

26

202

УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

МОСКОВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.



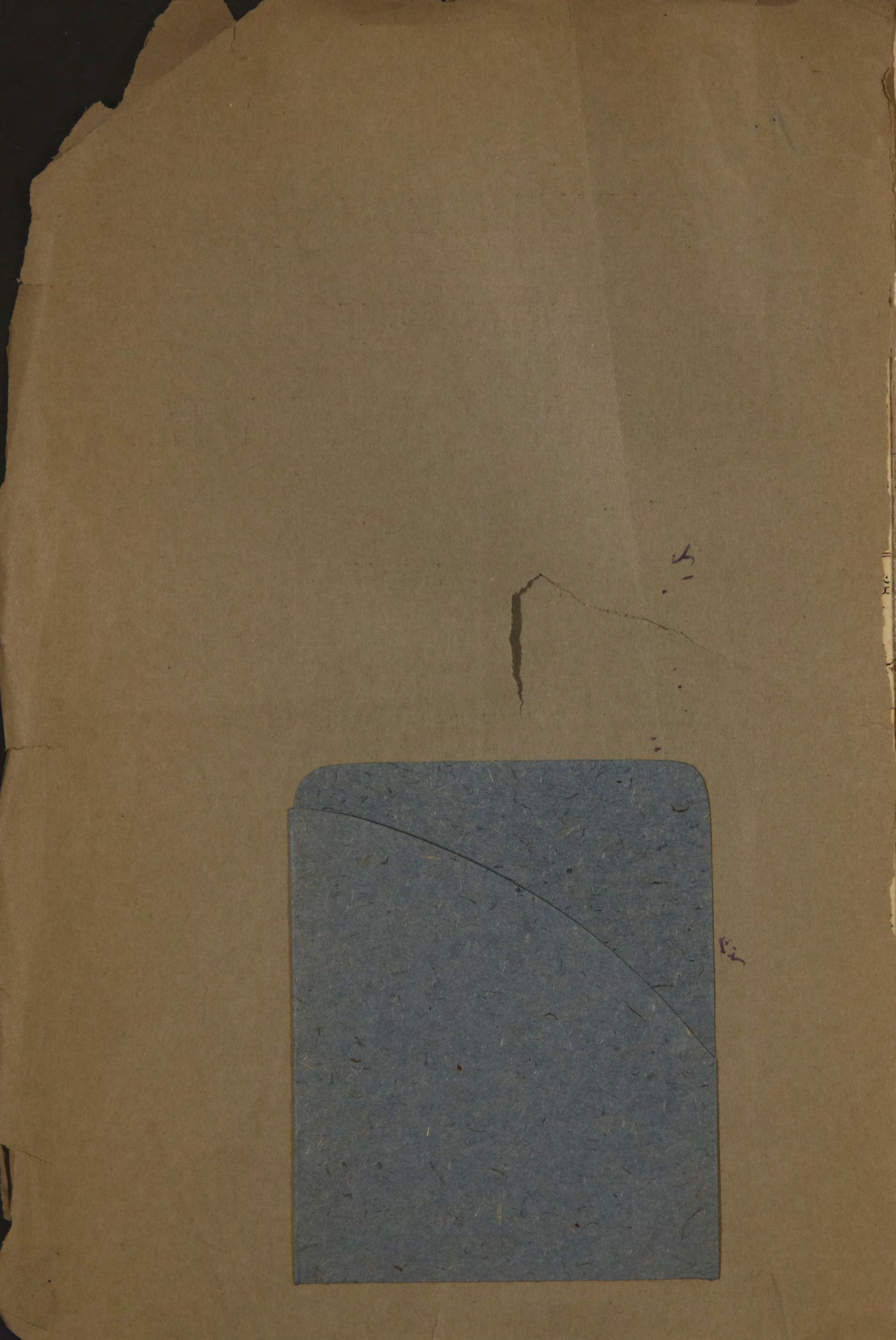
ОТДѢЛЪ ЮРИДИЧЕСКІЙ.

ВЫПУСКЪ ДВѢНАДЦАТЫЙ.

*Заманаві
Дмуртрян*

МОСКВА.

—
1896.



26202

УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО



~~30558~~

МОСКОВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

ОТДѢЛЪ ЮРИДИЧЕСКІЙ.

Заманский
Гусков

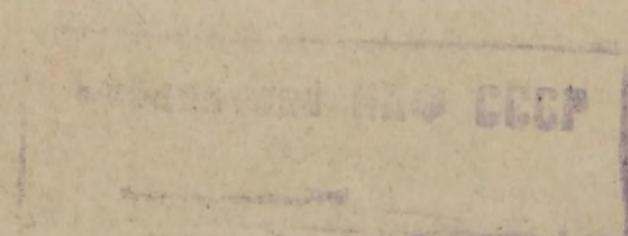
ВЫПУСКЪ ДВѢНАДЦАТЫЙ.

А. Гусковъ

МОСКВА.

Университетская типографія, Страстной бульварь.

1896.



R



30118

УНИВЕРСИТЕТСКАЯ БИБЛИОТЕКА
УНИВЕРСИТЕТА
МОСКОВСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

ОТДЕЛ РУССКОГО КНИЖНОГО

ВЫПУСК ДВАДЦАТИ

81935

МОСКВА
Издательство географического общества
1886

26202.



30358

ДЕЛИКТЫ И ДОГОВОРЫ,

КАКЪ ИСТОЧНИКИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ

ВЪ СИСТЕМЪ ЦИВИЛЬНАГО ПРАВА

ДРЕВНЯГО РИМА.

А. Гусаковъ.



11702

27.11.18

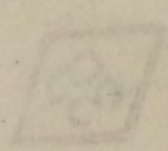
ДЕЯТЕЛИ И ДОКТОРЫ

КАРТА ИСТОРИИ И ГЕОГРАФИИ

В СЕВЕРНО-ЗАПАДНОЙ ЧАСТИ

ДРЕВНЕГО ПЕРМАНА

А. Т. К. К.



ПРЕДИСЛОВІЕ.

Въ настоящемъ изслѣдованіи, озаглавленномъ «Деликты и Договоры», я не предлагаю новыхъ опредѣленій понятій деликта и договора, не останавливаюсь также на догматическомъ анализѣ этихъ двухъ важнѣйшихъ факторовъ въ сферѣ отношеній обязательственнаго права.

Задача предлагаемаго изслѣдованія—разъяснить процессъ образованія обязательственнаго права на почвѣ отношеній, возникающихъ изъ деликтовъ, показать и доказать, что исторія обязательственнаго права не совпадаетъ съ исторіей обязательственнаго договора, что первая начинается много раньше, нежели вторая.

Историческій матеріаль, положенный въ основаніе моего изслѣдованія, относится, главнѣйшимъ образомъ, къ исторіи римскаго права—той именно эпохи его, которая отразилась въ памятникѣ, извѣстномъ подъ именемъ XII таблицъ. Въ виду этого я считалъ необходимымъ предпослать «Введеніе» общаго содержанія, посвященное характеристикѣ, какъ самаго памятника, вмѣстѣ съ литературной разработкой его, такъ равнымъ образомъ и той соціально-экономической обстановки, которая нашла себѣ выраженіе въ законодательствѣ децемвировъ.

Есть памятники законодательства, есть вопросы исторіи права, которые отступаютъ на задній планъ предъ литературой, имъ посвященной. Къ числу такихъ памятниковъ принадлежатъ XII таб-

лицъ. Такимъ вопросомъ представляется намъ вопросъ о происхожденіи обязательственнаго права. Не должно, поэтому, казаться удивительнымъ, что въ моемъ изслѣдованіи, названномъ историко-юридическимъ, слишкомъ много отведено мѣста обзорѣнію литературныхъ мнѣній, особенно въ первомъ отдѣлѣ, суммирующемъ движеніе мысли въ разработкѣ вопроса о происхожденіи обязательствъ. Само собой, однако, разумѣется, что опорнымъ пунктомъ и исходной точкой моей работы служатъ не литературныя воззрѣнія и гипотетическія построения, а свидѣтельства источниковъ: «*quod textibus non possumus, id testibus velle convincere*»—это приѣмъ, давно уже по достоинству оцѣненный и осужденный, какъ «*perpetua pestis in jure nostro*». О немъ не можетъ быть двухъ различныхъ мнѣній. Не распространяясь объ этомъ слишкомъ подробно, позволю себѣ закончить настоящее краткое предисловіе словами извѣстнаго гуманиста и юриста Ульриха Цазія: «*mihî nec Accursius curae est, nec Bartolus nec Baldus, nisi quatenus jure fundati sunt*».

О Г Л А В Л Е Н І Е.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

	<i>Стр.</i>
ВВЕДЕНІЕ.	1—20
1. Общій обзоръ литературы о XII таблицахъ и характеристика направлений въ изученіи этого памятника, 1—7. Цѣль изслѣдованія, 7. Краткая характеристика памятника децемвировъ, 8—10.	
2. Соціальныя и экономическія основы жизни древняго Рима, 10—18.	
3. Характеръ и элементы права, развивающагося на этихъ основахъ, 18—20.	
ГЛАВА I.	21—42
Соотношеніе вещныхъ и обязательственныхъ правъ и вещныхъ и личныхъ исковъ, 21. Было ли извѣстно древнѣйшей римской системѣ различіе между вещнымъ и обязательственнымъ правомъ? Свидѣтельство Гая о личномъ искѣ и выводы Крюгера и Кунце, 22. Теорія Кунце о трехъ фазисахъ въ процессѣ образованія обязательствъ, 23—25. Карлова, Кюкъ, Cogliolo и Арнольдъ, 25—26. Аргументація Крюгера въ доказательство теоріи Кунце, 26. Взглядъ Крюгера на формы процесса per legis actionem и предложенное имъ пониманіе Гая, 27—28. Подлинныя свидѣтельства Гая и подтвержденіе ихъ у Валерія Проба 28—31. Необходимая поправка Гая въ вопросѣ о древнѣйшемъ способѣ осуществленія правъ, 31—33. Различныя функціи и первоначальный характеръ legis actio per manus injectioem. Роль vindex'a, 33—37. Причины общаго отрицанія личныхъ исковъ и принципиальнаго дѣленія правъ на вещныя и обязательственныя въ системѣ XII таблицъ, 38—42.	
ГЛАВА II.	43—64
Взглядъ современной литературы на способы установленія обязательствъ въ древнемъ правѣ, 43—45.	
1. Доводы романистовъ въ пользу приоритета формальныхъ договоровъ, 45—47. Несостоятельность этого взгляда: его апріорный характеръ, логически вытекающее изъ него смѣшеніе формальныхъ и консензуальныхъ договоровъ, несогласіе его съ историческими представленіями о примитивномъ правѣ, 47—51.	
2. Доктрина германистовъ (Франкенъ) и романистовъ (Герингъ, Беккеръ и Карстенъ) о приоритетѣ реальныхъ договоровъ, 51—54. Взглядъ Геринга на исторію развитія договоровъ, 54—56.	

3. Искусственность общепринятой систематики договоровъ, 56—57. Сбивчивость и непригодность современной терминологіи въ приложеніи къ институтамъ древняго права, 58. Въ первоначальномъ своемъ видѣ *mancipatio* и *nexum* не были ни формальными, ни реальными договорами, 58—64.

ГЛАВА III..... 65—78

1. Коренная ошибка современныхъ теорій по вопросу о первоначальномъ источникѣ обязательственнаго права, 65—67.
2. Гипотеза Гримма о деликтѣ какъ объ исходномъ моментѣ въ развитіи обязательствъ, 67—68. Выводы Гейслера о процессѣ образованія обязательствъ изъ деликта въ германскомъ правѣ, 69—72.
3. Значеніе приведенной гипотезы германистовъ и подтвержденіе ея свидѣтельствами древнѣйшихъ памятниковъ различныхъ системъ, 72—76. Вытекающая изъ этикъ свидѣтельствъ древнѣйшая точка зрѣнія на силу и значеніе договоровъ, 77—78.

ГЛАВА IV..... 79—108

1. Значеніе изложенной въ предыдущей главѣ теоріи германистовъ для римскаго права, 79. Положенія нѣкоторыхъ романистовъ о значеніи деликта для обоснованія обязательной силы договоровъ, 80—81.
2. Деликтная стадія въ развитіи нѣкоторыхъ институтовъ древнѣйшаго римскаго права. Защита деликтными исками права собственности и неформальныхъ договоровъ, 81—83. Поклажа въ классическомъ правѣ и въ правѣ XII таблицъ, 83—88. Деликтное основаніе обязанности опекуна по XII таблицамъ. Характеръ *actio rationibus distrahendis* и *actio tutelae*, 88—90. Ссуда въ древнемъ правѣ, 90. Взглядъ на нарушеніе договора ссуды какъ на деликтъ, 91. Слѣды этого взгляда въ классическомъ правѣ,—92. Позднее возникновеніе (VII в.) спеціальнаго иска изъ договора порученія и существованіе до этого времени деликтныхъ исковъ—*actio depensi* и *a. legis Aquiliae*, 93—95. Деликтная стадія въ исторіи развитія договора товарищества, 95—98.
3. Мнѣніе, объясняющее позднее возникновеніе судебной защиты матеріальныхъ договоровъ первоначальной чистотой древне-римскихъ правовъ. Неисторическій характеръ этого представленія, 98—104.
4. Различіе точекъ зрѣнія древняго и классическаго римскаго права на нарушеніе довѣрія (*fides*). 104—106. Деликтная стадія развитія договоровъ въ древнѣйшихъ системахъ различныхъ народовъ, 106—108.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Источники древнѣйшаго римскаго обязательственнаго права.

Д Е Л И К Т Ы.

ГЛАВА V..... 111—124

1. Соотношеніе нормъ о *delicta publica* и *delicta privata* въ системѣ XII таблицъ, 111—112. Реализація требованій, возникающихъ изъ деликтовъ, посредствомъ частныхъ исковъ, 112—114.

2. Частная мечь въ царскихъ законахъ, 115—116. Слѣды частной мести въ законахъ XII таблицъ, 116—117. Тарифъ вознагражденій за послѣдствія деликтовъ и способъ его установленія, 118—119.
3. Общій характеръ постановленій о деликтахъ въ XII таблицахъ и въ другихъ памятникахъ древнихъ законодательствъ, 120—121. Общепринятое дѣленіе деликтовъ и историческая классификація ихъ, 121—123. Краткій перечень деликтовъ, обложенныхъ опредѣленнымъ денежнымъ вознагражденіемъ, 123—124.

ГЛАВА VI 125—158

1. Постановленія XII таблицъ объ обидахъ. Общій характеръ ихъ, 125—126. Опредѣленіе *membra ruptio*, 126—127. Репрессія за увѣчья, 128. Право на тальонъ и прекращеніе его посредствомъ соглашения (*pactio*) объ уплатѣ композиціи, 129—132.
2. Постановленія XII таблицъ объ отдѣльныхъ видахъ кражи, 132—137. Аналогичныя постановленія въ юридическихъ системахъ другихъ народовъ, 137—138. Примѣненіе нормы XII таблицъ о *fur manifestus*, 138—141. Различіе *a. furti manifesti* и *a. furti nec manifesti* съ точки зрѣнія устанавливаемого ими размѣра выкупа, 142—143.
3. Постановленія XII таблицъ объ имущественныхъ поврежденіяхъ, 143—146. Иски XII таблицъ объ имущественныхъ поврежденіяхъ, произведенныхъ животными и рабами, 146—148. Объясненія приведенныхъ постановленій XII таблицъ на основаніи историческихъ аналогій, 148—150. Особенность поксальныхъ исковъ, ихъ примѣненіе и деликтный характеръ, 150—152. Существованіе на ряду съ *noxae deditio* особаго процессуальнаго средства—*ductio servi*, 152—154. Осуществленіе поксальной отвѣтственности въ эпоху XII таблицъ путемъ особыхъ договоровъ о выкупѣ, 154—158.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Источники древнѣйшаго римскаго обязательственнаго права.

ДОГОВОРЫ.

ГЛАВА VII 161—186

Причины слабаго развитія договорнаго обязательственнаго права въ системѣ XII таблицъ, 161—164.

1. Значеніе *mancipatio*, какъ сдѣлки на „наличныя“. Вещный характеръ манципаціонной купли, 164—166. Имагинарный характеръ позднѣйшей манципаціи, 166—167.
2. Общепринятое толкованіе постановленія XII таблицъ: *cum nexum faciet mancipiumque...* и его несогласіе съ данными историческаго развитія договорнаго права, 167—169. Истинный смыслъ этого постановленія, 169—171.
3. Фидуціарная манципація и оборотныя функціи ея, 171—172. Случаи примѣненія фидуціарной манципаціи въ сферѣ права вещнаго, семейственнаго, наследственнаго и особенно обязательственнаго, 172—176. Юридическая структура фидуціарныхъ сдѣлокъ. *Actio fiduciae*. Основаніе этого иска и время возникновенія его. 176—179.

4. Личный искъ въ связи съ манципаціонною куплею-продажею, 179. Вопросъ объ основаніи и квалификаціи *actio auctoritatis*: свидѣтельства Павла, Баррона и Плавта, 180—182; догматическій анализъ основаній эвикціоннаго иска, 182—184. Тождество послѣдствій, сопровождающихъ *actio auctoritatis* и *a. furti nec manifesti*, 184—185.

Замѣчаніе объ основномъ характерѣ манципаціи и вытекающихъ отсюда послѣдствіяхъ, 185—186.

ГЛАВА VIII 186—220

Nexum, какъ источникъ обязательственныхъ отношеній въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, 187. Споры о природѣ этого договора, 187—189.

1. Характеристика договора *nexum* по его предмету, 189—190. Область его примѣненія, 190—191.
2. Способъ совершенія договора *nexum*, 191—192. Значеніе отдѣльныхъ частей торжественнаго акта *nexum*, 192. Теорія Гушке о силѣ и юридическомъ знаніи *nexum*, 194—194. Критическая оцѣнка этой теоріи, 194—197.
3. Различныя теоріи по вопросу о содержаніи и объектѣ договора *nexum*: теорія самозалого, 198—199; теорія самопродажи и продажи услугъ, 200—201; гипотеза Пунтшарта, 201.
4. Коренная ошибка вышеуказанныхъ теорій,—отождествленіе содержанія *nexum* съ послѣдствіями, наступающими въ случаѣ неисполненія договора, 201—204.
5. Юридическое положеніе должника отъ момента заключенія *nexum* и до наступленія срока исполненія по договору, 204—206. Личное задержаніе, какъ слѣдствіе просрочки должника, 207.
6. Отношеніе между кредиторомъ и должникомъ, возникающее вслѣдствіе неисполненія *nexum*, 207—208. Вмѣшательство *vindex*'а, 209. Дѣйствительное значеніе слова „*nexus*“—*juris vinculum* классическаго права и „узы“, налагаемые обязательствомъ древняго римскаго права, 210—211.
7. Исполнительное производство, 212. Отдѣльныя стадіи его: *manus injectio* и *domum ductio*, какъ мѣры взысканія 213—216. Контроверза относительно *partis secanto*, 216—218. *Jus paciscendi*, значеніе его, 218—219. Значеніе *lex Poetelia*, 220.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ. 223—234

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

ОТДѢЛЪ ЛЕБЪИ

Въсвѣдѣніе о томъ, что въ 1881 году
въ селѣ...
находился...
и т.д.

51

ВВЕДЕНІЕ.

1.

Юридическія учрежденія каждого народа тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ общимъ состояніемъ его культуры. Каждая эпоха развитія народа создаетъ свои особыя учрежденія. Періоду широкаго торговаго оборота соотвѣтствуютъ иные юридическіе институты, чѣмъ стадіи исключительно земледѣльской жизни. Большое разнообразіе потребностей вызываетъ и большее разнообразіе юридическихъ формъ, въ которыхъ находятъ выраженіе и защиту житейскія отношенія.

Все это—безспорныя положенія, вытекающія изъ признаннаго всѣми взгляда на право, какъ на фактъ историческій и социальный. Въ настоящее время ихъ можно считать общеобязательными для всякаго изслѣдователя—отдаленной ли старины или различныхъ сторонъ современнаго юридическаго порядка. Вслѣдствіе такого взгляда на право и юриспруденція должна стать бытописательницей—правда, не всего безконечнаго многообразія проявленій народной жизни, а только небольшой группы ихъ, но оттого задача ея, хотя становится скромнѣе, отнюдь не теряетъ своей важности. Задача юриспруденціи всегда остается одна и таже—опредѣлить, какимъ образомъ реальная жизнь народа обнаруживается въ разнообразныхъ формахъ права. Но затрудненія, связанныя съ нею, не всегда остаются одними и тѣми же. Они особенно вразстаютъ тогда, когда рѣчь идетъ объ юридическихъ учрежденіяхъ, зарожденіе которыхъ относится къ глубо-

кой древности, и историческій процессъ которыхъ совершался въ эпоху, отдаленную отъ насъ болѣе, чѣмъ двадцатью вѣками.

Нѣтъ спора, что исторія институтовъ древнѣйшаго римскаго права представляетъ большія трудности вслѣдствіе отдаленности разстоянія, отдѣляющаго отъ нашихъ глазъ изслѣдуемый предметъ, и отсутствія болѣе или менѣе прочнаго матеріала, на основаніи котораго можно было бы возстановить историческій процессъ. Мы не располагаемъ обширнымъ запасомъ достовѣрныхъ, въ памятникахъ зарегистрированныхъ фактовъ, такъ какъ главный источникъ дошелъ до насъ въ такомъ видѣ, что лишь съ большимъ трудомъ и далеко не съ надлежащей отчетливостью можно составить себѣ представленіе о системѣ и содержаніи его. За отсутствіемъ полнаго и подлиннаго текста перваго римскаго кодекса, изслѣдователь принужденъ почти исключительно пользоваться отрывочными свѣдѣніями, случайно сохранившимися процессуальными формулами, нѣкоторыми фактами изъ исторіи культуры, и — сплошь и рядомъ — обращаться къ реконструкціи древнѣйшихъ формъ на основаніи болѣе извѣстнаго намъ позднѣйшаго права.

Но какъ ни скуденъ этотъ матеріалъ, онъ все-таки не можетъ быть признанъ лишеннымъ всякаго значенія: то немногое, что мы имѣемъ, способно дать намъ, говоря словами Моммсена, «живые образы или по крайней мѣрѣ намеки на нихъ»¹. Скудость достовѣрныхъ свѣдѣній обязываетъ только къ особенной осторожности, соблюдая которую изслѣдователь вполне застрахованъ отъ опасности запутаться въ лабиринтѣ противорѣчій и гипотетическихъ построеній. Фактическія данныя недостаточны для того, чтобы прослѣдить во всей подробности, такъ сказать, шагъ за шагомъ развитіе древнѣйшаго римскаго права. Однако, это еще не значитъ, что неисполнима болѣе скромная задача — изученія *основныхъ началъ и главныхъ чертъ* исторіи отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ.

Сосредоточивая вниманіе на уцѣлѣвшихъ отъ забвенія обломкахъ древнихъ институтовъ, мы можемъ составить себѣ нѣкото-

¹ Ср. также Мэнъ, древнее право, 1873, 247.

рое представленіе о порядкѣ зарожденія и роста ихъ,—тѣмъ болѣе, что преданіе о началахъ римскаго права и государства и есть, относительно говоря, самое достовѣрное изъ всей исторіи древняго Рима ¹. Пользуясь имъ, писатели не разъ уже пытались разсвѣять мракъ, покрывающій римскія юридическія учрежденія царскаго періода и начала республики. Необходимость подвергать ихъ научной обработкѣ никогда не терялась изъ виду—ни римскими, ни позднѣйшими юристами. Самый поверхностный обзоръ юридической литературы показываетъ ², что съ момента пробужденія интереса къ древней культурѣ и до настоящаго времени право XII таблицъ неоднократно было предметомъ спеціального изученія. Правда, на первыхъ порахъ вниманіе юристовъ почти исключительно было поглощено вопросомъ о степени иноземнаго вліянія на составъ законодательства децемвировъ. Но это именно обстоятельство и было причиной того, что и самое содержаніе перваго римскаго кодекса часто подвергалось тщательному анализу. Не говоря объ извѣстной работѣ Як. Готофреда ³, даже труды Балдуина ⁴, Питу ⁵, Готомана ⁶, Марциліуса ⁷, Мерулы ⁸, Гравины ⁹, Реварда ¹⁰,—этого голландскаго Папиньяна, — Августина ¹¹, Риттергузія ¹², Гофмана ¹³ и друг. представляютъ собой опыты не только возстановить текстъ

¹ Schwegler, Römische Geschichte, 1, стр. 62.

² Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel—Fragmente, 1824. стр. 27—96. Ср. Schoell, Legis XII tab. reliquiae, 1866, 20—39; Fitting, Brachylogus, 1880, 23.

³ Legis XII tab. fragmenta; una cum ejus historia, probationibus, notis etc. (Ottonis Thesaurus, III t. 1733).

⁴ De leg XII tab. (Fr. Ziletti, Tractatus universi juris, t. I. p. 225—243, 1584 г.).

⁵ Duodecim tabularum fragmenta, 1586.

⁶ De Legibus XII tab. tripartia, 1564.

⁷ Legis XII tab. collecta et interpretamentum, (Ottonis Thesaurus, t. IV. p. 217—314.

⁸ Opera posthuma, 1684.

⁹ De jure naturali, gentium et XII tab. (см. ego Opera. t. I, p. 108—220, 1756).

¹⁰ Ad led. XII tab. (Fr. Ziletti, Tractatus, t. I, p. 244—252).

¹¹ Opera, t. I, стр. 105.

¹² Dodecadeltos sive in XII tab. leges commentarius novus, 1616, p. 1—216.

¹³ Historia juris romano-antejustiniani t. II, p. 139—282, 1726.

XII таблицъ, но и интерпретировать нормы ихъ. Вышеназванные юристы и другіе, работавшіе въ томъ же направленіи, имѣли въ виду спеціальную цѣль. Но и они, однако, не могли совершенно игнорировать постановленія XII таб., такъ какъ рѣшеніе вопроса о происхожденіи отдѣльныхъ законовъ и возможно только при помощи сравненія нормъ римскаго кодекса съ иноземными законами.

Едва ли, конечно, нужно прибавлять, что первые комментаріи отличаются крайней элементарностью и отрывочностью — недостатками вполне, впрочемъ, понятными и проистекающими скорѣе отъ несовершенства метода и отъ неправильности избраннаго угла зрѣнія, чѣмъ отъ неполноты знаній. А если къ тому же вспомнить, что мысль объ общности происхожденія права всѣхъ античныхъ народовъ и до настоящаго времени усвоена далеко не всѣми, то стремленіе объяснить сходство учрежденій прежде всего заимствованіемъ ихъ одной націей у другой нисколько не покажется страннымъ. Оно не совсѣмъ чуждо даже современнымъ исследователямъ, кругъ наблюденій которыхъ гораздо шире. И теперь еще нерѣдко утверждается, что все, что въ XII таб. имѣетъ признаки юридическихъ нормъ, заимствовано изъ Египта ¹.

Подобный приѣмъ рѣдко приводитъ къ опредѣленнымъ результатамъ; но въ оправданіе его можно сослаться на дѣйствительное сходство нормъ римскаго и греческаго права — и притомъ настолько очевидное, что оно внушило и глубокимъ знатокамъ древности, какъ Куяцій, мысль о заимствованіи, совершенномъ децемвирами изъ законовъ Солона, а также Ликурга и другихъ законодателей, какъ Греціи, такъ и Италіи ². При небольшомъ усердіи и извѣстной дозѣ остроумія постановленія сходныя съ римскими можно отыскать даже въ законахъ Моисея, что, между прочимъ, и дѣлалъ Гуго Гроцій ³. И хотя сопоставленія этого рода не достигаютъ своей непосредственной цѣли, въ общемъ итогѣ

¹ *E. Revillout*, *Les obligations en droit Egyptien, comparé aux autres droits de l'antiquité*, 1886 г., р. LXXXI—LXXXIII.

² *Cujas*, *Observ.*, lib. III, c. 40; l. IV, c. 12.

³ *Grotius*, *De jure belli et pacis*, lib. I c. 2 § 6; lib. II c. 1 § 12; c. 5 § 5.

ученой работы и они не оказываются бесполезными. Они не убедили въ томъ, что XII таб. иноземнаго происхожденія ¹: вообще историческое значеніе ихъ выражается не въ установленіи неизблемыхъ научныхъ выводовъ, а въ подготовкѣ матеріала для будущихъ изслѣдователей.

О результатахъ ученыхъ трудовъ трехъ предшествовавшихъ вѣковъ даетъ довольно вѣрное представленіе двухтомный плагиатъ Бушо ². Французскій комментаторъ, стоящій на рубежѣ XVIII и XIX вв., сдѣлалъ сводъ многовѣковой работы, начиная съ самаго ранняго времени и оканчивая ближайшими своими предшественниками. Почти безъ всякихъ признаковъ оригинальности, онъ, однако, съ достаточной полнотой воспроизвелъ результаты прежнихъ изслѣдованій и съ замѣчательной беззаастѣнчивостью скопировалъ монографію Эв. Отто ³, которая въ свою очередь имѣетъ очень много точекъ соприкосновенія съ «фрагментами и исторіей XII таб.» Як. Готофреда. Въ комментаріи Бушо рельефно отразился духъ всего предшествовавшаго направленія, отличительной чертой котораго было не критическое отношеніе къ матеріалу, а рабское подчиненіе ему. Критика не была удѣломъ того времени.

Въ итогѣ многочисленныхъ изысканій о древнѣйшихъ римскихъ законахъ составилъ арсеналь тѣхъ историческихъ свѣдѣній, которыя служатъ основаніемъ и для новѣйшихъ однородныхъ изслѣдованій.

Безъ преувеличенія можно утверждать, что сумма историческихъ фактовъ за послѣднее время почти не возрасла; но тѣмъ не менѣе вниманіе юристовъ къ отдаленному періоду исторіи римскаго права и до сихъ поръ нисколько не ослабѣваетъ. Интересъ возбуждается не столько особой прелестью спекулятивныхъ построеній, сколько сознаниемъ того, что вѣрную точку отправленія для

¹ *Sebastiani Ciampi*, Novum examen loci Liviani de legatis Athenas missis, 1821 (ср. *Berriat-Saint-Prix*, *Themis*, IV (1822), 304—309; VI, 260); *Steinhausen*, *De legum XII tab. patria*, 1887, стр. 7—12, 31, слѣд.

² *Commentaire sur la loi des douze tables*, 2 vol. 1787; второе изд. 1803.

³ Ср. *Ev. Otto* *Thesaurus*, III, ed. 2, 1733, p. 1—57 (Praefatio); *Dirksen*, *Uebersicht*, 91—93.

пониманія позднѣйшей исторіи права нужно искать въ далекомъ прошломъ.

Наше время еще не можетъ похвалиться широкими обобщеніями по вопросу о различныхъ сторонахъ юридическаго строя древняго Рима. Но оно пользуется такими превосходными методологическими приѣмами, которые обѣщаютъ приблизить къ истинѣ и въ этой сферѣ.

Новѣйшія разысканія въ области критики текстовъ и исторіи юридическихъ институтовъ далеко оставляютъ за собой комментаріи прошлыхъ вѣковъ. Одни изъ нихъ придаютъ большую точность и опредѣленность нашимъ взглядамъ; другіе прокладываютъ новый путь въ изученіи римскаго права, примѣняя къ нему тѣ методы, которые привели къ блестящимъ результатамъ въ сравнительномъ языковеденіи. Подробный перечень ихъ былъ бы неумѣстенъ въ изслѣдованіи, посвященномъ спеціальному вопросу. Но не бесполезно будетъ отмѣтить нѣкоторыя изъ нихъ, какъ наиболѣе соприкасающіяся съ предметомъ насъ интересующимъ. М. Фойгтъ съ самостоятельностью и всесторонностью, чуждыми его предшественникамъ, собралъ и переработалъ все, что до сихъ поръ было сдѣлано для уясненія юридическихъ и социальныхъ отношеній Рима періода XII таблицъ ¹. Бернгефтъ нашель возможнымъ съ помощью индо-германскихъ параллелей и древнѣйшаго римскаго преданія, насколько оно отразилось въ указаніяхъ Ливія, Діонисія и Плутарха, реконструировать тотъ юридическій строй, дальнѣйшее развитіе котораго фиксировано въ законодательствѣ децемвировъ ². Болѣе легкую задачу намѣтилъ себѣ Гудвинъ, сгруппировавъ остатки XII таб. въ порядкѣ, принятомъ со времени Готофреда, и снабдивъ ихъ небольшимъ комментариемъ ³.

¹ M. Voigt, Die XII Tafeln, 1883, 2 vol. (Ср. рецензии: Kritische Vierteljahrschrift, VIII (1885 г.), 1—29; Göttingische Gelehrte Anzeigen (1884 г.), 904—912). Изложеніе права XII таб. можно найти у *Pochintesta*, del diritto decemvirale, 1865.

² *Bernhöft*, Staat und Recht der röm. Königszeit im Verhältnis zu verwandten. Rechten, 1882.

³ *Goodwin*, The XII Tables. 1886. См. также *Wordsworth*, Fragments and Specimens of Early Latin, 1874, стр. 253 слѣд.

На путь комбинацій и реконструкцій, съ такой рѣшительностью проложенный Пухтой, Моммсеномъ, Терингомъ и другими, сталь и Джузеппе Карле, пытаюсь раскрыть составные элементы древнѣйшаго римскаго частнаго и публичнаго права ¹.

Далеко повело бы насъ даже поверхностное обсужденіе этого рода попытокъ. Ограничимся поэтому короткимъ замѣчаніемъ, что неосновательно считать ихъ безрезультатными только потому, что онѣ опираются на матеріаль, не отличающійся ни новизной, ни свѣжестью. Экстензивное расширеніе матеріала—не единственная, хотя, быть можетъ, и самая привлекательная цѣль научныхъ изслѣдованій. Не менѣе того важно и необходимо, какъ справедливо замѣчено Терингомъ, полнѣе «оцѣнить и глубже проникнуть въ духъ накопившагося матеріала, такъ какъ этимъ лишь путемъ можно сдѣлать фактическія данныя, находящіяся въ нашемъ распоряженіи, истиннымъ нашимъ достояніемъ» ².

За эту границу не переходитъ и предлагаемая монографія. Да при современномъ состояніи источниковъ едвали и основательны притязанія на обогащеніе исторіи римскаго права какими либо важными открытіями. Наша задача—очень скромная: изучить источники обязательственнаго права въ томъ видѣ, какъ оно отразилось въ законодательномъ памятникѣ децемвировъ, который, не смотря на иноземное вліяніе, обнаруживаетъ слѣды глубокой древности и самобытности.

Если не можетъ подлежать сомнѣнію, что вліяніе сосѣднихъ народовъ на первый римскій кодексъ многими сильно преувеличивается, то съ другой стороны—также несомнѣнно, что тѣ впадаютъ въ противоположную крайность, которые совершенно отрицаютъ его и даже заподозрѣваютъ, какъ Вико, Бонами, Гиббонъ ³, достовѣрность свидѣтельства Ливія, Діонисія Галикарнаскаго и Помпонія о посылкѣ Римлянами депутаціи въ Грецію. Римскій

¹ *Giuseppe Carle*, *Le origine del diritto Romano*, 1888. Ср. рецензію Шнейдера въ *Kritische Vierteljahrsschrift*, Bd. XIV, стр. 27 слѣд.

² *Jhering*, *Vermischte Schriften*, 1879. стр. 156.

³ *Eisendecher*, *Ueber die Entstehung, Enwicklung und Ausbildung des Bürgerrechts im alten Rom*, 1829. стр. 99—101; ср. *Bonamy*, *Dissertation sur l'origine des lois des XII tab.* стр. 17 слѣд., а также *Seb. Ciampi*, *Novum examen etc.*, passim.

народъ усвоивалъ все, что находилъ полезнымъ для себя: «imitari, quam invidere bonis malebant»¹. Но, конечно, неправдоподобно, что народное собраніе одобрило законы, перенесенные въ Римъ изъ чужой страны. Этому, впрочемъ, не говорятъ и древніе писатели²: ни Ливій, ни Діонисій, ни Цицеронъ, ни Тацитъ. Слова ихъ были впослѣдствіи истолкованы многими³ въ томъ смыслѣ, что децемвиры импортировали иноземное право. Въ анналахъ исторіи достоверно засвидѣтельствовано одно только, именно—фактъ предварительнаго ознакомленія децемвирами съ греческими законами. Напрасно стали бы мы искать въ нихъ даже слабыхъ намековъ на то, что фактъ этотъ имѣлъ равное значеніе, напр., съ заимствованіемъ средневѣковыми нѣмецкими городами—однимъ у другаго—полныхъ кодексовъ. Въ распространеніи такого взгляда повинны позднѣйшіе писатели, которые, отмѣчая сходство, игнорировали различіе сравниваемыхъ кодексовъ.

Будучи словеснымъ выраженіемъ обычаевъ, нормировавшихъ житейскія отношенія римлянъ, XII таб. являются хотя и не начальнымъ пунктомъ въ первомъ возрастѣ права, о которомъ «до исторіи доходитъ обыкновенно лишь невнятный гулъ», но и не очень отдаленнымъ отъ него. Они составлены въ тотъ періодъ жизни римскаго общества, когда право, jus, отрѣшившись отъ сакральныхъ элементовъ, fas, начало самостоятельный процессъ развитія, и когда многія юридическія формы, въ особенности въ области обязательственнаго права, едва стали зарождаться.

Полнота и удовлетворительная для ранняго кодекса систематичность и ясность изложенія не скроютъ отъ насъ того, что XII таб.—не продуктъ тонкаго юридическаго анализа, а непосредственное проявленіе римскаго гевія⁴.

¹ *Sallust.*, *Catilina*, с. 52.

² *Liv.*, III, 31, 33, 34; *Cic.* *De orat.* I, с. 43; *de legibus*, II, с. 25; *Dion.*, X, 51, 52, 56, 57; *Tacit.*, *Annal.*, III, с. 27.

³ Напр. Ам. *Марцелиномъ*, XVI, 5, XXII, 16; *Аврелиемъ Викторомъ*, (*De viris illustr.* с. 21); *Симмахомъ*, *Epist.*, III, 11; *Августинномъ*, *De civitate Dei*, II, 16 и др. Ср. *Hofmann*, *Beiträge zur Geschichte der römischen und griechischen Rechts*, 1870, 13—15.

⁴ Ср. Мэнъ, *Древнее право*, 12—15.

Нѣтъ необходимости, наконецъ, прибавлять, что въ XII таб., хотя Ливій и называетъ ихъ «*fons omnis publici privatique juris*» (III, 34), предусмотрѣно и нормировано не все разнообразіе юридическихъ, въ частности обязательственныхъ отношеній, но юриста и интересуютъ не столько самыя отношенія, сколько типичныя формы, служащія для ихъ выраженія и составляющія потому главный предметъ изученія.

Въ XII таб. собрано національное право, лишь отчасти модернизированное. Въ нихъ очень много постановленій сходныхъ съ тѣми, которыя связаны съ именами Ромула, Нумы и др. царей¹. Правда, чрезвычайно важный вопросъ объ отношеніи XII таб. къ царскимъ законамъ нужно оставить безъ разрѣшенія вслѣдствіе невозможности съ точностью опредѣлить, что именно изъ нихъ было усвоено децемвирами. Но самый фактъ существованія многихъ «установленій XII таб. еще при царяхъ, по многимъ пунктамъ спорный, въ цѣломъ не подлежитъ сомнѣнію» (Моммсенъ). Т. Ливій и Діонисій Галикарнаскій свидѣтельствуютъ, что законодательство децемвировъ находилось въ ближайшемъ родствѣ съ господствовавшимъ до него національнымъ правомъ².

Не смотря на нѣкоторыя реформы, напр. въ сферѣ уголовныхъ законовъ и отеческой власти, всетаки неосновательно утверждать, что децемвирами было создано совершенно новое право. Почти во всѣхъ существенныхъ своихъ частяхъ децемвиральное законодательство является не болѣе какъ подтвержденіемъ тѣхъ нормъ, которыя существовали до него. Ни въ одной области частнаго права—семейственнаго, вещнаго, обязательственнаго или наследственнаго,—нельзя указать измѣненій, которыя можно было бы назвать дѣйствительными нововведеніями. Гуманитарное направленіе, которое многими связывается съ XII таб., почти цѣликомъ при-

¹ *Cic.* De orat., lib. I, c. 43; *Gottling*, Geschichte der röm. Staatsverfassung 1840, стр. 313; *Моммсенъ*, Римская Исторія I, 145 слѣд.; *Schwegler*, III, 17; *Bonamy*, I, c., 78, 79, 85.

² *Liv.*, VI, 1; *Dion. Halyc.* II, 27; X, 57; I. 2 § 24 D. 1. 12; *Bouchaud*, Commentaire, I, 80—101. *Puchta*, Institut. I, § 54; *Leist*, Graeco-italische Rechtsgeschichte, 1884, 631—634.

надлежитъ интерпретаціи ихъ. Намъ не должны вводить въ заблужденіе удивленіе Цицерона и похвала Ливія мудрости первыхъ римскихъ кодификаторовъ: риторическое увлеченіе одного — слишкомъ очевидно, мнѣніе другаго высказано въ очень общихъ выраженіяхъ ¹⁾.

Помпоній довольно вѣрно опредѣляетъ значеніе законодательнаго памятника, признавая главнымъ мотивомъ, побудившимъ къ составленію его, «неизвѣстность права» ²⁾. Съ изданіемъ XII таб. «неизвѣстность права» сама собой прекратилась, и вмѣстѣ съ тѣмъ для магистратовъ возникла обязанность руководствоваться только писаннымъ закономъ, — но по своему содержанию законъ этотъ относится къ прошлому, а не къ настоящему. Въ немъ очень много юридическихъ правилъ, напоминающихъ о системѣ самоуправства, талионовъ, композицій и семейно-родоваго быта.

Однимъ словомъ, хотя право перваго римскаго кодекса принадлежитъ эпохѣ уже сложившагося государственнаго быта, постановленія его претерпѣли — подъ давленіемъ времени и иноземнымъ вліяніемъ — не настолько сильныя перемѣны, чтобы не было возможности отыскать въ нихъ твердую опору для начальной исторіи обязательственнаго права.

2.

Въ исторіи общественнаго развитія время XII таб. соотвѣтствуетъ заключительному моменту длиннаго періода, который можно назвать переходнымъ отъ натурального хозяйства къ денежному.

Два обстоятельства играли первостепенную роль въ соціальной жизни Рима этого періода, именно: неравномѣрное распределеніе земли и быстрое возрастаніе частныхъ долговъ.

Подъ ихъ подавляющимъ вліяніемъ складывался юридическій строй Рима. Въ связи съ этими же явленіями стоитъ пониманіе

¹⁾ *Cic.*, de republ., IV, c. 5; *Cic.*, de legibus, II, c. 24, 25; *Cic.*, de orat., I, c. 43; ср. Aul. Gellius, Noct. Att., XX, c. 1.

²⁾ *Muirhead*, Introduction historique au droit privé de Rome, 1889, 111—114 (Франц. пер.); l. 2 § 4 D. 1. 2; Liv., III, 9 и 35; Dion., II, 27.

и истолкованіе многихъ отличительныхъ особенностей обязательственнаго права.

Что землѣ принадлежало первое мѣсто въ составѣ имущества римлянина эпохи XII таб.,—это безспорный фактъ. Римляне въ теченіе всего времени пребыванія на исторической аренѣ оставались земледѣльческимъ народомъ; но за 4 вѣка до Р. Хр. земледѣліе считалось единственнымъ занятіемъ достойнымъ истиннаго римлянина. Земля составляла главный источникъ существованія его, и древній Римъ былъ не болѣе, какъ городомъ «крестьянъ, занимавшихся земледѣліемъ и виноградодедіемъ».

Это-та стадія экономической жизни, когда нѣтъ еще народнаго хозяйства, а есть только рядъ частныхъ хозяйствъ, стоящихъ совершенно изолировано ¹. Продуктивной единицей для нея будетъ не государство, а *familia*, *oikos*, который можетъ обходиться и съ помощью такого несовершеннаго и недостаточнаго орудія обмѣна, какъ скоть. Но даже и тѣ «куски мѣди» (*aes rude*), которые въ болѣе позднее время постоянно фигурируютъ въ муниципационномъ обрядѣ, какъ эквивалентъ продуктовъ,—и они не свидѣтельствуютъ о томъ, что у древняго римлянина оставалось много потребностей, неудовлетворенныхъ средствами его семьи.

Дѣйствительнымъ моментомъ возникновенія общенія между отдѣльными *oikos*'ами (*familia*) на почвѣ имущественныхъ интересовъ можетъ считаться только время появленія чеканной монеты. Но въ Римѣ замѣна монеты по вѣсу монетой по счету, т. е. окончательный переходъ отъ натурального къ денежному хозяйству совершился довольно медленно и поздно. Титъ Ливійъ рассказываетъ, что еще въ первой половинѣ IV вѣка трибуть нерѣдко доставлялся въ Римъ на повозкахъ ². Исторія не сохранила ни одного болѣе или менѣе достовѣрнаго свидѣтельства объ особенной древности чеканной монеты. Хотя преданіе и припи-

¹ M. Voigt, Die XII Tafeln, стр. 25—29; Ср. Rodbertus, Hildebrands Jahrbücher, IV, 426, V, 300.

² Liv. IV, 60.....quia nondum argentum signatum erat, aes grave plaustris quidam ad aerarium convehentes speciosam etiam conlationem faciebant.

сываетъ введеніе мѣры и вѣсовъ Сервію Тулію ¹, тѣмъ не менѣе стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія, что металлъ въ видѣ чеканной монеты появляется въ обращеніи не раньше времени децемвировъ ². Въ высшей степени правдоподобно предположеніе, что еще Сервій основывалъ свою классификацію не на абстрактныхъ градацияхъ имущества, какими представляются ассы, а на реальной величинѣ участковъ земли ³. Извѣстно также, что штрафы, служившіе вознагражденіемъ за членовредительство и наказаніемъ за проигранный процессъ (*sacramentum*) и опредѣлявшіеся обыкновенно числомъ головъ скота, были переведены на деньги только XII таблицами. А дисциплинарное наказаніе за неподчиненіе магистратамъ (*multa*) было выражено въ деньгахъ и еще позже— не раньше времени изданія закона Юлія и Папірія (324 г.).

Исключительно земледѣльческой складъ строя древне-римской жизни обнаруживается изъ многихъ данныхъ, касающихся права, нравовъ, языка ⁴, а равнымъ образомъ и изъ того, что проявленія торговаго и индустріальнаго развитія древняго Рима были крайне незначительны.

У Плинія, Варрона и Катона изобилуютъ наставленія и древнія изрѣченія, смыслъ которыхъ неизмѣнно сводится къ тому, что истиннымъ источникомъ богатства можетъ быть одна земля, какъ и истиннымъ хозяиномъ одинъ земледѣлецъ ⁵.

Тѣ восемь цеховъ, учрежденіе которыхъ приписывается одними Нумѣ, другими Сервію Тулію, если и существовали въ дѣйствительности, несомнѣнно исчерпываютъ весь кругъ ремесленнаго производства. Во всякомъ случаѣ, значеніе приобрѣли они го-

¹ *Aurel. Vict.*, De vir. illustr., 7, 8; *Plin.*, H. N. XXXIII, 3.

² *Mommsen*, Geschichte d. röm. Münzwesens, 1860, стр. 175.

³ *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, I, 69; ср. *Schulin*, Geschichte des römischen Rechts, 1889, § 8; *Kuntze*, Excursus über röm. Recht, 1869, 65—68; *E. Cuq*, Les institutions juridiques des Romains, 1891, 95—100.

⁴ *E. Cuq*, l. c., стр. 51—53.

⁵ *Plin.* H. N. XVIII, 6, 40: „nequam agricolam esse, quisquis emeret, quod praestare ei fundus potest“; *Varro* R. R. II, 4, 3: „qui non audierit patres nostros dicere: ignavum et sumptuosum esse, qui succidiam in carnario suspenderit potius ab lanuario, quam ex domestico fundo“. Ср. *Cato*, R. R. 2, 7.

раздо позже ¹. Древнѣйшіе изъ нихъ составляли самостоятельныя центурии Сервіевой конституціи и, какъ по организаціи, такъ и по непосредственному своему назначенію были не цехами, не ремесленными союзами, а особыми отрядами войска. Трудъ ремесленника при томъ же едва ли и могъ быть источникомъ существованія свободнаго римлянина. Уже при царяхъ, по свидѣтельству Діонисія, занятія ремеслами были дозволены только рабамъ и иностранцамъ ². Свободный римлянинъ, вынужденный обратиться къ ремесленному труду, стоялъ въ общественномъ мнѣніи не выше раба, и его дочь, какъ и дочь раба, не могла быть весталкой ³. Да и кому сталъ бы сбывать свой продуктъ свободный ремесленникъ? *Nec est, quod putes, illum quidquam emere, omnia domi nascuntur* ⁴.

Въ этой системѣ хозяйства нѣтъ мѣста обязательственнымъ договорамъ, объектами которыхъ были бы свободной трудъ или земля. Въ XII таб. встрѣчаются нѣкоторыя указанія на существованіе въ то время найма вьючныхъ животныхъ (*Gajus, IV, § 28*), но не имѣется даже и намека на то, чтобы предметомъ такого договора могли быть поземельная собственность и личныя услуги.

Все необходимое римскому гражданину производится на его участкѣ и при томъ собственными средствами. Крупное хозяйство отличается въ этомъ отношеніи отъ мелкаго только своими размѣрами. Аренда земли неизвѣстна еще и Варрону. Впервые упоминаетъ о ней Колумелла (I, 7), но и онъ отдаетъ предпочтеніе обработкѣ земли съ помощью рабовъ, а систему аренды свободными лицами рекомендуетъ лишь въ видѣ исключенія и при особенныхъ условіяхъ.

Такъ какъ продуктами труда домохозяевъ покрываются всѣ несложныя потребности древняго римлянина, то для обмѣна остается

¹ *Blumner*, Die gewerbliche Thätigkeit der Völker des classischen Alterthums, 1869, 110—114; ср. *Drumann*, Die Arbeiter und Communisten in Griechenland und Rom, 1860; стр. 153.

² *Dion. Halyc.* II, 9, 28.

³ *Liv.* XXII, 24, 26, 35.

⁴ Цитовано Герингомъ, *Geist des röm. Rechts*, II, 246; ср. *Marquardt*, Das Privatleben der Römer, 1882, 375.

крайне ограниченная сфера. «Обмѣнъ происходитъ главнымъ образомъ между двумя группами населенія—городскимъ и сельскимъ, да и здѣсь онъ совершается преимущественно въ формѣ мѣны товара на товаръ. Въ средѣ сельскаго населенія правильнаго гражданскаго оборота совсѣмъ нѣтъ, въ городѣ же замѣтны лишь слабыя признаки его. Въ оборотъ поступаютъ очень немногіе предметы домашняго производства, но и изъ нихъ большинство такого рода, что новый спросъ на нихъ возникаетъ въ хозяйствѣ не скоро. Наконецъ, необходимо принять во вниманіе, что и эти товары переходятъ изъ рукъ производителя непосредственно въ руки потребителя,—въ древнемъ Римѣ вовсе не существовало класса профессиональныхъ торговцевъ»¹, самостоятельнаго и независимаго отъ землевладѣльцевъ купеческаго сословія. Мѣновыя сношенія, какъ на ярмаркахъ (*mercatus*), такъ и на еженедѣльныхъ рынкахъ (*fundinae*) вели сами земледѣльцы и особенно землевладѣльцы.

Какъ же объяснить, что въ государствѣ, основою для котораго было земледѣліе, задолженность стала очень рано обычнымъ явленіемъ и тяжело давила массу? Если Т. Ливій, излагая событія, предшествовавшія изданію XII таб., свидѣтельствуетъ, что уже тогда «*totam plebem aere alieno demersam esse*»², то, повидимому, существованіе денежныхъ сдѣлокъ и вообще сложнаго гражданскаго оборота не должно бы подлежать сомнѣнію.

Однако, для объясненія соціальныхъ контрастовъ этого періода вовсе нѣтъ необходимости создавать, по примѣру нѣкоторыхъ³, оживленный внутренній и внѣшній оборотъ. Жалобы на чрезвычайную тяжесть долговъ такъ же стары, какъ и исторія Рима, а между тѣмъ раньше пятаго вѣка у римлянъ не было ни настоятельныхъ потребностей, ни необходимыхъ средствъ для торговаго оборота. Судя по многочисленнымъ даннымъ, въ древнемъ Римѣ даже торговля главнымъ предметомъ потребленія ближе сто-

¹ *M. Voigt*, Die XII Tafeln, I, 30; ср. *Drummann*, I. c., 279.

² *Liv.*, II, 29; ср. II, 23, 24, 27, 31; VI, 27. 34—36; VII, 19; VIII, 28.

³ *Arnold*, Cultur und Recht der Römer, 1869, 233; Моммсенъ, Римская Исторія, I, 170 слѣд., 420 слѣд.

яла къ сферѣ государственнаго сношенія, такъ какъ снабженіе населенія хлѣбомъ очень долго совершалось государствомъ, а не частными предпринимателями ¹. Предметы же роскоши едва ли могли находить сбытъ у людей, подобныхъ Цинцинату.

Насколько можно полагать, не сходя съ почвы историческихъ фактовъ, древнѣйшія торговыя сношенія римлянъ ограничивались тѣми, которыя происходили на международныхъ сборищахъ—у храма Волтумы и Діаны, въ роцѣ Фероніи, у Aphrodisium, на mons Albanus и пр. Но и здѣсь, какъ и внутри страны, все сводилось къ простой мѣнѣ. По крайней мѣрѣ позднѣйшіе писатели, описывая гражданскій оборотъ древнихъ римлянъ, исчерпываютъ его кругомъ примитивныхъ мѣновыхъ сдѣлокъ ².

Итакъ, римское долговое право не могло быть обязано своимъ существованіемъ потребностямъ нормальнаго гражданскаго оборота. Возникновенію и развитію его благопріятствовали факторы иного рода: концентрація земли въ немногихъ рукахъ и обработка ея даровымъ трудомъ—сначала кліентовъ, а потомъ рабовъ (*familia rustica*). Существованіе его возможно—какъ это и было на самомъ дѣлѣ—даже при самыхъ простыхъ житейскихъ отношеніяхъ. Устами того знатнаго офицера, котораго избавилъ отъ долговой тюрьмы славный Манлій, рассказываетъ исторію обремененія долгами вся неимущая и малоимущая часть римскаго населенія: «веваль, хозяйство тѣмъ временемъ пришло въ полный упадокъ; для возстановленія его и уплаты податей нужно было войти въ долги, и теперь проценты нарастаютъ съ такой быстротой, что не знаю, говоритъ несостоятельный должникъ, наступитъ ли время, когда долгъ будетъ погашенъ» ³.

Еще изъ Сервіевой конституціи можно видѣть, что большинство населенія владѣло участками земли средней величины, доставлявшими каждой семьѣ средства къ жизни; но изъ нея легко

¹ Liv., II, 9,—34, 52; IV, 12, 25; VIII 31; X, 11; Dion. V, 26; VII, 2, 12.

² Ср. цитаты у Voigt, *jus naturale*, II, §§ 70—74.

³ Liv. VI, 14: *Se militantem, se restituentem eversos penatos, multiplici jam sorte exsoluta mergentibus semper sortem usuris, obruptam foenore esse.*

усматривается и то, что различіе между крупнымъ и мелкимъ землевладѣніямъ начинаетъ уже принимать значительные размѣры ¹.

Законъ Лицінія и Секстія, вмѣнившій крупнымъ землевладѣльцамъ въ обязанность употреблять для земледѣльческихъ работъ известное число свободныхъ гражданъ, даетъ наглядное представленіе о степени происшедшаго обезземеленія. Названный законъ принадлежитъ, правда, болѣе позднему времени, но общественный недугъ, съ которымъ онъ борется, и могъ пустить такъ глубоко корни только потому, что онъ развился не вдругъ, а въ теченіе слишкомъ продолжительнаго времени.

Римскіе историки объясняютъ чрезмѣрное возрастаніе частныхъ долговъ непрерывными войнами, несоразмѣрно высокими налогами и непріятельскими опустошеніями ². Но что не эти явленія, а главнымъ образомъ крупное землевладѣніе было самымъ болѣнымъ мѣстомъ въ общественномъ быту Рима,—въ томъ убѣждаетъ даже поверхностное ознакомленіе съ законодательнымъ движеніемъ, предшествовавшимъ первой сецессіи и слѣдовавшимъ за ней.

Оно цѣликомъ проникнуто одной тенденціей—сдѣлать доступнымъ для всѣхъ пользованіе общественными землями и вмѣстѣ съ тѣмъ смягчить долговя отношенія. Отъ участія въ войнѣ никто не могъ уклониться. Государственные налоги, хотя и неодинаково тяжелымъ бременемъ, падали также на всѣхъ гражданъ. Поэтому если, въ концѣ концовъ, одна часть населенія оказалась въ экономической зависимости отъ другой, то причины нужно искать въ томъ, что узурпированное патриціями пользованіе общественнымъ земельнымъ фондомъ не только предотвращало ихъ разореніе, но и давало имъ возможность эксплуатировать нужду другихъ.

При исключительно земледѣльческомъ строѣ война всегда будетъ соединена съ гораздо большими потерями для мелкихъ земледѣльцевъ, личнымъ трудомъ обрабатывающихъ свои участки, чѣмъ для крупныхъ помѣщиковъ. Личная государственная служба

¹ Моммсенъ, Римская Исторія I, кн. 1, гл. XIII; *Peter*, Geschichte Roms, I, 103; *Jhering*, Geist, II, 249.

² *Schwegler*, Römische Geschichte, II, 206—213; Ср. *Liv.* II, 23; *Dion.*, VI, 26.

ложится болѣе тяжелымъ бременемъ на бѣдняка, чѣмъ на богача. Война не производитъ замѣтнаго разстройства въ хозяйствѣ крупнаго землевладѣльца, такъ какъ оно держится на трудѣ кліентовъ и рабовъ. Но для мелкаго земледѣльца, каковъ бы ни былъ исходъ военнаго предпріятія, оно всегда значитъ—разореніе: большихъ усилій будетъ стоить возстановить благосостояніе, пошатнувшееся вслѣдствіе того, что участокъ остался невоздѣланнымъ. Будь сколько нибудь развиты отрасли производства, гдѣ свободный трудъ могъ бы находить приложеніе, бѣды было бы гораздо меньше. Но за отсутствіемъ ихъ для покрытія прорѣхъ въ хозяйствѣ остается одинъ только источникъ, именно—заемъ со всѣми его тяжелыми послѣдствіями.

81935
Устраненная отъ пользованія государственными землями, бѣднѣйшая часть населенія—въ большинствѣ всегда плебейскаго происхожденія—всей совокупностью условій общественной жизни вынуждена была обращаться за помощью къ единственнымъ римскимъ капиталистамъ—крупнымъ землевладѣльцамъ. А къ чему приводила помощь ихъ, о томъ очень обстоятельно повѣствуютъ римскіе историки: «gregatim quotidie de foro addictos duci et repleri vinctis nobiles domus et, ubicumque patricius habitet, ibi carcerem privatum esse»¹...

Крупные землевладѣльцы, частныя тюрьмы которыхъ были переполнены несостоятельными должниками, соединяли въ своихъ рукахъ съ богатствомъ также монополію политическихъ правъ. Вслѣдствіе этого борьба за обладаніе землей неминуемо сводилась къ борьбѣ за обладаніе политическими правами, а долговое право было однимъ изъ средствъ ея.

Римское долговое право носить на себѣ отпечатокъ, какъ условій гражданско-правовой жизни, такъ и причинъ политическаго характера.

Новѣйшими изслѣдованіями доказано, что необычайно суровыя послѣдствія долговыхъ отношеній составляютъ общую черту въ первоначальномъ правѣ всѣхъ народовъ арійской вѣтви. Однако, нигдѣ они не были причиной такой упорной и продолжительной внутренней междоусобицы, какъ въ Римѣ,— и это потому, что

¹ Liv., VI, 36.

Уч. Зап., ст. Гусакова.

вслѣдствіе особенностей римскаго соціального строя, здѣсь долговое право исполняло спеціальную функцію: оно служило для патриціевъ средствомъ держать своихъ противниковъ не только въ экономической, но и политической зависимости.

Римскіе должники—не простые должники. Иначе щедрость Манлія, употребившаго все свое состояніе на освобожденіе изъ долговой тюрьмы несостоятельныхъ должниковъ, не обошлась бы ему такъ дорого и не вызвала бы такого негодованія къ нему въ средѣ патриціевъ ¹.

3.

Къ какому заключенію по отношенію къ обязательственному праву приводитъ все вышеизложенное?

Такъ какъ не торговлѣ, а исключительно земледѣлію принадлежала первенствующая роль въ строѣ древняго Рима, то и среди формъ юридическихъ отношеній не должно быть такихъ, которыя отличаются легкой подвижностью и указываютъ на существованіе оживленнаго гражданскаго оборота.

Дѣйствительно, эта эпоха отмѣчается господствомъ двухъ одинаково тяжеловѣсныхъ формъ. Функція ихъ различны; но структура совершенно однородная, и принаровлена она къ отношеніямъ элементарнаго свойства. Мѣдь и вѣсы неизмѣнно употребляются какъ для пріобрѣтенія права собственности, такъ и для заключенія обязательствъ. Манципація и пехум уступили свое мѣсто болѣе подвижнымъ и разнообразнымъ формамъ не раньше, чѣмъ римляне расширили свои внутреннія и внѣшнія сношенія.

До того времени мѣновой оборотъ обходится съ помощью очень незначительнаго числа формъ,—да и изъ нихъ большинство оказывается главнымъ образомъ формами пріобрѣтенія права собственности. Примитивное право представляетъ въ этомъ отношеніи прямую противоположность современному праву, въ которомъ, какъ извѣстно, преобладаютъ различныя формы установленія обязательствъ. Крайняя простота и элементарность условій развитія права обнаруживается и въ томъ, что нѣкоторыя сдѣлки,

¹ Liv. VI, 14—20, Ср. Schwegler, III, 284—300

2218

намъ извѣстныя подъ именемъ сдѣлокъ обязательственнаго права, напр. купля-продажа, въ тогдашнемъ своемъ возрастѣ носятъ всѣ признаки вещныхъ договоровъ.

Вышеуказанныя матеріальныя основы общественнаго порядка древняго Рима не благопріятствуютъ возникновенію иныхъ сдѣлокъ кромѣ тѣхъ, которыя создаютъ права, подлежащія немедленной реализаціи. За отсутствіемъ болѣе или менѣе постоянной потребности въ обмѣнѣ, юридическія отношенія, въ которыя добровольно вступаютъ отдѣльныя лица, выражаются въ простѣйшей формѣ, совершенно сливающей моменты установленія и прекращенія юридической связи между контрагентами. И потому если исключить заемъ, причины широкаго распространенія котораго лежатъ внѣ нормальнаго гражданскаго оборота, то почти всю область обязательственнаго права заполняютъ не тѣ обязательства, которыя устанавливаются добровольно, посредствомъ договоровъ, а тѣ которыя возникаютъ независимо отъ взаимныхъ соглашеній, т. е. изъ деликтовъ.

Для насъ не должно быть неожиданностью, что въ XII таб. первое мѣсто по количеству занимаютъ правила, касающіяся не нормальныхъ способовъ установленія обязательствъ, а различныхъ видовъ огражденія отъ правонарушеній и удовлетворенія вреда, причиненнаго противозаконными дѣйствіями. Обиліе деликтовъ, какъ источника обязательствъ, пріобрѣтаетъ здѣсь значеніе культурно—историческаго явленія.

Немного нужно труда, чтобы понять и истолковать его,—тѣмъ болѣе, что оно составляетъ характерную черту всѣхъ раннихъ кодексовъ.

Но явленіе это само стало причиной многихъ особенностей древней системы римскаго права. Въ преобладаніи деликтовъ кроется ключъ къ пониманію того, что почти все римское обязательственное право выступаетъ на первыхъ порахъ въ деликтной окраскѣ.

Было бы, конечно, большей смѣлостью утверждать, что XII таб. совсѣмъ не знали договорнаго обязательственнаго права. Мэнъ вѣрно замѣтилъ, что «ни древніе законы и никакой другой источникъ не сообщаютъ намъ свѣдѣній о такомъ обществѣ, кото-

рому было бы вполне чуждо понятие о договорѣ¹. Но, съ другой стороны, едвали мы погрѣшимъ противъ истины, если скажемъ что, въ порядкѣ историческаго возникновенія, обязательства изъ деликтовъ предшествуютъ обязательствамъ изъ договоровъ.

Какъ видно изъ вышеизложеннаго, факты культурно историческіе не противорѣчаютъ этому взгляду. Что же касается фактовъ юридическихъ, то, какъ будетъ показано ниже, одни изъ нихъ прямо подтверждаютъ его, другіе же, благодаря ему, получаютъ наиболѣе удовлетворительное объясненіе.

Но прежде чѣмъ перейти къ характеристикѣ источниковъ древняго римскаго обязательственнаго права, авторъ считаетъ необходимымъ сначала провѣрить взглядъ тѣхъ ученыхъ, которые отрицаютъ возможность существованія какихъ бы то ни было обязательствъ въ условіяхъ жизни Рима періода XII таблицъ.

¹ Мэнъ, Древнее право, 244.

Г Л А В А I.

Дѣленію всѣхъ гражданскихъ правъ въ субъективномъ смыслѣ на два класса—права вещныя и обязательственныя—соотвѣтствуетъ дѣленіе исковъ на *actiones in rem* и *actiones in personam*.

Эти два подраздѣленія тѣсно связаны между собою: одно обуславливаетъ другое; одно немислимо безъ другаго. Характеръ иска опредѣляется характеромъ права. Искъ называется вещнымъ или личнымъ въ зависимости отъ природы права, для осуществленія котораго онъ назначенъ.

Различіе между вещнымъ и обязательственнымъ правомъ съ одной стороны и между вещными и личными исками съ другой—представляется намъ столь естественнымъ и необходимымъ, что мы готовы считать его присущимъ каждой, даже едва начинающей складываться системѣ права. Если правильно, что это различіе вытекаетъ изъ самаго существа юридическихъ отношеній, то само собой разумѣется, что безъ него не можетъ обойтись никакое право, какъ никакой языкъ не можетъ обойтись безъ различія субъекта и предиката¹.

Могло ли быть чуждымъ оно такому праву, какимъ было римское право эпохи децемвировъ?

Утверждать, что древнему римскому праву совсѣмъ не было извѣстно принципиальное противоположеніе правъ вещнаго и обязательственнаго—значило бы подвергать сомнѣнію одно изъ научныхъ положеній, которое издавна признается почти незыблемой истиной.

¹ *Heusler*, Institutionen des deutschen Privatrechts, I, 377; *Kohler*, Pfandrechtliche Forschungen, 1883, 26.

У Гая, въ его изложеніи процесса, личный искъ не обозначенъ такимъ опредѣленнымъ терминомъ, какъ вещный,—и это обстоятельство, а также и (быть можетъ, главнымъ образомъ) другія соображенія чисто апріорнаго свойства привели нѣкоторыхъ юристовъ къ убѣжденію, что возникновеніе личнаго иска, а слѣдовательно и всего обязательственнаго права должно быть отнесено къ болѣе позднему періоду. По ихъ мнѣнію, XII таб. не знали и не могли знать обязательствъ въ смыслѣ современнаго и классическаго права. Если принять во вниманіе, какую высокую степень культуры и умственнаго развитія народа предполагаетъ возникновеніе такой отвлеченной юридической фигуры, какъ *obligatio*, то положеніе это, говоритъ Крюгеръ¹, не покажется безосновательнымъ. Какъ ни рано римляне обнаружили выдающуюся способность юридическаго творчества и юридической концепціи, едва ли доступно имъ было уже въ эпоху децемвировъ абстрактное понятіе обязательства. Сверхъ того, въ немъ не было и потребности. Отношенія элементарнаго гражданскаго оборота легко и удобно укладываются въ простыя юридическія формы,—и такъ какъ Римъ въ эпоху XII таб. находился въ періодѣ земледѣлія и натурального хозяйства, то онъ и не нуждался въ сложныхъ формахъ обязательственныхъ отношеній, у всѣхъ народовъ являющихся коррелятомъ денежнаго хозяйства.

На этихъ и имъ подобныхъ соображеніяхъ Кунце воздвигаетъ довольно стройную схему исторіи обязательствъ. Онъ приписываетъ ей даже универсальное значеніе². Для римскаго народа, по его мнѣнію, характерно лишь то, что происхожденіе обязательствъ въ ихъ правѣ датируется сравнительно довольно рано, соотвѣтственно рано совершившемуся переходу къ денежному хозяйству.

Нельзя сказать, чтобы схема Кунце покоилась на прочномъ фундаментѣ, но въ логическомъ отношеніи она почти безупречна, что, впрочемъ, и неудивительно, такъ какъ Кунце съ не меньшимъ искусствомъ пользуется конструктивнымъ приемомъ, чѣмъ самъ Герингъ, признанный виртуозъ въ этой области.

¹ *Krüger*, Geschichte der Capitis deminutio, 1887, I, 286.

² *Kuntze*, Excursus über röm. Recht, 1869 § 591; его же, Die Obligationen im röm. und heutigen Recht, 1886, 22—23, 24. (ср. Kritische Vierteljahrschrift, X (1887), 481 сл.).

Всѣ построения Кунце являются въ сущности логической кон-секвенціей общаго положенія, правильность котораго едва ли кто станетъ и оспаривать. Всякій согласится съ тѣмъ, что примитивныя юридическія понятія каждаго народа «коренятся въ нѣдрахъ непосредственнаго, доступнаго чувственному воспріятію міра». Если и «римляне очень долго жили въ сферѣ того же конкретнаго міра», то этотъ фактъ служитъ доказательствомъ правильности сдѣланнаго обобщенія. Но Кунце идетъ дальше. Онъ заключаетъ отсюда, что въ древней римской системѣ исключительное господство могло принадлежать одному вещному праву.

Такъ какъ физическій предметъ является единственнымъ объектомъ примитивнаго права во всѣхъ его формахъ, то и обязательство той отдаленной эпохи ничѣмъ не должно отличаться отъ права собственности. Оно стояло на одной линіи съ собственностью, — слѣдовательно было такимъ правомъ, содержаніе и объектъ котораго вполне покрываются, т.-е. вещнымъ правомъ. Оно вообще можетъ быть названо «прототипомъ болѣе ранней эпохи».

Это явленіе повторяется у всѣхъ народовъ. На извѣстной ступени развитія повсюду предоставляется кредитору полная власть надъ должникомъ, не исключая и власти лишать его жизни. Кредиторъ распоряжается несостоятельнымъ должникомъ такъ же безконтрольно и полновластно, какъ и всякимъ другимъ предметомъ, принадлежащимъ ему на правѣ собственности. Отношеніе между кредиторомъ и должникомъ уподобляется отношенію между господиномъ и рабомъ, т.-е. въ основаніе концепціи его лежитъ точка зрѣнія вещнаго, а не обязательственнаго права.

Это—первая фаза. Кунце признаетъ, что она исторически не засвидѣтельствована, но этимъ не опровергается логическая возможность ея существованія. «Возможно себѣ представить (*ja es wäre denkbar*), что первоначально обязательство трактовалось—говоря языкомъ Гая—какъ *res corporalis*», на что указываютъ нѣкоторыя извѣстныя намъ особенности *nexum*, а также и то, что древній сакраментальный процессъ былъ, кажется, рассчитанъ исключительно на споры о правѣ собственности¹.

¹ *Kuntze*, Die Obligationen, 18, 20; его же *Excurses*, §§ 591, 228, 229.

XII таб. сохранили намъ пехумъ въ формѣ, которая соотвѣтствуетъ *второй фазѣ* схемы Кунце. Власть кредитора надъ должникомъ ограничена. Кредиторъ не можетъ немедленно и безъ соблюденія нѣкоторыхъ формальностей овладѣть самимъ должникомъ. До извѣстнаго времени должникъ остается въ личной зависимости отъ кредитора. Тѣмъ не менѣе мысль, что право возможно только въ формѣ физической, реальной власти и осуществляется посредствомъ ея, выражена самымъ очевиднымъ образомъ и въ постановленіяхъ XII таб. Мы видимъ, что, не смотря на смягченіе послѣдствій, вытекающихъ изъ пехумъ, власти кредитора все еще подчиненъ должникъ «въ своемъ матеріальномъ проявленіи и физическомъ существѣ», т.-е. «тѣло его какъ естественный органъ воли». Отсюда, правда, легко возвыситься до истиннаго понятія объ обязательствѣ, т.-е. «до представленія о власти непосредственно надъ волей, пребывающей въ тѣлѣ челоуѣка». Это будетъ *третья фаза* въ процессѣ образованія обязательства—и вмѣстѣ съ тѣмъ—дѣйствительный моментъ зарожденія его, какъ самостоятельнаго института. Она совпадаетъ со временемъ изданія Lex Poetelia.

Вслѣдствіе измѣненій, произведенныхъ закономъ Петелія, прежнее «право кредитора на тѣло должника уступило мѣсто праву на его волю, т.-е. на имущество (bona aes)». Въ удовлетвореніе своей претензіи кредиторъ можетъ потребовать предоставленія ему тѣхъ или другихъ предметовъ изъ состава имущества должника. Этимъ и ограничивается власть его надъ должникомъ. Такой способъ удовлетворенія кредитора былъ, конечно, возможенъ и до закона Петелія. Но тогда уплата опредѣленной суммы считалась выкупомъ, а не исполненіемъ обязательства, такъ какъ право кредитора было jus in corpore. Слѣды этого воззрѣнія сохранились еще въ структурѣ noxales actiones, которые по существу отличаются отъ реальныхъ повинностей (Reallasten) германскаго права лишь тѣмъ, что въ первыхъ выражено право на челоуѣка, а во вторыхъ—право на участокъ земли.

Послѣ Петеліева закона обязательство становится вполнѣ самостоятельной юридической фигурой, а должникъ, прежній объектъ, нисходитъ на степень залога, служащаго обезпеченіемъ удовлетворенія требованій кредитора. Обязательство оставляетъ

свой «архаическій типъ, является какъ *res incorporalis* и принимаетъ ту форму, которую можно назвать классической ея формой».

Изложенная теорія приурочена нами къ имени Кунце; но она принадлежитъ не ему одному. Основное положеніе ея повторяется очень многими изслѣдователями. Ту же мысль выражаетъ, напр. Карлова, говоря, что «*dare damnas esto* устанавливаетъ въ пользу кредитора почти вещное право на тѣло должника» и именно потому болѣе «соотвѣтствуетъ понятіямъ того отдаленнаго времени, чѣмъ *dare oportere*»¹. Отголосокъ ея мы слышимъ и въ слѣдующихъ словахъ Э. Кюка: «вначалѣ представляютъ себѣ должника не иначе, какъ фактически связаннымъ, а обязательство, какъ реальное, вещное господство». «Въ примитивную эпоху право еще не различается отъ своего объекта, и яснаго понятія объ обязательствѣ не существуетъ». У римлянъ понятіе это образуется «не раньше того момента, когда *lex Poetelia* превратилъ право кредитора на должника въ право на его имущество»².

Мысли, подобныя вышеуказаннымъ, находятъ сторонниковъ и въ итальянской литературѣ. Cogliolo, напр., приходитъ къ тому выводу, что въ древнемъ Римѣ не существовало противоположенія личныхъ и абсолютныхъ правъ, а всѣ права объединялись въ неопредѣленномъ выраженіи *manus* и защищались посредствомъ виндикаціи³.

Основательность того или другаго научнаго взгляда не всегда стоитъ въ связи съ большимъ или меньшимъ числомъ его сторонниковъ. Едва ли станетъ убѣдительнѣе и рассматриваемая теорія отъ того, что мы назовемъ еще нѣсколько изслѣдователей, высказавшихся въ ея пользу. Поэтому, отказываясь отъ намѣренія дать полный перечень ихъ именъ, въ заключеніе отмѣтимъ, что тѣ же положенія—хотя и не такъ опредѣленно—были высказаны авторомъ «Культуры и Права римлянъ». Арнольдъ утверждаетъ, что до введенія денегъ и развитія денежнаго хозяйства римской си-

¹ *Karlowa*, *Der röm. Civilprocess zur Zeit der Legisactionen*, 1872, 152.

² *E. Cuy*, *Recherches historiques sur le testamentum per aes et libram* (*Nouv. Revue historique de droit franç. et étrang.* X, 543.); ср. *его же* *Les institutions juridiques*, 3, 578; ср. *Gerardin*, *Le legs de la chose d'autrui*, (*Nouv. Revue hist.* XI, 711)

³ Ср. *Bourcart*, *Sur l'origines des contrats, les droits personnels et la procédure primitive à Rome* (см. *его переводъ Muirhead*, *Introduction historique*, 585—601).

стемъ не было извѣстно обязательственное право, и весь оборотъ укладывался въ различныя формы вещнаго права ¹.

Если при изложеніи основныхъ началъ теоріи главное вниманіе было обращено на схему Кунце, то при группировкѣ и оцѣнкѣ выставленныхъ въ ея защиту аргументовъ, къ чему мы перейдемъ ниже, слѣдуетъ имѣть въ виду доводы, указанные и систематизированные Г. Крюгеромъ. Въ изслѣдованіи Крюгера сдѣлана едва ли не первая попытка утвердить на научномъ основаніи общія и болѣе или менѣе гипотетическія умозаключенія ².

Развитіе матеріальнаго права идетъ параллельно съ развитіемъ права процессуальнаго. Поэтому, кто утверждаетъ, что въ системѣ древне-римскаго права еще не существовало раздѣленія правъ на обязательственныя и вещныя, тотъ прежде всего долженъ доказать, что защита всѣхъ юридическихъ отношеній первоначально совершалась въ формѣ одного вещнаго иска.

Напередъ можно сказать, что исторія римскаго процесса представитъ большія затрудненія на этомъ пути.

Въ томъ порядкѣ судопроизводства, который извѣстенъ подъ именемъ *legis actio* и который по своимъ отличительнымъ чертамъ долженъ быть признанъ самымъ древнимъ, численно преобладаютъ формы личнаго иска надъ формами исковъ о собственности. Слѣдовательно, чуть ли не съ самой глубокой древности продуктивная сила народа обнаружилась въ области обязательственнаго права! По свидѣтельству Гаия для вещныхъ исковъ выработана была въ древнемъ процессѣ лишь одна форма, — для личныхъ же исковъ существовалъ цѣлый рядъ формъ. Зачѣмъ эти личные иски, если не было соотвѣтствующаго имъ права? Одно изъ двухъ: или обобщеніе, сдѣланное современными юристами, неправильно, или процессъ, описанный Гаемъ, долженъ быть отнесенъ къ болѣе позднему времени.

Если согласиться съ Крюгеромъ, что Гай и классическіе юристы сами измыслили личный сакраментальный процессъ, то многіе

¹ *Arnold*, *Cultur und Recht der Römer*, 234, 242—247.

² *H. Krüger*, *Geschichte der Capitis deminutio*, 1887, 286—406 (ср. рецензію въ *Zeitschrift für das Privat- und öffentliches Recht*, XV, 433—448; также *Revue générale de droit*, 1888, 578 слѣд.; *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, IX, 159—177).

наши взгляды должны быть кореннымъ образомъ измѣнены,—особенно, если допустить далѣе, что и другіе иски—*l. a. per pignoris capionem*, *l. a. per conductionem*, *l. a. per iudicis arbitrive postulationem*—первоначально имѣли совсѣмъ не то значеніе, какое имъ обыкновенно приписывается.

Крюгеръ устанавливаетъ новую точку зрѣнія на извѣстныя намъ пять формъ процесса *per legis actionem*. По его мнѣнію онѣ не были самостоятельными видами процесса. Ближе къ истинѣ смотрѣть на нихъ какъ на отдѣльные акты. Онѣ суть особыя дѣйствія, совершаемыя сторонами въ процессѣ, и въ нихъ нетрудно распознать позднѣйшіе *quinque modi lege agendi*, образовавшіеся послѣ того, какъ первоначальный процессъ разложился на составныя свои части.

Въ своемъ древнѣйшемъ видѣ судопроизводство состояло изъ ряда актовъ, и если Гай не называетъ ихъ *legis actiones*, то это «легко объясняется ошибочнымъ его представленіемъ, будто *legis actio* обозначало самостоятельный процессъ, а не процессуальное дѣйствіе». Даже въ эпоху, непосредственно предшествующую XII т., не было выбора между формами для разрѣшенія юридическихъ споровъ, такъ какъ, по мнѣнію Крюгера, еще и тогда существовалъ одинъ видъ процесса, общій для всѣхъ исковъ. Онъ всегда открывался внѣсудебнымъ наложеніемъ руки на предметъ спора—дѣйствіемъ, которое возмѣщало собой прежде неизвѣстное *in jus vocatio* и, смотря по различію объектовъ, называлось или *manus injectio rei (vindicatio)*, или *manus injectio personae*, или *pignoris capio*. Предъ магистратомъ (*in iure*) повторяется тоже наложеніе руки (*manus injectio=vindicatio*), за которымъ слѣдуютъ: символическое *festucae impositio* съ произнесеніемъ торжественныхъ словъ; *provocatio sacramento*; назначеніе судьи (*iudicis postulatio*); назначеніе срока явки къ судѣ (*comperendinatio=condictio*) и пр. О чемъ бы споръ ни шелъ, истецъ и отвѣтчикъ должны продѣлать всю процедуру. Они ни въ какомъ случаѣ не могли упростить ее и обойти тѣ или другія формальности ея. Равнымъ образомъ и оканчивался процессъ неизмѣнно однимъ и тѣмъ же актомъ: если притязанія истца оказывались подлежащими удовлетворенію, то преторъ присуждалъ, аддицировалъ ему объектъ,

подвергшійся *manus injectio*,—безразлично, будетъ ли имъ физическій предметъ, или должникъ.

Однимъ словомъ: Крюгеръ уничтожаетъ всякое различіе между *l. a. sacramento in rem* и *l. a. per manus injectionem*. Одна была по его мнѣнію, *vindicatio rei*, другая—*vindicatio personae in servitute*. Онъ приписываетъ *l. a. p. m. inject.* чрезвычайно широкое значеніе и, вопреки Гаю, признаетъ ее за первоначальную форму вещнаго иска. Правда, съ того времени какъ *lex Vallia* разрѣшила некоторымъ должникамъ исполнять роль своего виндекса, *l. a. p. m. inject.* перестаетъ быть виндикаціей и становится формой для личныхъ исковъ. Должникъ въ такомъ случаѣ (*manus injectio puga*) является стороной, тогда какъ преже онъ былъ объектомъ, и процессъ поэтому заканчивается не признаніемъ за истцомъ вещнаго права на отвѣтчика (*addictio*), а присужденіемъ опредѣленной денежной суммы (*condemnatio pecuniaria*). Но гдѣ *lex Vallia* не находила примѣненія, тамъ *manus injectio* въ чистотѣ сохранила природу *vindicatio in servitute*, доказательствами чего служатъ *a. judicati* и *a. pro judicato*, которыя даже въ позднѣйшее время обнаруживаютъ признаки вещнаго иска со всѣми его послѣдствіями¹.

При такомъ взглядѣ на древній римскій процессъ можно считать вполне логичнымъ отрицаніе существованія обязательственнаго права въ теченіе извѣстнаго времени. И Крюгеръ, дѣйствительно, избѣгаетъ того противорѣчія, въ которое впадаетъ, напр., Кюкъ, начиная исторію обязательственнаго права съ *lex Poetelia*, а исторію средствъ защиты его—съ болѣе ранняго времени². Но за то если слѣдовать за Крюгеромъ, придется пожертвовать значительной частью нашего—и безъ того не очень обильнаго—историческаго запаса и почти на каждомъ шагу поправлять и дополнять Гаю.

Законно ли подобное отношеніе къ источникамъ? Никто, конечно, не станетъ спорить, что у римскихъ юристовъ часто не доставало пониманія древней исторіи ихъ права. Поэтому, критика ихъ историческихъ объясненій и теорій не только позволительна, но и обязательна для всякаго изслѣдователя. Однако, она не дол-

¹ *Krüger*, I. с. 200, 223, 243, 334, 337, 276 и др.

² *Cuij*, I. с., 42.

жна переходить въ произвольное отрицаніе болѣе или менѣе достоверныхъ данныхъ, противорѣчащихъ нашимъ гипотетическимъ заключеніямъ.

Разсматриваемая теорія между тѣмъ основана на такихъ предположеніяхъ, которыя не только не находятъ опоры въ источникахъ, но даже не могутъ быть и согласованы съ ними.

Противъ нея—прежде всего Гай, который называетъ (IV, 13) *l. a. sacramento* общей формой, *generalis modus lege agendi*, пригодной какъ для вещныхъ, такъ и для личныхъ исковъ. Ему положительно извѣстно было существованіе *l. a. sacramento in personam* (IV, 16). Въ одномъ мѣстѣ своего комментарія онъ выражаетъ недоумѣніе и затрудняется объяснить, для какой цѣли введена *l. a. per condictionem*, такъ какъ потребность въ обязательственныхъ искахъ вполнѣ удовлетворена наличностью сакраментальной формы и *l. a. per iudicis postulationem*. Въ другомъ мѣстѣ онъ удостовѣряетъ, что *l. a. sacramento in personam* употреблялась въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже и послѣ введенія *condictio*¹. Указанія на примѣненіе этого иска въ болѣе позднее время, именно при господствѣ формулярнаго процесса, встрѣчаются также и у Цицерона².

Вообще можно сказать, что полное преобразование и вытѣсненіе сакраментальнаго производства совершилось не раньше изданія извѣстныхъ двухъ законовъ Августа. До того же времени иски сакраментальные конкурировали съ новыми исками для осуществленія какъ вещныхъ, такъ и обязательственныхъ правъ—особенно такихъ, которыя возникають изъ деликтовъ и quasi—деликтовъ³. Но если *l. a. sacramento in personam* имѣла практическое значеніе еще въ концѣ республики, то, отвергая существованіе ея въ древности, придется предположить нѣчто неправдопо-

¹ *Gajus*, IV, 20: quare haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut *sacramento* aut per *iudicis postulationem* agere valde quaeritur. См., далѣе, IV, 31, 95. Ср. *Wlassak*, *Römische Prozessgesetze*, I, 106 (1888).

² *Cic.*, de orat. I, c. 10 § 42; c. 36 § 167; de nat. deorum, III. c. 30 § 74; pro Mil. c. 27 § 74; Ad fam. VII, 32 § 2.

³ *Huschke*, Die Multa und Sacramentum, 490, 496—503. *Bethmann-Holweg*, Der röm. Civilprocess, II, §§ 92 и 97; *Ubbelohde*, Zur Geschichte der Realcontracte, 62; *Wlassak*, l. c., § 9.

добное, что она была создана тогда, когда был уничтоженъ древній процессъ.

Свидѣтельство Гая настолько ясно, что нельзя устранить его голословнымъ выраженіемъ сомнѣнія насчетъ его достовѣрности. Охотно можно допустить, что Гай «не исторически работалъ» и что онъ не всегда вѣрно опредѣляетъ хронологическую послѣдовательность фактовъ,—и все таки нужно признать совершенно немотивированнымъ утвержденіе, что онъ «измыслилъ весь сакраментальный личный процессъ». Сомнѣваясь въ томъ, что «l. a. sacramento когда либо была a. generalis», Крюгеръ сталъ на очень скользкій путь и обращаетъ противъ самаго себя то возраженіе, которое выдвигаетъ противъ римскаго юриста. Гай не былъ поставленъ въ необходимость подыскивать аргументы въ пользу тѣхъ или другихъ предвзятыхъ воззрѣній, которымъ онъ вообще даетъ въ своихъ комментаріяхъ слишкомъ незначительный просторъ. Однако, даже и онъ не избѣжалъ упрека въ томъ, что личный сакраментальный искъ понадобился ему для оправданія «ложно предположеннаго существованія обязательствъ до lex Silia»¹.

Тѣмъ менѣе убѣдительными должны показаться доводы современнаго автора, который опровергаетъ Гая съ единственной цѣлью, чтобы сдѣлать болѣе вѣроятной свою гипотезу о происхожденіи обязательственнаго права не раньше времени возникновенія l. a. per condictionem. По крайней мѣрѣ, убѣжденіе, что Гай самъ находился въ заблужденіи и насъ вводитъ въ него, не можетъ сложиться какъ результатъ безпристрастнаго и внимательнаго ознакомленія съ источниками. Изъ источниковъ нельзя почерпнуть ни одного положительнаго доказательства ошибочности общепринятаго взгляда, что сакраментальный процессъ былъ рассчитанъ не только на споры о правѣ собственности, но и на притязанія обязательственнаго характера, и что, слѣдовательно, личный сакраментальный искъ столь же древняго происхожденія, какъ и l. a. sacramento in rem². Гай сообщаетъ, что цѣлью и содержаніемъ

¹ *Krüger* l. c., 362—363.

² *Bekker*, Die Aktionen des röm. Privatrechts, I, 58 (1871); *Karlowa*, Der röm. Civilprocess, § 14. *Keller*, Der röm. Civilprocess § 14 (1883). *Voigt*, Die XII Tafeln, I, § 61; *Bethmann-Hollweg*, Der. röm. Civilprocess, I, 147, *Fietta*, Etude sur les origines de la théorie classique des actions en droit romain, 7, 48 (1888).

этого иска было *dare oportere*, а Valerius Probus, черпавший свои свѣдѣнія изъ извѣстныхъ сборниковъ Кнея Флавія и Секста Элія, сохранилъ, сверхъ того, нѣкоторыя подробности относительно формы его. Т. н. *litterae singulares* римскаго антиквара служатъ прямымъ дополненіемъ и подтвержденіемъ словъ Гая¹. Приведа ихъ въ связь между собой, мы получимъ форму личного иска, совершенно отличнаго и отъ *l. a. per condictionem*, и отъ *l. a. per iudicis postulationem*. Взятая отдѣльно, литеры Валерія Проба могутъ быть втиснуты, по примѣру Савиньи, въ формулу *condictio* и *iudicis postulatio* и даже, если угодно, въ формулу конфессорнаго и негаторнаго иска². Отрицаніе въ формѣ «*quando neque ais neque negas*» возможно, конечно, и внѣ личного иска; но внѣ его нельзя помѣстить «*ajo, te mihi dare oportere*». Съ другой стороны, и формула *condictio* не можетъ принять въ себя всѣхъ знаковъ Валерія: если слова «*ajo te mihi dare oportere*» сами по себѣ уместны въ ней, то на ряду съ «*quando negas, te sacramento quingenario provoco*» они ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть поставлены ни въ *condictio*, ни въ вещномъ искѣ.

Такимъ образомъ, *litterae singulares* Валерія, разсматриваемыя какъ части одной формулы, несомнѣнно принадлежатъ сакраментальному и—притомъ—личному иску.

Въ виду нѣкоторыхъ особенностей, приписываемыхъ Гаемъ сакраментальному процессу, позволительно заподозрѣть не фактъ существованія *l. a. sacramento in personam*, а только то, что она была самымъ древнимъ искомъ. Она трактуется римскимъ юристомъ какъ *generalis modus*,—слѣдовательно, носитъ на себѣ по выраженію Карлова, «печать теоретической рефлексіи и абстракціи». Но въ такомъ видѣ юридическія понятія и институты не возникаютъ въ древнее время, по справедливости характеризуемое признаками грубости ума и неспособности его къ отвѣченному анализу. Поэтому, не безосновательно будетъ считать искусную группировку сакраментальныхъ исковъ въ двухъ фор-

¹ Вотъ эти литеры: A. T. M. D. O.—*ajo, te mihi dare oportere*; Q. N. T. S. Q. P.—*quando negas, te sacramento quingenario provoco*; Q. N. A. N. N.—*quando neque ais neque negas*. См. *Valerius Probus*, de litter. singul. § 4, 1—4.

² *Savigny*, System, V, 578; *Puchta*, Institut.; I, §§ 161 (k) и 162 (b); *Krüger*, l. c. 363.

махъ результатомъ творчества понтификальной юриспруденціи и предположить, что *l. a. sacramento in personam* предшествовала другая, болѣе простая форма.

Къ такому заключенію и пришли многіе новѣйшіе изслѣдователи¹, которые, расходясь въ частности, согласно утверждаютъ, что *l. a. per manus injest.* должна быть признана болѣе древнимъ личнымъ искомъ, чѣмъ сакраментальная форма его. Отсюда видно, что Крюгеръ не одиноко стоитъ съ своей гипотезой о приоритетѣ *l. a. per m. injest.* въ порядкѣ историческаго возникновенія предъ всеми другими видами процесса. Въ этомъ отношеніи онъ имѣетъ предшественниковъ. Но у него старая мысль является въ такой формѣ, въ какой она перестаетъ быть даже правдоподобной. Само по себѣ предположеніе о болѣе раннемъ происхожденіи *manus injestio* въ качествѣ *способа реализаціи обязательственныхъ правъ* вполне мирится съ состояніемъ первобытнаго общества, когда разбирательство споровъ совершалось посредствомъ различныхъ актовъ самоуправства, къ числу которыхъ принадлежить и личный арестъ (наложеніе руки).

Въ справедливости его убѣждаетъ въ извѣстной степени и сравненіе структуры обоихъ личныхъ исковъ. Съ помощью *manus injestio* въ большинствѣ случаевъ начинается и оканчивается сакраментальный процессъ,—слѣдовательно, *l. a. sacramento* предполагаетъ *manus injestio*, послѣднее же приводитъ къ цѣли безъ посредства какого либо другаго акта. Далѣе, *manus injestio* опирается на голый фактъ неисправности должника («*quando tu mihi iudicatus*», «*quando non solvisti*»), провокація же къ поклажѣ сакраментала всегда оправдывается ссылкой на право («*ajo, te dare oportere*», «*meum esse ex jure Quiritium*»),—и мы, говоря словами Беккера², вынуждены будемъ признать особый, свойственный только римлянамъ порядокъ послѣдовательности въ развитіи понятій, если допустимъ, что ихъ судьи гораздо раньше оказались способными разбираться въ вопросахъ права, чѣмъ въ простыхъ фактахъ.

¹ Напр. *Bekker*, Die Aktionen, I, 19 слѣд., 58 слѣд.; *Ihering*, Geist, I, 151—158; *Schultze*, Privatrecht und Process, I, 442; *Demelius*, Die Confessio im röm. Civilprocess, 1880. 55.

² *Bekker*, l. c. 20.

Историческое развитіе процессуальныхъ формъ у другихъ народовъ скорѣе подтверждаетъ, чѣмъ опровергаетъ гипотезу о приоритетѣ *l. a. per m. inject.* Личный и имущественный арестъ, въ видѣ *manus injectio* и *ignoratio*, у многихъ народовъ является вначалѣ единственнымъ способомъ принудить неисправнаго должника къ удовлетворенію¹. Различные сборники законовъ и обычаевъ тевтоновъ и кельтовъ изображаютъ архаическую картину, многими чертами напоминающую тотъ порядокъ отправленія правосудія и осуществленія правъ, который пытаются реконструировать на основаніи нѣкоторыхъ актовъ торжественнаго самоуправства, сохранившихся въ позднѣйшемъ римскомъ процессѣ².

Но какъ бы далеко въ глубь вѣковъ мы ни относили зарожде-ніе *manus injectio*, отсюда не вытекаетъ еще необходимости снабжать ее функціями вещнаго иска. Тѣ свѣдѣнія, которыми мы располагаемъ, трудно согласовать съ предположеніемъ, что *manus injectio* было вначалѣ не болѣе какъ формой простаго виндикаціоннаго иска. Много есть основаній думать, что оно исполняло различные назначенія.

Иногда оно было, дѣйствительно, отдѣльнымъ процессуальнымъ актомъ и, въ качествѣ такого, входило составнымъ элементомъ даже и въ виндикаціонный процессъ. Искъ о правѣ собственности, напр., сопровождается «наложеніемъ руки», когда предметомъ спора является лицо, неправильно считающееся свободнымъ (*vindicatio in servitute*)³. Этимъ же дѣйствіемъ начинается и защита отеческой власти, а также правъ патрона⁴. По существу ничѣмъ не отличается отъ *manus injectio* и то дѣйствіе, которое совершается въ связи съ *in jus vocatio* при виндинаціи движимыхъ вещей: захватить и доста-

¹ Ср. *Danz*, *Der sacrale Schutz*, § 2.

² *Esmein*, *Etudes sur les contrats*, 90—92; Мэнъ, Древнѣйшая исторія учрежденій, (рус. пер.) 208 слѣд., 223 слѣд.

³ *Liv.* III, 44: *Virgini venienti in forum minister decemviri libidinis manum injecit, serva sua natam servamque appellans, sequique se jubebat.* Ср. *Ovid.* *Amor.* I, 4, 40: *et dicam, mea sunt, injiciamque manus.* *Ovid.* *Fast.* IV, 89: *Aprilem—Venus injecta vindicat alma manu.* Ср. *Brisson.* *De formulis*, V, 19.

⁴ *Quintilian.* *Inst. Orat.* VII, 7, 9: *patri in filium, patrono in libertum manus injectio sit.* Ср. *Brisson.* *De formulis*, V, 19.

вить спорную вещь къ претору—значить «*manum rei injicere*» и «*rem in jus ducere*»¹.

Здѣсь «наложеніе руки» имѣетъ общее значеніе. Оно аллегорически выражаетъ, что одно лицо предъявляетъ претензію къ другому, нисколько, однако, не опредѣляя, какого рода эта претензія.

Какъ актъ, дополняющій или замѣняющій вызовъ въ судъ безъ всякаго отношенія къ тому праву, которое подлежитъ реализаціи, *manus injectio* примѣнялось уже въ эпоху XII таблицъ. Древнѣйшій римскій законодательный памятникъ предписываетъ, какъ общую мѣру, личное задержаніе противника въ случаѣ нежеланія его добровольно явиться въ судъ: *si calvitur pedemve struit, manum endo jacito* (Т. I, 2). А въ позднѣйшее время техническому выраженію «*manum injicere*» придается почти исключительно широкій и неопредѣленный смыслъ дѣйствія, предпринимаемаго заинтересованной стороной для защиты своего права—судебнымъ или внѣсудебнымъ порядкомъ².

Но этого акта «наложенія руки», сфера примѣненія котораго неограничена, нельзя смѣшивать съ процессомъ, описаннымъ Гаемъ. Въ вышеуказанныхъ и многихъ другихъ случаяхъ *manus injectio* или совсѣмъ не приводитъ къ процессу, или остается безъ всякаго вліянія на него. Здѣсь оно не есть извѣстный намъ древній искъ, и потому не можетъ служить основаніемъ для сужденія о природѣ послѣдняго.

Manus injectio обозначаетъ арестъ, который можетъ быть произведенъ для осуществленія какъ вещнаго, такъ и обязательственнаго права. Тѣмъ не менѣе, сходство между нимъ и между *l. a. per manus inject.*—чисто внѣшнее, вслѣдствіе чего опредѣленіе каждаго изъ нихъ должно быть совершенно различное. Но особенно оши-

¹ *Quintilian. Declamat.* 359: *translatis manum injecit et suos dicit.* См. также С. Th. XI, 30, 8 § 1: *tamquam manibus injectis eos de judicio producere.* Ср. *Voigt, Die XII Tafeln*, I, §§ 53 и 61. Нѣкоторыя цитаты приведены и у *Brisson., l. c.*

² *Pseudo Acr. ad Hor. Sat.* I, 9, 76: *si quis vadato non parruisset,—injiciebat vadatus manum ad eum, qui non parruisset et ducebat in judicium.* *Servius ad Vergil.* X, 419: *manus injectio dicitur, quotiens nulla judicis auctoritate expectata rem nobis debitam vindicamus.* Ср. *Gaukler, Etude sur le vindex (Nouv. revue histor. de droit, 1889), 621 слѣд.*

бочно дѣлать какія либо заключенія о первоначальной *legis a. per m. inject.*, основываясь на опредѣленіяхъ въ родѣ тѣхъ, которыя находимъ, напр., у Сервія, такъ какъ они составлены послѣ уничтоженія этого иска и относятся къ тому виду внѣсудебнаго *manus injectio*, которое практиковалось въ классическомъ правѣ въ силу спеціальнаго условія, выговореннаго при заключеніи договоровъ ¹.

Нѣкоторый свѣтъ на характеръ первоначальной *l. a. per m. inject.* бросаетъ одинъ изъ памятниковъ, относящихся къ концу республиканскаго періода. Это—законъ, извѣстный подъ именемъ *Lex coloniae Genetivae Juliae*. Въ немъ воспроизведенъ порядокъ взысканія по обязательствамъ, представляющій копію того процесса, о которомъ трактуется въ XII таблицахъ.

Можно оставить безъ изслѣдованія, гдѣ и въ какихъ случаяхъ примѣнялся этотъ порядокъ. Для насъ важны не сфера и мѣсто дѣйствія его, а то, что еще въ эпоху Цезаря было въ употребленіи процессуальное производство посредствомъ «наложенія руки». *Lex coloniae Juliae Genetivae* слѣдуетъ въ общемъ XII таблицамъ и содержитъ ясное указаніе на *manus injectio* какъ на средство для достиженія тѣхъ же самыхъ цѣлей, для которыхъ оно, очевидно, служило и четыре вѣка тому назадъ ². Какъ тогда, такъ и теперь *l. a. per manus inject.* оказывается искомъ съ одними и тѣми же характерными признаками, а между тѣмъ не подлежитъ никакому сомнѣнію, что въ законѣ, данномъ колоніи Урсо въ 710 году, нѣтъ и малѣйшаго намека на примѣненіе этого иска къ вещнымъ правамъ: примѣненіе его ясно ограничено случаями взысканія на основаніи судебного приговора и извѣстнаго рода обязательственныхъ требованій.

Далѣе, изъ названнаго закона не трудно видѣть, что участіе виндекса отнюдь не измѣняетъ существа иска,—по крайней мѣрѣ *l. a. per m. inject.* время Цезаря остается личнымъ искомъ, не смо-

¹ *Paul.* 1. 9. D. 18, 7; *Ulp.* 1. 10 § 1. D. 2. 4; *Paul.* 1. 7. D. 40.8; *Papin.* 1. 20 § 2 D. 40. 1; 1. 1 § 4 C. 7. 6; Fr. Vat. 6. Ср. *Brisson*, 1. c. VI, 15; *Rudorff*, Römische Rechtsgeschichte, II, § 24; *Keller*, Der Civilprocess, § 19. *Jhering*, Geist, I, 155, III, 641; *Ortolan*, Législation romain, III, n° 1384; *Accarias*, Précis de droit romain, II, § 745 (4 ed.).

² *Lex Ursonensis a. 710*, cap. 61 *Bruns*, Fontes juris rom. antiqui, ed. 5, 119; Ср. *Exner*, Zeitschrift für Rechtsgeschichte XIII, 392 слѣд.; *Wlassak*, Röm. Process-gesetze, I, 91, 171, 192; *Muirhead*, Introduction, 209, 274; *Gaukler*, 1. c. 611 слѣд.

тря на то, что для возникновенія и дальнѣйшаго теченія процесса все еще требуется вмѣшательство третьяго лица: «*ni vindicem dabit iudicatumve faciet, secum ducito*». Виндексъ не есть контравиндикантъ, какъ думаютъ нѣкоторые ¹. Онъ, хотя и ведетъ процессъ вмѣсто должника, не низводитъ послѣдняго на степень простаго объекта, которымъ продолжаетъ оставаться извѣстная сумма денегъ. Виндексъ дѣйствуетъ въ качествѣ замѣстителя первоначальнаго отвѣтчика, а не въ качествѣ лица, совершающаго *vindicatio in libertatem*. Онъ усиливаетъ платежную способность должника, т.-е. обеспечиваетъ исполненіе судебного приговора, какъ это само собой явствуетъ изъ постановленія XII таблицъ о томъ, что виндексъ—по крайней мѣрѣ—зажиточнаго гражданина долженъ быть также зажиточнымъ ². Выступая защитникомъ со стороны отвѣтчика, онъ или немедленно уплачиваетъ взыскиваемый долгъ, или оспариваетъ основательность самаго требованія, такъ что судъ предстоитъ рѣшить вопросъ о существованіи или несуществованіи обязательства, а не права собственности истца на лице, подвергшееся «наложенію руки».

Еслибы *l. a. per manus inject.* дѣйствительно была *vindicatio in servitutumem*, то и юридическія притязанія виндекса и ассертора должны были бы оказаться одинаковыми, между тѣмъ формула *assertio*, вложенная въ уста виндекса, такъ же мало соотвѣтствовала бы его назначенію, какъ мало соотвѣтствуетъ, напр., виндикаціонная формула всякому вообще иску, основанному на обязательственномъ правѣ. *Assertor* требуетъ признанія судомъ свободы извѣстнаго лица, что онъ и выражалъ произнесеніемъ торжественныхъ словъ: «*hunc liberali causa manu adsevo*» ³. Виндексу нѣтъ необходимости доказывать право свободы своего кліента, такъ какъ оно предполагается и потеря его является слѣдствіемъ проигрыша процес-

¹ *Krüger*, l. c. 334. Ср. также *Unger*, *Ztsch. für Rechtsgeschichte*, VII, 192 слѣд.; *Fietta*, l. c. 44.

² XII t. 1, 4: *adsiduo vindex adsiduus esto*. Ср. также *Lex coloniae Juliae Genetivae*, tab. IV, cap. 61: *vindex arbitrato II viri quique jure dicundo praerit locuples esto*; *Cic. top.* 2, 10; *Fest. Assiduus*. Ср. *Schulin*, *Lehrbuch*, § 77.

³ *Brisson. l. c.*, V, 38. Ср. *Accarias*, *Précis*, II, § 797. *Festus v. Sertorem...* quia cum cuipiam adserat manum, educendi ejus gratia ex servitute in libertatem, vocetur adsertor. Ср. *Varro*, *De ling. lat.*, VI, 64.

са. Присутствіе виндекса указываетъ лишь на то, что въ древнемъ Римѣ безъ надежной гарантіи исполненія судебного приговора нельзя было начать процессъ—ни о правѣ собственности, ни объ обязательственномъ требованіи: *nulla actio sine aere*, какъ выражается Терингъ ¹. Но гарантія эта не имѣетъ никакого отношенія къ характеру самаго иска, который остается личнымъ или вещнымъ независимо отъ того, можетъ ли истецъ рассчитывать на вѣрное удовлетвореніе по нему или нѣтъ. Поэтому совершенно произвольно соединять съ *Lex Vallia* превращеніе *l. a. per manus inject.* изъ вещнаго иска въ личный искъ. О такомъ превращеніи, совершившемся притомъ будто бы уже послѣ составленія XII табл., не сохранилось ни одного свидѣтельства.

Гай, описывая *l. a. per manus inject.* съ виндексомъ и безъ виндекса, могъ открыть только одно между ними различіе, но оно сводится къ различію не между личнымъ и вещнымъ искомъ, а между процессомъ безъ участія и съ участіемъ третьяго лица, которое можно назвать представителемъ отвѣтчика въ томъ смыслѣ, что оно уплачиваетъ чужой долгъ или, по крайней мѣрѣ, обезпечиваетъ уплату его ². Слѣдовательно, согласно Гаю, и въ томъ, и въ другомъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ однороднымъ искомъ, и именно личнымъ, такъ какъ немислима виндикація, объектомъ которой былъ бы предметъ или человѣкъ, явно не принадлежащій на правѣ собственности истцу. А кто согласится съ голословнымъ утвержденіемъ Крюгера, что фактъ «наложенія руки» самъ по себѣ создаетъ право собственности, и что «*vindicatio* не основывалась на существующемъ уже правѣ, а только устанавливала его»? Человѣкъ, подвергшійся личному задержанію за долги, сохраняетъ всѣ свои права и, удовлетворивъ кредитора, тѣмъ самымъ прекращаетъ власть его надъ собой, что едва ли бы онъ могъ сдѣлать, еслибы эта власть была выраженіемъ дѣйствительнаго права собственности ³.

¹ *Ihering*, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 4 Aufl., 197 слѣд. *Gaukler*, l. c., 615.

² *Gajus*, IV, 21—25; *Aul. Gellius*, XVI, 10. Ср. *Karlowa*, l. c. 185; *Bekker*, l. c. 39; *Huschke*, *Die Multa*, 397—401.

³ *Liv.* II, 23: „*Ductum se ab creditore non in servitium, sed in ergastulam et carnificiam esse. Varro* (de r. r. I, 17, 2) помѣщаетъ должниковъ также въ разрядъ свободныхъ. Ср. *Varro*, De l. l. VII, 105. *Quintil.* Inst. orat. VII, 3, 26—27.

Сходство между настоящимъ собственникомъ и тѣмъ, кто обращается къ помощи *l. a. per manus inject.*, обнаруживается только въ стадіи экзекуціи, т.-е. послѣ того, какъ судья предоставитъ ему право вознаградить себя за неисполненное обязательство посредствомъ продажи должника или распорядиться имъ инымъ какимъ либо способомъ. Въ стадіи осуществленія права дозволяется не только *venditio trans Tiberim*, но даже *corporeis sectio*, откуда нельзя, однако, заключать, что и самый искъ былъ вещнымъ. Способы исполненія судебныхъ приговоровъ и реализаціи юридическихъ притязаній не слѣдуетъ смѣшивать съ матеріальнымъ правомъ, которое можетъ быть личнымъ или абсолютнымъ независимо отъ того, въ какой формѣ будетъ произведено удовлетвореніе на основаніи его. А между тѣмъ теорія, отвергающая существованіе въ древнемъ Римѣ обязательственнаго права и личныхъ исковъ, держится, какъ на одномъ изъ главныхъ аргументовъ, на отождествленіи этихъ столь же различныхъ понятій, какъ причина и слѣдствіе. Въ этомъ отождествленіи или если угодно — смѣшеніи — и лежитъ слабая сторона общихъ разсужденій объ отсутствіи личныхъ исковъ въ правѣ XII таблицъ.

Признаки сходства между должникомъ и обыкновеннымъ объектомъ права собственности бросаются въ глаза не сразу и во всякомъ случаѣ не раньше того момента, когда притязанія кредитора будутъ признаны бесспорными, и окажется, что добровольнаго удовлетворенія ихъ нельзя ожидать. Тогда кредиторъ можетъ распорядиться должникомъ способомъ дѣйствительно болѣе или менѣе аналогичнымъ тому, который предоставляется на основаніи права собственности. Но и въ настоящее время кредиторъ распоряжается залогомъ какъ собственникъ, и, однако, едвали кто станетъ отождествлять залоговое право съ правомъ собственности.

Способы осуществленія права соотвѣтствуютъ самому праву и вообще бываютъ разнообразны только въ развитыхъ юридическихъ системахъ. Но въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ они настолько однообразны, что, вопреки утверженію Кунце¹, рѣшительно было бы

См. *Bouchaud*, Commentaire, I, 440; *Giraud*, Des nexi ou de la condition des debiterus chez les Romains, 1847, 471 (Memoires de l'Académie etc. t. V); *Van-Wetter*, Les obligations en droit romain, II, 5—7.

¹ *Kuntze*, Die Obligationen, § 26 (стр. 117 слѣд.).

ошибочно изъ анализа ихъ характера дѣлать какіе либо выводы относительно существа реализуемыхъ юридическихъ притязаній. Если свободный человѣкъ отвѣчаетъ своей личностью предъ тѣмъ, съ кѣмъ онъ заключилъ договоръ займа или относительно кого онъ совершилъ деликтъ, то этого еще недостаточно для того, чтобы отвергать существованіе обязательственныхъ отношеній. Подобнаго рода отвѣтственность еще не даетъ права предполагать, что должникъ подлежалъ виндикаціи со стороны кредитора, точно такъ же, какъ и практикуемое въ настоящее время—въ нѣкоторыхъ, по крайней мѣрѣ, случаяхъ—личное задержаніе за долги не даетъ основанія превращать обязательственный искъ кредитора въ искъ о собственности. Личное задержаніе есть не болѣе, какъ извѣстная форма гарантіи, и, какъ таковая, она не содержитъ въ себѣ указанія на то, что объектомъ права, при реализаціи котораго допускается личное взысканіе, непременно служитъ лице: объектомъ является нѣчто другое, а лице, т.-е. должникъ лишь обеспечиваетъ собой исполненіе обязательства. Теперь нѣтъ необходимости въ такой формѣ обезпеченія, но она была единственная надежная гарантія въ древности, когда имущественная основа хозяйства не играла большаго значенія, такъ какъ была еще слаба.

Вполнѣ, конечно, можно согласиться съ тѣмъ, что кругъ вещныхъ и обязательственныхъ правъ не ограниченъ предѣлами, установленными системой извѣстнаго какого либо періода. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, въ которыхъ классическое, напр., римское право признаетъ всѣ элементы обязательственнаго права, система XII таблицъ можетъ обходиться съ помощью вещнаго права, но это вовсе не уничтожаетъ принципиальнаго дѣленія правъ—на вещныя и личныя, пригоднаго для всѣхъ временъ и странъ. Правда, тотъ или другой характеръ защиты права обусловливается не только содержаніемъ его, но и фактами хозяйственной и общественной жизни,—тѣмъ не менѣе не будетъ погрѣшностью противъ исторической истины сказать, что обязательственное право никогда не было правомъ, соотвѣтствующимъ *jus in re*. Попытка доказать, что когда-то вовсе не было обязательственныхъ отношеній нисколько не уступаетъ по своему значенію другой попыткѣ, предпринятой однимъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей и имѣющей цѣлью убѣдить, что вещныхъ правъ вообще не существуетъ, такъ

какъ всякое право обозначаетъ — *an sich* — господство не надъ вещью, а только надъ волею человѣка ¹.

Произвольность подобныхъ взглядовъ стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Тогда какъ одни считаютъ всякое вещное право «результатомъ экономическихъ потребностей и законодательныхъ соображеній», слѣдовательно продуктомъ — въ большей или меньшей степени — искусственнымъ, понятіемъ отвлеченнымъ, — для другихъ, напротивъ, оно именно, какъ мы видѣли, и оказывается самой естественной формой господства, потому что объектомъ его служить не воля человѣка, а физическій предметъ.

Да и сообразно ли съ требованіями науки утверждать историческій пріоритетъ одного юридическаго института предъ другимъ, основываясь главнымъ образомъ на томъ, что одинъ изъ нихъ носитъ болѣе отвлеченный характеръ, чѣмъ другой? Не говоря о томъ, что признакъ отвлеченности — вообще слишкомъ слабый и ненадежный критерій для рѣшенія историко-юридическихъ проблемъ, въ данномъ случаѣ онъ рѣшительно не можетъ оказать пользы, такъ какъ и обязательственное право, и право вещное — оба одинаково отвлеченныя понятія. Право собственности, напр., хотя оно и проявляется болѣе конкретно и замѣтно, несколько не менѣе абстрактно, чѣмъ и обязательственное право. И если римляне эпохи XII таблицъ находятъ достаточно развитыми въ умственномъ отношеніи, чтобы не считать права собственности для нихъ понятіемъ недоступнымъ, то нѣтъ никакого основанія отказывать имъ и въ способности отличать вещное право отъ права обязательственнаго. Вспомнимъ, что въ XII таблицахъ имѣются указанія и на болѣе тонкія и глубокія различія — напр., на различія между правомъ собственности и сервитутами. Общее и отвлеченное понятіе сервитутнаго права, какъ извѣстно, сложилось гораздо позже, но существованія отдѣльныхъ вещныхъ правъ, въ силу которыхъ устанавливается господство только надъ частью чужой вещи, никто не станетъ отрицать и для того отдаленнаго времени.

Возникновеніе формъ, въ которыя укладываются житейскія от-

¹ См. *Fuchs*, *Das Wesen der Dinglichkeit*, 1889. Ср. *Schuppe*, *Krit. Vierteljahrschr.* XIV, 206 слѣд.

ношенія, обыкновенно предшествуетъ возникновенію ясныхъ понятій о нихъ. Понятія—вообще—образуются значительно позже,—и потому если бы и у римлянъ какого-либо періода мы не нашли понятія объ обязательственномъ правѣ, то это еще не значило бы, что у нихъ не было и обязательственныхъ отношеній.

Насъ, впрочемъ, нимало не удивляетъ, что поиски за обязательствами въ древнемъ римскомъ правѣ оказываются безуспѣшными. Болѣе было бы удивительно, если бы они привели къ иному результату. Дѣйствительно, слишкомъ трудная задача—доказать, что древнимъ римлянамъ доступны были понятія классическаго или современнаго права, а задача Кунце, Крюгера, Кюка и др., въ сущности, къ этому и сводится. Отрицая существованіе обязательствъ до времени изданія закона Петелія, изслѣдователи эти руководствуются, какъ мы видѣли, тѣми опредѣленіями обязательственнаго права, которыя приняты въ литературѣ настоящаго времени, и какъ-бы забываютъ, что юридическія понятія претерпѣваютъ такія же измѣненія, какъ и тѣ институты, которымъ они соотвѣтствуютъ. Древняя конструкція сервитутнаго или залоговаго права была иная, чѣмъ та, которую находимъ у классическихъ юристовъ¹,—и если мы станемъ игнорировать это различіе, то, безъ сомнѣнія, напрасно будемъ искать сервитутовъ и залога въ древнемъ римскомъ правѣ, хотя существованіе ихъ и составляетъ безспорный фактъ.

Не оставалось однимъ и тѣмъ же—въ процессѣ историческаго развитія—и обязательственное право. Было бы большой ошибкой представлять себѣ, что оно вдругъ возникло въ видѣ института совершеннаго и вполне развитаго, со всѣми тѣми признаками и особенностями, съ какими оно является въ классическомъ римскомъ правѣ. Напротивъ, содержаніе обязательствъ и понятіе о нихъ въ различное время бываетъ различно, чего, очевидно, не смотря на свою историческую точку зрѣнія, не принимаютъ во вниманіе авторы, взгляды которыхъ были провѣрены нами на предшествующихъ страницахъ. Основной недостатокъ этихъ взглядовъ скрывается, слѣдовательно, въ методологической ошибкѣ.

¹ Voigt Die XII Tafeln, II, 345 слѣд.; *его-же* Ueber den Bestand und historische Entwicklung der Servituten, 1874, §§ 3 и 4.

Разсмотрѣнная теорія, какъ мы видѣли, возникла почти исключительно вслѣдствіе того, что изслѣдователи не совсѣмъ еще отрѣшились отъ привычки прилаживать современныя понятія къ отношеніямъ болѣе или менѣе примитивнаго свойства. Но судить о древнемъ правѣ, исходя отъ возрѣній нашего времени, такъ же ошибочно, какъ и «предполагать, что каждое колесо или винтъ нашей общественной машины имѣетъ свое соотвѣтствіе въ первичныхъ обществахъ»¹⁾. Оправданіе такихъ сужденій необходимо связано съ ломкой матеріала болѣе или менѣе достовѣрнаго. Не должно вызывать удивленія, что и изученная нами теорія держится не столько на анализѣ историческихъ данныхъ, сколько на отрицаніи ихъ.

Мы привели достаточно доказательствъ въ подтвержденіе принадлежности древнѣйшему римскому праву различія между личными и вещными исками и въ опроверженіе гипотезы, основывающей на отрицаніи этого различія отрицаніе существованія обязательствъ въ эпоху XII таблицъ. Поэтому, ограничиваясь сдѣланными указаніями, обратимся теперь къ главному предмету настоящаго изслѣдованія и опредѣлимъ кругъ тѣхъ юридическихъ фактовъ, съ которыми связывается возникновеніе обязательствъ въ системѣ децемвировъ²⁾.

¹⁾ Мэнъ, Древнее право, 243.

²⁾ Для полноты можно еще отмѣтить нѣкоторыя свидѣтельства, подтверждающія извѣстіе Гая о существованіи *личнаго секраментальнаго* иска,—напр., *lex Acilia repetundarum* (*Bruno*, *Fontes*, 61), 23:... *neive eum (legat edatve quei pecuniae captae condemnatus est erit aut quod cum eo lege Calpurnia aut lege Junia sacramento actum siet, aut h. l. nomen delatum siet.* Ср., Далѣ, *Plaut. Men.* IV, 25 слѣд. Подробнѣе у *Voigt'a*, *Römische Rechtsgeschichte*, 1892, стр. 830—711, 130 слѣд. См. *его-же* *Die XII Tafeln*, II, § 119. *Bekker*, *Die Aktionen*, I, 200 слѣд. *Pernice*, *Labo* 1892, III, 226, 232.

Г Л А В А II.

Въ современномъ правѣ всякое соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ, содержащее въ себѣ элементы договора, пользуется юридической защитой, считается актомъ, съ которымъ всегда соединяются извѣстныя юридическія послѣдствія.

Совершенно иначе было въ римскомъ правѣ, которое никогда — даже въ эпоху Юстиніана — не возвысилось до признанія, какъ общаго принципа, обязательности договоровъ независимо отъ формы, въ которую они облечены. Идея обязательности неформальныхъ соглашеній чужда была римскому праву: *nuda pactio obligationem non parit* ¹.

Очень долго въ этомъ именно видѣли особенность и отличіе національнаго римскаго права. Въ частности, германисты до недавняго времени держались того мнѣнія, что древнее германское право, въ противоположность праву римскому, ничѣмъ не ограничивало свободы контрагентовъ и обеспечивало защиту каждому ихъ соглашенію — даже и тому, которое не было соединено съ опредѣленной матеріальной или формальной *causa obligandi* ².

Однако, болѣе внимательное и детальное изученіе юридическихъ памятниковъ привело къ убѣжденію въ томъ, что римское право не представляетъ въ этомъ отношеніи исключенія: принципъ его повторяется какъ въ германскомъ, такъ и во французскомъ правѣ ³.

¹ L. 7 § 4 D. 2. 14.

² *Stobbe*, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855, IX, 2 слѣд. *Schmidt*, Der principielle Unterschied zwischen dem röm. und germanischen Rechte, 1853, 251.

³ *Stobbe*, Handbuch des deutschen Privatrechts, III, § 165; *Viollet*, Précis de l'histoire du droit français, 1886, 505. *Sohm*, Recht der Eheschliessung, 1875, 24; *Esmein*, Etudes sur les contrats dans le très—ancien droit français, 1883, 20; *Franken*, Das französische Pfandrecht im Mittelalter, 1879, §§ 4, 5.

Въ современной цивилистической литературѣ преобладаніе получило воззрѣніе діаметрально противоположное тому, которое считалось господствовавшимъ еще въ началѣ второй половины текущаго столѣтія. Теперь всѣми оставлена, какъ совершенно ошибочная, мысль о противоположности древнеримскаго и древнегерманскаго права — въ томъ именно отношеніи, будто послѣднее начало свое развитіе признаніемъ исковой силы за всякимъ договоромъ. Норма объ обязательности простыхъ соглашеній обозначаетъ не начальную, а одну изъ дальнѣйшихъ стадій въ процессѣ развитія обязательственнаго права.

Древнее право каждаго народа очень богато указаніями на то, что въ раннюю эпоху совершеніе юридическихъ актовъ осложнялось различными обрядами. Обиліе формъ и символовъ было, правда, далеко неодинаково у отдѣльныхъ народовъ, но это не имѣетъ значенія для опредѣленія характера юридическихъ отношеній. Важно то, что соглашеніе сторонъ само по себѣ было недостаточно для того, чтобы вызвать юридическій эффектъ. Первоначально соглашеніе пріобрѣтаетъ обязательную силу только тогда, когда оно сопровождается совершеніемъ опредѣленныхъ манипуляцій и произнесеніемъ извѣстныхъ формулъ, или когда за нимъ немедленно слѣдуетъ передача (одной изъ сторонъ) условленнаго предмета. Иначе говоря: примитивной системѣ права извѣстны лишь тѣ способы установленія обязательственныхъ отношеній, которые принято — по примѣру юристовъ классической эпохи — называть реальными и формальными договорами.

Это положеніе признается твердо установленнымъ. Оно является результатомъ многочисленныхъ изслѣдованій, посвященныхъ исторіи обязательственнаго права. Почти всѣ изслѣдователи согласны между собою въ томъ, что исходнымъ пунктомъ развитія обязательственнаго права былъ договоръ. Но какъ квалифицировать этотъ договоръ, — о томъ высказаны различныя теоріи. По мнѣнію однихъ, исторически древнѣйшую стадію составляютъ договоры формальные, по мнѣнію другихъ хронологически первыми являются договоры реальные.

Сверхъ того, нѣкоторыми раздѣляется (вѣрнѣе—раздѣлялось) воззрѣніе, указывающее различный порядокъ послѣдовательности договоровъ для различныхъ системъ. Иногда приходится наталкивать-

ся на утверждение, что въ германскомъ правѣ съ самаго начала его развитія выступаетъ на первый планъ формальный элементъ, тогда какъ римское примитивное обязательственное право обнаруживаетъ слѣды преобладанія матеріальнаго принципа ¹. Относительно этого вывода нужно, однако, замѣтить, что онъ добытъ не на основаніи тщательнаго сравненія обѣихъ системъ. Онъ былъ выставленъ германистами того типа, которые всѣми силами пытались отыскать возможно больше принципиальныхъ точекъ различія между римскимъ и германскимъ правомъ и, такимъ образомъ, подорвать значеніе рецепированной системы. Уже поэтому одному нельзя придавать большаго значенія отмѣченному противоположенію, какъ предвзятой мысли, подсказанной побочными соображеніями. Но основательность его можетъ быть подвергнута сомнѣнію еще и потому, что сравнительно — историческое изученіе права представляетъ убѣдительныя доказательства въ пользу однообразной послѣдовательности развитія однихъ и тѣхъ же институтовъ у различныхъ народовъ. Не смотря на отличіе отдѣльныхъ формъ въ различныхъ системахъ, историческій процессъ договоровъ характеризуется общими признаками ².

1.

Среди романистовъ находятъ очень много сторонниковъ та теорія, которая болѣе раннимъ — по времени возникновенія — источникомъ обязательствъ признаетъ формальный договоръ. Согласно очень распространенному мнѣнію, формальные договоры суть древнѣйшіе національно-римскіе способы установленія обязательственныхъ отношеній ³. Формальный договоръ по самому существу считается болѣе соответствующимъ древней системѣ права, такъ какъ онъ проще, чѣмъ всякій другой договоръ. Онъ есть непосредственное проявленіе «юридической продуктивной воли»: «воли кредитора и воли должника», выраженныхъ въ формѣ, исключающей возможность сомнѣнія относительно полного ихъ со-

¹ *Hahn*, Die materielle Uebereinstimmung der röm. und germanischen Rechtsprincipien, 1856, 458—459, 465—466.

² *Franken*. Lehrbuch des deutschen Privatrechts, 1889, 129. *Karlawa*, Ср. Rechtsgeschäft, 255.

³ *Pernice*, *Labeo*, I, 407; *Windscheid*, *Pandekt.*, II, § 312.

отвѣтствія, «вполнѣ достаточно, чтобы установить обязательство»¹⁾. Обязательства древнѣйшей римской системы можно раздѣлить, говорить Бернгефтъ, на двѣ группы: одну группу составляютъ права требованія, проистекающія изъ формальнаго договора, въ другую группу войдутъ отношенія, возникающія изъ иныхъ основаній и потому лишенные исковой силы²⁾.

Почти съ полной увѣренностію можно утверждать, что большинство изслѣдователей признаетъ правильной квалификацію первоначальнаго обязательственнаго договора формальнымъ. Формализмъ составляетъ отличительную и доминирующую черту всего древнеримскаго юридическаго строя. Нисколько неудивительно, если пытаются отыскать ту же самую особенность и въ системѣ квинтскаго обязательственнаго права. Для кого періодъ древняго права есть періодъ господства формализма, для того, очевидно, и примитивное обязательственное право будетъ замыкаться кругомъ формальныхъ актовъ.

Выводъ этотъ полученъ, какъ легко замѣтить, если и не исключительно діалектическимъ приѣмомъ, то и не безъ значительной помощи его. По крайней мѣрѣ, у многихъ юристовъ онъ фигурируетъ какъ логическая консеквенція изъ общихъ посылокъ разнаго научнаго достоинства.

По мнѣнію однихъ, первоначальные способы установленія обязательственныхъ отношеній должны слагаться, главнымъ образомъ, изъ элементовъ формальныхъ, потому что въ древнее время мысль отличалась «грубостью и неразвитостью». А «грубому и неразвитому юридическому сознанію» и недоступно представленіе о другихъ актахъ кромѣ формальныхъ. Продолжая рассуждать такимъ образомъ, мы, несомнѣнно, придемъ къ альтернативѣ, къ которой многіе, дѣйствительно, и пришли, что вначалѣ всѣ обязательственные договоры должны быть выражены въ опредѣленной формѣ для того, чтобы обладать исковой силой, или всѣ они должны быть лишены юридическаго значенія³⁾.

¹ *Kuntze*, *der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, 1856, 78—79.

² *Bernhöft*, *Staat und Recht der röm. Königszeit* 1882, 170.

³ *Danz*, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts*, 1873, II, § 139; *Liebe*, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, 1840, §§ 1 и 27; Муромцевъ, *гражданское право древняго, Рима* 205; *Мэнъ*, *Древнее право*, 245.

По мнѣнію другихъ, движеніе примитивнаго гражданскаго оборота необходимо должно было совершаться въ предѣлахъ точно опредѣленныхъ формъ, потому что внѣ ихъ юридическія дѣйствія не вызывали бы въ обществѣ того довѣрія, при отсутствіи котораго не мыслимо существованіе никакого, даже самаго простаго юридическаго строя. Внѣшніе знаки, служащіе «символами внутренняго акта воли» лицъ, заключающихъ договоръ, очень разнообразны, и для раскрытія ихъ истиннаго смысла въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ требуется гораздо больше напряженія ума и опытности сравнительно съ тѣмъ, что можно предположить у людей, находящихся на одной изъ первыхъ ступеней историческаго развитія. Поэтому тотъ «тонкій анализъ, который развитая юриспруденція прилагаетъ къ психическому состоянію контрагентовъ въ моментъ совершенія договора, въ древнемъ правѣ переносится» на дѣйствія, сопровождающія установленіе обязательства. Устранить неопредѣленность и неувѣренность, связанную съ такими дѣйствіями, и сообщить имъ характеръ принудительности признаніемъ только за нѣкоторыми изъ нихъ значенія юридическаго факта было тенденціей древняго римскаго права. Цѣль эта достигнута была посредствомъ формальныхъ контрактовъ, именно посредствомъ манципаціи въ области вещнаго права, посредствомъ *nexum, stipulatio* и literalнаго контракта въ области обязательственнаго права ¹⁾.

Здѣсь, какъ само собой ясно, практическое значеніе формальныхъ контрактовъ возведено на степень исторической причины ихъ, цѣль, которой служатъ формальные договоры, превращена въ фактора ихъ создавшаго. Но давно уже признано, что «раціоналистическій масштабъ цѣлесообразности» непригоденъ для объясненія исторіи примитивныхъ юридическихъ институтовъ, возникающихъ независимо отъ сознательной дѣятельности законодателя или народа ²⁾. Примемъ, кромѣ того, во вниманіе, что отсутствіе формъ едва ли бы и

¹ *Gneist*, Die formellen Verträge des röm. Obligationenrechts, 1845, 114 слѣд. ср. также *Heimbach*, Rechtslexicon, X, 542 слѣд.

² Ср. *Schmidt*, Krit. Jahrbücher, 1847, 22 слѣд.; *Ihering*, Geist des röm. Rechts II, § 45.

могло быть сопряжено съ такими важными послѣдствіями для крайне несложнаго оборота. Оно отнюдь не можетъ привести къ неустойчивости общественнаго строя—особенно въ то отдаленное время, когда юридическія отношенія ограничиваются самымъ незначительнымъ числомъ сдѣлокъ. Поэтому не вполне мотивированной оказывается потребность въ спеціальныхъ средствахъ предупрежденія возможности оспариванія дѣйствительности заключеннаго договора. Мы не станемъ отрицать важность формы въ смыслѣ доказательства совершенія договора. Полагаемъ, однако, что въ ранній періодъ развитія римлянъ вопросъ о необходимости озаботиться изысканіемъ удобныхъ доказательствъ долженъ былъ отойти на задній планъ.

Но какъ бы мы ни смотрѣли на формальные контракты,—какъ на извѣстные способы «выраженія воли», или какъ на «юридическія мѣры предосторожности»,—необходимость ихъ въ качествѣ древнѣйшаго источника обязательствъ все-таки останется и неясной, и неоправданной.

Если формы первоначальныхъ договоровъ служили для того, чтобы «несомнѣннымъ образомъ манифестировать волю»¹⁾, то волю же нужно признать и тѣмъ факторомъ, который устанавливаетъ юридическую связь между лицами, участвующими въ соглашеніи. Правда, воля эта выражена съ соблюденіемъ торжественнаго церемоніала, чрезъ посредство символовъ и жестовъ,—тѣмъ не менѣе она составляетъ сущность сдѣлки, а форма есть внѣшній придатокъ, «плеоназмъ», какъ справедливо замѣтилъ Франкенъ²⁾, и потому не только не упрощаетъ, а, напротивъ, усложняетъ сдѣлку. Но «сложныя, эластичныя, искусственныя формы», скажемъ словами одного изъ сторонниковъ теоріи пріоритета формальныхъ контрактовъ, составляютъ принадлежность высшей культуры,—на ранней же ступени развитія, согласно «высшему закону строгой и разумной экономіи», все сложное было бы роскошью, неоправдывающею своего существованія³⁾.

¹ Ср., напр., *Danz*, Lehrbuch d. Gesch. d. röm. Rechts, II, § 141.

² *Franken*, Das französische Pfandrecht, 211.

³ *Kuntze*, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, 78—79.

Оставимъ безъ разслѣдованія, дѣйствительно ли существуетъ такой «высшій законъ» и «разумная экономія», въ чемъ мы, кстати сказать, очень сомнѣваемся. Однако, независимо отъ того разсматриваемый взглядъ нельзя назвать правильнымъ, такъ какъ онъ приводитъ къ заключенію, что за формализмомъ первоначальныхъ обязательственныхъ договоровъ скрывается принципъ обязательности простаго соглашенія.

Заключеніе это не должно казаться неожиданнымъ. Оно вытекаетъ съ логической послѣдовательностью изъ взгляда на формальности, которыми обставлялось въ древности совершеніе договоровъ, какъ на удобное средство отличить дѣйствія, имѣющія юридическое значеніе, отъ такихъ, которыя его лишены. Если форма есть только одно изъ условій, при наличности которыхъ соглашеніе контрагентовъ пріобрѣтаетъ юридическій характеръ, то она ни въ какомъ случаѣ не можетъ имѣть доминирующаго значенія въ составѣ формальныхъ договоровъ. Назначеніе формы—согласно этому взгляду—усматривается въ томъ, что при ея помощи очевидно обнаруживается и легче распознается «серьезность волеизъявленія», т. е. дѣйствительное намѣреніе договаривающихся сторонъ установить обязательство. Слѣдовательно, «волеизъявленіе» или—что то же—взаимное соглашеніе контрагентовъ и есть, какъ это и признаетъ, напр, Бееръ¹, источникъ обязательства, *causa efficiens* его. Но въ такомъ случаѣ, по вѣрному замѣчанію Франкена, и формальные договоры окажутся консенсуальными—съ различными, впрочемъ, добавочными ингредиентами, отъ которыхъ «примитивный оборотъ не въ состояніи освободиться единственно потому, что полному осуществленію консенсуальнаго принципа мѣшаютъ фактическія отношенія». Всѣ, однако, согласятся, что различіе между формальными и консенсуальными контрактами лежитъ гораздо глубже, и кроется оно не во внѣшнихъ наслоеніяхъ, а въ томъ, что правообразующая сила ихъ истекаетъ изъ разныхъ источниковъ: источникомъ этимъ служитъ въ одномъ случаѣ объективный моментъ совершенія извѣстныхъ формальностей, въ другомъ—субъективный элементъ простаго соглашенія договаривающихся сторонъ.

¹ *Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1867, 169.*

Уч. Зап., ст. Гусакова.

Итакъ, возводя практическую пользу формальныхъ контрактовъ на степень историческаго аргумента, мы придемъ не къ утвержденію, а—скорѣе—къ отрицанію существованія ихъ на начальной ступени развитія обязательственнаго права.

Къ этому надлежитъ прибавить, что и другая особенно оттъняемая юристами функція формальныхъ контрактовъ представляетъ слишкомъ слабое доказательство въ пользу теоріи пріоритета ихъ въ качествѣ источника обязательственныхъ отношеній. Формальные договоры не соотвѣтствуютъ указываемому имъ назначенію—служить «юридическими мѣрами предосторожности» въ строеѣ первобытныхъ обществъ. Потребность въ средствахъ обезпеченія договоровъ отъ нарушенія существуетъ всегда. Она порождается общими причинами, обусловливающими состояніе культуры въ данный періодъ. Но удовлетворенія этой потребности или—какъ нѣмецкіе юристы выражаются—этого инстинктивнаго стремленія «nach potenzierten Rechtssicherheit» едва ли можно достигнуть при помощи формальныхъ контрактовъ. Если вѣрно, что въ древнемъ обществѣ законъ оказывается безсильнымъ принудить къ исполненію простаго обѣщанія, то мы имѣемъ полное основаніе усомниться въ томъ, что онъ можетъ оградить своей санкціей договорное соглашеніе, состоявшееся съ соблюденіемъ разныхъ формальностей. Поэтому, какими «предосторожностями» ни обставлялось бы совершеніе договоровъ, удовлетвореніе по нимъ нельзя считать гарантированнымъ, если общественная власть слаба или—по крайней мѣрѣ—мало обращаетъ вниманія на тѣ обязательства, которыми частныя лица связываютъ себя¹.

Однимъ словомъ, даже съ апріорной точки зрѣнія должно быть ясно, что тамъ, гдѣ нѣтъ еще сознанія необходимости добровольнаго исполненія обязательствъ, нѣтъ и обязательственныхъ договоровъ—ни формальныхъ, ни реальныхъ—да и потребности въ нихъ быть не можетъ. Если нѣтъ увѣренности въ томъ, что должника можно принудить къ осуществленію даннаго имъ обѣщанія, то ее не создадутъ и формальные контракты. Общество, находящееся на подобной ступени соціальнаго развитія, удовлетворяется другими видами договоровъ—именно тѣми, которые сопровождаются непосредственнымъ исполненіемъ въ моментъ ихъ совершенія.

¹) *Franken*, I. с. 210—212.

Кромѣ выше отмѣченныхъ есть еще и другія мнѣнія, согласно которымъ исторія римскаго обязательственнаго права начинается формальными контрактами. Намъ, однако, нѣтъ необходимости останавливать вниманіе и на нихъ, такъ какъ особенность ихъ сводится къ различію не въ основныхъ положеніяхъ, а только въ доказательствахъ и освѣщеніи ихъ. Хотя изслѣдователи идутъ различными путями, но приходятъ они неизмѣнно къ одному и тому же выводу: группируя договоры въ историческомъ порядкѣ, они строятъ лѣстницу, первую ступень которой образуютъ формальные, вторую и третью — реальные и консенсуальные договоры ¹.

Въ нашу задачу не входитъ составленіе полного очерка литературныхъ взглядовъ по данному вопросу. Поэтому, ограничиваясь изложеннымъ на предшествующихъ страницахъ, рассмотримъ основанія той доктрины, которая представляетъ въ иномъ видѣ самый ходъ историческаго развитія обязательственнаго права.

2.

Это — та доктрина, которая выдвигаетъ на первый планъ матеріальные ингредіенты договоровъ и ихъ считаетъ элементами, опредѣлявшими возникновеніе и характеръ древнѣйшихъ обязательствъ. Она начинаетъ исторію обязательственнаго права, коротко говоря, реальнымъ договоромъ, сущность котораго, какъ извѣстно, состоитъ въ томъ, что договаривающіяся стороны юридически связываютъ себя только тогда, когда соглашеніе ихъ сопровождается исполненіемъ условленнаго дѣйствія однимъ изъ контрагентовъ.

Анализируя характеристическія черты права, въ его наиболѣе древнемъ и намъ извѣстномъ состояніи, нѣкоторые юристы открываютъ тѣсную связь реального контракта съ исторіей возникновенія обязательствъ въ системахъ еще болѣе древнихъ, чѣмъ рим-

¹ Ср. *Савиньи*, Обязательственное право (рус. пер.), § 73; *Poste*, Notes on Gajus, III, 88; *Ortolan*, Explication historique etc., II, § 1196 особенно Appendice X, (883—891), принадлежащій перу проф. *J. E. Labbé*. *Мэнъ*, Древнее право, 264 слѣд.; *Voigt*, Die XII Tafeln, §§ 116, 117; *его-же* Römische Rechtsgeschichte, 1892, I, §§ 50, 51; *May*, Eléments de droit romain, II, 27 — 28. *Liebe*, Ueber Wesen und Eintheilung der materiellen Contracte im röm. Recht, 73 (Zschr. für Civilrecht, XV).

ская, и даже возводят ее на степень явления, наблюдаемого у всѣхъ народовъ ¹.

Толчокъ, данный небольшимъ, но во многихъ отношеніяхъ замѣчательнымъ этюдомъ Зома ², заставилъ изслѣдователей обратить вниманіе на ту же связь и въ области древняго германскаго права. Дѣйствительно, въ настоящее время все болѣе и болѣе укрѣпляется въ средѣ германистовъ убѣжденіе, что право древнихъ германцевъ не знало другихъ обязательственныхъ договоровъ, кромѣ тѣхъ, *causa obligandi* которыхъ заключается въ передачѣ вещи, служащей объектомъ соглашенія ³. Хотя теорія эта развита и обоснована главнымъ образомъ Франкеномъ, однако въ существѣ своемъ она есть ничто иное, какъ модификація, ограниченіе вывода, добытаго Зомомъ, по мнѣнію котораго первыми источниками обязательствъ древняго германскаго права были договоры реальные и формальные.

Такимъ образомъ, въ новѣйшихъ германистическихъ изысканіяхъ мы встрѣчаемся съ доктриной, которая давно уже принята въ нѣкоторыхъ работахъ романистовъ и въ томъ или другомъ видѣ много разъ повторяется ими.

Иерингъ больше, чѣмъ кто-либо до него оттѣнилъ значеніе матеріальнаго основанія въ структурѣ первоначальныхъ обязательственныхъ договоровъ, но онъ — не единственный и даже не первый изслѣдователь, усматривающій въ матеріальныхъ ингредиентахъ договоровъ исходный моментъ развитія римскаго обязательства. Въ многочисленныхъ монографіяхъ по исторіи римскаго права первое дѣйствительное обязательство, извѣстное римлянамъ, характеризуется признаками, взятыми изъ состава тѣхъ обязательствъ, которыя возникаютъ изъ реальныхъ договоровъ.

Въ противность общераспространенному взгляду, Беккеръ, напр., опредѣляетъ *пехит* какъ реальный контрактъ, въ составѣ кото-

¹ Ср. *Kohler*, *Rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungen* (*Zschr. für vergleichende Rechtswissenschaft*, III), 161—162.

² *Sohm*, *Das Recht der Eheschliessung*, 24 слѣд.; ср. *Behrend*, (*Zschr. für Handelsrecht*, XXXI) 583 слѣд.

³ *Franken*, l. c. § 16. *Ehrenberg*, *Commendation und Huldigung*, 1877, 91 слѣд., *Thevenin*, *Contributions à l'histoire du droit germanique*, 1880, 63—77. Ср. также *Schröder*, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 53 слѣд.

раго находится и консенсуальный элементъ, подобно тому какъ находится онъ во всякомъ другомъ договорѣ, по самому существу своему предполагающемъ наличность взаимнаго соглашенія двухъ сторонъ. Въ структурѣ *nexum* преобладаніе принадлежитъ реальному элементу. Обязательство рождаетъ актъ передачи вещи, совершаемый посредствомъ извѣстнаго обряда, обусловленнаго свойствомъ предмета сдѣлки, и съ соблюденіемъ формальностей, устраняющихъ «затрудненія, соединенныя съ констатированіемъ воли». Характеръ *nexum* измѣняется только со времени введенія чеканной монеты. Съ этого момента «форма его перестаетъ быть естественной, вытекающей изъ существа самой сдѣлки» и соотвѣтствовать содержанію ея. Взвѣшиваніе металла лишено прежняго своего серьезнаго значенія, реальной актъ и актъ формальный внѣшнимъ образомъ отдѣляются другъ отъ друга, и дальнѣйшее развитіе ихъ идетъ теперь своимъ самостоятельнымъ путемъ ¹.

Nexum служитъ точкой отправленія и для другихъ изслѣдователей. Изученіе исторіи его приводитъ Карстена къ убѣжденію въ томъ, что этотъ договоръ вначалѣ былъ «реальной сдѣлкой съ публицистическимъ характеромъ». Какъ первый и наиболѣе древній источникъ обязательственныхъ отношеній, онъ возникъ еще тогда, когда взвѣшиваніе мѣди въ присутствіи общественной власти было единственнымъ способомъ превращенія металла въ форму денегъ. Въ періодъ, предшествовавшій XII таблицамъ, *nexum* исполнялъ назначеніе акта, посредствомъ котораго въ одно и то же время сообщается куску мѣди функція денегъ и устанавливается денежный заемъ. Въ первоначальномъ своемъ видѣ заемъ этотъ не требуетъ особенной формы, такъ какъ онъ совершается публично, при участіи общественныхъ органовъ. Вся сдѣлка — отъ начала до конца — обнаруживаетъ вполнѣ реальный характеръ. Законодательство децемвировъ не лишило *nexum* значенія денежнаго займа, — оно только преобразовало его въ формальную сдѣлку, удержавъ прежній обрядъ взвѣшиванія металла, не смотря на то, что объектомъ обязательства является не *aes rude*, а *pecunia signata forma publica populi Romani*. Слѣдовательно, со времени

¹ Bekker, Die Actionen, I, 24--33, 116 слѣд.

введенія чеканной монеты стало возможнымъ пользоваться старымъ ритуаломъ для заключенія не только денежнаго займа, но и всякаго другаго обязательственнаго договора, такъ какъ ритуаль этотъ потерялъ свой дѣйствительный смыслъ и превратился въ простую форму, сообщающую обязательную силу всякому въ нее облеченному соглашенію ¹.

На мысль о томъ, что реальные договоры составляютъ самый естественный исходный пунктъ развитія римскаго обязательственнаго права, многихъ наводитъ одно, по нашему мнѣнію, совершенно случайное обстоятельство. Въ классификаціи римскихъ юристовъ реальные договоры занимаютъ первое мѣсто: *obligationes ex contractu*, говоритъ Гай, *aut re contrahuntur aut verbis aut consensu* ². Отсюда часто заключаютъ, что *obligationes ex re* и въ историческомъ порядкѣ предшествуютъ всѣмъ остальнымъ обязательствамъ ³.

Не предрѣшая вопроса о степени основательности всей доктрины, относительно этого заключенія можно уже здѣсь сказать, что его слѣдуетъ отнести къ числу тѣхъ апріористическихъ положеній, которыя являются скорѣе результатомъ предвзятыхъ возрѣній, чѣмъ выводомъ изъ изученія фактовъ исторіи римскаго права. Достаточно принять во вниманіе одно то, что при перечисленіи контрактовъ римскіе же юристы нерѣдко отступаютъ отъ порядка, усвоеннаго Гаемъ. Такъ, напр., Ульпіанъ ставитъ впереди иногда реальные, а иногда вербальные договоры ⁴.

Краткій очеркъ исторіи развитія договоровъ, помѣщенный Герингомъ въ I томѣ «Цѣли въ правѣ», не оставляетъ сомнѣнія, что авторъ «Духа римскаго права» принадлежитъ къ числу наиболѣе убѣжденнымъ и послѣдовательныхъ сторонниковъ теоріи пріоритета реальныхъ договоровъ ⁵. Изъ очерка этого, написаннаго,

¹ *Karsten*, Die Bedeutung der Form im Obligationenrecht, 1878, 11—24, 45 слѣд.

² L. 1. § 1. D. 44, 7; Gai. J. III, 89; Just. J. III, 13 § 2; *Mod.* l. 52 pr. D. 44. 7.

³ *Schmidt*, Der principielle Unterschied, 257; *Huschke*, Die Lehre des röm. Rechts vom Darlehen, 1882, 7 слѣд.; *Hofmann*, Die Entstehungsgründe der Obligationen, 1874, 59—61; *Brinz*, Pandekt. II, 137, прим. 18.

⁴ Ср. напр., *Ulp.* l. 1 § 1 D. 46. 2 и *Ulp.* l. 8 § 1 D. 46. 1. *Pernice*, Parerga (*Zeitschr. der Savigny Stiftung*, IX), 220 слѣд. Подробнѣе у *Hunter*, Roman law, 352 — 379 (цитировано у *Moyle*, *Imperat. Justin. Institutiones*, I, 394).

⁵ *Zweck im Recht*, I, 267—274 (первое изд.).

впрочемъ, для другихъ цѣлей, легко видѣть, что Іерингъ не открываетъ проявленія обязательственныхъ отношеній раннѣе древняго римскаго займа въ формѣ *nexum*,—въ формѣ договора, обязательная сила котораго заключается не въ простомъ общаніи что-либо исполнить, а въ соединенномъ съ такимъ общаніемъ фактѣ передачи *res*.

Согласно древнѣйшему римскому воззрѣнію (указаніе на него Іерингъ находитъ и въ «этимологіи — этой хранительницѣ примитивныхъ народныхъ понятій») источникомъ обязательства можетъ быть лишь матеріальное исполненіе условленнаго дѣйствія одной изъ сторонъ, участвующихъ въ договорѣ. Три понятія: должникъ—тотъ, кто что-либо получаетъ отъ другаго (*debere=dehabere*); кредиторъ — тотъ, кто что-либо даетъ другому (*duere=dare, credere*); долгъ — деньги, переданныя должнику (*aes alienum*) — указываютъ на вещь какъ на основаніе и какъ на цѣль обязательственнаго требованія.

Вотъ — та почва, на которой происходитъ зарожденіе и развитіе обязательственнаго права. Въ исторіи послѣдняго, правда, обнаруживается тенденція отрѣшиться отъ матеріалистической точки зрѣнія и расширить кругъ юридическихъ фактовъ, способныхъ создавать обязательства. Но процессъ этого отрѣшенія совершается очень медленно, — причемъ каждая новая фаза его сохраняетъ, хотя и въ нѣсколько видоизмѣненной формѣ, характерныя особенности первоначальной стадіи.

По мнѣнію Іеринга, идея обязательства, основаннаго исключительно на соглашеніи сторонъ, хотя бы и облеченномъ въ извѣстную форму, не выражена еще и въ стипуляціи, — о другихъ раннихъ договорахъ нечего и говорить. На первой ступени развитія источникомъ обязательства служитъ сдѣлка вполнѣ реальная (*nexum*), которая и впослѣдствіе удерживаетъ первоначальные внѣшніе свои признаки, — разницу Іерингъ усматриваетъ лишь въ томъ, что прежняя дѣйствительно реальная сдѣлка превратилась потомъ въ фиктивной реальной договоръ: съ тѣхъ поръ, какъ въ обращеніе введена была чеканная монета, взвѣшиваніе мѣди и передача ея должнику перестали быть моментами дѣйствительнаго займа. Отнынѣ передача предмета, являющагося истиннымъ объектомъ обязательства, не совпадаетъ съ исполне-

ніемъ обрядовъ торжественнаго акта. Дѣйствительный заемъ происходитъ внѣ пехум, который поэтому оказывается не болѣе какъ формой, мнимымъ актомъ, и только присутствіе ничего незначащаго куска мѣди напоминаетъ о прежнемъ матеріальномъ характерѣ сдѣлки.

Сопоставляя выводы выше названныхъ, а также и другихъ исследователей, касавшихся вопроса насъ занимающаго, нельзя не замѣтить, что всѣ они сходятся въ одномъ, именно въ томъ, что за историческую основу римскаго обязательственнаго права принимаютъ *datio*, передачу вещи¹. Дальнѣйшій процессъ возникновенія и развитія обязательственныхъ договоровъ изображается ими болѣе или менѣе различно, но генезисъ перваго договора и природа его не возбуждаютъ между ними разногласія. *Res* признается тѣмъ факторомъ, который устанавливаетъ обязательства,— форма же первоначально не играетъ самостоятельнаго юридическаго значенія. Въ этомъ состоитъ древнѣйшее римское воззрѣніе, слѣды котораго Іерингъ находитъ даже въ literalномъ контрактѣ и стипуляціи. Въ literalномъ контрактѣ запись, несомнѣнно, фингируетъ дѣйствительную передачу должнику денегъ. Что же касается стипуляціи, то, «хотя форма ея и не содержитъ указанія на предшествующее матеріальное исполненіе, мысль о немъ скрыта въ основаніи юридическаго представленія объ этомъ договорѣ»².

3.

Въ изложенныхъ теоріяхъ суммируется почти все движеніе мысли въ разработкѣ вопроса объ источникахъ обязательствъ примитивнаго римскаго права³. На сторонѣ той или другой изъ нихъ мы

¹ Ср. Müller, Lehrbuch der Institutionen, 315 слѣд.; Van-Wetter, Les obligations en droit romain, II, 4 слѣд., 21 слѣд.

² Zweck, I, 271. Ср. также Geist des röm. Rechts, III, 440; IV, 257. Girtanner, Die Stipulation, 1859, 229 слѣд.

³ Нѣтъ нужды воскрешать теорію, давно уже отшедшую въ вѣчность,— напомнимъ только, что существовала доктрина, признававшая консенсуальные договоры типомъ соглашеній, наиболѣе соответствующихъ „естественному состоянію, а, слѣдовательно, и состоянію римлянъ въ первое время ихъ исторіи“. По мнѣнію Лангсдорфа, напр., формальные и реальные договоры возникли гораздо позже, чѣмъ контракты консенсуальные. См. Langsdorf, Tractatus de pactis et contractibus Romanorum, 1779, § 18. (Извлеченіе изъ него сдѣлалъ Гуго, Civilistisches Magazin, I, 141 слѣд.).

встрѣтимъ имена почти всѣхъ цивилистовъ, болѣе или менѣе подробно и обстоятельно трактовавшихъ этотъ вопросъ.

Контроверза раздѣляетъ юристовъ на два лагеря, — притомъ настолько противоположныхъ, что всякую попытку примиренія ихъ напередъ нужно признать тщетной. Сближеніе между ними невозможно, — въ чемъ, впрочемъ, не предстоитъ и надобности, такъ какъ, помимо двухъ общепринятыхъ точекъ зрѣнія на первоначальные обязательственные договоры, возложена еще третья, по нашему мнѣнію, болѣе подходящая къ условіямъ юридическаго быта времени XII таблицъ.

Дѣленіе договоровъ на формальные и реальные — школьная схема, выработанная классической римской юриспруденціей. Составляя часть римской классификаціи источниковъ обязательствъ, она страдаетъ недостатками послѣдней и даже съ догматической точки зрѣнія не можетъ быть признана безупречной. Гансъ справедливо замѣтилъ, что группировка обязательствъ по традиціоннымъ римскимъ рубрикамъ основана на такомъ признакъ, который не имѣетъ существеннаго значенія для пониманія обязательственнаго права. Способъ заключенія договора не опредѣляетъ сущности проистекающаго изъ него юридическаго отношенія, — какое различіе, въ самомъ дѣлѣ, между тѣмъ обязательствомъ, которое установлено *consensu*, и другимъ, источникъ котораго, положимъ, лежитъ *in verbis* или *re* ¹.

Нельзя отрицать, что эта систематика слишкомъ искусственна. И если даже согласиться, что она обнимаетъ почти всѣ юридическія отношенія конца республики и начала имперіи, то и тогда еще позволительно было бы усомниться въ пригодности ея для болѣе ранней эпохи. Тевененъ дѣлаетъ вѣрную оцѣнку дѣленія договоровъ на формальные и реальные, считая его болѣе полезнымъ «для профессора, чѣмъ для историка германскаго права» ². Въ такой же степени должно быть ограничено приложеніе его и въ области римскаго права.

¹ Gans, Ueber röm. Obligationenrecht, 1819, 2, 130 — 136. Ср. также Rudhart, Untersuchungen über systematische Eintheilung und Stellung der Verträge, 1811, 197 слѣд.; Heimbach, Rechtslexicon, X, 527.

² Thévenin, Contributions à l'histoire du droit germanique, 64. Ср. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, III, 73.

Терминологія сложившейся юридической системы оказывается — по крайней мѣрѣ — въ большинствѣ случаевъ обманчивой, когда она примѣняется безъ особенной осторожности къ явленіямъ ранней культуры права. Перенесенная изъ одной эпохи въ другую, она вмѣсто того, чтобы служить только средствомъ для выраженія мысли, налагаетъ отпечатокъ на самую мысль, даетъ ей не вполне надлежащее направленіе.

Подступая къ изученію юридическихъ институтовъ отдаленной старины съ запасомъ готовыхъ терминовъ, имѣющихъ опредѣленный смыслъ, изслѣдователь рискуетъ найти въ памятникахъ не то, что тамъ есть, и — невольно для самаго себя — предрѣшаетъ результаты своихъ изысканій, т. е. ломаетъ древнее право на болѣе новый ладъ или наоборотъ. Прежде пріемъ этотъ былъ въ большомъ употребленіи, но и въ настоящее время его не совсѣмъ оставили, хотя опытъ и подорвалъ довѣріе къ нему.

Когда изученію подлежитъ одна изъ начальныхъ стадій развитія того или другаго института, безопаснѣе не пользоваться терминами, обозначающими конечную фазу процесса его. Правильнѣе поэтому слѣдовать примѣру тѣхъ, которые въ примѣненіи къ древнѣйшему римскому праву воздерживаются отъ классификацій, предполагающихъ значительную дифференціацію явленій, и не дробятъ договоровъ по рубрикамъ, установленнымъ классической юриспруденціей, а ограничиваются только дѣленіемъ ихъ на вещные и обязательственные¹. Формальный, реальный, вербальный, консенсуальный — все это эпитеты, опредѣляющіе свойства, которыя едвали можно открыть въ отношеніяхъ примитивнаго юридическаго строя даже при самомъ тонкомъ и глубокомъ анализѣ ихъ.

Въ самомъ дѣлѣ, если внимательно и непредубѣжденно рассмотреть тотъ договоръ, который всѣ считаютъ первымъ римскимъ обязательственнымъ договоромъ и называютъ — одни — формальнымъ, другіе — реальнымъ, то онъ окажется ни тѣмъ, ни другимъ. Въ его составъ входятъ различные элементы: *conventio*, т. е. соглашеніе воли двухъ лицъ, торжественное произнесеніе опредѣленныхъ словъ и *res*. Тѣмъ не менѣе, мы не скажемъ, подобно

¹ Ср., напр., *Schulin*, Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts, 332.

нѣкоторымъ ¹, что *пехит* заключалъ въ себѣ — въ скрытомъ, зачаточномъ состояніи—элементы реальныхъ, формальныхъ и консенсуальныхъ договоровъ, что, вообще, договоры *re, verbis* и *consensu* были лишь упрощеніемъ и послѣдовательной деградацией примитивной сдѣлки, — не скажемъ, потому что элементы эти, если они и существовали въ древнѣйшемъ обязательственномъ договорѣ, не имѣли тамъ самостоятельнаго, обособленнаго значенія. Безъ обоюднаго согласія лицъ, намѣренныхъ установить обязательство, немислимъ никакой договоръ: *nullum esse contractum, nullam esse obligationem, quae non habeat in se conventionem*, сказалъ еще Педій. Что же касается содержанія соглашенія и обряда, сопровождающаго волеизъявленіе сторонъ, то они настолько соотвѣтствуютъ другъ другу и покрываютъ другъ друга, что нѣтъ возможности опредѣлить, кому изъ нихъ принадлежитъ доминирующая роль. Взвѣшивание металла и присутствіе свидѣтелей не есть только формальность, загромаждающая актъ или даже обезпечивающая вѣрное доказательство совершенія его.

По аналогіи съ манципаціей нужно предположить, что *пехит* вначалѣ не былъ мнимой сдѣлкой. Подобно манципаціи и его исторія начинается не символическимъ актомъ взвѣшивания ничего незначащаго куска руды и произнесенія не относящихся къ существу дѣла словъ. Хотя подробнаго описанія обряда совершенія *пехит* въ его первоначальномъ видѣ и не сохранилось, но по имѣющимся даннымъ относительно позднѣйшаго фазиса его развитія легко составить себѣ болѣе или менѣе ясное представленіе о томъ, чѣмъ былъ этотъ договоръ въ началѣ своего существованія.

Если судить о *пехит* по способу его прекращенія, описанному Гаемъ ², то, несомнѣнно, его нельзя иначе назвать какъ формальной сдѣлкой. Для Гая *solutio per aes et libram* — въ полномъ смыслѣ слова—*imaginaria solutio*, такой же формальный актъ, какъ и *acceptilatio*. *Nexi liberatio* состоитъ въ исполненіи точно опредѣленныхъ формальностей, совершаемыхъ, не съ цѣлью произвести

¹ См. напр., *Müller*, *Lehrbuch der Institutionen*, 315—318. Ср. *Accarias*, *Précis*, II, 196.

² *Gai.* III, 173, 174.

дѣйствительную уплату, а только «*veluti solvendi causa*». Юридическое значеніе его заключается не въ томъ, чтобы предоставить кредитору необходимое удовлетвореніе, а въ томъ, чтобы освободить должника отъ лежащаго на немъ обязательства — безъ всякаго, однако, отношенія къ тому, исполнено ли должникомъ условленное дѣйствіе или нѣтъ.

По закону соотвѣтствія между способами установленія и прекращенія обязательствъ ¹, *nexum*—въ позднѣйшемъ фазисѣ своего развитія—долженъ отражать въ себѣ указаннаго Гаемъ особенности *nexi liberatio*. Обрядъ прекращенія обязательства, возникшаго изъ сдѣлки *per aes et libram*, всѣми своими подробностями свидѣтельствуешь о формальномъ характерѣ самой сдѣлки. Если слова «*me a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*» въ устахъ должника имѣли символическій смыслъ и произнесеніе ихъ не сопровождалось передачей кредитору предмета его требованія, то едвали можно приписать другое значеніе и тѣмъ словамъ, которыя произноситъ займодавецъ въ моментъ заключенія договора: *quod ego tibi . . . hoc aere aeneaque libra nexas dedi . . .* ².

И въ томъ, и въ другомъ случаѣ кусокъ руды (*aes*) не составляетъ истиннаго объекта обязательства: передавая его, кредиторъ не ссужаетъ должника, должникъ не удовлетворяетъ кредитора. Равнымъ образомъ и вѣсы (*aenea libra*) остаются безъ надлежащаго употребленія, а вѣсодержатель (*libripens*) изображаетъ изъ себя безучастнаго ассистента, въ которомъ, повидимому, и нужды нѣтъ.

Въ этомъ видѣ *nexum* обнаруживаетъ всѣ признаки формальнаго договора,—тѣмъ не менѣе, ошибочно думать, что онъ всегда такимъ и былъ. Унасъ имѣются хотя и гипотетическіе, но довольно правдоподобные и убѣдительные доводы, предостерегающіе отъ заблужденія тѣхъ юристовъ, которые, не различая періодовъ, подводятъ *nexum* подъ общее опредѣленіе «фиктивного займа» и формальнаго контракта ³.

¹ *Paul.* I. 153 D. 50. 17: *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur. Upl.* I. 35 D. 50. 17.

² Такъ реконструируетъ формулу *nexum* *Гушке*, *Ueber das Recht des Nexum*, 50. Ср. *Rudorff* (*Puchta*, *Cursus der Inst.* II, § 273, прим. с.); *Voigt*, XII, Taf. §§ 118, 122.

³ Ср. *Savigny*, *System des heutig. röm. Rechts*, V, 532 слѣд.; *его-же* *Das altrömische Schuldrecht*, 9; *Hugo*, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts*, 1832,

Прежде чѣмъ обрядъ «gestum per aes et libram» превратился въ безцѣльную процедуру, протекли цѣлыя столѣтія, въ теченіе которыхъ онъ имѣлъ реальное значеніе. На основаніи засвидѣтельствованной источниками общности исторической судьбы церемоніала «per aes et libram» и nexum¹ можно считать несомнѣннымъ и безспорнымъ, что и этотъ послѣдній вначалѣ игралъ не ту роль, которая впоследствии выпала на его долю. Съ помощью результатовъ, достигнутыхъ изслѣдованіями по исторіи монетной системы въ Римѣ, легко возстановить истинный смыслъ каждаго акта, входящаго въ составъ сдѣлки съ «рудой и вѣсами», и убѣдиться въ томъ, что первоначально въ ней не было ничего символическаго.

Въ то время, когда римляне не знали чеканныхъ денегъ, взвѣшивание металла представляло бы собой нелѣпую формальность, если бы путемъ его не совершалось дѣйствительнаго опредѣленія цѣны передаваемыхъ слитковъ мѣди. Когда mancipatio была не imaginaria venditio, а настоящей куплей, тогда и nexum не могъ быть фиктивнымъ договоромъ займа: исторіи римскаго права неизвѣстны обряды юридическихъ сдѣлокъ, происхожденіе которыхъ не стояло бы въ живомъ соотношеніи съ дѣйствительностью. Прежде чѣмъ формальности nexum стали простой декорацией, скрывающей отъ постороннихъ зрителей то, что происходитъ за нею, — очень долго онѣ служили инымъ цѣлямъ. Что было время, когда отвѣшиваніе металлическихъ слитковъ практиковалось въ качествѣ единственнаго способа какъ распознавать дѣйствительный вѣсъ благороднаго металла, содержащагося въ деньгахъ, такъ и измѣрять, и передавать деньги, — въ томъ не можетъ быть сомнѣнія².

282 — 285; *Puchta*, *Cursus der Institutionen*, II, § 269; *Unterholzner*, *Lehre des röm. Rechts von den Schuldverhältnissen*, I, 25, 29; *Ortolan*, *Explication historique des instituts*, II, § 1191; *Pfordten*, *Abhandlungen aus dem Pandektenrechte*, 1840, 226 — 228; *Gneist*, *Die formellen Verträge*, 134; *Дорнъ*, *Догма римскаго права* 1891, 233; *Moyle*, *Imperat. Justin. Institut. with introduct., commentary and excursus*, 1890, I, 347; *Schlesinger*, *Lehre von den Formalcontracten*, 1858, 17.

¹ *Varro*, de l. l. VII, 105; *Fest.* v. nexum; *Cic.* de orat. III, 40.

² См. *Mommsen*, *Geschichte des röm. Münzwesens*, 170 слѣд.; *Hultsch*, *Griechische und römische Metrologie*, 191 слѣд.; *D'Ailly*, *Recherches sur la monnaie romaine depuis son origine*, I, 35 слѣд.; *Huschke*, *Das Nexum*, 20 слѣд.; *Karlowa*, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 364 слѣд.

Не ради сравненія и не для доказательства, а для уясненія результата, достигаемаго посредством акта взвѣшиванія, напомнимъ, что любителямъ римскихъ древностей представлялись случаи даже въ наши дни видѣть собственными глазами, какъ совершаются и въ чемъ состоятъ сдѣлки *per aes te libram*. Савиньи рассказываетъ, что онъ «самъ былъ свидѣтелемъ того, какъ въ Берлинѣ большая часть торговли производилась при посредствѣ грошей, заключенныхъ въ бумажные свертки, причемъ свертки не считались, а свѣшивались—и такъ же серьезно, какъ въ древнѣйшемъ періодѣ римской исторіи»¹.

Но принимая за фактъ вполне доказанный, что первоначально металлъ, который взвѣшивали на вѣсахъ, былъ дѣйствительнымъ предметомъ сдѣлки, будетъ одинако несправедливо — смотрѣть ли на *nexum* какъ на формальный, или какъ на реальный договоръ. Въ исконномъ своемъ видѣ *nexum* — подобно *манципаціи* — является не аллегорическимъ актомъ, а нагляднымъ выраженіемъ того, что происходитъ на самомъ дѣлѣ. Отъ обыкновеннаго реального договора онъ отличается тѣмъ, что для заключенія его недостаточно простой передачи объекта обязательства, а требуется еще соблюденіе торжественнаго церемоніала. Съ другой стороны, онъ рѣзко выдѣляется и изъ числа тѣхъ контрактовъ, сущность которыхъ, говоря словами Савиньи, состоитъ «въ характеристической формѣ, согласимой съ самымъ разнообразнымъ содержаніемъ и сообщающей исковое свойство самымъ произвольнымъ обѣщаніямъ контрагентовъ». Хотя Гай² и причисляетъ *aes* къ разряду «*res quas . . . pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant*», но *res* — въ данномъ случаѣ *aes rude* — не есть форма, благодаря которой договоръ, какъ думаютъ многіе³, становится способнымъ произвести цивильное обязательство. Не вдаваясь въ подробности, которыя заставили бы насъ уклониться отъ главнаго предмета, отмѣтимъ коротко, что давно уже было высказано однимъ изъ авторитетныхъ юристовъ⁴, — именно, что *res* обозначаетъ факти-

¹ Савиньи, Обязательственное право, 286.

² Gai. III, § 90.

³ Puchta, Cursus, II, § 271; Liebe, Ueber Wesen und Eintheilung d. materiel. Contracte, 72, 210 слѣд. Pfordten, I. с. 218. Ср. Hofmann, I. с. 60.

⁴ Brinz, Kritische Blätter, I, 31 слѣд.; ego-же Pandekten, II, 134.

ческое предоставленіе кому-либо опредѣленной вещи, пріобрѣтающее при извѣстныхъ условіяхъ силу и значеніе исковаго договора, а не формы его.

Nexum и *mancipatio* съ теченіемъ времени преобразовались — одинъ въ формальный, другой въ реальный договоръ (залогъ), но въ первоначальномъ своемъ видѣ они не были ни тѣмъ, ни другимъ. *Nexum* былъ тогда обязательственнымъ договоромъ, — и этой квалификаціи совершенно достаточно, по нашему мнѣнію, для опредѣленія настоящаго значенія и назначенія его. Сила его основывалась не на формальностяхъ, лишенныхъ дѣйствительнаго смысла, а на цѣломъ рядѣ манипуляцій, точно воспроизводящихъ содержаніе юридическаго отношенія.

Этотъ договоръ совершается посредствомъ обряда, но онъ не формальный, такъ какъ въ рамки его нельзя вложить другаго содержанія, кромѣ того, которое само-собой вытекаетъ изъ всей совокупности дѣйствій договаривающихся сторонъ. *Gestum per aes et libram* служитъ формой для договора займа точно такъ же, какъ для завѣщанія и пріобрѣтенія права собственности, — однако съ формальными договорами оно не имѣетъ ничего общаго. Исполненіе обряда не производитъ юридическаго эффекта, если оно не идетъ рука объ руку съ осуществленіемъ матеріальной сдѣлки, — да такое разъединеніе и невозможно было — по крайнѣй мѣрѣ — въ древнѣйшее время.

Элементы, составляющіе сущность формальныхъ и реальныхъ контрактовъ, далеко неоднородны съ ингредиентами, образующими *nexum*, и потому напрасный трудъ искать эти элементы въ древнемъ національномъ римскомъ обязательственномъ договорѣ, предполагая, что они находятся тамъ въ недифференцированномъ состояніи ¹.

Отправляясь отъ подобнаго рода предположеній, нѣкоторые изслѣдователи вынуждены были зачислить *nexum* въ категорію «формально — реальныхъ контрактовъ», т. е. измыслить особый типъ договоровъ неизвѣстныхъ наукѣ гражданскаго права и по своей структурѣ слишкомъ уродливыхъ для того, чтобы стать ей извѣстными. Въ такомъ именно положеніи оказался, между про-

¹ См., напр., *Kuntze*, *Cursus der Institutionen*, 1869, 509.

чимъ, Арнольдъ ¹, признавшій, что «сдѣлка, заключенная посредствомъ *nexum*, по своему *существу*, является реальнымъ договоромъ, такъ какъ возникновеніе обязательства тѣсно связывается съ употребленіемъ мѣди, а по *основанію* (*causa*) — формальнымъ контрактомъ, такъ какъ для ея дѣйствительности безусловно требуется соблюденіе известной формы».

Но слѣдуя этому приему, не трудно будетъ открыть въ древнеримскомъ обязательственномъ договорѣ представителя формально — реально — консенсуальныхъ контрактовъ, потому что въ составъ его входитъ также и *consensus*.

¹ Arnold, Cultur und Recht der Römer, 268—270.

Г Л А В А Ш.

1.

Какъ ни противоположны выше разсмотрѣнныя теоріи, легко, однако, замѣтить, что въ основаніи ихъ лежитъ одна и та же идея: всѣ онѣ слишкомъ сильно преувеличиваютъ значеніе воли, какъ фактора правообразованія, и договора, какъ формы проявленія ея. Исходнымъ пунктомъ для всѣхъ этихъ теоретическихъ попытокъ объяснить исторію обязательственнаго права служитъ тотъ очень распространенный, но, несомнѣнно, односторонній взглядъ, который считаетъ субъективную волю единственнымъ и исключительнымъ двигателемъ въ частномъ правѣ. Конечно, если предположить, что имущественное право существуетъ и держится на одной лишь волѣ, то, понятно, и источникомъ его долженъ быть признанъ только актъ воли. Если «воля есть творческая сила въ правѣ и предметъ самаго права, а обязательство является не болѣе, какъ отношеніемъ одной воли къ другой», какъ думаетъ, напр., Кунце ¹, то вполне послѣдовательно сводить къ этому элементу всѣ юридическія отношенія—какъ въ прошломъ, такъ и въ настоящемъ. Но это будетъ заключеніе отъ настоящаго къ прошлому, притомъ далеко не соответствующее историческимъ фактамъ. Дѣйствительно, въ современномъ оборотѣ договоръ, какъ способъ установленія юридическихъ отношеній, приобрѣлъ чрезвычайно широкое примѣненіе и играетъ роль важнѣйшаго источника обязательствъ. Приписывая ему то-же самое значеніе и въ зачаточной стадіи права, изслѣдователи незамѣтно для самихъ

¹ *Kuntze*, Die Obligationen im röm. und heutig. Recht, 56. Ср. *Ihering*, Geist, IV, § 60.

себя руководствуются не указаниями древнѣйшей исторіи, а наблюденіями надъ жизнью общества, развивающагося предъ ихъ глазами. Вслѣдствіе этого, исторія обязательственнаго права въ представленіи большинства юристовъ вполне отождествляется съ исторіей договора. Теоретическія построенія въ этой области вращаются около договора и отъ него отправляются, какъ отъ исходнаго пункта развитія обязательственнаго права. Если они удѣляютъ вниманіе и деликтамъ, то только потому, что «невозможно о нихъ умолчать». Почти всѣми согласно утверждается, что договоръ — единственный «нормальный» источникъ обязательственныхъ отношеній и что «изученіе его должно логически предшествовать изученію другихъ источниковъ»¹.

Разногласіе, какъ мы видѣли, начинается лишь съ опредѣленія исторической послѣдовательности отдѣльныхъ видовъ договоровъ. Предметомъ контроверзы служитъ хронологическій порядокъ возникновенія контрактовъ и взаимное отношеніе ихъ.

Римскіе юристы также выдвигаютъ на первый планъ договоры и, составляя общія опредѣленія, нерѣдко совсѣмъ забываютъ о существованіи другихъ источниковъ обязательствъ. Они склонны считать *contractus* единственнымъ источникомъ обязательственныхъ отношеній, — по крайней мѣрѣ, такой смыслъ можно придать многимъ изреченіямъ Павла, Ульпіана, Модестина и другихъ юристовъ, которые слову *contrahere* придаютъ столь широкій смыслъ, что подъ него подходитъ и совершеніе деликта².

Что изреченія и обобщенія классическихъ юристовъ не остались безъ вліянія на выводы и теоріи новѣйшихъ изслѣдователей, — этого нѣтъ необходимости доказывать. Обиліе принциповъ и идей, перенесенныхъ изъ римскаго права въ современную юриспруденцію, всѣмъ извѣстно. При детальномъ изученіи не одну

¹ Accarias, Précis de droit romain, 1886, II, § 493.

² Paul. l. 20 D. 5. 1: Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. Ulp. l. 1 § 6 D. 13. 5: Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti... Ср. Mod. l. 52 pr. D. 44. 7; Paul. l. 41. D. 26. 7. Tryph. l. 52 D. 42. 1 называетъ воровство *male contractum*. Marcian. l. 15 D. 39. 5; Papin. l. 22 D. 48. 2. Папиньянъ называетъ и *testamentum* контрактомъ (l. 9 pr. D. 45. 2). Ср. Schlossmann, Der Vertrag, 23.

изъ доктринъ, пользующихся правами гражданства въ настоящее время, придется привести въ тѣснѣйшую связь съ именемъ того или другаго римскаго юриста, — какъ бы ни былъ затемненъ ихъ истинный источникъ ссылками на историческіе факты. Трудно скрыть римское происхожденіе и того воззрѣнія, которое исторію обязательственнаго права втискиваетъ въ рамки исторіи договоровъ. Оно, несомнѣнно, въ самомъ своемъ основаніи сплетается съ римской классификаціей источниковъ и вытекаетъ изъ предположенія, что эта классификація вполне соответствуетъ историческому ходу развитія обязательственнаго права ¹. Но, не упоминая другихъ аргументовъ, опровергающихъ основательность такого предположенія, укажемъ лишь на то, что въ схемѣ римскихъ юристовъ не достаетъ мѣста пехум, исторически предшествовавшему всѣмъ остальнымъ договорамъ. Группировка источниковъ обязательствъ, сдѣланная Педіемъ, Гаемъ, Ульпіаномъ и принятая другими юристами, удовлетворяетъ, въ извѣстной степени, педагогическимъ цѣлямъ, — но этимъ значеніе ея и ограничивается ².

2.

Безспорно, что въ наше время договору принадлежитъ преимущественная, почти исключительная роль. Но искать въ немъ исходнаго пункта и начала исторіи обязательственнаго права — значитъ намѣренно суживать кругъ изслѣдуемыхъ фактовъ. Какіе бы договоры мы ни признали древнѣйшими — реальные или формальные, мы не рѣшимъ еще вопроса о первоначальномъ источникѣ обязательствъ. На это было уже обращено вниманіе — впрочемъ, если и не безъ замѣтной, то, во всякомъ случаѣ, безъ существенной пользы для романистическихъ изслѣдованій. Я. Гриммъ замѣтилъ, что въ германскомъ правѣ древнѣйшія обязательства суть тѣ, которыя возникаютъ изъ деликтовъ. Тѣмъ не менѣе, какъ герма-

¹ Ср., напр., *Schilling*, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrechts, III, § 249. *Keller*, Pandekten, I, 479; *Ortolan*, Explication historique des Instituts, II, § 1204. Также *Poste*, Gaii Institutionum Commentarii IV (Elements of Roman law by Gajus), l. c.

² Ср. *Pernice*, Parerga, 226 слѣд. (Zschr. der Savigny-Stiftung, IX); *Baron*, Pandekt., § 210; См. также *Pernice*, Labeo, I, 441.

нисты, такъ и романисты, за небольшимъ исключеніемъ, продолжаютъ стоять на прежней точкѣ зрѣнія, не отрицая правильности сдѣланнаго Гриммомъ наблюденія, но и не пользуясь имъ для уясненія процесса историческаго развитія обязательственнаго права. Насколько намъ извѣстно, А. Гейслеръ—одинъ изъ немногихъ юристовъ, попытавшійся перенести центръ тяжести изслѣдованія въ направленіи, указанномъ Я. Гриммомъ.

Чтобы отдать себѣ полный отчетъ во всемъ, что было сдѣлано до сихъ поръ для уясненія первоначальной связи понятія обязательства съ деликтами, необходимо выйти за предѣлы, указываемые романистическими воззрѣніями, и, хотя бы въ общихъ чертахъ, обозрѣть состояніе вопроса въ родственной дисциплинѣ германскаго права.

Гриммъ изложилъ свою гипотезу въ предисловіи, написанномъ имъ къ чужому изданію ¹. Оставаясь въ своей родной сферѣ филологическихъ сравненій, онъ находитъ, что въ «древнемъ германскомъ правѣ *obligatio e delicto* было болѣе частое и распространенное явленіе, чѣмъ *obligatio e pacto*, должникомъ обыкновенно считается тотъ, на комъ тяготѣетъ обязанность уплатить за смертоубійство или членовредительство, кредиторомъ, кому принадлежитъ право требовать вознагражденія за вредъ, причиненный такими дѣйствіями». Готы называютъ лице, обязанное по договору денежнаго займа, *dulgis skula, faihuskula*, а самый денежный заемъ — *dulgs* или *dulg*. Съ указаннымъ значеніемъ слово это встрѣчается и у всѣхъ славянъ. Но кромѣ готы оно извѣстно также и другимъ германскимъ племенамъ — притомъ съ такимъ оттѣнкомъ, который помогаетъ вполне раскрыть первоначальный смыслъ его: въ англосаксонскомъ нарѣчій *dolg'* или *dolh* обозначаетъ рану, членовредительство; въ древнефризійскихъ законахъ *dolg'*, *dulg* очень часто встрѣчается и всегда употребляется съ значеніемъ *vulnus*; древнее верхненѣмецкое *tolk* значитъ членовредительство (*vulnus, livor*) и т. д.

Всѣ эти слова, по мнѣнію Гримма, имѣютъ одинъ общій смыслъ съ готскимъ — съ тѣмъ лишь различіемъ, что готскій равно какъ

¹ E. Rössler, Das altprager Stadtrecht mit einer Vorrede von J. Grimm, 1845, II и слѣд. Ср. Hofmann, Entstehungsgründe etc., 55.

и славянскій терминъ соотвѣтствуютъ абстрактному понятію обязательства. У готовъ *dulgs*, у славянъ *dolg* и всѣ производныя отъ нихъ обозначаютъ всякое обязательство, тогда какъ у другихъ германскихъ племенъ съ этимъ терминомъ соединяется представленіе объ отвѣтственности за тотъ конкретный вредъ, который причиняется членовредительствомъ или убійствомъ. Но такъ какъ конкретное значеніе слова есть всегда и болѣе раннее значеніе его, то несомнѣнно, что въ порядкѣ историческаго возникновенія готское и славянское понятія являются обобщеніями позднѣйшаго происхожденія ¹.

Гриммъ ограничился указаніемъ на деликтъ какъ на исходный пунктъ развитія обязательства въ исторіи древняго германскаго права. Гейслеръ идетъ дальше ². Онъ не только утверждаетъ, что «все обязательственное право начало свое развитіе деликтомъ, а не договоромъ», но и пытается возстановить самый процессъ образованія на почвѣ деликта перваго германскаго договора.

Гейслеръ исходитъ изъ общепризнаннаго положенія, что въ обществѣ, въ которомъ довѣріе къ общественной власти равняется нулю, типомъ юридическихъ отношеній служитъ сдѣлка, законченная въ самый моментъ ея совершенія, — сдѣлка «на наличныя». Но онъ отказывается называть ее обязательственнымъ договоромъ: «обязательства не возникаетъ ни изъ т. н. реальныхъ контрактовъ, ни изъ купли и мѣны, являющихся простыми фактами обмѣна цѣнностей». Что же касается нѣкоторыхъ послѣдствій, возможныхъ при этихъ и имъ подобныхъ договорахъ и имѣющихъ дѣйствительно обязательственный характеръ, то ихъ нужно разсматривать «съ той точки зрѣнія, съ которой разсматривается всякій другой ущербъ», т. е. съ точки зрѣнія деликта. Но на ранней культурной ступени всякій деликтъ приводитъ къ поединку, и, за отсутствіемъ организованнаго суда, самоуправство является нормальной формой защиты всѣхъ правъ. Лице, потерпѣвшее ущербъ вслѣдствіе нарушенія договора или по какой либо

¹ Ср., далѣе, *Grimm*, Geschichte d. deutsch. Sprache, 903; *E. Schulze*, Goth. Wörterbuch, 161.

² *A. Heusler*, Institutionen des deutschen Privatrechts, II, §§ 122—125.

ивой причинѣ, если иногда и отказывается отъ такого способа удовлетворенія, то по очень побудительнымъ мотивамъ къ тому, — напр., когда деликвентъ добровольно соглашается возмѣстить причиненный имъ вредъ или предпочитаетъ подчиниться рѣшенію судьи, приговоръ котораго обыкновенно сводится къ присужденію уплатить извѣстную пеню. Въ древнемъ нѣмецкомъ правѣ пеня эта называлась *compositio*, и уплата ея должна была происходить вслѣдъ за произнесеніемъ приговора. Немедленное удовлетвореніе навсегда прекращаетъ отношеніе, возникшее между деликвентомъ и потерпѣвшимъ, а невозможность уплатить пеню соединяться съ угрозой подпасть полному произволу кредитора. «Достаточно, однако, извѣстно, что немедленная уплата пени — вслѣдствіе значительной суммы ея — не всегда дѣло возможное». Поэтому, почти всегда оказывается необходимымъ дать должнику отсрочку и ограничиться полученіемъ вѣрной и надежной гарантіи, состоящей въ установленіи въ пользу кредитора залога. Но само собой понятно, что вначалѣ залогъ имѣлъ дѣйствительное и реальное значеніе: истецъ не отступить отъ отвѣтчика, не получивъ отъ него вполне обеспеченнаго обѣщанія уплатить наложенный штрафъ. Это обѣщаніе, предметомъ котораго служитъ уплата штрафа, добровольно принятаго или судомъ установленнаго, и есть «первый договоръ германскаго права» (*fides facta, Sühnvertrag*).

Согласно своему основному положенію, Гейслеръ совершенно послѣдовательно поступаетъ, если признаетъ, что въ ту отдаленную эпоху, когда всѣ обязательства были *obligationes ex delicto*, договоры должны были служить не тѣмъ цѣлямъ, которымъ они теперь служатъ. Во всякомъ случаѣ, назначеніе перваго договора было не установленіе обязательства, — да въ примитивномъ обществѣ, въ которомъ взаимное довѣріе членовъ его слишкомъ незначительно, и невозможны юридическія отношенія, осуществленіе которыхъ откладывается на болѣе или менѣе далекое время и зависитъ отъ доброй воли обязаннаго лица. Естественно поэтому, что лицо, потерпѣвшее ущербъ, соглашаясь отсрочить моментъ возмѣщенія его, потребуетъ не простаго и ни къ чему необязывающаго обѣщанія, а такого, въ исполненіи котораго нельзя сомнѣваться. Это значитъ, что «первый договоръ герман-

скаго права» не рождаетъ новаго обязательства, а гарантируетъ кредитору удовлетвореніе стараго, деликтнаго обязательства — въ формѣ залога (*Wadium*) или, когда должникъ не располагаетъ пригоднымъ къ тому имуществомъ, въ формѣ установленія поручителей.

Поручитель заступаетъ мѣсто залога и исполняетъ ту же функцію, что и залогъ, и если должникъ не производитъ въ назначенный срокъ условленнаго платежа, то кредиторъ поступаетъ съ поручителемъ какъ съ заложникомъ. Поручитель замѣняетъ залогъ, является *loco wadii*, и хотя при назначеніи его сторонами и совершаются различныя манипуляціи: отвѣтчикъ передаетъ *festuca* истцу, который затѣмъ вручаетъ ее поручителю, — но манипуляціи эти служатъ лишь для символизированія акта установленія залога, а не для заключенія договора поручительства. Въ примѣненіи къ очень ранней ступени развитія права о такомъ договорѣ не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ поручитель первоначально не играетъ роли самостоятельнаго субъекта. Онъ обязанъ содѣйствовать кредитору получить удовлетвореніе отъ должника; но если этого не исполняетъ или усилія его оказываются тщетными, то самъ поступаетъ въ распоряженіе истца, — однако не на основаніи особаго существующаго между ними договора, а такъ, какъ еслибы онъ былъ вещью, данной въ обезпеченіе обязательства должника.

Съ теченіемъ времени, когда вошло въ употребленіе давать вмѣсто дѣйствительнаго залога какой-либо незначительный предметъ, а вмѣсто установленія поручителей стало практиковаться самопоручительство должника, — «первый договоръ германскаго права» (*wadiatio*) оказался простымъ формальнымъ контрактомъ. Передача и принятіе *festuca* (*wadium*) потеряли прежнее реальное значеніе и превратились въ обыкновенную форму договора.

Но въ «первоначальномъ видѣ *wadiatio* была не столько договоромъ, сколько актомъ дѣйствительнаго удовлетворенія за деликтъ или обезпеченія его». Какъ при установленіи залога, такъ и при назначеніи поручителей достигался одинъ и тотъ же результатъ: и въ томъ, и въ другомъ случаѣ отвѣтчикъ погашалъ тяготѣвшее на немъ деликтное обязательство. Принимая залогъ, истецъ, т. е. потерпѣвшій вслѣдствіе совершенія деликта признавалъ себя удов-

летвореннымъ, такъ какъ *wadium* поступалъ въ его распоряженіе, если условленная плата не была произведена къ назначенному сроку. Выставляя поручителей, деликвентъ предоставлялъ тѣмъ самымъ хотя и «провизорное», соединенное съ условіемъ возможности выкупа, но, однако же, вполнѣ реальное удовлетвореніе требованій истца.

3.

Такъ-ли совершался процессъ зарожденія перваго германскаго обязательственнаго договора, какъ это показано Гейслеромъ,— подробно трактовать о томъ здѣсь болѣе, чѣмъ неумѣстно. Интересъ для насъ представляютъ не отдѣльныя фазы описаннаго процесса, а отмѣченная германистомъ зависимость и смѣна явленій, приобрѣтающая, повидимому, значеніе общаго закона, наблюдаемаго въ исторіи права¹. Для насъ важно было узнать, что въ древнемъ германскомъ обязательственномъ правѣ обнаруживаются несомнѣнные слѣды, указывающіе на деликтный источникъ его происхожденія.

Древнѣйшая германская система обязательствъ настолько тѣсно и неразрывно сплетается съ деликатами, что въ ней первоначально принимаютъ форму *componere* или *wadiare* (платить пеню или обезпечить уплату² ея) даже и тѣ требованія, которыя въ современномъ правѣ являются безспорными обязательствами, возникающими изъ того или другаго договора. Поклажа, ссуда, залогъ сами по себѣ не даютъ основанія для исковаго притязанія. Въ случаѣ отказа добровольно возвратить вещь депонированную, отданную въ ссуду или залогъ, требованіе кредитора осуществляется посредствомъ регулированнаго самоуправства; но чаще оно облекается въ форму деликатнаго иска, такъ какъ примитивное правосознаніе отождествляетъ всякое своевольное удержаніе чужой вещи съ дѣйствіемъ, ничѣмъ не отличающимся отъ воровства³. *Lex Salica*, *lex Ribuarica* и др. даютъ ясныя указанія на

¹ *Schröder*, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 54—58, 278—283.

² Ср. *Heusler*, l. c. II, 231 и цитован. имъ Edict. Roth. 12. 13. 14. 15. 16. 37.

³ *Heusler*, l. c. II, 233; *Schröder*, l. c. 284.

этотъ счетъ. Неисполненіе притязанія, соединеннаго съ *res praestita*, приравняется къ обыкновенному деликту, вслѣдствіе чего и процессъ, возникающій между кредиторомъ и должникомъ, приводитъ не къ реализаціи договора, а къ возмѣщенію ущерба и штрафу за правонарушеніе. Вообще, предметомъ судебного иска къ древнемъ германскомъ правѣ¹ были не отдѣльныя гражданскія права, а тѣ нарушенія ихъ, которыя влекли за собой обязанность платить штрафъ или подвергали деликвента всѣмъ случайностямъ произвола потерпѣвшаго лица. Кто имѣлъ намѣреніе реализовать свое требованіе съ помощью суда, тотъ долженъ былъ прежде всего поставить должника въ положеніе отвѣтчика, совершающаго деликтъ, и затѣмъ на его деликтъ утверждать свой искъ².

При ближайшемъ ознакомленіи съ результатами изученія древнѣйшихъ памятниковъ германскаго права получается убѣжденіе, что деликтъ является дѣйствительнымъ источникомъ даже тѣхъ обязательствъ, которыя возникаютъ въ связи со сдѣлками вещнаго характера, какъ, напр., отвѣтственность въ случаѣ эвикціи проданной вещи. Едва-ли, въ самомъ дѣлѣ, можетъ подлежать сомнѣнію, что лице, у котораго будетъ опороченъ, эвинцированъ предметъ, пріобрѣтенный имъ на основаніи купли-продажи, отнесется иначе къ виновнику причиненнаго ему ущерба, чѣмъ къ тому, кто будетъ изобличенъ въ явномъ правонарушеніи. Съ точки зрѣнія потерпѣвшаго тотъ, кто передалъ ему предметъ, подвергшійся эвикціи, — такой же деликвентъ, какъ и воръ³, а потому онъ и долженъ понести равную съ послѣднимъ кару, т. е. онъ

¹ *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, 1892, II, 520; *Sohm*, Process der Lex Salica, 124, 163. *Schröder*, l. c. 79, 86.

² *Lex Salica*, tit. 52: Si aliquis alteri aliquid praestiterit de rebus suis, et ei noluerit reddere, sic eum debet admallare... Et si nec tunc voluerit nec reddere, nec fidem facere reddendi, super debitum ei qui praestitit et super illos novem solidos qui per tres admonitiones adcreverunt, — solidos XV culpabilis judicetur. См. далѣе *Lex Salica*, tit. 50; tit. 56. *Lex Ribuarica*, tit. 5 2. *Lex Baiuvar.* XIII, cap. 2. *Edict. Rothar.* c. 245. 246. Ср. *Löning*, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, 1876, §§ 3—6, 10; *Sickel*, Bestrafung des Vertragsbruches, 8 слѣд.

³ *Lex Salica*, tit. 47 § 2: Et ille qui non venerit (т. е. защищать право собственности на проданный имъ предметъ)... erit latro illius qui agnoscit... Ср. *Lex Ribuar.* 33, 3, (de intertiata re).

будетъ присужденъ къ уплатѣ штрафа или испытаетъ на себѣ послѣдствія самоуправства.

Отношеніе, которое возникаетъ вслѣдъ за эвикціей, сопровождается слѣдствіями обыкновеннаго деликта. Оно даетъ поводъ къ процессу, и отвѣтчикъ, если онъ не успѣваетъ доказать неосновательность притязаній истца, присуждается къ уплатѣ пени, составляющей въ большинствѣ случаевъ сумму двойной цѣны предмета эвикціи:... *emptori in duplum pretium, quod accepit, cogatur exolvere* ¹.

Кромѣ германскаго права и въ другихъ системахъ не трудно найти доказательства тѣснѣйшей связи обязательствъ съ деликтами въ періодѣ ихъ зарожденія.

Въ древнемъ индусскомъ правѣ злоупотребленіе довѣріемъ и нарушеніе его влекло за собой инфамію, и тотъ кто недобросовѣстно отрицалъ, напр., принятіе предмета поклажи и отказывался возвратить его, приравнивался вору. Возстановленіе нарушеннаго такимъ образомъ права достигалось посредствомъ самоуправства или съ помощью исковъ съ безспорнымъ деликтнымъ характеромъ ². Реституція такъ или иначе утерянныхъ вещей, а равнымъ образомъ и нарушенныхъ правъ совершается различнымъ путемъ. Въ случаѣ сомнительности притязаній истца непременно требуется участіе судьи, роль котораго состоитъ какъ въ рѣшеніи спора, такъ и въ опредѣленіи размѣра «очистительныхъ штрафовъ». Напротивъ, при безспорности обязательства истецъ такъ же мало стѣсненъ въ средствахъ достиженія необходимаго удовлетворенія, какъ и тогда, когда онъ требуетъ возмездія за уголовное преступленіе.

Хотя древнему индусскому праву извѣстна норма о необходимости «исполнять данное обѣщаніе,» тѣмъ не менѣе отсюда нельзя еще заключать, что въ немъ договоры пользуются правильной защитой. Защита отношеній, которыя проистекаютъ изъ обоюдныхъ соглашеній, основывается главнымъ образомъ на томъ, что неис-

¹ *Lex Baiuw.* XVI § 5. Ср. *Löning*, Vertragsbruch, §§ 14—15. *Schröder*, Rechtsgeschichte, 350 слѣд.; *Brunner*, Rechtsgeschichte, II, 504—510.

² Ср. *Kohler*, Rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungen (Zschr. für vergl. Rwissenschaft, III, 170).

полненіе договора считается деликтомъ, а за деликтомъ должно слѣдовать возмездіе какъ на землѣ, такъ и за гробомъ. Вслѣдствіе этого, разъ притязаніе вполнѣ доказано и не возбуждаетъ никакого сомнѣнія, выборъ средствъ реализаціи его зависитъ исключительно отъ усмотрѣнія кредитора ¹.

Та же точка зрѣнія обнаруживается и въ правѣ сѣверныхъ народовъ германскаго племени. Въ древнемъ норвежскомъ, какъ и въ древнемъ шведскомъ правѣ, всякое обязательство принимаетъ форму юридическаго отношенія, источникомъ котораго служитъ гражданское правонарушеніе.

Норвежскій процессъ исходитъ въ своемъ развитіи отъ противоположенія между безспорными требованіями, возникающими изъ договоровъ, заключенныхъ предъ свидѣтелями, и такими, которые становятся безспорными послѣ утверженія ихъ приговоромъ судьи или третейскаго посредника ². Неудовлетвореніе въ срокъ по перваго рода требованіямъ немедленно ставитъ должника въ положеніе деликвента. Должникъ, не исполняющій — послѣ предварительнаго напоминанія — безспорнаго обязательства, совершаетъ *ган*, т.-е. грабежъ и преслѣдуется кредиторомъ на основаніи иска, вытекающаго не изъ договора, а изъ правонарушенія. Тѣ же послѣдствія наступаютъ и тогда, когда отвѣтчикъ отказывается въ удовлетвореніи притязаній, санкціонированныхъ судебнымъ приговоромъ, такъ какъ и неисполненіе приговора составляетъ *ган*.

Просрочка, чѣмъ бы она ни была вызвана — несостоятельностью должника или произвольнымъ отказомъ, первоначально лишаетъ отвѣтчика охраны закона и управомочиваетъ кредитора распорядиться имуществомъ деликвента противъ его воли и безъ его вѣдома ³. Поставленный внѣ защиты законовъ исключается изъ общественнаго союза, членомъ котораго онъ состоялъ: самъ онъ раздѣляетъ состояніе дикаго животнаго, имущество его конфискуется и поступаетъ въ раздѣлъ между его кредиторами ⁴. Это — крайнее, суровое, но, при данныхъ условіяхъ, наиболѣе

¹ Ср. *Leist*, *Altarisches jus gentium*, 1889, §§ 75—78, особ. стр. 477—482.

² *Amira*, *Das altnorwegische Vollstreckungsverfahren*, 230 слѣд., 247.

³ *Amira*, *Nordgermanisches Obligationenrecht*, 1892, II, § 12.

⁴ *Amira*, *Vollstreckungsverfahren*, 119 слѣд.

дѣйствительное средство лишить противника возможности противодѣйствовать осуществленію права: «кто не желаетъ предоставить другому принадлежащаго ему права, тотъ самъ не долженъ пользоваться благодѣянiями закона».

Съ теченіемъ времени процессъ противъ неисправныхъ должниковъ подвергся значительнымъ измѣненiямъ и смягченiямъ: сначала объявленіе внѣ закона стало временнымъ и примѣненіе его было ограничено извѣстными случаями; потомъ оно постепенно уступило мѣсто денежнымъ штрафамъ, добровольному закрѣпощенію должника, личному аресту и цѣлому ряду другихъ мѣръ, служащихъ цѣлямъ удовлетворенiя кредитора ¹. Но даже въ смягченномъ и модернизированномъ видѣ норвежское право проникнуто прежнимъ принципомъ и продолжаетъ считать всякую просрочку въ исполненiи обязательства—безъ различiя источника его—«деликтомъ, который причиняетъ ущербъ кредитору и нарушаетъ земскій миръ, а потому и вызываетъ реакцію какъ со стороны потерпѣвшаго, такъ и со стороны представителей общественной власти» ².

Основные черты описаннаго порядка наблюдаются, далѣе, въ правѣ исландскомъ, шведскомъ и датскомъ ³. Несмотря на нѣкоторыя уклоненiя въ частностяхъ, принципъ норвежскаго права остается общимъ и для этихъ системъ: здѣсь также основанiемъ иска кредитора является просрочка должника, а предметомъ его—уплата денежнаго штрафа. Въ исландскихъ, напр., компиляціяхъ, относящихся сравнительно къ болѣе позднему времени, всякое неправомѣрное держаніе предмета ссуды или найма, какъ и неудовлетвореніе по договору займа производятъ деликтное обязательство, которое только и можетъ быть реализовано принудительнымъ путемъ ⁴. *Causa obligationis* заключается, слѣдовательно, не въ договорѣ, а въ нарушенiи его.

¹ *Amira*, *Recht* (Grundriss der germanischen Philologie herausgeg. von H. Paul, II), §§ 68, 77, 92.

² *Amira*, *Nordgerm. Obligationenrecht*, II, 142.

³ *Amira*, *Nordgerm. Obligation*. I, §§ 15—23; II § 11. Для датскаго права ср. *Lehmann*, *Der Königsfriede der Nordgermanen*, 193 слѣд.

⁴ *Amira*, *Nordgerm. Obligationenrecht*, II, 144.

Такимъ образомъ, изслѣдованія, посвященныя различнымъ древнимъ сѣверо-германскимъ системамъ, хотя и не оставляютъ сомнѣнія въ существованіи договоровъ даже въ самый ранній періодъ, тѣмъ не менѣе колеблютъ общепринятый взглядъ на роль и значеніе ихъ. Договоры существуютъ, но они не рождаютъ обязательства, вслѣдствіе чего, если добровольно они не исполняются, должникъ принуждается въ судебномъ порядкѣ къ уплатѣ не того, что было условлено сторонами, а денежной пени, установленной за совершеніе деликта.

Отсюда слѣдуетъ, что примитивная или—выражаясь осторожно—древнѣйшая точка зрѣнія на обязательства приближается къ той, при помощи которой мы уясняемъ себѣ смыслъ т. н. *leges imperfectae*.

Юридическое значеніе контрактовъ состоитъ въ началѣ въ томъ, что за ними признается способность исполнять—такъ сказать—функцію титуловъ пріобрѣтенія, но нарушеніе ихъ сопровождается другими послѣдствіями, чѣмъ въ развитомъ правѣ: оно уподобляется обыкновенному деликту и обязываетъ должника къ представленію возмездія, въ значительной мѣрѣ превышающаго дѣйствительный ущербъ кредитора.

На этой ступени развитія договоры функціонируютъ какъ *contractus imperfectae*¹, то-есть сами по себѣ они не причисляются къ *causae obligationum*, но даютъ поводъ для возникновенія такихъ въ видѣ деликтовъ и деликтныхъ обязательствъ.

Въ настоящее время «договоры составляютъ законъ для тѣхъ, кто ихъ заключилъ»². Исполненіе ихъ, какъ и исполненіе закона, само по себѣ обязательно и не зависитъ отъ усмотрѣнія должника. Если оно своевременно не послѣдовало, то добровольное дѣйствіе замѣняется принужденіемъ, и судебная власть вынуждаетъ должника исполнить то, что онъ обязанъ былъ сдѣлать.

Но нисходя въ глубь исторіи, мы приходимъ къ такому физису развитія юридическаго строя, въ которомъ договоръ не получилъ еще принудительной силы, и нарушеніе его влечетъ за собой лишь тѣ послѣдствія, которыя связаны со всякимъ другимъ про-

¹ Kohler, l. c. 163.

² Code civil, art. 1134.

тивозаконнымъ вторженіемъ въ чужую сферу. Неисправный должникъ причиняетъ вредъ кредитору и потому ничѣмъ неотличается отъ всякаго другаго, кто наноситъ ему обиду ¹, требующую удовлетворенія въ формѣ уплаты штрафовъ.

Съ современной точки зрѣнія подобная система обязательствъ и договоровъ должна представляться въ высшей степени несовершенной, — тѣмъ не менѣе нѣтъ достаточнаго основанія вполне отождествлять ее съ системой уголовныхъ преступленій, на чемъ особенно настаиваетъ, напр., Бринцъ ². То обстоятельство, что штрафы, слѣдующіе за неисполненіе безспорнаго договора, поступаютъ — наравнѣ съ штрафами за деликты — частью въ пользу потерпѣвшаго, частью въ пользу представителей общественной власти, ³ не лишаетъ ихъ значенія наказаній, опредѣляемыхъ за дѣйствія, имѣющія всѣ признаки гражданскаго правонарушенія. Отсюда нельзя почерпнуть убѣжденія въ томъ, что въ древнѣйшемъ правѣ всѣ правонарушенія были уголовными. Раздѣленіе штрафовъ между истцомъ и общественной властью свидѣтельствуетъ не объ уголовномъ характерѣ дѣйствій отвѣтчика, а только о томъ, что неисправный должникъ, посягая на интересы частныхъ лицъ, въ тоже время нарушаетъ и общій земскій миръ.

¹ *Leist*, Civilistische Studien, 1877, IV, § 15; Ср. *Hartmann*, Grundprincipien der Praxis des englisch—amerikanischen Vertragsrechts, 1891, 29 слѣд.

² См. *Göttingische Gelehrte Anzeigen*, 1885, 525—526.

³ Ср. *Schröder*, l. c. 76; *Brunner*, l. c. II, 506, 613 слѣд. *Amira*, Nordger. Obligationenrecht, II, 145; *Leist*, Altarisches jus gentium, 479.

ГЛАВА IV.

1.

Авторъ слишкомъ далекъ отъ того, чтобы въ область римскаго права переносить теоріи, возникшія на почвѣ германскаго права.

Правда, нельзя отрицать, что въ зачаточномъ состояніи право различныхъ народовъ представляетъ очень много сходнаго,—хотя, быть можетъ, сходство это чисто внѣшнее и является слѣдствіемъ не столько внутренняго сродства, сколько неопредѣленности структуры возникающихъ юридическихъ отношеній. Но, съ другой стороны, нельзя признать научнымъ приѣмомъ «ургированіе» историческаго матеріала съ цѣлью доказать предвзятый взглядъ. Копировать исторію права того или другаго народа—что за образецъ мы ни взяли бы—значитъ не изучать, а фальцифицировать ее. Этотъ до крайности упрощенный способъ изслѣдованія никогда не приводилъ къ надежнымъ результатамъ и не можетъ привести къ нимъ. И если на предыдущихъ страницахъ нашли себѣ мѣсто нѣкоторые выводы нероманистическихъ изысканій, то или потому, что сами авторы придаютъ имъ слишкомъ общее, универсальное значеніе¹, или потому, что они, въ качествѣ аналогій, дѣйствительно могутъ имѣть таковое.

Гипотеза Гримма покоится главнымъ образомъ на анализѣ германскаго языка. Въ основаніи конструкціи Гейслера лежатъ разысканія, произведенныя исключительно въ сферѣ германскаго

¹ Напр., *Sohm*, Das Recht der Eheschliessung, 24. *Franken*, Lehrbuch des deutschen Privatrechts, 1889, 129.

права. Тѣмъ не менѣе, едвали можно признать безосновательной увѣренность въ томъ, что идеи, выдвинутыя этими изслѣдователями, найдутъ подтвержденіе и въ римскомъ правѣ, при изученіи котораго не разъ уже обращала на себя вниманіе романистовъ первоначальная связь зарождающихся юридическихъ понятій съ деликтами. Больше того: романисты пытались свести всю систему обязательственныхъ отношеній къ деликту, какъ къ послѣднему и единственному основанію обязательной силы договоровъ.

По примѣру натурфилософовъ, которые особенно усердно занимались рѣшеніемъ ими-же, кажется, и созданнаго вопроса, почему защищаются договоры, современные юристы также потратили и продолжаютъ тратить много остроумія на то, чтобы философски обосновать до-очевидности простую и понятную норму. Не довольствуясь констатированіемъ факта и такими хотя и элементарными, но вполне удовлетворительными объясненіями его, какія находимъ, напр., у Ульпіана ¹ или у Пуффендорфа ², нѣкоторые изъ новѣйшихъ романистовъ, въ поискахъ за послѣдней причиной исковой силы договоровъ, набрѣли, наконецъ, и на мысль о связи между деликтами и обязательствами: они конструируютъ обязательственные отношенія, возникающія изъ взаимныхъ соглашеній контрагентовъ, какъ обязательства къ возмѣщенію вреда, причиненнаго вслѣдствіе правонарушенія ³.

Такимъ образомъ, правонарушеніе принимается какъ «болѣе глубокое» юридическое основаніе обязательности договоровъ: не договоръ самъ по себѣ рождаетъ обязательство, а не исполненіе его, т. е. деликтъ.

Прекрасной юлюстраціей къ подобнаго рода спекуляціямъ является теорія Биндинга, который, напротивъ, старается доказать, что въ договорѣ (въ quasi-контрактѣ) нужно искать источника и всѣхъ деликтныхъ обязательствъ, такъ какъ «деликтами, какъ ос-

¹ L. 1 pr. D. 2. 14: „quid tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare“?

² De jure natur. et gent., lib. III, c. IV § 2: quae autem inter homines ineuntur pacta, illa sancta observanda esse sociabilis natura hominis requirit.

³ Schlossmann, Der Vertrag, passim; Hofmann Die Entstehungsgründe der Obligationen, 105. Ср. Brinz, Pandekt. (перв. изд.), 1512.

нованіемъ обязательства возмѣститъ причиненный ущербъ, гражданское право не въ состояніи ничего объяснить»¹.

Насъ, однако, интересуеть не эта—къ слову сказать—вовсе не существующая связь между обязательствами и деликтами, и мы не имѣемъ намѣренія пускаться въ дебри спекуляцій болѣе или менѣе проблемматическаго значенія. Замѣтимъ лишь, что результаты изысканій, сдѣланныхъ въ этомъ направленіи, крайне неутѣшительны и, въ большинствѣ, сводятся къ общимъ положеніямъ Ульпіана и Пуффендорфа². Съ своей стороны, скажемъ словами Іеринга, что, въ виду «практической необходимости нормы объ обязательности договоровъ, совершенно непонятно, какимъ образомъ могли создать изъ нея трудную проблему, кажущуюся многимъ даже неразрѣшимой»³.

Вопросъ объ основаніи обязательной силы договоровъ остается за предѣлами настоящаго изслѣдованія, ближайшая цѣль котораго — опредѣленіе историческаго значенія деликтовъ, какъ источника обязательственныхъ отношеній.

2.

Римское право представляетъ въ изобиліи свидѣтельства очень интереснаго явленія. Оно даетъ возможность прослѣдить на длинномъ рядѣ болѣе или менѣе достовѣрныхъ фактовъ процессъ постепеннаго превращенія юридическихъ отношеній и замѣны ихъ первоначальныхъ деликтныхъ исковъ другими средствами защиты, свободными отъ всякой примѣси штрафнаго элемента.

Въ древнемъ строѣ римлянъ деликтную окраску принимаютъ очень многія юридическія отношенія, которыя на дальнѣйшихъ ступеняхъ развитія права отрѣшаются отъ этой несовершенной формы и нерѣдко лишь въ слабой степени обнаруживаютъ признаки прежней своей зависимости отъ деликта. Известно, что да-

¹ *Binding*, Die Normen und ihre Uebertretung, 1872, I, 212—233, особ. 221. Ср. *Pernice*, *Labeo*, II, 4.

² См. обзоръ у *Hofmann*, Die Entstehungsgründe, 84—114.

³ *Ihering*, Zweck im Recht, I, 264 слѣд. Инаго мнѣнія *Б. Чичеринъ*, Собственность и Государство, 1882, I, 162 слѣд.

же такое основное понятие современной системы, какъ право собственности, — и оно сложилось и укрѣпилось, лишь пройдя чрезъ стадію деликта. Здѣсь важно отмѣтить, что право собственности не съ перваго момента своего зарожденія снабжается тѣмъ виндикаціоннымъ искомъ, съ которымъ оно неразрывно соединяется въ нашемъ представленіи. Напротивъ, возникновенію спеціального иска для защиты его предшествуетъ періодъ, въ теченіе котораго всякое незаконное держаніе чужой вещи считается воровствомъ и служитъ достаточнымъ основаніемъ — сначала для самоуправства потерпѣвшаго, а позднѣе для преслѣдованія виновной стороны судебнымъ порядкомъ съ помощью деликтнаго иска *actio furti*. Еще Гай упоминаетъ о существованіи особаго иска, *a. furti concepti*, который можетъ быть вчатъ собственникомъ противъ каждаго — какъ недобросовѣстнаго, такъ и добросовѣстнаго владѣльца его вещью: «*quamvis fur non sit*»¹. Происхожденіе этого и родственныхъ съ нимъ исковъ должно быть отнесено, несомнѣнно, къ очень глубокой древности, когда правосознаніе было еще настолько примитивно, что ему недоступно было понятіе абстрактнаго права, а слѣдовательно и не было необходимости въ общихъ средствахъ защиты такового.

Несмотря на скудость свѣдѣній и шаткость опорныхъ пунктовъ для точнаго и безспорнаго опредѣленія исторической и генетической связи между виндикаціей и *actio furti*, едвали, однако, можетъ быть подвергнуто серьезному сомнѣнію рѣшеніе вопроса въ томъ смыслѣ, что раньше возникнуть долженъ былъ второй изъ этихъ исковъ. Онъ содержитъ въ себѣ почти всѣ элементы, входящіе и въ составъ виндикаціоннаго иска, — по крайней мѣрѣ такъ можно думать о древнѣйшей формѣ его, основываясь на ясныхъ свидѣтельствахъ источниковъ, изъ которыхъ видно, какъ широко толковалось *furtum* даже сравнительно новѣйшими юристами. Если въ классическомъ правѣ разсматриваемые иски исполняютъ различное назначеніе и, такъ сказать, восполняютъ другъ друга², то отсюда нельзя еще заключать, что подобное же отно-

¹ *Gai* III, 186, 190—192.

² L. 54 § 3 D. 47. 2 (*Gajus*): ... *apparet, recepta re nihilominus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictioem tolli: sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam, salva est vindicatio et condictio.*

шеніе между ними должно было быть и тогда, когда всякое держаніе чужой вещи безъ вѣдома собственника давало поводъ къ обвиненію владѣльца въ совершеніи воровства¹. При господствѣ такихъ понятій существованіе виндикаціи одновременно и рядомъ съ *actio furti* ничѣмъ не оправдывалось бы. На той ступени общественнаго развитія, на которой еще не дѣлается различія между лицомъ, похитившимъ чужую вещь, и добросовѣстнымъ владѣльцемъ ея, нѣтъ надобности въ особенномъ виндикаціонномъ искѣ, такъ какъ здѣсь споръ о правѣ собственности неизбѣжно обуславливается наличностью деликатнаго вторженія въ сферу чужаго обладанія и сопровождается поэтому не только возвращеніемъ вещи въ руки истца, но и наказаніемъ отвѣтчика. Въ этихъ условіяхъ состоянія древняго общества совершенно достаточно одного деликтнаго иска, какимъ является *actio furti*, въ качествѣ общаго средства какъ для возстановленія нарушеннаго права собственности, такъ и для взысканія штрафа за нарушеніе его².

Отмѣченное выше явленіе наблюдается также и въ исторіи другихъ юридическихъ понятій и институтовъ. Но наиболѣе поучительны въ этомъ отношеніи тѣ превращенія, которыя испытали многіе изъ договоровъ обязательственнаго права. Если не о всѣхъ, то во всякомъ случаѣ о многихъ неформальныхъ договорахъ можно безошибочно сказать, что идея обязательной силы ихъ установилась и утвердилась только благодаря взгляду на нарушеніе ихъ какъ на деликтъ. Договоры поклажи, порученія, товарищества могутъ служить особенно яркими примѣрами, наглядно указывающими тотъ путь, которымъ возвысились многія договорныя обязательственныя отношенія до формы защиты, соответствующей ихъ основному характеру.

Что касается поклажи, то безспорно, что договоръ этотъ сталъ извѣстенъ римлянамъ очень рано³. Но безспорно также и то, что въ контрактную форму защиты онъ былъ облеченъ лишь въ

¹ *Gai.* III, 195: *Furtum autem fit non solum cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat.*

² *Schulin*, *Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts*, 282; *Jhering*, *Geist*, II, 159; IV, 31; *Leist*, *Altarisches jus civile*, 401 слѣд.

³ *Bouchaud*, I, 408; *Dirksen*, *Uebersicht etc.* 597; *B.—Hollweg*, *Der röm. Civilprocess*, I, 166; *Pernice*, *Labeo*, I, 433; *Oertmann*, *Die Fiducia*, 135.

преторскомъ эдиктѣ: act. depositi, какъ извѣстно, принадлежитъ къ числу actiones *bonae fidei*.

Отдача вещей на сохраненіе составляла болѣе или менѣе обычное явленіе уже въ эпоху XII таблицъ. Юристъ Павелъ сохранилъ намъ любопытное постановленіе децемвиральнаго законодательства, опредѣляющее отвѣтственность неисправнаго поклажепринимателя вдвое сравнительно съ цѣною предмета поклажи¹.

Очень вѣроятно, конечно, что подлинный текстъ XII таблицъ не содержалъ выраженій, употребленныхъ Павломъ. Но что матеріальный составъ отношенія, которое имѣлъ въ виду юристъ, ничѣмъ не отличается отъ поклажи, это явствуетъ какъ изъ его собственныхъ словъ, такъ и изъ описанія Гая, соединяющаго съ понятіемъ «*fiducia cum amico*» всѣ специфическіе признаки передачи вещи съ цѣлью сохраненія ея въ цѣлости и подъ условіемъ возврата ея: «*fiducia contrahitur... cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint*». Усилія доказать, что и *fiducia cum amico* служила для установленія залога, оказались — въ концѣ концовъ — безусловно тщетными и безрезультатными².

Въ классическомъ правѣ поклажа является въ формѣ реального контракта съ извѣстнымъ кругомъ правъ и обязанностей договаривающихся сторонъ. Трудно подкрѣпить убѣдительными доводами предположеніе, что она фигурировала въ такомъ видѣ и въ системѣ XII таблицъ. Равнымъ образомъ трудно доказать, что въ древнѣйшее время отдача вещей на сохраненіе всегда облекалась въ форму публичнаго акта, о которомъ говоритъ Гай и одинъ изъ комментаторовъ Цицерона.³ Ритуаль примитивной мандипаціи непригоденъ для безвозмездной сдѣлки, какой является поклажа. Сверхъ того, изъ словъ Павла ясно, что постановленіе XII таблицъ касалось собственно неформальной поклажи, а не той,

¹ *Pauli Rec. Sent.* II, 12, 11: „Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur“. (Ср. *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, 10, 7, 11).

² *Heck*, Die *Fiducia cum amico contracta*, ein Pfandgeschäft mit Salmann (*Zschrft. der Savigny—stiftung*, X, 82 слѣд.). Ср. *Göppert*, Zur *Fiducia cum amico contracta*, *ibid.* XIII, 317 слѣд.; *Niemeyer*, *Fiducia cum amico und depositum*, *ibid.* XII, 299 слѣд.; *Oertmann*, Die *Fiducia im röm. Privatrecht*, 146; *René Jacquelin*, *De la Fiducie*, 1891, 386 слѣд.

³ *Gai.* II, 60; *Boethius ad Cic. topica*, IV, 10 § 41.

которая совершалась посредствомъ манципаціи въ соединеніи съ *fiducia cum amico*.

Но хотя поклажа совершалась тогда безъ соблюденія какихъ либо формъ, — это вовсе еще не значитъ, что съ точки зрѣнія древнихъ римлянъ фактъ передачи вещи для сохраненія, самъ по себѣ, имѣлъ юридическое значеніе и считался источникомъ обязательства. Кто принималъ на храненіе чужія вещи, тотъ оказывалъ собственнику ихъ дружескую услугу, непосредственно не подлежащую вѣдѣнію права. Поклажедатель не могъ рассчитывать на содѣйствіе судьи съ цѣлью побудить поклажепринимателя къ исполненію обѣщанія, сила котораго основывается на взаимномъ ихъ довѣріи. Добросовѣстность того лица, которому поручено сохраненіе вещи, составляла, повидимому, единственную гарантію своевременнаго и исправнаго возврата предмета поклажи даже въ глазахъ поэтовъ, философовъ и юристовъ республиканскаго періода. Такъ смотритъ, между прочимъ, и Цицеронъ, который подробно обсуждаетъ вопросъ объ удовлетвореніи требованій поклажедателя исключительно съ точки зрѣнія этической. Присвоеніе поклажи считалось, конечно, дѣйствіемъ недобросовѣстнымъ, но съ нимъ связывалось представленіе о нарушеніи не договора, а общихъ требованій права и справедливости ¹.

Изъ всѣхъ договоровъ — реальныхъ и консенсуальныхъ — нельзя, быть можетъ, назвать другого, который съ большей очевидностью, чѣмъ *depositum*, показалъ бы глубокое различіе между древнѣйшимъ и позднѣйшимъ взглядомъ на отношенія, возникающія изъ однородныхъ фактовъ. Въ развитой системѣ невозвращеніе вещи, принятой на сохраненіе, означаетъ нарушеніе договора; на болѣе низкой ступени развитія права тоже самое дѣйствіе приравняется воровству, соединенному съ вѣроломствомъ ². Слѣдовательно, претензія истца основывается въ од-

¹ *Cic*, de offic. I, 10 31: „reddere depositum, promissum facere, quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem“. III, 25, 95: ... non... semper deposita reddenda... Sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta.

² *Qu. Mucius*, 16 jur. civ. apud Gell. VI, 15, 2: quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit. Ср. *Pernice*, Parerga, 227 слѣд. (*Zeitschrift der Savigny — Stiftung*, IX).

номъ случаѣ на договорѣ, въ другомъ — на деликтѣ, состоящемъ въ своевольномъ удержаніи вещей, полученныхъ путемъ обмана. Древнее воззрѣніе оттѣняетъ и выдвигаетъ на первый планъ въ отношеніяхъ поклажедателя и поклажепринимателя не фактъ существованія особаго договора, заключеннаго посредствомъ передачи извѣстнаго предмета, а нахожденіе послѣдняго у одного изъ нихъ противъ воли собственника. Отсюда и центръ тяжести спора, порождаемаго поклажей, заключается не въ томъ, что депозитарій получилъ что-либо, а въ томъ, что онъ не возвратилъ полученнаго и такимъ образомъ, пользуясь оказаннымъ ему довѣріемъ, самовольно вторгся въ сферу чужого обладанія.

Съ указанными особенностями поклажа оставалась очень долго, почти въ теченіе всего республиканскаго періода. Этимъ, безъ сомнѣнія, и объясняется отсутствіе соотвѣтствующаго ей контрактнаго иска въ томъ перечнѣ *bonae fidei actiones*, который находится у Цицерона и въ *lex Julia municipalis*¹. Впрочемъ, къ какому времени ни приурочить возникновеніе *actio depositi* — къ времени Плавта или Цицерона, фактъ, въ признаніи котораго сходятся — за немногимъ исключеніемъ — почти всѣ изслѣдователи, остается тотъ, что существованіе этого иска не могло быть извѣстно праву XII таблицъ. Юристъ Павелъ, какъ извѣстно, говоритъ не объ *a. depositi*, а объ *a. ex causa depositi*. Онъ утверждаетъ, что правомъ XII таблицъ была обезпечена возможность преслѣдованія депозитарія въ искомомъ порядкѣ, не называя, однако, самаго иска. Но само собой разумѣется, что юристъ не могъ имѣть въ виду того искового средства, которое обязано своимъ происхожденіемъ преторскому эдикту. Едвали онъ могъ разумѣть и *actio fiduciae*, какъ предполагаетъ, напр., Фойгтъ². Такое предположеніе создаетъ много совершенно неустранимыхъ трудностей и должно быть признано мало правдоподобнымъ³.

¹ *Cic.*, de nat. deorum, III, 30, 74; de off., III, 17, 70. Ср. также *Lex Julia municipalis* (a. 709), lin. 111. (*Bruns*, Fontes, 5 изд., 107), и *Fragmentum Atestinum* (*Bruns*, 100); *Cic.* Pro Rosc. Com. 6, 16; pro Caecina, III, 7.

² *M. Voigt*, Jus Naturale, III, 521; II, 541; *то-же* Die XII Tafeln, II, 479.

³ Ср. *Oertmann*, Die Fiducia im röm. Privatrecht, 1890, 62; *Ubbelohde*, Geschichte der benannten Realcontracte, 1870, 41; *Eisele*, Materielle Grundlage der Exceptio, 1871, 141.

Fiducia — вовсе не такая простая сдѣлка, чтобы ею удобно было пользоваться всегда, когда необходимо отдать вещь на сохраненіе, и, конечно, къ сложному манципаціонному обряду не обращался по крайней мѣрѣ тотъ, «*qui in metu ruinae, incendii, naufragii apud alium custodiendae causa deponit*».

Особенности иска, о которомъ упоминается въ XII таблицахъ, указываютъ не на контрактъ, а на деликтъ, какъ на источникъ его происхожденія. Осуществленіе его сопровождается послѣдствіями, не соединимыми съ обыкновеннымъ контрактнымъ искомъ. Вопросъ о томъ, какъ его назвать, болѣе или менѣе безразличенъ. Все равно, разумѣть ли подъ нимъ, по примѣру Теринга ¹, а. furti nec manifesti, или принимать его за а. роеналис, безъ болѣе точнаго обозначенія, или называть его а. de perfidia ², — важно то, что искъ «*ex causa depositi*» есть actio in duplum, не допускается противъ наслѣдниковъ поклажепринимателя и подвергается безчестію самого отвѣтчика. Этихъ послѣдствій слишкомъ много для простого договора, который поэтому не можетъ быть и причиной ихъ. Каждое изъ нихъ въ отдѣльности можетъ быть связано и съ договоромъ, но въ общей совокупности основанія ихъ нужно искать въ томъ нарушеніи чужихъ интересовъ, которое признается даже позднѣйшими юристами за деликтъ. Въ теоріи классическихъ юристовъ не трудно распознать слѣды древняго возрѣнія на нарушеніе договора поклажи какъ на дѣйствіе аналогичное воровству. Такъ, а. depositi directa сплошь и рядомъ обосновывается тѣмъ соображеніемъ, что поклажеприниматель, дающій поводъ къ иску противъ него со стороны поклажедателя, поступаетъ вѣроломно и совершаетъ тяжкое правонарушеніе, «*crimen perfidiae*» ³. Ювенцій Цельзъ не рѣшается, правда, приравнивать къ обыкновенному вору того, кто умышленно отрицаетъ фактъ поклажи; но и онъ усматриваетъ извѣстное сходство

¹ Thering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht (Vermischte Schriften), 190.

² Ubbelohde, l. c., § 22; ср. Pernice, Labeo, I, 435; Bekker, Aktionen, I, 112, 306 — 311; Demelius, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, II, 225. Costa, Il diritto romano privato nelle comedie di Plauto, 320.

³ Ulp. l. 5 pr., l. 1 § 4, l. 1 § 14. D. 16. 3, (мнѣніе Лабеоны). Ср. l. 1 § 16 D. 16. 3: cum enim deterior redditur, potest dici dolo redditam non esse. См. еще Gai. IV, 47. Cuyq, Les institutions juridiques, 639.

между тѣмъ и другимъ, а между присвоеніемъ вещи, отданной на сохраненіе, и воровствомъ совсѣмъ не дѣлаетъ различія ¹.

Отличительныя особенности иска XII таблицъ почти цѣликомъ сохранились въ той *a. depositi*, основаніемъ которой служилъ видъ поклажи, извѣстный подъ именемъ *depositum miserabile*. Преторъ удержалъ въ силѣ постановленія цивильнаго права, ограничивъ примѣненіе ихъ кругомъ тѣхъ поклажепринимателей, которымъ передаются вещи на сохраненіе *in metu ruinae, incendii, naufragii* ². Въ этомъ спеціальному случаѣ и преторъ опредѣляетъ отношенія поклажедателя и поклажепринимателя нормами, неприложимыми къ обыкновеннымъ договорнымъ отношеніямъ. Его искъ стоитъ въ тѣсномъ родствѣ съ *a. furti* и вмѣстѣ съ тѣмъ прототипомъ своимъ считаетъ *a. ex causa depositi* XII таблицъ.

Исторія *depositum* свидѣтельствуетъ о тѣхъ же самыхъ измѣненіяхъ, которымъ подверглись въ теченіе времени и отношенія между опекуномъ и опекаемымъ. Прежде чѣмъ взаимное юридическое отношеніе опекуна и малолѣтняго приблизилось къ обязательству, подобному тому, которое устанавливается договоромъ, оно опредѣлялось исключительно нормами, примѣненіе которыхъ обуславливается наличностью элементовъ деликтнаго правонарушенія. Древнѣйшій искъ, существовавшій уже въ правѣ XII таблицъ для защиты имущественныхъ интересовъ малолѣтнихъ — опекаемыхъ отъ произвола и нерадѣнія опекуновъ, и по структурѣ, и по юридическимъ послѣдствіямъ не отличается отъ обыкновеннаго *a. furti*. хотя онъ и носитъ особое названіе. *Actio rationibus distrahendis* является смягченнымъ обозначеніемъ тѣхъ дѣйствій, которыя во всѣхъ другихъ случаяхъ квалифицируются воровствомъ. Онъ служитъ для наказанія отвѣтчика, а не для побужденія послѣдняго къ исполненію добровольно принятаго на себя обязательства. Этотъ искъ замѣняетъ собой *a. furti*, такъ какъ основывается на *perfidia* отвѣтчика. Онъ влечетъ за собой безчестіе для отвѣтчика и оканчивается присужденіемъ къ

¹ Celsus l. 68 (67) pr. D. 47. 2: *infitiando depositum nemo facit furtum (nec enim furtum est ipsa infitiatio, licet prope furtum est): sed si possessionem ejus apiscatur intervertendi causa, facit furtum.*

² *Paul. R. Sent.*, II, § 12 § 11; *Ulp.* l. 1 § 2, 3. D. 16. 3. Ср. *Accarias*, Précis, II, § 597.

возмѣщенію двойной стоимости ущерба, причиненнаго опекуномъ имуществу опекаемаго ¹. Онъ не потерялъ своего основного характера и послѣ того, какъ основаніемъ, вполне достаточнымъ для привлеченія опекуна къ отвѣтственности, стали признавать не только его *perfidia*, но и всякое другое дѣйствіе, ничѣмъ неотличающееся отъ простого неисполненія договора. *Actio tutelae* не вытѣснила ² собой искового средства XII таблицъ, а только съуздила сферу его примѣненія и вмѣстѣ съ тѣмъ расширила предѣлы отвѣтственности опекуновъ. Съ момента ея возникновенія открылась возможность призывать къ суду какъ тѣхъ опекуновъ, *qui in tutela gerenda rem ex bonis pupilli abstulerint*,—или, вообще говоря, которые будутъ виновны въ дѣйствіяхъ, подходящихъ къ понятію *dolus malus*, такъ равнымъ образомъ и тѣхъ, которые наносятъ ущербъ имуществу, порученному ихъ охранѣ, своимъ дѣйствіемъ или бездѣйствіемъ, не обнаруживающимъ ни малѣйшихъ признаковъ явной недобросовѣстности. Штрафъ, установленный XII таблицами, караетъ опекуна за его «*perfide agere*», а отнюдь не за нарушеніе тѣхъ или другихъ соглашеній, сопровождавшихъ передачу ему имущества опекаемыхъ на храненіе ³. Это ясно сказывается и въ томъ, что *actio rationibus distrahendis* не можетъ быть вчата противъ наслѣдниковъ первоначальнаго отвѣтчика, тогда какъ *a. tutelae* допускаетъ возможность и активной, и пассивной сукцессіи ⁴.

Коротко говоря, *a. rationibus distrahendis*, подобно *a. ex causa depositi in duplum*, обозначаетъ ту стадію, когда единственнымъ основаніемъ и источникомъ обязательства опекуна признавался деликтъ. Она предшествуетъ *actio tutelae*, которая, какъ извѣстно, соотвѣтствуетъ обязательству изъ договора, вслѣдствіи чего не-

¹ *Tryphon.* l. 55 § 1. D. 26. 7; *Paul.* l. 2. pr. D. 27. 3; *Ulp.* l. 33. D. 47. 2. Ср. *Gerardin*, La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain, 15 слѣд. (Nouv. Revue historique de droit, 1889); *Jhering*, Schuldmoment, 194; *Fernice*, Labeo, I, 439; *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, II, 280; *Voigt*, XII Tafeln, § 138.

² *Ulp.* l. 1 § 21. D. 27. 3: in tutela ex una obligatione duas esse actiones constat.

³ *Cic.* de off., III, 61: atqui iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut in tutela duodecim tabulis.

⁴ *Ulp.*, l. 1 § 23. D. 27. 3: in heredem ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est. Ср. l. 1 § 16. D. h. t.

рѣдко и приравнивается къ обыкновенной *a. negotiorum gestorum*¹.

Подобно поклажѣ и ссуда гораздо болѣе древняго происхожденія, чѣмъ это обыкновенно принимается. Но *commodatum* — точно такъ же, какъ *depositum* — является въ формѣ договора не вдругъ и — во всякомъ случаѣ — не съ перваго момента своего возникновенія. Въ видѣ реального договора и съ техническимъ названіемъ «*commodatum*» передача вещей въ безвозмездное пользованіе неизвѣстна еще и времени Плавта. Правда, въ комедіяхъ Плавта и сочиненіяхъ другихъ древнихъ писателей нерѣдко рѣчь идетъ объ отношеніяхъ, характеризуемыхъ существенными признаками ссуды, и болѣею частью для обозначенія ихъ употребляется выраженіе «*utendum dare*», «*utendum rogare*»². Но этимъ отношеніямъ не достаетъ ни юридической опредѣленности, ни экономической важности. Кругъ ихъ проявленій ограниченъ исключительно предѣлами дружескихъ и сосѣдскихъ сношеній, отчего и юридическія особенности ихъ обнаруживаются и признаются недостаточно отчетливо. У того же Плавта встрѣчаются примѣры очевиднаго смѣшенія ссуды съ поклажей, и выраженіе «*utendum dare*» употребляется, когда нужно было бы сказать «*servandum dare*», такъ какъ предметъ (кладъ) передается не для пользованія, а для сохраненія³. Это обстоятельство, несомнѣнно, въ извѣстной степени подрываетъ увѣренность въ томъ, что «*utendum dare*» уже въ пятомъ и въ началѣ шестаго вѣка было опредѣленнымъ юридическимъ терминомъ, но оно ни-мало не говоритъ противъ самаго факта существованія ссуды въ то время. Объ обычаѣ римлянъ приходитъ другъ другу на помощь, уступая для безвозмезднаго пользованія необходимые предметы, съ восторгомъ и большой похвалой отзываются уже карфагенскіе послы,

¹ *Poisnel*. Recherches sur les sociétés univ. chez les Romains, 500 (Nouv. Revue hist. de droit, 1879); *Wlassak*, Zur Geschichte der Negotiorum gestio, 1879, 104; *Lenel*, Edictum perpetuum, § 35; *Cug*, Les institutions juridiques, 328 слѣд.

² *Plaut.* Asin., II, 4, 38; Aulul., I, 2, 18, II, 4, 32. *Rud.*, III, 1, 9, и другіе примѣры, указанные въ соч. *Costa*, il diritto privato romano nelle comedie di Plauto, 1890, § 70.

³ *Plaut.* Trinum., V, 2, 7. Ср. *Pernice*, M. A. Labeo, I, 431.

посѣтившіе Римъ въ 411-омъ году ¹. Тѣмъ не менѣе и къ концу республики ссуда не получила еще значенія договора, откуда, однако, отнюдь не слѣдуетъ заключать, что она и не подлежала судебной защитѣ. Хотя *actio commodati*—искъ, безспорно, довольно поздняго происхожденія, но ссудодатель не оставался беззащитнымъ и до его возникновенія. Источники не содержатъ ни прямыхъ, ни косвенныхъ доказательствъ въ пользу того мнѣнія, что *a. commodati*, какъ предполагаютъ нѣкоторые ², была уже извѣстна легисакціонному процессу. Напротивъ, основываясь на свидѣтельствѣ Лабейона, Брута и Кв. Сцевола, можно думать, что правомъ XII таблицъ были гарантированы другія средства для охраны интересовъ тѣхъ лицъ, которыя отдаютъ свою вещь кому-либо въ безвозмездное пользованіе ³. Если ссудоприиматель не возвращаетъ переданной ему вещи, то онъ даетъ поводъ для возбужденія противъ себя иска о воровствѣ или о правѣ собственности. Другихъ средствъ не называютъ древнѣйшіе юристы, да въ нихъ, вѣроятно, не было и необходимости. Правда, *rei vindicatio* связана съ значительными затрудненіями для истца, а *actio furti* влечетъ слишкомъ суровыя послѣдствія для отвѣтчика. Но и то, и другое неудобство исковъ, предоставленныхъ ссужателю, едва ли могло быть очень чувствительно въ то время, когда, какъ это ясно видно даже изъ словъ Плавта, примѣненіе ссуды ограничивалось очень тѣсными рамками: кого не знаютъ или знаютъ съ дурной стороны, тому и не ссужаютъ, а если ссужаютъ, то принимаютъ особыя мѣры предосторожности, обезпечивающія возвратъ вещи или — по крайней мѣрѣ — возмѣщеніе убытковъ, причиняемыхъ неисправнымъ ссудоприимателемъ. Плавтъ за-

¹ *Plin.* Н. Н. XXXIII, 11, 143: „legatos Carthaginiensium dixisse nullos hominum inter se benignius vivisse, quam Romanos: eodem enim argento apud omnis cenitavisse ipsos“.

² *Bethmann-Hollweg*, *Der röm. Civilprozess*, I, § 46.

³ *Aul. Gellius*, N. A., VI (VII), 15: Labeo in libro de duodecim tabulis secundo acria et severa judicia de furtis habita esse apud veteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse, qui jumentum aliorum duxerat quam quo utendum acceperat, item qui longius produxerat quam in quem locum petierat. Itaque Scaevola in librorum, quos de jure civili composuit, XVI verba haec posuit: quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum accepit, ad aliam rem atque accepit usus est, furti se obligavit.

ставляетъ одного изъ своихъ героевъ давать очень характерный отвѣтъ другому герою — лицу, по всѣмъ видимостямъ, не внушающему особеннаго довѣрія — на его просьбу о ссудѣ: «*tibi ego nunquam credam quicquam nisi si accepto pignore*»¹.

Очевидно, такимъ образомъ, что первоначально ссуда сама по себѣ не устанавливала обязательства, а только дѣлала возможнымъ возникновеніе его въ томъ случаѣ, если ссудоприематель совершалъ деликтъ, т. е. совсѣмъ не возвращалъ предмета ссуды или возвращалъ его въ ненадлежащемъ видѣ. Слѣды этого воззрѣнія обнаруживаются даже въ сочиненіяхъ классическихъ юристовъ, такъ какъ и въ ихъ представленіи *a. commodati* не всегда отдѣляется отъ *turpitude*², точно дѣйствительно названный искъ неизбежно предполагаетъ наличность недобросовѣстнаго дѣйствія. Даже и послѣ того, когда на ссуду установилась точка зрѣнія какъ на реальный договоръ, римскимъ юристамъ все еще необходима была фикція для оправданія обязанности неисправнаго ссудоприемателя къ возмѣщенію ущерба — и притомъ довольно своеобразная фикція: «*si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita, non videbitur reddita*»³. Понятіе договора отступаетъ на задній планъ, а въ качествѣ источника обязательства указывается фактъ невозвращенія вещи по требованію собственника, и онъ уподобляется простому деликту: *dolo malo....redditam non esse*⁴.

Древнѣйшее право не знало контрактнаго иска и для реализаціи тѣхъ правъ, которыя возникаютъ изъ договора порученія (*mandatum*). Оно обходилось съ помощью разныхъ средствъ защиты, имѣющихъ несомнѣнный деликтный характеръ.

Свѣдѣнія о *mandatum* въ изобиліи встрѣчаются и у Плавта, и у Цицерона. Герои Плавта нерѣдко поручаютъ своимъ друзьямъ управленіе всѣмъ ихъ имуществомъ или надзоръ за нимъ, и на этой почвѣ происходитъ немало конфликтовъ, составляющихъ сюжетъ комедій⁵. Цицеронъ говоритъ о *mandatum* какъ о дого-

¹ *Plaut. Rud.* II, 7, 23.

² *Pernice, Labeo*, I, 432.

³ *Ulp.* I. 3 § 1. D. 13. 6.

⁴ *Gai.* IV, 47. Ср. I. 1 §§ 38 и 47 D. 16. 3.

⁵ *Plaut. Trinum.* I, 2, 71; *Merc.* II, 3, 90; V, 1, 6; *Rud.* III, 6, 12. Ср. также *Terentii Ad.* 457; *Phorm.* II, 157. См. многочисленныя цитаты у *Costa*, I. с., § 85; *Bekker*, *Die röm. Komiker als Rechtszeugen* (*Zschrft der Savigny—Stitung*, XIII, 87 слѣд.).

ворѣ съ постоянными юридическими признаками, опредѣленными юридическими послѣдствіями и правильной юридической защитой. Ему и его современникамъ извѣстенъ спеціальнй искъ — *actio mandati*, опирающійся своимъ основаніемъ на консенсуальный договоръ порученія ¹.

Времени возникновенія этого иска съ достовѣрностью опредѣлить нельзя, что, впрочемъ, и не представляетъ особенной важности. Возникъ ли онъ только въ началѣ седьмага вѣка или нѣсколько десятковъ лѣтъ раньше, — съ полной увѣренностью можно утверждать, что и до времени его возникновенія мандатарій не былъ лицомъ, чуждымъ соціальному строю древнихъ римлянъ.

Таковыми мандатаріями были — между прочимъ—*vindeх*, *vas*, *adstipulator*. Все это — лица, исполняющія чужія порученія, дѣйствующія въ интересѣ своихъ довѣрителей и замѣняющія ихъ собой при совершеніи различныхъ юридическихъ сдѣлокъ. Отношеніе *vindeх*'а къ отвѣтчику, мѣсто котораго онъ занимаетъ въ процессѣ, по существу ничѣмъ не отличается отъ отношенія, возникающаго изъ договора порученія. *Vas* — поручитель, удовлетворяя кредитора, дѣйствуетъ также вслѣдствіе принятаго порученія отъ главнаго должника. Извѣстно, что и функція *adstipulator*'а состоитъ въ исполненіи порученія, даннаго ему главнымъ кредиторомъ.

Болѣе чѣмъ вѣроятно, что число мандатаріевъ не ограничивалось названными представителями этого типа. Въ ихъ категорію, слѣдуетъ, напр., зачислить еще и *familiae emptor*'а. Да и вообще, если рѣшительно нельзя утверждать, что первымъ въ порядкѣ исторической послѣдовательности нужно назвать тотъ видъ мандата, который на языкѣ классическихъ юристовъ носитъ названіе *generale mandatum de universis negotiis*, то въ видѣ гипотезы такое предположеніе не должно казаться безосновательнымъ и мало правдоподобнымъ. Прежде всего потребность въ мандатаріѣ должна была сказаться въ томъ случаѣ, когда кто-либо удаляется изъ мѣста своего постоянного жительства на болѣе или менѣе

¹ *Cic.*, de off. III, 17, 70; de nat. deorum, III, 30, 74. *Auct.* ad Her., II, 13, 19. Ср. *Cic.* pro Sex. Roscio Amer., 38, 111.

значительное время и потому нуждается въ довѣренномъ лицѣ, годномъ для управленія хозяйствомъ ¹.

Классическое право снабжало особымъ искомъ средствомъ всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя функционируютъ въ гражданскомъ оборотѣ въ качествѣ исполнителей чужихъ порученій. Напрасно, однако, было бы искать въ древнѣйшей цивильной системѣ что-либо аналогичное *actio mandatii*. Согласно древнему воззрѣнiю порученiе не считалось юридическимъ фактомъ съ тѣми важными послѣдствiями, которыя связаны съ нимъ классическимъ правомъ. Въ то время еще не выработалась и не укрѣпилась точка зрѣнiя на него какъ на договоръ, устанавливающiй юридическую связь. Это объясняется, конечно, главнымъ образомъ тѣмъ обстоятельствомъ, что первоначально порученiе давалось не первому встрѣчному, а лицу, связанному съ мандантомъ тѣсными узами родства или дружбы: «*mandatum — originem ex officio atque amicitia trahit*» ². Слѣдовательно, личныя отношенiя между мандатарiемъ и мандантомъ сами по себѣ представляли нѣкоторую гарантiю, и если не всегда, то по крайней мѣрѣ въ большинствѣ случаевъ предотвращали возможность возникновенiя недоразумѣнiй и необходимость обращаться за помощью къ суду, «*nam neque mandat quisquam fere nisi amico neque credit nisi ei, quem fidelem putat*» ³. Но что «*officium amicitiae*» могла вполне устранить и замѣнить силу судебного принужденiя, — въ томъ слѣдовало бы усомниться, если бы даже мы и не знали, что *vindex* и другiе древнѣйшiе мандатарiи пользовались особыми исками для удовлетворенiя своихъ требованiй. Если должникъ добровольно не удовлетворялъ *vindex'a*, то ему наравнѣ съ тѣми поручителями, которые извѣстны подъ именемъ *vas* и *sponsor*, открывается путь осуществленiя своихъ претензiй судебнымъ порядкомъ съ помощью *a. depensi* ⁴. И интересы *stipulator'a* не были поставлены въ за-

¹ См. *Karlowa Röm. Rechtsgeschichte*, II, 665.

² *Paul. I. 1 § 4. D. 17, 1.* Ср. *Glück*, XVI, 244, слѣд.

³ *Cic., pro Sex. Roscio Amer.*, 39, 113.

⁴ *Gai* III, 127: *sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.* Ср. *Gai*, IV, 22, 25. См. *Voigt*, Die XII Tafeln, § 125; *его-же Röm. Rechtsgeschichte*, I, § 60; *Karlowa*, Der röm. Civilprocess, 190; *Muirhead*, Introduction, 275.

висимость исключительно от одной только честности и добропорядочности *adstipulator'a*. Вторая глава Аквиліева закона содержала специальное постановление объ ответственности *adstipulator'a*, простившаго долгъ безъ вѣдома стипулятора или обратившаго въ свою пользу сумму, взысканную имъ съ должника ¹.

Какъ видимъ, *actio depensi* исполняетъ функции позднѣйшей *a. mandati contraria*, а *actio legis Aquiliae* является въ этомъ случаѣ какъ предшественница *a. mandati directa*. Въ эпоху легисакціоннаго процесса оба иска сопровождались задержаніемъ отвѣтчика (*manus injectio*) и своимъ послѣдствіемъ имѣли «*duplum adversus infitiantem*» ². Примѣненіе того и другаго иска къ отношеніямъ, составляющимъ обыкновенное содержаніе договора порученія, ясно свидѣтельствуется объ отсутствіи *a. mandati* и указываетъ, что обязательства мандатарія и манданта возникаютъ не изъ состоявшагося между ними соглашенія, а изъ деликта. Источникомъ обязательства *adstipulator'a* отнюдь не можетъ быть договоръ, — иначе не имѣла бы смысла претензія стипулятора, облеченная въ форму деликтнаго иска, каковымъ оказывается *a. legis Aquiliae*. Наличие деликта предполагаетъ и *a. depensi* — искъ, въ силу котораго отвѣтчикъ присуждается къ уплатѣ штрафа. Слѣдовательно, и обязательство манданта основывается не на соглашеніи, а на отказѣ возмѣстить ущербъ, понесенный по его винѣ мандатаріемъ, и этотъ отказъ трактуется какъ дѣйствительный деликтъ, почему онъ и влечетъ за собой штрафъ въ размѣрѣ *duplum* — двойной стоимости того, что было уплачено поручителемъ вмѣсто должника ³.

Въ тѣснѣйшемъ родствѣ съ *mandatum* стоитъ *societas* — другой консенсуальный договоръ, въ исторіи котораго былъ также пе-

¹ *Gai.* III, 215 — 216: *capite secundo adversus adstipulatorem qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur.* Ср. *Gai.* III, 111. См. *Pernice*, *Labeo*, I, 442; *Ubbellohde*, *Zur Geschichte der Realcontr.* 44; *Bekker*, *Die Aktionen*, I, 149; *Karlowa*, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 663.

² *Gai.* IV, 9, 171.

³ Ср. *Gauckler*, *Etude sur le vindex.* (*Nouv. Rev. hirtor. de droit*, 1889), 619; *Jhering*, *Schuldmoment*, 192; *Dernburg*, *Geschichte und Theorie der Compensation*, 53.

ріодъ, когда взаимныя отношенія сотоварищей стояли внѣ сферы нормъ договорнаго обязательственнаго права.

Возникновеніе договора товарищества относится многими исследователями къ древнѣйшимъ временамъ, нѣкоторыми даже къ времени появленія римлянъ на историческомъ горизонтѣ¹. Но если этотъ договоръ и гораздо позже возникъ, что, кстати сказать, очень вѣроятно, то все же онъ безъ сомнѣнія болѣе древняго происхожденія, чѣмъ его искъ — *actio pro socio*, свѣдѣнія о которомъ восходятъ едвали много дальше времени Цицерона. Отсутствие контрактнаго иска почти въ теченіе всего республиканскаго періода, конечно, не служитъ доказательствомъ отсутствія въ житейскомъ обиходѣ тѣхъ отношеній, которыя образуютъ товарищество. Этотъ фактъ свидѣтельствуетъ лишь о томъ, что конфликты, возникающіе между отдѣльными сотоварищами, первоначально не всегда требовали вмѣшательства суда, а если и требовали, то разрѣшались иными средствами и съ иной точки зрѣнія, чѣмъ въ классическомъ римскомъ или современномъ правѣ.

До введенія *actio pro socio* договоръ товарищества, какъ не защищенный самостоятельнымъ контрактнымъ искомъ, не могъ быть юридическимъ основаніемъ правъ и обязательствъ сотоварищей относительно другъ друга. Члены товарищества не устанавливаютъ между собой юридической связи однимъ взаимнымъ соглашеніемъ, почему къ исполненію его никто изъ нихъ и не можетъ быть принужденъ. Каждый изъ сотоварищей можетъ произвольно и безъ всякихъ основаній разрушить договоръ простымъ заявленіемъ о выходѣ изъ товарищества. Ограниченія въ этомъ отношеніи созданы были только позднѣйшимъ правомъ, противопоставившимъ свободѣ произвола отдѣльныхъ товарищей коррективъ въ видѣ контрактнаго иска о возмѣщеніи ущерба.

Было бы, однако, большой ошибкой думать, что древнее право, не знавшее *actio pro socio* и не придавшее обязательной силы неформальному договору товарищества, не связывало никакихъ послѣдствій съ извѣстнаго рода дѣйствіями только потому, что

¹ Bernhöft, Staat und Recht der röm. Königszeit, 174. Ср. Leist, Zur Geschichte der rom. Societas.

виновниками ихъ и заинтересованными въ нихъ оказывались сотоварищи. Если оно привлекало всѣхъ къ отвѣтственности за воровство и тому подобныя правонарушенія, то совсѣмъ непонятно, почему слѣдуетъ считать свободнымъ отъ этой отвѣтственности лицо, совершающее хотя и въ качествѣ члена товарищества, но такія же самыя дѣйствія.

Товарищество создаетъ общность интересовъ и возлагаетъ на каждого изъ членовъ его обязанность составлять и увеличивать общее имущество. Если *socius* не исполняетъ этой обязанности и дѣйствуетъ въ ущербъ общимъ интересамъ, то онъ, не подвергаясь отвѣтственности въ силу договора, подлежитъ ей какъ деликвентъ наравнѣ съ обыкновеннымъ воромъ. Источникомъ обязанности и здѣсь, слѣдовательно, оказывается *furtum* или другое аналогичное ему дѣйствіе, а потому и средствомъ защиты интересовъ истца могутъ и должны быть *actio furti*, *condictio furtiva* и *actio legis Aquiliae* — иски, которые и впоследствии въ извѣстныхъ случаяхъ конкурировали съ *actio pro socio*¹. Иногда той же цѣли можно было достигнуть и съ помощью виндикаціи.

Въ поясненіе сказаннаго слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что *societas* и *mandatum* возникали — особенно въ древнее время — не иначе какъ при условіи наличности реального элемента. Товарищъ давалъ что-нибудь своему сотоварищу или получалъ отъ него вкладъ въ общее дѣло. Точно также и мандатарій всегда принималъ что-нибудь отъ манданта или получалъ что-нибудь отъ постороннихъ лицъ для передачи манданту. Присутствіе реального элемента, конечно, еще не доказываетъ, что *societas* и *mandatum* вначалѣ были реальными договорами, какъ думаетъ, напр., Бехманъ². Но оно убѣждаетъ въ возможности защиты этихъ отношеній посредствомъ *a. furti* и *rei vindicatio*. Хотя въ законѣ нѣтъ соответствующихъ имъ контрактныхъ исковъ, тѣмъ не менѣе судья не отказываетъ въ защитѣ — по крайней мѣрѣ — права собственности на предметы, доверенные однимъ лицомъ другому, и караетъ, какъ простого вора, того контрагента, который присвоиваетъ вещи, ему не принадлежащія.

¹ Ср. *Ulp.*, l. 45. D. 17, 2; l. 47, l. 49, l. 51 pr. D. eod. *Poisnel*. I. с., 538.

² *Bechmann*, *Geschichte des Kaufs*, 1 485 слѣд., 491 слѣд.

Первоначально товарищество подобно тому, какъ *mandatum* и *tutela*, давало поводъ для исковыхъ притязаній лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣйствія отвѣтчика подходили подъ понятіе деликта. Этой точки зрѣнія не вполне чуждъ и Цицеронъ. Онъ почти постоянно сближаетъ иски, вытекающіе изъ этихъ отношеній, съ *a. furti* и нерѣдко квалифицируетъ нарушение договора товарищества терминами *delictum, furtum, fraus*¹. Одна изъ рѣчей Цицерона, цѣликомъ посвященная процессу, возникшему между сотоварищами — Росціемъ и Фаниемъ, нагляднымъ образомъ показываетъ, что и въ концѣ республики прибѣгаютъ къ обвиненію отвѣтчика въ воровствѣ и обманѣ для того, чтобы обосновать искъ изъ товарищества. Фаній, мотивируя свою претензію и подкрѣпляя свой искъ, выставляетъ на видъ, что въ дѣйствіяхъ отвѣтчика содержатся признаки «*crimen*», «*furtum*», «*fraus*», и какъ будто совсѣмъ не подозреваетъ, что *actio pro socio* отнюдь не предполагаетъ наличности деликта².

3.

Все вышеизложенное приводитъ къ убѣжденію въ томъ, что сфера примѣненія нормъ договорнаго обязательственнаго права должна быть сужена и для древняго Рима. Допустимъ ли мы, что всѣ разсмотрѣнныя отношенія не были чужды общественному строю римлянъ эпохи XII таблицъ, или же признаемъ, что возникновеніе нѣкоторыхъ изъ нихъ должно быть приурочено къ болѣе позднему времени, — это совершенно безразлично. Для нашей цѣли важно констатировать, что было время, когда тѣ самыя отношенія, которыя въ современномъ и развитомъ римскомъ правѣ источникомъ своимъ имѣютъ договоръ, стояли подъ защитой нормъ, опредѣляющихъ юридическія послѣдствія всякаго рода деликтныхъ правонарушеній.

¹ *Cic.*, pro Caecina, 7: qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum majus est, eo poena est tardior. Est enim turpe iudicium. Ср. также *Cic.* pro Quinctio, 6: qui socium fama atque fortunis spoliare conatus est, vanum se et perfidiosum et impium esse fateatur. Ср. еще *Cic.* pro Roscio comoedo, 6 § 16 и 17, и pro Roscio Amer., 38, 111: itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti.

² *Cic.* pro Roscio comoedo, 9 § 25 и 25, Ср. *Jhering*, Das Schuldmoment, 191.

Очень распространено мнѣніе, что поклажа, ссуда, товарищество, наемъ и другіе реальные и консенсуальные договоры долго оставались въ видѣ бытовыхъ сдѣлокъ, не пользовавшихся судебною защитою. Это мнѣніе раздѣляется и тѣми писателями, которые относятъ возникновеніе всѣхъ *bonae fidei actiones* къ довольно позднему періоду—именно къ концу республики¹. Не отрицая, что отношенія, составляющія содержаніе реальныхъ и консенсуальныхъ договоровъ, существовали даже въ древнѣйшее время, ихъ, однако, помѣщаютъ за границами права и ставятъ подъ охраной нравовъ. Изъ нихъ создаютъ особую область житейскихъ сдѣлокъ, представляющихъ собой прямую противоположность юридическимъ сдѣлкамъ и отличающихся тѣмъ, что на нихъ не распространяется власть «принуждающей и охраняющей руки *justitia*». Кто вступаетъ въ сдѣлку съ сосѣдомъ, другомъ или постороннимъ лицомъ и не облакаетъ ее въ одну изъ формъ цивильнаго права, тотъ полагается исключительно на добросовѣстность своего контрагента. Онъ не можетъ рассчитывать и надѣяться на помощь судьи, въ которой онъ, впрочемъ, и не нуждается, такъ какъ добросовѣстное исполненіе договоровъ возводится римлянами на степень этической необходимости, «національной добродѣтели». Древній Римъ, говоритъ Фойгтъ, представляетъ рѣзкій контрастъ сравнительно съ строемъ социальныхъ отношеній какъ римскаго императорскаго періода, такъ и настоящаго времени. «Теперь государство простираетъ свое покровительство на всякое болѣе или менѣе важное имущественное отношеніе, такъ что трудно найти такое общеніе лицъ, которое не было бы подчинено защитѣ права. Напротивъ, въ древнѣйшемъ Римѣ противостояли двѣ строго разграниченныя сферы имущественныхъ дѣловыхъ взаимныхъ сношеній съ двумя совершенно различными регуляторами: область *jus* съ *justitia* и область *mores* съ *fides*, и послѣдняя изъ нихъ обнимаетъ столь же широкій, какъ и оживленный мѣновой оборотъ, нормируемый особенными, не юридическими законами». Въ древнѣйшую эпоху жизни римскаго народа большая часть сдѣ-

¹ См., напр. М. Voigt, Das jus naturale, III, 319; IV, 542, 596, 603; Danz, Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts, II, § 153; Cuiq, Les institutions juridiques, 592 слѣд.

локъ гражданскаго оборота была исключена изъ сферы *jus* и составляла область исключительнаго господства *mores*. Въ то время нравы являлись въ высшей степени интензивной и самостоятельной силой и исполняли функцію общественнаго регулятора наряду съ правомъ и независимо отъ него. Моральному принужденію принадлежало такое же практическое значеніе, какъ принужденію юридическому. Договоры, совершенные безъ соблюденія требуемыхъ закономъ формальностей, хотя и не были защищены правомъ, находили достаточную гарантію въ добросовѣстности контрагентовъ, въ ихъ *fides*. «Честность во всемъ, что касается *fides*, крайняя добросовѣстность и пунктуальная точность въ исполненіи принятыхъ обязательствъ составляетъ одну изъ прекраснѣйшихъ и симпатичнѣйшихъ чертъ характера древняго римлянина». Чистота нравовъ и страхъ предъ общественнымъ мнѣніемъ придавали обязательную силу и тѣмъ обѣщаніямъ, которыхъ законъ не ограждалъ своею санкціей. Въ дѣлахъ чести «голосъ народа» былъ такимъ же — если не болѣе — сдерживающимъ и устрашающимъ факторомъ, какъ и приговоръ судьи. «Благодаря ограниченности пространства, на которомъ концентрировалась политическая и общественная жизнь древняго Рима, и вслѣдствіе ея публичности, дѣйствія отдѣльныхъ гражданъ становились извѣстными всѣмъ и подвергались всеобщей оцѣнкѣ». О нихъ, особенно о тѣхъ изъ нихъ, которыя оскорбляли общественную нравственность и нарушали требованія нравовъ, произносился «приговоръ общества, чувствительнѣйшимъ образомъ затрогивавшій наиболѣе жизненные интересы, такъ какъ уваженіе и доброе мнѣніе народа считались главнымъ основаніемъ и необходимымъ условіемъ политической карьеры и жизни въ обществѣ».

И такъ, признавая существованіе многихъ изъ тѣхъ потребностей, для удовлетворенія которыхъ служатъ договоры, впоследствии получившіе названіе реальныхъ и консенсуальныхъ, отсутствіе соотвѣствующихъ имъ исковъ объясняется главнымъ образомъ «чистотой нравовъ» и «могущественной ихъ силой». Этому объясненію подыскивается даже универсальное основаніе въ фактахъ исторіи другихъ народовъ. Характеристика древнихъ римлянъ оказывается годной для всѣхъ вообще народовъ, стоящихъ на низкихъ ступеняхъ культурнаго развитія, вслѣдствіе чего от-

ношеніе между правомъ и нравами, существовавшее у первыхъ, пріобрѣтаетъ значеніе историческаго закона. «У всѣхъ младенческихъ народовъ нравамъ присуща способность регулировать и направлять взаимныя отношенія отдѣльныхъ лицъ, отчего у нихъ и не возникаетъ настоятельной потребности въ юридическихъ институтахъ и задерживается образованіе юридическихъ нормъ. Эта потребность проявляется лишь тогда, когда, съ теченіемъ времени, ослабѣваетъ сила нравовъ вслѣдствіе многообразныхъ измѣненій въ первоначальномъ строѣ гражданскаго общества, вслѣдствіе увеличивающейся сложности имущественныхъ интересовъ, перемѣнъ въ самомъ характерѣ и основныхъ принципахъ людей».

Съ перваго взгляда ясно, что отличительную и наиболее характерную особенность этой теоріи составляетъ идеалистическое представленіе объ условіяхъ быта первоначальныхъ обществъ. Очевидно, что образцомъ для нея служили тѣ формы общежитія, которыя обыкновенно называются «патріархальными» и образуются изъ соединенія родовыхъ и семейныхъ группъ. Въ такихъ условіяхъ, дѣйствительно, вполне достаточно контроля нравовъ, чтобы предупредить возможность грубаго обмана и неисполненія обѣщаній.

Изолированныя группы людей, связанныхъ между собой подчиненіемъ общему родоначальнику, не нуждаются въ большомъ запасѣ юридическихъ нормъ, — но, конечно, не потому, что правдивость и честность принадлежатъ къ числу отличительныхъ чертъ первобытнаго состоянія: обманъ и въ древности былъ не рѣдкимъ явленіемъ¹. Причина скудости такихъ правилъ кроется въ крайней элементарности и ограниченности нуждъ и потребностей примитивнаго человѣка, а также въ полной зависимости его отъ рода или семьи.

Для Рима, однако, времена архаической изолированности и патріархальной простоты миновали гораздо раньше начала республиканскаго періода. Въ эпоху царскихъ законовъ и XII таблицъ римляне находились уже на той ступени развитія, на которой государственный союзъ почти цѣликомъ поглощаетъ другіе болѣе

¹ Leist, Altarisches jus civile, 422.

мелкіе союзы, а государственная власть, постепенно расширяясь, оставляет вѣдѣнію отдѣльных домовладыкъ лишь узкую сферу отношеній въ предѣлахъ семьи. Вліяніе авторитета домовладыки и совѣта родственниковъ и друзей (*consilium cognatorum et amicorum*) не распространяется за эти предѣлы, но за ними именно и начинается гражданскій оборотъ, для котораго контроль нравовъ и общественнаго мнѣнія всегда и у всѣхъ народовъ считался слишкомъ недостаточной охраной.

Идиллическое изображеніе общественнаго состоянія древнихъ римлянъ страдаетъ общими недостатками, присущими всѣмъ теоріямъ, согласно которымъ возрастаніе юридическихъ нормъ составляетъ прямое послѣдствіе порчи первоначальной чистоты нравовъ и стоитъ въ причинной связи съ пониженіемъ нравственности. Оно основывается не на историческихъ фактахъ, а главнымъ образомъ на спекуляціяхъ философовъ конца республики о давно минувшемъ золотомъ вѣкѣ и на ихъ ламентацияхъ объ упадкѣ нравовъ въ современномъ имъ обществѣ. Въ этомъ изображеніи столько же правды, какъ и въ теоріи Руссо о первобытномъ состояніи.

Все, что намъ извѣстно о древнихъ римлянахъ, рѣшительно противорѣчитъ представленію о нихъ, какъ о народѣ, чистота и строгость нравовъ котораго служила основой и охраной довольно обширнаго міра дѣловыхъ сношеній. Это представленіе опровергается не только комедіями Плавта и формулярами Катона, составленными въ высшей степени казуастически и рассчитанными отнюдь не на добросовѣстность людей. Оно опровергается также и многочисленными суровыми постановленіями XII таблицъ о должникахъ¹. Оно не согласуется съ фактомъ существованія обязательныхъ формъ для юридическихъ сдѣлокъ. Въ самомъ дѣлѣ, если нравы были такой могущественной силой и регулировали такое множество юридическихъ отношеній, то естественно спросить, почему они оказывались совершенно безсильными въ тѣхъ именно случаяхъ, когда особенно необходима охрана интересовъ довѣрчивыхъ людей. Добросовѣстность—эта «національная добродѣтель древнихъ римлянъ»—представляетъ ничтожную гарантію, когда дѣло

¹ Rechmann, Geschichte des Kaufs, I, 471.

идеть, напр., о займѣ, и кредиторъ мало придаетъ значенія этическому принципу, а вмѣсто того старается обезпечить себѣ содѣйствіе судьи, облакая обязательство въ форму, санкціонированную закономъ. Самъ законъ, ограждая своей санкціей не всякое обѣщаніе, а только то, которое сопровождается извѣстнымъ церемоніаломъ, очевидно слишкомъ далекъ отъ признанія этого принципа и не способствуетъ укрѣпленію довѣрія къ нему.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на то, что контроль общественнаго мнѣнія не распространяется на всю ту область отношеній, которую подчиняютъ его дѣйствию. Какъ бы обширна эта область ни была, невозможно допустить, чтобы общественное мнѣніе интересовалось всякимъ разногласіемъ, возникающимъ между отдѣльными лицами,—тѣмъ болѣе, что далеко не всякое подобное разногласіе представляется одинаково важнымъ и съ точки зрѣнія права, и съ точки зрѣнія морали.

Съ помощью понятія абстрактной *fides* невозможно уразумѣть исторію римскаго обязательственнаго права. Что *fides* была единственнымъ основаніемъ и вполне достаточной гарантіей исполненія многихъ обязательствъ древняго римскаго права,—это такъ-же мало правдоподобно, какъ и то, что система древнѣйшихъ договоровъ германскаго обязательственнаго права основывалась на этическомъ принципѣ «*ein Mann ein Wort*».

Въ древнемъ Римѣ, какъ и въ современномъ строѣ, не всякое житейское отношеніе облакалось въ форму юридической сдѣлки, и не всякая сдѣлка, если она и не была облечена въ такую форму, непременно давала поводъ къ спорамъ, устраненіе которыхъ необходимо требовало бы содѣйствія судьи. Тогда, какъ и теперь, обязательства исполнялись въ большинствѣ случаевъ добровольно—и не только потому, что законъ признавалъ обязательнымъ исполненіе ихъ¹. Для многихъ сдѣлокъ не представлялось даже необходимости въ подобной санкціи, напр., для тѣхъ, совершеніе которыхъ не было связано съ особеннымъ рискомъ, какъ при куплѣ - продажѣ на «наличные» и разныхъ видахъ мѣны. Въ другихъ случаяхъ достаточно надежной гарантіей исполненія обязательства являлась, дѣйствительно, одна честность должника, но, конечно, едва ли потому,

¹ Bekker, Zeitschr. der Savigny-Stiftung, XIII, 107.

что *fides* была «право - созидающимъ» факторомъ: *fides* обозначаетъ довѣріе и указываетъ на качество лицъ, вступающихъ во взаимныя отношенія ¹. И въ эпоху Цицерона вѣрность данному слову считалась основнымъ принципомъ всего гражданскаго оборота ², но отсюда едва ли станетъ кто-либо выводить заключеніе, что правило моральнаго кодекса могло въ то время замѣнить собой исковыя средства и сдѣлать излишними юридическія нормы. *Romana fides*, которую римскіе писатели республиканскаго періода такъ часто противопоставляли *graeca fides*, т.-е. вѣроломству ³, служить слишкомъ слабой основой для гражданскаго строя, такъ какъ она если и можетъ оказывать услугу, то только тамъ, гдѣ вовсе не представляется необходимости обращаться къ болѣе дѣйствительной помощи закона. Требованіе, чтобы лица, вступающія во взаимныя соглашенія, не нарушали довѣрія и оставались вѣрными своему слову, не имѣетъ особеннаго практическаго значенія до тѣхъ поръ, пока исполненіе его не обезпечено юридическими средствами. Но если это «держаніе слова» вынуждается закономъ, то само собой понятно, что главнымъ факторомъ, регулирующимъ отношенія гражданскаго оборота, будетъ не *fides*, не этическій принципъ, а объективная юридическая норма.

4.

О значеніи *fides* въ сферѣ договорныхъ отношеній древняго римскаго права подробнѣе будетъ сказано въ другомъ мѣстѣ, — здѣсь же замѣтимъ, что мы не только не отрицаемъ важности *fides*, но даже думаемъ, что безъ нея немислимъ никакой юридическій строй. Всякое договорное юридическое отношеніе основывается на взаимномъ довѣрїи контрагентовъ. Оно всегда и во всѣ времена предполагаетъ *dictorum conventorumque constantia et veritas*, — и поэтому именно *fides*, какъ особый регуляторъ, не можетъ быть положена въ основаніе системы права какого либо отдѣльнаго періода.

¹ *Rechmann*, Geschichte des Kaufs, 475 слѣд., 629.

² *Cic. de off.* I, 7, 23: fundamentum autem justitiae est *fides*, i. e. *dictorum conventorumque constantia et veritas*.

³ *Plaut.*, *Asin.* I, 3, 46: *Graeca mercamur fide. Serv. A.* II, 142: *dicit apud Graecos fidem esse corruptam.*

Различіе между древнѣйшимъ римскимъ правомъ и правомъ классической эпохи состоитъ не въ томъ, что будто одной системѣ присущи элементы *fides* въ большей, а другой—въ меньшей степени: какъ извѣстно, этими элементами проникнута вся область договоровъ, снабженныхъ цивильными исками¹. Дѣйствительное различіе между ними выражается какъ въ квалификаціи нарушенія правилъ *fides*, такъ и въ особенностяхъ реакціи противъ него. Развитымъ римскимъ правомъ вполне усвоена точка зрѣнія на нарушение довѣрія какъ на неисполненіе договора; напротивъ, въ древнее время всякое неисполненіе договора, будучи тѣмъ-же нарушениемъ довѣрія, рассматривается, однако, какъ деликтъ². Этому различію въ основныхъ точкахъ зрѣнія соотвѣтствуетъ такое же различіе и въ способахъ защиты нарушенныхъ интересовъ: многіе изъ тѣхъ юридическихъ фактовъ, которые въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ даютъ основаніе для обыкновенныхъ контрактныхъ исковъ, въ эпоху XII таблицъ составляли сферу примѣненія деликтныхъ исковъ. Въ сущности, вся исторія римскаго обязательственнаго права характеризуется постепеннымъ превращеніемъ деликтныхъ исковъ въ контрактные и увеличеніемъ числа послѣднихъ.

Спѣшимъ, однако, оговориться, что идея обязательной силы нѣкоторыхъ договоровъ утвердилась совершенно независимо отъ взгляда на нарушение ихъ какъ на деликты. Такъ, въ исторіи, напр., *emptio-venditio* нельзя открыть и отдаленнѣйшихъ признаковъ процесса, отмѣченнаго для *depositum*, *commodatum*, *societas* и др. Дѣйствительно, какъ бы мы ни расширяли понятіе кражи, о несостоятельномъ и неисправномъ покупателѣ нельзя сказать, что онъ похитилъ цѣну купленной имъ вещи. Въ источникахъ, по крайней мѣрѣ, нѣтъ ни малѣйшихъ указаній на то, что *actio furti* была или могла быть предшественницей *actio empti*³.

Правоучительныя повѣствованія о томъ, что въ древнемъ Римѣ нравы—*boni mores*—были могущественной силой, и что *fides* служила гарантіей для «столь же широкаго, какъ и оживленнаго обо-

¹ *Girtanner*, Stipulation, 156; *Danz*, Der Sacrale Schutz, 127; *Demelius*, Plautinische Studien, 200 (Zeitschr. für Rechtsgeschichte, Bd. II).

² *Ubbelohde*, Zur Geschichte der benannten Realcontracte.

³ *Rechmann* l. c., 494.

рота», лишены всякаго фактическаго основанія ¹. Объ оживленномъ мѣновомъ оборотѣ едва ли можно серьезно говорить, имѣя въ виду эпоху XII таблицъ. Но еще менѣе основательно утверждать, что въ то время нѣкоторыя отношенія, какъ-то: *commodatum*, *societas*, *mandatum* и пр., стояли внѣ сферы юридической защиты. Если подобнаго рода отношенія существовали—это вполне вѣроятно—уже въ началѣ республиканскаго періода, а правильная защита ихъ контрактными исками сложилась только къ концу этого періода, то отсюда, по нашему мнѣнію, вовсе нѣтъ необходимости заключать, что до того времени право и не защищало ихъ. Ближе къ истинѣ мы подойдемъ, если скажемъ, что первоначально эти отношенія были лишены не защиты, а лишь той ея формы, которую они получили позднѣе. Слѣдовательно, и прежде они защищались, но менѣе совершенными средствами, главнымъ образомъ, съ помощью *actio furti* и *rei vindicatio*. Известно, что въ древнее время *furtum* имѣло чрезвычайно широкій смыслъ, а *a. furti* наряду съ *rei vindicatio* исполняли важную роль въ качествѣ общихъ средствъ защиты отношеній, впоследствии снабженныхъ спеціальными исками ².

Черезъ деликтную стадію договоры прошли и въ системахъ другихъ народовъ. Объ этомъ подробнѣе было говорено въ предыдущей главѣ. Но въ дополненіе къ сказанному мы позволимъ себѣ и здѣсь привести нѣсколько указаній, разъясняющихъ и подтверждающихъ наше положеніе.

Согласно воззрѣніямъ Авесты неисполненіе договора разсматривается какъ деликтъ и облагается болѣе или менѣе тяжелымъ наказаніемъ, глосса же прибавляетъ къ этому правилу Авесты, что тотъ, кто имѣетъ средства для уплаты долга и не платитъ его, считается воромъ ³.

Нарушеніе договоровъ приравняется къ деликту и по правиламъ древнихъ браманскихъ кодексовъ. «Поклажеприниматель, за нарушеніе довѣрія, наказывается какъ воръ и, вообще, кто не

¹ *Leist*, *Civilistische Studien*, IV, 99.

² *Gellius*, XI, 18 § 13. Ср. *Demelius*, I. c., 221; *Bekker*, *Heidelb. Krit. Zeitschr.* I, 444.

³ *Geiger*, *Ostiranische Cultur im Alterthum*, 1882, 460 (цит. у *Leist*, *Altarisches jus civile*, 58).

даетъ обѣщаннаго, тотъ принуждается къ исполненію и, сверхъ того, платитъ штрафъ въ 250 *rapas*. Если договоръ о наймѣ на работу будетъ нарушенъ рабочимъ или хозяиномъ, то виновная сторона платитъ сумму, равную условленной рабочей платѣ и, кромѣ того, 100 *rapas* штрафа» и т. п. ¹.

Исключенія не составляетъ въ этомъ отношеніи и древнѣйшее русское право. Въ Русской Правдѣ древнѣйшей редакціи имѣется правило, быть можетъ, самое замѣчательное изъ всѣхъ постановленій древнихъ кодексовъ объ обязательствахъ. Въ немъ выражено съ полною ясностью, что нарушеніе договора стоитъ на одной линіи съ причиненіемъ обиды, и притязаніе истца сводится не только къ исполненію обязательства, но также и къ требованію уплатить штрафъ. Законъ выражается слѣдующимъ образомъ ². «аже иди възыщеть на друузъ проче, а онъ ся запирати почнетъ: то ити ему на изводъ предъ 12 человекъ, да еще боудеть обидя не вдалъ боудеть достойно ему свои скотъ, а за обиду 3 гривнъ», т. е. если кто будетъ требовать чего нибудь на другомъ, а этотъ станетъ запираться, то идти первому на сводъ предъ 12 человекъ, и если окажется, что отвѣтчикъ поступилъ несправедливо, отрицая свой долгъ, то истецъ беретъ свою вещь и, сверхъ того, три гривны за обиду.

Приведенное постановленіе, предусматриваетъ различныя отношенія, напр. заемъ, наемъ, поклажу, ссуду, порученіе и т. под. Примѣненіе его возможно, напр., «когда кто давалъ что либо другому подъ сохраненіе; отправляясь въ путь, поручалъ другому свое имущество для управленія, или получалъ отъ другаго какія нибудь вещи для передачи оныхъ третьему» и пр. ³. Плата за обиду присуждается даже и по тѣмъ искамъ, которые основываются на договорахъ, заключенныхъ съ соблюденіемъ условій, требуемыхъ закономъ. Это явствуетъ изъ слѣдующей статьи Русской Правды, многими принимаемой за вариантъ вышеприведенной: «аже кто взыщеть кунъ на друзѣ, а онъ ся начнетъ запирати, оже нанъ выведеть послуи, то ти пойдутъ на роту, а онъ возметъ своѣ

¹ Дарестъ, Изслѣдованія по исторіи права, 71.

² Ст. 14 акад. списка.

³ Эверсъ, Древнѣйшее русское право, 331—332.

куны; занеже не далъ ему кунъ за много лѣтъ, то платити ему за обиду 3 гривны»¹.

Неисправный должникъ есть такой же деликвентъ, обидчикъ, какъ и воръ,—такъ можно формулировать принципъ древнѣйшаго русскаго права, лежащій въ основаніи всей системы средствъ обезпеченія и защиты договорныхъ отношеній. Здѣсь всякое нарушение договора является въ формѣ оскорбленія, обиды. Какъ справедливо было уже отмѣчено Эверсомъ², здѣсь «только и рѣчи, что объ обидахъ». Это видимъ мы и тамъ, гдѣ говорится о защитѣ права собственности: «противозаконное присвоеніе чужой собственности было обидою, за которую постановлено вознагражденіе деньгами (три гривны), вмѣсто первоначальнаго личнаго мщенія». Это видимъ мы и тамъ, гдѣ говорится о послѣдствіяхъ неисполненія обязательства: истецъ требуетъ вознагражденія за обиду и въ удовлетвореніе, дѣйствительно, получаетъ штрафъ, который полагается одинаково за всѣ роды взятія (чужихъ вещей), за воровство, неплатежъ долга, удержаніе повѣреннаго имѣнія и т. п.»

¹ Ст. 43 (троиц. списокъ). Ср. *Станиславскій*, Изслѣдованіе началъ имущественныхъ отношеній въ древнѣйшихъ памятникахъ русскаго законодательства, 1855, 59.

² *Эверсъ*, 1. с. 345—350. Ср. *Богдановскій*, Развитіе понятій о преступленіи и наказаніи въ русскомъ правѣ, 1857, 97.

ГЛАВА V.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Одну изъ отличительныхъ чертъ системы XII таблицъ состав-
ИСТОЧНИКИ ДРЕВНѢЙШАГО РИМСКАГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА.

ДЕЛИКТЫ.

Впрочемъ описанъ слова — противозаконная. Въ первомъ римскомъ
законодательномъ памятнике весьма указать другихъ словъ же
многочисленныхъ и подор... делій, какъ тѣ, которыя
заслужаютъ разнообразныхъ правонарушений и устанавливаютъ свя-
занные съ ними юридическія послѣдствія. Конечно, далеко не всѣ
эти постановленія хотѣли быть включены въ область граждан-
скаго права, — многія изъ нихъ относятся къ преступленіямъ и под-
падаютъ нормамъ уголовного права. Но если даже исключить
нравныя, кассировавъ уголовныхъ преступленій, т. е. *delicta publica*,
то все-таки еще остается довольно значительный рядъ фактовъ, состав-
ляющихъ отдѣлъ гражданскихъ правонарушений (*delicta privata*), —
и содержание этого отдѣла, едва ли представляется скуднымъ.

Хотя различіе между публичными и частными деликтами, между
уголовными преступленіями и гражданскими правонарушениями,
было уже известно древнѣйшему римскому праву, но отноше-
ніе между ними было въ первомъ римскомъ кодексе не тѣмъ,
какимъ оно является въ современныхъ системахъ. Въ источнѣ
XII таблицъ оказывается не мало такихъ гражданскихъ правона-
рушеній, которыя въ настоящее время признаны уголовными пре-
ступленіями и не считаются источниками возмездія обяза-
тельны. Это различіе точекъ зрѣнія на однородные факты, при-
надлежащее различнымъ эпохамъ, необходимо твердо усвоить и

Г Л А В А V.

1.

Одну изъ отличительныхъ чертъ системы XII таблицъ составляетъ обиліе нормъ, опредѣляющихъ наказанія за дѣйствія—въ широкомъ смыслѣ слова—противозаконныя. Въ первомъ римскомъ законодательномъ памятникѣ нельзя указать другихъ столь же многочисленныхъ и подробныхъ постановленій, какъ тѣ, которыя исчисляють разнообразныя правонарушенія и устанавливаютъ связанныя съ ними юридическія послѣдствія. Конечно, далеко не всѣ эти постановленія могутъ быть включены въ область гражданского права,—многія изъ нихъ, дѣйствительно, предусматриваютъ тѣ правонарушенія, которыя называются преступленіями и подчиняются нормамъ уголовного права. Но если даже исключить правила, касающіяся уголовныхъ преступленій, т. е. *delicta publica*, то все-таки еще остается довольно длинный рядъ фактовъ, составляющихъ отдѣлъ гражданскихъ правонарушеній (*delicta privata*),—и содержаніе этого отдѣла, едвали представится скуднымъ.

Хотя различіе между публичными и частными деликтами, между уголовными преступленіями и гражданскими правонарушеніями, было уже извѣстно древнѣйшему римскому праву, но соотношеніе между ними было въ первомъ римскомъ кодексѣ не тѣмъ, какимъ оно является въ современныхъ системахъ. Въ системѣ XII таблицъ оказывается не мало такихъ гражданскихъ правонарушеній, которыя въ настоящее время признаны уголовными преступленіями и не считаются источниками возникновенія обязательствъ. Это различіе точекъ зрѣнія на однородные факты, принадлежащее различнымъ эпохамъ, необходимо твердо усвоить и

всегда помнить. Игнорированіе его приводитъ къ тѣмъ преувеличеніямъ, въ которыя впалъ, между прочимъ, Мэнъ, утверждая, что чѣмъ древнѣе кодексъ, тѣмъ полнѣе и подробнѣе изложенъ въ немъ отдѣлъ уголовного права¹. Напротивъ, если принять въ соображеніе указанное различіе, то ясно станетъ, что обиліе деликтовъ въ древнѣйшихъ юридическихъ сборникахъ свидѣтельствуеетъ о преобладаніи не уголовного права надъ гражданскимъ, а лишь одной части гражданского права надъ другой. Оно свидѣтельствуеетъ о томъ, что современное соотношеніе обязательствъ, возникающихъ изъ договоровъ и изъ деликтовъ, является въ системѣ XII таблицъ въ обратномъ видѣ.

Это — общее явленіе, наблюдаемое въ древнемъ правѣ всѣхъ народовъ: въ примитивныхъ системахъ уголовное право не только дополняется, но и замѣняется нормами частнаго права. Большая часть древнѣйшихъ законодательныхъ памятниковъ по своему содержанию представляется не столько уголовнымъ кодексомъ, сколько тарифомъ композицій. Для примѣра можно сослаться на Салическую Правду. Можно указать также и на Русскую Правду Ярослава, которая облагаетъ пенями всѣ безъ исключенія правонарушенія, начиная убійствомъ и оканчивая легкой обидой, и пени эти «принадлежатъ исключительно къ одному роду: это — вознагражденія, которыя долженъ уплачивать обидчикъ обиженному, въ случаѣ, если тотъ откажется отъ принадлежащаго ему по закону права мщенія». Здѣсь уголовное право, если о такомъ можно говорить, получаетъ характеръ чисто гражданскій. Пени, налагаемыя общественной властью и уплачиваемыя князю за убійство и нѣкоторыя другія преступленія, въ первый разъ появляются лишь въ Правдѣ дѣтей Ярослава².

XII таблицъ содержатъ въ себѣ, конечно, гораздо больше, чѣмъ тарифъ композицій, но, тѣмъ не менѣе, и здѣсь общественный интересъ является руководящимъ началомъ лишь въ очень немно-

¹ Мэнъ, Древнее право, гл. X.

² Богдановскій, Развитие понятій о преступленіи и наказаніи въ русскомъ правѣ стр. 24, 26. Стефановскій, Разграниченіе гражданского и уголовного судопроизводства (Жур. Мин. Народн. Просвѣщ., 1873, мар.). Другаго мнѣнія Чебышевъ-Дмитріевъ О преступномъ дѣйствіи по русскому до-петровскому праву, 1862, стр. 24, 30 и др.

гихъ случаяхъ правонарушеній. Въ сущности древнему римскому праву извѣстно сравнительно незначительное число уголовныхъ правонарушеній, которыя вызываютъ установленіе наказаній, налагаемыхъ отъ имени общественной власти. Въ большинствѣ же случаевъ преслѣдованіе и наказаніе различныхъ видовъ неправды предоставлено инициативѣ и усиліямъ частныхъ лицъ. Такъ, постановленія XII таблицъ относительно поджога строеній, порчи хлѣба на гумнѣ и потравы полей содержатъ двѣ санкціи, изъ которыхъ одна имѣетъ криминальное, другая — цивильное значеніе: *igni necatur* и *noxiam sarcito*. Однако, примѣненіе и той, и другой санкціи вполнѣ зависитъ отъ инициативы потерпѣвшаго лица и возможно не иначе, какъ въ формѣ обыкновеннаго частнаго иска¹. Если довѣрять Цицерону, репрессія за словесную обиду (*occensatio*) носитъ уголовный характеръ, тѣмъ не менѣе осуществленію ея всегда долженъ предшествовать цивильный искъ². Ростовщичество отстоитъ еще дальше отъ уголовныхъ правонарушеній: за него опредѣленъ штрафъ, хотя и значительный, но исполняющій функцію цивильной репрессіи³. Наконецъ, и кража—во всѣхъ ея видахъ—является лишь источникомъ обязательственнаго требованія, реализуемаго посредствомъ частнаго иска.

Правда, цѣль всѣхъ указанныхъ исковъ—получить удовлетвореніе, соотвѣтствующее, въ извѣстной степени, наказанію, но право на него, хотя и предполагаетъ санкцію общественной власти, представляется и осуществляется въ видѣ права частнаго потерпѣвшаго лица. Безъ истца—нѣтъ суда, нѣтъ и взысканія за правонарушеніе, по крайней мѣрѣ, въ большинствѣ случаевъ. Взыска-

¹ *Gaius*, l. 9 D. 47, 9: Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari jubetur—aut noxiam sarcire jubetur—aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. *Plin. Histor. Natur.* XVIII 3. Ср. *Voigt*, Die XII Tafeln, II, 538; *Cuq.* Les institutions juridiques, 358; *Bouchaud*, II, 19; *Dirksen*, Uebersicht etc., 545.

² *Cic. de rep.* 4, 12: XII tab. cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sancendam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. *Paul. S. R.*, V, 4 § 6: injuriarum actio—introducta est lege XII tab. de famosis carminibus... Ср. *Huschke*, *Gaius*, 118; *Voigt* l. c., II, 525; *Dirksen*, Uebersicht etc., 507.

³ *Tacit. Ann.*, VI, 16; *Cato, R. r.*, praef.: Majores—in legibus posiverunt furem dupli condemnari, *feneratorem quadrupli*. Ср. *Karlowa*, *Röm. Civilpr.*, 197; *Voigt* l. c., II, 583; *Dirksen*, l. c., 594.

не удовлетворенія составляет частное право, право требованія, а исполненіе его есть погашеніе обязательства.

Въ итогѣ, такимъ образомъ, оказывается, что въ древнѣйшее время значительная область современнаго уголовного права была подчинена нормамъ частнаго права, и деликтные иски, въ качествѣ исковъ обязательственныхъ, удовлетворяли также и потребности въ общественной безопасности, въ развитомъ обществѣ обеспечиваемой публичными наказаніями, налагаемыми отъ имени и по инициативѣ общественной власти¹.

Нерѣдко высказывается мнѣніе, что требованіе удовлетворенія за деликтъ подходит по характеру своему, по крайней мѣрѣ, первоначальному, подъ понятіе не обязательства, а мести.²

Трудно сказать, чтобы это заключеніе было безусловно ошибочно, тѣмъ не менѣе его нельзя назвать и правильнымъ. Во всякомъ случаѣ, оно подлежитъ очень сильному ограниченію. Во времена архаическаго состоянія людей, когда грубая сила и необузданное насиліе еще не уступили мѣста болѣе или менѣе организованной системѣ правосудія, удовлетвореніе потерпѣвшаго, конечно, ни мало не походитъ на удовлетвореніе по обязательству. Когда потерпѣвшій отъ вреда или обиды, поддаваясь мимолетному гнѣву и раздраженію, убиваетъ своего обидчика, то понятно, что въ такомъ дѣйствіи не содержится необходимыхъ условій для признанія его за актъ осуществленія обязательства. Но между первобытной системой мести и частно-правовой репрессіи, сопровождающей обыкновенный деликтъ, существуетъ много различій, не говоря уже о томъ, что между ними существуетъ также и много переходныхъ ступеней.

2.

Въ исторіи древняго права считается вполнѣ установленнымъ, что частная месть у всѣхъ народовъ была древнѣйшимъ учрежденіемъ. Не была чуждой она и римлянамъ. Но римляне эпохи XII таблицъ стоятъ на болѣе высокой культурной ступени, хотя

¹ Kuntze, Die Obligationen im röm. und heutig. Recht, 47; его же Cursus, § 628, 714 и Excuse, 456.

² Jhering, Geist, III, 440; ср. I, § 11-a.

и не настолько отдаленной отъ первобытной мести, чтобы слѣдовъ ея нельзя было бы открыть въ ихъ нравахъ и законахъ¹.

Переходъ одного уклада права въ другой совершается не вдругъ, а постепенно, такъ что въ то время, какъ являются зародыши новой формациі, прежняя еще пользуется полной силой. При господствѣ системы композицій не вполнѣ еще изглаживаются слѣды дѣйствовавшей до того времени мести, а при системѣ закономъ установленныхъ и опредѣленныхъ штрафовъ во многихъ случаяхъ продолжаетъ примѣняться денежная расплата за деликты.

Такъ какъ XII таблицъ принадлежатъ переходной эпохѣ, то нисколько не удивительно, если мы наталкиваемся въ нихъ одновременно на слѣды неограниченной мести, тальоновъ и композицій. Конечно, какъ тальоны, такъ и композиціи являются лишь на смѣну мести прежняго времени, но сами по себѣ они суть вполнѣ юридическія слѣдствія юридическихъ отношеній, хотя и не совсѣмъ еще свободныя отъ элементовъ личнаго раздраженія и озлобленія, присущихъ дѣйствіямъ обыкновеннаго мстителя.

Частная мечь—*ultio*—не была упразднена царскими законами. Напротивъ, она была признана и легализирована ими, какъ это видно изъ словъ Катона, содержащихъ текстъ слѣдующаго царскаго закона: «*si quis membrum rupit aut os fregit, proximus cognatus ulciscitur*»². Въ этихъ словахъ выражена цѣлая система— правда, грубая и несовершенная, но потому, безспорно, и самая древняя, еще не допускающая возможности денежнаго выкупа вмѣсто того наказанія, которое будетъ внушено чувствомъ мести, и предполагающая солидарность рода въ преслѣдованіи виновника правонарушенія. Виновникъ правонарушенія рискуетъ своей жизнью или свободой, вообще подчиняется полному произволу мстителя, его *jus ulciscendi*. Какъ темное чувство, чувство мести не знаетъ мѣры: будетъ ли мечь соотвѣтствовать причиненному вреду или она превыситъ эту мѣру,—это зависитъ отъ случайнаго обстоятельства, исключительно отъ субъективнаго настроенія потерпѣвшихъ лицъ. Мечь вызываетъ всякое правонарушеніе—какъ то, которое мы называемъ уголовнымъ, такъ и то, которое называется гражданскимъ:

¹ Ср. Voigt, die XII Tafeln, I, 507.

² Priscianus, 6, 13, 69 (Bruns, Fontes, 28). Ср. Dirksen, Uebersicht, 517.

наряду съ членовредительствомъ кровной мести подлежатъ также *paricidium* и другія преступленія. ¹ Будучи неограниченной и совершенно неопредѣленной, кровная месть составляетъ, сверхъ того, не только право, но и обязанность: если пострадавшій не можетъ самъ отомстить за себя, то обязанность мщенія падаетъ на его близкихъ (*proximus cognatus*). Въ источникахъ другихъ народовъ можно найти не одинъ фактъ для иллюстраціи этой мысли ².

Примитивный мститель не соразмѣряетъ своей реакціи со степенью вины правонарушителя. Онъ домогается не вознагражденія матерьяльнаго вреда, произведеннаго преступленіемъ, и не восстановления нарушеннаго права. Мщеніе не есть и наказаніе въ смыслѣ уголовного закона. Въ первобытной своей формѣ кровная месть можетъ быть скорѣе уподоблена войнѣ индивида противъ индивида или рода противъ рода, чѣмъ криминальной или гражданской репрессіи.

Въ системѣ децемвировъ первобытная, кровная месть не нашла себѣ признанія. Неограниченное самоуправство вытѣснено изъ сферы какъ уголовныхъ, такъ и гражданскихъ отношеній. XII таблицъ вносятъ всюду смягчающій элементъ. Правда, идея самоуправления лежитъ въ основаніи всего процесса, не чуждо ея и наказаніе нѣкоторыхъ правонарушеній. Но это самоуправство, по существу своему, представляющееся также мщеніемъ, слишкомъ сильно отличается отъ кровной мести. Оно индивидуализировано и по отношенію къ субъекту, и по отношенію къ объекту. Оно перестало быть обязанностью, а является лишь правомъ. Область примѣненія его ограничена, порядокъ проявленія регулированъ и самое осуществленіе его введено въ опредѣленные рамки. Даже въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, гдѣ допущена месть въ грубой формѣ, законъ выставляетъ требованіе о равенствѣ возмездія и не только не понуждаетъ потерпѣвшаго мстить обидчику, а, напротивъ, заботится о замѣнѣ мщенія примиреніемъ. Исключеніе составляютъ лишь прелюбодѣяніе и ночная кража, — здѣсь, по прежнему, лич-

¹ Voigt, *Leges regiae*, 69.

² Ср. М. Ковалевскій, *Законъ и обычай на Кавказѣ*, 1890, II, гл. IV; Богдановскій, *l. c.*, 7—18; Thonissen, *L'organisation judiciaire*, 153; Liszt, *Lehrbuch d. deutschen Strafrechts*, изд. 6 (1894), § 2.

ному произволу мстителя предоставляется широкій и неограниченный просторъ ¹. Но, какъ система, кровная месть перестала существовать раньше, чѣмъ были изданы XII таблицъ.

Правило царскаго закона о *membrum ruptum* и *os fractum* перешло и въ XI таблицъ, но съ такими измѣненіями, въ которыхъ нельзя не усмотрѣть перехода къ новой системѣ, отличающейся болѣе мягкими средствами репрессіи: о мести за раны нѣтъ уже и рѣчи, къ случаямъ же увѣчій примѣнено начало равнаго возмездія. Законъ не только отмѣнилъ неограниченную месть ² и утвердилъ, своимъ признаніемъ, возмездія, извѣстныя подъ именемъ тальоновъ, но онъ дозволилъ представлять вмѣсто нихъ денежное вознагражденіе: «*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*» ³: Въ сущности, и тальоны имѣютъ въ своемъ основаніи идею мщенія и представляются не болѣе какъ формой проявленія ея: *talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatur ut fecit*; ⁴ но эта форма свидѣтельствуетъ о явномъ вмѣшательствѣ общественной власти въ отношенія частныхъ лицъ съ цѣлью поддержать между ними миръ. Какъ месть смягченная и ограниченная въ своемъ примѣненіи исключительно областью личныхъ обидъ и членовредительства, тальоны составляютъ прямой переходъ къ системѣ композицій, которая, въ видѣ общаго правила, и принята XII таб. ⁵

Такимъ образомъ, законы и обычаи римлянъ эпохи XII таблицъ содержатъ, по отношенію къ преслѣдованію и наказанію всякаго рода правонарушеній, постановленія, чрезвычайно сближающія ихъ съ законами и обычаями почти всѣхъ древнихъ и новыхъ народовъ. Въ нихъ отражаются характерныя особенности той же степени цивилизаціи, какой принадлежитъ и салической законъ, и мойсеево законодательство, Русская Правда, сборникъ Грагасъ

¹ *Aul. Gell.*, X, 23. De jure autem occidenti ita scriptum est: in adulterio uxorem tuam si deprehendisses, sine judicio inpune necares. Ср. *Macer*, l. 25 (24) D. 48. 5. Marito quoque adulterum uxoris suae occidere permittitur. См. *Esmein*, La délit d'adultère à Rome (Nouv. Revue histor. de droit, II.)—XII tab. VIII, 12: si nox furtum faxsit, si im occisit, jure caesus esto.

² *Cic.*, pro domo, 17, 43: vetant XII tab. leges privatis hominibus irrogari.

³ XII tab. VIII, 2.

⁴ *Isid.*, Orig. V, c. 27 (Bruns, Fontes, 409).

⁵ *Aul. Gellius*, Noct. att., XX, 1, 33—40.

и древніе памятники Ирландскаго права, древніе кодексы скандинавскаго права и древнѣйшіе обычаи Осетинъ. Отличительную черту этой эпохи составляетъ то, что всякое гражданское правонарушѣніе влечетъ за собой денежное вознагражденіе, и послѣднее поэтому является для потерпѣвшаго лица почти всегда обязательнымъ и только въ немногихъ случаяхъ — факультативнымъ. Иначе говоря, всѣ дѣянія, извѣстныя у насъ подъ именемъ деликтовъ, подчинены дѣйствию закона, который рѣшительно и категорически запрещаетъ какъ первобытную мечь, такъ и тальоны и, за немногими исключеніями, обязываетъ потерпѣвшаго ограничиться денежнымъ удовлетвореніемъ.

Первоначально размѣръ удовлетворенія опредѣляется мировой сдѣлкой. Но уже ко времени составленія XII таблицъ была признана необходимость положить конецъ частнымъ спорамъ объ опредѣленіи вознагражденія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, и были установлены неизмѣнные тарифы. При этомъ необходимо замѣтить, что тарифы вознагражденій не были еще точнымъ выраженіемъ стоимости причиненнаго ущерба, а, напротивъ, почти всегда значительно превосходили его. Уплачивая опредѣленную сумму, делинквентъ представляетъ не столько возмѣщеніе убытковъ, сколько выкупъ. Такое именно значеніе имѣетъ какъ римская *roena*, такъ и греческая *ποινή*: древнѣйшая *roena* есть то же, что и композиція. Ее можно назвать цѣной искупленія, той суммой за которую лицо, претерпѣвшее обиду, отказывается отъ мщенія¹.

Будучи суррогатомъ первоначальнаго и примитивнаго удовлетворенія, денежное вознагражденіе, на которое претендуетъ потерпѣвшій, есть первый шагъ къ установленію перваго и древнѣйшаго обязательства. Подъ видомъ права на него, какъ естественнаго послѣдствія противозаконнаго вторженія въ сферу чужихъ благъ и интересовъ, возникло примитивное обязательство не только у другихъ народовъ, но и у римлянъ.

Въ процессѣ образованія древняго обязательства на почвѣ деликтовъ важнымъ историческимъ факторомъ было частное согла-

¹ *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte, II, 790 примѣч. 3; *Rein*, Das Kriminalrecht der Römer, 284; *Jhering*, Geist, I, 133; *Moyle*, Imp. Justiniani institutiones, 632; *Leist*, Graeco-italische Rechtsgeschichte, 389; *Богдановскій*, I. с., 19.

шеніе. Первоначально, оно могло имѣть только одну цѣль—положить конецъ враждебнымъ отношеніямъ между потерпѣвшимъ и виновникомъ правонарушенія. Предметомъ его могло быть, въ однихъ случаяхъ, установленіе опредѣленной суммы денегъ въ качествѣ удовлетворенія за деликтъ, въ другихъ—способъ уплаты закономъ установленнаго штрафа. Но и въ томъ, и въ другомъ случаѣ въ результатѣ является лишь замѣна одной формы удовлетворенія другой. Вражда заканчивается заключеніемъ договора, который содержитъ въ себѣ, съ одной стороны, добровольный отказъ отъ самоуправства, съ другой—обѣщаніе уплатить извѣстную пеню. Этотъ договоръ предполагаетъ существованіе юридическаго отношенія, которое онъ и прекращаетъ или, по крайней мѣрѣ, улаживаетъ. Онъ возникъ на почвѣ деликтныхъ отношеній, и на этой же почвѣ нашелъ впервые законное признаніе. Въ XII таблицахъ о немъ упоминается, какъ о средствѣ предотвратить тальонъ, въ случаѣ причиненія увѣчья. Значеніе его засвидѣтельствовано также и въ примѣненіи къ *furtum*: *nam et de furto pacisci lex permitit*¹. Сфера примѣненія его, впрочемъ, не ограничивалась указанными случаями. *Jus paciscendi* вообще служило для того, чтобы замѣнить одни послѣдствія юридическаго факта другими, болѣе соответствующими интересамъ частныхъ лицъ. Въ отношеніи нѣкоторыхъ деликтовъ оно сохранило первоначальный свой характеръ даже и въ позднѣйшемъ правѣ: *quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur: ut injuriarum, item furti*². Но въ древнемъ правѣ посредствомъ *pactum* могло быть предупреждено всякое *addictio*, т.-е. въ формѣ его могло быть произведено погашеніе всякаго требованія, основывающагося какъ на деликтѣ, такъ и на договорѣ. Съ такимъ юридическимъ эффектомъ является въ XII таблицахъ *pactio*, какъ частное соглашеніе, освобождающее отвѣтчика отъ *vocatio in jus* и парализующее силу исковаго притязанія: «*rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt*» etc.³

¹ *Ulp.* 1. 7 § 14 D. 2. 14.

² *Paul.* 1. 17 § 1 D. 2. 14. *Ulp.* 1. 7 § 13 D. eod. Ср. *Voigt*, Die XII Tafeln, I, § 57.

³ XII tab, I, 6--9.

3.

Правила децемвиральнаго кодекса приурочены къ отдѣльнымъ правонарушеніямъ, и, потому, они образуютъ такую же пеструю картину, какъ и деликты, для которыхъ не существуетъ даже общаго названія.

Отвлеченное понятіе деликта превосходитъ силы составителей XII таблицъ. Ихъ вниманіе обращено исключительно на конкретные случаи гражданской неправды, каковы: *membrum ruptum, os fractum aut conlissum, malum carmen*, поджогъ строеній, порча деревьевъ, потрава полей и много другихъ. Собственно говоря, даже кража трактуется ими не абстрактно, какъ одно правонарушеніе, какъ *furtum*. Древній римскій законъ говоритъ отдѣльно о *furtum manifestum, nec manifestum, oblatum, conceptum*, опредѣляетъ послѣдствія ихъ различно и усматриваетъ въ нихъ не одно, а четыре самостоятельныхъ правонарушенія, хотя различіе между ними чисто внѣшнее, и сводится оно лишь къ способамъ обнаруженія кражи.

Это, впрочемъ, общая черта всѣхъ древнихъ законодательныхъ памятниковъ. Возьмемъ ли мы *Lex salica, Senchus Mor* или *Grágás*, тексты браманскихъ кодексовъ, скандинавскихъ памятниковъ или Русской Правды—вездѣ находимъ то же перечисленіе, часто до чрезвычайности подробное, конкретныхъ правонарушеній, безъ малѣйшей попытки объединенія и систематизаціи ихъ. Древній исландскій кодексъ, напр., различалъ девять родовъ произвольнаго убійства, по способамъ, которые употреблялъ убійца, и назначалъ для каждаго изъ нихъ различныя наказанія¹. XII таблицъ также не пошли дальше установленія тарифа наказаній и вознагражденій примѣнительно къ отдѣльнымъ случаямъ гражданской неправды и отличаются отъ другихъ древнихъ памятниковъ лишь тѣмъ, что ихъ тарифы оказываются менѣе сложными и разнообразными и охватываютъ большой кругъ правонарушеній.

Не составляетъ особенности XII таблицъ и то обстоятельство, что деликтный характеръ того или другаго дѣйствія обусловливается матеріальными, внѣшними послѣдствіями его, а вовсе не

¹ Дарестъ, изслѣдованія по исторіи права, 319.

субъективнымъ настроеніемъ делинквента. Ни самое возникновеніе отвѣтственности, ни размѣръ ея не зависятъ отъ наличности вины правонарушителя. Желало ли лицо, причинившее извѣстный вредъ, такого послѣдствія, или нѣтъ, предвидѣло ли оно возможность правонарушенія, или не предвидѣло—это совершенно безразлично. Наказаніе не соразмѣряется со степенью виновности преступника. Оно одинаково для всѣхъ однородныхъ случаевъ, причемъ однородность опредѣляется одними внѣшними признаками¹.

Общепринятое дѣленіе деликтовъ—какъ догматическое, такъ и историческое—основывается на различіи объектовъ правонарушенія. Обыкновенно говорятъ о деликтахъ противъ лица и противъ имущества. Въ цѣляхъ историческаго изслѣдованія цѣлесообразнѣе примѣнить другой приѣмъ и расположить деликты соотвѣтственно послѣдствіямъ, изъ нихъ проистекающимъ, тѣмъ болѣе, что, строго говоря, различія по объектамъ между деликтовъ и не существенны. Всѣ деликты являются нарушеніемъ субъективныхъ правъ, основанныхъ на юридическихъ нормахъ, которыя по этому и слѣдуетъ принять за объектъ гражданскаго правонарушенія, непосредственный же предметъ его, конкретное благо или интересъ отдѣльнаго лица, представляется лишь ближайшимъ средствомъ или формой нарушенія самой нормы положительнаго права².

Всякая гражданская неправда, заключаая въ себѣ моментъ матеріальнаго или идеальнаго вреда отдѣльнымъ лицамъ, по существу и юридической своей природѣ, предполагаетъ субъективное право, основанное на нормѣ закона, которую она и нарушаетъ. Будетъ ли вредъ причиненъ лицу или имуществу, будетъ ли нарушена та или другая норма—это не имѣетъ никакого значенія для опредѣленія индивидуальности гражданскаго правонарушенія и не можетъ служить основаніемъ для какихъ-либо историческихъ заключеній.

¹ *Leist*, Graeco-italische Rechtsgeschichte, 286; *Brunnenmeister*, Das Tödtungsverbrechen, 130; *Pernice*, Labeo, II, 239.

² *Herz*, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts, 1883; *Н. Сергеевскій*, Русское уголовное право, 1890, 253; *Zucker*, Civil—und Criminalunrecht (Grünhut's Zeitschrift, Bd. IX), 501. Ср., впрочемъ, еще *Liszt*, l. c., §§ 12 и 79.

Напротивъ, если систематизировать деликты сообразно юридическимъ послѣдствіямъ, ихъ сопровождающимъ, то можно будетъ составить нѣсколько группъ, объединяющихъ дѣйствительно однородные факты. Въ первую группу войдутъ тѣ случаи гражданской неправды, въ которыхъ допускается примѣненіе доисторической *vindicta* и, слѣдовательно, еще замѣтно вліяніе идей и чувствъ первобытнаго времени, когда месть служила единственной формой суда. Другую группу образуютъ деликты, подвергающіе делинквента тальонамъ и тѣлеснымъ наказаніямъ, — здѣсь, впрочемъ, репрессія умѣряется вмѣшательствомъ общественной власти, которая стремится возстановить и поддержать миръ, заставляя одну сторону заплатить, а другую — принять денежное вознагражденіе. Наконецъ, третью и наиболѣе многочисленную группу составляютъ тѣ случаи, въ которыхъ закономъ вовсе не допускается самоуправство, а вмѣсто того возникаетъ для нарушителя обязанность заплатить потерпѣвшему вознагражденіе или по опредѣленному и неизмѣнному тарифу, или въ формѣ штрафа, назначаемого судьей примѣнительно къ каждому конкретному правонарушенію.

Сопровождаясь столь различными юридическими послѣдствіями, отмѣченные типы гражданскихъ правонарушеній носятъ, такимъ образомъ, сами въ себѣ отпечатокъ своего происхожденія. Всѣ они представлены въ XII таблицахъ и оказываются здѣсь не болѣе какъ историческими наслоеніями. Въ то время какъ нѣкоторые изъ нихъ всѣми своими чертами напоминаютъ систему тальоновъ, другіе и болѣе многочисленные характеризуются признаками, входящими въ понятіе обыкновеннаго источника обязательства.

Въ большинствѣ случаевъ деликты облагаются денежными штрафами, взыскиваемыми судебнымъ порядкомъ и по инициативѣ частныхъ лицъ. Здѣсь, деликтное право, хотя еще и не вполне отрѣшившееся отъ криминальнаго характера, принимаетъ форму права, порождающаго цивильныя послѣдствія. Но даже и тѣ преступленія, преслѣдованіе которыхъ еще ничѣмъ не отличается отъ права мщенія, не лишаются возможности производить цивильныя послѣдствія, такъ какъ законъ, сохраняя *jus talionis*, вмѣстѣ съ тѣмъ настойчиво рекомендуетъ путь мирнаго соглашенія для удовлетворенія потерпѣвшаго. Въ виду такой возможности, едва ли бу-

детъ большой смѣлостью предположить, что потерпѣвшій рѣдко и прибѣгалъ къ праву мести, а, напротивъ, удовлетворялся немедленной уплатой выкупа или достаточно гарантированнымъ обѣщаніемъ предоставить таковой къ извѣстному сроку.

Отсюда вытекаетъ, что всѣ деликты могутъ служить источникомъ обязательства; но тогда какъ за одними изъ нихъ это свойство признано самимъ закономъ, за другими оно признается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ заинтересованными сторонами въ формѣ частнаго соглашенія, которое по этому и имѣетъ предметомъ не установленіе обязательства, а лишь опредѣленіе способа прекращенія его. Остановливаясь на этихъ послѣднихъ правонарушеніяхъ, число которыхъ довольно значительно, мы будемъ имѣть возможность прослѣдить на конкретныхъ явленіяхъ процессъ превращенія частной мести въ систему денежныхъ взысканій, исчисляемыхъ по опредѣленному тарифу, процессъ, соответствующій и совершающійся параллельно съ процессомъ образованія гражданско-правовыхъ обязательствъ.

Для нашей цѣли не представляется необходимымъ входить въ разсмотрѣніе тѣхъ деликтовъ, которые обложены опредѣленными имущественными вознагражденіями. Содержаніе относящихся сюда постановленій XII таблицъ не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что всѣ дѣйствія, которыми одно лицо причиняетъ матеріальный вредъ другому, разсматривались преимущественно какъ обиды противъ частнаго лица и служили основаніемъ требованія удовлетвореній въ пользу потерпѣвшаго. Законъ исчисляетъ болѣе или менѣе точно какъ правонарушенія, такъ и цивильныя ихъ послѣдствія. Онъ подвергаетъ виновника правонарушенія извѣстной карѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ устраняетъ самоуправство, требуя обращенія потерпѣвшихъ къ суду и опредѣляя размѣры вознагражденія, которое должно быть уплачено за причиненный вредъ. Безъ гражданскаго иска этого рода деликты не преслѣдуются, но они не преслѣдуются и въ другой формѣ, кромѣ гражданскаго иска.

Денежныя наказанія, установленныя XII таблицами, довольно разнообразны, однако же — не настолько, чтобы постановленія, сюда относящіяся, можно было назвать практическими казусами. Напротивъ, въ отличіе отъ другихъ законодательныхъ памятниковъ, кодексъ децемвировъ, не перечисляя всего разнообразія конкрет-

ныхъ случаевъ, ограничивается указаніемъ общихъ правилъ, охватывающихъ болѣе или менѣе значительный кругъ одинаковыхъ правонарушеній. Таково постановленіе, опредѣляющее наказаніе за раны, не сопровождающіяся увѣчьемъ: *manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito*¹. Съ такимъ же значеніемъ является и то правило, которое относится къ менѣе тяжкимъ обидамъ, обозначеннымъ общимъ и неопредѣленнымъ словомъ «injuria»,—къ обидамъ словомъ и дѣломъ: *si injuriam faxsit viginti quinque poenae sunt*². Что самый грубый пасквиль—*occentatio*—также обыкновенно искуплялся уплатой незначительной суммы въ 25 ассовъ,—это доказываетъ, что древній римлянинъ былъ не особенно чувствителенъ къ брани, если только она не выражалась въ формѣ циничныхъ стиховъ (*occentatio*): въ этомъ послѣднемъ случаѣ виновный подвергался, кромѣ уплаты 25 ассовъ, еще тѣлесному наказанію³. Въ видѣ частнаго штрафа представляется и то наказаніе, которое установлено за нѣкоторые виды поврежденій вещей: *cautum est XII tabulis, ut qui injuria cecidisset alienas arbores, lueret in singulas aeris XXV*⁴.—Это же наказаніе постигало и того, кто оказывался виновнымъ въ поврежденіи другихъ деревьевъ, кромѣ плодовыхъ⁵. О цивильныхъ послѣдствіяхъ другихъ имущественныхъ поврежденій будетъ сказано въ слѣдующей главѣ, а здѣсь, чтобы пополнить перечень деликтовъ, извѣстныхъ XII таблицамъ, упомянемъ еще объ *actio depositi*, *actio in quadruplum adversus feneratorem*, *actio rationibus distrahendis*⁶.

¹ XII tab. VIII, 3.

² XII tab. VIII, 4. Ср. Gai. III, 220: injuria—committitur, cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam vevberatus erit. Ср. также Paul. (Coll. 2, 5, 5): legitima (actio) ex lege XII tab.: „qui injuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito“. quae lex generalis fuit: fuerunt et speciales, velut illa: „si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito sestertiorum.—Aull. Gell. XX, 1, 12.

³ См. выше стр. 113 прим. 2. Ср. еще Moyle, l. c., 538; Cuiq, l. c., 340.

⁴ Plin., N. H. XVII, 1, 7. Ср. Paul. l. 1 D. 47. 7. Gai. IV, 11: quod lex XII tab. ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.

⁵ Plin. XIV, 1, 9; Gaius, l. 2 D. 47. 7.

⁶ XII tab. VIII, 18—20. (Bruns).

ГЛАВА VI.

1.

Постановленія XII таблицъ объ обидахъ представляютъ довольно полную систему ¹. Но обзрѣвая этотъ отдѣлъ децемвиральнаго законодательства, мы прежде всего замѣчаемъ, что его образуютъ различныя дѣйствія, неподдающіяся объединенію ни по внѣшнимъ признакамъ, ни по юридическимъ послѣдствіямъ.

Въ классическомъ правѣ обида—*injuria*—имѣетъ широкій смыслъ. Этимъ словомъ обозначается «*omne quod non jure fit*», слѣдовательно, всякое дѣйствіе, закономъ запрещенное. Ни въ такомъ широкомъ и не совсѣмъ опредѣленномъ смыслѣ, ни въ болѣе точномъ значеніи *contumelia* ² обида—*injuria*—какъ отвлеченное понятіе неизвѣстна XII таблицамъ. Хотя въ нихъ и имѣется общее постановленіе, но оно касается лишь менѣе тяжкихъ оскорбленій ³,—остальные же деликты этого рода сведены въ особыя группы и нормированы отдѣльно и, притомъ, настолько разнородно, что сама собой обнаруживается вся тщетность усилій тѣхъ ученыхъ, которые пытаются свести ихъ къ одному принципу ⁴. Утверждать, что древніе римляне карали за членовредительство и за нанесеніе побоевъ не только какъ за тѣлесныя поврежденія,

¹ *Bouchaud*, Commentaire, II, 20 слѣд.; *Huschke*, Gaius, 118 слѣд.

² См. *Gai* III, 220 — 222; *Ulp.* l. 1 pr. D. 47. 10; *Paul.* R. S. V, 4. Ср. *Pernice*, *Labeo*, II, 6—10.

³ XII tab. XIII, 4; *si injuriam faxsit, viginti quinque poenae sunt.*

⁴ *Landsberg*, *Injuria und Beleidigung*, 32; *Karlowa*, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 791.

но и какъ за *contumelia*, т. е. умаленіе личнаго достоинства гражданина, значить навязывать имъ нашу точку зрѣнія.

Постановленія XII таблицъ относительно обидъ очень разнородны и принадлежать, по всей вѣроятности, различнымъ эпохамъ.

Намъ необходимо остановиться только на тѣхъ, которыя характеризуются несомнѣнной архаичностью, выражающейся, главнымъ образомъ, въ суровости репрессіи.

Несомнѣнную печать глубокой древности носить слѣдующее постановленіе, сохранившееся въ первоначальной своей формѣ:

Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto ¹.

Этотъ текстъ содержитъ общее правило, предоставляющее право преслѣдованія и наказанія делинквента самому потерпѣвшему. Согласно ему за всякое причиненіе увѣчья дозволяется мстить тѣмъ-же.

Подъ *membrum ruptio* слѣдуетъ разумѣть такое тѣлесное поврежденіе, такое пораненіе, которое сопровождается потерей того или другаго органа. Подъ это понятіе подойдутъ всѣ тѣ дѣйствія, которыя производятъ неизгладимое поврежденіе, дѣлающее человѣка инвалидомъ. Здѣсь невольно напрашивается сравненіе XII таблицъ съ Русской Правдой, одна изъ статей которой такимъ образомъ опредѣляетъ послѣдствія *membrum ruptio*: «*оже ли утнетъ руку, и отпадетъ рука, либо усохнетъ: то 40 гривенъ; аще будетъ нога ушла, или начнетъ хромати, тогда чада смирятъ*» ². Русская Правда конкретно выражаетъ то, что содержится въ общемъ опредѣленіи XII таблицъ, но смыслъ обоихъ постановленій одинаковъ: *membrum ruptio* есть лишніе руки или ноги, вообще такое увѣчье, которое дѣлаетъ человѣка ни къ чему негоднымъ по понятіямъ той отдаленной и воинственной эпохи, когда значеніе человѣка опредѣлялось исключительно способностью быть воиномъ и земледѣльцемъ ³.

Такое толкованіе «*membrum riptum*» представляется наиболѣе правильнымъ и потому, что оно даетъ основаніе для установленія точнаго смысла «*os fractum*», и потому, что оно вполне со-

¹ XII tab. VIII, 2; Ср. *Gai. III*, 223. Ср. *Cuj. Les institutions*, 339.

² Ст. 5 акад. сп.

³ Ср. *Эверсъ*, 317; *Богдановскій*, 15,25.

отвѣтствуетъ словоупотребленію, принятому въ источникахъ: «*rupisse eum accipiemus, qui vulneravit, vel virgis vel loris vel pignis cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit*»¹. XII таблицъ, подобно другимъ древнѣйшимъ законодательствамъ, различаютъ три деликта—убійство, причиненіе тяжкаго увѣчья и простое пораненіе². Первое дѣйствіе есть *occidere*, второе—*membrum rumpere*, третье—*os frangere*, и если обратить вниманіе на объясненіе въ законѣ Аквилія слова «*ruperit*» словомъ *corruperit*, то *rumpere* въ отличіе отъ *frangere*, должно обозначать собой поврежденіе тяжкое и неизгладимое³.

Выдѣленіе увѣчій въ особую группу правонарушеній, занимающихъ средину между убійствомъ и обыкновенными ранами, извѣстно большинству древнѣйшихъ законодательныхъ памятниковъ, въ томъ числѣ и Русской Правдѣ. XII таблицъ отличаются въ этомъ отношеніи отъ другихъ памятниковъ лишь тѣмъ, что ихъ постановленія выражены—по крайней мѣрѣ—большей частью въ общей формѣ. Древній римскій законъ даетъ общія опредѣленія, охватывающія все разнообразіе конкретныхъ случаевъ увѣчій и простыхъ пораненій, тогда какъ въ большинствѣ другихъ законодательствъ существуетъ постоянная, самимъ закономъ установленная такса примѣнительно къ особенностямъ cadaго отдѣльнаго правонарушенія. Если есть рана, то приводится въ извѣстность ея длина и глубина. Если длина раны равняется разстоянію между суставомъ перваго и третьяго пальца, размѣръ взысканія за нее иной, чѣмъ тогда, когда она короче или длинѣе и т. под.⁴.

Ничего подобнаго мы не находимъ въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, которому хотя и чуждо общее понятіе о личныхъ оскорбленіяхъ, но чужда также и наивная казуистика первобытныхъ системъ права. Отличая увѣчья отъ простыхъ ранъ, а эти послѣднія отъ легкихъ обидъ, кодексъ децемвировъ не проводитъ различія между отдѣльными видами увѣчій, ранъ и личныхъ оскорбле-

¹ Ulp. 1. 27 § 17 D. 9. 2. Ср. *Ihering*, Scherz und Ernst, 413.

² Ср. *М. Ковалевскій*, Законъ и обычай на Кавказѣ, II, 276; *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte, II § 138.

³ Ulp. 1. 27 § 13 D. 9. 2: *rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt corrupisse*. Ср. *Moyle*, l. c., 538; *Wordsworth*, Fragments, 561.

⁴ *Дарестъ*, Изслѣдованія по исторіи права, 114, 193, 244, 269; *Ковалевскій*, Законъ и обычай на Кавказѣ, 273—282.

ній,—напротивъ, онъ подчиняетъ каждую изъ этихъ группъ дѣйствию общей нормы ¹.

Было время, когда всякое пораненіе, безъ различія между *membrum ruptum* и *os fractum*, сопровождалось одинаковымъ послѣдствіемъ. Такъ было до XII таблицъ,—тогда и *membrum ruptum*, и *os fractum* наказывалось по правилу тальона ². Но на основаніи XII таблицъ примѣненіе тальона допускается лишь въ случаяхъ преступленія перваго рода, причемъ степень виновности делинквента вовсе не принимается во вниманіе. Даже неумышленное и случайное увѣчье не освобождаетъ отъ кары и не смягчаетъ ея ³.

Допущенное закономъ право на тальонъ осуществлялось не иначе, какъ подъ постояннымъ контролемъ общественной власти. Оно должно быть признано за потерпѣвшимъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, а для этого, конечно, необходимо было предварительное разслѣдованіе дѣла судомъ. Истецъ имѣетъ лишь притязаніе на наказаніе по тальону, и прежде осуществленія его обязанъ доказать основательность своего права. Что *membrum ruptum* давало основаніе для обыкновеннаго частнаго иска, *actio de membrum ruptis*—это довольно убѣдительно доказывается словами Африкана (*Sextus Caecilius*), переданными намъ Ав. Гелліемъ ⁴.

Относительно формы иска трудно сказать что либо положительное, но, какъ предполагаютъ многіе, ею могла служить *legis actio sacramento in personam* ⁵. Если судья находилъ требованіе истца основательнымъ, то приговоръ его состоялъ въ присужденіи делинквента къ наказанію по правилу тальона: глазъ за глазъ, зубъ за зубъ, рука за руку и т. д.

¹ XII tab. VIII, 2—4.

² *Priscianus*, 6, 13, 69, (Bruns, Fontes, 28).

³ *Gell.* XX, 1, 16 и 34: Qui sin membrum, inquit, alteri inprudens ruperit? quod enim inprudencia factum est, retaliari per inprudenciam debet.... Neque.... tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut *an prudens inprudensve rupisset*, spectandum putarent.

⁴ *Gell.* XX, 1, 37 и 38: Nolo hoc ignores, hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat. Ср. *Paul R. S. V*, 4 § 6. См. *Voigt*, Die XII Tafeln, § 132.

⁵ Ср. напр., *Huschke*, *Gaius*, 125.

Первоначально такой приговоръ не былъ простой угрозой, но онъ не былъ также и признаніемъ за потерпѣвшимъ какого либо вещнаго права. Подобнаго рода угрозы вовсе неизвѣстны древнему праву, нормы котораго вообще отличаются вполне жизненнымъ и реальнымъ характеромъ. Тѣмъ не менѣе нѣтъ необходимости сводить непременно къ общепринятымъ рубрикамъ современной системы право мести на томъ одномъ основаніи, что оно поставлено въ извѣстныя рамки. Въ осуществленіи акта мести нельзя усмотрѣть ни одного признака проявленія вещнаго права.

Въ эпоху XII таблицъ едвали, однако, дѣло доходило до дѣйствительнаго примѣненія нормы, легализирующей тальонъ. Определеніе закона—*talio esto*—составляетъ лишь выраженіе предѣла способа дѣйствія дозволеннаго, хотя не всегда возможнаго. Оно даетъ въ руки потерпѣвшему оружіе обоюдоостріе, которое можетъ поражать и того, кто подвергается его дѣйствію, и того, кто имъ пользуется. Иногда пользоваться этимъ определеніемъ небезопасно — именно, когда примѣненіе тальона невозможно безъ нарушенія границъ дозволеннаго дѣйствія: *«talionem parissimam fieri difficillime»*. А между тѣмъ никто не обязанъ переносить болѣе тяжелое наказаніе, чѣмъ то зло, которое имъ причинено: *«nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius»*¹⁾. Въ такомъ случаѣ лицу, имѣющему право на тальонъ, прямой расчетъ не выказывать своей силы и ограничиться другимъ удовлетвореніемъ для того, чтобы не попасть въ положеніе Шейлока.

Но и когда возможно осуществленіе права тальона, часто въ томъ не представляется никакой нужды. На извѣстной ступени общественнаго развитія, когда, благодаря вмѣшательству законодателя въ отношенія частныхъ лицъ, репрессія слѣдуетъ не немедленно за правонарушеніемъ, чувство мести перестаетъ быть единственнымъ двигателемъ и уступаетъ мѣсто другимъ факторамъ. Наряду съ возрѣніемъ на наказаніе, какъ на способъ удовлетворенія личной злобы и ненависти пострадавшаго посредствомъ причиненія его врагу того же самаго страданія, которое заключается въ его дѣяніи, постепенно утверждается другое, подсказываемое практическими и утилитарными соображеніями.

¹⁾ *Gell.* XX, 1, 17 и 34.

Уч. Зап. ст. Гусакова.

Предписанная закономъ процедура явки въ судъ, для доказательства факта правонарушенія и для полученія разрѣшенія наказать виновника его, отдѣляетъ болѣе или менѣе значительнымъ промежуткомъ времени моментъ совершенія деликта отъ момента возмездія за него. На первыхъ порахъ и этого совершенно достаточно, чтобы успокоить чувство злобы пострадавшаго, ослабить личное его раздраженіе и заставить его относиться нѣсколько хладнокровнѣе къ своему противнику. Къ тому же вынуждаетъ его и общественная власть. Но при нормальномъ состояніи даже примитивный человѣкъ—и, притомъ, независимо отъ какихъ либо постороннихъ давленій—не можетъ не видѣть, что для него практичнѣе и выгоднѣе отказаться отъ матеріальнаго тальона и ограничиться имущественнымъ удовлетвореніемъ. Это одинаково выгодно и для виновника преступленія, и для жертвы его.

Будучи первоначально дѣйствительнымъ и единственнымъ средствомъ репрессіи за увѣчье (*membrum ruptum*), тальонъ въ послѣдствіи пріобрѣтаетъ совершенно иное назначеніе. Фигурирующее въ законѣ *talio esto* стало, въ концѣ концовъ, лишь угрозой, но достаточно сильной для того, чтобы принудить делинквента примириться со своимъ противникомъ путемъ частнаго соглашенія, выработаннаго сообща ими самими или предложеннаго имъ судьей. За угрозой обыкновенно тотчасъ и наступаетъ очередь переговоровъ, такъ какъ если стороны не примирятся, то законъ вступить въ свою силу: *«ni cum eo pacit, talio esto»*. Изъ словъ Геллія можно, впрочемъ, вывести заключеніе, что въ случаѣ нежеланія отвѣтчика добровольно подвергнуться тальону, судья, по собственной инициативѣ, присуждалъ его къ уплатѣ денежнаго штрафа: *«si reus, qui depecisci noluerat judici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat.»* Такой же поводъ для вмѣшательства суда открывался и тогда, когда потерпѣвшій предлагалъ примиреніе на слишкомъ тяжелыхъ условіяхъ: *«si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam (iudex) redibat.»* Словомъ, никто не можетъ и не обязанъ противъ своего желанія подвергаться наказанію по правилу тальона: *non necesse sit, pati talionem nisi eam tu elegeris.*

¹ Gell, XX, 1, 36—38.

Мы ничего не внесемъ отъ себя въ законъ XII таблицъ, если, послѣ всего выше изложеннаго, скажемъ, что *membri ruptio* является въ ихъ системѣ дѣйствительнымъ источникомъ обязательства. Обязательство здѣсь возникаетъ изъ самаго деликта, а не создается частнымъ соглашеніемъ или судебнымъ рѣшеніемъ. Соглашеніе заинтересованныхъ сторонъ, ихъ *actum* или *actio*, имѣетъ цѣлью не установить обязательство, а лишь фиксировать сумму подлежащаго уплатѣ штрафа. Ту же цѣль преслѣдуетъ и судья, участіе котораго въ этомъ случаѣ, какъ и вообще во всякомъ процессѣ, выражается въ признаніи извѣстнаго факта и легитимациі его юридическихъ послѣдствій.

Происходя изъ *membri ruptio*, обязательство не измѣняетъ характера своего источника и послѣ состоявшагося приговора или соглашения между сторонами. Оно не превращается въ договорное обязательство, а продолжаетъ оставаться *obligatio ex delicto*. Мысль о подобномъ превращеніи, приводящая нѣкоторыхъ ученыхъ къ полному отрицанію деликтныхъ обязательствъ въ древнемъ правѣ,¹ основывается на неясномъ представленіи взаимнаго отношенія между договоромъ (*actio*) и обязательствомъ. Договоръ и судебное рѣшеніе являются сравнительно съ *membri ruptio* фактами послѣдующими, а потому они и не могутъ быть причиною обязательства, изъ него возникающаго. Они только опредѣляютъ размѣръ имущественнаго вознагражденія за деликтъ, — возникновеніе же обязательства къ представленію его предшествуетъ имъ и происходитъ независимо какъ отъ воли заинтересованныхъ лицъ, такъ и отъ рѣшенія судьи.

Membri ruptio влечетъ за собой послѣдствія обязательства цивильнаго свойства. Въ этомъ отношеніи оно ничѣмъ не отличается и отъ деликтовъ позднѣйшей формациі. Особенность его состоитъ не въ самомъ характерѣ послѣдствій, а лишь въ неопредѣленности ихъ, что легко объясняется нормой закона, снабженной неопредѣленной санкціей и потому открывающей широкій просторъ усмотрѣнію судьи.

¹ См. напр., Wodon, La forme et la garantie dans les contrats francs, 1893, 173, Н. Krüger, Geschichte der capitis deminutio, 394; М. Kovalewsky, Coutume contemporaine et la loi ancienne, 112.

Постановленіе XII таблицъ выражено въ слишкомъ общей формѣ. Оно ограничивается признаніемъ отвѣтственности виновника *membra ruptio*, предоставляя заинтересованнымъ лицамъ или, за невозможностью ихъ примиренія, общественной власти установить тотъ размѣръ имущественнаго вознагражденія, который долженъ быть уплоченъ потерпѣвшему. Этотъ штрафъ—то повышающійся, то понижающійся въ зависимости отъ условій каждаго конкретнаго случая—и будетъ предметомъ обязательства. Что же касается тальона, то его можно сравнить, напр., съ личнымъ задержаніемъ за долги, не вполне исчезнувшимъ даже изъ системъ права современныхъ культурныхъ народовъ. Личное задержаніе не выражаетъ содержанія обязательства, а есть лишь одна изъ мѣръ понудительнаго исполненія его. Не больше того содержится и въ санкционирующей части нормы XII таблицъ: *talio esto*. Практическая цѣль ея—не исполненіе обязательства, а понужденіе къ примиренію на почвѣ имущественнаго удовлетворенія, не взысканіе, а лишь средство взысканія.

2.

Подобно постановленіямъ объ обидахъ, однородностью не отличаются и тѣ правила, которыя касаются кражи¹. Нѣкоторыя изъ нихъ представляются несомнѣнными остатками той системы, на смѣну которой явились XII таблицъ. Поэтому, они такъ же, какъ и нормы о *membra ruptio*, очень пригодны для того, чтобы съ ихъ помощью возстановить и иллюстрировать процессъ перехода отъ частной мести къ системѣ имущественныхъ штрафовъ, т. е. процессъ образованія обязательственнаго права.

Очень правдоподобно, что установленіе различной кары сообразно съ обстоятельствами, при которыхъ совершена кража, составляетъ нововведеніе XII таблицъ. До тѣхъ же поръ нормальнымъ послѣдствіемъ всякой кражи была месть.² Преслѣдованіе вора,

¹ Ср. *Desjardins*, *Traité du vol dans les principales législations de l'antiquité*, 1881; *Bouchaud*, *Commentaire*, II, *Dirksen*, *Uebersicht etc.*, *Schulin*, *Geschichte des röm Rechts*, § 73; *Karlowa*, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, § 69; *Cug*, *les institutions juridiques*, 340—349; *Demelius*, *Plautinische Studien*, I, 359—372.

² *Leist*, *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, 306, *eo же* *Altarisches jus civile*, 403.

какъ и наказаніе убійцы, было дѣломъ частной инициативы и личнаго произвола. Оно происходило безъ участія общественной власти, которой, собственно говоря, и не существовало, а потому не могло существовать и иска противъ вора.

Въ такомъ искѣ, впрочемъ, едва ли была и необходимость. Если воръ успѣлъ скрыться, то бесполезно предъявлять къ нему искъ. Напротивъ, если онъ захваченъ съ поличнымъ, то потерпѣвшій, безъ всякихъ процессуальныхъ обрядовъ, расправлялся съ нимъ по собственному усмотрѣнію—безотносительно къ тому, былъ ли воръ взятъ на мѣстѣ преступленія или спустя нѣкоторое время послѣ совершенія его. Такой участи, хотя и съ соблюденіемъ процессуальныхъ обрядовъ, подвергался *fur manifestus* на основаніи XII таблицъ. Но въ древнѣйшую эпоху *furtum manifestum* имѣло болѣе широкій смыслъ сравнительно съ тѣмъ, который былъ ему приданъ децемвирами. Если бы Гай былъ въ состояніи перенестись въ доисторическія времена, то онъ удѣлилъ бы больше вниманія мнѣнію тѣхъ юристовъ, которые считали всякаго вора *manifestus*¹, безразлично былъ ли онъ застигнутъ на мѣстѣ преступленія, была ли у него найдена украденная вещь безъ обыска или вслѣдствіи обыска, словомъ: «*quandoque eam rem fur tenens visus fuerit*». Съ догматической точки зрѣнія такое опредѣленіе *furtum manifestum*, конечно, не выдерживаетъ критики, потому что оно обнимаетъ всѣ остальные виды воровства. Но оно получить совершенно иное значеніе, если смотрѣть на него какъ на реминисценцію о томъ давно минувшемъ времени, когда воровство еще не различалось по способамъ его обнаруженія.²

Furtum manifestum трактуется въ XII таблицахъ какъ деликтъ гражданскаго права, и если этотъ видъ воровства не всѣми признается за источникъ цивильнаго обязательства, то, вѣроятно, только по тому, что въ основаніи наказанія за него, опредѣленнаго закономъ, лежитъ идея мщенія.

Furtum manifestum обозначаетъ похищеніе чужой вещи, очевидность котораго—какъ по отношенію къ объекту, такъ и по отношенію къ субъекту его—не подлежитъ нисколько сомнѣнію.

¹ Gai III, 184.

² H. Krüger, Capitis deminutio, 370.

Fur manifestus будетъ не только тотъ, кто захваченъ на мѣстѣ преступленія. Имъ считается также и тотъ, у кого въ домѣ находятъ похищенную вещь, причемъ различія не дѣлается между укрывательствомъ и самымъ воровствомъ. Если хозяинъ дома противится обыску, то онъ приравняется къ обыкновенному *fur manifestus*—все равно, будетъ ли онъ дѣйствительнымъ виновникомъ кражи или только укрывателемъ ¹. Словомъ, *furtum* признается *manifestum*, когда оно представляется настолько явнымъ и очевиднымъ, что не требуется никакихъ доказательствъ—ни самаго факта кражи, ни тождественности лица потерпѣвшаго и преслѣдующаго вора, ни тождественности похитившаго вещь и задержаннаго съ нею. Всякое другое воровство будетъ *furtum nec manifestum* ²,—виновность вора и здѣсь, конечно, одна и таже, но она должна быть еще доказана.

Различіе между отдѣльными видами кражи основывается въ XII таблицахъ исключительно на внѣшнихъ признакахъ, а между тѣмъ съ нимъ связаны чрезвычайно важныя практическія послѣдствія: *fur nec manifestus* присуждается къ уплатѣ известнаго штрафа, тогда какъ *fur manifestus*, не смотря на одинаковую его виновность, можетъ поплатиться своей свободой и даже жизнью. Ему угрожаетъ *addictio* со всѣми ея жестокими послѣдствіями: *poena manifesti furti ex lege XII tab. capitalis erat, nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat* ³.

Чтобы понять, почему одно и то же дѣяніе наказывается и болѣе, и менѣе строго въ зависимости отъ такихъ внѣшнихъ и случайныхъ обстоятельствъ, для этого достаточно принять въ соображеніе, что примитивный, некультурный человѣкъ соразмѣряетъ наказаніе не со степенью виновности правонарушителя, а съ личнымъ чувствомъ мести и ненависти къ своему противнику. Для него реакція противъ правонарушенія есть прежде всего средство удовлетворенія субъективнаго раздраженія,—и потому кого онъ настигаетъ по живымъ слѣдамъ, въ первый моментъ возбужден-

¹ *Gai*, III, 192: Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetoris introducta; lex autem eo nomine nullam poenam constituit. hoc solum praecipit... qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse.

² *Gai*. III, 185: quod manifestum non est, id nec manifestum est.

³ *Gai*. III, 189.

наго душевнаго настроенія, тотъ дороже и искупаетъ свое преступленіе ¹.

Дозволенная XII таблицами репрессія за *furtum manifestum* составляетъ явное выраженіе идеи мщенія. Это есть наслѣдіе отъ догосударственной жизни, происходящее изъ общаго древняго арійскаго источника права. Но у римлянъ месть древняго права облечена въ форму, имѣющую вполне цивильную окраску ². Расправа съ воромъ, которая искони производилась самимъ потерпѣвшимъ, безъ всякаго суда, у нихъ становится возможной не иначе, какъ при вмѣшательствѣ судьи и съ его вѣдома. Преслѣдованіе *fur manifestus* совершается не только правильнымъ юридическимъ, но и цивильнымъ, хотя и особымъ, ускореннымъ способомъ.

Особое производство въ случаяхъ преступленія, совершеннаго на виду у всѣхъ, составляетъ общую черту всѣхъ первобытныхъ законодательствъ ³. Эта процедура — очень несложная. Захваченнаго на мѣстѣ преступленія связываютъ, ведутъ къ судѣ, и здѣсь потерпѣвшая сторона производитъ надъ нимъ расправу, часто даже безъ предоставленія ему возможности защищаться, въ особенности, когда арестованіе было произведено правильно. Истецъ обращается къ содѣйствию общественной власти вовсе не для разслѣдованія основательности его исковаго притязанія. Когда воръ застигнутъ съ поличнымъ или захваченъ на мѣстѣ преступленія, нѣтъ нужды производить какое либо разслѣдованіе или провѣрять какія-либо доказательства. Судья рѣшаетъ, выражаясь современнымъ языкомъ, вопросъ о фактѣ, а не о правѣ. Онъ ограничивается констатированіемъ наличности факта правонарушенія, откуда само собой слѣдуетъ, что наиболее подходящей формой для *actio furti manifesti* должна быть признана *legis actio per manus injectionem* ⁴. Нѣкоторые ученые, напр., Бетманъ-Гольвегъ, правда, утверждаютъ, что процессъ, если до него дѣло доходило, долженъ

¹ *Ihering*, Geist, I, 128; *его-же* Das Schuldmoment, 172; *Handjery*, Observationes de furtis pro diversitate probationum varie punitis (цитата у *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, II, 775); *Moyle*, Justiniani Institutiones, 630.

² *Leist*, Alt-arisches jus civile, 413.

³ *Brunner*, Rechtsgeschichte, II, 481; *Amira*, Recht, 184, 191; *Thonissen*, I. c., 285 слѣд.

⁴ *Voigt*, Die XII Tafeln, § 152; *H. Krüger*, I. c., 376.

быль совершаться посредством *legis actio sacramento in personam*, а другіе, напр. Вахъ, полагаютъ, что въ данномъ случаѣ даже нѣтъ никакихъ основаній для процесса, и все сводилось къ обыкновенному внѣпроцессуальному *manus injectio*. Съ *legis actio sacramento* трудно привести въ связь *furtum manifestum*, которое, по самому существу своему, не можетъ требовать соблюденія особенностей сакраментальнаго процесеса. Что же касается внѣпроцессуальнаго *manus injectio*, то, конечно, безъ него обойтись нельзя, но его одного, какъ акта неформальнаго, не всегда достаточно ¹.

Какъ видимъ, законъ ставитъ очень важныя ограниченія для проявленія мести въ случаяхъ воровства. Болѣе или менѣе неограниченнымъ и безконтрольнымъ мстителемъ является потерпѣвшій лишь тогда, когда воръ захваченъ на мѣстѣ преступленія ночью или оказываетъ сопротивленіе въ моментъ задержанія его. При наличности этихъ условій дозволяется убить вора: *si nox furtum faxsit, si im occisit, jure caesus esto. Luci... si se telo defendit... endoque plorato.* ²

Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ актомъ закономъ дозволенной мести. Убившій вора при указанныхъ обстоятельствахъ остается такъ же безнаказаннымъ, какъ и тотъ, кто убиваетъ прелюбодѣя, и безнаказанность ихъ нимало не обусловливается требованіями необходимой самообороны. Что это есть проявленіе мести, видно, между прочимъ, изъ того, что единственнымъ мѣриломъ правомѣрности ея признается условіе, совершенно не совмѣстимое съ актомъ осуществленія необходимой обороны. Убить вора разрѣшается, но не иначе какъ въ присутствіи свидѣтелей, ³ т. е. когда о необходимости самообороны и рѣчи быть не можетъ. Созывая свидѣтелей, потерпѣвшій имѣетъ въ виду заручиться не только ихъ содѣйствіемъ, но и показаніями ихъ, съ помощью ко-

¹ *B. Hollweg*, Civilprocess, I, 171; *Keller*, Civilprocess, примѣч. 220; *Voigt*, Die XII Tafeln, I, 626.

² XII tab. VIII, 12, 13. Ср. *Cic.* pro Milone, 3, 9: XII tab. nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se telo defenderet, interfici impune voluerunt. *Cic.*, pro Tullio, 20, 47. См. также *Bruns*, Fontes, 30; *Voigt*, Die XII Tafeln I, 715.

³ *Gai.* I. 4 § 1 D. 9. 2: lex XII tab. furem noctu deprehensum occidere permittit; ut tamen id ipsum *cum clamore testficetur*: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat, ut tamen *aeque cum clamore testficetur*.

торыхъ онъ—въ случаѣ необходимости—можетъ доказать фактъ воровства и законность расправы съ воромъ.¹

Законъ не рѣшился вполнѣ отмѣнить мести въ дѣлахъ о кражахъ, но онъ смягчаетъ строгость древняго права, ограничивая примѣненіе мести лишь нѣкоторыми случаями воровства и требуя соблюденія при этомъ извѣстныхъ условій, обеспечивающихъ, хотя и въ слабой степени, возможность подчиненія произвола порядку.

Мы не ошибемся, если примемъ постановленіе XII таблицъ за остатокъ примитивнаго права со всѣми его особенностями, присущими народамъ арійскаго происхожденія. Это постановленіе обще всѣмъ древнимъ законодательствомъ. Въ той или другой формѣ оно встрѣчается въ большей части памятниковъ германскаго, греческаго, славянскаго права. Вездѣ проводится то же различіе между *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum*: послѣднее влечетъ за собой простой штрафъ, первое, напротивъ, подвергаетъ вора мести потерпѣвшаго, который поэтому, можетъ его помиловать, но можетъ, съ разрѣшенія суда или только въ присутствіи свидѣтелей, и убить его, по крайней мѣрѣ, тогда, когда, воръ, будучи застигнутъ на мѣстѣ преступленія, сопротивляется и не даетъ себя задержать.² Это различіе извѣстно и нашему отечественному древнѣйшему праву. По законамъ сыновей Ярослава, убившій ночью вора на своемъ дворѣ, или у клѣти, или у хлѣва—вообще на мѣстѣ преступленія—не подвергается никакому взысканію; если же воръ будетъ связанъ и продержанъ до разсвѣта, то онъ долженъ быть представленъ живымъ на княжескій дворъ: «*аже оубиють кого оу клѣти или оу которые татѣбы, то оубиють и въ пса мѣсто; аже ли додержатъ до свѣта, то и вести на княжь дворъ; аже ли оубиють и, а боудоуть люди видѣли связана, то платити въ томъ 12 гривенъ*». Во всѣхъ дру-

¹ *Cic pro Tullio*, 21, 50; *Furem—etiamsi cum telo venerit, nisi utetur telo eo ac repugnabit, non occides; quodsi repugnat, endoplorato, hoc est conclamato, ut aliqui audiant et convenient*. Ср. *Desjardins*, I. c., 108.

² Ср. *Brunner*, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, 160, II, 642. *Dareste*, *La science du droit en grece*, 139, *Leist*, *graeco-italische Rechtsgeschichte*, 304.

гихъ случаяхъ мечь безусловно не допускается, и воръ обязывается къ уплатѣ извѣстнаго денежнаго вознагражденія ¹.

Отмѣчая сходство правилъ XII таблицъ съ постановленіями по тому же предмету другихъ однородныхъ памятниковъ, необходимо вмѣстѣ съ тѣмъ указать на одну особенность римскаго права. Римскій законъ дозволяетъ убить вора безотносительно къ стоимости предмета кражи, тогда какъ право другихъ народовъ допускаетъ это наказаніе лишь въ томъ случаѣ, если похищенная вещь стоила дороже извѣстной, закономъ опредѣленной суммы. Одно изъ двухъ—или римскій законъ воспроизводитъ болѣе древній обычай, или содержаніе его передано намъ не вполне точно.

Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ примѣненіе нормы XII таблицъ относительно *fur nocturnus* допускается безусловно, а лишь тогда, когда требуетъ того практическая необходимость. Право мщенія превратилось въ право необходимой обороны и подчинено условіямъ его. Убийство ночнаго вора, который хотя и сопротивляется, но самъ не угрожаетъ причиненіемъ вреда лицамъ, его задерживающимъ, признается дѣйствіемъ незаконнымъ: *sin autem cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur* ². Такимъ образомъ, нормальнымъ послѣдствіемъ всякой кражи, когда бы она ни была произведена, считается обыкновенный искъ, *actio furti* ³.

Но то, что стало нормальнымъ и единственно возможнымъ послѣдствіемъ въ концѣ республиканскаго періода, въ началѣ его могло также сопровождать кражу, хотя и не всегда, а только въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Угроза смертью ночному вору, подобно угрозѣ тальономъ за *membrî ruptio*, есть не болѣе, какъ выраженіе предѣла закономъ дозволеннаго дѣйствія. Если потерпѣв-

¹ Ст. 37 (списокъ Карам.). Ср. Калачовъ, Предварительныя свѣдѣнія для объясненія Русской Правды, 184; Невоминъ, Исторія російскихъ гражданскихъ законовъ, III, 242; Богдановскій, I. с., 26, 36 слѣд.

² *Ulp.* (Collatio leg. Mos. et Rom. VII, 3, 3). Ср. *Ulp.* l. 9 D. 48. 8: *furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret, si parcere ei sine periculo suo non potuit.*

³ *Paul.* (Collatio leg. Mos. et Rom. VII, 2, 1): *Si quis furem nocturnum vel diurnum cum se telo defenderet occiderit, hac quidem lege (Cornelia) non tenetur, sed melius fecerit, qui eum comprehensum transmittendum ad praesidem magistratibus optulerit.*

шій не пользуется предоставленнымъ ему правомъ мщенія, то это еще не значитъ, что воръ остается безнаказаннымъ. Напротивъ, отсюда слѣдуетъ, что потерпѣвшій имѣетъ въ своемъ распоряженіи два средства: онъ можетъ убить вора—*si nox furtum faxsit, luci... si se telo defendit*, но можетъ также его, какъ всякаго другого *fur manifestus*, преслѣдовать судебнымъ порядкомъ. Кто отказывается отъ перваго средства, можетъ достигнуть защиты своихъ интересовъ съ помощью *actio furti manifesti*, такъ какъ подъ понятіе *furtum manifestum* подходитъ и ночная кража, и кража, совершенная днемъ съ насиліемъ¹.

Итакъ, всякій *fur manifestus* подвергался, въ концѣ концовъ, *addictio*—иногда по предписанію закона, а иногда по желанію потерпѣвшаго, именно, когда послѣдній, по доброй волѣ, отказывался отъ своего права убить ночнаго вора и того, который оказываетъ сопротивленіе въ моментъ его задержанія. Послѣ *addictio* и вслѣдствіе ея виновникъ кражи находится во власти потерпѣвшаго. *Addictio* означаетъ разрѣшеніе судьи исполнить надъ виновникомъ правонарушенія актъ мщенія, не выходя, впрочемъ, изъ границъ, закономъ указанныхъ. Оно имѣетъ цѣлью замѣнить беспорядочную месть местью организованною и регулированную. Оно во всякомъ случаѣ соединяется съ тѣлеснымъ наказаніемъ и, сверхъ того, влечетъ за собой другія, но различныя послѣдствія, смотря по тому, къ какому состоянію принадлежитъ виновный²: рабъ можетъ быть умерщвленъ, за исключеніемъ малолѣтняго, который передается потерпѣвшему для возмѣщенія причиненнаго ему ущерба; *persona sui juris* выдается головой, но въ качествѣ ли раба или какъ *adjudicatus*—это было неясно для позднѣйшихъ юристовъ³. Однако, если слѣдовать Ав. Геллію, а другихъ источниковъ у насъ нѣтъ, то едвали можно сомнѣваться, что свободный римскій гражданинъ, совершившій *furtum manifestum*, дѣйствительно можетъ

¹ *Aul. Gellius*, N. A., XI, 18, 7 и 8.

² *Aul. Gellius*, N. A. XI, 18: *Ex ceteris autem manifestis furibus liberos verberari addicique jusserunt ei, cui furtum factum esset, si modo id luci fecissent neque se telo defendissent; servos item furte manifesti prensos verberibus adfici et e saxo praecipitari, sed pueros inpuberes praetoris arbitrato verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarcire.*

³ *Gai.* III, 189: *Liber verberatus addicebatur: utrum autem servus efficeretur ex addictione an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant.*

вслѣдствіе *addictio*, попасть въ положеніе раба, если его продадутъ *trans Tiberim* ¹. Нѣтъ ничего невѣроятнаго въ томъ, что и здѣсь *addictio* производила послѣдствія такого же свойства, какъ и при осужденіи несостоятельнаго должника: *persona sui juris*, будучи аддицированъ, въ силу *actio furti manifesti*, остается свободнымъ гражданиномъ, но если онъ не представитъ за себя выкупа, то ему грозитъ лишеніе свободы и, быть можетъ, жизни ².

Какія бы послѣдствія мы ни связывали съ *addictio*—фактическое рабство, или лишеніе свободы послѣ продажи *trans Tiberim* или даже право умертвить вора—ближайшее и непосредственное значеніе этого судебного акта выражалось не въ нихъ. Выдача отвѣтника головой есть не самое удовлетвореніе, а лишь средство, съ помощью котораго истецъ можетъ получить таковое. Приобрѣтая власть надъ виновникомъ правонарушенія, потерпѣвшій задерживаетъ его у себя не самовольно, а съ разрѣшенія общественной власти, для того, чтобы всѣми возможными способами добиться возмѣщенія причиненнаго ущерба или же отомстить за него. Разрѣшеніе судьи создаетъ эту власть, но право, осуществляемое съ ея помощью, возникаетъ въ самый моментъ совершенія деликта и на немъ основывается. Воспользоваться этою властью въ полномъ ея объемѣ и немедленно, значитъ разъ—навсегда отказаться отъ полученія матеріальнаго и дѣйствительнаго удовлетворенія, что представляется едва ли выгоднымъ. Поэтому, прямой расчетъ того, кому аддицированъ *fur manifestus*, не сразу примѣнять крайнюю мѣру, которою онъ всегда успѣетъ воспользоваться, а предварительно испытать другія средства, менѣе энергическія, но вѣрнѣе приводящія къ цѣли.

Съ момента *addictio* требованіе, источникомъ котораго является *furtum manifestum*, вступаетъ въ исполнительную стадію. Но въ древнемъ римскомъ правѣ, какъ и въ древнѣйшихъ системахъ другихъ народовъ, исполненіе обязательства вынуждается исключительно усиліями того лица, которому оно принадлежитъ. Экзекуція совершается не органами общественной власти, а самимъ

¹ *Aul. Gell.* XX, 1, 7: *furem manifestum ei, cui furtum factum est, in servitutum tradit.*

² *Liv.* VI, 34, 2: *fama et corpore judicati atque addicti creditoribus satisfaciebant poenaeque in vicem fidei cesserat.*

кредиторомъ, который если и обращается къ судѣ, то вовсе не для того, чтобы получить отъ него удовлетвореніе по своему обязательству. Кредиторъ играетъ главную роль отъ начала и до конца экзекуціи, представитель же общественной власти ограничивается тѣмъ, что легитимируетъ, даетъ право произвести ее. Иначе говоря, судья не принуждаетъ должника исполнить требованіе, предъявленное къ нему. Онъ, если находитъ такое требованіе безспорнымъ, выдаетъ кредитору, такъ сказать, *carte blanche*, санкціонируетъ всѣ мѣры принужденія, выборъ и примѣненіе которыхъ вполнѣ, однако, зависитъ отъ самого кредитора. Будетъ ли потерпѣвшій держать вора въ цѣпяхъ и оковахъ, заставить ли его работать на себя, продастъ ли его—«своя ему воля», какъ выражается древнѣйшій памятникъ нашего права: *addictus* долженъ тѣмъ или инымъ способомъ искупить свое освобожденіе¹.

Таково истинное значеніе *addictio*. Послѣ нея потерпѣвшій не можетъ считать себя удовлетвореннымъ, такъ какъ онъ, въ сущности, не получилъ никакого опредѣленнаго права не деликвента. Но теперь онъ самимъ закономъ поставленъ въ такое положеніе, что никто не въ правѣ мѣшать ему при осуществленіи его требованія. Источникъ этого требованія—деликтъ, содержаніе и объемъ его опредѣляется или произволомъ жертвы правонарушенія, или взаимнымъ соглашеніемъ обоихъ—пострадавшаго отъ кражи и совершившаго ее. Что отъ подобнаго соглашенія не откажется правонарушитель, въ томъ едвали можно сомнѣваться, по крайней мѣрѣ, въ виду того обстоятельства, что уплата вознагражденія избавляетъ его отъ гораздо худшаго зла, т. е. отъ права мщенія.²

Если сравнить *actio furti manifesti* и *actio furti nec manifesti* въ томъ ихъ видѣ, какой они имѣютъ въ XII таблицахъ, то не трудно замѣтить, что все различіе ихъ состоитъ и выражается въ характерѣ кондемнаціи. По одному изъ этихъ исковъ, именно по второму, отвѣтчикъ присуждается къ уплатѣ опредѣленной, закономъ фиксированной суммы—*duplum*, напротивъ, по другому—размѣръ кондемнаціи устанавливается самими сторонами. И въ томъ,

¹ *Moyle, Justiniani institutiones, 631.*

² *Leist, Altarisches jus civile, 412.*

и въ другомъ случаѣ рѣчь идетъ не о реституціи похищенной вещи и даже не о возмѣщеніи причиненнаго вреда: сумма, уплачиваемая виновникомъ правонарушенія, въ нѣсколько разъ превосходитъ стоимость предмета кражи, и потому правильнѣе на нее смотрѣть какъ на выкупъ, т.-е. какъ на цѣну, за которую деликвентъ пріобрѣтаетъ примиреніе у своего противника. Но при *actio furti nec manifesti* эта цѣна опредѣляется по особому тарифу, безусловно обязательному для обѣихъ сторонъ, — самъ законъ обязываетъ ихъ войти въ соглашеніе, заключить договоръ, который можетъ быть названъ вынужденнымъ договоромъ примиренія (*decisio damni*), такъ какъ при отсутствіи такого соглашенія судья устанавливаетъ по собственному усмотрѣнію размѣръ удовлетворенія, соотвѣтствующій двойной стоимости похищенной вещи¹. *Actio furti manifesti* приводитъ, въ концѣ концовъ, къ такому же самому договору², который, однако, является здѣсь добровольнымъ соглашеніемъ и заключается для опредѣленія суммы не штрафа, а композиціи: замѣна композиціи обыкновеннымъ штрафомъ составляетъ несомнѣнный результатъ преторской практики.

Какъ было уже выше замѣчено, *jus paciscendi* имѣло широкое примѣненіе и огромное значеніе во всѣхъ дѣлахъ о кражахъ. Оно могло предшествовать вчатію иска, могло и слѣдовать за нимъ. Но предшествовало ли частное соглашеніе иску, или слѣдовало за нимъ, цѣль его была одна и таже — установить не обязательство, а только содержаніе требованія, возникшаго изъ *furtum*. Древній законъ, признавая извѣстное дѣйствіе противозаконнымъ, предоставляетъ самымъ частнымъ лицамъ связать съ нимъ тѣ или другія послѣдствія. Таковъ именно законъ XII таблицъ относительно *furtum manifestum*: это — норма съ неопредѣленной санкціей, отдающая судьбу правонарушителя на усмотрѣніе или самого потерпѣвшаго или судьи. Если воръ подчиняется условіямъ, предложеннымъ потерпѣвшимъ, т. е. если оба заинтересованные лица войдутъ въ соглашеніе, носящее техническое названіе *pactio*, добровольное соглашеніе, то требованіе, возникшее изъ *furtum*

¹ XII tab. VIII, 16: *si adorat furto, quod nec manifestum erit—duplione damnum deceditio.*

² *Ulp. l. 7 § 14 D. 2. 14: nam et de furto pacisci lex (XII tab.) permittit.* Ср. *Gell., XX, 1.*

manifestum, получаетъ вполне определенное содержаніе, и въ содѣйствіи общественной власти не представляется никакой надобности. Но если такое соглашеніе не состоится, тогда *fur manifestus* подвергается аддикціи, которая и тяготѣетъ надъ нимъ, пока онъ не удовлетворитъ требованій, диктуемыхъ усмотрѣніемъ истца. Аддикціи не избѣгалъ и *fur nec manifestus*, когда онъ оказывался несостоятельнымъ. Указанія на нее и на ея послѣдствія имѣются, между прочимъ, въ комедіяхъ Плавта¹. Но аддицируя *fur nec manifestus*, судья вмѣстѣ съ тѣмъ точно опредѣляетъ размѣръ исковыхъ притязаній, принуждая истца и отвѣтчика подчиниться той оцѣнкѣ иска, которую онъ предложитъ имъ: *si adorat furto—damnum decidito*.

Изъ сказаннаго само собой вытекаетъ заключеніе, что и *actio*, и *decisio damni*, сопровождающія—одно—*furtum manifestum*, другое—*furtum nec manifestum*, не производятъ обязательства, а предполагаютъ его.

3.

Перейдемъ теперь къ постановленіямъ XII таблицъ относительно т. н. имущественныхъ поврежденій и рассмотримъ тѣ изъ нихъ, которыя замѣтнѣе другихъ обнаруживаютъ архаическую структуру деликта.

Нѣтъ ни одного древняго законодательства, въ которомъ не говорилось бы болѣе или менѣе подробно объ имущественныхъ поврежденіяхъ. Кодексъ децемвировъ содержитъ въ себѣ также довольно много постановленій по этому предмету. Онъ даетъ довольно длинный перечень различныхъ случаевъ поврежденія вещи, опредѣляетъ ихъ юридическія послѣдствія, но исходитъ при этомъ не отъ общаго принципа и даже не отъ типическихъ, а, напротивъ, отъ индивидуальныхъ особенностей каждаго конкретнаго факта правонарушенія. Это, впрочемъ, само собой понятно и вполне соответствуетъ духу времени. Отъ древняго законодательнаго сборника нельзя требовать того, что мы находимъ въ со-

¹ Примѣры приведены у *Demelius*, *Plautische Studien* (*Zeitschr. f. Rgeschichte*, I), 362 слѣд. Ср. также *Gellius*, XI, 18, 18 (*Cato*): *fures privatorum furtorum in nervo atque in compedibus aetatem agunt*.

временныхъ конфикаціонныхъ работахъ, и было бы болѣе удивительнымъ, если бы сохранившіеся отрывки XII таблицъ представляли собой не беспорядочное перечисленіе проступковъ, подлежащихъ разсмотрѣнію суда, а цѣльную систему, общія понятія и точныя опредѣленія.

Въ числѣ имущественныхъ поврежденій, предусмотрѣнныхъ децемвирами, мы находимъ поджогъ строеній, причиненіе вреда посѣвамъ, порубку деревьевъ, колдовство, чародѣйство, порчу рабовъ и другія точно необозначенныя поврежденія вещей, причисленныя животными, подвластными дѣтьми и рабами. Если сравнить эти правонарушенія съ тѣми, о которыхъ упоминаетъ *lex Aquilia*, частью замѣнившій, частью дополнившій правила XII таблицъ, то число ихъ, безспорно, должно быть значительно увеличено. Для характеристики соціального и экономического развитія Римлянъ, конечно, важно было бы знать больше видовъ имущественныхъ поврежденій, чѣмъ сколько намъ извѣстно, но для юриста, изслѣдующаго не самыя фактическія отношенія, а ихъ юридическія послѣдствія, число конкретныхъ фактовъ не представляетъ особеннаго интереса. Поэтому, вовсе нѣтъ необходимости производить работу, которую дѣлаетъ, напр., Фойгтъ, дополняя перечень XII таблицъ видами деликтовъ, не засвидѣтельствованными достовѣрными свѣдѣніями¹.

Отношеніе между виновникомъ вреда и лицомъ, потерпѣвшимъ вредъ,—при какихъ бы условіяхъ оно ни возникало—опредѣляется XII таблицами почти исключительно съ матеріальной, внѣшней стороны. Репрессія слѣдуетъ за всякимъ причиненіемъ имущественнаго ущерба—безразлично, будетъ оно совершено человекомъ, или животнымъ. Наказаніе поражаетъ какъ того, кто дѣйствовалъ съ злымъ умысломъ, такъ и того, кто не достигъ интеллектуальной зрѣлости и дѣйствія котораго вообще не могутъ подлежать вмѣненію². Субъективная сторона правонарушения отступаетъ на задній планъ и не играетъ особенной роли при опредѣленіи послѣдствій его.

¹ Voigt, Die XII Tafeln, II, 529.

² Hepp, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts, § 11.

Въ классическомъ римскомъ правѣ довольно послѣдовательно проводится мысль, что отвѣтственность за дѣянія и обязанность возмѣщенія вреда обусловливаются не однимъ фактомъ причиненія ущерба, а наличностью вины. Безъ этого условія вредъ, совершенный человѣкомъ, разсматривается съ той-же самой точки зрѣнія, какъ и вредъ, причиненный какимъ либо стихійнымъ явленіемъ. Гдѣ нѣтъ вины, тамъ нѣтъ и деликта,—это положеніе много разъ повторяется юристами классической эпохи ¹.

Въ правѣ XII таблицъ доминируетъ діаметрально—противоположная точка зрѣнія. Въ наивномъ представленіи древнихъ римлянъ элементъ воли играетъ такую незначительную роль, что умышленные злодѣянія ставятся на одну доску съ неумышленными, причиненіе ущерба, совершенное животнымъ, составляетъ такой-же деликтъ, какъ и имущественный вредъ, причиненный человѣкомъ. Въ этомъ сказывается свойственный древнѣйшему міросозерцанію анимизмъ и отождествленіе съ человѣкомъ всѣхъ предметовъ природы ².

Въ соотвѣтствіи съ анимизмомъ, господствующимъ на ранней ступени развитія народовъ, право того времени дѣлаетъ одинаково отвѣтственнымъ за нанесенный кому либо вредъ—какъ человѣка, такъ равнымъ образомъ животное и даже неодушевленные предметы. Слѣды такого безразличнаго отношенія къ виновникамъ вреда, способнымъ сознавать свои поступки и лишеннымъ этой способности, болѣе или менѣе ясно обнаруживаются почти во всѣхъ болѣе или менѣе древнихъ памятникахъ ³. Они ясно выступаютъ также и въ законахъ XII таблицъ, которыми вполне достоверно засвидѣтельствована отвѣтственность животныхъ наряду съ отвѣтственностью рабовъ и подвластныхъ дѣтей за совершенный ими вредъ. Правда, децемвиры далеки отъ мысли подвергать возмездію непосредственнаго виновника вреда и предоставляютъ хозяину животного на выборъ—или выдать его потерпѣвшему, или возмѣстить ущербъ. Но едвали будетъ большею смѣлостью утверждать, что въ данномъ случаѣ денежное удовле-

¹ *Ihering*, Das Schuldmoment, 199 слѣд.

² *М. Ковалевскій*, Законъ и Обычай на Кавказѣ, II, 251 слѣд.

³ *М. Kovalewsky*, La Coutume contemporaine et la loi ancienne, 303.

твореніе является правиломъ болѣе поздняго происхожденія сравнительно съ выдачей головой самого виновника.

Какъ было выше замѣчено, въ XII таблицахъ нѣтъ общей нормы, обнимающей всѣ случаи причиненія имущественнаго вреда. Попытки отыскать такую норму, посредствомъ соединенія двухъ текстовъ *Феста*, возбуждаютъ справедливое сомнѣніе въ ихъ основательности¹. Возстановленіе первоначальнаго текста древняго римскаго закона на основаніи двухъ словъ—*rupitias* и *sarcito*, объясняемыхъ *Фестомъ*, но имъ несоединяемыхъ, представляется настолько произвольнымъ, что и самый искъ, — *actio de rupitiis sarcieendis*, соотвѣтствующій реконструированному закону, долженъ быть названъ «мистическимъ»². Тѣ скудныя свѣдѣнія, которыми мы располагаемъ, не содержатъ указаній ни на общую норму, ни на общій искъ. Въ сохранившихся отрывкахъ говорится только о спеціальныхъ и сингулярныхъ правилахъ, опредѣляющихъ послѣдствія отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ причиненія матеріальнаго вреда.

Позднѣйшими юристами удостоверяется существованіе въ правѣ XII таблицъ особыхъ исковъ, основаніемъ для которыхъ служили имущественныя поврежденія, производимыя животными. Таковы, между прочимъ, *actio de pauperie* и *actio de pastu*³. Первый искъ имѣлъ, повидимому, очень широкое примѣненіе у древнихъ римлянъ, на что указываетъ даже и названіе его, такъ какъ *pauperies* обозначаетъ вообще вредъ и убытки, причиняемые четвероногими. Область примѣненія втораго иска, сравнительно, значительно

¹ *Festus: Rupitias* (in) XII significat damnum dederit. Въ другомъ мѣстѣ тотъ-же *Fest* объясняетъ: *sarcito* in XII Serv. Sulpicius ait significare damnum solvito, praestato. Нѣкоторые ученые соединяютъ эти два слова, и получается: *rupitias sarcito*. Ср. *Sell*, die Actio de sarcieendis rupitiis, 1877, 1 слѣд., 8—14. В.—*Hollweg*, Civilpr., I, 173.

² *Pernice*, zur Lehre von den Sachbeschädigungen, 1867, 21 слѣд.; *Karlowa*, Civilproc. 118; *Schoel*, Leges XII tab. reliqiae, 96.

³ *Ulp.* l. 1 pr. D. 9. 1: si quadrupes pauperiem fecisse dicitur, actio ex lege duodecim tabularum descendit.— *Ulp.* l. 14 § 3 D. 19. 5: Si glans ex arbore tua in fundum meum cadat, eamque immisso pecorem depascam,—neque ex lege XII tab. de pastu, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie—agi posse. Ср. *Dirksen*, l. c. 532; *Pernice*, l. c., 222; *Glück*, Pand., X, 275; *Zimmern*, Das System der röm. Noxalklagen, 1818, 79 слѣд.

уже,—она ограничивается случаями поправки, совершенной скотом¹. Но и тотъ, и другой искъ приводитъ къ однимъ и тѣмъ-же послѣдствіямъ. Хозяинъ обязанъ или возмѣстить причиненный его животными убытокъ, или выдать виновниковъ вреда лицу потерпѣвшему: *«aut dari id quod nocuit, id est animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offere»* (Ulp).²

Такъ какъ древній римскій законъ приравниваетъ къ животнымъ и рабовъ, то совершенно естественно, что онъ опредѣляетъ вполне аналогично послѣдствія имущественныхъ поврежденій, производимыхъ и тѣми, и другими. Непосредственно отвѣтственнымъ является рабъ, въ чемъ бы вредоносное дѣйствіе его ни состояло: *«si servus furtum facit noxiamve noxit»*. Въ смыслѣ XII таблицъ *noxia*—слово, имѣющее нѣсколько значеній—обозначаетъ всякій деликтъ, кромѣ воровства, слѣдовательно, и поврежденія имущества, но въ юридическомъ отношеніи это—такой-же деликтъ, какъ и воровство³. Поэтому, если рабъ причиняетъ своими дѣйствіями какія либо убытки постороннему лицу, то отвѣтственности подвергается прежде всего самъ ближайшій виновникъ вреда. Но пока рабъ остается рабомъ, никакой искъ не можетъ имѣть мѣста противъ него. Искъ долженъ быть направленъ противъ хозяина, который, однако, не будучи связанъ личной отвѣтственностью, не обязанъ и возмѣщать причиненный рабомъ убытокъ,—отъ его усмотрѣнія вполне зависитъ выдать головой потерпѣвшему самого

¹ *Festus* v. *pauperies*—„damnum dicitur quod quadrupes facit“. Ср. *Ulp.* l. 1 § 3 D. 9. 1: *pauperies* est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.—

² *Paul.* R. S. I, 15 § 1: Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat.

³ XII tab. XII, 2.—*Fest.*: *noxia*, ut *Serv. Sulpicius Rufus* ait, damnum significat, apud poetas autem et oratores ponitur pro culpa.—*Serv.* ad *Aen.*: noxa pro noxiam; et hoc interest inter *noxam* et *noxiam*, quod noxia culpa est, noxa autem poena. Quidam noxa quae nocuit, noxia id quod nocitum accipiunt.—*Gai.* l. 238 § 3 D. 50. 16: *noxiae* appellatione omne delictum continetur.—§ 1 J. 4. 8: noxa autem est corpus quod nocuit, id est servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.—Ср. *Schoel*, l. c. 66; *Voigt*, *Bedeutungswechsel gewiss. lateinisch. Ausdrücke*, 1872, 126 слѣд.; *Wordsworth*, *Fragments*, 528.

деликвента: *aut litis aestimationem sufferere aut hominem noxae dedere*¹.

Правила, нормирующія послѣдствія противозаконныхъ дѣйствій рабовъ, законодательный памятникъ децемвировъ примѣняетъ во всей ихъ полнотѣ и къ другимъ членамъ римской *familia*, хотя и свободнымъ, но также подчиненнымъ власти домовладыки. *Paterfamilias* не отвѣчаетъ и за деликтныя дѣйствія подвластныхъ ему лицъ свободного состоянія. Хотя юридическое положеніе лицъ этого класса, въ общемъ, существенно отличается отъ положенія рабовъ, тѣмъ не менѣе право XII таблицъ не проводитъ между ними никакого различія, когда дѣло идетъ объ отвѣтственности ихъ за деликты: по усмотрѣнію домовладыки, *noxae datio* подлежатъ и тѣ, и другіе².

Всѣ эти постановленія древнѣйшаго римскаго права—какъ тѣ, которыя касаются деликтовъ подвластныхъ, такъ и тѣ, которыя устанавливають репрессію за вредоносныя дѣйствія животныхъ—являются выраженіемъ одного общаго принципа. Они происходятъ изъ того же источника, изъ котораго берутъ свое начало и нормы о *talio* за увѣчья и *addictio* за воровство.

Давно уже было высказано предположеніе, что *noxae datio* первоначально соотвѣтствовало дѣйствительному и безусловному праву требовать выдачи головой виновниковъ ущерба для совершенія надъ ними мести³. Это предположеніе не можетъ быть подтверждено прямыми фактами изъ исторіи римскаго права,—нѣкоторые изъ нихъ даже, повидимому, противорѣчатъ ему. Тѣмъ не менѣе интерпретація отдѣльныхъ текстовъ, принадлежащихъ позднѣй-

¹ *Gai.*, IV, 75.—Ср. *Ulp.* I. 2 § 1 D. 9. 4: Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur.

² *Gai.* IV, 75: ex maleficiis filiorum familias servorumque — noxales actiones proditae sunt, ut liceret patri aut litis aestimationem sufferere aut noxae dedere.— § 7. J. 4.8: *veteres* quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Ср. *Sell*, Aus dem Noxalrechte der Römer, 1879, 63—65; *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, II, 154.

³ *Dirksen*, Civilistische Abhandlungen, I, 104; *Ihering*, Geist, I, 131; *Hepp*, Die Zurechnung, 103.

шимъ юристамъ, не въ состояніи разрушить убѣжденіе, сложившееся на основаніи историческихъ аналогій, что правило XII таблицъ содержитъ въ себѣ модифицированный и смягченный обычай болѣе древняго культурнаго состоянія, когда мести не избѣгалъ не только человѣкъ, но также животное и неодушевленный предметъ¹. Къ аналогіямъ, на которыя обыкновенно ссылаются для подтвержденія этого положенія, можно присоединить нѣкоторыя и изъ исторіи нашего древнѣйшаго права. Можно сослаться, между прочимъ, на извѣстную статью Русской Правды, содержащую въ себѣ не только правило о выдачѣ головой, когда виновникомъ правонарушенія оказывается лицо несвободное, но и указаніе на то, что выдача головой (*похае datio*), въ историческомъ порядкѣ возникновенія, предшествовала денежному удовлетворенію: *«аже холопъ оударитъ свобода мужа, а оубьжитъ въ хоромы, а господинъ его не выдастъ, то платити зань господину 12 гривенъ; а затѣмъ аще гдѣ налезеть оударенныи тои своего исца, который его оударилъ, и Великий Князь то Ярославъ Володимеричъ былъ оуставилъ оубити, но то сынове его по немъ оуставиша на коуны, или вязати, или бити развязавше, или взяти гривна коунъ за соромъ»*².

Приведенная статья Русской Правды, хотя она и не касается имущественныхъ поврежденій, выражаетъ, однако, тотъ принципъ, который лежитъ въ основаніи ноксальныхъ исковъ, и выражаетъ его, при этомъ, въ самомъ примитивномъ видѣ, указывая также и предшествовавшую ступень его развитія. Сфера мести, до того времени обнимавшая и правонарушенія, совершаемыя несвободными лицами, отнынѣ, со времени сыновей Ярослава, ограничивается и даже замѣняется денежнымъ удовлетвореніемъ. На этой послѣдней стадіи развитія находится и римское право эпохи XII таблицъ. Оно стало настолько раціональнымъ, что уже не говоритъ объ отвѣтственности неодушевленныхъ предметовъ за ущербъ, отъ нихъ происходящій; но къ имущественнымъ поврежденіямъ,

¹ *Bekker*, Die Aktionen, I, 183—186; *Muirhead*, Introduction historique au droit de Rome, 154; *Moyle*, l. c., 578 и цитир. имъ *Holmes*, Lectures on the Common Law, 9.

² Ст. 76 (списокъ Карам.); ср. *Калачовъ*, предвар. свѣдѣнія для объясненія Русской Правды, 152.

производимымъ животными, и оно относится такъ же, какъ и къ деликтамъ, совершаемымъ рабами и вообще подвластными лицами. Кто бы ни былъ ближайшимъ виновникомъ вреда, потерпѣвшій добивается своего удовлетворенія съ помощью тѣхъ средствъ, которыя въ позднѣйшемъ правѣ составили особую систему ноксальныхъ исковъ¹.

Ноксальные иски сохранили первоначальныя свои черты и въ развитомъ римскомъ правѣ². Они не подверглись существеннымъ и принципиальнымъ измѣненіямъ въ теченіе всего длиннаго періода ихъ развитія, начиная съ XII таблицъ и оканчивая кодификаціей Юстиніана. Поэтому, ихъ структура должна содержать въ себѣ особенно обильныя указанія на процессъ зарожденія древняго римскаго обязательственнаго права.

Отличительная особенность ноксальныхъ исковъ выражается въ томъ, что отвѣтчикомъ по нимъ является лицо, въ дѣйствительности, неотвѣтственное за правонарушеніе, служащее ихъ основаніемъ: «*ex persona servi tenentur*», говоритъ юристъ Павелъ³. Хотя искъ и направляется противъ домовладыки, но послѣдній считается не столько отвѣтчикомъ, сколько возможнымъ защитникомъ настоящаго деликвента. Безусловной обязанности отвѣчать по иску—*suscipere iudicium*—и возмѣстить причиненный ущербъ для него не существуетъ: «*noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere*»⁴. Въ процессуальномъ отношеніи домовладыку можно уподобить скорѣе *vindex*у, чѣмъ отвѣтчику,—онъ имѣетъ право, но отнюдь не обязанъ принимать на себя роль отвѣтчика.

Даже изъ тѣхъ свѣдѣній, какія сообщаютъ позднѣйшіе римскіе юристы, можно вывести заключеніе, что потерпѣвшему былъ открытъ путь вознаградить себя за убытки, причиненныя дѣйствіями чужихъ рабовъ, не обращаясь непосредственно съ требованіемъ

¹ *Ulp.* l. 9 § 1 D. 27. 6: *adversus eas personas, quae alieno juri subjectae sunt, noxales erunt.*—Ср. *Gai.* IV, 80 и 81; *Pomp.* l. 33 D. 9. 4; пр. J. 4. 9: *animalium nomine—noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est.*

² *Girard*, Les actions noxales (*Nouvelle Revue hist. de droit*, t. XI, 409—449 t. XII, 31—58).

³ *L.* 20 пр. D. 11. 1. 1.—Ср. *Gai.* l. 29 eod.: *et habenti in potestatem liberum est evitare iudicium, si indefensam eam personam relinquat.*

къ ихъ собственнику. Этотъ путь, на который впервые было указано *Беккеромъ*, представляетъ собой обыкновенную форму самоуправства, поставленнаго, впрочемъ, подъ контроль судебной власти. Рабъ—делинквентъ можетъ быть задержанъ способомъ, очень сходнымъ съ тѣмъ, который примѣнялся, въ эпоху XII таблицъ, къ несостоятельнымъ должникамъ,—и, притомъ, какъ тогда, когда у него вообще нѣтъ защитника, такъ и тогда, когда домовладыка отказывается его защищать: *si cum ab eo non defenderetur, jussu praetoris eum (servum) duxerim*¹. Слѣдовательно, ноксальный искъ далеко не всегда оказывается и необходимымъ, подобно тому, какъ не всегда дѣло доходило и до *legis actio per manus injectionem* при взысканіи долга на основаніи *noxum*. Условіемъ возможности процесса будетъ въ одномъ случаѣ вмѣшательство *vindex'a*², въ другомъ — заступничество собственника или, по крайней мѣрѣ, владѣльца.

Ноксальные иски суть иски деликтные, но они вовсе не предполагаютъ въ составѣ правонарушенія, служащаго ихъ основаніемъ, наличности субъективнаго элемента, вины,—иначе было бы совсѣмъ непонятнымъ причисленіе къ нимъ и *actio de pauperie*³. Отсюда сама собой явствуется ошибочность мнѣнія тѣхъ изслѣдователей, которые презумируютъ вину домовладыки для того, чтобы объяснить существованіе исковъ, направленныхъ противъ него, но основанныхъ на деликтахъ, совершенныхъ не имъ, а подвластными ему лицами и животными. Къ такой неправдоподобной презумціи совершенно бесполезно прибѣгать, такъ какъ источники—даже позднѣйшіе—ясно указываютъ на фактъ личной

¹ *Afr.* l. 28 D. 9. 4.—*Paul.* l. 2 § 1 D. 2. 9: *si servus praesens est, dominus abest, nec quisquam servum defendit, ducendus erit jussu praetoris.*—*Paul.* l. 26 § 6 D. 9. 4: *si praesens dominus defendere noluerit, ne alterius dolus aut insidia aliis noceat... jussu enim praetoris ductus in bonis fit eius qui duxit.*—*Paul.* l. 6 D. 6. 2: *si servum ex causa noxali quia non defendebatur, jussu praetoris duxero.* См. *Bekker*, *Das Recht des Besitzes*, 1880, 50—57 (Exkurs ueber Noxalklagen).

² *Gai.* IV, 21: „*manus injicio*“... *qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore.*

³ *Ulp.* l. 1 § 2 D. 47. 1: *non tantum in furti, verum in ceteris quoque actionibus quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt, sive honorariae, id placet, ut noxa caput sequatur.* Ср. *Ulp.* l. 1 § 14 D. 9. 1; l. 1 § 12 eod.: *et in quadrupedibus noxa caput sequitur.*

отвѣтственности самихъ непосредственныхъ виновниковъ деликта¹. О немъ говоритъ извѣстное правило: *noxa caput sequitur*, на него указываетъ и выше отмѣченная форма самоуправнаго задержанія.

Правило—*noxa caput sequitur*—выражаетъ ту мысль, что отвѣтственность за правонарушеніе тѣснѣйшимъ образомъ связана съ самимъ виновникомъ, и направленіе ноксальнаго иска всегда измѣняется съ перемѣной лица, имѣющаго власть надъ делинквентомъ и даже обусловливается наличностью этой власти². Форма самоуправнаго задержанія—*ductio servi*, примѣняемая, когда домовладыка отсутствуетъ или не желаетъ защищать делинквентовъ, также указываетъ на то, что еслибы не тяготѣла власть другого лица надъ рабомъ, совершившимъ правонарушеніе, то не было бы условій и для ноксальнаго иска. Словомъ, въ основѣ ноксальныхъ исковъ лежитъ признаніе за потерпѣвшимъ права на самихъ виновниковъ нанесеннаго ему ущерба, какъ дѣйствительныхъ делинквентовъ, но это право, по требованію закона, можетъ быть осуществлено не прежде, чѣмъ будетъ прекращена или, по крайней мѣрѣ, парализована та власть—*patria potestas* или *dominium*, которая опредѣляетъ ихъ зависимость отъ другихъ лицъ.

Когда вчинается *actio noxalis*, требованіе истца удовлетворяется не немедленно, и самый способъ удовлетворенія его зависитъ отъ выбора отвѣтчика. Напротивъ, когда примѣняется та мѣра, которую римскіе юристы описываютъ словами «*ducere jussu paetoris*», истецъ получаетъ немедленное удовлетвореніе—и оно состоитъ въ томъ, что виновникъ правонарушенія поступаетъ въ полное распоряженіе потерпѣвшаго.

Въ этомъ различіи процессуальныхъ средствъ и ихъ послѣдствій отражается характеръ различныхъ историческихъ эпохъ.

¹ См. *Glück*, X, 287. Ср. *Vangerow*, *Pand.*, III, § 689; *Girard*, l. c., 32 слѣд. Важно въ особенности l. 1 § 11 D. 9. 1: *quum arietes vel boves commissent et alter alterum occidit, Q. Mucius distinxit, ut si quidem is periisset, qui aggressus erat cessaret actio; si is, qui non provocaverat, competerat actio, quamobrem eum sibi aut noxiam sarcire, aut in noxam dedere oportere.*

² *Gai.* IV, 77: *omnes autem noxales actiones caput secuntur. Nam si filius tuus servusve noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse.—Ulp.* l. 42 § 2 D. 9. 4: *proinde et si servus ad alium pervenisse proponatur, jure dominii noxali judicio novus dominus convenietur.*

Сохранившееся въ классическомъ правѣ задержание раба представляетъ собой архаическій остатокъ системы примитивнаго права, полную аналогію личнаго задержанія—*manus injectio*, практиковавшагося въ древности въ широкихъ размѣрахъ. Оно даетъ наглядное представленіе и о древнѣйшей формѣ репрессіи, слѣдовавшей за вредоносными дѣйствіями животныхъ и лицъ подвластныхъ, и о томъ переворотѣ, какой былъ произведенъ въ этомъ отношеніи системой ноксальныхъ исковъ.

Въ правѣ потерпѣвшаго задержать виновника вреда выступаетъ со всей наглядностью проявленіе идеи мести, а въ обращеніи къ домовладыкѣ съ требованіемъ о *noxae deditio*—первое ограниченіе ея. *Ductio servi* указываетъ на существованіе у древнихъ римлянъ порядка болѣе простаго и менѣе сложнаго, чѣмъ *noxae deditio*.

Первоначально потерпѣвшій едва ли справлялся относительно юридическаго положенія виновника причиненнаго ему вреда,—онъ захватывалъ такового и расправлялся съ нимъ по собственному усмотрѣнію. Местъ есть начало, равно примѣнимое ко всѣмъ случаямъ имущественныхъ поврежденій, независимо отъ того, кто совершаетъ ихъ—лицо свободное, рабъ или животное. Впрочемъ, практика безконтрольной мести ко времени составленія XII таблицъ свелась и въ этой сферѣ, какъ и въ другихъ, къ одной изъ разнообразныхъ формъ личнаго задержанія виновниковъ правонарушенія съ вѣдома и одобренія общественной власти. Законъ не устранилъ начала личнаго возмездія въ примѣненіи къ деликтамъ подвластныхъ лицъ и вредоноснымъ дѣйствіямъ животныхъ, но онъ подчинилъ проявленіе мести особымъ условіямъ, значительно стѣсняющимъ произволь мстителя. Потерпѣвшій не лишенъ возможности учинить расправу надъ делинквентомъ, но для этого онъ долженъ предварительно заручиться разрѣшеніемъ судьи¹.

Децемвирами была санкціонирована выдача головой, какъ мѣра, замѣняющая местъ, первобытную и неорганизованную, местью, поставленною подъ контроль общественной власти. Съ такимъ значеніемъ *noxae deditio* не было чуждо древнимъ римлянамъ даже въ сферѣ ихъ международныхъ отношеній. Римляне нерѣдко имъ

¹ Girard, l. c. 49; Sell, Aus dem Noxalrechte der Römer, 2 слѣд. Ср. впрочемъ, Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, II, 105.

пользовались для того, чтобы отвратить отъ себя мечь сосѣднихъ народовъ,—*noxae deditio* подвергается тотъ, кто нападаетъ на иноземнаго посла, ему подлежить и полководецъ, заключившій съ врагомъ унижительный договоръ ¹.

Въ отношеніяхъ частныхъ лицъ *noxae deditio* исполняетъ ту-же роль, что и *addictio*. Различіе между ними, конечно, есть, но оно сводится, главнымъ образомъ, къ различію юридической квалифікаціи объектовъ этихъ актовъ. Выдача головой будетъ то *noxae deditio*, то *addictio*, смотря потому, кто ей подвергается,—если рабъ или другое подвластное лицо, выдача головой называется *noxae deditio*, если же лицо свободное и самостоятельное (*persona sui juris*), она получаетъ техническое названіе *addictio* ².

Та форма, въ которой выражается, на основаніи XII таблицъ, реакція противъ подвластныхъ — делинквентовъ и вредоносныхъ животныхъ, свидѣтельствуешь очевиднымъ образомъ, что *noxae deditio* уже отрѣшается отъ присущихъ ему элементовъ мести. Оно, какъ и *addictio*, перестаетъ быть необходимымъ и единственнымъ способомъ удовлетворенія претензій потерпѣвшаго и вводится въ строгія и точно опредѣленныя рамки. Потерпѣвшій можетъ требовать выдачи виновниковъ причиненнаго ему вреда, но онъ не въ правѣ самовольно ихъ задержать. Собственникъ или домовладыка имѣетъ право выдать ихъ головой, но обязаннымъ къ этому онъ можетъ быть лишь въ силу приговора судьи,—да и то, если не предпочтетъ избрать себѣ другой путь.

Словомъ, прежняя безусловная обязанность лица, подъ властью котораго находится делинквентъ, немедленно произвести *noxae deditio*, превратилась теперь въ эвентуальное право его. Эту историческую перемѣну отлично выражаетъ Гай, опредѣляя сущность ноксальныхъ исковъ: *quarum actionum vis ac potestas haec est ut liceat nobis deditioe ipsius corporis quod delinquerit, evitare litis aestimationem* ³.

Такимъ образомъ, деликты подвластныхъ лицъ и вредоносныя дѣйствія животныхъ входятъ въ кругъ фактовъ, производящихъ

¹ *Liv.* IX, 6, 8. Ср. *Sell*, I. с. 3—9; *Leist*, *Graeco-italische Rechtsgeschichte*, 448, 500.

² *Voigt*, *Die XII Tafeln*, II, 605.

³ *Gai.* I. 1. D. 9. 4. Ср. *Sell*, I. с., 11.

обязательственныя отношенія, реализуемыя посредствомъ личныхъ исковъ. Отношенія эти представляютъ нѣкоторыя особенности, но не настолькоъ значительныя, чтобы ихъ необходимо было выдѣлить изъ области обязательственнаго права и отнести въ сферу права вещнаго. Правда, *actio ex delicto noxalis* имѣетъ извѣстное сходство съ вещнымъ искомъ, состоящее, между прочимъ, въ томъ, что по обоимъ искамъ отвѣтчикъ опредѣляется въ моментъ не возникновенія требованія, а осуществленія его судебнымъ порядкомъ. Но это сходство не есть тождество уже потому, что до совершенія *noxae deditio*, которое, притомъ, и вовсе можетъ быть несовершенно, истецъ не стоитъ ни въ какомъ непосредственномъ отношеніи къ дѣйствительнымъ делинквентамъ—ни какъ *dominus*, ни какъ *paterfamilias* ¹.

Безъ произвольныхъ гипотезъ нельзя придти къ выводу, что въ данномъ случаѣ съ деликтомъ *ipso jure* соединяется для потерпѣвшаго право виндигировать виновника вреда ². Виндикація предполагаетъ право абсолютное и неизмѣнное по своему содержанію. Отвѣтчикъ по этому иску не можетъ уклониться отъ выдачи виндицируемой вещи,—между тѣмъ къ *noxae deditio*, наоборотъ, никто не можетъ быть принужденъ, если онъ того не желаетъ, совершенно такъ же, какъ никто не долженъ подвергаться противъ собственнаго желанія и наказанію по правилу тальона. Осюда слѣдуетъ, что формой наиболѣе пригодной для цѣлей нохсальнаго иска могли быть или *legis actio per manus injectionem*, или *legis actio sacramento in personam* ³.

Подобно другимъ правонарушеніямъ архаической структуры, и рассматриваемые деликты характеризуются тѣмъ, что проистекающія изъ нихъ послѣдствія законъ опредѣляетъ въ слишкомъ общей формѣ. *Noxiam sarcire, damnum decidere, noxae dedere*—всѣ эти и подобныя выраженія ни мало не опредѣляютъ самаго содержанія обязательствъ, ими санкціонированныхъ. Они содержатъ въ себѣ не болѣе какъ только признаніе за извѣстными фактами значенія источниковъ обязательственныхъ отношеній, оставляя на усмотрѣ-

¹ Ср. *Zimmern*, l. c. 213 слѣд.; *Sell*, l. c., 80 слѣд.

² *H. Krüger*, l. c., 385; *Kuntze*, Excursus, 455.

³ *Karlowa*, Civilpr. 121.

ніе заинтересованныхъ лицъ прекратить эти отношенія тѣмъ или инымъ способомъ.

Размѣръ удовлетворенія устанавливается по взаимному соглашенію истца и отвѣтчика, — законъ ограничивается лишь тѣмъ, что назначаетъ, такъ сказать, *taximum*, котораго, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, можетъ достигнуть требованіе потерпѣвшаго ¹. *Noxae deditio* есть такая же угроза, какъ и *talio esto*, — угроза отвѣтчику бѣльшимъ зломъ, чтобы заставить его уладить распрю съ своимъ противникомъ мирнымъ путемъ, путемъ добровольнаго соглашенія относительно размѣра подлежащаго уплатѣ штрафа. И эта угроза не была пустой, если принять во вниманіе, что тотъ, кому выдавался головой виновникъ деликта, пріобрѣталъ, по кравней мѣрѣ, первоначально власть не временную, а постоянную. Какъ актъ юридическій, и именно актъ отчужденія права, *noxae deditio* подверглась существеннымъ ограниченіямъ лишь значительно позднѣе. Только въ классическомъ правѣ, да и то примѣнительно къ однимъ подвластнымъ свободнаго состоянія, было признано, что *noxae deditus* долженъ быть освобожденъ изъ кабальной зависимости послѣ того, какъ онъ своею работою возмѣститъ причиненный имъ вредъ ². Относительно же рабовъ старый принципъ оставался въ силѣ, повидимому, до времени Юстиніана ³.

Въ виду такой альтернативы, создаваемой условіями ноксальной отвѣтственности, несомнѣнно, что *paterfamilias* или *dominus* скорѣе и охотнѣе воспользуется предоставленнымъ ему правомъ заплатить композицію, чѣмъ уступить потерпѣвшему въ полное распоряженіе и, слѣдовательно, навсегда лишиться кого-либо изъ своихъ подвластныхъ или рабовъ. Указаніе на эту композицію и содержится въ легальномъ выраженіи *damnum dicidere*. Въ смыслѣ заключать договоръ объ уплатѣ композиціи *decidere* употребляется

¹ *Ulp.* l. 6 § 1 D. 42. 1: *noxae deditio in solutione est, quae ex lege (XII tab.) tribuitur.* Ср. *Cuiq.* *Les institutions juridiques*, 369.

² *Papin.* (Coll. leg. Mos. et Rom. II, 3, 1): *per hominem liberum noxae deditum, si tantum acquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore, qui noxae accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur.* — *Gai* I, 140. Ср. *Girard*, l. c., 439.

³ § 3. J. 4. 8: *nec minus perpetuum ejus (servi) dominium a domino transfertur: si autem damnum ei cui deditus est resarcierit quaesita pecunia, auxilio praetoris, invito domino, manumittetur.* — Ср. *Sell*, l. c., 13.

нерѣдко, и съ нимъ обыкновенно связывается совершенно такое же значеніе, какое придаютъ XII таблицъ слову «*pacere*», «*paciscere*». Оно обозначаетъ актъ примиренія, договоръ о выкупѣ¹, который, однако, оказывается для одной стороны, до известной степени, договоромъ принудительнымъ и обязательнымъ. Потерпѣвшій обязанъ подчиниться, если *dominus* (*paterfamilias*) предпочитаетъ заплатить выкупъ вмѣсто выдачи головой самого делинквента. Отсюда ясно, что въ *damni decisio* находятъ себѣ выраженіе идея той композиціи, которую принято называть легальной.

Договоръ о выкупѣ въ случаяхъ ноксальной отвѣтственности, какъ и самая идея этой отвѣтственности, представляетъ собой явленіе, общераспространенное на раннихъ ступеняхъ общественной жизни. Указанія на него имѣются во всѣхъ болѣе или менѣе древнихъ юридическихъ памятникахъ², въ томъ числѣ и въ Русской Правдѣ, изъ которой, для примѣра, можно привести слѣдующую статью: «аже ли холопъ покрадетъ кого либо, то господину выкупати и, либо выдати и съ кымъ будетъ кралъ: а женъ ни дѣтемъ не надобе, а оже будутъ съ нимъ крали или хоронили, то всѣхъ ихъ выдати»³. Общій смыслъ статьи ясенъ. Относительно кражи, совершенной холопомъ, постановляется, что хозяинъ можетъ избѣжать выдачи головой виновнаго холопа, но инаиначе, какъ посредствомъ заключенія съ потерпѣвшимъ своего рода *damni decisio*, договора о выкупѣ.

Посредствомъ *damni decisio* опредѣляется цѣна искупленія, тотъ эквивалентъ, уплатой котораго замѣняется выдача головой делинквента. Въ формѣ *damni decisio* здѣсь, какъ и при *furtum nec manifestum*, находятъ себѣ выраженіе, съ одной стороны, обѣщаніе уплатить известную пеню, съ другой—отказъ отъ требованія *noxae datio*. Этимъ договоромъ погашается сила первоначальной

¹ Cic. pro Rosc. Am. 39, 114: cum Chrysogono transigeret atque decideret;—in Verr. II, 32, 79: cum accusatore decidet.—См., далѣе, примѣры у Voigt, XII Tafeln, I, 558, II 551. Ср. Wordsworth, Fragments, 528; Brisson. De verb. signific. v. *decidere*.

² Girard, l. c., 51—55; Dareste, La science du droit en Grèce, 134. Ср. также Hepp, Die Zurechnung etc.

³ Ст. 132 (карамз. списокъ). Ср. Калачовъ, l. c., 157; Станиславскій, Изслѣдованіе началъ огражденія имущественныхъ отношеній въ древнихъ памятникахъ рус. законодательства, 192 (юрид. сборникъ Мейера).

чальнаго иска ¹, хотя самое обязательство можетъ еще и не быть прекращено. Последнее прекращается дѣйствительнымъ удовлетвореніемъ требованія, договоръ же лишь производитъ оцѣнку его.

Слѣдовательно, обязательство не измѣняетъ своего основанія и послѣ *damni decisio*,—оно остается тѣмъ, чѣмъ было и до этого момента, т. е. обязательствомъ *ex delicto*. *Damni decisio* измѣняетъ только способъ взысканія по деликтному обязательству: если оно состоится, потерпѣвшій удовлетворяется уплатой штрафа, назначеннаго по взаимному соглашенію съ отвѣтчикомъ; если же оно не состоится, то делинквентъ подвергается, въ силу приговора судьи и въ возмездіе за совершенный деликтъ, всѣмъ послѣдствіямъ, связаннымъ съ похасе *deditio*. Этого значенія *damni decisio* не утратило и въ позднѣйшемъ правѣ ².

4.

Въ дополненіе къ вышеизложенному слѣдовало бы нѣсколько подробнѣе остановиться на анализѣ того договорнаго соглашенія (*pactio u damni decisio*), посредствомъ котораго у древнихъ римлянъ совершалось вытѣсненіе системы частной мести и утверждалась система денежныхъ вознагражденій за правонарушенія. Но объ этомъ, насколько позволяютъ источники, будетъ сказано въ послѣдней главѣ, а теперь обратимся къ разсмотрѣнію договоровъ системы XII таблицъ.

¹ L. 13 C. 6. 2: post decisionem furti leges agi prohibent.—Ulp. l. 7 pr. D. 13. 1: decisione enim furti actio—tollitur.

² Afr. l. 62 (61) § 1 D. § 47. 2: agendo—consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinuas. Cp. Savigny, System, V, 567—572.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ИСТОЧНИКИ ДРЕВНѢЙШАГО ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА.

ДОГОВОРЫ.

* Дикъ. Ромъ, титл. IV, 13. См. Нейдартъ, Staat und Recht der rom. Kaiserzeit, 117; Келлеръ, Rom. Rechtsgeschichte, I, 108; Келлеръ, Geschichte der Quellen des rom. Rechts, 2, 70; Ледъ, Lege regiae, 115; Бончаровъ, Сомнительно, I, 80.

ГЛАВА VII.

Содержаніе договорнаго обязательственнаго права системы XII таблицъ исчерпывается очень ограниченнымъ числомъ нормъ. Въ противоположность длинному ряду юридическихъ фактовъ, признанныхъ источниками деликтныхъ обязательствъ, перечень договоровъ, способныхъ рождать цивильныя обязательства, оказывается необычайно краткимъ. Размѣры этихъ двухъ частей системы квинтскаго права поражаютъ своимъ несоотвѣтствіемъ и несомнѣннымъ образомъ свидѣтельствуютъ о томъ, что въ періодъ составленія децемвирами законодательнаго сборника договорное обязательственное право было развито очень слабо.

Скудное содержаніе той части квинтскаго гражданскаго права, которая должна нормировать отношенія, возникающія изъ взаимныхъ соглашеній между отдѣльными лицами, нужно принять какъ фактъ, указывающій не только на пробѣлъ въ нашихъ знаніяхъ, но и на дѣйствительное отсутствіе подобнаго рода юридическихъ правилъ. Едвали бы число ихъ значительно возросло, если бы даже наши свѣдѣнія о первомъ римскомъ законодательномъ памятникѣ были полнѣе и обстоятельнѣе.

Правда, преданіе приписываетъ уже Сервію Тулію изданіе 50-ти, оставшихся, впрочемъ, намъ неизвѣстными, законовъ о договорахъ и деликтахъ¹. Но на сообщеніе Діонисія, если даже его можно считать правдоподобнымъ, нельзя ссылаться какъ на показаніе, имѣющее особенную важность. Очень можетъ быть, что законы,

¹ *Dion. Rom. antiq.* IV, 13. Ср. *Bernhöft*, Staat und Recht der röm. Königszeit, 117; *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, I, 106. *Krüger*, Geschichte der Quellen des röm. Rechts, 8; *Voigt*, Leges regiae, 249; *Bouchaud*, Commentaire, I, 85.

о которых упоминает Діонисій, и существовали, но позволительно усомниться, чтобы они внесли и санкціонировали много постановленій относительно обязательственных договоровъ. Какъ ни мала цифра 50, она всетаки предполагаетъ извѣстное разнообразіе житейскихъ отношеній и юридическихъ формъ, а между тѣмъ ничто не въ состояніи разсѣять увѣренности въ томъ, что о такомъ разнообразіи социальныхъ явленій царскаго періода и рѣчи не можетъ быть. Такъ какъ обязательственное договорное право представляется мало развитымъ и медленно и вяло развивается даже послѣ изданія XII таблицъ, то поэтому правдоподобнѣе и вѣроятнѣе, что 50 законовъ Сервія Туллія касались не договоровъ и деликтовъ, а гражданскаго процесса, и по существу были тѣми самыми инструкціями, которыми должны были руководствоваться судьи при разборѣ тяжбъ и инициатива составленія которыхъ приписывается миѳомъ также Сервію Туллію ¹.

Слабое развитіе древняго римскаго договорно-обязательственнаго права характеризуетъ не столько древнихъ римлянъ, сколько эпоху экономической и социальной жизни. Это явленіе наблюдается въ очень раннюю пору культуры права и у другихъ народовъ. Строй примитивнаго общества оставляетъ мало простора для договора вообще и для обязательственнаго договора въ частности, да тогда и не чувствовалось особенной потребности въ свободѣ и разнообразіи договорныхъ отношеній.

Говоря о древнихъ римлянахъ, необходимо прежде всего напомнить, что свобода распоряженія имуществомъ не вполне и безусловно была признана даже XII таблицами,—повидимому таковая была допущена ими только въ отношеніи *res nec mancipi* (*rescunia*). ² До тѣхъ же поръ частное обладаніе, очевидно, не представляло собой вполне обособленной сферы индивидуальнаго господства, а было стѣснено и ограничено зависимостью домоладки отъ членовъ семейной и родовой общины. Принадлежность къ семьѣ и роду приковывала даже самостоятельнаго рим-

¹ *Dion.* IV, 25. Ср. *Muirhead*, Introduction historique, 112; *Cuzq*, Les institutions juridiques, 60.

² Ср. *Ihering*, Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts, 87.—*Bonfante*, Res mancipi e nec mancipi, 1889.

скаго гражданина (*persona sui juris*) къ его имуществу и создавала его личному усмотрѣнію и произволу преграду, неустранимую не только при составленіи завѣщательныхъ распоряженій, но также, нужно думать, и при совершеніи сдѣлокъ *inter vivos*. Гипотеза, что и въ древнемъ Римѣ были объекты коллективной собственности (*res mancipi*), не подлежавшіе безконтрольному распоряженію домовладыки, пріобрѣтаетъ за послѣднее время значеніе факта если и не безспорнаго, то, во всякомъ случаѣ, очень правдоподобнаго ¹.

Другая характерная черта права этой эпохи—исключительное признаніе правоспособности за одними римскими гражданами и безусловное отрицаніе ея у всѣхъ людей, принадлежавшихъ къ другимъ государствамъ ². XII таблицъ не разрушили и не пытались разрушить противоположность, существовавшую между римскими гражданами и перегринами и исключавшую возможность другихъ юридическихъ отношеній между ними кромѣ тѣхъ, которыя осуществляются немедленно и объединяются въ понятіи *māny*.

Такимъ образомъ, договору, если бы даже въ немъ и чувствовалась потребность, оставалась незначительная область въ отношеніяхъ между отдѣльными домовладыками. Въ томъ стрѣбъ экономической жизни договору принадлежитъ второстепенная роль, на что указываетъ и крайне ограниченное число легальныхъ способовъ совершенія частныхъ сдѣлокъ—и притомъ, главнымъ образомъ, въ сферѣ имущественнаго оборота. *Nexum* и *mancipatio*—вотъ, собственно говоря, и всѣ юридическія фигуры, въ которыя укладываются различныя сдѣлки и кругъ распространенія которыхъ едвали могъ быть широкимъ, такъ какъ хотя онѣ и отличаются эластичностью своей структуры, но вмѣстѣ съ тѣмъ представляются и очень тяжеловѣсными. Конечно, и древность стипуляціи не можетъ подлежать сомнѣнію,—намъ извѣстно, что ею издавна и часто пользовались какъ римляне, такъ и всѣ италійцы для заключенія международныхъ договоровъ и т. н. *sponsalia*. Но тѣмъ не менѣе, какъ форма совершенія обязательственнаго договора, стипуляція вошла въ употребленіе позже XII таблицъ, которыя,

¹ *Maschke*, Das Eigentum im Civil-und Strafrecht, 1895, 172—180.

² Ср. *Jhering*, Geist, I, § 16.

кстати сказать, и не содержать въ себѣ постановленій, къ ней относящихся ¹. Хотя вопросъ о происхожденіи стипуляціи и объ ея отношеніи къ договорамъ *per aes et libram* и теперь еще принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ, тѣмъ не менѣе съ нѣкоторой увѣренностью можно утверждать, что одновременное возникновеніе *nexum* и *stipulatio* вообще маловѣроятно: *nexum* теряетъ практическое значеніе по мѣрѣ того, какъ *stipulatio* приобрѣтаетъ широкое распространеніе.

1.

Постановленія древнѣйшаго римскаго права о совершеніи договоровъ сводятся, какъ къ типу, къ той формѣ сдѣлки, которая состоитъ въ немедленномъ исполненіи, въ непосредственномъ реальномъ обмѣнѣ товара на деньги, въ томъ, что одна сторона получаетъ вещь и одновременно вручаетъ другой сторонѣ эквивалентъ ея. Эта простѣйшая—какъ въ экономическомъ, такъ и въ юридическомъ отношеніи—форма договора одинаково пригодна и для мѣны, и для элементарной купли—продажи. Какъ мѣна, она не носитъ въ римскомъ правѣ особаго названія; но какъ купля, совершаемая посредствомъ передачи вещи и немедленной, *in continenti*, передачи цѣны, она называется *mancipatio*.

Манципація, какой она является въ системѣ XII таблицъ, обнаруживаетъ всѣ признаки формальнаго договора. Въ другомъ мѣстѣ этой книги указано, однако, было, что формальный характеръ манципаціи есть явленіе непервоначальное, а позднѣйшее. Здѣсь, сверхъ того, необходимо добавить, что и въ первоначальномъ своемъ видѣ манципація не обладала свойствомъ создавать обязательства ².

Манципація соединяетъ въ себѣ разнородные элементы: она несомнѣнно является договоромъ,— что, впрочемъ, нѣкоторыми

¹ Voigt, *jus naturale*, II, 229, 233; IV, 440; Liebe, *Die Stipulation*, 4; Karsten, *Die Bedeutung der Form*, 30—31.

² Bernhöft, *Beitrag zur Lehre v. Kaufe* (Ihering's Jahrbücher, XIV), 72; Schulin, *Geschichte d. röm. Rechts* § 78; Cuyq, *Les institutions juridiques*, 259. Fietta, *Etude sur les origines de la théorie classique des actions en droit romain*, 34 слѣд.

ислѣдователями отрицается¹; но вмѣстѣ съ тѣмъ, она есть и актъ исполненія, способъ установленія *meum esse*. Притомъ эти элементы такъ тѣсно между собой связаны, и исполненіе такъ быстро слѣдуетъ за совершеніемъ договора, что имъ вовсе не создается обязательства. Если даже стороны и вступаютъ въ какія либо предварительныя соглашенія, — эти послѣднія не имѣютъ никакого юридическаго значенія. Здѣсь, собственно говоря, нѣтъ мѣста соглашеніямъ и уговору: одна сторона даетъ, другая беретъ, — въ этомъ весь смыслъ сдѣлки. Манципація, въ которой эти оба момента были бы, по крайней мѣрѣ, формально разъединены, немислима, — невозможна поэтому въ данной формѣ и купля, въ которой передача объекта и уплата цѣны происходили бы одновременно.

Если взвѣшиваніе металла и передача предмета представляются въ ритуалѣ манципаціи не актами исполненія прежде заключеннаго договора купли, а самой куплей, то отсюда вытекаетъ прямое заключеніе, что купля древнѣйшаго права была не обязательственнымъ, а вещнымъ договоромъ. На это указываетъ и ея формула, содержащая въ себѣ всѣ признаки вещнаго договора. Изъ нея явствуетъ, что съ моментомъ перфекціи договора связывается возникновеніе вещнаго, а не обязательственнаго права: *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo*, говоритъ покупатель и, затѣмъ, прибавляетъ, *isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*².

Это — сдѣлка, законченная въ самый моментъ ея совершенія. Она реализуется непосредственно и немедленно, не устанавливая между контрагентами какихъ либо отношеній, ихъ связывающихъ на болѣе или менѣе продолжительное время. Въ этомъ выражается существенное отличіе древнѣйшей купли отъ современной: одна состоитъ въ непосредственномъ реальномъ обмѣнѣ товара на деньги — *in praesentia, sine die, sine condicione*³; другая, напротивъ, создаетъ лишь обязательство, подлежащее осуществленію въ будущемъ.

¹ Pernice, Pererga (Zschr. für Savigny-Stiftung, IX), 203 слѣд. Ср. Brezzo, La Mancipatio, 1891 (рецензія объ этой книгѣ въ Nouv. Revue histor. de droit franç et etrang. 1891, 807—811).

² Gai I, 119; III, 167.

³ Gai I, 121.—*nisi in praesentia sint, mancipari non possunt.*—L. 77 D. 50. 17.

Купля, облеченная въ манципаціонную формулу, не утратила первоначальнаго своего характера и послѣ того, какъ манципація стала сдѣлкой мнимой. Хотя уплата дѣйствительной цѣны не входитъ уже въ самый обрядъ манципаціи и происходитъ внѣ ея, почему купля и называется *imaginaria venditio*,—тѣмъ не менѣе сдѣлка влечетъ за собой прежнія послѣдствія. Объ этомъ можно судить потому, что составителямъ XII таблицъ понадобилась специальная норма, чтобы предупредить переходъ права собственности въ томъ случаѣ, когда цѣна не уплачена. Трибоніанъ передаетъ въ институціяхъ Юстиніана содержаніе этой нормы слѣдующими словами: «*venditae res et traditae (mancipatae?) non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit. Quod cavetur quidem lege XII tab., tam recte dicitur et jure gentium, i. e. naturali ita efficit*¹».

Не смотря на интерполяцію, изъ приведеннаго реферата Трибоніана, видно, что переходъ права собственности, на основаніи манципаціонной купли, зависитъ отъ уплаты цѣны или обезпеченія ея. Это постановленіе XII таблицъ является естественнымъ и необходимымъ коррективомъ происшедшей перемѣны въ ритуалѣ манципаціи, и потому, для объясненія, вовсе нѣтъ необходимости импортировать его изъ греческаго права, что, между прочимъ, дѣлаетъ Гофманъ².

Законъ XII таблицъ примиряетъ и ослабляетъ то противорѣчіе, которое должно было само собой обнаружиться послѣ того, какъ одинъ изъ элементовъ манципаціи, именно—уплата цѣны, сталъ имагинарнымъ. Удерживая за манципаціей значеніе прежней купли, законченной въ самый моментъ ея совершенія, тогда какъ, въ дѣйствительности, она была только одной стороною ея, передачей объекта, децемвиры восполнили недостающее звено особой нормой, отдаляющей моментъ перфекціи договора, т. е. перенесеніе права собственности до дѣйствительной уплаты цѣны или представленія обезпеченія ея. Въ пластическомъ отношеніи купля, слѣ-

¹ § 41 I. 2. 1. *Ср.* XII tab., VII, 11.—*Leist*, Die Mancipation und die Eigenthumstradition 1865, 47, слѣд.; *Voigt*, jus naturale, IV, 520.

² *Hofmann*, Beiträge zur Geschichte des griech u. röm Rechts, 1870, 28, 43, 63 слѣд. *Ср.* *Bouchaud* Commentaire, I, 133 слѣд.; *Pernice* Labeo, I, 462; *Windshceid*, Pand., I, § 172; *Exner*, Rechtserwerb durch Tradition, 338 слѣд.

довательно, и теперь остается сдѣлкой «на наличныя» и вещнымъ договоромъ, но элементы ея—матеріальный и формальный — не связаны прежнимъ единствомъ и не образуютъ одного цѣлаго. Они превратились въ два самостоятельныхъ акта, дополняющихъ, однако, другъ друга, хотя и совершаемыхъ разновременно.

2.

Вещный характеръ манципаціонной купли достаточно разъясненъ и обстоятельно обоснованъ новѣйшими изслѣдованіями, посвященными манципаціи. Есть, однако, мнѣніе, которое опредѣляетъ истинное значеніе манципаціи нѣсколько шире и приписываетъ ей способность сообщать юридическую силу самымъ разнообразнымъ договоромъ.

Нѣкоторые изслѣдователи полагаютъ, что защитой пользовались, на основаніи XII таблицъ, не только *mancipatio* и *nexum*, но также и всѣ къ нимъ присоединенныя и вмѣстѣ съ ними совершенныя неформальныя соглашенія. Основаніемъ для такого мнѣнія послужило извѣстное правило: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*¹, а также одинъ текстъ, эксцерпированный компиляторами изъ комментарія Гая къ XII таблицамъ: *in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est* (l. 48 D. 2. 14)².

Было бы, конечно, ошибочно утверждать, что совершеніе договоровъ, даже наиболѣе маловажныхъ, происходило въ древнемъ Римѣ не иначе, какъ въ формѣ торжественной сдѣлки *per aes et libram*. По справедливому замѣчанію Accarias, такой формализмъ и такая сложность гражданскаго оборота дѣлали бы жизнь совершенно невозможной³. Но съ другой стороны, нѣтъ достаточныхъ данныхъ полагать, что уже XII таблицами былъ сдѣланъ шагъ къ признанію юридической силы за неформальными

¹ XII tab. VI, 1. Ср. напр. Voigt, Die XII Tafeln, 1, 130, II, 120 слѣд.; Carle, Le origini del diritto romano, 494; Seuffert, Zur Geschichte d. obligator. Verträge, 1881, 14.

² Тоже утверждается и относительно *in jure cessio* съ указаніемъ на *Frag. Vat.* § 50:—*quia et mancipationem et in jure cessionem lex XII tab. confirmat.*

³ Accarias, Précis II, 196.

соглашеніями, и что этотъ шагъ состоялъ въ признаніи обязательности всѣхъ т. н. дополнительныхъ или побочныхъ соглашеній, связанныхъ съ *mancipatio* и *nexum* и обыкновенно именуемыхъ *leges mancipii* или *lex dicta*. Значеніе, имъ приписываемое, рѣшительно не соотвѣтствуетъ ни основнымъ принципамъ древняго римскаго права, ни дѣйствительному смыслу словъ XII таблицъ.

Признавать юридическое значеніе за неформальными соглашениями, хотя бы только и въ связи ихъ съ *mancipatio* и *nexum*, значитъ, въ сущности, начинать уже съ XII таблицъ исторію дуализма принциповъ обязательственнаго права. Для этого у насъ нѣтъ никакого основанія, — во всякомъ случаѣ такимъ основаніемъ не можетъ считаться указаніе на то, ¹ что *jus gentium* столь же древняго происхожденія, какъ и *jus civile*, и что въ составъ *jus gentium* входитъ въ значительной степени коренное греко-италійское право (*graeco-italisches Stammesrecht*). Древность *jus gentium* не подлежитъ, конечно, сомнѣнію, но отсюда еще слишкомъ далеко до утвержденія о дуализмѣ древняго римскаго обязательственнаго права, такъ какъ, не смотря на древность общенароднаго права, проникновеніе принциповъ его въ квинтскую систему начинается много времени спустя послѣ составленія XII таблицъ.

Далѣе, если бы всѣ соглашенія (*pacta*), присоединенныя къ мандипаціи и *nexum*, были санкціонированы законодательнымъ памятникомъ децемвировъ, то они пользовались бы цивильными средствами защиты. Однако, какъ извѣстно, даже *pactum fiduciae*, самое типичное соглашеніе и чрезвычайно часто сопровождавшее мандипацію, давало основаніе для иска не *stricti juris*, а *bonae fidei* ².

Вышеприведенное правило XII таблицъ, по своему смыслу и значенію, совершенно однородно съ другимъ постановленіемъ, выраженномъ почти въ тѣхъ-же словахъ: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto* ³.

Но ни въ томъ, ни въ другомъ нельзя усматривать «признанія обязательности неформальныхъ соглашеній и одностороннихъ рас-

¹ *Burckhardt*, Geschichte der Locatio-Conductio, 54—55; *Carle*, l. c.

² *Gai.* IV, 62.—Ср., напр., *Ihering*, Geist, III, 140.

³ XII tab. V, 3.

пораженій¹», — иначе будетъ совершенно непонятной, напр., вся длинная исторія развитія фидейкоммиссовъ, какъ равнымъ образомъ будетъ необъяснимымъ и весь процессъ медленнаго и постепеннаго образованія системы матеріальныхъ договоровъ. Если бы что-либо подобное содержалось въ XII таблицахъ, то и исходнымъ моментомъ въ исторіи неформальныхъ договоровъ была бы мандипація, чего, однако, никто не станетъ утверждать.

Смыслъ постановленій XII таблицъ иной. Ими легализируется превращеніе, происшедшее въ матеріальной структурѣ *mancipatio* и *nexum*, и санкціонируется юридическое значеніе фиктивныхъ актовъ².

Обрядъ *mancipatio* и *nexum* состоялъ изъ произнесенія словъ (*nuncipatio*) и совершенія извѣстныхъ дѣйствій. Обрядъ этотъ всегда оставался однимъ и тѣмъ-же. Но когда вошли въ употребленіе чеканныя деньги, онъ уже не вполне соответствовалъ тому, что происходило въ дѣйствительности. Хотя, напр., лицо, покупающее вещь, по-прежнему, произносило формулу: я покупаю у тебя вещь *«hoc aere aeneaque libra»*, — на самомъ дѣлѣ отвѣщиванія денегъ, однако, не происходило, а передавался незначительный кусокъ руды, который долженъ былъ изображать собой цѣну купленнаго предмета: *aes dat quasi pretii loco*, говоритъ Гай (I, 119).

Такимъ образомъ, уплата дѣйствительной цѣны, передача дѣйствительной суммы займа не слѣдовали немедленно за произнесениемъ торжественныхъ словъ, — отчего и *mancipatio* и *nexum* стали сдѣлками формальными. Законъ XII таблицъ и легализируетъ ихъ въ качествѣ таковыхъ. Онъ постановляетъ, что дѣйствительность *mancipatio* и *nexum* обуславливается исключительно фактомъ совершенія предписаннаго ритуала: если этотъ ритуальъ исполненъ, сдѣлка не можетъ быть оспариваема на томъ основаніи, что уплата цѣны и передача предмета займа не были произведены. Въ извѣстномъ смыслѣ это — тоже, что постановляетъ и Юстиніанъ относительно стипуляціи, признавая, что письменный документъ вполне замѣняетъ собой дѣйствительное произнесеніе контрагентами стипуляціонной формулы³.

¹ Pernice, Labeo, I, 474; III, 114.

² Bechmann, Kauf, I, 192 слѣд.; Jörs, Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik, 202.

³ L. 14 C. 8. 37.

Подобно тому какъ постановленіе Юстиніана знаменуетъ, что прежній вербальный актъ уступаетъ свое мѣсто письменному документу, такъ, равнымъ образомъ, и текстъ XII таблицъ освящаетъ подобную же метармофозу актовъ *per aes et libram*. Онъ не уничтожаетъ и даже не ослабляетъ значенія старыхъ формъ, а лишь выдвигаетъ на первый планъ одну составную ихъ часть, именно *нункупативную*, на счетъ другой, внѣшней и обрядовой, утратившей свой реальный смыслъ.

Другими словами, децемвиры опредѣляютъ, что произнесенія словесной формулы — *nuncipare* — совершенно достаточно для того, чтобы при наличности другихъ, закономъ указанныхъ условій, считать *манципацию* и *пехит* актами законченными и для контрагентовъ обязательными. Тѣмъ не менѣе ни тотъ, ни другой актъ не сталъ словеснымъ договоромъ, пригоднымъ для произвольнаго содержанія, — да и не могъ имъ стать. Оба они были слишкомъ тѣсно связаны съ внѣшнимъ обрядомъ своимъ, который хотя и сохранилъ лишь символическое значеніе, однакоже не пересталъ быть составной частью юридическаго акта. Слѣдовательно, въ *нункупативную* часть *манципации* и *пехит* не можетъ быть включено произвольное содержаніе, а потому и ошибочно думать, что юридически обязательнымъ будетъ *все то*, что будетъ словесно выражено при совершеніи *манципации* или *пехит*.¹ Въ этомъ отношеніи произволу контрагентовъ ни мало не благопріятствовалъ характеръ превращенія, происшедшаго въ сдѣлкѣ *per aes et libram*, — послѣдняя какъ была, такъ и остается или куплей, или займомъ. Но *манципация* и *пехит* стараго стиля требовали дѣйствительнаго взвѣшиванія вмѣстѣ съ передачей дѣйствительной цѣны и предмета займа, — теперь же достаточно лишь словесно выразить, что цѣна уплачена, сумма займа передана, и это словесное выраженіе замѣняетъ собой дѣйствительную передачу: покупатель становится собственникомъ, заемщикъ — должникомъ согласно тому, что было выражено въ словесной формулѣ — *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*².

¹ Для примѣра можно указать на условіе и на срокъ, которые не могутъ быть соединены съ „actus legitimi“. См. l. 77 D. 50. 17. Ср. *Frag. Vat.* § 50.

² Такъ поясняетъ текстъ XII таблицъ и *Cincius ap. Fest.*: *nuncupata pecunia est... nominata, certa, nominibus propriis pronunciata: „cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto:“ id est „uti nominavit locutusve erit, ita jus esto“.*

Итакъ, манципація, по формѣ своей, представляется, какъ и прежде, куплей-продажей, но, какъ мнимая сдѣлка, въ сущности она стала способомъ передачи права собственности, независимымъ отъ своего матеріальнаго основанія. Благодаря этому оборотныя функціи ея значительно возросли. Повинуясь требованіямъ гражданского оборота, практика воспользовалась старымъ формуляромъ манципаціи и приспособила его для множества конкретныхъ цѣлей, не всегда даже одинаковыхъ съ куплей-продажей.

3.

До тѣхъ поръ, пока манципація оставалась куплей-продажей и по формѣ, и по существу, она не могла служить другимъ цѣлямъ, помимо купли-продажи,—она могла быть совершена не иначе, какъ въ виду единственнаго матеріальнаго основанія, точно опредѣленнаго самымъ внѣшнимъ обрядомъ ея. Но превратившись въ сдѣлку мнимую—*imaginaria quaedam venditio*, она оказалась формой, пригодной для достиженія болѣе или менѣе различныхъ экономическихъ эффектовъ. Такъ какъ кусокъ мѣди (*raudusculum*), передаваемый въ качествѣ цѣны, таковой въ дѣйствительности не является, то при совершеніи обряда манципаціи можно было, по произволу сторонъ, опредѣлить эквивалентъ манципируемаго объекта какой угодно суммой, даже самой незначительной: *uti lingua nuncupassti, ita jus esto*. Отсюда проистекла та манципація, которая носитъ названіе *mancipatio nuptio uno* и, впоследствии, получила чрезвычайно широкое примѣненіе, напр. при исполненіи *fideicommissum hereditatis* до времени изданія *Sct. Trebellianum*¹.

Но еще болѣе и гораздо раньше увеличеніе оборотныхъ функцій манципаціи выразилось въ томъ, что имагинарная, мнимая купля-продажа послужила основой для цѣлаго ряда фидуціарныхъ сдѣлокъ. Видоизмѣняя по произволу какъ цѣну предмета, такъ и самое основаніе манципаціоннаго формуляра, передачу права собственности можно совершить даже для временнаго отчужденія объекта ея — *fidi fiduciae causa*. Слѣдовательно, манципація оказалась удобной и для того, чтобы парализовать тѣ юридическія

¹ *Gai.* II, 252. Ср. *Bechtmann*, Kauf, I, 219.

послѣдствія, которыя непосредственно изъ нея проистекають, связывая съ нею иныя послѣдствія, изъ существа ея непосредственно не проистекающія. Въ этомъ и заключается сущность фидуціарной манципаціи¹—формы, которая, впрочемъ, была не столько прототипомъ позднѣйшихъ матеріальныхъ контрактовъ, сколько ихъ суррогатомъ. Съ развитіемъ гражданскаго оборота, *mancipatio fiduciae causa*, какъ несовершенное средство, была вытѣснена изъ области обязательственныхъ отношеній самостоятельными и болѣе совершенными формами, но до тѣхъ поръ она представляла своего рода *pandestae omnium contractuum*, какъ называетъ Куяцій стипуляцію.

Вопросъ о природѣ и всѣхъ особенностяхъ фидуціарной манципаціи не входитъ въ предметъ настоящаго изслѣдованія². Но отмѣтить наиболѣе важные случаи ея примѣненія будетъ не лишнимъ,—по крайней мѣрѣ для того, чтобы правильнѣе судить объ оборотныхъ функціяхъ манципаціи и о средствахъ, которыми пользовался древній римлянинъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ въ настоящее время примѣняются матеріальные контракты.

Наиболѣе извѣстные и, до нѣкоторой степени, общепризнанные случаи примѣненія фидуціарной манципаціи суть тѣ, которые указаны Гаемъ. Это—*fiducia cum creditore* и *fiducia cum amico*³. Та и другая имѣетъ цѣлью парализовать безповоротность перехода права собственности, какъ необходимое слѣдствіе манципаціи, но по различнымъ матеріальнымъ основаніямъ: одна — потому, что кредитору вещь передается лишь для обезпеченія удовлетворенія по его требованію, другая—потому, что манципація совершается съ цѣлью оказать временную услугу близкому человѣку или воспользоваться его услугами. Въ обоихъ случаяхъ тотъ, кто манципируетъ вещь, формально приобрѣтаетъ право собственности на

¹ *Boeth. in Cic. Top. c. 10, 41. Fiduciam—accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet... Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.*

² Наиболѣе обстоятельно разсматриваетъ этотъ вопросъ *Oertmann, Die Fiducia im römischen Privatrecht, 1890; Gény, Fiducie, 1885; Jaquelin, De la fiducie, 1891.*

³ *Gai. II, 60: fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint.*

нее, но оговорка *fiduciariae causa*, вставленная въ манципаціонную формулу, обязываетъ его къ совершенію реманципаціи.

Манципація, совершенная для передачи права собственности—*fiduciariae causa*—кредитору, служитъ суррогатомъ не выработанной формы самостоятельнаго залоговаго договора¹. Болѣе широкій кругъ интересовъ охватываетъ другая названная Гаемъ фидуціарная манципація. Съ ея помощью можно удовлетворять потребность въ сдѣлкахъ съ различнымъ экономическимъ эффектомъ — и не только въ области отношеній обязательственнаго, но также семейственнаго и наследственнаго права². *Emancipatio* и *coemptio fiduciaria* суть типичные примѣры приспособленія манципаціи, съ одной стороны, для прекращенія отеческой власти, съ другой—для освобожденія женщинъ отъ агнатической опеки. Сложный обрядъ эманципаціи будетъ совершенно непонятенъ, онъ никогда не приведетъ къ отпущенію на волю, если не соединять манципаціи съ указаніемъ на то, что ее совершаютъ *fiduciariae causa*. Правда, троекратная манципація сыновей и однократная манципація прочихъ подвластныхъ дѣтей освобождаетъ ихъ *ispro jure* отъ отеческой власти, но она не дѣлаетъ ихъ еще свободными. Сама по себѣ манципація нормально создаетъ для подвластныхъ дѣтей лишь кабальную зависимость, ни чѣмъ не связывая, при томъ, новаго пріобрѣтателя ихъ³. Для того, чтобы парализовать такое дѣйствіе манципаціи, необходимо превратить ее въ фидуціарную, включивъ въ нее оговорку *fiduciariae causa*, которая сообщаетъ всей сдѣлкѣ характеръ мнимой купли-продажи и обязетъ покупателя или отпустить на волю манципированныхъ ему дѣтей, или реманципировать ихъ. Если и не прямое указаніе, то, во всякомъ случаѣ, намекъ на употребленіе фидуціарной манципаціи для эманципаціоннаго обряда содержится въ слѣдующихъ словахъ Гая: ...*qui filiam—alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit* (Gai. I, 172). Необходимость ея явствуется и изъ того, что иначе весь обрядъ потребовалъ бы слишкомъ

¹ *Isid. Orig.* V, 25, 23: *fiducia est cum res aliqua sumendae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur.*

² *Oertmann.* l. c., 136; *Voigt*, *Die XII Tafeln*, II, § 86.

³ *Gai.* I, 132 ...*aeque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii.*

много времени, — естественнымъ порядкомъ кабала (*mancipium*) прекращалась съ наступленіемъ *lustrum*, между тѣмъ какъ вся процедура эманципація, въ дѣйствительности, совершалась *uno momento* ¹.

Все сказанное относительно *emancipatio* въ одинаковой степени примѣнимо и къ *adoptio* — тѣмъ болѣе, что послѣдняя представляетъ собой тотъ же эманципаціонный обрядъ, усложненный присоединеніемъ къ нему акта *in jure cessio* ².

Наконецъ, и *coemptio* есть не иное что, какъ фидуціарная манципація, — по крайней мѣрѣ почти всегда, когда она совершается не для заключенія брака. Поэтому, вѣроятно, и присвоивается названіе фидуціарнаго опекуна тому, кто отпускаетъ на волю женщинъ, манципированныхъ для освобожденія отъ агнатической опеки, наравнѣ съ тѣмъ, кто совершаетъ манумиссію подвластныхъ дѣтей, переданныхъ ему для цѣлей эманципація ³.

Въ области наслѣдственнаго права къ фидуціарной манципаціи можео причислить завѣщаніе въ формѣ акта *per aes et libram* ⁴. Эта форма завѣщанія первоначально, будучи сдѣлкой *inter vivos*, обуславливала собой немедленный, еще при жизни самого завѣщателя, переходъ его правъ къ *familiae emptor*'у. Включенная въ нее *fiducia* отмѣчала какъ посредническую роль *familiae emptor*'а, такъ равнымъ образомъ и право завѣщателя видоизмѣнить или даже уничтожить свое распоряженіе.

Въ сферѣ отношеній обязательственнаго права фидуціарная манципація играла не менѣе важную роль, — въ особенности въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ сказывалась потребность въ представительствѣ ⁵. О *mandatum per fiduciam* не мало содержится указаній и въ кампи-

¹ *Gai.* I, 141. Ac ne diu quidem in eo jure (in mancipio) detinentur homines, sed plerumque hoc fit dicis gratia uno momento. — Ср. *A. Schmidt*, Das Hauskind in mancipio, 1879, 15—16.

² *Gai.* I, 131. — Ср. *Pernice*, *Labeo*, III, 126.

³ *Gai.* I, 166a. Sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae vocantur, id est quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumisserimus. — *Ulp.* Frag. XI, 5. Qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui *fiduciarius tutor appellatur*. — Ср. § 8 J. III, 2.

⁴ *Gai.* II, 102 ...is si subita morte urgebatur, amico familiam suam — mancipio dabat, eumque rogat... Ср. далѣ II, 103—104.

⁵ *Iering*, *Besitzwille*, 409.

ляціи Юстиніана, въ эксцерптахъ, носящихъ въ себѣ всѣ признаки интерполяціи¹. Въ формулу фидуціарной манципаціи легко укладывается содержаніе договора, какъ порученія, такъ и поклажи, ссуды, даренія (*mortis causa*) и т. п. Манципаціей въ связи съ фидуціей можно, далѣе, воспользоваться для достиженія экономическихъ цѣлей договора найма. Дѣйствительно, манципація подвластныхъ дѣтей была—по формѣ—обыкновенной куплей-продажей, но по существу на нее нельзя иначе смотрѣть, какъ на наемъ. Съ помощью фидуціарной именно манципаціи совершалось *noxae datio*, т. е. вынужденная отдача подвластныхъ во временное пользованіе для исполненія деликтныхъ обязательствъ. Здѣсь подвластный передается для того, чтобы онъ своей работой возмѣстилъ вредъ, имъ причиненный. Поэтому манципація необходимо связывается съ особой оговоркой: *ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur*, — оговоркой, которая ясно опредѣляетъ цѣль установленія кабальнаго состоянія и сохраняетъ за домовладыкой его *patria potestas*: *pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit*². Въ той же формѣ осуществлялось и *noxae datio* рабовъ,—здѣсь оговорка *fidi fiducia causa* также была необходима для того, чтобы отбѣнить формальный и временный характеръ права собственности на раба, переданнаго для отработки имъ причиненнаго вреда³.

Очень правдоподобно, что фидуціарная манципація служила средствомъ не только для *noxae deditio*. Къ ея помощи могли обращаться и независимо оттого,—напр., для отдачи подвластныхъ дѣтей въ наемъ по доброй волѣ и свободной инициативѣ домовладыки. Косвенное доказательство въ пользу этого предположенія представляетъ собой извѣстное постановленіе XII таблицъ, ограничившее прежній произволь домовладыки правомъ продавать своихъ подвластныхъ сыновей не болѣе трехъ разъ⁴. Самый фактъ

¹ Примѣры собраны въ книгѣ *Oertmann*, I. с. 26, 35, 46. См. также *Pernice*, I. с. 129.

² *Gai.* I, 140. Ср. *Gai.* IV, 79. Впослѣдствіи примѣненіе фидуціарной манципаціи для этой цѣли было воспрещено. *Paul.* R. S. V, 1 § 1: *homo enim liber nullo pretio estimatur. idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens ac creditor deportatur.*

³ § 3 J. IV, 8. *Dominus noxali iudicio servi sui nomine conventus servum actori noxae dedendo liberatur. nec minus perpetuum eius dominium a domino transfertur.*

⁴ XII tab. IV, 2. *Si pater filium ter venum duxit, filius a patre liber esto.*

многократнаго совершенія манципаціи подвластныхъ дѣтей свидѣтельствуеть о томъ, что послѣдніе передавались лишь для временнаго пользованія. Если такая передача практиковалась до XII таблицъ, когда освобожденіе отъ кабальной зависимости могло произойти не раньше наступленія *lustrum*, то форма фидуціарной манципаціи обеспечивала ей неограниченное примѣненіе, такъ какъ она допускала возможность назначенія произвольнаго срока кабалы¹.

Таковы разнообразныя функціи фидуціарной манципаціи—формы, довольно сложной и мало пригодной для всякаго болѣе или менѣе оживленнаго оборота. Чтобы понять, какимъ образомъ такое несовершенно — съ технической стороны—средство, какъ манципація въ связи съ *fiducia*, могло удовлетворять требованіямъ обыденной жизни, для этого необходимо, конечно, не отрѣшаться отъ условій экономическаго строя древняго Рима. Правда, манципація можетъ быть замѣщена также и *in jure cessio*,² но и въ такомъ соединеніи *fiducia*, хотя и менѣе комплицированная сдѣлка, не можетъ быть названа ни выраженіемъ сколько нибудь развитаго гражданскаго оборота, ни рациональнымъ способомъ удовлетворенія требованій его.

Римская юриспруденція и въ лучшую пору своего развитія далеко не всегда шла прямымъ путемъ навстрѣчу запросамъ дѣйствительной жизни. Новые принципы не сразу получали ея апробацію, но предварительно выдерживали упорную борьбу съ старыми началами, прикрываясь буквой дѣйствующаго закона. Римскій геній былъ въ высшей степени консервативенъ въ отношеніи къ своему прошедшему, — ни одна форма, созданная прошедшей жизнью народа, не утрачивала своего практическаго значенія прежде, чѣмъ былъ произведенъ цѣлый рядъ опытовъ приспособить ее къ новымъ потребностямъ. На любомъ институтѣ классическаго права легко иллюстрировать примѣненіе этого приѣма, но проявленіе его обнаруживается уже въ первыхъ опытахъ древнѣйшей интерпретаціи, къ числу которыхъ можно отнести, между прочимъ, и созданіе фидуціарныхъ сдѣлокъ.

¹ Ср. *Schmidt*, I. с. 3—8.

² *Gai* II, 59; III, 201.—*Isidor. Orig.* V, 25 § 23.

Освобожденная отъ архитектурическихъ надстроекъ, фидуціарная сдѣлка разлагается на двѣ части—на формальный актъ (*mancipatio* или *in jure cessio*) и на частное, неформальное соглашеніе (*pactum fiduciae*), соединенныя между собой лишь внѣшнимъ и искусственнымъ образомъ. *Pactum fiduciae* стоитъ внѣ формулы манципаціи или *in jure cessio*,—послѣдняя, включая въ себя оговорку *fidi fiduciae causa*, указываетъ только на существованіе подобнаго соглашенія, но не опредѣляетъ дѣйствительнаго содержанія его ¹.

Такимъ образомъ, *fiducia*, служа для множества конкретныхъ цѣлей, въ томъ числѣ и для цѣлей обязательственнаго права, сама по себѣ не обладаетъ ни единствомъ содержанія, ни формальной самостоятельностью. Формально она есть не что иное, какъ дополнительное соглашеніе наряду съ *mancipatio* или *in jure cessio*, точно и обстоятельно обозначающее дѣйствительную цѣль совершенія торжественнаго цивильнаго акта. Определенность и единство сообщаетъ ей не содержаніе, которое можетъ быть различнымъ, но искъ, однородный для всѣхъ случаевъ примѣненія ея,—*actio fiduciae*, основаніе котораго лежитъ, однако, не въ *pactum fiduciae*, а въ специальной оговоркѣ формальнаго акта.

Истецъ основываетъ свое притязаніе не на томъ, что онъ заключилъ съ фидуціаромъ *pactum fiduciae*,—такое соглашеніе, само по себѣ, не обладаетъ, на основаніи цивильнаго права, исковой силой. Опорнымъ пунктомъ для признанія требованія истца подлежащимъ удовлетворенію можетъ служить только формальный актъ, и онъ, дѣйствительно, былъ таковымъ,—иначе не имѣла бы смысла оговорка *fidi fiduciae causa* въ формулярѣ *mancipatio* или *in jure cessio*. Она была бы совершенно бесполезной и безцѣльной, если бы не была предназначена для того, чтобы доказать претору и судѣ временный и относительный характеръ пріобрѣтеннаго фидуціаромъ права. По отношенію къ этой оговоркѣ и къ самому иску, *pactum fiduciae* есть не болѣе, какъ только комментарий, предоставляющій судѣ фактическій матеріалъ, необхо-

¹ См., напр., формуляръ *mancipatio fiduciae causa* въ надписи, открытой въ 1867 г., гдѣ оговорка *fidi fiduciae causa* включена въ манципацію, а „*pactum conventum*“ стоитъ внѣ ея.—См. *Bruns, Fontes*, 251.—Ср. *Oertmann*, 1^o с., § 3 и § 11.

димый для рѣшенія процесса, возникшаго на почвѣ фидуціарныхъ отношеній ¹.

Отсюда само собой слѣдуетъ, что *actio fiduciae*, вѣроятно, столь же древняго происхожденія, какъ и фидуціарная, напр., манципация: искъ, какъ и самая сдѣлка обязаны своимъ возникновениемъ творчеству древнѣйшей интерпретаціи, воспользовавшейся буквой закона—*uti lingua nuncupasset* etc.—для того, чтобы приспособить старыя формы къ требованіямъ развивающагося оборота.

Источники не позволяютъ составить болѣе или менѣе ясное представление о формулѣ *actio fiduciae*,—очень правдоподобно, однако, что въ древнее время этотъ искъ облакался въ одну изъ формъ *legis actio* и предметомъ своимъ имѣлъ, какъ и всѣ цивильные иски, *certum*, именно—реманципацию того объекта, который былъ переданъ фидуціару. Для *actio fiduciae* характерно лишь то, что осужденіе, на основаніи его, угрожаетъ отвѣтчику безчестіемъ, но эта особенность иска объясняется отнюдь не деликтнымъ происхождениемъ его, какъ думаетъ, напр. Iерингъ ². Нарушеніе фидуціаромъ оказаннаго ему довѣренія составляетъ только поводъ,—отнюдь не основаніе иска. Отвѣтчикъ присуждается къ совершенію *remancipatio*, которую онъ долженъ былъ бы совершить добровольно, какъ честный человѣкъ и какъ между честными людьми принято—*ut inter bonos bene agier oportet*, гласитъ древняя формула, быть можетъ, даже формула *a. fiduciae*. Но обязанность къ реманципации вытекаетъ, хотя и косвенно, изъ самой манципации,—поэтому нарушение довѣрія, не создавая обязательствъ фидуціара, можетъ лишь усиливать отвѣтственность его, что и выражается въ *infamia*, поражающей отвѣтчика по *a. fiduciae* ³.

¹ Oertmann, l. c., 95.

² Ihering, Schuldmoment, 186 слѣд.; Ubbelohde Geschichte d. benannten Realcontracte, 41 слѣд.

³ Это—вопросы очень controверзные, не допускающіе категорическаго рѣшенія.—Ср. Pernice, Labeo, III, 122 слѣд., Oertmann, l. c. § 29; Karlowa, Rechtsgeschichte, II, 560 слѣд.—Безспорно лишь то, что *a. fiduciae* была *a. famosa*. См. *Lex Julia municipalis*, 109—111; *Frang. Atestinum* (Bruns Fontes 107 и 110).—Остаткомъ древней формулы *a. fiduciae* считаются „*verba illa aurea*“, сообщаемыя Цицерономъ, de off. III, 17 § 70: *nam quanti verba illa, „uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem,“ quam illa aurea: „Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione!“* Ср. также Cic. de off. III, § 17 § 61: *in fiducia „ut inter bonos bene*

Впослѣдствіи, именно въ преторскомъ правѣ, фидуціарныя сдѣлки были значительно упрощены, но и въ упрощенномъ видѣ, послѣ того, какъ преторъ связалъ *a. fiduciae* непосредственно съ *actum fiduciae*, онѣ не перестали казаться явленіемъ исключительнымъ и средствомъ несовершеннымъ. Несоотвѣтствіе внѣшней ихъ формы съ содержаніемъ въ ней выраженнымъ настолько очевидно и такъ рѣзко противорѣчитъ дѣйствительному намѣренію контрагентовъ, что только настоятельная необходимость заставляетъ обращаться къ нимъ ¹. Другаго значенія, кромѣ палліатива и суррогата, не могли имѣть фидуціарныя сдѣлки и въ моментъ своего возникновенія.

4.

Не будучи обязательственнымъ договоромъ, купля, облеченная въ манципаціонную форму, можетъ, однако, повлечь за собой для продавца отвѣтственность обязательственного свойства.

Лицо, приобрѣтающее тотъ или другой предметъ, довѣряетъ своему контрагенту, такъ какъ прочность его права вполне зависитъ отъ права предшественника. Покупщику приходится—волею неволею—положиться на большую или меньшую степень добросовѣстности продавца. Естественно, что нарушение этого довѣрія вызываетъ реакцію, которая, конечно, можетъ сопровождаться различными послѣдствіями, быть болѣе или менѣе сильной, но форму дать ей едвали можно другую, кромѣ личнаго иска покупщика противъ продавца. Въ такую именно форму и была облечена въ римскомъ правѣ обязанность продавца гарантировать покупателю спокойное и безспорное обладаніе проданнымъ предметомъ, а въ случаѣ неисполненія ея—отвѣтственность за причиненный ущербъ.

Манципаціонная купля есть, слѣдовательно, гарантированная сдѣлка: она можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ, привести къ возникновенію особаго личнаго иска, носящаго названіе *actio auctoritatis* ².

agier.“—Cic. pro Caec., c. III, § 7: qui per—fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior? „Est enim turpe iudicium“ Et facto quidem turpi.

¹ О фидуціарныхъ сдѣлкахъ вообще см. Дормидонтовъ, Юридическія фикціи и презумціи, 1895, 91—98.

² Ср. Voigt, XII Tafeln, § 126.

Нѣтъ никакого основанія сомнѣваться въ томъ, что *a. auctoritatis* очень древняго происхожденія и, во всякомъ случаѣ, не чужда системѣ исковъ XII таблицъ. Исслѣдователи согласны относительно того, что этотъ искъ осуществлялся съ помощью *legis actio*¹ и находился въ неразрывной связи съ манципаціей. Но вопросъ объ основаніи и квалификаціи *a. auctoritatis* вызвалъ много разногласій.

Есть исслѣдователи, которые смотрятъ на *auctoritas* продавца какъ на обыкновенное договорное обязательство, возникающее изъ *nexum*. Соответственно такому взгляду и *a. auctoritatis* опредѣляется ими какъ искъ, основанный на договорѣ².

Къ такому же договорному основанію сводятъ отвѣтственность продавца и тѣ исслѣдователи, которые принимаютъ за источникъ *a. auctoritas* или манципацію, или особое соглашеніе (*nuncupatio*), присоединенное къ манципаціонному акту³.

Можно привести не мало доводовъ, способныхъ поколебать основательность и того, и другаго взгляда⁴.

Прежде всего необходимо указать на то, что прямыя, имѣющіяся въ источникахъ, свидѣтельства вовсе не ставятъ отвѣтственность продавца въ зависимость отъ какого либо договора. Такъ, Ю. Павель, текстъ котораго представляетъ особенную важность для даннаго вопроса, не упоминаетъ ни объ особой оговоркѣ, внесенной въ манципацію, ни о спеціальномъ соглашеніи, прибавленномъ къ манципаціи,—и это тѣмъ болѣе удивительно, что юристъ ясно называетъ условія, которымъ было подчинено предъявленіе *a. auctoritatis*: уплата цѣны, традиція вещи и эвиеція ея. Юристъ не только не требуетъ заключенія договора для установленія обязательства объ очисткѣ (*auctoritatis obligatio*), но даже прибавляетъ, что отъ такого обязательства никакое соглашеніе не освобождаетъ: *venditor si eius rei quam dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari*⁵.

¹ *Cic. pro Caec. 54; pro Mur. 26.*

² *Huschke, Ueber das Recht d. Nexum, 37, 171; B.-Hollweg, I, 161.*

³ *Bechmann, Kauf, § 11; Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewaehrung d. Eigenthums, 1874, 4 слѣд.; Bekker, Aktionen, I, 31; Karlowa, Rechtsgeschichte, II, 374, 375.*

⁴ *Girard, L'Action auctoritatis (Nouv. Revue histor. de droit 1882), 194 слѣд.*

⁵ *Paul. S. R. II, 17, 1—4.*

И у другихъ авторовъ, притомъ болѣе ранней эпохи, нѣтъ прямыхъ указаній на необходимость какихъ либо особыхъ соглашеній, наряду съ манципаціей, для установленія отвѣтственности продавца на случай эвикціи. Варронъ, напр., даетъ довольно обстоятельные совѣты о томъ, какъ слѣдуетъ совершать куплю—продажу различныхъ вещей и ясно говоритъ, что, при совершеніи купли безъ манципаціоннаго обряда, безусловно необходимъ особый договоръ для того, чтобы возможно было впоследствии обосновать *actio auctoritatis*: in horum (servorum) emtione solet,—aut si mancipio non datur, dupla promitti aut, si ita pacti, simpla². Но о такомъ договорѣ онъ вовсе не упоминаетъ, когда рѣчь идетъ о куплѣ, обремененной въ манципаціонную форму. Изъ его словъ само собой вытекаетъ заключеніе, что обязанность продавца гарантировать переданное покупателю право, а, при неисполненіи ея, отвѣтственность за причиненный ущербъ обуславливается однимъ фактомъ совершенія манципаціи. Въ этомъ отношеніи манципаціонную куплю можно, дѣйствительно, назвать сдѣлкой гарантированной,—иной она не могла и быть: манципація всегда предполагаетъ отвѣтственность за эвикцію, на основаніи *actio auctoritatis*, и потому совершеніе ея составляетъ не только постоянное, но и необходимое условіе этого иска.

Съ формулами Варрона стоятъ въ полномъ соотвѣтствіи тѣ аргументы, которые могутъ быть почерпнуты изъ комедій Плавта. Какъ ни сомнителенъ этотъ источникъ, игнорировать его, тѣмъ не менѣе, нельзя—по крайней мѣрѣ, по нѣкоторымъ вопросамъ. Иногда Плавтъ, раскрывая бытовую подкладку юридическихъ отношеній дѣйствующихъ лицъ, освѣщаетъ также и ту, или другую сторону юридическаго института. Въ тѣхъ, хотя и немногочисленныхъ, мѣстахъ его комедій, которыя имѣютъ прямое отношеніе къ манципаціонной куплѣ, довольно опредѣленно и наглядно отмѣчены способы какъ для того, чтобы, продавая вещь, освободиться отъ отвѣтственности, по *actio auctoritatis*, такъ и для того, чтобы покупая вещь, связать продавца обязательствомъ гарантіи. Кто не желаетъ подвергать себя риску и опасности быть привлеченнымъ къ отвѣтственности въ случаѣ эвикціи проданной имъ вещи,

¹ Varro, de r. r. II, 10, 5 (Bruns, Fontes, 389).

тому, повидимому, остается открытымъ одинъ только путь, именно— не облекать сдѣлки въ форму манципаціи. Въ такомъ смыслѣ *Sagaristius* и получаетъ порученіе продать рабыню, такъ какъ при совершеніи манципаціи освобожденіе отъ отвѣтственности на случай эвикціи считается дѣломъ невозможнымъ: *suo periculo is eam (ancillam) emat, qui mercabitur: mancipio neque promittet, neque ququam dabit. Sagaristius* прежде всего и обращаетъ вниманіе покупателя на то, что рабыня продается, но не манципируется:—*prius dico: hanc mancipio nemo tibi dabit*¹. Съ другой стороны, одной манципаціи вполне достаточно, чтобы обосновать отвѣтственность продавца относительно очистки, на что категорически указываетъ сводникъ *Carpradox*, желающій сбыть рабыню покупателю *Curculio*: *temini et mancipio tibi dabo*. И если *Curculio* отклоняетъ предложенную ему сдѣлку, то только потому, что вполне убѣжденъ въ ненадежности гарантіи своего контрагента—промышленника, которому и манципація не помѣшаетъ обмануть покупателя².

Въ какой степени *a. auctoritatis* независима отъ особаго и спеціального обѣщанія продавца,—на это указываетъ, наконецъ, и точно опредѣленная сумма этого иска, не подлежащая ни увеличенію, ни уменьшенію по произволу контрагентовъ. Если бы отвѣтственность за эвикцію основывалась на соглашеніи сторонъ, присоединенномъ къ манципаціи (*lex mancipii*) или включенномъ въ нее (*mancipatio*), то не представлялось бы никакихъ затрудненій освободить продавца отъ этой отвѣтственности или, по крайней мѣрѣ, уменьшить предѣлы ея,—для этого стоило бы только видоизмѣнить соотвѣтствующимъ образомъ договоръ или вовсе не осложнять имъ манципаціоннаго обряда. Однако, ни то, ни другое оказывается недостаточнымъ,—вотъ почему контрагентамъ, имѣющимъ въ виду совсѣмъ устранить вопросъ объ эвикціи, остается одно изъ двухъ—или не совершать манципаціи, или совершить ту манципацію, которая извѣстна подъ именемъ *mancipatio nuptio uno*

¹ *Plaut. Persa*, IV, 3, 35; 4, 40. Ср. *Girard*, I. с. 197.

² *Plaut. Curcul.* IV, 2, 8: *Egone ab lenone mancipio accipiam, quibus sui nihil est nisi una lingua, qui abjurant si quid creditumst? alienos mancupatis, manu alienos emititis alienisque inperatis: nec vobis auctor ullus est nec vosmet estis ulli.*—См. также *Persa*, IV, 3, 63: *nisi mancupio accipio, quid eo mihi opust mercemonio?* Ср. *Pernice*, *Labeo*, III, 115 прим. 3; *Voigt*, XII Tafeln, II, 190.

и рассчитана исключительно на то, чтобы низвести сумму эвикціоннаго обязательства къ минимуму, путемъ преднамѣреннаго пониженія цѣны объекта купли продажи. Къ этой манципаціи, дѣйствительно, впоследствии и прибѣгали не только для того, чтобы облечь въ нее дареніе и другіе акты щедрости, но также и для того, чтобы сдѣлать отвѣтственность продавца предъ покупщикомъ фиктивной, оцѣнивая стоимость предмета манципаціонной сдѣлки въ одинъ сестерцій. Практика подобныхъ фиктивныхъ сдѣлокъ—особенно распространенная въ началѣ императорскаго періода¹—способна подорвать всякое довѣріе къ тому взгляду, который сводитъ *actio auctoritatis* къ спеціальному соглашенію. Въ самомъ дѣлѣ, если бы *obligatio auctoritatis* проистекало изъ особаго договора, то не было бы необходимости создавать такія искусственныя средства, какъ *mancipatio nummo uno*, ради цѣлей, которыхъ можно было бы достигнуть болѣе простымъ способомъ. При томъ же, самая структура манципаціи не допускаетъ включенія въ эту форму и даже соединенія съ нею такихъ оговорокъ, какъ обѣщаніе продавца гарантировать покупщику переданное ему право.

Болѣе правильно и полно объясняетъ особенности эвикціоннаго иска (*actio auctoritatis*) та теорія, которая не ищетъ основанія его ни въ особыхъ соглашеніяхъ контрагентовъ, ни въ самой манципаціи. Конечно, *a. auctoritatis* составляетъ исключительную принадлежность манципаціонной сдѣлки, и манципація является однимъ изъ необходимыхъ условій иска объ очисткѣ. Но именно потому, что она есть только условіе, нельзя утверждать вмѣстѣ съ Фойхтомъ, что съ манципаціей само собой—*ipso jure*—соединяется отвѣтственность за эвикцію². Древнее римское право вовсе не знало такихъ юридическихъ актовъ, которые способны были бы одновременно производить столь различные юридическіе эффекты, какъ установленіе права вещнаго и обязательственнаго.

Будучи необходимымъ условіемъ, манципація однако не могла быть источникомъ и основаніемъ *a. auctoritatis*, —иска, обнаружи-

¹ См. *Brunns*, *Fontes*, 251 слѣд. Ср. *Leist*, *Mancipation*, 169 слѣд.; *Karlowa*, *Röm. Rechtsgeschichte* II, 377—379; *Girard*, l. c. 198 слѣд.

² *Voigt*, l. c. II, § 87.

вающаго всѣ признаки деликтнаго происхожденія ¹. Обязательство продавца возникало не немедленно послѣ совершенія манципаціи,— больше того: оно можетъ даже вовсе не возникнуть, если только покупатель не лишается, вслѣдствіе притязаній третьихъ лицъ, того объекта, который ему былъ манципированъ въ качествѣ собственности продавца. Возникновеніе его стоитъ въ причинной зависимости отъ факта эвикціи, отъ наличности такого обстоятельства, которое указываетъ на то, что манципированный предметъ не принадлежалъ продавцу, отчего покупатель и вынужденъ былъ уступить его притязаніямъ третьихъ лицъ. Слѣдовательно, не манципація, а потеря, лишеніе манципированной вещи, по обстоятельствамъ, отъ покупателя независѣвшимъ, является ближайшимъ и непосредственнымъ источникомъ обязательства продавца. Даже и въ источникахъ позднѣйшаго времени, когда сложилась уже вполне правильная теорія гарантіи продавца, основаніемъ ея нерѣдко указывается не договоръ, а одинъ фактъ эвикціи: *res empta, mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur* ².

Въ случаѣ эвикціи покупатель рискуетъ потерять и цѣну, имъ заплаченную, и предметъ, имъ приобрѣтенный. Этого совершенно достаточно, чтобы вызвать съ его стороны реакцію противъ продавца, какъ противъ дѣйствительнаго делинквента, такъ какъ послѣдній— все равно, умышленно или неумышленно—причинилъ ему такой же ущербъ, какъ и настоящій воръ. Если даже римлянамъ классическаго періода вопросъ о виновности представлялся несущественнымъ для привлеченія продавца къ отвѣтственности за эвикцію ³, то тѣмъ менѣе онъ могъ затруднять въ древнѣйшее время, когда вообще субъективная сторона дѣйствій гораздо рѣже принималась въ расчетъ, чѣмъ матеріальныя послѣдствія ихъ. Продавецъ манципировалъ вещь не принадлежавшую ему. Онъ,

¹ *Girard*, L'action auctoritatis, 212 слѣд.; *Ihering*, Geist, III, 546, примѣч. 728 и 728 а.

² *Paul.* R. S. II, 17 § 3. Ср. *Pomp.* l. 66 D. 18. 1 (*Qu. Mucius*): *in vendendo fundo quaedam etiamsi non dicantur praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut ususfructus eius; quaedam ita demum si dicta sint...*

³ *Julian.* l. 39 § 3 D. 21. 2: *qui liberum hominem sciens vel ignorans tamquam servum vendat, auctoritatis nomine tenetur.*

далѣе, не хотѣлъ или не могъ оказать необходимую помощь покупщику, чтобы судебнымъ порядкомъ защитить послѣдняго отъ притязаній третьихъ лицъ, отчего для покупателя получается такой же результатъ, какъ если бы продавецъ прямо похитилъ у него стоимость предмета манципаціи. Совершенно естественно поэтому, что *a. auctoritatis* сопровождается тѣми же отчасти послѣдствіями, къ которымъ приводитъ и *a. furti nec manifesti*. Продавецъ, какъ и воръ, присуждается къ возврату не дѣйствительной цѣны, а двойнаго ея размѣра—*in duplum*. Это есть штрафъ—*poena*, какъ его и называетъ Цицеронъ, денежное наказаніе, легальная композиція, которую обязанъ уплатить продавецъ, чтобы избѣжать болѣе суровыхъ послѣдствій наравнѣ съ обыкновеннымъ воромъ ¹.

Іерингъ называетъ *a. auctoritatis* квалифицированнымъ искомъ, модификаціей *a. furti nec manifesti*. Насколько основательно или неосновательно мнѣніе Іеринга,—это не представляетъ особеннаго интереса. Все равно, считали ли древніе римляне дѣйствіе, служащее основаніемъ *actio auctoritatis*, воровствомъ (*furtum*), или они смотрѣли на него, какъ на особый деликтъ, «*un délit déterminé*», какъ выражается *Girard*,—для насъ важно, что основаніемъ *a. auctoritatis* является, дѣйствительно, деликтъ. То обстоятельство, что этотъ искъ не предполагаетъ непременно наличности *dolus'a* въ дѣйствіяхъ продавца, говоритъ не противъ деликтнаго характера его, какъ нѣкоторые утверждаютъ ², а лишь свидѣтельствуетъ, что понятіе деликта въ древнемъ правѣ существенно отличается отъ такого же понятія развитаго права ³.

Въ заключеніе считаемъ необходимымъ повторить, что манципація была и осталась вещнымъ договоромъ. Изъ числа личныхъ

¹ *Cic. de offic. III, 16. Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent nuncupata, quae qui inficiatus esset dupli poenam subiret, a jurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta.*—Ср. *Girard*, I, с. 193 слѣд., 213 слѣд.; *Ihering, Geist, IV, 140. Pernice Labeo, III, 116.*

² Ср. напр., *Eck, I, с., 4.*

³ Въ связи съ *actio auctoritatis* можно отмѣтить еще и *actio de modo agri*—искъ, стоящій въ такомъ же отношеніи къ манципаціи, какъ и искъ объ очисткѣ: *quaedam actiones si a reo infitientur, duplantur, velut iudicati, depensi, — item de modo agri,*

исковъ, стоящихъ въ связи съ манципаціей, искусственно связанъ съ нею только *a. fiduciae*,—всѣ же другіе имѣютъ свое особое и самостоятельное основаніе. Но и *actum fiduciae* не измѣняетъ основнаго характера манципаціи.

Измѣненіемъ манципаціоннаго формуляра, насколько это допускается природой цивильнаго акта, непосредственно не достигается цѣль установленія обязательственныхъ отношеній. Не смотря на фидуціарную оговорку, совершеніе манципаціи или *in jure cessio* сопровождается послѣдствіями вещнаго свойства, и если эти акты примѣняются въ сферѣ отношеній обязательственнаго права, то только въ томъ смыслѣ, что установленному ими вещному праву сообщается характеръ временный и провизорный.

cum a venditore emptor deceptus est (*Paul. R. S, I, 19 § 1*). Пенальный характеръ *a. de modo agri* и деликтное основаніе его убѣдительно доказывается тѣмъ фактомъ, что въ эдиктѣ претора этотъ искъ стоитъ во главѣ цивильныхъ деликтныхъ исковъ.— См. *Pernice, Labeo, III, 115 слѣд.*; *Lenel, Edictum perpetuum, 153*; *Karlowa, l. c. 576 слѣд.*

ГЛАВА VIII.

Какъ несомнѣнная форма договора, служащаго источникомъ обязательственныхъ отношеній, въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ на первомъ планѣ стоитъ *nexum*¹.

Кто обращаетъ исключительное вниманіе на внѣшній характеръ института, для того *nexum* есть не болѣе, какъ обрядъ, подобный манципаціи. Оба они, дѣйствительно, суть акты, совершаемые *per aes et libram* и, вообще, внѣшней своей структурой такъ мало отличаются другъ отъ друга, что нѣкоторымъ писателямъ конца республики представлялось не вполне ясно ихъ взаимное отношеніе. У Цицерона *nexum* нерѣдко обозначаетъ и манципацію². Варронъ и Фестъ приводятъ два опредѣленія, принадлежащія—одно Мамилію, другое—Галлу Элію. И въ томъ, и въ другомъ опредѣленіи *nexum* получаетъ такое широкое значеніе и характеризуется столь общими признаками, что обнимаетъ собой и манципацію³.

¹ Отмѣтимъ главнѣйшія и важнѣйшія изслѣдованія по вопросу о *nexum*: *Bouchaud* Commentaire sur la loi des XII Tables, I, 172 слѣд.; 441 слѣд.; *Savigny*, Ueber das altrömische Schuldrecht, 1834 (Vermischte Schriften, II, 396 слѣд.); *Scheurl*, Vom Nexum, 1839; *Sell*, de juris romani nexo et mancipio, 1840; *Bachofen*, Das nexum, die nexi und die lex Petillia, 1843; *Huschke*, Ueber das Recht des nexum und das alte römische Schuldrecht, 1846; *Giraud*, Des Nexi ou la condition des debiteurs chez les romains, 1847 (Extrait du tome Ve Mémoires de l'Académie des Sciences Morales et Politiques); *Vainberg*, Le Nexum et la contrainte par corps en droit romain, 1874; *H. Krüger*, Geschichte der capitis deminutio, 1887, 286—346.—Въ связи съ матеріаломъ историко-сравнительнаго правовѣдѣнія *nexum* изслѣдуетъ *Kohler*, Schakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883. — Обстоятельное изложеніе литературныхъ мнѣній у *Danz*, Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechts, 1873, II, 21—32, критика важнѣйшихъ изъ нихъ—у *Bachofen*, 57—71.

² *Cic.* Top. 5. См. напр., *Brisson* s. h. v., гдѣ приведено много цитатъ.

³ *Varro*, d. l. l., VII, 105. Nexum Mamilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia.—*Fest.* v. nexum. Nexum est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque

Можно, однако, выразить сомнѣніе въ томъ, чтобы слово *nexum* когда либо употреблялось въ такомъ широкомъ смыслѣ, такъ какъ уже въ XII таблицахъ *nexum* упоминается на ряду и отдѣльно отъ манципаціи, въ извѣстномъ положеніи, гласящемъ: *sunt nexum faciet mancipiumque* etc. У насъ нѣтъ никакихъ доказательствъ, что въ названномъ текстѣ первоначально отсутствовало слово «*mancipium*»¹. Поэтому, мнѣнія Мамилія и Галла Элія, какъ равнымъ образомъ и тѣхъ новѣйшихъ писателей, которые имъ слѣдуютъ, не только необязательны, но и неправильны. Они не воспроизводятъ первоначальнаго значенія *nexum* и представляютъ собой не болѣе, какъ неудачную спекуляцію позднѣйшаго времени.

Nexum характеризуется не только тѣмъ, что онъ совершается посредствомъ обряда, одинаковаго съ обрядомъ манципаціи. Для опредѣленія его не менѣе необходимо обратить вниманіе также и на юридическія послѣдствія, изъ него проистекающія, — на тѣ особенности, которыя вовсе не отмѣчены въ выше указанныхъ опредѣленіяхъ, но которыя мы находимъ въ опредѣленіи Муція². Соединяя признаки, характеризующіе внѣшнюю и внутреннюю сторону юридическаго акта, легко видѣть, насколько ошибочно усвоивать какое то широкое значеніе *nexum* и уподоблять отношеніе его къ манципаціи отношенію рода къ виду. На самомъ дѣлѣ, *nexum* и *mancipatio* всегда были и оставались понятіями координированными. Одно изъ нихъ обозначаетъ обрядъ *per aes et libram*, служащій для цѣлей установленія вещнаго права, другое — обозначаетъ такой же самый обрядъ, но приспособленный для установленія обязательства. Ихъ объединяютъ одни внѣшніе признаки, и если это обстоятельство, тѣмъ не менѣе, послужило основаніемъ controverзы, сообщенной намъ Варрономъ и Фестомъ, то, вѣроятно, только потому, что юристамъ конца республики было неясно практическое значеніе *nexum*, вышедшаго уже къ этому времени изъ обращенія. Повидимому, и самая controverза создана не кѣмъ другимъ, какъ Варрономъ. Во всякомъ случаѣ, различіе выше приведенныхъ

per aes et libram geritur, id quod necti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexi datio, nexi liberatio.

¹ *Beckmann*, Kauf, 130.

² *Varro*, l. c. *Mucius*, quae per aes et libram fiant, ut obligentur, praeter quae mancipio dentur.

опредѣленій Мамилія и Муція не настолькоъ существенно, чтобы его нельзя было устранить: Мамилій описываетъ внѣшнюю форму мандипаціи и *пехит*, Муцій обращаетъ вниманіе также на юридическія послѣдствія ихъ. Въ этомъ смыслѣ и опредѣленіе Мамилія можно признать правильнымъ, хотя оно и выражаетъ собой лишь одну сторону юридическаго акта ¹.

1.

Внѣшняя структура *пехит*, недостаточная—сама по себѣ—для характеристики этого института, должна, однако, служить исходнымъ, моментомъ при опредѣленіи какъ времени происхожденія, такъ и области примѣненія его. Какъ сдѣлка денежная или, вѣрнѣе, на деньги, *пехит* стоитъ въ неразрывной связи съ условіями зарождающагося денежнаго хозяйства. Но онъ, сверхъ того, есть и обрядъ съ мѣдью и вѣсами,—а потому возникновеніе его, какъ и мандипаціи, должно быть отнесено еще къ тому времени, когда въ Римѣ не существовало чеканныхъ денегъ.

Утвержденіе, что предметомъ *пехит* могли быть всѣ вообще т. н. замѣнимыя вещи, напр., хлѣбъ ¹, не находитъ себѣ опоры ни въ источникахъ, ни въ понятіи сдѣлки *per aes et libram*. Не говоря уже о томъ, что взвѣшиваніе другихъ вещей, кромѣ денегъ, не носитъ техническаго названія *gestum per aes et libram*, ссылки на Варрона, Плинія и Катона нужно признать неправильными. У этихъ писателей, дѣйствительно, имѣются указанія на разные замѣнимые предметы, какъ возможные объекты займа, но ихъ указанія относятся къ тому займу, который называется *mutuum* и существенно отличается отъ *пехит*.

Ближе къ истинѣ стоитъ другое предположеніе, хотя и расширяющее сферу примѣненія *пехит*, но не за предѣлы денежныхъ займовъ. Если *Гуго* и *Савиньи* утверждали, что *пехит* былъ символическимъ займомъ ³, то ошибка ихъ заключается не въ самой квали-

¹ *Vainberg*, l. c. 23.

² См., напр., *Voigt*, Die XII Tafeln, § 122.—Ср. *Cuij*, l. c., 254; *Krüger*, *Capitis deminutio*, 291.

³ *Savigny*, l. c., 412.

фикаціи договора, а лишь въ примѣненіи ея къ болѣе ранней стадіи развитія, когда эта сдѣлка не была символической. Однако, съ тѣхъ поръ какъ въ Римѣ вошли въ употребленіе чеканныя деньги, обрядъ съ рудой и вѣсами и не могъ имѣть иного значенія, кромѣ символическаго. Онъ сталъ обрядомъ *dicis causa*, техническимъ средствомъ и формулой для достиженія другихъ цѣлей, помимо установленія дѣйствительнаго займа. Подобно тому, какъ манципація превратилась въ способъ передачи права собственности, независимо отъ своего первоначальнаго основанія, такъ и *nexum*, въ концѣ концовъ, сталъ находить себѣ примѣненіе даже и тамъ, гдѣ въ основаніи обязательства не было дѣйствительной передачи денегъ. Взвѣшивание куска мѣди въ присутствіи свидѣтелей и вѣсовщика представляетъ собою простую обрядность. Если этотъ обрядъ употреблялся, въ качествѣ *nexi liberatio*, какъ свидѣтельствуется Гай, для погашенія денежнаго обязательства, возникшаго изъ легата или судебного приговора, то, по аналогіи, можно допустить, что онъ въ качествѣ *nexi obligatio*, могъ служить и для установленія денежнаго обязательства, независимо отъ дѣйствительнаго займа¹.

Такимъ образомъ, *nexum* на всѣхъ стадіяхъ своего развитія удерживаетъ характеръ денежной сдѣлки. На это указываетъ, между прочимъ, и Фестъ въ слѣдующихъ словахъ, воспроизводящихъ древнее опредѣленіе *nexum aes: nexum aes apud antiquos dicebatur rescipia, quae nexum obligatur*. Тѣмъ не менѣе, ограничивать распространеніе *nexum* исключительно сферой дѣйствительныхъ денежныхъ займовъ нѣтъ никакихъ основаній. Съ нимъ были связаны очень важныя практическія послѣдствія, обеспечивавшія ему широкое примѣненіе даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда въ основаніи долга не было дѣйствительнаго займа. Если въ древнемъ Римѣ долговныя отношенія приняла угрожающее и роковое направленіе, то это еще не указываетъ на заемъ, какъ единственный источникъ обязательства. Потребность въ займѣ денегъ въ то время вызывалась, главнымъ образомъ, пріобрѣтеніемъ земли и хозяйственнаго инвентаря—особенно плебеями, которые были устранены отъ пользованія *ager publicus* и составляли бѣднѣйшую часть римскаго насе-

¹ *Gai.* III, 173—175. *Giraud*, l. c., 32; *Pfordten*, Abhandlungen aus d. Pandektenrechte, 228; *Muirhead*, Introduction historique, 197; *Danz*, Lehrbuch, II, 12.

ленія. Но за этими деньгами ближе всего обращаться, конечно, къ тѣмъ лицамъ, у которыхъ пріобрѣтается земля, рабочій скотъ и пр. Иначе говоря, купля—продажа въ кредитъ является ближайшимъ и лучшимъ средствомъ удовлетворенія той потребности, которой вызывается необходимость заключенія займа. Для совершенія сдѣлокъ въ кредитъ оказалась болѣе или менѣе подходящей манципация въ формѣ *imaginaría venditio*, но она не обеспечивала продавцу уплаты кредитованной цѣны. Чтобы гарантировать своевременную уплату эквивалента за предметъ, пріобрѣтенный покупщикомъ путемъ манципации,—для этого у древнихъ римлянъ другого надежнаго средства, если не считать поручительства, кромѣ *nexum* не существовало. Въ источникахъ нельзя, конечно, найти прямое подтвержденіе распространенія *nexum* за предѣлы *дѣйствительныхъ* денежныхъ займовъ, но косвенное доказательство можно почерпнуть изъ исторіи аналогичнаго распространенія манципации за предѣлы дѣйствительной купли-продажи, происшедшаго, при томъ, на основаніи закона, одинаково относящагося какъ къ манципации, такъ и къ *nexum* ¹.

2.

Какъ было сказано выше (стр. 60), актъ совершенія договора *nexum* можно, съ нѣкоторой достовѣрностью, возстановить по аналогіи съ актомъ прекращенія обязательства, описаніе котораго сохранилось у Гая. Подобно тому, какъ для прекращенія обязательства должникъ, при соблюденіи обычной манципационной обстановки, произноситъ торжественную формулу и объявляетъ себя свободнымъ отъ долга ², такъ, равнымъ образомъ, и при заключеніи *nexum* кредиторъ, совершая манипуляціи съ рудой и передавая ее должнику, въ торжественныхъ словахъ объявляетъ его

¹ Ср. Bechmann, Kauf, I, 158 слѣд.

² Gai. III, 174. Eaue res ita agitur: adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur *quod ego tibi tot milibus condemnatus (damnatus) sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneque libra. hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam.* deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa.

обязаннымъ уплатить извѣстную сумму денегъ. Кредиторъ произноситъ формулу, если не буквально такую, какую влагаетъ ему въ уста Гушке, то, по крайней мѣрѣ, сходную съ нею: *quod ego tibi mille libras hoc aere aeneaque libra nexas dedi, eas tu mihi post annum jure nexi dare damnas esto* ¹.

Не останавливаясь на анализѣ отдѣльныхъ составныхъ частей торжественнаго обряда *nexum*, замѣтимъ, однако, что матеріальное значеніе ихъ неодинаково. Мѣдь и вѣсы вмѣстѣ съ *verba solennia* суть наглядное выраженіе матеріальной сдѣлки. Участіе свидѣтелей и вѣсовщика придаетъ характеръ безспорности и неоспоримости какъ самой сдѣлкѣ, такъ и праву, изъ нея проистекающему. Процедура съ мѣдью и вѣсами выражаетъ дѣйствительную или символическую передачу условленной суммы и находитъ себѣ объясненіе въ особенностяхъ древней римской денежной системы. Необходимость ея обуславливается не сущностью займа, а свойствами предмета, служащаго объектомъ этой сдѣлки, и способомъ опредѣленія его, — съ измѣненіемъ ихъ и самая процедура превратилась въ простую формальность. Напротивъ, присутствіе свидѣтелей составляетъ необходимое условіе не только возникновенія, но и реализаціи права, — безъ свидѣтелей не могло быть самаго займа.

Такимъ образомъ, если отбросить изъ обряда *nexum* специфически римскій придатокъ, то окажется, что совершеніе займа стоитъ въ древнемъ римскомъ правѣ въ одинаковыхъ условіяхъ сравнительно съ другими системами: послухи, напр., Русской Правды, судъ (*Ding*) или свидѣтели германскихъ правдъ составляютъ такую же интегральную часть совершенія договора займа, какъ и *quinque testes* въ древнемъ Римѣ.

Въ чемъ выражалась истинная и подлинная функція свидѣтелей, — объ этомъ не приходится теперь говорить, чтобы не повторять сказаннаго другими ². Для нашей цѣли совершенно достаточно от-

¹ Нѣсколько иначе составляетъ эту формулу *Karlowa*, *Rechtsgeschichte*, II, 556: *ut tu mihi tot millia aeris cum foenore unciario post annum reddere damnas fias, te eo nomine necto hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque adpendo secundum legem publicam.*

² *Ihering*, *Geist*, I, § 11b; *Дювернуа*, *Источники права и Судъ въ древней Россіи*, 1869, 93 слѣд.; *Муромцевъ*, *Гражданское право древняго Рима*, 64 слѣд.

мѣтитъ, что присутствіе свидѣтелей при совершеніи займа исключаетъ споръ о правѣ кредитора и устраняетъ необходимость процесса для констатированія этого права. На требованіе объ исполненіи обязательства, на основаніи *пехит*, должникъ можетъ отвѣтить или платежомъ, или отказомъ въ платежѣ, но только по нежеланію или неимѣнію средствъ, а отнюдь не по бездоказательности и неосновательности самаго требованія. *Пехит* обезпечиваетъ, такъ сказать, понудительное исполненіе обязательства независимо отъ санкціи суда, въ которой кредиторъ и не нуждается, такъ какъ по существу нельзя спорить противъ его притязанія, публично удостовѣреннаго пятью свидѣтелями. Притязаніе его такъ же очевидно и безспорно, какъ и притязаніе того, кто захватываетъ вора на мѣстѣ преступленія. Слѣдовательно, различіе между обязательствами, возникающими изъ *пехит*, и обязательствами, проистекающими изъ другаго источника, сводится, въ формальномъ отношеніи, къ различію между обязательствами безспорными и спорными, не требующими подтвержденія доказательствами и требующими его.

Существуетъ мнѣніе, что сила и юридическое значеніе *пехит* основывается на томъ, что эта сдѣлка—не частная, а «*публицистическая*», содержащая, при томъ, въ своей формулѣ осужденіе должника, произнесенное кредиторомъ. Мнѣніе это, принадлежащее *Гушке*, извѣстно въ литературѣ подъ именемъ *Damnations-theorie*—отъ слова *damnas* вышеприведенной формулы, которое интерпретируется въ смыслѣ приговора на тотъ случай, если должникъ не исполнитъ обязательства.

Съ точки зрѣнія *Гушке*, каждый римскій гражданинъ воплощаетъ въ себѣ два лица—народъ (*populus*) и самого себя. При такой двойственности природы древняго римлянина, нисколько не удивительно, если тотъ-же отпечатокъ лежитъ и на его дѣйствіяхъ, которыя также бываютъ или «*публицистическими*», или «*частно-правовыми*», чѣмъ обусловливается и соотвѣтствующее различіе въ юридическихъ формахъ. Когда древній римлянинъ совершаетъ *пехит*, онъ дѣйствуетъ, по мнѣнію *Гушке*, какъ *pars populi*, а свидѣтели, при этомъ присутствующіе, представляя собой народъ,

сообщаютъ, въ своемъ лицѣ, исполненію договора гарантію римскаго народа ¹.

Основательность умозаключеній о «публицистическихъ» дѣйствіяхъ и соотвѣтствующихъ имъ юридическихъ формахъ подвергается въ современной литературѣ столь же справедливому сомнѣнію ², какъ и научность тѣхъ разсужденій Гуске, которыя нѣкогда привели его къ открытію особой породы животныхъ— *Bovigus*, остающейся, впрочемъ, совсѣмъ неизвѣстной естествоиспытателямъ ³. Больше значенія имѣетъ другая часть его теоріи, именно та, которая построена на интерпретаціи «*damnas esto*». Въ настоящее время считается самымъ обычнымъ и, во всякомъ случаѣ, наиболѣе распространеннымъ объясненіемъ суровыхъ послѣдствій, сопровождающихъ *nexum*, то, которое усматриваетъ причину ихъ въ *damnatio* ⁴. Выраженіе *damnas esto* передается словами: «*du sollst eiuzugeben Verfluchter sein*». Произнося ихъ, кредиторъ произноситъ надъ неисправнымъ должникомъ приговоръ, по силѣ своей равный судебному приговору, вслѣдствіе чего власть кредитора ничѣмъ и не отличается отъ той власти, которая истекаетъ изъ приговора судьи: она распространяется не на отдѣльныя только дѣйствія должника, а на всю личность его, включая сюда *familia pecuniaque*.

Изложенная гипотеза слишкомъ преувеличиваетъ роль кредитора и тѣмъ самымъ умаляетъ значеніе свидѣтелей, присутствующихъ при совершеніи *nexum*. Она страдаетъ односторонностью, присущею большинству гипотезъ, объясняющихъ факты исторіи древняго права отдѣльно отъ причинъ, ихъ породившихъ. Примѣняя усовершенствованные приемы новѣйшей интерпретаціи, со-

¹ *Huschke*. Ueber das Recht des Nexum, 10 слѣд., 50 слѣд.—Такой же взглядъ развиваетъ и *Giraud* l. c.: „suivant la double personnalité qu'avait chacun, celle de citoyen, ou celle d'homme, il y avait deux catégories d'actes, les uns publics, les autres purement privés. Les premiers exigeaient une intervention politique“... „Le contrevenant était reus, un coupable, et le créancier avait envers lui tous les droits de la puissance publique“ (35—36).

² Ср., напр., *B.-Hollweg*, Civilpr., I, 158.

³ *Ihering*, Scherz und Ernst in d. Jurisprudenz, 191—193.

⁴ Ср., напр., *Karlowa*, Rechtsgeschichte, II, 549; *Bechmann*, Kauf, I, 136; *Bekker*, Aktionen, 24; *Keller*, Institutionen, 87; *Muirhead*, Introduction, 198; *Rudorff* въ примѣч. къ *Puchta*, Institutionen, II, § 273.

временная доктрина извлекаетъ изъ простой и безыскусственной древней формулы гораздо больше содержанія, чѣмъ сколько его дѣйствительно можно извлечь¹, — въ особенности, если не упустать изъ вниманія, что древнія римскія формулы находятся въ полномъ соотвѣтствіи съ социальнымъ строемъ и порядкомъ судопроизводства древняго Рима.

Въ условіяхъ современнаго общественнаго строя судебное рѣшеніе и санкція суда всегда и необходимо предшествуютъ исполнительнымъ мѣрамъ, предпринимаемымъ для понужденія должника къ удовлетворенію требованія кредитора. Но отсюда еще не слѣдуетъ, что именно такъ дѣло происходило и въ древности, — исторія свидѣтельствуешь, что тогда практиковался иной порядокъ.

На раннихъ ступеняхъ социальнаго развитія роль судьи, какъ извѣстно, ограничивается констатированіемъ наличности факта, съ которымъ связывается возникновеніе права. Въ древности рѣшенію судьи подлежалъ одинъ только вопросъ, справедливо или несправедливо притязаніе истца, какъ это наглядно иллюстрируется порядкомъ сакраментальной процессуальной формы. Гдѣ очевидность права не подлежитъ сомнѣнію, тамъ не можетъ быть мѣста и для дѣятельности суда.

Равнымъ образомъ ничѣмъ не оправдывается необходимость въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ древнее право допускаетъ понудительное взысканіе безъ судебного процесса, искать суррогатъ судебного приговора въ самой сдѣлкѣ. Такіе поиски, въ лучшемъ случаѣ, бывають безрезультатными; но нерѣдко, впрочемъ, они обогащаютъ ученую литературу искусственными и произвольными умозаключеніями, въ родѣ *Damnationstheorie*, успѣхъ которой объясняется причинами, неимѣющими никакого отношенія къ внутреннему достоинству самой теоріи. Причины эти кроются въ установившемся съиздавна догматическомъ направленіи розыскивать въ древнемъ правѣ черты и особенности развитыхъ юридическихъ системъ. Современный догматикъ привыкъ считать послѣдовательными актами судебное рѣшеніе и понудительное взысканіе, а самую послѣдовательность ихъ — явленіемъ неизбѣжнымъ и необходимымъ.

¹ См., напр., *Schultze, Privatrecht u. Process in ihrer Wechselbeziehung*, 1883, 455 слѣд.; 472 слѣд., гдѣ эта метода получила крайнее примѣненіе.

Обращаясь къ исторіи права, онъ прилагаетъ привычную ему точку зрѣнія и къ условіямъ древняго юридическаго строя и, не находя здѣсь той же послѣдовательности, восполняетъ ее — по логическимъ основаніямъ — суррогатами приговоровъ въ формѣ самыхъ сдѣлокъ. Конечно, сдѣлкѣ, какъ, напр., *nexum*, принадлежитъ абсолютная и рѣшающая сила, но о приговорѣ — назовемъ ли его *damnatio*, или, по примѣру Шульце, *Parteiurtheil* — здѣсь и рѣчи не можетъ быть. Рѣшающая и абсолютная сила *nexum* проистекаетъ не изъ самоосужденія или приговора, произнесеннаго оудто бы надъ должникомъ въ самый моментъ заключенія займа. О приговорѣ здѣсь можетъ быть рѣчь развѣ лишь въ логическомъ смыслѣ, — но не въ смыслѣ юридическомъ и техническомъ.

При взысканіи, на основаніи *nexum*, дѣло, въ большинствѣ случаевъ, обходится безъ процесса, но не всегда. Стоитъ вспомнить, что вмѣшательство *vindex'a* можетъ заставить кредитора подвергнуть свою претензію разсмотрѣнію суда, — и станетъ ясно, что, при извѣстныхъ условіяхъ, и *nexum* даетъ основаніе для спора, разрѣшаемаго обыкновеннымъ судебнымъ приговоромъ. Естественно, поэтому, думать, что *nexum* самъ по себѣ не обладалъ силой приговора.

Съ другой стороны, можно указать юридическіе факты, съ которыми связаны послѣдствія не менѣе тяжелыя, чѣмъ съ *nexum*, и которые, однако, никого не наводятъ на мысль субсумировать ихъ подъ понятіе приговора. Для всякаго очевидно, что *furtum manifestum*, напр., исключаетъ необходимость судебного приговора, а не заключаетъ его въ себѣ. Не потому, конечно, потерпѣвшій расправляется съ воромъ безъ вмѣшательства суда, что онъ самъ произнесъ приговоръ надъ делинквентомъ, — если бы это было такъ, то можно было бы подумать, что делинквентъ свободно и добровольно подчиняется такому приговору. *Furtum manifestum* — слишкомъ очевидный фактъ правонарушенія, чтобы можно было оспорить его. Напротивъ, онъ устраняетъ всякую возможность спора о правѣ потерпѣвшаго требовать удовлетворенія отъ вора, который поэтому и подвергается взысканію безъ посредства суда и помимо судебного приговора.

Такой же характеръ несомнѣнности и безспорности сообщаетъ праву кредитора и *nexum*. Изъ него возникаетъ требованіе, ко-

торое может быть осуществлено безъ постановленія судебного приговора,—въ посредничествѣ суда для констатированія претензіи кредитора къ должнику не представляется необходимости, такъ какъ тотъ юридическій фактъ, который долженъ бы констатировать судья, поставленъ внѣ сомнѣнія, благодаря присутствію свидѣтелей въ моментъ его совершенія. Слѣдовательно, *nexum* обладаетъ исполнительной силой по той же причинѣ, что и *furtum manifestum*: тотъ и другой юридическій фактъ производитъ обязательство засвидѣтельствованное и безспорное въ отличіе отъ тѣхъ фактовъ, изъ которыхъ, какъ, напр., изъ *furtum nec manifestum*, проистекаютъ обязательства, требующія, для своего исполненія, предварительнаго судебного разбирательства и санкціи суда. Коротко говоря, *nexum* не заключаетъ въ себѣ приговора, а исключаетъ необходимость его.

Различіе между обязательствами спорными и безспорными составляетъ черту, отмѣченную изслѣдователями почти всѣхъ важнѣйшихъ системъ древняго права¹. Можно сказать, что оно игнорируется одними романистами—въ ущербъ ясности и простоты ихъ конструкцій. Между тѣмъ въ римскомъ правѣ это различіе такъ же ясно выражено, какъ и въ другихъ системахъ. Нагляднымъ выраженіемъ его является здѣсь различіе между *legis actio sacramento in personam* и *leg. act. per manus injectionem*—процессуальными формами, изъ которыхъ одна предполагаетъ спорность, другая—безспорность требованія.

3.

Необходимое и естественное послѣдствіе *nexum* составляетъ право требовать удовлетворенія въ размѣрѣ той суммы, которая была условлена. Это—ближайшее и непосредственное право, имѣющее свое основаніе въ самой сдѣлкѣ и выраженное въ формулѣ ея: *dare damnas esto* или *reddere damnas fias*. Другаго права креди-

¹ Ср., напр. *Amira*, l. c. (см. выше стр. 75); *Brunner*, *Rechtsgeschichte*, II, 450 слѣд.; Дарестъ, *Изслѣдованія*, 135; *Leist*, *Altarisches jus gentium*, 462 слѣд., 477. *Пухно*, *Историческій очеркъ мѣръ гражданскихъ взысканій по русскому праву*, 1874, 9 слѣд.; *Загоровскій*, *Историческій очеркъ займа по русскому праву до конца XIII столѣтія*, 1875, 52—53.

торъ и не заявляетъ, приступая къ задержанію неисправнаго должника. *Manus injectio* мотивируется исключительно указаніемъ на источникъ обязательства и на фактъ неисполненія его ¹. Поэтому, существу національнаго римскаго займа не соотвѣтствуетъ ни та теорія, которая усматриваетъ въ *nexum* самопродажу, ни та, которая открываетъ въ немъ идею самозалога. Съ особенной обстоятельностью и подробностью теорія самозалога была примѣнена къ объясненію *nexum* историкомъ *Нибуромъ*. Въ числѣ предшественниковъ его можно, между прочимъ, указать на *Salmasius'a* и *Gronovius'a*, въ числѣ послѣдователей его необходимо отмѣтить *Бринца*, которому принадлежитъ послѣдняя попытка воскресить и подновить *нибуровскую* теорію ².

Нибуръ опирается, въ своей исходной точкѣ зрѣнія, на мнѣніе тѣхъ, которые опредѣляютъ *nexum*, въ древнѣйшемъ его видѣ, какъ дѣйствительную куплю-продажу, получившую впоследствии особое названіе *mancipatio*. Первоначально общій терминъ для обозначенія *negotium per aes et libram, nexum*, съ теченіемъ времени, послѣ возникновенія фиктивной купли, сталъ употребляться въ смыслѣ этой послѣдней сдѣлки. Онъ обозначаетъ собой сдѣлку, непротивоположную и существенно отличную отъ *манципаціи*, но самую *манципацію*—впрочемъ, только такую, объектомъ которой является *liberum caput* должника, замѣняющее собой всякій другой предметъ, *res mancipi*, обыкновенной купли. Должникъ продаетъ самого себя за опредѣленную цѣну, за сумму займа, но продаетъ лишь эвентуально: до наступленія срока исполненія по обязательству онъ остается свободнымъ, хотя и находится вмѣстѣ съ своими подвластными и имуществомъ, въ качествѣ залога, въ кабальной зависимости (*mancipium*) отъ кредитора, послѣ наступленія этого срока и въ случаѣ неисполненія обязательства онъ, по приговору судьи, аддицируется кредитору и попадаетъ въ рабство.

¹ *Gai.* IV, 21:... qui agebat, sic dicebat quod tu mihi iudicatus (sive damnatus) es sestertium X milia, quando non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manus iniicio.

² *Niebuhr*, Römische Geschichte, I, 597 и слѣд. (4-е изд.); 637—645 (3-е изд.); *Brinz*, Der Begriff obligatio (Ztschr. f. d. privat- u. öffentliche Recht, I), 19 слѣд.; *Zimmern*, Geschichte d. röm. Privatrechts, 1829, III, § 45; *Maynz*, Cours d. droit romain, III, § 229; *Мальшевъ*, Историческій очеркъ конкурснаго процесса 1871, 5.

Словомъ, въ объясненіи Нибура *nexum* уподобляется *fiducia cum creditore contracta*: по формѣ, это—купля-продажа, по существу же—залогъ¹.

Сомнительный характеръ аргументаціи Нибура давно доказанъ. Ослабить установившееся къ ней недовѣріе не удалось и Бринцу, что и неудивительно, такъ какъ противъ нея говорятъ факты, болѣе или менѣе безспорные. Въ источникахъ, дѣйствительно, не содержится нисколько указаній относительно возможности продажи свободныхъ и независимыхъ римскихъ гражданъ. Невозможна, поэтому, и эвентуальная продажа. Но она невозможна, съ точки зрѣнія древняго римскаго права, еще и потому, что была бы условной манципаціей, а условіе, присоединенное къ манципаціи, дѣлаетъ ее недѣйствительной². Нельзя, наконецъ, подтвердить какимъ либо доказательствомъ и аналогію, устанавливаемую между *nexum* и фидуціарной манципаціей. Источники не говорятъ о возможности включенія въ формулу *nexum* особой оговорки, подобной *fiducia cum creditore*, для того, чтобы сдѣлать право кредитора на *liberum caput* должника формальнымъ и эвентуальнымъ. Для обоснованія теоріи самозалога такая оговорка, конечно, необходима, такъ какъ иначе совсѣмъ было бы непонятно, на чемъ можетъ основываться должникъ, требуя, чтобы кредиторъ освободилъ его, послѣ уплаты долга, отъ кабальной зависимости. Можно, однако, выразить сомнѣніе въ томъ, чтобы *fiducia* въ связи съ *nexum*, въ состояніи была оказать ту пользу, какую она оказываетъ, будучи присоединенной къ манципаціи. Если согласиться съ основнымъ положеніемъ Нибура, что *nexum*, съ самаго момента его совершенія, подчиняетъ должника со всѣми его подвластными кабальной зависимости кредитора, то само собой очевидно, что для такого должника будетъ совершенно бесполезной *fiducia* вмѣстѣ съ вытекающимъ изъ нея искомъ: тотъ, кто находится *in mancipio*, какъ объектъ собственности, хотя бы и фидуціарной, установ-

¹ Ср. Brinz, l. c. 28—29; Bonjean, Traité des actions ou expositions historiques de la procédure civile chez les Romains, 1841, I, 405, (цитата у Vainberg'a).

² Vat. Fragm. § 329. Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur.—Ср. также § 50.—См. далѣе l. 77 D. 50. 17 (Papin.). Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem—in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem.

ленной въ видѣ залога, не можетъ вести процесса противъ своего господина ¹.

Возраженія, выставленныя противъ теоріи самозалога, подвергаютъ также сомнѣнію основательность и той теоріи, которая опредѣляетъ *nexum* какъ самопродажу и, въ сущности, является лишь слабымъ измѣненіемъ взгляда Нибура ². Помимо всего другаго, идею самопродажи трудно согласовать съ *nexum* уже потому, что въ формулѣ этой сдѣлки отсутствуетъ характерная для купли-продажи оговорка: *isque mihi emptus esto*.

Не болѣе, какъ модификацію нибуровской теоріи, представляетъ собой и взглядъ, развитый, напр., Зеллемъ и Шейрлемъ ³. По ихъ мнѣнію, въ формѣ *nexum* совершалась продажа, но не самого должника, а его услугъ—притомъ только будущихъ услугъ. За сумму займа должникъ обязывается работать кредитору, начиная съ момента наступленія срока исполненія по обязательству и до времени дѣйствительной уплаты долга. Объектомъ сдѣлки оказываются *operae futurae* должника, *inde*, какъ выражается Sell, *a die solutionis haud servato, usque ad veram solutionem praestandae*. Отсюда, слѣдовательно, можетъ возникнуть для кредитора лишь право задержать неисправнаго должника и заставить его отработать свой долгъ. Большаго права кредитору, дѣйствительно, нельзя предоставить, если признать правильнымъ основное положеніе Зелля и Шейрля. На самомъ же дѣлѣ, положеніе должника было гораздо хуже; съ нимъ, какъ извѣстно, были связаны юридическія послѣдствія, совершенно несоединимыя съ наймомъ услугъ, хотя бы и въ формѣ продажи ихъ. Такимъ образомъ, рассматриваемая теорія ни мало не объясняетъ юридическихъ послѣдствій, проистекающихъ изъ *nexum*, для объясненія которыхъ она и придумана была. Но и независимо отъ этого, она вызываетъ недоумѣніе, допуская, что объектомъ сдѣлки *per aes et libram* могутъ быть *operae*, которыя, однако, не включены въ число *res mancipi* ⁴.

¹ Savigny, l. c., 399; Puntchart, Die moderne Theorie des Privatrechts, 214.

² См., напр., Krüger Geschichte der capitis diminutio, 91, 299 слѣд.; Kuntze, Excuse, 130; Puchta, Institutionen II, § 269; Муромцевъ, Гражд. право древняго Рима, § 41.—Ср. Vainberg, l. c. 25.

³ Scheurl, l. c. 24—29, 51 слѣд. Sell, l. c. 41—49.

⁴ Ср. Bachofen, Das Nexum, 24, слѣд.; 64; Giraud, l. c. 54 слѣд.

Проще вопросъ о послѣдствіяхъ, связанныхъ съ *nexum*, рѣшается Вальтеромъ и Бахофеномъ. Для нихъ право кредитора, задерживать должника и расправиться съ нимъ по собственному усмотрѣнію, основывается на особенномъ соглашеніи, присоединенномъ къ *nexum* или включенномъ въ него. Бахофенъ выводитъ право кредитора изъ спеціальнаго, выраженнаго въ нувкупативной части формулы *nexum*, согласія должника добровольно, въ случаѣ неисполненія обязательства, поступить во власть займодавца¹. По мнѣнію Вальтера, это право кредитора проистекаетъ изъ дополнительнаго договора, обязательность котораго санкціонирована извѣстнымъ правиломъ XII таблицъ: *cum nexum faciet mancipiumque etc*².

Послѣ того, что было сказано выше (стр. 167) о значеніи постановленія XII таблицъ, касающагося *nexum* и *mancipatio*, мы не считаемъ необходимымъ входить въ разсмотрѣніе взглядовъ Бахофена и Вальтера, отмѣченныхъ здѣсь лишь ради полноты очерка литературныхъ мнѣній. По тѣмъ же соображеніямъ можно оставить безъ разсмотрѣнія и гипотезу Пунтшарта, отличающуюся крайней сложностью и произвольностью и рѣшительно неподдающуюся провѣркѣ. Формула манципаціоннаго тестаментъ, сохранившаяся у Гая (II, 104), навела Пунтшарта на мысль, что и *nexum*, подобно манципаціонному завѣщанію, есть способъ установленія особаго вида *custodela*, простирающейся какъ на должника, такъ и на его имущество: *se nexum dare* значитъ *se in custodiam dare*. Эта *custodia* даетъ, однако, кредитору лишь право надзора и контроля за должникомъ и его имущественными распоряженіями, средства же для осуществленія такого права опредѣляются, съ общаго согласія, въ *leges mancipii*³.

4.

Послѣдствія, которымъ подвергается неисправный должникъ, не представляютъ собой чего-либо свойственнаго исключительно національному римскому займу. Личное задержание (*manus injectio*)

¹ *Bachofen*, l. c. 32 слѣд.

² *Walter*, Geschichte d. röm. Rechts, § 616; *Van-Wetter*, Les obligations, II, 6—7.

³ *Puntschart*, Die moderne Theorie des Privatrechts (Kurze Geschichte des *Nexum*, 213 и слѣд.).

угрожаетъ не только тому, кто обязался посредствомъ соверше-
 нія *пехит*. Его не избѣгаютъ также *in jure confessus* и *judicatus*¹—
 лица, къ которымъ никто, конечно, не станетъ прилагать ни те-
 ории самозалога, ни теоріи самопродажи, не говоря уже о безу-
 словной непримѣнимости къ нимъ объясненія Бахофена или Валь-
 тера.

Въ чемъ бы *in jure confessio* ни состояло, въ какой бы суммѣ
judicatum ни было выражено,—неисполненіе одного, какъ и не-
 исполненіе другаго влечетъ за собой выдачу головой неисправнаго
 лица. Въ этомъ отношеніи замѣчается полное сходство между
пехит съ одной стороны и *judicatum* и *in jure confessio*—съ дру-
 гой. А потому усматривать въ *пехит* добровольное согласіе долж-
 ника подчиниться *manus injectio* кредитора или спеціальное уста-
 новленіе самозалога такъ же мало основательно, какъ мало осно-
 вательно было бы утверждать, что содержаніе приговора или
 судебного признанія состоитъ въ уполномоченіи истца подвергнуть
 личному задержанію отвѣтчика. Это значило бы смѣшивать содер-
 жаніе юридическаго акта съ послѣдствіями, наступающими въ
 случаѣ неисполненія его. Какъ ни ошибочно такое смѣшеніе, оно
 тѣмъ не менѣе, лежитъ въ основаніи почти всѣхъ теорій, придуман-
 ныхъ для объясненія *пехит*. Можно сказать, что только теорія
Гушке свободна отъ этой ошибки, и если бы она не была такъ
 затемнена разсужденіями мистическаго и схоластическаго свойства,
 ее можно бы было признать единственной правильной.

Если проводить строгое и рѣзкое различіе между содержаніемъ
пехит и тѣми послѣдствіями, которыя наступаютъ въ случаѣ не-
 исполненія договора, то вопросъ о правѣ кредитора въ отношеніи
 несостоятельнаго должника получить совершенно иное освѣщеніе.
 Для разрѣшенія его нѣтъ необходимости усложнять самую формулу
пехит какими-либо вставками, по структурѣ — маловѣроятными,
 по существу—безполезными. Въ источникахъ, въ самомъ дѣлѣ,
 нельзя найти ни малѣйшихъ указаній на то, что формула *пехит*
 могла содержать въ себѣ что нибудь другое, кромѣ обязательства
 должника уплатить въ назначенный срокъ извѣстную сумму де-

¹ XII tab. III, 2—4.

негъ¹, — самозалогъ, напр., самопродажу или продажу услугъ должника. Больше того: было бы даже удивительно, если бы кредиторъ, при совершении займа, заботился объ обеспеченіи своего требованія подобными мѣрами гарантіи, предоставленными ему и безъ того самимъ закономъ. Быстрое и энергическое понужденіе должника къ исполненію обязательства есть, конечно, несомнѣнное и безспорное право кредитора, но, однако, въ такой же степени, въ какой оно является и правомъ всякаго другаго лица, требованіе котораго будетъ удостовѣрено судебнымъ порядкомъ—въ формѣ приговора или судебного признанія. Когда кредиторъ подвергаетъ неисправнаго должника личному задержанію, онъ дѣйствуетъ не какъ залогоприниматель или покупательъ услугъ,— онъ примѣняетъ лишь обыкновенныя мѣры взысканія, доступныя также и другимъ взыскателямъ, притязанія которыхъ основываются не на *пехит*, а, напр., на деликтѣ.

Отдѣляя мѣры взысканія, къ которымъ обращается кредиторъ, не получившій своевременнаго удовлетворенія по договору *пехит*, отъ самаго содержанія этого договора и права, въ немъ выраженнаго, станетъ вполне очевиднымъ, что *пехит*—и по формальному основанію, и по матеріальной цѣли—нельзя иначе рассматривать, какъ сдѣлку о займѣ. Только благодаря вышеуказанному смѣшенію могъ сложиться взглядъ на обязаннаго по *пехит*, какъ на лицо, которое «по виду продаетъ себя, на самомъ же дѣлѣ закладываетъ, за долгъ кредитору»². Изъ того же источника вытекаетъ заключеніе, отмѣчающее двѣ стороны въ сдѣлкѣ *пехит*: *матеріальную*, на которой отпечатлѣны, такъ сказать, признаки займа, и *формальную*, обнаруживающую всѣ особенности вещнаго и абсолютнаго права кредитора надъ должникомъ.

Единственный путь избѣжать подобныхъ хитросплетеній—это не примѣшивать къ *пехит* тѣхъ правомочій кредитора, которыя принадлежатъ ему въ стадіи принудительнаго осуществленія обязательства и которыя ничего общаго съ самымъ обязательствомъ не имѣютъ.

Дальнѣйшее изложеніе подтвердитъ нашу точку зрѣнія и покажетъ, что допущенныя XII таблицами *экзекутивныя мѣры* были

¹ *Huschke*, 1. с. 52.

² *Scheurl*, 1. с. 24; *Загоровскій*, 1. с. 66.

вполнѣ достаточны для того, чтобы гарантировать кредиторамъ осуществленіе ихъ правъ, не прибѣгая къ установленію спеціальнаго обезпеченія, въ родѣ обезпеченія залогомъ личности должника. Древнимъ римлянамъ очень долго, какъ извѣстно, была чуждой самая идея залоговаго права. И это вполнѣ понятно и естественно, такъ какъ въ существованіи самостоятельнаго залога нѣтъ практической необходимости, когда неисполненіе обязательства считается законнымъ условіемъ и достаточнымъ оправданіемъ насильственнаго задержанія должника, — условіемъ и оправданіемъ такой мѣры, которая быстрѣе и вѣрнѣе приводитъ къ цѣли, чѣмъ нѣкоторыя формы современнаго залога.

5.

Отъ момента заключенія договора и до наступленія срока исполненія по нему должникъ остается вполнѣ свободнымъ какъ въ личномъ, такъ и въ имущественномъ отношеніи. Объ этомъ можно съ достаточной опредѣленностью судить потому, что и самое задержаніе должника непосредственно не производитъ умаленія правъ его — ни гражданскихъ, ни политическихъ.

Несостоятельный должникъ не перестаетъ быть *civis romanus*, — онъ можетъ даже служить въ войскѣ и вотивать въ народномъ собраніи. Т. Ливій передаетъ, что консуль Сервій спеціальнымъ эдиктомъ запретилъ «кому бы то ни было держать римскаго гражданина въ оковахъ или въ заключеніи, лишая его тѣмъ возможности записаться у консула въ войско». Консуль, какъ видно изъ разсказа историка, устранилъ своимъ распоряженіемъ не юридическія, а лишь фактическія препятствія для осуществленія должниками ихъ политическихъ правъ. Политическая правоспособность остается неприкосновенной, но пользоваться ею мѣшаетъ *jus retinendi* кредитора, каковое право и было отмѣнено консуломъ¹.

¹ *Lev.*, II, 24: *edixit, ne quis civem Romanum vinctum aut clausum teneret, quo minus ei nominis edendi apud consules potestas fierat...* hoc proposito edicto et qui aderant nexi profiteri extemplo nomina et undique ex tota urbe proripientium se ex privato, *cum retinendi jus creditori non esset*, concursus in forum, ut sacramento dicerent, fieri. — Ср. *Dion.* VI, 29, 37; *Liv* VI, 15. Ср. *Huschke* I. c. 68 слѣд.

Оставаясь римскимъ гражданиномъ, несостоятельный должникъ продолжаетъ также сохранять, хотя и провизорно, всѣ свои цивильныя права—права домовладыки, собственника, агната ¹.

Весь этотъ объемъ гражданской и политической правоспособности ясно показываетъ, какъ ошибочно было бы сблизать юридическое положеніе лица, обязаннаго въ силу *nexum*, съ понятіемъ *mancipium* или *dominium*, хотя бы даже въ формѣ эвентуальнаго права собственности.

Съ утвержденіемъ, что должникъ находится—и притомъ съ момента заключенія договора—въ вещной и абсолютной зависимости отъ кредитора, не гармонируетъ тотъ фактъ, что онъ самъ оказывается субъектомъ имущественныхъ правъ. Если бы имущество его поступало въ полное распоряженіе кредитора, то извѣстное постановленіе XII таблицъ, предоставляющее несостоятельному должнику право содержать себя на свой счетъ—*si volet suo vivito*, звучало бы ѣдкой ироніей надъ положеніемъ несчастнаго узника. Какъ на аргументъ имущественной правоспособности несостоятельнаго должника можно сослаться и на содержаніе постановленія закона Петелія. Этотъ законъ предполагаетъ наличность имущества у должниковъ, подвергшихся задержанію, какъ видно изъ той части его, которая опредѣляетъ: *omnes, qui bonam copiam jurarunt, ne esset nexi, dissoluti* ².

Римскій гражданинъ, обязавшійся сдѣлкой *nexum*, не претерпѣваетъ того юридическаго обезличенія, которое связано съ состояніемъ въ кабальной зависимости или рабствѣ. Уплата долга разъ на всегда порываетъ отношеніе, существовавшее между кредиторомъ и должникомъ. Когда бы уплата ни была произведена, хотя бы и послѣ *addictio*, она не предполагаетъ совершенія манумиссіи, и *nexum* не оставляетъ по себѣ воспоминанія даже въ формѣ патроната, какъ это бываетъ при освобожденіи на волю раба или кабальнаго ³. Съ другой стороны, неплатежъ долга про-

¹ Quint., Inst. orat. V, 10, 60: *qui servus est, si manumittatur, fit libertinus, non idem addictus.*—VII, 3, 27:—*addictus recepta libertate ingenuus.*—III, 6, 25:—*an is, quem, dum addicta est, mater peperit, servus sit natus?*

² Varro l. 1., VII, 105.

³ Quint. VII, 3, 27. *Servus, cum manumittitur, fit libertinus, addictus recepta libertate ingenuus; servus invito domino libertatem non consequetur; ad servum nulla*

изводитъ лишь фактическое подчиненіе должника власти кредитора, которое Т. Ливій, а также и Діонисій, сравнивая иногда съ рабствомъ, въ общемъ описываетъ словами, лишенными техническаго юридическаго значенія: *ductum se ab creditore non in servitium, sed in egrastulum et carnificiam esse* ¹.

Личное задержаніе, само по себѣ, не считается удовлетвореніемъ, чѣмъ оно, однако, должно было бы быть согласно взгляду на право кредитора какъ на право «вещное, абсолютное надъ лицомъ должника», имѣющее наступить въ случаѣ неуплаты долга. Напротивъ, это есть не болѣе какъ средство получить принудительнымъ путемъ ту сумму денегъ, которая не была уплачена добровольно, — и разъ таковая будетъ, съ соблюденіемъ извѣстныхъ формальностей, представлена, «абсолютная» зависимость должника окажется, въ дѣйствительности, столь слабой, что сама собой прекратится. Изъ разсказа Ливія явствуетъ, что Манлій не встрѣчаетъ ни малѣйшаго протеста со стороны кредитора, навязывая ему уплату чужаго долга послѣ истеченія срока платежа ², когда, слѣдовательно, право, проистекающее изъ *nexus*, должно было бы превратиться изъ эвентуальнаго въ полное и неразрушимое.

Правда, послѣ задержанія (*manus injectio*) положеніе должника уподобляется, до нѣкоторой степени, положенію залога, какъ его и опредѣляетъ, напр., Гуске и Жиро ³. Но какъ самое личное задержаніе является слѣдствіемъ, вытекающимъ не изъ договора, а изъ факта неисполненія его, такъ, равнымъ образомъ, и юридическое положеніе должника, обусловленное этимъ задержаніемъ, не можетъ имѣть своимъ непосредственнымъ источникомъ договоръ, хотя бы и въ формѣ *nexus*. Слѣдовательно, не смотря на сходство практическаго назначенія и матеріальныхъ цѣлей, кото-

lex pertinet, addictus legem habet. Propria liberi, quae nemo habet nisi liber, praenom, nomen, cognomen, tribum, habet haec addictus.—Ср. Giraud, l. c. 76.

¹ Liv. II, 23.—Сюда же можно отнести и извѣстный текстъ Варрона, l. l. VII, 105: *liber, qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur, ut ob aere obaeratus.*—Ср. также Liv VIII, 28, VI, 34—36. Dion. VI, 83, 79, 59; V, 53.

² Liv. VI, 14.

³ Huschke, l. c. 68. Mit einem Worte, das Recht des Gläubigers am *nexus* verhielt sich zum *suum jus* desselben wie bei Sachen das Pfand zum Eigenthum.—Giraud, l. c. 74—75. Le droit du créancier sur le *nexus* est, en égard au *suum jus* de ce dernier, dans le même rapport que le gage à la propriété.

рымъ служатъ залогъ и личное задержаніе должника, юридическія основанія ихъ оказываются различными. Залогъ обозначаетъ собой право кредитора первоначальное, существующее съ момента совершения договора и неразрушимое съ момента его осуществленія. Ни того, ни другаго нельзя сказать о правѣ на *manus injectio*, которое возникаетъ независимо отъ договора, датируется лишь временемъ просрочки должника и, затѣмъ, не уничтожаетъ обязательственнаго права кредитора, а существуетъ на ряду съ нимъ.

Подвергая должника личному задержанію, кредиторъ осуществляетъ право, имѣющее своимъ источникомъ просрочку,—фактъ, который, повидимому, въ умѣ древняго римлянина всегда ассоціируется съ представленіемъ о вѣроломствѣ (*perfidia*). Въ источникахъ, дѣйствительно, напрасно было бы искать указаній на то, что системой XII таблицъ, при опредѣленіи послѣдствій неисполненія договора займа, было принято во вниманіе различіе основаній несостоятельности должника. Вся исторія долговаго права, являющагося однимъ изъ важнѣйшихъ стимуловъ борьбы плебеевъ съ патриціями, служитъ несомнѣннымъ и убѣдительнымъ доказательствомъ, что указанное различіе было неизвѣстно памятнику децемвировъ. Произошла ли несостоятельность по винѣ должника, напр., вслѣдствіе расточительности, или безъ его вины, вслѣдствіе пожара, истребленія имущества непріателемъ,—это совершенно безразлично. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ просрочка одинаково считается своего рода деликтомъ, умышленнымъ нарушеніемъ довѣрія, которое не можетъ остаться безъ наказанія—«*sine gravi poena*», говоритъ Геллій, опредѣляя точку зрѣнія древнихъ римлянъ¹.

6.

Какъ договоръ публичный и свидѣтелями удостовѣренный, *nexum* избавляетъ кредитора отъ необходимости предварительно выполнить всѣ формальности обыкновеннаго процесса, чтобы получить

¹ *Aul. Gell.* XX, 1, 41. Haec autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniae mutuaticae usu atque commercio: adimi enim putaverunt subsidium hoc inopiae temporariae, quo communis omnium vita indiget, si perfidia debitorum sine gravi poena eluderet.

право на осуществленіе своего требованія принудительнымъ способомъ. Отношенія между кредиторомъ и должникомъ даютъ здѣсь такъ же мало условій для спора, какъ мало ихъ и въ томъ случаѣ, когда претензія основывается, напр., на *furtum manifestum*.

По смыслу закона XII таблицъ, требованіе, вытекающее изъ *nexum*, можетъ быть предметомъ судебного разбирательства лишь тогда, когда возраженія, заявленныя противъ него должникомъ, будутъ поддержаны третьимъ лицомъ, готовымъ принять на себя отвѣтственность за послѣдствія неудачнаго возбужденія процесса¹. Отсюда, конечно, не слѣдуетъ, что самъ должникъ не обладаетъ процессуальной способностью. Вмѣшательство *vindex*'а въ отношенія кредитора и должника объясняется и обусловливается другими причинами, имѣющими, притомъ, универсальное значеніе.

Съ нашей, современной, точки зрѣнія покажется чудовищнымъ предположеніе, что истецъ всегда является правымъ, отвѣтчикъ же — всегда виноватымъ. Но подобное предположеніе не будетъ столь чудовищнымъ въ условіяхъ того времени, когда заявлять какое либо неосновательное требованіе, а тѣмъ болѣе приступать къ осуществленію его значило подвергать себя всѣмъ послѣдствіямъ мести противника. Древнѣйшій процессъ представляетъ собой орудіе обоюдоострое. Пользующійся имъ можетъ заставить противника подчиниться своимъ требованіямъ, но съ другой стороны онъ рискуетъ, въ случаѣ неосновательности своей претензіи, испытать на себѣ тѣ самыя крутыя мѣры, которыя составляютъ такъ сказать, нормальную обстановку архаическаго судебного разбирательства. Опасность, связанная съ возбужденіемъ процесса, въ древнее время достаточно велика и основательна, чтобы заставить прибѣгать къ нему съ возможною осторожностью и оправдать вѣроятность предположенія о правотѣ того, кто не задумывается подвергнуть себя риску, соединенному съ усиліями возстановить свое право².

Что касается права, облеченнаго въ такую форму какъ *nexum*, то противъ него едвали и могутъ быть выставлены какія либо

¹ *Gai.* IV, 21. Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se agere; sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat; qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.—Ср. XII tab. III, 3.

² *Манъ*, Древнѣйшая исторія учрежденій, 218.

основательныя возраженія, если не считать отрицанія самаго факта заключенія договора или утвержденія, что срокъ исполненія еще не наступилъ. Но подобное отрицаніе или утвержденіе, если оно неосновательно, легко, однако, опровергается противорѣчащими ему показаніями лицъ, присутствовавшихъ при совершеніи акта и обязанныхъ, подъ угрозой тяжелой кары, засвидѣтельствовать совершеніе его ¹. Поэтому, кто можетъ, въ случаѣ необходимости, подкрѣпить свою претензію свидѣтелями, готовыми выступить въ защиту требованія истца, не смотря на страшную кару, определенную за ложное свидѣтельство ², тому, собственно говоря, не приходится вести процесса даже и съ виндексомъ отвѣтчика. Практическое значеніе свидѣтелей въ томъ и состояло въ древности, что участіе ихъ въ совершеніи сдѣлки сообщаетъ свойство неоспоримости какъ самой сдѣлкѣ, такъ и претензіи, изъ нея возникающей ³,—вслѣдствіе чего должнику остается или немедленно уплатить требуемый съ него долгъ, или, если у него не оказывается необходимыхъ средствъ, представить вмѣсто себя другое лицо, которое также немедленно удовлетворило бы кредитора.

Въ видѣ предположенія можно сказать, что первоначально и *vindex* не велъ процесса, а просто производилъ уплату долга и тѣмъ самымъ избавлялъ должника отъ мести кредитора. По крайней мѣрѣ въ источникахъ не имѣется никакихъ свѣдѣній о процессѣ, когда *vindex* является на помощь несостоятельному должнику,—условія же совершенія *noxit* исключаютъ почти всякую возможность спора противъ притязаній кредитора.

На извѣстной стадіи историческаго развитія самоуправство кредитора надъ несостоятельнымъ должникомъ представляется у всѣхъ народовъ стольже обычнымъ и нормальнымъ явленіемъ, какъ и та суровая репрессія, которая примѣняется по отношенію къ вору или лицу, совершившему членовредительство ⁴. Креди-

¹ XII tab. VIII, 22. *Qui se sieriit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, inprobis intestabilisque esto.*—Aul. Gell., XV, 13, 11.

² Aul. Gell. XX, 1, 53. *An putas, si non illa etiam ex duodecim tabulis de testimoniis falsis poena abolevisset et si nunc quoque, ut antea, qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeio deiceretur...?*

³ Ср. *Ihering*, *Entwicklungsgeschichte des röm. Rechts*, 113 слѣд.

⁴ *Kohler*, *Schakspeare vor d. Forum der Jurisprudenz*, собралъ обширный матеріалъ по этому вопросу.

торъ не только задерживаетъ неисправнаго должника, но и связываетъ его по рукамъ и ногамъ—конечно, не съ цѣлью предупредить побѣгъ, а для того, чтобы дать полный просторъ проявленію чувства мести. Слово «*nexus*» обозначаетъ «связанный», и, въ примѣненіи къ древнимъ римскимъ должникамъ, его слѣдуетъ понимать не въ переносномъ, а въ буквальномъ смыслѣ: *nectere*, объясняетъ Фестъ, *ligare significat*¹. Историками оно нерѣдко употребляется даже какъ синонимъ слова *vinctus*. Понимаемое въ буквальномъ смыслѣ, слово это точно и ясно опредѣляетъ— правда, не юридическое, а лишь фактическое—состояніе лица, оказавшагося неисправнымъ въ исполненіи договора займа.

И въ понятіи «*obligatio*» содержится указаніе на связь и зависимость одного лица отъ другого. Но терминъ классическаго права выражаетъ представленіе объ отвлеченной связи и юридической зависимости, тогда какъ языкъ древняго права отмѣчаетъ только конкретные признаки, доступные чувственному воспріятію, описываетъ, такъ сказать, осязаемое состояніе должника. Тѣ *узы*, въ которыхъ находится «*nexus*», суть *узы* матеріальныя²,— они стоятъ въ такомъ же отношеніи къ *vinculum juris* классическихъ юристовъ, какое обыкновенно существуетъ между внѣшними, видимыми фактами и отвлеченной идеей, ихъ объединяющей.

Та связь, которая передается выраженіемъ «*juris vinculum*» и считается необходимымъ элементомъ въ составѣ обязательствъ развитаго права, возникаетъ немедленно въ самый моментъ совершенія извѣстныхъ юридическихъ фактовъ, именуемыхъ источниками обязательствъ. Какъ простая метафора, эта связь, дѣйствительно, характеризуетъ не ту или другую стадію обязательственнаго отношенія, а все отношеніе, отъ момента установленія и до времени прекращенія его. Но для древняго римлянина *узы*, налагаемые обязательствомъ, представляли собой болѣе чѣмъ фигуральное выраженіе, а потому и наложеніе ихъ на должника не

¹ *Fest. s. h. v. Cp. Dirksner, Manuale v. nexus.*

² *Liv. VI, 11, 8: nervo ac vinculis corpus liberum territent;—14, 4: in servitutum ac vincula duci;—15, 9: eximendo de nervo cives vestros; 18, 8: vidistis in vincula duci eum, qui a singulis vobis vincula depuleram; 36, 12: an placeret faenore circumventam, ni potius quam sortem creditum solvat, corpus in nervum ac supplicia dare...*

совпадало съ началомъ обязательства. Въ смыслѣ древняго римскаго права «связаннымъ» былъ не всякій должникъ, но лишь тотъ, который оказывается, въ срокъ исполненія обязательства, несостоятельнымъ и подвергается личному задержанію ¹. Съ этого момента онъ и называется «*nexus*» — словомъ, которое, въ первоначальномъ значеніи своемъ, такъ же не примѣнимо къ лицу, совершающему договоръ, какъ и выраженія «*nectitur*», «*nexum se dat*», «*nexum init*» не примѣнимы для обозначенія акта заключенія договора ². Всѣ эти выраженія опредѣляютъ состояніе, въ которое попадаетъ должникъ не раньше какъ послѣ истеченія срока, назначеннаго для исполненія обязательства. Они даютъ вѣрное представленіе о тѣхъ дѣйствіяхъ, которыми кредиторъ начинаетъ принудительное осуществленіе своего права, — слѣдовательно соотвѣтствуютъ, такъ сказать, первому моменту экзекуціоннаго процесса, который, примѣнительно къ древнѣйшему времени, можно назвать и первымъ актомъ проявленія мести кредитора въ отношеніи несостоятельнаго должника.

Конечно, власть кредитора надъ несостоятельнымъ должникомъ, съ тѣми чертами, которыя отмѣчены въ XII таблицахъ, не можетъ быть названа грубымъ и безконтрольнымъ произволомъ, — она подчинена довольно значительнымъ ограниченіямъ какъ формальнаго, такъ и матеріальнаго свойства. Право кредитора, не получившаго своевременно удовлетворенія, проявляется не иначе какъ съ соблюденіемъ извѣстныхъ обрядностей, обезпечивающихъ, хотя и въ слабой степени, контроль общественной власти за дѣйствіями взыскателя долговъ по договору займа. Но какъ самое право, такъ и способъ осуществленія его характеризуется признаками, устанавливающими несомнѣнное сходство между неисправнымъ должникомъ и обыкновеннымъ делинквентомъ.

7.

Какъ извѣстно, принудительное взысканіе по долгамъ обставлено въ древнемъ римскомъ правѣ соблюденіемъ нѣкоторыхъ фор-

¹ *Ihering*, Vorgeschichte d. Indoeuropäer, 85.

² *Liv.* VII, 19; VIII, 28; II, 23, 25, 27. *Vcigt*, Die XII Tafeln, I, 634; *Huschke*, *Nexum*, 61 слѣд.—Ср. *Karlowa*, Rechtsgeschichte, II, 551; *Bachofen*, I. c., 37 слѣд.; *Sell*, I. c., 47.

мальностей. Съ полной увѣренностью нельзя утверждать, что эти формальности—какъ онѣ опредѣлены XII таблицами ¹—были совершенно одинаковы для всѣхъ случаевъ и не подвергались измѣненіямъ въ зависимости отъ основаній обязательственныхъ требованій. Въ частности, очень вѣроятно, что отсрочкой въ тридцать дней, отдалявшей моментъ личнаго задержанія, пользовались только тѣ должники, обязательство которыхъ было удостовѣрено судебнымъ приговоромъ или судебнымъ признаніемъ. Тѣмъ не менѣе, въ общемъ порядкѣ принудительнаго осуществленія правъ, источники не отмѣчаютъ какихъ-либо существенныхъ модификацій, а также не указываютъ и на то, что принудительныя мѣры взысканія сопровождались различными послѣдствіями соотвѣтственно различію поводовъ ихъ примѣненія. Можно даже, въ видѣ предположенія, допустить, что порядокъ экзекуціи, примѣнявшійся при взысканіяхъ по обязательствамъ, основаннымъ на договорѣ *nexum*, сложился по образцу и примѣнительно къ тѣмъ мѣрамъ, которыя первоначально были установлены лишь для принудительнаго исполненія судебныхъ рѣшеній.

Все равно, немедленно ли въ срокъ, назначенный въ договорѣ займа, или не раньше какъ по истеченіи законной отсрочки—*dies justi* ², неисправный должникъ подвергается личному задержанію. Этимъ актомъ ни мало еще не измѣняется юридическое положеніе должника,—послѣ *manus iniectio* право кредитора остается, по существу своему, такимъ же, какимъ оно было и до того времени. *Manus iniectio* замѣняетъ собой вызовъ въ судъ и, въ формальномъ отношеніи, является очень важнымъ ограниченіемъ произвола кредитора. Не обращаясь къ общественной власти съ просьбой о вызовѣ отвѣтчика, истецъ справляется съ нимъ личными своими усиліями и дѣйствуетъ, повидимому, самовольно. Но

¹ XII tab. III, 1—4. Aeris confessi rebusque jure judicatis XXX dies justi sunt. Post deinde manus iniectio esto. In jus ducito. Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne minore aut si volet maiore vincito. Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato.—6. Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto.—Ср. *Gell.* XX, 1, 45—49.

² *Aul. Gell.* XX, 1, 42: debiti judicatis triginta dies sunt dati, conquirendae pecuniae causa, quam dissolverent; eosque dies decemviri justos appellaverunt.—XX, 1, 45: post deinde manus injectio esto, in jus ducito.

актъ внѣсудебнаго самоуправства не составляетъ исполнительнаго производства и не устраняетъ его, — совершеніе этого акта имѣетъ ближайшею своею цѣлью поставить взысканіе по долгамъ, хотя оно и производится исключительными усиліями взыскателя¹, подѣ контроль общественной власти. За приводомъ должника въ судъ можетъ и не послѣдовать судебное разбирательство, да этотъ приводъ и совершается не ради судебного разбирательства: если въ правѣ кредитора задержать несостоятельнаго должника сказывается со всей очевидностью идея примитивнаго самоуправства, то въ требованіи явки въ судъ — *in jus ducito* — нельзя не видѣть перваго и очень существеннаго ограниченія ея. Такъ какъ изъ *nexi* возникаетъ обязательство, осуществляемое безъ предварительнаго судебного разсмотрѣнія претензіи кредитора по существу, то само собой понятно, что явка сторонъ къ магистрату можетъ имѣть лишь одно значеніе — публично констатировать неисправность должника и легитимировать кредитора въ качествѣ взыскателя по безспорному требованію. Публично засвидѣтельствованный фактъ неисполненія договора займа — *nexi* — обусловливаетъ законность расправы съ должникомъ. Магистратъ не разрѣшаетъ спора и не произноситъ приговора, а ограничивается лишь тѣмъ, что, на основаніи торжественнаго заявленія кредитора, удостовереннаго свидѣтелями, санкционируетъ принятіе принудительныхъ мѣръ въ отношеніи неисправнаго должника. Первой изъ числа этихъ мѣръ является *domum ducere*². Очень вѣроятно, что въ болѣе древнее время съ уведомъ должника въ домъ кредитора прекращались между ними всѣ расчеты, — согласно же XII таблицамъ этотъ актъ является только одной изъ стадій исполнительнаго производства.

Послѣ ареста должникъ, съ вѣдома и разрѣшенія представителя общественной власти, поступаетъ въ распоряженіе кредитора, становится *<nexi>* въ буквальномъ смыслѣ слова, и остается въ такомъ положеніи на время всей дальнѣйшей процедуры, представляющей собой суррогатъ исполнительнаго производства. *Nexi*

¹ *Degenkolb*, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1877, 105—106.

² XII tab. III, 3. *Aul. Gell.* XX, 1, 45: ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. — Ср. *Gai.* IV, 21: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur.

не есть еще лицо порабощенное, такъ какъ кредиторъ задерживаетъ и удерживаетъ его у себя лишь провизорно, въ ожиданіи выкупа,—и въ этомъ отношеніи постановленія XII таблицъ означаютъ собой, безспорно громаднѣйшій прогрессъ въ развитіи долговаго права, хотя прогрессъ этотъ въ дѣйствительности, сводится къ тому, что прежняя практика неограниченнаго самоуправства стѣснена извѣстнаго рода формальностями. Законъ смягчаетъ строгость долговаго права, вмѣняя кредитору въ обязанность подчинить осуществленіе своей претензіи определенному порядку, который, быть можетъ, и прежде примѣнялся, но ни для кого не былъ обязательнымъ. Вполнѣ вѣроятно, что и до времени составленія XII таблицъ практиковался порядокъ взысканія по долгамъ, санкціонированный децемвирами,—по крайней мѣрѣ, исторія древняго арійскаго права даетъ указанія на существованіе обычая привязывать несостоятельныхъ должниковъ къ публичному столбу¹. Но то, что прежде кредиторъ совершалъ, слѣдуя исключительно личному своему расчету, благодаря постановленіямъ децемвировъ, стало обязательной и единственной нормальной формой исполнительнаго производства. Заключая должника въ долговую яму (*carcer privatus*), налагая на него колодки и цѣпи (*vincito aut perno aut compedibus*), подвергая его, вообще, различнымъ истязаніямъ съ цѣлью вынудить уплату долга, кредиторъ вмѣстѣ съ тѣмъ обязанъ предоставить всѣмъ желающимъ возможность выкупить банкрота,— для этой цѣли и предписывается въ определенные рыночные дни выводить должника на площадь и здѣсь громко объявлять сумму долга его: *inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabatur*.

Какъ мѣра, предпринимаемая для того, чтобы принудить отвѣтчика къ исполненію обязательства, *domum ductio*, въ существѣ дѣла, не создаетъ въ пользу взыскателя вещнаго права. Это есть мѣра взысканія, и свидѣтельствуется она лишь о томъ, что отношеніе, вытекающее изъ догора займа, переходя въ экзекуціонную стадію, принимаетъ такой же отпечатокъ, какой лежитъ на отношеніяхъ, возникающихъ изъ деликта, неисполненія судебного при-

¹ *Ihering, Vorgeschichte der Indoeuropäer, 78 слѣд.*

говора или судебного признанія. Системѣ XII таблицъ и извѣстенъ одинъ видъ экзекуціи, общій для всѣхъ притязаній, безъ различія ихъ матеріальнаго основанія. Онъ начинается актомъ внѣ судебного самоуправства и слагается изъ дѣйствій, совершаемыхъ съ цѣлью получить не только имущественное, но и личное удовлетвореніе.

Мѣры взысканія, практиковавшіяся въ древнемъ Римѣ, не составляютъ особенности римскаго народа. Исторія права отмѣчаетъ въ этомъ отношеніи поразительное однообразіе у всѣхъ народовъ, находящихся на низшихъ ступеняхъ развитія, — первоначально всюду преобладающее значеніе имѣетъ личное взысканіе. Въ примѣненіи къ неисправному должнику оно оказывается столь же общимъ явленіемъ, какъ и въ примѣненіи къ лицамъ, ответственность которыхъ основывается на деликтѣ¹. Равнымъ образомъ и причины этого явленія всюду представляются совершенно однородными.

Принадлежащее кредитору право обратить взысканіе непосредственно на личность должника, въ порядкѣ историческаго происхожденія, стоитъ въ генетической связи съ системой мести. Правда, посредствомъ репрессивныхъ мѣръ кредиторъ добивается ближайшимъ образомъ исполненія обязательства, — съ этою цѣлью XII таблицами установлена даже извѣстная послѣдовательность въ принятіи ихъ. Но процедура, предписанная закономъ, не измѣняетъ основнаго характера личного взысканія, такъ какъ она — сама по себѣ — не предупреждаетъ, а лишь отдаляетъ наступленіе катастрофы, угрожающей свободѣ и жизни несостоятельнаго должника². При этомъ особенно важно обратить вниманіе на то обстоятельство, что, подобно обыкновенному мстителю, который не

¹ Ср., напр., *Доверюга*, Источники права и судъ въ древней Руси, 27 слѣд. *Пухно*, Историческій очеркъ мѣръ гражданскихъ взысканій, 12 слѣд.; *Maurer*, Schuldknechtschaft nach altnordischem Rechte (Sitzungsberichte der Akademie der Wissenschaft zu München, 1874), 32 слѣд.; *Iolly*, Ueber das indische Schuldrecht (вышеуказанныя Sitzungsberichte, 1877), 713—318; *Léist*, Graecoit. Rgeschichte, 503; *Kohler*, l. c.

² *Aul. Gell.* XX, 1, 46—47. Erat autem jus interea paciscendi ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaequae pecuniae judicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Teberim peregre venum ibant.

соразмѣряетъ своей реакціи съ степенью вины правонарушителя, древне-римскій кредиторъ—взыскатель не дѣлаетъ различія между несостоятельностью добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго отвѣтчика: и того и другого, въ концѣ концовъ, ожидаетъ одна и та же участь.

Перспектива долговой расправы, санкціонированной децемвирами, достаточно сурова, чтобы побудить должника не доводить дѣла до нея. Угроза быть проданнымъ въ рабство и даже изрубленнымъ на части (*in partes secare*) слишкомъ категорически выражена въ законѣ¹, чтобы можно было сомнѣваться относительно того, что она дѣйствительно будетъ приведена въ исполненіе. Нельзя, конечно, не согласиться, что эта угроза «составляетъ выраженіе предѣла дозволеннаго, хотя далеко не всегда нужнаго способа дѣйствія», тѣмъ не менѣе, на дѣлѣ, для древняго римлянина она была «много страшнѣе, чѣмъ львы и другіе хищники на воротахъ феодальнаго замка или въ гербѣ нѣмецкаго барона»².

Многіе писатели дѣлали попытку изобразить перспективу долговой расправы, допущенной древнѣйшимъ римскимъ правомъ, въ болѣе гуманномъ видѣ и мягкомъ свѣтѣ,—нѣкоторые высказывали даже рѣшительное сомнѣніе въ возможности существованія закона, содержаніе котораго сообщено намъ Гелліемъ, а также Квинтилианомъ и Тертуліаномъ³. Но большинство, не отрицая достовѣрности постановленія XII таблицъ, употребляетъ усилія къ тому, чтобы истолковать «*partis secanto*» въ смыслѣ права, предоставленнаго кредиторамъ, произвести раздѣлъ имущества несостоятельнаго должника⁴.

Контроверзу, порожденную постановленіемъ XII таблицъ, можно считать для настоящаго времени лишенной научнаго основанія и

¹ XII tab. III, 6: *tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto*—Ср. *Aul. Gell.*, XX, 1, 48—52. *Quinct. Inst. orat.* III, 6, 84. *Tertull. apolog.* с. 4. *Cassius Dio*, fragm. 12.

² Дювернуа, Изъ курса лекцій по русскому гражданскому праву, 95.

³ См., напр., *Berriat Saint-Prix*, *Observations critiques sur la loi par laquelle on pretend que les auteurs des XII tables avaient permis aux créanciers de mettre en pieces le corps de leurs débiteurs* (*Mem. de l'Acad. des sciences*, V, 1847), 547—604.

⁴ См. напр., *Huschke*, *Nexum*, 89 слѣд.; *Dabelow*, *Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger*, 1801, 60 слѣд.—Обстоятельное изложеніе различныхъ мнѣній у *Bouchaud*, *Commentaire*, I, 173 слѣд.; II, 513 слѣд.

отнести въ разрядъ историческихъ заблужденій. Пренебрежительное отношеніе къ Ав. Геллію, котораго *Berriat Saint-Prix* называетъ «*l'homme futile et ridicule*», слишкомъ слабый аргументъ, чтобы устранить текстъ римскаго грамматика. Мало убѣдительно также и толкованіе этого текста, сопровождаемое обыкновенно обращеніемъ къ чувству гуманности: «*le cri de l'humanité*, говоритъ Бушо, *nous porte à croire que ce chef de la loi ne doit pas se prendre à la lettre, mais dans un sens figure*». Мы не можемъ мѣрять своимъ масштабомъ этическія понятія другого времени, — когда дѣло идетъ о понятіяхъ и учрежденіяхъ первобытнаго времени, то, совершенно справедливо замѣчаетъ Колеръ, дикость и безчеловѣчность ихъ служить только доказательствомъ дѣйствительнаго ихъ существованія.

Въ связи съ данными историко-сравнительнаго правовѣдѣнія, постановленіе XII таблицъ не можетъ возбуждать ни сомнѣній, ни недоумѣній, какъ не можетъ возбуждать ихъ и аналогичное постановленіе о *membri ruptio*. Римское право, разрѣшая кредиторамъ *in partes secare* несостоятельнаго должника, стоитъ неодинокое среди другихъ древнѣйшихъ юридическихъ системъ. Поразительную аналогію въ этомъ отношеніи представляетъ древнее норвежское право¹. Два постановленія норвежскаго права, давно уже обратившія на себя вниманіе изслѣдователей, очевиднымъ образомъ свидѣтельствуютъ, что изувѣченіе должника оказывается, на извѣстной ступени культурнаго развитія, довольно обычной и распространенной формой проявленія мести. Кредиторъ выжидаетъ, въ теченіе опредѣленнаго срока, уплаты долга или представленія надежнаго обезпеченія ея. Если должникъ пропускаетъ срокъ, не удовлетворивши тѣмъ или инымъ способомъ взыскателя, послѣдній обращается къ мѣрамъ понудительнымъ: онъ задерживаетъ должника, связываетъ его по ногамъ и рукамъ, предлагаетъ, наконецъ, родственникамъ внести выкупъ за него. Если и послѣ этого долгъ остается все-таки неуплаченнымъ, то кредиторъ вступаетъ въ права обыкновеннаго мстителя: самъ законъ открываетъ широкій просторъ его произволу и дозволяетъ ему отрѣзать, какъ выражается одинъ памятникъ, «сверху или снизу», какую угодно

¹ См. напр., *Maurer*, I. с., 18 слѣд. Ср. также *Kohler*, I. с. 30—31.

часть тѣла должника и сколько угодно, или, какъ постановляетъ другой памятникъ, определенное число членовъ, стоимость которыхъ составляетъ въ совокупности, по легальному тарифу, сумму, равную долгу.

Угроза изувѣченіемъ была вѣрнымъ средствомъ воздѣйствовать на волю самого должника, а также на великодушіе близкихъ его. Она не имѣла бы практическаго смысла, если бы была простой угрозой, такъ какъ, скажемъ словами *Thomasius'a*, *ineptissimum est poenam exasperare, si non executioni mandetur*: угроза никого не можетъ устрашить, если извѣстно, что она не будетъ приведена въ исполненіе ¹.

Изувѣченіе, угрожавшее несостоятельному должнику, почиталось—какъ въ норвежскомъ, такъ и въ древнеримскомъ правѣ—наказаніемъ, исполненіе котораго вполне зависѣло отъ доброй воли кредитора. Это—эвентуальное право взыскателя, по существу одинаковое съ правомъ на тальонъ или *noxae deditio*. Осуществленіе его можетъ быть предупреждено, но практическое значеніе его и въ такомъ случаѣ нисколько не умалается. Хотя, какъ говоритъ Ав. Геллій ², законъ XII таблицъ на самомъ дѣлѣ въ жизни и не примѣнялся въ буквальномъ своемъ значеніи—*dissectum esse antiquitus neminem equidem legi neque audivi*, тѣмъ не менѣе отсюда вовсе еще не слѣдуетъ, что онъ оставался безъ всякаго вліянія на взаимныя отношенія кредитора и должника. Тотъ же Геллій указываетъ и путь, открытый должнику, чтобы отвратить отъ себя предстоящую катастрофу. Прежде чѣмъ постановленіе XII таблицъ окончательно утратило свое первоначальное значеніе, строгость древняго долговаго права ослаблялась постепенно, посредствомъ частныхъ соглашеній, заключаемыхъ должникомъ и кредиторомъ въ отмѣну легальной нормы. Угроза лишеніемъ свободы (продажей въ рабство *trans Tiberim*), а въ случаѣ необхо-

¹ *Thomasius* совершенно вѣрно, далѣе, замѣчаетъ: *vel enim hoc sciunt delinquentes, tunc frustra terrentur, quia causa non subest metuendi poenam quae ultra verba non progreditur. vel nesciunt, tum iste metus durabit saltem tandiu, donec aliquis legem violaverit.*—Ср. *Bouchaud*, I, 181 слѣд.

² *Aul. Gell.* XX, 1, 51, *Addici namque et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt, dissectum esse antiquitus equidem legi neque audivi, quoniam saevitia ista poenae contemni non quitast.*

димости — даже и жизни (*partis secanto*) заставляет должника искать примирения съ взыскателемъ на почвѣ добровольнаго соглашенія, — для этой цѣли и назначается срокъ въ 60 дней: *erat autem jus interea paciscendi*, говоритъ Ав. Геллій, *ac, nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta*.

Соглашеніе, состоявшееся послѣ *manus iniectio* между кредиторомъ и должникомъ, содержитъ въ себѣ, съ одной стороны, добровольный отказъ отъ самоуправства, съ другой — обѣщаніе представить, въ замѣнъ легальнаго, иное удовлетвореніе. Удовлетвореніе это можетъ выражаться въ известной денежной суммѣ, когда его предлагаетъ, въ качествѣ выкупа, кто либо другой вмѣсто должника. Но понятное дѣло, несостоятельный должникъ не располагаетъ ничѣмъ другимъ кромѣ личнаго своего труда, который онъ и отдаетъ въ распоряженіе кредитора, спасая, такимъ образомъ, свою жизнь и свободу. Соглашеніе заинтересованныхъ лицъ, ихъ *pactio*, производитъ, конечно, закабаленіе личности должника, но это закабаленіе есть временное и полурабское состояніе, предупреждающее состояніе постояннаго и полнаго рабства.

Какъ явствуетъ изъ вышеизложеннаго, отношенія кредитора и должника принимаютъ, съ момента просрочки, рѣзкій пенальный отпечатокъ: одно лицо выступаетъ въ качествѣ потерпѣвшаго, другое — въ качествѣ обидчика. Кредиторъ не только требуетъ исполненія обязательства, но и домогается личнаго удовлетворенія. Должникъ не только принуждается къ уплатѣ долга, но и подвергается за нарушеніе довѣрія жестокой карѣ, начиная съ заключенія въ долговую яму и оканчивая потерей *caput: tertius autem nundinis capite poenas dabant aut peregre trans Tiberim venum ibant*¹).

Отсюда само собой слѣдуетъ, что *jus paciscendi*, о которомъ говоритъ Геллій, имѣетъ ближайшею цѣлью установить условія

¹ Aul. Gell. XX, 1, 47.—Liv. VI, 34, 2: *fama et corpore judicati atque addicti creditoribus satisfaciebant poenaque in vicem fidei cesserat*.—Ср. Muirhead, Introduction, 267 слѣд. Karlowa, Civilpr., 160.

выкупа и тѣмъ предотвратить *addictio* со всѣми ея тяжелыми послѣдствіями,—повидимому, должникъ, на основаніи *nexum*, поступаетъ въ полное распоряженіе кредитора не иначе, какъ въ силу особаго декрета магистрата ¹. Естественнѣе всего предположить, что должникъ, если онъ не обладаетъ необходимыми средствами для уплаты долга и не въ состояніи поставить вмѣсто себя *vindex'a*, предлагаетъ, въ видѣ выкупа за свою свободу, свои производительныя силы. И послѣ такого соглашенія должникъ остается должникомъ, но онъ отвращаетъ умаленіе своихъ гражданскихъ и политическихъ правъ (*capitis diminutio*), и, хотя предоставляетъ кредитору эксплуатацію своего труда, не перестаетъ быть лицомъ свободнымъ. Въ зачетъ долга идетъ только трудъ, но не свобода,—оттого у Варрона мы и читаемъ: *liber, qui suas operas in servitutum pro pecunia quam debet, dat, dum solveret, nexum vocatur, ut ob aere obaeratus* (l. l. VII, 105). Очевидно, Варронъ имѣетъ въ виду тѣхъ должниковъ, которые избѣжали *addictio* и связанной съ ней *capitis diminutio*—иначе онъ не говорилъ бы о нихъ, какъ о лицахъ свободныхъ. Съ другой стороны *nexum*, какъ было сказано выше, самъ по себѣ не есть «продажа услугъ» или личный наемъ, а потому его и нельзя считать непосредственнымъ источникомъ тѣхъ отношеній, на которыя указываетъ Варронъ, сравнивая ихъ съ отношеніями, существовавшими въ его время въ Азіи, Египтѣ и Иллиріи ².

Положеніе, въ которое должникъ попадаетъ въ силу частнаго соглашенія съ кредиторомъ, обезпечиваетъ ему политическую и гражданскую свободу, но фактически оно открываетъ широкій просторъ злоупотребленіямъ. Въ этомъ отношеніи существенной перемѣны не было произведено и извѣстнымъ закономъ Петелія, хотя Ливій и считаетъ его для римскихъ плебеевъ началомъ сво-

¹ Объ *addictio* говорятъ, между прочимъ, *Liv. VI, 20: quos duci addictos prohibuisset.*—Ср. также *Gell. XX, 1, 44.* Впрочемъ, это—контroversный вопросъ. См. *Huschke, Nexum, 79; B.—Hollweg, Civilpr. I, 198; Voigt. Die XII Tafeln, I, 626.*

² *Varro. de r. r., l, 17, 2: „omnes agri coluntur hominibus servis aut liberis aut utrisque: liberis aut cum ipsi colunt, ut plerique pauperculi cum sua progenie, aut mercennaris, cum conducticiis liberorum operis res maiores, ut vindemias ac faensicia, administrant, iique quos obaeratos nostri vocitarunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico conplures“.*—См. *Wessely, Das Verhaeltnis des griechischen zum aegyptischen Recht, 1891, 8 слѣд.*

боды. Личная экзекуція не была совсѣмъ уничтожена, но была измѣнена лишь древнѣйшая форма ея. Продажа должника въ рабство и право кредитора располагать жизнью должника, какъ необходимыя послѣдствія *nexum*, для предупрежденія которыхъ прежде требовалось особое соглашеніе (*paetio*), теперь, со времени *lex Poetelia*, отмѣняются самимъ закономъ. Для нѣкоторыхъ же должниковъ вводится даже начало имущественной отвѣтственности, исключаящее возможность отвѣтственности личной: *qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, sed soluti* ¹.

Такъ какъ *lex Poetelia* касается, главнымъ образомъ, мѣръ взысканія по долгамъ, то было бы большой ошибкой, которой, однако, не чужды многіе изслѣдователи, приписывать ему созданіе обязательственного права въ техническомъ значеніи этого слова: обязательственное право существовало и до него, *nexum* остался въ силѣ и послѣ него. *Nexum* не былъ отмѣненъ, но, повидимому, реализація права, основаннаго на этомъ договорѣ, могла, послѣ *lex Poetelia* и, въ особенности, послѣ *lex Vallia*, послѣдовать не иначе какъ при условіи соблюденія всѣхъ требованій обыкновеннаго процесса ². Если это вѣрно, то само собой понятно, что *nexum*, лишенный прежнихъ, съ нимъ связанныхъ, выгодъ, долженъ былъ утратить практическое свое значеніе и уступить свое мѣсто въ гражданскомъ оборотѣ менѣе тяжеловѣсной формѣ, какой является *stipulatio*.

Послѣдствія, которыя прежде могли наступить для должника не иначе, какъ въ силу особаго соглашенія съ кредиторомъ, теперь, на основаніи *lex Poetelia*, узаконяются, — законъ категорически запрещаетъ налагать на должниковъ колодки и цѣпи: *ne quis—in compedibus aut in nervo teneretur*. Въ юридическомъ отношеніи, это запрещеніе, наряду съ постановленіемъ—*bona debitoris, non corpus obnoxium*, выражаетъ собой первую попытку отграничить и обособить объектъ обязательства отъ личности должника. Взысканіе обращается, прежде всего, на имущество, и хотя при недостаточности имущества, задержанія не избѣгаетъ также и самъ должникъ, но онъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть ни изувѣченъ,

¹) *Varro*, l. l., VII, 105; *Liv.* VIII, 28; *Cic.* de rep. II, 34.

²) *Karlowa*, Roem. Rgeschichte, II, 559.

ни проданъ въ рабство. Объ *addictio* упоминается, дѣйствительно, много разъ и послѣ *lex Poetelia*, но какъ объ актѣ, служащемъ выраженіемъ гражданской отвѣтственности и исключаящемъ неограниченный произволъ кредитора. *Addictus*—свободный гражданинъ, отданный кредитору—не для безконтрольнаго распоряженія, а для того, чтобы онъ отработалъ свой долгъ ¹.

Lex Poetelia очистилъ отношенія, проистекающія изъ *nexum*, отъ проявленій мести. *Lex Vallia* далъ имъ правильную гражданскую форму. Этотъ законъ, который, по времени своего появленія, близко стоитъ къ *lex Poetelia*—всеравно, предшествуетъ ему или слѣдуетъ за нимъ, дозволилъ, какъ извѣстно, должникамъ вести процессъ съ кредиторами безъ виндекса (Gai. IV, 25). Иначе говоря: онъ лишилъ обязательство, вытекающее изъ *nexum*, свойства безспорности и сдѣлалъ его обыкновеннымъ предметомъ судебного разбирательства. Понятно, что вслѣдствіе этого *nexum* долженъ былъ постепенно выйти изъ употребленія, такъ какъ онъ представлялъ собой форму сложную, съ которой, однако были связаны такія же юридическія послѣдствія, какія возникали и изъ стипуляціи ².

¹ Quint. VII, 3, 26: *addictus quem lex servire donec solverit, jubet.*—Ср. *Lex Rubria*, XXI и XXII; *Cic. pro Flacco*, XX, 48.—См. *Savigny, Verm. Schriftn*, II, 426 слѣд.; *Huschke, Nexum*, 131 слѣд.

² Ср. *Kuntze, Die Obligationen*, § 7; *Puntschart, Moderne Theorie*, 218; *Cuy, Les institutions juridiques*, 588.

ЗАРЯДНОСТЬ

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

1.

Договоры и деликты представляются, въ римской классификаціи источниковъ обязательствъ, основными и одинаково важными понятіями. Таковыми они, дѣйствительно, и являются въ исторіи римскаго права. Но тогда какъ въ системѣ классическаго права они образуютъ, такъ сказать, два полюса,—въ древнѣйшей системѣ отношеніе между ними оказывается совершенно инымъ.

Въ представленіи классическихъ юристовъ, какъ и въ нашемъ современномъ представленіи, проводится строгое различіе между неисполненіемъ договора и совершеніемъ деликта. Напротивъ, на той стадіи общественнаго развитія, которая отражается въ правилахъ XII таблицъ, и даже въ интерпретаціи ихъ, деликты и договоры являются—въ процессуальномъ отношеніи—юридическими фактами, производящими совершенно однородныя послѣдствія: какъ делинквентъ, такъ и неисправный должникъ подвергаются одной и той-же, общей для нихъ участи. Даже тотъ должникъ, обязательство котораго основывается на *nexum*, трактуется въ законодательномъ памятникѣ децемвировъ не столько какъ простой заемщикъ, сколько какъ лицо, присужденное къ удовлетворенію за вредъ и убытки, имъ причиненные. Онъ, конечно, можетъ уплатой долга прекратить свою зависимость отъ кредитора. Но если онъ—по какимъ бы то ни было причинамъ—не въ состояніи этого сдѣлать, кредиторъ вправѣ задержать его, какъ обыкновеннаго вора, отвести въ тюрьму и, затѣмъ, продать въ рабство, *trans Tiberim*. Разсчетъ слѣдуетъ одинъ и тотъ-же—все равно, подвергается ли ему должникъ, воръ или обидчикъ: древнее право ста-

вить всѣхъ ихъ на одну линію. Это — точка зрѣнія, доминирующая въ исторіи древняго права: должникъ, который не платитъ долга, совершаетъ деликтъ, а потому и принуждается къ уплатѣ штрафа. Взиманіе этихъ штрафовъ, налагаемыхъ одинаково и за правонарушенія, и за неисполненіе добровольно принятого на себя обязательства, составляетъ первоначальную и древнѣйшую форму взысканія долговъ ¹.

2.

Обязательственное подчиненіе одного лица волѣ другого происходитъ или на основаніи добровольнаго соглашенія, или независимо отъ него. Добровольное соглашеніе, въ качествѣ источника обязательства, конечно, очень древняго происхожденія. Но изучая историческій ходъ развитія римскаго обязательственнаго права, нельзя не замѣтить ошибочности очень распространеннаго взгляда, считающаго обмѣнъ матеріальныхъ благъ и услугъ исходнымъ моментомъ этого процесса ².

Отрѣшившись отъ предвзятой точки зрѣнія и рассматривая факты въ ихъ дѣйствительной исторической послѣдовательности, необходимо придти къ иному заключенію. Это — несомнѣнный и безспорный фактъ, что въ древнемъ римскомъ правѣ система деликтныхъ обязательствъ оказывается болѣе или менѣе полной и цѣльной, — напр., въ Аквиліевомъ законѣ, тогда какъ система договоровъ даже и въ концѣ республиканскаго періода представляется не только не обработанной, но и не построенной. Съ другой стороны, между тѣмъ какъ система договорныхъ обязательствъ слагается и постепенно расширяется со времени классическихъ юристовъ, система деликтовъ къ этому времени завершаетъ циклъ своего развитія.

Отмѣченная послѣдовательность развитія двухъ системъ и преобладаніе ихъ въ различные періоды, будутъ вполне понятны только тогда, если мы перестанемъ смотрѣть на мотивы нормального гражданскаго оборота какъ на главные и первоначальные источники возникновенія обязательственныхъ отношеній.

¹ Ср., напр., *Kovalewsky*, *Coutume contemporaine et la loi ancienne*, 309 слѣд.; *Дарестъ*, *Очерки*, 374.

² *Wardon*, *La forme et la garantie dans les contrats francs*, 188. — Ср. *Ryck*, *Die Obligation*, 35.

3.

Для древнихъ римлянъ, какъ и для другихъ народовъ, вся теорія гражданскаго права можетъ быть сведена къ двумъ главнымъ институтамъ—къ семьѣ и собственности (*familia resuipiaque*), а соотвѣтственно тому и вся теорія гражданскаго процесса—къ средствамъ защиты правъ собственника и домовладыки. Строй примитивнаго общества оставляетъ мало простора для обязательственнаго договора. При существованіи семейно-общиннаго или родоваго строя, какимъ былъ и агнатическій строй древнихъ римлянъ, въ договорахъ нуждались рѣдко: договоръ является на смѣну и въ замѣнъ тѣхъ формъ общности, которыя заложены въ организациі древнѣйшей семьи. Хотя и вѣрно, что безъ договора не можетъ существовать никакое, даже и патриархальное общество, но несомнѣнно также, что условія натурального хозяйства и элементарной мѣновой системы представляютъ слишкомъ неблагоприятную почву для развитія договорнаго обязательственнаго права.

Намъ засвидѣтельствована, какъ древнѣйшая форма римскаго обязательственнаго договора, *nexum*. Но именно на этомъ договорѣ легко видѣть, что отношенія, изъ него возникающія, опредѣляются способомъ—чрезвычайно типичнымъ, но не для договоровъ, а для деликтовъ. Сверхъ того, необходимо принять во вниманіе, что *nexum* очень рано утратилъ практическое значеніе и совершенно безслѣдно исчезъ изъ оборота, вытѣсненный другими формами, несоединенными съ нимъ генетической связью. Стипуляція есть самостоятельная фигура, возникшая не посредствомъ упрощенія древняго церемоніала *nexum*, а независимо отъ него. Старинное *nexum* оказало одно лишь вліяніе,—оно завѣщало позднѣйшей юриспруденціи понятіе объ *uзахъ*, связующихъ лицъ, находящихся, въ отношеніи другъ къ другу, въ положеніи кредитора и должника.

Древнѣйшее обязательственное право возникаетъ и развивается въ формѣ тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыми сопровождается нарушеніе чужихъ правъ—правъ домовладыки и собственника. Эти нарушенія даютъ основаніе для требованій уплаты штрафа, они вмѣстѣ съ тѣмъ служатъ первоначальнымъ и, во всякомъ случаѣ, древнѣйшимъ поводомъ для договора и до-

говорныхъ отношеній. Въ позднѣйшее время содержаніе и объемъ требованій, возникающихъ изъ деликтовъ, опредѣляется, правда, почти исключительно закономъ, но первоначально тарифъ штрафовъ не имѣлъ другаго основанія, кромѣ спеціальныхъ соглашеній между делинквентомъ и потерпѣвшимъ. Широкое распространеніе подобнаго рода договоровъ въ древнѣйшемъ римскомъ строѣ стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія,—причемъ достойно особеннаго вниманія то обстоятельство, что о нихъ упоминается въ XII таблицахъ даже примѣнительно къ тѣмъ обязательствамъ, которыя въ существѣ своемъ не имѣютъ деликтнаго основанія. *Pactum* и *jus paciscendi* служили средствомъ и для предотвращения суровыхъ послѣдствій, угрожавшихъ, въ силу *noxium*, неисправнымъ должникамъ.

4.

Pactum или *pactio* и *damni decisio* суть различныя проявленія и примѣненія *jus paciscendi*. Они исполняютъ ту же функцію, что и *Sühnevertrag* древняго германскаго права. Фактическимъ основаніемъ ихъ можетъ быть иногда и не деликтъ, но мотивомъ, побуждающимъ къ заключенію ихъ, всегда является стремленіе предупредить осуществленіе мести, въ той или другой формѣ ея,—въ формѣ *talio*, *addictio*, *noxae datio*, *manus injectio*.

Pactio, какъ и *Sühnevertrag*, содержитъ въ себѣ всѣ элементы обыкновеннаго договора, добровольнаго взаимнаго соглашенія двухъ сторонъ. Но такъ какъ этотъ договоръ имѣетъ ближайшею цѣлью предотвратить самоуправство, то едвали правильно будетъ считать его простымъ консенсуальнымъ договоромъ¹. И безъ прямыхъ историческихъ доказательствъ ясно, что одного обѣщанія уплатить извѣстную пеню слишкомъ недостаточно для того, чтобы побудить жертву правонарушенія отказаться отъ личной расправы съ делинквентомъ,—для дѣйствительности примиренія требуется болѣе реальная основа.

Равнымъ образомъ, подъ понятіе обыкновеннаго консенсуальнаго договора нельзя подвести и *damni decisio*—соглашеніе, являющееся, въ извѣстной степени, вынужденнымъ и заключаемое для

¹ См *Voigt*. XII, Tafeln, I, § 57.

того, чтобы опредѣлить размѣръ закономъ установленнаго штрафа. Не слѣдуетъ забывать, что тотъ, кто соглашается заключить съ своимъ противникомъ договоръ, добровольно отказывается отъ очень важныхъ преимуществъ, предоставленныхъ ему самимъ закономъ. Послѣ такого соглашения прежнее основаніе для иска утрачивается: *post decisionem furti leges agi prohibent*. А вмѣстѣ съ тѣмъ утрачивается и право на тѣ способы взысканій по обязательству, обращеніе къ которымъ стоитъ въ прямой зависимости отъ успѣшнаго проведенія процесса.

Принимая во вниманіе цѣль, въ виду которой совершается *actio* и *damni decisio*, едва ли можно придавать этимъ соглашениямъ значеніе простаго обѣщанія уплатить извѣстную пеню. Такое обѣщаніе не имѣетъ особенной цѣны для истца, если оно не сопровождается немедленной уплатой или не соединяется, по крайней мѣрѣ, съ представленіемъ вѣрной и надежной гарантіи ся.

Но немедленная уплата суммы, опредѣленной добровольнымъ или вынужденнымъ соглашеніемъ или даже приговоромъ судьи, прекращаетъ разъ навсегда отношеніе, существовавшее между делинквентомъ и потерпѣвшимъ, какъ и между должникомъ и кредиторомъ. Отсюда, однако, вовсе не слѣдуетъ, что въ такомъ случаѣ *actio* и *damni decisio* являются съ признаками реального договора¹, съ которымъ они, въ дѣйствительности, ничего общаго не имѣютъ. Реальное и немедленное удовлетвореніе—будетъ ли оно произведено самимъ отвѣтчикомъ, или кѣмъ-либо другимъ вмѣсто него—уже потому не можетъ быть реальнымъ договоромъ, что послѣдствіемъ его является не возникновеніе, а прекращеніе обязательства.

5.

Если лицо, которому угрожаетъ потеря личной свободы, не въ состояніи представить немедленнаго удовлетворенія въ видѣ выкупа за свою личность, то ему остается открытымъ лишь одинъ путь—поставить, вмѣсто себя, надежныхъ поручителей. Въ качествѣ такого поручителя и фигурируетъ, напр., *vindex*, когда онъ немедленно не производитъ уплаты долга, а только гарантируетъ

¹ Н. Krüger, *Capitis deminutio*, 397.

представленіе ея къ извѣстному сроку. Древнее римское право знает нѣсколько видовъ подобныхъ поручителей, хотя носящихъ различныя названія, но исполняющихъ однородныя функціи. *Vas* и *praes* стоятъ въ такомъ же родствѣ съ позднѣйшими поручителями, какъ и *vindex*. Въ техническомъ значеніи слова, это, безъ сомнѣнія,—не поручители, такъ какъ *vas*, и *praes*, и *vindex* являются по отношенію къ тому лицу, по требованію котораго они назначены, не акцессорными, а главными отвѣтчиками¹. Назначая ихъ, процессуальный отвѣтчикъ, должникъ или делинквентъ указываетъ лицъ, отъ которыхъ прямо и непосредственно можно потребовать исполненія обязательства. Но, въ порядкѣ исторической послѣдовательности отдѣльныхъ стадій въ развитіи института поручительства, и *vas*, и *praes* и *vindex* не только предшествуютъ *sponsores*, но и оказываются прототипами ихъ.

Кто желаетъ, напр., получить, на время виндикаціоннаго процесса, владѣніе спорною вещью, тотъ, согласно древнему римскому праву, обязанъ назначить *praedes litis ac vindiciarum*². Исполненіе обязательства—реституировать, по окончаніи процесса, спорный объектъ вмѣстѣ съ приращеніями его—обеспечивается въ такомъ случаѣ назначеніемъ лица, которое представляетъ болѣе надежную гарантію, чѣмъ первоначальный отвѣтчикъ, и принимаетъ на себя отвѣтственность за послѣдьяго. *Praes* замѣняетъ собой первоначальнаго должника, и потому истецъ обращается съ своей претензіей непосредственно къ нему, а не къ тому, кто получилъ «*lis ac vindiciae*».

Подобно *praedes*, и тѣ лица, которыя извѣстны подъ именемъ *vades*, являются, въ практическомъ отношеніи, также ничѣмъ инымъ какъ медиаторами древне-германскаго права. *Vas* есть лицо, обез-

¹ См. объ этомъ у *Ihering*, который впервые (именно въ 4-мъ изд. *Geist*, IV, XI—XXVII, также стр. 192 прим. 240а) отмѣтилъ, хотя и мимоходомъ, въ романистической литературѣ сходство древне-римскихъ *vades*, *praedes* и *vindices* съ медиаторами древне-германскаго права.

² *Gai.* IV, 16. *Postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum.* — *Pseudo-Ascon.* in *Verrin.*, III, 114 (*Bruns*, *Fontes*, 398): *praedes dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea qui tenet diffidens causae possessionem deteriore faciat...* — *Ср. Varro*, de l. l., VI, 74; *Fest.* s. v. *praes*.

печивающее, главнымъ образомъ, исправность явки отвѣтчика на судъ,—впрочемъ, участіе его возможно и въ отношеніяхъ матеріальнаго права ¹. Но и въ томъ, и въ другомъ случаѣ онъ вовсе не подходитъ ни подъ понятіе акцессорнаго, ни подъ понятіе солидарнаго должника. *Vas* обязывается самостоятельно и, такъ сказать, закрываетъ собой дѣйствительнаго должника,—заступая его мѣсто, становится посредникомъ между нимъ и истцомъ: *vas appellatus, qui pro altero vadimonium promittebat*, говоритъ Варронъ. *Vadis datio*, какъ и *praedis datio*, имѣетъ для должника, который совершаетъ этотъ актъ, почти такія же послѣдствія, какъ и дѣйствительное исполненіе обязательства ²,—истецъ, правда, не считается получившимъ требуемое удовлетвореніе, но онъ располагаетъ суррогатомъ такового въ лицѣ *vas*, который и обязанъ представить ему должную сумму денегъ (*Varro*, l. l. VI, 74).

Въ позднѣйшее время *praedes* и *vades*, какъ извѣстно, уступили мѣсто лицамъ съ акцессорной отвѣтственностью, которыми являются *sponsores*, поручители—въ техническомъ значеніи этого слова ³. Форма акцессорнаго обѣщанія съ цѣлью обезпеченія обязательства вытѣснила тотъ видъ гарантіи, который состоялъ въ назначеніи должникомъ, такъ сказать, подставнаго лица вмѣсто себя. Стипуляція заняла мѣсто и *vadis datio*, и *praedis datio*: *ideo autem appellata est pro praede litis vindiciarum stipulatio, quia in locum praedium successit* ⁴. Назначеніе обезпеченія въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ въ древности фигурировали *praedes* и *vades*, продолжало практиковаться и въ позднѣйшее время, но это уже не есть замѣна должника и провизорное погашеніе первоначальнаго обязательства, а лишь дополненіе одного и усиленіе другого, достигаемое, при томъ, совершеніемъ простого формальнаго договора ⁵.

¹ *Liv.* III, 13, 8; *Dion.* X, 8; *Cic.* pro Quint. VII, 39; VIII, 30; *Varro*, l. l. VI, 74.—Ср. *Brisson.* De verborum signif. s. h. v.

² *Voigt* Ueber das vadimonium 1881, § 2; *его-же* Die XII Tafeln, § 124.

³ *Gai.* IV, 88:... ut si vinctus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis. *Paul. Diac.* 377, 10: vadem sponsorem significat; 113, 11: justum vadem—idoneum sponsorem.—*Porph.* ad Hor. Sat. I, 1, 11: vades—sponsores dici notum est.—*Pseudo—Acron.* ad h. l.: vadibus, id est, sponsoribus.—Ср. *Voigt*, Vadimonium, § 10.

⁴ *Gai.* IV, 94.

⁵ См. *Ihering*, l. c. XIII, XXIII.

Въ генетической связи съ поручителями (*sponsores*) стоятъ также и *vindices*.

6.

Vindex представляетъ собой медиатора, быть можетъ даже— въ самомъ древнѣйшемъ его видѣ. Онъ фигурируетъ всегда и во всѣхъ случаяхъ, когда нужно отвратить или предупредить *manus iniectio* и ея послѣдствія¹. Являясь въ качествѣ единственно возможнаго заступника неисправнаго должника и несостоятельнаго делинквента, онъ вполне замѣняетъ ихъ и освобождаетъ одного— отъ самоуправства кредитора, другого—отъ мести потерпѣвшаго. Въ извѣстномъ опредѣленіи Феста указана первоначальная функція *vindex'a*, какъ лица, которое *vindicat, quo minus is, qui pre-nus est ab aliquo, teneatur*.

Примѣнительно къ *vindex'у* не можетъ быть и рѣчи объ акцес-сорномъ характерѣ его участія въ чужомъ обязательствѣ. Проис-текаетъ ли это обязательство изъ договора (*nexum*), изъ деликта, или изъ судебного приговора, оно прекращается само собой, *ipso jure*, если первоначальный отвѣтчикъ ставитъ вмѣсто себя замѣ-стителя, — замѣститель, какъ говоритъ Гай, *pro se causam agere solebat*.

Въ какой формѣ происходило назначеніе виндекса,—источники не говорятъ. Формально оно совершалось по инициативѣ отвѣт-чика, на основаніи *ratio*, но сородичи должника и даже посто-роннія лица могли, не ожидая такого соглашенія, навязаться въ заступники, притомъ, какъ до *manus injectio*, такъ и послѣ нея,— для этого, вѣдь, и установленъ троекратный выводъ должника на рыночную площадь.

Какимъ бы способомъ ни былъ назначенъ виндексъ, онъ, въ зависимости отъ конкретныхъ условій, или производитъ немедлен-ную уплату, или обѣщаетъ произвести таковую, если претензія истца окажется основательной. Изъ извѣстнаго разсказа Ливія

¹ *Gai.* IV, 21, 25, 46; *Liv.* VI, 14—См. *Gauckler*, *Etude sur le vindex* (*Nouvelle revue histor. de droit franç. et étrang.*, 1889), 608

явствуетъ, что Манлій немедленно уплачиваетъ выкупъ за должника, за котораго онъ выступаетъ виндексомъ, но это не есть безусловно необходимое требованіе.

Удовлетвореніе, производимое виндексомъ, совершается посредствомъ акта *per aes et libram* и технически называется *depensum*¹. Оно прекращаетъ обязательство виндекса и служитъ, въ свою очередь, юридическимъ основаніемъ особаго иска, *actio depensi*, для взысканія въ двойномъ размѣрѣ, съ первоначальнаго отвѣтчика или должника, суммы, уплаченной его замѣстителемъ.

Такова—въ общихъ чертахъ—функція, исполняемая виндексомъ древняго права: назначеніе этого лица, составляющее существенное содержаніе *ratio* или *damni decisio*, равняется—въ матеріальномъ смыслѣ—дѣйствительному исполненію обязательства первоначальнаго отвѣтчика или должника.

Праву позднѣйшаго времени неизвѣстенъ виндексъ, въ первоначальномъ своемъ значеніи, но онъ не исчезъ безслѣдно, а превратился въ обыкновеннаго поручителя. Въ *legis actio per manus iniectioem pragam* участіе виндекса вовсе не требуется,—его замѣняетъ самъ отвѣтчикъ. Но Гай указываетъ немногіе, правда, случаи, въ которыхъ новое право допускаетъ примѣненіе *legis actio per manus iniectioem* въ прежнемъ ея видѣ,—и здѣсь роль виндекса исполняетъ *sponsor* (IV, 25), лицо съ акцессорной отвѣтственностью. Этому *sponsor*'у закономъ *Publilia* предоставлено даже то средство защиты (*a. depensi*), которымъ прежде пользовались *vindices*, *praedes* и *vades*².

Отмѣченный выше—въ общихъ чертахъ и, потому, лишь гипотетически — процессъ превращенія *praedes*, *vades* и *vindices* въ дѣйствительныхъ поручителей, древнѣйшихъ медиаторовъ въ позднѣйшихъ *sponsores*, есть процессъ возникновенія и развитія той

¹ Liv. VI, 14.—Ср. Voigt, Die XII Tafeln, II, § 125.

² Gai, III, 127: *sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi*.—Ср. также Gai. IV, 22. — См. Voigt, Die XII Tafeln, II, 497; Karlowa, Civilpr., 189; Gauckler, l. c., 619.

формы договора, которая является типичной для римскаго права: техническій терминъ *sponsor* обозначаетъ того, кто совершаетъ *sponsio*, а эта послѣдняя можетъ быть названа прототипомъ формальнаго договора, извѣстнаго подъ именемъ *stipulatio*.

Прослѣдить всѣ фазы указаннаго процесса, значитъ изложить исторію обязательнаго договора, что, однако, не входитъ въ планъ нашего изслѣдованія.

