

14413.

Лекции

по



ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА

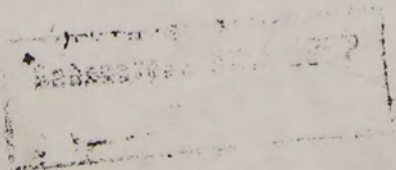
читанныя доцентомъ Сибургскаго Университета

Л.В. ДОРНОМЪ.

въ 18^{51/52} учебн. году.

Печатано по способу М.И. Алисова. Мал. Мѣщанская д. №4

Литографія Яздовскаго Казанская д. №18



14413



14413.

Лекція

по



ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА

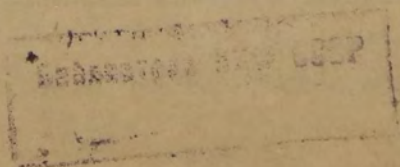
читанныя доцентомъ СШБургскаго Университета

Л. В. ДОРНОМЪ.

въ 18^{81/82} учебн. году.

Печатано по способу М. И. Алисова. Мал. Мѣщанская д. № 4

Литографія Яздовскаго Казанская д. № 18



2

K



1887

10

REPUBLICAN PARTY

AMERICAN GOVERNMENT LIBRARY

J. B. HARRIS

75887

Library of Congress

Department of State

ВВЕДЕНИЕ

1. ПРЕДМЕТЪ ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА.

1. ПОНЯТИЕ О ПРАВѢ ВЪ ОБЪЕКТИВНОМЪ И СУБЪЕКТИВНОМЪ СМЫСЛѢ.

Если обратимъ вниманіе на объекты, подвергающіеся научному изслѣдованію, то замѣтимъ здѣсь двѣ группы наукъ, (*) во 1) науки естественныя, имѣющія своимъ предметомъ явленія несвободной, внѣшней природы, явленія, совершающіяся по вѣчно установленнымъ, непреложнымъ законамъ, и во 2) науки этическія или этику въ обширномъ смыслѣ, обнимающія собой явленія душевной жизни существъ, одаренныхъ разумомъ, т. е. изслѣдующія божескій и человѣчскій духъ, жизненные явленія и развитіе человѣчества. Жизнь же и существо духа проявляется главнымъ образомъ въ постоянномъ его развитіи. Поэтому этика обнимаетъ собою историческія науки; сюда принадлежитъ, напр., Богословіе. Юриспруденція есть наука также историческая; предметомъ ея изслѣдованія служитъ одна изъ отраслей человѣческой духовной жизни. Въ человѣческой личности Кунце различаетъ 3 направленія, въ которыхъ и развивается жизнь: онъ приписываетъ человѣку 3 основныя духовныя способности, при посредствѣ которыхъ личность проявляется въ дѣяніяхъ — фантазія, источникъ душевнаго настроенія человѣка, его воображенія, энергія, источникъ воли и дѣятельности, интеллигенція, источникъ мышленія, распознаванія предметовъ.

Изъ этихъ 3-хъ элементовъ право имѣетъ дѣло со вторымъ, съ энергіей, опредѣляя дѣятельность человѣка, т. е. проявленіе его воли во внѣшнемъ мірѣ.

Юриспруденція имѣетъ дѣло со второй изъ этихъ способностей, т. е. съ энергіей и вытекающей изъ нея дѣятельностію. Наука права имѣетъ дѣло только съ проявившимся во внѣшнемъ мірѣ въ дѣяніяхъ человѣческимъ духомъ.

Стремясь къ развитію духовному и матеріальному, проявляя свою энергію, человѣкъ именно старается подчинить себѣ окружающую его внѣшнюю природу для удовлетворенія всѣхъ своихъ многообразныхъ потребностей. Но, будучи существомъ общежительнымъ, онъ является членомъ союза или общества, остальные члены котораго также всѣ имѣютъ различныя потребности физическія и духовныя и равнымъ образомъ стремятся къ удовлетворенію оныхъ. Отсюда весьма возможны столкновенія людей при стремленіи каждого къ удовлетворенію своихъ потребностей, если такія стремленія будутъ безпредѣльны. Для предупрежденія этихъ столкновений или, какъ говоритъ Цицеронъ для установленія *incolumis civium consuetudo* (невредимое соединеніе гражданъ) и существуетъ право, которое нормируетъ отношенія между членами общества или, говоря иначе, опредѣляетъ каждому индивиду кругъ его дѣятельности, за границы котораго заходить онъ не долженъ, предоставляя

(*) Kuntze; *Cursus des Römischen Rechts*. 1т. 2-ое изд. 1879 года § 1.

ему поступать совершенно свободно въ этой выдѣленной сферѣ его дѣятельности, безъ опасенія вторженія въ нее другаго лица. Это опредѣленіе границъ дѣятельности всякаго лица и совершается правомъ объективнымъ (Jus sensu obiectivo) т. е. юридическими нормами, гарантирующими каждому гражданину свободную дѣятельность. Но, предоставляя человѣку свободу дѣятельности въ выдѣленной ему сферѣ, объективное право имѣетъ въ виду именно разумную свободу, въ противоположность произволу. Въ этомъ то и обнаруживается свое значеніе объективное право, какъ norma agendi ratione constituta. И такъ, заставляя человѣка сообразовать свои желанія съ требованіями общезжитія, объективное право тѣмъ самымъ ограничиваетъ не его свободу въ собственномъ смыслѣ, а произвольную свободу, имѣющую въ виду разумныя требованія общезжитія, остается неприкосновенной. Равномѣрное доставленіе всякому своего, невторженіе въ чужую сферу, какъ цѣль права въ объективномъ смыслѣ, и представляется въ изрѣченіи одного изъ знаменитѣйшихъ римскихъ юристовъ Домиція Ульпіана (Domitius Ulpianus), жившаго въ началѣ III вѣка. (*) Онъ говоритъ: fr. 10 § 1 Dig. de just. et jure l. 1 Jures praecepta sunt haec, honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere. Послѣднія два правила сюда относящіяся значатъ: не оскорблять другаго лица, не вторгаться въ его правовую сферу, не нарушать границъ дѣятельности другаго лица (alterum non laedere) и каждому воздавать свое (suum cuique tribuere), т. е. заставить другаго, переступившаго границы гарантированной ему правомъ свободы, снова въ нихъ возвратиться. Напр., всякій, нашедшій чужую вещь, обязанъ ее возвратить: если же онъ не хочетъ этого сдѣлать, то его можно къ этому принудить посредствомъ искова (actiones). Если право въ смыслѣ объективномъ, можно опредѣлить какъ почти agendi то право въ смыслѣ субъективномъ jus sensu subjectivo есть facultas agendi (возможность дѣйствія), на основаніи закона т. е. безъ отвѣтственности за это дѣйствіе. Отношеніе между правомъ въ объективномъ смыслѣ и правомъ въ субъективномъ состоитъ въ томъ, что право объективное служитъ основаніемъ субъективнаго. Право субъективное есть возможность дѣйствовать на основаніи законовъ, юридическихъ нормъ, обычаевъ, юридическихъ постановленій и прочее, которые являются правомъ въ объективномъ смыслѣ, или нормою agendi а то, что человѣкъ имѣетъ право сдѣлать, на основаніи этихъ нормъ, есть его субъективное право.

2. ПОНЯТІЕ О РИМСКОМЪ ПРАВѢ И ЗНАЧЕНІЕ ЕГО ДЛЯ НОВѢЙШИХЪ ВРЕМЕНЪ.

На основаніи вышесказаннаго, подъ Римскимъ правомъ (разумѣется въ смыслѣ объективномъ) нужно понимать совокупность тѣхъ нормъ, которыми опредѣлилась въ римскомъ государствѣ внѣшняя дѣятельность людей, съ цѣлью установленія разумнаго, свободнаго сожитія, in eorum civium conjunctio, т. е. съ цѣлью обезпеченія каждому гражданину свободы, необходимой для удовлетворенія разумныхъ его потребностей.

(*) Подчеркнутыя цитаты и латинскія выраженія должны быть извѣстны на память.

D. JUS PUBLICUM. JUS PRIVATUM.

Такъ какъ человѣкъ, какъ было сказано выше, состоитъ членомъ известнаго общественнаго союза, то дѣятельность его по взгляду Римлянъ можетъ нормироваться объективнымъ правомъ съ двухъ сторонъ или съ точки зрѣнія интересовъ этого общественнаго союза, членомъ котораго состоитъ человѣкъ, или же съ точки зрѣнія его личныхъ индивидуальныхъ интересовъ, создаваемыхъ личными его потребностями, и соответствующихъ только его личной пользѣ (*utilitas singuli*). Сообразно съ этими различными точками зрѣнія, изъ которыхъ выходитъ объективное право при опредѣленіи дѣятельности человека, оно можетъ быть или а) *jus publicum*, общественное право, б) *jus privatum*, частное право.

Въ 1-й гл. 1-й кн. 4-мъ § Институціи Юстиніана (§ 4 *Instit. de just et jure*). 1) (*) находимъ слѣдующее дѣленіе правовыхъ нормъ, взятое изъ сочиненія вышеприведеннаго юриста Ульпіана *Huius (i. e. juris) studii duae sunt positiones publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat privatum quod ad singularum utilitatem pertinet* а у Ульпіана, см. *fr. 1 § 2 Dig. de just et jure I. 1*, прибавлено еще *sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatum*.

Jus publicum, (**) какъ говоритъ Юстиніанъ, есть право *quod ad statum rei Romanae spectat*, это значитъ такое право, которое нормируетъ дѣятельность человѣка въ интересахъ государства и общества, въ которомъ онъ находится и къ которому имѣетъ опредѣленныя обязанности. Общественною точкою зрѣнія объясняются постановленія публичнаго права, вслѣдствіе чего права даруемыя отцу публичнымъ правомъ, не зависятъ отъ его усмотрѣнія, но являются для него обязательными. Поэтому *jus publicum* есть принудительное право; отъ правъ, даруемыхъ имъ, отказаться человѣкъ не можетъ. Будучи напр. свободнымъ человѣкомъ, римскій гражданинъ по частной сдѣлкѣ отъ свободы не можетъ отказаться, см. *Callistr fr. 37 Dig. de libr causa 40, 12 Conventio privata neque servum quem quam neque liberum alicui jus facere potest*, хотя можетъ не пользоваться преимуществами, сопряженными съ этими достоинствами, которыя составляютъ уже его личное, частное право, тогда какъ принадлежность къ классу свободныхъ людей составляетъ право публичное. И такъ отличительная черта *jus publicum* заключается въ томъ, что оно не можетъ быть измѣнено частною волею. *Papinian fr. 38 Dig. de pactis II. 14 Jus publicum privatorum pactis nutari non potest.*

(*) Какъ источники для постояннаго руководства и справокъ, должны служить 1) *Corpus iuris civilis* состоящее изъ а) *Digesta*, б) *Codex Justinianus* в) *Institutiones et Novellae*, 2) Соч. профес. Бреславльскаго университета, Hushke *Jurisprudentia anteiustiniana*, 3) Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*.

(**) *Publicus* сокращено отъ другаго прилагательнаго *populicus*, отъ *populus* (народъ, государство) отсюда *res publica* — государство.

Jus privatum по опредѣленію Юстиніана (*) § 4 Just. 1, 1 есть то право, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Это значитъ, что подъ частнымъ правомъ, разумѣется то, которое относится къ пользѣ частныхъ лицъ, которое нормируетъ каждому гражданину, и исполнившему свои обязанности по отношенію къ общественному союзу, дѣятельности съ точки зрѣнія его личныхъ, индивидуальныхъ интересовъ. Почему отъ частныхъ правъ, и можно отказываться.

Римское законодательство, въ особенности древнее въ области частнаго права держалось принципа полного самоопредѣленія полной автономіи частнаго лица; оно старалось какъ можно менѣе вмѣшиваться въ частно-правовую сферу отдѣльнаго лица, полагая каждого самаго наиболѣе способнымъ опредѣлить собственные свои интересы. Подтвержденіемъ такого отношенія римскаго законодательства къ частной автономіи можетъ служить напр. изреченіе законовъ XII таблицъ: uti legassit ita ius esto, по которому воля частнаго лица, относительно его имущества должно было считаться закономъ, конечно, если были соблюдены законныя формы, напр., въ завѣщаніяхъ.

Въ Римѣ вообще появилась впервые эта идея индивидуализма, идея личности, какъ самостоятельнаго субъекта права. Только тамъ возникла впервые мысль, что, отбывъ все государственныя повинности, ибо при столкновеніи интересовъ общественныхъ съ частными, римляне, согласно врожденной имъ идеѣ порядка (das Ordnungsinteresse всегда давали преимущество общественному интересу: salus publica suprema lex esto), каждое частное лицо должно имѣть свою собственную независимую сферу, въ которой оно совершенно будетъ вольно въ стремленіи къ опредѣленію и осуществленію своихъ личныхъ интересовъ. Зарожденію этой идеи индивидуализма въ Римѣ и обязано частное право своею всестороннею разработкою, на которую были направлены все усилія римскихъ юристовъ. Но этому направленію дѣятельности римскихъ юристовъ способствовало и то внѣшнее обстоятельство, что во 1) публичное право, вследствие измѣненія государственнаго устройства, подвергалось частому измѣненію, а во 2) развитіе публичнаго права не находилось въ такой зависимости отъ работъ частныхъ лицъ, юристовъ, такъ какъ оно устанавливалось государственною властію; тогда какъ, въ сферѣ частнаго права предоставлялась каждому полная свобода разработки. Замѣтимъ тутъ же, значеніе римскаго права для новаго міра заключается именно въ частномъ правѣ римлянъ; а не въ публичномъ.

6. ВЗГЛЯДЪ ІЕРИНГА НА ЗНАЧЕНІЕ РИМСКАГО ПРАВА.

Переходя къ опредѣленію значенія Римскаго права для позднѣйшаго, между прочимъ и нынѣшняго времени, мы должны указать, что это значеніе лучше всего разъяснено въ сочиненіи чрезвычайно талантливаго профессора Геттингенскаго университета, Рудольфа Іеринга: «Духъ Римскаго права на раз-

(*) *Privis* въ древности означало тоже что въ послѣдующемъ языкѣ *singulus* отдѣльный, единичный, частный см *Aulus gellius, Noctes, Atticae X, 20 veteres priva dixerunt, quae nos singula dicimus.*

личныхъ ступеняхъ его развитія». (*) Во введеніи, въ § 1-мъ, 1-го тома онъ говоритъ «Въ Римѣ должны были встрѣтиться всѣ нити древней культуры для того, чтобы исторія могла прикрѣпить къ этому узлу нити христіанской культуры; все мірное владычество Рима нашло свое оправданіе въ христіанствѣ, которому оно проложило путь, безъ централизующаго вліянія языческаго Рима не возникъ бы и христіанскій Римъ. Плодомъ втораго всемірнаго владычества, которое осуществлялъ Римъ, было религіозное и нравственное воспитаніе новыхъ народовъ».

Затѣмъ, далѣе Герингъ продолжаетъ «Не въ томъ заключается значеніе римскаго права для новаго міра, что оно временно считалось источникомъ права, это значеніе и было только временно. но въ томъ, что оно произвело полный внутренній переворотъ, преобразовало все наше юридическое мышленіе. Римское право сдѣлалось также, какъ христіанство, культурнымъ элементомъ новаго міра.

«Всѣ новыя законодательства» говоритъ онъ далѣе, основываются на римскомъ правѣ, какъ матеріально, такъ и формально, римское право также, какъ и христіанство, и греческая и римская литература и искусства сдѣлались культурнымъ элементомъ новаго міра, вліяніе котораго отнюдь не ограничивается тѣми учрежденіями, которыя мы заимствовали изъ римскаго права. Наше юридическое мышленіе, наша метода, наша манера созерцанія, короче, все наше юридическое образованіе сдѣлались римскими, если только выраженіе «римское» можетъ быть примѣнимо къ чему либо, всеобще-истинному, причемъ Римляне имѣли лишь ту заслугу, что довели его развитіе до высшаго совершенства».

Если спросить, почему римское право представляетъ такую законченность, такую строго логическую систему, то внимательное разсмотрѣніе свойствъ римскаго народа покажетъ, что Римляне обладали особенною способностью разработки права. Самымъ высшимъ уваженіемъ у Римлянъ пользовался классъ юристовъ, какъ у Грековъ художники, философы, а у древнихъ народовъ жрецы. Юристы въ Римѣ считались, по преимуществу, способными къ занятію всевозможныхъ должностей. Они были и понтифексами, и преторами. Но самымъ важнымъ подтвержденіемъ того высокаго взгляда, который Римляне имѣли на юристовъ, служить то, что имъ сперва *de facto* а потомъ и *de jure* разрѣшалось создавать для судей юридическія нормы (*jura condere*), на основаніи, такъ, называемыхъ *jus respondendi*. Въ учебникѣ имп. Юстиніана *Institutiones*, въ § 8 lib 1 tit. 11 мы находимъ слѣдующее подтвержденіе этого. *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum erat iura condere* (создавать право). Еще одно указаніе можно найти въ словахъ импер. Адриана *Id quod ita sentiunt legis vicem obtinet*. См. въ учебникѣ (*Institutiones*) знаменитаго юриста Гая (*Gajus*), lib. 1, § 7.

Въ этомъ отношеніи важно прочесть § 20 соч. Геринга, озаглавленный Существо римскаго духа и его предназначеніе въ культурѣ права. Въ немъ Герингъ

(*) *Geist des Romischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (1 т. переведенъ на рус. яз.).

указываетъ на тѣ качества, благодаря которымъ Римское право получило самостоятельное значеніе. Въ эгоизмѣ Римлянъ онъ видитъ основную черту римскаго духа, но въ эгоизмѣ не мелочномъ, а величавомъ, великомъ по цѣли, достойномъ удивленія въ своихъ планахъ, въ своей логикѣ и дальновидности, внушающемъ уваженіе желѣзною энергіей, настойчивостью и самопожертвованіемъ, съ которымъ онъ преслѣдуетъ отдаленныя цѣли. Идея практичности и цѣлесообразности лежитъ въ основаніи всей дѣятельности Римлянъ. Даже религіозность опредѣлялась мотивомъ цѣлесообразности и эгоизма. Римляне могли почитать только то, что имѣло цѣль; боги, неимѣвшіе своего опредѣленнаго призванія, своего круга дѣятельности, показались бы имъ недостойными почитанія. Въ то же время чтили они ихъ и потому, что они доставляли имъ за это помощь.

«Такимъ образомъ,» говоритъ Герингъ: «римскій характеръ съ его добродѣтелями и недостатками можетъ быть названъ системой дисциплинарнаго эгоизма. Главное основное начало этой системы есть то, что подчиненное должно быть пожертвовано высшему, индивидууму—государству, отдѣльный случай отвлеченному правилу, моментъ продолжительному состоянію.

Изъ приведеннаго понятія о существѣ римскаго духа явствуется, почему римскій народъ былъ призванъ въ культурѣ права. «Право есть религія эгоизма» говоритъ Герингъ: «на правѣ можетъ осуществиться, если и не исключительно, то все таки въ относительно высокой степени идея объективной цѣлесообразности, и именно съ этой стороны римскій духъ понялъ и образовалъ право.—

Но изъ того, что римскій народъ былъ predeterminedъ разработкѣ права, не вытекаетъ еще повидимому, чтобы выработанное имъ право имѣло общее міровое значеніе. Всякое право, какъ продуктъ интеллектуальной жизни отдѣльнаго народа, носить національный отпечатокъ. Поэтому римское право, соответствуя характеру римскаго народа, могло бы не соответствовать характеру другаго, не имѣть космополитическаго значенія. Но въ томъ то и заключается способность Римлянъ, что они, соприкасаясь съ различными народностями и изучая ихъ права, смягчали свое собственное право согласно требованіямъ, вытекающимъ изъ самой природы вещей (*naturalis ratio*). Римъ, именно, завоевывая другія страны, самъ подчинялся культурѣ, напр. восточной и греческой, которыя были выше римской. Вслѣдствіе этого, предѣлы національнаго права расширились, вмѣстивъ въ себя все, что имѣло содержаніе общечеловѣческое, свойственное природѣ всѣхъ людей. Отъ римскаго права остались только техника и система, а содержаніе сдѣлалось космополитическимъ. (*) Отличаясь эгоизмомъ, вслѣдствіе котораго онъ стремился къ полному подчиненію себѣ всего окружающаго, народъ римскій въ дѣятельности своей проводилъ

(*) О значеніи Римскаго права для русскихъ юристовъ смотрѣть вступительную лекцію профессора Демидовскаго Лицея Ювернуа, читанную имъ въ 1871 г. Помѣщена въ «Временникѣ» Демидовскаго Лицея, въ I к. 1872 года. Ср. Малышевъ Курсъ общегражданскаго права Россіи т. I стр. 22, прим. 16.

весьма энергично идею индивидуализма, идею личной свободы и полного самоопредѣленія каждаго въ собственныхъ дѣлахъ. Но такая личная свобода могла бы привести къ анархіи, еслибъ противовѣсомъ не явилось благоразу-міе Римлянъ и свойственная имъ идея порядка.

Охраняя личные интересы, заботясь о свободѣ личности, Римляне тѣмъ не менѣе, отдавали преимущество интересамъ государственнымъ, передъ которыми частные отходили на второй планъ. Они очень хорошо понимали вредъ, который принесло бы государству предоставленіе каждому лицу поступать, какъ ему лучше, не сообразуясь съ общимъ благомъ. Поэтому у нихъ было упомянутое выше положеніе: Salus publica suprema lex esto. Общественное благо должно быть высшимъ закономъ, выше частныхъ интересовъ. И отсю-да другое положеніе, что ius publicum privatorum: pactis mutari non potest. Публичное право не можетъ быть измѣнено частными сдѣлками, такъ какъ установлено для общества и для его интересовъ.

Формализмъ Римлянъ, вслѣдствіе національнаго ихъ характера, доходилъ до такихъ крайностей, которыя въ настоящее время могли бы показаться смѣшными. Они такъ строго придерживались буквы закона, что если, наприм., въ сдѣлкѣ употреблялись не тѣ слова, какія были употреблены въ законѣ, хотя бы они болѣе соотвѣтствовали обстоятельствамъ дѣла, сдѣлка считалась недѣйствительной. По законамъ XII таблицъ полагается извѣстное наказаніе за порубку деревь (arbores). Одинъ гражданинъ жаловался въ судъ, что у него уничтожены виноградныя лозы (vites), но судъ ему въ искѣ отказалъ, потому что законъ ничего не говоритъ о vites. Чтобы жалоба имѣла юридическія послѣдствія, должно было употребить слово arbor вмѣсто vites, хотя послѣднее подходило ближе къ дѣлу (см. Instit. Gaii IV § 11). Подъ вліяніемъ внѣшнихъ столкновеній, такой узкій формализмъ исчезъ, и до насъ дошло только въ весьма ограниченныхъ размѣрахъ Римское право въ перво-начальной своей формѣ.

c) Ius civile et ius gentium. Римляне именно сами признавали въ своемъ правѣ два элемента: 1) институты, обусловливаемые исключительно ихъ характеромъ, которые поэтому не могутъ быть примѣнены ни къ какому другому народу, и 2) институты, вызванные не особенностями характера одного какого нибудь народа, а свойственные всѣмъ народамъ, вызванные общимъ разумомъ природы, naturali ratione. Подтвержденіе такого взгляда римлянъ на свое право можно найти въ институціяхъ Юстиніана (Institut. Just. 11; 11 tit. § 1), гдѣ говорится: Ius autem civile vel gentium ita dividitur, quod omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utantur nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis, quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utitur.

Всѣ народы, которые управляются законами и обычаями, т. е. всѣ образо -

ванные народы, пользуются частью своимъ собственнымъ правомъ, частью правомъ, общимъ всѣмъ людямъ; ибо то право, которое установилъ себѣ какой либо народъ самъ, есть право, составляющее исключительное достояніе этого народа и называется правомъ гражданскимъ, т. е. правомъ этихъ гражданъ, цивильнымъ; то же право, которое установилъ естественный разумъ вещей для всѣхъ людей, т. е. право, вызванное общими всѣмъ людямъ естественными потребностями, одинаково охраняется у всѣхъ народовъ и называется правомъ общенароднымъ, которымъ пользуются всѣ народы. И римскій народъ пользуется частью своимъ, частью общенароднымъ правомъ.

Этотъ послѣдній элементъ, т. е. *jus gentium*, и служитъ основаніемъ всего человѣчества. Въ новомъ римскомъ правѣ содержатся не только цивильныя постановленія, обусловленные особенными соображеніями римскаго государства, географическими, этнографическими, историческими и прочими данными, но, главнымъ образомъ, такія положенія, которыя отъ этихъ данныхъ не зависятъ, которыя введены самой природою вещей, у всѣхъ людей одинаковой. Поэтому, если уловить эти потребности и установить извѣстныя правила, которыя нормировали бы стремленія людей къ удовлетворенію этихъ потребностей, то эти правила и будутъ правомъ общимъ у всѣхъ народовъ. Таково и есть Римское право за небольшими исключеніями.—Напр., если взять въ гражданскомъ правѣ основныя положенія о собственности, онѣ у всѣхъ народовъ будутъ болѣе или менѣе одинаковы, такъ какъ этотъ фактъ существуетъ у всѣхъ народовъ и опредѣляется нормами, вытекающими изъ понятія собственности. Или другой примѣръ. Всѣ обязательства, какъ права на чужія дѣйствія, не заключаютъ въ себѣ ничего такого, что обусловливалось бы особенностями Римскаго государства; купля, продажа, мѣна существуютъ вездѣ; стало быть, въ ученіи объ обязательствахъ содержатся начала, свойственныя праву каждаго народа. Ученіе римскаго права о наслѣдствѣ также важно, хотя и имѣетъ менѣе космополитическое значеніе. У всѣхъ народовъ замѣчается тотъ фактъ, что по смерти даннаго лица имущество переходитъ къ тому лицу, которое оно назначило, или которое при жизни наслѣдователя находилось въ близкихъ (родственныхъ) отношеніяхъ съ нимъ.

Первоначально, т. е. въ римскомъ національномъ правѣ, *jus civile*, такъ называемомъ квинитскомъ правѣ господствовало то, что сами римляне называли *jus strictum* (строгое); оно же въ *jus gentium* уступило мѣсто *aequitati*, матеріальной справедливости. *Aequitas* и была причиною того, что римское право, выработанное сперва въ крутой формѣ, подъ ея вліяніемъ измѣнилось такъ, что послужило основаніемъ для правъ новѣйшаго времени. Для примѣра того вліянія, которое имѣла *aequitas*, обратимъ вниманіе на мотивы юридическихъ сдѣлокъ. Въ древнія времена мотивы сдѣлки, хотя бы безнравственной, не были принимаемы во вниманіе. Напр., одно лицо обѣщало другому что нибудь подъ вліяніемъ страха, *motu coactus*. Не смотря на то, что принужденіе безнравственно, лицо отвѣтствовало по обѣщанію въ полномъ объемѣ. Подъ вліяніемъ же *aequitatis* сдѣлки, заключенныя по принужденію, подъ страхомъ были объявлены недѣйствительными.

Или другой примѣръ: по древнему праву кровное родство не давало род-

ственникамъ само по себѣ никакихъ взаимныхъ правъ; *aequitas* же дало полное значеніе въ юридическихъ отношеніяхъ родству, этому естественному, по самой природѣ близко связывающему лицъ, обстоятельству.

Вліянію *juris gentium* и господствовавшаго въ немъ начала *aequitas*, т. е. матеріальной справедливости, стремившейся къ истинному правовому уравниенію всѣхъ, обязано Римское право своею космополитичностью, своимъ повсемѣстнымъ распространеніемъ по Европѣ.

д. РАСПРОСТРАНЕНІЕ РИМСКАГО ПРАВА ПО ЕВРОПѢ.

Первый толчекъ этому распространенію Римскаго права данъ былъ въ началѣ XII столѣтія, именно въ 1100 году, профессоромъ Болонскаго университета Ирнеріусомъ, (*) открывшимъ часть сборниковъ Юстиніана и начавшимъ знакомить своихъ слушателей съ найденными сокровищами права.

Подробныя свѣдѣнія объ исторіи Римскаго права въ средніе вѣка даетъ намъ знаменитый ученый Фридрихъ Карль-Фонъ-Савиньи (1779—1861) въ своемъ классическомъ сочиненіи: «Исторія Римскаго права въ средніе вѣка» (**). Учеными всѣхъ національностей, всѣхъ школъ и временъ Савиньи признается за одного изъ величайшихъ юристовъ.

Ознакомленные съ Римскимъ правомъ, слушатели Ирнеріуса, первые стали распространять его по Европѣ. Распространеніе это шло тѣмъ успѣшнѣе, что, какъ это видно изъ бытовой исторіи среднихъ вѣковъ, уровень общественаго образованія въ Европѣ былъ очень невысокъ; нравы были грубы; въ юридическомъ отношеніи господствовало право обычное германскихъ племенъ; сборниковъ юридическихъ не было; о системѣ и разработкѣ права не было и рѣчи. Поэтому, когда съ кафедры Болонскаго университета стала излагаться стройная система Римскаго права, она поразила современниковъ, казалась имъ чѣмъ то недосыгаемымъ, въ сравненіи съ грубыми германскими обычаями. Римскому праву дано было названіе *ratio scripta*, писанный разумъ, *la raison écrite*; оно представлялось въ видѣ какого то воплощеннаго разума. Изъ Болоньи оно разошлось по всей Германіи, Франціи, Испаніи и Италіи и сдѣлалось въ нихъ дѣйствующимъ законодательствомъ. Только болѣе сѣверныя государства Европы, каковы Швеція и Англія, наиболѣе сохранили свою правовую независимость. Исторически ясно поэтому, вслѣдствіе чего Римское право легло въ основаніе законодательствъ всѣхъ почти, за немногими исключеніями, Европейскихъ государствъ.

Но не одной Западной Европой ограничилось распространеніе Римскаго права. На востокъ, въ Византію, бывшей частью Римской имперіи, въ полной

(*) Подъ этимъ именемъ онъ извѣстенъ въ ученомъ мірѣ. Собственно имя его Вернеръ (былъ, вѣроятно, выходецъ изъ Германіи); но, вслѣдствіе господствовавшей въ средніе вѣка страсти къ латинизированію именъ, его называли *Irnerius*.

(**) *Friedrich Carl v. Savigny Geschichte des Romischen Rechts im Mittelalter. 7 Bde. 1834—1854.*

силѣ дѣйствовало, развивалось и видоизмѣнялось сообразно требованіямъ времени и національности Римскаго права. Главный Византійскій сборникъ «Василики» заключаетъ въ себѣ Юстиніаново законодательство.

Черезъ принятіе христіанства изъ Византіи Россія ознакомилась съ Византійскою цивилизаціей и, такимъ путемъ открыла къ себѣ доступъ Римскому праву. Такимъ образомъ, мы видимъ, что Востокъ и Западъ Европы, въ юридическомъ отношеніи стоятъ на римской точкѣ зрѣнія, хотя съ теченіемъ времени и съ прогрессивнымъ развитіемъ Европейской культуры оно не могло удовлетворять всѣмъ возникавшимъ потребностямъ, не могло служить основаніемъ во всѣхъ правоотношеніяхъ, явившихся слѣдствіемъ возникновенія этихъ потребностей. Достаточно указать на тотъ фактъ, что со времени открытія желѣзнодорожныхъ путей, возникла масса новыхъ юридическихъ отношеній, которыя не могли быть разрѣшаемы на основаніи институтовъ Римскаго права. Въ области семейныхъ отношеній институты Римскаго права тоже оказались неудобными для примѣненія, такъ какъ древнеримскія воззрѣнія на семью совершенно расходятся съ современными. Но, не смотря на это, Римское право и до сихъ поръ сохранило во всей силѣ свое формальное значеніе; научная система его дѣйствуетъ еще и теперь. Подъ выраженіемъ «формальное» мы разумѣемъ то, что Римское право дало образецъ научныхъ приемовъ, непоколебимовѣрныхъ и общепризнанныхъ. Изученіе его считается обязательнымъ и необходимымъ для всякаго научно образованнаго юриста. Необходимость этого изученія Римскаго права доказывается примѣромъ тѣхъ западно-европейскихъ государствъ, которыя, замѣнивъ собственными кодексами Римское право и лишивъ его, такимъ образомъ, значенія дѣйствующаго законодательства, стали относиться болѣе индифферентно къ изученію его, а по прошествіи нѣкотораго времени снова къ нему обратились, увидѣвъ сильный упадокъ юриспруденціи. Таковы, напр., Франція и Германія. Франція первоначально распадалась въ отношеніи къ дѣйствовавшимъ въ ней источникамъ права на двѣ части сѣверную, наиболѣе отдаленную отъ вліянія Римскаго права, въ которой господствовало обычное право (*le pays du droit coutumier*) и южную, въ которой Римское право получило самое широкое распространеніе (*le pays du droit écrit*). Дѣленіе это впоследствии исчезло, и въ настоящее время Франція представляетъ собою образецъ единства во всѣхъ отношеніяхъ и особенно въ законодательномъ. Во время Наполеона I именно всѣ дѣйствовавшіе прежде источники права были устранены, и французамъ данъ былъ собственный законодательный сборникъ, извѣстный (по отношенію къ частному праву) подъ именемъ *Code Napoléon* или *Code civil des Français*, который и теперь дѣйствуетъ въ области гражданскаго права. Но проявившійся впоследствии упадокъ не только въ наукѣ и литературѣ, но и въ судебной практикѣ, заставилъ французовъ обратить серьезное вниманіе на преподаваніе Римскаго права, и въ настоящее время университеты французскіе не даютъ ученой степени безъ представленія спеціальнаго изслѣдованія по этому предмету, кромѣ изслѣдованія по французскому праву. Съ подобнымъ же явленіемъ встрѣчаемся мы также въ Пруссіи и Австріи, гдѣ хотя давно уже существуютъ свои собственные кодексы по гражданскому

праву, но гдѣ, не смотря на это, въ университетахъ на первомъ планѣ стоитъ преподаваніе Римскаго права.

3. ИСТОРИЧЕСКОЕ И ДОГМАТИЧЕСКОЕ ИЗУЧЕНІЕ РИМСКАГО ПРАВА.

Право, какъ это было уже сказано выше принадлежитъ къ разряду энциклопедическихъ наукъ въ обширномъ смыслѣ, и есть наука историческая, занимающаяся изслѣдованіемъ дѣятельности развивающагося человѣческаго духа. Подъ именемъ науки исторической разумѣется наука не довольствующаяся даннымъ видомъ разсматриваемыхъ ею явленій, но изслѣдующая эти явленія въ постепенномъ ихъ развитіи во времени, старающаяся добраться до первоначальныхъ зачатковъ этихъ явленій, прослѣдить различныя обстоятельства, подъ вліяніемъ которыхъ эти зачатки видоизмѣнились и наконецъ получили тотъ видъ, въ которомъ они представляются. Право же, какъ всякое произведеніе человѣческаго духа, подвергается по временемъ сильнымъ измѣненіямъ, и поэтому для основательнаго изученія какого нибудь права недостаточно изучить состояніе его въ видѣ систематическаго сборника статей, но необходимо изучить его исторію, узнать какъ оно зародилось, какія живыя силы создали его и какого развитія оно достигло.

На эту необходимость указывали довольно рано во Франціи по отношенію къ Римскому праву, изучать которое признавали невозможнымъ, ограничиваясь однимъ изученіемъ и толкованіемъ Юстиніанова законодательства. Тамъ впервые проявилось сознаніе, что, при подобномъ изученіи, многіе институты права будутъ непонятны и необъяснимы, такъ какъ только знакомство съ ихъ историческимъ происхожденіемъ можетъ объяснить существованіе ихъ въ правѣ. Историческое изученіе необходимо для всякаго права, въ особенности же для римскаго, которое есть продуктъ такого стройнаго, послѣдовательнаго историческаго развитія, какое едва-ли представляетъ какое нибудь другое право. Для полнаго пониманія этого права, посему безусловно необходима его исторія.

Во Франціи-же, въ XVI столѣтіи на это было обращено вниманіе знаменитымъ юристомъ, основателемъ (первой, французской) исторической школы, Якобусомъ Куяціемъ (Jacòdus Cuiacius Jacques Cuias, жилъ съ 1522 по 1590 г.). Онъ первый обратилъ вниманіе на необходимость историческаго изученія Римскаго права, и, благодаря ему, въ 16, 17 и первой половинѣ 18 столѣтія раціональное изученіе этого предмета имѣло мѣсто, главнымъ образомъ, во Франціи и въ Голландіи. Но съ конца XVIII го столѣтія серьезныя изслѣдованія по этому предмету начались и въ Германіи. Именно, германскій ученый, профессоръ Геттингенскаго университета, Густавъ Гуго (1764-1844) былъ первымъ основателемъ второй германской исторической школы, которая нынѣ всегда и имѣется въ виду, когда говорятъ объ исторической школѣ. « Дальнѣйшее же развитіе доктринъ исторической школы и научное ихъ основаніе было сдѣлано вышеупомянутымъ ученымъ, Фридрихомъ Карломъ фонъ Савиньи, который не только развилъ идеи Гуго, но и самъ выступилъ съ программой дѣятельности исторической школы, въ брошюрѣ, изданной имъ

въ 1814 году и озаглавленной : von Beruf unsrer Zeit zur Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (о призваніи нашего времени къ законодательству и наукѣ права). Въ брошюрѣ этой точно изложены взгляды исторической школы на науку права и указаны вѣрнѣйшіе, по ея воззрѣніямъ, методы его разработки.

Хотя взгляды Савиньи, казавшіеся совершенными многимъ изъ его современниковъ, въ послѣднее время и подвергались сильной и небезосновательной критикѣ и многимъ возраженіямъ, но тѣмъ не менѣе историческій методъ изслѣдованія въ наукѣ права нынѣ повсемѣстно признается необходимымъ для основательнаго изученія всякаго права. На основаніи сего и въ нашихъ университетахъ принято разсматривать римское право двоякимъ способомъ: 1) въ его историческомъ развитіи, т.е. какъ продуктъ времени, культуры и болѣе или менѣе долгой жизни народа, и 2) какъ совокупность юридическихъ нормъ даннаго времени (причемъ принимается именно въ основаніе время царствованія императора Юстиніана I Великаго (527-565)). Первый способъ разсмотрѣнія называется историческимъ, второй — догматическимъ. И такъ, подъ догматическимъ методомъ изложенія нужно понимать изложеніе права, дѣйствующаго въ извѣстное время, независимо отъ историческаго его развитія. Названіе догматическаго присвоено этому изложенію на томъ основаніи, что предметомъ его являются примѣнимыя къ юридическимъ отношеніямъ постановленія или положенія

См. Boecking Pandecter I § 9.

Выше было замѣчено, что едва ли какое нибудь другое право развивалось такъ послѣдовательно исторически, какъ право Римское. Никакихъ скачковъ, уклоненій въ сторону въ немъ не замѣчается: оно развивается въ послѣдовательной стройной системѣ. И мы поймемъ легко эту стройность, если обратимъ вниманіе на ту черту національнаго характера Римлянъ, которая заключается въ свойственномъ этому народу, въ высшей степени развитомъ, консерватизмѣ. (*)

Благодаря этому консерватизму, они вводили различныя нововведенія въ свое право только послѣ долгой и упорной борьбы. Какъ на примѣръ можно указать на тотъ фактъ, что, хотя они и убѣдились вскорѣ въ преимуществахъ *ius gentium* а надъ ихъ *ius scriptum* однако нужна была упорная борьба въ продолженіи 500 лѣтъ для того, чтобы *ius gentium* совершенно подавило *ius civile*. Вслѣдствіе-то этого консерватизма, вслѣдствіе благоговѣнія передъ всѣмъ древнимъ, прежде бывшимъ, въ ихъ законодательствѣ можно встрѣтить явленіе, ненаходимое въ другихъ правахъ, т.е. дуализмъ или двойственность въ системѣ права, выразившаяся въ томъ, что рядомъ, одни возлѣ другихъ существовали по однимъ и тѣмъ же юридическимъ отношеніямъ два различныхъ института; для примѣра возьмемъ наследственное право. Въ римскомъ классическомъ правѣ существовали, какъ это будетъ подробно изложено ниже, двѣ системы, различныя по началамъ, на которыхъ онѣ основыва-

(*) См. о консерватизмѣ римскихъ юристовъ сочиненіе проф. Московск. универс. Муромцева: О консерватизмѣ римской юриспруденціи. Москва 1875 г.

лись, и известныя подъ различными именами: *hereditas* или наследство, *ex jure civile* и *bonorum possessio* или наследство *ex edicto praetorio*.

ИСТОРИЯ ПРАВА ВНЕШНЯЯ И ВНУТРЕННЯЯ.

Изложение истории Римскаго Права дѣлать обыкновенно на двѣ части: на исторію внешнюю и исторію внутреннюю. Объ этомъ дѣленіи см. сочиненіе профессора Сокольскаго: «Пособіе при изученіи внешней исторіи римскаго права, 2-ое изд. Москва, 1877 г., §7 (*) О двухъ методахъ изложенія исторіи права синхронистическимъ и хронологическимъ: (Сокольскаго §8).

II ИСТОЧНИКИ ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА. 1) ПОНЯТІЕ ОБЪ ИСТОЧНИКАХЪ.

Для научнаго изученія всякаго спеціальнаго предмета требуется знакомство съ его источниками, т.е. съ совокупностью тѣхъ данныхъ которыя представляютъ непосредственное понятіе о предметѣ. Опредѣленіе источниковъ Римскаго права у Сокольскаго §3 — §6). Подъ источниками Римскаго права нужно разумѣть тѣ средства, *media*, изъ которыхъ почерпаются непосредственныя свѣдѣнія о юридическихъ положеніяхъ, дѣйствовавшихъ въ этомъ правѣ. Понятіе объ источникахъ не слѣдуетъ смѣшивать съ понятіемъ о пособіяхъ. Источниками могутъ быть признаны только тѣ данныя, которыя, дошедши до насъ непосредственно изъ древняго римскаго государства, даютъ намъ указанія на римскій юридическій бытъ; таковы, напр., всѣ сочиненія римскихъ юристовъ. Пособіями, напротивъ, будутъ всѣ новыя сочиненія по этому предмету, основанныя на первоначальныхъ источникахъ. Для изученія Римскаго права необходимо работать по источникамъ и свои выводы провѣрять на пособіяхъ, которыя представляютъ результатъ изученія этихъ же источниковъ со стороны авторовъ пособій. (Объ источникахъ см. у Сокольскаго §§ 3, 4, 5 и 6).

ВИДЫ ИСТОЧНИКОВЪ.

Источники распадаются на два вида: а) памятники (дошедшіе до насъ изъ Римскихъ временъ) и б) сочиненіе самихъ Римлянъ.

а) Памятники. Памятники опять можно подраздѣлить на два вида: аа) на официальные, то есть тѣ, которые содержатъ въ себѣ правовыя изреченія законодательной власти и вообще органовъ, которымъ было предоставлено право «*jura condere*» и бб) неофициальныя, не имѣющія такого происхожденія.

(*) Кстати по поводу этого сочиненія замѣтимъ, что такъ какъ время, предоставленное для изложенія исторіи римскаго права весьма ограничено мы принимаемъ сочиненіе Сокольскаго, какъ составную часть курса относительно внешней исторіи и будемъ излагать устно, главнымъ образомъ, только внутреннюю исторію, дѣлая замѣчанія и прибавленія къ учебнику Сокольскаго только тамъ, гдѣ это покажется нужнымъ. Вслѣдствіе сего, требованія испытанія по исторіи римскаго права будутъ распространяться, сверхъ того, что будетъ изложено устно, еще и на тѣ свѣдѣнія, которыя могутъ быть почерпнуты изъ пособія Сокольскаго.

Правила, нормируюція юридическую жизнь, можно распознавать не только изъ официальныхъ правилъ, законовъ и т.п., но и изъ частныхъ юридическихъ сдѣлокъ, составленныхъ на основаніи этихъ правилъ (*)

аа) Изъ официальныхъ памятниковъ первое мѣсто занимаютъ законы (Сокольскій, §4). Но дошедшихъ до нашего времени текстовъ законовъ найдется очень немного, такъ что свѣдѣнія о нихъ мы должны почерпать въ сочиненіяхъ древнихъ писателей. (Сохранившіеся въ первоначальномъ текстѣ законы приведены у Сокольскаго въ §33) и 43, по которымъ и должны быть изучены (**)

Изъ законовъ временъ республиканскихъ до насъ не дошли даже тѣ, которые признаются Римлянами за источникъ всего Римскаго права, именно законы XII таблицъ; «*Leges XII tabularum*» говоритъ Ливій III, 34: *nunc que. . . . fons omnis publici privatique est juris.*» Но хотя по обычаю Римлянъ законы XII таблицъ какъ и всякій другой принятый законъ и были вырѣзаны на доскахъ, но первоначальныя доски вѣроятно погибли при нашествіи Галловъ на Римъ, возстановленный же по всей вѣроятности, въ послѣдствіи времени текстъ законовъ также не дошелъ до насъ.

Такимъ образомъ, мы имѣемъ весьма мало матеріала для гражданскаго права въ памятникахъ республиканскихъ временъ и если бы не было другихъ источниковъ, то мы объ этомъ времени не знали бы ничего.

Но если изъ временъ до-императорскихъ законы почти вовсе не дошли до насъ въ подлинномъ текстѣ, то это иначе съ законами временъ императорскихъ, съ императорскими постановленіями (*Constitutiones principum*). Это объясняется тѣмъ, что императоры сами заботились о составленіи законодательныхъ сборниковъ или кодексовъ (*Codices Constitutionum*). Изъ такихъ сборниковъ императорскихъ постановленій, составленныхъ по инициативѣ императоровъ, намъ извѣстны: 2: а) Кодексъ императора Θεодосія II, называющійся *Codex Theodosianus* и изданный въ 16 книгахъ, въ 439-мъ году; б) Кодексъ императора Юстиніана, такъ называющійся *Codex Justinianus* составленный по его повелѣнію и изданный въ 12 книгахъ въ двухъ изданіяхъ: 1-ое изд. въ 529 году (т. наз. *Codex vetus*), а 2-ое изд. въ 534 г. (т. наз. *Codex repetitae praelectionis*). bb) Всѣ неофициальные памятники сводятся къ двумъ группамъ: а) *inscriptiones* и б) *negotia iuris*.

а) *Inscriptiones* (надписи) въ собственномъ смыслѣ, важны болѣе для государственнаго права, какъ проливающіе свѣтъ на тѣ, или другія стороны государственной жизни.

б) *Negotia* (юридическія сдѣлки) важны потому, что являются непосредственными свидѣтелями юридическаго быта древнихъ Римлянъ; онѣ именно даютъ возможность прямо заключать о тѣхъ нормахъ по которымъ онѣ состав-

(*) У Брунса: *Fontes juris Romani antiqui* дѣленію памятниковъ на офици. и неофици. соответствуютъ заглавія *Leges* и *negotia*;

(**) Текстъ сохранившихся законовъ напечатанъ у Брунса въ *Fontes juris Romani antiqui*.

с) Сочиненія. По указанной выше скудности памятниковъ изученіе римскаго права на основаніи ихъ однихъ конечно должно бы было оставаться безъ всякихъ почти результатовъ. Важнѣйшимъ же источникомъ для сего изученія представляются сочиненія, изъ которыхъ однихъ только возможно было возстановить систему римскаго права въ той полнотѣ, въ которой намъ нынѣ известна эта система. При этомъ не только одни сочиненія римскихъ юристовъ служатъ источниками, но и сочиненія римскихъ писателей по другимъ предметамъ. Поэтому сочиненія римлянъ, какъ источники исторіи римскаго права, можно опять подраздѣлить на два вида: аа) сочиненія не юристовъ и бб) сочиненія юристовъ.

аа). Сочиненія не юристовъ, напр. поэтовъ, историковъ, грамматиковъ, философовъ и т.д. являются источниками исторіи римскаго права потому, что едва ли найдется какой нибудь писатель римскій, у котораго не было бы какихъ нибудь указаній на юридическій бытъ римлянъ, обстоятельство, обясняющееся свойствами и склонностями римскаго характера вообще, о которомъ выше была рѣчь. Важнѣйшіе не юридическіе писатели приводятся Сокольскимъ въ § 5.

бб). Сочиненія римскихъ юристовъ, служатъ конечно самымъ лучшимъ и вѣрнымъ источникомъ исторіи Римскаго права. Они сохранились до нашего времени въ различныхъ видахъ: 1) въ видѣ отрывковъ и 2) цѣльныхъ сочиненій.

1) Отрывки изъ сочиненій юристовъ помѣщены въ Дигестахъ императора Юстиніана; Они—главный источникъ для догматическаго изученія права. Сборникъ «Дигесты или Пандекты» былъ изданъ Императоромъ Юстиніаномъ въ 529 г. въ 50 книгъ. Этотъ сборникъ: «*Digesta seu Pandectae*», по намѣренію Юстиніана долженъ былъ заключать въ себѣ все тѣ правовыя опредѣленія которыя находились въ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ и могли имѣть примѣненія въ судахъ. Сочиненія 38 юристовъ послужили матеріаломъ для Дигестъ, которыя, такимъ образомъ, представляются главнымъ источникомъ по части сочиненій римскихъ юристовъ.

2) Цѣлыя сочиненія, въ болѣе или менѣе полномъ видѣ, сохранились до нашего времени въ незначительномъ числѣ. Въ полномъ почти видѣ сохранилось одно сочиненіе юриста Гая и одно Павла; по болѣе же части сочиненія юриста Юльпіана. Эти три юриста: Caius или Gajus Julius, Paulus Domitius Ulpianus самими римлянами были отнесены къ корифеямъ или вершинамъ римской юриспруденціи. Это явствуетъ, между прочимъ, изъ того что они, вмѣстѣ съ двумя другими юристами: Aemilius Papinianus и Herennius Modestinus, были выставлены безусловными авторитетами для судей императоромъ Валентиніаномъ III въ законѣ, которомъ этотъ императоръ старался уничтожить господствующую въ судахъ неурядицу и который былъ изданъ въ 426 году. (см. Сокольскій стр. 152). Законъ этотъ нынѣ обыкновенно на-

(*) Сохранившіяся до насъ *negotia* или частныя юридическія эдикты изъ временъ римлянъ, напечатаны въ приведенномъ трудѣ Брунса: *Fontes iuris Romani antiqui*.

75887

зываютъ закономъ о цитатахъ lex allegatoria Valentiniana, по примѣру профес. Гуго, назвавшаго его «Das Valentinianische Citirgesetz.»

Сохраненіемъ сочиненій двухъ изъ этихъ корифеевъ Римской юриспруденціи (Гая и Павла) мы обязаны сборнику Римскихъ законовъ составленному въ Вестготскомъ королевствѣ. (*)

Вестготскій король Алларихъ II, въ 506-мъ году велѣлъ составить для жителей Вестготскаго королевства бывшихъ римскаго происхожденія сборникъ римскихъ законовъ. Въ то время не существовало еще системы территориальнаго примѣненія права, въ силу которой каждый судится по законамъ той страны, гдѣ живетъ, но руководствовались началомъ личнаго дѣйствія права, заключающимся въ томъ, что каждый судится по тѣмъ законамъ, которымъ онъ принадлежитъ по происхожденію, слѣдовательно, римлянинъ—по римскимъ законамъ. (**)

Поэтому въ Вестготскомъ королевствѣ жители римскаго происхожденія пользовались римскимъ правомъ, жители германскаго происхожденія своими юридическими обычаями.

Составленный по повелѣнію Аллариха сборникъ носитъ названіе Codex Visigothicus, или Breviarium Alaricianum seu lex Romana Visigothorum. Въ составъ этого сборника вошли а) Codex Theodosianus въ 16 книгахъ, съ значительными пропусками; б) Novellae Constitutiones (Theodosianae et post-Theodosianae) в) Institutiones Gaii (***) въ двухъ книгахъ. Изъ 4 книгъ Гая, четвертая исключена совсѣмъ, а изъ другихъ многое выпущено; остальное сведено въ двухъ книгахъ) д) Receptae sententiae Pauli; е) извлечение изъ 2 кодексовъ императорскихъ постановленій: Codex Gregorianus и Codex Hermogenianus г) отрывокъ изъ Папиніана (lib Responsorum).

Переходя къ отдѣльнымъ сочиненіямъ, (****) прежде всего становимся на сочиненіи Гая (Сокольскій, стр. 133, лит. е).

ВЪ ОСОБЕННОСТИ О ГАѢ И ЕГО УЧЕНИКѢ.

О жизни Гая намъ ничего не извѣстно, равно какъ не извѣстно ни его cognomen ни nomen gentilicium. На основаніи нѣкоторыхъ мѣстъ его сочиненій, можно вывести заключеніе, что онъ жилъ 2-й половинѣ II-го вѣка, при императорахъ Адрианѣ, Антонинѣ Кроткомъ, Маркѣ Авреліѣ. Это заключаютъ изъ того, что въ одномъ мѣстѣ Дигестъ мы находимъ слѣдующія слова Гая, именно: въ fr. 7 pr. D. de reb. dub. 34, 5 (Gajus): nostra aetate mulier ad divum

(*) См. Сокольскаго стр. 162 подъ буквою b.

(**) Другое объясненіе появленія сборниковъ въ римскихъ законахъ у германскихъ племенъ см. у Сокольскаго стр. 159 і 160.

(***) Подъ именемъ «Institutiones» римскіе юристы разумѣли учебникъ; не слѣдуетъ смѣшивать этого слова со словомъ «Constitutiones» императорскія постановленія.

(****) См. Сокольскаго § 44.

Hadrianum perducta est Слово *divus* присоединяется только къ имени умершаго императора; а поэтому изъ сопоставленія словъ: « *nostra aetate* и « *Divum Hadrianum* » можно вывести, что время Гая относится къ царствованію императора Адриана и его преемника Антонина Кроткаго, *Antoninus Pius*. Дѣйствительно, въ другомъ мѣстѣ: именно въ своемъ учебникѣ, *Institutiones*, I, 53 Гай говоритъ: « *hoc tempore ex constitutione sacratissim principis Antonini.* » Наконецъ, въ томъ же его учебникѣ: II, 195 мы читаемъ « *sed hodi ex divi Pii constitutione* » т.е. Гай жилъ и по смерти Антонина Кроткаго.

Учебникъ Гая извѣстенъ подъ именемъ *Institutionum Commentarii quatuor* или просто *Gaii Institutiones*; по немъ первые элементы права преподавались въ римскихъ юридическихъ училищахъ слушателямъ 1-го курса до временъ Юстиніана, который издалъ въ 529 году свой учебникъ, подъ заглавіемъ *Institutiones Justinianae*. Въ началѣ нынѣшняго столѣтія учебникъ Гая былъ извѣстенъ только въ формѣ сокращенной, почему и назывался *Epitome Institutionum Gaii* или *Gaius epitomatus* именно въ томъ видѣ, въ которомъ онъ входилъ въ составъ *Breviarium Alaricianum*; но въ 1816 г. знаменитый историкъ нашего вѣка, Нибуръ открылъ въ библиотекѣ Веронскаго собора рукопись, заключающую въ себѣ институты Гая, и по этой рукописи представляется возможнымъ судить объ учебникѣ Гая въ той формѣ, въ какой онъ преподавался въ римскихъ училищахъ.

СИСТЕМА ИНСТИТУЦІЙ.

Система институцій Гая заслуживаетъ особеннаго вниманія потому, что она послужила образцомъ не только всѣхъ почти римскихъ и многихъ новыхъ учебниковъ, но и получила примѣненіе въ новѣйшихъ законодательствахъ: *Code Napoléon*: I ч. X тома нашего Свода Законовъ тоже сильно напоминаютъ систему Гая. И такъ, хотя Гай умеръ во II вѣкѣ, по Р. Х. но его система продолжаетъ жить, какъ въ законодательствахъ, такъ и въ сочиненіяхъ юристовъ.

Въ первыхъ семи §§ 1-й книги своихъ институцій, Гай приводитъ указанія на источники права. Опредѣливъ именно *jus civile* и *jus gentium*, онъ перечисляетъ отдѣльные источники права, каковы: *lex, senatus, edicta magistratum responsa prudentium* и т. д.

Въ § 8 же онъ выставляетъ самую систему, по которой будетъ изложено его учебникъ.

Omne autem jus, говоритъ онъ: « *quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* » (*). Всякое право предполагаетъ понятіе о лицахъ, вещахъ и юридическихъ средствахъ. Дѣйствительно, если мы вникнемъ въ понятіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ, то убѣдимся, что эти три элемента *persona, res* и *actio* настолько существенно ему свойственны, что безъ нихъ нельзя себѣ представить права. Всякое право, какъ власть или господство, гарантированное закономъ, непременно предполагаетъ субъектъ, объектъ и защиту правъ. Нельзя представить себѣ права, если нѣтъ лица,

(*) *Gaii Instit.* I. 8.

которому принадлежала бы власть, составляющая содержание права « *Personarum causa omne jus constitutum est. § 12 Inst. Just. 1, 2.*

1) Первымъ элементомъ, присущимъ всякому юридическому отношенію, Гай признаетъ лицо, personam. Подъ словомъ persona въ юридическомъ смыслѣ Римляне разумѣли не всякаго человѣка, а только того, кто закономъ признавался за существо правоспособное, имѣющее право участія въ юридическихъ отношеніяхъ. Поэтому, слово persona не слѣдуетъ смѣшивать съ homo, которымъ означались люди вообще, независимо отъ того, имѣли-ли они правоспособность, или нѣтъ, поэтому подъ понятіе homo подходят и рабы, servi, которые однако не суть personae. Наше слово: « правоспособность » у Римлянъ обозначается словомъ « caput » поэтому лицо, persona, est is, qui caput habet, т. е. лицо въ юридическомъ смыслѣ есть правоспособное существо. Слово « caput » для обозначенія правоспособности, мы находимъ напр. въ § 4 *Inst. de caput min. 1, 16.* Здѣсь идетъ рѣчь о томъ, можно ли говорить объ измѣненіи правоспособности раба, отпущеннаго на волю, и допускается, что можно говорить только о приобрѣтеніи имъ правоспособности, а не объ измѣненіи такъ какъ прежде, до отпущенія, manumissio, онъ ея не имѣлъ. Servus autem manumissus capite non minuitur quia nullum caput habuit.

Насколько важенъ элементъ личности въ понятіи права, вытекаетъ изъ самаго понятія права въ субъективномъ смыслѣ. Если право въ субъективномъ смыслѣ есть правомочіе, возможность вліять на окружающій міръ, то этимъ уже предполагается существованіе субъекта, который имѣлъ бы эту возможность. Слѣдовательно, о правѣ можно говорить только тогда, когда есть лицо, которому оно принадлежитъ.

2) Вторымъ элементомъ всякаго права Гай полагаетъ res, подъ которымъ понимаетъ всякій предметъ, подлежащій обладанію лица, всякій, такъ сказать, пассивно правоспособный предметъ или объектъ права. Прежде всего, всѣ предметы окружающаго человѣка міра, по назначенію самаго Провидѣнія, могутъ быть объектомъ права. Но, кромѣ предметовъ видимаго міра, объектами права, т. е. составными частями имущества, могутъ быть и различныя права и дѣйствія другаго лица, обязаннаго что либо сдѣлать въ пользу кого либо и имѣющія имущественную цѣнность для сего послѣдняго. Въ *fr. 23, Dig. 50, 16* мы поэтому и находимъ слѣдующее опредѣленіе res, сдѣланное юристомъ Ульпіаномъ: Rei appellatione et causae et iura continentur. Подъ res разумѣются всевозможныя юридическія отношенія и права.

Понятіе о правѣ въ субъективномъ смыслѣ предполагаетъ непременно объектъ права, которымъ распоряжается лицо, имѣющее надъ нимъ власть. Если бы право не могло распространяться на какіе нибудь объекты, то не могло бы быть и рѣчи о правѣ.

3) Третьимъ элементомъ права Гай предполагаетъ actio. Слово это употреблялось у Римлянъ въ различномъ смыслѣ. Именно:

1) Въ самомъ обширномъ, вульгарномъ, не юридическомъ смыслѣ слово actio (въ производствѣ отъ agere) означаетъ всякое дѣйствіе, всякое дѣяніе т. е. человѣческой воли во внѣшнемъ мірѣ.

2) Въ болѣе тѣсномъ и первомъ юридическомъ смыслѣ *actio*, или какъ оно часто замѣняется словомъ *actus*, означаетъ всякое юридическое дѣйствіе вообще, т. е. такое проявленіе человѣческой воли, которое какимъ нибудь образомъ отражается на юридической сферѣ лица. Въ *fr. 41 Dig. I, 3* мы находимъ слѣдующее опредѣленіе Ульпіана: *totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo, aut enim hoc agitur quemad modum quid cuiusque fiat aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet aut quomodo alienet aut amittat.* Въ этомъ второмъ значеніи слово актъ, какъ юридическое дѣйствіе, вошло во всѣ языки.

3) Въ болѣе тѣсномъ юридическомъ смыслѣ, подъ *actio* разумѣется одинъ извѣстный видъ юридическихъ дѣйствій, а именно тѣ юридическія дѣйствія, которыя принимаются для защиты и охраненія правъ, слѣдовательно, не всякія юридическія дѣйствія, а направленные лишь къ возстановленію нарушеннаго права, т. е. дѣйствія лица въ судебномъ разбирательствѣ, въ процессѣ. Въ этомъ значеніи *actio* совпадаетъ съ терминомъ *remedium juris*, *Rechtsmittel*, юридическое средство для возстановленія права, такъ что подъ него подходятъ и искъ и отвѣтъ и такъ далѣе.

4) Въ наиболѣе тѣсномъ юридическомъ смыслѣ, подъ *actio* понимается только одинъ видъ юридическихъ средствъ, примѣненныхъ въ процессѣ, а именно искъ, т. е. такое дѣйствіе, которое предпринимается кѣмъ либо наступательно въ отношеніи другаго лица, т. е. когда пострадавшее лицо вызываетъ противника въ судъ, вчиняя противъ него искъ. Въ *51 fr. Dig. de O. et A. 44*, 7-й юристъ *Celsus* даетъ слѣдующее указаніе на *actio*. *Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi.* Въ такомъ же смыслѣ опредѣляетъ *actio* и Юстиніанъ въ *pr. Inst. de actio. 4, 6*. *Actio autem nihil aliud est qua ius persequendi iudicio quod sibi debetur.*

Гай, говоря, что *omne jus . . . ad actiones pertinet*, употребляетъ здѣсь слово *actiones* въ третьемъ смыслѣ, т. е. какъ всякія судебныя дѣйствія, направленные на защиту правъ. *Actio* въ этомъ смыслѣ или средство судебного охраненія права составляетъ необходимый элементъ права, такъ какъ только тогда и можно говорить о правѣ, когда есть средства защитить его. На основаніи этого, всѣ новѣйшіе юристы указываютъ на этотъ элементъ, какъ на одинъ изъ самыхъ необходимыхъ для права.

«Право, по словамъ Геринга, есть норма, устанавливающая принудительнымъ образомъ порядокъ человѣческаго общежитія. Это принужденіе составляетъ характеристическій признакъ права, отличающій его отъ нравственныхъ и религіозныхъ законовъ, имѣющихъ внутреннюю, а не вѣшнюю принудительность.

На основаніи всего вышесказаннаго, всѣ юристы согласны съ тремя элементами права, выставленными Гаемъ.

ОБЗОРЪ СОДЕРЖАНІЯ ИНСТИТУЦІЙ ГАЯ.

Согласно съ тремя элементами права, имъ выставленными, Гай располагаетъ свое ученіе по книгамъ такъ, что это дѣленіе на книги соответствуетъ

его системѣ. Такъ въ I-й книгѣ онъ говорить de personis, II-й и III-й de rebus и въ IV-й de actionibus.

Въ ученіи о лицахъ Гай въ § 9 своихъ институцій излагаетъ первое, главное дѣленіе людей по правоспособности: Summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi. Самое важное дѣленіе людей по правоспособности то, что всѣ они или свободны, или рабы, такъ какъ рабы не имѣютъ никакой правоспособности, nullum caput. Въ настоящее время нѣтъ ни одного сословія, которое было бы совершенно лишено правоспособности и не имѣло ея въ большей или меньшей степени. У Римлянъ же это было иначе. Теоретически они сознавали, что всякій человѣкъ долженъ быть свободнымъ. Ульпіанъ fr. 32 Dig. de R. I. 50, 17 говорилъ: ex iure naturali omnes homines aequales sunt. Но на практикѣ это теоретическое положеніе было непримѣнимо, поэтому Ульпіанъ въ томъ же фрагментѣ говоритъ: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur, и рабство, бывшее у всѣхъ народовъ древняго міра, было заимствовано и Римлянами, имѣвшими постоянное сношеніе съ этими народами. Военный плѣнъ былъ главною причиною установленія рабства: военно-плѣнный становился рабомъ побѣдителя. Практичность Римлянъ не могла не заставить ихъ ввести рабство и у себя. Не обрацая они военно-плѣнныхъ въ рабовъ, они были бы въ проигрышѣ, такъ какъ ихъ плѣнные были обрацаемы въ рабовъ ихъ противниками.

2) Въ § 48 1 кн. Гай переходитъ къ дѣленію не всѣхъ людей, а только свободныхъ, такъ какъ in servorum conditione nulla differentia est. См. § 5 Inst. de iure pers. I, 3. Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt quaedam alieno iuri sunt subiectae. Другое дѣленіе людей по правоспособности заключается въ томъ, что одни изъ нихъ самостоятельны, независимы, sui iuris, а другіе несамостоятельны и зависимы, alieni iuris. Слово ius замѣняется иногда словомъ potestas. Suae potestatis et alienae potestatis подвластные и неподвластные. Подъ словомъ ius, въ этомъ употребленіи, по опредѣленію нѣмецкихъ ученыхъ, разумѣется господство надъ волею лица въ частно-правовыхъ отношеніяхъ — eine privatrechtliche Willensherrschaft, господство, которое имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что всякое проявленіе воли homo alieni iuris въ частно-правовомъ отношеніи разсматривается какъ проявленіе воли властелина; homo alieni iuris въ частно-правовыхъ отношеніяхъ является ничѣмъ инымъ, какъ органомъ или орудіемъ того, въ чьей власти находится. Выводъ изъ этого, что homo al. jur. не можетъ имѣть собственнаго имущества, и все, что онъ приобрѣтаетъ, онъ приобрѣтаетъ властелину см. Gaj. II § 86: Acquiritur nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus и § 87: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Итакъ homo alieni iuris является ограниченнымъ въ отношеніи къ частному праву, но и только въ отношеніи къ нему. Подъ категорію homines alieni iuris подходятъ: а) дѣти, происходящія отъ законнаго брака и усыновленные; въ § 55 1-й книги Гай говоритъ: in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus, а въ § 97: et hi, quos adoptamus. Власть эта называется patria potestas, б) женщины, въ § 109 1-й книги находимъ: in po-

testate quidem et masculi et feminae esse solent; ein manum autem feminae tantum conveniunt, власть мужа надъ женою называется manus; c) рабы. Власть господина надъ волею раба называется dominica potestas. См. I книгу § 52 Институц. Гая. Различіе между рабами, которые входятъ въ число homines alieni iuris и другими, подходящими подъ эту категорию свободными лицами заключается въ томъ, что рабы вовсе не имѣютъ правоспособности, тогда какъ остальные имѣютъ политическую правоспособность, считаются римскими гражданами и могутъ принимать участіе во всѣхъ политическихъ вопросахъ наравнѣ съ главами семействъ. Лица, находящіяся sub patria potestate могли подавать голосъ въ народныхъ собраніяхъ, занимать государственныя должности; быть консулами, диктаторами, словомъ могли пользоваться политическими правами независимо отъ patriae potestatis. Въ области же частного права, homines alieni iuris являются ограниченными въ отношеніи семейныхъ и имущественныхъ правъ, и здѣсь Гай различаетъ 4 вида власти: а) Dominium власть господина надъ рабомъ, власть, простирающаяся на физическую сторону раба, право собственности въ немъ, по которой онъ подчиняется господину наравнѣ съ животными; см. Gaj. II. 32: servi et cetera animalia, и dominica potestas; власть надъ рабомъ, съ духовной точки зрѣнія, какъ надъ существомъ дѣеспособнымъ. б) Patria potestas, о которой Гай говоритъ въ § 55 1-й кн. Инстит. в) Manus, власть мужа надъ женою, § 108 1-й кн. Инстит. Гая. Выходя замужъ, дѣвушка вступаетъ подъ юридическую власть мужа и рассматривается въ этомъ положеніи, какъ дочь, filiae loco; а такъ какъ дѣти подчинены potestati patris familias, то, слѣдовательно, и жена должна быть in potestate или in manu mariti. д) Mancipium, власть лица надъ проданнымъ ему свободнымъ homo alieni iuris, называемымъ liberum caput in mancipio (если напр. отецъ продаетъ своего сына постороннему лицу). См. Gaj. I § 116. Объ этой власти подробнѣе будетъ сказано ниже.

3) Въ § 142-мъ 1-й кн. Гай говоритъ: Transeamus nunc ad aliam divisionem, nam ex his personis, quae neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt, vel in curatione quaedam neutro iure tenentur. Изъ тѣхъ лицъ, которыя совершенно самостоятельны и не подчинены никакой изъ вышеупомянутыхъ властей, есть такія, которыя подчинены власти опекуновъ и попечителей. Это суть лица, имѣющія правоспособность, но ограниченныя въ дѣеспособности, какъ напр. несовершеннолѣтніе, безумные, которые не могутъ самостоятельно осуществлять принадлежащія имъ права, т. е. давать имъ движеніе въ юридической жизни. Итакъ, мы видимъ, что Гай рассматриваетъ ученіе о лицахъ (de personis) по слѣдующимъ тремъ категориямъ:

- 1) liberi et servi.
- 2) homines sui iuris et alieni iuris.
- 3) personae quae in tutela sunt vel in curatione et quae neutro iure tenentur.

Во II-й и III-й кн., составляющихъ 2-ю часть институцій Гая, излагается ученіе о вещахъ, какъ объектахъ права, de rebus. Подъ словомъ res здѣсь надо разумѣть, какъ уже выше было замѣчено, все то, что можетъ быть под-

чинено власти лица, всю совокупность объектов его власти, т. е. все имущество съ его составными частями, которыя именно суть слѣдующія: во 1) различные матеріальные предметы внѣшней природы, какъ въ тѣсномъ смыслѣ, такъ называемыя res incorporales, безтѣлесныя вещи.

Согласно съ этими двумя видами составныхъ частей имущества, права имущественныя въ ученіи гражданскаго права и дѣлятся: 1) на вещныя права—jura in rem, представляющія непосредственное господство лица надъ тѣлесною вещью и 2) на обязательственныя права, obligationes; т. е. права на чужія дѣйствія. Во II и III книгѣ излагаются у Гая и тѣ и другія, а именно: вещныя права: собственность, сервитуты въ первой половинѣ II-й книги §§ 1—96; обязательства во второй части III-й книги §§ 88—225.

Не касаясь подробнаго разсмотрѣнія 2-й части институцій Гая, обратимъ вниманіе на важнѣйшее дѣленіе вещей, которое онъ приводитъ.

1) *Summa rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini juris, aliae humani. Divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae* (II кн. § 2—3). Самое важное дѣленіе вещей то, что онѣ относятся или къ божескому или къ человѣческому праву. Къ божескому священному праву относятся вещи, посвященныя богамъ и употребляющіяся при религіозныхъ обрядахъ; всѣ же остальные вещи относятся къ человѣческому праву. *Res divini juris* изъяты изъ сферы частныхъ правоотношеній.

2) Въ §§ 12—14 II-й кн. Инстит. Гая, возстановленныхъ изъ II-го титула II-й книги институцій Юстиніана, такъ какъ текстъ рукописи Гая тутъ былъ попорченъ, находимъ дѣленіе вещей на тѣлесныя, *corporales*, и безтѣлесныя, *incorporales*. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, velut fundus, homo vestis, aurum, argentum, et de nique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in juri consistunt sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae* (§§ 12—14 II кн. Гая).

Главное дѣленіе вещей *juris humani* то, что однѣ являются тѣлесными, другія безтѣлесными. Тѣлесными называются тѣ, до которыхъ можно дотрогнуться, какъ напр. земля, рабъ, одежда и др.; безтѣлесными тѣ, которыя не имѣютъ физическаго бытія, а существуютъ только въ нашемъ умственномъ представленіи и состоятъ изъ правъ, каковы, напр. наслѣдство, узупруктъ (т. е. сервитуты вообще), обязательства.

Изъ этого дѣленія вещей видно, что имущество каждаго человѣка слагается изъ вещей и правъ, между которыми важное мѣсто занимаютъ права на требованіе какого нибудь дѣйствія отъ другихъ, называемыя обязательствами, *obligationes*. Напр., я имѣю заемное письмо. На основаніи этого письма, я могу требовать отъ другаго лица уплаты означенной въ письмѣ суммы. Отношеніе между мною и этимъ лицомъ и будетъ обязательствомъ или такимъ отношеніемъ, въ силу котораго, я, какъ *creditor* (кредиторъ) могу требовать извѣстное дѣйствіе, а другое лицо, *debitor*, обязано исполнить это дѣйствіе. Изъ двухъ мѣстъ источниковъ можно видѣть природу обязательства. 1-е принадлежитъ юристу Павлу и находится въ *fr. 3 pr. de O. et A. 44, 7. Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut*

servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum; Сущность обязательства заключается не въ томъ, чтобы на основаніи его что нибудь сдѣлалось нашимъ, т.е. поступи- ло въ нашу собственность или въ наше господство, т.е. чтобы на основаніи его какая нибудь вещь подчинилась непосредственно нашей власти, но въ томъ, что связываетъ другаго дать, сдѣлать или доставить намъ что нибудь, т.е. подчинить намъ дѣйствию другаго лица (должника).

2-е мѣсто находимъ въ *pr. Inst. de oblig. 3, 13 (14): Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae, secundum nostrae civitatis iura*. Обязательство есть связь права, которую мы связываемся необходимостью исполненія чего либо въ пользу другаго лица, сообразно съ правомъ нашего государства.

Итакъ, имущественныя правоотношенія обнимали собой какъ права надъ вещами, такъ и права на чужія дѣйствія или обязательства. Слѣдуетъ замѣ- тить здѣсь, чѣмъ отличается обязательство какъ право на дѣйствіе посторон- няго лица отъ *ius potestatis*, т.е. права надъ волей подчиненныхъ правовой власти лица. Обязательство есть право на опредѣленное чужое дѣйствіе, а *in potestatis* есть право, поглощающее вполнѣ дѣятельность подчиненнаго лица, право, совершенно парализующее чужую волю.

Показавъ главное дѣленіе вещей, Гай разсматриваетъ различные виды соб- ственности (§ 40 и др.), главные способы приобрѣтенія права собственно- сти (§ 41 и др.) напр. о завладѣніи никому не принадлежащей вещью (§ 66), о спецификаціи, т.е. приобрѣтеніи права собственности, если кто нибудь изъ чу- жаго матеріала сдѣлалъ какую нибудь вещь и т.д. (§ 79). Затѣмъ Гай обра- щаетъ вниманіе на то, что приобрѣтать вещи можно не только самому, лично, но и черезъ подвластныхъ лицъ (§ 86 и слѣд. до § 95 включительно). Этимъ у Гая собственно оканчивается ученіе о вещныхъ правахъ. Изложенію же обязательствъ, какъ выше было сказано, посвящена 2-ая часть III-й книги Гая. Спрашивается, чѣмъ же занимается вторая часть II-й и первая часть III-й книги Гая? Въ этихъ частяхъ Гай разсматриваетъ ученіе о наслѣдствѣ (*he- reditas*), помѣщая его тотчасъ послѣ отдѣльныхъ способовъ приобрѣтенія соб- ственности въ вещахъ, какъ особенный способъ такого приобрѣтенія, а имен- но какъ *acquisitio per universitatem*. — Въ новѣйшихъ системахъ граждан- скаго права праву наслѣдованія дается самостоятельное мѣсто: 1) семейныя права, 2) права имущественныя (вещныя и обязательственныя) и 3) право наслѣдственное. Гай же въ своей системѣ не даетъ праву наслѣдованія тако- го самостоятельнаго мѣста; онъ подводитъ это право подъ способъ приобрѣте- нія имущества см. *Gaj. II § 9. ; . . videamus itaque nunc, quibus modis per uni- versitatum res nobis acquirantur* и затѣмъ § 98 *si cui heredes facti sumus*. —

Право наслѣдованія излагается у Гая по тѣмъ двумъ основаніямъ откры- тія (*delatio*), которыя признавались въ римскомъ правѣ, а именно послѣдняя во- ля лица: *ultima voluntas defuncti testamentum* и законъ, *lex*. См.: *Gaj. II § 99. hereditatis... vel ex testamento, vel ab intestato ad nos pertinent*.

Говоря о наслѣдствѣ во 2-ой ч. II-й и I-й части III-й книги своихъ Инсти- туцій, Гай распредѣляетъ весь матеріалъ этого ученія, согласно двумъ видамъ

открытія наслѣдства, т.е. *ultima voluntas defuncti* и *lex*. Въ первомъ случаѣ наслѣдство открывается *ex testamento*, когда въ оставленномъ завѣщаніи выражена воля умершаго лица о назначеніи себѣ наслѣдника, а во второмъ—*ex lege* или *ab intestato*, когда умершее лицо не успѣло сдѣлать распоряженій относительно судьбы своего имущества, и само законодательство заботится о распределеніи его между тѣми лицами, которыя были особенно близки къ покойному, т.е. между членами его *familia*. Наслѣдованіе *ex testamento* по римскому взгляду разсматривалось какъ общее правило, наслѣдованіе же *ab intestato*, какъ исключеніе. Извѣстно, что Римляне были чрезвычайно аккуратный народъ въ денежныхъ дѣлахъ, поэтому рѣдкій Римлянинъ умиралъ, не сдѣлавъ предварительно завѣщанія относительно своего имущества. Оно являлось актомъ, въ которомъ частная автономія воплощалась въ высшей степени. Если дѣйствія лица, какъ *pater familias*, были обязательны при его жизни, по принципу римскаго квинитекаго права, допускавшаго частную автономію, то посмертная его воля должна была служить признакомъ автономіи частной въ наиболѣе высокой степени. Поэтому то Римляне такъ дорожили завѣщаніями, поэтому то наслѣдованіе *ab intestato* являлось рѣдкимъ исключеніемъ.

Гай начинаетъ ученіе о наслѣдствѣ съ § 100 I-й книги. Въ завѣщаніи, *testamentum* требовалось прежде всего указаніе лица, на которое бы переходило *universum ius defuncti*, вся имущественная личность умершаго, преемство всѣхъ его правовыхъ отношеній. *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius defuncti fr. 26 D. de R.V. 50, 17.* Назначеніе такого наслѣдника признавалось за основаніе всего завѣщанія *testamenta vim ex institutione heredum accipiunt* безъ указанія наслѣдника не могло быть и завѣщанія. *Institutio heredis est caput et fundamentum totius testamenti: см. § 34 J. de legatis II, 20; поэтому ubi ab est heres, abest testamentum.* Но кромѣ назначенія наслѣдника, въ завѣщаніи могутъ находиться еще и другія распоряженія: отпущеніе на волю рабовъ, назначеніе опекуновъ, назначеніе легатовъ или отказовъ на случай смерти.

Полученіе чего нибудь по такъ называемому *legatum*, отказу на случай смерти, нужно отличать отъ наслѣдованія; по легату именно предоставляется какому нибудь лицу, называемому *legatarius*, отдѣльная вещь или отдѣльная выгода, безъ перенесенія на него всѣхъ правъ и обязанностей, которыя лежали на умершемъ. При *hereditas* же не переходятъ отдѣльныя права лица, а происходитъ замѣна одного субъекта правъ другимъ—наслѣдователя наслѣдникомъ. Правовая сфера въ этомъ случаѣ не измѣняется: наслѣдователь и наслѣдникъ разсматриваются какъ одно и то же лицо въ юридическомъ отношеніяхъ, потому что ихъ права и обязанности совершенно одинаковы.

Изложивъ довольно подробно вопросъ о наслѣдствѣ, Гай съ § 191-го III-й книги говоритъ именно *de legatis*. *Quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtur: Nam loquimur de his iuris figuris per universitatem res nobis adquiruntur.*

Въ 192: § Гай приводитъ четыре способа установленія *legatum*: *Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem.*

Съ § 1-го III-й книги Гай излагаетъ вопросъ о наслѣдованіи *ab intestato*: *Intestatorum hereditates lege XII tabularum primum ad suos heredes pertinent*, говорить онъ въ 1 § и далѣе указываетъ, кого нужно разумѣть подъ *sui heredes*.

Съ 88 § Гай переходитъ къ обязательствамъ: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

Все ученіе объ обязательствахъ излагается у него по двумъ основаніямъ, изъ которыхъ они возникаютъ: а) контракту и б) деликту. Подъ контрактомъ разумѣется договоръ, т.е. соглашеніе между двумя лицами, а подъ деликтомъ — противозаконное дѣйствіе, которое также является источникомъ обязательства, потому что изъ него вытекаетъ обязанность деликвента вознаградить потерпѣвшаго за ущербъ. Слѣдовательно изъ деликта возникаетъ право требованія. Начиная съ 89 до 181 §§ Гай излагаетъ ученіе *de obligationibus ex contractu*, а съ 182 § до 206—*de obligationibus ex delicto*.

Такимъ образомъ, мы видѣли, что въ I-й книгѣ Гай говоритъ *de personis*, въ 1-й части II-й книги излагаетъ вещныя права, сервитуты и пр., во 2-й части II книги о наслѣдованіи *ex testamento*, въ 1-й части III-й книги о наслѣдованіи *ab intestato* и во 2-й части III-й книги объ обязательствахъ.

4-я книга Гая посвящена ученію объ *actiones*, причемъ слѣдуетъ помнить, что подъ этимъ словомъ онъ понимаетъ всякое процессуальное юридическое средство, направленное къ защитѣ и охраненію права. 3-й элементъ, присущій всякому праву, есть элементъ охранительный, осуществляемый судебными дѣйствіями. 4-я книга является важнѣйшимъ источникомъ для познанія Римскаго права вообще и судопроизводства въ частности. Не останавливаясь на подробностяхъ, замѣтимъ, что начиная съ § 1-го по 81-й въ ней идетъ рѣчь *de actionibus* въ тѣсномъ смыслѣ — искахъ, необходимыхъ для возбужденія гражданскаго процесса. Всякій такой процессъ начинается съ исковаго прошенія, которое подается лицомъ желающимъ дѣйствовать наступательно: вызвать судъ къ разсмотрѣнію дѣла и отвѣтчика явиться въ судъ для дачи объясненій. Ученіе о римскихъ искахъ Гай излагаетъ въ историческомъ порядкѣ. Въ § 11 онъ говоритъ: *Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur*.

Въ § 30 онъ говоритъ объ *actiones*, совершающихся *per formulas* и указываетъ что *istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt*, т.е. что прежніе виды исковъ были признаны несоотвѣтствующими и вышли изъ употребленія.

Въ § 32 Гай переходитъ къ ученію о судебномъ представительствѣ и говорить, что оно не могло быть допускаемо прежде, какъ допускается теперь: *Nunc admonendi sumus, agere nos (posse) aut nostro nomine aut alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio cum olim, quo tempore legis actiones in usu essent, alterius nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis*.

Начиная съ 115 § Гай излагаетъ ученіе *de exceptionibus*, т.е. отѣхъ юридическихъ средствъ которыя могли быть употребляемы отвѣтчикомъ для сво-

ей защиты. Въ гражданскомъ процессѣ всегда участвуютъ двѣ стороны или два лица: истецъ и отвѣтчикъ. Первое начинаетъ искъ, вызываетъ другаго къ отвѣту и называется технически *actor*; второе представляетъ объясненія на требованія истца и называется *reus*. Слово отвѣтчикъ не слѣдуетъ смѣшивать со словомъ подсудимый, обвиняемый, названія, относящіяся только къ уголовному процессу. Гражданскій процессъ имѣетъ дѣло не съ лицомъ, а съ нарушеннымъ правомъ. Истецъ на судѣ предъявляетъ данныя, на которыхъ основываетъ свои требованія, а отвѣтчикъ можетъ во 1, признать требованіе истца причемъ дѣло само собою прекращается: *Confessus pro indicato habetur*; или во 2, совершенно отрицать искъ; тогда на истца возлагается обязанность доказать данныя, на которыхъ онъ основывается (*actori incumbit probatio*).

Но есть и еще способъ защиты, когда отвѣтчикъ, не отрицая фактовъ, на которыхъ истецъ основываетъ свои требованія, противопоставляетъ съ своей стороны другіе факты, могущіе парализовать или обезсилить данныя, приведенныя истцомъ. Такова и есть защита *per exceptionem* Gaj. IV § 116: *Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur*. Напримѣръ А учиняетъ искъ противъ В. В не отрицая требованія А, говоритъ, что искъ противъ В начать въ томъ судѣ, вѣдѣнію котораго онъ подлежитъ, а потому не считаетъ себя обязаннымъ отвѣтствовать на этомъ судѣ. Такой отвѣтъ будетъ *exceptio* процессуальнаго характера. Но оно можетъ быть и матеріальнаго. Напр., если В, не отрицая своей подписи на сдѣлкѣ, заключенной имъ съ А, доказываетъ, что она сдѣлана по принужденію. Названіе *exceptio* для обозначенія судебного выраженія имѣетъ историческое объясненіе. Судѣ (*iudex*) въ римскомъ классическомъ процессѣ, т.е. въ процессѣ *per formulas*, было выдаваемо предписаніе или инструкція со стороны сановника, завѣдывающаго судопроизводствомъ (*magistratus iuridicundo*), въ которомъ говорилось, что, если на судѣ окажется то-то и то-то, осуди отвѣтника (*si paret. condemnna*) если же нѣтъ, то освободи его (*si non paret...absolve*) см. Gaj. IV § 43. Обстоятельства же, приводимыя отвѣтчикомъ въ свое оправданіе, вставлялись въ формулу, какъ исключеніе изъ этой *condemnatio*, какъ *exceptio ex condemnatione*, чѣмъ и объясняется названіе такого рода защиты. См. IV книгу Инст. Гая §§ 116—130.

Обратимъ еще вниманіе на отдѣлъ *de interdictis*, о которыхъ Гай говоритъ такъ въ §§ 138—и 139: *Superest, ut de interdictis dispiciamus; Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam funiendis controversis interponit quod tum maxime facit cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; et in summa aut libet aliquid fieri, aut fieri prohibet.*

Подъ интердиктами надо понимать тѣ средства, къ которымъ прибѣгали преторъ или проконсулъ въ особенныхъ случаяхъ, въ которыхъ особенно (*principaliter*) проявлялъ свою власть для скорѣйшаго прекращенія дѣлъ. Напр. произошло нарушеніе владѣнія. Такъ какъ отъ этого происходятъ важныя послѣдствія, то для ихъ устраненія необходимо скорѣйшее рѣшеніе. Преторъ въ такихъ случаяхъ не давалъ мѣста обыкновенному процессу, а вступался въ процессъ непосредственнымъ повелѣніемъ или запрещеніемъ, обращаемымъ для прекра-

щенія спора. Если же стороны, не смотря на это повелѣніе претора, не подчинялись, то дѣло подвергалось обыкновенному процессуальному разсмотрѣнію, но съ большими денежными невыгодами для той стороны, которая оказывалась не правою и не подчинялась во время преторскому велѣнію.

Итакъ, мы видѣли, что 4-я книга Гая заключаетъ въ себѣ ученія: объ искахъ *de actionibus* съ § 1—§ 81, о судебномъ представительствѣ съ § 82, о возраженіяхъ *de exceptionibus* съ § 115 и объ interdиктахъ, *de interdictis* съ § 138.

Разсмотрѣвъ такимъ образомъ, систему Институцій Гая, мы видимъ, что учебникъ его—есть учебникъ частнаго или гражданскаго права, (*jus privatum*) которое изъ всѣхъ юридическихъ наукъ должно быть признано за чисто юридическую науку, не подвергающуюся тѣмъ различнымъ постороннимъ вліяніямъ, которымъ подвергаются другія, какъ напр., уголовное право, вследствие измѣненія взгляда на преступленіе и наказаніе. Поэтому-то Римляне полагали, что на 1-мъ курсѣ ихъ юридическихъ училищъ должно было быть изучаемо гражданское право и поэтому же Гай въ своемъ учебникѣ излагаетъ гражданское право и судопроизводство.

2. DOMITIUS ULPIANUS.

Ульпіанъ, подобно Гаю, принадлежитъ къ корифеямъ Римской юриспруденціи. Онъ жилъ въ концѣ II-го и началѣ III-го вѣка по Р.Х. (+ 212 г.). Отрывки изъ сочиненій его помѣщены въ Дигестахъ, гдѣ составляютъ самую видную часть. Ульпіанъ былъ однимъ изъ наиболее плодовитыхъ писателей: на одинъ преторскій эдиктъ онъ написалъ до 70 книгъ. Но изъ всѣхъ его сочиненій въ болѣе полномъ видѣ до насъ сохранилось только 29 главъ, изъ сочиненія: «*liber singularis regularum*» прежде эти отрывки назывались обыкновенно «*tituli undetriginta ex corpore Ulpiani*,» а теперь просто: «*Domitii Ulpiani fragmenta*.»

По своей системѣ, *fragmenta Ulpiani* имѣютъ большое сходство съ институціями Гая, по крайней мѣрѣ въ общихъ чертахъ. Такъ, Ульпіанъ, подобно Гаю, въ началѣ говоритъ: *de personis*, потомъ, *de rebus*; ученіе о наследствѣ излагаетъ, какъ извѣстный способъ приобрѣтенія имущества. Этимъ и оканчивается сохранившаяся часть его сочиненія. Излагалъ ли онъ ученіе объ обязательствахъ и о судопроизводствѣ—неизвѣстно, такъ какъ конецъ его сочиненія до насъ не дошелъ.

Ученія Ульпіана въ его фрагментахъ излагаются въ слѣдующемъ порядкѣ. Сперва говорится объ источникахъ права, выставляются различные виды законовъ, смотря по санкціи ихъ. Далѣе, указываются различные техническіе термины, употребляющіеся въ законодательной дѣятельности. Затѣмъ, съ 1-го по 19-й титулъ, излагается ученіе *de personis*. Но здѣсь онъ нѣсколько отличается отъ Гая тѣмъ, что допускаетъ вставки о такихъ институтахъ, которыхъ нѣтъ у Гая, потому что они новаго происхожденія. Ученіе *de personis*, у Ульпіана излагается тоже по тремъ основнымъ дѣленіямъ. Въ 1-мъ тит. онъ говоритъ о либертахъ, слѣдовательно, имѣетъ въ виду дѣленіе на рабовъ и свободныхъ. Въ 4-мъ тит.—*de his qui sui juris sunt*; говорится о подраздѣленіи свободныхъ, какъ и у Гая, на *homines sui juris* и *homines alieni juris*. Въ 11-мъ тит., подоб-

но Гаю, онъ указываетъ подраздѣленіе свободныхъ и независимыхъ лицъ, но вполнѣ самостоятельныхъ и стоящихъ подъ опекой и попечительствомъ. Отъ Гая, отличается тѣмъ, что тутъ же говорить *de dotibus*, о приданомъ, т.е. объ имущественныхъ отношеніяхъ между мужемъ и женою. Затѣмъ, къ ученію о лицахъ, Ульпіанъ присоединяетъ еще ученіе, основанное на одномъ изъ важнѣйшихъ законодательныхъ положеній императорскихъ временъ, такъ называемомъ «*Lex Julia et Papia Poppaea*,» (XIII до XVII). Съ 19-го тит. подъ заглавіемъ: *de dominiis et acquisitionibus rerum*, Ульпіанъ начинаетъ изложеніе ученія *de rebus* что соотвѣтствуетъ 2-ой книгѣ Гая. Въ 20-мъ тит. *de testamentis*, Ульпіанъ излагаетъ ученіе о наслѣдствѣ въ томъ же порядкѣ, какъ и Гай; отъ 20—25 *de hereditate* или *successione ex testamento*, а съ 26-го *de successione ab intestato* или *de legitimis heredibus*. Въ 29-мъ тит. мы имѣемъ весьма важное историческое указаніе объ имуществѣ либерта.

3. JULIUS PAULLUS.

Возлѣ Гая, столь же важнымъ юристомъ, какъ Ульпіанъ является современникъ Ульпіана, Юлій Павелъ *Julius Paullus*, одинъ изъ самыхъ плодovitыхъ Римскихъ ученыхъ. Кромѣ громаднаго количества фрагментовъ изъ его сочиненій въ Дигестахъ Юстиніана, отъ него сохранилось въ цѣлости одно очень извѣстное сочиненіе, въ которомъ излагаются мнѣнія юристовъ, безспорно принятыя, какъ бы аксіоматическія, *Receptae sententiae*. Сочиненіе это сохранившееся въ упомянутомъ выше Вестготскомъ сборникѣ: *lex Romana Visigothorum* или *Breviarium Alaricianum*, изложено по судопроизводственной системѣ, т.е. той системѣ, которая была проведена по судопроизводству преторомъ, имѣвшимъ весьма существенное вліяніе на развитіе гражданскаго права, вліяніе выразившееся въ эдиктѣ преторскомъ. При Императорѣ Адрианѣ было поручено юристу Сальвию Юліану свести всѣ эдикты въ одинъ сводъ, подвести ихъ подъ одну систему. Выработанная имъ система была примѣнена къ *Digesta* и *Codex Justinianus*. *Julius Paullus* также располагаетъ свое сочиненіе *Receptae sententiae* по этой судопроизводственной системѣ, въ которой можно подмѣтить слѣдующія части. На 1-мъ планѣ являются тѣ процессуальныя дѣйствія, которыя могутъ быть названы приготовительными: заявленіе исковъ, вызовъ отвѣтчиковъ, провѣрка полномочій и т.д. Поэтому эта глава и носитъ общее заглавіе: *de in jus vocando*. 2-я и 3-я части были посвящены разсмотрѣнію исковъ по отдѣлу вещныхъ правъ и по обязательствамъ—*de judiciis* и *de rebus creditis*. 4-я часть—о бѣ окончаніи процесса, т.е. о судебномъ рѣшеніи и его исполненіи—*de re indicata*. 5-я—*de interdictis*. 6-я—*de exceptionibus* и 7-я—*de praetoriis stipulationibus*.

Согласно этой системѣ преторскаго эдикта, Павелъ и разсматриваетъ въ своемъ сочиненіи важнѣйшія положенія римскаго права. I-я книга Павла соотвѣтствуетъ первой части эдикта и 2-й части *de judiciis*: такъ, напр. во II и III, титулахъ этой книги мы находимъ указанія о судебныхъ представителяхъ (*de cognitoribus et procuratoribus*); въ 17-мъ же тит. у Павла— *de servitutibus* мы находимъ ученіе, относящееся къ отдѣлу *de judiciis*. II-я книга Павла заключаетъ въ себѣ соотвѣтствіе той части преторскаго эдикта, въ кото-

рой говорится объ обязательствахъ по договорамъ—*de rebus creditis* и нѣкоторыя вставки изъ цивильныхъ ученій, именно: о бракѣ, приданомъ и объ опекахъ. Такъ напр. I-й тит. II-й книги—*de rebus creditis*. III-й тит. *de contractibus*, 17-й—*exempto et vendito*. 19-й тит.—*de nuptiis*; 21-й—*de dotibus*; 22-й — *de excusationibus tutorum*. Итакъ, во II-й книгѣ *Receptarum sententiarum* идетъ рѣчь объ обязательствахъ по договорамъ, о бракѣ, приданомъ и опекахъ.

III-я книга содержитъ одно ученіе, довольно подробное, именно: ученіе о завѣщаніяхъ—*de testamentis et legatis*. 4-й тит.—*de testamentis*, 6-й—*de legatis*.

IV-я книга содержитъ въ себѣ, главнымъ образомъ, ученіе о наслѣдованіи *ab intestato*, и именно: о наслѣдованіи по преторскому эдикту. Впослѣдствіи увидимъ, что преторскимъ эдиктомъ была введена цѣлая новая система наслѣдованія, называемая: *bonorum possessio*. *Bonorum possessio* и *bonorum possessor*, по преторскому эдикту, соответствовали *hereditas* и *heres—ex iure civili*; но въ основѣ объ системы чрезвычайно были различны. Въ IV-й же книгѣ *Recept. sentent.*...говорилось и объ отпущеніи рабовъ. См. титулы: 8-ой *intestatorum successio*, 12-й—*de manumissionibus*.

V-я книга заключала въ себѣ собственно преторскія средства—интердикты, и, затѣмъ, уголовное право—*iudicia publica*, такъ что она посвящена и гражданскому праву (интердикты), и уголовному. См. напр. титулы: 19-й *desacrilegis*, 20-й—*de incendiariis*. Эта же книга заключаетъ вопросъ объ апелляціи, т.е. перенесеніи рѣшенія дѣла изъ суда низшей инстанціи въ высшій для провѣрки рѣшенія; см. напр. 32-й тит.—*quando appellandum sit*. Такимъ образомъ, V-я книга, кромѣ гражданского, относится и къ уголовному праву.

4. Кромѣ указанныхъ болѣе или менѣе полныхъ сочиненій Гая, Ульпіана и Павла, до насъ дошли незначительные отрывки изъ другихъ сочиненій юристовъ; напр. *de iure fisci*—о правахъ казны. Наконецъ, мы имѣемъ нѣкоторыя компіляціи позднѣйшихъ временъ, составляныя изъ сочиненій римскихъ юристовъ. (*) а именно:

а) *Fragmenta Vaticana*—названные такъ по мѣсту находенія— Ватиканская бібліотека—кардиналомъ *Angelo Mai*. Они содержатъ много отрывковъ изъ сочиненій римскихъ юристовъ: Ульпіана, Павла, Модестина и др. Написаны съ практической цѣлью, приблизительно около 426—438 г.г. 7 титуловъ этихъ отрывковъ сохранились до нашего времени и приведены въ упомянутомъ сочиненіи *Huschke*.

б) *Lex Dei seu incerti scriptoris mosaicarum et romanarum legum collatio*. Эти компіляціи относятся, вѣроятно, къ половинѣ V-го вѣка по Р.Хр. (не позже 438 г.—изданія *Θεοδοсіева кодекса*) и содержатъ въ себѣ сопоставленія свѣтскаго законодательства съ божественнымъ. За образецъ духовнаго закона взято Пятикнижіе Моисея, въ которомъ находится Божественное откровеніе, а за образецъ свѣтскаго—сочиненія римскихъ юристовъ императорскія постановленія. *Lex Dei* даетъ довольно важныя указанія относительно источниковъ права. Приводится эта компіляція обыкновенно подъ названіемъ *Col-*

(*) Все это напечатано у *Huschke: Iuri prudentia ante iustiniana*.

latio.

с) Consultatio sive consultationes veteris cuiusdam iurii consulti— содержит въ себѣ практическіе совѣты для разрѣшенія различныхъ юридическихъ вопросовъ, для чего приводятся отрывки изъ сочиненій римскихъ юристовъ. Но этихъ отрывковъ значительно меньше, чѣмъ во всѣхъ вышеуказанныхъ сборникахъ.

III. ЛИТЕРАТУРА ПО ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА.

1. СОСТОЯНІЕ ИСТОРИИ ПРАВА У РИМЛЯНЪ. Если обратимъ вниманіе на литературу или научную обработку исторіи римскаго права, то замѣтимъ, что до насъ не сохранилось отъ Римскихъ писателей ни одного сочиненія, представляющаго связную, цѣлостную исторію Римскаго права. Римляне были по преимуществу, народъ практической, и потому ихъ наслѣдованія имѣли болѣе практической характеръ. Элементъ практической преобладалъ даже въ учебникахъ, хотя тамъ встрѣчались и историческія указанія. Напр., Гай въ своихъ институціяхъ даетъ нѣкоторыя историческія свѣдѣнія, напр., объ actiones объ ихъ возникновеніи и постоянномъ видоизмѣненіи, но цѣлостной исторіи нѣтъ. Во 2-мъ титулѣ 1-ой книги Дигестъ озаглавленномъ *de origine iuris* приведены 2 отрывка, изъ которыхъ можно видѣть сознаніе Римскими юристами необходимости рического изученія. Первый отрывокъ принадлежитъ Гаю и взятъ изъ его комментарія къ Зак. XII таблицъ, а второй—юристу Помпонію.

Gaius lib. 1 ad legem XII tabularum Facturus legum vetustarum interpretationem necessarioprius ab urbis initiis repetendum existimavi non quia velim verbosos commentarios facere sed quod in omnibus animadverto id perfectum esse quod ex omnibus suis partibus constaret. Et certe cuiusque rei potissima pars principium est.

Намъ реваясь сдѣлать объясненіе древнѣйшихъ законовъ, мнѣ представилось необходимымъ исходить отъ начала города; не потому, чтобы я хотѣлъ написать многословные томы, но потому, что я замѣчаю, что во всѣхъ дѣлахъ представляется совершеннымъ то, что слагается изъ всѣхъ частей, и, безъ сомнѣнія, важнѣйшая часть всякаго дѣла есть его начало. Въ концѣ Гай продолжаетъ, что если мы изложимъ дѣло такимъ историческимъ образомъ, то оно намъ представится гораздо полнѣе и лучше для пониманія. Но если прослѣдить Римскую литературу, то найдемъ въ ней только одинъ связный историческій очеркъ, который начинается съ основанія Рима и доходитъ до времени автора—Помпонія. Юристъ Sextus Pomponius въ своемъ *Liber singularis enchiridii* (enchiridium учебникъ) представилъ очеркъ внѣшней исторіи римскаго права, и къ счастію этотъ очеркъ былъ помѣщенъ составителями Дигестъ Имп. Юстиніана въ этомъ сборникѣ, чрезъ который и сохранился до нашихъ временъ. Онъ именно и составляетъ 2-ой фрагментъ 1-ой книги 2-го титула Диг. Юстин., титула, озаглавленнаго: *de origine iuris*.

Въ этомъ очеркѣ доведенномъ до временъ Императора Адриана, Помпоній излагаетъ исторію развитія государственнаго устройства и исторію источниковъ права.

Какъ примѣръ вопроса, извѣстнаго намъ, главнымъ образомъ изъ Помпонія,

укажемъ на такъ называем. *jus respondendi*, даруемое императорами извѣстными юристамъ (см. § 49), а равно указанія о школахъ или сектахъ юристовъ, появившихся во времена императора Августа и носившихъ названіе школы Прокулеанской— *Proculiani* и Сабинской *Sabiniani*.

Переходя затѣмъ къ научной обработкѣ исторіи Римскаго права у другихъ, позднѣйшихъ народовъ, мы, замѣчаемъ, что исторія Римскаго права находилась въ полномъ пренебреженіи до самаго 16-го вѣка, до эпохи возрожденія наукъ вообще. (*)

2. ОБРАБОТКА РИМСКАГО ПРАВА ПОСЛѢ ПАДЕНІЯ ЗАПАДНОЙ РИМСКОЙ ИМПЕРІИ.

а) Начало догматической обработки.

Если обработка Римскаго права учеными западной Европы и началась ранѣе упомянутого времени, а именно въ 1100 году, когда преподаватель Болонскаго Университета Ирнерій началъ объяснять сборники Юстиніана, съ которыми случайно познакомился (см. *Savigny gesch. d. R. R. im Mittelalter IV, p. 9*), однако обработка имѣла характеръ чисто догматическій, и именно экзегетическій, (т.е. состоявшій въ объясненіи и толкованіи отдѣльныхъ правовыхъ положеній Юстиніанова Законодательства). Объясненія или замѣчанія Ирнерія и его послѣдователей называются *glossae*, а отсюда сами преподаватели, примѣнившіе этотъ способъ разработки права *glossatores*. За Ирнеріемъ въ Болоньи преподавали т. назыв. *quattuor doctores* (**) 1) *Bulgarus* (ум. въ 1160 г.) 2) *Martinus* (ум. въ 1166 г.); 3) *Jacobus* (ум. въ 1178 г.); 4) *Hugo* (ум. въ 1168 г.). Кромѣ нихъ назовемъ еще одного глоссатора *Accursius's'a* (ум. около 1260 г.). Онъ собралъ глоссы въ одно цѣлое, и эта компиляція его извѣстна подъ названіемъ *glossa ordinaria*.

Но эта разработка права, какъ было сказано выше была чисто догматическая, равно какъ и послѣдующія работы такъ называемыхъ комментаторовъ (***)

б) Историческое направленіе.

Только въ XVI столѣтіи, во время «возрожденія наукъ и искусствъ» ученые обратились къ научной исторической разработкѣ Римскаго права, стали издавать источники, намѣтили историческіе моменты. Къ основателямъ и вождямъ этого новаго направленія принадлежатъ Цазій (*Ulrich Zasius*) 1461—1535, но, главнымъ образомъ, историческое направленіе развилось во Франціи, почему и говорятъ о Французской исторической школѣ. Самый извѣстный французскій юристъ этого направленія былъ знаменитый ученый *Jacobus Cuiacius* (*Jacques Cuias*), жившій во второй половинѣ XVI столѣтія, именно отъ 1522 до 1590 г. Послѣ не-

(*) См. о литературѣ Римскаго права: *Windscheid Lehrbuch des Pandectenrechts* 11. 4 изд. 1875 г. § 7 послѣд; въ исторической обработкѣ § 9.

(**) См. *Sav.* 1. с. § 26.

(***) См. *Windscheid* 1. с. § 7.

го это направлѣніе науки распространилось во Франціи, Голландіи въ особенности, и также въ Швейцаріи.

Изъ ученыхъ этого догматико—историческаго направлѣнія упомянемъ пока только швейцарскаго ученаго первой половины XVII столѣтія, Якобуса Готофреда (Jacobus Gotofredus Jacques Godefroy) 1587—1625. Онъ представляется весьма важнымъ изслѣдователемъ Римскаго права съ исторической точки зрѣнія. Его творенія—слѣдующія: Manuale iuris или подобіе по Римскому праву, состоящее изъ четырехъ частей: I. Historia т.е. внѣшняя исторія Римскаго права. II. Bibliotheca i.e. iuris reliquae. III. Florilegium Sententiarum ex Corpore Iustiniiano desumptarum. IV. Series Librorum et Titulorum in Institutionibus, Digestis et Codice.

Особенно замѣчательны труды Готофреда по возстановленію важнѣйшихъ источниковъ Римскаго права. Такъ напр. весьма извѣстна его попытка возстановленія текста и системы законовъ XII таблицъ. Это была первая разумная попытка въ такомъ родѣ. Труды Готофреда по этой части были изданы уже послѣ его смерти въ 1653 г. подъ заглавіемъ: Quattuor fontes iuris civilis. Четыре источника гражданскаго права. Какъ важнѣйшіе источники Римскаго права, здѣсь выставляются слѣдующіе четыре:

a) Leges XII tabularum, какъ основаніе всего квинтскаго или историческаго права, ius civile. Какъ сказано выше, Готофредъ заботился не безъ успѣха о возстановленіи текста этихъ законовъ, ихъ системы, и его текстъ и система признаются до сей поры почти всеми юристами.

b) Jus honorarium seu edicta magistratuum, право, выработанное судебными магистратами или сановниками т.е. представителями судебной власти. Въ Римѣ преторъ, вступая въ должность, объявлялъ (edicere) тѣ юридическія начала, которыми онъ намѣренъ руководствоваться во все продолженіе своей дѣятельности, именно одинъ годъ. Ср. Pomponi fragm. 2. § 10 Dig. de O. J. 1. 2. . . magistratus iura reddebant et, ut scirent cives, quod ius de quoque re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant.

Такия объявленія назывались «edicta» Преторскій эдиктъ имѣлъ громадное значеніе, въ отношеніи къ развитію гражданскаго частнаго права, въ послѣднія столѣтія времени республиканскихъ и во времена императорскія до Адриана. Вліяніе претора простиралось до того, что онъ самъ могъ давать искъ, iudicium dabo, въ случаяхъ, не указанныхъ закономъ и тѣмъ вводить новыя права. Такимъ образомъ, преторъ имѣлъ въ извѣстной степени ограниченную законодательную власть. Вслѣдствіе сего, мы видимъ напр. какъ выше было упомянуто, что преторы выработали цѣлую новую систему наслѣдованія, возлѣ системы, основанной на законахъ 12-ти таблицъ. Въ Римскомъ классическомъ правѣ существуютъ двѣ системы: 1) hereditas, наслѣдованіе ex iure civili, на основаніи законовъ XII таблицъ и 2) honorum possessio, т.е. наслѣдованіе ex edicto praetorio. Положеній, высказанныхъ въ своихъ эдиктахъ магистраты должны были придерживаться на основаніи lex Cornelia, 687 д. а. н. с., который гласилъ такъ: ut magistratus ex edictis suis perpetuis ius dicerent» Всѣ эдикты были собраны и приведены въ систему при императорѣ Адрианѣ, знаменитымъ юристомъ Сальвіемъ Юліаномъ (Salvius Julianus).

Вліяніе преторовъ на гражданское право было тѣмъ сильнѣе, что народныя собранія (*comitia*) почти не вмѣшивались въ дѣло развитія частнаго права, *jus privatum*. Преторскій эдиктъ, какъ источникъ римскаго права, главнымъ образомъ содѣйствовалъ проведенію началъ *aequitatis* выражавшихся въ *ius gentium*, въ противоположность *ius civile*.

c) Libri tres Juris civilis Massurii Sabini, твореніе главы Сабиніанской школы, Массурія Сабина, жившаго во времена Тиверія. Оно важно въ томъ отношеніи, что заканчиваетъ обработку *ius civilis romani*.

d) Lex Julia et Papia Poppaea. Этотъ знаменитый законъ изданный при Августѣ, въ 763 г. *ab urbe condita* направленъ былъ противъ возросшей до громаднхъ размѣровъ распущенности нравовъ; въ немъ проявляется стараніе разными выгодами и льготами предоставленными супругамъ и невыгодами холостыхъ, поощрить, вступленіе въ бракъ. Lex Julia et Papia Poppaea состоитъ изъ двухъ частей: 1) pars nuptialis, въ которой опредѣляются условія брака и выгоды брачнаго отношенія. 2) pars caducaria, въ которой содержатся опредѣленія относительно тѣхъ имуществъ, которые не получаютъ по наслѣдству, за безбрачіе наслѣдника, bona caduca. Этотъ законъ сдѣлался основаніемъ всего законодательства послѣдующихъ временъ по этимъ вопросамъ и былъ отмѣненъ только Юстиніаномъ. См. *Cod. Just. tit. de caducis tollendis VI. 51.*

Наконецъ сочиненіе Готфреда, имѣющее особенно важное значеніе для церковнаго права; это его знаменитый комментарий къ кодексу Феодосія II, *Codex Theodosianus 439.*

Историческое направленіе, получившее начало отъ Куяція во Франціи, распространилось, какъ было сказано выше, въ Голландіи и Швейцаріи и т. д. Въ XVII стол. во всѣхъ этихъ странахъ вводится преподаваніе исторіи Римскаго права. Въ Германіи впервые начинается это преподаваніе со времени Хр. Томазія (1650 — 1728); вслѣдствіе этого появляется много учебниковъ по исторіи римскаго права, (*) но самая разработка права въ Германіи имѣла болѣе догматическій, практический характеръ, такъ какъ римское право имѣло значеніе положительнаго законодательства въ Германіи.

Въ XVIII вѣкѣ историческое направленіе сильно ослабѣло, ибо этотъ вѣкъ былъ мало удобенъ для историческихъ изслѣдованій. Известно, что въ этомъ вѣкѣ господствующимъ элементомъ является философскій, что отразилось и на работкѣ права въ томъ, что преобладающимъ предметомъ изслѣдованія стало такъ называемое естественное право, причемъ систему права старались установить *a priori*, по общимъ философскимъ соображеніямъ. Конечно, при такомъ направленіи не было мѣста историческому праву, которое, по выраженію Мефистофеля въ «Фаустѣ» Гете, «переходитъ какъ вѣчная болѣзнь изъ поколѣнія въ поколѣніе».

Если однако школа естественнаго права отгѣснила на задній планъ историческія изысканія, то она все таки принесла свою долю хорошаго для научной работы права, главнымъ образомъ, въ отношеніи къ систематизаціи права.

(*) См. Неволіна Энциклопедія законовѣденія, въ полномъ собраніи его сочиненій изд. 1875 г. томъ II, § 779.

НОВАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ ШКОЛА.

Только подь конецъ XVIII столѣтія въ Германіи появилась реакція противъ школы естественнаго права въ новой исторической школѣ, которая выставила то положеніе, что всякое истинно научное изслѣдованіе права должно основываться на историческомъ объясненіи его институтовъ, ибо право подобно напр. языку, есть произведеніе исторической жизни народа, а не какое нибудь абстрактное понятіе. Первымъ изъ такихъ изслѣдователей явился профессоръ Геттингенскаго Университета Густавъ Гуго (1764—1844), котораго обыкновенно называютъ отцемъ исторической школы, болѣе глубоко понимавшей историческія задачи чѣмъ школа Куяція. (*)

Историческое направленіе Гуго проводилъ во всѣхъ своихъ сочиненіяхъ. Онъ между прочимъ, написалъ учебникъ Исторіи Римскаго права, 11-ое изд. 1832 г. который начинается слѣдующими словами: «Половина всего того, что при изученіи права представляется научнымъ и ученымъ, заключается въ исторіи. Съ целью же распространенія историческихъ познаній онъ позаботился объ изданіи источниковъ права до Юстиниановыхъ временъ. *Jus civile antejustinianum, a societate iuris-consultorum cursum Praefatus G. Hugo Berol. 18155*

Положеніе, выставленныя Гуго, главнымъ образомъ, были потомъ развиты его знаменитымъ послѣдователемъ Фридрихомъ Карломъ фонъ Савиньи (1779—1861). Если Гуго далъ первый толчекъ, то историческая школа окончательное свое направленіе получила отъ Савиньи. Еще въ 1803 году онъ издалъ сочиненіе, которое могло послужить образцомъ для разработки Римскаго права. Это по истинѣ классическое сочиненіе «О правѣ владѣнія» *Das Recht des Besitzes* 7-е изд. 1865 г. послѣ смерти Савиньи, сдѣланное Рудорфомъ; написано въ духѣ историческаго направленія.

Когда другой извѣстный ученый Тибо, профессоръ Гейдельбергскаго университета, увлекшись національнымъ движеніемъ, возникшимъ послѣ освобожденія Германіи отъ ига Наполеона, поднять вопросъ о томъ, не наступило ли теперь время для Германіи избавиться и отъ ига чужаго, права т. е. римскаго права, составленіемъ общаго германскаго гражданскаго кодекса, то противъ этого выступилъ Савиньи въ своей знаменитой брошюрѣ; *Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* въ 1814 г. (новѣйшее изд. въ 1840 г.), «О призваніи нашего времени къ законодательству и наукѣ права,» стараясь доказать, что изданіе подобнаго кодекса было бы несвоевременно, на томъ основаніи, что нѣтъ достаточной подготовки для такой работы.

Савиньи руководился тѣмъ, что всякое право, подобно всѣмъ другимъ жизненнымъ явленіямъ народа, есть продуктъ всей народной жизни, вслѣдствіе чего, задаваясь желаніемъ изданія кодекса, нельзя отрывать народъ отъ исторіи и давать ему въ руководство какой нибудь кодексъ, основанный на однихъ только а priori установленныхъ философскимъ путемъ добытыхъ положеніяхъ. Но такъ какъ въ наше время дѣйствовало въ Германіи римское право, которое перешло въ плоть и кровь германскаго, народа, т. е. считается основаніемъ германскаго праваго быта, то слѣдуетъ прежде изданія какого бы то ни бы-

(*) См. Windscheid 1. c. § 9.

ло кодекса обратиться къ историческому изслѣдованію римскаго права. Затѣмъ, когда исторически достаточно, будетъ изслѣдовано право, когда будутъ провѣрены самыя начала римскаго права, тогда можно будетъ думать о созданіи собственнаго кодекса. Затѣмъ въ 1840 году Савиньи снова формулировалъ эти мысли въ другомъ своемъ сочиненіи *System des heutigen Römischen Rechts* система современнаго римскаго права въ 8 томахъ. Высказанные Савиньи взгляды объ историческомъ изслѣдованіи права такъ сильно повліяли на европейскихъ ученыхъ, что, начиная съ этого времени во всѣхъ странахъ Европы—въ Германіи, Франціи, Бельгіи, Голландіи, Россіи и др. всѣ лучшіе юристы придерживаются историческаго направленія, и изслѣдуютъ предварительно историческую почву, съ тѣмъ чтобы уже на основаніи историческихъ данныхъ создавать новыя теории. Изъ замѣчательнѣйшихъ послѣдователей Савиньи назовемъ Пухту (1788—1846) (*).

И такъ, выводъ изъ всего вышесказаннаго слѣдующій; историческое направленіе въ наукѣ права зародилось въ XVI столѣтіи, утвердилось въ XVII; въ XVIII столѣтіи ослабло, однако къ концу XVIII столѣтія возрождено Густавомъ Гуго и съ его времени процвѣтаетъ теперь до нынѣшнихъ временъ.

Въ настоящее же время въ самой исторической школѣ проявляются различныя направленія и развѣтвленія; изъ нихъ должно замѣтить 1) историко-антикварное; ученые этого направленія занимаются изученіемъ, отысканіемъ, возстановленіемъ древнихъ памятниковъ и такимъ образомъ приготавливаютъ историческій матеріалъ. Къ ученымъ этого направленія принадлежали въ Германіи, напр., Генель (Haenel), Рудорфъ, Дирксенъ, теперь еще Гуске; 2) историко-философское (напр. Эсмархъ), наконецъ, 3) самое новѣйшее, имѣющее представителемъ знаменитаго современнаго юриста Геринга, историко-философское. Свои идеи Герингъ проводитъ въ своемъ гениальномъ сочиненіи: «Духъ римскаго права на различныхъ ступеняхъ его развитія, *Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.*» Во введеніи (§1) къ своему сочиненію Герингъ говоритъ, что если исходить изъ положенія Савиньи, что право есть достояніе исключительно національности, тогда намъ слѣдуетъ, бросивъ римское право, изгнать его изъ своей страны и обратиться къ своимъ отечественнымъ обычаямъ.

«Черезъ двери національности римское право никогда не войдетъ въ науку.» Но трудно замѣтить, что право не есть исключительное достояніе національности. Право всегда отличается, также въ томъ видѣ, какъ оно является въ римскомъ законодательствѣ, своею универсальностію. Подобно тому, какъ всѣ дѣйствія человѣческаго духа заимствуются однимъ человѣкомъ у другаго, такого же рода отношенія бываютъ и между народами. Было бы странно, если бы мы предположили, что каждый народъ самъ долженъ доходить до извѣстныхъ понятій, которыя уже давно выработаны другими. Если бы мы при занятіи философіей, не обращали вниманія на тѣ идеи, которыя

(*) О главныхъ представителяхъ исторической школы (Гуго, Эйхгорнъ, Савиньи) а равно и такъ называемой философской всемірно-исторической школѣ (Фейорбахъ, Тибо, Гансъ) см. Неволина Энциклопедія § 961 и слѣдующ.

давнымъ давно въработаны греческими философами, то мы, быть можетъ, дошли бы до нихъ лишь чрезъ нѣсколько толбтій.

То же самое мы должны сказать относительно всякой науки и искусства. Все вышеизложенное прилагается вполне и къ праву. Странно было бы конструировать то, что давно уже сдѣлано. Но, конечно, нельзя согласиться съ тѣмъ, чтобы римское право оставалось дѣйствующимъ въ томъ видѣ, въ какомъ оно находится, напр., въ Юстиниановомъ кодексѣ и другихъ. Оно содержитъ много чисто національных особенностей, которыя не должны у насъ имѣть мѣста. Поэтому прежде, чѣмъ устранить римское право изъ современныхъ кодексовъ, какъ того требуетъ идея національности въ правѣ, Герингъ совѣтуетъ рассмотреть, что въ этомъ правѣ есть такого, безъ чего можно обойтись и что непременно изъ этого права должно быть нами принято. Поэтому Герингъ предлагаетъ историко-философскую критику этого права. Вотъ что говоритъ онъ во введеніи въ § I о цѣляхъ своего труда: «Оно (сочиненіе) намѣрено представить критику римскаго права, но не критику те-першняго римскаго права съ точки зрѣнія законодательной политики, а историко-философскую критику, т. е. такую, которая будетъ сопутствовать римскому праву на всемъ его пути отъ начала до конца, и не для того только, чтобы удовлетвориться внѣшнимъ историческимъ фактомъ, какъ обыкновенно это дѣлаетъ исторія римскаго права, а для того, чтобы изслѣдовать внутреннюю работу историческаго образования, скрытыя пружины, конечныя причины, духовную связь общаго развитія права. Только этимъ путемъ возможно будетъ достигнуть настоящаго сужденія о римскомъ правѣ, отличить въ немъ переходящее и чисто римское отъ вѣчнаго и всеобщаго, только такимъ путемъ, наконецъ, можетъ быть удовлетворительно разрѣшенъ вопросъ о достоинствѣ римскаго права, на которомъ окончательно основывается его усвоеніе и значеніе, которое оно получило для насъ и которое будетъ имѣть и впредь...»

Для окончательнаго критическаго расчета съ римскимъ правомъ, по мнѣнію Геринга, должно рассмотреть это право съ трехъ точекъ зрѣнія: 1) спеціально-исторической, универсально-исторической и законодательной. Первая точка зрѣнія является абсолютной, а двѣ послѣднія—относительными.

а) Со спеціально-исторической точки зрѣнія должно рассмотреть римское право само по себѣ, безъ отношенія къ другимъ правамъ, т. е., мы должны вникнуть въ тѣ основныя начала, по которымъ развивалось римское право, разъясняя себѣ видоизмѣненіе этихъ началъ на различныхъ ступеняхъ развитія права, и тѣмъ добраться до пониманія его сущности.

б) Послѣ такой работы должно рассмотреть римское право съ универсально-исторической точки зрѣнія, т. е., должно рассмотреть, въ какомъ отношеніи начала римскаго права стоятъ къ предшествующему и послѣдующему времени, т. е., въ чемъ представляется прогрессъ, развитіе, внесенное римскимъ правомъ во всеобщую исторію права, и какое вліяніе имѣло римское право на новый міръ?

Наконецъ, в) когда будетъ проведено сравнительное рассмотрѣніе римскаго права съ другими правами, тогда должно изучать его съ точки зрѣнія

законодательной, а именно: какое значеніе имѣютъ положенія римскаго права для потребностей новѣйшаго времени.

Только по разсмотрѣніи римскаго права съ этихъ трехъ точекъ зрѣнія получается возможность окончательно рѣшить вопросъ о значеніи римскаго права для нашего времени. Громадный трудъ, предполагаемый при обработкѣ римскаго права съ указанныхъ 3-хъ точекъ зрѣнія, конечно, не по силамъ одному лицу, въ особенности, если принять во вниманіе, что, не смотря на множество сочиненій по исторіи римскаго права со спеціально исторической точки зрѣнія, почва не была подготовлена для такого изслѣдованія, и Герингъ первый самъ долженъ былъ сдѣлать опытъ въ этомъ направленіи. Поэтому и Герингъ, начавшій изданіе своего сочиненія съ 1852 года, въ вышедшихъ до сихъ поръ трехъ томахъ далеко не окончилъ даже первой части изслѣдованія, именно разсмотрѣніе римскаго права со спеціально исторической точки зрѣнія. При этомъ разсмотрѣніи именно онъ различаетъ три системы, согласно которымъ развилось право, и которыя будутъ ниже подробно изложены. Въ вышедшихъ до сихъ поръ томахъ онъ еще не окончилъ второй системы.

Выше уже было замѣчено, что трудъ Геринга можетъ считаться однимъ изъ самыхъ выдающихся сочиненій по римскому праву и, въ особенности, по исторіи онаго. Изслѣдованіе и выставленіе основныхъ принциповъ, лежавшихъ въ основаніи римскаго юридическаго быта (см. напр., въ I томѣ какъ таковыя принципы): 1) принципъ субъективной воли, какъ первоисточникъ римскаго права, § 10 и т. д.; 2) принципы семейнаго и военнаго устройства, какъ исходныя точки государственнаго порядка § 13 и слѣд. и 3) религиозный принципъ и его вліяніе на право и государство, воспроизведеніе до историческаго юридическаго быта при помощи этимологіи и выводовъ о первоначальномъ состояніи изъ послѣдующихъ временъ, объясненіе того, въ чемъ заключается значеніе юриспруденціи, какъ науки, объясненіе юридической техники (см. т. II: теорія юридической техники § 38 и слѣд.) и т. д. Все это свидѣтельствуетъ о томъ, что Герингъ долженъ считаться однимъ изъ гениальныхъ юристовъ, открывшимъ въ своемъ сочиненіи совершенно новый взглядъ на право и на изслѣдованіе онаго. Но, не смотря на всѣ высокія достоинства сочиненія Геринга, оно не можетъ служить учебникомъ для изученія собственно исторіи римскаго права, но можетъ быть читаемо съ пользою только тѣмъ, кому матеріаль, изъ котораго Герингъ дѣлаетъ свои выводы, хорошо знакомъ. Иначе изученіе исторіи римскаго права будетъ верховодствомъ, усвоеніемъ готовыхъ общихъ выводовъ, не дающимъ серьезныхъ знаній. Самъ Герингъ говоритъ, что, подобно тому, какъ изученіе философіи исторіи, не можетъ замѣнить собою изученіе исторіи, такъ изучать исторію римскаго права также нельзя по его сочиненію, какъ философскому изслѣдованію исторіи римскаго права. Но ести сочиненіе Геринга и не можетъ замѣнить собою собственно учебника по исторіи римскаго права, однако оно должно служить важнымъ пособіемъ для дополненія учебника; поэтому и въ настоящемъ курсѣ не однократно будетъ указываемо на извѣстные §§ «Духа римскаго права», которые должны быть изучаемы въ видѣ дополненія къ извѣстному изложе-

нію. Здѣсь уже указано на §§ 1—6 и на § 20 первого тома, которые должны быть изучаемы по поводу излагаемого нами «введенія».

с) ЛИТЕРАТУРНЫЯ ПОСОБІЯ. Что касается отдѣльныхъ учебниковъ, могущихъ служить пособіемъ при изученіи исторіи римскаго права, то перечень ихъ находится въ § 10 сочиненія Сокольскаго, (*) который однако не говоритъ вовсе о русскихъ сочиненіяхъ. Перечень послѣднихъ можно найти въ «Курсѣ общаго гражданскаго права» Мальшева стр. 21, прим. 1) Къ нимъ прибавимъ еще очеркъ исторіи римскаго права въ Энциклопедіи Неволина; полное собр. сочиненій т. II: 776—919.

IV. ДѢЛЕНІЕ ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА НА ПЕРІОДЫ.

Для большаго удобства при изученіи исторіи обзоръ историческихъ явленій дѣлается по извѣстнымъ отдѣламъ времени соотвѣтствен. началамъ, отличающимъ эти отдѣлы другъ отъ друга. Отдѣлы эти обыкновенно называются періодами. Границами этихъ періодовъ является почти во всѣхъ сочиненіяхъ особенно важныя событія, которыя оказываютъ свое вліяніе на всѣ стороны быта народа въ послѣдующее время. Но дѣленіе на періоды при изложеніи исторіи не всегда бываетъ одинаково удобно; такъ, напр., изложеніе внѣшней исторіи права по періодамъ не представляетъ затрудненій; но внутренняя исторія неудобна по своему содержанію для подобнаго изложенія и для подведенія подъ одни и тѣ же періоды съ внѣшней исторіей. Доказательство этого мы находимъ, напр., въ сочиненіи Пухты «Institutiones», (***) въ первомъ томѣ онъ излагаетъ внѣшнюю исторію римскаго права и раздѣляетъ ее на 4-ре періода: 1) Первый —отъ основанія Рима до перваго выхода плебеевъ на священную гору; 2) до временъ императора Августа; 3) до императора Діоклетіана Великаго и 4) отъ Константина Великаго до Юстиніана (включительно).

Въ первой части II-го тома Пухта излагаетъ исторію гражданскаго процесса, тутъ онъ еще удерживаетъ прежнюю періодизацію, но только по видимому, такъ какъ онъ приводитъ не 4 главы, какъ можно было бы ожидать согласно 4-мъ періодамъ, а всего двѣ главы, именно: I) Исторія гражданскаго процесса въ 3 первые періода и II) Исторія гражданскаго процесса въ 4-мъ періодѣ.

Въ дальнѣйшемъ же изложеніи внутренней исторіи римскаго частнаго права онъ уже не придерживается періодовъ, но излагаетъ историческій матеріалъ, группируя его по ученіямъ. Пухта, такимъ образомъ, не спускается въ научное объясненіе неудобства періодизаціи при изложеніи внутренней ис-

(*) См. главнымъ образомъ: Puchta, *Cursus der Institutionen* 7-ое изд. 1871; Kuntze *Cursus der römisch. Rechts* 2 т.: второе изданіе I-го т. Ortolan и Demangeat; также Padeletti *Lehrbuch der Roemischen Rechtsgeschichte* переводъ съ итальянскаго проф. Гольцендорфа. 1879?

(**) При его жизни вышло въ свѣтъ 2 тома, послѣ же смерти автора еще томъ, изданный преемникомъ его по кафедрѣ Рудорфомъ.

торіи, на дѣлѣ отвергъ ее. Причины же этого неудобства выставлены Герингомъ. См. Geist des Rom R. 1, § 5. Онъ говоритъ, что дѣленіе исторіи римскаго права на періоды представляется невозможнымъ, потому что развитіе права совершается такъ медленно, такъ незамѣтно вырабатывается юридическія понятія, что нѣтъ возможности въ исторіи права установить какую либо эпоху, которая была бы гранью, способною опредѣлить, когда исчезло одно юридическое понятіе и явилось другое, болѣе новое. Юридическія понятія въ своемъ развитіи очень сходны съ развитіемъ религіозныхъ вѣрованій, нравственныхъ понятій и въ особенности языка. Нельзя сказать, что въ такой-то годъ языкъ получилъ такую то форму, а прежде имѣлъ иную, можно указать только, что съ такого то времени замѣтно измѣненіе въ языкѣ и въ данную эпоху оно уже установилось. Точно также постепенно развивается и право. Оно видоизмѣняется постепенно, такъ что извѣстныя начала въ теченіи цѣлыхъ вѣковъ развиваются и получаютъ окончательную форму. Правда, иногда законодатель, однимъ своимъ актомъ уничтожаетъ на всегда извѣстное положеніе вещей напр. отмѣна Юстиніаномъ различія между *res mancipi* и *res mancipi* (Cod. Just. T. 3 1 между) *cives latini* и *peregrini* (Cod. Just. T. 5 и 6). Въ данномъ случаѣ можно дѣйствительно замѣтить введеніе новыхъ началъ. Но это обстоятельство не измѣняетъ существа дѣла и на одномъ этомъ основаніи еще нельзя сказать, что со времени этого законодательнаго акта начался новый періодъ. Дѣло въ томъ, что всякій законъ есть ни то иное какъ фиксированіе тѣхъ юридическихъ убѣжденій, которыя уже существуютъ въ обществѣ; законодатель только подмѣчаетъ ихъ и облачаетъ въ законодательную форму, а въ дѣйствительности они существовали уже прежде и ихъ возникновеніа указать нельзя. На основаніи всего выше изложеннаго, по мнѣнію Геринга, и нельзя дѣлить исторію римскаго права на періоды, но должно принять тотъ способъ изложенія, какой практикуется въ языковеднн—системы.

«Мы различаемъ (*) говорить онъ, въ исторіи римскаго права три системы. Вторая изъ нихъ, процвѣтаніе которой совпадаетъ съ процвѣтаніемъ республики, есть по преимуществу римская, заключаетъ въ себѣ кульминаціонный пунктъ римской національности въ правѣ. Двѣ другія системы и представляютъ намъ конечные пункты, которыми соединяется это право съ вѣтъ римской исторіей; именно первая соединяетъ его съ исторіей до Рима, а третья — съ исторіей послѣ Рима. Первая представляетъ намъ первоначальный оборотный капиталъ, который Римъ получилъ отъ исторіи на дорогу, третья — суду съ богатыми процентами, которую Римъ находитъ уже готовой, это было какъ бы наслѣдіе, завѣщанное отъ предковъ великаго народа. Первоначальное образованіе этой системы было дѣломъ тѣхъ эпохъ, когда всѣ индогерманскіе народы находились въ періодѣ первоначальной общности. 2) Вторая система, въ которой видно блестящее дарованіе римскаго народа къ культурѣ права, представляетъ намъ картину уничтоженія состоянія неопредѣленности, состоянія соединенія внутреннихъ противоположностей: право и религія, государство и индивидъ обособляются, отдѣляются другъ отъ друга. Здѣсь выраба-

(*) Духъ римскаго права. изд. III Стр. 69. § VI.

тывается тотъ величественно гениальный по своей простотѣ и неумолимо послѣдовательный законъ, результаты котораго неопровержимы, если разъ онъ приведенъ въ движеніе, законъ, про который говорилось: «*Summum jus summa injuria*. Это то право, которое было рассчитано на римлянъ древняго времени. Но наступило другое поколѣніе, другое настроеніе умовъ «римская сила» уменьшается до размѣра обыкновенной человѣческой, и право приваравливается къ этому явленію; оно все болѣе и болѣе покидаетъ свой строго римскій характеръ и принимаетъ характеръ всеобщій космополитичный. Такимъ образомъ, мы достигаемъ 3) третьей системы.

На мѣсто нравственныхъ качествъ римскаго народа говоритъ Герингъ, которыя были главными факторами во второй системѣ, въ третьей системѣ выступали, какъ ихъ замѣна самая, высшія умственные дарованія. На крѣпкомъ несокрушимомъ фундаментѣ, унаслѣдованномъ ею, вывела она образцовое произведеніе юридическаго искусства, подобнаго которому міръ не знаетъ, зданіе такой законченности и крѣпости, что почти тысячу лѣтъ спустя чужіе народы снова отворяютъ его запертыя двери, тамъ устроить свои аудиторіи и судилища.» (*)

Дѣйствительно, при такомъ дѣленіи исторіи права, какое выставляетъ Герингъ, нельзя указать рѣзкихъ граней, отдѣляющихъ одну систему отъ другой. Мнѣніе Геринга справедливо, но не во всѣхъ случаяхъ одинаково проводимо. Для практическаго удобства, въ виду того, чтобы дать возможность лицамъ, только что приступающимъ къ изученію права, получить лучшей обзоръ историческаго развитія его, представляется необходимымъ излагать исторію права по періодамъ. Самъ Герингъ, въ примѣчаніи 28 къ § 5 перваго тома, говоритъ: «Того вопроса, не слѣдуетъ ли, по методическимъ основаніямъ при чтеніи лекцій держаться дѣленія на періоды, мы здѣсь не разрѣшаемъ; во всякомъ случаѣ литература не должна соображаться исключительно съ требованіями преподаванія.» Поэтому и наше изложеніе исторіи римскаго права будетъ раздѣлено на періоды. Хотя мы и называемъ тѣ раздѣлы, по которымъ намѣрены излагать исторію римскаго права, періодами, но въ сущности эти періоды мало чѣмъ отличаются отъ системъ Геринга по своему внутреннему содержанію. Въ этомъ отношеніи тѣ періоды, которуе выставлены Невוליнымъ въ его Энциклопедіи, (***) являются особенно удобопримѣнимыми къ изложенію исторіи римскаго права, а потому мы и будемъ руководствоваться ими въ дальнѣйшемъ развитіи нашего курса.

Періоды Неволина суть слѣдующіе:

1) Царскій періодъ, отъ 754 г. до 509 г. до Р. Христова. Слѣдовательно, обнимаетъ собой около 245 лѣтъ.

2) Республиканскій періодъ, отъ 509 г. до Р. Христова до 30 года по I Христ., до начала единодержавія Императора Августа.

3) Императорскій, отъ 30 г. до 476 г. по Р. Хр. для западной Имперіи и до 1453 года для восточной половины Римской Имперіи; только тутъ мы отсут-

(*) Стр. 72 § VI.

(**) §§ 780, 781.

нимъ заключаю наше изложеніе правленіемъ Императора Юстиніана 1 (527 — 565).

Но дѣленіе исторіи римскаго права на три періода, царскій, республиканскій, императорскій, не является въ ученой литературѣ общимъ явленіемъ; напротивъ, наиболѣе распространено дѣленіе на четыре періода.

Мы упоминаемъ главнѣйшія периодизаціи этого рода.

Къ нимъ прежде всего принадлежитъ дѣленіе исторіи римскаго права на четыре періода ученаго Гиббона (*). Его дѣленіе на четыре періода было первымъ по времени. Оно изложено въ его сочиненіи «Исторія упадка и уничтоженія Римской Имперіи» («History of the decline and fall of the Roman Empire»). Въ 44-ой главѣ этого сочиненія заключается краткій очеркъ внѣшней исторіи римскаго права съ раздѣленіемъ ея на періоды. Эта глава представляетъ собою замѣчательное твореніе: она въ отдѣльности была переведена на различные языки. Гуго находился подъ вліяніемъ идей, изложенныхъ въ этой главѣ. Террингъ признается, что и на него сильно повліяла 44 глава сочиненія Гиббона. Периодизація Гиббона совпадаетъ съ главнѣйшими моментами развитія источниковъ права. Всякое право проходитъ обыкновенно три ступени развитія: 1) когда дѣйствуютъ начала, выработанныя самой народной жизнью изъ самой себя; эти начала проявляются въ юридическихъ «обычаяхъ», *mores majorum*. 2) Появленіе и господство *ius scriptum*, писаннаго права или опредѣленій органовъ законодательной власти. 3) Научная разработка началъ права, наука права. Сообразно съ этими ступенями развитія права, Гиббонъ раздѣлил исторію римскаго права на четыре періода:

1) Періодъ отъ основанія города Рима до изданія законовъ XII таблицъ, этого важнѣйшаго законодательнаго акта древняго Рима. Этотъ періодъ можно назвать періодомъ преимущественнаго господства самой первоначальной формы права, права обычнаго; онъ характеризуется отсутствіемъ писанныхъ законовъ, что объясняется неустановившимся государственнымъ строемъ. Право здѣсь развивается практически. Обычай образуется въ средѣ семейныхъ отношеній, т.е. сношеній семей другъ съ другомъ. Съ дальнѣйшимъ развитіемъ общественного строя развиваются и общественные обычаи, обычное право. Древнѣйшее право, право этого перваго періода, развивалось еще подъ сильнымъ вліяніемъ религіозныхъ началъ и, главнымъ образомъ, подъ вліяніемъ коллегіи жрецовъ, *Pontifices*, какъ самыхъ образованныхъ лицъ того времени. Указанія на это мы находимъ у римскихъ юристовъ, напр. у Помпонія.

Такимъ образомъ, въ это время юридическіе взгляды выражаются непосредственно въ дѣйствіяхъ народа безъ прялыхъ предписаній законодателя; все держится въ своихъ взаимныхъ сношеніяхъ извѣстныхъ, опредѣленныхъ началъ — доказывающихъ народное сознаніе о юридическомъ порядкѣ, сознаніе, выражающееся въ такъ называемыхъ, *mores majorum*, внѣшнимъ признакомъ которыхъ является обыкновеніе *consuetudo*.

2) Періодъ продолжается, по Гиббону, отъ изданія законовъ XII таблицъ

(*) Жилъ въ концѣ прошлаго столѣтія. Его періоды принялъ напр. Гуго въ своей исторіи Римскаго права.

до времени Цицерона. Это—періодъ по преимуществу писаннаго законодательства, *iuris scripti*, исходящаго отъ верховной законодательной власти, народныхъ собраній. Этотъ періодъ представляетъ прогрессъ въ сравненіи съ предъидущемъ, а именно: 1) здѣсь мы видимъ государственную власть на столько окрѣпшею, что она держитъ уже въ своихъ рукахъ изданіе законовъ: 2) писанные законы представляютъ большую опредѣленность, нежели обычай, потому что послѣдній, существуя въ сознаніи народномъ, трудно уловимъ. Начиная съ изданія законовъ XII таблицъ, которые обнимаютъ и уголовное, и гражданское право и которые были первымъ обширнымъ положеніемъ *ius scriptum*, (*) этотъ второй періодъ доходитъ до времени дѣятельности двухъ современниковъ Цицерона, знаменитыхъ юристовъ *Quintus* 659г. 711г. *Mucius Scaevola* и *Servius Sulpicius Rufus*. Эти два юриста положили основаніе систематикотеоретической обработкѣ права. Не надо, однако, думать, что во второмъ періодѣ исторіи римскаго права обычное право было совершенно упразднено, и дѣйствовало одно лишь *ius scriptum*: обычай очень многіе сохраняли свою юридическую силу на ряду съ институтами *iuris scripti*.

Начиная Муціемъ Сцеволой и Руфомъ, разработка теоріи права получила свою силу и блескъ въ III періодѣ. Этотъ періодъ простирается отъ временъ Цицерона до половины третьяго столѣтія, т.е. до временъ Александра Севера; это время римской классической юриспруденціи, т.е. время тѣхъ знаменитыхъ классическихъ юристовъ (Папиніанъ, Ульпіанъ и др.), которые, разработавъ римское право, довели его до идеала, являющагося основаніемъ для новѣйшаго юридическаго образованія. И такъ, вотъ три періода, внутреннее содержаніе которыхъ совпадаетъ съ тремя степенями развитія права вообще. Но въ исторіи римскаго права Гиббонъ указываетъ еще на четвертый періодъ, это —

4) время упадка римской юриспруденціи; онъ продолжается со времени Александра Севера до Юстиніана. Но этотъ упадокъ касается болѣе научной обработки, болѣе чисто римскихъ началъ, нежели матеріальнаго содержанія права. Дѣятельность императоровъ въ этотъ періодъ обращается на кодификацію. Сюда относятся замѣчательные кодексы: Феодосія II и Юстиніана.

Такова система, указанная Гиббономъ. Она соотвѣтствуетъ содержанію источниковъ права и является прототипомъ другихъ системъ, выводящихъ дѣленіе исторіи на періоды изъ тѣхъ же началъ.

Періодизація же съ принятіемъ 4-хъ періодовъ, придерживается, между прочимъ, и Пухта, хотя его періоды и не совсѣмъ совпадали съ періодами Гиббона. Первый періодъ начинается у него съ основанія города Рима, не доходитъ не до изданія законовъ XII таблицъ, а оканчивается нѣсколько раньше (40-ка годами), именно, первымъ выходомъ плебеевъ на священную гору *prima secessio plebis in sacrum montem* 260 аус). Второй періодъ Пухта принимаетъ не до Цицерона, какъ въ сочиненіи Гиббона, а до времени Императора Августа. Третій періодъ Пухта принимаетъ отъ Августа до императора Діоклетіана. Нако-

(*) Не надо смѣшивать «*Jus scriptum*» съ выраженіемъ «написанные законы», ибо и обычное право можетъ быть собрано въ писанные сборники, но оно все же не будетъ *ius scriptum*.

нецъ. четвертый періодъ до Юстиніана включительно.

И такъ, Пухты не совпадаютъ въ точности съ періодами Гиббона, но имѣютъ общій съ ними характеръ. (*)

Совершенно оригинальную систему дѣленія исторіи римскаго права представляетъ Кунце (*Cursus des Romischen Rechts* § 53—55) Онъ, какъ и вышепоименованные писатели, принимаетъ четырехчленную периодизацію. Но онъ сокращаетъ самое время, обнимающее собою исторію римскаго права и подлежащее раздѣленію на періоды; поэтому его періоды не совпадаютъ съ тѣми, которые представлены выше. Онъ различаетъ *eine Vorgeschichte Rom's, die eigentliche Lebenszeit Rom's eine Nachgeschichte* т. е. исторію времени предшествовавшего Риму, собственно римскую жизнь и исторію временъ, послѣдующаго засобственнымъ развитіемъ Рима. Чтобы схватить исторію развитія собственно римскаго права, по его мнѣнію, надо разсматривать ту часть исторіи его, которая заключается между временемъ царя Анка Марція и эпохой императора Александра Севера, т. е. исчезновеніемъ римской классической юриспруденціи Его аргументація по этому поводу очень основательна, и съ нею трудно не согласиться. Онъ говоритъ, что римскій бытъ до Марція такъ теменъ для насъ, что его можно сравнить съ жизнію корня, имѣющей мѣсто въ землѣ и потому недоступной нашимъ взглядамъ. Право же времени послѣ классическихъ юристовъ потеряло характеръ чисто римскій; каждое нововведеніе равнозначительно удаленію отъ римскаго духа. Въ границахъ же вышеуказаннаго времени принимаетъ четыре періода, которые онъ обозначаетъ наименованіями: дѣтства, юношескаго возраста, возмужалости и старческаго возраста римскаго права, именно: первый отъ Анка Марція до изданія законовъ XII таблицъ (какъ у Гиббона); второй — до первой пунической войны; третій — до временъ Августа и четвертый — отъ Августа до Александра Севера. И такъ, мы видимъ, что у Кунце является новый моментъ исторіи, который онъ признаетъ на столько важнымъ, что ставитъ его на границу періода — это первая Пуническая война. Основанія, въ силу которыхъ Кунце принялъ ее за рубрику періода заключается въ томъ, что она вывела Римлянъ изъ того замкнутого состоянія, въ которомъ они находились до этого времени. Послѣ первой Пунической войны владычество римлянъ далеко распространилось за предѣлы Италіи, вслѣдствіи чего образовался типъ провинцій, послужившихъ поводомъ къ совершенному измѣненію государственнаго права. На основаніи провинціального типа, исчезаетъ прежнее республиканское настроеніе и мало по малу является монархія.

Въ гражданскомъ отношеніи, Пуническая война имѣла слѣдующее значеніе: вступивъ на западѣ въ сношенія съ Карфагеномъ, а на востокѣ съ восточными народами. Римъ не могъ оставаться въ прежнемъ своемъ положеніи по отношенію къ иностранцамъ, наплывъ которыхъ постоянно увеличивался съ развитіемъ торговыхъ сношеній. Сама необходимость заставила дать иностранцамъ въ предѣлахъ Римскаго государства юридическое положеніе, котораго они прежде

(*) Padeletti въ указанномъ выше сочиненіи принимаетъ слѣдующіе три періода: 1 отъ основанія Рима до начала VII в. *ab condita II*. Это начало VII в. а и с. до конца III в. по Р. Хр. III. Это паденіе З. Р. Имперіи.

не имѣли. Иностранецъ въ Римѣ до первой Пунической войны пользовался лишь правомъ гостепріимства. Но когда Римъ сдѣлался морскою державою и когда число «*hostes*» (иностранцевъ) въ Римѣ увеличивалось съ каждымъ годомъ, то явилась нужда дать имъ опредѣленную защиту закона. Это былъ первый шагъ къ уничтоженію замкнутости національнаго римскаго права, первый шагъ къ распространенію юридическихъ началъ римскаго права на всѣхъ свободныхъ людей; словомъ, съ этого времени римское право начинаетъ космополитизироваться, принимать тотъ характеръ и ту окраску, которые сдѣлали его вѣчнымъ; въ римское *ius civile* проникаетъ начала *jus gentium*. Вотъ почему Кунце весьма справедливо обращаетъ вниманіе на Пуническія войны при періодизаціи исторіи римскаго права.

Обратимся теперь, послѣ исчисленія важнѣйшихъ періодизацій исторіи изучаемаго нами права, къ той, сообразно съ которой, мы сами расположимъ нашъ курсъ.

Какъ было указано выше, дѣленіе Невוליной будетъ принято въ основаніе при нашемъ изложеніи, въ которомъ исторія римскаго права, слѣдовательно, будетъ представлена по слѣдующимъ періодамъ:

Первый періодъ Царскій или древняя система права, которой соотвѣтствуетъ время царей. Эта система отличается религіознымъ характеромъ и преобладаніемъ общественнаго элемента надъ частнымъ. Законоположеніе ея строги не только по своему содержанію, но и по формѣ, которая будучи священной, неизмѣнно должна быть исполняема при совершеніи извѣстныхъ дѣйствій, такъ что, если содержаніе и форма актовъ не будутъ соотвѣтствовать религіознымъ постановленіямъ, то акты признаются недѣйствительными. Зародившись въ первомъ періодѣ эта система въ немъ же почти прекращаетъ свое существованіе. Невольинъ такъ характеризуетъ эту систему: «Древнѣйшая система имѣетъ въ основаніи своемъ религіозный характеръ. Законныя постановленія въ ней строги, какъ по своему содержанію, такъ и по предписаннымъ въ нихъ формамъ, которыя при совершеніи извѣстныхъ дѣйствій должны быть соблюдены во всей ихъ силѣ. Это есть система патриціевъ, господствовавшая преимущественно въ первомъ періодѣ римской исторіи. Отъ этой системы сохранились до насъ только нѣкоторыя отрывки, изъ которыхъ съ трудомъ можетъ быть составлено что либо цѣльное. (*) Дѣйствительно, во всѣхъ частно-правовыхъ отношеніяхъ этотъ элементъ преобладаетъ, напр. въ бракѣ. Но, кромѣ этого, при бракѣ необходимо участіе и общественнаго элемента: для установленія власти мужа надъ женою необходимо было присутствіе свидѣтелей, *testes*. Тоже мы видимъ и при завѣщаніи: оно совершается *in conspectu collatis* въ народныхъ собраніяхъ, при участіи сакральнаго начала, понтифекса. Затѣмъ, всѣ эти дѣйствія должны были быть совершены по формамъ, которыя должны были быть соблюдены во всей ихъ строгой силѣ. Къ этому нужно добавить, что формы имѣли не только религіозный характеръ, но и символическій: требовались не только *verba solemnia*, формальныя слова, но и символическія дѣйствія.

Второй періодъ или вторая система въ противоположность первой, есть

(*) См. Энциклопедію Законовъ т. II § 781.

гражданская или свѣтская, говоритъ Неволинъ, къ этому нужно добавить и частно-правовая. Систему эту можно назвать системою *jus civile* или квинтискою системою. Если первую систему можно характеризовать, какъ такую, гдѣ общественное право преобладало надъ частнымъ, *jus publicum* надъ *jus privatum*, то вторую можно характеризовать какъ разъ противоположными признаками, т. е. религіозная форма отступаетъ на второй планъ и на первомъ мѣстѣ стоять интересы отдѣльнаго лица; идея гражданского или частнаго права получаетъ полное господство въ жизни, главнымъ образомъ, послѣ того законодательнаго акта, который извѣстенъ подъ именемъ законовъ XII таблицъ. Эти законы гарантируютъ автономію частно-правовымъ отношеніямъ, индивидуумъ является самоопредѣляющимъ свою дѣятельность на поприщѣ имущественныхъ и семейныхъ отношеній. Совершеніе всѣхъ сдѣлокъ и въ этомъ періодѣ также должно было происходить по строгимъ формамъ, но эти формы были другаго характера, чѣмъ въ первомъ періодѣ; дать этимъ формамъ содержаніе предоставлялось свободѣ отдѣльнаго лица. «Законныя постановленія въ этомъ періодѣ, говоритъ Неволинъ, строги по предписаннымъ въ нихъ формамъ, которыя для дѣятельности предпринимаемаго дѣйствія, должны быть соблюдаемы во всей буквальной ихъ точности; но въ высшей степени свободны по своему содержанію, давая величайшій просторъ произволу (лучше сказать автономіи частнаго лица).»

Третій періодъ или система, говоритъ Неволинъ, представляетъ обобщеніе всѣхъ законодательствъ древняго міра съ уничтоженіемъ ихъ особеннаго (національнаго) характера. Особенности, которыя были свойственны римскому законодательству, также уничтожились. Строгость законныхъ формъ также исчезла и господство произвола съ небольшими ограниченіями признано во всей силѣ. Это есть система, получившая свое полное развитіе въ третьемъ періодѣ римской исторіи. Въ этомъ періодѣ развилось *Jus gentium*. Подъ вліяніемъ развитія этого права, прежде всего уничтожились тѣ особенности, которыя господствовали въ первомъ и во второмъ періодѣ. Ихъ мѣсто заступили неформальныя сдѣлки: преторъ призналъ ихъ полную силу. Кромѣ того, въ прежнее время не обращалось никакого вниманія на внутреннее содержаніе сдѣлки; какъ скоро она подходила подъ извѣстную форму, была совершена извѣстными формальными дѣйствіями, она получала полную юридическую силу, хотя бы была совершена противъ воли одного изъ контрагентовъ, хотя бы къ совершенію ея онъ былъ принужденъ угрозами. Совершенно иначе смотритъ на это новое право. Главное вниманіе преторъ обращаетъ на внутреннее содержаніе воли, выраженной въ сдѣлкѣ, и придаетъ юридическое значеніе только той сдѣлкѣ, которая совершена обѣими сторонами совершенно свободно, безъ принужденія, по свободному, разумному ихъ размысленію. Если же нѣтъ этихъ условій, то преторъ не придаетъ юридическихъ послѣдствій сдѣлкѣ, хотя бы она была совершена съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, *in optima forma*.

Таковы характеристическія черты третьяго періода.

ПЕРВЫЙ ПЕРИОДЪ.

(ЦАРСКИЙ. ОТЪ ОСНОВАНІЯ ГОРОДА РИМА ДО ИЗГНАНІЯ ЦАРЕЙ.

ОТЪ 754—509 ГОДА ДО Р. Х. ОТЪ 1—245 ГОДА.

AB URBE COND.)

Приступая къ изложенію исторіи перваго періода въ развитіи римскаго права, мы должны указать на то обстоятельство, что о немъ никакихъ точныхъ, бесспорныхъ извѣстій не имѣется, вслѣдствіе чего мнѣнія, высказанныя различными учеными о первомъ періодѣ, по существеннѣйшимъ вопросамъ спорны; всѣ выводы гипотетичны. Напр. общее мнѣніе о происхожденіи трехъ трибъ (Romnes, Tities, Luceres); изъ которыхъ составилась будто бы римскій народъ, и то подлежитъ спору; также вопросъ о томъ, кто были плебеи, еще не рѣшенъ, и нѣтъ точныхъ основаній въ источникахъ, опираясь на которыя можно было бы рѣшить его окончательно.

Далѣе вопросъ первой важности: существовало ли въ древнѣйшемъ Римѣ рабство? не рѣшенъ учеными единогласно. Изъ всего этого можно вывести то заключеніе, что ко всему, что говорится о первомъ періодѣ римской исторіи, надо относиться крайне осторожно. Такое скептическое и критическое отношеніе къ извѣстіямъ источниковъ о первоначальномъ бытѣ въ наукѣ римской исторіи и права существовало не всегда.

Собственно основателемъ высшей исторической критики можетъ быть разсматриваемъ извѣстный голландскій ученый Perizonius, который въ 1685 написалъ *Animadversiones historicae*. Не смотря на то, что всякая попытка скептическаго отношенія къ исторіи Рима въ то время считалась бы ересью. Перицониусъ смѣло объявилъ, что нужно относиться критически къ тѣмъ свѣдѣніямъ, которыя доставляютъ намъ римскіе писатели о первоначальномъ бытѣ римскаго общества.— За Перицониусомъ слѣдуетъ итальянскій ученый Вико (1668—1744) написавшій *Nuova scienza*, въ которой онъ представляетъ вѣскія замѣчанія относительно недостоверности источниковъ древнѣйшей римской исторіи. Такое же скептическое отношеніе къ источникамъ проявилась и во Франціи. Ученый Бофоръ (Beaufort) въ своемъ сочиненіи «*Sur l'incertitude de cinq premiers siècles de l'histoire romaine* 1783 г., о неопредѣленности пяти первыхъ вѣковъ римской исторіи, прямо отрицаетъ достоверность источниковъ.

Но всѣ эти ученые были только предтечами того цикла ученыхъ, которые появились въ Германіи и подвергли источники самому тщательному критическому анализу. Этотъ циклъ ученыхъ заявилъ себя не только добросовѣстнымъ разъясненіемъ всего неистиннаго въ источникахъ, но и, что всего важнѣе, не менѣе добросовѣстными попытками восстановленія древнѣйшаго быта Перицониусъ, Вико, Бофоръ замѣчательны лишь въ отношеніи критики недостоверныхъ извѣстій источниковъ, но не представили на мѣсто разрушеннаго чего-либо научно важнаго въ сравненіи съ писателями нынѣшняго столѣтія.

Самое видное мѣсто между новѣйшими учеными этой скептической школы занимает Нибуръ (1776—1831 г.); известно его сочиненіе «Римская исторія». Онъ предложилъ критическую методу, которая до сихъ поръ сохраняетъ свое значеніе; кромѣ того, достойны вниманія и уваженія по своей добросовѣстности его труды по восстановленію источниковъ. Затѣмъ укажемъ Шwegлера, написавшаго также «Римскую исторію» (3 тома); особенно важенъ первый томъ, который содержитъ литературу и критику источниковъ. (*) Шwegлеръ нерѣдко критикуетъ самаго Нибура. Онъ подробно разсматриваетъ самую традицію, на сколько она достовѣрна по содержанию и по источникамъ, а затѣмъ, старается воссоздать прежній бытъ въ томъ видѣ, какъ онъ существовалъ. Задача эта мастерски выполнена имъ. Наконецъ приведемъ пользующуюся вполне заслуженною извѣстностью Римскую исторію Момизена (6-е изданіе 1876-го г.), которая отличается блестящимъ изложеніемъ; главный недостатокъ ея заключается въ томъ, что авторъ нерѣдко примѣняетъ къ Римской исторіи политическій взглядъ новѣйшихъ временъ.

Скептическое направленіе въ исторіи перешло и къ юристамъ, изъ которыхъ укажемъ только на того, котораго уже такъ часто приводили, именно на Геринга, высказавшаго свой взглядъ на преданія источниковъ о первоначальныхъ временахъ Рима. Въ своемъ сочиненіи «Духъ римскаго права», въ § 8, озаглавленномъ «римская космогонія права».

Но результатомъ всѣхъ этихъ трудовъ является тотъ выводъ, что мы не имѣемъ вѣрныхъ свѣдѣній о первоначальномъ бытѣ древнихъ римлянъ, поэтому всѣ наши представленія о немъ должны имѣть гипотетическій характеръ, но не положительно несомнѣнный.

Однако критическое направленіе не осталось безъ реакціи. Мы не будемъ упоминать о всѣхъ представителяхъ ея, но нельзя пройти молчаніемъ профессора-юриста Морица Фохта, который по одному вопросу римскаго права защищалъ достовѣрность источниковъ. Онъ написалъ сочиненіе «О царскихъ законахъ». Вопросъ о подлинности царскихъ законовъ — вопросъ сомнительный и спорный; большая часть ученыхъ (Дирксенъ) сомнѣвается въ подлинности этихъ законовъ, (о восстановленіи текста которыхъ заботился въ особенности въ XVI столѣтіи итальянецъ Марліани) и считаютъ то, что въ источникахъ приводится подъ именемъ царскихъ законовъ, лишь собраніемъ древнѣйшихъ обычаевъ юридическихъ и постановленій жрецовъ, которые объявили эти положенія за царскіе, ради приданія имъ большаго авторитета въ глазахъ народа, ибо Римляне питали особенное уваженіе ко всему древнему. Фохтъ въ статьѣ, представленной въ Дрезденское общество наукъ въ 1877 г. пришелъ къ противоположному заключенію. Онъ старается доказать, что нѣкоторые царскіе законы подлины и достовѣрны.

(*) См. у Шwegлера I т. кн. 11 § 23—32 о Нибурѣ тамъ же § 30.

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО УСТРОЙСТВА.

I. НАСЕЛЕНИЕ ДРЕВНЕЙ ИТАЛИИ. (*)

Согласно новейшимъ этнографическимъ и лингвистическимъ изслѣдованіямъ, все древнее населеніе Италиі распадается на слѣдующія пять племенныхъ группъ: Галловъ (обитавшихъ по долинѣ По), Этрусковъ (занимавшихъ долину Арно), Италиковъ (поселившихся по берегамъ Тибра и Вольтурно), Япиговъ и Грековъ. Всѣ эти племена, за исключеніемъ Этрусковъ, относительно происхожденія которыхъ въ наукѣ до сихъ поръ существуетъ разногласіе, принадлежать къ арійской расѣ. Этруски, Италики и Япиги составляютъ основное населеніе Италиі, пришедшее въ эту страну равнѣ двухъ другихъ упомянутыхъ племенъ. Въ свою очередь, племя Италиковъ, послужившее главнымъ элементомъ для сложенія римскаго народа, дѣлилось на а) латиновъ и б) умбро—сабелловъ, къ которымъ принадлежали умбры, сабинцы и оски (самниты).

II. ОСНОВАНІЕ РИМА. (**).

Древній Римъ расположенъ въ мѣстности, гдѣ постоянно соприкасались различныя изъ вышеупомянутыхъ древне-италійскихъ племенъ, а потому нѣтъ ничего удивительнаго въ томъ, что римскій народъ возникъ изъ слиянія различныхъ племенныхъ элементовъ. Начало римскому общественному организму положено было соединеніемъ въ одно цѣлое двухъ разноплеменныхъ союзовъ родовъ (tribus): латинскаго (Ramneis—Romaneis—Romani и сабинскаго (Tities или Taties). Къ нимъ присоединяется еще третій союзъ родовъ, извѣстный подъ именемъ Luceres, по всей вѣроятности этрусскаго происхожденія). Итакъ, про первыя времена Рима можно было уже сказать то, что сказалъ Флоръ (III, 18) про позднѣйшее время quippe cum populus romanus Etruscos, Latinos, Sabinosque miscuerit et unum ex omnibus sanguinem ducat, corpus fecit ex membris et ex omnibus unus est;—Къ этимъ двумъ параграфамъ, взятымъ изъ сочиненія Сокольскаго, мы считаемъ нужнымъ сдѣлать нѣкоторыя добавленія объ исторіи основанія Рима по разсказамъ древнихъ писателей, и указать на нѣкоторыя характеристическія черты тѣхъ племенъ, изъ которыхъ сложился римскій народъ; последнее указаніе именно можетъ содѣйствовать уясненію послѣдующаго развитія государственной жизни Рима.

И такъ, приведемъ вкратцѣ разсказъ объ основаніи города Рима, который высказываетъ древнѣйшія традиціи римскихъ писателей. Писатели (***)

(*) Сокольскій, § 11.

(**) Сокольскій, § 12.

(***) Liv. I и III кн.; Dion; halicarn. I к. 76 глава. Schwegler I, 8, 1 sqq. а о слѣдующемъ преданіи Schwegler I, 8, 4.

разсказываютъ.

Албанскій царь Прокасъ оставилъ послѣ своей смерти двухъ сыновей, Нумитора и Амулія, изъ которыхъ Нумитору, какъ старшему, должно было принадлежать царство, но Амулій низвергъ вскорѣ Нумитора, убилъ его сына, дочь же его Рею Сильвію отдалъ въ весталки, обреки ея такимъ образомъ на безбрачіе. Этими мѣрами Амулій думалъ упрочить за собой и за своимъ потомствомъ Албанское царство. Но Рея Сильвія, несмотря на то, что произнесла обѣтъ весталки, родила двухъ близнецовъ, Ромула и Рема. Амулій приказалъ умертвить мать и дѣтей, утопивъ ихъ въ рѣкѣ Тибрѣ; (впослѣдствіи времени наказаніемъ для весталокъ, нарушившихъ цѣломудріе, было зарытіе ихъ живыми въ землю). Но дѣти были спасены счастливымъ случаемъ. Корзина, въ которой они были положены, была вынесена разлившейся въ то время рѣкой на берегъ, именно на то мѣсто, «ubi nunc ficus Ruminalis est.» (Лів. 1, 4) «На этомъ мѣстѣ, у этой знаменитой смоковницы, была поставлена впослѣдствіи статуя, изображающая волчицу, кормящую двухъ дѣтей).

Волчица, спустившись съ горъ, чтобы напиться, сжалася надъ несчастными дѣтьми и питала ихъ до тѣхъ поръ, пока пастухъ Фаустуль не взялъ ихъ къ себѣ на воспитаніе. Близнецы выросли, вели пастушескую жизнь, устроили себѣ хижинны на тѣхъ холмахъ, гдѣ впослѣдствіи раскидывался великолѣпный владыко міра — Римъ. Діонисій Галикарнассскій говоритъ, что онъ еще видѣлъ одну изъ этихъ хижинъ.

Юноши сохранили въ себѣ отличія благороднаго происхожденія они рѣзко выдѣлялись изъ среды простыхъ пастуховъ своею красивою вѣшностью, а также и внутренними качествами; пастухи добровольно подчинялись имъ. Родъ Фабіевъ былъ особенно преданъ Рему, Квинтилиі — Ромулу.

Однажды, вслѣдствіе ссоры между приверженцами братьевъ и царскими пастухами, Ремъ былъ захваченъ Амуліемъ и переданъ Нумитору для расправы. Ромуль узналъ въ это время отъ Фаустула о своемъ происхожденіи, Нумиторъ же въ Ремѣ призналъ своего внука по сильному сходству его съ Реей Сильвіей. Слѣдствіемъ всего этого было то, что Ромуль ворвался въ замокъ Амулія, убилъ его, возвратилъ Нумитору царство, а себѣ и брату царственныя права. Вскорѣ у Ромула и Рема явилась мысль основать городъ тамъ, гдѣ они провели годы своего дѣтства. Явился вопросъ, по имени котораго изъ братьевъ назвать городъ. Прибѣгли къ суду божьему. По полету птицъ стали гадать, кому назначить судьба быть основателемъ города. Жребій указалъ на Ромула.

Ромуль тотчасъ же обозначилъ promœgium, (*) и тѣмъ самымъ фактъ заложенія Рима совершился. Но Ремъ, недовольный рѣшеніемъ судьбы, издѣваясь надъ братомъ, перескочилъ черезъ стѣну новаго города, за что и былъ убитъ Ромуломъ, который при этомъ сказалъ, что «такъ будетъ со всякимъ, дерзнувшимъ оскорбить святыню римскихъ стѣнъ.» Съ нашей точки зрѣнія

(*) Такъ называлось мѣсто или дорожка, внутри городской стѣны, оставленное свободнымъ; границы этого мѣста обозначались камнями (cirri или termini); само же это мѣсто опредѣляло границу городскихъ ауспицій.

Ромуль совершилъ страшное преступленіе, но съ точки зрѣнія древнихъ вѣрованій, убійство Рема братомъ имѣло характеръ скорѣ мщенія за оскорбленныхъ боговъ, чѣмъ преступленія, ибо стѣны были *res sanctae* (§ 10 Inst. 2, 1).

Но всетаки это событіе подѣйствовало на Ромула, и онъ почтилъ память брата тѣмъ, что велѣлъ около своего трона поставить еще другой тронъ: какъ бы для брата, и установленіемъ особаго праздника въ честь умершихъ, *Lemuria*, 9 Мая. Потомъ Ромуль взялся за устроеніе своего города: онъ раздѣлилъ новыхъ гражданъ на куріи и т.д. Но въ скоромъ времени сказался недостатокъ въ женщинахъ. Чтобы имѣть надежду на продолженіе населенія, Ромуль посылалъ къ сосѣднимъ народамъ за невѣстами, но посланные слышали лишь насмѣшки, ибо строй древней семьи былъ замкнутъ до нельзя. Ромуль, вынужденный необходимостью, прибѣгъ къ преступленію, уже второму съ основанія Рима, и на этотъ разъ неизвинительному. Онъ позвалъ Сабинявъ и другихъ гостей на праздникъ игръ, и здѣсь, среди пиршества, Римляне похитили всѣхъ дѣвушекъ себѣ въ жены. Гость въ древности для хозяина былъ лицомъ находившимся подъ непосредственной защитой божества, *persona sacra*, а потому поступокъ Ромула шелъ въ разрѣзъ съ самыми глубокими вѣрованіями древнихъ. Отсюда возникла война, которая была прекращена вмѣшательствомъ похищенныхъ женщинъ; послѣ чего по взаимному договору Сабиняне слились съ Римлянами въ одинъ народъ подъ двумя царями Ромуломъ и Титомъ Таціемъ; послѣдній впрочемъ вскорѣ былъ убитъ на войнѣ.

Разобравши этотъ рассказъ, мы беремъ на вѣру лишь тотъ фактъ, что Римскій народъ составилъ изъ двухъ элементовъ. Это явствуетъ также изъ того, что и въ историческія времена официально римскій народъ назывался составнымъ, сложнымъ именемъ: *Populus Romanus et Quirites* или *populus Romanus Quiritium*.

Чтобы указать подробнѣе на одного: ученаго, относящагося критически къ преданіямъ и древнѣйшимъ временамъ Рима, приведемъ буквально то, что говоритъ Герингъ объ этомъ вопросѣ въ указанномъ выше § 8.

Начало Рима по преданію, есть состояніе необузданности и беззаконія. Основатели Рима—разбойники и искатели приключеній, которые или прогнаны были своими, или покинули ихъ изъ любви къ необузданной жизни, оставивъ дома боговъ и семейства и не принеся съ собой ничего, кромѣ своей руки и своего меча. Они представляютъ скопище индивидуумовъ, атомовъ, ничѣмъ не соединенныхъ, кромѣ своего неукротимаго духа и общей цѣли грабежа. Даже женщинъ не приводятъ они съ собою, и сосѣдніе народы, которымъ они кажутся какими то отверженцами, отвергаютъ съ насмѣшкой и негодованіемъ требованіе дать имъ въ супружество своихъ дочерей. Но то, что имъ не даютъ они берутъ сами. Они приглашаютъ своихъ сосѣдей на праздникъ игръ, нападаютъ на гостей, оскорбленіе которыхъ, по понятіямъ древности, было однимъ изъ самыхъ злодѣйскихъ преступленій, и похищаютъ у нихъ дочерей. Ихъ предводитель Ромуль, котораго преданіе причисляетъ къ богамъ, даетъ имъ хорошій примѣръ: братоубійство доставляетъ ему единовластіе. Преданіе нисколько, кажется, не смущено этимъ; злодѣяніе, можно сказа ть, идетъ еще въ счетъ первоначальнаго состоянія необузданности и произво-

ла. Этому состоянію полагаетъ конецъ самъ Ромуль.

Какъ единственныя средства, соединяющія необузданную толпу, порядокъ и право возводятся во власть, (*) а для защиты этой власти учреждается царское достоинство, которое Ромуль для этой цѣли окружаетъ (**) вѣннимъ блескомъ и почетомъ. Вслѣдъ за учрежденіемъ государства слѣдуетъ, за похищеніемъ Сабинянокъ, учрежденіе домашняго устройства и семьи.

По учрежденіи семейства и государства, пришла очередь и религіи. Хотя Ромуль уже подумывалъ о богахъ, но его главная дѣятельность была обращена на государство. Его преемникъ Нума, котораго, по преданію, возвела на престоль слава его богобоязненности и справедливости, является представителемъ религіознаго принципа. Но онъ не ограничиваетъ своей заботы чисто богослужебной стороной, введеніемъ новыхъ боговъ и приведеніемъ въ порядокъ богослуженія, его намѣреніемъ было также «городъ, основанный силой и оружіемъ, снова основать законамъ и обычаямъ,» (***) и онъ привелъ это намѣреніе въ исполненіе тѣмъ, что давалъ религіозное освященіе и своимъ свѣтскимъ учрежденіямъ, приписывая ихъ наравнѣ съ религіозными внушеніямъ нимфы Егеріи.

Оставалось еще международное право, и представителемъ этой стороны права называетъ Ливій четвертаго царя Анка Марція. **** Замѣчательно при

(*) Liv. 1, 8... multitudine: quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeterquam legibus poterat.

(**) Liv. ibid. ... iura: quae ita sancta... fore ratus: si se ipse venerabilem insignibus imperii fecisset: quum cetero habitu se augustiorem tum maxime lictoribus duodecim sumptis fecit. Въ своемъ взглядѣ на время царей въ Liv. 2, 1. Ливій опредѣляетъ царскую власть, какъ подпору или жизненный принципъ древнѣйшаго государства и спрашиваетъ, что вышло бы изъ Рима, если бы эта толпа искателей приключеній не обуздывалась страхомъ передъ царемъ.

(***) Liv. 1, 19.

(****) Liv. 1, 32. Ut tamen: quoniam Numa in pace religiones, instituisset: a se bellicae ceremoniae proderentur: nec generentur solum: sed etiam indicerentur bella aliquoribus: ius ab antiqua gente Aequicolis: quod nunc fetiales habent: descripsit: quo res repetuntur.

«Но это не было повсюду распространеннымъ преданіемъ; самъ Ливій противорѣчитъ себѣ, изобразивъ (1, 24) феціаловъ въ международной правовой дѣятельности еще при Туллѣ Гостиліѣ, и отъ этого же царя ведетъ и Цицеронъ начало международнаго права, между тѣмъ какъ Діонисій приписываетъ учрежденіе коллегіи феціаловъ Нумѣ Помпилю. Эти измѣненія преданія... во всякомъ случаѣ уполномочиваютъ на заключеніе, что международное право въ развитіи римскаго правового сознанія позже всего достигло признанія.

По смыслу самая вѣрная форма преданія есть безъ сомнѣнія та, которой слѣдуетъ Цицеронъ.» Такъ говоритъ Ланге въ рецензіи на первое изданіе этого сочиненія въ «N. Jahrb. fur Phil. u. Padag.» В. 67, 5 38.

этомъ то, что преданіе, рассказывающее о возникновеніи всего остального въ самомъ Римѣ, признаетъ здѣсь заимствование у чужаго народа.

Вотъ въ немногихъ словахъ исторія возникновенія римскаго государства въ томъ видѣ, въ какомъ она казалась естественной римскому народу позднѣйшаго времени. Ибо въ настоящее время не надо уже болѣе напоминать, что каждое преданіе содержитъ выраженіе народнаго образа мыслей, что оно, хотя бы всѣ факты, имъ сообщаемые, и были не историческіе, все таки имѣетъ психологическую правду и полно значенія для всего образа мыслей и чувствъ народа. Въ этомъ отношеніи и римское преданіе весьма характеристично, что можетъ быть показано на нѣсколькихъ чертахъ.

Обыкновенно мнѣ любить переносить образованіе относительно позднѣйшаго времени въ далекую старину, въ темную, неизвѣстную даль, любить выставить твореніе рукъ человѣческихъ, естественное произведеніе отечественной исторіи подаркомъ боговъ; любить называть древнѣйшее время золотымъ вѣкомъ, когда боги странствовали еще между людьми. Обо всемъ этомъ въ римскомъ преданіи нѣтъ ни слова. Всѣмъ, чѣмъ Римъ является, что онъ пріобрѣтаетъ и производитъ, онъ обязанъ самому себѣ и своей силѣ; все что творится и организуется—во всемъ есть сообразность съ планомъ, намѣреніе, расчетъ. Ничто не образуется само собой, даже роды, которые все же суть непосредственный продуктъ природнаго роста семействъ (§ 14), даже право, которое однако болшею частью выходитъ изъ обычая. Ничто не заимствуется извнѣ; за исключеніемъ международнаго права, государство, право, религію, все производитъ Римъ изъ самаго себя.

Вотъ, слѣдовательно, основная черта римскаго воззрѣнія: Римъ ничего не заимствовалъ извнѣ, а тѣмъ, что образовалось въ Римѣ, обязанъ Римъ самому себѣ, все это вызвано къ жизни *сознательно* и съ *намѣреніемъ*. Ученіе о такъ называемомъ естественномъ, т.е. безсознательномъ, какъ бы происходящемъ во свѣ, ростѣ права у сильныхъ, дѣятельныхъ Римлянъ никогда не находило сочувствія. (*)

Такимъ образомъ, исторія должна начинать въ Римѣ нѣкоторымъ образомъ съизнова, должна пройти съ самаго начала длинный путь, отъ природной дикости до государственнаго состоянія, отъ атомистическаго скопленія индивидуумовъ другъ подле друга, до образованія народа и государства, до образованности и религіи. Римъ получаетъ въ приданое только мужей съ мощной рукой, стоящихъ на начальной ступени исторіи, потерпѣвшихъ кораблекрушеніе, которые выкинуты на землю въ нравственномъ отношеніи нагими. Они не имѣютъ прошедшаго, не принадлежатъ къ одному народу, но сбѣжались съ разныхъ концовъ земли, не приносятъ съ собой ни общаго права, ни общихъ боговъ, ни страха передъ всѣмъ тѣмъ, что дорого и свято для тогдашнихъ народовъ и потому третируется послѣдними, какъ поддонки чело- вѣчества.

Итакъ, первая сцена въ этой космогоніи римскаго міра есть абсолютно первая ступень, съ которой исторія вообще начинаетъ господство произвола

(*) Для позднѣйшаго времени см. S. 25 (Изд. 2, стр. 36).

и силы.

Потомъ, какъ вторая сцена, слѣдуетъ возникновеніе общества, союзъ для разбойничьихъ цѣлей, поддерживаемый силою и военной дисциплиной, но все таки представляющій уже начало государства. Къ этому присоединяется семейство, укрѣпленіе царской власти и союзъ съ другими народами.

Только теперь появляется съ Нумой религія и нравственность. Покой извнѣ обезпеченъ, внутри даны условія устроенной внѣшней жизни, дикая сила на подвиги можетъ оставаться праздною, пришло время, когда можетъ начаться нравственное воспитаніе народа. Хотя при Туллѣ Гостиліѣ еще разъ пробуждается вновь старая дикость, но она обращается наружу, и его преемникъ, представитель международного права, даетъ ей законныя формы, международноправовыя границы и умѣетъ снова оживить духъ времени Нумы.

Этимъ заканчивается исторія созиданія римскаго міра, ибо происходящее послѣ касается только перемѣнъ уже существующаго. Она имѣетъ извѣстное сходство съ вѣтхозавѣтной космогоніей въ томъ, что въ короткое время производитъ изъ *ничего* или изъ *хаоса* цѣлый міръ, а также, какъ въ тѣхъ библейскіе дни творенія, вызываетъ къ существованію его отдѣльныя части *одну за другой и раздѣльно*. Очередь имѣетъ нѣчто характеристичное. Совершенно въ порядкѣ вещей, что начинается хаосомъ, этимъ состояніемъ индивидуальных стремленій и произвола, заканчивается международнымъ правомъ. Но замѣчательно, что религія появляется лишь послѣ права; историческій порядокъ здѣсь прямо противоположенъ —сообразно съ нимъ право первоначально имѣетъ характеръ религіозный и только впоследствии принимаетъ свѣтскій. Это явленіе уже отмѣчено другимъ, (*) какъ нѣчто замѣчательное; я склоненъ разсматривать его, какъ выраженіе римскаго образа мыслей, по которому государство занимаетъ первое мѣсто, а религія второе.

Уже одно это измѣненіе порядка, по всѣмъ историческимъ свѣдѣніямъ несомнѣнно постояннаго, показываетъ, что въ исторіи образованія римскаго нравственнаго міра, есть нѣчто дѣланное, и совершенно такое же заключеніе можно вывести изъ другихъ основаній. Извѣстныя изслѣдованія Нибура избавляютъ насъ отъ труда входить въ подробности; здѣсь достаточно обратить вниманіе вообще на внутреннюю неправдоподобность римскаго преданія. Выходя изъ стремленія сдѣлать происхожденіе Рима какъ можно болѣе незначительнымъ, чтобы позднѣйшее величіе его представило тѣмъ почетнѣйшій контрастъ, преданіе представляетъ намъ первоначальное населеніе ничѣмъ не соединенной массой отдѣльныхъ особей и даетъ послѣднимъ нравственное снабженіе «первыхъ людей.» Развѣ это однако мыслимо? Развѣ каждый, кто участвовалъ въ построеніи Рима, не принадлежалъ уже къ устроенному обществу, развѣ онъ уже не принесъ оттуда *историческаго* снабженія; или онъ

(*) Напр., Hegel Philosophie der Geschichte § 361: «Эта черта весьма замѣчательна тѣмъ, что религія выступаетъ позднѣе государственнаго союза, между тѣмъ, какъ у другихъ народовъ появляются религіозныя преданія уже въ древнѣйшія времена и раньше всѣхъ гражданскихъ учрежденій.»

могъ отбросить отъ себя своихъ боговъ, свои правовыя понятія, все свое нравственное развитіе и снова обратиться въ дикаго звѣря? И среди этихъ убійць и разбойниковъ, должно было въ самое короткое время образоваться право или еще лучше, Ромуль долженъ былъ по своему произволу *сотворить* право, которое однако тотчасъ же выказало, несмотря на различный составъ населенія и его необузданность, могущество и вліяніе родового, — наследственнаго права? Гегель, въ остальномъ мѣтко схватившій существо римскаго духа, безъ всякаго сомнѣнія рѣшился на это предположеніе. Онъ говоритъ, что « духъ строгой законности Римлянъ возникъ изъ ихъ происхожденія, изъ перваго разбойничьяго общества, » ибо « это основаніе государства непосредственно вело за собой суровѣйшую дисциплину и пожертвованія для цѣли союза ». Римъ для него есть « нѣчто съ самаго начала дѣланное, не первоначальное », и римская жизнь беретъ свое начало « въ одичавшей грубости, исключаяющей чувство естественной нравственности ». (*) Онъ говоритъ, что право сообразно съ этимъ, было нѣкоторымъ образомъ уздой, налагаемой на дикаго неукротимаго звѣря, а не чѣмъ либо свойственнымъ самому субъекту; государство же было клѣткой, изъ которой выпускался звѣрь только для того, чтобы подъ надзоромъ своего укротителя свирѣпствовать и грабить у сосѣдей. Не отвергая въ этомъ пониманіи извѣстной доли правды, къ которой мы позже вернемся, — именно зависимости чувства строгой законности отъ военной дисциплины — мы все таки должны рѣшительно возстать противъ принятаго въ угоду преданію, возникновенія права, и государства изъ нравственнаго болота. Римское преданіе хочетъ приписать Римлянамъ славу, что они начали ни съ чѣмъ и все произвели изъ самихъ себя; потому при началѣ римской исторіи не существуетъ ни національности, ни религіи, ни права. Настоящее же положеніе дѣла заключается въ томъ, что все это существовало уже до Рима, что основателей Рима можно отчасти сравнить съ переселенцами, которые являются въ какомъ либо другомъ мѣстѣ продолжателями общества, въ которомъ они находились уже у себя дома и приносятъ съ собою имущество, свою религію и свои учрежденія. Пусть пришло бы въ Римъ еще столько же отдѣльныхъ индивидуумовъ, пусть и вправду Римъ былъ убѣжищемъ, къ которому прибѣгали преступники изъ дальнихъ краевъ; во всякомъ случаѣ существовало твердое ядро населенія, существовалъ стволъ, къ которому примыкали эти атомистическія составныя части и съ которыми онѣ ассимилировались. Это ядро было подперой унаслѣдованныхъ учрежденій, оно обезпечивало государству и его установленіямъ крѣпость, которой они пользовались тотчасъ съ самаго начала. Образование римскаго права и государства является слѣдовательно, говоря техническимъ языкомъ, не *первичнымъ*, а *вторичнымъ*, т. е. оно происходитъ изъ средства и на основаніи уже существующихъ образованій; Римъ приноситъ съ собою съ самаго начала историческое приданое. Въ его правѣ, въ его языкѣ встрѣчаются воспоминанія, далеко за Римъ простирающейся старины, находятъ, сказалъ бы я, слѣды

(*) Смотри Hegels Philos. der Geschichte. S. 344, 346, 348, 351.

додилувіальної формації, слѣды развитія права, начало и продолженіе котораго протекли задолго до Рима и результаты котораго представляют основаніе, на которомъ Римъ строить дальше. Мы намѣрены теперь опредѣлить это историческое приданое, полученное Римомъ при его вступленіи въ міръ, намѣрены попытаться открыть путь, который прошло развитіе права прежде, чѣмъ достигло Рима. Если воспоминаніе объ этомъ и потерялось въ памяти народа, все таки въ духовномъ имуществѣ позднѣйшаго времени, какъ въ правѣ, такъ и въ языкѣ, находятся еще остатки того прежняго времени. И мы, подобно преданію, возвратимся къ первымъ началамъ права и пойдёмъ съ этимъ преданіемъ одинаковымъ шагомъ, поставивъ на мѣсто тѣхъ четырехъ фазисовъ въ исторіи образованія права, о которыхъ оно говоритъ: до государственнаго стремленія индивидуумомъ, образованія государства, появленія религіи, принятія международнаго права, *три принципа*, именно: *принципъ субъективнаго права*, соотвѣтствующій первому фазису, *принципъ семейства и военнаго устройства съ его государственно-образующей силой*, соотвѣтствующій второму и четвертому и наконецъ «*религіозный принципъ*, который соотвѣтствуетъ третьему фазису».

III. СОСТАВЪ И НАСЕЛЕНІЕ РИМСКАГО ГОСУДАРСТВА.

I. СОСТАВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ РИМСКАГО ГОСУДАРСТВА. Вышеприведенный рассказъ Ливія объ основаніи Рима, подобно другимъ легендарнымъ сказаніямъ, далеко не можетъ считаться безусловно вѣрнымъ, но тѣмъ не менѣе въ немъ встрѣчаемся съ однимъ фактомъ, который можно признать за достовѣрный это именно тотъ фактъ, что римское государство возникло изъ соединенія 2 различныхъ племенъ. Если даже не вѣрить рассказу о похищеніи Сабинянокъ, о сліянніи Римлянъ съ Сабинянами подъ властію двухъ царей Ромула и Тита Тація, то на достовѣрность факта сліяннія указываетъ позднѣйшее названіе римскаго народа «*Populus Romanus et Quirites*» или «*Populus Romanus Quiritium*», названіе, которое прямо свидѣтельствуетъ, что одному изъ племенъ, вошедшихъ въ составъ Римскаго народа, соотвѣтствовало названіе *Romani* другому *Quirites*. Новѣйшія изслѣдованія указываютъ, что племена, являющіяся основными элементами Римскаго народа, были Латиняне и Сабиняне, (*) характеристику которыхъ мы намѣрены сейчасъ представить.

1. *Latini*, которымъ соотвѣтствуетъ названіе *Romani* или *Populus Romanus*, жили въ Лациумѣ, границей котораго на западѣ было Тирренское море; на сѣверо-западѣ рѣка Тибръ; на сѣверѣ и сѣверо-востокѣ земли Сабинянъ и Эквовъ, на югѣ земли Герниковъ и Вольсковъ (Умбро-Сабельскія племена). По ту сторону Тибра жили Этрусски, племя неодинаковое съ Латинянами, а потому выраженіе «*trans Tiberim*» въ римской терминологіи означало чужую, непріятельскую страну; напр. въ законахъ XII таблицъ говорится, что если должникъ не отдаетъ долга, то его кредиторъ можетъ продать его за Тибръ *vendere eum*

(*) Указанія о различіи этихъ племенъ можно найти въ Исторіи Шлегеля, въ 1 т. 4-ой книги 14 и 15 главахъ и въ Исторіи Римскаго права Эсмарха, §§ 2 и 3, 2-ое изд. 1877 г.

trans Tiberim, т. е. въ рабство. Значеніе этого выраженія объясняется такъ потому, что только въ границахъ Римскаго государства римскій гражданинъ находился подъ покровительствомъ законовъ; какъ только онъ переступалъ границу, онъ становился внѣ защиты законовъ, слѣдовательно, если онъ находился въ предѣлахъ чужаго государства, за границею своего, онъ могъ быть обращенъ этимъ государствомъ въ рабство.

Мѣстность Лациума была прибрежная полоса земли, простиравшаяся отъ Нижняго Тибра до Понтинскихъ береговъ, широкая низменная равнина, съ почвою весьма удобной для хлѣбопашества и скотоводства и вообще для мирнаго развитія. Благодаря такому положенію, Латины обращаютъ все свое вниманіе на земледѣліе и достигаютъ въ этомъ отношеніи весьма значительнаго развитія.

Прежде Латинянь, въ Лациумѣ жило другое племя *Siculi*, которое было вытѣснено Латинянами, и двинувшись на югъ Аппенинскаго полуострова, перешло потомъ на островъ, получившій отъ него свое названіе—Сицилію. Очувтившись въ мѣстности открытой со всѣхъ сторонъ и ничѣмъ не защищенной отъ внѣшнихъ нападений, Латины, боясь быть вытѣсненными, въ свою очередь, должны были заботиться объ искусственной защитѣ. Отсюда возникаютъ многочисленныя замки (*arces*), къ которымъ примыкаютъ города (*urbes*), то есть, мѣстности, окруженныя стѣнами (*moenibus*); города эти дѣлаются средоточіемъ сельскихъ общинъ, и всѣ вмѣстѣ, впоследствии, образуютъ тотъ общій Латинскій союзъ, который былъ и звѣстенъ подъ именемъ «*Nomen Latium*». Такимъ образомъ всѣ общины, вошедшія въ составъ этого союза, представляли федеративное государство, съ общими сакральными учрежденіями, всѣ члены котораго должны идти на войну подъ начальствомъ общаго военачальника, участвовать на общемъ совѣтѣ, въ которомъ каждый *paterfamilias* имѣлъ голосъ. Всѣ Латиняне имѣли полное общеніе правъ (гражданскихъ), то есть каждому принадлежало *ius conubii* и *ius commercii*. Подъ *ius conubii* разумѣется полная семейная правоспособность, то есть право заключенія брака со всѣми юридическими послѣдствіями, каковы власть мужа надъ женою, *manus mariti* и власть отцовская, *patria potestae*: Въ *frag. Ulpiani* 5 тит. § 3, находимъ слѣдующее опредѣленіе: *Conubium est uxoris iure ducendae facultas*, и въ тѣхъ же *frag. Ulpiani* 19 тит. § 5 другое опредѣленіе. *Commercium est emendi vendendique in vicem ius*.

Въ *ius commercii* содержатся слѣдующія права:

1) Право имѣть имущество, во 2) право приобрѣтать имущество, распоряжаться имъ, мѣнять, словомъ, право совершать юридическія сдѣлки, *negotia*, и въ 3) *ius standi in iudicio*, право являться въ судъ для защиты своихъ имущественныхъ и другихъ отношеній. *Ius conubii* и *ius commercii* принадлежали, такимъ образомъ, всему Латинскому союзу и притомъ настолько исключительно, что никто другой, къ союзу не принадлежавшій, не могъ пользоваться этими правами. Латинскій союзъ, какъ одно цѣлое, противопоставлялъ себя всему не латинскому, не допуская лицъ, не носившихъ имени членовъ союза, пользоваться ни однимъ изъ вышеозначенныхъ правъ (*horror alieni*). Для защиты отъ внѣшнихъ нападений, города, какъ было уже сказано, соединялись въ сою-

зы, начальство надъ которыми, въ военное время, ввѣрялось одному верховному военачальнику. Такимъ образомъ, въ Латинскомъ же союзѣ вырабатывается идея подчиненія верховной власти, и въ этомъ отношеніи онъ представляетъ значительно большее политическое развитіе, сравнительно съ патриархальнымъ бытомъ другихъ племенъ; устанавливаетъ у себя государственный порядокъ и стремится къ его развитію и усовершенствованію. Другое явленіе представляютъ 2. **Sabini**. Они жили къ сѣверу отъ Лациума, въ гористыхъ мѣстностяхъ, граничащихъ съ запада съ Этрурією, къ сѣверу съ землею Умбровъ, къ востоку съ Пицентами, къ югу съ Лациумомъ и Эквами. Они были племенемъ забожнымъ, но суровымъ, сохранившимъ патриархальный бытъ. Защищаемые естественными границами, горами, они не имѣли, какъ Латиняне, надобности въ искусственной защитѣ, замкахъ, ни въ соединеніи въ общины и жили отдѣльными семьями. Поэтому у нихъ гораздо большее значеніе, нежели община, имѣла семья, а съ нею и свойственная ей замкнутость, отличающая вообще патриархальный бытъ. О государственномъ порядкѣ, о подчиненіи одной свѣтской власти у нихъ не могло быть и рѣчи. Развившіяся вслѣдствіе пастушескаго состоянія суровыя, поклоненіе грознымъ силамъ природы, имѣли въ ихъ жизни наиболѣе важное значеніе и служили между ними такимъ же связующимъ элементомъ, каковымъ у Латинянъ свѣтская власть, подчиненіе общей волѣ союза, осуществляемой представителемъ верховной власти. Понятно, поэтому, что когда соединились эти два племени въ одинъ народъ, между ними не могло быть полного единства, а, напротивъ, обнаружилась двойственность началъ, должна была возникнуть борьба между этими началами. Дѣйствительно, въ самомъ началѣ возникновенія Римскаго государства, или при первомъ появленіи римскаго народа на поприщѣ исторіи, какъ говоритъ Герингъ, въ немъ уже совершилось отдѣленіе свѣтскаго права отъ религіознаго, то есть, *ius* отъ *fas*, впрочемъ представителями перваго были Латиняне, а втораго Сабиняне. Сообразно съ этимъ, мы постоянно видимъ въ римскомъ государствѣ два противоположныхъ направленія: съ одной стороны, и именно со стороны Латинянъ, удивительную подвижность, стремленіе впередъ къ улучшенію государственнаго устройства, а съ другой со стороны Сабинянъ, крайнюю устойчивость, сильную отцовскую власть, не поддающуюся никакимъ ограниченіямъ, крайній консерватизмъ, ревниво оберегающій установившійся порядокъ. Сочетаніемъ этихъ двухъ противоположныхъ элементовъ объясняется послѣдовательное развитіе римскаго народа, какого не замѣчается ни у одного другаго народа, безъ всякихъ уклоненій въ сторону, безъ кровопролитій, которыя имѣли мѣсто только въ концѣ республики во времена внутреннихъ междоусобій Марія, Суллы и не встрѣчались ниразу на первой ступени развитія Римскаго государства. Эта же борьба двухъ элементовъ, консервативнаго и прогрессивнаго, чрезвычайно способствовала выработкѣ точныхъ юридическихъ нормъ, уравнивающая противоположность этихъ элементовъ. Съ уничтоженіемъ затѣмъ племеннаго различія выступило новое различіе между патриціями и плебеями, которые ведутъ между собою борьбу въ продолженіи долгаго времени, борьбу, во время которой элементъ Латинскій (плебеи), въ своемъ стремленіи впередъ, былъ удерживаемъ элементомъ Сабинскимъ (патриціи). Впослѣдствіи, къ двумъ племенамъ присоединилось еще третье. Од-

ни писатели (Нибуръ, Сокольскій § 12) полагаютъ, что это племя были Этруски, другіе (Швеглеръ) — что это были племена Латинскія. Это новое племя составило особую *tribus Luceres*.

Указавъ на характеристическія различія двухъ племенъ, вошедшихъ въ составъ Римскаго народа, перейдемъ къ вопросу о дѣленіи древняго Римскаго государства (Сок. § 11 и 12).

2. ДѢЛЕНІЕ РИМСКАГО НАРОДОНАСЕЛЕНІЯ (Сокольскій § 13). Населеніе древняго Римскаго государства, по рассказамъ древнихъ писателей, состояло изъ трехъ трибъ *Rames Tities* и *Luceres*, которыми обозначались отдѣльныя племена. Каждое племя состояло изъ семействъ, *familia*; совокупность нѣсколькихъ семействъ составляла родъ — *gens*. Таково было *естественное дѣленіе* римскаго народа *по происхожденію*. Но для соединенія различныхъ племенъ въ *одно политическое цѣлое* оказалось необходимымъ новое, именно *политическое дѣленіе* народа. Въ виду этого, установилось искусственное дѣленіе приспособленное къ цѣлямъ военной организаціи народа, по которому каждая триба распадалась на 10 курій, а каждая курія на 10 декурій, такъ что въ *политическомъ* отношеніи, римскій народъ представлялъ *3 трибы 30 курій и 300 декурій*. Но совпадало ли политическое дѣленіе съ естественнымъ или другими словами: имѣютъ ли одинаковое значеніе *gens* и *decuria*, это является спорнымъ вопросомъ, по которому мнѣнія ученыхъ расходятся. Но внимательное разсмотрѣніе понятія о *gens* и о *jus gentilitatis*, показываетъ, что *gens* имѣло значеніе родственнаго союза, а не политической единицы.

Gens, какъ показываетъ самое названіе (отъ корня *genus*, гр. *γένος*) есть союзъ естественный, предполагающій родственную связь между его членами. Однако Нибуръ признаетъ въ *gentes* союзъ не естественный, а политическій, какъ подраздѣленіе курій, то есть тождественный съ декуріями, и вслѣдъ за нимъ и другіе извѣстные писатели держатся этого мнѣнія, съ Schwegler 1, 14. (*) Съ другой стороны, это мнѣніе отвергается многими новѣйшими учеными. Объясненіе соотношенія между *gentes* и *decuriae* предствавилъ и ученый итальянскій Lattes. Онъ утверждаетъ, что *gens* была естественная асоціація людей, основанная на единствѣ происхожденія и что въ каждую декурію входитъ нѣсколько *gentes*, соединенныхъ для отправленія сообща воинской повинности. См. Сокольскаго § 13 пр. 18. Основаніемъ въ силу котораго *gens* признается за дѣленіе естественное, служатъ во 1) *самое названіе союза*, какъ объ этомъ сказано выше; во 2) то, что всѣ члены союза имѣли *общій nomen gentilitium*, которое носилось ими до тѣхъ поръ, пока какой нибудь изъ нихъ не былъ лишенъ этого права, на основаніи *decreta gentilitia* (Т. Ливій VI кн. 20 гл.). 3) Всякая *gens* имѣла свои жертвоприношенія. *Sacra, sacra gentilitia*, которыя *разсматривались* какъ *sacra privato*, т. е. *gens* признавалась такою же частною общиною, какъ семья. Извѣстно, что *sacra* у Римлянъ раздѣлялись на *publica* и *privata*, различіе между которыми состояло въ томъ, что издержки на первыя отнеслись на счетъ общественной казны, а на вторыя — на счетъ ча-

(*) См. напр. Fustel de Coulanges lib. II chap. 10, Padeletti Kap. 11? пр. 2. Hering Geist d. R. R. I § 14 Marquardt, Rom. Staatsverwaltung III. p. 126.

стныхъ лицъ. Первыя, т. е. *sacra publica quae pro populo fiunt*, были установ-
лены для каждой курии, а вторыя, т. е. *sacra privata quae pro familiis genti-
bus fiunt*. (*) были установлены для семей *familiis* и *gentibus*. т. е. естествен-
ныхъ союзовъ. Последнее обстоятельство служить наилучшимъ доказательствомъ,
что *gens* не есть политическая единица. 4) Всѣ гентилы имѣли общее мѣсто пог-
ребенія, какъ это имѣли всегда члены отдѣльной семьи. (Cicero: *de legibus* II кн.
22 гл.). 5) Гентилы по закону XII таблицъ, имѣли еще такое право, которое пре-
доставляется только на основаніи родственныхъ связей. Это право наследова-
нія *ab intestato*, которое у всѣхъ народовъ во всѣ времена признавалось лишь
за родственниками Гай (**) говоритъ, что на основаніи законовъ XII таблицъ,
первыми наследниками являются *agnati*, а если ихъ нѣтъ, то *gentiles*.

6) Въ законахъ 12 таблицъ говорится, что если Гентиль сойдетъ съ ума,
то забота объ его имуществѣ ложится на агнатовъ или гентиловъ. Такимъ об-
разомъ, гентиламъ принадлежало право законнаго представительства или по-
печительства надъ сумашедшими, *cura legitima*, что также указываетъ на се-
мейный характеръ *gentes*. (***)

На основаніи вышесказаннаго слѣдуетъ признать два дѣленія римскаго на-
рода: естественное, по происхожденію (*tribus, gentes, familiae*) и искусственное,
для цѣлей политической и военной организаци, (*curiae, decuriae*).

3) ЦАРЬ И СЕНАТЪ. См. Сокольскій § 15. Ср. Padeletti Кар. 2 и 6.

Къ тому, что говоритъ Сокольскій о царѣ сдѣлаемъ слѣдующее примѣчаніе:
тремя властью царя: административной, т. е. власти высшаго управленія *potes-
tas*, военной и судебной *imperium* и духовной, соответствовали три акта, ко-
торыми сообщались ему эти власти, именно *creatio*, т. е. выборъ царя куриенски-
ми комиціями *comitia curiata*, по предположенію *interrex lex curiata de impe-
rio*, т. е. сообщеніе царю, по собственному уже его предложенію, *imperium* кури-
енскими же комиціями, *inauguratio*, см. Schwegler *Rom. gesch.* I, 14, 14, объ
inauguratio Mommsen *Romisches Staatsrecht* II, p. 8.

Касательно сената Паделетти указываетъ на то обстоятельство, что однимъ

(*) См. Festus b. «*Publica sacra quae publico sumptu pro populo fiunt.....
at privata quae pro singulis hominibus familiis gentibus fiunt.*» Изъ этой Града-
ции видно, что *gens* разсматривалась находящейся въ такомъ же отношеніи къ
familia, въ какомъ *familia* находилась относительно *singulis homo*, т. е. была
только дальнѣйшее развѣтвленіе *familiae*.

(**) См. Ist. Gaji III § 17.

(***) Подробно о значеніи *gens*, вѣрный взглядъ на которую весьма ва-
женъ для пониманія древне-римскаго юридическаго быта, говоритъ Герингъ,
какъ выше было указано въ I кн. § 14 своего сочиненія: «Духъ Римскаго права»
Онъ указываетъ, что во I, то ученіе, которое принимаетъ *gens* въ судьбѣ сво-
ихъ членовъ дѣлаетъ его похожимъ на семью, въ которой одной судьба отдѣль-
наго члена члена, его радость и горе, успѣхъ и неудача, отражаются на судьбѣ
всей семьи: во 2.

изъ основныхъ положеній публичнаго и частнаго права римлянъ было то, что всякое лицо, имѣвшее власть постановлять обязательныя рѣшенія, должно было предварительно совѣщаться съ близкими заинтересованными и разсудительными лицами. Отецъ, мужъ, судя по древнему обычаю, должны были обращаться къ *consilium*, родственниковъ, друзей, юристовъ. Это *consilium*, хотя и не имѣло рѣшительнаго голоса, но тѣмъ не менѣе оказывало большое вліяніе на рѣшенія права, которыя имѣютъ гентилы въ отношеніи къ *gens*, какъ напр. право быть выкупленнымъ изъ плѣна, быть защищаемымъ и пр., точно также, какъ и право *gens* въ отношеніи *gentiles*, указываютъ на семейный характеръ этого союза. Чтобы указать на примѣръ важности вѣрнаго взгляда на *gens* приведемъ мнѣніе Геринга, согласно которому одна изъ важнѣйшихъ магистратуръ республиканскаго времени, цензура которой какъ извѣстно, принадлежало право надзора надъ гражданами въ отношеніи ихъ нравственности, объясняется только изъ гентильнаго устройства. Римляне, столь тщательно охранявшие свободу гражданъ, никогда бы не рѣшились на допущеніе строгой и стѣснительной *censura morum*, если бы не были издавна приучены къ такому наблюденію за домашнею жизнью отдѣльныхъ лицъ, надзоромъ *gentis* за гентилами.

Этотъ же характеръ съ самыхъ древнѣйшихъ временъ имѣлъ совѣтъ короля или *Senatus*.—Поэтому весьма вѣроятно, что и при царяхъ согласіе сената было необходимо для объявленія войны и для заключенія мира и международныхъ договоровъ.

4) ПАТРИЦИИ, КЛИЕНТЫ И ПЛЕБЕИ. Сокольскій § 15.

Сдѣлаемъ нѣсколько примѣчаній въ тому, что Сокольскій говоритъ въ началѣ этого §. Онъ говоритъ о томъ, кто могъ быть полноправнымъ римскимъ гражданиномъ. Но какое значеніе имѣетъ слово полноправный? Это требуетъ извѣстнаго опредѣленія. Полноправнымъ называется тотъ, который имѣетъ полное право гражданина государства, *jus civitatis (civis Romani)*. *Civis Romanus sum*, значитъ: я полноправный гражданинъ. Въ составъ этой полноправности входила правоспособность, *caput*, какъ въ отношеніи публичнаго, такъ и въ отношеніи частнаго права. Въ сочиненіи Willem 5 a Droit public romain. 2 издан. 1872 г. на стран. 30 мы находимъ исчисленіе правъ, принадлежавшихъ полноправному римскому гражданину. Въ составъ политическихъ правъ входятъ два слѣдующихъ: *Jus suffragii*, или право подавать голосъ въ народныхъ собраніяхъ. Съ самаго древняго времени такая подача происходила *in comitiis curiatis*. Затѣмъ, при Сервіи Тулліи, были введены новыя народныя собранія, *comitia centuriata*. Наконецъ, впоследствии образовались трибутскія собранія, *comitia tributa*. Народныя собранія созывались царемъ, впоследствии высшимъ республиканскимъ магистратомъ для того, чтобы самъ народъ могъ высказать свое мнѣніе по законодательному вопросу, внесенному въ собраніе. Такимъ образомъ, *jus suffragii* есть право считать себя частью или членомъ законодательной власти. Такое значеніе имѣетъ это право вслѣдствіе особеннаго взгляда Римлянъ на государство и на законъ, какъ слѣдствіе договора. См. Ihering Geist, I § 15 изд. III стр. 209 и слѣд.

Римскій народъ, говоритъ Герингъ, отличается субъективными взглядами въ своей правовой жизни. Съ точки зрѣнія субъективной же, государство представляется какъ договорное отношеніе суммы индивидовъ, которые согласились, на-

рочно или молчаливо, вступить между собою въ общеніе.

Изъ такого взгляда на государство вытекаетъ и взглядъ на законъ, который разсматривался не какъ общая воля всего государства, какъ одного цѣлаго, особенной законодательной власти, которая стоитъ надъ каждымъ гражданиномъ и создаетъ право, но какъ результатъ соглашенія между отдѣльными римскими гражданами и договоръ ихъ между собою (см. Ihering 1. с. стр. 217 при пр. 113: *Das Gesetz ein Vertrag Aller*). *Lex est . . . communis rei publicae sponsio, fr.; l. D. 1, 3.* Законъ есть обѣщаніе всѣхъ гражданъ подчиняться извѣстнымъ правиламъ, есть соглашеніе *factum*, отдѣльныхъ гражданъ между собою. Если же законъ есть ничто иное, какъ соглашеніе отдѣльныхъ гражданъ между собой, то, понятно, что онъ можетъ распространять своедѣйствіе только на тѣхъ, которые принимали участіе въ этомъ соглашеніи, что правами, вытекающими изъ такого закона могутъ пользоваться: только участники договора. И такъ первый признакъ полноправнаго гражданина есть *iussuffragii*.

Но относительно участія въ народномъ собраніи нужно сдѣлать оговорку: куриатскія и центуриатскія собранія находились въ ближайшей связи съ военнымъ устройствомъ См. Padeletti Kap. 4. Поэтому не имѣли *communio comitiorum* т. е. права участвовать въ собраніяхъ лица, хотя пользовавшіеся правомъ гражданства, но не имѣвшія качествъ, необходимыхъ для отправления военной службы, а именно: несовершеннолѣтніе (*impuberes*) и женщины. Другое политическое право есть:

b) *Jus honorum*, право занимать государственныя должности. Занятіе государственныхъ должностей сперва было дѣйствительно только почетомъ (*honor*). Поэтому Римляне говорили *promiscue honorem gerere* или *magistratum gerere* (слова *honores* и *magistratus* одинаковы по значенію), занимать государственную должность, то есть участвовать въ управленіи государствомъ, въ качествѣ самостоятельнаго римскаго гражданина.

c) Къ этимъ двумъ политическимъ правамъ присоединяется еще участіе въ священномъ правѣ, *ius sacrum*, которое стояло въ такой близкой связи съ *ius publicum* что не было ни одного акта въ политической жизни, который бы не предполагалъ участія религіознаго права; *ius sacrorum et auspiciorum* права приносить отъ имени народа жертвы и испрашивать волю боговъ. Объясненіе воли боговъ лежало на обязанности жреческой коллегіи авгуровъ, но инициатива испрашиванія воли боговъ исходила отъ магистрата. Поэтому, согласно съ дѣленіемъ магистратовъ на *maiores* и *minores*, и *auspicia* были *minora* и *maiora*.

Принимать участіе въ *auspicia* могли только члены той общины, существованіе которой было освящено богами. Если припомнимъ рассказъ Ливія, то увидимъ, что, во время борьбы между патриціями и плебеями, ни одно право не отстаивали патриціи съ такою силою и настойчивостью, какъ *ius sacrorum* которое могло, по ихъ мнѣнію, принадлежать лишь членамъ освященной богами общины, а такими членами патриціи не признавали плебеевъ. Willems. въ числѣ правъ полноправнаго гражданина, считаетъ еще d) *Jus provocacionis ad populum*, право воззванія къ народу въ дѣлахъ уголовныхъ. Несомнѣнно, что право уголовного суда принадлежало царю безапелляціонно въ военное время, когда онъ былъ облеченъ военною властью *imperium Imperator* — это вое-

начальникъ. (Императоры римскіе не назывались спеціально *imperatores*. а *principes*); Въ наукѣ существуетъ споръ относительно того, имѣлъ ли царь, въ всякое другое время, кромѣ военнаго, право безапелляціоннаго уголовного суда, и можно ли было апеллировать къ народу на рѣшеніе царя въ уголовномъ дѣлѣ.

Основагіемъ такого спора служить рассказъ о борьбѣ Куриціевъ съ Гораціями. Извѣстно, что три брата Куриціи изъ Альбалонги вступили въ борьбу съ тремя братьями Гораціями, съ римской стороны. Послѣдній изъ Гораціевъ убилъ всѣхъ Куриціевъ и тѣмъ подчинилъ Альбалонгу Риму. Но, возвращаясь домой, онъ увидѣлъ свою сестру, которая плакала по одному изъ убитыхъ Куриціевъ, бывшемъ ея женихомъ. Увлеченный патріотизмомъ, видя въ слезахъ сестры измѣну государству, такъ какъ она должна бы радоваться смерти врага государства, а не оплакивать его, Горацій убилъ свою сестру. Поэтому случаю былъ назначенъ судъ и Тулль Гостилій передалъ это дѣло дуумвирамъ, на рѣшеніе которыхъ Горацій апеллировалъ потомъ къ народному собранію. Изъ этого факта одни писатели заключаютъ, что власть царя въ судебномъ отношеніи была ограничена, и что на рѣшеніе его можно было апеллировать къ народу, тогда какъ другіе говорятъ, что это было возможно только тогда когда царь передалъ разборъ дѣла другимъ лицамъ, именно *duumviris perduellionis*, что онъ дѣлалъ по своему усмотрѣнію; такъ въ данномъ случаѣ, *ex iure stricto* царь долженъ былъ осудить Горація на смерть, и его рѣшеніе нужно было бы исполнить, но, въ виду заслугъ Горація, онъ передалъ дѣло дуумвирамъ, съ тѣмъ чтобы дать ему возможность провоцировать къ народу. Въ республиканскія времена, начиная съ закона Валерія Публиколы *Lex Valeria de provocazione* 247 ab u. c. никто не могъ лишить гражданина жизни за исключеніемъ высшаго судьи народа. *Ius provocacionis ad populum* является вслѣдствіе этого весьма важнымъ правомъ римскаго гражданина.

е) Далѣе, весьма важнымъ правомъ было *ius occupandi agrum publicum*, право занимать для пользованія общественныя поля. Первоначальная территория Рима по рассказамъ древнихъ писателей, распадалась: во 1) на земли, предназначенныя для содержанія царя и сакральныхъ учреждений, во 2) на земли, отдѣленныя полноправнымъ граждавамъ въ полную наследственную собственность, это такъ называемое *heredia* (отъ слова *herus*. нѣмец. *Heerr*. полный господинъ, отсюда уже произошло дальнѣйшее слово: *heres*. наследникъ) въ 3. земли, предоставленныя отдѣльнымъ *gentes* или же распределенныя для пользованія между отдѣльными частными лицами и въ 4. *ager publicus*, считавшійся принадлежащимъ *populo* народу. Право занятія общественнаго поля представляется чрезвычайно важнымъ. Имъ нѣкоторые писатели объясняли то, что патриціи въ своей борьбѣ съ плебеями, долго оставались побѣдителями, имѣя надъ ними экономическій перевѣсъ. Только исключительно римскіе граждане имѣли право занимать участки въ новопріобрѣтенныхъ территорияхъ; слѣдовательно, въ рукахъ патриціевъ могло сосредоточиваться очень много земель, тогда какъ плебеи могли только пользоваться весьма небольшими участками (2 югера), выдѣленными имъ государствомъ (это выдѣленіе называлось техническимъ *assignato*, тогда какъ способъ владѣнія общественными землями, какой имѣли пат-

риции, назывался *оссураціо*), вслѣдствіе этого, понятно, что патриціи находились въ лучшихъ условіяхъ, нежели плебеи въ борьбѣ которую они вели между собой.

р) Полноправный гражданинъ римскаго государства имѣлъ опредѣленныя обязанности въ отношеніи къ государству, вытекавшія еще изъ двухъ правъ а именно изъ *ius militiae* и *ius tributis*. Подъ *ius militiae* разумѣется обязательное служеніе въ римскихъ легіонахъ, отказаться отъ котораго нельзя такъ какъ за уклоненіе отъ исполненія этой обязанности грозило *venditio trans Tiberim* т. е. лишеніе правъ римскаго гражданства и продажа въ рабство. Подъ *ius tributis* разумѣется плата опредѣленной и имущественной подати, исчисленной пропорціонально имуществу каждаго. Отъ *tributum* надо отличать *aes*, подушную подать, распределяемую часто магистратами совершенно произвольно, а потому не справедливо. Уклоненіе отъ ценза и платы *tributum* было тоже строго преслѣдуемо закономъ, и каждый виновный въ этомъ уклоненіи, *incensus*, подвергался тоже лишенію правъ римскаго гражданства и продажѣ въ рабство.

Что касается гражданскаго права, то въ немъ римскимъ гражданамъ принадлежали *ius conubii* и *ius commercii*, о которыхъ было сказано выше, а также, какъ необходимое слѣдствіе, *ius commercii ius standi in iudicio* для защиты на судѣ своей имущественной правоспособности.

ДРУГИЕ ЭЛЕМЕНТЫ РИМСКАГО НАСЕЛЕНІЯ. Всѣ вышеизложенныя права могли принадлежать только полноправнымъ римскимъ гражданамъ, *civibus Patriciis*. Но на ряду съ ними, по рассказамъ древнихъ писателей, мы уже съ древнѣйшихъ временъ встрѣчаемся съ другими элементами римскаго населенія, которые занимали подчиненное положеніе — это именно кліенты и плебеи (подробно у Сок. § 15).

1) КЛІЕНТЫ. Вопросъ о кліентахъ и плебейхъ принадлежитъ къ числу спорныхъ вопросовъ, неразрѣшенныхъ до сихъ поръ наукою. Мы, окончатель но въ видѣ прибавленія къ Сокольскому, приведемъ здѣсь вкратцѣ только нѣкоторыя указанія изъ новѣйшаго изслѣдованія о кліентахъ. Оно принадлежитъ ученому Морицу Фохту, подъ заглавіемъ: *Ueber die Clientel und libertium* 1873 г. Ср. *Handbuch der römischen Alterthümer von Mommsen und Marquardt VII, т. 1 ч., 1879 г. Отдѣлъ V, стр. 196 слѣд. Padeletti Kap. 17.*

Сочиненіе Фохта озаглавлено: О КЛІЕНТАХЪ И ВОЛЬНООТПУЩЕННЫХЪ. Сопоставленіе этихъ двухъ вопросовъ происходитъ оттого, что Фохтъ принадлежитъ къ ученымъ, которые полагаютъ, что вольноотпущенные, то есть, получившіе свободу рабы *libertini* также обращались въ кліентовъ. И такъ оно выходитъ изъ того предположенія, что въ самомъ началѣ римскаго государства существовало всегда что и рабы, отпущенные на волю дѣлались кліентами. Онъ именно признаетъ въ древнѣйшемъ римскомъ населеніи три основныхъ элемента: патриціевъ — полноправныхъ гражданъ государства (*Vollfreie oder Bürger*), людей служилыхъ (*Dienstmannen*), кліентовъ или древнѣйшую *plebs* и совершенно безправныхъ или рабовъ (*servi*). — Кунтце, (*) на про-

(*) Excürse къ § 56 58, ст. 47 и слѣд

тивъ доказываетъ, что института рабства у римлянъ въ эти древнія времена не существовало и не могло существовать, такъ какъ это есть учрежденіе совершенно свѣтское, чисто имущественное отношеніе, которое вовсе не согласуется съ господствовавшимъ въ первое время по основаніи государства священнымъ правомъ.

Вообще, объ этомъ существенномъ вопросѣ очень много спорныхъ мнѣній. Укажемъ, между прочимъ, для желающихъ на сочин. Теринга, I т., § 16, въ которомъ онъ говоритъ о кліентахъ.

Фохтъ, согласно своему раздѣленію римскаго населенія на 3 части, проводитъ между ними такое различіе: 1) *Quirites* свободные римскіе граждане, составляющіе *populus* и, затѣмъ обозначенные названіемъ патриціевъ, въ противоположность въ послѣдствіи явившимся плебеямъ, и представлявшіе въ *курияхъ*, *gentes, domusfamiliaeque*, извѣстныя корпоративныя общины, служившія для политическихъ, религіозныхъ и частныхъ интересовъ. 2) *Clientes* (*Dienstmannen*, какъ Фохтъ называетъ), лично зависимый элементъ. Слово *cliens* производится отъ глагола *cluere*, — слушать (въ смыслѣ повиноваться). *Clientes* — это, по мнѣнію Фохта, древнѣйшее *plebs*, которое съ государствомъ ни въ какой непосредственной связи не находилось, но принадлежало къ государству черезъ посредство *gens*, вслѣдствіе подчиненія какому нибудь члену одной изъ *gentes* (*patronus*), подъ покровительствомъ котораго кліентъ находился. Будучи сословіемъ лично зависимымъ, кліенты отличались именно тѣмъ отъ плебеевъ, что послѣдніе были лично независимыми неподчиненными, какъ кліенты, патриціямъ. Кліентъ не мыслимъ безъ патрона, которому онъ подчиненъ. Въ случаѣ смерти патрона, патриція онъ долженъ себѣ выбрать другаго, такъ какъ иначе онъ не имѣлъ бы никакого положенія въ государствѣ, только патриціи, принадлежа государству, могли внести въ него кліента. (*) 3) Рабы, *servi* по мнѣнію Фохта, какъ это было указано выше существовали въ Римскомъ государствѣ. Римляне теоретически сознавали, что всѣ люди равны. Ульпіанъ (**) напр., говоритъ: *ex iure naturali omnes homines aequales sunt*, но это теоретическое положеніе шло наперекоръ практическимъ потребностямъ, возникавшимъ изъ ихъ сношеній съ другими народами, имѣвшими институтъ рабства. Рабы представляли классъ людей, совершенно лишенный правъ, неимѣющій никакого ни даже косвеннаго, чрезъ посредство своихъ господъ, отношенія къ государству. Ихъ разсматривали, какъ вещи и даже приравнивали къ животнымъ. У римскихъ юристовъ, наприм. можно встрѣтить такое выраженіе: *servi et cetera animalia* Gajus II § 32. Таковы положенія Фохта о классахъ римскаго населенія. Остановясь на вопросѣ, на какомъ основаніи возникла кліентела въ Римѣ, ученые указываютъ на то, что это институтъ не римскій исключительно, а обще-италійскій, который поэтому существовалъ и у Латинянъ, и у

(*) Замѣтимъ, что, на основаніи сказаннаго, кліенты не представляются непосредственною, политическою составною частію римскаго государства (какъ плебеи), а входятъ въ составъ семейнаго и гентильнаго союза патриціевъ.

(**) fr. 32 Dig. de R. I.

Сабиняны еще до их соединения и слияния въ одинъ римскій народъ. Что касается того, какъ устанавливалась клиентела, то Фохтъ во 2 § своего сочиненія приводитъ четыре способа: 1) *Applicatio ad patronum* (о которомъ упоминаетъ Цицеронъ). По римскому взгляду на государство, какъ выше было указано, полныя права въ Римѣ могли имѣть только лица, участвовавшія въ договорѣ, на которомъ основывалось государство. Всякій же иностранецъ, *peregrinus*, или, какъ онъ называется въ законахъ XII таблицъ, *hostis*, какъ неучаствовавшій въ такомъ договорѣ, не имѣлъ никакихъ правъ. Поэтому для того чтобы иностранецъ могъ жить въ Римѣ, онъ долженъ былъ вступить въ договоръ съ какимъ нибудь римскимъ гражданиномъ или съ самимъ римскимъ государствомъ, и на основаніи этого договора, по которому заключающій съ нимъ договоръ принималъ его подъ свою защиту, онъ получалъ извѣстное правовое положеніе. Подобное отношеніе, по *hospitium*, между чужестранцами и гражданами Рима (*)—сходство съ отношеніями кліентовъ къ патронамъ въ томъ, что и здѣсь, какъ при клиентелѣ, лицо, принявшее подъ свое покровительство иностранца, обязывалось его защищать и охранять его интересы. Иностранцы, добровольно покинувшіе свое отечество или осужденные на изгнаніе рѣшеніемъ суда, вступая въ предѣлы другого государства, должны были выбрать себѣ среди его гражданъ защитника или патрона. Такое отношеніе въ Римѣ технически называлось *applicatio exsulum ad patronum* (приписаніе, приставаніе извѣстнаго лица къ патрону), а со стороны патриція, соответствующимъ дѣйствіемъ было *Susceptio clientis*—принятіе изгнаннаго.

2) Вторымъ способомъ установленія клиентелы Фохтъ считаетъ *manumissio*, отпущеніе раба на волю. Рабы, отпущенные на волю становились кліентами. Правъ гражданства они не получили.

3-ій способъ является какъ бы въ видѣ исключенія, именно: принятіе какого нибудь знатнаго лица, чужестранца, съ его кліентами въ Римское государство, причемъ ему доставляется право—гражданства; онъ принимается самъ, какъ *patronus* въ этомъ государствѣ, причемъ кліенты, съ нимъ находящіеся, остаются съ нимъ въ тѣхъ же отношеніяхъ, въ какихъ были въ своемъ государствѣ.

4-е. Наслѣдственность клиентелы и патрона, по мнѣнію Фохта, также служатъ способомъ установленія клиентелы. Освобожденіе отъ извѣстнаго патрона безъ освобожденія отъ кліентства было возможно вслѣдствіи *capitis diminutio* патрона и *gentis emptio* клиентки. (**)

Что касается выхода изъ кліентства, то онъ былъ возможенъ лишь на основаніи законодательнаго акта или особой привилегіи и только въ VI сто-

(*) См. напр. объ *hospitium*: Marquardt въ приведенномъ выше сочиненіи стр. 191 слѣд.

(**) Padeletti стр. 129) объ установленіи клиентскаго отношенія говорить, что оно происходило отчасти отъ завоеванья, отчасти вслѣдствіи того, что извѣстныя семейства и лица добровольно подчинялись могущественнымъ и знатымъ родамъ.

лѣтні достиженіе курульныхъ должностей *aedilis curulis*) было также признано средствомъ выхода изъ кліенства (Фохтъ, § 4).

Каково же было положеніе кліентовъ? Фохтъ въ § 5 своего соч. приводитъ объ этомъ вопросѣ слѣдующія положенія. Во 1-хъ, кліентъ есть органическая, составная часть римскаго государства во 2-хъ онъ ни по праву, ни по обязанностямъ своимъ въ отношеніи къ государству, не находится съ нимъ въ непосредственной связи; въ 3-хъ, связь кліента съ государствомъ устанавливается черезъ зависимость кліента отъ патрона, принадлежащаго въ качествѣ гражданина, къ государству.

Подтвержденіемъ того, что кліентъ разсматривался, какъ составная часть римскаго государства, можетъ, по Фохту, служить то, что римскіе цари издавали законы, касавшіеся и кліентовъ наравнѣ съ другими гражданами.

Извѣстенъ, напр. приводимый Діонисіемъ Галикарнасскимъ законъ Ромула, который осуждаетъ на *sacratio capitis* кліента за нарушеніе своихъ обязанностей въ отношеніи къ патрону, и наоборотъ, патрона, за нарушеніе обязанностей къ кліенту. Упоминается еще также объ одномъ законѣ Нумы Помпилія, по которому убійство кліентомъ совершаемое, а равно и убіеніе кліента, разсматривается, какъ *procidium*.

Второе отрицательное положеніе Фохта, что кліентъ не находится въ прямомъ отношеніи къ государству, является въ связи съ тѣмъ, что кліенты не имѣли ни одного ни изъ политическихъ, ни изъ гражданскихъ правъ.

Изъ этого вытекаетъ то, что кліенты исключены изъ равныхъ должностей, напр. *ius sacrorum*, изъ чего, въ свою очередь, слѣдуетъ, что они не могутъ участвовать въ культѣ ни одной изъ сакральныхъ общинъ. Кроме того, кліенты не имѣли права служить въ военной службѣ, ни платить какія нибудь государственныя подати. Со стороны гражданскихъ правъ, кліенты были лишены *ius connubii* и *ius commercii*, т.е. они не могли вступать въ брачныя отношенія, охраняемыя государствомъ, равно какъ не могли имѣть собственности, ни быть въ какихъ бы то ни было имущественныхъ отношеніяхъ, находящихся подъ защитой закона. Они не имѣли права защиты своего имущества, т.е. *ius standi in iudicio*.

IUS PATRONATUS. Но все, въ чемъ кліенту отказывается въ государствѣ, онъ находитъ въ *gens* своего патрона. Напр. право брака и имущественныхъ отношеній онъ имѣетъ черезъ представительство своего патрона. Діонисій Галикарнасскій приводитъ обязанности патрона къ своему кліенту. По его словамъ кліентъ, находящійся въ личной зависимости отъ патрона, становился къ нему въ такія же отношенія, какія отецъ имѣлъ къ сыну. (*) *Oportebat*, говоритъ онъ, «*patricios suis clientibus ius interpretari, cuius illi essent imperiti,*» научать правовому порядку, въ которомъ они были не свѣдущи, *et oportebat eos clientibus tam a privatis, quam a publicis negotiis omnem quietem, qua maxime opus illis erat, praestare* (2 кн. 10 гл.). Словомъ,

(*) См. греческій текстъ Діонисія Галик. у Danz: *Rechtsgeschichte* I, § 8 с. тамъ же латинскій переводъ приводимый здѣсь.

положеніе кліентовъ въ Римѣ не оставалось беззащитнымъ: патроны обязаны были участвовать за кліента въ гражданскомъ и уголовномъ процессѣ, какъ въ интересахъ имущественныхъ, такъ и по поводу деликта, совершеннаго кліентомъ. За такую заботливость со стороны патрона кліенты имѣли къ нимъ опредѣленные обязанности, въ замѣнъ тѣхъ обязанностей, которыхъ не имѣли непосредственно къ государству. «*Oportebat vero,*» продолжаетъ Діонисій Галикарнассій, «*vicissim ipsos clientes iuvare suos patronos in elocandis filiabus, si earum parentes erant inopes, et ab hoste redimere, si quis atip-sorum, aut ex liberis eorum captus fuisset; privatas aestimationes et mulctas publicas pecuniarias pro ipsis proprio aere dissolvere, pecuniam non mutuo, sed referendae gratiae causa dantes; et in magistratibus, honoribus aliisque publicis impensis sumptuum participes esse, non secus ac genere coniunctas. Commune autem utrisque erat, ut neque pium, neque fas esset alteris alteros in iudiciis accusare, aut testimonium adversum dicere, aut suffragium contrarium ferre, aut inter inimicos censerі. Quod si quis in aliquo huiusmodi facinore deprehensus fuisset, prodere omnis legem quam Romulus sanxerat tenebatur. Et eum, qui ejus criminis fuisset convictus, cuivis, ut Diti sacrum, interficere licebat. Mos enim erat Romanis, ut quos vellent impune occidi, eorum corpora alicui deo, praecipue vero inferis devoverent.*»

Кліенты должны были слѣдовать за патрономъ на войну, а равно помогать патрону въ различныхъ случаяхъ жизни деньгами; напр., при выдачѣ дочерей замужъ, если патронъ былъ бѣденъ, при выкупѣ изъ плѣна самаго патрона или его домашнихъ, при платежѣ пеней, наложенныхъ на патрона и пр. эти деньги клиентъ долженъ былъ давать не въ видѣ займа, не заимообразно, а *referendae gratiae causa*, ради особаго уваженія къ патрону. Наконецъ, патронъ и клиентъ не могли свидѣтельствовать другъ противъ друга на судѣ. Все эти отношенія стояли подъ покровительствомъ божескаго права, *fas*. Такъ какъ разбирательство этихъ отношеній, на основаніи безправности кліентовъ въ римскихъ судахъ было невозможно, то жалобы кліентовъ и патриціевъ, разбирали, какъ справедливо полагаютъ нѣкоторые изслѣдователи, *gentes*. Священное право, охраняя эти отношенія, за всякое ихъ нарушение подвергало нарушителя *sacrationi capitis*. Если мы сравнимъ это положеніе кліентовъ и патроновъ патриціевъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ, какъ выше уже было замѣчено, то увидимъ, что оно имѣетъ сходство съ положеніемъ, вытекающимъ изъ *hospitium*, института, въ силу котораго отдѣльные иностранцы заключали договоръ съ опредѣленными римскими гражданами или римскимъ государствомъ и жили въ Римѣ, пользуясь защитой своихъ правъ при помощи тѣхъ римскихъ гражданъ, съ которыми они заключили договоръ. Различіе заключается въ томъ, что въ основаніи *hospitium* лежало начало взаимности, взаимной гарантіи правъ, такъ что иностранецъ пользовался выгодами *hospitium* съ тѣмъ, чтобы, въ свою очередь, въ своемъ отечествѣ защищать и оказывать покровительство римскому гражданину, тогда какъ въ отношеніяхъ кліентовъ и патроновъ этого нѣтъ уже потому, что здѣсь договоръ заключается не между двумя независимыми

сторонами, какъ это происходитъ въ *hospitium*.

Вотъ тѣ дополненія, которыя мы сочли нужнымъ сдѣлать къ вопросу о клиентахъ, изложенному въ соч. Сокольскаго. Клиентела, какъ отношеніе, тѣсно связанное съ гентильнымъ устройствомъ, исчезла вмѣстѣ съ нимъ и существенно отличается отъ того, что называли *clientela* во времена императоровъ; объ этой позднѣйшей *clientela* см. Marquardt. I с., стр. 200.

2) ПЛЕБЕИ. Что касается происхожденія плебеевъ, то мнѣнія объ этомъ предметѣ расходятся. Сокольскій (§ 15) держится господствующаго мнѣнія, говоря: классъ этотъ (плебеевъ) обязанъ своимъ происхожденіемъ главнымъ образомъ жителямъ покоренныхъ римлянами сосѣднихъ городскихъ общинъ. Моммзенъ полагаетъ, что плебейское сословіе возникло изъ тѣхъ переселенцевъ, которые поступали въ клиенты не частныхъ лицъ, а царя—царскіе клиенты. Фохтъ тоже признаетъ въ плебеяхъ царскихъ клиентовъ, лицъ подчиненныхъ не патриційскимъ *gentes*, а непосредственно царю. Большинство же писателей полагаютъ, какъ было уже замѣчено, что происхожденіе плебеевъ слѣдуетъ поставить въ соотношеніе съ подчиненіемъ различныхъ латинскихъ городовъ римскому владычеству на основаніи, такъ называемыхъ, *foedus iniquo jure*, такъ какъ плебеи, пользуясь изъ всѣхъ правъ однимъ только *jus commercii*, по положенію своему были похожи на позднѣйшихъ *socii iniquo foedere juncti* (*). Укажемъ еще на одинъ совершенно своеобразный взглядъ, именно Fustel de Coulanges въ сочиненіи *La cité antique*. Фюстель-де-Кулянжъ въ своемъ объясненіи возникновенія плебеевъ исходитъ изъ своего воззрѣнія на древній бытъ, какъ на бытъ, основанный на культѣ домашняго очага, поклоненіи душамъ умершихъ предковъ: плебеи, по его мнѣнію, были тѣ лица, которыя не имѣли семейнаго культа, такъ какъ они не имѣли семей въ томъ значеніи, какъ онѣ существовали у патриціевъ. (**)

Не имѣя времени подробно останавливаться на всѣхъ мнѣніяхъ по этому вопросу, мы обращаемъ въ отношеніи къ нему вниманіе на сочиненіе Сокольскаго, по которому должны быть изучаемы и слѣдующіе вопросы.

5) ПОПЫТКА ТАРКВИНІЯ ПРИСКА СЛИТЬ ПЛЕБЕЕВЪ СЪ ПАТРИЦІЯМИ. Сок. § 16.

6) РЕФОРМЫ СЕРВІЯ ТУЛЛІЯ Сок. § 17.

7) САКРАЛЬНЫЯ УЧРЕЖДЕНІЯ ЦАРСКАГО ПЕРІОДА Сок. § 18.

(*) Взглядъ Паделетти на плебеевъ см. въ приведенномъ сочиненіи его Кар. I пр. 7 стр. 13.

(**) См. *La cité antique* 4-ое изд. стр. 277. Nous devons admettre, qu'il y eut un grand nombre de familles, où l'esprit n'eut pas la puissance de créer des dieux, d'instituer un culte, d'inventer l'hymne et le rythme de la prière. Même dans la suite il arriva que des familles qui avaient un culte, le perdirent.

8) ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ДОХОДЫ Сок. § 19.

9) АГРАРНЫЯ ОТНОШЕНІЯ ВЪ ЦАРСКІЙ ПЕРІОДЪ Сок. § 20.

10) ДЕНЬГИ ВЪ ПЕРВЫЯ ВРЕМЕНА РИМСКОЙ ИСТОРИИ Сок. § 21.

Переходимъ къ вопросу объ источникахъ права въ Царскій періодъ (§ 22 Сок.), къ которому сдѣлаемъ нѣкоторыя дополненія.

IV ИСТОЧНИКИ ПРАВА (Сокольскій § 22).

A) ОБЩЕЕ ОБОЗРѢНІЕ FAS И JUS.

У всѣхъ народовъ, при первомъ ихъ появленіи на историческомъ поприщѣ, право является тѣсно связаннымъ съ религіей, съ вѣрою въ дѣйствіе высшихъ невидимыхъ силъ природы, въ божественное наказаніе въ загробной жизни, которое одно могло заставлятъ человѣка поддерживать юридическія отношенія. Отдѣленіе свѣтскаго права отъ религіознаго совершилось у всѣхъ народовъ во времена историческія; у римлянъ же замѣчается то явленіе, что при появленіи ихъ на историческомъ поприщѣ, у нихъ уже существуютъ оба источника права, *fas* и *jus*, т. е. какъ священное такъ и свѣтское право.

Fas est divinum jus, религіозное, священное или откровенное право. *Fas*, какъ говоритъ Іерингъ (§ 18), заключаетъ въ себѣ, какъ религію, на сколько она принимаетъ правовую форму, слѣдовательно, говоря нашимъ языкомъ, церковное право, такъ и частное, и публичное право, на сколько оно имѣетъ религіозное отношеніе. *Fas* опирается на волю боговъ, стало быть, оно неизмѣнно, если только сами боги не захотятъ нововведенія; нарушение его представляетъ преступленіе противъ боговъ. . . . « Уже сама почва, на которую мы вступаемъ, продолжаетъ Іерингъ, показываетъ намъ дѣйствіе и вліяніе религіи. Боги, община и индивидуумы подѣлили ее между собою, но не та часть только, которая принадлежитъ богамъ, пользуется религіознымъ покровительствомъ, и стѣны города, и границы частныхъ недвижимыхъ имѣній, какъ камни, деревья, рвы и плоды на поляхъ и т. д. имѣютъ въ немъ свою долю, и кто повреждаетъ стѣны, сдвигаетъ границы, крадетъ плоды ночнымъ временемъ, тотъ согрѣшаетъ противъ боговъ и навлекаетъ на себя ихъ гнѣвъ и самое тяжелое наказаніе.»

Весь нравственный міръ, все церковное устройство также очень близки къ богамъ. Цѣлью этого устройства было привлечь весь народъ къ служенію богамъ, а именно: не по свободной волѣ, такъ, чтобы не религіозный могъ избѣгнуть его или предоставить жрецу за него молиться и жертвовать, но посредствомъ правоваго принужденія и такимъ образомъ, чтобы каждый самъ долженъ былъ предпринимать лежащія на немъ дѣйствія. Богослуженіе было государственнымъ установленіемъ, которое, какъ и всякое другое, было обезпечено правовою обязанностью. Ибо народъ отвѣтственъ предъ богами за отдѣльную личность, они отмщаютъ на цѣломъ то, противъ чего отдѣльная личность погрѣшаетъ, въ чемъ она провиняется, что оскорбляетъ. Потому этотъ порядокъ не ограничивается только *Sacra* всего народа и всѣхъ его

отдѣльныхъ кружковъ, но спускается до семейства, и стражи этого порядка — pontifices заботятся о томъ, чтобы, при наслѣдованіяхъ и усыновленіяхъ (*arrogatio*), отношенія частныхъ Sacra были приведены въ порядокъ. Последнія лежатъ какъ подать наслѣдованія, на каждомъ наслѣдствѣ, (*nulla hereditas sine sacris*).

Fas содержитъ также множество матеріальныхъ предписаній права. Древнѣйшее устройство государства было освящено религіей, и въ позднѣйшее время республики отношенія между религіей и государственнымъ правомъ продолжаются. Такъ, напр., было противно Fas, чтобы диктаторъ оставался въ должности болѣе 6 мѣсяцевъ, такъ *leges sacratae*, со включеніемъ дарованныхъ имъ плебсу трибуновъ, были поставлены клятвою всего народа подъ защиту религіи, и каждый, кто ихъ оскорблялъ, былъ объявленъ sacer.

Тою частью права, на которой у всѣхъ народовъ на извѣстной ступени ихъ развитія обнаруживается вліяніе религіи въ совершенно особенно высокой степени является уголовное право. Точно также и въ римскомъ правѣ.

Оба основныхъ понятія уголовного права: преступленіе и наказаніе, представляются древнѣйшему времени въ свѣтѣ религіознаго пониманія, а именно: преступленіе — какъ грѣхъ противъ божества, а наказаніе — какъ средство очищенія.

« Частное право и гражданскій процессъ », говоритъ Герингъ, были по своей природѣ, несравненно менѣе доступны воздѣйствіямъ религіи, чѣмъ публичное и уголовное право. Ибо, за исключеніемъ семейства, отношенія частного права имѣютъ чисто прозаическій и свѣтскій характеръ. Вопросы о томъ, что твое и мое, о собственности, о долговыхъ требованіяхъ не имѣютъ сами по себѣ никакого отношенія къ богамъ, и только посредственно, на сколько лежало на имуществѣ бремя Sacra, религіозный интересъ производилъ воздѣйствіе на имущественное право.

Съ послѣднимъ мнѣніемъ Геринга о томъ, что обязательственныя отношенія не подлежатъ области священнаго права fas, не вполне можно согласиться, такъ какъ это выходитъ изъ послѣдующихъ разсужденій самаго же Геринга. Для того, чтобы догадаться, какое значеніе имѣла религія въ обязательственныхъ отношеніяхъ, слѣдуетъ обратить вниманіе на то, какъ бѣдно обязательственное право древнѣйшихъ временъ. Нельзя себѣ представить, чтобы римляне довольствовались подобными обязательственными отношеніями. Дѣло въ томъ, что многія обязательственныя отношенія устанавливаемы были безъ формальностей, основываясь только на довѣріи, на вѣрѣ въ добросовѣстность другаго лица. Едва ли ошибемся, если мы все эти отношенія, основанныя на *fides*, будемъ разсматривать какъ поставленныя подъ защиту fas, подобно тому, какъ кліентство, основанное на *fides*, не защищалось свѣтскимъ, а священнымъ правомъ (см. о *fides* напр. сочиненіе Pernice: Marcus Antistius Labeo; I стр. 408. См. и Danz. Lehrb. d. Gesch. d. R. R. II §148).

Нарушеніе отношеній, основанныхъ на *fides*, считалось оскорбленіемъ богини Fides, подъ покровительствомъ которой эти отношенія находились, и нарушителя можно было всегда привлечь къ суду понтифексовъ. Когда, впоследствии, мы перейдемъ къ изложенію обязательственныхъ отношеній, то

увидимъ, что всякое нарушение обязательства считалось оскорбленіемъ боговъ, призванныхъ въ свидѣтели при его заключеніи. И такъ, нужно полагать, что въ древнее время нарушение *incontinentia* или *fides* могло послужить основаниемъ для привлеченія нарушителя къ суду теократической власти, т. е. коллегіи понтификсовъ. Этимъ обстоятельствомъ, между прочимъ, и объясняется то, что юристами первоначально представляются исключительно жрецы *pontifices* См. о юридической дѣятельности понтификсовъ: *Marquardt, Römische Staatverwaltung* III стр. 290, 207.

Три рода духовныхъ должностныхъ лицъ знаетъ римская древность, учрежденіе которыхъ приписывается Ромулу, Нумѣ и Анку Марцію, т. е. первобытному времени: коллегію авгуровъ, коллегію понтификсовъ и коллегію феціаловъ (Герингъ. § 18, подробно объ этомъ вопросѣ).

Коллегіи авгуровъ и феціаловъ имѣли обязанности, также относящіяся къ правовой жизни, напр., феціалы завѣдывали международными сношеніями (поэтому древнее названіе международного права (*jus fetiale*, главнымъ образомъ коллегія понтификсовъ имѣла большее значеніе въ юридическомъ смыслѣ, такъ какъ въ ея рукахъ сосредоточивалась по преимуществу вся юридическая дѣятельность по двумъ основаніямъ: 1) чѣмъ однимъ было доступно пользованіе письменнымъ преданіемъ и 2) сакральный характеръ древнихъ правовыхъ положеній. Понтификсы привлекались къ участию во всѣхъ дѣлахъ, какъ политическихъ и уголовныхъ, такъ и гражданскихъ (въ ихъ же вѣдѣніи находился календарь). *Totum jus in penetralibus pontificum repositum*, поэтому объясняется тѣмъ, что жрецы, по связи религіознаго права съ юридическими отношеніями, должны были изучать эти отношенія, почему и служили главнымъ средоточіемъ всѣхъ юридическихъ познаній.

Такимъ образомъ, видно, что священное право играетъ весьма большую роль въ древнѣйшее время (памятники сакральнаго права приведены у Сократскаго въ § 22, В).

C. *Jus est lex humana*. *Jus* есть человѣческое, свѣтское право. Вслѣдствіе своей измѣняемости свѣтское право проявляется въ различныхъ видахъ. Главнымъ образомъ, оно обнаруживается, какъ а) обычай, *mos*, б) какъ писанный законъ, *jus scriptum* и в) какъ право юристовъ, результатъ научной обработки права.

1) *Mos*, обычай, представляетъ первоначальную форму свѣтскаго права. Подъ нимъ разумѣютъ тѣ начала, которыя вырабатываются самою практическою юридическою жизнью, которыя не представляются повелѣніями какой либо опредѣленной власти, но вырабатываются и проявляются сами собой, вслѣдствіе взаимныхъ сношеній людей между собой, въ которыхъ непосредственно обнаруживается народный духъ и взгляды народа, общины, на цѣлесообразное устройство юридическаго порядка. Такимъ образомъ, основаніемъ юридическаго служитъ сознаніе всѣхъ гражданъ о необходимости подобнаго устройства дѣлъ. На это указываетъ въ различныхъ мѣстахъ источниковъ. Такъ, въ Институціяхъ Юстиніана говорится: *sine scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur* (Instit. Just. I кн. 2 т. § 9). Подъ неписаннымъ правомъ разумѣется то, что было освящено,

признано на основаніи обычая, *quod usus comprobavit*, и такіе обычаи, примѣняемые лицами, постоянно во взаимныхъ отношеніяхъ между собою (*consuetudo*), получаютъ значеніе законовъ, вслѣдствіе согласія лицъ пользующихся. Затѣмъ, законъ опредѣляется римлянами, какъ *expressus consensus omnium civium*, нарочное соглашеніе всѣхъ гражданъ относительно какого либо постановленія (Papinian fr. 2 princ. Dig. 1 кн. 3 т.). *Lex est commune praescriptum; virorum prudentium consultum; delictorum, quae sponte, vel ignorantia contrahuntur, coërcitio; communis reipublicae sponsio.*

Но можно проявить свое согласіе и *tacito*, молчаливо, проявить его въ дѣйствіи, черезъ постоянное примѣненіе на практикѣ извѣстнаго правила; на прим., въ случаѣ смерти лица въ древнее время не было писаннаго правила, что наслѣдство переходитъ къ *sui heredes*, но это правило постоянно соблюдалось. Обыкновеніе, т. е. однообразное примѣненіе (*consuetudo*) извѣстнаго правила, свидѣтельствуетъ, что оно признавалось всѣми. Въ этомъ общемъ признаніи и кроется, по римскому взгляду, обязательная сила обычая. Въ новѣйшее время относительно основанія обязательности обычая, существовалъ споръ. Но Римляне прямо говорятъ: если законъ есть *expressus consensus*, то *mos* есть *tacitus consensus omnium civium* (см. Julian во fr. 32 § 1 Dig. de leg. I, 3), общее юридическое убѣжденіе народа въ необходимости извѣстнаго правила, выраженное не словами, но проявленное въ дѣйствіяхъ. Но, кромѣ убѣжденія, кромѣ сознанія необходимости извѣстнаго обычая, требуется еще проявленіе обычая. Это проявленіе и обнаруживается въ обыкновеніи, постоянно, однообразномъ примѣненіи обычая, *in consuetudine*. *Mos* есть правило, въ которомъ выражается сознаніе нормъ права, а *consuetudo*—есть постоянное примѣненіе этого правила.

LEX ИЛИ JUS SCRIPTUM.

a) Вообще, *Lex est commune praescriptum, communis reipublicae sponsio* (fr. 1, Dig. 1 кн. 3 тит.) или *expressus consensus omnium civium*, нарочнымъ образомъ заявленное согласіе всѣхъ гражданъ относительно извѣстнаго юридическаго правила. По разсказу римскихъ писателей, такіе законы издавались въ Римѣ уже въ самое древнее время, и всѣ ученые согласны въ томъ, что въ Римѣ съ древнѣйшихъ временъ были извѣстны писанные законы. Но они расходятся между собою относительно того вопроса, кто былъ органомъ законодательной дѣятельности въ древнѣйшее время, цари или народные собранія; этотъ споръ продолжается до сихъ поръ.

Б. ОТДѢЛЬНЫЕ ЗАКОНЫ, ПРИПИСЫВАЕМЫЕ ЦАРЯМЪ.

aa) Кому принадлежала законодательная власть въ царскія времена?

Относительно *leges regiae*, царскихъ законовъ, должно, на основаніи замѣченнаго выше, прежде всего рѣшить вопросы: 1) занимались ли цари изданіемъ письменныхъ законовъ, и затѣмъ 2) представляется ли сборникъ, который извѣстенъ подъ именемъ *ius civile Papinianum*, сборникомъ царск. законовъ, *leges regiae*? Въ этомъ отношеніи важны свидѣтельства разныхъ писателей.

Такъ, Помпоній говорить: *Initio civitatis nostrae Romulus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit omniaque manu a regibus gubernabantur. Postea aucta ad aliquem modum civitate, ipsum Romulum traditur populum in triginta partes divisisse, quas partes curias appellavit, et ita leges quasdam et ipse curiatas ad populum tulit, tulerunt et sequentes reges* (Dig. 1 кн. II тит. fr. 2 § 1).

Въ началѣ Ромуль управлялъ народомъ безъ всякихъ опредѣленныхъ законовъ, распоряжался во всемъ по собственному усмотрѣнію, но потомъ онъ раздѣлилъ народъ на 30 частей, которыя называлъ куріями, устроилъ народныя собранія по куріямъ, *comitia curiata*, установилъ, такимъ образомъ, извѣстный порядокъ и затѣмъ уже сталъ предлагать народному собранію нѣкоторые законы. Точно также, говоритъ Помпоній, поступали и слѣдующіе цари. Этому и подобнымъ извѣстіямъ о законодательной дѣятельности народнаго собранія во время царей противопоставляются другія, по которымъ цари являются сами законодателями, безъ участія народнаго собранія, и на основаніи которыхъ нѣкоторые ученые (см., напр., Швеглера 1, 2, 14, 13) приписываютъ царю законодательную и конституирующую власть. Не вдаваясь въ подробности по этому спору между учеными, укажемъ только вкратцѣ на двухъ писателей, старающихся согласовать, повидимому, противорѣчающія показанія источниковъ, а именно: на Пунчарта и Эсмарха.

Puntschart въ своемъ сочиненіи: *Die Entwicklung des grundgesetzlichen Civilrechts der Römer* 1872 г., подробно разбираетъ спорный вопросъ о томъ, кому принадлежала законодательная власть, и старается примирить противорѣчивыя мнѣнія ученыхъ, утверждая, что законодательная власть, по различнымъ ея расчлененіямъ и проявленіямъ, находилась и у царей, и у народнаго собранія, что нѣкоторые законодательныя положенія принадлежатъ исключительно царямъ, другія—народному собранію. Эсмархъ, въ своей *Römische Rechtsgeschichte* 2-ое изд. 1877—1879 г., стр. 10, высказываетъ такое мнѣніе, что обсужденію народнаго собранія подлежали тѣ законы, которые должны были оставаться постоянными нормами и распространить свое дѣйствіе за предѣлы жизни царя, издавшаго законъ. Очевидно, Эсмархъ тутъ имѣлъ въ виду примѣръ временнаго значенія постановленій вышнихъ должностныхъ лицъ, которыя мы встрѣчаемъ во времена республики у магистратовъ, и примѣръ пожизненнаго значенія постановленій императоровъ первыхъ временъ. Цари, по мнѣнію Эсмарха, могли издавать распоряженія и безъ вѣдома народнаго собранія, и этимъ распоряженіямъ народъ долженъ былъ повиноваться, но такія распоряженія были обязательны для всѣхъ только на время жизни издавшаго ихъ царя. Если же царь находилъ, что какое-нибудь постановленіе его должно быть вѣчнымъ, онъ долженъ былъ заручиться согласіемъ римскаго народа на это постановленіе.

Пунчартъ говоритъ, что въ законодательной дѣятельности нужно различать: а) изданіе принципиальныхъ, основныхъ законовъ и б) развитіе этихъ принципиальныхъ началъ и ихъ примѣненіе. Напр., говорится, что всякій можетъ распоряжаться своимъ имуществомъ, таково основное положеніе, исходящее отъ законодательной власти, но нормированіе всѣхъ отношеній, возника-

ющихъ отсюда, принадлежитъ не законодательной власти, а толкованію, *interpretatio* въ обширномъ смыслѣ, которое принадлежало юристамъ и претору.

Пунчартъ (стр. 25) принимаетъ четыре слѣдующихъ положенія:

1) *Interpretatio*, толкованіе и развитіе законовъ было съ самыхъ древнѣйшихъ временъ въ Римѣ государственнымъ учрежденіемъ (*ein staatsrechtliches Institut*), признаваемымъ необходимымъ со стороны государства.

2) При изданіи принципиальныхъ законовъ цари нуждались въ согласіи народнаго собранія.

3) Исполнительная законодательная власть этихъ принципиальныхъ законовъ (*die Ausführungsgesetzgebung*), т. е. дальнѣйшее развитіе основн. началъ въ отдѣльныхъ юридическихъ положеніяхъ принадлежитъ самостоятельно царю.

4) Она осуществляется царемъ въ формѣ легальной интерпретаціи принципиальныхъ законовъ.

Въ этомъ случаѣ царь, имѣя *potestas legum interpretandarum*, является, какъ *custos juris civilis* и *viva vox iuris civilis*.

Итакъ, эти два ученые согласуютъ различныя извѣстія о томъ, кто былъ органомъ законодательной дѣятельности, цари или народныя собранія.

bb) Сборникъ «*leges regiae*». Вторымъ спорнымъ вопросомъ является тотъ: сохранились ли до нашего времени царскіе законы? Хотя, если вѣрить дошедшимъ до насъ источникамъ, собраннымъ, напр., въ книгѣ Brunca «*Fontes iuris Romani antiqui*», не можетъ быть сомнѣнія въ существованіи даже сборника царскихъ законовъ, *leges regiae*, тѣмъ не менѣе споръ объ этомъ до сихъ поръ держится въ наукѣ. Если мы обратимъ вниманіе на то, что говорить, напр., Помпоній относительно царскихъ законовъ, то тоже, повидимому, должны будемъ увѣриться въ томъ, что они дѣйствительно существовали и были даже собраны въ одномъ сборникѣ. Помпоній въ *Dig. 1 кн. 2 т. § 2* говоритъ: *Omnes leges regiae conscriptae exstant in libro Sexti Papirii; qui fuit illis temporibus, quibus Superbus, Demarati Corinthii filius, ex principalibus viris. По Помпонію, Секстъ Папірій былъ однимъ изъ выдающихся лицъ при Тарквиніи Гордомъ, и сборникъ царскихъ законовъ, составленный имъ, назывался Jus civile Papirianum. Немного ниже Помпоній прибавляетъ: iuris civilis fuit in primis peritus Publius Papirius, qui leges regias in unum contulit (ib. § 36).*

Такимъ образомъ, одно и то же лицо Помпоній называетъ различно, въ одномъ мѣстѣ Секстомъ, въ другомъ Публиемъ. Не смотря однако на то, что граменовъ Папірія намъ неизвѣстно, на основаніи указанныхъ и другихъ мѣстъ источниковъ, можно тѣмъ не менѣе съ достовѣрностью предполагать, что римляне сами были убѣждены, что законы царскіе существовали и были собраны нѣкимъ Папіріемъ въ одинъ сборникъ. На это, напр., мы находимъ еще другое указаніе въ (*fr. 144 Dig. 50 кн. 16 тит. (Paulus): Granus Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc vulgo vocari, quae cum eo qui uxor sit, corpus misceat etc.*

Здѣсь юристъ Павелъ говоритъ, что Граній Флаккъ, юристъ уже историческихъ временъ (именно времени Юлія Цезаря), написавшій комментарий на

ius Papirianum, дѣлаеть указаніе, кого называютъ *pellex* и т. д., т. е. существованіе сборника «*Jus Papirianum*» признается историческимъ фактомъ.

Не смотря на приведенныя и другія указанія источниковъ о существованіи царскихъ законовъ, между учеными идетъ споръ о томъ, были ли законы, приписываемые царямъ, дѣйствительно изданы ими, или въ этихъ законахъ нужно видѣть собраніе древнихъ обычаевъ и постановленій жрецовъ, которые этимъ постановленіямъ придали названіе *leges regiae* для приданія имъ большаго значенія въ глазахъ народа.

Попытки возстановленія этихъ мнимыхъ *leges regiae* начались еще съ половины XVI вѣка. Въ это время ученый Бартоломей Марліани началъ трудиться надъ собираніемъ царскихъ законовъ и возстановленіемъ ихъ текста, на основаніи отрывковъ, сохранившихся въ различныхъ сочиненіяхъ. Плодомъ его трудовъ была такъ называемая «*Tabula Marliani*».

Въ новѣйшія времена самымъ выдающимся трудомъ по законамъ царскихъ временъ былъ трудъ Дирксена, бывшаго профессора Берлинскаго Университета. Въ его «*Versuche zur Kritik der Quellen des Röm. Rechts*» 1823 г. находимъ и обзоръ всѣхъ имѣющихся попытокъ къ возстановленію царскихъ законовъ.

«*Uebersicht der bisherigen Versuche zur Herstellung des Textes der Ueberbleibsel von den Gesetzen der römischen Könige*» мнѣнія, высказанныя здѣсь Дирксеномъ, получили господствующее значеніе.

Послѣдующіе ученые большею частью только развивали и дополняли положенія, выставленныя Дирксеномъ. Въ такомъ положеніи вопросъ о царскихъ законахъ оставался до послѣдняго времени.

Но недавно (послѣдній опытъ вышелъ въ 1877 году) появилось объ этомъ вопросѣ сочиненіе профессора Лейпцигскаго Университета Морица Фохта (*Moritz Voigt*), извѣстнаго главнымъ образомъ своимъ сочиненіемъ: *Das ius naturale et bonum und ius gentium der Römer* (4 тома 1856 — 76), въ которомъ онъ старается указать философскія понятія, встрѣчающіяся въ римскомъ правѣ. О его же «*Clientel und Libertinitat*» было говорено выше).

Вопросъ о законодательствѣ римскихъ царей онъ разсматриваетъ въ статьѣ, помѣщенной въ запискахъ историко-филологическаго отдѣленія Королевскаго Саксонскаго общества наукъ въ Дрезденѣ «*Ueber die leges regiae*». Въ ней онъ проводитъ такія мысли, которыя могутъ произвести положительный переворотъ во взглядахъ на царскіе законы.

Со времени Дирксена считалось установленнымъ то мнѣніе, что то, что приводится подъ именемъ *leges regiae*, не представляетъ собой подлинныхъ царскихъ законовъ. Изъ самаго поверхностнаго обзора такъ называемыхъ царскихъ законовъ уже видно, что большая часть постановленій, входящихъ въ составъ ихъ, носить на себѣ характеръ и оттѣнокъ древнихъ обычаевъ и религіозныхъ опредѣленій, постановленныхъ жреческою коллегіею, такъ что, если и нѣтъ сомнѣнія, что цари издавали законы, то, что мы имѣемъ въ настоящее время подъ именемъ царскихъ законовъ, не принадлежитъ имъ. И если сами римляне разсматривали и называли эти законы царскими, то это объясняется тѣмъ, что республиканскій Римъ гордился прежнимъ величіемъ Рима уже при царяхъ, и потому разсматри-

валъ съ особеннымъ уваженіемъ все, относящееся къ царскимъ временамъ. Поэтому, если чему-нибудь хотѣли придавать особенное значеніе, приписывали царямъ. Подтверженіемъ этого мнѣнія могутъ служить отдѣльныя положенія царскихъ законовъ. Напримѣръ, если возьмемъ законъ, приписываемый Нумѣ Помпилю, по которому при погребеніи человѣка, убитаго молніею, слѣдуетъ примѣнять другія формы, нежели при другихъ погребеніяхъ, или законъ, приписываемый Ромулу, по которому отцу предоставлялось право жизни и смерти надъ дѣтьми, то мы увидимъ, что врядъ ли тотъ или другой законъ могутъ быть относимы къ законодательной дѣятельности какого-либо царя. Первый былъ только постановленіемъ сакрального права, т.е. жрецовъ, а второй вытекалъ прямо изъ первоначальнаго понятія о семьѣ у всѣхъ народовъ, по которому отцу, или главѣ семейства принадлежала неограниченная власть, такъ что установленіе впервые сильной отцовской власти приписать законодательству Ромула никакъ нельзя: у всѣхъ народовъ во время патриархальнаго быта эта власть неограничена, но съ теченіемъ времени, съ развитіемъ народа, она все болѣе и болѣе смягчается. Какъ на другой примѣръ, еще можно указать на другой семейный институтъ; а именно на бракъ и подчиненіе жены властимужа, *manus mariti*,—нормированіе этого института приписывается Ромулу, между тѣмъ какъ нѣтъ ни одного народа, у котораго основныя начала семьи опредѣлялись бы законодательствомъ: семья возникаетъ ранѣе государства, ранѣе появленія какой бы то ни было государственной законодательной власти; характеръ и строй ея опредѣляются условіями общественнаго быта. Фюстель-де-Кулянжъ, въ своемъ сочиненіи «*La cité antique*» говоритъ, что въ древнѣйшее время конститутивнымъ началомъ семьи былъ религіозный культъ. Отсюда подъ семейной общиной разумѣли кругъ лицъ, исповѣдующихъ одинъ домашній культъ, состоящій въ обоготвореніи домашнихъ предковъ (*religion domestique*). Слѣдовательно, цари могли только принять и утвердить обычай, выработавшіеся относительно устройства семьи. Но если бы они захотѣли нормировать этотъ институтъ, то, безъ сомнѣнія, они установили бы его иначе, нежели какъ онъ проявлялся тогда, именно въ смягченномъ видѣ: они не допустили бы такого абсолютнаго подчиненія всѣхъ членовъ семьи власти *pater familias*. Это видно изъ послѣдующаго времени. Подъ вліяніемъ времени и свѣтскаго законодательства *patria potestas* въ III періодѣ модифицируется въ право дисциплинарнаго наказанія отцомъ своихъ дѣтей за проступки.

Фохтъ, тѣмъ не менѣе, старается доказать подлинность царскихъ законовъ. Свои доказательства онъ располагаетъ слѣдующимъ образомъ.

1) Вопреки общепринятому мнѣнію, что относительно древняго времени мы не имѣемъ достовѣрныхъ свѣдѣній, онъ доказываетъ, напротивъ, что римскіе писатели, сообщающіе объ этомъ времени, могли имѣть соответствующія знанія о томъ, что они писали, именно о царскихъ законахъ. Но, возражають ему, если они и владѣли соответствующимъ знаніемъ, то, во всякомъ случаѣ, на ряду съ достовѣрнымъ, они сообщали и невѣрное. Фохтъ опровергаетъ и это возраженіе. Онъ говоритъ: къ концу республиканскихъ и началу императорскихъ временъ была совершенно подготовлена историческая критика от-

носительно преданія древнѣйшаго времени: это видно изъ тѣхъ критическихъ замѣчаній, которыя высказываются писателями въ ихъ сочиненіяхъ; въ этихъ замѣчаніяхъ они или принимали, или отрицали какое либо преданіе, подлинности же царскихъ законовъ никто изъ нихъ не отрицаетъ.

2) На подлинность царскихъ законовъ затѣмъ указываетъ свидѣтельство самаго древняго законодательства, именно законовъ XII таблицъ: въ нихъ измѣняются многія постановленія, введенныя царями, напр., въ отношеніи къ институту *patriae potestatis*, кліентелы и т.п. А затѣмъ, подлинность царскихъ законовъ слѣдуетъ и изъ самаго ихъ содержанія; оно показываетъ, что законы эти древняго происхожденія, напр., законъ о непогребеніи беременной женщины восходитъ къ очень древнему времени, такъ какъ во время законовъ XII таблицъ у Римлянъ мертвыхъ сожигали, а не зарывали въ землю.

3) Всѣ эти выводы подтверждаются самою формою выраженія законовъ; въ нихъ встрѣчаются такіе архаизмы, которые только и можно объяснить тѣмъ, что законы эти сохранялись отъ очень древняго времени.

4) Наконецъ, установивъ свой положительный взглядъ на *leges regiae*, Фохтъ послѣдовательно опровергаетъ всѣ возраженія, которыя приводятся учеными противъ подлинности царскихъ законовъ.

Не смотря однако на то, что Фохтъ можетъ быть признанъ однимъ изъ наиболѣе ученыхъ и начитанныхъ писателей и знатокомъ латинскихъ и греческихъ источниковъ, не всѣ его доводы могутъ быть приняты безусловно, въ виду весьма многихъ доводовъ другихъ писателей, и, кажется, не можетъ быть признано, что большая часть царскихъ законовъ царямъ не принадлежатъ. Намъ кажется, что можно согласить различныя мнѣнія объ этомъ предметѣ, допустивъ, что, по содержанію, законы не принадлежатъ царямъ, но, по формѣ, ихъ нужно признать за царскіе. Римское государство составилось изъ различныхъ племенъ, имѣвшихъ свои обычаи, и Ромуль только формулировалъ всѣ эти общіе обычаи въ законы, соотвѣтственно общимъ потребностямъ; содержаніе же этихъ законовъ было чужое, заимствованное изъ древнѣйшаго обычнаго права.

Законы, приписываемые царямъ, приведены въ сочиненіи Брунса «*Fontes iuris Romani antiqui*». Въ сочиненіи Сокольскаго, въ примѣчаніи 79-мъ, указаны важнѣйшіе изъ этихъ законовъ, которые должны быть изучены.

Этимъ мы заключаемъ отдѣлъ объ источникахъ права въ царскомъ періодѣ и переходимъ къ самому важному для нашего изученія, на сколько оно возможно по сохранившимся источникамъ, отдѣлу — къ гражданскому праву въ 1-мъ періодѣ.

V. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

А. Понятіе. Подъ частнымъ правомъ, *jus privatum*, Римляне, какъ было указано выше (см. стр. 6), разумѣли *ius, quod ad singulorum utilitatem pertinet*, причемъ подъ словомъ *singulus* нужно разумѣть всякаго самостоятельнаго, неподвластнаго римскаго гражданина, *civis sui juris, paterfamilias*. Вся семья была подчинена власти одного лица и не имѣла въ частно-правовомъ отношеніи непосредственнаго значенія въ государствѣ, помимо него. Что же касается слова *utilitas* (т.е. частныхъ интересовъ отдѣльнаго лица), то эти

интересы по римскому взгляду сосредоточивались въ свободѣ, т.е. во власти *patris familias* надъ подчиненною ему сферою, называемою «*familia*» въ обширномъ смыслѣ этого слова, также «*domus*». Все гражданское право Римлянъ и должно было быть направлено, по ихъ мнѣнію, къ гарантированію лицу возможности большей свободы, т.е. власти, автономіи въ сферѣ его гражданскихъ интересовъ. Предметомъ или объектомъ этой власти и была «*domus familiae*». Употребленіе римлянами слово «*familia*» именно отнюдь не слѣдуетъ отождествлять съ нашимъ словомъ «семейство» «*la famille*» «*Familie*». Въ 195 fr. Dig. 50 кн. 16 тит. начиная съ § 1, мы находимъ указаніе юриста Ульпіана на различные смыслы, въ которыхъ употреблялось слово «*familia*», и опредѣленіе слова: «*paterfamilias*».

Въ первомъ именно параграфѣ находится указаніе, что *familia* состояла изъ лицъ и вещей: *Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. Et quidem varie accepta est, nam et in res, et in personas deducitur* Подъ словомъ *familia* у Римлянъ, слѣдовательно, разумѣлась совокупность всего, и лицъ, и вещей, получившихъ значеніе одной *familiae* потому, что все группируется около одного лица, властелина, *pater*, которое, какъ это видно изъ fr. 195-го § 2. Dig. cit. можетъ быть и не женатымъ, *quamvis filium non habeat, Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat; non enim solam personam eius, sed et jus demonstramus.*

Первоначально слово *paterfamilias* не имѣло значенія отца семейства, но значеніе господина, властелина надъ извѣстною подчиненною сферою—*familia*; отецъ же назывался *genitor*.

Итакъ, Римское *ius privatum* имѣло своимъ предметомъ опредѣленіе свободы лица, которому подчинены извѣстный кругъ вещей и лицъ.

В. Обзоръ отдѣльныхъ частноправныхъ отношеній. Изъ понятія римскаго гражданского права вытекаютъ и его составные элементы. *Familia*, по взгляду римскихъ юристовъ (Ульпіанъ § 1. fr. 195 Dig. 50 кн. 16 тит.) *et in personas et in res deducitur.* Отсюда вытекаетъ двойкій составъ гражданского права.

1) *Familia personalis* состоитъ изъ лицъ, которые, по природѣ, или по праву, т.е. по правовой сдѣлкѣ, подчинены власти *paterfamilias*, см. fr. 195 § 2 Dig. cit: *jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura, aut iure subjectae.* нуждаются въ его защитѣ, и находятся, слѣдовательно, подъ его покровительствомъ: жена, дѣти, внуки. Такъ какъ всѣ эти лица происходятъ отъ брака, то здѣсь будутъ разсмотрѣны вопросы о бракѣ и его послѣдствіяхъ: установленіе власти мужа надъ женой, надъ дѣтьми и пр. Эти вопросы въ своей совокупности составляютъ сферу семейныхъ правоотношеній.

2) *Familia realis*, или *res familiaris*, имущество, подчиненное власти *patris familias*, совокупность вещей, составляющихъ его хозяйство. Эта *familia realis* и составляетъ второй предметъ частнаго и гражданского права.

Familia realis подраздѣляется на два вида:

а) Имущественное право можетъ заключаться въ непосредственномъ об-

ладаніи вещами (*iura in rem*) въ непосредственномъ распоряженіи ими, на примѣръ, *dominium*, или *proprietas*, право собственности. Въ ученіи о вещныхъ правахъ это право стоитъ на первомъ мѣстѣ, потому что оно даетъ лицу возможность удовлетворить своимъ физическимъ потребностямъ. Сюда относятся всѣ *res corporales*, т.е. предметы внѣшняго міра, неразумной матеріальной природы.

б) Но, кромѣ вещей въ собственномъ смыслѣ, или тѣлесныхъ вещей (*res corporales*), въ составъ имущественныхъ правъ *patrisfamilias* входятъ и безтѣлесныя вещи, *res incorporales*, и между ними права на дѣйствія другихъ лицъ, имѣющія имущественную цѣнность, т.е. обязательства (*obligationes*).

Эти имущественныя права подъ вліяніемъ семейныхъ отношеній видоизмѣняются по своему составу. Напр. имущество жены, или приданое, *dos*, которое давалось *ad opera matrimonii sublevanda*, во время брака поступало въ полную собственность мужа. Право мужа на приданое жены и разсматривается по поводу вопроса о бракѣ. Также право отца надъ имуществомъ дѣтей разсматривается по поводу *patria potestas*.

Но есть одно вліяніе семейныхъ отношеній, которое получило самостоятельное значеніе—это именно наследственное право, *hereditas*, которое относится къ имущественному и семейному праву. Римляне, по своему практическому взгляду, и въ особенности, въ виду тѣхъ вѣрованій, которыя они имѣли, не могли допустить, чтобы хозяйство, или *familia*, въ обширномъ смыслѣ прекращалось со смертію лица. Прекращеніе *familiae* могло влечь за собою несчастіе для оставшихся въ живыхъ членовъ семьи и нарушать спокойствіе умершихъ предковъ, *manes*. Чтобы избѣжать этого, нужно было постоянно поддерживать связь съ ними, чрезъ жертвоприношеніе, *sacra*: «*nulla hereditas sine sacris*,» а чтобы была возможность послѣдняго, необходимо такъ или иначе устроить *familiam*, оставшуюся послѣ смерти *patrisfamilias*. Совокупность всѣхъ нормъ, касавшихся судьбы оставшагося послѣ *patrisfamilias* имущества, составляетъ содержаніе наследственного права, которое и является третьей составною частью гражданскаго права.

Итакъ, составные элементы гражданскаго права суть слѣдующіе: 1) семейныя правоотношенія, 2) имущественныя, которыя подраздѣляются на: а) вещныя и б) обязательственныя и 3) наследственныя права: или, если наследственныя права разсматривать, какъ особый видъ имущественныхъ правъ, то составные элементы гражданскаго права могутъ быть подведены къ двумъ отдѣламъ: 1) семейнымъ правоотношеніямъ и 2) имущественнымъ, которыя подраздѣляются на три вида: вещныя, обязательственныя и наследственныя права (*).

(*) Примѣчаніе. Рабы, *servi*, и ихъ положеніе могутъ быть разсматриваемы или въ семейномъ правѣ, по поводу *dominica potestas*, или въ имущественныхъ правахъ, по поводу *dominium*, права собственности въ рабахъ. Замѣтимъ, что слово «*familia*» иногда употребляется именно для обозначенія совокупности рабовъ, напр., *familia rustica*, сельскіе рабы лица, см. fr. 195 § 3 Dig., cit.

СЕМЕЙНЫЯ ПРАВА.

ПОНЯТИЕ «FAMILIA» ВЪ ДРЕВНѢЙШЕМЪ РИМСКОМЪ ОБЩЕСТВѢ.

Римское семейное право касается власти отца семейства надъ дѣтьми кровными или усыновленными, надъ женою, *in manu*, и надъ рабами, находящимися въ его власти, *dominica potestas*, т. е. надъ людьми, составляющими его *familia*. Бракъ разсматривается при этомъ, какъ средство установленія *patria potestatis*. Что же касается древняго римскаго понятія о личной *familia*, то это не есть наше, современное понятіе о семьѣ, *Familie, la famille*; Подробныя свѣдѣнія объ этомъ вопросѣ можно найти въ сочиненіи Фюстель-де-Кулянга, *Fustel de Coulanges*, «*La cité antique*»-ое изд. 1872 въ 1-ой гл. II-й книги (эта книга именно посвящена вопросу о *la famille*), озаглавленной такъ: «*La religion a été le principe constitutif de la famille*». Онъ говоритъ, что конститутивнымъ началомъ (*le principe constitutif*) семьи въ древнее время было не происхождение (*génération*), не кровное родство, какъ это считается въ наше время, не взаимная естественная привязанность лицъ (*l'affection naturelle*), а религиозный домашній культъ, поклоненіе однимъ предкамъ (*la religion domestique*).

Такимъ образомъ, подъ древнею *familia* должно разумѣть извѣстную религиозную общину, т. е. совокупность всѣхъ лицъ, которые исповѣдуютъ одинъ домашній культъ, причемъ все равно, будутъ ли лица, исповѣдующія культъ извѣстной семьи, принадлежать къ ней по происхожденію, или приобщены ли они къ ней какимъ-нибудь искусственнымъ образомъ (бракосочетаніемъ или усыновленіемъ). Вслѣдствіе подобнаго взгляда на семью, замужество дочери, напр., считалось уже отторженіемъ ея отъ семьи отца, такъ какъ она присоединялась къ культу мужа, подъ власть котораго переходила.

Жрецомъ этого домашняго культа, представителемъ боговъ (умершихъ предковъ), *penates, lares, familiares*, на землѣ, который самъ послѣ смерти, превратится въ домашняго бога, былъ *pater familias*, служившій посредникомъ между членами семьи и умершими предками; доступъ къ богамъ по этому имѣютъ только тѣ, которые пользуются посредничествомъ *paterfamilias*, т. е. лица, подчиненныя его власти. Такимъ образомъ, принадлежность къ извѣстному домашнему культу и подчиненность власти жреца этого культа, *paterfamilias* — вотъ признаки принадлежности къ одной *familia*.

I. БРАКЪ, *NUPTIAE, MATRIMONIUM*. См. *Fustel de Coulanges*, *livre II chap. II. Danz, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts I § 91 слѣд. Ortolan, Explication historique des Instituts II § 97 слѣд.*

Первымъ основаніемъ подчиненія лицъ, принадлежащихъ къ извѣстной семьѣ, власти *paterfamilias* является по Гаю, 1 § 55 — рожденіе отъ законнаго брака, *procreatio ex justis nuptiis*, а чтобы оно имѣло мѣсто, необходимъ бракъ, *iustae nuptiae*, который, такимъ образомъ, является первымъ условіемъ установленія отеческой власти.

1. ПОНЯТИЕ БРАКА. Бракъ, по опредѣленію юриста Модестина (*Modestinus*), въ *fr., 1, Dig. de riu nupt. 23, 2*, есть общеніе не только свѣтское, но

свѣтское и религіозное. Nuptiae, говоритъ онъ: sunt coniunctio mariti et feminae consortium omnis vitae. divini et humani iuris communicatio. бракъ есть соединеніе мужчины и женщины, общность судьбы на всю жизнь, обобщеніе какъ религіозныхъ, такъ и свѣтскихъ правоотношеній. Слѣдовательно, для существованія брака необходимо communicatio divini iuris. приобщеніе жены къ культу мужа, безъ котораго не можетъ быть и рѣчи о бракѣ, потому что иначе жена не подчинялась бы власти мужа, была бы вслѣдствіе этого чужимъ элементомъ въ семьѣ, чего не могло быть при замкнутости семейства въ это древнееврейское время.

Позже мы встрѣчаемъ въ источникахъ другой взглядъ, по которому бракъ являлся общеніемъ свѣтскимъ. Именно, въ § 1, 1 кн. 9 тит. Instit. Justin. говорится: Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens. Бракъ есть соединеніе мужчины и женщины, заключающееся въ нераздѣльной общности жизни. Подобное опредѣленіе брака могло существовать только въ то время, когда жена не была уже подчинена власти мужа, а играла самостоятельную роль и оставалась состоятельной, какъ теперь. Что же касается древнѣйшаго времени, то, какъ намъ кажется, бракъ, безъ установленія власти мужа надъ женой, sine manu mariti, на основаніи вышесказаннаго, былъ невозможенъ.

2. УСТАНОВЛЕНІЕ БРАКА И MANUS. По Фюстель-де-Кулянжу, при заключеніи брака, были необходимы три акта:

а) TRADITIO, передача отцомъ своей дочери мужу. Этотъ актъ происходилъ въ домѣ отца и заключался въ различныхъ формальностяхъ, сопряженныхъ съ религіозными обрядами. Все это должно было быть совершено отцомъ невѣсты, такъ какъ онъ считается представителемъ своего культа, хранителемъ его, и потому только онъ одинъ могъ принять кого-нибудь въ свой культъ или выдѣлить, удалить изъ своего культа. Въ этомъ случаѣ отецъ передавалъ, послѣ жертвоприношеній, свою дочь мужу и этимъ вполне отдѣлялъ ее отъ своей familia, такъ что она болѣе къ ней не принадлежала и не имѣла никакихъ связей съ нею.

б) DEDUCTIO IN DOMUM MARITI. Отведеніе жены въ домъ мужа. Этотъ актъ имѣлъ болѣе церемоніальное значеніе: онъ состоялъ въ торжественной процессіи, сопровождавшейся пѣснями и музыкой со стороны родныхъ и знакомыхъ новобрачной.

в) CONFARREATIO. Это былъ самый важный актъ при заключеніи брака, соответствовавшій, по своему значенію, первому акту. Если посредствомъ traditio дочь вполне отдѣлялась отъ familia своего отца, то посредствомъ confarreatio она вполне входила въ культъ мужа и подчинялась его власти, manus, такъ что римскими юристами confarreatio прямо выставляется, какъ способъ установленія manus.

Confarreatio имѣло такое важное значеніе именно вслѣдствіе древняго взгляда на бракъ, какъ объ этомъ было сказано выше, какъ на общеніе религіозныхъ и свѣтскихъ правоотношеній.

Гай, въ § 112 1-й книги своихъ институцій говоритъ объ этомъ слѣдующее: Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii. . . . in quo farreus omnis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; complura

praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt, quod ius etiam nostris temporibus in usu est. . . (*)

Confarreatio, посредствомъ котораго жена вступаетъ подъ власть мужа, состоитъ аа) изъ жертвоприношеній: приносится пшеничный хлѣбъ, *panis farreus*, который переломляется пополамъ и ѣтся новобрачными, причемъ остатки приносятся въ жертву богамъ; bb) при *confarreatio* произносятся торжественн. слова. Авлъ Геллій (*Noctes Atticae*) сохранилъ слова, которыя произносила жена: «*ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*», чѣмъ означалось, что жена вполне вступаетъ въ *familia* мужа. cc) Всѣ эти дѣйствія должны были совершаться въ присутствіи десяти свидѣтелей, которые являются какъ бы представителями отъ курій, такъ какъ всякое приобщеніе къ культу должно было происходить въ присутствіи народа, представителями котораго здѣсь были 10 свидѣтелей по числу курій, изъ которыхъ состояла триба мужа. Такимъ образомъ, мы видимъ, что при *confarreatio* участвуютъ два элемента—общественный и сакральный—свидѣтели и жрецы. Но слѣдуетъ замѣтить, что истинный бракъ могъ быть заключаемъ и вмѣстѣ съ тѣмъ *manus* быть устанавливаемою только, если оба лица, вступившіе въ бракъ, имѣли *jus conlubii*, право равнаго брака, такъ какъ только при политической равноправности былъ возможенъ переходъ изъ одной фамиліи въ другую, отъ культа одной семьи къ другой, такъ что всѣ эти обряды не имѣли мѣста, если, напр., патрицій заключалъ бракъ съ плебеянкой или плебей съ патриціанкой (до *lex Canuleja*). Слѣдовательно, только полноправн. граждане могли заключать такой бракъ.

ВЛАСТЬ МУЖА НАДЪ ЖЕНОЮ, manus. Что касается власти мужа надъ женою, то власть эта по содержанию сводится къ *patria potestas*, такъ какъ жена, какъ говоритъ Гай въ § 111 1-й книги, *in familiam viri transibat familiaeque locum obtinebat*, т. е., жена, приобщаясь къ культу мужа, рассматривалась по отношенію къ своимъ дѣтямъ, какъ сестра.

ПРЕКРАЩЕНІЕ БРАКА. Что касается прекращенія брака, то въ древнее время въ силу особеннаго развитія нравственности, которою отличались римляне въ то время, преимущественно подъ вліяніемъ религіознаго взгляда на бракъ, случавъ развода или прекращенія брака, помимо смерти, въ нашихъ источникахъ не встрѣчается. По крайней мѣрѣ, когда въ VI вѣкѣ встрѣчается первый случай развода, то римскіе писатели указываютъ особенно на этотъ случай, всеобщественное мнѣніе приходитъ отъ этого въ безпокойство. Но нѣтъ сомнѣнія, что мужъ, какъ глава семьи, имѣетъ право отказать женѣ въ общеніи и развестись съ нею, на основаніи собственнаго усмотрѣнія, созвавъ однако для разсмотрѣнія этого вопроса семейный соѣтъ. Такой односторонній разводъ иногда даже требовался, напр., въ случаѣ бесплодности жены. Такъ какъ, по взгляду древнихъ, главное послѣдствіе брака есть продолженіе семьи, домашняго культа, т. е., рожденіе лицъ, которые могли бы приносить жертвы предкамъ, то, если является бесплодность

(*) (м. *Ulpiani frag.*, tit. IX: *farreo convenit uxor in manum certis verbis et testibus decem praesentibus et sollemni sacrificio facto, in quo omnis quoque farreus adhibetur.*

жены, это рассматривается нарушеніемъ брачнаго принципа, и древняя религія требуетъ развода, хотя бы мужъ и жена любили другъ друга (см. Fustel de Coulanges). (*)

Для того, чтобы могъ состояться разводъ брака, заключеннаго со всѣми религіозными формальностями, требовалось, чтобы соблюдены были подобныя же обряды, какіе были и при установленіи брака. Paulus Diaconus, который жилъ въ концѣ 8-го вѣка по Р. Хр. и составилъ извлеченія изъ антикварнаго словаря, который написалъ Sextus Pompejus Festus, жившій въ концѣ 3-го вѣка, говорить, что разводъ совершался *per diffarreationem*. *Diffarreatio genus erat sacrificii, quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio. Dicta diffarreatio, quia fiebat farreo libo adhibito*. Подъ *diffarreatio* поэтому слѣдуетъ разумѣть обряды, на основаніи которыхъ расторгается бракъ, въ противоположность *confarreatio*, которою устанавливается власть мужа надъ женою, и, слѣдоват., заключается бракъ. Эти обряды состояли въ дѣйствіяхъ, противоположныхъ *confarreatio*: приносились жертвы, хлѣбъ пшеничный, но они не ѣли вмѣстѣ, какъ при *confarreatio*; произносили торжественныя слова, которыя прямо указывали на отдѣленіе жены отъ культа мужа и приобщеніе ея къ культу своего отца и такъ далѣе.

I. PATRIA POTESTAS. Fustel de Coulanges II, chap. IV, VIII, Danz I, § 100 и слѣд. Ortolan II § 92 и слѣд.

1) УСТАНОВЛЕНІЕ PATRIAE POTESTATIS. а) Дѣти, происходящія отъ законнаго брака, *justae nuptiae*, тѣмъ самымъ подчинялись власти отца. Gaj. I § 55. Это первый способъ установленія отеческой власти надъ дѣтьми, происходящими изъ законнаго брака. Но *patria potestas* могла существовать только надъ дѣтьми законнорожденными, т. е. рожденными въ законномъ бракѣ. Законою Римляне признавали только одну жену: у нихъ многоженства не допускалось, и принципъ моногамическій строго ими соблюдался. Незаконныя дѣти не находились во власти отца и вообще не имѣли къ нему никакихъ отношеній, тогда какъ къ матери отношенія они имѣли, и связь ихъ съ нею не разрывалась. Отцемъ, по выраженію источниковъ, считается только тотъ, на кого указываетъ бракъ. *Pater is est, quem nuptiae demonstrant* fr. 5 Dig. de in jus voc. II, 4. Законнымъ ребенкомъ считается тотъ, который родился въ бракѣ, не ранѣе, какъ на 7-мъ мѣсяцѣ послѣ его заключенія, т. е. плодъ, который былъ зачатъ въ законномъ бракѣ. Во fr. 12-мъ, 1-ой кн. 5 тит. Dig. находимъ объ этомъ слѣдующее указаніе юриста Павла: *Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse*. Если же ребенокъ родится послѣ прекращенія брака (смерть отца), то срокомъ законнаго рожденія его считается 10 мѣсяцевъ fr. 3 § 11 D. 38, 16.

б) УСЫНОВЛЕНІЕ *Adoptio*. Но, кромѣ *procreatio*, какъ основанія, въ силу котораго устанавливается *patria potestas* надъ дѣтьми, происходящими

(*) Ромулу приписываются законы о разводѣ, см. у Bruns: *Fontes, leges regiae I Romulus b. Familia. 8, 9.*

изъ законнаго брака, были и искусственные способы ея установленія. Гай въ §§ 97—99 говорить слѣдующее: *Non solum tamen naturales liberi secundum ea, quae diximus, in potestate nostra sunt, verum et hi, quos adoptamus. Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, velut praetoris. Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt, quae species adoptionis, dicitur arrogatio, qui a et is, qui adoptat, rogatur, id est interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum filium esse: et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur, et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, sive primum gradum liberorum obtineant, qualis est, filius et filia, sive inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis.*

Такимъ образомъ, постороннія лица вводятся въ чужую familia посредствомъ усыновленія, adoptio въ обширномъ смыслѣ этого слова Adoptio бываетъ или при участіи народа, или присоудѣствіи магистрата, напр. претора. Тотъ способъ усыновленія, который производится при участіи народа, называется arrogatio, а тотъ, который производится при участіи магистрата, adoptio въ тѣсномъ смыслѣ, или in adoptionem datio.

aa) ARROGATIO. Называется тотъ способъ усыновленія, когда усыновляется homo sui iuris т. е. самостоятельный человѣкъ, pater familias, который не находился подъ семейною властію кого, либо другаго. Arrogatio не должно было происходить поспѣшно и необдуманно, поэтому для совершенія его необходимо было специальное собраніе народа, comitia curiata, которое дѣйствуетъ, въ этомъ случаѣ подъ предѣдательствомъ верховнаго жреца. Къ народу обращались съ особой вопросительной формулой, какъ обращались къ нему и при законодательныхъ предложеніяхъ. (*) Народъ долженъ былъ разсмотрѣть всѣ обстоятельства дѣла и самъ рѣшить, возможно ли допустить извѣстную arrogatio, или нѣтъ?

Главные характеристическіе элементы arrogatio слѣдующіе: 1) участіе общественнаго элемента въ видѣ народнаго собранія, comitia curiata. 2) религіознаго элемента, олицетворявшагося верховнымъ жрецомъ (pontifex maximus). Наличность этихъ двухъ элементовъ объясняется важностью акта arrogatio, такъ какъ на основаніи его homo sui iuris покидалъ свой культъ, своихъ боговъ, своихъ предковъ, а извѣстно, насколько это было важно при тогдашнемъ взглядѣ Римлянъ на загробную жизнь.

Такая строгая форма arrogatio въ исторической жизни народа удерживается до самыхъ позднѣйшихъ временъ съ тою только разницею, что элементъ религіозный отступаетъ на второй планъ, подобно тому, какъ это мы видимъ и во всѣхъ другихъ юридическихъ отношеніяхъ, и главное значеніе получаетъ свѣтская власть. Юстиніанъ говоритъ, что участіе народа замѣнилось рескриптомъ императора. Существованіе такого условія для arrogatio, т. е. участія законодательной власти, вполне объясняется слѣдующими соображеніями: она со-

(*) У Авла Геллія (Noctes Atticae) въ 5 кн. 19 гл. мы находимъ слѣдующую формулу arrogationis. *Velitis, jubeatis, uti L. Valerius L. Titio tum jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset. Utique ei vitae necisque potestas siet, uti pariendo filio est, hoc ita, ut dixi ita vos Quirites rogo.*

хранилась благодаря глубокому консерватизму Римлянъ, вслѣдствіе котораго они удерживали много такого, что не соотвѣтствовало измѣнившимся условіямъ жизни. Но кромѣ этого дѣйствительно самую главную роль играла важность акта: на основаніи его правоспособный человѣкъ теряетъ часть своей правоспособности, всю частноправовую правоспособность.

bb) ADOPTIO. Въ тѣсномъ смыслѣ или *in adoptionem datio* есть тотъ способъ усыновленія, который совершается передъ преторомъ и означаетъ переходъ *hominis alieni iuris* изъ, подъ одной отцовской власти подъ власть другаго лица, *mutatio potestatis patris familias*. Такимъ образомъ, этотъ фактъ не такъ важенъ, какъ *arrogatio*, здѣсь для несамостоятельнаго лица одна власть только замѣняется другою, въ правоспособности онъ ничего не теряетъ и остается тѣмъ же, какимъ былъ до *adoptio*, подъ властью своего отца.

Но едва ли этотъ способъ усыновленія могъ имѣть мѣсто въ первомъ періодѣ, по слѣдующимъ соображеніямъ:

ФОРМАЛЬНЫЯ ОСНОВАНІЯ. По словамъ Авла Геллія, Гая и др. *adoptio* совершалось безъ участія народнаго собранія и представителей сакральнаго права. Между тѣмъ аналогичные акты требовали наличности того и другаго элемента: напр., *confarreatio* которое есть ничто иное, какъ замѣна одной власти (отца) другою (мужа). Этотъ фактъ даетъ основаніе заключить, что *adoptio*, какъ одинъ изъ способовъ усыновленія сдѣлалось возможнымъ только въ то время, когда религіозное освященіе всякаго акта уже утратило свое первоначальное значеніе, когда исчезъ религіозный оттѣнокъ семьи, когда она разсматривалась главнымъ образомъ, какъ юридическій союзъ, когда при совершеніи сдѣлки играла роль преимущественно свѣтская власть. Такое явленіе мы видимъ во второмъ періодѣ; поэтому необходимо допустить, что и *adoptio* возникло въ этомъ періодѣ.

МАТЕРІАЛЬНЫЯ ОСНОВАНІЯ. Для *adoptio* требовалось чтобы *homo alieni iuris* оставилъ культъ своего отца и перешелъ въ культъ другаго лица, порвалъ всякія связи съ первою *familia* и сдѣлался членомъ второй. Такое выдѣленіе въ теченіе всего перваго періода допускалось только или при весьма важныхъ преступленіяхъ, какъ послѣдствіе извѣстныхъ уголовныхъ наказаній, или въ случаѣ необходимости, именно, въ случаѣ выдачи дочери замужъ. Все это, съ точки зрѣнія матеріально правовой, даетъ право заключить, что *adoptio*, или замѣна одной отцовской власти другою, по усмотрѣнію отца была невозможна, такъ какъ отецъ не могъ безъ основанія лишить сына того культа, къ которому онъ принадлежалъ въ силу происхожденія отъ извѣстныхъ предковъ. Поэтому ученіе объ *adoptio* будетъ изложено во второмъ періодѣ, когда свѣтское право получаетъ перевѣсъ надъ сакральнымъ.

2. СОДЕРЖАНІЕ PATRIAE POTESTATIS. При разсмотрѣніи этой власти, если бы мы не имѣли никакихъ данныхъ, которыя бы намъ указывали на значеніе этого института, то изъ одного того, что сказано о значеніи древней жизни семьи, мы на основаніи результатовъ, добытыхъ изъ этого изслѣдованія а priori, могли бы заключить, что въ древнее время *patria potestas*, какъ власть теократическая, была совершенно неограниченною. Источники подтверждаютъ это заключеніе; они говорятъ, что всѣ части *familiae*: жена, дѣти, рабы, имуще-

ство— все находилось въ безусловномъ подчиненіи и распорядженіи *patris familias*. Такая безграничная власть у римлянъ называлась *manus* въ обширномъ смыслѣ. Съ теченіемъ времени эта власть получила дальнѣйшее свое развитіе, и отдѣльные виды ея получили различныя названія, смотря по объектамъ власти, такъ, по отношенію къ рабамъ — *dominica potestas*, власть господина; въ отношеніи къ дѣтямъ — *patria potestas*, по отношенію къ женѣ, *manus mariti* или *manus* въ тѣсномъ смыслѣ, власть мужа надъ женою.

Въ древнее время всѣ эти виды власти имѣли одинаковое значеніе, см. Danz, I § 100, гдѣ указаны нѣкоторыя изъ главнѣйшихъ мнѣній о *patria potestas*, но съ теченіемъ времени не могло не произойти фактическаго различія между ними.

СОСТАВНЫЕ ЭЛЕМЕНТЫ *PATRIAE POTESTATIS*. Въ составъ *patriae potestatis* входили а) права надъ личностью сына и б) права надъ имуществомъ его.

ЛИЧНЫЯ ПРАВА. Такъ какъ всякій членъ семьи не имѣлъ никакой правоспособности, то, понятно, онъ и лично исполнѣ былъ зависимъ отъ *patris familias*. Напр., заключеніе брака находилось въ полнѣйшей зависимости отъ отца. Если *pater familias* отказывался дать свое согласіе на бракъ или устроить его, то это не только являлось препятствіемъ къ заключенію брака, но онъ вовсе не могъ состояться и считался бы недѣйствительнымъ, если бы состоялся. Здѣсь впрочемъ мы только укажемъ на то личное право отца, въ которомъ самымъ сильнымъ образомъ проявлялась его власть и которое, поэтому, какъ явствуетъ изъ вышеприведенной формулы аррогаціи, и было помѣщено въ эту формулу, а именно на *jus vitae ac necis*, право жизни и смерти надъ дѣтьми. О другихъ же правахъ (см. соч. Fustel de Coulanges II chap. VIII, 2) мы будемъ говорить въ слѣдующемъ періодѣ.

б) ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ПРАВА. Въ отношеніи имущества права *fili familias* фактически были ничтожны, хотя *de jure*, т. е. теоретически, они и считались, можетъ быть, уже и въ этомъ періодѣ принадлежащими *fili familias* какъ гражданину, имѣющему *jus commercii* (*).

По указанію римскихъ юристовъ именно имущество фамиліальное (*res familiaris*), разсматривалось какъ бы находящимся въ собственности всей семьи, такъ что подчиненныя отцовской власти лица считаются какъ бы хозяевами этого имущества даже при жизни *pater familias* (**). Но этотъ взглядъ имѣлъ только теоретическое значеніе. На самомъ дѣлѣ *filius familias* во время нахождения подъ отцовской властью, не имѣлъ никакого имущественнаго права, потому что то право, которое принадлежитъ ему, фактически парализуется преобладающею властью и правомъ *patris familias*, вслѣдствіе чего практически дѣло находилось въ томъ положеніи, которое указываетъ намъ Гай въ своихъ институтяхъ II, 87, въ слѣдующихъ словахъ: *ipse, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest et quod ex qua libet causa ad quirunt, id nobis acquiritur*. Но

(*) См. Pernice Marcus Antistius Labeo I стр. 158 слѣд.

(**) См. Gajus II § 157 sui... et domestici heredes: vivo quoque parente quodammodo domini existimantur см. Paulus fr. 11, D. de lib... et post. 28, 2.

это не мѣшало, чтобы отецъ выдѣлялъ часть имущества сыну для самостоятельнаго управленія, часть, которая однако все-таки считалась собственностью отца. Такая выдѣленная отцомъ часть называлась *peculium*.

3. ПРЕКРАЩЕНИЕ *PATRIAE POTESTATIS*. По древнему римскому праву *patria potestas*, по правилу, не могла прекращаться при жизни *pater familias*. (Такъ, напр. еще и по новѣйшему римскому праву никакой возрастъ сына не прекращалъ этой власти). Если впоследствии времени, во второмъ периодѣ, мы находимъ способъ прекращенія отцовской власти по волѣ отца, т. е. *emancipatio*, или освобожденіе сына изъ подъ отцовской власти, на основаніи особаго акта со стороны отца: именно *pater familias* три раза продаетъ своего сына и этимъ уничтожаетъ власть свою надъ нимъ, то такой эмансипаціи нельзя допустить въ первомъ периодѣ, по тѣмъ же соображеніямъ, которыя были изложены выше по поводу *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ или *in adoptionem datio*, т. е. потому что нельзя признать за отцомъ права оторвать по своему усмотрѣнію своего сына отъ культа, къ которому онъ принадлежалъ по происхожденію.

Итакъ, уничтоженіе *patria potestas* можно допустить, въ видѣ исключенія, только тамъ, гдѣ религіозные интересы домашняго культа были преодолимы интересами высшаго культа, общественнаго; единственнымъ возможнымъ случаемъ прекращенія отцовской власти надъ сыномъ, было достиженіе послѣднимъ извѣстной жреческой должности, *flamen Dialis*, жреца Юпитера, а для дочери званіе весталки—*virgo Vestalis*. Достиженіе всякихъ другихъ должностей, (*) хотя и самыхъ высшихъ, напр. званія консула, не освобождало отъ отцовской власти, и только, если лицо было назначено для служенія высшему божееству, допускалось исключеніе; общимъ правиломъ было здѣсь то, что высшая власть поглощается низшею. *Exeunt liberi virilis sexus de parentis potestate, si flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus, si virgines Vestales capiuntur* (Instit. Gai I § 130). Отъ отцовской власти освобождаются тѣ лица, которыя достигли должности фламинъ Юпитера, потому что въ этомъ случаѣ они являются представителями религіи всего народа и посредниками между божеествомъ и всѣмъ народомъ; а также тѣ дѣвицы, которыя посвящали себя богинѣ Вестѣ, покровительницѣ города Рима.

Mors, смерть, *patris familias* конечно, была причиною освобожденія изъ подъ отцовской власти, но освобожденіе это простиралось только на тѣхъ лицъ, которыя находились непосредственно подъ его властью, т. е. тѣхъ, которые технически называются *sui heredes*. Напр., лицо А имѣетъ сына, дочь и жену; сынъ и дочь подчинены его *potestati*, а жена находится у него *in manu* отъ сына у него есть внукъ. Послѣ его смерти освобождаются отъ его власти его сынъ, дочь и жена; они становятся *homines sui iuris*, но внукъ не освобождается отъ *patriae potestatis*, потому что надъ нимъ получаетъ полное значеніе власть его

(*) Замѣтимъ, что сыновья подчинялись отцовской власти только въ отношеніи къ частно-правовой сферѣ къ *connubiū et commercium*, между тѣмъ какъ относительно публичныхъ правъ, *jus suffragii et honorum*, они были совершенно самостоятельны, такъ что о нихъ можно было сказать, что *filius familias — unus homo, qui duas sustinet personas*.

отца, которая прежде покрывалась властью его дѣда. Подобно смерти, конечно, *capitis deminutio media* и *maxima*, лишение права гражданства и свободы (обращение въ рабство) отца или сына прекращали *patriam potestatem*, которая какъ послѣдствие *juris connubii est jus proprium civium Romanorum*. Если отецъ, въ наказаніе за какое либо преступленіе, подвергался *capitis deminutioni mediae* или *maximae*, напр., когда онъ уклонялся отъ ценза или если, наоборотъ, онъ продавалъ сына за какое-нибудь преступленіе въ рабство, то отношеніе по *patria potestas* должно было прекращаться.

III. РОДСТВО. См. Fustel de Coulanges II chap. V. de la parente. Древнеримское право знаетъ только одинъ видъ родственниковъ, именно, совокупность всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя связаны однимъ культомъ, слѣдовательно, принадлежатъ къ одной гражданской семьѣ, *familia*, съ тѣмъ лицомъ, родственниками котораго они считаются, причемъ, слѣдовательно, основнымъ принципомъ этой родственной связи, подобно тому, какъ и констативнымъ началомъ каждой семьи, является не происхожденіе отъ одного общаго родоначальника, но общность религіознаго культа и связь по одной семейной власти.

Родство въ римскихъ источникахъ представляется въ двухъ: 1) *cognatio naturalis*, естественное, кровное родство и 2) *cognatio civilis*, гражданское родство или *agnatio*

1) *COGNATIO NATURALIS*, кровное родство, означало связь основанную на общности происхожденія отъ одного общаго родоначальника; слѣдовательно, связь, основанную на естественномъ фактѣ рожденія. Въ юридическомъ быту Римлянъ въ древнія времена этой связи не придавалось никакого значенія, кромѣ одного случая, именно запрещенія, на основаніи этого родства, вступать въ бракъ въ близкихъ степеняхъ.

2) *AGNATIO SEU COGNATIO CIVILIS* — есть ничто иное, какъ распространеніе и продолженіе Римской *familiae*, въ римскомъ значеніи этого слова. Единственнымъ продолжителемъ рода, по древнему римскому взгляду, былъ мужчина; женщина признавалась пассивнымъ существомъ, только воспринимающимъ животворное вліяніе мужчины. Отсюда, родственная связь могла поддерживаться только черезъ лицъ мужескаго пола. Если же между лицомъ мужескаго пола и предками его стояло лицо женскаго пола, то родственная связь прерывалась, потому что женщина не могла продолжать *familiam*: *Mulier autem familiae suae et caput et finis est* (Dig. 50 кн. 16 т., fr. 195, §5).

Агнатами или гражданскими родственниками, слѣдовательно, считались изъ кровныхъ родственниковъ только лица, связанные по мужскому колѣну *Agnati sunt a patre cognati virilis sexus per virilem sexum descendentes eiusdem familiae velut patrui, fratres, filii, fratres patruales* (Ulp. frag. 11 т. §4). Наравнѣ же съ этими лицами стояли усыновленные.

Такимъ образомъ, подъ агнатами разумѣется совокупность тѣхъ лицъ, которыя или находятся подъ одною и тою же частно-правовою властью, или находились бы подъ нею, если бы ихъ общій властелинъ не умеръ, и агнатство основывается на юридическомъ фактѣ семейной власти. Поэтому, если у А есть сынъ и дочь, а затѣмъ внукъ отъ сына и внучка отъ дочери, то агнатами, а слѣдовательно, и наследниками А будетъ только сынъ и внучка отъ сына, а такъ-

же дочь; она же сама, если поступила подъ *manus* мужа, и сынъ ея не будутъ агнатами А, потому что принадлежатъ къ другому культу и подчинены власти другаго *pater familias*.

Точно такое же отношеніе братьевъ. Въ боковой линіи родство бываетъ полное и неполное. Полнымъ считается то, когда братья и сестры происходятъ отъ одного общаго отца и матери; тогда они называются терминомъ новѣйшаго права, *germani*. Но можетъ быть такъ, что только одна сторона будетъ общая, т. е. отецъ или мать; если, напр., отецъ, имѣя отъ перваго брака сына, вступить во второй бракъ и приживетъ со второю женою еще сына то оба его сына будутъ братьями, но не полнородными, а единокровными, *consanguinei*. Если же вдова, имѣя сына, выходитъ замужъ во второй разъ, и у нея родится въ этомъ второмъ бракѣ сынъ, то ея дѣти будутъ между собою братьями но тоже не полнородными, а называются въ этомъ случаѣ единоутробными, *uterini*. Въ отношеніи агнатическаго родства, положеніе тѣхъ и другихъ не полнородныхъ неодинаково. *Consanguinei* и *germani* подчинены одной и той же власти, поэтому ихъ положеніе въ агнатическомъ отношеніи равно; но положеніе *uterini* совершенно другое, они только когнаты между собой, а не связаны агнатическою связью. Итакъ, положимъ, что А вышла замужъ за В, у нихъ былъ сынъ С, который и принадлежалъ къ культу В. Затѣмъ, по смѣрти В, А выходитъ замужъ за D, и у нихъ рождается сынъ E, который принадлежитъ къ культу D. Слѣдовательно, хотя С и E—братья—имѣютъ одну и ту же мать, *uterini*, но принадлежатъ къ различнымъ культуамъ, почему между ними не будетъ агнатическаго родства. Поэтому, если С умретъ, не оставивъ завѣщанія, то имущество будетъ выморочнымъ. D не можетъ наследовать за С. Къ агнатамъ же, какъ выше было замѣчено, принадлежатъ и постороннія лица, приобщенныя къ культу *patris familias* искусственно, напр., на основаніи *confarreatio* и *agrogatio*. Итакъ, какъ видно изъ вышеизложеннаго, отъ *cognatio naturalis agnatio* отличается слѣдующими особенностями:

1) Въ составъ агнатическаго родства входятъ, какъ упомянуто выше, личности совершенно постороннія, помимо какихъ либо естественныхъ отношеній; они считаются родственниками только потому, что на основаніи извѣстныхъ юридическихъ фактовъ приобщены къ культу *patris familias*. На этомъ основаніи агнатомъ считается жена, которая вошла въ *familiam* мужа *per in manus conventionem*, почему рассматривается въ семействѣ мужа *filiae loco* и имѣетъ всѣ права, принадлежащія дѣтямъ. Точно также приобщается къ семейному культу всякое постороннее лицо, вслѣдствіи аррогаціи.

2) Лица, которыя, съ точки зрѣнія *cognationis naturalis*, считаются близкими родственниками, не считаются такими въ агнатическомъ родствѣ. На этомъ основаніи всѣ происходящія отъ лицъ женскаго пола данной *familiae*, не считаются агнатами той *familiae*, изъ которой вышла женщина. Поэтому, если *pater familias* умираетъ и у него остается только внуки отъ дочерей, то его имущество становится выморочнымъ, такъ какъ дѣти дочерей на рассматриваются, какъ агнаты, ибо матери ихъ, по римскому взгляду (fr. 195 §5 Dig. 50 кн. 16 т.), не могутъ быть продолжателями рода.

Дальнѣйшее, наконецъ, развѣтвленіе родственнаго круга представляется

gens, о которомъ была рѣчь выше.

Въ заключеніе замѣтимъ, что опредѣленія агнатовъ, встрѣчающіяся у римскихъ юристовъ, неполны въ томъ отношеніи, что въ нихъ имѣется въ виду только одинъ видъ агнатовъ, а именно кровные родственники, которые суть въ тоже время агнаты, т. е. кровные родственники, связанные между собою только черезъ лицъ мужескаго пола. См. Gajus въ fr. 7 D. de legitim. tutorib: 36, 4: Sunt autem agnati, qui per virilis sexus personas cognatione conjuncti sunt, quasia patre cognati, cp. Ulpiani fragm. tit. XI §4: agnati sunt a patre cognati virilis sexus, per virilem sexum descendentes, ejusdem familiae: cp. § 1 Inst. Just. I 15 и § 1 cod. III, 2. Это опредѣленіе именно слишкомъ узко, потому что, какъ мы видѣли, въ составъ агнатовъ входятъ и лица, вовсе не связанные между собой кровнымъ родствомъ, а приобщенныя искусственно къ культу *patris familias* и подчиненныя его власти посредствомъ *in manum conventio* и *adoptio*; вслѣдствіе чего опредѣленіе агнатовъ, какъ было выше указано, таково: агнаты суть лица, связанные между собою на основаніи искусственнаго факта — власти семейной, въ противоположность естественному факту происхожденія, составляющаго основаніе кровнаго родства, (cognatio naturalis), т. е. лица, находящіяся подъ семейною властію одного лица или находившіяся какъ бы подъ нею, если бы общій властелинъ не умеръ.

IV. ОПЕКА (TUTELA). Вопросъ объ опекаѣ большею частью ученыхъ излагается въ отдѣлѣ семейныхъ правоотношеній, такъ какъ опека представляется институтомъ, замѣняющимъ собою въ извѣстныхъ отношеніяхъ отсутствующую семейную власть, см. Pernice Labeo I, стр. 184 IX, 2. Опекаѣ именно подвергаются только лица, не подчиненныя семейной власти, *homines sui juris*, что мы можемъ видѣть изъ слѣдующаго мѣста источниковъ. (Inst. Just. I кн. 13 т.): Ex his personis quae in potestate non sunt, quaedam vel in tutela sunt, vel in curatione, quaedam neutro jure tenentur. Въ § 1 Inst. de tutel. I, 13 кн. находимъ слѣдующее опредѣленіе опеки, приписываемое юристу Сервию Сульпицію Руфу (Servius Sulpicius Rufus): Est autem tutela (ut Servius definit) vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permessa. Опека есть право и власть, дарованная цивильнымъ правомъ надъ свободнымъ человѣкомъ, для защиты того, кто, вслѣдствіе своего возраста, самъ себя защищать не можетъ. Но это опредѣленіе не вполне достаточно, если принять въ соображеніе древнѣйшія времена. Именно, Римляне признавали не только одинъ видъ опеки, на основаніи недостиженія извѣстнаго возраста: у нихъ существовала еще причина для установленія опеки, не смотря ни на какой возрастъ лица, именно опека надъ женщинами. Опека, такимъ образомъ, имѣла мѣсто по слѣдующимъ двумъ причинамъ:

1. АЕГАСЪ, ВОЗРАСТЪ. Лица, не достигшія извѣстнаго возраста, считались недостаточно развитыми для управленія собственными дѣлами, не способными сами защищать себя отъ обмановъ, могущихъ быть со стороны другихъ лицъ — опека надъ несовершеннолѣтними, *tutela impuberum*. Поэтому къ нимъ представлялся *tutor*, защитникъ (отъ глагола *tueor* — защищаю), который являлся представителемъ малолѣтняго (*gestio*) и принималъ участіе въ сдѣлкахъ

несовершеннолѣтняго (auctoritatem interponere) для охраненія его интере-совъ.

2. Второю категоріею лицъ, признаваемыхъ, по древнеримскому взгляду, не способными къ управленію собственными дѣлами, вслѣдствіе недостаточнаго умственнаго развитія и легкомыслія (fragilitas sexus) были всѣ женщины, не смотря ни на какой возрастъ; это такъ называемая *tutela mulierum*. Поэтому женщины всю свою жизнь проводили подъ властію мужчинъ или подъ опекою: какъ дочь — подъ властію отца *patria potestas patris familias*; какъ жена — подъ властію мужа, *manus mariti* и наконецъ, какъ *persona sui juris*, послѣ смерти отца, — подъ опекой ближайшихъ агнатовъ: *legitima agnatorum tutela*.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что у Римлянъ существовало два вида опеки: 1) *Tutela impuberum* и 2) *tutela mulierum*; Юристъ *Servius Sulpicius Rufus* навѣрное формулировалъ свое опредѣленіе опеки такъ, что подъ него подходила и опека надъ женщинами, но императоръ Юстиніанъ, ко времени котораго опека надъ женщинами уже была отмѣнена (во время императора Клавдія), измѣнилъ легальное опредѣленіе по этому предмету, которое, вслѣдствіе того, должно было имѣть слѣдующую форму: *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum eamve, qui quaeve propter aetatem sexumve se defendere nequit*.

Tutela, какъ установленіе власти надъ лицами, не могущими, вслѣдствіе возраста или пола, сами завѣдывать своими дѣлами, есть учрежденіе, которое можетъ быть отнесено къ древнѣйшему времени, такъ какъ мы не можемъ себѣ представить никакого общества, съ перваго момента его возникновенія, въ которомъ бы напр. малолѣтніе, не имѣющие отца и матери, были брошены безъ охраны со стороны другихъ лицъ. Иначе, это было бы равносильно лишенію этихъ лицъ правоспособности.

Возлѣ опеки, *tutela*, мы встрѣчаемъ въ источникахъ еще другой видъ защиты лицъ, нуждающихся въ ней, подъ названіемъ *cura* или *curatio* — попечительство. Римляне примѣняли это слово во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда невозможность со стороны лица управленія своимъ существомъ происходила не отъ обыкновенной, общей естественной какой нибудь причины, а отъ чрезвычайной, необыкновенной. Напр., по отношенію къ сумасшедшимъ. Римляне употребляли слово *cura* — *Cura furiosi*, такъ какъ сумашествіе есть фактъ ненормальный, которому подвержена только очень незначительная часть людей, а не всѣ; или по отношенію къ расточительнымъ — *cura prodigi* — тоже употребляли слово *cura*, такъ какъ и расточительность, вслѣдствіе которой установилось попечительство, не могла признаваться явленіемъ нормальнымъ.

На вопросѣ о томъ, какъ были въ древнее время устроены *cura* и *tutela*, мы останавливаться здѣсь не будемъ, такъ какъ это будетъ изложено въ слѣдующемъ періодѣ; замѣтимъ только, что вопросы объ этомъ, въ древнемъ періодѣ, не были даже вѣроятно нормированы законодательствомъ, потому что, вслѣдствіе гентильнаго устройства, о которомъ было говорено выше, всякій римскій гражданинъ находился подъ охраною и защитой своей *gens*, такъ что сумасшедшіе, напр., (см. текстъ законовъ XII т. у Брунса *tab. V*), находились подъ попечи-

ОТДѢЛЪ П.

ЧИСТО-ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ПРАВООТНОШЕНІЯ.

Имущественныя правоотношенія проявляются въ двухъ главнѣйшихъ формахъ, какъ вещныя права или непосредственное обладаніе какою либо тѣлесною вещью и какъ обязательственныя права или права на дѣйствія другихъ лицъ, имѣющія имущественную цѣнность. Поэтому, ученіе объ имущественныхъ правахъ естественно распадается на двѣ части:

I. *Jura in rem*, вещныя права.

II. *Obligaciones*, обязательственныя права.

Это дѣленіе основывается и на указаніи источниковъ. Юстиніанъ прямо говоритъ, что всѣ *res* бываютъ *corporeales* и *incorporales*, причемъ подъ первыми онъ разумѣетъ *res quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis etc.*; подъ вторыми — *quae tangi non possunt* или *quae in jure consistunt, veluti hereditas, obligaciones quoquo modo contractae etc.* (Inst. Just. II кн. 2 т.)

I. JURA IN REM - ВЕЩНЫЯ ПРАВА.

а) ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ. Что касается до вещныхъ правъ, то прототипомъ всѣхъ такихъ правъ, съ самыхъ древнѣйшихъ временъ, было право собственности, *proprietas, dominium*, т. е. право законнаго, по принципу полнаго, исключительнаго обладанія тѣлесною вещью. Частная собственность, какъ исключительное господство лица надъ извѣстною вещью, какъ нельзя болѣе соотвѣтствуетъ принципу субъективной воли, какъ первоисточнику частнаго права. См. *Ihering Geist I § 10. Das Princip des subjectiven Willens der Urquell des römischen Privatrechts*. Никакіе сервитуты, никакія другія права не представлялись римлянамъ столь настоятельно необходимыми, какъ право собственности. Фюстель-де-Кулянжъ объясняетъ это существованіе собственности у римлянъ тѣмъ взглядомъ, котораго онъ держится на семейство. Такъ какъ конститутивнымъ началомъ каждой семьи былъ культъ, то у каждой семьи должна была быть своя собственность, которую она оберегала и не допускала перехода ея въ чужія руки, потому что каждое семейство погребало своихъ умершихъ членовъ около своего дома и тѣмъ дѣлало часть земли священнымъ мѣстомъ (*locus religiosus*), которое необходимо должно было быть собственностью семьи, ради поддержанія ея связи съ умершими предками.

Въ составъ этого права собственности, какъ господства, соотвѣтствующаго выше выставленному опредѣленію, входятъ два основныхъ права, во 1) право хозяина предпринимать съ своей стороны съ вещью все, что ему угодно и во 2) право удерживать отъ вліянія на эту вещь всякаго другаго. Всѣ отдѣльныя права, исчисляемыя кодексами и учеными, какъ входящія въ составъ собственности, подходятъ подъ одну изъ 2 указанныхъ категорій. Право собственности настолько обнимаетъ собою вещь, что на обыденномъ и даже на юридическомъ языкѣ право смѣшивается съ самою вещью. Когда говорится, напр., это

мой домъ, то этимъ высказывается, что я имѣю всѣ права на этотъ домъ; слѣдовало бы сказать я имѣю право собственности въ этомъ домѣ, такъ что, юридически, приведенное выраженіе неправильно и объясняется лишь всеобъемлющею властью надъ вещью. У Римлянъ также существовали такія выраженія, напр. *Hunc ego rem* или *hunc ego hominem ex iure Quiritum meam* или *meum esse aio* (*) т. е. право также смѣшивается съ самою вещью.

Что касается вопроса о томъ, какимъ образомъ устанавливается право собственности, то въ новѣйшее время самымъ обыкновеннымъ средствомъ является приобрѣтеніе вещи отъ другаго посредствомъ передачи, *traditio*. У Римлянъ же это было совершенно иначе. (**) Главнымъ способомъ приобрѣтенія у нихъ является личная дѣятельность человѣка; то, что этою личной дѣятельностью создано, приобрѣтено или завоевано, то ей принадлежало. Поэтому, на первомъ планѣ, у нихъ стояло приобрѣтеніе черезъ *occupatio*, т. е. захватъ. Это объясняется древнѣйшимъ воззрѣніемъ Римлянъ по которому весь міръ былъ основанъ мечемъ и копьемъ (*hasta*), которые и считались вслѣдствіе этого символами власти и собственности. Не боги даровали Римлянамъ городъ, какъ это рассказывалось въ нѣкоторыхъ преданіяхъ, но онъ былъ основанъ мечемъ, былъ приобрѣтенъ путемъ завоеванія (*capere*). Собственностью Римлянинъ поэтому считалъ только то, что онъ захватывалъ руками (*manu capere*); отсюда и названіе *res mancipi*. Лицо, которое захватило что нибудь, называлось *herus*, т. е. господинъ. (не слѣдуетъ смѣшивать этого слова со словомъ *heres* - наследникъ). Передача имущества производилась на основаніи формальнаго акта, который называется *mancipatio* и въ который входитъ также захватъ. Захватъ, такимъ образомъ, является главнымъ основаніемъ установленіе собственности. Если обратимъ вниманіе на главный случай захвата, то увидимъ, что это былъ захватъ во время войны. Гай въ § 11, 4-й книгѣ своихъ Институцій говоритъ, что *maiores nostri maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent*, т. е. предки наши считали своею собственностью преимущественно то, что они отнимали отъ враговъ. Военная добыча, *praeda bellica*, слѣдовательно, была важнѣйшимъ основаніемъ собственности.

RES MANCIPI И RES NEC MANCIPI. Съ этимъ приобрѣтеніемъ посредствомъ воинскаго захвата многіе ученые ставятъ въ соединеніе древнѣйшее, юридически важное, раздѣленіе вещей у Римлянъ. Дѣленіе это не было дѣленіе вещей на *mobiles*, движимыя, и *immobiles*, недвижимыя, какъ мы встрѣчаемъ это въ новѣйшія времена, а на *res mancipi* и *res nec mancipi*. *Res mancipi* опредѣляются въ римскихъ источникахъ слѣд. образомъ *Mancipi res sunt praedia in italico solo, tam rustica, qualis est fundus, tam urbana, qualis est domus. Item jura praediorum rusticorum velut via, iter, actus, aquaeductus, item servi et quadrupedes quae derso collove domantur, velut boves, muli, asini, equi.* Подъ словомъ *praedium* (не смѣшивать съ *praeda* — добыча) разумѣется недвижимое имущество; *praedia rustica* означаютъ такія недвижимыя имущества, которыя даютъ доходъ естест-

(*) См. Gaii Instit. IV кн. 16 §.

(**) См. Герингъ, Духъ Римскаго права, I т. § 10.

венными плодами, напр., огородъ, пахатное поле, виноградники и др.; *praedia urbana*—это такія имущества, которыя даютъ такъ называемые гражданскіе плоды. Напр., имѣя домъ, можно или жить въ немъ самому, слѣдовательно, пользоваться имъ непосредственно или отдавать его въ наемъ и получать за это деньги.

Для того, чтобы передать *res mancipi* въ квинтискую собственность другого лица, нужны были формальности, состоявшія въ обрядѣ перенесенія собственности, такъ называемую *mancipatio*, т. е. *imaginaria venditio adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea libripende* Gajus I § 113 § 119. (Эта форма не могла быть примѣнена къ однимъ только *res mancipi*?).

Относительно основаній установленія дѣленія вещей на *res mancipi* и *res nec mancipi*, существуетъ среди ученыхъ много различныхъ мнѣній, которыя выставлены и сгруппированы въ сочиненіи ученаго Danz, въ I т. § 119, гдѣ также приводится мнѣніе и самаго Данца, по которому подъ *res mancipi* слѣдуетъ понимать тѣ предметы военной добычи, которые не могли быть полководцемъ розданы солдатамъ, а поступали въ государственную казну и только оттуда, на основаніи *praedae sectio*, т. е. продажи добычи съ публичнаго торга и т. п. передавались въ собственность частныхъ лицъ. Остальныя вещи, какъ серебро, жемчугъ и пр. изъ казны не продавались и считались за *res nec mancipi*.

Другія мнѣнія, кромѣ своего собственнаго, съ которыми сходны мнѣнія Пухты и Геринга, Данцъ приводитъ къ слѣдующимъ тремъ группамъ.

Первое, по которому подъ *res mancipi* разумѣются вещи, которыя должны были быть указываемы при цензѣ; этого мнѣнія, напр. держался Вангеровъ, высказавшій его на основаніи изслѣдованія Нибура. Второе, наиболѣе распространенное и высказанное напр. Момзенемъ, Савиньи и др., мнѣніе предполагаетъ въ *res mancipi* вещи, наиболѣе связанныя съ земледѣліемъ и сельскимъ хозяйствомъ; и третье, принадлежащее, главнымъ образомъ, Кунтце видитъ различіе между *res mancipi* и *nec mancipi* въ различіи мѣновой цѣнности: первыя являются основаніемъ, фундаментомъ имущества, а вторыя постоянно измѣняющимися и служащими мѣновыми цѣнностями.

Какъ выше было сказано, Гай главнымъ способомъ пріобрѣтенія собственности считаетъ захватъ. Подтвержденіемъ этого взгляда можетъ служить то, что копье, *hasta*, у Римлянъ считалось символомъ собственности. И теперь еще существуетъ терминъ *subhastatio*, для означенія продажи съ публичнаго торга, который былъ бы непонятенъ, если бы *hasta* не имѣло указаннаго значенія. *Vendere sub hasta* значило продать съ публичнаго торга, такъ какъ продажа съ публичнаго торга отъ имени государства производилась у древнихъ Римлянъ подъ знакомъ *hasta*. На основаніи вышесказаннаго, Герингъ опредѣляетъ собственность, какъ право въ завоеванномъ предметѣ, являющееся на основаніи захвата и завоеванія. Въ позднѣйшее время у Римлянъ захватъ уже не имѣлъ такого значенія; у нихъ существовали другіе способы распредѣленія собственности, напр. общественныхъ полей—*agri assignati* и *agri quaestorii*, о которыхъ была рѣчь выше.

Далѣе, при разсмотрѣніи собственности въ древнѣйшемъ Римѣ, является

вопросъ: существовала ли тамъ частная собственность отдѣльныхъ лицъ въ отношеніи ко всѣмъ вещамъ? По отношенію именно къ недвижимымъ имуществамъ единогласнаго мнѣнія ученыхъ не существуетъ. Нибуръ и Пухтанапр. выходятъ изъ того положенія, что недвижимая собственность въ Римѣ имѣла политическое значеніе, что частной недвижимой собственності первоначально не существовало, но что всѣ земли входили въ составъ *ager publicus* и что только вліянію плебейскаго элемента слѣдуетъ приписать возникновеніе понятія частной собственности въ недвижимыхъ имуществяхъ. Гунке считаетъ мнѣніе Нибура основнымъ заблужденіемъ, и Герингъ въ § 14-I-го тома энергически поддерживаетъ мнѣніе Гунке на этотъ счетъ. Вотъ что именно говоритъ Герингъ объ этомъ предметѣ: «Наши источники болѣе противорѣчатъ этому предположенію, чѣмъ его подтверждаютъ, (*) а не обращая на нихъ вниманія, должно было бы имѣть самыя настоятельныя общія основанія, чтобы у народа, у котораго принципъ частнаго права съ самаго начала выступилъ съ величайшею рѣзкостью и опредѣленностью, отрицать именно самую главную собственность, собственность поземельную. Во время XII таблицъ послѣдняя является уже въ выработанномъ видѣ, въ которомъ нѣтъ ни малѣйшаго слѣда, ни малѣйшаго отголоска мнимаго прежняго состоянія. Развѣ «плебейскій принципъ», которому приписываютъ частную поземельную собственность, во время XII таблицъ, такъ полно и такъ давно побѣдилъ патриційскій принципъ, что отъ него не осталось даже воспоминаній? Изъ того было возможно относительно поземельной собственности и во время процвѣтанія родоваго государства?—двухъ отношеній, на которыхъ, какъ нигдѣ должна была бы высказаться въ удвоенномъ и учетверенномъ размѣрѣ известная консервативная сила римскихъ правовыхъ идей. Далѣе это должно было совершиться плебеями, которые жили тогда еще въ очень скромномъ и униженномъ положеніи и не имѣли въ томъ никакого интереса, чтобы навязывать патриціямъ имъ однимъ, по тому предположенію, знакомую, частную поземельную собственность.

Все мнѣніе представляетъ рядъ нелѣпостей и погрѣшностей противъ остающаго характера образованія римскаго права, считая его способнымъ на одинъ этотъ разъ вполне отречься отъ своей обычной медленности, соразмѣрности и развитія извнутри наружу, сдѣлаться невѣрнымъ самому себѣ. Такое фундаментальное учрежденіе, какъ исключительно общая собственность, должно было въ началѣ царскаго періода находиться въ полномъ цвѣтѣ, а въ концѣ его уже преобразиться въ свою прямую противоположность! И эта колоссальная революція всего праваго состоянія—ибо таковой была она—мотивирована только смутной гипотезой, видимо, съ самаго начала вполне противоположнаго принципа; не внутренняя потребность, не только неразвитіе извнутри наружу, но единственная сила плебейскаго примѣра и внѣшнее внесеніе самаго по себѣ чуждаго вызвало эту революцію. И чтобы эта революція прошла безъ потрясеній, чтобы ни малѣйшаго слѣда ея не осталось въ памяти народа,

(*) Гунке, говоритъ Герингъ, по моему мнѣнію, справедливо назвалъ его основнымъ заблужденіемъ Нибура

ни слабого воспоминанія въ самомъ правѣ, чтобы свободная, неограниченная частная собственность, какъ она существовала у плебеевъ, вжоренилась безъ малѣйшей попытки защищаться со стороны родового устройства, которому она наносила смертельный ударъ!

Нѣтъ, точно также нельзя отрицать первоначальную собственность въ родовомъ государствѣ, какъ и принимать чрезъ сальтомортале, въ противоположную крайность, вполне свободную частную собственность. Истина лежитъ посрединѣ между двумя крайностями. А именно въ Римѣ издавна существовала отчасти публичная, отчасти интересомъ рода стѣсненная, частная поземельная собственность.»

Доводы, приведенные Герингомъ, представляются столь убѣдительными, что едва можно сомнѣваться въ томъ, что у Римлянъ съ древнѣйшихъ временъ частная собственность существовала какъ по отношенію къ движимымъ, такъ и по отношенію къ недвижимымъ имуществамъ, а не все поля были *ager publicus*. Но къ этому слѣдуетъ замѣтить, что, если частная собственность существовала у Римлянъ, то конечно нельзя однако допустить существованія ея въ томъ абсолютномъ и неограниченномъ видѣ, въ которомъ она встрѣчается въ квинтскомъ періодѣ. Частная собственность въ недвижимыхъ имуществвахъ вѣроятно ограничивалась въ интересахъ *gens*, къ которой принадлежало лицо, имѣющее собственность. Въ отношеніи къ отчужденію всего имущества всей фамиліи лица, мы имѣемъ прямыя указанія, что оно могло происходить не иначе, какъ при участіи всего народнаго собранія (*testamentum in comitiis calati arrogatio*). Что же касается до распоряженія отдѣльными вещами, то въ источникахъ не имѣется указаній на подобное ограниченіе при распоряженіи ими и отчужденіи ихъ; но мы едва ли ошибемся, если въ формальностяхъ при отчужденіи *res mancipi* въ квинтскомъ періодѣ мы усмотримъ слѣды ограниченія отчужденія въ древнѣйшія времена. Если мы именно обратимъ вниманіе на пять свидѣтелей при *mancipatio* и будемъ ихъ считать, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые ученые, представителями 5 классовъ центуриатскихъ собраній, если мы далѣе примемъ въ расчетъ, что эти свидѣтели въ древнѣйшее время не играли чисто пассивной роли при сдѣлкѣ, а въ качествѣ гарантовъ, т.е. лицъ принимающихъ на себя обязанность помогать тому, при сдѣлкѣ котораго они свидѣтельствовали (см. Геринга I, § 11), должны были признавать дѣло, за гарантію котораго они берутся, правымъ, т.е. давать этому дѣлу свое одобреніе, то мы легко придемъ къ тому заключенію, что въ древнѣйшія времена относительно распоряженія отдѣльными *res mancipi*, какъ важнѣйшимъ достояніемъ римскаго гражданина, существовало нѣчто подобное тому, что въ историческія времена мы видимъ въ примѣненіи къ отчужденію цѣлаго имущества.

б) СЕРВИТУТЫ. Другимъ видомъ *rerum mancipi*, являются, какъ говорить Ульпіанъ въ своихъ фрагментахъ, 19 тит. § 1, *iura praediorum rusticorum velut via, iter, actus, aquaeductus*. Это суть такъ называемые сервитуты, т.е. права пользованія, установленныя для исключительной пользы какого либо недвижимаго имѣнія въ сосѣднемъ имѣніи, съ цѣлью пополненія естественныхъ недостатковъ или пробѣловъ въ первомъ имѣніи. Для установленія

такихъ сервитутовъ всегда необходимы два имѣнія, одно, въ пользу котораго устанавливается сервитутъ, другое, въ которомъ устанавливается сервитутъ, въ пользу перваго имѣнія; первое называется технически praedium dominans, господствующимъ имѣниемъ, второе—praedium serviens, служащимъ имѣниемъ. Кромѣ исчисленныхъ Ульпіаномъ сервитутовъ, такъ называемыхъ дорожныхъ сервитутовъ, *via, iter, actus*, могутъ быть и другіе напр. *jussilvae, sae dua*, право рубить чужой лѣсъ. Какъ примѣръ для объясненія сервитутовъ возьмемъ именно *silva, лѣсъ*. Положимъ, что praedium serviens, изобилуя лѣсомъ, снабжаетъ имъ praedium dominans вслѣдствіе договорнаго соглашенія собственниковъ ихъ; или возьмемъ другой примѣръ—aquaeductus—servitus здѣсь выражается въ томъ, что изъ служащаго имѣнія вода проводится въ имѣніе господствующее. Это право можетъ быть только тогда установлено, когда praedium dominans нуждается въ водѣ или лѣсѣ, если въ немъ большой недостатокъ того или другаго; а какъ скоро praedium dominans имѣетъ воды или лѣса достаточно, тогда сервитутъ не можетъ быть установленъ въ качествѣ *servitus praedii* потому что онъ устанавливается исключительно *propter utilitatem praedii dominantis*; Въ 8-й книг. III тит. Dig. въ fr. 1 мы находимъ слѣдующее объяснительное указаніе. *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquaeductus. Iter est ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum, vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet, etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi, nam et iter et actum in se via continet. Aquaeductus est ius aquam ducendi per fundum alienum.*

Подобное же опредѣленіе даетъ и Юстиніанъ во II книгѣ 2-мъ титулѣ principio своихъ Институцій. Итакъ, къ отдѣлу вещныхъ правъ принадлежитъ во 1) право собственности, *dominium* и во 2) *iura praediorum rusticorum*, сервитуты.

II. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ, OBLIGATIONES. Второй видъ имущественныхъ правъ составляютъ обязательственныя отношенія, т.е. права на опредѣленные дѣйствія другихъ свободныхъ лицъ, имѣющихъ имущественную цѣнность; на основаніи обязательства именно одно лицо, кредиторъ (*creditor*) получаетъ право требовать отъ другаго лица, которое называется должникъ дебиторъ (*debitor*), извѣстныхъ дѣйствій, которыя онъ долженъ исполнить. (*)

Такого рода обязательства возникаютъ vel ex contractu, vel ex delicto (Gaj. III кв. § 88), т.е. или на основаніи договорнаго соглашенія или изъ противозаконнаго дѣйствія.

Что касается понятія контракта, *contractus*, то по русски это выраженіе переводится словомъ «договоръ» или также контрактъ; но выраженіе договоръ не вполне соответствуетъ римскому «*contractus*,» ибо представляется болѣе обширнымъ, нежели послѣднее слово. Для выраженія договора, въ нашемъ

(*) Объ опредѣленіи обязательствъ, на основаніи источниковъ (fr. 3 pr D. de O et A. 44, 7 и pr. Inst. de obl. III, 13, было говорено выше).

смыслѣ, у Римлянъ было слово pactum, pactio или conventio, такъ что contractus есть собственно особенный видъ pactum, или договора, явившійся по особеннымъ историческимъ основаніямъ. Поэтому, при опредѣленіи contractus, нужно выходить изъ понятія pactum.

Pactum или conventio, по опредѣленію римскихъ юристовъ, est duorum pluriumve in idem placitum consensus Ulp. fr. 1 § 2 Dig. 2 кв. 14 тит.; pactum есть соглашеніе двухъ или нѣсколькихъ лицъ, относительно какого либо предмета, имѣющаго юридическій характеръ. Но такое nudum pactum не могло имѣть юридическаго значенія при древнемъ формализмѣ Римлянъ. Поэтому pactum видоизмѣнилось въ древнее время и приурочивалось къ ius civile. Pactum договоръ основанный на ius civile и назывался contractus; этотъ договоръ уже имѣлъ юридическія послѣдствія, потому что по поводу неисполненія контракта были даваемы remedia iuris, юридическія средства, actio; слѣдовательно неисполненіе contractus сопровождалось принужденіемъ къ исполненію, посредствомъ судебного приговора или посредствомъ самоуправства.

ДРЕВНЯЯ ФОРМА ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ. (*) Въ отношеніи къ обязательствамъ по договорамъ, мы въ источникахъ встрѣчаемъ указанія на то, что договоры были заключаемы съ религиозными обрядами, а именно Діонисій Галикарнасскій, I, 40, говоритъ, что если Римляне хотѣли, чтобы заключенный ими договоръ былъ особенно крѣпокъ и силенъ, firmus ac validus, то они заключали его передъ алтаремъ Геркулеса (aram tangere, tenere) съ закрѣпленіемъ его клятвою (jus iurandum); это и есть такъ называемое sponsio apud aram maximam, которое, по всей вѣроятности, и представлялось древнѣйшимъ формальнымъ обязательственнымъ договоромъ ср. Kuntze § 648.

Итакъ, торжественный обрядъ при этой sponsio заключался въ слѣдующемъ (Kuntze I § 649); клятва съ дотрогиваніемъ алтаря, съ призваніемъ бога въ свидѣтели и проклятіемъ на случай клятвеннаго нарушенія (adversorum precatio; deprecatio s. exsecratio). (Примѣръ такого проклятія: «si sciens fallo, tum me, Jupiter optime maxime, domum, familiam remque meam pessimo leto officias Liv. 22, 53, см. и Liv. 26, 25») Данць въ § 148 указываетъ на полную аналогичность этого клятвеннаго обѣщанія съ древнѣйшею, намъ извѣстною, свѣтскою формою заключенія обязательства per pexum, т.е. обязательство per aes et libram adhibitibus quinque testibus, а именно: 1) concepta verba 2) auspicia, соответствующія rogationi testium 3) обращеніе къ свидѣтелямъ, testari deos—aram tangere, 4) precatio, deprecatio, какъ аналогія и «damnas esto» т.е. самоосужденіе при pexum.

Что касается до послѣдствій этого сакральнаго обязательства, то Данць (§ 149) полагаетъ, что въ древнѣйшія времена оно влекло за собою такую же беззащитность лица, не исполнившаго своего обѣщанія, какъ потомъ это было при pexum, т.е. въ случаѣ неисполненія sponsio кредиторъ могъ приступить къ самоуправству, могъ manum inicere, наложить руку на должника (послѣ

(*) См. Danz. Rechtsgesch. II стр. 132: «Der sacrale Schutz rechtlicher Verhältnisse (der promissorisches Eid); § 147 слѣд. Kuntze Coursus § 647, 648, 649.

законовъ XII т. клятва не влекла болѣе за собою этого послѣдствія), безъ всякаго предварительнаго разбирательства. Это выводится изъ того, что при клятвѣ лицо само отказывалось на случай *per jurium* отъ всякой сакральной или правовой защиты.

III ОТДѢЛЪ.

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО, HEREDITAS. Danz II § 159 I слѣд. Fustel de-Coulanges, II chap. VII Le droit de succession.

1) ПОНЯТИЕ. Право, являющееся подъ названіемъ наслѣдства, *hereditas*, есть то право, по которому на какое нибудь лицо переносится вся имущественная сфера другого лица не могущаго болѣе поддерживать эту сферу по поводу своей смерти. Именно, при наслѣдствѣ совокупность всѣхъ имущественныхъ правоотношеній, составлявшихъ юридическую сферу какого-либо лица, переносится гуртомъ, какъ одно цѣлое, на другое лицо, по поводу смерти перваго. Поэтому *hereditas* опредѣляется Римлянами, какъ *successio in universum ius defuncti* см. fr. 52 D. de R. 1 (Julium) *hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit*—преемство во всѣхъ правовыхъ отношеніяхъ умершаго лица, въ его вещи, требованія и долги. Изъ вышесказаннаго ясно, что по римскому праву отнюдь не всякое лицо, получающее что нибудь, какую нибудь выгоду изъ имущества умершаго лица, можетъ быть названо наслѣдникомъ, *heres*. Лицо такое, получающее отдѣльныя вещи или права вслѣдствіе опредѣленія завѣщателя *testator*, называется *legatarius*, а самый отказъ, на случай смерти, извѣстныхъ выгодъ наз. *legatum*.

Переходъ всей имущественной сферы отъ одного лица къ другому съ перваго взгляда представляетъ собою нѣчто особенное, искусственное; если лицо умираетъ, то изъ этого факта, взятаго самаго по себѣ, *in abstracto* не вытекаетъ еще необходимости, чтобы его полная имущественная сфера переходила на другое лицо. Основаніе этого перехода коренится въ древнемъ взглядѣ на семейныя отношенія, на тѣ начала, на которыхъ онъ покоится. Какъ извѣстно, римская семья представляется продолженіемъ жизни предковъ, которые обоготворяются и являются божествомъ для домашней религіи. Имущество семьи *res familiaris*, составляетъ принадлежность семьи, какъ таковой т.е. принадлежитъ и предкамъ и наличнымъ членамъ семьи, среди которыхъ *paterfamilias* имѣетъ только исключительное право управленія имуществомъ для того, чтобы хозяйственная сфера имѣла правильное однообразное направленіе. Если онъ и пользуется своею властью неограниченно, то это объясняется тѣмъ, что онъ непосредственно получилъ свою власть отъ предковъ и такимъ образомъ является какъ бы представителемъ предшествовавшихъ и послѣдующихъ членовъ семьи. Но члены семьи также являются сохозяевами имущества; ихъ права только не имѣютъ реального осуществленія, потому что дѣйствіе ихъ правъ парализируется болѣе сильными правами *paterfamilias*. Если же онъ умеръ, если такимъ образомъ исчезаетъ парализирующая власть, *ipso jure* т.е. безъ всякаго дѣйствія со стороны общественной власти или же самихъ членовъ семьи, право получаетъ полную силу; эти члены становятся полными владыками и господами своего имущества. Вслѣд-

ствіе этого по древнему римскому праву, этот видъ наслѣдованія, по которому за *paterfamilias* наслѣдовали непосредственно тѣ лица, которыя находились подъ его властію и составляли его личную *familia*, не есть наслѣдство въ собственномъ смыслѣ, а лишь проявленіе, или вѣрнѣе, осуществленіе ихъ правъ, которыя въ качествѣ *jura latentia*, скрытно, имѣли лица, принадлежавшія къ семейству уже и при жизни *paterfamilias*. Съ этой точки зрѣнія наслѣдство, которое вообще представляется чѣмъ то не естественнымъ, искусственнымъ, теряетъ такой характеръ, потому что здѣсь нѣтъ такой надобности, чтобы имущество одного лица переходило на другое, такъ какъ уже съ самаго начала имущество принадлежитъ всѣмъ членамъ семьи, только не всѣми сообща осуществлялось распоряженіе этимъ имуществомъ: сначала распоряжается одно лицо; когда оно умираетъ, право распоряженія переходитъ къ другому лицу и т. д. Такъ какъ наслѣдователи - члены семьи, то этимъ объясняется, почему въ древнемъ римскомъ правѣ, при *hereditas domestica*, не былъ возможенъ отказъ отъ наслѣдства; *filius familias* долженъ былъ принять послѣ смерти *paterfamilias* имущество, хотя бы оно было и не выгодно, т.е. заключало въ себѣ болѣе долговъ, чѣмъ сколько доставляло выгодъ. Но это касается только лицъ, находящихся подъ непосредственною властію *paterfamilias*, *sui heredes*; они должны были вступать въ наслѣдство, такъ какъ они вступали не въ чужую правовую сферу, не получали чего либо новаго или чужаго, а лишь получали осуществленіе своего права, которое прежде было приостановлено.

2) **DELATIO HEREDITATIS** Послѣ смерти лица, какъ это было сказано выше, призывается другое лицо продолжать имущественную личность покойника; этотъ фактъ, т.е. появленіе для кого нибудь права приобрѣсти наслѣдство другаго лица, технически называется *delatio hereditatis*, открытіемъ наслѣдства (Римляне не употребляли существительное *delatio*, они говорили: *hereditas defertur, delata est* и т.п. Самое же приобрѣтеніе наслѣдства лицомъ, въ пользу котораго оно открылось, называется *aditio hereditatis* принятіе наслѣдства или осуществленіе самаго права наслѣдованія. Эти два факта, различаемые при наслѣдованіи постороннихъ лицъ, совпадали при такъ называемыхъ *sui heredes*, которые приобрѣтали имущество въ самый моментъ открытія наслѣдства, *ipso jure*, т.е. безъ всякаго приобрѣтательнаго дѣйствія съ ихъ стороны. Обыкновенно *delatio hereditatis* приводится къ двумъ основаніямъ: 1) основаніемъ открытія наслѣдства въ пользу какого нибудь лица является именно распоряженіе умершаго лица, въ силу завѣщанія *testamentum* или 2) когда лицо не успѣло сдѣлать распоряженій относительно своего имущества на случай своей смерти, то само законодательство заботится о распредѣленіи его имущества между тѣми лицами, которыя особенно были близки къ нему при его жизни, т.е. между родственниками; значитъ въ этомъ случаѣ наслѣдство открывается по закону, *hereditas ex lege legitima ab intestato* безъ завѣщанія. 3) Къ этимъ двумъ видамъ наслѣдства для древнѣйшаго римскаго права должно еще прибавить, какъ справедливо думаетъ, на примѣръ, Данць, третій, именно, когда члены *familias* получаютъ осуществленіе своихъ правъ съ освобожденіемъ отъ *patris potestas* по поводу смерти *paterfamilias*. Этотъ третій видъ наслѣдства называет-

ся *hereditas domestica*. Изъ этихъ 3 видовъ наслѣдства, согласно основаніямъ открытія, за древнѣйшій слѣдуетъ считать *hereditas domestica*, такъ какъ оно, какъ выше было указано, само собою вытекало изъ древнѣйшаго понятія о семьѣ. Потому мы и начнемъ съ разсмотрѣнія этого вида.

A. HEREDITAS DOMESTICA. (Gaii Instit. 2 к. § 156 весьма важное указаніе къ fr. 11 Dig. 28 кн. 2 тит. Collatio, tit. 16 Cap. III § 6) По отношенію къ *hereditas domestica* Гай говоритъ, что бываютъ наслѣдники *sui et necessarii* и затѣмъ перечисляетъ тѣхъ лицъ, которыя подходятъ подъ это понятіе: *Sui et necessarii heredes sunt velut filius filiae, nepos neptisve ex filio, deinceps ceteri, qui modo in potestate morientis fuerunt. sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus, aut qualibet ratione liberatus potestate, tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt.* (Gaii Inst. II, 156).

Подъ *sui heredes* разумѣются тѣ лица, которыя при жизни *patris familias* составляли его *familia personalis*, въ моментъ смерти его были подчинены непосредственно его власти, а послѣ его смерти изъ *homines alieni iuris*, становятся *homines sui iuris*. Итакъ, изъ лицъ, входившихъ въ *familia* умершаго, каковы напр. жена *in manu*, сынъ *sub patria potestate*, отъ сына внукъ, дочь и др. не всѣ будутъ *sui heredes*. *Sui heredes* именно будутъ: жена, которая находится *in manu mariti* и, со смертью мужа, дѣлается самостоятельной, *homo sui iuris*; *filius filiae*, бывшіе *sub patria potestate*, отъ которой они освобождаются *post mortem patris familias* и становятся также *homines sui iuris*. Но внукъ отъ сына не будетъ *sui heres*, потому что онъ былъ подчиненъ *patriae potestati* не непосредственно, а черезъ посредство своего отца, сына *patris familias*, *per filium familias*; поэтому послѣ смерти дѣда онъ не дѣлается *homo sui iuris*, такъ какъ остается подъ властью своего отца, которая прежде парализировалась и замѣнялась властью дѣда. *Sui heredes* называются *necessarii heredes*, потому что они не могутъ отказываться отъ наслѣдства; они не имѣли *ius abstinendi*, подобно тому какъ имѣютъ это право другіе наслѣдники *ex testamento* или *ab intestato*. Только впоследствии для нихъ *ex edicto praetorio* было допущено *ius abstinendi*. Такъ, если я умираю бездѣтно, не оставляя завѣщанія, то братъ мой какъ ближайшій агнатъ, можетъ отказаться отъ принятія наслѣдства. Онъ именно разсматривается, какъ наслѣдникъ, т.е. какъ лицо, получающее чужое имущество въ наслѣдство, а несправедливо было бы постороннее лицо обязывать къ принятію чужихъ обязанностей, къ принятію наслѣдства, если оно невыгодно. Совсѣмъ другое значеніе имѣютъ *sui heredes*. *Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur, unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum, necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint, sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento, heredes fiunt* (Gaii Instit. II, 157). Они не могутъ отказаться отъ наслѣдства, потому что еще при жизни *pater familias* разсматривается, какъ сохозяева и слѣдовательно, послѣ его смерти только самостоятельныя осуществляютъ свое право. Юристъ Павелъ точно

также объясняютъ это явленіе. In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimabantur, unde etiam filius familias appellatur, sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit; itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur (fr. 11. Dig. 28 lib. II tit.) Sui heredes, по словамъ юриста Павла не получаютъ наслѣдства, а только самостоятельное управленіе и распоряженіе тѣмъ имуществомъ, въ которомъ уже прежде имъ принадлежало liberam bonorum administrationem которой они прежде не имѣли (свободы управленія), Nac ex causa licet non sint sui heredes instituti, tamen domini sunt, nec obstat, quod licet eos exheredare, quos et occidere licebat. Поэтому sui heredes необходимо должны были принять извѣстныя части наслѣдства, если бы и не были назначены наслѣдниками въ завѣщаніи. Въ одномъ только случаѣ они не могутъ получить наслѣдства, именно, если прямо, поименно, исключены изъ наслѣдства завѣщателемъ exheredati; а исключаемы они всегда могли быть, если принять во вниманіе размѣръ patriae potestatis въ древнее время: если отецъ могъ даже убить сына, то тѣмъ скорѣе могъ онъ лишить его наслѣдства. Въ завѣщаніи же отецъ непременно долженъ былъ упомянуть, если желалъ лишить сына наслѣдства. Необходимость такого акта нарочитаго исключенія для древняго права оспаривалась учеными, но, кажется она должна быть признана несомнѣнной, вслѣдствіе древняго взгляда на семейную собственность, продолжателемъ которой, по смерти отца, долженъ былъ быть сынъ..

Было ли различіе между отдѣльными sui heredes? Приведенныя выше мѣста нашихъ источниковъ даютъ основаніе заключить, что между отдѣльными sui heredes не было различія; всѣ они являются равноправными. Но Фюстельде-Кулянжъ говоритъ: если въ послѣдующія времена относительно права женщинъ получать наслѣдство мы видимъ ограниченія, то въ древнѣйшія времена, когда всѣ семейныя отношенія еще опредѣлялись домашнею религіею, должно допустить, что жена и дочь, хотя и считались sui heredes, но вполнѣ были устранены отъ наслѣдства. Это предположеніе его, однако, какъ онъ самъ замѣчаетъ, не подкрѣпляется никакими прямыми указаніями источниковъ, только въ позднѣйшія времена, по его мнѣнію, мы находимъ слѣды такого воззрѣнія.

V. HEREDITAS EX TESTAMENTO ИЛИ TESTAMENTATIONE.

Лишить наслѣдства одного изъ sui heredes, pater familias могъ только на основаніи testamentum. Этотъ важный актъ могъ быть совершенъ не иначе, какъ въ народномъ собраніи, въ присутствіи всего народа и высшихъ духовныхъ властей, pontifices. Народъ обсуждалъ, насколько уважительны причины, указываемыя paterfamilias, а жрецы—насколько пострададутъ sacra domestica отъ выдѣленія sui heredis отъ участія въ наслѣдствѣ. Если тотъ и другой были согласны, то paterfamilias могъ лишить suum heredem наслѣдства. Это обстоятельство указываетъ на то, что самовольное, основанное лишь на собственныхъ соображеніяхъ изъятіе имущества изъ рукъ тѣхъ лицъ, которымъ

оно принадлежало, было невозможно.

ВИДЫ ЗАВѢЩАНІЙ. По Гайо II § 101, сначала существовало два вида завѣщаній:

а) testamentum in comitiis calatis, завѣщаніе, совершаемое передъ народнымъ собраніемъ съ соблюденіемъ всѣхъ формъ, предписываемыхъ закономъ

б) in procinctu, завѣщаніе, совершаемое передъ войскомъ напр. въ военное время. Гай именно говоритъ: Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa in pugnam ibant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus,

Testamentum есть актъ, на основаніи котораго, согласно желанію умершаго лица, другой вступаетъ въ universum ius defuncti, во всю правовую сферу его. Поэтому testamentum въ римскомъ смыслѣ не совпадаетъ съ значеніемъ завѣщанія въ наше время. Въ настоящее время если только нѣкоторыя вещи будутъ упомянуты и предоставлены другимъ лицамъ въ завѣщаніи, то и этотъ актъ называется завѣщаніемъ; по римскому же взгляду, актъ, заключающій только такое legatum отказъ отдѣльной вещи на случай смерти, не есть testamentum. Назначеніе наслѣдника, heres, т.е. successor in universum jus, составляетъ существенное условіе завѣщанія, partem principalem, такъ что если въ завѣщаніи соблюдены всѣ формы, но назначено въ наслѣдники лицо, которое не можетъ получить наслѣдства, то завѣщаніе теряетъ всякую силу, и отдѣльныя распоряженія, какъ pars accessaria, уничтожаются: heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti. См. § 34 Inst de legatis II, 20.

C. LEGITIMA SUCCESSIO ИЛИ SUCCESSIO AB INTESTATO. Что касается наслѣдованія по закону, т.е. полученія чужаго имущества безъ завѣщанія, то оно, по словамъ Ульпіана, было введено только законами 12 таблицъ, см. fragm. Ulpiani tit. 27 § 5: Legitimae hereditatis jus, quod ex lege duodecim tabularum descendit. Нужно поэтому полагать, что до этихъ законовъ, если не было sui heredes и не было оставлено завѣщанія, имущество покойнаго подлежало захвату, occupatio, который и производился конечно со стороны ближайшихъ родственниковъ. Такое фактическое положеніе указано въ leges XII tab, гдѣ говорится, что послѣ смерти лица, если нѣтъ sui heredes, т.е. лицъ продолжающихъ фамилію въ качествѣ хозяевъ, то оно достается агнатамъ, si intestato moritur cui suus heres nec escit, proximus agnatus familiam habeto, а если нѣтъ агнатовъ, то переходитъ къ дальнѣйшимъ родственникамъ по гражданскому взгляду—именно гентиліамъ. Отсюда между прочимъ, видно, что sui heredes не разсматривались какъ лица, получающія вновь имущество постороннее, т.е. имущество своего властелина; отсутствіе sui heredis являлось условіемъ для полученія наслѣдства агнатами.

VI. СУДОПРОИЗВОДСТВО, АСТІЮ.

Omne ius, говоритъ Гай, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Всѣ права, и личныя и вещныя, не имѣли бы существеннаго значенія, представлялись бы призрачными, если бы не было средствъ для защиты

и охраненія ихъ, а равно для возстановленія нарушенныхъ правъ. Такія средства были у Римлянъ и въ самое древнее время. Они направлялись на осуществленіе и защиту правъ въ тройкомъ отношеніи: 1) на защиту частныхъ или гражданскихъ интересовъ, что составляетъ область частного или гражданского процесса; 2) на охраненіе общественнаго быта, опредѣленіе наказаній за нарушенія общественнаго спокойствія и различныя преступленія, что составляетъ область уголовного процесса; 3) на охраненіе международныхъ отношеній, — область международного процесса. Для каждаго изъ этихъ отношеній существуютъ особыя средства защиты, связанныя однако общимъ началомъ.

А. ГРАЖДАНСКІЙ ПРОЦЕССЪ. Способы охраненія и защиты правъ, встрѣчаемые въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ и въ новое время, существенно отличны отъ способовъ древняго времени. Различаютъ именно два способа или пути (*viae*) для охраненія и защиты правъ; во 1) охраненіе, защиту, возстановленіе и т. п. правъ предоставляется собственной дѣятельности и заботѣ потерпѣвшаго лица; этотъ способъ называется *via facti* — фактическимъ путемъ защиты правъ; потерпѣвшее лицо само возстановляетъ нарушенное право; сюда относятся: а) самооборона, б) самоуправство и с) месть. При всѣхъ этихъ способахъ необходима самостоятельная дѣятельность потерпѣвшаго лица, которое само охраняетъ или возстановляетъ свое право.

Во 2) защита и возстановленіе нарушенныхъ правъ происходитъ законнымъ судебнымъ путемъ, *via iuris* самоволіе и самоуправство не допускается, а защита правъ предоставляется безпристрастнымъ, незаинтересованнымъ въ дѣлѣ официальнымъ лицамъ, судьямъ, судебной власти. Новое право всѣхъ народовъ отдаетъ предпочтеніе послѣднему способу; оно выходитъ изъ того положенія, что самоуправное осуществленіе или возстановленіе нарушенныхъ правъ представляетъ гораздо больше опасности для нарушенія общественнаго и частнаго благосостоянія и порядка, чѣмъ юридическое, путемъ дѣятельности судебныхъ органовъ. Въ этомъ отношеніи рѣшающее значеніе имѣютъ слѣдующія обстоятельства: 1) При защитѣ или возстановленіи нарушенныхъ правъ фактическимъ путемъ или самими сторонами, является часто возможность несправедливаго пользованія *viae facti*: обиженная или пострадавшая сторона является здѣсь судьей въ своемъ собственномъ дѣлѣ: она не можетъ относиться безпристрастно къ нему и поэтому очень легко является несправедливостью по отношенію къ противной сторонѣ. А во 2) при *via facti* дѣйствительное осуществленіе или возстановленіе права зависитъ отъ случайностей; нарушенное право можетъ быть возстановлено только тогда, если потерпѣвшее лицо будетъ превосходить силою противника; только въ этомъ случаѣ онъ можетъ возстановить свое право; въ противномъ случаѣ, не смотря на все свое желаніе, оно никогда не достигнетъ своей цѣли. Во избѣжаніе этихъ двухъ несоотвѣтствующихъ началамъ справедливости послѣдствій, которыя неизбежно вытекаютъ изъ осуществленія правъ *per viam facti*, новѣйшія законодательства, по общему правилу держатся исключительно *via iuris*, способовъ осуществленія, защиты или возстановленія правъ дѣйствіями общественной власти, чрезъ особенные орга-

ны, которые называются судами: судъ теперь вѣдаетъ какъ гражданскія, такъ и уголовныя дѣла. Именно, судъ во 1) является безпристрастнымъ лицомъ при разборѣ извѣстнаго дѣла, какъ третье безучастное лицо; онъ можетъ хладнокровно разсмотрѣть дѣло и постановить рѣшеніе, болѣе соответствующее справедливости. А во 2) судъ всегда имѣетъ возможность осуществить свое рѣшеніе; онъ является органомъ общественной власти и, какъ таковой, не предоставляетъ приведеніе въ исполненіе своего рѣшенія личными силами потерпѣвшаго лица, но осуществляетъ его общественными силами, для чего у него имѣется полиція, пристава, и т. д. Поэтому фактическіе пути защиты правъ въ новѣйшія времена допускаются только въ крайнихъ случаяхъ.

Иначе это дѣло было въ древнѣйшемъ римскомъ быту, въ которомъ защита права была основана на *via facti* или самоуправствѣ въ обширномъ смыслѣ сего слова, соответствовавшемъ принципу субъективной воли, какъ исходной точкѣ всего древняго римскаго частноправоваго быта, какъ полагаетъ Герингъ (Духъ Р. ПР. I, § 10, въ особ. § 11 и слѣд.). Это же самоуправство проявлялось въ тройкомъ примѣненіи, какъ самооборона, месть и самоуправство въ тѣсномъ смыслѣ.

Что же касается до двухъ видовъ самоуправления (за исключеніемъ самообороны), то Герингъ указываетъ, что древнее римское право не отличало столь строго месть отъ самоуправления въ тѣсномъ смыслѣ, какъ это дѣлаемъ теперь. Въ правѣ кредиторовъ, напр. разсѣкать своего должника на части, нельзя не видѣть акта жестокой мести, тогда какъ, по нашему взгляду, отношеніе заимодавца къ должнику не могло бы представить случая мести, а скорѣе самоуправления. Точно также актъ мести видѣнъ въ правѣ собственника убивать ночнаго вора, *fur nocturnus*. Это отнюдь не есть самозащита собственника, поводъ къ которой могло бы дать ночное нападеніе вора, по нашимъ понятіямъ. «Духъ древнѣйшаго Римскаго права есть духъ мести», говоритъ Герингъ, «духъ удовлетворенія за каждую случившуюся несправедливость. Суровое чувство права видитъ въ каждомъ оспариваніи или задержкѣ права личное оскорбленіе, преступленіе и требуетъ, соответствен но этому, не только простаго признанія или возстановленія права, но кромѣ того, личнаго удовлетворенія, наказанія противника. Кара слѣдуетъ въ древнѣйшемъ правѣ за всѣми нарушеніями права, все равно, объективны ли они только, т. е. таковы, что при нихъ на противника не падаетъ субъективно никакого упрека, и вполнѣ отсутствуетъ сознаніе и намѣреніе нарушить чужое право, какъ напр., при добросовѣстномъ обладателѣ чужой вещи, который проигрываетъ процессъ виндикаціи, или же они въ то же время заключаютъ въ себѣ субъективную несправедливость.

Наказывается должникъ, который не можетъ заплатить; наказывается *vindeh*, который при *legis actio per manus iniectioem* оспариваетъ притязаніе вмѣсто должника; наказывается лишеніемъ *sacramentum*, проигравшій sacramentalный процессъ, и даже въ формулярномъ процессѣ еще продолжается во многихъ учрежденіяхъ (напр., *sponsio poenalis* и др.) наказаніе за простой проигрышъ процесса. *Fur nec manifestus*, который умышленно дѣлаетъ покушеніе на чужую собственность, поедигается наказаніемъ двойнаго

штрафа, оно же постигаетъ и владѣльца, проигравшаго виндикаціонный процессъ и присвоившаго себѣ въ продолженіи времени плоды вещи, какъ будто бы онъ ихъ укралъ; оно же постигаетъ продавца вещи отнятой по суду у покупателя, какъ будто бы онъ хотѣлъ лишить истца покупной цѣны воровскимъ образомъ. Неоспоримо, что наказаніе во всѣхъ этихъ случаяхъ отправляетъ въ тоже время функцію вознагражденія убытковъ, однако, точно также несомнѣнно, что оно въ то же время имѣетъ назначеніе наказанія. Обѣ цѣли также мало отдѣлены другъ отъ друга, какъ и различные виды несправедливости, и, именно, эта безразличность характеризуетъ ступень развитія древнѣйшаго права. Это есть та первоначальная односторонность чувства, которая одинаковымъ образомъ повторяется у индивидуумовъ и у народовъ, при которой чувство права совпадаетъ еще съ чувствомъ собственного права и нарушение права чувствуется только по его дѣйствию, а не оцѣнивается по его причинѣ. Наносится ли ударъ съ намѣреніемъ или по ошибкѣ, или безъ всякой вины, какое до этого дѣло ему пораженному? Онъ ощущаетъ боль, и боль побуждаетъ его къ мести... Мѣра, которою древнее право мѣритъ несправедливость, есть только мѣра обиды и вызваннаго ею раздраженія лица, имѣющаго право. Воръ, розысканный лишь впоследствии, отдѣляется денежнымъ взысканіемъ двойнаго, пойманный на дѣлѣ, теряетъ свободу; если онъ защищается или воруетъ ночью, то его можно убить. Почему это различіе въ винѣ, въ остальномъ вездѣ одинаковой? Одинъ встрѣчаетъ вспыльчивость, всю буйность перваго раздраженія, другому благопріятствуетъ успокоивающее вліяніе времени и радость собственника снова найти вещь, въ которой онъ болѣе или менѣе уже отчаявался. Изъ этого же источника истекаетъ и вопіющая несправедливость въ наказаніи несостоятельнаго должника и *fur pnesta nifestus*. Она происходитъ отъ того, что собственникъ лишается у перваго своего, между тѣмъ какъ у втораго получаетъ свое назадъ съ прибылью. Короче, древнему праву диктовалъ его опредѣленія исключительно голосъ обиженнаго, его справедливость была справедливостью съ односторонней точки зрѣнія оскорбленнаго въ своемъ правѣ.»

На основаніи вышесказаннаго, Герингъ полагаетъ, что различіе между самоуправствомъ и местию, существующее въ современной наукѣ, оказывается не вполне подходящимъ къ древнѣйшему праву. Гдѣ понятія чисто объективной несправедливости («простодушной», говоря языкомъ Гегеля) и субъективной практически еще неотдѣлены другъ отъ друга и совершеніе несправедливости всегда связано съ наказаніемъ, тамъ нельзя ожидать и строгаго различія между самоуправствомъ, местию и даже самозащитой. Все трое подпадаютъ вмѣстѣ подъ общее понятіе насильственной реакціи противъ навесенной несправедливости, подъ понятіе *vindicta*; больше или меньше эта реакція, ограничивается ли она простымъ отраженіемъ или обратнымъ полученіемъ отнятаго, или переступаетъ эти границы и стремится къ дальнѣйшему, это не принимается при этомъ въ расчетъ. Съ той же всеобщностью и неопредѣленностью, съ какой древнее право употребляетъ выраженіе, «*iniuria*», соотвѣтственно употребляетъ оно и выраженіе «*vindicta*» (одинаково для мести и для самоуправления); латинскій языкъ — и это въ высшей степени характеристично — даже и

въ позднѣйшее время не имѣеть особыхъ выраженій для различныхъ цѣлей и направленій «vis» и «vindicta,» такъ что юристы должны описывать соотвѣтствующія понятія.

1) МЕСТЬ (Герингъ, 1 т. § 11, а....). Подъ местию разумѣется такое дѣйствіе или нападеніе одного лица на другое, которымъ первое лицо стремится удовлетворить только чувство раздраженности и дѣйствительнаго вознагражденія никакого не получаетъ. Это есть тотъ видъ самоуправства въ обширномъ смыслѣ, который, по мнѣнію Геринга, исторически вымираетъ раньше всего.

Месть не имѣеть никакой объективной мѣры, подобно самоуправству, стремящемуся къ восстановленію нарушеннаго права; ея мѣра есть случайная и произвольная мѣра субъективной раздраженности оскорбленнаго, и она, вмѣсто того, чтобы сломить силу неправды, только увеличиваетъ ее, прибавляя новую къ уже совершенной. Понятно, что она прежде всего подчиняется закону порядка.

Слѣды мести въ древнемъ римскомъ правѣ Герингъ видитъ въ слѣдующемъ, какъ видно изъ его словъ: «Супругу, который поймаетъ нарушителя супружеской вѣрности на самомъ фактѣ преступленія и въ справедливомъ гнѣвѣ убьетъ его, еще позднѣйшее право обезпечиваетъ безнаказанность. Относительно вора позволяютъ XII таблицъ то же самое, если онъ крадетъ въ ночное время, днемъ же, если онъ защищается; во всякомъ случаѣ, пойманный воръ (*fur manifestus*) чрезъ *addictio* со стороны общественной власти попадаетъ во власть обокраденнаго.

При нѣкоторыхъ тѣлесныхъ поврежденіяхъ (*membrum ruptum*) законъ постановляетъ наказаніе возмездія (*talio*). Это *jus talionis* (отъ *talis*, такого качества) допускается, въ видѣ узаконенной мести, еще законами 12 таблицъ: *si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto.*

Во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ неправота преступника была ясна, и потому законъ только налагалъ печать законности на то, что имѣлъ обыкновеніе дѣлать оскорбленный подъ вліяніемъ вынесенной обиды или тотчасъ при дѣлѣ, или впоследствии. Обычай, какъ кажется, особенно благопріятствовалъ той формѣ мести, что оскорбленный завладѣвалъ личностью своего противника, выпускалъ его не ранѣе, чѣмъ тотъ выкупался. И Герингъ это выводитъ изъ того, что позднѣйшее право ясно признавало право на это во многихъ случаяхъ, на примѣръ, въ вышеупомянутомъ случаѣ, *furtum manifestum*, дажѣ, относительно несостоятельнаго должника и при всѣхъ преступленіяхъ, совершенныхъ рабами или дѣтьми, находящимися подъ отеческой властью. Если господинъ или отецъ не предпочиталъ вознаградить причиненный этими лицами ущербъ, то онъ ихъ долженъ былъ *poxae dare*, т.е. передать потерпѣвшему, чтобы послѣдній самъ могъ добыть себѣ отъ нихъ удовлетвореніе, или ихъ услугами вознаградить свой убытокъ. Высказана догадка, и я съ ней соглашаюсь, что *actiones poxales* первоначально содержали абсолютное требованіе выдачи наносящихъ ущербъ лицъ для совершенія частной мести. Также и въ международныхъ сношеніяхъ мы находимъ признаннымъ то же право на выдачу. Римлянинъ, провинившійся, по понятіемъ международнаго права, передъ чужимъ народомъ, предавался мести послѣдняго, такъ, напр., тотъ, кто нападалъ на его посла, такъ, полководецъ, заключавшій съ врагомъ *sponsio*, которая была отвергнута

римскимъ народомъ или сенатомъ. *Deditio* происходила *ut populus religione solvatur*, чтобы народъ сложилъ съ себя вину.

Это основаніе при выдачѣ, по мнѣнію Геринга, ведетъ къ признанію «для частныхъ отношеній того же положенія, именно, что старающійся избавить преступника или должника отъ законнаго самоуправства потерпѣвшаго или заимодавца, дѣлается причастнымъ его неправотѣ, налагаетъ на себя равный долгъ».

Итакъ, мечь оскорбленнаго имѣла свободный ходъ, какъ заключаетъ Герингъ; но нѣтъ возможности опредѣлить, могла ли она доходить до крайности при каждомъ маловажномъ преступленіи, или, по различію случаевъ, ей были указаны болѣе или менѣе тѣсныя или широкія рамки. При тѣлесныхъ поврежденіяхъ XII таблицъ дозволяется возмездіе (*talio*). *Jus talionis* есть осуществленіе наказанія противъ преступившаго лица тѣмъ же зломъ, которое причинило оно. *Jus talionis* не есть выраженіе самоуправства, это есть, какъ было выше замѣчено, узаконенная форма мести лица, потерпѣвшаго отъ преступленія. Таково же положеніе и Моисеева законодательства: «око за око, зубъ за зубъ».

Но вмѣсто дѣйствительнаго совершенія мести могъ встрѣчаться, какъ говоритъ Герингъ, также часто выкупъ. Частное наказаніе или частная пеня (*pena privata*) позднѣйшаго времени есть ничто иное, какъ опредѣленіе величины этого выкупа, такъ что совершеніе частной мести могло обыкновенно кончаться въ обоюдной выгодѣ ея выкупомъ, а для опредѣленія суммы примиренія въ отдѣльномъ случаѣ было достаточное количество прежнихъ подобныхъ случаевъ, которые служили для партій точкой опоры. Частныя пени римскаго права являются опредѣленными закономъ или обычаемъ цѣнами, за которыя первоначально существовавшая мечь могла и должна была выкупаться.

2) САМООБОРОНА, *inculcata tutela*, т. е. невинная защита своего права, когда лицо за такую защиту не подвергается ответственности.

Самооборона основывается на слѣдующемъ оложеніи *juris naturalis*: *vim vi repellere licet*. См. *fr. I, § 27. Dig. 43 к., 16 тит. Vim vi repellere licere, Cassius scribit. idque ius natura comparatur* *Sp. fr. 3 D. de Just. 1, 1; fr. 45, § 4. D. ad. leg. Aquil. 9, 2.*

Если кто нибудь оказываетъ насильственнаго нападеніе на мое право, то я могу ему также противопоставить насиліе, такъ какъ никто не обязанъ терпѣть насиліе отъ посторонняго лица, если это насиліе не налагается на него самимъ закономъ. Но, чтобы такое самоуправство не было вмѣняемо, оно должно быть сдѣлано тотчасъ же, немедленно *ex continenti*, когда происходитъ нападеніе. При этомъ нѣтъ мѣста для соразмѣренія силъ, такъ что обороняющійся, не думая посягать на жизнь нападающаго, могъ совершить даже убійство.

3) САМОУПРАВСТВО. Этотъ видъ защиты правъ отличается отъ самообороны тѣмъ, что послѣдняя представляетъ собою отраженіе чужаго нападенія, слѣдовательно, защиту своего права отъ нападенія на него со стороны другаго лица; самоуправство же представляетъ собою, напротивъ, нападеніе самоуправнаго лица на другаго. Напр., вы должны мнѣ 1000 р., я говорю вамъ, чтобы вы уплатили долгъ; но вы отказываетесь; я прихожу къ вамъ въ домъ и вижу у васъ на столѣ деньги; беру изъ нихъ 1000 р. и ухожу. Новое римское право, какъ и законодательства современныхъ народовъ, запрещаетъ, по общему прави-

ду, такое самоуправство; они предписываютъ возвращеніе захваченнаго самоуправно, съ лишеніемъ права требовать исполненія обязательствъ.—Древнее римское право смотрѣло иначе.

ОТНОШЕНІЕ ДРЕВНЯГО ПРАВА КЪ VI AE F АСЦ. По справедливому замѣчанію Геринга, въ древнее время преобладало субъективное осуществленіе права. При безспорности права, древніе римляне допускали самоуправство, на прим., при *pecunia*; послѣдствіе неисполненія этой сдѣлки давало кредитору право безъ всякаго суда арестовать должника, *manu ini iure* и посадить его въ *carcer privatus* и т. п. Такой взглядъ на самоуправство, какъ замѣчаетъ Герингъ, объясняется условіями тогдашняго быта. Благодаря высокому развитію нравственности, при безспорности юридическихъ отношеній, всякій римскій гражданинъ могъ быть убѣжденъ въ томъ, что онъ найдетъ поддержку своего права со стороны всѣхъ другихъ гражданъ, поэтому не было и надобности обращаться къ суду. Чтобы получить себѣ помощниковъ въ осуществленіи своего права, лицо должно было поставить сдѣлку подъ защиту извѣстныхъ лицъ: таковыми защитниками, по Герингу, и являются свидѣтели, *testes*, привлекаемые къ сдѣлкѣ. Свидѣтели не имѣли только значенія свидѣтелей въ нынѣшнемъ смыслѣ; они являлись лицами, гарантирующими контрагенту осуществленіе права, основаннаго на сдѣлкѣ (*Testis heisst Garant*).

Но другое значеніе имѣло самоуправство въ отношеніи безпристрастія: такъ какъ всякій нападающій являлся судьей своего дѣла, то онъ не могъ безпристрастно относиться къ самому себѣ. Чтобы ограничить пристрастіе, хотя въ нѣкоторой степени, древніе римляне включали всѣ юридическія отношенія въ строгія формальныя рамки, такъ что здѣсь трудно было и говорить о пристрастіи; потому что какъ скоро кто-либо заключить такую формальную сдѣлку и потомъ не исполнить, то уже этимъ неисполненіемъ онъ самъ осуждалъ себя на всѣ тѣ послѣдствія, которымъ имѣла право подвергнуть его противная сторона; онъ могъ быть убѣжденъ, что, при безспорности сдѣлки, граждане будутъ поддерживать его и не помогутъ противной сторонѣ оказать насиліе надъ нимъ. За то чрезвычайно трудно было проведеніе неформальныхъ сдѣлокъ. Въ этомъ отношеніи надо было прежде всего установить безспорность сдѣлки. Для этого и существовалъ судъ.

ЗНАЧЕНІЕ ДРЕВНЯГО РИМСКАГО СУДА. Древній римскій судъ имѣлъ другое значеніе, чѣмъ современные суды. Римлянинъ заходилъ въ судъ для того только, чтобы установить безспорность сдѣлки и затѣмъ объявить, не найдется ли какого-либо гражданина, который могъ бы заплатить ему за должника, на котораго онъ хочетъ *manu ini iure*. Судьи въ самыя первоначальныя времена (*) играли роль третейскихъ судей: они высказывали скорѣе свое мнѣніе, чѣмъ дѣлали предписаніе, такъ какъ эти мнѣнія, *sententiae*, не имѣли принудительной силы; они только разъясняли дѣло и чрезъ это устанавливали безспорность права, въ силу которой правая сторона могла осуществить свое право.

Институтъ третейскихъ судей, говоритъ Герингъ (§ 12), и внѣ-судебная присяга замыкаютъ систему самоуправства, давая возможность увѣренному въ сво-

(*) См. *Her.* I § 12 прим. 71

емъ правъ или привести споръ къ рѣшенію, или, по крайней мѣрѣ, нравственно привести противника въ крайность и принудить его своимъ отказомъ косвенно признать свою вину. Оба средства были въ Римѣ еще въ позднѣйшее время и необыкновенно популярны, и употребительны, оба повторяются въ торжественной формѣ въ древнеримскомъ процессѣ.

Судейскій приговоръ, продолжаетъ онъ далѣе, не есть обращенное къ теряющей сторонѣ запрещеніе или повелѣніе, *decretum*, но простое мнѣніе, *sententia*, объявленіе, «*pronuntiatio*», которое даетъ судья о спорномъ вопросѣ. Всего явственнѣе выступаетъ это въ древнѣйшемъ видѣ процесса—въ *legis actio sacramento*. Процессъ облачается здѣсь въ форму пари, заклада, и каждая партія вноситъ опредѣленную сумму (*sacramentum*), которой она лишается въ случаѣ проигрыша. Судья предлагается этотъ закладъ для рѣшенія, и онъ рѣшаетъ въ той формѣ, что объявляетъ *sacramentum* стороны, которая въ его глазахъ имѣетъ право, *iustum*, а тѣмъ самымъ *sacramentum* другой потеряннымъ. Объявленіе при этомъ нѣтъ и рѣчи, даже притязаніе, подавшее поводъ къ процессу, въ приговорѣ совсѣмъ не упоминается; видимо обсуждается совсѣмъ другой вопросъ, чѣмъ о которомъ собственно идетъ дѣло у сторонъ, и только посредственно разрѣшается и послѣдній». Несмотря однако на эти слѣды древнѣйшаго чисто третейскаго судебного разбирательства, въ историческія времена уже проявляется и известная принудительная судейская власть въ *imperium* царя, въ которое входило и *jurisdictio* и которое перешло затѣмъ и на консуловъ, и на креторовъ. Но если эти магистраты и имѣли принудительную власть и ихъ судебныя рѣшенія и назывались *decreta*, однако договорное начало, какъ основаніе гражданскаго процесса, еще сильно выступаетъ въ такъ называемомъ *ordo iudiciorum privatorum*, о которомъ будетъ рѣчь въ слѣдующемъ періодѣ. Во всякомъ случаѣ и въ историческія времена исполненіе судебного рѣшенія было предоставлено самоуправству лица, въ пользу котораго была произнесена *sententia*.

В. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕССЪ.

Въ древнемъ римскомъ правѣ не были проведены строго границы между гражданскими и уголовными преступленіями, такъ что многія дѣла, которыя признаются теперь уголовными, тогда считались гражданскими.

Древнее римское право сохранило нѣсколько указаній на тѣ преступленія, которыя оно признавало уголовными. Всѣ эти преступленія могутъ быть сведены къ слѣдующимъ группамъ.

Parricidium. Подъ именемъ *parricidium* разумѣется, главнымъ образомъ, убійство, совершенное по отношенію къ свободнымъ лицамъ, а не рабамъ. Для разсмотрѣнія преступленій этого рода назначались особенные *quaestores*, производя отъ *quaerere*—искать, разслѣдовать и пр., *quaestores* въ смыслѣ какъ бы судебныхъ слѣдователей, *quaestores parricidii*. Они изслѣдовали дѣло и если не находили достаточныхъ данныхъ, то прекращали процессъ. Если же данныя являлись на лицо, то, разслѣдовавъ дѣло, они передавали его на рѣшеніе царю, который, въ силу *imperii*, и постановлялъ приговоръ.

Кромѣ убійства, подъ понятіе *parricidii* подходятъ и другіе случаи, которые не относятся къ убійству, напримѣръ: грабежъ, кража *regum sacrum* и т.

д., словомъ, всё преступленія, которыя не могли быть разсматриваемы, какъ нарушенія однихъ только частныхъ правъ.

2) *Perduellio*. Понятіемъ *perduellio* обозначается совокупность всѣхъ преступленій, которыя направлены противъ существованія государства, напримѣръ государственная измѣна, возмущеніе противъ государства, предательство, бунтъ, сношеніе съ непріятельскою арміею и пр. Эти преступленія считались болѣе вредными для государства и разсматривались гораздо серьезнѣе, чѣмъ *parricidium*. Судопроизводство по этимъ дѣламъ принадлежало, главнымъ образомъ, царю; но онъ поручалъ иногда разборъ ихъ особеннымъ лицамъ, которые назывались *duumviri perduellionis*. Въ чемъ заключалась дѣятельность этихъ лицъ, достоверно неизвѣстно. Мы знаемъ, что объ нихъ упоминается по поводу суда надъ однимъ изъ Горациевъ, побѣдившемъ всѣхъ Куриціевъ, покорившемъ для Рима Альбалонгу и убившемъ свою сестру. Это убійство не было совершено съ корыстной цѣлью; оно имѣетъ политическій характеръ, а потому и не могло быть поручено *quaestores parricidii*; его долженъ былъ разбирать самъ царь. Но Туллъ Гостилий передалъ это дѣло *duumviri perduellionis*. Окончилось дѣло тѣмъ, что *duumvirii perduellionis* осудили Горация, но онъ затѣмъ провоцировалъ къ народному собранію. Есть основаніе поэтому думать, что разборъ уголовного дѣла передавался *duumviri perduellionis* въ томъ случаѣ, когда самъ царь, по какимъ либо соображеніямъ, хотѣлъ допустить апелляцію на рѣшеніе, тогда какъ на царское рѣшеніе апелляція невозможна. Такое предположеніе прямо вытекаетъ изъ даннаго случая. Не смотря на важную услугу, оказанную Горациемъ Риму, Туллъ Гостилий долженъ былъ бы осудить его на смерть и приговоръ былъ бы приведенъ въ исполненіе. Но, принимая во вниманіе его заслуги передъ отечествомъ, Туллъ Гостилий далъ другое направленіе дѣлу, съ тѣмъ чтобы, въ случаѣ осужденія, онъ могъ спровоцировать къ народному собранію.

3) *Sacratio capitis*, Jhering, *Geist* 1 § 18. Это—наказаніе религіознаго характера за оскорбленіе боговъ. Но не слѣдуетъ думать, чтобы оно понималось дѣйствительно только за непосредственное оскорбленіе божества.

При древнемъ именно взглядѣ, по которому все существующее разсматривалось какъ непосредственное созданіе самихъ боговъ, всякое дѣйствіе, направленное противъ такого порядка, созданнаго богами, могло считаться оскорбленіемъ ихъ и сопровождаться религіознымъ наказаніемъ. Однако, насколько это видно изъ историческаго матеріала, которымъ мы обладаемъ, *sacratio capitis* припоминается только въ вѣкоторыхъ случаяхъ: при обидѣ дѣйствіемъ, нанесенной дѣтьми родителямъ, при измѣнѣ патрона въ отношеніи къ клиенту, при устраненіи пограничныхъ столбовъ, лицо, совершившее эти преступленія, объявляется за *homo sacer*. Въ чемъ заключалось это наказаніе? *Sacer*tas, т. е. состояніе *homo Sacer*—это была свѣтская и религіозная опала, состояніе полной виѣзаконности. Подверженный мести божества, посвященный въ жертву богамъ (*sacer*) и поэтому исключенный изъ всякаго человѣческаго общества, виновный могъ быть убиваемъ всякимъ; имущество же его также посвящалось божеству (*consecratio bonorum*).

По Герингу, *sacratio capitis* не было наказаніемъ въ смыслѣ древняго права. Наказаніе именно по первоначальной своей идеѣ было не только зло, но оно

имѣло назначеніемъ очищеніе преступника, примиреніе его съ богами и съ людьми. Но *sacertas*, дѣйствительно величайшее зло, которое могло постигнуть лицо, не имѣло примирительнаго характера наказанія; поэтому *sacertas* можетъ быть опредѣлено только какъ состояніе изверга человѣческаго рода, лишеннаго всякой надежды на возвращеніе въ человѣческую и религіозную среду.

Такъ какъ это наказаніе сакральнаго права, то понятно, что преступленіе, за которымъ слѣдовало *sacratio capitis*, не могло быть обсуждаемо однимъ свѣтскимъ судомъ. При судопроизводствѣ по такимъ дѣламъ участвуютъ и жрецы, *pontifices*, здѣсь они имѣютъ преобладающее значеніе. Впрочемъ, если *pontifices* и рассматривали эти преступленія, то наказаніе опредѣлялось самимъ царемъ, на основаніи его *imperii*; исключеніемъ является только одинъ случай, относящійся къ преступленію чисто религіознаго характера, именно къ нарушеніямъ весталками своего обѣта цѣломудрія. Наказаніемъ за это преступленіе служило зарываніе живою въ землю, и это наказаніе налагалось со стороны *pontificis maximi*.

С. ПРОИЗВОДСТВО ПО МЕЖДУНАРОДНЫМЪ СПОРАМЪ.

См. Puchta *Cursus der Institutionen* 1 § 83.

ЗНАЧЕНІЕ МЕЖДУНАРОДНЫХЪ ОТНОШЕНІЙ. Въ древности междуна-родныя сношенія состояли въ вѣдѣніи особенной коллегіи жрецовъ, называвшихся феціалами, *fetiales*. Эта коллегія состояла изъ лицъ, выбираемыхъ пожизненно, отъ нихъ получило названіе и международное право, *ius fetiale*, т. е. право, выработанное феціалами. Феціалы завѣдывали всѣми важнѣйшими внѣшними дѣлами; они являлись послами по важнѣйшимъ государственнымъ дѣламъ, когда надо было представить какое нибудь особенно важное требованіе отъ имени государства, касающееся объявленія войны или заключенія міра, или когда нужно было потребовать вознагражденія или удовлетворенія за оскорбленіе. По другимъ, менѣе важнѣмъ, дѣламъ посылались не феціалы, а другія лица.

Въ средѣ феціаловъ одинъ является представителемъ римскаго народа и называется технически *pater patratus*, который отъ имени римскаго народа представляетъ требованія и т. п., если какой нибудь народъ или отдѣльная личность, принадлежащая къ другому народу, поступали такъ, что римское государство считало необходимымъ требовать возстановленія своихъ интересовъ. Обыкновенно два или четыре феціала, съ *pater patratus* во главѣ, отправлялись къ такому народу и представляли ему свое сообщеніе. Это торжественное требованіе права называлось *clarigatio*; Если народъ давалъ удовлетвореніе, то этимъ дѣло и оканчивалось, а если не давалъ, то ему представляли 30 дней для разсмотрѣнія сдѣланныхъ предложеній.

Число 30 дней часто встрѣчается у древнихъ римлянъ; извѣстно напр., что по законамъ XII таблицъ должнику дается 30 дней для того, чтобы онъ заплатилъ долгъ; неисправный должникъ содержался въ карцерѣ 2—30 дней. Такимъ образомъ римляне представляли другому народу довольно продолжительный срокъ для изысканія средствъ къ предупрежденію столкновения.

Если этотъ срокъ проходилъ и народъ не давалъ удовлетворенія, то, по заявленію феціаловъ, царь дѣлалъ объ этомъ представленіе сенату и народ-

ному собранію и затѣмъ происходило объявленіе войны. Это объявленіе войны также производилось черезъ *pater patratus*, который отправлялся на границу и бросалъ на неприятельскую землю окровавленное копье. Когда граница государства очень расширилась, тогда отправлялись на ближайшее поле и тутъ бросали копье. Фэциалы также вели переговоры о мирѣ и участвовали при заключеніи мира. О выдачѣ римскаго гражданина, оскорбившаго чужой народъ, этому народу для самоуправства и мести была рѣчь выше.

ПЕРІОДЪ ВТОРОЙ.

ВРЕМЕНА РЕСПУБЛИКИ.

(Отъ 244—725 года ab u. c. или отъ 510—29 г. до Р. X.)

Въ противоположность первому періоду, представлявшему лишь зачатки права, и третьему, представлявшему измѣненіе римскаго права въ смыслѣ космополитическомъ, второй періодъ есть періодъ собственно римскаго національнаго права, періодъ *juris civilis*. Поэтому этотъ періодъ и обозначается на званіемъ квиритскаго періода или периода квиритскаго права, т. е. чисто римскаго національнаго права (*jus civile*), въ противоположность первому періоду, какъ периоду священнаго права (*jus sacrum*) и третьему—какъ периоду общенароднаго права (*jus gentium*).

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЭТОГО ПЕРІОДА.

Ознакомившись нѣсколько съ юридическими понятіями и институтами, при разсмотрѣніи перваго періода, мы теперь можемъ дать нѣсколько болѣе подробную характеристику втораго періода, чѣмъ это было сдѣлано выше.

Начнемъ съ того, что борьба противоположныхъ началъ, на которую было указано, какъ на особенность развитія римской жизни, въ этомъ періодѣ сначала проявляется въ полной силѣ въ борьбѣ патриціевъ и плебеевъ; но затѣмъ въ этомъ же періодѣ (къ началу 6-го вѣка ab u. c.) антагонизмъ между ними исчезаетъ, не только для того, чтобы дать мѣсто другому антагонизму — между *nobiles* и *ignobiles*, *optimates* и *populares*. Еще ранѣе политическаго сліянія патриціевъ и плебеевъ теряетъ значеніе элементъ, характеризовавшій древнюю патриціанскую общину, т. е. сакральный элементъ. Право подвергается секуляризаціи, юридическія сдѣлки вообще получаютъ чисто свѣтскій характеръ, и, если извѣстные акты и сохраняютъ еще примѣсь элементовъ сакральныхъ (*confarreatio*, *arrogatio*, *hereditas*), то акты эти являются только въ исключительныхъ случаяхъ (*confarreatio*), или сакральный элементъ при нихъ получаетъ болѣе значеніе юридической формальности (*arrogatio*).—Если же юридическіе акты этого періода совершаются безъ религіозныхъ формальностей, то тѣмъ не менѣе они являются въ высшей степени формальными (только формальные обряды имѣютъ свѣтскій, нерелигіозный характеръ). Только по тѣмъ отношеніямъ, которыя установлены формальнымъ образомъ, полагается судебная защита и въ этихъ же актахъ только то принимается въ расчетъ, что именно несомнѣнно въ нихъ выражено—*quod non est in actis, non est in mundo*; но за то это, выраженное въ актахъ, и принимается во вниманіе безъ

условно, безъ изслѣдованія того, дѣйствительно ли соответствуетъ оно истинной волѣ лица, выразившаго волю свою въ актѣ, или вызвано оно такими мотивами, по которымъ выраженная воля не соответствуетъ истинному намѣренію дѣйствовавшаго лица, напр. страхомъ—*uti lingua nuncupassit ita jus esto*; Вслѣдствіе сего малѣйшая ошибка дѣйствующаго лица при совершеніи какого нибудь юридическаго дѣйствія отзывается весьма сильно на этомъ дѣйствіи, лишая его всякаго значенія *jus civile sibi vigilantibus scriptum est*. Но если юридическія дѣйствія этого періода крайне строги по формѣ, то они (мы говоримъ тутъ только о частномъ правѣ, *jus privatum*) въ высшей степени свободны по содержанію, т. е. усмотрѣнію самаго дѣйствующаго лица предоставлено вполне опредѣленіе его юридическихъ отношеній, распоряженіе тою сферою, которая находится подъ его господствомъ, составляя его *familia*, въ обширномъ смыслѣ сего слова. Въ законахъ 12 таблицъ принципъ частной автономіи былъ высказанъ и проведенъ въ такомъ безусловномъ видѣ, въ какомъ онъ не встрѣчается ни въ какомъ другомъ законодательномъ положеніи предшествующихъ или послѣдующихъ временъ. Квиритское право, выходя изъ начала неограниченности власти лица, проводило это начало и въ государственномъ правѣ. Римская республиканская магистратура свидѣтельствуетъ объ этомъ. Магистраты на поприщѣ дѣятельности, предоставленномъ имъ, дѣйствовали неограниченно, и не существовало законныхъ средствъ къ тому, чтобы принудить магистрата къ совершенію какого либо дѣйствія, котораго онъ самъ не желалъ предпринимать («Das ältere Recht ist ausser Stande, sich eine durch inhärende Verpflichtungen eingeschränkte Befugniss vorzustellen. wo immer eine solche anerkannt wird, im öffentlichen, wie im Privatrecht, da nimmt sie sofort den Character des Absoluten an. Sie ist keine innerlich beschränkte, sondern eine äusserlich durch entgegenstehende Rechte begrenzte». Pernice. *Labes* I стр. 108, 6). Этимъ началомъ объясняется замѣчаніе Поливія, что римское государство, если принимать во вниманіе только магистратуру, представляется монархическимъ; этимъ же началомъ объясняется значеніе, которое получили магистратскіе эдикты (*jus honorarium*) для развитія гражданскаго права.—Это замѣчаніе приводитъ насъ къ характеристикѣ источниковъ права въ этомъ періодѣ. При посредствѣ двухъ источниковъ въ особенности развивается квиритское право, а именно: законовъ, издаваемыхъ народными собраніями—*leges* и *plebiscita*, и дѣятельности юристовъ (*jus quod sine scripto venit, compositum a prudentibus*), которая однако въ этомъ періодѣ представляется еще по преимуществу практическою (*responsa*).

Окончимъ характеристику втораго періода замѣчаніемъ, что право дѣйствовавшее въ теченіи его, было примѣнимо только къ однимъ римлянамъ и могло удержаться въ дѣйствіи только до тѣхъ поръ, пока характеристическія черты римскаго народнаго характера сохранялись въ полной ихъ чистотѣ. Когда же въ Римѣ, вслѣдствіе распространившихся сношеній его съ другими народами, стоявшими на высшей ступени культуры, чѣмъ римляне, стали распространяться новыя идеи и вмѣстѣ съ тѣмъ стали смягчаться крутые національные нравы и взгляды, то и правовой порядокъ долженъ былъ по необходимости измениться. Поэтому Кунце правъ, когда онъ выставляетъ пуническія войны,

какъ эпоху, съ которой начинается новый періодъ. Эти войны именно являются началомъ тѣхъ сношеній римлянъ съ внѣ-итальянскими народами, вслѣдствіе которыхъ въ Римѣ стало появляться jus gentium, со свойственною ему aequitas, въ противоположность jus civile или jus Quiritum, какъ jus strictum.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

1) ПЕРВЫЯ ВРЕМЕНА РЕСПУБЛИКИ. Сок. § 23. (*)

2) БОРЬБА ПЛЕБЕЕВЪ СЪ ПАТРИЦІЯМИ И ПОСТЕПЕННОЕ УРАВНЕНИЕ ВЪ ПРАВАХЪ ОБОИХЪ СОСЛОВІЙ. Сок. § 24.

(*) ПРИМѢЧАНІЕ. Для вопросовъ государственнаго быта и устройства Римлянъ въ этомъ періодѣ, согласно замѣченному во второмъ примѣчаніи на стр. 18-й, полагается руководствомъ, по которому и будетъ произведено испытаніе, указываемые въ текстѣ §§ учебника Сокольскаго; мы же остановимся, главнымъ образомъ, на вопросахъ объ источникахъ права, о гражданскомъ правѣ и гражданскомъ судопроизводствѣ; относительно же другихъ вопросовъ мы ограничимся добавленіями къ тому, что изложено у Сокольскаго.

Такъ, напримѣръ, замѣтимъ, что однимъ изъ главныхъ ограниченій власти консуловъ (и другихъ республиканскихъ магистратовъ, за исключеніемъ диктаторовъ) въ сравненіи съ властью царскою была коллегіальность, при которой отнесенныя къ извѣстной должности права не распредѣлялись и не раздѣлялись между товарищами, а всѣ считались принадлежащими имъ сообща, вслѣдствіе чего никакое распоряженіе одного изъ товарищей-магистратовъ не могло быть окончательнымъ, а могло быть парализировано вмѣшательствомъ другаго (intercessio collegarum), согласно правилу: melior est conditio prohibentis. Въ этомъ отношеніи можно изъ области частнаго права (ius privatum), какъ нѣчто аналогическое общности власти римскихъ магистратовъ, привести такъ называемое condominium, общую собственность, т. е. тотъ случай, когда одна вещь находится въ нераздѣльномъ общемъ обладаніи нѣсколькихъ лицъ; въ этомъ именно случаѣ также распоряженіе вещью возможно только при единогласномъ рѣшеніи всѣхъ сохозяевъ; если одинъ изъ нихъ не согласенъ, то распорядительное дѣйствіе не можетъ имѣть мѣста. Положимъ, напр., что изъ десяти собственниковъ дома девять желаютъ его продать, а одинъ не хочетъ, то домъ проданъ быть не могъ.

Итакъ, коллегіальность власти должна быть признана однимъ изъ главныхъ ограниченій власти консуловъ. Но, кромѣ нея, ограниченіе ея слѣдуетъ видѣть въ тѣхъ обстоятельствахъ, которыя выставляются Сокольскимъ, именно: 1) кратковременность ея и возможность со стороны абдицировавшаго магистрата, возвратившагося въ частную жизнь, быть преслѣдуемымъ за дѣйствія, совершенныя имъ, какъ магистратомъ, 2) тѣмъ, что всѣ приказанія, исходящія отъ какого нибудь магистрата, имѣютъ обязательную силу лишь на время его магистратуры; 3-мъ ограниченіемъ Сокольскій признаетъ некомпетентность консульской власти въ дѣлахъ уголовныхъ, на основаніи закона Валерія Публиколы (Lex Valeria de provocatione, въ 246 г. ab u. c.).

Далѣе, сдѣлаемъ замѣчаніе относительно главной причины, по которой пл

3) FACTIO FORENSIS. РЕФОРМА ЦЕНТУРИАТСКИХЪ СОБРАНИЙ. ORDO SENATORIUS И ORDO EQUESTER. БОРЬБА ОПТИМАТОВЪ СЪ ПОПУЛЯРАМИ. ПОСЛѢДНІЯ ВРЕМЕНА РЕСПУБЛИКИ. Сок. § 25.

4) ОБЩЕСТВЕННЫЯ ВЛАСТИ ВЪ ПОСЛѢДНІЯ ВРЕМЕНА РЕСПУБЛИКИ. Сок. § 26.

беи, не смотря на то, что они участвовали въ центуриатскихъ коммиціяхъ, не могли улучшать свое положеніе законодательными мѣрами, ни настоять на выборѣ магистрата, ими желаемого, и т. д. Эти обстоятельства именно становятся совершенно понятными, если мы припомнимъ, что народныя собранія въ Римѣ не могли собираться иначе, чѣмъ по инициативѣ патрицейскаго магистрата, а если и собирались, то участіе собранія ограничивалось лишь произнесеніемъ своего положительнаго или отрицательнаго вотума на предложеніе предсѣдательствующаго магистрата, и если при этомъ примемъ во вниманіе, что магистратура тогда была вполнѣ патрицейская, то намъ сдѣлается яснымъ, почему плебеи не могли добиться проведенія какого нибудь закона (*rogatio legis*). Никакой членъ собранія не могъ самъ отъ себя предложить что нибудь на собраніи. Для этого нужно было просить, чтобы предсѣдательствующій магистратъ сдѣлалъ предложеніе собранію, такъ какъ это вполнѣ зависѣло отъ него; отъ него же зависѣло вполнѣ предлагать кого либо въ магистраты или не предлагать.

Относительно магистратуры слѣдовало бы сдѣлать много добавленій, но мы ограничимся только сдѣланнымъ уже въ характеристикѣ періода указаніемъ одного важнаго обстоятельства, которое намъ понадобится впоследствии, въ особенности при разсмотрѣніи дѣятельности преторовъ и ихъ вліянія на развитіе гражданскаго права. Это именно начало абсолютизма власти, ничѣмъ неограниченной и безъ всякихъ обязанностей, проводимое римскимъ *ius civile*, какъ въ политическомъ, такъ и въ семейномъ быту (*paterfamilias, magistratus*). Ни въ какой власти не допускалось ограничительныхъ обязанностей, и если власть, напримѣръ, *paterfamilias*, на дѣлѣ и ограничивалась, то не законами, а только подъ давленіемъ общественнаго мнѣнія (см. объ этомъ въ отношеніи къ *paterfamilias*, Ihering, *Geist des Römischen Rechts*, изд. 3-ье, т. II, стр. 133 и слѣд., 161 и слѣд. Сравни и Pernice *Laqueo I*, стр. 108, 6). И такъ, и магистраты (*magistratus maiores*) имѣли такую абсолютную власть въ предѣлахъ ихъ предметовъ вѣдомства.

Относительно достиженія плебеями *ius honorum* замѣтимъ, что, согласно указаніямъ источниковъ, плебеи были допущены уже къ участію въ децемвиратѣ, именно во второмъ децемвиратѣ. Когда же, послѣ этого децемвирата, прежнее государственное устройство было установлено, на основаніи *leges Valeriae Horatiae*, тогда магистратуры сдѣлались вновь патрицейскими. Затѣмъ въ 309 году Кай Канулей, народный трибунъ, сдѣлалъ предложеніе: 1) о допущеніи плебеевъ къ *ius connubii*, праву равнаго брака, въ отиѣну постановленія втораго децемвирата: «*Ne patribus cum plebe connubium sit*; во 2) о допущеніи плебеевъ къ консульской должности (см. *Livius IV, 1*).

Извѣстно, что только первое предложеніе прошло; во избѣжаніе же допу-

5) САКРАЛЬНЫЯ УЧРЕЖДЕНІЯ РЕСПУБЛИКАНСКАГО РИМА. Сок.

§ 27.

6) ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ДОХОДЫ И РАСХОДЫ РЕСПУБЛИКАНСКАГО РИМА. Сок. § 28.

7) ДЕНЬГИ ВО ВРЕМЕНА РЕСПУБЛИКИ. Сок. § 29.

8) УСТРОЙСТВО ИТАЛИ И ПРОВИНЦІЙ. Сок. § 30.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА ВО ВТОРОМЪ ПЕРІОДЪ.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

А. ОБЩЕЕ ОБОЗРѢНІЕ.

Во времена республики происходитъ въ области права постоянная усиленная работа. Уже въ самомъ началѣ разсматриваемаго нами періода основныя положенія права предаются писъму (законодательство XII табл.), что составляетъ переходъ отъ прежней неопредѣленности и неясности правовыхъ понятій и идей къ полному ихъ выясненію и опредѣленію, посредствомъ интерпретаторской дѣятельности понтификсовъ и позднѣйшихъ юрисконсультовъ. Насколько важны были законы XII табл., видно уже изъ того, что Титъ Ливій, жившій въ императорскія времена, отзывается о нихъ, что *lex decem tabularum nunc quoque fons est omnis juris publici privatiq̄ue*. Мало того, Гай, жившій при Адрианѣ и Маркѣ Авреліѣ, написалъ комментарий къ *leges XII tabul.*, и довольно значительный, именно въ 6-ти книгахъ; слѣдовательно, еще въ это время эти законы имѣли фактическое значеніе, такъ какъ комментаріи пишутъ обыкновенно на то, что еще продолжаетъ дѣйствовать въ жизни; по отношенію же къ тому, что вышло уже изъ употребленія, пишутся историческія изслѣдованія. Далѣе, и послѣ законовъ 12-и таблицъ является цѣлый рядъ законовъ и плебисцитовъ; сенатскія постановленія пріобрѣтаютъ мало по малу значеніе источниковъ права; преторы въ своихъ эдиктахъ развиваютъ и видизмѣняютъ, согласно требованіямъ времени, положенія древняго права; наконецъ, рядомъ съ *jus civile* Рима, возникаетъ и становится однимъ изъ главныхъ элементовъ образованія права *jus gentium*. Сей послѣдній видъ права образуется вслѣдствіе расширенія международныхъ сношеній и завоеванія чужихъ странъ. Посредств. обычая и преторскаго эдикта, положенія *juris gentium* начинаютъ примѣнять-

щенія плебеевъ къ консульской власти, была ведена новая чрезвычайная должность (*magistratus extraordinarius*) военныхъ трибуновъ съ консульскою властью, *tribuni militares consulari potestate*, на которую могли быть избираемы безразлично (*promiscue*) патриціи и плебеи. Но вскорѣ плебеи убѣдились, что при порядкѣ, по которому дѣйствовали избирательныя собранія (*comitia centuriata*), такое общее допущеніе къ высшей должности нисколько не могло считаться гарантіею того, что дѣйствительно лица плебейскаго званія будутъ выбираться; наученные этимъ опытомъ, они въ лицѣ Лицинія Столона, въ 378 г., формулировали болѣе опредѣленно свое требованіе въ словахъ: "*uti alter consulum ex plebe crearetur*"; послѣ этого непременно одинъ изъ консуловъ долженъ былъ быть избраннымъ изъ плебеевъ. Liv. VI, 35.

ся и между римскими гражданами. Этот новый элемент придает римскому национальному праву космополитический и общечеловѣческий характеръ, вслѣдствіе чего это право является примѣнимымъ и къ другимъ государствамъ, кромѣ самого Рима.

Цицеронъ знакомитъ Римлянъ съ философскими представленіями Грековъ о правѣ и устанавливаетъ различіе между правомъ положительнымъ, заключающимъ въ себѣ, какъ *jus civile*, такъ и *jus gentium*, и правомъ естественнымъ, *jus naturale*.

Такимъ образомъ, общими источками права въ республиканскій періодъ являются:

а) ПОЛОЖИТЕЛЬНОЕ ПРАВО. Оно распадается въ свою очередь на:

JUS CIVILE, заключающее въ себѣ свойственныя только одному какому нибудь народу (въ данномъ случаѣ римскому) положительныя правовыя истины: *Quod quisque populus, ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis* (Gai. Inst.; 1 кн. § 1). Право это предназначается только для гражданъ даннаго государства и ни для кого болѣе; оно слѣдующимъ образомъ опредѣляется Цицерономъ (Top. 2): *jus civile et aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas*.

2) **JUS GENTIUM**, т. е. право, примѣнявшееся въ римскомъ государствѣ ко всемъ свободнымъ людямъ, какъ къ *peregrini*, такъ и къ Римлянамъ. *Quod naturalis ratio inter omnes homines jus constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes homines* (необходимо добавить здѣсь слово «*liberi*», свободные; такъ какъ Римляне знали такихъ *homines*, которые не пользовались *jure gentium*, именно *raabovъ utuntur* (ib.). Это *jus gentium*, какъ общечеловѣческое право, конечно, имѣетъ философскій оттѣнокъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ оно составляетъ часть положительнаго права. Это видно изъ опредѣленія *jus gentium*: Гай говоритъ, что это право соблюдается, поддерживается государственною властью у всѣхъ народовъ, а чтобы какое либо право могло поддерживаться, оно непременно должно войти въ составъ дѣйствующаго положительнаго права.

Конечно, *jus gentium* первоначально примѣнялось для разрѣшенія споровъ между римскими гражданами и иностранцами, главнымъ же образомъ между иностранцами, которые сначала назывались *hostes*, непріатели; такъ, въ законѣ 12 табл. говорится: *adversus hostem aeterna auctoritas esto*; въ послѣдствіи имъ присвоится названіе *peregrinus*, а *hostis* остается за членами непріязненнаго народа. Такое *jus gentium* образовалось подъ римскимъ вліяніемъ изъ национальныхъ правъ отдѣльныхъ, чужихъ народовъ въ то время, когда, вслѣдствіе соприкосновенія Рима съ чужими народами, стала сознаваться необходимость установленія такихъ правовыхъ нормъ, которыя могли бы быть положены въ основу международныхъ сношеній

Praetor peregrinus извлекъ изъ правъ чуждыхъ народовъ, находившихся въ сношеніяхъ съ Римомъ, тѣ принципы права, которые онъ предполагаетъ примѣнять при разрѣшеніи имъ тяжбныхъ дѣлъ между перегринами или же между перегринами и Римлянами, и составилъ, на основаніи этихъ принциповъ осо-

бый эдиктъ, который въ скоромъ времени пріобрѣлъ вліяніе на эдиктъ городского претора (*praetor urbanus*) и посредствомъ онаго на *jus civile*.

б) ПРАВО ЕСТЕСТВЕННОЕ (*jus naturae s. naturale*), заключающее въ себѣ, по мнѣнію Цицерона, нравственный законъ, установленный самою природой, т. е. Божествомъ, и предназначенный для всѣхъ людей. Необходимо однако же замѣтить, что подобное значеніе естественное право имѣло только въ теоріи, а не въ дѣйствительности. Впрочемъ иногда оно доставляло правовѣдамъ матеріалъ для новыхъ образованій.

Такимъ образомъ, Цицеронъ различаетъ *jus civile* и *jus gentium* съ одной и *jus naturae* съ другой стороны. Для разумѣнія отношенія этихъ различныхъ видовъ права въ юридической доктринѣ разсматриваемаго нами времени, необходимо не упускать изъ виду, что отождествленіе *jus gentium* съ *jus naturae*, встрѣчающееся у великихъ юристовъ первыхъ столѣтій имперіи, чуждо Цицерону и его времени. У Цицерона *jus gentium* является однимъ изъ видовъ положительнаго, исторически возникшаго права.

В. ОТДѢЛЬНЫЕ ИСТОЧНИКИ ПРАВА ВРЕМЕНЪ РЕСПУБЛИКИ.

1) ЛЕХ. Первымъ и главнымъ источникомъ права въ республиканскій періодъ является *lex*, писанный законъ, изрѣченіе законодательской власти. По римскому взгляду, законъ, какъ выше было объяснено, является ничѣмъ инымъ, какъ послѣдствіемъ взаимнаго договора равноправныхъ гражданъ. Терингъ прямо говоритъ, что законъ для Римлянъ есть договоръ, между всѣми отдѣльными гражданами. *Lex est consensus omnium civium* или, какъ говоритъ Папиньянъ: *lex est communis reipublicae sponsio*, общій договоръ всѣхъ гражданъ, относительно извѣстныхъ предметовъ или юридическихъ отношеній. Только въ силу договора законъ имѣлъ обязательную силу. На этомъ же основаніи, какъ извѣстно, является и обязательная сила *mos*, обычая, съ тою только разницею, что *lex* являлся для Римлянина какъ *consensus expressus omnium civium*, нарочное волеизъявленіе, а *mos* какъ *tacitus consensus omnium civium*, молчаливо признанный и осуществляемый фактически въ однообразныхъ дѣйствіяхъ, см. fr. 32 § I i. f. Dig. 1, 3.

ПОНЯТИЕ ЗАКОНА. Какъ самое опредѣленіе показываетъ, *lex* есть постановленіе всего народа или, по крайней мѣрѣ, всѣхъ право- и дѣеспособныхъ гражданъ. Эти лица соединялись въ собраніяхъ, которыя являлись такимъ образомъ народными; поэтому законъ, *lex*, является постановленіемъ народного собранія. Технически это собраніе называлось *comitia*, и все, что исходило отъ него, называлось *jussus populi*, повелѣніемъ народа, закономъ. Первоначально *jussus populi* исходили только отъ *comitia curiata* и *comitia centuriata* или такъ наз. *comitiatus maximus*, въ которыхъ присутствовалъ весь народъ, и *patricii*, и *plebes*. На этомъ основаніи, закономъ сначала называлось *publicitum*, все, что постановлено народомъ. Это вытекаетъ изъ словъ Гая, который говоритъ: *lex est, quod populus jubet atque constituit* (Inst. Gai 1 кн. 3), а *populus* назывался народъ въ полномъ составѣ; см. Gaius (ibid.): *plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur connumeratis etiam patriciis*. Но съ теченіемъ времени къ этимъ народнымъ собраніямъ присоединился

еще новый элементъ, который не представлялъ собою сначала собранія римскихъ гражданъ, а являлся только частнымъ собраніемъ плебеевъ. Плебейскія собранія, *comitia plebis*, которыя получили теперь особенное значеніе, стали называться — *comitia tributa*, трибутскія собранія. Сначала эти собранія состояли изъ однихъ только плебеевъ и поэтому издавали и постановленія, которыя назывались *plebiscita*, то, что постановлено плебеями, *quod plebs jubet atque constituit*. Плебисциты, сначала обязательные только для плебеевъ, впоследствии на основаніи трехъ законовъ были вполне уравнены съ *populiscita*, а именно: *Lex Valeria Horatia* (305 г.), *Publilia Philonis* (415 г.), *Lex Hortensia* (467 г.) На основаніи этихъ законовъ различіе между *leges* и *plebiscita* уничтожается, и мы начинаемъ встрѣчаться съ выраженіемъ *lex seu plebiscitum*. *Plebs*, говоритъ Гай, а *populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis, plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur. Unde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent. Sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent. Itaque eo modo legibus ea exaequata sunt* (Gai Inst. 1 кн. § 3).

ПОРЯДОКЪ ИЗДАНІЯ ЗАКОНОВЪ. (*) Что касается порядка изданія законовъ, то въ этомъ отношеніи различаются 3 момента: 1) *legis latio* — подготовительныя дѣйствія 2) *legis rogatio* — самый законодательный актъ и 3) обнародованіе закона (*legem figere*). Название *promulgatio legis* для обнародованія закона — выраженіе позднѣйшее: См. напр. *proemium Inst. Iust.*, § 1.

LATIO LEGIS содержитъ въ себѣ 1) предварительное обнародованіе (*promulgatio*) и 2) защиту его (*suasio*) въ совѣщательныхъ народныхъ сходкахъ (*conciones*) лицамъ, его предлагающимъ (*legis lator*), и его сторонниками (*auctores*) противъ возраженій оппозиціи (*dissuasio*)

Съ цѣлью предотвращенія возможности принужденія народнаго собранія къ принятію какого нибудь законопроекта посредствомъ насилія, обмана или внезапности и неожиданности самаго предложенія, въ *lex Caelia Didia* (656 г. и с.) воспрещено было соединеніе въ одно нѣсколькихъ предложеній (*ne quid ab re per saturam ferretur* (**), и подвержена необходимость предварительнаго обнародованія закона въ три предшествующіе комиссіямъ ярмарочные дни (*promulgatio per trinundinum*).

Рѣшающій весь вопросъ актъ (*agere cum populo*) состоитъ 1) въ предло-

(*) См. Сокольскій стр. 95.

(**) Законъ, въ которомъ были соединены разнородные предметы, назывались *leges saturae*. *Lex satura est, quae de pluribus rebus semel loquitur*. Примѣромъ такого закона служатъ *rogationes Licinia* 388 г. гдѣ были соединены вопросы о достиженіи плебеями консульской власти, о долгахъ, объ *ager publicus*.

женіи народному собранію со стороны вносящаго проэктъ магистрата (*) одобрить и принять этотъ проэктъ, и 2) въ принятіи или непринятіи въ узаконенной формѣ этого предложенія со стороны народнаго собранія. Предложеніе начиналось всегда словами: *Velitis, iubeatis, vos Quirites, rogo ut etc.* (слѣдуетъ самое предложеніе). Затѣмъ, по выслушаніи предложенія народнымъ собраніемъ, сіе послѣднее приглашалось приступить къ голосованію посредствомъ возгласа «*discedite,*» послѣ чего народъ дѣлился по центуріямъ или трибамъ. Голосованіе происходило въ видѣ отвѣта на предложеніи: *uti rogas* означало согласіе, *antiquo* несогласіе. Въ центуріатскихъ комиціяхъ центуріи призывались для голосованія въ извѣстномъ порядкѣ въ огороженное мѣсто (*ovile*), куда вели узкіе проходы, называемые *pontes*. Долгое время голоса подавались явно и устно, но потомъ въ 7-мъ столѣтіи изданы были *leges tabellariae*, (**) узаконившіе тайную и письменную подачу голосовъ. При входѣ въ *pontes*, каждый гражданинъ получалъ двѣ *tabellae*, т.е. дощечки, на одной изъ которыхъ было написано *U.R.* (т.е. *uti rogas*), а на другой *A* (т.е. *antiquo*). Проникнувъ въ *ovile*, подающій голосъ клалъ одну изъ этихъ *tabellae* въ *cista*, которую держалъ нарочно назначенный для этого *rogator*. Послѣ окончанія голосованія *cistae* сносились къ такъ называемымъ *diribitores*, удостовѣрившихъ результатъ голосованія каждой отдѣльной центуріи, наконецъ, общій результатъ объявлялся предсѣдателемъ (*renuntiatio*). Въ трибутскихъ комиціяхъ голоса, какъ кажется, никогда не подавались явно и устно; по указаніямъ Діонисія Галикарнасскаго, въ трибутскихъ собраніяхъ съ этою цѣлью употреблялись камешки.

Publicatio legis, т.е. обнародованіе закона состояло въ томъ, что вырѣзанные на доскахъ законы выставлялись въ публичныхъ мѣстахъ для всеобщаго свѣдѣнія. Иногда таблицы эти прибывались къ зданіямъ на форумѣ и къ храмамъ; отсюда и выраженіе *legem seu tabulam figere*. Послѣ значительнаго промежутка времени, когда можно было полагать, что законъ уже извѣстенъ всемъ, доски снимались, относились въ храмъ Цереры и передавались на храненіе эдиламъ.

Составныя части закона. Въ изложеніи принятаго законопроэкта, *lex per lata, per rogata* различаются 3 отдѣла.

1) ВВЕДЕНІЕ, заключающее въ себѣ наименованіе предложившаго законъ магистрата или плебейскаго трибуна, напр. *Titius Quintius Crispinus Cos. populum iure rogavit populusque iure scivit in foro pro rostris aedis D. Julii* или въ плебисцитахъ *M. Acilius Glabrio... filius... tribunus plebis, plebem iure rogavit, plebesque iure scivit...* (см. *lex Acilia repetundarum* въ *Bruns: fontes juris*

(*) Право магистратовъ созывать народъ въ собранія, *comitia*, дѣлать ему предложенія и т.д. называется технически *ius agendi cum populo* (такое же право народныхъ трибуновъ относительно трибускихъ (плебейскихъ) собраній, *ius agendi cum plebe*).

(**) *Lex Gabinia tabellaria* 615 г. а.д.с. относительно выборовъ магистратовъ; *lex Cassia tabellaria* 617 г. для рѣшенія уголовныхъ дѣлъ; *Lex Papiria tabellaria* 623 г. для законодательныхъ вопросовъ.

Romani antiqui p: 40), первой подавшей голоса трибы, напр. *tribus.... principium fuit*, и первого принявшего участие въ голосованіи лица (*protribus...primus scivit*). Словомъ , во введеніи излагались, если можно такъ выразиться, *personalia*, личныя обстоятельства.

2. Rogatio, т.е. самое содержаніе закона, которое иногда раздѣлялось на нѣсколько главъ. Это содержаніе всегда излагалось въ повелительныхъ выраженіяхъ, *verbis imperativis*, на основаніи формулы—*jubeatis, Quirites*. Поэтому всѣ законы изложены въ повелительной формѣ, напр. въ зак. XII таблицъ *uti lingua nuncupasset, ita jus esto*. Этою формою законъ отличается отъ всѣхъ другихъ постановленій, издававшихся другими учрежденіями, которыя не имѣли законодательной власти, напр. отъ сенатскихъ постановленій, при которыхъ всегда говорилось: *Senatus*, напр. *arbitratur, putat, censet, senatus videtur, placet* и пр.

3. SANCTIO, т.е. предусмотрѣніе послѣдствій нарушенія закона и опредѣленіе той правовой нормы, въ которой законъ долженъ примѣняться въ судахъ, *legis actio*. *Ideo et legum eas partes, quibus poenas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus* (§ 10 Inst. Inst. 2 кн. 1 т.), та часть закона, которая заключаетъ въ себѣ указаніе послѣдствій за неисполненіе закона, слѣдовательно угроза, закона, напр. *sanctio*. Обыкновенно законъ, имѣя въ себѣ предписаніе, соединяетъ съ нимъ угрозу на случай противодѣйствія закону. Это и есть *sanctio*. *Sanctio* происходитъ отъ слова *sanctus*, которое означаетъ въ настоящее время—святой; но въ древнее время у Римлянъ «святой» обозначался словомъ *sacer*; слово же *sanctus* означало, что извѣстное постановленіе или учрежденіе защищается особенно сильными наказаніями противъ поврежденія или нарушенія со стороны кого либо. *Sanctum* (*) *est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est*—*sanctum* означаетъ то, что ограждено отъ несправедливаго нападенія людей самымъ высшимъ наказаніемъ; именно полагалась смертная казнь и лишеніе правъ гражданства тѣмъ лицамъ, которыя повреждали *res sanctae* *Sanctae res, veluti muri et portae, quodammodo divini iuris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus quia poena capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint* (§ 10 Inst. Just. 2. кн. 1 т.)

РАЗДѢЛЕНІЕ ЗАКОНОВЪ ПО САНКЦИИ. Смотря по санкціи, которою снабжались законы, они раздѣлялись на 4 категоріи а) leges perfectae б) leges minus quam perfectae в) leges imperfectae и д) leges plus quam perfectae (Ulpiani «Fragmenta» введеніе § § 1 и 2.)

а) LEGES PERFECTAE, совершенные законы. *Lex perfecta est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, rescindit (ib.)*, совершеннымъ закономъ называется тотъ, который содержитъ запрещеніе извѣстныхъ дѣйствій, и если они все таки будутъ предприняты, то объявляетъ эти дѣйствія недействительными. Напр. положимъ, законъ говорить, что для дѣйствительности завѣщанія требуется 7 свидѣтелей; если составлено завѣщаніе, при которомъ не было свидѣтелей, то завѣщаніе является недействительнымъ. Такова большая часть законоположеній публичнаго права, *juris publici*, которыя вызваны соображеніями

(*) См. fragm. 8. princ. D. de divin. ver. 1, 8.

публичнаго права, т.е. желаніемъ поддержать порядокъ общественный. Эти законы подходят подъ названіе *leges cogentes*, безусловно принудительные законы, всегда имѣющіе обязательную силу.

б) *LEGES MINUSQUAM PERFECTAE*. *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et, si factum sit, non rescindit, sed poenam iungit ei, qui contra legem fecit, qualis est lex Furia testamentaria (ib.), законъ менѣ чѣмъ совершенный*, не вполне совершенный есть тотъ, въ которомъ санкція не направлена на ничтожность дѣйствія, предпринятаго вопреки велѣнію закона, такъ что самый актъ остается дѣйствительнымъ по лицу, которое совершило его, подвергается наказанію. Примѣромъ такого закона Ульпіанъ приводитъ *lex Furia testamentaria*, которой состоитъ въ слѣдующемъ. Онъ былъ введенъ съ цѣлію ограничить наслѣдователя въ распоряженіи отдѣльными вещами, *legata*, въ ущербъ наслѣдника. Случалось именно, что наслѣдователь отказывалъ въ видѣ легатовъ почти все свое имущество, такъ что наслѣднику почти ничего не оставалось. Поэтому *lex Furia plus quam mille asses legati nomine mortis - ve causa prohibet capere, praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit* (ib.) т.е. запрещать брать въ качествѣ легата болѣе тысячи ассовъ, но если кто либо назначить въ легатъ болѣе тысячи ассовъ, то легатъ не уничтожается; но *legatarius*, принявшій такой болѣешой легатъ подвергается четверному наказанію, такъ что принявшій напр., легатъ въ 2000 ассовъ, долженъ выдать наслѣднику въ видѣ штрафа 8 тысячъ. Такимъ образомъ, здѣсь сохранилась вполне автономія, предоставленная каждому гражданину во всей гражданской сферѣ, но чтобы кто нибудь не вздумалъ злоупотребить ею, для того полагалось наказаніе. Таково значеніе законовъ, которые назывались *leges minus quam perfectae*.

в) *LEGES IMPERFECTAE*, НЕСОВЕРШЕННЫЕ ЗАКОНЫ. *Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, non rescindit, nec poenam iungit ei, qui contra legem fecit (ib.), несовершенный законъ тотъ, въ которомъ нѣтъ санкции той части закона, въ которой опредѣляется послѣдствіе за нарушение закона.* Таковъ законъ, извѣстный подъ именемъ *lex Cincia de donis et muneribus 550 г. ab u. c.*; который запрещаетъ дареніе свыше опредѣленной мѣры, именно, какъ полагаетъ Савиньи, свыше 20 тысячъ сестерцій, за исключеніемъ *exceptae personae*, которымъ можно дарить и свыше этой мѣры. Но, устанавливая такое положеніе, *lex Cincia* не опредѣляетъ наказанія; онъ предоставляетъ примененіе закона усмотрѣнію магистрата въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ дѣла. Очевидно, законъ былъ направленъ для предупрежденія легкомысленнаго даренія; если оно состоится и обращались къ суду, то судъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла, или признавалъ это дареніе, или уничтожалъ его. Въ этомъ отношеніи у Римлянъ установилось такое правило, что до тѣхъ поръ, пока даритель находился въ какой либо фактической или юридической связи съ предметомъ даренія, даритель всегда могъ потребовать возвращенія даренія, и только тогда дареніе считалось окончательно установленнымъ, когда такой связи вовсе не существовало.

г) *LEGES PLUS QUAM PERFECTAE*. По аналогіи съ законами *minus quam perfectae*, новѣйшіе ученые принимаютъ *leges plus quam perfectae*, кото-

рыми не только дѣяніе объявляется ничтожнымъ, но, кромѣ того, возлагается еще наказаніе за совершеніе дѣйствія. Таковы законы, облагающіе наказаніемъ взиманіе лихвенныхъ процентовъ.

ТЕРМИНОЛОГІЯ РИМЛЯНЪ ПО ОТНОШЕНІЮ КЪ ИЗДАНИЮ ЗАКОНОВЪ. Въ этомъ отношеніи Ульпіанъ упоминаетъ различные термины признаваемые и современною наукою. Ульпіанъ тамъ же въ § 3. говоритъ о

a) *Rogatio legis*,—*lex aut rogatur, id est, fertur, Ulp. Fragm. 1t. § 3*) т.е. изданіе закона.

b) *Abrogatio*—*aut abrogatur i. e. prior lex tollitur*, отмѣна прежняго закона во всѣхъ его частяхъ.

c) *Derogatio*—*aut derogatur, i. e. pars primae legis tollitur*, частичная отмѣна закона.

d) *Subrogatio*—*aut subrogatur, i. e. adi citur aliquid primae legi*; т.е. дѣлается прибавленіе къ прежнему закону.

f) *Obrogatio*—*aut obrogatur i. e. mutatur aliquid ex prima lege*, отмѣна одной части закона и замѣна ея новымъ положеніемъ.

НАЗВАНІЕ ЗАКОНА. Что касается названія законовъ, то большею частью, они носили названіе по имени той gens, къ которой принадлежалъ магистратъ, предложившій законъ. Такимъ образомъ, магистратъ увѣковѣчивалъ свой родъ, напр. *Lex Pompeia, lex Cornelia*. Иногда встрѣчаются два имени, напр. *leges Valeriae Horatiae*; это значитъ, что законъ изданъ двумя консулами. Если же два имени соединены союзомъ *et*, то это значитъ, что два самостоятельныхъ закона въ послѣдствіи были слиты въ одинъ законъ, напримѣръ *lex Julia et Papia Poppaea*. (*)

ОТДѢЛЬНЫЕ ЗАКОНЫ.

Изъ законовъ изданныхъ центуриатскими комиціями, самое существенное значеніе имѣютъ *leges XII tabularum*. Эти законы легли въ основаніе всего послѣдующаго развитія римскаго права; поэтому и необходимо рассмотреть это законодательное постановленіе съ особенною подробностью.

LEGES XII TABULARUM.

ЗНАЧЕНІЕ ЗАКОНОВЪ XII ТАВ. Исходною точкою всего правоваго развитія втораго періода является законодательство XII табл. *Ex his*, говоритъ Помпоній, *fluere coepit jus civile* (fr. 2 § 6 Dig. 1 кн. 2т.). Эти законы носятъ названія именно: *leges XII tabularum*, просто *leges двѣнадцатилетныя*, *lex de senviralis* и пр. Насколько эти законы имѣютъ важное значеніе, видно уже изъ того, какъ говоритъ Титъ Ливій; онъ считаетъ ихъ источникомъ все-

(*) Если же различные законы были издаваемы лицами принадлежавшими къ одной gens, и имѣвшими поэтому одно общее *nomen gentilicium*, или же однимъ и тѣмъ же лицомъ, то прибавлялось слово, указывающее на содержаніе закона, напр., *lex Furia de sponsu, lex Furia testamentaria*, или законы Суллы: *lex Cornelia de sicariis et veneficis, lex Cornelia de falsis, lex Cornelia majestatis* и т. д.

го права, публичнаго, и частнаго, даже въ его, т.е. въ императорскія времена. А затѣмъ, Гай, жившій при Адрианѣ, пишетъ на эти законы комментаріи въ 6 книгахъ; стало быть они имѣли еще практическое значеніе даже въ его время. На основаніи всего этого вполне можно сказать, что они суть *fons omnis juris (civilis) publici privati*que, какъ частнаго, такъ и публичнаго.

ХАРАКТЕРЪ XII TABUL. Къ сожаленію текстъ законовъ XII tabul. не дошелъ до насъ въ подлинникѣ; онъ сохранился только въ отрывкахъ помѣщенныхъ въ сочиненіяхъ различныхъ римскихъ писателей (такихъ фрагментовъ насчитывается около 107), такъ что мы не имѣемъ положительныхъ свѣдѣній о системѣ, въ которой изложены были положенія разсматриваемаго нами законодательства. Впрочемъ, на основаніи нѣкоторыхъ указаній, находящихся у древнихъ писателей, система эта можетъ быть приблизительно возстановлена. Не смотря на это, многіе вопросы относительно характера и содержанія законовъ XII tab., не могутъ быть разрѣшены положительно. Таковъ спорный вопросъ о вліяніи греческихъ законовъ на *leges XII tab.* Сами Римляне безусловно допускали это вліяніе (fr. 4 Dig. 47 кн. 22 т.). Но въ новое время возникло совершенно противоположное ученіе, отрицающее всякое вліяніе греческихъ законодательствъ на *leges XII tab.* (*) Однако, въ послѣднее время, въ 1870 году, появилось сочиненіе Гофмана (*Betrage zur Geschichte des griechischen und roemischen Rechts. 1. Ueber den Einfluss des griechischen Rechtes auf die Abfassung des Zwolftafel-Gesetze*), которое не мало способствуетъ установленію правильнаго воззрѣнія на этотъ вопросъ. Гофманъ допускаетъ греческое вліяніе на постановленія зак. 12 таб., касающіяся гражданскаго права, а не публичнаго. Что вліяніе греческаго права имѣло мѣсто, это видно уже изъ разсказа о Грекѣ Гермодорѣ, который помогаль децемвирамъ при переводѣ греческихъ законовъ.

ТЕКСТЪ ЗАКОНОВЪ XII TABUL. Какъ уже сказано, этотъ текстъ не сохранился до нашего времени въ подлинникѣ, хотя древніе Римляне и охраняли законы 12 таблицъ, какъ особенно священные сокровища. Самый первоначальный текстъ погибъ во время Галльскаго нашествія, когда былъ сожженъ городъ и съ нимъ погибли всѣ сокровища Рима. Но конечно, они были возстановлены, такъ какъ, по свидѣтельству Цицерона, каждый Римлянинъ въ своей юности изучалъ *leges XII tabul.* и зналъ ихъ наизусть, какъ *carmen necessarium*. Однако, и въ возстановленномъ видѣ они не дошли до насъ. Мы имѣемъ, какъ выше было замѣчено только отдѣльные *fragmenta*, немногіе отрывки, которые или буквально, или по содержанію воспроизведены у различныхъ римскихъ писателей, какъ юридическихъ, такъ и не юридическихъ, въ особенности у тѣхъ писателей, сочиненія которыхъ имѣютъ лексигрофическій характеръ, каково сочиненіе Феста, потомъ и Авла Геллія, у Цицерона.

Къ этому нужно прибавить, что не только самый текстъ законовъ XII tab. не сохранился до нашего времени, но даже и тѣ комментаріи, которое были написаны римскими юристами на нихъ. Разумѣется, что такое законода-

(*) См. въ особенности *Levièvre. Commentarius de legum XII tabul. patris* 1827 г.

тельство, какъ *leges XII tab.*, подвергалось всесторонней обработкѣ со стороны римскихъ юристовъ. Такъ, мы знаемъ, что этимъ дѣломъ занимались *Sex-tus Aelius Catus, Servius Sulpicius Rufus, Antistius Labeo, Gaius*, который написалъ 6 книгъ, служащихъ комментариемъ законовъ *XII tab.* Но, какъ уже сказано, и эти комментаріи не сохранились до нашего времени, а до насъ дошли только отдѣльные отрывки.

ПОПЫТКИ ВОЗСТАНОВЛЕНІЯ ТЕКСТА И СИСТЕМЫ ЗАКОНОВЪ XII ТАВ. Не смотря на такую скудость источниковъ относительно текста законовъ *XII tab.*, ученые, начиная со времени возрожденія наукъ (XVI в.), начали стремиться къ тому, чтобы возстановить не только текстъ, но даже и самую систему законовъ XII таблицъ. Первая, имѣющая научный интерес, попытка этого рода, относится, впрочемъ, къ началу XVII стол., когда въ 1616 году знаменитый ученый Яковъ Готофредъ издалъ *Fragmenta XII tabularum, suis nunc primum tabulis restituta, probationibus, nobis et indice munita.* Недостатки изданія Готофреда состоятъ въ томъ что онъ иногда, на основаніи совершенно неясныхъ указаній римскихъ или греческихъ писателей, предполагая существованіе какого нибудь правоположенія въ законахъ XII таблицъ составлялъ текстъ этого правоположенія и относилъ его къ какой нибудь изъ таблицъ. Даже въ законахъ, текстъ которыхъ дошелъ до насъ, онъ замѣнялъ иногда выраженія, казавшіяся ему искаженными, другими болѣе подходящими по его мнѣнію, къ смыслу всего постановленія. Послѣ Готофреда не мало ученыхъ трудились надъ возстановленіемъ текста XII таблицъ; первое же мѣсто въ этомъ отношеніи принадлежитъ Кенигсбергскому, а затѣмъ Берлинскому профессору Генриху Эдуарду Дирксену, издавшему въ 1824 году свое классическое сочиненіе: «*Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf—Tafel Fragmente.*» Текстъ его гораздо полнѣе предшествующихъ, такъ какъ онъ воспользовался данными, находящимися во вновь открытомъ сочиненіи Цицерона о республикѣ и въ институціяхъ Гая. Замѣчательны также труды Шелля (*Schoell, legis XII tabularum reliquiae*, 1866) и возстановленіе текста XII таблицъ, сдѣланное Ортоланомъ въ его *Explications historiques des Instituts de l'empereur Justinien* (Tome 1 pag. 102—122), при которомъ онъ пользовался и указаніями, находящимися въ *Fragmenta Vaticana*. Возстановленный текстъ въ обработанномъ видѣ находится въ книгѣ *Brunns'a «Fontes juris romani antiqui.»*

Не смотря на всѣ попытки возстановить систему законовъ XII таб., Пухта выставляетъ противъ этого серьезное возраженіе. Онъ говоритъ, что нельзя было бы ожидать никакой систематизаціи законовъ XII таб., такъ какъ они составлены были въ очень древнее время, когда о системѣ не могло быть и рѣчи. Однако большинство ученыхъ находитъ это возраженіе не вполне основательнымъ и допускаетъ систематизацію законовъ XII таб., находя подтвержденіе въ показаніяхъ различныхъ римскихъ писателей. Такъ, находятъ указанія на то, что правила о «*in jus vocatio*» вошли въ первую таблицу (*Cic. de legib. II, 4*), причины продленія процессуальныхъ сроковъ во вторую (*Fest. sub voce «Reus»*), опредѣленіе о томъ, что трехкратно проданный отцомъ сынъ

становится самостоятельнымъ, находилось въ четвертой таблицѣ (Dion. II 27), законы о церемоніальнѣхъ погребальныхъ процессіяхъ въ десятой (Cic. de leg. II 25), а запрещеніе *connubium* между плебеями и патриціями въ одной изъ двухъ послѣднихъ таблицъ. Далѣе, при возстановленіи системы XII таблицъ, обращено было вниманіе на то, что Гай раздѣлилъ свой комментарий на 6 книгъ, слѣдовательно, каждая изъ его книгъ обнимаетъ собой, по всей вѣроятности, двѣ таблицы. Дирксенъ вывелъ изъ этого еще дальнѣйшее заключеніе, что, по всей вѣроятности, и первоначально все законодательство XII таблицъ дѣлилось на 6 отдѣловъ, и на каждый отдѣлъ приходилось по двѣ таблицы съ однороднымъ содержаніемъ (Dirksen. Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik der XII Tafel—Fragmente 1823. S. 15 и 108).

СИСТЕМА ЗАКОНОВЪ XII таблицъ. На основаніи указаній римскихъ писателей и различныхъ соображеній, система законовъ XII tabl. представляется новѣйшими учеными въ слѣдующемъ видѣ.

I. tabl. — de in jus vocando, о вызовѣ въ судъ. Что первая таблица содержала такое ученіе, это видно изъ показаній Цицерона, который говоритъ, что 1-я таблица начиналась словами: *si in jus vocat...* Здѣсь слово «*jus*» не употребляется въ обыкновенномъ смыслѣ, именно въ смыслѣ права, но оно означаетъ *tribunal praetoris seu magistratus*, именно то мѣсто, гдѣ засѣдаетъ магистратъ. Объ этомъ значеніи слова: «*jus* см. fr. 11 Dig. 1, 1: *jus dicitur locum in quo jus redditur.*»

II tabl. — de judiciis — содержитъ въ себѣ постановленія о другомъ фазисѣ судопроизводства.

III tabl. — носить различныя названія. Ортоланъ называетъ ее по 1 fragm. «de aere confessis rebusque jure judicatis,» о признаніи въ судѣ и о судебномъ рѣшеніи. Нѣмецкіе ученые придаютъ ей названіе «de rebus creditis,» о долговыхъ отношеніяхъ, подобно 3-й части преторскаго эдикта и 3-ей части Дигестъ Юстиніана. То и другое названіе является вѣрнымъ, такъ какъ въ 3-ей таблицѣ говорится и о томъ и о другомъ.

IV. tabl. — Ортоланъ озаглавливаетъ de jure patrio, а нѣмецкіе ученые прибавляютъ еще «et de conubio, т.е. объ отцовской власти и о бракѣ общѣ выражаясь, — о семейномъ правѣ.

V tabl. — содержитъ ученіе de hereditatibus et tutelis, — о наследствѣ и объ опекахъ.

VI. tabl. — de dominio et possessione, о правѣ собственности и о владѣніи.

VII. tabl. — Ортоланъ называетъ de jure aedium et agrorum, о правѣ зданій и полей, т.е. о законныхъ ограниченіяхъ, которымъ подвергаются сосѣди, въ виду интересовъ владѣльца домовъ и полей, иначе эту таблицу называютъ «de servitutibus legalibus» о законныхъ ограниченіяхъ права собственности въ недвижимыхъ имуществахъ.

VIII. tabl. — de delictis, о противозаконныхъ дѣйствіяхъ, вообще о предметахъ уголовного права.

IX. tabl. — de jure publico, о публичномъ или государственномъ правѣ.

X. tabl. — de jure sacro о священномъ правѣ.

Въ этихъ 10-ти таблицахъ исчерпывается все содержаніе правовой сферы, исчерпываются какъ частныя, такъ и публичныя и сакральныя отношенія. Что же касается послѣднихъ таблицъ XI-ой и XII-ой, то снѣ по мнѣнію ученыхъ содержали въ себѣ *supplementa ad primas tabulas* дополненіе къ предыдущимъ таблицамъ: именно: XI табл. служить дополненіемъ къ первымъ пяти таблицамъ, а XII табл. къ послѣднимъ пяти.

Первая и вторая таблица содержатъ въ себѣ гражданское судопроизводство. Это распредѣленіе матеріала въ двухъ таблицахъ объясняется самимъ порядкомъ древняго римскаго судопроизводства. По общему правилу оно должно было распадаться на двѣ стадіи, которыя отличались другъ отъ друга не только по дѣйствіямъ, но и по лицамъ, передъ которыми происходили эти дѣйствія. *Ordo iudiciorum privatorum* состоялъ именно въ томъ, что процессъ распался на двѣ части: на производство *in iure* и производство *in iudicio*. Производство *in iure* происходило передъ магистратомъ, которому отъ имени народа дано было *imperium* для завѣдыванія судебными дѣлами; онъ назывался *magistratus iuridicundo*. По законамъ XII табл., такими магистратами являлись консулы. Этотъ магистратъ не рѣшалъ дѣла и не разсматривалъ его отъ начала и до конца; онъ только принималъ жалобу и подготовлялъ ходъ дѣла; онъ устанавливалъ юридическую сторону дѣла, можно ли дать движеніе иску, соответствуетъ ли искъ законнымъ требованіямъ, — на чемъ истецъ основываетъ свои требованія, каковы возраженія отвѣтчика, — въ чемъ наконецъ состоитъ спорный пунктъ и проч. Все это предварительное разсмотрѣніе дѣла происходило передъ официальнымъ лицомъ магистратомъ. Установивши, такимъ образомъ процессъ, онъ передавалъ дѣло на разсмотрѣніе частнымъ судьямъ, *iudices privati*, которые не были должностными лицами, но выбирались всякій разъ изъ среды частныхъ лицъ самими тяжущимися. Эти *iudices* являются чѣмъ-то въ родѣ нашихъ присяжныхъ засѣдателей при уголовномъ процессѣ, которые являются представителями общественной совѣсти. То, что у насъ практикуется въ уголовномъ процессѣ, у Римлянъ имѣло мѣсто и въ гражданскомъ процессѣ. Такие *iudices*, были различны, иногда коллегіальныя учрежденія *decemviri*, иногда *centumviri*, а иногда единоличныя — *iudex arbiter* и пр. Эти *iudices* должны уже разсмотрѣть дѣло, взвѣсить приводимые сторонами доводы, оцѣнить правильность свидѣтельскихъ показаній и другихъ доказательствъ и постановить рѣшеніе, высказать свое *sententiam* по данному дѣлу. На основаніи такого распадѣнія процесса на двѣ части, и законодательныя постановленія по этому предмету помѣщены не въ одной, а въ двухъ таблицахъ.

I. TABULA. Въ ней находятся постановленія, касающіяся судопроизводства *in iure*. Такъ, прежде всего, здѣсь находится указаніе на то, чѣмъ открывается или начинается процессъ. Понятно, гражданскій процессъ можетъ быть возбужденъ не иначе какъ подачею иска, иначе судъ не проявитъ своей дѣятельности. Въ этомъ, между прочимъ, лежитъ одно изъ коренныхъ отличій возбужденія уголовного обвиненія и гражданскаго процесса. При уголовномъ дѣлѣ, по крайней мѣрѣ въ новое время, не требуется подачи иска потерпѣвшаго лица; какъ скоро совершилось нарушеніе уголовного закона, общественная власть сама преслѣдуетъ это нарушеніе. Но въ гражданскомъ процессѣ судъ самъ ни-

когда не выступает по собственной инициативѣ, на разсмотрѣніе дѣла, — это прямо вытекаетъ изъ понятія частнаго или гражданскаго права, *id est jus, quod ad utilitatem singulorum pertinet*; слѣдовательно, если кто интересуется правомъ, тотъ вчиняетъ искъ, если же нѣтъ, то судъ не вправѣ вмѣшиваться туда, гдѣ помощь его не требуется. И такъ, подача иска или возбужденіе процесса есть первое условіе гражданскаго процесса.

Второе необходимое условіе — слѣдующее. Такъ какъ нельзя полагаться на одностороннее заявленіе истца въ искѣ, то необходимо, чтобы вчиняющій искъ представилъ то лицо, противъ котораго онъ вчиняетъ искъ. Известно, что тотъ, кто вчиняетъ искъ, называется *actor*, истецъ, а то лицо, противъ котораго вчиняется искъ, называется *reus*, отвѣтчикъ. Такимъ образомъ, послѣ подачи иска истецъ долженъ представить отвѣтчика въ судъ.

Доставленіе отвѣтчика въ судъ, совершалось различнымъ образомъ. Въ то время, когда въ римскомъ процессѣ ослабилась частная дѣятельность, вызовъ отвѣтчика въ судъ производился самимъ судомъ, посредствомъ известныхъ приглашеній и пр. По законамъ же XII tab. это было иначе. Истецъ долженъ былъ самъ доставить отвѣтчика въ судъ, базъ него истецъ не могъ явиться въ судъ, такъ какъ должна быть выслушана и *altera pars*. А такъ какъ отвѣтчикъ иногда могъ уклоняться отъ приглашенія идти въ судъ, то законъ долженъ былъ дать истцу средства принудить къ этому отвѣтчика, потому что если бы законъ не далъ такихъ средствъ, то доставленіе отвѣтчика въ судъ было бы дѣломъ случайнымъ, именно, когда истецъ превышалъ противника физическими силами и проч. Поэтому законы XII табл. дозволяютъ истцу, въ случаѣ отказа со стороны отвѣтчика, идти въ судъ, *manum inicere*, схватить отвѣтчика и силою доставить его въ судъ (fr. 3 въ 1 tab.).

Если обратить вниманіе на тѣ фрагменты, которые сохранились до нашего времени изъ первой таблицы, то замѣтимъ, что всѣ они касаются вопросовъ о призывѣ въ судъ и о предварительномъ разсмотрѣніи дѣла. Такой первый фрагментъ говоритъ о призывѣ въ судъ отвѣтчика; изъ него можно видѣть, что въ древне-римскомъ гражданскомъ процессѣ магистратъ имѣлъ болѣе пассивную, чѣмъ активную роль, судъ не вмѣшивался въ дѣло и не вызывалъ отвѣтчика, какъ это дѣлается теперь. «*Si in jus vocat, ito,*» говорится въ этомъ фрагментѣ «*ni it antestamino, igitur eum capito,*» 2, *Si caluitur pedem vestruit, manum endo* (древняя форма предлога *in*) *jacito*, т. е. если кто либо призываетъ отвѣтчика въ судъ, то долженъ призывать его при свидѣтеляхъ; если же тотъ не захочетъ идти или убѣжить, то истецъ имѣетъ право наложить на него руку, т. е. доставить его въ судъ насильственно. Это является послѣдствіемъ того, что древній гражданскій процессъ является ничѣмъ инымъ, какъ узаконенною формою самоуправства. Когда истецъ приводитъ отвѣтчика въ судъ, то начинается разсмотрѣніе дѣла, при чемъ истецъ излагаетъ прежде всего свое требованіе. За отвѣтчика можетъ вступить другое лицо, которое бы отвѣтствовало за него. Такое лицо называется *vindex*. Въ одномъ изъ фрагментовъ (4) *Adsiduo vindex adsiduus esto, proletario, quis volet, vindex esto,* — говорится, что если отвѣтчикъ будетъ богатымъ лицомъ, то его *vindex* долженъ быть также богатымъ, а если отвѣтчикъ пролетарій, то всякое лицо можетъ

быть его *vindex*’омъ, потому что съ самаго отвѣтчика нельзя много ждать относительно уплаты.

Вотъ нѣкоторыя постановленія, которыя относятся къ первой таблицѣ. Они касаются, такимъ образомъ, призыва къ суду и кромѣ того опредѣляютъ мѣсто суда. Мѣстомъ суда было *forum* или *comitium* — это известная часть площади на которой находился трибуналъ магистрата (*ius*).

II TABULA. Вторая таблица новѣйшими учеными называется *de iudiciis*. Какъ уже сказано, *iudicium* есть второй актъ судебного разсмотрѣнія. *Magistratus iudicando* (консуль или преторъ), какъ выше было замѣчено, по общему правилу, не разсматриваетъ дѣла съ начала до конца, а онъ старается только собрать все данныя, которыя могутъ служить для матеріальнаго разсмотрѣнія дѣла. Онъ обращаетъ болѣе вниманія на формальную сторону, онъ смотритъ, что бы спорящія стороны не отступали отъ законныхъ формъ предъявленія исковъ, чтобы они предъявляли требованія только такія, которыя основаны на законѣ, чтобы истецъ вполне ясно изложилъ тѣ данныя, на которыхъ онъ основываетъ искъ, и чтобы отвѣтчикъ представилъ необходимыя возраженія. Когда такимъ образомъ, весь матеріалъ, на основаніи котораго можно разсматривать дѣло, былъ собранъ, онъ передаетъ самое разсмотрѣніе дѣла другимъ лицамъ, которыя называются *iudices*. Отсюда и самое это производство называется *iudicium*. Эти *iudices* представляются или въ видѣ постоянной комиссіи — *decemviri* и *centumviri*, или въ видѣ выборныхъ судей — *iudices selecti*. Эти судьи имѣютъ нѣкоторое сходство съ нынѣшними присяжными заседателями.

И такъ, *magistratus iudicando* не занимается разсматриваніемъ отдѣльныхъ доказательствъ, не рѣшаетъ дѣла, а только заботится о томъ, чтобы весь матеріалъ, на которомъ основывается процессъ, все доказательства и возраженія были представлены въ законномъ порядкѣ, и, наконецъ, обращаясь къ сторонамъ, говоритъ: согласны-ли вы, чтобы на основаніи этого собраннаго матеріала дѣло было представлено на окончательное рѣшеніе? Затѣмъ, если онѣ изъявляютъ свое согласіе, то онъ обращается къ присутствующимъ (судопроизводство производилось на открытомъ мѣстѣ, на *forum* ’ѣ) и спрашиваетъ: не будутъ-ли они свидѣтелями того, что это дѣйствительно тѣ данныя, на основаніи которыхъ должно быть рѣшено дѣло? Этотъ актъ засвидѣтельствования тѣхъ данныхъ, на основаніи которыхъ должно было производиться рѣшеніе, назывался *litis contestatio* (*) (отъ *lis* — *litis* — процессъ, и *contestari* засвидѣтельствовать.). Послѣ того дѣло переходитъ къ разсмотрѣнію матеріальному, производству *in iudicio*.

Предъ *iudices* стороны вели подробныя пренія *causae peroratio*, представляли доказательства, оспаривали ихъ. По разсмотрѣніи дѣла, судьи устанавливали рѣшеніе (*sententia, res iudicata*).

(*) Такъ какъ *litis contestatio* основывается на соглашеніи спорящихъ сторонъ относительно данныхъ, на основаніи которыхъ должно производиться дѣло, то Римляне видѣли въ *litis contestatio* нечто въ родѣ договора между тяжущимися лицами.

Изъ этой таблицы обыкновенно указываютъ фрагментъ, заимствованный у Феста, который касается отсрочки дѣла. Фестъ говоритъ, что можно было требовать отсрочки дѣла на основаніи тяжкой болѣзни, которая является препятствіемъ для совершенія юридическихъ дѣйствій (*morbis santicus, i. e. morbus qui cujus que rei agenda impedimento est.*)

III. TABULA. Третья таблица, у Ортолана носить названіе: *de aere confessis rebusque jure judicatio*, тогда какъ обыкновенно она называется *de rebus creditis*, является одною изъ самыхъ важныхъ таблицъ, потому что въ ней довольно подробно изложенъ взглядъ Римлянъ на обязательства, послѣдствіе судебныхъ рѣшеній и исполненіе этихъ рѣшеній противъ неисправнаго должника. Въ ней заключаются очень суровыя постановленія. Въ первомъ фрагментѣ указано, что по дѣлу, по которому начался процессъ, должникъ отвѣтствуетъ или вслѣдствіе собственнаго признанія (*aeris confessio*) или на основаніи судебного приговора (*res judicata*). Собственное признаніе, *confessio in jure* въ гражданскихъ дѣлахъ имѣетъ безусловное значеніе; если напр. должникъ заявляетъ въ судѣ, что онъ долженъ, то этимъ дѣло и оканчивается, т. е. рѣшается на основаніи этого сознанія. Вотъ почему у Римлянъ по гражданскимъ дѣламъ и существовало правило: *confessus pro judicato habetur* т. е. признавшійся считается осужденнымъ. Совершенно другое дѣло въ уголовныхъ дѣлахъ; тамъ очень часто случается, что обвиняемый признаетъ себя виновнымъ, между тѣмъ судъ его оправдываетъ. Далѣе, если отвѣтчикъ оспариваетъ требованіе истца, то дѣло рѣшается на основаніи такъ называемаго *res judicata*, т. е. на основаніи приговора судей.

Если на основаніи собственнаго признанія или на основаніи судебного рѣшенія долгъ былъ признанъ безспорнымъ, то должнику дается льготный срокъ въ 30 дней, для того, чтобы онъ имѣлъ возможность избѣгнуть угрожающей ему отвѣтственности, заплативъ или своими средствами, или же при помощи своихъ родственниковъ. *Tabula III Aeris confessis rebusque jure judicatis XXX dies justi sunt.*

Здѣсь опять назначается тотъ же срокъ, какой былъ обыкновеннымъ у Римлянъ. Когда прошелъ этотъ мѣсячный срокъ и должникъ не уплатилъ денегъ, то кредиторъ имѣлъ право вновь наложить руку на должника и привести его къ претору. 2. *Post deinde manus injectio esto. In jus ducito.* Если при этомъ должникъ не исполнялъ судебного рѣшенія или если кто нибудь при этомъ изъ сожалѣнія не поручался за него, не являлся за него *vindex* омъ, то въ такомъ случаѣ кредиторъ имѣлъ право помѣстить должника въ своей темницѣ (*carcer privatus*). Всѣ богатые Римляне имѣли у себя особенныя темницы подъ названіемъ *carcer privatus*, куда помѣщали неисправныхъ должниковъ (Аппій Клавдій иронически говорилъ о плебейхъ, что главное ихъ *domicilium* есть *carcer privatus*). Помѣщая неисправнаго должника въ *carcer privatus*, кредиторъ имѣлъ право наложить на его руки и ноги оковы не свыше 15 фунт. въсомъ. 3. *Ni judicatum facit aut quis endo eum in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus, XV pondo, ne minore, aut si volet, majore vincito.* Въ темницѣ кредиторъ долженъ былъ кормить должника на свой счетъ, выдавая ему въ день по одному фунту хлѣба; но должникъ можетъ жить

и на свой счет или на счет своих родственников, которые имблицравен приносить ему пищу. — *Si volet suo vivito: Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato.* Пребывание в темницѣ продолжалось 60 дней (два мѣсяца) и в теченіи этого времени кредиторъ обязанъ выводить должника, по крайней мѣрѣ в теченіи 3-хъ рыночныхъ дней (*crisis nundinis continuis*) на площадь и объявлять во всеуслышаніе, что это должникъ, находящійся в темницѣ, и что ему угрожаютъ извѣстные послѣдствія. Это дѣлается для того не найдется ли лицо, которое уплатитъ за него долгъ. Если, в теченіи 3-хъ рыночныхъ дней, никто не вызовется взять па себя долгъ, то кредиторъ имѣетъ право убить своего должника (*capite poenam dare*), или продать его в рабство (*trans Tiberim vendere*).

Если было нѣсколько кредиторовъ у одного и того же должника, то они его имѣли право разсѣчь на части, причемъ иронически прибавлялось, что если кто получитъ большую часть, чѣмъ ему слѣдуетъ, то это ему не вимѣняется въ вину: *b) Tertius nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto;* Это послѣднее прибавленіе въ особенности возбуждало многихъ ученыхъ, которые находили его безчеловѣчнымъ (предыдущія строгія постановленія относительно должниковъ и даже самое убійство не представлялись никому удивительными въ виду строгаго отношенія Римлянъ къ обязательствамъ. Нѣкоторые новѣйшіе ученые иначе толковали это мѣсто 12 таблицъ, а именно: по ихъ мнѣнію, слово *sectio* — разсѣченіе относилось не къ личности должника, было не *sectio corporis*, а къ его имуществу, т. е. *sectio bonorum* (т. е., смыслъ, по ихъ мнѣнію такой, что кредиторы раздѣляютъ имущество должника, а не разсѣкаютъ его на части), потому что впоследствии слово *sectio* дѣйствительно обозначало продажу имущества, напр. *praedae sectio* — продажа военной добычи, *bonorum sectio* — продажа конфискованнаго имущества съ публичныхъ торговъ). Этого мнѣнія нельзя однако принять, потому что Авль Геллій указываетъ, что это постановленіе, принимаемое въ буквальный смыслъ, никогда не осуществлялось и было помѣщено въ законахъ 12 табл для утрашенія должниковъ, легкомысленно распоряжающихся чужими деньгами и неисполнявшихъ своихъ обязанностей; а также для того, чтобы заставить страхомъ угрожающей опасности должнику другихъ, близкихъ къ нему, лицъ уплатить его долгъ.

Не трудно замѣтить, что здѣсь постоянно говорится о личности должника, а не объ его имуществѣ, такъ какъ, по древнему взгляду, обязательственное право есть *jus in corpore debitoris*; но необходимо имѣть въ виду, что личность должника непосредственно была связана съ его имуществомъ, какъ имуществомъ *patris familias*; вслѣдствіе этого, если должникъ продавался в рабство, то его имущество поступало въ пользу кредитора.

Такимъ образомъ, постановленія 12 таблицъ относительно должниковъ являются очень строгими, хотя нельзя не думать, что они все таки легче древнѣйшаго римскаго права; такое смягченіе можно, напр., видѣть въ установленіи трехмѣсячнаго льготнаго срока, какой въ прежнее время, по всей вѣроятности, не соблюдался.

IV) TABULA. Четвертая таблица. Изъ этой таблицѣ относятся постановленія объ отцовской власти. Самое важное изъ нихъ опредѣляетъ, что если отецъ триж-

ды продать своего сына, то сын дѣлается самостоятельнымъ: *si pater filium ter venundui, filius a patre liber esto*. Это постановленіе свидѣтельствуетъ объ особенной силѣ, которую имѣла отцовская власть. Если господинъ продавалъ своего раба, то послѣ первой же продажи уничтожалась его власть надъ рабомъ; между тѣмъ какъ отецъ долженъ былъ трижды продавать своего сына, чтобы лишиться надъ нимъ своей власти. Такая троекратная продажа впоследствии сдѣлалась формою для совершения различныхъ сдѣлокъ, напр. для *emancipatio, in adoptionem datio* и пр. Можно думать впрочемъ, что въ древнее время этой формы не существовало, тогда семья имѣла сакральный характеръ, и едва ли сынъ могъ освободиться отъ отцовской власти, а теперь является полная возможность освобожденія на основаніи желанія *patris familias*.

V) TABUL A. Пятая таблица заключаетъ въ себѣ весьма важныя постановленія, касающіяся гражданскаго права, именно: наследства и опеки, *de hereditibus et de tutelis*, слѣдовательно, здѣсь идетъ рѣчь и о юридическихъ актахъ, составленныхъ на случай смерти, *negotia mortis causa*.

Наслѣдованіе, по римскому праву, является или наслѣдованіемъ по завѣщанію, *hereditas testamentaria, successio ex testamento*, или наслѣдованіемъ по закону—*successio ab intestato* или *hereditas legitima*, т. е. наслѣдованіе безъ завѣщанія. Посмертное распоряженіе лица относительно его *familia* въ обширномъ смыслѣ называлось у римлянъ *testamentum*, подъ которымъ разумѣется актъ, содержащій *institutio heredis, qui succedit in universum jus defuncti*, т. е. назначеніе наследника, какъ такого лица, которое должно вступить во всю имущественную личность умершаго, т. е. во все его права и все обязанности. Такой актъ, который содержитъ въ себѣ подобное распоряженіе, и есть *testamentum*. Относительно содержанія завѣщанія и возможности вносить особыя положенія въ завѣщанія, въ 3 фрагментѣ 5 табл. говорится: *uti legassit (i. e. pater familias) super pecunia tutelave suae rei ita jus esto*, т. е. то, что опредѣлитъ *pater familias*, на счетъ своей *familia* въ обширномъ смыслѣ слова, на случай своей смерти, то должно считаться закономъ. Слѣдовательно, относительно *negotia mortis causa*, автономія частныхъ лицъ была доведена до высшей степени: само законодательство говоритъ, что воля, выраженная умершимъ въ завѣщаніи, должна считаться закономъ,—*uti legassit—ita jus esto*. Эта воля не подвергалась при этомъ никакимъ ограниченіямъ въ законахъ 12 таблицъ. Ограниченія явились позднѣе: по прямому же смыслу законовъ 12 таблицъ можно придти къ тому заключенію, что умирающій могъ исключить изъ наследства самыхъ близкихъ родственниковъ и предоставить свое имущество постороннему лицу, потому что въ этомъ отношеніи онъ не былъ ничѣмъ ограниченъ. Это подтверждаетъ и Помпоній: *verbis legis XII tabularum his: uti legassit suae rei, ita jus esto, latissima potestas tributa videtur et heredes instituendi, et legata, et libertates dandi, tutelas quoque constituendi; sed id interpretatione coangustatum est vel legum, vel auctoritate jura constituentium* (fr. 120, Dig. 50 кн. 16 тит.). Помпоній указываетъ, что римскій гражданинъ имѣлъ самую обширную власть, какъ въ отношеніи назначенія наследниковъ: онъ можетъ назначить наследникомъ своимъ, кого угодно; такъ и въ отношеніи распоряженія своимъ имуществомъ, напр. выдачи по завѣщанію различныхъ вещей и суммъ, тѣмъ или другимъ

лицамъ, отпущенія рабовъ на волю, назначенія опеки и т. под. Но затѣмъ, продол- жаетъ Помпоній, эта неограниченная власть распоряженія по завѣщанію была при- ведена въ болѣе огражденные размѣры или на основаніи законныхъ постановле- ній, на основаніи *auctoritatis jura constituentium*, или на основаніи *interpre- tationis*, т. е. на основаніи толкованія и разработки права юристами. Дѣйстви- тельно, въ послѣдствіи времени явились нѣкоторыя ограниченія относительно завѣщанія, такъ, напр., на основаніи нѣкоторыхъ законовъ ограничено было право назначенія *legata*. *Legatum*, какъ извѣстно, называется отказъ на случай смерти извѣстнаго предмета имущества умершаго, напр. дома или извѣстной сум- мы денегъ извѣст- ному лицу, помимо наслѣдника, такъ что назначеніе подобныхъ *legat'овъ* есть изъ- ятіе извѣстной части имущества умершаго изъ общей сферы имущественныхъ отношеній, которыя должны перейти къ наслѣднику. Такимъ образомъ, такъ какъ по законамъ 12 таблицъ всякій гражданинъ имѣлъ неограниченное право распо- ряжаться своимъ имуществомъ, то нерѣдко наслѣдство было обременяемо столь мно- гими легатами, что наслѣднику приходилось, для удовлетворенія кредиторовъ умершаго приплачивать свои деньги по полученіи наслѣдства. На этомъ основа- нии нерѣдко случались отказы отъ наслѣдства; вслѣдствіе этого явился цѣлый рядъ законовъ, которые въ послѣдствіи времени ограничили эту неограниченную власть относительно неограниченности легатовъ. Къ этимъ законамъ относится, на- примѣръ, *lex Furia testamentaria* и *lex Falcidia* (714 ab u. c.). Этотъ по- слѣдній законъ завершилъ законодательную дѣятельность относительно назна- ченія *legat'овъ*; на основаніи этого закона было опредѣлено, что наслѣдникъ во всякомъ случаѣ долженъ получить $\frac{1}{4}$ часть имущества умершаго, такъ называемую *quarta Falcidia*. Если *legatorius'амъ* назначено было болѣе $\frac{3}{4}$ имущества умер- шаго, то наслѣдникъ имѣлъ право требовать у нихъ возвращенія части *legat'овъ* съ тѣмъ, чтобы его наслѣдство составило $\frac{1}{4}$ часть имущества умершаго; Эта $\frac{1}{4}$ часть, которая давалась наслѣднику на основаніи *lex Falcidia* называлась *quarta Falcidia*. Это первый примѣръ ограниченія неограниченной власти римскаго гражданина распоряжаться своимъ имуществомъ. Другое ограниченіе появилось со стороны римской юриспруденціи; римскіе юристы обратили вниманіе на такъ на- зываемое *domestica hereditas*, т. е. на наслѣдство тѣхъ лицъ, которыя технически назывались *sui heredes* и составляли одно семейство съ умершимъ, и разработа- ли на основаніи толкованія, *interpretationis*, такое правило, что отецъ хотя и мо- жетъ исключить изъ наслѣдства своихъ ближайшихъ наслѣдниковъ, *sui heredes*, напр. своихъ дѣтей, но непременно долженъ въ своемъ завѣщаніи упомянуть о томъ, что онъ исключаетъ ихъ изъ наслѣдства, долженъ ихъ *exheredare*. Такимъ об- разомъ, юристы не отнимаютъ у завѣщателя права совершенно свободно распоря- жаться своимъ имуществомъ и предоставлять его совершенно постороннимъ лицамъ, но требуетъ при этомъ соблюденія одной формальности, состоящей въ томъ, чтобы въ завѣщаніи непременно было упомянуто, что ближайшіе родственники исключают- ся изъ наслѣдства, причемъ однако не требовалось указать причину подобнаго исключенія. (*) Итакъ, принципъ «*uti legassit, ita jus esto*», который былъ вы-

(*) Такъ называемое «формальное обязательное наслѣдство», «*Das formelle Notherbenrecht*».

ставленъ законами 12 таблицъ и является выраженіемъ крайне развитой частной автономіи, былъ впоследствии ограниченъ римскимъ законодательствомъ и юриспруденціею.

Что касается наслѣдованія безъ завѣщанія, то въ законахъ 12 таблицъ говорится: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* (5 т. *fragm.* 4); если кто нибудь умираетъ безъ завѣщанія, то равнѣ всего наступаетъ право такъ называемыхъ *domestici* или *sui heredes*; а если нѣтъ такихъ лицъ, т. е., если умершее лицо не имѣетъ подвластныхъ себѣ членовъ семейства,—положимъ, человекъ будетъ холостой,—то въ этомъ случаѣ *proximus agnatus familiam habeto*, наслѣдство долженъ получить ближайшій *agnatus*. Необходимо замѣтить, что Римляне въ буквальный смыслъ принимали слова «*si intestato moritur*», и потому, если кто нибудь, умирая, завѣщалъ хотя одну кабую нибудь часть имущества извѣстному лицу, то все таки наслѣдство по закону *ab intestato*, не можетъ имѣть мѣста. Положимъ, что кто нибудь, умирая, назначилъ А. своимъ наслѣдникомъ на $\frac{1}{8}$ часть имущества и не распорядился на остальныхъ $\frac{7}{8}$, то А. получалъ все его имущество, на основаніи формального толкованія, приведеннаго мѣста въ законахъ 12 таблицъ, по которымъ наслѣдованіе по закону наступаетъ только тогда, *si intestato moritur*. Наконецъ, если агнатовъ не было, то наслѣдство переходило къ гентиламъ, *si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*.

Что касается опеки, *tutela*, то относительно ея установленія мы находимъ указаніе у Гая, который говоритъ, что объ этомъ были постановленія въ законахъ XII таб. *Veteres voluerunt, feminas, etiamsi perfectae aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse* (Gai Inst. 1 кн. § 14), древніе Римляне, говоритъ Гай, были того мнѣнія, что женщина должна оставаться всю жизнь подъ опекою по причинѣ легкомыслія, свойственнаго этому полу. Однако изъ этого правила было исключеніе. *Ex lege Julia et Papia Poppaea jure liberorum a tutela liberantur feminae, loquimur autem exceptis virginibus vestalibus, quas etiam veteres in honorem sacerdotii liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tab. cautum est (ib)*. Такимъ образомъ, исключеніе касалось весталокъ. Богиня Веста считалась заступницею, патроншею города Рима, поэтому жрицы Весты въ честь ея освобождались отъ опеки. И это, прибавляетъ Гай, было постановлено законами XII таб.

Другое постановленіе законовъ XII таб. относительно опеки надъ женщинами также указывается Гаемъ. *Olim mulieris quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipso tutore (auctore) traditae essent: id ita lege XII tab. cautum erat* (Gai Inst. 2 кн. § 47). Вещи, принадлежавшія къ *res mancipi*, проданныя женщиною, не иначе могутъ переходить къ другому лицу, какъ если передача была совершена при участіи опекуна, *tutore—auctore* и проч.

При этомъ необходимо обратить вниманіе на терминологию римскаго права. Мы привыкли говорить, что требуется согласіе опекуна, по латыни слово согласіе переводится словомъ *consensus*. Но если бы мы сказали, что женщина должна продавать вещи *cum consensu tutoris*, то это было бы невѣрно; говоря объ участіи опекуна при юридической сдѣлкѣ опекаемаго, римляне всегда упо-

требляютъ выраженіе для его дѣятельности—*auctoritas*, такъ что необходимо такъ перефразировать сказанную мысль: «женщина должна продавать вещи *cum auctoritate tutoris*». Это выраженіе согласно и съ характеромъ дѣятельности опекуна. Содѣйствіе опекуна при сдѣлкѣ не есть простое изъявленіе его согласія на чужое дѣйствіе, но дѣйствительная помощь, возполненіе недостающей личности, воли, разума дѣйствующаго лица. Поэтому опекунъ всегда самъ долженъ быть при сдѣлкѣ, и иначе не можетъ составиться сдѣлка, такъ какъ въ наличности не будетъ воли, которая могла заключить сдѣлку. Вслѣдствіе этого опекунъ всегда и называется *auctor*, т. е., онъ источникъ дѣятельности. Это постановленіе законовъ XII таб. впоследствии было подтверждено и законодательствомъ Юстиніана, который говоритъ, что опекунъ всегда долженъ участвовать въ сдѣлкѣ и тотчасъ, тутъ же оказываетъ содѣйствіе опекаемому; всякое же другое волеизъявленіе его будетъ недѣйствительно, напр. письменное или *ex post ratihabitio* последующее утвержденіе и пр. Такое значеніе опекуна необходимо всегда отличать отъ другихъ отношеній, сходныхъ по содержанію съ его дѣятельностью, именно: *cura*, попечительство.

Кромѣ опеки, есть именно еще другой институтъ для защиты неспособныхъ завѣдывать своими дѣлами. Это—*cura*, попечительство, которой подлежатъ, напр., *furiosi*, сумасшедшіе; лица, которые достигли 14-лѣтняго возраста, но не достигли еще полного совершеннолѣтія (25 лѣтъ), расточители, лица, которые неразумно обращаются со своимъ имуществомъ, такъ что оставляютъ своихъ дѣтей въ крайней необходимости, и др. Всѣ эти лица также нуждаются иногда въ согласіи постороннихъ лицъ на свои дѣйствія, именно, тамъ, гдѣ они не могутъ сами распоряжаться по какимъ либо обстоятельствамъ. Эти постороннія лица, которые завѣдуютъ *cura* или *curatio*, называются *curatores*, попечителями. Функціи *tutoris*, и *curatoris* одинаковы. Но тотъ и другой институтъ отличается одинъ отъ другого тѣмъ, что первый возникаетъ на основаніи естественныхъ, нормальныхъ, по римскимъ взглядамъ, причинъ, именно несовершеннолѣтія или принадлежности къ женскому полу, тогда какъ *cura* основывается на случайныхъ, выходящихъ изъ ряда, обыкновенныхъ обстоятельствахъ. Въ законахъ XII таб. есть постановленіе и относительно *cura*. *Lege XII tab.*, говоритъ Ульпіанъ, *prodigo interdicitur bonorum suorum administratione, quod moribus quidem ab initio introductum est. Sed solent hodie praetores vel praesides, si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profundit, curatorem ei dare exemplo furiosi* (fr. 1 princ. Dig. 27 кн. 10 т.). Слово *prodigus*, расточитель, рѣдко встрѣчается въ источникахъ; вмѣсто него часто употребляется выраженіе описательное: *cui bonis interdictum est*. Эти лица состояли подъ *cura*; они не могли распоряжаться имуществомъ безъ согласія *curatoris*. Съ теченіемъ времени сдѣланы были необходимыя ограниченія. Въ постановленіи: *Uti legassit* и т. д. мы видѣли примѣненіе принципа частной автономіи въ высшей степени. Но, конечно, эта автономія дѣйствуетъ всегда съ ограниченіемъ, извѣстнымъ намъ изъ прежняго, чтобы частная дѣятельность не противорѣчила *saluti publicae*. Это положеніе, по-разномуаемое при всѣхъ опредѣленіяхъ законовъ 12 таб., при одномъ нарочно высказывается, именно (vol fr. Dig. 47 кн. 27 tit.) Гай говоритъ: «*sodales sunt,*

qui ejusdem collegii sunt, quam Graeci *ἑταίριαν* vocant. His autem potestatem facit lex (i. e. 12 табл.) pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant». Подъ sodales, товарищами, разумѣются ииқи ejusdem collegii sunt, т. е. члены одного и того же общества, состоявшагося для какого нибудь общаго предпріятія (какъ и у насъ, напр., компаниі всевозможныя, составляющіяся для преслѣдованія промышленныхъ цѣлей, превосходящихъ силы и капиталъ отдѣльнаго индивидуума). Эти общества и назывались въ римскомъ правѣ технически корпораціями—юридическими лицами. И такъ, sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt и т. д., то есть члены одного и того же юридического лица. Эти юридическія лица имѣли право составлять для себя особые статуты,—это то, что у насъ называется уставами,—которые носили техническое названіе: pactio; sodalibus lex facit potestatem sibi ferre pactionem, quam velint. Законъ дозволяетъ членамъ такихъ обществъ устанавливать, какія угодно, pactiones, съ однимъ ограниченіемъ: чтобы эти pactiones не нарушали общественныхъ законовъ. Законъ за этимъ ограниченіемъ предоставляетъ обществамъ устанавливать, какія угодно, правила по взаимному соглашенію членовъ.

VI) TABULA, шестая таблица. Изъ различныхъ источниковъ возстановили слѣдующій текстъ: Cum nexum faciet mancipium que, uti lingua pupcupasit, ita jus esto, т. е., если кто либо заключаетъ сдѣлку, то можетъ установить, какія угодно, условія. Nexum и mancipium (mancipatio) обнимаютъ почти всѣ сдѣлки juris civilis, заключенныя inter vivos. Такимъ образомъ, мы находимъ въ 6-ой таблицѣ въ отношеніи къ negotia inter vivos примѣненнымъ тотъ же принципъ частной автономіи, какъ въ 5-ой относительно negotia mortis causa.

Потомъ обратимъ вниманіе на фрагментъ, въ которомъ говорится о пріобрѣтательной давности, usucapio. Давность — чрезвычайно важный институтъ, — именно: давность есть способъ пріобрѣтенія собственности. Если кто либо владѣетъ чужою вещью, bona fide и justo titulo, т. е. добросовѣстно, известное определенное число лѣтъ, то пріобрѣтаетъ законное право обладать исключительно этою вещью, т. е. пріобрѣтаетъ собственность. Законы 12 табл. лѣ онъ не имѣлъ, а потомъ по прошествіи известнаго давностнаго срока, получаетъ вещь въ собственность. Законы 12 табл. употребляютъ для давности слова: usus auctoritas, впоследствии времени давность называется usucapio (Dig. 41 кн. 3 тит. de usucap.). Для fundi т. е. недвижимаго имущества требуется двухъ годичный срокъ, а для движимыхъ вещей одинъ годъ. Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto.

Ученые очень спорили по поводу выраженія источниковъ: usus auctoritas для обозначенія usucapio; составилась цѣлая литература. Кажется, самое вѣрное мнѣніе то, по которому римское право этими различными названіями одного и того же предмета обозначаетъ различныя положенія двухъ лицъ заинтересованныхъ при давности. Къ давности именно непременно причастны два лица: одно — теряющее право на известную вещь и другое — пріобрѣтающее эту вещь. Къ тому лицу, которое пріобрѣтаетъ относится выраженіе usus, а къ тому которое теряетъ — auctoritas — это значитъ пользованіе вещью съ одной стороны, и возможность отыскать — съ другой.

По вопросу о давности есть и другое положеніе, а именно: законы 12 та-

блицъ говорить: иностранцы никогда не могутъ прибрѣтать собственность на основаніи давности; *adversus hostem perpetua auctoritas esto*; затѣмъ, украденныя вещи не подлежатъ давности и могутъ быть всегда отыскиваемы. Но объ этомъ мы скажемъ послѣ. Укажемъ еще на одинъ случай, помѣщающійся въ 6 т. и основанный на Гаѣ и другихъ писателяхъ; случай этотъ касаетъ ся полученія путемъ прибрѣтательной давности власти мужа надъ женою. Гаѣ говорить, что если какая либо женщина, выходя замужъ, не желаетъ подчиняться власти мужа, то она должна ежегодно, въ теченіи трехъ ночей, отсутствовать изъ дома мужа и этимъ прерывать теченіе давности такъ называемыхъ *usurpatio per trinoctium*. Это чрезвычайно важное постановленіе. Если припомнить то, что было сказано о бракѣ въ 1-мъ періодѣ, то легко замѣтить, что о бракѣ *sine manu* тамъ не можетъ быть и рѣчи. Въ 1-мъ періодѣ семья есть религіозная община, въ которой на первомъ мѣстѣ стоитъ *pater familias* — представитель боговъ домашнихъ; къ этой религіозной общинѣ могли принадлежать только тѣ лица, которыя исповѣдуютъ религію этой семьи, а это исповѣданіе семейнаго культа (какъ доказалъ Фюстель-де Кулянжъ) непрерывно влечетъ за собою подчиненіе власти представителя этого культа, *pater familias*. Отсюда ясно, что до тѣхъ поръ, пока существовалъ такой взглядъ на семью, какъ на религіозную общину, не могло быть и рѣчи о томъ, чтобы какой либо членъ былъ изъятъ изъ подъ власти *pater familias*. На основаніи этого, браки *sine manu* были невозможны въ 1-мъ періодѣ. Но съ теченіемъ времени это начало мало по малу измѣнялось, и его мѣсто заступало другое: семья изъ чисто религіозной общины сдѣлалась свѣтскою юридическою. При такой перемѣнѣ оказалось возможнымъ, чтобы лицо находилось въ бракѣ и при этомъ жена не была бы подчинена власти мужа.

На основаніи вышесказаннаго, къ тѣмъ двумъ способамъ установленія *manus*, какіе были въ 1-мъ періодѣ *confarreatio* и *coemptio* присоединяется еще третій, называемый *usus*, который есть ничто иное, какъ примѣненіе прибрѣтательной давности къ власти мужа надъ женою.

Далѣе, изъ *Fragmenta Vaticana* (§ 50) видно, что законы 12 табл. подтвердили возникшее въ древнее время два формальныхъ способа прибрѣтенія собственности: *mancipium* и *in iure cessio*. Извѣстно, что *mancipium* это есть сдѣлка; направленная къ прибрѣтенію какого нибудь вещнаго права, напр. собственности, установленія сервитута и т. д. съ примѣненіемъ мѣди и вѣсовъ, 5 свидѣтелей и вѣсодержателей *negotium per aes et libram*; подъ *in iure cessio* разумѣется, какъ говорятъ, источники *imaginaria vindicatio* то есть мнимое отыскиваніе вещи судебнымъ порядкомъ. Значитъ подъ *in iure cessio* разумѣется тотъ формальный актъ, при которомъ право на вещь прибрѣтается, на основаніи мнимаго процесса; этотъ актъ состоитъ въ томъ, что я отправляюсь съ тою вещью, которую желаю прибрѣсти въ судъ — къ претору и говорю ему, что эта вещь моя и что вотъ такое то лицо А, т. е. тотъ, кто мнѣ отчуждаетъ вещь, оспариваетъ ее у меня. Лицо А — или ничего не отвѣчаетъ или отказывается отъ вещи; тогда преторъ на этомъ основаніи, говорить: я присуждаю (*addico*) эту вещь тебѣ.

Затѣмъ въ 6-ой таблицѣ встрѣчается положеніе, взятое изъ вр. Ливія

(III кн. 44 гл.), которое касается вопроса о временномъ мѣстонахожденіи спорной вещи. Такъ какъ процессъ можетъ затянуться, то весьма важнымъ при процессѣ о вещи, является вопросъ, кто долженъ временно владѣть спорною вещью, до окончательнаго рѣшенія. Назначеніе временной судьбы спорной вещи, магистратомъ, называется «*vindicias dare*», т. е. назначать временное состояніе, въ которомъ предметъ долженъ находиться. При этомъ преторъ беретъ обезпеченіе съ того лица, которому оно присуждаетъ временно вещь, т. е., чтобы онъ въ случаѣ проигрыша процесса, возвратилъ противнику вещь въ цѣлости и со всѣми ея плодами. Разрѣшеніе этого вопроса законъ предоставляетъ вообще усмотрѣнію претора. Только въ отношеніи къ свободѣ, если идетъ споръ о томъ, признать ли человѣка свободнымъ или рабомъ, законы 22 таблицъ выставляютъ правило: *vindiciae semper dantur secundum libertatem*. Законъ выходитъ при этомъ изъ того соображенія, чтобы свободный человѣкъ никогда не могъ очутиться въ рабскомъ положеніи, которое никогда не можетъ быть изглажено, а потому всякая двусмысленность должна быть толкуема въ пользу его. Нарушеніе этого положенія послужило главною причиною паденія 2-го децемвирата. Аппіемъ Клавдіемъ именно было нарушено это правило въ извѣстномъ процессѣ Виргиніи.

VII TABULA, какъ извѣстно, озаглавляется, *de jure aedium et agrorum*, или, какъ обыкновенно нѣмецкіе ученые ее озаглавливаютъ, *de servitutibus legalibus*. Для объясненія значенія этой таблицы необходимо обратить вниманіе на слѣдующее. Извѣстно, что право собственности, *dominium*, есть право, которое даетъ собственнику или хозяину право распоряженія, употребленія и пользованія вещью, даетъ ему вообще *in abstracto*, неограниченное, безотносительное, исключительное господство надъ вещью. Если я хозяинъ вещи, то это значить, что *in abstracto*, я имѣю право предпринимать по отношенію къ этой вещи все, что мнѣ угодно, и могу устранять отъ вліянія на эту вещь всѣхъ другихъ лицъ. Такое, по принципу, неограниченное исключительное право собственности, можетъ быть практически проведено только по отношенію къ вещамъ движимымъ. Что же касается недвижимыхъ вещей, то проведеніе такого принципа исключительной полной собственности по отношенію къ этимъ вещамъ поведетъ къ невозможности сожитія людей. Въ самомъ дѣлѣ, вся совокупность недвижимыхъ вещей въ сущности составляетъ одну вещь—почву, *solum*, такъ что то или другое помѣстье, то или другое зданіе никакимъ образомъ не можетъ быть выдѣлено изъ связи его съ другими сосѣдними помѣстьями или домами, вслѣдствіе именно того, что всякая недвижимая вещь есть часть всей земной поверхности. Слѣд., нельзя ту или другую недвижимую вещь поставить въ такія отношенія, чтобы ни одно лицо не могло соприкасаться съ ними, нельзя выгородить ту или другую недвижимую вещь такъ, чтобы она не имѣла никакого отношенія къ другимъ вещамъ. По этому съ древнѣйшихъ временъ закономъ ограничивается право собственности въ недвижимыхъ вещахъ въ интересахъ частныхъ или общественныхъ, и устанавливаются различныя правила, которыми нормируются отношенія сосѣдей и другихъ лицъ по поводу недвижимаго имущества. Объ этихъ ограниченіяхъ подробно будетъ говорить въ догматической части Римскаго права. Они называются въ рус. правѣ правами участія общаго и

частнаго. Всѣмъ лицамъ въ госуд. представляется извѣстное вліяніе на чужую собственность; напр., на извѣстномъ пространствѣ по сторонамъ дороги предоставляется всѣмъ пользоваться мѣстностью для пастбищъ, или напр. извѣстное пространство берега рѣки выдѣляется на общее пользование и служить для бичевой тяги, такъ что каждый можетъ пользоваться имъ при проходѣ судовъ для провода, напр., лошадей и т. под. Подобныя ограниченія права частной собственности, вызванныя общественными или частными нуждами, встрѣчаются въ каждой странѣ. Всѣ подобныя законныя ограниченія права собственности, на основаніи которыхъ хозяинъ долженъ терпѣть извѣстное вліяніе постороннихъ лицъ на свою собственность, или же по которымъ воспрещается самому хозяину вліять на вещь въ извѣстномъ отношеніи, называются технически новѣйшими учеными *servitutes legales* или законными ограниченіями недвижимой собственности. Приведу примѣры нѣкоторыхъ подобныхъ ограниченій, указанныхъ въ законахъ XII табл. По законамъ XII таблицъ, дома должны были строиться не иначе, какъ на разстояніи $2\frac{1}{2}$ футовъ (*sestertius pes i. e. pedes duos et semissem*) другъ отъ друга. Это ограниченіе вызвано общественными потребностями, а именно оно установлено для того; чтобы оставить проходъ между домами, и, по возможности, предупредить распространеніе пожаровъ, словомъ можно привести много полицейскихъ и санитарныхъ соображеній, которыя вызвали подобныя ограниченія. По абстрактному праву собственности можно дѣлать на своей землѣ все, что угодно; слѣдовательно, можно было бы строить домъ возлѣ самой границы своей земли, такъ, чтобы нѣакаго промежутка не было, а между тѣмъ законъ говоритъ, что дома должны строиться на разстояніи $2\frac{1}{2}$ футовъ, вслѣдствіе чего строить домъ можно не иначе, какъ отступивъ на $1\frac{1}{4}$ фут. отъ границы. Далѣе, ограниченіе недвижимой собственности по законамъ XII табл. состояло въ томъ, что тамъ, гдѣ пролагается дорога, хозяинъ земли долженъ позаботиться о выдѣленіи для дороги такого пространства, которое необходимо для общественнаго движенія, а именно, Гай говоритъ, что по законамъ XII табл. требовалось, чтобы въ прямомъ направленіи (*in rectum*) ширина дороги равнялась 8-ми футамъ, а тамъ, гдѣ она поворачиваетъ (*in anfractum*) 16-ти футамъ. Слѣдовательно, въ видахъ общественной пользы, хозяинъ земли долженъ выдѣлить изъ нея столько, сколько это необходимо для дороги и терпѣть проходъ и проѣздъ по этой дорогѣ въ предѣлахъ своей собственности. Далѣе, сюда-же относится тотъ фрагментъ, который взять у Ульпіана: *ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur et hoc ideo effectum est, ne umbra arboris vicino praedio noceret* (fr. 1 § 8. Dig. 43 кн. 27 т.), на основаніи чего у деревьевъ, стоящихъ на границѣ сосѣдняго имѣнія и распространяющихъ большую тѣнь, которая мѣшаетъ хозяйству этого имѣнія, должны быть отрублены вѣтви, если онѣ выше 15 футовъ. Это также ограниченіе права собственности. По принципу права собственности, хозяинъ можетъ въ своемъ имѣніи дѣлать все, что угодно; но такъ какъ подобное пользованіе можетъ мѣшать интересамъ сосѣдняго имѣнія, то законъ и говоритъ, что хозяинъ можетъ разводить на границѣ своего имѣнія деревья такъ, чтобы тѣнь ихъ не слишкомъ мѣшала сосѣдному

имѣнію, почему онъ долженъ обрубать вѣтви своихъ деревьевъ на 15 футовъ въ вышину, что необходимо для прохода свѣта въ сосѣднее имѣніе. Далѣе, сюда же относится и слѣдующее постановленіе законовъ XII таблицъ. Если на границѣ имѣнія стоитъ фруктовое дерево, отъ котораго плоды падаютъ въ чужое имѣніе, то, по строгому принципу права собственности, эти плоды не могутъ быть никѣмъ собираемы, потому что хозяинъ дерева не можетъ входить въ чужое имѣніе для собиранія упавшихъ плодовъ, а съ другой стороны, хозяинъ того имѣнія, въ которое падаютъ эти плоды, не можетъ ихъ также собирать, такъ какъ въ противномъ случаѣ можно предъявить искъ *actio furti*, обвинить въ кражѣ. Во избѣжаніе такихъ неразумныхъ послѣдствій строгаго проведенія принципа права собственности въ законахъ 12 таблицъ было сказано, что въ такихъ случаяхъ хозяинъ того имѣнія, въ которое падаютъ плоды, обязанъ впускать своего сосѣда, владѣльца дерева, въ свое имѣніе чрезъ каждые два дня *tertio quoque die*, для собиранія плодовъ. Если бы такого дозволенія входить въ сосѣднее имѣніе не последовало, то владѣлецъ дерева имѣетъ право на основаніи *interdictum de glande legenda* (*glans* буквально значитъ желудь; въ данномъ случаѣ подъ нимъ разумѣются всякіе плоды) fr. 236 § 1 D. 50, 16: *Glandis appellatione omnis fructus continetur* потребовать чрезъ посредство претора такого разрѣшенія. Это также ограниченіе права собственности, потому что, по строгому принципу права собственности, хозяинъ имѣетъ право никого не впускать въ свое имѣніе.

Вотъ нѣкоторые примѣры ограниченія права собственности на основаніи законовъ XII табл. Мы имѣемъ еще болѣе примѣровъ такого ограниченія. Гай, напр. указываетъ, что по Солонову законодательству было подробно нормировано, къ какой отдаленности отъ границъ можно насаждать различныя деревья; такъ финиковыя и оливковыя деревья можно было насаждать только на 9 футовъ отъ границы имѣнія, а менѣе высокія на 5 футовъ.

И такъ вообще можно сказать, что ограниченія права собственности заключаются въ томъ, что хозяинъ, въ видахъ общественныхъ и частныхъ интересовъ, долженъ или ограничить свое вліяніе на собственность, — ему не дозволяется дѣлать съ своею собственностью все, что угодно, напр. начать постройку своего дома на самой границѣ своей земли или же насаждать деревья ближе извѣстной черты (эти ограниченія, технически называются ограниченіями, состоящими *in non faciendo*) или же, вопреки общему принципу собственности, по которому одинъ только хозяинъ исключительно можетъ вліять на вещь, онъ долженъ терпѣть вліяніе на свою вещь и другихъ лицъ, какъ напр., онъ долженъ терпѣть, чтобы хозяинъ сосѣдняго дерева входилъ черезъ два дня для собиранія плодовъ (это будетъ ограниченіе *in patiendo*).

VIII TABULA говоритъ о противозаконныхъ дѣйствіяхъ, о проступкахъ: (*de delictis*), она заключаетъ, такимъ образомъ, въ себѣ постановленія относительно уголовного права. Здѣсь, между прочими, довольно подробно разсматриваются: 1, *injuria*, т. е. личныя оскорбленія и 2, *furtum*, т. е. присвоеніе вещей. Подъ *furtum* разумѣется всякій злостный, умышленный захватъ

чужой вещи для того, чтобы извлечь из этого захвата недозволенную корыстную выгоду. (*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia* fr. 1 §3 Dig: 47, 2). Такимъ образомъ, въ опредѣленіе *furtum* не входитъ тотъ признакъ, которымъ мы теперь отличаемъ кражу отъ разбоя и грабежа, а именно не входитъ условіе тайнаго похищенія, такъ что подъ *furtum* въ древнемъ римскомъ правѣ подходитъ и тайное и явное насильственное похищеніе чужой вещи. Имущественныя преступленія, состоящія въ похищеніи чужаго имущества, разсматриваются въ восьмой таблицѣ довольно подробно, а именно здѣсь различается *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* — воровство явное и неявное, *furtum diurnum* и *furtum nocturnum*, дневное и ночное воровство, *furtum conceptum*, *furtum oblatum* и т. д. См. *Gaj. III*, 183 — 194. Понятіе *furtum manifestum* *ibid.* §184.

Далѣе, относительно *injuria* различается во 1, *injuria verbalis*, обида словесная, которая совершается или письменно, написаніемъ, напримѣръ, пасквилей, *carmen famosum*, или публичнымъ оскорбленіемъ имени, если ктонибудь, напр. будетъ кричать передъ домомъ другаго и произнесетъ оскорбительныя слова (*oscentare*) и во 2, такъ называемая, реальная обида *injuria realis*, т. е. обида дѣйствіемъ, напр. нанесеніемъ побоевъ, причиненіемъ увѣчій; все это разсматривается довольно подробно, причемъ указываются различныя наказанія — денежные, тѣлесныя и даже смертная казнь, сообразно съ степенью преступленія.

Что касается до системы наказаній, то въ это время существовали различныя виды наказаній, начиная съ мести и возмездія, и кончая уголовно общественными наказаніями.

Такъ, мы находимъ прежде всего узаконенную мечь, въ видѣ такъ называемаго *talio* или *jus talionis*. Слово *talio* происходитъ отъ мѣстоименія *talis* — такого же качества, а потому подъ *talio* разумѣется наказаніе, равняющееся тому злу, которое нанесено обидчикомъ. Извѣстно постановленіе такого рода, выраженное въ законахъ Моисеевыхъ: «око за око и зубъ за зубъ.» Постановленіе о мести законовъ 12 табл. находится у Феста и Авла Геллія (20 кн. 1 гл. §14). Авлъ Геллій говоритъ, что въ законахъ 12 табл. было такое постановленіе: «*si membrumrupit, ni cum eo pacit talio esto;*» Т. е. если ктонибудь причинить какоенибудь увѣчье (напр. сломить руку, ногу), *talio esto*, то потерпѣвшій, если онъ не согласится получить денежное вознагражденіе и не проститъ обидчика, имѣетъ *jus talionis*, т. е. имѣетъ право воздавать обидчику тѣмъ же зломъ, которое онъ отъ него потерпѣлъ. Вотъ узаконенная мечь въ самой грубой ея формѣ, а именно въ формѣ возмездія. Но въ послѣдствіи, въ исторіи развитія уголовного права, мы встрѣчаемъ другую форму возмездія, а именно въ формѣ наказанія денежнаго; такъ напр. за обыкновенныя реальныя обиды, по законамъ 12 таблицъ, полагается денежное наказаніе въ 25 ассовъ. Такимъ образомъ, если кто нанесетъ комунибудь личное оскорбленіе; то онъ долженъ заплатить 25 ассовъ. Конечно это наказаніе не всегда соответствовало преступленію. Одинъ богатый молодой Римлянинъ, воспользовавшись этимъ постановленіемъ, ходилъ по городу и нанѣсилъ каждому

встрѣчному личное оскорбленіе и платилъ ему сейчасъ же 25 ассовъ (за нимъ шелъ рабъ, который несъ мѣшокъ съ ассами). Въслѣдствіе возможности повторенія подобныхъ случаевъ, это постановленіе было замѣнено преторомъ тѣмъ постановленіемъ, что каждый разъ судья назначаетъ денежное взысканіе, смотря по обстоятельствамъ дѣла, такъ называемое *actio injuriarum aestimatoria*; по *lex Cornelia de injuriis*, закону диктатора Суллы, дана была возможность и уголовного преслѣдованія за обиды. Затѣмъ, за обиду публичную, которая совершена или письменно (пасквилемъ, *carmen famosum*), или словесно предъ домою извѣстнаго лица, въ присутствіи свидѣтелей (*occentare*) полагалось, по свидѣтельству Цицерона, тѣлесное наказаніе, даже смертная казнь.

Что касается до наказаній за *furtum*, то за *furtum manifestum*, т. е. за открытое воровство, когда воръ захваченъ на мѣстѣ преступленія или если онъ, успѣвъ бѣжать, пойманъ съ поличнымъ, — наказанія различны, смотря по тому, кто совершилъ преступленіе: свободный человѣкъ, или рабъ, и когда совершено днемъ (*f. diurnum*) или ночью (*f. nocturnum*). См. *Gai. III § 189* и слѣд.

О понятіи *furtum manifestum* *Gaius* въ III кн. § 184 указываетъ, что было спорно между юристами, и что было 4 мнѣнія: 1) *manifestum furtum, quod dum fit deprehenditur*; 2) *quod eo loco deprehenditur, ubi fit*, 3) *donec perferretur eo, quo perferrefur destinasset*; 4) *quandoque eam rem fur tenens visus fuerit*; по разсказу *Гая*, первыя два мнѣнія принимались болѣе другихъ, а изъ нихъ наиболѣе имѣло приверженцевъ мнѣніе выставленное подъ 2); Юстиніанъ же допускаетъ третье мнѣніе *ep. § 3. Inst. IV, 1. O furtum conceptum* см. *Gai. III § 186*, о *furtum oblatum* *ibid. § 187*.

Свободный человѣкъ, совершившій кражу днемъ, подвергается тѣлесному наказанію и отдается въ рабство (*addictio*) тому, у кого похищено имущество. Ночью воръ во всякомъ случаѣ можетъ быть безнаказанно убитъ; днемъ же только тогда, когда онъ сдѣлаетъ попытку защититъ себя оружіемъ. Рабъ, пойманный въ воровствѣ, подвергается предварительно тѣлесному наказанію, а потомъ смертной казни, путемъ сбрасыванія съ *Тарпейской скалы*. Кража, произведенная несовершеннолѣтнимъ, наказывалась розгами. Смертная казнь полагалась за *incendium*, поджогъ. За урѣзаніе чужой жатвы полагалось повѣшеніе, посвященіе богинѣ *Церерѣ*.

Furtum nec manifestum также подраздѣлялось на различныя виды; за такого рода кражу полагалась денежная пеня, равнявшаяся двойной стоимости украденной вещи, *poena dupli*.

Изъ приведеннаго можно видѣть, что система уголовныхъ преступленій въ законахъ 12 таблицъ была довольно развита.

Начала уголовного права, выраженные уже въ законахъ 12 таблицъ, остались вообще дѣйствующими до второй половины седьмаго столѣтія, т. е. до времени Суллы, которому принадлежитъ цѣлый рядъ законовъ. въ которыхъ проводятся уже новыя начала относительно уголовныхъ преступленій, «*leges Corneliae*», напр. *de sicariis*, объ убійцахъ, *de falsis*, о подлогѣ, *majestatis*, объ оскорбленіи величества и др.

Если обратимъ вниманіе на преступленія противъ семейнаго порядка, то увидимъ, что въ зак. XII таб. постановленій относительно такихъ преступленій нѣтъ. Это объясняется тѣмъ, что семья представляла тогда еще большую замкнутость и *paterfamilias* имѣлъ *judicium domesticum*.

IX. TABULA (de jure publico) излагаетъ нѣкоторыя положенія государственнаго права, такъ напр., въ ней говорится, что привилегіи не должны быть устанавливаемы «*privilegia ne irroganto*». Подъ привилегіями разумѣются такія законодательныя постановленія, которыя установлены въ виду какого-нибудь отдѣльнаго обстоятельства, случая или лица, и которыя, слѣдовательно, отступаютъ отъ общей послѣдовательности и общаго духа законодательства. Законы вообще бываютъ двоякаго рода: или общіе (*leges generales*), или спеціальныя (*leges speciales*). Подъ общими законами разумѣются такія нормы, которыя опредѣляютъ дѣятельность всѣхъ людей въ государствѣ, которыя устанавливаются не на время, а навсегда и которыя одинаково относятся ко всѣмъ людямъ, живущимъ на пространствѣ всего государства. Подъ спеціальными, частными законами, *leges speciales, privilegia*, разумѣются, напротивъ того, такіе законы, которые установлены по поводу какихъ-нибудь отдѣльныхъ случаевъ. Слово *privilegium* происходитъ отъ словъ *priva lex*, а слово *privus* означало тоже, что теперь значить *singulus*—отдѣльный. Такимъ образомъ, *leges speciales, privilegia* суть *leges, quae de privo (singulo) latae sunt*; это и отражается на опредѣленіи *jus privatum: jus privatum est, quod ad utilitatem singulorum pertinet*, т. е. частное право есть право частныхъ, отдѣльныхъ лицъ. Итакъ, спеціальныя законы (*l. speciales*) издаются по поводу отдѣльныхъ случаевъ и по поводу извѣстныхъ лицъ, въ видѣ исключенія, напр., въ пользу лицъ, которыя заслужили благодарность отечества. Въ силу подобныхъ привилегій, какъ спеціальныхъ законовъ, извѣстныя лица освобождаются, напр., отъ платежа податей и т. под. Понятно, что привилегіи представляются ненормальнымъ явленіемъ и вызываются только совершенно особенными обстоятельствами. Привилегіи бываютъ двоякаго рода: *privilegia favorabilia*, т. е. представляющія какія-нибудь особенныя выгоды лицу и 2) *privilegia odiosa*, ставящія данное лицо въ худшее положеніе, нежели то, которое занимаютъ другіе. У римлянъ такими *privilegia odiosa* для кредиторовъ были *leges de novis tabulis*, т. е. законы объ уничтоженіи долговъ, введеніемъ новыхъ расчетныхъ книгъ, посредствомъ которыхъ кредиторы лишались своихъ законныхъ требованій въ отношеніи къ должникамъ, см. Rudorff I § 19. Въ законахъ 12 табл. было установлено правило не давать привилегіи, потому что привилегіи всегда давались патриціямъ и во вредъ плебеймъ. Извѣстно, что первый децемвиратъ отнесся къ плебеймъ очень благосклонно и потому установилъ, чтобы привилегіи не давались; но все таки *de facto* привилегіи устанавливались и впоследствии времени.

Кромѣ того, въ этой таблицѣ находится постановленіе, что вопросы, касающіеся высшихъ уголовныхъ наказаній, жизни гражданъ, должны быть рѣшаемы не иначе, какъ самымъ большимъ народнымъ собраніемъ (*maximus comitiatus*) т. е. центуриатскими комиціями (*De capite civis nisi per maximum comitiatum—ne ferunto*), такъ что подтверждается значеніе этихъ

собраний, какъ судовъ для дѣлъ уголовныхъ.

ВЪ X ТАБЛИЦЪ излагается священное право (*jus sacrum*).

ВЪ ОДИНАДЦАТОЙ и ДВѢНАДЦАТОЙ ТАБЛИЦАХЪ заключаются постановленія, служащія дополненіемъ къ постановленіямъ первыхъ десяти таблицъ.

Въ XI таблицъ, напр., по словамъ Цицерона, находится то несправедливое постановленіе, что плебеи не должны вступать въ равный бракъ съ патриціями (*ne patribus cum plebe connubium sit*).

Законы 12-ти таблицъ очень долго сохранялись. Извѣстно, что Титъ Ливій говоритъ, что еще въ его время законы 12-ти таблицъ являются источникомъ права (*fons omnis publici privatiq[ue]*); извѣстно также, что даже во времена императора Адриана юристъ Гай написалъ въ шести книгахъ комментарий къ законамъ 12-ти табл.; понятно, что комментарий пишется только къ законамъ, имѣющимъ практическое значеніе. Объясняютъ нѣкоторые эту долговѣчность законовъ 12-ти табл. историческимъ ихъ происхожденіемъ, т. е. тѣмъ, что законы 12-ти табл. являются результатомъ соглашения между патриціями и плебеями, но Теренцій прямо говоритъ, что, если законы 12-ти табл. сохранялись такъ долго, въ качествѣ дѣйствующихъ, то эта долговѣчность должна имѣть внутреннее основаніе, основывается на свойствахъ этихъ законовъ. По его мнѣнію, постановленія законовъ 12-ти табл. по гражданскому праву служили основою дальнѣйшаго развитія права, что зависѣло отъ ихъ характера, а именно отъ того, что они не устанавливали никакихъ рестриктивныхъ, т. е. ограничительныхъ постановленій, и давали полный просторъ развитію гражданского права. Всякое вновь образующееся учрежденіе частнаго права, вслѣдствіе этого характера законовъ 12-ти табл., могло быть подъ нихъ подведено. Возьмемъ, напр., то постановленіе законовъ 12-ти табл., въ силу котораго все то, что будетъ установлено въ частной сдѣлкѣ частными лицами, должно считаться закономъ (*uti lingua nuncupassit, ita jus esto*). Это постановленіе давало широкій просторъ развитію частныхъ сдѣлокъ (напр. купли, продажи и т. п.). Съ развитіемъ жизни устанавливаются различныя такія отношенія, которыхъ прежде не знали, и всѣ эти вновь образовавшіяся отношенія могли считаться основанными на законахъ 12-ти табл.; римскіе юристы съ теченіемъ времени создали въ практикѣ много институтовъ, и эта ихъ творческая дѣятельность, которою введены новые институты, технически называется *interpretatio legis duodecim tabularum*. Законы 12-ти табл. не могли, такимъ образомъ, быть уничтожены, именно потому, что они выставили самыя общія начала, которыя потому могли развиваться.

Но нельзя не замѣтить, что общія положенія, выставленныя законами XII таблицъ, развивались, въ разсматриваемый періодъ, двумя путями. Именно, во 1, путемъ дѣятельности народныхъ, трибутскихъ собраний, которымъ приписываются всѣ постановленія частнаго права; причемъ, однако, законодательство только тогда вмѣшивается въ частно-правовыя положенія, когда ими нормируются отношенія, имѣющія и публичное значеніе. Какъ напр., можно указать на законодательство относительно взиманія $\frac{1}{6}$, такъ какъ неумѣренные взиманія могутъ неблагоприятно отозваться на благосостояніи государства вслѣд-

ствіе неблагосостоянія отдѣльныхъ гражданъ, обремененныхъ платежомъ $\%$. Вообще же постановленія народныхъ собраній касаются, главнымъ образомъ: а) законовъ о государственномъ устройствѣ и б) уголовныхъ. Что же касается развитія законодательствомъ частно-правовыхъ отношеній, то, какъ сказано выше, народныя собранія вступаютъ въ нихъ лишь, когда они имѣютъ общественное значеніе. Такъ, напр., въ законахъ XII таблицъ мы находимъ положенія относительно *usuragii*, т. е. тѣхъ лицъ, которыя берутъ лихвенные $\%$; именно: они подвергаются *infamiae* и *roepae quadrupli*, т. е. учетверенной платѣ $\%$. Высшіе $\%$, дозволенные законами 12 таблицъ, назывались *foenus unciagum*. Цифра этихъ $\%$ не упоминается въ зак. XII табл. По этому предмету между учеными происходитъ споръ. Изъ различныхъ мнѣній наиболѣе вѣрнымъ, кажется, слѣдуетъ признать мнѣніе Нибура, который подъ *foenus unciagum* разумѣетъ годовой $\% = 8\frac{1}{3}$, на томъ основаніи, что римляне считали нормальною мѣрою ассы, *as* — фунтъ, равный 12 унціямъ (*unciae*); принимая же капиталъ во 100, она будетъ $= 8\frac{1}{3}$; слѣдовательно, *foenus unciagum* будетъ $\frac{1}{12}$ капитала. Это постановленіе зак. 12 табл. подвергалось частымъ измѣненіямъ, напр. *lex Genucia* 412 г. совершенно запретилъ брать $\%$ между гражданами. Какъ на другой примѣръ вмѣшательства въ частныя правоотношенія народного законодательства, можно указать на законы о легатахъ, ограничившіе власть наслѣдодателя отнимать у наслѣдника вещи и раздавать ихъ другимъ лицамъ, легатарамъ, какъ-то, *lex Furia testamentaria*, *lex Falcidia*. Перечисленіе важнѣйшихъ законовъ см. у Кунце. *Cursus* II стр. 180. 2) Главнѣйшимъ же источникомъ для развитія частнаго права въ этомъ періодѣ служила дѣятельность юристовъ, *interpretatio* или *jus civile* въ тѣснѣйшемъ смыслѣ этого слова или *responsa prudentium*.

Законы 12 табл. являются безсомнѣнно важнѣйшими законами квинтискаго періода, отличающагося тѣмъ, что частная автономія составляетъ основаніе всего законодательства. Что касается до остальныхъ законовъ, которые изданы въ этомъ періодѣ, то нѣкоторые мы уже знаемъ изъ изложенія политическаго устройства римскаго государства и изъ разсмотрѣнія дѣленія законовъ на санкции, съ содержаніемъ же другихъ наиболѣе важныхъ законовъ мы познакомимся при разсмотрѣніи отдѣльныхъ институтовъ частнаго права.

b. SENATUS CONSULTA. (Сокольскій стр. 97).

Другимъ источникомъ права въ это время являются сенатскія постановленія (*Senatus consulta*). Касательно сенатскихъ постановленій нужно различать 1) то вліяніе, которое имѣетъ Сенатъ на ходъ законодательнаго дѣла въ народныхъ собраніяхъ, его надзоръ относительно законодательства народныхъ собраній и 2) значеніе самыхъ сенатскихъ постановленій, какъ источниковъ права.

Что касается 1, до надзора, который имѣлъ сенатъ въ отношеніи законодательства народныхъ собраній, то онъ выражался, главнымъ образомъ, въ предварительномъ разсмотрѣніи законопроектвъ въ Сенатѣ. Извѣстно, что, въ особенности въ центуриатскія комиціи, законъ не былъ предлагаемъ магистратами, если онъ не былъ одобренъ Сенатомъ, а въ трибутскія комиціи, хотя и

можно было вносить законъ безъ согласія Сената, но нерѣдко и законы, представляемые въ трибутскія комиціи, предварительно представлялись на разсмотрѣніе Сената. Кромѣ того, Сенатъ имѣлъ возможность кассировать предложенные законы. Такъ какъ при созваніи народныхъ собраній были примѣняемы различныя религіозныя формы (жертвоприношенія, испрошеніе воли боговъ — ауспиціи), то Сенатъ, какъ высшее административное мѣсто, въ которомъ сосредоточивались всѣ части управленія, и религіозная, и финансовая часть и т. п., всегда имѣлъ возможность парализировать законодательную дѣятельность народныхъ собраній, объявивъ, что ауспиціи были несоотвѣтствующими—вслѣдствіе чего законъ теряетъ свое значеніе. Эта кассачія законовъ Сенатомъ называется *legem tollere, sublatio legis*; напр. *lex Livia agraria* 663 г. а. в. с. Но въ послѣднее столѣтіе республиканскаго времени въ борьбѣ партій Сенатъ попеременно то терялъ свое преобладающее значеніе, то получалъ еще большую силу, смотря потому, какая партія преобладала въ государствѣ, а именно, партія оптиматовъ старалась, по возможности, поддерживать законодательный авторитетъ Сената, между тѣмъ какъ партія популяровъ не признавала за Сенатомъ этого значенія. Цицеронъ указываетъ на то, что Сенату принадлежала законодательная власть, но Цицеронъ, какъ извѣстно, принадлежалъ къ партіи оптиматовъ, и потому, понятно, въ его интересахъ было поддерживать авторитетъ Сената. Вообще законодательная власть Сената до самыхъ императорскихъ временъ представляется довольно спорною.

Далѣе, 2, Сенатъ, какъ высшее административное мѣсто, имѣлъ право издавать административныя распоряженія, а извѣстно, что подъ именемъ административныхъ распоряженій можно издавать акты, имѣющіе законодательное значеніе. Титъ Ливій, напр. въ 35 кн. 7 гл. говоритъ, что въ сдѣлкахъ относительно процентовъ, по постановленію Сената, отъ усмотрѣнія должника зависѣло примѣнять римское или латинское право. (*) Это чисто законодательное предписаніе, хотя и было издано въ формѣ административнаго распоряженія.

Такое же значеніе имѣетъ *Senatus Consultum*, изданное послѣ *lex Claudia de sociis*; а именно Сенатъ предписываетъ, чтобы, при отпущеніи рабовъ на волю, магистратъ, предъ которымъ было совершаемо *manumissio*, потребовалъ клятвеннаго подтвержденія того, что *manumissio* не предпринимается для того, чтобы сообщить отпускаемому на волю права римскаго гражданства. Это административное распоряженіе имѣетъ характеръ закона. См. Кунце *Cirrus* I (2-ое изд.) § 188.

Итакъ, въ республиканскій періодъ, законодательная дѣятельность Сената представляется сомнительною; оптиматы ее признавали, а популяры отвергали. Только со времени императоровъ Сенатъ получилъ значеніе несомнѣннаго законодательнаго фактора. О составленіи сенатскихъ постановленій см. Сокольскаго стр. 98 и 99.

(*) Liv. . 357: *uti ex ea die pecuniae creditae, quibus debitor vellet legibus, jus creditori redderetur.*

C. AUCTORITAS PRUDENTIUM.

Jus privatum, частное, или гражданское право, развивалось въ этотъ періодъ самобытно и самостоятельно. По мѣрѣ того, какъ расширялись предѣлы римскаго государства, по мѣрѣ того, какъ въ жизнь Римлянъ входили новые взгляды и новые правовые элементы и возникали новыя юридическія отношенія, частное право шло тоже своимъ порядкомъ и развивалось, на основаніи требованій практической жизни. Это развитіе конечно не могло совершаться только теоретическимъ образомъ, необходимо, чтобы оно находилось въ рукахъ лицъ, которыя близко стояли къ практической жизни, и могли формулировать новыя положенія права и устанавливать новыя нормы, соотвѣтственно новымъ требованіямъ практической жизни. Такихъ источниковъ права въ этотъ періодъ мы находимъ два: 1) юристы, *juris periti juris consulti prudentes*, которые занимались практическою разработкою права. Не должно съ этимъ словомъ соединять современнаго понятія, по которому подъ именемъ юристовъ, разумѣются лица, научнымъ, теоретическимъ образомъ разрабатывающія науку права, приводящія ее въ систему, на основаніи научныхъ апріорныхъ началъ;— такія лица, болѣею частію, мало знакомы съ практическою жизнью, да и не претендуютъ на такое знаніе, такъ какъ оно не входитъ въ кругъ ихъ задачъ. Напротивъ, у Римлянъ именемъ *jurisconstulti* назывались лица, слѣдившія за требованіями практической жизни въ правовомъ отношеніи, принимавшія участіе въ рѣшеніи всѣхъ возникавшихъ юридическихъ вопросовъ и дѣлавшія выводы изъ этихъ вопросовъ и столкновеній практической жизни для установленія новыхъ правовыхъ нормъ. Дѣятельность юристовъ извѣстна подъ именемъ *auctoritas prudentium*. 2) Вторымъ такимъ источникомъ права были эдикты магистратовъ — *magistratus* которые развивали далѣе дѣйствовавшее частное право на основаніи судебной практики. На судѣ часто проявлялись правовыя пререканія, не предусмотрѣнныя закономъ, столкновенія правъ, вытекающія изъ практической жизни, которыя судъ и долженъ былъ рѣшать. Эти споры и должны были такимъ образомъ устанавливать новыя нормы, новые законы, соотвѣтствующіе требованіямъ даннаго времени. Въ этомъ отношеніи имѣли большое значеніе *magistratus iudicando* которымъ принадлежало право установленія правовыхъ нормъ, на основаніи требованій практической жизни, напр., преторы. Форма, въ которой выразилась дѣятельность магистратовъ, называется технически *edicta magistratuum*. Начнемъ съ

AUCTORITAS PRUDENTIUM (Сокольскаго, стр. 102).

Помпоній говоритъ: «*His legibus (Seu legibus XII tabul.) latis coepit ut naturaliter evenire solet ut interpretatio desideraret prudentium auctoritatem necessariam que disputationem fori. Haec disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut ceterae partes juris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus ceteris partibus; sed communi nomine appellatur jus civile.*» (fr. 2, § 5 Dig. «de origine juris» 1 кн. 2 т.), т. е. по изданіи этихъ законовъ (то есть 12 табл.) для изясненія и толкованія ихъ естественно требовалось разъяснительное участіе юристовъ при судебныхъ преніяхъ *disputatio fori* (*) т. е. юристы являлись въ судѣ и разъясняли судъ-

(*) О *disputatio fori* см. Puchta: Institutionen I § 76 прим. 1.

ямъ законы, причеиъ иногда вступали между собою въ споры, если придержи-
вались различныхъ мнѣнй. Это и есть *disputatio fori*; эти разьясненя юристовъ,
данныя на судѣ, и самое право, которое возникло такимъ не письменнымъ обра-
зомъ (въ противоположность письменному, исходящему отъ законодательной
власти), на основанй требованй обыденной жизни, не имѣютъ какогolibо осс-
беннаго; имъ однимъ свойственнаго названя, какъ это имѣютъ другя части пра-
ва, но называются общимъ именемъ, т. е. гражданскимъ правомъ, *jus civile*. Здѣсь
выражене *jus civile* принимается въ самомъ тѣсномъ смыслѣ. Въ противополож-
ность именно цѣлой совокупности положенй права, которыя установлены рим-
скимъ народомъ, на чисто римскихъ началахъ, свойственныхъ только римскому
jus civile въ болѣе обширномъ смыслѣ, въ противоположность *jus gentium* — праву,
которое вытекаетъ изъ природы вещей, и потому одинаково соблюдается у
всѣхъ народовъ. подъ *jus civile* здѣсь разумѣется право, выработанное дѣятель-
ностью юристовъ, на основанй интерпретацй, объясненя и истолкованя зако-
новъ, 12 таблицъ. И такая дѣятельность, говорить Помпонй, началась, тотчасъ
послѣ изданя законовъ XII табл. Въ шестомъ § онъ продолжаетъ: «*Deinde ex his
legibus eodem fere tempore actiones compositae sunt, quibus inter se homines dis-
ceptarent; quas actiones, ne populus prout vellet, institueret certas solennesque es-
se voluerunt; et appellatur haec pars juris legis actiones, id est legitimae actiones*»
(*ib.* § 6). Результатъ дѣятельности юристовъ вскорѣ послѣ изданя законовъ 12
таблицъ на основанй этихъ законовъ было составлене различныхъ исковыхъ
формуль (*actiones*), которыми слѣдовало руководствоваться при процессахъ;
и эти формулы были введены для того, чтобы партй не поступали произволь-
но во время процесса, но держались извѣстныхъ опредѣленныхъ началъ и извѣ-
стнаго порядка. И такъ, при приложенй законовъ на практикѣ, дѣятельность
юристовъ, выражалась въ установленй формуль при введенй процесса, по ко-
торымъ онъ долженъ производиться. Надо замѣтить, что отъ этихъ формуль нель-
зя было отступать, подъ опасенйемъ потери процесса. Дѣйствительно, древнй
процессъ былъ весьма формаленъ, употреблялись только *certa solemnia quae ver-
ba* опредѣленные и торжественныя слова. Эта часть права, заключавшаяся въ
процессуальныхъ формулахъ, называется *legis actiones*, т. е. законными исковы-
ми формулами, поэтому и самъ древнйшй процессъ назывался процессомъ *per
legis actiones*. Et ita eodem paene tempore tria, haec jura nata sunt, leges XII a-
bularum; ex his fluere coepit jus civile; ex iisdem legis actiones compositae sunt (*ib.*).
«Такимъ образомъ, заключаетъ Помпонй, почти одновременно, возникли три со-
ставныя части права, изъ которыхъ каждая предъидущая служить какъ бы ос-
нованйемъ послѣдующей, именно: законы 12 таблицъ, изъ интерпретацй кото-
рыхъ возникло *jus civile*, изъ приложеня котораго на практикѣ составились
legis actiones исковыя формулы.

*Omnia tamen harum et interpretandi scientia, et actiones apud collegium
Pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis;
et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est (ib.).* Знане, гово-
рить Помпонй, и умѣнье объяснять законы и проводить *actiones*, иски, оста-
вались въ рукахъ коллегй жрецовъ, изъ которыхъ одинъ ежегодно назначал-
ся для объясненя законовъ частнымъ лицамъ и для разрѣшеня спорныхъ дѣлъ,

и такой порядокъ продолжался около 100 лѣтъ, послѣ изданія законовъ 12 таблицъ. Дѣятельность жрецовъ выразилась въ двоякомъ направленіи: во первыхъ, въ развитіи матеріальнаго права, установленіи самыхъ правовыхъ нормъ, цѣлой совокупности правовыхъ началъ, которыя они извлекли изъ законовъ 12 таблицъ, *per interpretationem*, а затѣмъ въ созданіи *legis actiones*, исковыхъ формулъ, процессуальныхъ формулъ, въ предѣлахъ которыхъ спорящіе должны дѣйствовать на судѣ. Такимъ образомъ, коллегія жрецовъ представляется единственнымъ сословіемъ юристовъ того времени, въ рукахъ котораго находились, тогда всѣ юридическія познанія. Но были ли жрецы юристами въ современномъ значеніи слова, т. е. лицами, примѣнявшими научныя приемы къ рѣшенію дѣлъ, отличались ли они большими познаніями въ юриспруденціи, представляется вопросомъ спорнымъ. По взгляду нѣкоторыхъ ученыхъ, каковы, на примѣръ, Терингъ (Пт. § 42) и Кунце- жрецы были именно юристами, въ истинномъ значеніи слова, и создателями юридической техники. Но взглядъ этихъ ученыхъ не раздѣляется другими учеными, напр., Пухтой и итальянскимъ профессоромъ Паделетти, сочиненіе котораго, учебникъ по «Исторіи римскаго права» вышло въ 1879 г. въ нѣмецкомъ переводѣ профессора Гольцендорфа. По нашему же мнѣнію, взглядъ Теринга, вслѣдствіе основательности доводовъ и силъ аргументаціи, представляется наиболѣе основательнымъ по разбираемому вопросу (см. объ этомъ подробнѣе ниже).

Способы, посредствомъ которыхъ юридическія познанія проникали въ массу, были различны. Прежде всего, здѣсь необходимо имѣть въ виду извѣстнаго Кнея Флавія. «*Postea* говоритъ Помпоній, *quum Appius Claudius proposuisset, et ad formam redegisset has actiones, Cnaeus Flavius, scriba ejus, libertini filius, subreptum librum populo tradidit* (ib. 7). Въ половинѣ V-го столѣтія, когда цензоръ Аппій Клавдій привелъ въ порядокъ извѣстныхъ формулъ судебныхъ, придавъ имъ формальную систему, писецъ, сынъ отпущенника, Cnaeus Flavius, похитилъ эту книгу и передалъ ее народу. «*Hic liber, qui actiones continet, appellatur jus civile Flavianum, sicut ille jus civile Papirianum, nam nec Cnaeus Flavius de suo quicquam adjecit libro* (ib.). Эта книга и называется *jus civile Flavianum*, не потому, чтобы Флавій самъ что либо сдѣлалъ въ ней, а на подобіе *jus Papirianum*. Какъ Папирій только собралъ царскіе законы и за это его книга называется *jus Papirianum*, такъ Flavius только представилъ народу похищенную книгу, и за это, въ виду важности книги, она и названа въ память его *jus Flavianum*, но тотъ и другой ничего не прибавили въ эти книги отъ своего имени *Jus Flavianum* есть ничто иное, какъ сборникъ, въ которомъ изложены *legis actiones* и, кромѣ того, помѣщена *tabula fastorum*, т. е. календарь, росписаніе *dies fasti et nefasti*, дней присутственныхъ и неприсутственныхъ.

Благодаря обнародованію *juris Flaviani*, юридическія познанія проникли въ массу, вышли изъ замкнутаго сословія жрецовъ и сдѣлались общимъ достояніемъ. Результаты этого факта, не замедлили появиться. Такъ, въ 452 г. ab u. c. появился *lex Ogulnia*, законъ, которымъ плебеи допускались въ коллегіи жрецовъ. Такимъ образомъ, постоянная замкнутость жреческой коллегіи, была уничтожена и, со введеніемъ въ нее новаго элемента, юридическія познанія должны были сдѣлаться еще доступнѣе для римскихъ гражданъ.

Затѣмъ, чрезъ 100 лѣтъ послѣ изданія *jus Flavianum* около середины VI столѣтія, я вляется новое дополненіе исковыхъ формулъ, составленное Секстомъ Эліемъ (*Sextus Aelius*), или такъ называемое *jus civile Aelianum*. (*).

Наконецъ, первый *Pontifex maximus* изъ плебеевъ, *Tiberius Coruncanius* (въ началѣ VI ст.) *primus de jure publice respondebat*, первый началъ публично подавать совѣты и при этомъ, и толковать, и изъяснять законы, тогда какъ до него такіе отвѣты давались не публично; каждый юристъ только у себя принималъ клиента (въ новомъ смыслѣ слова) и давалъ ему совѣты. Теперь же, со времени Корунканія, юристы открыто предлагаютъ свои объясненія, такъ что всякій, кто желалъ бы получить юридическое образованіе, всегда могъ это сдѣлать, присутствуя на публичномъ толкованіи законовъ юристами. Съ этихъ поръ уже болѣе не встрѣчается упоминаній, чтобы юридическія познанія составляли монополію жреческаго сословія, чтобы они одни посвящали себя юридическимъ занятіямъ, такъ какъ юридическія познанія становятся для всѣхъ доступными.

И такъ, способами распространенія юридическихъ познаній въ массѣ гражданъ римскихъ служили въ первомъ и второмъ періодѣ: 1) *jus Papirianum*, собраніе царскихъ законовъ Папірія, 2) *jus Flavianum*, сборникъ исковыхъ формулъ, составленный Аппіемъ Клавдіемъ, 3) *Jus Aelianum* и 4) наконецъ, публичная дѣятельность юристовъ. Такимъ образомъ, юридическія познанія вышли изъ своего замкнутого положенія и стали распространяться между гражданами. Но первоначально, не особенно успѣшно прививаются эти знанія къ массѣ, только немногія личности посвящаютъ имъ себя.

Въ fr. 35—37. Помпонія I кн. 2 тит. *Dig.* находимъ перечень замѣчательныхъ юристовъ. Первымъ изъ нихъ, на котораго слѣдуетъ обратить вниманіе, былъ Аппій Клавдій (*Appius Claudius decemvir*), игравшій большую роль въ децемвиратѣ, избранномъ для написанія XII таблицъ (*cujus maximum consilium in duodecim tabulis scribendis fuit*). Другимъ юристомъ былъ *Appius Claudius*, прозванный *Centimanus*, извѣстный Цензоръ, устроившій въ Римѣ дороги и водопроводъ; извѣстенъ также и политическими дѣяніями. Изъ ненависти къ плебеймъ, Аппій Клавдій внесъ въ списки трибъ плебеевъ вольноотпущенниковъ, надѣясь этимъ оскорбить сословіе плебеевъ и внести въ него элементы разложенія. Но при этомъ онъ не сообразилъ, что вредитъ въ то же время и своему сословію, придавая государству совершенно демократическій характеръ. Клавдій писалъ сочиненія и составилъ формулы исковъ, которыя похитилъ у него Кней Флавій, обнародовавшій ихъ во всеобщее свѣдѣніе. Третій юристъ, о которомъ упоминаетъ Помпоній, былъ *Gaius Scipio Nasica*, извѣстнѣйшій юристъ, получившій отъ Сената названіе *optimus*. Ему были по-

(*) *Pomp. (ib.)* «*Augescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur jus Aelianum.*» Кромѣ того, *Aelius* издалъ особенное сочиненіе, называемое *tripertita*, такъ какъ оно заключало въ себѣ всѣ 3 части права: текстъ XII таблицъ, интерпретацію и соотвѣтствующія *legis actiones*. § 38D. I, 2.

даренъ Римскимъ правительствомъ домъ на большой дорогѣ (*via sacra*), чтобы приходящiе къ нему могли удобнѣе слышать даваемые имъ *responsa*. Далѣе замѣчательный юристъ былъ *Tiberius Coruncanius*, бывшiй первымъ *pontifex maximus* изъ плебеевъ (около 500 г.). Онъ первый началъ публично толковать и изъяснять законы и предлагать рѣшенiя различныхъ спорныхъ вопросовъ, тогда какъ до этого времени такiе *responsa* публично не давались, такъ что юридическiя познанiя могли теперь проникать въ массу, то есть всякiй могъ изучать право безъ вступленiя въ коллегiю жрецовъ. Далѣе, въ числѣ юристовъ, извѣстенъ *Sextus Aelius Catus* составленiемъ списка формулъ, служащаго дополненiемъ къ *ius Flavianum*. Но, кромѣ составленiя формулъ, *Aelius* подвергъ обработкѣ и все право. Онъ написалъ книгу подъ названiемъ *Tripartita*, которая, по выраженiю Помпонiя, *veluti cunabula iuris continet*, какъ бы содержитъ колыбель права. Она заключаетъ 3 части: *leges XII tabularum*, *interpretatio* и *legis actiones*.

Изъ дальнѣйшихъ юристовъ слѣдуетъ замѣтить *Marcus Porcius Cato*, бывшiй цензоромъ, непримиримый врагъ Кареагенянъ, но больше извѣстенъ, какъ юристъ, его сынъ *Marcus Porcius Cato filius*. Но болѣе всѣхъ извѣстенъ *Quintus Mucius Scaevola*, который первый установилъ *ius civile* въ извѣстной системѣ (*generatim*); онъ написалъ 18 книгъ объ *ius civile*; система его легла въ основанiе всѣхъ дальнѣйшихъ обработокъ *ius civile*. Онъ же былъ извѣстенъ и политической дѣятельностью: онъ считался образцовымъ проконсуломъ въ Малой Азiи, такъ что заслужилъ всеобщую любовь провинциаловъ; это выразилось, между прочимъ, въ томъ, что былъ установленъ день, въ который праздновалась его память. Весьма большою извѣстностью пользовался также юристъ *Servius Sulpicius Rufus*, о которомъ Помпонiй въ 43 fr. de O. I. рассказываетъ, что сперва онъ не былъ юристомъ, но однажды, пристыженный Квинтомъ Муциемъ въ томъ, что не знаетъ своего права, принялся за изученiе его и достигъ наибольшихъ познанiй, такъ что превзошелъ Муция. Онъ оставилъ до 180 книгъ своихъ сочиненiй, онъ же первый началъ разрабатывать новый источникъ права, *ius gentium*, написавъ 2 книги къ преторскому эдикту. См. объ этихъ юристахъ у Сокольскаго стр. 104.

Дѣятельность понтификсовъ, какъ и другихъ лицъ, которыя стали заниматься изученiемъ права, послѣ того какъ оно стало доступнымъ для всѣхъ, выразилась въ двоякомъ направленiи: теоретическомъ направленiи, обработкѣ и систематизацiи правовыхъ нормъ, и практическомъ, т. е. осуществленiи права, приложенiемъ нормъ на практикѣ. Само собою разумѣется, что дѣятельность практическая предшествовала теоретической, и въ этотъ періодъ дѣятельность юристовъ была по преимуществу практическая, такъ какъ знанiя юридическiя сдѣлались только что доступны всѣмъ и каждому желающему, и каждый изучающiй старался узнать дѣйствующее право и примѣнить его на практикѣ. По опредѣленiю Цицерона дѣятельность юристовъ этого періода выразилась въ трехъ направленiяхъ: а) *in cavendo*, б) *in respondendo* и в) *in scribendo*.

а) Дѣятельность юристовъ *in cavendo* состояла въ наставленiяхъ о формальномъ обезпеченiи юридическихъ сдѣлокъ и составленiи инструкцiй и формулъ разнаго рода, которыя должны быть соблюдаемы на судѣ для правильно-

сти процесса и для дѣйствительности сдѣлокъ. И въ настоящее время трудно составить какой либо актъ безъ помощи юриста, специально занимающагося этими дѣлами, потому что и теперь требуется, чтобы актъ былъ составленъ по известной, принятой закономъ формѣ, по образцу; значить и теперь есть возможность человеку, незнакому съ законами, подвергнуться опасности, что его сдѣлка будетъ признана ничтожною, не дѣйствительною со стороны суда; напр., если кто нибудь представить только 3-хъ свидѣтелей вмѣсто требуемыхъ закономъ 7-ми, то его сдѣлка будетъ не дѣйствительна. Но въ наше время мы не имѣемъ и понятія о той строгой формальности и примѣненій буквы закона, которыя господствовали у Римлянъ того времени; было множество такихъ обрядовъ и дѣйствій, которые должны были непременно выполнены, чтобы юридическое дѣйствіе имѣло юридическое значеніе. *Jus privatum* тогдашнее было *jus strictum*, требовавшее буквального, точнаго выполненія закона и формулъ, установленныхъ юристами; отсюда, понятно, почему юристы составляли формулы и различныя инструкціи, какъ вести процессъ: дѣятельность ихъ была направлена *ad utilitatem singulorum*, чтобы помочь несвѣдующимъ лицамъ въ защитѣ ихъ правъ. Древнеримское право было до такой степени формально, что требовалось употреблять только *certa sollemniaque verba*, такъ что замѣна одного слова другимъ вела къ уничтоженію права иска, къ не дѣйствительности сдѣлокъ. Примѣромъ можетъ служить случай, приводимый Гаемъ въ его Институціяхъ, *Gaj. IV, 11*. Законъ XII таблицъ запрещаетъ повреждать чужія деревья, *arbores*. Одно лицо потеряло вредъ въ томъ отношеніи, что у него были уничтожены виноградныя лозы, *vites*; потерявшій подалъ жалобу въ судъ, въ которой употребилъ слово *vites* вмѣсто *arbores*, и ему было отказано въ искѣ. Понятно отсюда, насколько важна была дѣятельность юристовъ въ составленіи формулъ при такой формальности закона, когда больше всего обращалось вниманіе на формальную сторону дѣла, чѣмъ на его внутреннее содержаніе. Такихъ формулъ, какъ сказано было, при разсмотрѣніи способовъ распространенія юридическихъ познаній въ этомъ періодѣ, было много составлено и различными юристами. Но особенное вниманіе обращаютъ на себя *Mamilianae actiones, sive "venalium vendendorum leges"* —которыя касаются купли-продажи, самыхъ обыкновенныхъ и обыденныхъ сдѣлокъ, въ которыхъ представляется опасность скорѣе всего потерять вредъ отъ недобросовѣстнаго контрагента, и *Hostilianaе actiones*, относящіяся къ наследственному праву.

Судя по тому, что дѣятельность юристовъ *in cavendo* состояла въ составленіи формулъ и инструкцій, обеспечивающихъ дѣйствительность исковъ и сдѣлокъ, можно предположить, что эта дѣятельность была механическая, состоявшая въ извлеченіи, такъ сказать, этихъ формулъ изъ опредѣленій закона, изъ существующихъ правовыхъ нормъ. Такое мнѣніе было бы ошибочно. Дѣятельность юристовъ въ этомъ отношеніи не состояла въ механическомъ воспроизведеніи или экстаціи закона, но, какъ вся интерпретація, она была вмѣстѣ съ тѣмъ и творческою, именно въ томъ смыслѣ, что въ создаваемыхъ формулахъ юристы проводили не только одни законоположенія, но установили иногда совершенно новые институты права. Какъ известно, законы XII таб-

лицъ содержали въ себѣ только общія постановленія, не касаясь подробныхъ указаній, относительно различныхъ юридическихъ актовъ и едѣлокъ; отсюда вытекала полная свобода и полная возможность вырабатывать новыя формулы, касающіяся случаевъ, не предусмотрѣнныхъ закономъ и соответствующія новымъ потребностямъ жизни. Юристы воспользовались этою возможностью, и всѣ новыя явленія жизни подводили подъ законы XII таблицъ, и создавали формулы, имѣющія только по аналогіи свое основаніе въ законахъ XII таблицъ. Такимъ образомъ и совершалось дальнѣйшее развитіе права частнаго, соответствующее развитію жизни даннаго времени, не смотря на строгую формальность. Съ теченіемъ времени законы и формулы, которыя появились въ слѣдствіе интерпретаціонной дѣятельности юристовъ, вполнѣ замѣнили формулы предписываемыя законами XII таблицъ, такъ что господствовала только въ полной силѣ формула, составляемая юристами, и въ этомъ отношеніи *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, принималось закономъ то, что выражено въ формулѣ.

b) Самостоятельная дѣятельность юристовъ состояла *in respondendo*. Подъ эту дѣятельность разумѣется (Сожольскій стр. 103) подача мнѣній о спорныхъ вопросахъ права, имѣвшая мѣсто, какъ для поученія частныхъ лицъ, такъ и для уясненія дѣлъ магистратамъ и судьямъ. Впрочемъ, подъ *respondere* разумѣется не одно только разрѣшеніе спорныхъ вопросовъ права, а вообще всякія поученія и разъясненія, которыя дѣлали юристы всѣмъ лицамъ, которыя прибѣгали къ нимъ за совѣтомъ въ самыхъ разнообразныхъ обстоятельствахъ жизни; къ юристамъ обращались въ то время, когда они были на прогулкѣ, и тогда, когда они находились дома, за совѣтомъ не только относительно юридическихъ вопросовъ, но относительно различныхъ предметовъ, наврѣм. приданаго дочери, всего того, что касается исполненія какой либо должности или дѣла и проч.

И такъ, юристы давали объясненія не смотря на то, гдѣ бы они ни находились и не смотря на предметы, которыхъ касались предлагаемые вопросы. Такая дѣятельность юристовъ вызывалась или по инициативѣ частныхъ лицъ, или самаго магистрата: если частныя лица просили у юристовъ совѣта, то они не отказывали въ ихъ просьбѣ; если же дѣло переходило въ судъ, то по предложенію суда, (магистратовъ, понтифексовъ), юристы передъ судомъ излагали тѣ юридическія данныя, на основаніи которыхъ должно быть рѣшено дѣло. Если на судѣ дѣло не приходило къ окончанію, потому что появлялись различныя партіи, и каждая выходила изъ противоположныхъ началъ, то возникали между юристами судебные споры, *disputatio fori*, которыми разъяснялись юридическія начала, примѣнимыя къ подлежащему разсмотрѣнію случая. (Впрочемъ, что именно разумѣется подъ *disputatio fori*, до сихъ поръ еще не установлено окончательнаго мнѣнія, и вопросъ остается не рѣшеннымъ, см. выше.) При этомъ не нужно смѣшивать юристовъ, *advocati* съ нынѣшними адвокатами, именно ходатаями по дѣламъ, которые имѣютъ цѣлью защищать дѣло на судѣ. Такія лица у Римлянъ носятъ и другія названія, они называются *causidici, oratores* или *patroni*; эти лица, дѣйствительно, исполняли на судѣ обязанности нашихъ адвокатовъ, являлись въ судѣ для того, чтобы защищать своего кліента, юристы же, какъ уже сказано выше, являлись въ судѣ, чтобы разъяс-

яснить законъ и излагать тѣ правила, согласно которымъ нужно рѣшать дѣло. Такимъ образомъ, если можно сравнить дѣятельность юристовъ римскихъ, то всего удобнѣе сравнить ее съ дѣятельностью прокуроровъ, по ихъ отношенію къ гражданскимъ дѣламъ, такъ какъ иногда они приглашаютъ для присутствованія при гражданскомъ дѣлѣ; сами они не защищаютъ кліентовъ, но указываютъ тѣ начала, на основаніи которыхъ должно быть рѣшено дѣло, или разъясняютъ смыслъ закона, какъ онъ долженъ быть здѣсь примѣненъ. Въ этомъ и состояла дѣятельность юристовъ *in respondendo*. Поэтому, если, при перечисленіи источниковъ права въ республиканскія времена, упоминается о *responsa prudentium*, то подъ нимъ нужно разумѣть объясненія и толкованія, подаваемые юристами того времени.

с) Дѣятельность юристовъ *in scribendo* выработалась въ письменной подачѣ совѣтовъ и объясненій по различнымъ юридическимъ предметамъ и другимъ вопросамъ, съ которыми къ нимъ обращались, въ письменномъ составленіи формулъ и т.д. Этотъ видъ дѣятельности юристовъ извѣстенъ подъ именемъ *responsa scripta*, которыя должны быть изложены гораздо обстоятельнѣе, чѣмъ словесные отвѣты, съ указаніемъ мотивовъ того или другаго рѣшенія извѣстнаго вопроса. Въ этомъ смыслѣ *responsa scripta* являются зародышемъ систематической научной разработки права, началомъ научнаго права и собственно теоретической дѣятельности юристовъ. Конечно, первоначальная дѣятельность была чисто казуистическая, состоявшая въ объясненіи различныхъ юридическихъ нормъ и положеній, касающихся различныхъ конкретныхъ случаевъ.

Въ заключеніе разсмотрѣнія этого отдѣла источниковъ права во второмъ періодѣ необходимо сказать нѣсколько словъ о томъ, какое значеніе имѣли жрецы, *pontifices*, въ качествѣ юристовъ. По общему воззрѣнію, *pontifices* представляются единственными знатоками права того времени и *collegium pontificum* является единственнымъ убѣжищемъ, въ которомъ развивается римское право. Источники прямо говорятъ, что одинъ *pontifex* изъ коллегіи жрецовъ ежегодно назначался для того, чтобы давать наставленія о формулированіи *legis actiones*, и что этотъ назначенный понтифексъ стоялъ во главѣ частныхъ лицъ, занимающихся юридическими предметами, *qui praesesset privatis*, т.е. *personis*, и долженъ былъ давать совѣты по вопросамъ, съ которыми къ нему обращались, или частныя лица или магистратъ. Но въ новое время появились различныя мнѣнія о значеніи понтифексовъ въ развитіи римскаго права. Такъ Пунчартъ (*Puntschart*) идетъ въ разрѣзъ съ приведеннымъ мнѣніемъ; онъ говоритъ, что *pontifex praeserat privatis*, но только не *personis*, а *judiciis*, что, слѣдовательно, понтифексы по изгнаніи царей явились главными органами гражданского судопроизводства; назначенный же *pontifex* былъ главнымъ лицомъ, которое участвовало въ судѣ не въ видѣ совѣтника, а въ видѣ такого лица, которое магистратъ долженъ былъ выслушивать и постановлять свои опредѣленія, на основаніи его совѣтовъ и указаній. Вѣрно или нѣтъ мнѣніе Пунчарта, — это другой вопросъ, во всякомъ случаѣ онъ не отрицаетъ того, что дѣятельность понтифексовъ была однимъ изъ источниковъ римскаго права. Пухта утверждаетъ, что понтифексы отличались отъ другихъ гражданъ

только по количеству своихъ юридическихъ знаній и что качественного отличія отъ другихъ лицъ, не занимавшихся юриспруденціею, они не имѣли. Правда, говорить онъ, жрецы владѣли большимъ количествомъ юридическихъ познаній, но отсюда еще нельзя ожидать, чтобы они занимались научною или теоретическою обработкою права. Противъ этого мнѣнія Пухты особенно возстаетъ Герингъ (въ сочиненіи: «*Geist des römischen Rechts*:» 2 т. § 42), который старается доказать, что pontifices были истинными учеными юристами того времени, имѣли свою особенную методу для разработки права, и если эта метода многимъ отличается отъ современной, то, во всякомъ случаѣ, она все таки имѣла научный характеръ, представляя собою специальность въ познаніяхъ. Нельзя не согласиться съ этимъ мнѣніемъ Геринга, такъ какъ только съпринятіемъ этого сужденія о понтифексахъ и можно объяснить то преданіе, по которому юридическое искусство являлось жреческою тайною. Тайна эта и объясняется тѣмъ, что у жрецовъ была своя метода разработки права, хотя бы она была и казуистическая, вслѣдствіе чего опредѣленія права и были не совсѣмъ понятны не специалистамъ, и юридическое искусство представлялось дѣйствительно какою то тайною. Кроме того, Герингъ проводитъ различныя доказательства въ пользу своего взгляда, съ которыми также нельзя не согласиться. Такъ онъ говоритъ, что развитіе римскаго права вообще замѣчательно совпадаетъ съ развитіемъ религіи, такъ что всѣ приемы, употреблявшіеся для развитія религіи, практикуются и въ области права. Одною изъ характеристическихъ чертъ религіи является формализмъ въ самомъ строгомъ видѣ, формализмъ, объясняемый свойствами самаго народа, необходимый для него; такъ: молитва должна быть произнесена опредѣленнымъ образомъ, должны быть употреблены разъ навсегда установленныя слова, если же хоть одно слово пропущено, то молитва, не угодна божеству; всѣ священныя дѣйствія должны быть совершаемы по одному и тому же неизмѣнному способу. Такая же формальность встрѣчается въ свѣтскомъ правѣ. На судѣ должны быть употреблены непременно только извѣстные слова, предписанныя закономъ, всякое дѣло и всякій конкретный случай, должны быть подведены подъ извѣстную установленную формулу. Повятно отсюда само собою, что требовались особенныя специальныя познанія, чтобы подводить эти случаи подъ букву закона, составлять формулы для того, чтобы не проиграть процесса. Но съ развитіемъ римскаго общества, съ расширеніемъ его взглядовъ, должны были измѣниться и формы этихъ отношеній, но такая перемѣна совершалась довольно медленно; старыя формы продолжали существовать, не смотря на измѣнившіяся условія, на то, что уже было другое содержаніе. Это объясняется другою характеристическою чертою римлянъ, ихъ строгимъ консерватизмомъ, вслѣдствіе котораго и новыя начала, вызванныя новыми потребностями жизни, чтобы имѣть свои послѣдствія, должны были являться и дѣйствовать въ старой формѣ. Напр. съ теченіемъ времени развившееся сознаніе общества не могло допустить человѣческихъ жертвъ въ религіи, но общество не могло остаться безъ жертвъ, не могло отказаться вдругъ отъ обычая, установленнаго предками, поэтому измѣняется только содержаніе жертвы: вмѣсто людей приносятся въ жертву чучела, сдѣланныя изъ соломы, какъ символъ людей, и, такимъ образомъ, прежняя форма продолжаетъ

существовать, хотя содержание ея уже измѣнилось. Также аналогія въ области права. Для защиты вновь возникающихъ юридическихъ отношеній, благодаря измѣнившимся условіямъ жизни, не вдругъ появляются новыя формы, эти новыя отношенія приходится подводить подъ прежнія постановленія закона и отсюда являются *fictiones*, юридическія фикціи, когда извѣстный случай разсматривается точно также, какъ упоминаемый въ законѣ, хотя первый совершенно отличенъ отъ послѣдняго, т.е. новыя начала являются въ старомъ свѣтѣ, въ старыхъ формахъ; извѣстный фактъ, заведомо не существующій, принимается какъ дѣйствительно существующій (*peregrinus*, на примѣръ, во время процесса съ римскимъ гражданиномъ разсматривается, какъ будто бы онъ самъ римскій гражданинъ), и это дѣлается для того только, чтобы связать древнія формы съ новыми началами. Наконецъ, говоритъ Герингъ, нельзя не обратить вниманія и на разложеніе понятій, такъ свойственное римскому народу. Въ дѣлѣ религіи нельзя было смѣшивать или соединять понятій, каждое понятіе, каждая идея требовали особеннаго божества, и мы дѣйствительно видимъ у римлянъ полнѣйшее многобожіе, въ которомъ они стремились воплотить свои религіозныя понятія. Тоже самое и въ юридической практикѣ: для всякаго дѣла нуженъ особый искъ, особая *actio*. Напр. если я взялъ у В. извѣстную сумму денегъ съ тѣмъ, чтобы В не требовалъ денегъ въ теченіи, положимъ, 5-ти лѣтъ, и если онъ требуетъ ранѣе и вчиняетъ искъ противъ А, то А не можетъ по древнѣйшему римскому праву представить возраженія, что искъ В не основателенъ; А долженъ платить, и только послѣ уплаты долженъ вчинять новый искъ о возвращеніи денегъ обратно, такъ какъ В вытребовалъ ихъ ранѣе условленнаго срока.

Все эти факты достаточно показываютъ, что понтифексы проводили одну и ту же систему, какъ въ религіи, такъ и въ области права, что у нихъ дѣйствительно былъ извѣстнаго рода научный методъ; существованіе такихъ особенныхъ приемовъ для разработки права и подтверждаютъ рассказы Помпонія и Т. Ливія, что у жрецовъ право хранилось въ тайнѣ, т.е. право въ той своей первобытной систематической формѣ, въ какой оно находилось у жрецовъ, было недоступно для массы остальныхъ гражданъ. Эти тайны исчезаютъ только съ тѣхъ поръ, когда появляются *praetores*.

d) *EDICTA MAGISTRATUUM*. Хотя этотъ источникъ права собственно относится къ 3-му періоду, но, по практическимъ соображеніямъ, мы его разсмотримъ здѣсь (Сокольскій стр. 99 и слѣдующія). Подъ *edicta magistratum* разумѣются тѣ объявленія каждаго магистрата при вступленіи въ отправленіе должности, въ которыхъ онъ высказывалъ основныя начала права, которыми будетъ руководствоваться въ теченіи своей дѣятельности, въ предѣлахъ своей компетенціи. Такое право обращаться съ публичнымъ объясненіемъ къ согражданамъ, *jus edicendi*, было предоставлено не только такъ называемымъ *magistratus majoris*, но и тѣмъ, которые назывались *magistratus minores*, какъ то *aediles* и др. Но для исторіи развитія римскаго права важное значеніе имѣютъ, какъ источники римскаго гражданскаго права, только *edicta* тѣхъ магистратовъ, которые заведывали судопроизводствомъ и имѣли право юрисдикціи или гражданскаго суда *magistratus juridicundo*. *Edicta* эти важны потому, что магистраты судебные имѣли непосредственное столкновеніе съ

жизнью, постоянно встрѣчались съ ея новыми явленіями и установили новыя юридическія нормы, соотвѣтствующія этимъ новымъ явленіямъ и условіямъ жизни,—вотъ почему эти эдикты и оказывали громадное вліяніе на развитіе гражданскаго или частнаго права. Вліяніе эдиктовъ, т.е. *edicta magistratum juridicundo*, на право могло быть только весьма ограниченнымъ до *lex Aebutia* (въ VI в. ab u. c.); потому что при процессѣ *per legis actiones* магистраты ограничивались лишь буквальнымъ примѣненіемъ закона къ юридическимъ случаямъ, проводили *jus strictum in judicio*, строго соблюдали на судѣ *certa et solemnia verba*, опредѣленные и торжественныя слова и формы. Только *post legem Aebutiam*, когда измѣнился прѣжній порядокъ судопроизводства, когда *legis actiones* были замѣнены процессомъ *per formulas*, формулярнымъ процессомъ, т.е. сопровождаемымъ всякій разъ отдѣльною, специальною, на этотъ случай составленною формулою или инструкціею судьямъ, въ которой магистратамъ предписывалось разсмотрѣть дѣло известнымъ образомъ, (Gajus IV, 30) *edicta magistratum* получаютъ полное свое развитіе и приобрѣтаютъ дѣйствительное значеніе въ области преимущественно гражданскаго права. Магистратъ, такимъ образомъ, теперь получилъ полную свободу дѣйствія для установленія правовыхъ нормъ, соотвѣтствующихъ новымъ условіямъ и потребностямъ жизни. Какъ *ante legem Aebutiam* магистратъ долженъ былъ строго придерживаться законовъ, изложенныхъ въ XII таблицахъ, или интерпретацій этихъ законовъ; такъ *post hanc legem* онъ получилъ возможность видоизмѣнять отжившія правовыя нормы; другими словами, *ante legem Aebutiam* должно на судѣ *agere per certa sollemnique verba*, а *post legem Aebutiam* *per concepta verba*, словами, установленными относительно даннаго случая въ формулѣ или инструкціи магистрата. Отъ магистрата всякій разъ зависѣло употребить то или другое выраженіе въ формулѣ, допускать искъ или не допускать его. Вотъ въ этомъ смыслѣ *magistratus juridicundo* и является однимъ изъ главныхъ проводниковъ *juris gentium* существеннымъ органомъ развитія гражданскаго права.

МАГИСТРАТЫ, ЭДИКТЫ КОТОРЫХЪ ВАЖНЫ ДЛЯ РАЗВИТІЯ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА. Главными магистратами, которыми оказываетъ особенное вліяніе на развитіе гражданскаго права, являются *praetores*, какъ органы судебной власти, имѣвшіе право *jurisdictionis*. Въ 387 и 388 гг. судебныя функціи были поручены особому магистрату, который назывался *praetor major* или *urbanus*, городской преторъ, который долженъ былъ вѣдать возникавшія дѣла, споры и пререканія между римскими гражданами. Въ 507 г. учреждена была новая должность *praetor peregrinus*, которому были ввѣрены возникающія дѣла между римскими гражданами и иностранцами или же между одними иностранцами. Вмѣстѣ съ этимъ магистратомъ существовали еще и *aediles curules*, эдилы, на обязанности которыхъ лежалъ полицейскій надзоръ, принятіе мѣръ относительно охраненія порядка и безопасности въ городѣ. Но сфера ихъ юрисдикціи была очень ограничена; они имѣли право установить нормы юридическія только въ мелочныхъ дѣлахъ, касающихся преимущественно рынка, купли и продажи, наблюденія за продуктами и пр., въ провинціяхъ же судъ при-

надлежалъ *proconsules, propraetores, praesides provinciarum*.

ВИДЫ ЭДИКТОВЪ. Согласно съ этими должностными лицами, имѣвшими *jus edicendi*, мы встрѣчаемся 1) съ *edictum praetorium*, 2) съ *edictum aedilium* и 3) съ *edictum provinciale*. Но, какъ уже мы сказали выше, самую важную роль играли преторы. Равную же съ ними, въ предѣлахъ своей компетенціи, имѣли власть и *magistratus provinciales* или *praesides provinciarum, proconsules, propraetores*. Они отправляли судъ по уголовнымъ и гражданскимъ дѣламъ вполне самостоятельно и слѣдовательно являлись весьма важными органами для созданія юридическихъ нормъ.

Возможность вліянія преторовъ на развитіе права объясняется (*) указаннымъ выше, стр. 163, положеніемъ римской республиканской магистратуры вообще. Слѣдуетъ только припомнить самостоятельность, неограниченность магистратовъ въ области, подлежащей ихъ вѣдѣнію, чтобы понять, что имѣвшіе юрисдикцію магистраты только до тѣхъ поръ мало могли вліять на право, ими примѣняемое, пока существовало судопроизводство *per legis actiones*, при которомъ слова закона и выработанныхъ юристами формулъ были безусловно обязательны, какъ для тяжущихся сторонъ, такъ и для самихъ магистратовъ и судей, такъ что магистраты не могли давать хода такимъ правовымъ отношеніямъ, которыя не были признаны законами. Гай (1.с.) дѣйствительно и говоритъ, что во время процесса *per legis actiones* не дѣйствовали эдикты претора, какъ источникъ права (*quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur*). Когда же, на основаніи нѣсколькихъ законовъ, (см. *Gaj. IV §30: per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigaremus*), изъ которыхъ укажемъ главнымъ образомъ на *lex Aebutia* (неизвѣстнаго времени, вѣроятно половины 6-го столѣтія а. н. с. — ср. *Rudorff. Römische Rechts geschichte §44 i. f.*), прежній процессъ былъ замѣненъ новымъ процессомъ *per formulas*, то вліянію магистрата на право было предоставлено полный просторъ. Въ томъ процессѣ именно, какъ будетъ указано подробнѣе ниже (при разсмотрѣніи ученія о гражданскомъ процессѣ), допущеніе или недопущеніе требованій тяжущихся лицъ, было предоставлено усмотрѣнію претора, который могъ принимать такія просьбы, которыя не соответствовали буквальному тексту законовъ; слѣдовательно могъ давать процессуальный ходъ и такимъ правоотношеніямъ, о которыхъ вовсе не упоминалось въ законахъ. Все производство теперь основывалось на *formula* (отсюда и названіе процесса *per formulas* или формулярнаго процесса), т. е. на письменной, составленной по усмотрѣнію магистрата, инструкціи судьи (*judex*), которая должна была служить руководствомъ судьи при разсмотрѣніи дѣла. Въ формулѣ магистратъ, какъ выше было замѣчено, могъ предлагать судью на разсмотрѣніе и разрѣшеніе, согласно съ обязательствами дѣла, и такіе вопросы, о кото-

(*) Ср. *Puchta: Institutionen I §79, 80, 81, 82.*

рыхъ въ законѣ вовсе не было упомянуто. Такъ напр. мы находимъ, что иногда преторъ предписываетъ судѣ поступать при рѣшеніи дѣла такъ, какъ будто было бы упомянуто въ законѣ о подлежащемъ разсмотрѣнію отношеніи; при такъ называемыхъ *actiones fictitiae*, основанныхъ на фикціи (*fictio*) см. *Gaj. IV § 32* и слѣд. Для примѣра возьмемъ слѣдующій случай: преторъ считалъ несправедливымъ положеніе, согласно которому кровные родственники (*cognati*) не допускались къ наслѣдованію за своими родственниками. Является, положимъ, такой родственникъ и проситъ претора о предоставленіи ему наслѣдства; преторъ, уважая его просьбу, предписываетъ судѣ присудить истцу имущество умершаго такъ, какъ будто бы онъ былъ наслѣдникомъ *Gaj. IV, 34: is, qui ex edicto (i. e. praetoris) bonorum possessionem* — (это названіе, обозначающее наслѣдованіе преторское, въ противоположность *hereditas*, т. е. наслѣдованію по *jus civile*) *petit, ficto se herede agit... veluti hoc modo: si Aulus Agerius, id est ipse actor, Lucio Titio heres esset* и т. д. Такимъ образомъ, преторъ и могъ проводить судебнымъ путемъ всякія улучшенія и дополненія въ правовой системѣ; эта же возможность вліять на право была доставлена ему самимъ народомъ, который, посредствомъ *lex Aebutia*, доставилъ его дѣятельности полный просторъ въ формулярномъ процессѣ. Въ виду такого положенія дѣль, послѣдствіемъ котораго могло быть состояніе неопредѣленности правовой, такъ какъ граждане не могли знать впередъ, какихъ началъ преторъ будетъ держаться при отправленіи суда, установился обычай, по которому магистраты, вновь выбранные, до вступленія въ должность, (*) совѣщались съ лучшими юристами и съ народными трибунами (для того чтобы *tribuni plebis* не интерцедировали потомъ) и затѣмъ, изложивъ письменно тѣ начала, которыхъ они намѣрены держаться при отправленіи суда, выставляли ихъ для всеобщаго свѣдѣнія. Эти объявленія и были — *edicta magistratum*. Помпоній (*fr. 2 § 10 Dig. de O. J.*) поэтому и говоритъ: *magistratus jura reddebant, et ut scirent cives, quod jus de qua re quisque dicturus esset, seque praemunirent, edicta proponebant*. Въ этихъ, выставленныхъ публично, объявленіяхъ, *edicta*, и заключалось ручательство для ограниченія произвола магистрата; поэтому мы и видимъ, что магистраты обязываются по закону не отступать отъ своихъ эдиктовъ и придерживаться въ своей дѣятельности начала, изложенныхъ въ этихъ объявленіяхъ; *lex Cornelia 687 г. ab u. c. : ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent* (см. *Puchta l. c. стр. 208* по 7 изданію). Въ словахъ приведеннаго закона *lex Cornelia* говорится: *ex edictis suis perpetuis*. Какое значеніе имѣетъ тутъ слово *perpetuis*? Слово это описывается юристомъ Ульианомъ слѣдующимъ образомъ: *id, quod jurisdictionis perpetuae causa, non prout res incidit, propositum erit*. И такъ подъ *edictum perpetuum* разумѣется именно тотъ эдиктъ, въ которомъ были изложены начала, которыхъ пре-

(*) О такъ называемыхъ *magistratus designatio*, т. е. выбранныхъ на извѣстную должность, но не вступившихъ еще въ отправленіе ея, см. напр. *Mommsen, Römische Staatsrecht I стр. 476* и слѣд.

торъ будетъ-держаться постоянно т. е. въ теченіи всего времени, пока онъ занимаетъ должность свою, именно въ теченіи года; поэтому Цицеронъ и называетъ этотъ эдиктъ *lex annua*. Ульпіанъ противопоставляетъ эти *edicta perpetua* тѣмъ, которые *procut res intadit proropuntur*, такъ называемымъ *edicta repentina*, т. е. различнымъ объявленіямъ, имѣвшимъ характеръ переходныхъ, вызванныхъ текущими дѣлами распоряженій, напр. вызововъ, приказовъ отдѣльнымъ личностямъ и т. п., эти объявленія конечно не имѣли значенія для развитія права, такъ что насъ здѣсь интересуютъ только одни *edicta perpetua*, (*) какъ источникъ права.

ОБЯЗАТЕЛЬНАЯ СИЛА ЭДИКТОВЪ. Если, такимъ образомъ *edicta praetoria* имѣли значеніе въ теченіи только года, то возникаетъ вопросъ, какую обязательную силу придавали этимъ эдиктамъ и какое юридическое значеніе они могли имѣть, когда преторъ оставлялъ свою должность? Понятно, само собою, что пока преторъ находился во власти, онъ могъ принуждать гражданъ къ исполненію своихъ эдиктовъ, осуществляя свои права посредствомъ своихъ ликторовъ, какъ *magistratus cum imperio*, имѣвшій *jus multae dictionis, prehensionis* и т. д. Единственнымъ препятствіемъ на пути этого исполненія могла явиться *intercessio*, вмѣшательство со стороны народного трибуна, который могъ приостановить его рѣшеніе. Но противъ этого, какъ было показано выше, гарантіею служило то обстоятельство, что *praetor designatus*, при составленіи своего эдикта, заручался согласіемъ вновь выбранныхъ трибуновъ народныхъ, и дѣйствительно не встрѣчается случая *intercessio tribunorum plebis* противъ судебныхъ распоряженій претора.

Но преторскіе эдикты продолжали имѣть свое значеніе и сохранять свою силу и послѣ того, какъ одинъ преторъ смѣнялся и его мѣсто занималъ другой. Основаніе такого дѣйствія находилось въ существѣ преторскаго эдикта: если положенія эдикта соответствовали потребностямъ даннаго времени, то, понятно, не было никакой причины отмѣнять ихъ. И дѣйствительно такъ и было: изъ года въ годъ преторы повторяли то, что было выставлено ихъ предшественниками, добавляя только нѣкоторыя новыя положенія и постановленія относительно предметовъ, выяснившихся судебною практикою въ теченіи года, но не предусмотрѣнныхъ раньше.

Вотъ почему преторскій эдиктъ и имѣлъ большое значеніе и силу и почему римскіе юристы считаютъ его однимъ изъ лучшихъ источниковъ права. Юристъ Пашиніанъ въ *fr. 7, I кв. 1-го тит. Dig.* говоритъ слѣдующее: *jus praetorium est, quod praetores introduxerunt, adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam; quod et ho-*

(*) Замѣтимъ, что со времени императора Адриана выраженіе *edictum perpetuum* получило другое значеніе, именно значеніе дѣйствительно обязательнаго, не только на одинъ годъ, а навсегда, закона. Послѣ того именно, какъ приведенный въ систему юристомъ Сальвіемъ Юліаномъ эдиктъ, по предложенію Адриана, былъ принятъ сенатомъ, какъ законъ; дальнѣйшія измѣненія въ немъ со стороны магистратовъ уже сдѣлались невозможными и онъ получилъ значеніе общаго (вѣчнаго) закона.

porarium dicitur, ad honorem praetorum sic nominatum. Въ frag. 8 того же титула юристъ Marcianus говоритъ о *jus praetorium*: Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

Такимъ образомъ, въ эдиктѣ каждаго претора можно различать двѣ части: одну, которая перенесена изъ эдиктовъ предшественниковъ, другую, состоящую изъ новыхъ прибавленій; первая называется *edictum tralatitium* или *translatitium*, именно то, что взято и перенесено изъ предшествующихъ эдиктовъ, а вторая часть — *edictum novum*, *novae clausulae*, новыя постановленія. *Edictum tralatitium* мало по малу получалъ безусловно — обязательную силу, не какъ письменный законъ, но какъ постановленіе, основанное на обычаѣ и окрѣпшее уже черезъ постоянное повтореніе и примѣненіе, подобно выставляемому римлянами, въ видѣ юридическаго обычая, авторитета постоянно повторяющихся одинаково судебныхъ рѣшеній: *rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas*, см. fr. 38 Dig. 1,4, хотя римскіе писатели и выставляютъ преторскіе эдикты въ числѣ источниковъ писаннаго права *jus scriptum*, такъ какъ внѣшняя форма ихъ была дѣйствительно письменная.

ВЛІЯНІЕ ПРЕТОРА НА ГРАЖДАНСКОЕ ИЛИ ЧАСТНОЕ ПРАВО. Вліяніе претора проявлялось, какъ выше было замѣчено, въ томъ, что онъ вводилъ чрезъ посредство своего эдикта различныя юридическія средства для защиты правъ, устанавливалъ новые иски, *actiones* и возраженія, *exceptiones*, которыхъ не было въ древнемъ правѣ, а при посредствѣ этихъ юридическихъ средствъ онъ вводилъ и новыя права. Преторъ не могъ сказать: я признаю такое-то правоотношеніе; тогда его постановленіе прямо было-бы закономъ. Напротивъ, разсмотрѣвши дѣло и нашедши, что оно соотвѣтствуетъ требованіямъ *aequitatis*, справедливости, онъ объявлялъ только, что онъ предоставитъ средства къ защитѣ такого-то отношенія. Если, напр. сдѣлка была заключена подъ вліяніемъ страха, *metus*, то преторъ не могъ сказать, что эта сдѣлка ничтожна; онъ могъ сказать только: «*de ea re iudicium dabo*,» дамъ право иска или *ratum non habebo*, т. е. я не признаю дѣйствительнымъ. А дать право иска на уничтоженіе послѣдствій дѣйствія значитъ признать соотвѣтствующее дѣйствіе недѣйствительнымъ. Такимъ-то судопроизводственнымъ путемъ преторъ и оказывалъ громадное вліяніе на развитіе гражданскаго права; такимъ-то путемъ шло развитіе самаго права, соотвѣтственно потребностямъ времени. Здѣсь нѣтъ тѣхъ предписаній, тѣхъ *verba imperativa*, которыя встрѣчаются въ законахъ, напр. въ зак. XII таблицъ (исключеніе представляютъ только преторскіе интердикты, гдѣ употребляются повелительныя выраженія). Большою частью въ томъ смыслѣ главнымъ средствомъ примѣненія новыхъ началъ служили для претора *actiones ficticiae* (о которыхъ мы сейчасъ скажемъ ниже), на основаніи которыхъ онъ подводилъ новыя отношенія подъ существующія юридическія нормы. Вслѣдствіе этого, право шло впередъ, параллельно съ развитіемъ практической жизни, и римляне разсматриваютъ эдикты преторскіе, и вообще право, основанное на инициативѣ должностныхъ лицъ, какъ элементъ, который вносятъ соотвѣтствующій порядокъ въ юридическую жизнь. Этотъ смыслъ и имѣютъ приведенныя выше слова юристовъ Папіана и Маркіана.

Мы сказали, что однимъ изъ юридическихъ средствъ для развитія права

преторомъ были: *actiones ficticiae*, Gajus IV § 32 слѣд. Но кромѣ того, были и другія средства, напр. *interdicta* и пр. (Гай: *ib.* § 138 и слѣд. (*)) Что касается *actiones ficticiae*, то ими преторъ пользовался для того, чтобы не прерывалась связь между опредѣленіями древнихъ законовъ и вновь возникши - ми юридическими отношеніями. Прежде защищались только тѣ отношенія, которыя были предвидены закономъ. Но когда возникли новыя отношенія, преторы старались ихъ подводить подъ прежнія постановленія, или, говоря иначе, распространить дѣйствія прежнихъ постановленій и на вновь возникшіе случаи. Напр. преторы, находя возможнымъ защищать добросовѣстнаго владѣльца вещи, *bonae fidei possessor*, который по закону не имѣлъ права иска для возвращенія себѣ потерянной вещи, предписывалъ судѣе разсмотрѣть дѣло такъ, какъ будто-бы этотъ добросовѣстный владѣлецъ былъ собственникъ вещи. *Actio Publiciana in rem* и есть тотъ искъ, который давался добросовѣстному владѣльцу вещи для защиты владѣнія вещью противъ всякаго третьяго лица. Искъ этотъ основывался на *fictio impletae usucapionis*; лицо, находящееся еще *in condicione usucapiendi*, разсматривалось какъ бы уже исполнившимъ давностный срокъ и принималось за собственника вещи (Гай: IV 36).

Какъ мы уже сказали, особенное значеніе приобрѣла претора *post legem Aebutiam*. Этотъ законъ не давалъ претору законодательной власти, такъ что, если-бы преторъ выразился въ своей формулѣ: «я запрещаю такіа-то сдѣлки,» то онъ выступилъ-бы за предѣлы своей власти. Онъ могъ вводить новыя начала въ сферу частнаго права только на основаніи своей судебной дѣятельности, именно, давая защиту юридическую вновь возникшимъ практическимъ отношеніямъ, не предвидѣннымъ предшествовавшими законами. Въ этомъ отношеніи, какъ также выше было замѣчено, претору служила орудіемъ формула или письменная инструкція, которая давалась судѣе для руководства при разсмотрѣніи дѣла.

Изъ вышеприведенныхъ словъ Папиніана явствуетъ, что, по его взгляду, преторская дѣятельность *propter utilitatem publicam*, обнаруживалась въ трехъ направленіяхъ.

Prætor дѣйствовалъ *adiuvandi juris civilis gratia*. Это значитъ, что преторъ занимался разъясненіемъ истиннаго смысла *juris civilis*, давая ему полное примѣненіе, облегчая самое пользованіе правами, предоставленными *jure civili*, подводя подъ законъ случаи, на которые онъ долженъ былъ распространять свое дѣйствіе, но о которыхъ прямо въ немъ не было упомянуто. Какъ извѣстно, именно законодатель обыкновенно выражаетъ свои опредѣленія казуистически, т. е. примѣнительно къ разрѣшенію отдѣльныхъ случаевъ; и отсюда выраженіе закона не всегда вполне соответствовало дѣйствительной волѣ законодателя, а часто бывало слишкомъ ограничено, упоминало напр. объ однихъ деревьяхъ, *arbores*, гдѣ очевидно имѣлись въ виду полезныя человеку растенія вообще. Gaj. IV, 11. Преторъ конечно не задумывался давать ходъ иску и тогда, когда въ немъ употреблялись выраженія *vites* и т. п. Въ этомъ отношеніи, преторскою дѣятельностью, сфера примѣненія закона расширялась; онъ

(*) Keller: *der romische Civilprocess und die Actionen* § 30 слѣд.

сталъ простираеть свое дѣйствіе не только на тѣ случаи, которые подходили подъ буквальное его выраженіе, но и на тѣ, которые вообще подходили подъ *ratio legis, ad exemplum* (по аналогіи). Такое распространеніе дѣйствія закона, согласно истинному его смыслу, конечно, какъ нельзя болѣе соответствовало развитію юридической жизни римлянъ, внося въ нее порядокъ и гармонию; поэто- му неудивительно, если юристъ Маркіанъ восклицаетъ, что *jus praetorium est viva vox juris civilis*: что не было высказано, предусмотрѣно въ гражданскомъ законѣ, то дополнено новымъ органомъ гражданского права, преторомъ, который, встрѣчаясь съ новыми юридическими отношеніями, давалъ имъ свою защиту или, видя обветшалыя, отвергалъ ихъ. Иски, которыми распространялось дѣйствіе закона по аналогіи на случаи, не упомянутые прямо въ законѣ, но подходящіе подъ него по своей природѣ, назывались *actiones utiles*, см. *C. 1 Cod. 8, 9. Serviana actione, vel quod ad exemplum ejus instituitur utili*. При такихъ *actiones utiles* нѣтъ отступленія отъ закона, напротивъ, они только устанавливаютъ истинный смыслъ закона, подводя подъ дѣйствіе его всевозможные случаи того же рода. Въ этомъ и состояла главнымъ образомъ, дѣятельность претора по отношенію къ оказанію помощи истинному дѣйствію закона, *adiuvandi juris civilis gratia*; кромѣ того, мы видимъ, что преторъ иногда облегчаетъ самое пользованіе правами, принадлежащими лицу *ex jure civili*; такъ напр., онъ даетъ *interdictum quorum bonorum*, которымъ и наследникъ *ex jure civili, heres*, можетъ скорѣе получить наследственные вещи, нежели посредствомъ иска, принадлежащаго ему по *jus civile, hereditatis petitio*. *Gai. IV, 144.*

Преторъ дѣйствовалъ *supplendi juris civilis gratia*, т. е. въ дополненіе *juris civilis*, допуская защиту такихъ юридическихъ отношеній, которыхъ прежде вовсе не имѣли въ виду, которыя поэтому и не могли быть приводимы по аналогіи, и должны были быть вводимы совершенно вновѣ.

Чтобы, однако, и при этихъ нововведеніяхъ, сохранять, хотя бы внѣшнюю, связь съ прежнимъ правомъ, преторы тутъ пользовались фикціями. *fictiones*, указывая и въ этихъ случаяхъ въ формулѣ на прежде существовавшія отношенія, подобно которымъ долженъ быть разрѣшенъ судьейю настоящій случай, хотя онъ подъ указываемое отношеніе и не подходилъ. Подъ фикціею, вымысломъ, именно разумѣется принятіе за существующее такого обстоятельства, о которомъ положительно извѣстно, что оно не существуетъ (въ противоположность *praesumptio* — предположенію, — при которомъ принимается за существующее, сомнительное, но вѣроятное, обстоятельство). На фикціи и *actiones ficticiae* было уже выше указано. См. напр. *Gaj. IV § 37: Item civitas Romana peregrino fingitur... si modo justum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi... si peregrinus furti agat, civitas ei fingitur; similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni in jurae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana judicium datur*. Сюда же относится упомянутая выше защита добросовѣтнаго владѣльца, *bonae fidei possessor*, на основаніи *Publiciana in rem actio*. См. *Gaj. IV, 36... fingitur rem usucepisse*.

Другая форма, въ которой дѣйствовалъ преторъ *supplendi juris civilis gratia*, слѣдующая. Онъ не только устанавливалъ *actiones ficticiae*, ссылаясь на

прежня положенія и принимая положительно не существующее за существующее, но, вслѣдствіе постояннаго расширенія своей власти, онъ переставалъ дѣлать какія нибудь ссылки, на прежнее право, а прямо вводилъ новые иски, признавалъ новыя юридическія правоотношенія, составляя формулу, на основаніи обстоятельствъ самаго дѣла, въ которой онъ говорилъ: «если такія то обстоятельства на лицо, то осуди». Такіе иски, при составленіи формулы для которыхъ преторъ не ссылается ни на какія прежнія юридическія постановленія, а устанавливаетъ взглядъ на дѣло прямо на основаніи фактическихъ данныхъ и обстоятельствъ подлежащаго случая, называются *actio in factum conceptae*, въ противоположность *actiones in jus conceptae*, т. е. искамъ, основаннымъ на законодательныхъ опредѣленіяхъ, или положеніяхъ, выработанныхъ юристами. Такое *actio in factum concepta*, представляетъ напр., искъ, которымъ патронъ ищетъ противъ своего вольноотпущеннаго, *libertus*, призваншаго его въ судъ, вопреки эдикту претора: см. *Gai. IV § 46*:

Далѣе преторъ дѣйствуетъ *supplendi juris civilis gratia*, введеніемъ особаго способа защиты отвѣтчика противъ истца, называемаго *exceptio*, возраженіе; онъ допускаетъ возраженіе, которое парализуетъ *condemnatio*, (*) онъ прибавляетъ къ *condemnatio*: «осуди, если не окажется такого то обстоятельства, въ силу котораго нужно оправдать его». И на основаніи этого возраженія, *exceptiois causa*, судья отказывалъ истцу въ требованіи его. Такимъ образомъ, въ римскомъ процессѣ *exceptio* есть ничто иное, какъ то, что въ новомъ правѣ называется возраженіемъ или отводомъ. Поэтому, и нужно помнить, если въ юридическихъ сочиненіяхъ встрѣчается слово *exceptio*, то оно означаетъ не исключеніе, а возраженіе или отводъ; названіе же *exceptio*, происходитъ, отъ того, что обстоятельство, приводимое какъ возраженіе, прибавлялось къ *condemnatio*, въ видѣ исключенія, уничтожающаго *condemnationem*.—*exceptio ex condemnatione*. Напр., я долженъ вамъ, но вы обѣщали требовать съ меня не ранѣе 5 лѣтъ. Если же вы вчиняете искъ, черезъ 3 года, то, если я скажу на судѣ, что я не долженъ, меня осудятъ; потому я говорю, что я долженъ, но только прибавляю, что вы по договору, *Pactum de non petendo*, *intro quinquennium* обѣщали требовать съ меня не ранѣе, какъ, по прошествіи 5 лѣтъ; на основаніи чего въ искѣ отказывалось; поэтому, преторъ въ формулѣ и говорилъ: *Si paret N.N.A.A.X milia dare oportere, iudex condemna, si inter eos non convenit, ne ea pecunia intra quinquennium peteretur* (*Gaius IV, 119*), если только между ними не было заключено договора, *Pactum de non petendo*, чтобы не требовать ранѣе опредѣленнаго срока. И такъ, приводимыя отвѣтчикомъ слова вставляются въ формулу, въ видѣ исключенія изъ *condemnatio*; отсюда и названіе *exceptio*, для самаго возраженія. Въ новое время, это названіе проникло и въ законодательства современныя: по французски, возраженіе или отводъ, назывался *exception*, по нѣмецки *Exception* и проч.

(*) Подъ *condemnatio* разумѣется, какъ мы увидимъ, та часть преторской формулы, на основаніи которой судья получаетъ право осудить или оправдать отвѣтчика (*Gai Inst. IV, 43*) «*condemnatio est ea pars formulae qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*».

3. ВЪ ОТНОШЕНІИ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ CORRIGENDI JURIS CIVILIS

GRATIA преторъ является какъ бы въ качествѣ законодательнаго органа; онъ измѣняетъ *jus civile corrigendo et emendando*, исправляя его. Въ высшей степени, эта дѣятельность претора проявлялась въ институтѣ *in integrum restitutio*, т. е. въ отмѣнѣ преторомъ такого отношенія, которое было вполне дѣйствительно, *ex jure civili* *In integrum restitutio*, именно состоитъ въ слѣдующемъ: при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ, если кто либо потерпѣлъ вредъ, *laesio*, вслѣдствіе какого либо дѣйствія своего, по *justa causa*, т. е. по причинѣ, согласно которой претору казался несправедливымъ убытокъ, который потерпѣло лицо, то, хотя бы юридическій актъ былъ совершенъ со всѣми формальностями, предписанными *jure civili*, преторъ опредѣляетъ, что онъ не признаетъ этого акта, и возвращаетъ дѣло въ прежнее положеніе, (*in integrum restitutio*, въ какомъ оно находилось до совершения этого дѣйствія. См. напр. *Pauli Receptae Sententiae* *Tit. 7, 8, 9*. Главный случай, когда преторъ примѣняетъ такую реституцію, это именно, *i. i. g. propter minorem aetatem*, при несовершеннолѣтіи см. *Paul, l. c. tit. 9*). Если какой либо *minor*, т. е. недостигшій 25-тилѣтняго возраста заключить сдѣлку и при этомъ потерпѣть вредъ, *laesionem*, при чемъ будетъ доказано, что вредъ, произошелъ отъ его неопытности, то преторъ говорилъ: *in integrum restituiam*, хотя бы сдѣлка была совершена съ соблюденіемъ всѣхъ формальностей, которыя необходимы для крѣпости ея, на примѣръ, если бы дано даже согласіе попечителя. Возможность дѣйствія такого чрезвычайнаго средства, основывалась только на томъ сознаніи, что претора поддержать общественное мнѣніе, такъ какъ онъ прибѣгалъ къ реституціи, выходя не изъ апріорныхъ разсужденій, а опираясь на потребности общественной жизни, что слѣдовательно, такую крайнюю мѣрою, онъ только удовлетворялъ потребности, требованію общества. Въ самомъ дѣлѣ, если преторъ приводилъ новые юридическіе взгляды, давалъ защиту новымъ юридическимъ отношеніямъ, то это онъ могъ дѣлать только на основаніи общественнаго довѣрія къ нему, которое поддерживало его распоряженія. Но не только путемъ *in integrum restitutio* преторъ объявлялъ недействительными отношенія, дѣйствительныя *ex jure civili*; онъ это дѣлалъ и путемъ обыкновеннымъ, напр., *actio metus*, *actio doli*. Древнее право, напр., признавало дѣйствительными и тѣ дѣйствія, которыя были совершены подъ вліяніемъ страха, *metus*, преторъ послѣ объявлялъ ихъ, если объ этомъ попроситъ принужденный, недействительнымъ см. *D. 4, 2*. Систему преторскаго права можно считать въ главныхъ основаніяхъ законченною во времена Цицерона, когда были введены двѣ формулы: одна—*de dolo*, по поводу обмана, а другая *quod metus causa*, по поводу страха; первая называлась *formula Aquiliana*, а вторая *Ostavianiana*. Можно полагать, что въ императорскія времена, преторскій эдиктъ уже существовалъ, какъ *edictum tralatitium*, и вообще мало прибавлялось новыхъ формулъ, или *novae clausulae*. Окончательно въ систему онъ приведенъ былъ при императорѣ Адрианѣ, который (131 г. р. *Ch. nat.*) поручилъ знаменитому юристу и претору Сальвію Юліану (*Salvius Julianus*) собрать въ одно цѣлое всѣ магистратскіе эдикты, подвергнувъ ихъ первоначально тщательному пересмотру. Исправленный и приведенный въ систему Сальвіемъ Юліаномъ

эдиктъ, послѣ утвержденія Сенатомъ, особеннымъ сенатусконсультомъ Адриана, и былъ объявленъ, какъ *edictum perpetuum, quo legis vicem habet*, вѣчный эдиктъ, и предписано было считать его закономъ. Изъ всѣхъ этихъ эдиктовъ, до насъ дошли только отрывки и притомъ, лишь посредственно, въ сочиненіяхъ юристовъ, и не юристовъ. Изъ попытокъ ученыхъ возстановить текстъ и систему, преторскаго эдикта, укажемъ на: *Rudorff: Edicti perpetui, quae reliqua sunt*, 1869 г.

Если, послѣ всего сказаннаго, мы обратимся къ вопросу, о значеніи преторской дѣятельности, для развитія римскаго частнаго права, то должны замѣтить, что преторскому эдикту, вмѣстѣ съ дѣятельностью юриспруденціи, римское право обязано, главнымъ образомъ, значеніемъ, которое оно получило въ слѣдствіи времени, какъ основаніе новѣйшихъ законодательствъ. Преторскій эдиктъ, служилъ главнымъ проводникомъ, *juris gentium*, и *aequitas*, при содѣйствіи его, право развивалось постепенно и сообразно съ дѣйствительными потребностями практической жизни, безъ всякихъ колебаній и переменъ, въ законодательствѣ, способныхъ только подорвать авторитетъ закона. На это благотворное вліяніе эдикта, признанное уже римскими юристами (*Papinianus fr. 7 § Dig. I, 1. Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt... propter utilitatem publicam*), въ особенности указываетъ *Schrader* въ сочиненіи: *Die Praetorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, ein Haupt mittel unserer Recht allmalig gut und volksmässig zu bilden* 1815 г.

IUS GENTIUM. (*)

Ius gentium есть источникъ права, относящійся собственно къ третьему періоду, но начало дѣйствія его, можно отнести и ко второму, въ которомъ мы и подвергнемъ его краткому разсмотрѣнію. *Ius gentium*—это есть именно то право, которое доставило космополитическое значеніе римскому праву, въ слѣдствіе того, что въ него вошли постановленія, основанныя на *naturalis ratio*, одинаково дѣйствующей у всѣхъ народовъ. Еще съ древнѣйшихъ временъ, въ Римѣ находимъ мы, слѣды вліянія сосѣднихъ народовъ на учрежденія государственныя, политическія и даже жреческія. Такъ, если обратимъ вниманіе на жреческія коллегіи, то увидимъ, что многія ихъ учрежденія заимствованы у Этрусковъ, а политическія учрежденія у Латинянъ. Такое вліяніе представляется историческимъ закономъ, отъ котораго не отдѣлялось и *ius civile* римлянъ, хотя вліянію этому римское *ius civile* подверглось далеко не въ столь значительной степени, какъ права другихъ народовъ, чему весь ма способствовалъ свойственный римлянамъ консерватизмъ.

Однако вліяніе чужеземныхъ элементовъ признавалось самими римлянами, уже даже въ отношеніяхъ къ законамъ XII таблицъ. И новѣйшіе ученые признаютъ такое вліяніе; стоитъ только припомнить тѣ различныя доказательства, которыя приводятся сторонниками, этого мнѣнія. Напр., указанія на пословъ, отправленныхъ въ Грецію, для ознакомленія съ правомъ, и участвовавшихъ потомъ въ децемвиратѣ, или рассказъ о грекѣ Гермодорѣ, который

(*) См. Puchta, Institutionen 1 § 83, 84, 85.

помогать децемвирамъ, въ ихъ работахъ. Такимъ образомъ,, вліяніе греческое на законы XII таблицъ признается, что говоритъ и Гай, указывая на нѣкоторые законы, какъ заимствованные изъ законодательства Солона.

Отдѣлаться вполнѣ отъ чужеземнаго вліянія римляне не могли, не смотря на свой консерватизмъ, хотя онъ способствовалъ однако тому, что иностранные элементы, въ Римѣ, не встрѣчали такой благопріятной почвы, какъ въ другихъ государствахъ, и римляне поддавались имъ чрезвычайно трудно. Но этотъ консерватизмъ сталъ исчезать и смягчился въ концѣ республиканскихъ временъ, вслѣдствіе войнъ и политическихъ переворотовъ. Особенное вліяніе имѣли въ этомъ отношеніи Пуническія войны. До этого времени, римляне были по преимуществу народомъ земледѣльческимъ и постановленія ихъ гражданскаго права, главнымъ образомъ, касались отношеній по поводу поземельной собственности. Но, покоривъ Картагенъ, закладѣвъ его торговымъ флотомъ и придя, вслѣдствіе этого, въ торговые сношенія съ различными народами, они должны были нормировать свои отношенія къ этимъ народамъ, должны были допустить дѣйствіе новыхъ началъ, которыми бы опредѣлялись ихъ торговые отношенія съ другими народами. Прежде, наплывъ иностранцевъ въ Римъ былъ очень не великъ. Иностранцы, жили въ немъ, на основаніи, *hospitium*, или въ качествѣ кліентовъ. Ни одинъ иностранецъ не могъ имѣть въ Римѣ самостоятельнаго положенія, если онъ не находился, въ силу договора его съ отдѣльнымъ гражданиномъ, или его государства съ Римомъ, въ отношеніи *hospitiis*. Съ покореніемъ же чужихъ странъ и народовъ, иностранцы проникаютъ въ Римъ на другихъ условіяхъ: римляне, уже смотрѣли на нихъ, какъ на жителей, покоренныхъ ими провинцій, какъ на своихъ подданныхъ; въ это время они называются *peregrini*, а не *hostes*, какъ говорится объ иностранцахъ вообще еще въ законахъ XII таблицъ. Для урегулированія отношеній между *peregrini* и римскими гражданами, возникаетъ въ Римѣ, въ началѣ 6-го столѣтія, а н. с. особая магистратура—именно, *praetor peregrinus* (*qui jus dicit inter peregrinos, et inter peregrinos et cives Romanos*), по установленіи которой, иностранцы, пріѣзжающіе въ Римъ, уже пользуются защитой новаго магистрата. Право, выработанное этимъ магистратомъ, и есть *ius gentium*, отличающееся отъ *ius civile* своимъ особымъ характеромъ. Признакъ *ius civile* есть *ius strictum*, а признакъ *ius gentium*—*aequitas*, стремящаяся къ достиженію внутренняго равенства, къ истинному, не только формальному, возданію каждому своего. *Ius gentium*, вслѣдствіе этого, есть право, истинно уравнивающее, въ противоположность *ius strictum*, стремящемуся къ уравниенію внѣшнему. *Ius gentium*, обращаетъ вниманіе на всѣ обстоятельства, вліявшія на конкретный случай, чего не дѣлаетъ *ius strictum*, такъ что, руководствуясь только имъ, легко дойти до такого положенія, которое характеризуется словами: *summum ius—summa iniuria*, такъ какъ, иногда повидимому, самыя однообразныя отношенія, безъ различенія ихъ основаній, могутъ оказаться совершенно различными. Итакъ, новый элементъ, вторгнувшійся въ римское право, и сдѣлавшій его космополитическимъ, былъ выработанъ *praetor peregrinus*. Не останавливаясь на литературѣ этого вопроса, укажемъ только на сочиненія Фохта, (*Moritz Voigt: «Das ius naturale, gentium, bonum et aequum»* въ 4 том.) и на русское

сочиненіе Вогольцова «Значеніе общенароднаго гражданскаго права (*ius gentium*)» 1876 (*). Если обратимъ вниманіе на то, какимъ образомъ *praetor peregrinus* создалъ положеніе *ius gentium*, то увидимъ, что въ торговыхъ отношеніяхъ, возникшихъ между римлянами и иностранцами, не могли быть примѣняемы положенія національнаго права римлянъ.

Какъ на примѣръ, достаточно указать на *mancipatio*, соблюденіе всѣхъ формальностей котораго должно было страшно затруднять контрагентовъ въ ихъ торговыхъ сношеніяхъ. Поэтому естественно является то, что иностранцы между собой и съ римлянами держались другаго порядка вещей, на который указывалъ простой разумъ: вещи, напр., передавались по простому, не формальному способу, *per traditionem nudam*. Итакъ, *ius gentium* въ первоначальномъ историческомъ значеніи есть выработанное эдиктомъ *praetores peregrini* торговое право, освобожденное отъ формальностей римскаго національнаго права. Римское національное право, *jus civile* или *jus Quiritium*, не могло примѣняться къ торговымъ отношеніямъ иностранцевъ, потому что оно было рассчитано на земледѣльческія отношенія, которымъ его строго формальная сторона не могла такъ мѣшать, какъ торговымъ, а, кромѣ того, римляне смотрѣли, какъ извѣстно, на *jus civile*, какъ на *jus proprium ipsius civitatis*, и не допускали вслѣдствіе такого взгляда, примѣненія его къ иностранцамъ. Поэтому то и были необходимы новыя положенія, которыя и вводились преторомъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ преторы вводили новыя положенія, распространяя по аналогіи старыя. Иногда даже они принимали и распространяли и иностранныя постановленія, въ формѣ своихъ эдиктовъ, такъ какъ иностранн. закону римскій гражданинъ повиноваться не сталъ бы. Римскіе преторы вносили иностранныя постановленія въ свои эдикты, и римскіе граждане не спрашивали и не интересовались, откуда такія постановленія, разъ они исходятъ отъ имени магистрата, ими же установленнаго. Что такія постановленія чужаго права могли быть заимствованы преторомъ, можно заключить изъ того, что во 1) Римляне вступали въ столкновенія съ народами, у которыхъ право было гораздо болѣе развито, и, во 2), что на это указываютъ различныя названія, заимствованныя, на примѣръ, у Грековъ: *hypotheca antichresis* и т. п.

Третьимъ источникомъ *ius gentium* была *natura rerum, naturalis ratio*, природа вещей. Когда являлись новыя отношенія, преторъ обращалъ вниманіе на нормированіе ихъ обычаемъ и практикой и издавалъ постановленія соответствующія тому и другому.

Вліяніе *juris gentium*, которое сначала было, какъ выше сказано, международнымъ торговымъ правомъ, не могло ограничиваться только международными торговыми отношеніями: оно съ теченіемъ времени распространялось и на другія отрасли права. Римляне не могли не видѣть, что иностранцы, руководствовавшіеся въ своихъ отношеніяхъ началами *iuris gentium*, пользовались положеніемъ не менѣе обезпеченнымъ въ юридическомъ отношеніи, чѣмъ представляли отношенія, установленныя согласно формальностямъ *juris civilis*; поэтому они, въ отношеніяхъ между собой, какъ это указываетъ Гай въ § 40—41, II кн. своихъ институ-

(*) См. также: Hildenbrandt: *Geschichte und system der Rechts-Staatsphilosophie* 1 186 § 148.

цій, стали примѣнять также положенія, введенныя *jure gentium*, напр. переносить собственность въ *res mancipi* посредствомъ простой передачи, *nuda traditio*, вмѣсто обстоятельной, формальной *mancipatio* или *in jure cessio*.

Преторъ, проникнутый новыми идеями, охотно отступаетъ отъ формальностей квинтискаго права и поддерживаетъ вновь устанавливающіяся отношенія римлянъ. Онъ говорилъ, напр., по поводу простой *traditio rerum mancipi*, что если рабъ будетъ проданъ другому лицу и переданъ посредствомъ простой передачи, то хотя здѣсь, конечно, нѣтъ полной квинтиской собственности, но я все таки доставлю средства къ защитѣ получателя раба въ обладаніи имъ. Если же квинтискій хозяинъ станетъ утверждать, что собственность не установлена вполне, и, ссылаясь на свое формальное право, будетъ требовать возвращенія раба, то, не имѣя возможности отрицать прямо это его право, обладатель раба можетъ однако защищаться успѣшно противъ *rei vindicatio* его посредствомъ такъ называем. *exceptio doli (generalis)*. Итакъ, мало по малу римляне стали и въ отношеніяхъ между собой руководствоваться началами *iuris gentium*, которое проникаетъ во всѣ области (различается, напр., *hereditas* и *bonorum possessio*—въ наслѣдств. правѣ). Только семейное право менѣе другихъ подвергнулось влиянію *iuris gentium*. Въ этомъ видѣ *ius gentium* принимаетъ уже другое значеніе, нежели то, которое оно имѣло въ первоначальномъ своемъ видѣ: изъ международнаго торговаго права оно обратилось въ общенародное гражданское право, въ *ius commune omnium liberorum hominum*, нормирующимъ гражданско-правовыя отношенія между всѣми свободными людьми, въ Римѣ, какой бы національности они ни принадлежали. Итакъ, *jus gentium* было также римское право, выработанное римскимъ магистратомъ, но позаимствованное отчасти изъ права другихъ народовъ.

Последній фазисъ развитія *iuris gentium* побудилъ римскихъ юристовъ къ попыткѣ опредѣлять, откуда взялось такое право, ибо собственно, по ихъ взглядамъ, положительное право могло только существовать на основаніи *communis rei publicae sponsio*, какъ *ius civile*. Гай, стараясь опредѣлить основаніе общаго дѣйствія положеній *jus gentium*, и даетъ опредѣленіе этого права, приведенное на стр. 12-й, какъ права, введеннаго самой природой вещей, *naturali ratione, natura rerum*, и охраняемаго верховною властію у всѣхъ народовъ: *quod apud omnes populos peraeque custoditur*. Во всякомъ случаѣ *jus gentium*, въ глазахъ всѣхъ римскихъ юристовъ, было право положительное, а не философское или естественное.

Въ вышеприведенномъ сочиненіи Фохта, можно найти указанія на примѣненія *jus naturae* и *naturalis ratio*. Объ этомъ же вопросѣ говоритъ и Гильдебрандтъ въ вышеприведенномъ сочиненіи: наконецъ, мы находимъ разработку этого вопроса у Лейста въ сочиненіи *Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts*, реальныя основы и матеріалы права. Онъ выставяетъ 5 матеріаловъ, изъ которыхъ слагается положительное право, и первымъ изъ нихъ, по его мнѣнію, является *rerum natura, naturalis ratio*, реальный естественный порядокъ, стоящій надъ индивидуумами, напр. естественная потребность пищи. *Naturae ratio*, такимъ образомъ, разсматривается, какъ совокупность естественныхъ законовъ, непреложныхъ для всѣхъ живыхъ существъ.

Для заключенія этого вопроса скажемъ нѣсколько словъ объ *aequitas*.

AEQUITAS.

Aequitas, какъ указано выше, есть отличительный признакъ *iuris gentium*. На русскомъ языкѣ мы не находимъ соответствующаго выраженія для перевода того слова, также какъ ни во французскомъ, ни въ англійскомъ, въ которыхъ употребляется русскій терминъ: *equite equity*. Только нѣмецкій языкъ имѣетъ подходящій терминъ: *Billigkeit*. Обыкновенно обозначаютъ его словами: матеріальная или естественная справедливость или справедливость по существу. Въ чемъ же состояла *aequitas*? Вопросъ этотъ спорный. Фохтъ въ вышеприведенномъ сочиненіи занимается имъ подробно, но не разрѣшаетъ. (*)

Мы здѣсь остановимся нѣсколько на объясненіяхъ Лейста въ вышеуказанномъ его сочиненіи: *Die realen Grundlagen des Rechts*. Лейстъ беретъ изслѣдовать ипостатическіе, матеріальные элементы права, и изслѣдованіе источниковъ приводитъ его къ тому заключенію, что содержаніе права можетъ быть приведено къ 5 матеріаламъ (*Stoffe des Rechts*). Первый (см. *Leist* p. 169) это есть реальный, естественный порядокъ вещей, стоящій надъ индивидуумами, дѣйствующій по законамъ природы, *naturalis ratio*. Второй—это есть національно-политическій порядокъ, вытекающій изъ особенныхъ потребностей даннаго народа и объясняющійся различными историческими, географическими и другими причинами; это есть именно то, что римляне называютъ *civilis ratio*. *Civilis ratio* есть порядокъ, стоящій надъ отдѣльными лицами, взятый изъ особенныхъ национальныхъ свойствъ народа, къ которому принадлежитъ данное лицо. Третьимъ матеріаломъ, изъ котораго создается право, Лейстъ считаетъ извѣстныя положенія, вызванныя потребностью цѣлесообразности, къ которой люди стремятся въ индивидуальныхъ отношеніяхъ практической жизни. Многія отношенія вызываются только потребностями цѣлесообразности. Напримѣръ, институтъ давности устанавливается съ цѣлью упроченія собственности, *nedominia rerum diutius in incerto essent* (Гай II § 44). Четвертый матеріалъ составляютъ явленія, которыя объясняются конкретнымъ, индивидуальнымъ произволомъ. Есть положенія, которыя нельзя конструировать: ихъ можно объяснить просто, какъ дѣйствіе законодательной власти или обычая. Пятый матеріалъ права есть чувство равенства, проникающее всѣ индивидуумы; на этомъ чувствѣ и основывается *aequitas*, «*das die Individuen durchziehende Allgemeineingleiche*». Высшая цѣль догматическаго анализа права заключается именно въ анализѣ этого признака права.

Лейстъ въ § 34 своего сочиненія, рассматривая *aequitas*, прежде всего указываетъ на опредѣленіе этого понятія однимъ изъ наиболее извѣстныхъ ученыхъ юристовъ нашего времени, придерживающагося господствующаго мнѣнія объ *aequitas*, именно на Виндшейда, профессора Римскаго и Гражданскаго права въ

(*) Hildebrandt; *Geschichte und System der Rechts und Staats-philosophie* I, § 150—152. Въ § 150 находится изложеніе господствующаго мнѣнія и мнѣнія Фохта объ *aequitas*; въ § 151 Гильдебрандтъ разсматриваетъ свой собственный взглядъ на этотъ предметъ, выставляя слѣдующій результатъ: «*das Princip der Approximation an die materielle Gerechtigkeit, als leitender Gedanke einer neuern, dem streng formalen Civilrechte gegenüber stehenden, Rechtsbildung, ist die aequitas.*»

Лейпцигскомъ Университетѣ. Въ своемъ сочиненіи *Lehrbuch des Pandectenrechts*, въ § 28, 4 изд. Виндшейдъ слову *aequitas* даетъ названіе *Billigkeit*, названіе, соответствующаго которому нѣтъ въ другихъ новѣйшихъ языкахъ, какъ это замѣчено выше. *Billig*, т. е. *aequum*, по Виндшейду, право является тогда, когда оно соответствуетъ вполне фактическимъ отношеніямъ (мы видѣли выше, что право нормируетъ фактическія отношенія между людьми для установленія *incolumis civium coniunctio*). Напр. фактическое отношеніе: соединеніе мужчины и женщины нормируется юридическимъ отношеніемъ брака. Подъ *ius aequum*, стало бытъ, должно разумѣть право, которое соответствуетъ фактическимъ отношеніямъ, т. е., въ которомъ 1) каждый моментъ фактическихъ отношеній, заслуживающій вниманія, и принимается во вниманіе, 2) не принимается во вниманіе никакой моментъ, незаслуживающій вниманія, 3) всякій фактическій моментъ получаетъ именно то значеніе, котораго требуетъ его природа. Всѣ эти свойства принадлежатъ *ius aequum*. То же право, которое въ одномъ или другомъ отношеніи не соответствуетъ этому, есть строгое *ius strictum*.

Такое объясненіе Виндшейда является однако весьма неопредѣленнымъ; понятіе объ *aequitas* при немъ представляется слишкомъ субъективнымъ, зависящимъ отъ юридическаго чувства и отъ воззрѣнія лица, рассматривающаго право. Напр., возьмемъ римское право и каноническое право православной церкви; въ постановленіяхъ того и другаго замѣтимъ огромную разницу, но то и другое изъ нихъ имѣютъ своихъ защитниковъ. Недозволеніе брака въ, относительно говоря, отдаленныхъ степеняхъ родства въ православной церкви съ точки зрѣнія однихъ признается цѣлесообразнымъ по разнымъ физиологическимъ основаніямъ, а съ точки зрѣнія другихъ являются болѣе соответствующими положенія римскаго права, допускающія бракъ въ, относительно говоря, близкихъ степеняхъ. Итакъ, главный недостатокъ при опредѣленіи Виндшейда есть объективная неопредѣленность понятія *aequitas*. Лейстъ говоритъ, что для отысканія римскаго понятія объ *aequitas*, нужно обратиться къ подробному изслѣдованію и разсмотрѣнію всѣхъ отдѣльныхъ рѣшеній римскихъ юристовъ, (*) у которыхъ мы напрасно будемъ искать какое нибудь общее, соответствующее дѣлу, опредѣленіе *aequitas*. Общеизвѣстно именно, что римскіе юристы, представляя себѣ весьма ясно извѣстное понятіе и примѣняя его съ величайшимъ искусствомъ, оказывались болѣею частію неспособными выразить такія понятія въ общихъ опредѣленіяхъ (они же сами указываютъ на трудность такихъ общихъ опредѣленій, см. *Javolenus fr. 202 D. de R. 1. Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut subverti non possit*). Если же, говоритъ Лейстъ, мы изслѣдуемъ внимательно отдѣльныя рѣшенія римскихъ юристовъ, то замѣтимъ, что, по ихъ понятіямъ, *aequitas*—это гуманность въ области социальнаго порядка—*die Humanität im Gebiete der socialen Ordnung*. Поэтому мы и находимъ, что эти юристы часто употребляютъ *promiscue* (т. е. какъ синонимы) слова: *aequum* и *humanum* (Leist стр. 192).

Гуманность же есть понятіе, существующее съ тѣхъ поръ, какъ существуютъ

(*) Для этого къ сочиненію своему Лейстъ, какъ бы въ видѣ Хрестоматіи, приложилъ очень много отдѣльныхъ рѣшеній юристовъ, основанныхъ на понятіе *aequitas*.

люди. Человѣкъ всегда въ человѣкѣ признаетъ существо, подобное себѣ (*seines Gleichen*). Мысль, что, не смотря на фактическое неравенство людей, явившееся вслѣдствіе войны и насилія, различія умственныхъ дарованій и честолюбія, различія половъ, прилежанія и т. п., вызывающее и различіе въ правовомъ положеніи отдѣльныхъ лицъ, въ каждомъ человѣкѣ все таки слѣдуетъ признавать существо, себѣ подобное,—эта мысль, по мнѣнію Лейста, присуща одинаково самому дикому и самому образованному человѣку. Мысль эта объясняется тѣмъ, что человѣкъ (въ противоположность животному) есть существо нравственное и пользуется божественнымъ даромъ совѣсти. Каждому внутренній голосъ говорить: «Ты человѣкъ и поэтому долженъ поступать по человѣчески съ тебѣ подобными. Это и есть гуманность».

1) Гуманность есть не только теорія, но и сила, и именно непреодолимая естественная сила. Подобно тому, какъ совѣсть отдѣльнаго человѣка представляетъ силою относительно него, такъ чувство равенства или гуманности является силою народной совѣсти. Это чувство не совпадаетъ съ правовымъ чувствомъ народа; оно, напротивъ того, не перестаетъ подвергать критикѣ существующее право. *Juris ratio* и *aequitatis ratio* всегда предметы различные по внутреннему существу (см., напр., fr. 25 D. de legib. l. 3: *nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur*; fr. 7 § 1 D. de i. i. r. 4, l. 1: *ut et ratio et aequitas postulabit*).

2) Чувство гуманности существовало и проявлялось всегда и въ древнѣйшія времена. Если обратимъ вниманіе на различныя учрежденія древняго времени, то увидимъ, что многія изъ нихъ, не смотря на то, что не защищаются правомъ свѣтскимъ, существуютъ подъ охраной права сакральнаго и чувства народной совѣсти. Напримѣръ, по свѣтскому законодательству, кліентъ не можетъ быть защищаемъ своимъ патрономъ, между тѣмъ какъ отношенія патрона къ кліенту охраняются постановленіемъ сакральнаго права, полагающаго высшее наказаніе — *sacratio capitis*—патрону, дурно обращающемуся съ кліентомъ. Какъ на другой примѣръ, укажемъ на *ius asyli*, право убѣжища. Все это проблески того взгляда, что и внѣ права должно поступать по человѣчески съ существами себѣ подобными. Вездѣ, слѣдовательно, можно видѣть идею гуманности. Сначала же въ римскомъ народѣ дѣйствіе *aequitatis* было слабое, но, когда разъ установился твердый юридическій порядокъ при помощи *ius strictum*, то сіе послѣднее мало по малу стало смягчаться и проникаться началами *aequitatis*.

Лейстъ предупреждаетъ, чтобы не смѣшивать теорій равенства по различнымъ новѣйшимъ ученіямъ съ римскою *aequitatis*. (*) По римскому взгляду, *aequitas* вовсе не имѣетъ въ виду окончательное внѣшнее, фактическое равенство всѣхъ людей. *Aequitas* есть одинаковое гуманное обращеніе со всѣми. *Das Ziel der aequitas ist nicht Gleichmachung der Menschen und ihres Rechts, sondern bei aller immer bleibenden Ungleichheit der Verhältnisse und der Rechtsstellungen, gleichmenschliche Behandlung Aller unter dem Recht*

(*) И Виндшейдъ (I. с. прим. 1) говоритъ: «*Jus aequum ist nicht das allen Personen gleiche Recht, sondern das den Verhältnissen gleiche, sie deckende Recht*».

(стр. 196). Государство, въ силу *aequitatis*, ставитъ одинаковыя требованія и богатымъ, и бѣднымъ, сообразно ихъ положенію одинаково распределяетъ права и обязанности, одинаково устанавливаетъ цензъ, пропорціонально имуществу каждаго, словомъ, каждому воздаетъ свое. Напримѣръ, служба въ первыхъ рядахъ войска, выпадавшая на долю самыхъ богатыхъ, была сопряжена съ платою наибольш. податей. И такъ, *aequitas*, по римскому взгляду, состоитъ въ томъ, чтобы всякій занималъ то положеніе, какое ему подобаешь по полу, развитію, трудолюбію и т. п., а не въ томъ, чтобы внѣшнимъ образомъ уравнивать всѣхъ людей. *Aequitas* руководится подробнымъ изслѣдованіемъ всѣхъ отношеній съ безпристрастной точки зрѣнія равенства и равноцѣнности человѣческой природы.

3) Самый способъ проведенія *aequitatis* составляетъ, по мнѣнію Лейста, высочайшую заслугу римскихъ юристовъ. Разъ сознавъ требованія *aequitatis*, римскіе юристы, безъ всякихъ громкихъ фразъ, примѣняли съ одной стороны нравственную строгость, съ другой же гуманность. Нельзя поэтому, какъ то думаютъ нѣкоторые, смѣшивать *aequitas* со снисходительностью: *aequitas* есть безпристрастное воздаяніе всякому св оего (*suum cuique tribuere*); она, слѣдовательно, относится съ порицаніемъ и карою ко всему злему, недобросовѣстному и т. п., такъ что въ этомъ смыслѣ можетъ быть рѣчь и о строгой *aequitas*. Въ этомъ отношеніи, напр., *aequitas* къ лицу, принудившему другаго посредствомъ угрозъ къ заключенію сдѣлки, относится строже, нежели *jus strictum*; по *jus strictum* сдѣлка дѣйствительна, по *aequitatis* нѣтъ. (*)

Такимъ образомъ, мы видимъ, что римскіе юристы, руководствуясь *aequitate*, создали зданіе гражданско-правовой нравственности, выражающейся, по мнѣнію Лейста, въ трехъ направленіяхъ. 1-ое, *Die subjectivschätzende*, субъективно-оцѣнивающее, заключающейся въ оцѣнкѣ индивидуальности и качествъ каждой личности. Напр., на основаніи пола, возраста, занятія люди должны быть поставлены различно. Знанія права можно требовать отъ людей, знающихъ общественную жизнь, вращающихся въ ней, но нельзя требовать отъ поленщиковъ, живущихъ своимъ трудомъ. Энергію и силу невозможно требовать отъ женщины въ такой же мѣрѣ, какъ и отъ мужчины. 2-ое направленіе есть—*Die objectivausgleichende aequitas*, объективно-уравнивающее. Она стремится къ уравниванію того, что противорѣчитъ понятію *aequitatis* въ юридическихъ отношеніяхъ. Существуетъ, напр. положеніе, что никто не можетъ наживаться на счетъ другаго; *fr. 206 D. de R. J. Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiozem*. Поэтому, еслибы обнаружился такой фактъ, то на основаніи *aequitatis* слѣдовало бы уравнивать такое неравенство. Или, существуетъ еще положеніе: «*ubi sunt commoda, ibi onera esse debent*»—гдѣ выгоды, тамъ должны быть и тяжести. Поэтому, еслибы двое вступили между собою въ товарищество такъ, чтобы всѣ выгоды были только на одной сторонѣ, то здѣсь *aequitas* не существовала бы.

3-іе направленіе Лейстъ называетъ *die rechtanwendende*, правопримѣняю-

(*) См. приложенія въ видѣ хрестоматіи къ соч. Лейста, прилож. 3, 2-ой отдѣлъ.

щимъ. Оно стремится къ тому, чтобы судья дѣйствовалъ на основаніи *aequitatis*, чтобы, рѣшая дѣло, онъ обращалъ вниманіе на всѣ обстоятельства дѣла. При совершеніи какой нибудь сдѣлки, въ договорѣ между контрагентами, на основаніи постановленій *ius strictum*, должны были быть употребляемы именно тѣ выраженія, какія стояли въ законѣ; *aequitas* же допускаетъ, чтобы въ сдѣлкѣ, заключенной, напр., въ какой нибудь провинціи, а не въ Римѣ, были употребляемы выраженія мѣстныя (провинціализмы), и вмѣняетъ судью въ обязанность разсматривать сдѣлки, въ которыхъ употреблены слова не буквально тождественныя со словами законовъ. Вообще же третье направленіе *aequitatis* заключается въ томъ, что судья долженъ разсматривать не только вѣшнюю, формальную сторону дѣла, но внутреннюю сущность воли дѣйствующихъ лицъ.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

Прежде всего обратимъ наше вниманіе на общую характеристику гражданского права въ квинтскій періодъ. Ни начала *iuris gentium*, ни начала *aequitatis* въ немъ не были еще распространены, а, напротивъ, стояли на очень низкой ступени развитія. (*)

Въ квинтскомъ періодѣ господствуетъ самый беспощадный, строго выработанный формализмъ, на который преимущественно и обращало вниманіе *ius strictum*. Но строгій формализмъ не былъ отличительнымъ признакомъ только втораго періода; какъ извѣстно, мы встрѣчаемся съ нимъ и въ первомъ. Разница же заключается въ томъ, что въ первомъ періодѣ мы встрѣчаемся съ религиозными формальностями, а во второмъ—со свѣтскими, причемъ формальности эти выражаются весьма различно, начиная съ участія народнаго собранія и кончая участіемъ свидѣтелей. Общими же всѣмъ формальнымъ сдѣлкамъ являются торжественныя слова: *verba Sollemnia et immutabilia*. Во всякомъ случаѣ періодъ этотъ характеризуется формальностями, которыя смягчаются и измѣняются только къ концу его, подъ вліяніемъ *aequitatis*.

Если мы всмотримся въ формализмъ этого періода, то замѣтимъ, что онъ представляетъ нѣкоторую градацію. Такъ, есть юридическія отношенія, требующія:

1) Утвержденія народнаго собранія, напримѣръ *arrogatio*, когда *homo sui iuris* усыновлялся кѣмъ нибудь. Гай говоритъ объ этомъ въ § 99 I-й книги такъ: *Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt; quae species adoptivis dicitur arrogatio* и т.д. Такая форма *arrogationis* существовала, какъ видно отсюда, и далѣе квинтскаго періода; она была и въ императорскій періодъ, какъ свидѣтельствуемъ Гай.

2) Для другихъ юридическихъ актовъ требуется участіе различныхъ магистратовъ. Укажемъ на такъ называемое *manumissio censu*, (**) дѣ было необхо-

(*) Мы рассмотрѣли *ius gentium* и *aequitas* въ этомъ періодѣ единственно по недостатку времени для рассмотрѣнія ихъ въ 3-мъ, къ которому они собственно относятся.

(**) См. *Ulpiani fragmenta* I tit. § 8.

димо участіе цензора. Сущность этого акта заключалась въ томъ, что, когда черезъ каждые 5 лѣтъ цензоръ производилъ перепись для распредѣленія гражданъ по цензу, къ нему являлись рабы и *iussu dominorum* заявляли себя свободными римскими гражданами. Приобрѣтеніе рабомъ правъ гражданства зависитъ, следовательно, въ этомъ случаѣ отъ цензора, который составлялъ списки.

При нѣкоторыхъ сдѣлкахъ очень большое принималъ участіе преторъ, который вообще ближе всѣхъ стоялъ магистратовъ къ гражданскому праву. Въ 1 кн. § 98 Институцій Гая говорится о томъ видѣ усыновленія, которое совершается при участіи претора, *adoptio*, когда сынъ семейства переходитъ подъ власть другого лица: *Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperio magistratus, velut praetoris*. Участіе претора нужно также при такъ называемомъ *in iure cessio* (*), уступкѣ на судѣ, о чемъ Гай говоритъ въ § 24 11 кн. своихъ Институцій. Этотъ актъ состоитъ въ томъ, что между двумя лицами происходитъ *imaginaria vindicatio*, воображаемое отыскиваніе права собственности, короче, это есть способъ перенесенія однимъ лицомъ права собственности на другое лицо съ утвержденія магистрата. Напр., одно лицо передаетъ другому своего раба; для того, чтобы гарантировать свое приобретеніе, лицо, получившее раба, желаетъ имѣть судебное утвержденіе своего права и съ этою цѣлью является въ судѣ. Такъ какъ назначеніе претора заключается въ рѣшеніи спорныхъ дѣлъ, то вслѣдствіе безспорности сдѣлки въ данномъ случаѣ стороны, желая заставить претора дать согласіе, притворяются спорящими. Одно лицо говоритъ, что рабъ принадлежитъ ему и что другое лицо у него оспариваетъ раба. Преторъ обращается къ сторонѣ будто бы оспаривающей, на дѣлѣ же уступающей собственности въ рабѣ, и спрашиваетъ, имѣетъ ли она что нибудь возразить, и, если она заявляетъ, что нѣтъ, или молчитъ, то онъ присуждаетъ раба (*addicit*) тому, кто виндицируетъ его, т. е. лицу, приобрѣвшему раба по сдѣлкѣ съ хозяиномъ раба.

При нѣкоторыхъ сдѣлкахъ, хотя и рѣдко, мы видимъ 3) участіе духовныхъ властей. Въ § 102 1-й кн Гая можно найти указанія на особый видъ усыновленія, именно, на *arrogatio impuberum*. Онъ говоритъ, что эта *arrogatio* прежде запрещалась, но потомъ, въ силу повелѣнія, даннаго блаженной памяти императоромъ Антониномъ жрецамъ, она допускается съ нѣкоторыми условіями. Во времена Гая также, какъ весьма рѣдкое явленіе, встрѣчаются браки, при которыхъ было совершено *confarreatio*, требовавшее участія духовныхъ властей. Такіе браки существовали только потому во времена Гая, что назначеніе на жреческія должности могло выпасть только на лицъ, происшедшихъ отъ *confarreatio* брака, и извѣстные духовныя лица могли вступать въ бракъ только съ примѣненіемъ обряда *confarreatio*.

Приведенные выше примѣры указываютъ на участіе народнаго собранія, цензора, претора и жрецовъ. Иногда, вмѣсто народнаго собранія, встрѣчаемся 4) съ участіемъ свидѣтелей, *testes sollemnitatis causa*. Они являлись представителями народнаго собранія, на что указываетъ число ихъ 5, соответственно съ 5-ю классами, на которые раздѣлялись римскіе граждане по устройству Сервія Туллія. Са-

(*) Подъ *ius* здѣсь разумѣется мѣсто, гдѣ отправляется правосудіе. См. 11 fr. Dig. De Just. et Jure 1, 1.

мою распространенною формою сдѣлки слѣдуетъ признать *negotia per aes et libram, adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus masculis*. Это есть *nexum*, о которомъ говорится въ 6-ой таблицѣ законовъ XII-и таблицъ. Эта сдѣлка именно заключалась съ участіемъ 5 свидѣтелей и, какъ бы представителей народнаго собранія. Отъ этихъ представителей требуются тѣ же качества, которыя требуются отъ присутствующихъ въ народныхъ собраніяхъ (чѣмъ и доказывається, что эти *testes sollemnitatis causa* являются замѣной народныхъ собраній), именно: а) они должны быть римскими гражданами, *cives Romani*, б) должны быть мужескаго пола, *masculi*; женщина не имѣетъ этого права (ибо она не имѣетъ и *communio contionum*), в) они должны быть совершеннолѣтними, *puberes*, д) они не должны быть лишенными полной гражданской чести. Наконецъ, самое число 5, какъ замѣчено выше, указываетъ на то, что они замѣняютъ собой 5 классовъ римскаго населенія.

Шестымъ числомъ при совершеніи *nexum* былъ *libripens*, вѣсодержатель, который также долженъ обладать всѣми вышеназванными качествами. Участіе его заключалось въ томъ, что онъ держалъ вѣсы (*libra*), на которыхъ взвѣшивалъ мѣдь (*aes*). Это происходило изъ древнѣйшихъ временъ, еще не было денежныхъ знаковъ, а металлы употреблялись еще въ слиткахъ, *aes rude* для взвѣшивания которыхъ при сдѣлкахъ древняго права нуженъ былъ *libripens*. Когда, при Сервіѣ Туллѣ, явилась уже *aes signatum*, а потомъ и чеканенная монета (см. Сокольскій § 20), то римляне все таки, вслѣдствіе своего консерватизма, не отменили вѣсодержателя, и, такимъ образомъ, эта форма сохраняется еще во второмъ періодѣ.

б) Кромѣ участія различныхъ лицъ, при нѣкоторыхъ актахъ требуется еще публичное заявленіе, напримѣръ, при *manus iniectio*. Еще въ законахъ 12-ти таб. было постановлено, что если кредиторъ намѣренъ осуществить свое право *manus iniectio* и заключенія должника въ такъ называемый *carcer privatus*, то прежде приведенія этого намѣренія въ исполненіе, онъ долженъ былъ заявить предъ преторомъ, что вотъ такой то должникъ не платитъ денегъ и поэтому подвергается заключенію; а затѣмъ уже въ публичномъ мѣстѣ дѣлать то же самое и выводить должника три раза на *forum*, въ 3 рыночные дня (*trinundinum*). Это дѣлалось именно для того, чтобы найти, если возможно, *vindex*а, т. е. поручителя, который избавилъ бы должника отъ грозившей ему печальной участи. Слѣдовательно, кредиторъ могъ осуществить свое право надъ должникомъ только послѣ этой предварительной публикаціи (Aulus Gell. 20, 1, 46, 7).

Подобное же заявленіе, какъ это видно изъ Гая 3 кн. § 123, требовалось, по *lex Pompeja* и при поручительствѣ. Лицо, которое принимало поручителей, должно было заявлять публично (*praedicare*), по какому дѣлу и за какую сумму оно принимаетъ поручителей, и сколькихъ; въ противномъ случаѣ поручители освобождаются отъ обязательства. Если именно эта формальность не будетъ исполнена, то поручители (*sponsores* и *fidepromissores*), въ теченіе 30 дней, могутъ требовать судебнымъ порядкомъ констатированіе этого обстоятельства, и, если судья признаетъ, что публичное объявленіе не было сдѣлано, то поручители освобождаются отъ всякой отвѣтственности.

Строгая формальность *ius civile* въ теченіи квинтискаго періода посте-

пенно смягчается, такое смягчение мы видимъ въ появленіи контрактовъ, при которыхъ формальность заключается только въ однихъ определенныхъ, безусловно обязательныхъ словахъ. Это такъ называемое *verborum obligatio (stipulatio)*. Гай въ § 92 III книги говоритъ слѣдующее: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut dari spondes? spondeo, dabis? dabo, promittis? promitto, fide promittis? fide promitto, fide iubes? fide iubeo, facies? faciam*. Все дѣло, какъ видно изъ этого мѣста Гая, заключается въ томъ, чтобы съ одной стороны былъ произнесенъ извѣстный вопросъ, а съ другой стороны совершенно конгруирующей съ словами вопроса отвѣтъ, такъ что на вопросъ *dari spondes*, надо непременно отвѣтить *spondeo*, а никакъ не *dabo*; въ противномъ случаѣ, сдѣлка не состоится.

Въ этой *verborum obligatione* нельзя не видѣть уже смягченія формализма. Дальнѣйшимъ смягченіемъ формализма при заключеніи сдѣлокъ можно признать примѣненіе только письменной формы, даже безъ особенныхъ торжественныхъ словъ, такъ называемое *litterarum obligatio*, см. § 128, III кн. Институцій Гая. Наконецъ, смягченіе формальностей дошло даже до того, что юристы стали признавать дѣйствительными и порождающими иски даже договоры, заключенные безъ всякихъ формальностей, *nudo consensu*, такъ называемые *obligationes, quae nudo consensu fiunt, contractus consensuales*, см. Гай. III, 135.

Такимъ образомъ, мы не можемъ не замѣтить, что строгій формализмъ *iuris stricti* съ теченіемъ времени, подъ вліяніемъ началъ *aequitatis*, смягчался постепенно, въ извѣстной градаціи, начиная отъ участія при совершеніи сдѣлокъ всего народнаго собранія и кончая простымъ неформальнымъ соглашеніемъ сторонъ (*nudus consensus*).

Изъ этого краткаго указанія видно, какъ постоянно измѣнялись формы юридическихъ сдѣлокъ: въ началѣ онѣ были обставлены строгими формальностями, а затѣмъ мало по малу эти формальности ступшевались и уступили мѣсто сдѣлкамъ болѣе свободнымъ. О значеніи формы для юридическихъ сдѣлокъ см. Герингъ. *Geist II*, § 45 слѣд.

NEXUM И MANCIPIATIO.

См. Danz, *Rechtsgeschichte II*, § 146.

Наиболѣе распространенною изъ всѣхъ формальностей при заключеніи сдѣлокъ была форма: *per aes et libram*. Подъ *negotium «per aes et libram»* разумѣется такой юридическій актъ, который, какъ выше указано, совершается въ присутствіи пяти свидѣтелей и *libripens'a*, которые должны удовлетворять всѣмъ условіямъ, требуемымъ отъ гражданъ, присутствующихъ въ народныхъ собраніяхъ т.е. римское гражданство, мужескій полъ, совершеннолѣтіе и отсутствіе *infamiae*. Это первый элементъ сдѣлки. Вторымъ элементомъ является *libripens*, т.е. вѣсодержатель, поставляемый отъ государства, роль котораго состоитъ въ взвѣшиваніи мѣды и части того предмета, который продается. Третій моментъ сдѣлки состоитъ въ произнесеніи *verba solemnia*, т.е. определенныхъ торжественныхъ словъ, которыя и придаютъ въ данномъ случаѣ характеръ сдѣлки, такъ сказать, отдѣляютъ ее отъ другихъ

сдѣлокъ, потому что бываютъ различныя сдѣлки, заключаемыя *per aes et libram*.

Если мы обратимся къ источникамъ, то увидимъ, что въ нихъ для *negotium per aes et libram* существуютъ два названія: 1) *nexum* (отъ *nectere* — связывать) и 2) *mancipatio* или *mancipium* (отъ *manu capere*). Въ источникахъ, наприм. въ VI таблицѣ законовъ 12-и табл., мы находимъ сопоставленіе обоихъ этихъ словъ: *cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Возникаетъ вопросъ, какое же значеніе имѣютъ эти различныя слова, т. е., относятся ли они между собою, какъ общее къ частному, или составляютъ только отдѣльные виды одной и той же сдѣлки? Въ этомъ отношеніи существуетъ споръ, который держится на различномъ мнѣніи самихъ римскихъ юристовъ, которые при опредѣленіи *nexum* и *mancipatio* высказываются не единогласно.

Вотъ это мѣсто источниковъ у Варрона, въ сочиненіи «*de lingua latina*» «*nexum, Mamilius scribit, omne, quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia. Mucius—quae per aes et libram fiunt, ut obligentur, praeterquam mancipio detur*», т. е., юристъ Мамилій пишетъ, что подъ *nexum* разумѣется всякая юридическая сдѣлка, совершаемая *per aes et libram*, слѣдовательно, подъ это понятіе подходит и *mancipatio*; юристъ же Муцій говоритъ, что подъ *nexum* разумѣются только тѣ сдѣлки *per aes et libram*, которыя заключаются съ цѣлію установленія обязательства—*ut obligentur*—за исключеніемъ *mancipatio*. Последнее, говоритъ Варронъ, болѣе вѣрно, и это мнѣніе нынѣ и есть болѣе принятое.

На основаніи сего нужно полагать, что слово *nexum* употреблялось въ двоякомъ смыслѣ: обширномъ и тѣсномъ. Подъ *nexum* въ обширномъ смыслѣ разумѣются вообще всѣ сдѣлки, устанавливаемыя *per aes et libram*, на что бы онѣ ни были направлены: на установленіе обязательства или вещнаго права; сюда относятся поэтому и *mancipatio*. *Nexum* въ обширномъ смыслѣ дѣлится на два вида: а) *negotium per aes et libram*, называемая *mancipatio* и б) *negotium per aes et libram*, называемое *nexum* въ тѣсномъ смыслѣ. *Nexum* въ тѣсномъ смыслѣ устанавливаетъ между лицами обязательственныя отношенія; *mancipatio* же направлено на установленіе вещныхъ правъ.

Negotia per aes et libram имѣютъ въ древнемъ квинтскомъ правѣ весьма большое и важное примѣненіе. Напр., на основаніи *mancipatio* устанавливается *manus*, власть мужа надъ женою (*coemptio*) и *patria potestas* (*adoptio*); *patria potestas* прекращается при помощи этой же сдѣлки (*emancipatio*); устанавливаются различныя права вещныя: права собственности, сервитутовъ и т. д.; затѣмъ на основаніи *nexum* въ тѣсномъ смыслѣ устанавливаются обязательственныя отношенія; наконецъ, эта же сдѣлка имѣетъ примѣненіе и въ наследственномъ правѣ (*testamentum per aes et libram* или *testamentum per mancipationem*).

СОДЕРЖАНІЕ ЮРИДИЧЕСКИХЪ СДѢЛОКЪ.

Мы видѣли выше, что содержаніе юридическихъ сдѣлокъ можетъ быть разсматриваемо съ двухъ точекъ зрѣнія, а именно: во 1) законы 12-и табл. представляютъ самую большую свободу лицамъ, совершающимъ сдѣлки, признають за

ними полную автономію. Они говорятъ: «*uti lingua nuncupassit, ita jus esto*» или «*uti legassit, ita jus esto*». Слѣдовательно, содержаніе юридическихъ актовъ совершенно предоставлено усмотрѣнію частныхъ лицъ; ограниченія, которыя существуютъ въ этомъ отношеніи, принадлежатъ позднѣйшему времени. Но и въ древнее время это правило ограничивалось однимъ условіемъ, а именно, что сдѣлка, устанавливаемая между двумя лицами, только въ томъ случаѣ дѣйствительна, если она не противорѣчитъ общественному благу. *Salus publica suprema lex esto*.

Въ 2) содержаніе всякой юридической сдѣлки, какъ видно изъ тѣхъ же самыхъ словъ 12-й табл., опредѣляется съ другой стороны именно тѣмъ матеріаломъ, о которомъ прямо и точно высказано въ сдѣлкѣ—*uti lingua nuncupassit, ita jus esto*,—слѣдовательно, только *id quod dictum est* должно имѣть значеніе.

Вотъ почему и является необходимость въ тѣхъ *prudentes, juris periti* и т. п., о которыхъ мы говорили выше. И дѣйствительно, римскіе юристы являются однимъ изъ необходимыхъ элементовъ при заключеніи сдѣлокъ, потому что иногда пропущеніе одного только слова уничтожало всю силу сдѣлки. Напр., я продаю вамъ лошадь, но затѣмъ она оказывается никуда не годною (хромая, слѣпая и т. под.) Казалось-бы, что такая сдѣлка не должна имѣть силы, или, по крайней мѣрѣ, продавецъ долженъ-бы былъ вознаградить покупателя за убытки. Но *jus strictum* говорило: что вы отвѣчаете только за то, что обѣщали. Вообще *jus civile sibi vigilantibus scriptum est, fr; 24 if; D. 42, 8*. Другое дѣло, если я, на примѣръ, сказалъ, что за безпорочность вещи продаваемой ручаюсь, тогда я долженъ отвѣчать. Правда, въ послѣдствіи римское право отказалось отъ этого взгляда: подъ вліяніемъ *juris gentium* оно стало обращать вниманіе болѣе на внутреннюю сторону сдѣлки, но древнее римское право, въ приведенномъ выше правилѣ, говорило: что всякое лицо должно само гарантировать свои права. Отсюда понятно значеніе той дѣятельности римскихъ юристовъ, которая состояла *in cavendo*, т. е. въ составленіи *cautiones*—юридическихъ формулъ. Римскіе юристы, слѣдя постоянно за движеніемъ практической жизни, замѣтили—въ какихъ случаяхъ можетъ возникнуть споръ; поэтому, съ свойственнымъ имъ практическимъ тактомъ, старались составлять такія формулы—правила для юридическихъ сдѣлокъ, которыя бы устраняли возможность спора (*cautiones*). Понятно, что для подобной дѣятельности требовался человекъ опытный; не обладающій же специальнымъ образованіемъ всегда рисковалъ ошибиться—таковъ характеръ сдѣлокъ по *jus strictum*—древнему квинитскому праву.

Но съ теченіемъ времени, какъ мы сказали, подъ вліяніемъ преторскихъ эдиктовъ, все болѣе и болѣе приобрѣтаетъ значеніе *aequitas*, обращающее вниманіе не только на вѣннюю, но и на внутреннюю сторону сдѣлки—на мотивы воли. Такъ, на основаніи *edictum Octaviani*, дается *actio quod metus causa*; затѣмъ, на основаніи *ed. Aquilianum*—*actio de dolo* и т. под.—словомъ, устанавливается много условій, при которыхъ сдѣлка можетъ быть не дѣйствительною по внутреннимъ недостаткамъ.

Затѣмъ, въ концѣ уже II періода, является нѣкоторое отличіе и въ самомъ процессѣ, именно: судья въ это время разсматривать дѣло *ex fide bona*,

т.е. на основаніи добросовѣстности вообще. Это особенно прилагалось къ установленнымъ въ то время сдѣлкамъ подъ названіемъ *negotia bonae fidei*. Какъ самое названіе показываетъ, это были такія сдѣлки, которыя заключались не по формальному праву, а на основаніи довѣрія въ добросовѣстности лица.

ОТДѢЛЬНЫЯ, ЧАСТНЫЯ ПРАВООТНОШЕНІЯ ВЪ ОБЛАСТИ ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА.

А. СЕМЕЙНЫЯ ПРАВООТНОШЕНІЯ.

Взглядъ на *familia* во 2-мъ періодѣ существенно отличается отъ того, который существовалъ въ 1-мъ, хотя и тотъ и другой отступаютъ отъ естественнаго понятія семьи. Мы согласно съ Фюстель-де Кулянжемъ говорили, что въ 1 періодѣ конститутивнымъ началомъ *familiae* былъ домашній культъ, слѣдовательно, подъ *familia* (*personalis*) разумѣлась совокупность лицъ, поклоняющихся однимъ и тѣмъ же предкамъ. Во 2-мъ періодѣ культъ уже не имѣетъ значенія при опредѣленіи *familiae*, хотя и теперь въ составѣ *familiae* входили тѣ же лица, какъ въ 1-мъ періодѣ; но начало, на которомъ основывалась фамиліальная связь, во 2-мъ періодѣ выставляется другое, нежели въ 1-мъ, вмѣсто именно религіозной связи является свѣтская, юридическая, т.е. началомъ, связующимъ всѣхъ членовъ *familiae*, является гражданско-правовая власть, *potestas*, по этому *jure proprio dicimus familiam plures personas, quae sunt sub unius potestate, aut natura, aut iure subiectae fr. 195 § 2 D. 50, 16*. Такими лицами будутъ: во 1) жена; во 2) *fili et filiae*. Затѣмъ, личной власти *paterfamilias* еще подчиняются, хотя и не входятъ въ составъ личной *familia*: *servi*, рабы, и такъ называемые Гаемъ 1 § 138: *qui in causa mancipii sunt*, новѣйшіе юристы ихъ обозначаютъ терминомъ, *liberum caput in mancipio*.

Если разобрать отдѣльныя составныя части *familiae*, то на первомъ планѣ является *paterfamilias*, слово, которымъ обозначается всякій правоспособный римскій гражданинъ, причемъ не обращается вниманіе на то, совершеннолѣтній онъ, или нѣтъ. *Paterfamilias* равнозначителенъ съ *homo sui iuris* — всякій, способный имѣть подъ своею властью что либо и не подчиненный ничьей частно-правовой власти. *Paterfamilias* могъ быть ребенокъ 2 лѣтъ, не имѣющій *familiam*, но если онъ былъ только *homo sui iuris*, онъ могъ называться этимъ именемъ.

Если *paterfamilias* имѣетъ *familiam*, то онъ, согласно вышеприведеннымъ видамъ подчиненныхъ ему людей, могъ имѣть 4 вида власти, которыя можно подвести подъ двѣ категоріи: 1) чисто семейныя власти: власть надъ дѣтьми (*patria potestas*) и мужа надъ женою (*manus*) и 2) имущественно семейныя власти (*dominica potestas* и *mancipium*). Прототипомъ этой имущественно-семейной власти служила *dominica potestas*, власть надъ рабомъ въ духовно-нравственномъ отношеніи. Рабъ, на основаніи двойственности своей природы, занималъ двоякое положеніе. Хозяину его принадлежало право собственности въ немъ, *dominium*, а кромѣ того *dominica potestas*, т.е. господство надъ его волею. По аналогіи съ этою *dominica potestas* и устроено

mancipium, или власть надъ *personae in mancipio* или *ii qui in causa mancipii sunt*. Гай говоритъ о нихъ въ 1 кн. § 116 и слѣд. Положеніе ихъ подобно положенію рабовъ: *liberum caput in mancipio servi loc est*;

Эти двѣ категоріи семейныхъ властей существенно отличаются между собой. 1) Права первой категоріи могутъ принадлежать только римскому гражданину и только мужескаго пола: *dominica potestas* могла принадлежать и женщинамъ. 2) Власти первой категоріи въ высшей степени личныя и прекращаются съ момента смерти *paterfamilias*, когда наступаетъ самостоятельное право сына, какъ бы приостановленное преобладающею властью отца. *Dominica potestas* и *mancipium* же переходить по наследству. 3) Права первой категоріи могутъ принадлежать только одному лицу. Относительно сына имѣть нѣсколькимъ лицамъ общей *patria potestas* нельзя. При *dominium* же право собственности можетъ принадлежать нѣсколькимъ лицамъ. Если, напр., рабъ принадлежитъ 4 владѣльцамъ, каждый изъ нихъ имѣетъ право собственности надъ $\frac{1}{4}$ частью его. Всякая изъ этихъ 4 властей исключаетъ взаимно одна другую; поэтому, если, напр., дочь, находившаяся *sub patria potestas*, вступаетъ въ бракъ *cum manu*, то *patria potestas* надъ нею непременно прекращается.

1. БРАКЪ, MATRIMONIUM: ФОРМЫ ЕГО.

Что касается до понятія брака, какъ монгамической связи между мужчиною и женщиною, то оно остается такимъ же, какъ и въ первомъ періодѣ, но въ положеніи женщины въ *familia* мужа, въ сравненіи съ 1-мъ періодомъ, происходятъ нѣкоторыя измѣненія. Мы видѣли, что прежде бракъ представлялся единеніемъ сакральнымъ и имѣлъ своимъ послѣдствіемъ непремѣнное вступленіе жены въ полное религіозное общеніе съ мужемъ; при замкнутости древней *familia*, какъ религіозной общины, нельзя было себѣ представить лицо, которое бы находилось въ домѣ *paterfamilias* и не подходило бы подъ его власть, не входило бы въ тотъ религіозный кругъ, которымъ являлась *familia*.

Слѣдовательно, единственно возможною формою тогда былъ бракъ *cum manu*.

Во второмъ періодѣ, когда семья потеряла свой религіозный характеръ, возможно было заключать бракъ и *sine manu*, т.е. жена могла, не входя въ составъ *familiae* мужа, оставаться подъ властью своего отца и вмѣстѣ съ тѣмъ быть полноправною супругой, *uxor*.

На это мы встрѣчаемъ положительныя указанія въ законахъ 12 табл., какъ видно изъ Гая; см. его *Inst.* 1 кн. §§ 110—114. Онъ говоритъ *Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farre: et coemptione. Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta, perseverans, dum, velut annua possessione, usu capiebatur, in familiam viri transibat filiae que locum obtinebat. Itaque lege XII tab. cautum erat, qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ut quotannis trinoctio abesset atque ita usum cujusque anni interrumpere* т.е. въ законахъ 12 таб. было такое положеніе, что если какая-либо жена въ теченіи цѣлаго года оставалась въ домѣ мужа—въ теченіи всѣхъ ночей, то она поступала подъ власть мужа и въ этомъ случаѣ она вступала въ *familiam viri* и подчинялась его власти; если же она не желала этого то она

должна была—*trinoctio abesse*— въ теченіи трехъ ночей не почевать въ домѣ мужа. . . . Изъ этого постановленія очевидно, что жена могла и не подчиняться власти мужа, а это показываетъ, что, стало быть, возможенъ былъ бракъ и безъ *manus*.

И такъ, значить, во II періодѣ существуетъ двѣ формы брака: 1) строгій бракъ—*matrimonium cum manu* и 2) болѣе свободный *sine manu*.

ОБЩИЯ УСЛОВІЯ ВСТУПЛЕНІЯ ВЪ БРАКЪ *CUM* И *SINE MANU*.

Для вступленія въ каждый бракъ требуется извѣстныя условія; условія эти или общи всѣмъ формамъ заключенія, или свойственны каждой изъ нихъ въ отдѣльности. Первые мы можемъ разсматривать вмѣстѣ.

1) Римское право требуетъ для брака непременно согласія обоихъ вступающихъ въ него лицъ. Во многихъ мѣстахъ источниковъ говорится, что бракъ основывается на *mutuus consensus*—на обоюдномъ согласіи лицъ, желающихъ вступить въ бракъ; 2) если вступающіе въ бракъ—*homines alieni juris*, то требуется *consensus* тѣхъ лицъ, отъ которыхъ они зависятъ. Затѣмъ 3) лица, вступающія въ бракъ, должны имѣть *jus connubii*. По законамъ 12 табл., это право принадлежало только патриціямъ между собою, но впоследствии, *ex lege Canuleia* 309 г. было дано *connubium* и плебеямъ. 4) Физическая способность, которая по отношенію къ мужчинамъ технически называлась *pubertas*, а по отношенію къ женщинамъ—*viripotentia*, способность рожать дѣтей. *Viripotentia* женщинъ опредѣлялась двѣнадцатилѣтнимъ возрастомъ; для мужчинъ же въ это время срокъ возмужалости не былъ въ точности опредѣленъ, такъ что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ происходило изслѣдованіе: способенъ-ли и достаточно-ли развитъ мужчина? Такое изслѣдованіе было окончательно уничтожено при Юстиніанѣ и, подѣ влияніемъ ученія Прокулеянцевъ, *pubertas* была установлена въ 14 лѣтъ.

5) Препятствіемъ ко вступленію въ бракъ является близость родства. Это единственный случай, въ которомъ въ древнемъ правѣ принимается во вниманіе кровное родство; *cognatio naturalis* не позволяетъ лицамъ вступать въ бракъ и потому, по древнему праву уже, бракъ безусловно запрещался между всѣми лицами по прямой линіи. Въ боковыхъ линіяхъ бракъ запрещался приблизительно до 6-ой степени. Впоследствии же времени правило было видоизмѣнено и въ боковой линіи бракъ былъ запрещенъ только до степени; ограниченіе же въ болѣе отдаленныхъ степеняхъ родства простиралось только на лицъ, находящихся между собою въ, такъ называемомъ новѣйшими учеными *respectus parentelae* т.е. если одинъ изъ нихъ *loco parentis erat* по отношенію къ другому: напр. дядя не могъ жениться на племянницѣ и т. под.

6) Препятствіемъ къ новому браку служило существованіе перваго брака, законно не расторгнутаго. Римляне всегда признавали моногамическій бракъ.

7) Отсутствие сословныхъ препятствій (уже въ слѣдующемъ періодѣ). На основаніи *lex Julia et Papia Poppaea* запрещалось вступать въ бракъ лицамъ сенаторскаго званія съ *libertinae* и актрисами, всѣмъ же свободнорожденнымъ (*ingenui*) съ публичными женщинами. Но эти ограниченія были отмѣнены

при Юстинианѣ, который, какъ известно, самъ женился на актрисѣ Теодорѣ.

СПОСОБЫ УСТАНОВЛЕНІЯ БРАКА.

Что касается способовъ установленія брака, то для заключенія брака *si in manu* не полагается никакихъ особыхъ условій, требуется только *consensus* брачующихся. Законъ разсматриваетъ этотъ бракъ, какъ заключенный *per nudum consensum*— посредствомъ простаго согласія, и если изъ 1-го періода и перешли нѣкоторые религіозные обряды, то они не имѣютъ юридическаго значенія, а только религіозное, обрядовое.

Другое дѣло относительно брака *cum manu*. Здѣсь мы видимъ не только обряды, но и юридическія формы; какъ въ 1-мъ періодѣ, такъ и здѣсь мы видимъ различные акты, имѣющіе юридическое значеніе.

И дѣйствительно, во II періодѣ мы видимъ два формальныхъ акта для установленія *manus* и 3-й дополнительный. Гай (1 кн. §§ 110—111) говорить: что въ древнее время существовало три способа установленія брака *cum manu*: 1, *confarreatio* 2, *coemptio* и 3, *usus*.

1) Что касается *confarreatio*, то нужно сказать, что во II періодѣ эта форма употребляется чрезвычайно рѣдко— только известные жрецы заключали бракъ по этой формѣ, и бракъ этотъ потому только существовалъ, что известные жрецы могли выбираться только изъ лицъ, родившихся отъ брака, быть чисто сословный для жрецовъ. См. *Gaj. 1, 112: flamines majores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum*;

2) Вторая форма установленія *manus* называется *coemptio*; о ней Гай (*Inst. 1 кн. 113*) говорить слѣдующее: *coemptio in manum conveniunt per mancipationem i. e. per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus, quam qui que testibus civibus Romanis, puberibus.*» и т. д., подъ *coemptio* разумѣется какъ бы продажа жены, отдача ея подъ власть мужа, совершаемая при помощи, известной изъ вышесказаннаго, *манципациі*.

3) Третій способъ—*usus*, носитъ частный характеръ. Гай (1 кн. § 111) говорить, что это дополнительный способъ установленія *manus* на тотъ случай, когда *manus* или власть мужа не была установлена *per confarreationem* или *coemptionem*. И такъ, это добавочный способъ, который состоитъ въ томъ, что, если жена не воспользовалась *trinoctio* т. е. если она безвыходно оставалась въ домѣ мужа цѣлый годъ, то она поступаетъ подъ его власть. Это слѣдовательно, ничто иное, какъ особый видъ *пріобрѣтательной давности*; давность, какъ известно, состоитъ въ *пріобрѣтеніи* вещи вслѣдствіе добросовѣтнаго и непрерывнаго владѣнія ею въ теченіе опредѣленнаго времени. Время это опредѣляется закономъ; такъ, въ законѣ 12 табл. была опредѣленъ срокъ для *пріобрѣтенія* собственности въ недвижимыхъ вещахъ въ 2 года, *biennium*; а для движимыхъ—*annus*, 1-нъ годъ. Такъ какъ жена не можетъ быть отнесена къ недвижимымъ вещамъ, то, слѣдовательно, *пріобрѣтеніе* власти надъ нею обусловливалось давностнымъ срокомъ въ 1 годъ.

ПОСЛѢДСТВІЯ БРАКА.

При разсмотрѣніи этого вопроса нужно опять различать браки *cum manu* и *sine manu*.

1) Что касается брака *cum manu* то послѣдствія его тѣже, какъ и въ 1-мъ періодѣ, т.е. что жена переходила въ гражданскую фамилію своего мужа и вслѣдствіе этого дѣлалась ему подчиненною и разсматривалась *filiae loco*.

2) Послѣдствія брака *sine manu* прежде всего распадаются на а, личные и б, имущественныя.

а) Касательно личныхъ послѣдствій нужно сказать, что здѣсь нѣтъ уже той власти, посредствомъ которой она подчинена мужу, и находится въ зависимости отъ него. Жена, конечно, подчиняется мужу, какъ и въ новѣйшія времена, но эта подчиненность имѣется только, насколько всякій членъ семьи подчиняется главѣ семьи, но юридическаго характера эта власть не имѣетъ; характеръ ея скорѣе—правственный.

б) Относительно имущественныхъ отношеній при бракѣ *cum manu* не можетъ быть и рѣчи. Другое дѣло, если жена не подчинена мужу и является совершенно самостоятельною—здѣсь могутъ быть различныя имущественныя отношенія. И дѣйствительно, мы видимъ, что римляне опредѣляютъ имущественныя отношенія супруговъ на основаніи особыхъ данныхъ; такъ они, напр., запрещаютъ различныя сдѣлки между мужемъ и женою—дареніе между супругами считается недѣйствительнымъ и т.д. Главнымъ же образомъ, имущественныя отношенія между мужемъ и женою могутъ быть сведены къ одному вопросу, въ которомъ сосредоточивается главный интересъ—это ученіе о приданомъ—*dos* или *res uxoria*; все остальное имѣетъ характеръ болѣе второстепенный, и такъ:

ПРИДАНОЕ —*DOS*. См. Voigt: die lex Maenia de dote.

Относительно древнѣйшихъ положеній о приданомъ основываются болѣе на гипотезахъ, чѣмъ на достовѣрныхъ свѣдѣніяхъ изъ источниковъ. Въ источникахъ мы находимъ слѣдующія опредѣленія о *dos* и *res uxoria*: подъ именемъ *dos* разумѣется такое имущество, которое дается мужу женою, отцемъ ея или родственниками, по поводу брака, *ad onera matrimonia sublevanda*. Дѣло въ томъ, что мужъ, какъ глава семьи, обязанъ заботиться о всѣхъ членахъ семьи, и, слѣдовательно и о женѣ; онъ несетъ обязанность *alimentatio* т.е. доставленія средствъ къ содержанію какъ дѣтей, такъ и жены. Но съ древняго времени у римлянъ установилось правило, что если у жены есть средства, то она должна содѣйствовать ими для перенесенія общихъ тяжестей. Вотъ эта часть имущества жены, которая передается женою мужу для облегченія брачныхъ тяжестей, и называется технически: *dos*. Отсюда развились и тѣ дотальные принципы, которые существуютъ и теперь.

Въ новѣйшемъ гражданскомъ правѣ, различаютъ три системы имущественныхъ отношеній между мужемъ и женою: 1) система раздѣльности имущества (преимущественно въ Россіи развита); 2) система общности имущества (въ Германіи и части Франціи) и 3) такъ называемая дотальная система, когда каждый изъ супруговъ остается при своемъ имуществѣ, но когда мужъ получаетъ собственность въ извѣстной части имущества жены, съ обязанностью

только возвратить его въ известныхъ случаяхъ (напр. смерть и т.п.) или самой женѣ или отцу. Эту-то систему римляне только и знали: При дotalьной системѣ жена вноситъ въ бракъ только часть своего имущества, тозта часть и есть *dos*; оставшееся затѣмъ у жены имущество считается вполне ея неограниченною собственностью и называется *parapherna* или *bona paraphernalia*. Мужъ былъ полный хозяинъ вещей, дotalьныхъ, во время брака, такъ что ему принадлежить и право пользованія, и право распоряженія. Это видно изъ того закона Юлія: *de fundo dotali*, гдѣ мужу запрещается продавать или закладывать безъ особаго разрѣшенія жены недвижимое имущество, входящее въ составъ приданнаго. Изъ этого видно, что въ древнее время, значить не было совершенно никакихъ ограниченій относительно пользованія приданнымъ со стороны мужа. Но въ позднѣйшее время онъ долженъ былъ возвратить, по смерти жены, ея приданое, тогда какъ въ древнее время разъ данное приданое оставалось навсегда у мужа. См. fr. 1 Dig. 23, 3: *dotis causa perpetua est*. Когда появилось первое постановленіе, нормирующее законодательнымъ порядкомъ ученіе о приданомъ — объ этомъ существуетъ споръ, и только въ послѣднее время известный ученый Фохтъ въ своемъ сочиненіи «*die lex Maenia de dote vom Jahr 568 v. u. c.*» разрѣшаетъ его болѣе или менѣе удачно. Онъ старается доказать, что этотъ законъ былъ первый, который установилъ точныя и опредѣленныя правила о приданомъ, и позднее его появленіе объясняетъ отсутствіемъ въ немъ потребности въ древнее время. Дѣйствительно, римскіе писатели рассказываютъ, что до конца республиканскихъ временъ въ Римѣ не было вовсе разводовъ, и даже называютъ имя перваго разведшагося. Такъ Авль Геллій говоритъ (Noct. at tic. 4 кв. 3 гл.): *Servius quoque Sulpicius in libro, quem composuit de dotibus, tum primum cautiones rei uxoriae necessarias esse visas scripsit cum Spurius Carvilius divortium cum uxore fecit*. т.е. Сервій Сульпицій въ своемъ сочиненіи о *dos* говорить, что установленіе *cautiones rei uxoriae*, т.е. оговорка о возвращеніи приданнаго только тогда сдѣлалась необходимой, когда Спурій Карвилій развелся съ своею женой.» На основаніи *lex Maenia*, при возвращеніи приданнаго, по мнѣнію Фохта слѣдуетъ различать два случая прекращенія брака: 1) смерть одного изъ супруговъ, и 2) разводъ.

1) Въ случаѣ смерти жены, дѣйствуетъ то общее правило, что наследники не могутъ требовать возвращенія имущества — оно поступаетъ къ дѣтямъ, если они есть, или къ мужу — если нѣтъ. Смерть жены не измѣняетъ вообще положенія приданнаго; только въ томъ, отношеніи происходитъ перемѣна, что мужъ получаетъ въ приданомъ окончательную собственность, что наследникъ жены не имѣетъ права требовать его, если не было, при установленіи приданнаго, заключено особаго условія, о возвращеніи *dos recepticia*. (*) Черезъ это условіе получается особый искъ на обратное требованіе *dotis, actio ex stipulatu*.

Изъ этого правила существуетъ одно исключеніе, а именно *dos profectitia*, т.е. имущество, которое жена получила отъ отца, въ отличіе отъ *dos ad-*

(*) См. *Fragm. Ulp. tit. 6 § 5.*

ventitia, т. е. имущества, полученнаго ею отъ всякаго другаго лица, должно быть возвращено по смерти жены мужемъ отцу своей жены и только отцу; такъ что, если онъ умеръ, то никто не имѣеть права требовать и этого имущества отъ мужа Ulp. fragm. tit. 6 § 4. При возвращеніи же dos profectitia отцу жены мужъ можетъ удерживать по поводу каждаго ребенка (retentio propter liberos), по $\frac{1}{3}$ такъ что, если имѣется 5 дѣтей или болѣе, то мужъ удерживаетъ за собою и всю dos profectitia.

Если же умираетъ мужъ раньше жены, то, на основаніи lex Maenia, жена имѣеть actio rei uxoriae, т. е. имѣеть право требовать отъ наслѣдниковъ мужа возвращенія себѣ остальнаго имущества. Но это право принадлежитъ ей только лично, — по смерти ея, наслѣдники ея не имѣють права вчинить искъ на возвращеніе приданаго.

2) Второй случай касается развода, divortium. Нужно замѣтить, что въ древнее время расторгеніе брака было не въ обычаѣ, а потому и не было опредѣленій касательно судьбы имущества жены на этотъ случай. Мужъ, дѣйствительно, могъ развестись съ женою, въ случаѣ напр. ея прелюбодѣянія, но эти случаи были до того рѣдки, что даже до половины VI-го вѣка римскіе источники указываютъ только на одинъ примѣръ развода. Процедура развода состояла въ томъ, что мужъ созывалъ семейный совѣтъ. Извѣстно, что paterfamilias былъ iudex domesticus, поэтому онъ созывалъ близкихъ родственниковъ, propinqui, и составлялъ семейный судъ, и этотъ, то судъ постановлялъ рѣшеніе. Если мужъ оказывался виновнымъ, то члены этого суда налагали на мужа обязанность, въ наказаніе за это, возвратитъ извѣстную часть приданаго. Въ подробностяхъ этого процесса мы не знаемъ. Но такъ какъ при такомъ порядкѣ вещей жена находилась въ большомъ произволѣ мужа и въ особенности съ теченіемъ времени, когда нравы испортились, то въ VI вѣкѣ (568 г. ab. ur. c) былъ изданъ законъ, такъ называемый lex Maenia, которымъ введенъ былъ новый судъ, уже болѣе безпристрастный. вмѣсто iudicium domesticum законъ этотъ ввелъ iudicium publicum de moribus общественный судъ.

Такимъ образомъ divortium былъ переданъ въ вѣдѣніе общественныхъ судей. Впослѣдствіи, чтобы точно опредѣлить дѣятельность этихъ судей, законъ указываетъ тѣ проступки жены, за которые она подвергается лишенію части приданаго. И такимъ образомъ — отчасти подъ вліяніемъ законодательства, а отчасти — обычая, установилось такое дѣленіе: 1, mores graviores и 2, mores leviores. (*) Къ первымъ относится, напр., прелюбодѣяніе — adulterium, и другіе грубые безнравственные поступки, за это полагалось извѣстное наказаніе въ видѣ лишенія жены части приданаго въ пользу мужа именно мужъ имѣлъ право удержать $\frac{1}{3}$ часть ея приданаго; (jus retentionis propter mores graviores). Кроме того, на каждаго ребенка изъ брака онъ могъ удержать (jus retentionis propter liberos) еще по $\frac{1}{3}$ части, но такъ, чтобы въ сложности это число не превышало $\frac{1}{2}$ всего приданаго 3, при mores leviores наказаніе, конечно смягчалось.

Въ случаѣ же виновности мужа, онъ долженъ былъ возвратитъ приданое

(*) Fragm. Ulp. tit. 6 § 10—12.

жены и притомъ лишается даже льготнаго срока. Мужъ именно, если ему приходилось возвращать приданое женѣ, пользовался известными сроками, которые иногда доходили до 3-хъ лѣтъ, относительно вещей замѣнимыхъ, но въ случаѣ же его виновности онъ лишается этихъ льготъ.

Вотъ, по мнѣнію Фохта, вѣроятныя постановленія по этому предмету. Впослѣдствіи онѣ были дополнены закономъ *Julia et Papia Poppaea*. Онѣ прежде всего точно нормируютъ тѣ части имущества, которыя жена должна была уплатить мужу, а именно при *mores graves* эта часть опредѣляется въ $\frac{1}{2}$ а при *leviores* въ $\frac{1}{3}$. Что касается мужа, то *propter majores mores* онъ долженъ былъ возратить тотчасъ-же, а *propter minores* чрезъ полгода. Смот. *Fragm. Urp. VI § 12 и 13*.

Вотъ положенія, къ которымъ приходитъ Фохтъ. Изъ этого всеговидно, что имущество жены окончательно переходитъ въ собственность мужа только въ одномъ случаѣ, а именно, если жена умираетъ раньше мужа, и имущество ея было ея собственностію, или, если оно было и *profectitium*, но отецъ не желалъ пользоваться своимъ правомъ или умиралъ до смерти дочери. Во всеѣхъ-же остальныхъ случаяхъ приданое должно быть возвращено мужемъ по окончаніи брака. (*)

СПОСОБЫ ПРЕКРАЩЕНІЯ БРАКА.

При разсмотрѣніи этого вопроса нужно имѣть въ виду различныя формы брака: бракъ *cum* и *sine manu*. Въ Римѣ дѣйствовало то общее правило, что бракъ могъ быть расторгнутъ въ формѣ противоположной той, въ которой онъ заключенъ. Отсюда вытекаетъ то, что такъ какъ бракъ *sine manu* заключался простымъ *consensus*, то и расторгался посредствомъ *nudu dissensu*. — простаго разногласія. У римлянъ, въ древнее время, не было никакихъ ограниченій для расторженія брака, какъ сходились просто, такъ и расходились, если не хотѣли продолжать совмѣстное житье. И только впослѣдствіи были установлены нѣкоторыя формальности, а именно, требовалась выдача письменнаго акта, который долженъ быть совершенъ при свидѣтеляхъ и долженъ быть предъявленъ другой сторонѣ — это *libellus divortii*.

Что касается до браковъ *cum manu*, то, какъ мы замѣтили выше для этого нужно было продѣлать все тѣ же формальности, при помощи которыхъ бракъ заключенъ т.е. *confarreatio* и *coemptio*. На этомъ основаніи для расторженія брака *per confarreatioem*, требовалась форма, которую мы находимъ у Феста, и которую онъ называетъ *diffareatio*. Самое слово уже показываетъ сродство между этими формами. *Diffareatio* состояла въ совершеніи различныхъ религіозныхъ обрядовъ, противоположныхъ тѣмъ, которые употреблялись при *confarreatio*; при этомъ присутствуютъ свидѣтели и произносятся известныя слова, на основаніи которыхъ бракъ считается расторгнутымъ (Гай I кн. § 112).

Для расторженія брака *per coemptionem* т.е. такого, который былъ заключенъ посредствомъ продажи, нужно было совершить сдѣлку противополож-

(*) См. Padeletti глава XIII.

ную *mancipatio*, а именно *remancipatio*. Гай говорит: (Ин. § 137 а), если *manus* была установлена на основаніи *mancipatio*, то жена освобождается отъ власти мужа надъ нею *per remancipationem*.

ОТНОШЕНІЯ РОДИТЕЛЕЙ И ДѢТЕЙ.

Мы будемъ имѣть въ виду только юридическія отношенія которыя опредѣлены закономъ, не касаясь фактической стороны этого вопроса. Такія отношенія только могутъ существовать между отцемъ и дѣтьми, объ отношеніяхъ юридическихъ между матерью и дѣтьми, о власти матери не можетъ быть и рѣчи—мать играетъ не самостоятельную роль. При бракѣ *cum manu* она является подчиненною мужу, находится подъ его властью, при бракѣ *sine manu* она не подчинена ему и не находится ни въ какой юридической связи съ этимъ гражданскимъ, агнатическимъ семействомъ, потому что основаніемъ семьи во II періодѣ служитъ чисто искусственная связь, юридическая. На этомъ основаніи Ульпіанъ и говоритъ, что основаніемъ семьи служитъ *patria potestas* и только эта власть,—*matria potestas* нигдѣ не упоминается въ источникахъ. Конечно, фактически мать имѣла большое вліяніе на дѣтей и вообще на семейство, но юридическихъ правъ надъ дѣтьми она не имѣла. Она не могла требовать наслѣдства послѣ дѣтей; дѣти не наслѣдовали по закону за матерью—словомъ: никакой связи юридической между ними не существовало.

СПОСОБЫ УСТАНОВЛЕНІЯ ОТЦОВСКОЙ ВЛАСТИ.

Извѣстно, что въ I періодѣ *patria potestas* устанавливалась двоякимъ путемъ,—какъ говоритъ Ульпіанъ—во 1) естественнымъ и 2) искусственнымъ (*vel natura, vel jure*). 1) *Natura patriae potestati* подлежатъ тѣ лица, которыя родились отъ него, въ законномъ бракѣ, слѣдовательно, первый способъ установленія—это есть *procreatio ex justis nuptiis* и во 2) *adoptione* т.е. искусственнымъ путемъ, посредствомъ усыновленія. И такъ во 1, для того, чтобы могла быть рѣчь объ отцовской власти на основаніи рожденія, для этого нужно, чтобы были на лицо всѣ тѣ условія, которыя нужны для законности брака т.е. римское гражданство, совершеннолѣтіе и т.п. Если имѣется такой бракъ *cum connubio*, то послѣдствіемъ этого является подчиненность дѣтей отцовской власти и 2, то, что они слѣдуютъ его состоянію. Ульпіанъ говоритъ (*fragm. Ulp. tit. 5 § 8 и 10*): «если бракъ заключенъ *cum connubio*, то дѣти слѣдуютъ состоянію своего отца—*connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur* а слѣдовательно и подчинены его власти; *non interveniente connubio matris conditioni accedunt*, т.е. если же есть какая нибудь другая связь, кромѣ *connubium*, то дѣти слѣдуютъ состоянію матери и не подчиняются власти своего отца. Это второе правило короче выражается такъ *in matrimoniis ex jure gentium partus semper sequitur ventrem*.

Затѣмъ въ § 10 Ульпіанъ говоритъ: *in his qui jure contracta matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur* т.е. что при бракѣ *cum connubio*, въ отношеніи состоянія ребенка обращается вниманіе на то состояніе, которое имѣлъ отецъ въ моментъ зачатія ребенка. Напр. если бы мужъ во время беременности жены потерялъ свое гражданство, сдѣлался рабомъ, то дѣти все та-

ки будутъ римскими гражданами, потому что они слѣдуютъ тому состоянію отца, которое онъ имѣлъ въ моментъ ихъ зачатія. Напротивъ, при тѣхъ связяхъ, которыя заключены безъ наличности требуемыхъ для дѣйствительнаго брака условій, принимаются во вниманіе моментъ рожденія *tempus editionis*. Положимъ, напримѣръ римскій гражданинъ находился въ связи съ рабынею; это не будетъ бракъ *ex jure civili*, и, слѣдовательно дѣти слѣдуютъ состоянію матери т.е. должны бы сдѣлаться рабами; но если мать во время своей беременности получить свободу, то и дѣти будутъ свободными, потому что они слѣдуютъ состоянію матери въ моментъ *editionis*. На основаніи этого подчиняются отцовской власти тѣ дѣти, которыя произошли отъ брака *cum connubio* и которыхъ отецъ будетъ римскій гражданинъ, потому что если онъ не гражданинъ, то они не могутъ подчиняться его власти на томъ основаніи, что *jus patriae potestatis proprium est civium Romanorum*.

2) Второй способъ установленія отцовской власти есть *adoptio* т.е. усыновленіе, о которомъ Ульпіанъ говоритъ, что есть приобрѣтеніе власти *jure* т.е. на основаніи юридическаго акта, который и называется *adoptio*. Мы видѣли, что *adoptio* распадается на два вида а) такъ называемый *arrogatio* и б) *in adoptionem datio* или *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ. Гай (*Inst.* 1 к. § 98) говоритъ: «*adoptio autem duobus modis fit: aut populi auctoritate, aut imperio magistratus veluti praetoris. Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui juris... imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt...*». Итакъ, значить существуютъ два способа усыновленія а) *arrogatio id est adoptio hominis sui juris*, которое совершается передъ *populus* и б) *in adoptionem datio id est adoptio hominis alieni juris*, которое совершается *per magistratum*. Слѣдовательно, въ первомъ случаѣ есть распространеніе *patriae potestatis* на лицъ, неподчиненныхъ никакой власти; во второмъ— только лишь замѣна одной власти отцовской другою.

а) Объ *arrogatio* мы не будемъ говорить въ виду сказаннаго въ I періодѣ.

б) Что же касается *in adoptionem datio*, то о немъ не можетъ быть и рѣчи въ I періодѣ; такъ какъ оно нарушаетъ связь между отцемъ и сыномъ, а извѣстно, что въ древнее время семья представляла одну религіозную сторону, связь съ которою могла быть порываема развѣ только въ виду какаго-либо общественнаго требованія, такимъ образомъ, изъ подъ отеческой власти могли выдти наприм. дѣти, принимавшія должность высшихъ жрецовъ, поступавшіе въ *flamines Diales*, весталки и т.п., но чтобы связь эта между членами семьи могла порваться на основаніи сдѣлки, добровольнаго дѣйствія отца— это едвали допустимо. Отецъ не могъ нарушить этой связи, потому что онъ самъ находился подъ властью—подъ властью своихъ предковъ, и подчиненіе другихъ лицъ его власти было только необходимостью продолженія рода предковъ, къ которому они всѣ принадлежали.

Переходъ изъ одной семьи въ другую сдѣлался возможенъ только во II періодѣ. А именно въ законахъ 12 табл. прямо говорится, что если отецъ желалъ уничтожить свою власть надъ сыномъ, то долженъ былъ предварительно троекратно продавать его. *Si pater filium ter venumduit, filius patre liber esto*, для чего требовалась троекратная мансипація. Слѣдовательно, отцу предо-

ставляется возможность, на основаніи своего дѣйствія, порвать связь между нимъ и сыномъ. Но и въ этомъ постановленіи явно проглядываетъ указаніе на ту крѣпкую связь, которая существуетъ между отцемъ и дѣтьми; а именно: сынъ освобождается не послѣ однократной продажи (какъ рабъ), — отецъ долженъ продать его 3 раза, для того, чтобы онъ былъ совершенно свободенъ отъ естественнаго отца. Только послѣ 3-ей продажи сынъ совершенно исключается изъ круга той семьи, въ которой онъ былъ прежде, и переходитъ въ другую. Но для того, чтобы онъ перешелъ въ другую семью, для этого требовалось, чтобы то лицо, которое желало адоптировать, виндицировало его предъ преторомъ, т. е. доказывало, что это его сынъ. Обыкновенно это дѣлалось такъ; отецъ продаетъ мнѣ сына первый разъ, — я отпускаю его; онъ продаетъ вторично, — я тоже отпускаю; затѣмъ онъ въ третій разъ продаетъ, — и я тоже отпускаю. Но затѣмъ являюсь въ судъ къ претору и говорю, что это мой сынъ. Отецъ при этомъ или молчитъ, или говоритъ, что онъ ничего не имѣетъ сказать. Тогда преторъ присуждаетъ мнѣ сына. Это и называется *adoptio per addictionem*. Gaj. I § 134.

3) Наконецъ третій и особенный отъ предыдущихъ способъ установленія *patriae potestatis*, выработавшійся только въ этомъ періодѣ, есть подчиненіе этой власти, *per causae probationem*. Мы возьмемъ случай *erroris causae probatio*. Gaj. I § 66 слѣд. Гая (*Inst.* 1 кн. § 67) говоритъ: если, положимъ, какой нибудь римскій гражданинъ женился по ошибкѣ на Латинянкѣ или перегринкѣ, будучи увѣренъ, что она римская гражданка и отъ этого брака родился сынъ, то этотъ сынъ не можетъ быть подъ отцовскою властью, потому что онъ не будетъ римскимъ гражданиномъ (ибо при бракахъ безъ *connubium* сынъ слѣдуетъ состоянію матери). Но, говоритъ Гай, есть сенатское постановленіе, на основаніи котораго отецъ имѣлъ право доказывать, что онъ ошибся, что онъ имѣлъ важныя основанія къ тому, чтобы считать жену за римскую гражданку, а не за перегринку, слѣдовательно, имѣетъ право доказывать законныя основанія своего заблужденія. Если онъ докажетъ, что заблуждался безъ своей вины, считая жену за римскую гражданку, то его женѣ, такъ и ея ребенку, сообщаются права римскаго гражданства. И тогда сынъ и поступаетъ подъ власть отца.

Что касается отдѣльныхъ правъ, принадлежавшихъ отцу по отношенію къ дѣтямъ, то они перечислены въ I періодѣ, и во II періодѣ не произошло никакихъ измѣненій, ни въ имущественномъ, ни въ личномъ отношеніяхъ.

Прекращеніе *patriae potestatis*, прежде всего, имѣетъ мѣсто со смертью того или другаго лица. Извѣстно, что *patria potestas* есть право не имущественное, а личное, оно имѣетъ и имущественныя послѣдствія, напр. въ томъ смыслѣ, что дѣти не могутъ имѣть своего имущества, но, не смотря на это, оно всетаки есть право личное, а потому и не переходитъ по наслѣдству. Можетъ быть, конечно, что лицо со смертью одного *paterfamilias*, (дѣда) перейдетъ подъ власть другаго, (отца), — но это по самостоятельному праву сего послѣдняго, а не по наслѣдству. И такъ безусловно смерть прекращаетъ отцовскую власть.

Съ естественною смертью сопоставляется еще смерть гражданская — и

вообще всякая *capitis deminutio* т.е. всякое изменение *status* лица. Изъ Гая (1 кн. § 159—62) видно, что юридическое положение лица, его права и обязанности, правоспособность, определяются, главнымъ образомъ, тремя формами: 1) *liberts* 2) *civitas* и 3) *familia*. Соответственно этимъ тремъ основаніямъ определяется и самое положение лица, его *status* 1) *status libertatis* 2) *status civitatis* и 3) *status familiae*. На основаніи *status libertatis* всѣ лица подразделяются на *liberi* и *servi*. 2) *Ex statu civitatis*—на *cives Romani* и *peregrini* и 3) *ex statu familiae*—на *homines sui iuris* и *homines alieni iuris*.

На основаніи этого и *capitis deminutio*, изменение правоспособности, является въ трехъ видахъ.

Виды *capitis deminutio* именно слѣдующіе: *maxima*, *media* и *minima*.

Юристъ Павелъ (*fragm. 11-ый Dig. 4 кн. 5 т.*) говоритъ *capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media et minima, tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam*.

a) Подъ *capitis deminutio maxima* разумѣется *amissio status libertatis* потеря свободы вслѣдствие чего, конечно, теряется и *status civitatis*, и *status familiae*.

b) Подъ *capitis deminutio media* или *major* разумѣется *amissio civitatis salva libertate*, т.е. потеря права гражданства съ сохраненіемъ свободы, но съ потерю *status familiae*.

c) Подъ *capitis deminutio minima* разумѣется *status familiae mutatio*. Здѣсь уже нѣтъ потери чего либо, а только *mutatio familiae*. Оно бываетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда кто нибудь изменяетъ свое *status familiae* безотносительно къ тому, приобретаются ли имъ большія права, нежели тѣ, которыя онъ имѣлъ по прежнему *status familiae*.

Кромѣ того, въ этомъ періодѣ возникаетъ и получаетъ развитіе особенный способъ прекращенія отцовской власти, какого въ I періодѣ не было, а именно, на основаніи юридическаго акта *patris familias*, желающаго извѣять сына изъ подъ своей власти. Способъ этотъ извѣстенъ подъ именемъ *emancipatio*.

Относительно эмансипации Гай (I, 132) говоритъ: *Practerea emancipatione desinunt liberi in potestate parentium esse. Sed filius quidem tertiam demum mancipatione, ceteri vero liberi, sive masculini sexus, sive feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate. Lex enim XII tabi. tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, his verbis: « si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto, —кромѣ того, изъ подъ отеческой власти выходятъ дѣти посредствомъ эмансипации: сынъ послѣ троекратной продажи, остальные же дѣти мужескаго и женскаго пола, послѣ одной продажи. Ибо въ законахъ XII таблицъ говорится: если отецъ трижды продастъ своего сына, то послѣдній долженъ получить свободу. Далѣе Гай описываетъ самый порядокъ освобожденія « eaque res ita agitur mancipat pater filium alicui, is eum vindicta manumittit, eo facto revertitur in potestatem patris: is eum iterum mancipat vel eidem, vel alii (sed in usu est, eidem mancipari) isque eum postea similiter vindicta manumittit, quo facto eum rursus in potestatem patris sui fuerit reversus, tertio pater eum mancipat vel eidem,*

vel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipatur) eaque mancipatione desinit in potestate patris esse» etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii.» Отец продает комунибудь своего сына, (per mancipationem), тот отпускает его на волю, вследствие чего сын возвращается под отцовскую власть, так как patria potestas продолжает еще быть настолько сильною, что однажды произведенная продажа сына не уничтожает ее; тогда отец вторично продает его тому же самому лицу или другому не обыкновенно онъ продает его тому же самому лицу, тот опять освобождает его, и сын снова вступает под отцовскую власть, наконецъ, если отец продаст сына въ третій разъ, кому бы то ни было, тогда сынъ выходитъ изъ под отцовской власти, становится homo sui juris. Чтобы покупатель отпустилъ сына послѣ третьей продажи, для этого обыкновенно заключался особенный договоръ, pactum fiduciaе. Но если-бы покупатель и не отпустилъ сына, то онъ все-таки становился бы свободнымъ отъ отца и являлся бы въ новой семьѣ въ качествѣ liberi capitis in mancipio. Такимъ образомъ, сынъ эманципируется на основаніи той формы сдѣлокъ, которая въ продолженіи втораго періода имѣетъ столь общее приложеніе, именно на основаніи mancipationis, т.е. venditionis per aes et libram, adhibitis quinque testibus solemnibus, libripende—торжественной продажи съ произнесеніемъ соответствующихъ словъ, въ присутствіи пяти свидѣтелей изъ римскихъ гражданъ, мужскаго пола, совершеннолѣтнихъ и вѣсодержателя съ вѣсами и мѣдью. Такая форма эманципации существовала до Юстиніана; но онъ видоизмѣнилъ ее, опредѣливъ, что для эманципации совершенно достаточно только одного судебного заявленія со стороны отца о томъ, что онъ желаетъ эманципировать своего сына.

Что касается положенія liberi caput in mancipio, то въ отношеніи къ тому, кому онъ манципированъ, онъ рассматривается servi loco, т.е. по своему правовому положенію онъ рассматривается какъ рабъ, столь же мало входитъ въ семью и приобретаетъ права, вытекающія изъ принадлежности къ семейству, какъ и рабъ. Но тѣмъ не менѣе съ нимъ нельзя было обращаться какъ съ рабомъ, если только онъ не былъ отданъ отцемъ покае causa, въ вознагражденіе за вредъ, который онъ причинилъ другому лицу. Если съ нимъ обходятся оскорбительно, то манципированный имѣетъ всегда actionem injuriae. Затѣмъ, онъ можетъ вступать in justum matrimonium, следовательно, признается полноправнымъ римскимъ гражданиномъ съ тѣмъ только различіемъ, что не пользуется семейными правами (не имѣетъ status familiae), и отпускается на волю тѣми же способами, какъ и рабъ. Гай говоритъ о liberum caput in mancipio: mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo, cujus in mancipio sunt, neque hereditatem, neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse jubeantur, sicuti juris est in persona servorum (I кв. § 123). Манципированные (т.е. liberum caput in mancipio) находятся въ положеніи рабовъ, поэтому они не могутъ имѣть status familiae, т.е. не входятъ въ семью на правахъ сына и не имѣютъ правъ вытекающихъ изъ его положенія, и если могутъ получать наследство или легать, то не иначе, какъ если въ завѣщаніи они будутъ объяв-

лены свободными, т.е. наследовать они могут точно так же как и рабы, когда их освобождают от рабства по завещанию. См. еще Gaj. I § 116 и 138.

С. РОДСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

Относительно родственной связи нужно припомнить все то, что было сказано въ первомъ періодѣ по этому предмету. Какъ тогда, такъ и теперь, не принимается во вниманіе *cognatio naturalis*, естественное, кровное родство, связь, основанная на происхожденіи одного лица отъ другого. Въ одномъ только отношеніи проявлялось значеніе *cognationis naturalis*, именно, при заключеніи брака, кровное родство являлось какъ *impedimentum matrimonii*; *naturalis pudor* запрещалъ допущеніе брака въ близкихъ степеняхъ родства.

Во всѣхъ же другихъ отношеніяхъ имѣло значеніе одно только агнатическое родство. Агнатами называются изъ кровныхъ родственниковъ тѣ, которые связаны между собою чрезъ однихъ лицъ мужскаго пола, *sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione juncti* (Гай Inst. I кн. 156). Къ этому опредѣленію нужно добавить, что къ агнатамъ причисляются кромѣ родственниковъ, связанныхъ по мужскому колѣну, еще и всѣ *adoptati*, усыновленные, слѣдовательно, агнатами будутъ всѣ лица, связанные между собою гражданскимъ родствомъ, т.е. состоящіе подъ одной и той же отцовской властью или *manus*. Агнатическое родство имѣло такое большое значеніе, что еслибы не было агнатовъ при наследованіи, то всетаки наследовали бы не когнаты, а *gentiles*, лица связанные между собою дальнимъ агнатическимъ родствомъ.

д) ОПЕКА, TUTELA И CURA SEU.

CURATIO— ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО.

Въ первомъ періодѣ еще не было развито надлежащимъ образомъ ученіе по этому предмету. Какъ извѣстно, подъ опекою, *tutela*, разумѣется та власть, которая замѣняетъ естественную и юридическую власть отца для того лица, которое по естественному порядку, само не можетъ, не способно заботиться о дѣлахъ своихъ. Въ источникахъ она такъ и опредѣляется: «*Est autem tutela, ut Servius definivit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem ipse se defendere nequit, jure civili data ac permissa* (Inst. Just. 13 tit. 1 кн. § 1). Но это опредѣленіе не полно въ томъ смыслѣ, что здѣсь опущена изъ виду опека надъ женщинами, *tutela mulierum*. Здѣсь говорится только, что по опредѣленію Сервія Сульпиція Руфа, опека есть право и власть, доставленная, *jure civili* надъ свободнымъ лицомъ для попеченія именно о томъ, кто вслѣдствіе возраста не можетъ самъ себя защищать. Чтобы сдѣлать полнымъ опредѣленіе *tutelaе*, нужно сказать такъ: *tutela est jus ac potestas in capite libero ad tuendum tuendamve eum eamve, qui quaeve propter aetatem sexumve se defendere nequit jure civili data ac permissa*. По лицамъ, находящимся подъ опекою именно различаютъ два вида опеки, *tutela propter aetatem*, или *tutela pupillaris* когда лицо вслѣдствіе возраста, *impubertatis*, несовершеннолѣтня, не можетъ заботиться о своихъ дѣлахъ, и затѣмъ опека надъ женщинами, *tutela propter sexum, tutela mulierum*. Женщинамъ римляне приписывали особое легкомысліе (*fragilitas sexus*), а оттого онѣ находились въ

теченіи всей жизни подь опекою какого либо лица мужскаго пола. И такъ, та и другая опека имѣють въ виду защиту интересовъ тѣхъ лицъ, которыя по обыкновеннымъ, естественнымъ причинамъ не могутъ заботиться о своихъ дѣлахъ.

Но кромѣ обыкновенныхъ естественныхъ причинъ, которыя не позволяютъ лицу заботиться о своихъ дѣлахъ, бывають еще особенныя, чрезвычайныя обстоятельства, въ силу которыхъ извѣстное лицо не можетъ самостоятельно проявлять своей дѣеспособности. Въ этихъ случаяхъ, напр. при сумасшествіи, *furiosi*, расточительности *prodigi* и т.п. устанавливается, также защита, но она получаетъ другое названіе, именно — *cura seu curatio*, попечительство. Мы рассмотримъ прежде всего опеку и въ этомъ отношеніи сначала 1) *tutela propter impubertatem*, *tutela impuberum* потомъ 2) *tutela propter sexum* или *tutela mulierum* и наконецъ 3) *cura* — попечительство.

1) Что касается *tutela impuberum*, то подь нею разумѣется та опека, которая устанавливается надъ несовершеннолѣтними *sui juris* (*puilli, pupillae*) т.е. если они не находятся *sub patria potestate* именно, если надъ ними нѣтъ такой власти, то они поступаютъ подь власть постороннихъ лицъ, которыя въ этомъ случаѣ называются *tutores*. Но *tutores* не ограничиваютъ правоспособности опекаемыхъ, они только ограничиваютъ ихъ дѣеспособность, проявленія ихъ правоспособности во внѣшней дѣятельности. Такого рода опека устанавливается только до извѣстнаго возраста. Во второмъ періодѣ этотъ возрастъ для мужчинъ представляется неопредѣленнымъ; для женщины возрастъ не имѣлъ значенія, такъ какъ по римскимъ понятіямъ женщина должна была оставаться всю жизнь подь опекою. И такъ, относительно мужчинъ не было никакихъ точныхъ опредѣленій на счетъ того, при наступленіи какого года должна окончиться опека. Сабиніанцы еще въ императорскія времена требовали, чтобы для освобожденія отъ опеки всякій разъ происходило особое освидѣтельствованіе физической зрѣлости и умственнаго развитія, и только такимъ путемъ опредѣлялось, сподобно-ли извѣстное лицо самостоятельно распоряжаться своими дѣлами, или оно должно еще оставаться подь опекою. Отсюда и происходило чрезвычайное разнообразіе въ опредѣленіи сроковъ, когда наступало освобожденіе отъ опеки. Для однихъ лицъ она прекращалась въ 16 лѣтъ, для другихъ въ 18 и т.д. Впослѣдствіи другая школа римскихъ юристовъ, именно Прокулеанцы, нашли такую неопредѣленность непрактичною, и благодаря имъ былъ установленъ одинъ постоянный возрастъ, съ наступленіемъ котораго для лицъ мужскаго пола прекращалась опека; именно 14 лѣтъ мужчины дѣлались дѣеспособными. Но такое опредѣленіе лѣтъ относится уже къ слѣдующему періоду; теперь же во второмъ періодѣ этотъ возрастъ не былъ опредѣленъ, и разъ установленная опека продолжалась до тѣхъ поръ, пока отъ нея не освобождалось лицо на основаніи освидѣтельствованія — *habitus corporis* и *intellectus*.

2) Что касается опеки надъ женщинами — *tutela mulierum*, то впослѣдствіи она приняла совершенно иной характеръ. Уже Цицеронъ жаловался на то, что опека надъ женщинами превратилась въ пустую форму, хотя, говорилъ онъ, юристы и установили опеку надъ женщинами, но на практикѣ опе-

куны гораздо болѣе находятся подъ властью женщинъ, чѣмъ послѣднія отъ нихъ зависятъ. Тѣмъ не менѣе надъ женщинами опека прекращалась только на основаніи особаго законодательнаго акта. Какъ общее законоположеніе относительно этого вопроса, который не относится къ этому періоду, а возникаетъ въ третьемъ, является *Lex Julia et Papia Poppaea*, изданный при Августѣ. Какъ извѣстно, законъ этотъ имѣлъ въ виду принудить ко вступленію въ бракъ съ тѣмъ, чтобы имѣть законныхъ дѣтей. Согласно съ этимъ закономъ и предоставлялись законныя преимущества тѣмъ, которые имѣли законныхъ дѣтей. Именно, на основаніи этого закона, свободно рожденныя женщины, (*ingenuae*) родившія трехъ дѣтей, навсегда освобождались отъ всякаго рода опеки (*jus trium liberorum*). Затѣмъ Императоръ Клавдій совершенно уничтожилъ опеку надъ женщинами, такъ что императоръ Юстинианъ долженъ былъ совсѣмъ выбросить изъ законодательства постановленія объ оекѣ надъ женщинами.

Что касается способовъ установленія опеки, то, какъ показываютъ законы XII таблицъ, она устанавливалась двумя способами но въ послѣдствіи къ нимъ на основаніи *legis Atiliae*, присоединяется еще одинъ способъ, такъ что можно сказать, что вообще существуютъ три способа установленія опеки (См. Гай Инстит., I кн. §§ 142—200 и *Ulp. fragm.* XI tit.). Именно, различаются слѣдующіе способы установленія опеки а) *tutela testamentaria*, устанавливаемая по завѣщанію *paterfamilias* или мужа имѣющаго *manus*, (*Gaji Inst.* I, 144 и 148). б) *tutela legitima*, возникающая въ томъ случаѣ, когда нѣтъ опекуна по завѣщанію, и когда самъ законъ опредѣляетъ, кто долженъ быть опекуномъ, а именно ближайшій агнатъ, если опекаемое лицо было *sub patria potestate* или *patronus*, если опекаемое лицо было эманципировано или вольноотпущенное с) *tutela dativa*, когда опекунъ назначался правительствомъ, такого рода опекунъ назывался *tutor Atilianus* (отъ закона, которымъ была введена эта опека — *lex Atilia*).

Такимъ образомъ, *testamentum*, *lex* и *datio* являются основаніемъ возникновенія опеки.

а) **TESTAMENTUM.** *Tutela testamentaria* могла быть устанавливаема только тѣми лицами, подъ властью которыхъ находилось лицо, нуждающееся въ опекунѣ, слѣдовательно, надъ *pupillus* опеку могъ установить только *paterfamilias*. Опека эта всегда назначалась только на случай смерти властелина и являлась, какъ бы продолженіемъ его власти. (*) Опекуны назначенные *testamento*, признаются закономъ на основаніи извѣстнаго положенія XII таблицъ, «*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.*»

Здѣсь же относительно *tutela mulierum*, нужно замѣтить слѣдующія особенности, отличающія ее отъ *tutela impuberum*; именно, мужъ можетъ женѣ по завѣщанію предоставить *optio tutoris* право выбрать лицо, которое она желаетъ имѣть своимъ опекуномъ. «*In persona, tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio. id est, ut liceat ei permittere, quem velit*

(*) Если отецъ назначалъ опекуна своему сыну, не находящемуся болѣе подъ его властію, то опекунъ этотъ подлежалъ особому утвержденію (пректоромъ) и назывался *tutor confirmandus*.

ipsa, tutorem sibi optare, hoc modo: Titiae uxori meae tutoris optionem do; quo casu licet uxori vel in omnes res, vel in unam forte aut duas optare. (Gaji. Inst. lib. I § 150). Далѣе, Гай указываетъ, что *optio tutoris*, предоставлялось женщинамъ въ двухъ видахъ «*Ceterum aut plena optio datur aut angusta*» (ibid. § 151) — полная свобода выбора и болѣе ограниченная. Различіе этихъ двухъ видовъ заключается въ слѣдующемъ: при *plena optio* жена можетъ выбирать нѣсколько разъ себѣ опекуна, тогда какъ при *angusta optio* она пользуется правомъ выбора только известнаго числа разъ, — именно, сколько определено въ завѣщаніи. Выбранные, такимъ образомъ, *tutores* называются *tutores optivi*.

Наконецъ, *tutela mulierum* имѣетъ еще ту особенность, что законный *tutor* надъ женщиною, именно *agnatus, qui legitimus tutor est*, можетъ уступить *in jure cedere*, право опеки другому лицу, которое въ этомъ случаѣ называется — *cessicius tutor*. Этотъ послѣдній является только представителемъ законнаго опекуна. (Гай Инст. I кн. § 168 и слѣд.).

б) **LEX.** Если нѣтъ завѣщанія или завѣщатель не позаботился объ устанавленіи опеки, тогда наступаетъ *legitima tutela*, которая, подобно законному наслѣдованію, *est legitima agnatorum tutela*. Такъ какъ агнатическое родство является единственнымъ основаніемъ всѣхъ семейныхъ правоотношеній, то ближайшіе агнаты будутъ и ближайшими опекунами по закону.

с) **DATIO.** Когда не находится опекуна ни по завѣщанію ни по закону (если нѣтъ агнатовъ), тогда опека назначается *ex lege Atilia*. Гай (кн. 1 § 185) говоритъ: *si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a praetore urbano et majore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor vocatur; in provinciis vero a praesidibus provinciarum ex lege Julia et Titia* — если вовсе нѣтъ опекуна, то онъ назначается въ Римѣ, по закону Атилія городскимъ преторомъ и болѣею частию народныхъ трибуновъ, такой опекунъ называется *tutor Atilianus*, въ провинціяхъ же мѣстными начальниками *ex lege Julia et Titia*.

Что касается юридическаго значенія опеки, то это значеніе заключается въ томъ, что, какъ видно изъ самаго опредѣленія опеки, опекунъ долженъ заботиться о дѣлахъ опекаемаго. Но при этомъ принимаются во вниманіе различные возрасты опекаемаго, и, согласно съ этимъ, видоизмѣняются обязанности опекуна. Въ самомъ дѣлѣ, если обратить вниманіе на несовершеннолѣтнихъ, которые совершенно неспособны по крайней мѣрѣ разумно мыслить, и затѣмъ, если взять во вниманіе лицъ 13 лѣтнихъ, уже болѣе развитыхъ и способныхъ къ дѣятельности, только неопытныхъ практически, то уже отсюда слѣдуетъ, что для тѣхъ и другихъ лицъ требуется различнаго рода содѣйствіе опекуна. Поэтому опека является въ двухъ видахъ: опека надъ неспособными вовсе къ юридической дѣятельности, которые назывались *infantes* (отъ глагола *faci* говорить), *qui faci non possunt*, которые не могутъ говорить, не въ буквальный смыслъ, но связано, обдуманно, а затѣмъ, опека надъ *impuberes infantia majores*, которые уже вышли изъ *infantes*. Предѣломъ, которымъ ограничивалась *tutela infantium*, служилъ впоследствии времени семилѣтній возрастъ, но это положеніе явилось не вдругъ. Въ древности для этой цѣли для каждаго индивида произ-

водилось отдѣльное изслѣдованіе. Отношеніе опекуна къ *infantes* и *impuberes* были различны. Относительно *infantes*, тѣхъ, которые не могутъ сами дѣйствовать, общимъ правиломъ было то, что *tutor gerit omnia negotia infantis*—*tutor* совершенно заступаетъ мѣсто *infantis*, предпринимаетъ и совершаетъ всякія сдѣлки за него, безъ всякаго участія въ нихъ *infantis*. Другое дѣло въ отношеніи къ *impuberes*. Римское право признаетъ за ними какъ-бы половинную дѣеспособность; они могутъ предпринимать сдѣлки, но такъ какъ они не имѣютъ полной воли, то для ихъ дѣятельности всегда требуется дополненіе ихъ воли участіемъ опекуна. Технически это дополненіе и участіе опекуна называется *auctoritas tutoris*, но не *consensus*; въ источникахъ говорится, что *tutor auctor fieri debet*—долженъ дѣйствовать вмѣстѣ съ опекаемымъ, а не изъявлять только свое согласіе на сдѣлку. Строго требовалось, чтобы *tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri si hoc pupillo prodesse existimaverit* (*Inst. Just. § 2, 21 tit. Lib. I*), т.е. требуется, чтобы опекунъ участвовалъ въ моментъ самаго совершенія сдѣлки, если онъ желаетъ чтобы его содѣйствіе вообще имѣло значеніе для несовершеннолѣтняго; онъ долженъ былъ самъ участвовать при сдѣлкѣ, и только при этомъ условіи сдѣлка и могла быть признана дѣйствительною. «*Post tempus vero aut per epistolam interposita auctoritas nihil agit*, послѣдующее утвержденіе сдѣлки совершенной несовершеннолѣтнимъ, или даже данное письменно согласіе признается недѣйствительнымъ (*ib.*). Въ томъ отношеніи *tutoris* къ *impuberis* видно, что *auctoritas tutoris* есть истинное дополненіе дѣеспособности и личности опекаемаго. Но такое строгое требованіе относительно обязанностей *tutoris* господствовало только въ древнее время;—впослѣдствіи *praesentia tutoris* не при всѣхъ сдѣлкахъ является необходимою; такое слѣдствіе вытекаетъ изъ измѣненія взгляда на опеку. Древнее право указывало на то, что опека установлена для дополненія воли опекаемаго, а поэтому, какова бы ни была сдѣлка, совершенная опекаемымъ безъ опекуна, все равно въ ней не будетъ полного выраженія воли; поэтому и должно признать такія одностороннія сдѣлки недѣйствительными. Въ новое же время введено было измѣненіе: присутствіе опекуна необходимо было только при извѣстныхъ сдѣлкахъ, именно, при тѣхъ, при которыхъ опекаемый обязывается къ чему нибудь. Такимъ образомъ, въ составъ опеки было введено новое понятіе выгоды или невыгоды сдѣлки, и согласно съ нимъ уже требовалось или не требовалось присутствіе опекуна при сдѣлкѣ. *Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria: Ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas; quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit meliorem quidem suam conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non aliter, quam (cum) tutoris auctoritate* (*Inst. Just. кн. 21 т.*). И такъ, въ тѣхъ сдѣлкахъ, которыя доставляютъ выгоды пупилу, *auctoritas tutoris* не требовалась въ новое время.

Что касается прекращенія опеки, то есть нѣсколько указаній относительно фактовъ на основаніи которыхъ прекращается опека, изъ которыхъ главными являются слѣдующія: смерть и достиженіе—совершеннолѣтія для мужчинъ; для лицъ же женскаго пола смерть опекуна. Затѣмъ, опека прекращается на осно-

ваніи тѣхъ условій, на которыхъ прекращается и отцовская власть, напр. *capitis deminutio* опекуна.

3) *CURA SEU CURATIO*—Ближайшую связь съ опекой имѣетъ *cura*—попечительство. Какъ *tutela*, такъ и *cura*, назначается для защиты интересовъ лицъ, которыя сами не могутъ защищать ихъ, но различіе между ними въ томъ, что они назначаются по различнымъ случаямъ, *tutela* у римлянъ принималась только на основаніи нормальныхъ, по ихъ взглядамъ условій, на основаніи естественной недѣеспособности лицъ, естественныхъ недостатковъ лица, напр. возраста, *fragilitatis sexus* и пр., тогда какъ *cura* является только въ слѣдствіе ненормальныхъ условій, особенныхъ чрезвычайныхъ недостатковъ лица, напр. сумасшествія, расточительности и пр. Лица, которымъ поручалось попечительство назывались *curatores*, попечители. Главные случаи, при которыхъ устанавливается *cura* слѣдующіе: умственная болѣзнь *furor* и *dementia*, когда *furiosus*, *demens* поступалъ *sub curam*. «*Lex XII tabularum in furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum.*» (Ulpian; *fragm.* 12 т. § 2).

Въ первомъ случаѣ, т.е. при *cura furiosi*, нужно различать *furor* и *dementia*; *furor* означаетъ затемнѣніе умственныхъ способностей, тогда какъ *dementia* означаетъ слабоуміе. *Furiosus* иногда можетъ дѣйствовать вполне разумно. Это происходитъ въ такъ называемые *dilucida intervalla*; при *dementia* же этихъ интерваловъ не бываетъ. Однако, какъ *furiosus*, такъ и *demens*, подвергаются одной и той же *cura*, именно *cura furiosi*. *Curator* при этомъ играетъ роль *tutoris infantis*, отсюда общее правило что *curator gerit omnia negotia furiosi*, слѣдовательно, *furiosi* и *dementes* приравниваются къ *infantes*; *curatores* въ этомъ случаѣ вполне замѣняютъ *furiosi* и совершаютъ за нихъ всякую сдѣлку.

Точно также и относительно *prodigi*, объявленныхъ судебнымъ декретомъ расточителей, *quibus bonis interdictum est*. Еще законы XII таблицъ опредѣляютъ попечительство по этому обстоятельству въ городѣ Римѣ. *A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti, male dissipant bona etc.* (Ulp. *Fragm.* 12 т. § 3).

По аналогіи съ чрезвычайными обстоятельствами, которыя вызываютъ попечительство надъ лицами, подвергшимися сумасшествію, въ этомъ періодѣ установилась *cura debilium personarum*. *Debiles personae* въ римскомъ правѣ называются тѣ, которыя имѣютъ значительные тѣлесные недостатки, которыя препятствуютъ совершенію юридическихъ дѣйствій, каковы напр. *surdi mutique*—глухонѣмые и пр. Римляне не знали тѣхъ средствъ выучиванія, которыя въ известной степени восполняютъ эти недостатки, поэтому установили надъ такими лицами *curam*, которая и называлась *cura debilium*, на основаніи *vitiarum corporis*, параллельно съ *vitia animi: dementia, furor* и пр.

Наконецъ, въ этомъ періодѣ, на основаніи закона, неизвѣстно когда изданнаго, но во всякомъ случаѣ не позже VI вѣка, который назывался *Lex Plaetoria*, устанавливается *cura minorum*, попечительство надъ несовершеннолѣтними. Плеторій выходилъ при этомъ изъ слѣдующихъ соображеній. По древнему *jus civile*

совершеннолѣтіе наступало очень рано (впослѣдствіи съ 14 лѣтнимъ возрастомъ); какъ скоро же лицо достигало этого возраста, оно дѣлалось *pubes*. Тогда оно могло дѣйствовать самостоятельно. Но конечно, такія лица не всегда могли такъ же выгодно для себя дѣйствовать какъ лица опытныя, напр. достигшія 20—25 лѣтняго возраста. И дѣйствительно, при тогдашней испорченности нравовъ, которая проявлялась во всей силѣ къ концу VI вѣка, довольно часто встрѣчались обманы во вредъ молодыхъ людей, *circumscriptiones adolescentium*, въ силу еще не окрѣпшей опытности, *adolescentes* часто впадали въ невыгодныя сдѣлки, а законъ между тѣмъ, не гарантировалъ ихъ отъ этого, не давалъ имъ возможности уничтоженія сдѣлки. Чтобы устранить подобные обманы, преторъ Плеторій и внесъ въ народное собраніе новый законъ, которымъ устанавливалось полное совершеннолѣтіе, *major* или *legitima aetas* съ окончаніемъ 25 лѣтняго возраста. *Lex Plaetoria* опредѣляетъ, что недостигшіе 25 лѣтняго возраста, такъ называемые *minores*, должны пользоваться при извѣстныхъ обстоятельствахъ защитою закона; хотя именно по своему возрасту они и не могутъ уже оставаться подъ опекою, но они могутъ испросить себѣ совѣтника, руководителя въ своихъ дѣлахъ; этотъ-то руководитель и назывался *curator minoris*. Кроме того на основаніи *legis Plaetoriae*, было опредѣлено такъ называемое *judicium publicum ex lege Plaetoria*, т.е. искъ для преслѣдованія лицъ воспользовавшихся неопытностью несовершеннолѣтняго, *minor*, и введшихъ его путемъ обмана въ невыгодную сдѣлку.

Въ силу этого закона, возникаетъ новое дѣленіе лицъ относительно возраста. Прежде были различаемы *infantes*, *impuberes* и *puberes*, теперь также остаются *infantes*, и *impuberes*, но *puberes* подраздѣляются на два возраста: *puberes majores* — совершенно дѣеспособные, достигшіе 25 лѣтняго возраста, и *puberes minores*, еще не достигшіе 25 лѣтняго возраста. Эти *minores* пользуются защитою закона Плеторія. Ульпіанъ говоритъ: *Praeterea praetor ex lege Plaetoria dat curatorem etiam ei, qui nuper pubes factus idonee negotia sua tueri non potest.*—*Fragm. Ulp. XII § 4.*

Что касается способовъ установленія попечительства, то оно устанавливается тѣми же способами какъ и *tutela* (*Ulp. fragm. 12 т. § 1—4.*

Значеніе попечительства выражается въ правѣ *curatoris* давать свое согласіе, *consensus*, на предпріятія *minoris* или же отказывать въ этомъ согласіи при сдѣлкахъ, совершенно самостоятельно заключенныхъ *minore*. Въ противоположность *auctoritas tutoris*, *consensus* могло быть дано *ex post*, въ видѣ послѣдующаго утвержденія; затѣмъ оно можетъ быть дано устно и письменно. Наконецъ различіе между попечителемъ и опекуномъ заключается въ томъ, что при назначеніи опекуна не требуется утвержденіе государственной власти, напротивъ назначеніе куратора должно быть утверждено судебною властью, (*Inst. Just. 1 кн. 23 пун. 1*). На основаніи этого попечитель не есть лицо, которое существуетъ для дополненія воли лица, находящагося подъ его вѣдѣніемъ, но онъ необходимъ только для защиты интересовъ этого лица, тогда какъ опекунъ совершаетъ всѣ сдѣлки вмѣстѣ съ опекаемымъ лицомъ. Отсюда и участіе при сдѣлкѣ опекуна называется *auctoritas*, а попечителя *consensus* простое согласіе.

В. ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

Имущественныя права, какъ выше было указано, бываютъ двухъ родовъ: 1) вещныя права и 2) обязательственныя. Подъ вещнымъ правомъ разумѣется то право, на основаніи котораго, лицо получаетъ непосредственное господство и непосредственную власть надъ самою тѣлесною вещью; обязательственное право есть такое юридическое отношеніе между лицами, въ силу котораго одно лицо получаетъ права на опредѣленныя дѣйствія другаго лица, на основаніи напримѣръ, договора.

1. ПРАВА ВЕЩНЫЯ.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

Главнымъ вещнымъ правомъ является право собственности, *dominium* или *proprietas*. In abstracto говоря, *dominium* есть полное, всестороннее, обнимающее вещь со всѣхъ сторонъ и во всѣхъ отношеніяхъ, исключительное право и господство лица надъ извѣстною тѣлесною вещью, дающее хозяину возможность опредѣлять судьбу этой вещи; слѣдовательно, это право предоставляетъ собственнику вещи слѣдующія два особенныя права: 1) предпринимать съ вещью все, что ему угодно, власть пользоваться, распоряжаться ею до ея физическаго уничтоженія, отчуждать и т. д. 2) Право удерживать отъ вліянія на эту вещь всякое другое лицо. Въ виду этихъ двухъ коренныхъ правъ, изъ которыхъ слагается собственность, всякое ограниченіе хозяина вещи можетъ состоять только *in non faciendo* или *in patiendo*, т. е. въ томъ что у хозяина отнимается власть дѣлать что либо съ вещью или же въ томъ, что онъ обязывается терпѣть какое нибудь постороннее вліяніе на свою вещь. Поэтому ограниченіе права собственности, состоящее въ такъ называемомъ сервитутѣ, и опредѣляется въ источникахъ, какъ право посторонняго лица вліять извѣстными дѣйствіями на вещь собственника. Но право собственности въ томъ безусловномъ видѣ, въ которомъ оно выше было опредѣлено, уже по законамъ 12 таблицъ признается только по отношенію къ вещамъ движимымъ. По отношенію же къ недвижимымъ имуществамъ, такъ называемая *praedia*, *dominium* ограничивается закономъ, напр. *jure vicinitatis* (tab. VII), т. е. по праву сосѣдства, по соображеніямъ основаннымъ на нуждахъ и потребностяхъ сосѣдей.

СПОСОБЫ УСТАНОВЛЕНІЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

Чтобы установилось *dominium* или эта безусловная власть надъ вещью, для этого необходимы законные способы его установленія. При этомъ нужно отличать собственность *dominium*, отъ простаго владѣнія, *possessio*, подъ которое подходит всякое фактическое обладаніе вещью, при которомъ не обращается вниманія, законно или нѣтъ это обладаніе. Для собственности, какъ законнаго исключительнаго обладанія вещью, нужно всегда доказать законные способы его приобрѣтенія. Вотъ почему весьма важно знать эти способы. Та обширная власть, которую предполагаетъ право собственности, устанавливается, съ точки зрѣнія *juris civilis*, не иначе какъ подъ публичнымъ авторитетомъ. Поэтому первоначальными способами приоб-

рѣтенія *dominium* являлись такъ называемыя *acquisitiones civiles*», которыя основывались на томъ, что приобрѣтеніе *dominii* совершилось *coram populo* или *nomine populi*. Въ полной квинитской собственности, *dominium ex jure quiritium*, римляне считали только тѣ вещи, которыя прибрѣтаются передъ всѣмъ народомъ, или, по крайней мѣрѣ, передъ магистратомъ, какъ его представителемъ (Пухта. Курсъ Инст. II кн. § 237 слѣд.).

Важнѣйшими способами прибрѣтенія права собственности по квинитскому праву, *acquisitiones civiles*, были слѣдующіе:

а) ДѢЙСТВІЯ, ПРЕДПРИНИМАЕМЫЯ СО СТОРОНЫ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ ДЛЯ ПРЕДСТАВЛЕНІЯ СОБСТВЕННОСТИ ОТДѢЛЬНЫМЪ ЛИЦАМЪ. Сюда относятся:

1) Присужденіе полководцемъ предметовъ, составляющихъ военную добычу (*praeda*), въ собственность солдатъ, полководецъ дѣйствовалъ отъ имени государства.

2) Вещи, не розданныя полководцемъ становились собственностью государственной казны и продавались квесторомъ (казначеемъ) частнымъ лицамъ. Такой способъ продажи движимыхъ вещей назывался » *sub corona venditio*.» Приобрѣтеніе права собственности происходило здѣсь на основаніи *addictionis*, присужденія со стороны квестора, который является представителемъ государственной власти. Эта продажа называется *venditio sub corona* потому, что предметы продаваемые, въ особенности военнопленныя, т. е. рабы, украшались вѣнками (*coronae*). Самая продажа производилась слѣдующимъ образомъ: передъ вещами назначенными къ продажѣ выставлялось копье — *hasta*, которое служило символомъ военной добычи, отсюда и самая продажа называлась также « *venditio sub hasta*.» Нѣкоторыя части военной добычи продавались гуртомъ, *per universitatem*. Эта продажа называлась *sectio bonorum*, и прибрѣтающій на этомъ основаніи собственность, назывался *bonorum sector*. Впослѣдствіи форма продажи *sub hasta* осталась и прилагалась ко всякой публичной продажѣ, производимой казною. Отсюда и возникло названіе для продажи съ публичнаго торга, употребляемое въ новѣйшихъ законодательствахъ. «*Subhastation*.»

3) Названіе *bonorum sectio* примѣнялось также и къ другимъ случаямъ, — когда напр. государству приходилось продавать гуртомъ конфискованное имущество.

4) Способомъ установленія права собственности надъ недвижимымъ имуществомъ, который производился чрезъ посредство представителей государственной власти, является « *assignatio agrorum*:» распределеніе земель между бѣдными гражданами. Такіе участки земли назывались *agri assignati*. Кроме того, иногда продавались квесторами частнымъ лицамъ казенные участки земли. Эти участки носили наименованіе « *agri quaestorii*.»

Во всѣхъ исчисленныхъ случаяхъ, право собственности прибрѣтается непосредственно отъ народа, изъ государственной казны и при участіи магистрата, какъ представителя государственной власти.

б) НО ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ ПРИОБРѢТАЕТСЯ ТАКЖЕ НА ОСНОВАНІИ ЮРИДИЧЕСКИХЪ СДѢЛОКЪ, ИМѢЮЩИХЪ ЧАСТНЫЙ ХАРАКТЕРЪ И ПРЕДСТАВЛЯЮЩИХЪ ПЕРЕХОДЪ ИМУЩЕСТВА ИЗЪ ОДНѢХЪ ЧАСТНЫХЪ РУКЪ ВЪ ДРУГІЯ. Такими сдѣлками, главнымъ образомъ, являются двѣ *in jure cessio* и *mancipatio*.

In jure cessio est quaedam imaginaria vindicatio — воображаемое отыскиваніе права собственности на вещь передъ судомъ. Эта сдѣлка относится вообще къ *res mancipi* и *res nec mancipi*. Ульпіанъ говоритъ: «*In jure cessio quoque communis alienatio est in mancipi rerum et nec mancipi, quae fit per tres personas, in jure cedentis, vindicantis, addicentis* (Ulp. fragm. tit. 19 § 9). *In jure cessio* есть общій способъ отчужденія *res mancipi* и *res nec mancipi*. Въ этой сдѣлкѣ должны участвовать три лица: уступающій вещь (*in jure cedit dominus*), отыскивающій вещь (*vindicatis, cui ceditur*) и присуждающій (*addicit praetor*). Ulp. ib. id. § 10. Необходимо прежде всего замѣтить, что слово «*jus*» въ выраженіи «*in jure cessio*» обозначаетъ судилище, трибуналъ претора (см. объ этомъ значеніи слова *jus* fr. 11 D. 1, 1) *cedere* же значить уступать. Слѣдовательно, *in jure cessio*, въ буквальномъ переводѣ, значить уступка въ судѣ. Для такой уступки предъ судебнымъ магистратомъ (*magistratus iudicando*) были установлены слѣдующія формальности. Приведемъ слова Гая (II кн. § 24), *in jure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem, vel apud praesidem provinciae is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo. Deinde postquam hic vindicaverit praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit, т. е. тотъ, кому уступается вещь, (напр. уступается рабъ), долженъ явиться передъ преторомъ или губернаторомъ провинціи и держа вещь сказать: я утверждаю, что этотъ человѣкъ принадлежитъ мнѣ въ собственность; послѣ такого заявленія преторъ спрашиваетъ того, кто уступаетъ, отрицаетъ-ли онъ это утвержденіе, и если тотъ скажетъ, что онъ не отрицаетъ, или если онъ будетъ молчать, то спорная вещь присуждается тому, кто отыскиваетъ ее. Коротко говоря *in jure cessio* есть ничто иное какъ примѣненіе къ безспорной сдѣлкѣ формъ спорнаго производства. Это есть приобрѣтеніе вещи съ судебного утвержденія, укрѣпляющаго за приобрѣтателемъ право собственности; судебное рѣшеніе вызывается въ данномъ случаѣ мнимымъ искомъ по безспорному дѣлу.*

МАНЦИПАТІО: *imaginaria venditio* есть, какъ было уже указано выше торжественный способъ приобрѣтенія права собственности. По этому *mancipatio* и называлось иногда «*venditio solemnis per aes et libram*» формою перенесенія права собственности отъ одного лица къ другому имѣющую известную публичность и торжественность. Эта форма состояла въ слѣдующемъ: кромѣ заинтересованныхъ сторонъ, при *mancipatio* должны были присутствовать 5 римскихъ гражданъ, совершеннолѣтнихъ, мужескаго пола, *quinque testes, cives Romani, puberes, masculi*, представлявшіе первоначально весь народъ и его классы, на которые онъ былъ раздѣленъ Сервіемъ Тулліемъ. Въ ихъ-то присутствіи и съ призваніемъ еще *libripens*'а вѣсодержателя, происходило взвѣ-

шиваніе денегъ, *aes*, уплачиваемыхъ приобретателемъ. Наконецъ, при этомъ произносились *solemnia verba*, строго указанная закономъ. Особенность этой формы передачи собственности состояла въ томъ, что при ней возможно было, чрезъ непосредственный изустный договоръ, установленіе различныхъ побочныхъ условій, которыя выговаривала себѣ каждая изъ сторонъ. Условія эти имѣли строго обязательный характеръ, какъ и самая *mancipatio*.

Mancipatio какъ способъ приобретенія права собственности, относится только къ *res mancipi*. (*) Если предметомъ *mancipationis* были поземельные участки, *praedia rustica*, то требовалось чтобы манципируемое имущество было на лицо, требовались образчики земли, служившіе какъ бы символомъ самаго имѣнія. За то при движимыхъ вещахъ требованіе это было такъ строго, что за одинъ разъ дозволялось манципировать только такое количество вещей, которое можно было схватить рукою.

Съ теченіемъ времени въ форму *mancipationis* можно было облечь не только передачу права собственности, вслѣдствіе предшествовавшей какой либо юридической сдѣлки, продажи, даренія и проч., но и многія другія юридическія отношенія и соглашенія, напр. *testamentum per aes et libram* и пр. Поэтому *mancipatio* какъ выше было замѣчено, въ качествѣ средства или способа совершенія различныхъ оборотовъ, имѣло весьма обширное примѣненіе въ древнемъ римскомъ правѣ.

Съ давняго времени установился еще способъ приобретенія права собственности *ex jure civili* именно—*usucapio*—приобрѣтательная давность, т. е. владѣніе вещью непрерывно и безспорно продолжающееся извѣстное, закономъ опредѣленное время, тѣмъ самымъ обращалось въ право полной собственности, исключающее съ этихъ поръ всякое притязаніе другихъ лицъ, которыя могли предъявить до истеченія этого срока свое лучшее право на эту вещь.

Такую давность для приобретенія собственности мы встрѣчаемъ въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ подъ названіемъ *usus*, *usus auctoritas*, въ послѣдствіи времени она называется *usucapio*. Но это приобретеніе собственности чрезъ пользованіе подлежитъ извѣстнымъ ограниченіямъ.

Для приобретательной давности, *usucapio*, по крайней мѣрѣ, въ историческія времена требуется и личность извѣстныхъ условій, которыя новѣйшими учеными формулированы въ стихъ слѣдующимъ образомъ: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*.

Во 1-хъ требуетъ *res habilis*, предметъ, который подлежалъ бы давности. *Usucapio* не допускалась только по отношенію къ нѣкоторымъ вещамъ, которыя вообще не могли быть приобретены въ собственность, какъ *res sacrae*, т. е. вещи, посвященные богамъ, храму, алтарю, и *res religiosae*, напр. склены, точно такъ

(*) *Res mancipi* были перечислены выше (см. I періодъ, стр. 126). Кромѣ тѣхъ *mancipatio* примѣнялось еще: 1) къ отчужденію свободныхъ, но подвластныхъ лицъ, *hominis liberi alicuius juris*, напр. *mancipatio* сына, *filius familias*, съ цѣлью эманципаціи, дочери съ цѣлью *coemptio (in manum)*; 2) къ отчужденію чѣлаго имущества, на случай смерти, *mortis causa*, при *testamentum per aes et libram* или *testamentum per mancipationem*.

же и краденныя вещи (*res furtivae*). Кроме того, земли провинціальныя, которыя не могли находиться въ квинитской собственности, не могли быть также приоб- рѣтаемы по давности въ собственность (вслѣдствіе настоятельной потребности укрѣпить чѣмъ нибудь право владѣнія провинціальными землями, в послѣдствіи вре- мени въ преторскомъ правѣ былъ установленъ способъ приобрѣтенія права соб- ственности, *longi temporis praescriptio* или *possessio*, который состоялъ въ томъ, что приобрѣвшій такія земли *justo titulo* и *bona fide* и владѣвшій ими спокойно долгое время, *per longum tempus* (в послѣдствіи срокъ былъ опредѣ- лень точнѣе 10 годами *inter praesentes* и 20 *inter absentes*), получалъ юри- дическую возможность отстаивать свое право противъ всѣхъ, могущихъ предъ- явить на него искъ, на основаніи своего права собственности). *Usucapio*, будучи строгимъ римскимъ гражданскимъ институтомъ, не могла быть допущена также для иностранцевъ, владѣвшихъ вещами, принадлежавшими римскимъ гражданамъ, в слѣдствіе принципа «*adversus hostem aeterna auctoritas esto*».

2) Требуется, чтобы лицо, владѣвшее вещью, владѣло ею отъ своего соб- ственнаго имени, т. е., чтобы оно имѣло намѣреніе быть разсматриваемымъ, какъ хозяинъ вещи. Такимъ образомъ, требуется отъ лица *possessio suo proprio no- mine*.

3) Это владѣніе должно быть добросовѣстное, *possessio bonae fidei*. Подъ *bona fides* разумѣется убѣжденіе лица, что оно, владѣя вещью, какъ своею, не нарушаетъ чужихъ правъ. Если можно доказать, что извѣстное лицо знало, на- прим., что купило вещь, не принадлежащую продавцу, то, сколько бы владѣніе этой вещью ни продолжалось, оно не можетъ повести за собою приобрѣтенія пра- ва собственности по давности. Такимъ образомъ, *bona fides* должна существовать въ моментъ приобрѣтенія; если лицо только в послѣдствіи узнаетъ, что оно приобрѣ- ло вещь не у хозяина, то это не мѣшаетъ приобрѣтенію права собственности на основаніи давности. *Mala fides superveniens non nocet*, т. е., послѣдующая не- добросовѣтность не вредитъ.

4) Требуется *justus titulus*, законное основаніе владѣнія, напр. договоръ купли-продажи, даренія и т. п., которое можно было привести въ случаѣ спора. Понятно, что *bona fides* и *justus titulus* не всегда совпадаютъ; я могу вла- дѣть *mala fide*, но въ то же время могу владѣть *justo titulo*, т. е., могу приоб- рѣсти вещь на основаніи законной сдѣлки, а въ то же время могу знать, что приобрѣтаю я не отъ хозяина.

5) Требуется извѣстный срокъ, *tempus*. Въ законахъ 12-и таблицъ это тре- бованіе относительно времени выражалось въ слѣдующей формѣ: «*usus (et) aucto- ritas fundi biennium ceterarum rerum annus (annus) esto*», — если лицо владѣло недвижимою вещью въ теченіе двухъ лѣтъ, а движимою въ продолженіи года, то оно приобрѣтаетъ въ этой вещи право собственности на основаніи давно- сти.

Между учеными существуетъ разногласіе относительно значенія словъ *usus* и *auctoritas*. Наиболее вѣроятнымъ является то воззрѣніе, въ силу котораго *usus* значитъ пользованіе, т. е. владѣніе вещью, которое должно продолжаться въ тече- ніи опредѣленнаго времени, а *auctoritas* указываетъ возможность хозяину оты- скивать свою вещь въ теченіи 2 лѣтъ, касательно *fundus* и въ теченіи одного

года, касательно *ceterae res*. Такимъ образомъ, къ лицу, владѣющему вещью и приобретающему ее по давности, относится слово *usus*, а къ лицу, теряющему при этомъ вещь, относится—*auctoritas*, причемъ то и другое продолжается въ теченіи двухъ лѣтъ или одного года.

Нужно замѣтить, что этотъ способъ приобретенія, введенный *jure civili* представляетъ, сравнительно съ предшествовавшими способами, важное отступленіе въ томъ отношеніи, что здѣсь собственность приобретается безъ всякихъ формальностей, простымъ фактическимъ обладаніемъ. Не смотря однако на это, и этотъ способъ удовлетворяетъ требованіямъ *juris civilis*, такъ какъ здѣсь собственность приобретается въ силу владѣнія извѣстною вещью въ глазахъ цѣлаго народа, такъ что *usucapio* хотя и не имѣетъ формальнаго элемента, но имѣетъ элементъ участія общественной воли, совершается *contra populo*. Лицо владѣетъ вещью не тайкомъ, а совершенно открыто, въ глазахъ всего народа, который, такъ сказать, санкционируетъ это владѣніе своимъ согласіемъ.

Usucapio уже съ раннихъ поръ получило широкое развитіе, ибо оно стало прилагаться и къ приобретенію другихъ правъ, кромѣ права собственности, наприм. при установленіи *manus mariti* (см. выше объ установленіи *manu per usum*).

Что касается *acquisitiones naturales*, то они получили главное значеніе въ третьемъ періодѣ, гдѣ и будутъ подробно разсмотрѣны.

ОБЪЕКТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

Римляне, какъ мы видѣли при разсмотрѣніи перваго періода, не строго отдѣляютъ другъ отъ друга движимыя и недвижимыя вещи. Мы знаемъ, что они придають гораздо большее значеніе дѣленію ихъ на *res mancipi* и на *res nec mancipi*. Повторимъ еще разъ то, что говоритъ Ульпіанъ (XIX, 1): *Res mancipi sunt, aut no mancipi. Mancipi res sunt: praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus, item jura praediorum rusticorum, velut via, iter, actus, aquaeductus; item servi et quadripedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi asini Ceterae res nec mancipi sunt. Elephanti et cameli, quamvis co llo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum munero sunt.*

Остановимся на разсмотрѣніи однихъ изъ *res mancipi*, которые занимають особое положеніе, именно на разсмотрѣніи рабовъ. *Servi*—рабы суть люди, слѣдовательно, разумныя существа и по этому находятся, какъ выше было сказано, въ двойкой подчененности у хозяина, между тѣмъ какъ неодушевленные вещи или одушевленные неразумныя существа (животныя) подлежатъ только одному *dominium*. Итакъ, на основаніи двоичности своей природы, рабы подлежатъ двойкой власти. Прежде всего хозяинъ имѣетъ надъ ними *jus dominii*, какъ надъ всякою неодушевленою вещью, но, кромѣ того, они наравнѣ со свободнымъ римскимъ гражданиномъ подлежатъ фамиліной власти (т. есть власти надъ волею), которая въ противоположность *patria potestas* надъ свободными римскими гражданами, относительно раба, называется «*dominica potestas*». Слѣдовательно, рабы представляютъ совершенно особое положеніе, поэтому то въ исторіи римскаго права и необходимо разсмотрѣть особенно институтъ рабства.

Первый предмет, на который прежде всего слѣдуетъ обратить вниманіе, это самое происхожденіе рабства. Общимъ правиломъ для римлянъ было то, что, по природѣ своей, каждый человѣкъ долженъ рождаться свободнымъ. Это видно изъ того опредѣленія рабовъ, которое мы находимъ въ нашихъ источникахъ: *servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur* (fragm. 4 § 1 Dig. de statu hominum 1, 5). Это мѣсто прямо показываетъ, что по римскому взгляду рабство введено на основаніи *iuris gentium*, а не на основаніи *iuris civilis*, права, свойственнаго исключительно римскому народу. Гай говоритъ: *In potestate itaque sunt servi dominorum quae quidem potestas iuris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur id domino acquiri* (Inst. Gaji I Lib. § 52).—Слѣдовательно, рабство установлялось сначала только способами, которые вытекали *ex jure gentium*.

Собственно говоря, *ex jure gentium* есть только два способа установленія рабства—военный плѣнъ и рожденіе. Различныя мѣста источниковъ указываютъ на первый способъ: *Servi autem nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate, aut jure civili, cum liber homo major viginti annis ad pretium participandum sese venditari passus est* (Just. Inst. Lib. I tit. III § 4). Помпоній относительно этого предмета говоритъ: *In pace quoque postliminium datum est; nam si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus, hi hostes quidem non sunt; quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit, et liber homo noster ab iis captus servus fit eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat hoc quoque igitur casu postliminium datum est* (frag. 5, §§ 1—3 Dig. Lib. 49 titulus 15, de captivis). Словомъ, въ древнемъ римскомъ правѣ господствовало то положеніе, что если римскій народъ не состоитъ съ какимъ либо другимъ народомъ въ военномъ договорномъ отношеніи, то считалось законнымъ съ обѣихъ сторонъ слѣдовать рабомъ каждому, кто будетъ захваченъ другимъ народомъ. (*)

Однако такія суровыя положенія римскаго права смягчались *jure postliminii*, которое состояло въ томъ, что если лицо лишилось свободы на основаніи военного плѣна и если это лицо успѣло возвратиться снова въ свое государство (до заключенія мира), то оно получало обратно прежде принадлежавшее ему юридическое положеніе, такъ что лицо считалось въ этомъ случаѣ совсѣмъ не бывшимъ въ рабскомъ состояніи, его юридическое положеніе, въ его отсутствіе изъ отечества, было *in suspenso*, т. е. въ висѣчемъ или неопредѣленномъ положеніи, о чемъ въ источникахъ говорится по поводу прекращенія отцовской власти (см. § 5 Inst. 1, 12, Gaj. I § 129). Если отецъ взятъ въ плѣнъ, то *patria potestas* прекраща-

(*) Римляне, принявъ это начало *iuris gentium* и примѣнивъ его къ врагамъ своимъ, допускали полную взаимность. Поэтому римскій гражданинъ, попавшій въ плѣнъ къ неприятелю, и вернувшійся въ Римъ послѣ заключенія мирнаго трактата, въ которомъ о немъ ничего не было опредѣлено, рассматривался и въ Римѣ какъ рабъ.

ется въ моментъ взятія въ плѣнъ отца. Но если онъ возвращался изъ плѣна, не переходилъ обратно чрезъ границу государства—*limen*, то возобновлялась его *patria potestas* такъ, какъ будто она никогда не прекращалась, т. е., какъ бы предполагалось, что онъ вовсе не былъ въ плѣну. Такимъ образомъ, если взятые въ плѣнъ успѣютъ возвратиться въ свое отечество, то на основаніи *juris postliminii* они считаются свободными, если же нѣтъ, то наоборотъ.

По строгому праву, если бѣвшій римскій гражданинъ умереть какъ рабъ, въ плѣну, то его завѣщаніе, какъ завѣщаніе раба, не имѣетъ никакой юридической силы. Для избѣжанія этого послѣдствія, законъ Суллы—*lex Cornelia testamentaria* установилъ юридическую фикцію (*fictio legis Corneliae*), по которой умершій въ плѣну, слѣдовательно, въ рабствѣ, фингируется умершимъ въ моментъ взятія его въ плѣнъ, т. е. еще свободнымъ, и потому завѣщаніе его имѣетъ полную юридическую силу.

Другимъ о снованіемъ рабскаго состоянія является рожденіе, именно, въ силу того, что положеніе родителей передается дѣтямъ. «*Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur; non interveniente connubio matris conditioni accedunt*» (Ulp. fragm. 5 тит. § 8). Ульпіанъ говоритъ, если бракъ заключенъ *cum connubio*, то дѣти всегда слѣдуютъ состоянію отца, если же связь между родителями имѣла мѣсто *sine connubio*, то дѣти слѣдуютъ состоянію матери. При этомъ Ульпіанъ продолжаетъ: *in his, qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur; in his autem, qui non legitime concipiuntur, editionis* (76, § 10); во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда бракъ былъ заключенъ *cum connubio*, положеніе новорожденныхъ опредѣлялось согласно съ тѣмъ положеніемъ, какое имѣлъ отецъ во время зачатія, если же дитя должно было слѣдовать состоянію матери, то его состояніе опредѣлялось состояніемъ матери во время рожденія ребенка. На основаніи этого, въ случаѣ, если мой сынъ, *sub patria potestate*, былъ женатъ, и моя невѣстка зачала, когда онъ еще находился подъ моею властью, а затѣмъ я эманципирую моего сына, и невѣстка рождаетъ ребенка, когда она и мужъ ея самостоятельны, не подвластны, то ребенокъ ихъ все таки будетъ подъ моею властью, потому что *interveniente connubio*, ребенокъ слѣдуетъ состоянію отца, а именно тому состоянію, въ которомъ находится отецъ во время зачатія. Поэтому рабское состояніе никогда не можетъ перейти отъ отца къ сыну, а всегда сообщается только отъ матери. Если связь состоялась между свободною женщиною и рабомъ, то дѣти будутъ слѣдовать состоянію матери, если ребенокъ происходитъ отъ связи рабыни со свободнымъ челоувѣкомъ, то онъ будетъ рабомъ, хотя бы мать и была отпущена на волю послѣ рожденія. Но если она будетъ отпущена во время беременности, то ребенокъ будетъ свободнымъ, потому что онъ слѣдуетъ состоянію матери во время рожденія. (Jul. Paulli. Recer. sentent. II? 24, 1) *si serva conceperit et postea manumissa pepererit, liberum parit*—если рабыня зачнетъ и потомъ будетъ отпущена не волю, то рождаетъ свободнаго. Если же два лица находятся въ брачной связи, и потомъ женщина будетъ обращена въ рабство во время беременности, на прим., въ видѣ наказанія, то она должна родить раба.

Но такое строгое приложеніе *juris stricti* имѣло силу только въ самое древнее время. Въ послѣдующее время римляне, разсматривая институтъ рабства,

какъ введенный *ex jure gentium*, и признавая его неестественнымъ *contra naturam*, отличались особеннымъ *favor libertatis*. Поэтому, когда шла рѣчь о *status* ребенка, истолковывали *in favorem libertatis*, и новорожденный признавался свободнымъ. Такимъ образомъ, на основаніи новѣйшаго права, если ребенокъ долженъ былъ слѣдовать состоянію матери, то обращалось вниманіе и на моментъ рожденія, и на моментъ зачатія, чтобы истолковать фактъ рожденія *in favorem libertatis*. Смягченія эти *in favorem libertatis* въ новѣйшемъ правѣ суть слѣдующія: *Si libera conceperit et ancilla facta pepererit liberum parit id enim favor libertatis exprōcit*, Paul. l. c. § 2, если свободная зачнетъ, но родить, сдѣлавшись рабынею, то она рождаетъ свободнаго, потому что этого требуетъ покровительство свободы.

Далѣе еще слѣдуетъ большее смягченіе: *Si ancilla conceperit et medio tempore manumissa, sed rursus facta ancilla, pepererit, liberum parit media enim tempora libertati prodesse, non nocere etiam possunt*, *ibid.* § 3, если рабыня зачнетъ и во время беременности будетъ отпущена на волю, и потомъ опять сдѣлается рабынею, то она рождаетъ свободнаго, потому что время беременности можетъ идти въ пользу, а не во вредъ свободѣ. Такимъ образомъ, достаточно, чтобы рабыня была во время беременности свободна хоть на самое короткое время, чтобы рожденное отъ нея дитя считалось свободнымъ.

Что касается способовъ установленія рабства *ex jure civili*, то, главнымъ образомъ, рабство возникаетъ на основаніи неисполненія лицомъ своихъ обязанностей по отношенію къ государству; напр. вслѣдствіе уклоненія отъ народной переписи, *census*, и отъ набора въ войско, *delectus*.

Далѣе, *ex jure civili* рабство устанавливалось на основаніи судебного приговора, *addictionis*. Такъ, еще по законамъ XII табл. (III tab.), если должникъ не заплатитъ долга, спустя три мѣсяца послѣ срока, то кредиторъ, на основаніи приговора судебного, могъ обратить его въ рабство посредствомъ продажи (*venditio trans Tiberim*) или даже убить его.

Равнымъ образомъ *furtum manifestum*—явное воровство влекло за собою рабство на основаніи судебного *addictionis*.

Далѣе, въ послѣдствіи времени рабство устанавливалось на основаніи участія въ продажѣ себя какъ раба, *ad praetium posticipandum*. Случалось иногда, что кто нибудь стоваривалъ свободнаго человѣка на то, чтобы онъ дозволилъ продать себя въ рабство съ тѣмъ, чтобы выманить у купившаго деньги; продавецъ, получивши деньги, исчезалъ, скрывался куда нибудь, а проданный доказывалъ свою свободу. Затѣмъ они дѣлили между собою продажную сумму. Этотъ случай извѣстенъ подъ именемъ *pactum partitionis pretii*; *Cum pacto partitionis pretii participandi causa*, то я не дозволю ему *ad libertatem proclamare*, т. е., въ наказаніе за обманъ не дозволю, чтобы онъ доказалъ свою свободу.

Еще устанавливается рабство также уже въ слѣдующемъ періодѣ, на основаніи *senatus consultum Claudianum*. Если свободная женщина находится въ связи съ чужимъ рабомъ и, не смотря на увѣщаніе господина, продолжаетъ жить съ нимъ, то она обращается въ рабыню. *Inst.* III, 12. Впрочемъ это постановленіе относится къ императорскимъ временамъ.

Затѣмъ рабство устанавливается (также въ императорскія времена, т. е. въ

слѣдующемъ періодѣ) на основаніи *revocationis in servitute*. Вольноотпущенный, *libertus*, на основаніи того, что онъ оказывается неблагодарнымъ въ отношеніи къ своему патрону, возвращается въ рабство къ этому патрону.

Наконецъ (въ императорскія же времена), рабство устанавливается вслѣдствіе *damnationis*, при осужденіи въ рабство за уголовное преступленіе (*servitus poenae*).

Всѣ эти послѣдніе случаи относятся собственно уже къ слѣдующему періоду, къ императорскому времени.

Что касается юридическаго положенія рабовъ, то, какъ извѣстно, въ республиканскія времена, слѣдовательно, во второй періодъ, оно представляется такимъ, о которомъ римскіе юристы говорятъ, что «*servus nullum caput habet*» (*)—рабъ не имѣетъ ни какой правоспособности, и *servitus mortalitati fere comparatur* (**), слѣд., положеніе раба такое, что онъ не имѣетъ никакихъ ни личныхъ, ни имущественныхъ правъ, вообще не имѣетъ личности въ юридическомъ смыслѣ. *Dominium* или право собственности безусловно обнимаетъ предметъ, такъ что всякое другое право при этомъ исчезаетъ что находится въ собственности, то уже *eo ipso* есть объектъ и никакъ не можетъ быть субъектомъ, слѣдовательно, если рабъ, *servus*, находится *in dominio* господина, какъ его собственность, то этимъ самымъ отрицается всякое его право личности. Но рабъ и тогда не приобретаетъ правоспособности, если у него не было хозяина; *servus sine domino* разсматривается все таки какъ вещь, какъ *res nullius*. См. о положеніи рабовъ сочиненіе Шмидта (A. Schmidt: *die Personlichkeit des Sclaven nach Rom-Recht*). Это воплѣ безправное положеніе раба, повидимому, измѣнилось въ императорскія времена. Тогда появляется прежде всего правило, чтобы никто не убивалъ раба и даже не сильно истязалъ его и пр. Во времена же республиканскія ничего подобнаго не было. Во второмъ томѣ своего сочиненія «*Geist des Romischen Rechts*», Герингъ говоритъ, что положеніе рабовъ однако на практикѣ не было такъ печально, какъ оно представляется въ теоріи, именно въ древнее время отношенія между господиномъ и рабомъ были патриархальныя, и вслѣдствіе этого господинъ не могъ употреблять большихъ жестокостей съ рабомъ. Затѣмъ, если бы и были допущены господиномъ эти жестокости то на господина обрушилось бы общественное мнѣніе, и, наконецъ, цензорская власть, которая покрывала безчестіемъ имя этого господина.

Что касается имущественнаго положенія рабовъ (см. Шмидтъ стр. 14), то *ex jure civili* оно является слѣдующимъ: рабъ, имѣющій господина, имѣетъ юридическую способность приобретать, но онъ приобретаетъ не для себя, а для господина: *quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur* (Гай Инст. I кн. § 52), если же рабъ остается безъ господина, *servus sine domino*, то онъ лишается юридической способности приобретать.

Что же касается приобретенія рабами различныхъ обязанностей, заключенія ими различныхъ сдѣлокъ, то они могли вступать въ такія сдѣлки, которыя до

(*) § 4 Inst. 1, 16.

(**) Fr. 209 Dig. 50, 17.

ставляютъ господину какія либо выгоды; если же онъ влекли невыгоды, то признавались недѣйствительными: fr. 133 D. de R. I. Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.

Другое дѣло относительно delicta раба; если рабъ противозаконнымъ дѣйствіемъ причинялъ какой либо вредъ третьему лицу, то обиженная сторона должна была предъявить искъ къ господину раба, и господинъ долженъ былъ отвѣчать за него—именно: онъ долженъ былъ или вознаградить за вредъ, причиненный рабомъ или выдать раба въ распоряженіе обиженной стороны. Искъ, который имѣлъ по этому поводу обиженный, называется actio noxalis, Inst. 4, 8 Gaj. IV § 75 и слѣд. искъ этотъ предъявлялся къ тому господину, которому рабъ принадлежалъ во время выясненія иска, на томъ основаніи, что онъ былъ связанъ съ личностью раба—«noxa caput sequitur».

Однако между положеніемъ раба и другихъ одушевленныхъ вещей, т. е. животныхъ, существуетъ та разница, что, какъ уже было выше указано, римскимъ правомъ въ немъ признавалась дѣеспособность и вообще человѣческая природа. Въ этомъ признаки и заключалось отличіе раба отъ животныхъ, вслѣдствіе чего посредствомъ manumissionis—отпущенія на волю, онъ могъ сдѣлаться вполне свободнымъ человѣкомъ и даже римскимъ гражданиномъ. Отпущенные назывались libertini или liberti (*) qui legitime manumissi sunt, id est aut vindicta, aut legitimo censu, aut testamento, nullo iure impediante (Ulp. fr. 1 т. § 6). Для того, чтобы сдѣлаться libertus, отпущеннымъ, нужны особенныя формальныя дѣйствія, manumissiones solemnes, торжественныя способы отпущенія на волю. Такихъ способовъ въ квинтскомъ правѣ три: 1) manumissio vindicta, 2) manumissio censu и 3) manumissio testamento.

1) Manumissio vindicta есть ничто иное, какъ примѣненіе къ manumissio или отпущенію на волю обряда in iure cessionis. Этотъ способъ manumissionis совершается предъ магистратомъ. Ульпіанъ говоритъ ibid. 7): Vindicta manumittuntur apud magistratum populi Romani, velut consulem praetoremve vel proconsulem». Способъ этотъ состоялъ въ слѣдующемъ: тотъ, который хочетъ отпустить своего раба на волю, проситъ одного изъ своихъ друзей виндигировать передъ преторомъ этого раба, какъ свободнаго человѣка; рабъ же самъ, какъ рабъ, не можетъ этого дѣлать, потому что не имѣетъ ius standi in iudicio. Предъ преторомъ виндигирующій, assertor in libertatem vindex libertatis, говоритъ: hunc ego hominem ex iure Quiritum liberum esse aio. Если хозяинъ раба ничего не возражалъ, то рабъ, въ знакъ того, что онъ послѣдній разъ подвергался рабскому наказанію слегка ударялся палочкой—vindicta (отсюда manumissio vindicta) или festuca, а хозяинъ выпускалъ его руку, въ знакъ того, что онъ отъ него отказывается (отъ этого и самое отпущеніе называлось manumissio), послѣ чего преторъ addicebat libertatem.

2) Способъ освобожденія отъ рабства на основаніи census, manumissio censu состоитъ въ томъ, что, когда составляются при народной переписи цензуральные списки, господинъ раба или же самъ рабъ jussu domini, т. е., по приказанію своего господина проситъ цензора записать его въ число свободныхъ

(*) Ульпіанъ говоритъ: Cives Romani sunt liberti.

лицѣ чрезъ это рабъ дѣлался свободнымъ гражданиномъ. Здѣсь гражданство представлялось рабу на основаніи признанія раба свободнымъ со стороны государства, въ лицѣ его представителя—цензора. «Censu manumittebantur olim qui Iustrati censu Romae jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur», говоритъ Ульпіанъ.

Можно даровать свободу рабу на основаніи завѣщанія—*manumissio testamento*. Это выводилось уже изъ законовъ XII таблицъ: *ut testamento manumissi liberi sint, lex duodecim tabularum facit, quae confirmat testamento datas libertates his verbis: uti legassit suae rei ita jus esto*. Но при этомъ послѣднемъ случаѣ предполагается, что отпущеніе раба на волю было выражено извѣстными повелительными словами, *verbis directis imperativis*, напр., если въ завѣщаніи говорилось: «*Stichus servus meus liber esto.*» Свобода, данная на основаніи такого рода завѣщанія, называлась «*Libertas directo data.*» Ульпіанъ (II, 7) говоритъ объ этомъ предметѣ такъ: *Libertas et directo dari potest hoc modo: Liber esto, liber sit, liberum esse jubeo et per fideicommissum, ut puta: Rogo, fideicommitto heredi meo, ut iste Stichum servum manumittat*. Такимъ образомъ, отпущеніе раба на волю, на основаніи завѣщанія, *per testamentum*, можетъ являться и въ формѣ *fidei commissum* (этотъ случай имѣетъ болѣе значенія въ слѣдующемъ періодѣ). Посмертное распоряженіе въ формѣ *fidei commissum* тѣмъ отличается отъ легата свободы, что на основаніи этой формы рабъ не дѣлается непосредственно *libertus* на основаніи одного завѣщанія, потому что въ завѣщаніи высказывается только просьба къ наслѣднику, чтобы онъ отпустилъ на волю раба, слѣдовательно, здѣсь все зависитъ отъ добросовѣстности наслѣдника. Рабъ будетъ свободнымъ только тогда, если его отпустить на волю наслѣдникъ, но это отпущеніе является уже не прямымъ, непосредственнымъ слѣдствіемъ завѣщанія, а добросовѣстности наслѣдника, который долженъ отпустить его обыкновенными способами: *per manumissionem vindicta* или *manumissionem censu*. Эта такъ называемая «*libertas fidei commissaria.*» Отпущенный на волю, *directo*, т. е. патронъ котораго умеръ, называется «*libertus orcinus,*» *quia suum patronum in orco* (въ подземномъ царствѣ) *habet*.

Что касается вопроса о положеніи вольноотпущенныхъ, то этотъ вопросъ распадается на двѣ стороны: съ одной стороны можно разсматривать ихъ политическое положеніе, какъ либертиновъ (*libertini*), съ другой частное, въ отношеніи къ своимъ патронамъ, какъ либертовъ (*liberti*). Въ первомъ отношеніи вольноотпущенный вообще стоялъ ниже, чѣмъ *ingenuus*, или свободно-рожденный, напр., онъ не могъ служить въ римскихъ легіонахъ и пр. Мы скажемъ тутъ только объ обязанностяхъ либерта по отношенію къ своему патрону. Чрезъ отпущеніе на волю, связь между патрономъ и рабомъ не прерывалась вполнѣ: если онъ и становился изъ раба свободнымъ, то изъ этого все-таки возникалъ цѣлый рядъ отношеній между нимъ и отпустившимъ его на свободу господиномъ. Прежде этотъ послѣдній былъ его *dominus*, теперь онъ по отношенію къ вольноотпущенному становился *patronus*, замѣнялъ ему какъ бы отца въ гражданскомъ отношеніи. Въ силу этого либертъ имѣетъ различныя обязанности по отношенію къ нему, какъ къ своему гражданскому отцу. Со-

вокупность правъ, какъ почетныхъ, такъ и имущественныхъ, которыя сохранялъ господинъ надъ своимъ рабомъ, послѣ отпущенія его на волю, называлась «правомъ патронатства — *jus patronatus Dig. 37, 14*». Объемъ и содержаніе этого права опредѣлялись положительнымъ закономъ. Нужно замѣтить, что по римскому взгляду рабское состояніе уподоблялось смерти (*servitus mortalitati comparatur*); поэтому отпущеніе раба на волю есть какъ-бы гражданское рожденіе. прежде рабъ былъ объектомъ права, а теперь становился субъектомъ, потому на либертѣ и лежали различныя обязанности по отношенію къ патрону, который доставилъ ему гражданскую жизнь.

Прежде всего законъ требовалъ, чтобы либертъ всегда сохранялъ *reverentiam et obsequium* по отношенію къ патрону, т.е. такое же уваженіе и почтеніе, какое дѣти имѣютъ къ своему отцу. (*) Въ силу этого по преторскому эдикту либертъ никогда не могъ призывать патрона безъ особеннаго разрѣшенія претора въ судъ, и вовсе не могъ вчинать противъ него такіе иски, которые влекутъ за собою *infamiam*—гражданское безчестіе, *actiones famosae*. Такимъ образомъ, обязанность *reverentiae* имѣла не только нравственный характеръ, но влекла за собою и юридическія послѣдствія. Иски противъ патрона, либертъ могъ вчинать только съ разрѣшенія судебной власти, и то не всѣ иски. Надо припомнить, что и въ этомъ отношеніи проводилась параллель между либертомъ и сыномъ, сынъ также не могъ вызывать отца въ судъ. Что же касается *actiones famosae*, сопровождающихся *infamia*, то либертъ никогда не могъ вчинать ихъ противъ патрона, если же обстоятельства вынуждали къ этому, то эти иски для него замѣнялись другими; (*actiones in factum*). Кроме того, вольноотпущенный долженъ былъ не только оказывать патрону известное почтеніе, но и различныя услуги, на примѣръ либертъ долженъ былъ иногда прокармливать своего патрона, *alimenta praestare patrono* словомъ, либертъ обязанъ былъ къ различнымъ *operae* въ пользу своего патрона. Всѣ эти *operae* подраздѣлялись на *officiales* и *fabriles*. См. *fr. 6D. 38, 1*.

Operae officiales, какъ показываетъ самое названіе, относились къ личности патрона и заключались въ томъ, чтобы либертъ служилъ къ возвеличенію личности своего патрона; для этого либертъ долженъ былъ оказывать патрону особенное повиновеніе; во время торжественныхъ праздниковъ, поздравлять патрона, находиться въ его передней во время званыхъ обѣдовъ, сопровождать его иногда по городу и пр.

Что касается юридическаго значенія этихъ услугъ, то нужно замѣтить, что *operae officiales*, какъ чисто личныя, служившія къ увеличенію блеска патрона, прекращались со смертью патрона, но *operae fabriles*, переходили и къ наслѣдникамъ патрона. Напр. обязанность работать даромъ для патрона по своему ремеслу принадлежала къ *operae fabriles*. Нерѣдко всѣ эти обязанности

(*) Въ случаѣ грубой неблагодарности либерта въ отношеніи къ патрону, доставлялся искъ противъ вольноотпущеннаго: *actio ingrati* который могъ подвергнуть его весьма тяжкимъ послѣдствіямъ. Въ Императорскія же времена, какъ выше было указано, либертъ обращался за такую неблагодарность обратнo въ рабство: *revocatio in servituum propter ingratitude*.

либерта, основанный на законѣ, еще болѣе иногда расширялись и укрѣплялись посредствомъ специальныхъ условій, такъ называемыхъ клятвенныхъ обѣщаній, устанавливаемыхъ при *manumissio (operarum obligatio liberti per jus iurandum imposita)*.

Наконецъ, такъ какъ патронъ разсматривался какъ отецъ по отношенію къ либерту, а либертъ стоялъ къ нему на степени ближайшаго агнатическаго родственника, то патронъ имѣлъ право наслѣдства въ имуществѣ, оставшемся послѣ либерта—главнымъ образомъ, на основаніи преторскаго эдикта. Но были постановленія относительно этого предмета и въ квинтискомъ правѣ (*ius civile*). Это наслѣдованіе могло состояться только въ томъ случаѣ, если либертъ умиралъ, не оставивъ послѣ себя дѣтей. Если же оставались дѣти, то они наслѣдовали ему обыкновеннымъ порядкомъ *ex iure civili*. Но за то если патронъ наслѣдовалъ за либертомъ онъ и долженъ былъ принять опеку надъ семействомъ своего либерта, въ этомъ случаѣ опека и называлась *legitima tutela patroni*. Впрочемъ, отношеніе патроната имѣло обоюдный характеръ въ извѣстной степени, такъ какъ и на патронѣ лежала обязанность защиты либерта.

ОГРАНИЧЕНІЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ.

JURA IN RE ALIENA.

Какъ уже было сказано, при опредѣленіи права собственности, это право является неограниченнымъ только *in abstracto de facto*, оно бываетъ ограниченнымъ; напр. существуютъ извѣстныя законныя ограниченія собственности по отношенію къ недвижимымъ имуществамъ. Эти ограниченія существуютъ на томъ основаніи, что безусловное, неограниченное обладаніе такою собственностью было бы невозможнымъ, такъ какъ при этомъ не было бы возможнымъ сожитіе людей.

Ограниченіе права собственности требуетъ напр. *ius vicinale*; поэтому еще въ законахъ XII таблицъ находятся извѣстныя ограниченія права собственности, относительно недвижимыхъ имуществъ. Кромѣ общихъ ограниченій, касающихся права собственности, есть еще ограниченія, касающіяся отдельныхъ частей права собственности. Но всѣ эти ограниченія вообще могутъ быть сведены, какъ уже выше сказано, къ двумъ категоріямъ: они могутъ состоять или *in non faciendo* или *in patiendo*, въ томъ, что хозяинъ обязывается чего либо не дѣлать со своею собственностью, или въ томъ, что хозяинъ обязывается терпѣть, допускать вліяніе посторонняго лица на его вещь.

Какъ примѣры ограниченія права собственности, можно привести тѣ случаи, которые были указаны выше при разсмотрѣніи законовъ XI I таблицъ. На примѣръ если около моего имѣнія стоитъ плодоносное дерево, принадлежащее сосѣду, и плоды съ него падаютъ на мою землю, то по строгому примѣненію права собственности, плоды должны были бы сгнить, такъ какъ я не имѣю права взять ихъ, ибо они принадлежатъ сосѣду, а хозяинъ не можетъ ихъ взять, потому что онъ не имѣетъ права вторгаться въ мою собственность. Но законы XII таблицъ допускали въ этомъ случаѣ ограниченіе моего права соб-

ственности. Именно, законъ требовалъ, чтобы были извѣстны сроки, (черезъ каждые три дня) въ которые дозволялось сосѣду входить въ мое имѣніе для собиранія своихъ плодовъ. Равнымъ образомъ, если чрезъ мое имѣніе протекаетъ судоходная рѣка то я обязанъ былъ оставлять извѣстную часть берега, принадлежащую мнѣ, *ad usum publicum*, для общаго пользованія, напр. для того, чтобы суда могли приставать къ берегу, выгружаться на немъ, останавливаться для починки, и пр. Таковы нѣкоторые случаи ограниченія права собственности, встрѣчавшіеся уже въ первомъ періодѣ. Какъ видно, ограниченія эти устанавливались не по произволу лицъ, а вызывались, самою необходимостью, условіями общежитія. Всѣ эти ограниченія, какъ вы видѣли, допускаютъ вліяніе одного лица на собственность другого. Но кромѣ этихъ законныхъ ограниченій собственности встрѣчаются и такія, которыя установлены по волѣ самаго ограничиваемаго хозяина, они составляютъ особый родъ правъ, извѣстныхъ подъ именемъ *jura in re aliena* правъ на чужую вещь, которыя проявляются въ квинтскомъ періодѣ въ такъ называемыхъ сервитутахъ, *servitutes*.

SERVITUTES — СЕРВИТУТЫ.

Что касается вопроса о сервитутахъ, то въ различныхъ мѣстахъ источниковъ находятся указанія о немъ напр. *Inst. Just.* 2 кн. 3 т. «*de servitutibus*» 4 томъ «*de usufructu*» и т.д. Подробное ученіе о сервитутахъ излагается въ догмѣ римскаго права.

Jus in re aliena представляетъ такое отношеніе, при которомъ вещь вообще остается подчиненною своему хозяину, но въ извѣстномъ отношеніи и совмѣстно съ хозяиномъ, получаетъ право пользованія этою вещью и другое лицо, совершенно постороннее; (это постороннее лицо) оказываетъ свое вліяніе на вещь, хотя только въ извѣстномъ отношеніи, но совершенно самостоятельно. Такое отношеніе къ вещи является въ сервитутахъ, *servitutes*. Напр. я выговариваю у моего сосѣда право проходить по его имѣнію. Это имѣніе продолжаетъ оставаться въ собственности сосѣда, онъ только стѣсняетъ себя, дозволяя пользоваться проходомъ чрезъ его имѣніе. Слѣдовательно, подъ сервитутомъ (*servitus* *) разумѣется право пользованія чужою вещью, установленное въ видѣ вещнаго права, т.е. доставляющее лицу непосредственное господство надъ вещью въ извѣстномъ отношеніи, право же это предоставляется для исключительнаго пользованія этого опредѣленнаго субъекта. Таково истинное опредѣленіе понятія сервитутовъ. Сервитуты представляются столь разнообразными, что почти невозможно установить общихъ признаковъ для всѣхъ сервитутовъ.

Существуютъ разнообразныя дѣленія сервитутовъ, но самое важное то, которое подводитъ всѣ сервитуты подъ двѣ большія группы, изъ которыхъ одна называется *servitutes praediorum* а другая *servitutes personarum* сервитуты,

(*) Какъ уже выше было замѣчено, слова *servitus* въ этомъ значеніи, т.е. въ примѣненіи къ вещамъ, не слѣдуетъ смѣшивать со словомъ *servitus* въ личномъ отношеніи, обозначающимъ рабство.

относящиеся къ имѣніямъ и личные сервитуты—см. fr. 1D. de servit. 8, 1.

Servitutes praediorum суть сервитуты, установленные для какой либо выгоды имѣній, недвижимыхъ имуществъ, такъ что эти сервитуты принадлежатъ не опредѣленному хозяину имѣнія, не лицу, а являются принадлежностью имѣнія и, слѣдовательно, приобретающіе такое имѣніе, приобретаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ его качество и относящіеся къ нему сервитуты. Изъ этого понятія вытекаетъ, что сервитутное отношеніе, извѣстное подъ именемъ *servitutes praediorum*, бываетъ между двумя имѣніями, изъ которыхъ одно дополняетъ другое въ томъ, чего недостаетъ въ послѣднемъ, слѣдовательно, это отношеніе можетъ возникать только между сосѣдними имѣніями. То имѣніе, въ пользу котораго установленъ сервитутъ, называется *praedium dominans*, господствующимъ имѣніемъ, то же имѣніе, въ которомъ установленъ сервитутъ, которое своимъ экономическимъ избыткомъ пополняетъ *praedium dominans*, называется *praedium serviens*, служащимъ имѣніемъ, *praedium quod servit alii praedio*; Напр. для своего имѣнія я устраиваю водопроводъ, *aquaeductus*, изъ вашего имѣнія, слѣдовательно здѣсь основаніемъ сервитута является экономическая потребность моего имѣнія. Или напр. я получаю право въ вашемъ имѣніи *silvam caedere* рубки лѣса, потому что въ моемъ имѣніи нѣтъ лѣса, въ томъ и другомъ случаѣ мое имѣніе будетъ *praedium dominans*, а ваше *praedium serviens*.

Въ свою очередь, *servitutes praediorum* подраздѣляются на *servitutes praediorum rusticorum* и *servitutes praediorum urbanorum* (Dig. 8 кн. 1т. de servitutibus, 2 т. de servitutibus praediorum urbanorum, 3т. de servitutibus praediorum rusticorum).

Подъ именемъ *servitutes praediorum rusticorum* какъ показываютъ источники, разумѣются сервитуты, установленные въ пользу недвижимыхъ имѣній, которыя доставляютъ *fructus naturales*, естественные плоды, или содѣйствуютъ произведенію этихъ плодовъ. Появленіе этихъ сервитутовъ вызвано самою природою. Какъ извѣстно, есть имѣнія удобныя, но есть такія, которыми можно пользоваться только въ такомъ случаѣ, если будетъ установленъ сервитутъ въ другомъ имѣніи. Вотъ почему эти сервитуты были извѣстны еще въ древнія времена (они, какъ извѣстно, причислялись къ *res mancipi*). Именно, потому они и возникли, что являлись дополненіемъ имѣній другъ друга, восполняли то, чего недоставало въ другомъ имѣніи. Такъ какъ недостатки имѣній весьма разнообразны, то разумѣется перечислить всѣ *servitutes praediorum rusticorum* нѣтъ никакой возможности: они вызываются возникающими потребностями. Примѣрами могутъ служить слѣдующіе *servitutes praediorum rusticorum*: упомянутый выше сервитутъ *aquaeductus servitus navigandi*, право плаванія по рѣкѣ, озеру, принадлежащимъ другимъ лицамъ; *servitus sive caeduae*—право рубки лѣса, *iter*—право прохода, *via*—право проѣзда черезъ чужое имѣніе и т.д.

Servitutes praediorum urbanorum касаются *praedia urbana*, городскихъ недвижимыхъ имуществъ, которыя доставляютъ такъ называемые *fructus civiles*, гражданскіе плоды, напр. наемную плату, т.е. зданій домовъ. *Servitutes praediorum urbanorum* вызываются не настоятельною необходимо-

стью, а скорѣе развитымъ стремленіемъ къ большому удобству; отсюда понятно, что эти сервитуты возникли гораздо позднѣе сервитутовъ *praediorum rusticorum*. См. ниже

Эти сервитуты можно подвести подъ двѣ группы: *servitutes habendi* и *servitutes prohibendi*. Подъ *servitutes habendi*, какъ показывается самое названіе, разумѣется право имѣть какое нибудь постоянное устройство въ чужомъ зданіи для удобства своего собственнаго. Къ этого рода сервитутамъ относятся, напр., *servitus stillicidii*, право устроить жолобъ, чтобы вода стекала къ чужому дому, или, чтобы положить жолобъ на чужомъ домѣ для отвода дождевой воды; *servitus oneris ferendi*, право имѣть на стѣнѣ сосѣда часть своего зданія, *servitus protegendi*, право имѣть въ чужомъ воздушномъ пространствѣ балконъ, навѣсъ и т. п. Въ этихъ двухъ примѣрахъ уже видно отличіе сервитутовъ *praediorum urbanorum* отъ сервитутовъ *praediorum rusticorum*, именно первые вызываются желаніемъ имѣть извѣстныя временныя удобства, тогда какъ сервитуты *praediorum rusticorum* основываются на естественныхъ, постоянныхъ недостаткахъ *praedii dominantis* (само собою разумѣется, что сервитутное отношеніе устанавливается по договору, и значить, бываетъ возмездное или безвозмездное). Подъ именемъ *servitutes prohibendi* (отъ глагола *prohibere*), какъ показывается само названіе, разумѣются сервитуты, въ силу которыхъ хозяинъ *praedii dominantis* получаетъ право запрещать извѣстныя дѣйствія хозяину *praedii servientis*, слѣдовательно, эти сервитуты состоятъ въ ограниченіи права хозяина служащаго имѣнія, дѣлать что либо въ этомъ имѣніи. Къ этимъ сервитутамъ относятся: *servitus altius non tollendi* право запрещать хозяину служащаго имѣнія поднимать свои постройки выше извѣстнаго предѣла для того, чтобы не загородить хорошей видъ изъ *praedii dominantis*, *neprospectui officiat*; *servitus ne liminibus officiat*, право также запрещать сосѣду постройки, которыя мѣшали бы прохожденію свѣта въ господствующее имѣніе. Словомъ, всѣ *servitutes prohibendi* состоятъ въ правѣ хозяина господствующаго имѣнія запрещать извѣстныя дѣйствія, предпріятія со стороны хозяина служащаго и мѣнія.

Относительно возникновенія сервитутовъ *praediorum urbanorum* вообще въ заключеніе надо замѣтить, что фактъ этотъ различно объясняется учеными. Вообще справедливѣе допустить, что они стали возникать послѣ сожженія Галлами города Рима. Послѣ нашествія Галловъ пришлось возобновлять городъ; тогда то и начали развиваться у Римлянъ вкусы къ различнымъ удобствамъ, о которыхъ до этого времени и не думали.

Подъ именемъ *servitutes personarum* разумѣются совершенно другія отношенія, нежели *servitutes praediorum*. *Servitutes praediorum rusticorum* устанавливались для пополненія естественныхъ потребностей имѣнія, *servitutes praediorum urbanorum* для большаго удобства, *servitutes personarum* же появлялись, когда одно лицо желало доставить другому опредѣленному лицу полное и неограниченное пользованіе своею вещью, но съ тѣмъ, чтобы это послѣднее лицо не имѣло права распоряженія и, слѣдовательно, не получало права собственности въ этой вещи, такъ что здѣсь право распоряженія вещью принадлежало одному лицу, а право пользованія другому лицу. Напр., подобное положеніе

встрѣчается у насъ въ дѣйствующемъ правѣ умираетъ мужъ и желаетъ предоставить женѣ пожизненное владѣніе, пожизненное пользованіе имуществомъ, она будетъ пользоваться имуществомъ; будетъ извлекать изъ него всевозможные доходы, но не можетъ продать его, не можетъ отчуждать, потому что ей не предоставлено право распоряженія, напротивъ, она должна сохранить имущество для дѣтей. Такимъ образомъ, подъ именемъ *servitutes personarum* разумѣется пожизненное пользованіе одного лица, установленное въ имуществѣ другого лица, все равно, возмездное ли это пользованіе или безвозмездное, установленное такъ, что это лицо будетъ только пользоваться, а другое имѣть эту вещь въ собственности.

Изъ этихъ личныхъ сервитутовъ въ древности были извѣстны: 1) *usufructus*—такое право пользованія, которое можно сравнить съ нашимъ пожизненнымъ владѣніемъ—*usufructus est jus alienis rebus utendi-fruendi, salva rerum substantia*—право пользованія чужою вещью, извлечения изъ нея плодовъ съ сохраненіемъ ея сущности. И, во 2) *usus*, право пользованія вещью, но безъ права пользованія ея плодами.

Что касается возникновенія *servitutes personarum*, то, безъ сомнѣнія, главный мотивъ, въ силу котораго они возникли, это—посмертныя распоряженія, *negotia mortis causa*, т. е. акты, которые составляются на случай смерти, потому что при жизни для установленія такого пользованія есть другіе пути, наприм. дареніе. Римляне свято относились къ волѣ умершаго. У этого послѣдняго, безъ сомнѣнія, часто бывали такія лица, которымъ онъ, по какимъ бы то ни было обстоятельствамъ, хотѣлъ доставить пожизненное владѣніе, и это онъ дѣлалъ потому, что, по закону, эти лица не могли наследовать ему или, пожалуй, и могли, но въ ограниченномъ размѣрѣ. Римское право и допускало поэтому *servitutes personarum*, такъ какъ уже законы XII таблицъ говорятъ: *uti legassit, ita jus esto*—что сказано въ завѣщаніи, то и должно быть исполнено. Разъ установленный личный сервитутъ существуетъ уже помимо воли установителя и третьихъ лицъ. Онъ представляетъ лицу (*usufructurarius*) непосредственное пользованіе вещью, продолжающееся до конца его жизни. Напримѣръ, я вамъ установилъ пожизненное владѣніе домомъ, оставивъ за собою право собственности; если затѣмъ у меня является намѣреніе продать домъ, и я продаю его, то покушникъ не можетъ выгнать васъ, онъ не имѣетъ этого права. Другое дѣло, если бы вы жили по обязательствен. договору, наприм. по найму, тогда онъ могъ бы выгнать васъ; но если вы живете въ домѣ какъ *usufructarius*, то для васъ все равно, кто владѣетъ домомъ, я или кто другой, разъ вы имѣете въ моемъ домѣ *usufructus*, вы имѣете право пользоваться имъ до конца своей жизни. Таково значеніе личныхъ сервитутовъ. *Usus* доставлялъ пользованіе безъ извлечения плодовъ *fr. 1 D. 7, 8, Constituitur etiam nudus usus, id est sine fructu sp. fr. 2 pr. eod.*

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

Второй отдѣлъ имущественныхъ правъ представляютъ собою обязательственныя отношенія.

Что касается опредѣленія обязательства (законное опредѣленіе, *definitio legalis*, было приведено выше, см. стр. 31 въ концѣ стран 32), то можно принять всѣ опредѣленія, которыя встрѣчаются въ учебникахъ римскаго права, съ однимъ

только дополненіемъ, внесеннымъ въ это опредѣленіе Гартманомъ въ его сочиненіи «die Obligatio». Подъ именемъ обязательства, *obligationis*, разумѣется такое право, по которому извѣстное лицо, называемое вѣрителемъ, *creditor*, получаетъ власть надъ волею другого лица, называемаго должникомъ, *debitor*, т. е. на извѣстныя дѣйствія должника, которыя имѣютъ цѣлью удовлетвореніе какого нибудь частнаго права или интереса кредитора. Таково опредѣленіе, которое приводитъ Гартманъ, и съ нимъ нельзя не согласиться. Обыкновенно же обязательства опредѣляютъ короче такъ: обязательство есть право на чужое дѣйствіе. Дѣйствительно, обязательство есть право лица на дѣйствіе другого, но это право имѣетъ значеніе настолько, насколько оно соотвѣтствуетъ интересамъ кредитора, если нѣтъ этой цѣли, то кредиторъ теряетъ это право и не можетъ требовать отъ должника удовлетворенія своего права.

Но такой взглядъ на обязательства выработался исторически. Въ древнее время и даже по законамъ XII таблицъ обязательство, какъ право кредитора на дѣйствіе другого лица, является чисто личнымъ правомъ. Древніе римляне послѣдовательно проводили тотъ взглядъ, что обязательство есть право надъ волею должника, слѣдовательно, не имѣетъ имущественнаго характера, не дѣетъ основанія распространять эту власть на имущество. Вслѣдствіе этого, если должникъ не исполнялъ обязательства, можно было прибѣгать ко всевозможнымъ принудительнымъ мѣрамъ, но съ тѣмъ, чтобы онѣ касались только воли должника, его личности, а не были бы направлены на его имущество. Именно въ законахъ XII т., какъ мы видѣли выше, говорится: если должникъ не платитъ долга, то можно посадить его *in carcerem privatum*, содержать въ заключеніи въ теченіи 2 мѣсяцевъ; должно до 3-хъ разъ выводить на площадь въ ярмарочные дни для того, чтобы узнать, не согласится ли кто нибудь заплатить за него долгъ. Если же всѣ эти мѣры были напрасны, то въ концѣ концовъ можно было его *vendere trans Tiberim, i. e. in servitutem aut capite poenas dare*, продать въ рабство или убить. Такое значеніе имѣло обязательственное право; оно простиралось прямо на личность должника, хотя и имѣло имущественную подкладку, такъ какъ оно возникало вслѣдствіе имущественныхъ отношеній, но эта подкладка стоитъ на второмъ планѣ. Имущественный характеръ появляется также еще въ концѣ производства по долгамъ. Именно, когда должникъ осуждается въ рабство, тогда *bona debitoris creditori addicuntur*.

Такимъ образомъ, по древне-римскому взгляду, *obligatio est jus in corpore debitoris*. Въ этомъ отношеніи древне-римское право дошло до сублистностей; оно довело до крайности развитіе одной стороны обязательства, именно формальной, абстрактной, совершенно упуская другую—экономическую.

Но во II періодѣ этотъ взглядъ измѣняется. Въ этотъ періодъ является одинъ законъ, который имѣетъ мировое значеніе, такъ какъ устанавливаетъ истинное понятіе объ обязательствѣ. Достоверно неизвѣстно, когда появился этотъ законъ, но можно полагать, что онъ относится къ половинѣ V в. а. н. с. Законъ этотъ называется *Lex Poetelia (Papiria)* и заключалъ въ себѣ, по разсказу Тита Ливія, различныя постановленія и между ними слѣдующее: *Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*, т. е. въ обязательствѣ отвѣчаетъ имущество должника, а не личность его. Такимъ образомъ, законъ этотъ выдвигаетъ на первый планъ экономическую сторону обязательства; онъ характе-

ризуетъ обязательство, какъ имущественное право, какъ право кредитора на имущество должника, оно стоитъ на первомъ планѣ при обязательственномъ отноше- нии. Но этимъ не устраняется и формальная сторона обязательства. Если дол- жникъ не исполняетъ обязательства, то обращаются къ его имуществу, такъ какъ обязательство есть правонадѣ волею должника, именно, надѣ волею его въ иму- щественномъ отношеши. Теперь воля должника есть какъ бы посредникъ между пра- вомъ кредитора и имуществомъ должника, чрезъ нее кредиторъ направляетъ свое пра- во на его имущество, такъ что, значить, воля должника не остается безъ вниманія, но она стоитъ теперь уже на второмъ планѣ. И такъ, существуетъ еще и личное задержа- ние за долги, но это есть уже послѣдняя понудительная мѣра, чтобы заставить должника исполнить обязательство, и предпринимаются въ томъ случаѣ, когда не- лзя удовлетворить требованіе кредитора имуществомъ должника. Таково измене- ние, которое было произведено *lege Poetelia*. Благодаря этому закону установил- ся правильный взглядъ на обязательство и выработалось современное опредѣле- ніе этого понятія, какъ права на чужое дѣйствіе, имѣющаго цѣлью удовлетво- реніе извѣстнаго интереса кредитора.

СПОСОБЫ УСТАНОВЛЕНІЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

На основаніи указаній Гая (3 к. *Inst.* § 88) обязательства возникаютъ изъ двухъ главныхъ основаній, но могутъ быть и другія основанія обязательства *omnis obligatio*, говоритъ Гай, *vel ex contractu nascitur vel ex delicto* т. е., главное дѣленіе обязательствъ по происхожденію слѣдующее: всякое обязатель- ство возникаетъ или изъ договора, или изъ противозаконнаго дѣйствія. Всмат- риваясь въ практическую жизнь, можно замѣтить, что большая часть обязательствъ возникаетъ или на основаніи договора (я обязался, напр., служить, что нибудь от- дать и т. п.), или по поводу противозаконнаго дѣйствія, такъ какъ совершившій такое дѣйствіе обязанъ вознаградить потерпѣвшаго за вредъ и убытки. Дого- воръ же есть ничто иное, какъ соглашеніе двухъ или болѣе лицъ относительно извѣстнаго предмета. Договоръ Римляне называли словами *contractus* и *practum*. Различіе между этими словами чисто историческое, именно слѣдующее: *practum* есть общее родовое понятіе договора, *Practum est duorum pluriumve in idem placitum consensus*, а *contractus*—это такое договорное отношеніе, которое *ex jure civili* уже во времена республиканскія и при первыхъ императорахъ полу- чило полное признаніе въ правѣ объективномъ и было сопряжено съ правомъ ис- ка. *Practum* же есть всякій договоръ, который происходитъ *ex jure gentium* и *ex jure praetorio* и сохраняетъ это названіе, хотя бы былъ признанъ во време- на позднѣйшихъ императоровъ (такъ называемыя *pacta legitima*).

Различные контракты, появившіеся въ *jus civile*, слѣдуютъ такой градаціи: во 1) они являются въ высшей степени формальными, во 2) являются формаль- ными, но уже въ извѣстномъ отношеши представляютъ облегченіе, и, наконецъ, въ 3) заключаются безъ всякихъ формальностей, какъ договоры, появившіеся подъ вліяніемъ *juris gentium*. (*)

(*) Контракты дѣлятъ на такъ назыв. формальные контракты, *die formul- len Contracten* (*formul contracte*) и матеріальные контракты; подъ первыми разумѣютъ такіе, которые получаютъ полную силу и осуществимость вслѣдствіе формы, примѣненной при ихъ заключеніи, независимо отъ ихъ основанія, цѣли и т. д. Матеріальными же называются тѣ договоры, которые имѣютъ значеніе толь-

1) Первое мѣсто между чисто формальными договорами занимаетъ договоръ, называемый технически *пехум*. Относительно *пехум* мы встрѣчаемъ чрезвычайно много самыхъ разнообразныхъ мнѣній (собрано ихъ 14, подробно изложены они у Данца II, § 146). Мы выше уже указали различные взгляды Римлянъ на значеніе *пехум*. На основаніи именно опредѣленія юриста Мамилія *пехум* можно опредѣлить такъ, это есть всякая юридическая сдѣлка, совершаемая съ примѣненіемъ мѣди и вѣсовъ, въ присутствіи вѣсодержателя и 5 свидѣтелей. *Mucius* опредѣляетъ *пехум* уже болѣе въ тѣсномъ смыслѣ, говоря, что это есть *negotium per aes et libram, ut obligentur*, т. е., что это есть такой юридическій актъ, который совершается съ примѣненіемъ мѣди и вѣсовъ и который направленъ на установленіе обязательства. Это опредѣленіе поддерживаетъ и *Варронъ*, который говоритъ, что оно основывается на словахъ законовъ XII таб., въ которыхъ *пехум* выставляется вмѣстѣ съ *мансіріумъ*, изъ чего видно, что *пехум* и *мансіріумъ* различаются. Во всякомъ случаѣ безспорно то, что древнѣйшею формою заключенія обязательствъ было заключеніе ихъ *per pexum*, т. е. съ соблюденіемъ тѣхъ символическихъ торжественныхъ дѣйствій, которыя соблюдались при *мансіратіо*, и съ произнесеніемъ особенныхъ словъ, которыя отличались отъ словъ, произносимыхъ при *мансіратіо*. Слова, произносимыя при *пехум*, до насъ не дошли, но мы положительно знаемъ, что при *пехум* употреблялись слѣдующія слова: *damnas esto*, т. е., да будешь осужденъ. Эти слова имѣютъ, слѣдовательно, юридическое значеніе: обязательство, установленное на основаніи *пехум*, влекло за собою немедленную исполнительную силу, такъ что не нужно было для того, чтобы наложить руку на должника, *manus injectio*, обращаться къ предварительному судебному разбирательству. Подобныя послѣдствія заключеніе обязательства *per pexum* имѣло именно вслѣдствіе того, что должникъ въ договорѣ напередъ допускалъ осужденіе самого себя на случай неуплаты.

Обязательства, вклято чашею на основаніи *пехум*, отличаются извѣстными обрядностями, имѣющими значеніе символическихъ дѣйствій: требуется 5 свидѣтелей, долженъ быть вѣсодержатель, взвѣшивание мѣди или, если нѣтъ этого взвѣшиванія, то по крайней мѣрѣ, удареніе кусочкомъ мѣди (*raudusculum*) о вѣсы; словомъ, здѣсь замѣчается присутствіе символическихъ обрядностей, которыя характеризуютъ первую свѣтскую форму юридическихъ актовъ вообще. Затѣмъ, неизвѣстно, въ какое время (вѣксторые говорятъ, въ эпоху 12 таб., другіе же, не много позже) являются такіа формальныя обязательства, вся формальность которыхъ заключается въ произнесеніи извѣстныхъ торжественныхъ словъ, но при которыхъ не требуется никакихъ символическихъ обрядностей. Къ такимъ обязательствамъ относится тотъ видъ обязательствъ, которыя называются *verborum obligatio* или *stipulatio*, (*) *Гай III § 92* говоритъ: *Verbis obligatio fit*

ко въ виду ихъ причины цѣли и вообще связи ихъ съ разными фактами, вызвавшими ихъ, *causa obligationis*, см. соч. Дювернуа «Основная форма корреального обязательства» стр. 51, 65, 71.

(*) См. приведенное сочиненіе Дювернуа «Основная форма корреального обязательства» стр. 49 гл. 1 ученіе о *стипуляціи*.

ex interrogatione et responsione, velut dari spondes? spondeo; dabis? dabo, promittis? promitto, fide promittis? fide promitto, fide jubes? fide jubeo, facies? faciam. Такимъ образомъ, вся торжественность обязательствъ, называемыхъ *verborum obligationes*, заключается in interrogatione et responsione, т. е. вопросахъ и въплоть конгруирующихъ со словами вопроса отвѣтахъ, которые должны быть даны устно. Понятно, что заключеніе такого рода обязательствъ не можетъ имѣть мѣста между лицами отсутствующими. Слѣдовательно, для заключенія обязательствъ, называемыхъ *verborum obligatio*, требуется наличность контрагентовъ и требуется, во вторыхъ, безусловное совпаденіе отвѣтовъ съ вопросами. Впослѣдствіи, какъ мы увидимъ, допускалось отвѣчать и не тѣми словами, какі: заключались въ вопросѣ, а другими, лишь бы смыслъ ихъ былъ соответствующимъ. Въ древности же требовалось совпаденіе отвѣта съ вопросомъ; напр., если спрашивали: *spondeo, dabis?* нужно было отвѣчать, *spondeo, dabo*, если спрашивали: *facies?* нужно было отвѣчать, *faciam*. Въ этомъ заключалась вся торжественность обязательства. Такимъ образомъ, это есть такое обязательство, которое имѣетъ юридическое значеніе на основаніи соглашенія, которое должно быть воплощено въ опредѣленные закономъ слова и высказано въ видѣ соответствующаго отвѣта кредитору. Эта вторая форма обязательства должна была вскорѣ вытѣснить предшествующія формы, такъ какъ при ней не нужно было ни свидѣтелей, ни вѣсодержателя, а просто соглашеніе 2-хъ лицъ.

Третья, относящаяся сюда, форма обязательствъ, введенная вскорѣ послѣ стипуляціи, есть письменная форма заключенія обязательствъ, такъ называемыхъ *litterarum obligatio, expensilatio*, искомость котораго основывается на фактѣ внесенія требованія въ извѣстныя книги. Гай въ 128 § 3 к. говоритъ: *litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis; fit autem nomen transcripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam*. Такимъ образомъ, *litterarum obligatio* есть такое обязательство, которое получаетъ полную обязательную силу даже безъ какихъ либо торжественныхъ словъ, влѣдствіе только внесенія въ соответствующій письменный документъ. Каждый римскій гражданинъ велъ особенную приходо-расходную книгу, *codex accepti et expensi*. Эти *codices expensi et accepti* являлись основаніемъ для заключенія *litterarum obligationis*. Вслѣдствіе внесенія съ согласія должника извѣстной суммы въ *codex expensi* (отсюда и названіе *expensilatio*) заключалось обязательство, такъ что не требовалось ни свидѣтелей, ни вѣсодержателя, ни произнесенія торжественныхъ словъ.

Такимъ образомъ, въ 1 періодѣ примѣнялись сакральныя формы заключенія обязательствъ. Во 2 періодѣ—*nexum*, а затѣмъ *stipulatio* или *verborum obligatio*, уже менѣ торжественная форма, и, наконецъ, самая простая форма—*litterarum obligatio*. Юриспруденція этого періода, наконецъ, пошла еще далѣе: она даже признала дѣйствительными *ex jure civili* совершенно неформальныя обязательства, а именно къ концу этого періода юриспруденція, проникнутая уже началами *juris gentium*, заимствовала изъ него различные договоры и придавала имъ свою санкцію, обративъ ихъ изъ *pacta* (изъ неисковыхъ договоровъ) въ *contractus* (въ договоры, имѣющіе искъ). При такихъ неформальныхъ договорахъ не требуется даже письменной формы, простая передача вещи или даже

простое соглашеніе воли, безъ всякихъ формальностей, имѣетъ своимъ послѣдствіемъ установленіе обязательства, сопряженнаго съ искомъ. Такихъ категорій договоровъ, которые совершаются безъ всякихъ формальностей, мы имѣемъ въ нашихъ источникахъ два. Гай говоритъ: *et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur, horum quattuor genera sunt: aut enim recontrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu.* Такимъ образомъ, есть два вида матеріальныхъ неформальныхъ договоровъ, *obligationes quae contrahuntur aut re, aut consensu* и два вида формальныхъ договоровъ. Договоры, основанные на *verbis* и *litteris*. Въ 95 § говорится о контрактахъ реальныхъ, *obligatio, quae re contrahitur*). Значеніе этихъ контрактовъ состоитъ въ томъ, что это такіе договоры, которые по опредѣленію *juris civilis* получаютъ полную юридическую силу, защищаются искомъ, если только послѣдовала передача вещи (*traditio rei*) отъ кредитора должнику съ обязанностью должника возвратить вещь. Такихъ реальныхъ контрактовъ имѣется 4. Они указаны у Гая и въ институціяхъ Юстиніана.

1) Къ реальнымъ контрактамъ относится прежде всего *mutui datio* или *contractus mutui*, т. е. договоръ займа, на основаніи котораго одно лицо, называемое *mutuo dans* (заимодавецъ, кредиторъ), переноситъ на другое лицо, называемое *mutuo accipiens*, занимающему должнику) право собственности въ известномъ количествѣ замѣнимыхъ вещей съ обязанностью должника или лица, получающаго въ займы, возвратить *tantumdem ejusdem qualitatis*, т. е. вещи того же рода и въ томъ же количествѣ. Замѣнимыя вещи новѣйшіе юристы по латыни называютъ *res fungibiles*. Римскіе юристы не имѣли общаго названія, которымъ бы обозначались вещи замѣнимыя, а употребляли для этого описательное выраженіе: *res quae pondere, numero, mensura constant*, т. е., это такія вещи, которыя бываютъ предметомъ гражданскихъ оборотовъ не по индивидуальнымъ, специальнымъ признакамъ (*in specie*), а по общимъ родовымъ признакамъ (*in genere*), т. е. по вѣсу, мѣрѣ и числу. Если вы, напр., входите въ магазинъ и велите прислать вамъ сукна известнаго сорта, то вы должны принять сукно, отрѣзанное и отъ другаго куска, а не отъ того именно, на который вы указали, если оно только будетъ такого же качества, потому именно, что сукно относится къ вещамъ замѣнимымъ. Для васъ все равно получить сукно изъ того или другаго куска, если оно будетъ совершенно одинаковаго достоинства. Точно также, если вы велите прислать вамъ зерноваго хлѣба известнаго качества, то вы должны принять этотъ хлѣбъ, хотя бы вамъ дали его изъ другаго помѣщенія, если онъ только того же качества, потому что хлѣбъ относится къ числу замѣнимыхъ вещей. Другое дѣло, если вы приходите къ торговцу лошадей и, выбравши известную лошадь, приказываете прислать ее къ вамъ; вамъ должны прислать именно выбранную вами лошадь, потому что лошадь относится къ числу вещей, опредѣляемыхъ *in specie*, т. е., какъ индивидуально-опредѣленная вещь. Предметомъ займа являются всегда *res fungibiles*. Затѣмъ, во 2) кредиторъ долженъ доставить должнику право собственности въ отдаваемыхъ имъ вещахъ (*in hoc damus, ut accipientium fiant*—мы даемъ съ тѣмъ, чтобы отданныя вещи поступали въ собственность должника). Если вы даете въ заемъ известную сумму денегъ, то эти деньги переходятъ въ собственность должника, который мо-

жетъ поэтому распорядиться ими по своему усмотрѣнію. Наконецъ, въ 3) обязанность должника по договору займа состоитъ въ томъ, что онъ обязанъ возвратить то количество вещей, которое онъ взялъ *tantundem ejusdem qualitatis* (взялъ, напр., 100 руб. и отдаетъ 100 руб.), и на это кредиторъ имѣетъ искъ, называемый *condictio mutui*. Договоръ займа вообще совершается безъ всякихъ формальностей, и сущность его заключается въ томъ, что вещь передается отъ одного лица другому. Договоръ займа можетъ быть возмезднымъ или безвозмезднымъ, но, конечно, по свойственному натурѣ человеческой стремленію къ тому, чтобы даромъ не доставить другимъ выгодъ, заемъ очень рѣдко заключается безъ вознагражденія, которое на практикѣ производится въ видѣ такъ называемыхъ процентовъ (*usurae* или *foenus*). Подъ *usurae* или *foenus*, т. е. процентами, въ юридическомъ смыслѣ, разумѣется меньшее количество замѣнимыхъ вещей, которыя даются какому либо лицу въ вознагражденіе за то, что оно въ теченіи опредѣленнаго, болѣе или менѣе долгаго времени было лишено пользованія большимъ количествомъ такого же рода замѣнимыхъ вещей. Такимъ образомъ, проценты являются ничѣмъ инымъ, какъ платою за пользованіе чужимъ капиталомъ. Капиталъ Римляне называли *caput* или *sortis*, откуда и новѣйшее названіе капитала. Римское законодательство, какъ намъ уже извѣстно, съ древняго времени заботилось объ опредѣленіи процентовъ на томъ основаніи, что проценты по займамъ имѣли у Римлянъ политическое значеніе, вызывали часто столкновенія и междуусобія; еще законы 12 табл. устанавливаютъ такъ называемый *foenus unciarium*, т. е. $8\frac{1}{3}\%$ въ годъ. Извѣстно, что послѣ разныхъ постановленій относительно величины процентовъ въ 412 г. а. у. с. *lex Genucia* совершенно запретила взимать какія бы то ни было проценты между гражданами, но допустила ихъ взиманіе между негражданами. Понятно, что такая регламентація не могла имѣть практическаго значенія, и потому уже во времена классической римской юриспруденціи максимумъ процентовъ былъ увеличенъ сравнительно съ законами 12 табл., а именно: установлены были *centesimae usurae*. *Centesimus* значитъ сотый, слѣдовательно, *centesimae usurae* значитъ $\frac{1}{100}$ капитала, т. е. 1% . Но въ это время, въ противоположность древнему времени, взимались проценты не годично, а помѣсячно (каждые *Calendae*), слѣдовательно, *centesimae usurae* равняется 12% въ годъ. Императоръ Юстиніанъ установилъ, наконецъ, какъ общее правило, максимумъ въ 6% .

2) Второй реальный контрактъ есть *contractus commodati* или договоръ ссуды, на основаніи котораго одно лицо, называемое *commodans*—ссудодатель—передаетъ другому лицу, называемому *commodatarius* или ссудоприиматель, извѣстную специально опредѣленную вещь, подлежащую потребленію, въ безвозмездное пользованіе на условіяхъ, опредѣленныхъ въ договорѣ, сохраняя за собою право собственности въ этой вещи, съ обязанностью лица, получившаго вещь, возвратить по окончаніи срока ту же самую вещь *in specie*. Предметомъ договора займа являются *res fungibiles*, между тѣмъ какъ предметомъ ссуды являются *res non fungibiles*, т. е. специально опредѣленные вещи. Нельзя, напр., дать въ ссуду деньги, а можно дать книгу, лошадь и т. п. *Commodatarius* получаетъ вещь въ пользованіе на условіяхъ, опредѣленныхъ въ договорѣ, между тѣмъ какъ тотъ, который получаетъ по займу, напр., деньги, получаетъ ихъ на

правъ собственности. Поэтому, если кто нибудь по договору беретъ въ займы какія либо вещи, то онъ можетъ распоряжаться ими, какъ хозяинъ, между тѣмъ какъ ссудоприематель не имѣетъ права распоряжаться такъ со взятыми имъ вещами, а можетъ пользоваться ими только на тѣхъ началахъ, которыя опредѣлены въ договорѣ. Ссудоприематель принимаетъ вещь въ безвозмездное пользованіе, потому что въ противномъ случаѣ договоръ будетъ договоромъ найма. По окончаніи срока ссуды, ссудоприематель обязанъ возвратить *eandem rem in specie*.

Такимъ образомъ, между договоромъ ссуды и займа есть существенное различіе. Изъ того различія, что при договорѣ займа вещь переходитъ въ собственность должника, между тѣмъ какъ при договорѣ ссуды она не переходитъ въ собственность ссудоприемателя, вытекають слѣдующія различія между этими договорами. Отвѣтственность ссудоприемателя и лица, взявшаго въ займы деньги, различна, если вещи, служащія предметомъ договора займа или ссуды случайнымъ образомъ уничтожаются. Ученые относительно случайной продажи вещей выставляютъ по римскому праву такое, хотя не вполне вѣрное, общее правило: *casum sentit dominus*, что отъ случайнаго уничтоженія вещи терпитъ хозяинъ. *Casus* это случай, который человѣческими стараніями не можетъ быть предотвращенъ. Лошадь случайно околѣваетъ, и хозяинъ ея терпитъ убытокъ. Такъ какъ при договорѣ займа съ момента передачи должникъ дѣлается хозяиномъ вещей, данныхъ въ займы, то всѣ убытки отъ подобныхъ случайностей падаютъ на него, какъ на хозяина. Если, напр., должникъ, получивъ деньги, подвергается затѣмъ нападенію разбойниковъ, которые отнимають у него деньги, то онъ и терпитъ этотъ убытокъ. Напротивъ того, такъ какъ при договорѣ ссуды ссудоприематель получаетъ только пользованіе чужою вещью, между тѣмъ какъ хозяинъ сохраняетъ въ ней право собственности, то всякіе убытки падаютъ на ссудодателя, какъ на хозяина. Конечно, при этомъ предполагается, что ссудоприематель позаботился о сохраненіи вещи. Если взятая въ ссуду вещь уничтожается, наприм., ударомъ молніи, то ссудоприематель не отвѣчаетъ.

3) Третій реальный договоръ, т. е. такой договоръ, который заключается безъ всякой формальности, вслѣдствіе простой передачи вещи, есть *contractus depositi*, договоръ или отдача на храненіе, на основаніи котораго одно лицо, называемое *depositarius* или приематель поклажи, принимаетъ чужую вещь на безвозмездное храненіе съ тѣмъ, чтобы по первому требованію хозяина *deponens* возвратить эту вещь. Безвозмездность здѣсь является необходимымъ условіемъ, потому что отдача вещи на храненіе за извѣстное вознагражденіе превратитъ договоръ на основаніи въ договоръ личнаго найма.

4) Четвертый реальный договоръ есть *contractus pignoratitius*, на основаніи котораго кредиторъ по залогу, получивъ заложенную вещь во владѣніе, обязывается хранить эту вещь и возвратить ее хозяину по окончаніи установленнаго договоромъ отсроченія, т. е. по полученіи платы по главному долгу.

Последній видъ договоровъ составляютъ такъ называемые *contractus reales* или *obligationes quae consensu contrahuntur*. Спрашивается, въ чемъ заключаются эти договоры? Извѣстно, что всякій договоръ основывается на соглашеніи, но при немъ требуется соблюденіе торжественныхъ обрядовъ, при *verborum obligatio* требуется произнесеніе опредѣленныхъ словъ, при реальныхъ до-

говорахъ, кромѣ соглашенія, передача вещи, между тѣмъ какъ при разсматриваемыхъ нами договорахъ требуется только простое соглашеніе, такъ что договоръ считается заключеннымъ, коль скоро установилось соглашеніе контрагентовъ относительно главныхъ основаній сдѣлки.

(*) Въ институціяхъ Гая и Юстиніана указано 4 такихъ контракта. Къ числу ихъ относятся:

а) *emptio venditio*—купля-продажа, подъ которою разумѣется договоръ на основаніи котораго одно лицо, называемое продавцемъ (*venditor*), обязывается доставить другому лицу, называемому покупателемъ или покущикомъ (*emptor*), какую нибудь вещь, которая технически называется товаромъ (*merx*), взаменъ чего покущикъ обязывается доставить продавцу извѣстное денежное вознагражденіе—*pretium*—или цѣну. Такимъ образомъ, есть два существенныхъ признака: съ одной стороны товаръ, *merx*, а съ другой—*pretium* или цѣна. Римскіе юристы принимали, что если между продавцемъ и покущикомъ состоялось соглашеніе на счетъ товара и на счетъ цѣны, то договоръ считается окончательно заключеннымъ, такъ что при этомъ не требуется даже передачи вещи. Поэтому, если покупатель придетъ, наприм., въ магазинъ и, условившись въ цѣнѣ относительно извѣстнаго товара, прикажетъ его прислать къ себѣ, то онъ уже не можетъ отъ него отказаться, сказавъ, что онъ раздумалъ его покупать, а непременно долженъ заплатить за этотъ товаръ деньги или дать купцу полное вознагражденіе.

Такимъ образомъ, въ отличіе отъ договора займа и ссуды, договоръ купли-продажи считается окончательно заключеннымъ не только въ моментъ передачи вещи, но уже съ момента установленія соглашенія относительно главныхъ, существенныхъ частей этого договора.

б) Договоръ товарищества или *contractus societatis* (ИнстЮст. 3 кн. 5 тит.), на основаніи котораго нѣсколько лицъ, называемыхъ товарищами (*socii*) обобщаютъ свое имущество или вообще свои средства для достиженія какой нибудь общей, закономъ дозволенной, цѣли съ тѣмъ, чтобы всѣ выгоды и убытки, происходящіе отъ этого общаго предпріятія, распредѣлялись между товарищами по извѣстному расчету. Этотъ договоръ также устанавливается на основаніи простаго соглашенія—*pado consensu*, такъ что если кто сказалъ, что онъ вступаетъ въ такое-то товарищество и вноситъ туда 10,000 рублей, то онъ уже не можетъ отказаться отъ вступленія въ это товарищество, сказавъ, напр., что онъ находитъ невыгоднымъ вступленіе въ это товарищество, такъ что необходимо было обдумать прежде выгоды и невыгоды вступленія въ это товарищество, а затѣмъ уже и дать свое согласіе или отказаться отъ вступленія.

в) *Locatio—conductio* договоръ найма. (Dig. 19 кн. 2 т.) Подъ *contractus locationis conductionis* разумѣется контрактъ, на основаніи котораго одно лицо (*locator*) обязуется доставить нанимателю другому (*conductor*) пользование какою либо вещью или личными услугами, за что *conductor*, въ свою очередь, обязывается доставить ему опредѣленную денежную сумму (*merces*).

Такимъ образомъ, существуютъ два вида найма: *locatio conductionis rerum*

(*) Gajus III § 135—162.

(имущественный наемъ) и *locatio conductio operarum* (личный наемъ).

d) Договоръ доверенности—*contractus mandati*, т. е., на основаніи котораго одно лицо, называемое *mandatarius*, повѣренный, обязывается принять на себя безмездно веденіе дѣла другаго лица, которое называется доверителемъ, *mandans, mandator*. Договоръ этотъ долженъ быть безмезднымъ потому, что въ противномъ случаѣ онъ будетъ договоромъ личнаго найма. Договоръ этотъ принадлежитъ къ ра зряду контрактовъ, *qui nudo consensu fiunt*.

Для окончанія вопроса объ обязательственныхъ договорахъ нужно сказать нѣсколько словъ о довереніи системы контрактовъ.

Было, какъ мы сейчасъ видѣли, извѣстное число договоровъ, которые, принятые римскими юристами, назывались *contractus* и получили свои особенныя техническія названія (*contractus nominati*); но этихъ контрактовъ, которыхъ было ограниченное количество, вскорѣ оказалось недостаточно для практической жизни. Явилась необходимость подведенія подъ понятіе контрактовъ многихъ юридическихъ отношеній, которыя подъ понятіе *contractus nominati* не подходили. Какъ примѣръ такого рода отношеній можетъ служить слѣдующее: если я, наприм., взялся у кого нибудь обучать дѣтей не за денежное вознагражденіе, а, наприм., за столъ и квартиру, то это не подходитъ подъ понятіе найма, которое необходимо предполагаетъ денежное вознагражденіе, *merces*. Совершеніе мѣны (*permutatio*) тоже нельзя подвести подъ понятіе купли-продажи, *emptio-venditio*. И такъ, было много явленій, которыя не подходили подъ принятые юриспруденціею отдѣльные контракты. Главнымъ образомъ юристъ Лабейонъ, основатель прокулеянской школы, о которомъ говоритъ Помпоній, что онъ *multa innovare cepit*, въ дополненіе системы контрактовъ приводилъ такое общее начало: всякій неформальный договоръ (*factum*) долженъ обратиться въ *contractus*, т. е. порождать искъ, если одинъ изъ участниковъ исполнилъ свои обязанности, основанныя на этомъ договорѣ, исполнившій именно получаетъ право иска противъ другаго договорившагося лица.

Въ этомъ нельзя не видѣть вліянія такъ называемой по Лейсту объективно-уравнивающей *aequitatis*, на основаніи которой никто не долженъ наживаться на счетъ другаго. Если бы, по заключеніи договора, одно лицо исполнило свое обязательство, а другое нѣтъ, то, очевидно, это послѣднее будетъ имѣть незаслуженную, несправедливую выгоду.

На подобный то случай новѣйшее римское право и постановило, что *factum* обращается въ *contractus*. По древнему праву, напр., если одно лицо за извѣстную услугу другаго обѣщаетъ ему извѣстное вознагражденіе и не исполняетъ своего обѣщанія, лицо, оказавшее услугу, должно было одно понести убытокъ; позднѣйшее же право даетъ пострадавшему лицу право иска, разъ оно со своей стороны свое обязательство исполнило.

Искъ, которымъ лицо, исполнившее свое обязательство, присуждаетъ другаго къ исполненію обязанности и съ его стороны, извѣстенъ подъ именемъ *actio praescriptis verbis*. Подъ эту категорію подходитъ чрезвычайно много случаевъ. Подвести всѣ ихъ подъ техническія названія нѣтъ никакой возможности. Поэтому, когда преторъ предписывалъ судѣ произвести разбирательство по какому нибудь изъ этихъ договоровъ, онъ долженъ былъ описывать судѣ всѣ обсто-

ательства дѣла. Это описаніе, которое не было нужно при договорахъ, имѣвшихъ техническое названіе, и совершалось въ *praescriptio (formulae)*. Отсюда и названіе иска—*actio praescriptis verbis*, иска, который процессуально осуществился на основаніи описанія въ формулѣ.

Юристъ Павелъ подводитъ всё случаи такихъ договоровъ подъ 4 категоріи.

1) *Do, ut des*—передаю вещь, чтобы мнѣ была передана другая вещь—*permutatio* (мѣна).

2) *Do, ut facias*, даю вещь съ тѣмъ, чтобы мнѣ была оказана какаялибо услуга.

3) *Facio ut des*—оказываю услугу, съ тѣмъ, чтобы мнѣ была передана какая нибудь вещь.

4) *Facio ut facias*—оказываю услугу за услугу.

Юристъ Павелъ говоритъ, что всё случаи договоровъ могутъ быть подведены подъ эти три категоріи (такъ какъ 2 и 3 совпадаютъ).

Новѣйшіе ученые дали этимъ договорамъ, которые изъ неискомыхъ исполненіемъ одного участника обращаются въ *contractus*, названіе *contractus innominati*; потому что они технически не имѣютъ, тогда какъ другіе договоры имѣютъ.

Итакъ, *contractus innominati* называются договоры, которые изъ *pacta* обращаются въ *contractus*, когда одно лицо исполнило принятое имъ на себя по договору обязательство.

Но при этомъ имѣется одна особенность. Именно, лицо, исполнившее обязательство, имѣло право не только на присужденіе другого участника къ исполненію его обязанности, но ему предоставляется, если оно это пожелаетъ, другой исходъ, т. е., оно можетъ вытребовать обратно то, что оно дало; я привелъ вамъ лошадь за обѣщанное вознагражденіе, новымнѣего недали. Тогда я имѣю право не только начать противъ васъ искъ на исполненіе обязанности, но я предпочту возвратить себѣ лошадь, на основаніи *condictio causa data ; causa non secuta*.

Такимъ образомъ, лицо, исполнившее свое обязательство, имѣетъ альтернативу, два иска по выбору: 1) *actio praescriptis verbis* для принужденія другого къ исполненію и 2) *condictio causa data causa non secuta* для вытребованія обратно того, что онъ самъ далъ во исполненіе своей обязанности.

Этими договорами заключается кругъ контрактовъ. Больше новыхъ контрактовъ у Римлянъ мы не находимъ. Всѣ принятые впоследствии въ систему права договоры, извѣстны подъ названіемъ *pacta*.

Такимъ образомъ, древнѣйшею формою обязательственныхъ договоровъ была *mancipatio*, затѣмъ явились *stipulatio*, *contractus nominati* и, наконецъ, *contractus innominati*.

Въ заключеніе слѣдуетъ объяснить различіе между такъ называемыми контрактами формальными и матеріальными.

Формальнымъ называется тотъ контрактъ, который производитъ полный эффектъ, т. е., порождаетъ право иска только потому, что онъ совершенъ въ извѣстной формѣ, не обращая вниманія на матеріальную сторону контракта. При *stipulatio*, на примѣръ, *spondes?—spondeo*. Ответственность является независимо отъ содержанія и матеріальной справедливости контракта. Итакъ, формальные

контракты: *stipulatio* и *expensilatio* (*verborum obligatio* и *litterarum obligatio*).

Материальный контракт основывается на томъ требованіи справедливости, что если одно лицо получило прибыль, то оно и должно исполнить свое обязательство. Напр., при займѣ я получаю искъ только тогда, когда докажу, что передалъ другому лицу деньги. Изъ одного формального обещанія иска не возникаетъ, такъ какъ я могу противопоставить истцу *exceptio nondum adimpleti contractus*. Материальные контракты суть: *contractus reales, consensuales; contractus innominati*. Такимъ образомъ, по римскому праву по формѣ совершенія было 4 главныхъ категоріи договорныхъ обязательствъ вообще, *quatuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu*. Гай. Затѣмъ, договоры реальные и договоры *quae udo consensu contrahuntur* раздѣляются на 4 вида, такъ что въ римскомъ правѣ замѣчается четырехчленное дѣленіе обязательствъ.

Римляне въ обязательствахъ видѣли отношенія въ высшей степени личныя, т. е., они не допускали, чтобы послѣдствія договоровъ, заключенныхъ между 2-мя контрагентами выходили за предѣлы этихъ контрагентовъ, иначе говоря, никто не могъ изъ договора другихъ лицъ извлечь для себя какія либо права. Права и обязанности, вытекавшія изъ договора, распространялись только на лицъ участвовавшихъ въ договорѣ, такъ что ни одинъ изъ контрагентовъ не могъ извлечь никакой пользы для 3-го лица, въ силу заключеннаго имъ договора. *Ex jure civili* ни одинъ изъ нихъ не можетъ передать права, вытекающаго изъ договора, другому лицу и не могъ также заключить договора посредствомъ другаго лица. Въ Диг. (45 кн. 126 (фраг. I т.) говорится: *per liberam personam obligationem nullam acquirere possumus*, т. е. никто не могъ приобрѣсти обязательства чрезъ посредство другаго лица (путемъ передачи обязательства или вообще на основаніи обязательства, заключеннаго другими лицами). Подобное правило вытекаетъ изъ того, что римляне чрезвычайно заботились о томъ, чтобы ограниченіе личной свободы не переходило извѣстныхъ границъ. Вотъ почему они и установили, чтобы при обязательствахъ воля лица была ограничена лишь въ томъ размѣрѣ, въ какомъ необходимо ее ограничить на основаніи обязательства. Если одно лицо взяло въ долгъ извѣстную сумму денегъ отъ такого-то лица, то это еще не значитъ, что оно взяло бы эти деньги и отъ какого нибудь другаго лица.

Вотъ почему кредиторъ, по римскому праву, не могъ передавать своихъ правъ, вытекающихъ изъ заключеннаго имъ договора, другому лицу. Подобная передача была-бы противна волѣ должника, почему это и не допускалось. Но въ послѣдствіи времени тутъ примѣняется «*cessio obligationis*», слѣдовательно, происходитъ измѣненіе.

СРЕДСТВА ОБЕЗПЕЧЕНІЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

Неволинъ въ § 623 выставляетъ 4 вида обезпеченія обязательствъ, а именно онъ говоритъ, что обезпеченіе происходило 1) за продажою лица, занимавшаго деньги, во 2) за продажою его имущества, 3) закладомъ и 4) поручительствомъ. Что касается первой формы обезпеченія обязательствъ, т. е. прода-

жи лица, занявшаго деньги, то этотъ видъ есть, кажется, не точное выраженіе того, что намъ извѣстно о *nexum*. *Nexum*, какъ извѣстно, на основаніи словъ *damnas esto*, имѣло своимъ послѣдствіемъ *manus injectio* или непосредственное взысканіе по договору кредиторомъ, безъ посредствующаго судебного разсмотрѣнія. На основаніи законовъ 12 таблицъ, такое непосредственное взысканіе совершалось или продажею въ рабство лица, не исполнившаго обязательства, или присужденіемъ (*addictio*) его кредитору въ рабодобное состояніе (*addictus, adjudicatus*). Но у римлянъ простая самопродажа въ рабство не существовала. Извѣстно, что всякое ограниченіе римскаго гражданина въ подобномъ отношеніи могло быть совершено не иначе, какъ на основаніи постановленія законодательной власти. Такъ, если какое нибудь самостоятельное лицо подчинялось власти другаго лица и слѣдовательно, лишалось своей имущественной правоспособности и дѣлалось *homo alieni juris*, то это дѣлалось не иначе, какъ на основаніи постановленія народнаго собранія— во времена республиканскія (*arrogatio*); при императорахъ же на основаніи императорскаго рескрипта. Такимъ же точно образомъ и продажа челоуѣка, не исполнившаго обязательства, въ рабство могла быть совершена не иначе, какъ на основаніи закона, а не потому, что должникъ не заплатилъ долга.

2-й и 3-й видъ обезпеченія обязательствъ, запродажа имущества и закладъ, могутъ быть подведены подъ одинъ общій способъ обезпеченія, а именно подъ обезпеченіе кредитора особыми вещами должника. Лицо, которое хотѣло обезпечить исполненіе обязательства, должно было передать, по древнеримскому праву, ту вещь, которая должна служить обезпеченіемъ, въ полную собственность кредитора. Въ послѣдующее время въ подобномъ случаѣ, вещи отдавались кредитору въ качествѣ залога только во владѣніе. Залогъ у римлянъ вообще явился довольно поздно, а въ древнее время вещь, служащая обезпеченіемъ, переносилась *per mancipationem* или *in jure sessionem* въ собственность кредитора. При этомъ заключалось особенное условіе, такъ называемое *actum fiduciae*, на основаніи котораго кредиторъ обязывался переносить собственность въ вещи обратно на должника, если онъ получитъ удовлетвореніе. Я напр., желаю обезпечить свой долгъ въ 1000 рубл., передаю кредитору свой домъ въ собственность (такъ какъ домъ принадлежитъ къ *res mancipi*, то я передаю его чрезъ *mancipatio*), причемъ кредиторъ обязывается возвратить мнѣ этотъ домъ, реманципировать его. То прибавочное условіе, въ силу котораго кредиторъ обязанъ возвратитъ мнѣ домъ, послѣ возвращенія мною долга, какъ выше было сказано, называется технически *actum fiduciae* (договоръ основанный на довѣрїи)— *Fiducia* также, какъ и *fides*, значитъ довѣрїе. Отдавая въ обезпеченіе свой домъ кредитору, я дѣйствую по особенному довѣрїю къ кредитору, въ той надеждѣ, что онъ не воспользуется правомъ собственности и возвратитъ мнѣ домъ, получивъ удовлетвореніе по главному обязательству. Вотъ почему эта сдѣлка и называется *actum fiduciae*, т. е. договоромъ, основаннымъ на довѣрїи. Отсюда и самый этотъ способъ обезпеченія назывался у римлянъ *fiducia* (*Gai. II, § 59, 61*).

Другимъ, менѣе стѣснительнымъ для должника способомъ обезпеченія обязательствъ у римлянъ, былъ залогъ, закладъ или *pignus*. Это такой способъ

обезпеченія, въ силу котораго должникъ отдаетъ кредитору какую нибудь вещь, но не въ собственность, какъ при *fiducia*, а только во владѣніе, *possessio*, такъ что кредиторъ не получаетъ права пользованія и распоряженія этой вещью, а можетъ только удерживать ее до тѣхъ поръ, пока должникъ не возвратитъ ему долга. Для того же, чтобы кредиторъ могъ продать эту вещь, между нимъ и должникомъ необходимо было заключеніе особаго договора, въ силу котораго кредитору представлялось право продать заложенную вещь въ томъ случаѣ, когда должникъ не возвращалъ ему долга (*actum de distrahendo*).

Наконецъ, самымъ распространеннымъ способомъ обезпеченія обязательствъ, было поручительство *satisfactio*, при которомъ обязательство обезпечивается не черезъ вещи должника, какъ въ предыдущихъ способахъ, а черезъ лицъ. Самый распространенный видъ поручительства въ новѣйшее время, по римскому праву *fidejussio*, древнѣйшей же формой поручительства были *sponsio* и *fidepromissio*. Общее названіе для поручительства въ источникахъ есть *satisfactio* fr. 1 Dig. 2, 8. Этотъ способъ обезпеченія обязательствъ у римлянъ былъ болѣе распространенъ, чѣмъ всѣ другіе, потому что онъ давалъ возможность кредитору гораздо болѣе вліять на должника, чѣмъ при всѣхъ другихъ способахъ, такъ какъ при поручительствѣ, кромѣ имущественнаго обезпеченія, состоящаго въ томъ, что предметомъ взысканія для кредитора кромѣ имущества должника, является еще и имущество поручителя, на должника оказывалъ давленіе не одинъ только кредиторъ, но и поручители. Подъ поручительствомъ разумѣется такое юридическое отношеніе, на основаніи котораго какія нибудь постороннія лица по соглашенію съ кредиторомъ принимаютъ отвѣтственность исполненія обязательства на ряду съ главнымъ должникомъ. При поручительствѣ главный должникъ является обязаннымъ, но на ряду съ нимъ являются и другія лица обязанными. Поручительства не слѣдуетъ смѣшивать съ порученіемъ или договоромъ довѣренности. Поручительство, какъ способъ обезпеченія обязательства, заключается въ томъ, что по сдѣлкѣ съ кредиторомъ, какія нибудь постороннія лица, не вошедшія въ составъ главнаго обязательства, принимаютъ на себя отвѣтственность по обязательству на ряду съ должникомъ. А долженъ В, но на ряду съ этимъ С и D говорятъ В, что если А не заплатитъ, то они отвѣчаютъ своимъ имуществомъ. Здѣсь обезпеченіе заключается въ томъ, что возможность взысканія по обязательству чрезвычайно расширяется: вмѣсто того, чтобы имѣть предметомъ взысканія только одно имущество главнаго должника, кредиторъ имѣетъ предметомъ взысканія имущество нѣсколькихъ лицъ, такъ что это въ высшей степени хорошее обезпеченіе. Гай въ 115 § 3-й кв. говоритъ: *pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari quorum alios sponsores, alios fide promissores, alios fidejussores appellamus*, т.е. за то лицо, которое обѣщаетъ (за должника) имѣютъ обыкновеніе обязывать другія лица, изъ которыхъ одни *sponsores*, другіе *fidepromissores* и третьи *fidejussores*. Различіе между этими видами поручителей и указывается въ слѣдующихъ затѣмъ §§-хъ. Различіе формальное этихъ видовъ основывается на различіи формы заключенія обязательствъ; эта же форма влечетъ за собою и внутреннія матеріальныя различія; *sponsores* и *fidepromissores* стоятъ въ одинаковомъ юридическомъ положеніи а отъ нихъ отличаются *fidejussores*. *Sponsores* и *fidepromissores* могутъ имѣть мѣсто только при одномъ обязательствѣ,

а именно: при такъ назыв. *verborum obligatio* или *stipulatio*, между тѣмъ какъ *fidejussores* могутъ имѣть мѣсто при всѣхъ контрактахъ или договорахъ о которыхъ мы говорили (Гай 119 §). Далѣе, *sponsores* и *fidepromissores* отвѣтствуютъ только лично, такъ что ихъ отвѣтственность не переходитъ на наследниковъ, между тѣмъ какъ *fidejussores* отвѣчаютъ какъ сами, такъ и ихъ наследники (§ 120). Мало того, *sponsores* и *fidepromissores* отвѣчаютъ только въ теченіи опредѣленнаго срока, а именно въ теченіи 2-хъ лѣтъ послѣ наступленія срока исполненія обязательства, по истеченіи этого же срока кредиторъ можетъ обратитъ взысканіе только на главнаго должника), между тѣмъ какъ *fidejussores* отвѣчаютъ безъ ограниченія времени.

Римляне до самыхъ послѣднихъ временъ не смотрѣли на поручительство какъ на отношеніе, устанавливающее отвѣтственность съ главнымъ должникомъ, какъ стали на него смотрѣть со времени Юстиніана. Мы теперь привыкли смотрѣть на поручителя какъ на лицо, стоящее въ отношеніи къ отвѣтственности передъ кредиторомъ на второмъ планѣ. Если въ настоящее время кто нибудь поручается, то онъ отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, когда не исполняетъ обязательства главный должникъ. Это правило, по которому поручитель можетъ требовать, чтобы взысканіе было обращено сперва на главнаго должника, принято однако только въ Юстиніановыхъ новеллахъ, по которымъ было введено такъ называемое *beneficium excessionis, seu beneficium ordinis*. На основаніи этого права, введеннаго Юстиніаномъ въ нов. 4, поручитель можетъ указать кредитору на порядокъ взысканія, т.е. можетъ сказать ему, что онъ отвѣчаетъ только въ томъ случаѣ, когда не исполнитъ обязательства главный должникъ. Въ Дигестахъ и Кодексѣ же Юстиніана нѣтъ подобнаго правила. Древніе римляне держались того мнѣнія, что если кто нибудь вступаетъ въ чужое обязательство, то онъ вступаетъ въ него на совершенно равныхъ основаніяхъ съ главнымъ должникомъ, т.е. на основаніяхъ подходящихъ къ такъ называемому новѣйшими юристами, корреальному обязательству. Сущность корреального обязательства заключается въ томъ, что изъ нѣсколькихъ обязанныхъ лицъ каждый является вполне *insolidum* отвѣтственнымъ по обязательству, но съ тѣмъ, что если съ одного было взыскано, то остальные освобождаются, такъ что кредиторъ при корреальномъ обязательствѣ можетъ обратиться къ любому изъ 4-хъ напр. обязанныхъ лицъ и взыскать съ него всю сумму долга, не касаясь другихъ лицъ. Кредиторъ и могъ, по усмотрѣнію, взыскивать или съ главнаго должника или съ поручителя. Подобное отношеніе между кредиторомъ и поручителями не устанавливалось только въ томъ случаѣ, если послѣдніе, при заключеніи договора, именно заявляли, что они принимаютъ на себя отвѣтственность только на тотъ случай, если главный должникъ не уплатитъ долга по обязательству; если же подобная оговорка была сдѣлана, то такое поручительство называется новѣйшими юристами *fidejussio indemnitatis*. Въ положеніи поручителей (*sponsores* и *fidepromissores*) произошли нѣкоторыя измѣненія на основаніи двухъ законовъ, а именно: *Lex Apuleja* и *lex Furia de sponsu*. На основаніи *lex Apuleja* между нѣсколькими сопоручителями; устанавливается какъ бы договоръ товарищества; (*lex Apuleja quandam societatem introduxit Gaj. III §. 122*) при товариществѣ, какъ извѣстно изъ предшествующаго, нѣсколько лицъ участву-

ють равномерно во всѣхъ выгодахъ и убыткахъ предпріятія. Соответственно этому, на основаніи *lex Apuleja*, уничтожившаго корреальное отношеніе между нѣсколькими сопоручителями, предоставляется тому изъ сопоручителей, съ котораго кредиторъ взыщетъ всю сумму, право регресса (*ius regrediendi*) или право требованія отъ другихъ сопоручителей соответственной части внесенной имъ кредитору суммы. Если, напр. одинъ изъ сопоручителей (*sponsores* или *fidepromissores*) внесъ по требованію кредитора 4,000 рубл., то онъ можетъ требовать отъ остальныхъ трехъ сопоручителей — если ихъ было 4 по 1,000 руб., такъ чтобы въ концѣ концовъ каждый изъ сопоручителей внесъ одинаковую сумму; если кто нибудь изъ нихъ заплатилъ больше, чѣмъ приходилось на его часть, то онъ имѣлъ, по отношенію къ другимъ сопоручителямъ, уплатившимъ менѣе того, чѣмъ они должны были заплатить, право иска (Гай 122 §). Такимъ образомъ, *Lex Apuleja*, уничтоживъ между сопоручителями корреальное отношеніе, замѣнилъ его такъ называемымъ солидарнымъ обязательствомъ, такъ что, хотя каждый изъ сопоручителей и обязанъ былъ внести по требованію кредитора всю сумму сполна, *in solidum*, но, уплативши ее, онъ могъ требовать отъ другихъ сопоручителей вноса соответственной части. Окончательно уничтожено и солидарное отношеніе между сопоручителями на основаніи *lex Furia de sponsu*, который, кромѣ того, ограничивалъ отвѣтственность сопоручителей (*sponsores* и *fidepromissores*) извѣстнымъ срокомъ. На основаніи этого закона, поручившійся въ формѣ *sponsio* и *fidepromissio*, отвѣчалъ по обязательству, только въ теченіи 2-хъ лѣтъ, по окончаніи которыхъ, дозволялось обращаться взысканіе только на главнаго должника. Кромѣ того, на основаніи *L. Furia* кредиторъ могъ взыскивать съ каждаго поручителя отдѣльно не всю сумму долга, а только пропорціональную его части (*pars virilis*), такъ что каждый изъ поручителей долженъ былъ отвѣчать предъ кредиторомъ равномерно. Только во время Императора Адриана это право поручителей было примѣнено и по отношенію къ *fidejussores*, (такъ называемое *beneficium divisionis*), такъ что съ этого времени и *fidejussores* не находились между собою въ корреальномъ отношеніи а обязательство существовало между ними *pro rata* (т.е. по соразмѣрнымъ частямъ).

OBLIGATIONES EX DELICTO (quae ex delicto nascuntur).

Вторымъ основаніемъ возникновенія обязательствъ, по Гаю является *maleficium* или *delictum*, т.е. противозаконное дѣйствіе (*omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto*, Гай 3 кн. § 88-й) Говоря о законахъ 12 таблицъ, мы касались вопроса о деликтахъ. Гай въ 182 § 3 кн. указываетъ на 4 частныхъ деликта (*delicta privata*), которые приводятъ къ отвѣтственности; именно, онъ говоритъ, что если кто нибудь совершить *furtum*, кражу, похитить чужія вещи, причинить какой нибудь вредъ и нанести обиду и личное оскорбленіе, тотъ обязанъ вознаградить потерпѣвшее лицо (*si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, injuriam commiserit: quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio. . . 182 § 3 кн. Inst. Gaj.*). Изъ этихъ четырехъ такъ называемыхъ, *delicta privata* въ законахъ 12 таблицъ упоминаются только *furtum*, *damnum injuria datum*, и *injuria*, между тѣмъ какъ *bona rapta*

или, такъ называемая *garina*, т.е. грабежъ, въ законѣ 12 таблицъ не упоминается, потому что грабежъ подходилъ тогда подъ понятіе *furtum*. *Furtum*, по понятію римлянъ, именно *est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*, т.е. всякій противозаконный захватъ вещи съ корыстною цѣлью подходилъ подъ понятіе *furtum*, такъ что слѣдовательно, насильственное, какъ и тайное похищеніе вещи, было *furtum*. Какъ особенный гражданскій деликтъ. *garina* или *bona rapta* выдѣлился уже въ концѣ республиканскихъ временъ, когда вслѣдствіе междуусобной войны, во время борьбы между Маріемъ и Суллою насильственный захватъ чужихъ вещей, грабежъ, распространился съ особенною силою. Съ этого времени и стали отличать насильственный захватъ вещи или грабежъ отъ кражи. Стоя на точки зрѣнія квинтискаго права, мы должны разсматрѣть, такимъ образомъ, какъ *delicta privata* 1) *injuria*, 2) *furtum* и наконецъ въ 3) *damnum injuria datum*.

Во 1-хъ слово *injuria* имѣетъ два значенія. Въ болѣе обширномъ смыслѣ подъ этимъ словомъ разумѣется всякое противозаконное дѣйствіе, такъ что подъ это понятіе подходитъ все, что дѣлается не по праву (*generaliter injuria omne, dicitur quod non jure fit*). Но въ болѣе тѣсномъ смыслѣ подъ словомъ *injuria* разумѣется вредъ, который наносится непосредственно лицу, (*contumelia*) или же имуществу какого нибудь человѣка, но не съ корыстною цѣлью, не съ цѣлью захвата этого имущества, а съ цѣлю оскорбленія личности и вообще всякаго рода оскорбленія и обиды (ругательныя слова и побои). Въ 12 табл. *injuria* представляется въ тройкомъ видѣ. Высшая степень *injuriae* есть публичное оскорбленіе (если кто нибудь оскорбитъ кого въ присутствіи народа словами, или написалъ насквиль), что влекло за собою тѣлесное наказаніе, которое могло дойти даже до смертной казни, на основаніи *jus talionis*. Затѣмъ, второй низшій видъ оскорбленія, есть оскорбленіе дѣйствіемъ (*in jura realis*). Сюда подходитъ слѣдующій случай, напр: кто нибудь сломалъ другому руку, ногу, и т.п. За такія дѣйствія делинквентъ наказывался такимъ же поврежденіемъ человѣка, какое онъ нанесъ другому (*jus talionis; si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*). Наконецъ, послѣдній видъ *injuriae* были побои, которые влекли за собою денежное наказаніе.

2) *Furtum*, представляется какъ *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia*, т.е. всякій захватъ вещи съ какою либо корыстною цѣлюю. Уже законы 12 табл. различаютъ *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* что разумѣлось подъ тѣмъ и другимъ, объ этомъ см. *Gaj. III § 184*. Въ случаѣ явнаго воровства воръ присуждался въ рабы (*addictio*), а въ случаѣ неявнаго онъ долженъ дать двойное вознагражденіе пострадавшему (*poena dupli*). Если воръ бывалъ захваченъ ночью на мѣстѣ воровства, или, если онъ днемъ защищался съ оружіемъ въ рукахъ (*furtum manifestum nocturnum, aut diurnum cum telo*), то разрѣшалось убивать его на мѣстѣ. Различался еще одинъ видъ воровства, а именно *furtum oblatum*, т.е. тотъ случай когда украденныя вещи были подкинуты кому нибудь съ тѣмъ, чтобы при обыскѣ его признали воромъ. Въ этомъ случаѣ взималась тройная цѣна похищенной вещи. Во всѣхъ вообще поименованныхъ случаяхъ за лицъ, находящихся подъ властью отцовскою и подъ властью господъ, отвѣчали отцы и господа, которые имѣли при этомъ случаѣ

возможность выдать подвластных лиц головою (*noxae dare*). Против лиц подчиненных въ случаѣ совершенія ими кражи, нельзя было имѣть иска, такъ какъ они не имѣли ничего собственнаго, но если рабъ, укравшій вещь продалъ ее третьему лицу, то противъ него можно было вчинать искъ (*actio noxalis*).

Въ 3-хъ *damnum iniuria datum*, т.е. незаконное поврежденіе или уничтоженіе чужой вещи. Уже въ законахъ 12 табл. были постановленія, касающіяся этого вопроса, но болѣе подробныя постановленія, сюда относящіяся, указаны въ законѣ, *lex Apuleja*, время изданія котораго неизвѣстно (по всей вѣроятности въ VI или VII вѣкѣ а. н. с.) и который еще въ новѣйшее время лежитъ въ основаніи всего ученія о вознагражденіи за вредъ и убытки. Въ 9 кн во 2 тит. Дигестъ говорится *de lege Aquilia*, издавномъ, вѣроятно, въ концѣ республиканскихъ временъ, который является основаніемъ ученія вознагражденія за вредъ и убытки. Вредъ, причиненный другимъ лицамъ, на основаніи противозаконныхъ дѣйствій, и называется технически *damnum iniuria datum* (Гай съ 210 по 217 § кн. 3) *Lex Aquilia* состояла изъ 3-хъ главъ, изъ которыхъ 2 имѣли между собою сходство по содержанію, а одна глава имѣла совершенно другое содержаніе, а именно: 1-я и 2-я главы говорятъ о поврежденіи и уничтоженіи чужихъ вещей, а 3-я глава говоритъ объ отвѣтственности адстипулятора, именно: объ обманномъ дѣйствіи того лица, которое было привлечено къ обязательству для полученія платежа за кредитора. У римлянъ именно въ это время, т.е. при процессѣ *per legis actiones*, было правило, что каждый долженъ былъ принимать на себя обязательство лично и потому искать удовлетворенія въ судѣ по обязательствамъ нельзя было чрезъ представителей. Но если напр. кредиторъ рассчитывалъ, что онъ не будетъ къ тому времени на мѣстѣ когда должникъ долженъ уплатить, то, не имѣя возможности дѣйствовать чрезъ представителя, онъ могъ сдѣлать такъ, что, при самомъ заключеніи обязательства, онъ могъ поставить на свое мѣсто другое лицо, которое фигурировало, какъ кредиторъ, но въ дѣйствительности являлось только, такъ сказать, представителемъ кредитора и называлось *adstipulator* о́мъ *Adstipulator* со стороны кредитора былъ тоже что *fide jussor* со стороны должника онъ могъ взыскивать наравнѣ съ стипуляторомъ. Если адстипуляторъ совершитъ обманное дѣйствіе, то противъ него можно было вчинать искъ о возвращеніи взятой имъ суммы съ должника, которая не была возвращена хозяину (215 § 3 кн. Гая). Объ этомъ говоритъ 2-я глава *legis Aquiliae*, которая совершенно не имѣетъ никакой внутренней связи съ 1-й и 3-й главами. 1 и 3-я же главы этого закона имѣютъ одинаковое содержаніе (210 § 3 кн. Гай. Въ первой главѣ было опредѣлено, что если кто нибудь убьетъ раба чужаго или чужое животное, то онъ обязанъ возратить хозяину высшую стоимость этихъ вещей въ теченіи послѣдняго года. Въ этой главѣ законъ указываетъ только на рабовъ и животныхъ; но въ послѣдствіи юриспруденціи и практика распространила это положеніе закона въ такое правило, что, если кто нибудь совершенно уничтожитъ чужую вещь вообще, тотъ долженъ дать ея хозяину вознагражденіе, которое бы соотвѣтствовало высшей стоимости вещи въ теченіи этого года.

3. глава *legis Aquiliae* (217 § 3 кн. Inst. Гая) говоритъ, что если кто ни-

будь повредить чужую вещь, тотъ отвѣтствуетъ за эту вещь вознагражденіемъ, которое бы соответствовало высшей стоимости этой вещи въ теченіи послѣднихъ 30-ти дней т.е. послѣдняго мѣсяца. Постановленія legis Aquiliae осуществлялись особеннымъ искомъ, который назывался *actio legis Aquiliae*.

Четвертый гражданскій деликтъ *bona rapta* или *rapina*, т.е. грабежъ, не относится къ разсматриваемому періоду, такъ какъ онъ выдѣленъ уже въ концѣ республиканскихъ временъ.

А. НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО (*hereditas*).

Законы 12 табл., какъ извѣстно, признають двойкій способъ наслѣдованія, или, иначе, говоря, двойное основаніе открытія наслѣдства. Технически, научно, появленіе для извѣстнаго лица права на полученіе наслѣдства, называется открытіемъ наслѣдства (*delatio hereditatis*). Съ открытіемъ наслѣдства извѣстное лицо получаетъ право вступать въ это наслѣдство. На основаніи зак. 12 таблицъ отыскивать наслѣдство можно было или на основаніи закона (*lex*) или на основаніи завѣщанія (*testamentum*), такъ что были двѣ формы наслѣдованія, а именно *hereditas testamentaria* и *hereditas legitima* или *ab intestato*. Что касается этихъ двухъ способовъ наслѣдованія, то по законамъ 12 табл. отдавалось предпочтеніе наслѣдованію по завѣщанію предъ наслѣдованіемъ по закону, такъ что наслѣдованіе по закону наступало въ томъ случаѣ, когда умершій не оставилъ завѣщанія.

Соотношеніе этихъ двухъ основаній открытія наслѣдства по римскому праву было таково, что они взаимно исключали другъ друга, такъ что, если имущество лица вполне или даже отчасти получалось наслѣдниками по завѣщанію, то уже не могло быть рѣчи о наслѣдованіи по закону *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Что касается формы завѣщанія, то эта форма въ древне-римскомъ правѣ, въ 1-мъ періодѣ была въ высшей степени торжественна, а именно завѣщаніе дѣлалось при участіи всего народнаго собранія, а во время войны, передъ собраннымъ войскомъ (*testamentum in comitiis collatis* и *in procinctu*) (101 и 102 §§ Зкн. Inst. Гая). Къ этимъ двумъ формамъ завѣщанія присоединилась въ квинтскомъ періодѣ еще третья форма, называемая *testamentum per mancipationem* или *testamentum per aes et libram*. Римляне, будучи скупыми въ денежномъ отношеніи, были также скупы и относительно формальностей, которыя употреблялись для совершенія юридическихъ сдѣлокъ: та же форма, которая имѣла мѣсто въ семейныхъ имущественныхъ отношеніяхъ, была примѣняема и въ наслѣдственномъ правѣ, а именно форма *mancipationis*. Завѣщаніе *per aes et libram* совершалось такимъ образомъ: если кто нибудь чувствовалъ приближеніе смерти, то онъ призывалъ къ себѣ въ древнѣйшія времена наслѣдника, а потомъ какое нибудь другое лицо, къ которому онъ чувствовалъ довѣріе и продавалъ ему фиктивно все свое имущество, указывая при этомъ, кто долженъ воспользоваться имуществомъ послѣ его смерти. Такое лицо, *familiae emptor*, представлявшееся по древне-римскому праву, дѣйствительнымъ наслѣдникомъ, во времена Гая сдѣлалось подставнымъ лицомъ для совершенія соотвѣтствующаго обряда. Ему передавались особенныя восковыя таблицы, та-

bulae cerae, на которыхъ были записаны имена наследниковъ и завѣщательныя распоряженія вообще *Gaj. II § 104*. Совершеніе завѣщанія *per aes et libram* объясняетъ исторически необходимость семи свидѣтелей для дѣйствительности завѣщанія въ новѣйшемъ римскомъ правѣ (при *testamentum per aes et libram* именно необходимо требовалось 5 свидѣтелей (*familiae emptor* и вѣсодержатель (*libripens*) т.е. 7 человекъ).

Что касается до права участвовать въ завѣщаніи, то это право называлось *testamenti factio*, которое распадается на два вида, а именно на *testamenti factio activa* и *passiva*, и есть одно изъ составныхъ частей *juris commercii*, именно *commercii mortis causa*, т.е. права совершать юридическія дѣлки вообще, *inter vivos et mortis causa*. *Commercium mortis causa* заключаетъ, между прочимъ, въ своемъ составѣ и *testamenti factio activa*. Изъ этого слѣдуетъ; что право дѣлать завѣщанія принадлежитъ только лицамъ, пользующимся правымъ римскаго гражданства, а именно, принадлежало сначала только римскимъ гражданамъ мужскаго пола, такъ какъ женщины не могли входить въ народное собраніе (не имѣли *communio comitorum*) и, слѣдовательно, не могли пользоваться этимъ правомъ. Даже въ томъ случаѣ, когда форма завѣщанія допускала уже совершеніе завѣщанія женщинами (завѣщаніе *per aes et libram*), всетаки женщины не дѣлали завѣщанія, такъ какъ онѣ постоянно находились подъ защитою какого нибудь лица мужскаго пола, а именно или подъ властью отца, или *sub legitima agnato vum tutela*—подъ опекою ближайшаго агнатическаго родственника, который вмѣстѣ съ тѣмъ былъ и ближайшимъ ихъ наследникомъ по закону. (*) Вотъ почему въ древнѣйшее время у римлянъ женщины вовсе не могли дѣлать завѣщанія, хотя бы самая форма и допускала это. Далѣе, совершающимъ завѣщаніе должно быть лицо совершеннолѣтнее, (**) *pubes*, т.е. лицо, достигшее полной половой и интеллектуальной зрѣлости (по новѣйшему римскому праву лицо, достигшее, по крайней мѣрѣ 14 лѣтняго возраста). Наконецъ, лицо, совершившее завѣщаніе должно быть самостоятельнымъ лицомъ—*homo sui juris*; *homo alieni juris* не могъ совершать завѣщанія, такъ какъ онъ не имѣлъ собственнаго имущества.

Что касается *testamenti factio passiva*, то оно представляетъ также часть *juris commercii*, слѣдовательно, оно принадлежитъ только римскимъ гражданамъ и притомъ какъ мужскаго, такъ и женскаго пола. Но, на основаніи *lex Voconia*, было сдѣлано ограниченіе въ томъ отношеніи, что женщины не могли быть назначаемы наследницами лицами перваго класса, т.е. самыми богатыми гражданами. Это ограниченіе сдѣлано въ видахъ противодѣйствія развитію роскоши. Но вообще какъ женщины, такъ и мужчины могли быть назначаемы на-

(*) Гай 1§ 115-а, указываетъ, что женщина для того, чтобы имѣть возможность дѣлать завѣщаніе *tutore auctore*, замѣняла своихъ законныхъ опекуновъ агнатовъ, другими опекунами изъ постороннихъ лицъ; обрядъ для этого былъ *coemptio (fiduciae causa)*; опекуны же такіе назывались *tutores fiduciarii*. См. 1. с. § 115.

(**) *Impubes* не могъ совершать завѣщанія *tutore auctore*.

слѣдниками *Peregrini* не могли быть наслѣдниками, такъ какъ они не имѣли *juris commercii*. Далѣе, наслѣдниками могли быть назначаемы: рабы, какъ свои, такъ и чужіе. Въ случаѣ назначенія собственнаго раба наслѣдникомъ, римскій гражданинъ непремѣнно долженъ былъ въ томъ же завѣщаніи объявить его свободнымъ. Безъ этого формальнаго объявленія завѣщаніе не имѣло силы. Рабъ, какъ мнаслѣдникъ, былъ *heres necessarius*, не имѣлъ права, подобно постороннимъ лицамъ, отказаться отъ наслѣдства, т.е. онъ не имѣлъ *facultatem obs tinendi*. Если наслѣдство назначалось чужому рабу, то наслѣдникомъ дѣлался собственно его господинъ, такъ какъ рабъ, не имѣлъ *juris commercii*; онъ могъ вступить въ наслѣдство по повелѣнію своего господина—(*Jussu domini*).

Что касается вопроса о содержаніи завѣщанія, то оно могло представляться въ различныхъ распоряженіяхъ; но при этомъ имѣлось одно главное положеніе, а именно: *testamentum* считался только такой распорядительный актъ, въ которомъ былъ назначенъ наслѣдникъ, т.е. лицо вступающее во всю имущественную личность умершаго (*successor in universum jus defuncti*); при этомъ все равно, будетъ ли одно лицо назначено въ завѣщаніи, или нѣсколько лицъ, которыя бы вступили во всю имущественную личность умершаго, *sive omnibus activis et passivis*, которыя бы слѣдовательно, продолжали тѣ юридическія отношенія, которыя имѣлъ умершій. На этомъ основаніи римляне говорятъ, что *institutio heredis directi est caput et fundamentum totius testamenti*, т.е. главное основаніе всего завѣщанія есть назначеніе прямаго непосредственнаго наслѣдника. Если римлянинъ дѣлалъ такое распоряженіе на случай своей смерти, въ которомъ не содержалось назначенія прямаго наслѣдника, то это распоряженіе, какъ *testamentum*, было ничтожно. Такимъ образомъ, въ завѣщаніи непремѣнно должно быть сказано, что такой-то *heres esto*. Кроме того, въ завѣщаніи могли быть и другія распоряженія; такъ напр., очень часто, и даже большею частію, вслѣдъ за назначеніемъ наслѣдника шло назначеніе опекуна. *Tutela testamentaria* была, какъ извѣстно, однимъ изъ видовъ назначенія опеки.

Кромѣ назначенія лица, которое должно быть продолжателемъ всей личности умершаго, могли быть въ завѣщаніи и такія распоряженія, которыя давали отдѣльнымъ лицамъ отдѣльныя права и отдѣльныя вещи умершаго. Умершій, напр., назначилъ своимъ наслѣдникомъ лицо А, но домъ свой отказалъ лицу Б. Такой отказъ отдѣльныхъ вещей, на случай смерти, въ противоположность наслѣдству, технически называется *legatum*, а лицо, которое получаетъ такой отказъ, называлось *legatarius*. Различіе между *heres* и *legatarius* заключается въ томъ, что *heres est successor in universum jus defuncti*, т.е. вступаетъ во всю имущественную, правовую сферу умершаго, принимаетъ всѣ его права и вступаетъ во всѣ обязанности (платить его долги и т.п.), такъ что онъ вступаетъ даже въ такія права и правоотношенія, которыя вообще непереносимы съ одного лица на другое (обязательственные правоотношенія), потому что онъ вступаетъ въ эти отношенія не какъ отдѣльный, а принимаетъ ихъ въ качествѣ составныхъ частей всего имущества умершаго. Легатарій же есть лицо, которое получаетъ отказъ какой нибудь вещи или какого нибудь отдѣльнаго права, въ видѣ какой нибудь выгоды отъ наслѣдства, такъ что легата-

рій является или хозяиномъ отдѣльныхъ вещей или, по крайней мѣрѣ, кредиторомъ наслѣдства, смотря по тому, какимъ способомъ установленъ легатъ. Въ 192 § 2 кн. Inst. Gajj, указывается на существованіе 4-хъ способовъ установленія легата, а именно здѣсь говорится: *legatorum genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praescriptionem.* Изъ этихъ 4-хъ способовъ установленія легата укажемъ пока только на первые два, такъ какъ они являются главными, основными способами, между тѣмъ какъ послѣдніе два способа составляютъ только видоизмѣненія первыхъ двухъ способовъ. Относительно установленія легата *per vindicationem* въ 193 § 2 кн. инст. Гая говорится: *Lucio Titio verbigratia hominem Stichum do lego, se si alterum verbum positum si, velut hominem Stichum do, per vindicationem legatum est, si vero etiam aliis verbis, velut ita legatum fuerit. sumito, vel ita, sibi habeto, vel ita capito, aequè per vindicationem legatum est.* Изъ всѣхъ формъ, указанныхъ въ этомъ §, видно, что сущность установленія легата *per vindicationem* заключается въ томъ, что здѣсь легатъ назначается наслѣдодателемъ прямо непосредственно легатарію, безъ упоминанія наслѣдника, т.е. безъ порученія ему выдать легатарію извѣстную вещь. Наслѣдодатель, напр., говоритъ: «*Lucio Titio hominem Stichum do lego*» и на основаніи этихъ словъ легатарій, съ принятіемъ наслѣдства со стороны наслѣдника, получаетъ непосредственное право на извѣстную вещь умершаго. Послѣдствіе такого легата заключается въ томъ, что легатарій *ipso jure*, безъ всякаго дѣйствія со стороны наслѣдника, получаетъ право собственности въ отказанной ему вещи, все равно передастъ ли ему эту вещь наслѣдникъ, или нѣтъ. Это имѣло важное юридическое послѣдствіе. Если, напр., наслѣдникъ не передаетъ легатарію вещи, отказанной ему *per vindicationem*, а продаетъ ее третьему лицу, то легатарій можетъ отыскивать ее (*vindicare*) у этого 3-го лица, какъ свою собственность.

Второй способъ установленія легата есть установленіе его *per damnationem*. Въ 201 § 2 кн. инст. Гая говорится: *per damnationem hoc modo legamus, heres meus Stichum servum meum dare Lucio Titio damnas esto, dato et si: sed scriptum fuerit, per damnationem legatum est.* Слѣд., формула установленія легата *per damnationem* заключала въ себѣ упоминаніе наслѣдника, на котораго возлагалась обязанность выдать легатарію извѣстную вещь. На основаніи этого способа установленія легата, легатарій уже непосредственно не получаетъ права собственности въ отказанной ему вещи, подобно тому, какъ легатарій получаетъ это право собственности при установленіи легата *per vindicationem*, а получаетъ только личное право требованія противъ наслѣдника, осуществляемое чрезъ посредство *personalis actio ex testamento*, которымъ можно осуществить свое требованіе о передачѣ отказанной вещи, если наслѣдникъ окажется недобросовѣстнымъ. При установленіи легата *per vindicationem*, отказываемая вещь дѣлается собственностью легатарія тотчасъ послѣ смерти наслѣдодателя, между тѣмъ какъ при установленіи легата *per damnationem*, отказываемая вещь обращается изъ вещей наслѣдодателя въ вещь наслѣдника, на котораго возлагается обязанность передать эту вещь легатарію.

Изъ предыдущаго видно что хотя наслѣдникъ и назначается, какъ *successor in universum jus defuncti*, но все таки можетъ случиться, что онъ будетъ

чать наследниками женщин), на основании которого никто из легатариев не мог получить больше, чем наследник. Но этим римское законодательство не ограничилось, и в 714 г. был издан *Lex Falcidia*, на основании которого наследник должен получить, по крайней мере, $\frac{1}{4}$ всего имущества умершего, так что наследодатель мог роздать в виде легатов только $\frac{3}{4}$ всего имущества. Если наследнику было назначено меньше $\frac{1}{4}$ имущества, то *ex lege Falcidia* он имел право вычесть у легатариев соответствующую часть с тем, чтобы получить $\frac{1}{4}$ часть имущества умершего, так называемую, *quarta Falcida*.

При совершении завещания в народном собрании наследником можно назначить только безусловно одно лицо или несколько лиц, совместно, так как народному собранию нельзя было выставить такого условия, что, если одно лицо откажется от наследства, то наследство должно перейти к другому лицу. Точно также при *testamentum per aes et libram*, когда *familiae emptor* являлся еще наследником, наследство можно было назначить только этому одному лицу. Но когда, при *testam. per aes et libram, familiae emptor* не являлся больше наследником, а был только посредствующим лицом, когда назначались другие наследники, когда завещание приняло письменную форму, тогда уже сдѣлалось возможным назначить наследниками и последовательно нескольких лиц, на случай нежелания или невозможности вступления (*in casum voluntatis aut impotentiae*) в наследство 1-х из назначенных таким образом, лиц. Такое назначение технически называется *substitutio*, Гай в 174 § 2 кн. говорит *Interdum duos plure ve gradus heredum facimus, hoc modo: Lucius Titius heres esto cernito que in diebus (centum) proximis, quibus scies poterisque. Quodni id creveris, exheres esto. Tum Mevius heres cernito que in diebus centum et reliqua; et deinceps in quantum velimus, substituere possumus*. Таким образом, *substitutio* есть назначение дальнейших наследников на случай нежелания или невозможности вступления в наследство 1-х из назначенных наследников. Такое назначение дѣлалось обыкновенно в такой форме: такой-то назначается наследником, и потому в течении 100 дней он должен принять наследство. Если в течении этого времени он не примет наследства, то он должен считаться исключенным из наследства, и я желаю, чтобы наследство получило тогда лицо В в течении 100 дней. Если и В не примет его в течении 100 дней, то наследство должен получить С. Таким образом, *substitutio*, есть условное назначение наследником на случай нежелания вступления в наследство, 1-х наследников.

Для окончания вопроса наследования по завещанию, укажем на некоторые ограничения завещателя, введенные римскою юриспруденцією, сравнительно с законами 12 таблиц. Выше уже было сказано об ограничении, введенном законом *L. Versonia* на основании которого женщины не могут назначаться наследницами лицом высшего класса, также было указано на ограничения относительно легатов. Подобныя ограничения не могут иметь места по законам 12 табл., на основании которых была признана полная автономия наследодателей. Слѣдует упомянуть еще о такъ называемомъ новѣйшими

поставленъ въ невыгодное положеніе, такъ какъ наслѣдникъ обязанъ уплатить всѣ долги умершаго, а между тѣмъ отдѣльныя вещи наслѣдственные могутъ быть отказываемы легатарію. Вотъ почему римляне уже рано знаютъ случаи непринятія наслѣдства (принятіе наслѣдства называется *acquisitio, aditio hereditatis*). По общему правилу, наслѣдники могли отказаться отъ наслѣдства (*recusare, repudiare hereditatem*). Исключеніемъ изъ этого правила служили, въ древнія времена *sui heredes*, которые были *sui et necessarii*, а до новѣйшихъ еще времени рабы, которые не имѣли права отказываться отъ наслѣдства такъ что, напр., если въ завѣщаніи сказано *Stichus meus servus liber esto et heres esto*, то рабъ не могъ отказаться. Отказывались отъ наслѣдства въ томъ случаѣ, если умершій былъ несостоятеленъ, когда, слѣдовательно, на наслѣдника должно пасть безчестіе, вслѣдствіе неуплаты долговъ умершаго. Рабъ, назначаемый наслѣдникомъ, долженъ былъ принять на себя такое безчестіе, которое въ противномъ случаѣ могло пасть на самаго умершаго. Такимъ образомъ, рабъ былъ *heres necessarius*.

Вопросъ о принятіи и объ отреченіи отъ наслѣдства былъ чрезвычайно важнымъ у римлянъ, какъ для кредиторовъ, такъ и въ другихъ отношеніяхъ (Римляне, напр., связывали съ принятіемъ наслѣдства обязанность совершенія извѣстныхъ жертвоприношеній—*hereditas cum sacris transit*). Вотъ почему принимались мѣры для того, чтобы наслѣдники поскорѣ приняли свое рѣшеніе, относительно принятія или непринятія наслѣдства. Такою мѣрою при завѣщательномъ наслѣдованіи служила *cretio*, т. е. назначеніе завѣщателемъ времени, въ теченіи котораго назначенный въ завѣщаніи наслѣдникъ обязанъ рѣшиться принять или не принимать наслѣдство. *Cretio i. e. finis deliberandi* есть ничто иное, какъ прибавленіе, сдѣланное наслѣдодателемъ въ завѣщаніи относительно срока, въ теченіи котораго наслѣдникъ, узнавши о назначеніи ему наслѣдства, долженъ рѣшиться принять или не принять наслѣдство (164 § 2 кн. Гая). Такимъ срокомъ обыкновенно назначалось сто дней. Если въ теченіи этого времени наслѣдникъ не заявлялъ о своемъ желаніи принять наслѣдство, то онъ считался исключеннымъ изъ наслѣдства. Конечно, *cretio* не имѣла мѣста для раба, который былъ: *heres necessarius*. Отказы отъ наслѣдства случались очень часто, вслѣдствіе того, что наслѣдства были обременяемы многими легатами. Вотъ почему было издаваемо нѣсколько законовъ, которыми старались ограничить завѣщателя относительно назначенія легатовъ. Принятіе наслѣдства соответствовало всего болѣе желаніямъ наслѣдодателей, а между тѣмъ весьма часто собственныя ихъ распоряженія были направлены къ тому, что огромныя мѣнія, вслѣдствіе множества легатовъ, дѣлались совершенно ничтожными. Противъ этого и были направлены нѣкоторые изъ изданныхъ въ Римѣ законовъ былъ *Lex Furgia testamentaria*, на основаніи котораго никто изъ легатаріевъ не имѣлъ права получать въ видѣ легата болѣе 1000 ассовъ подъ опасеніемъ четверной пени (*quadruplum*). Но при существованіи этого закона наслѣдства все таки могли быть обременены многими легатами, такъ какъ вмѣсто того, чтобы назначить одному легатарію 20000 ассовъ, можно было назначить 20 легатаріямъ по 1000 ассовъ. Вотъ почему въ 585 г. а. у. с. былъ изданъ *lex Voconia* (которымъ и запрещалось гражданамъ 1-го класса назна

юристами формальномъ, обязательномъ или необходимомъ наследствѣ (*) (Гай 2 кн. Инст. 123 § и слѣд.) По словамъ законовъ 12 таб., наследникомъ могло быть назначено совершенно постороннее лицо, причемъ наследодатель можетъ вовсе не упоминать въ завѣщаніи о своихъ дѣтяхъ, внукахъ и братьяхъ. Позднѣйшая юриспруденція сочла додобный порядокъ вещей нецѣлесообразнымъ, такъ какъ при этомъ легко могли случиться ошибки. Умирающій могъ, напр., получить извѣстіе что сынъ его убитъ на войнѣ, вслѣдствіе чего онъ могъ назначить наследникомъ совершенно постороннее лицо, не упоминая ничего въ своемъ завѣщаніи о сынѣ. Въ предупрежденіе подобныхъ случаевъ было установлено, что назначая постороннее лицо, наследодатель долженъ былъ ясно высказать, желаніе устранить своихъ нисходящихъ отъ наследства. Такимъ образомъ, была оставлена полная свобода относительно назначенія постороннихъ наследниковъ, но только при указанномъ условіи. Слѣдовательно, римская юриспруденція не дошла до того, ограниченія, въ силу котораго отецъ долженъ непременно оставить своему сыну извѣстную часть имущества. Если наследодатель завѣщаль свое имущество постороннему лицу, не упомянувъ въ завѣщаніи о своихъ нисходящихъ, то завѣщаніе считалось ничтожнымъ *testamentum nullum*. Если наследодатель говорилъ, напр., *Titius heres esto*, не упоминая о своихъ сыновьяхъ, то послѣдніе имѣли право требовать оставленное ихъ отцомъ имущество. Въ подобныхъ завѣщаніяхъ сыновья должны быть каждый нарочно поименованы и исключены (*filius meus exheres esto*) между тѣмъ, какъ дочери и внуки могли быть упомянуты *inter ceteros*. Такимъ образомъ, принципъ автономіи наследодателей, выставленный законами 12 таб.; не былъ, собственно говоря нарушенъ, а были только выставлены извѣстныя формальныя условія. т.е., извѣстныя лица должны были имъ быть назначенными въ наследники (*instituti*) или исключаемы (*exheredati*): нельзя было ихъ обойти молчаніемъ: *praeterire* или *omittere*.

НАСЛѢДОВАНИЕ ПО ЗАВѢЩАНІЮ

(*Legitima hereditas* или *hereditas ab intestato*).

Наслѣдованіе по закону основывается на томъ правилѣ, выставленномъ законами 12 таб., по которымъ *si intestato moritur, cui suus heres necescit, proximus agnatus familiam habeni* и *si agnatus nec escit, gentilis familiam nancitor*. Римляне понимали это правило совершенно буквально и допускали наслѣдованіе по закону только въ томъ случаѣ, когда лицо умерло совершенно безъ завѣщанія или съ недѣйствительнымъ завѣщаніемъ. Отсюда дѣлали такой выводъ, что если умершій оставилъ завѣщаніе, хотя на малѣйшую часть своего имущества, напр. на $\frac{1}{10}$ часть, то наслѣдованіе по закону не имѣло мѣста *nemo pro parte testatus, pri parte intestatus decedere potest*. Кроме этого случая, наслѣдованіе по закону имѣло мѣсто тогда, когда завѣщаніе признаваемо было юридически недѣйствительнымъ (когда, напр., наследодатель отдавалъ свое имущество стороннему лицу и обошелъ при этомъ молчаніемъ своихъ ближайшихъ родственниковъ). Наслѣдники по закону являются прежде все-

(*) *Das formelle Notherbenrecht*.

го тѣ изъ членовъ семьи, которые послѣ смерти отца семейства дѣлаются *homines sui juris*, т. е. такъ наз. *sui heredes*. *Sui heredes*, какъ уже было сказано выше, суть именно тѣ лица, которые находились подъ непосредственною властью умершаго (жена, дѣти) и которые вслѣдствіе смерти властелина дѣлаются *homines sui juris*. *Sui heredes*, какъ извѣстно, по древнему римскому праву, подобно рабамъ, являются *necessarii heredes* (почему они и называются *sui et necessarii*), потому что они разсматриваются не какъ наследники, а какъ сохозяева, *condomini*; объ этомъ подробнѣе было сказано въ I періодѣ. Имущество считалось принадлежностью всей фамиліи, такъ что глава фамиліи выдѣлялся своею преобладающею властью. Коль скоро эта власть прекращалась, наприм., смертью, то власть лицъ, принадлежавшихъ фамиліи, восстанавливалась въ полномъ объемѣ. Вотъ почему *sui heredes* являются *necessarii heredes*: въ случаѣ смерти отца семейства они не наследуютъ, а осуществляютъ только свои права. Впрочемъ преторскія постановленія отступаютъ отъ этого строгаго взгляда, допустивъ и для *sui heredes* отказъ отъ наследства (*jus abstinendi*) такъ что въ новѣйшемъ римскомъ правѣ *sui heredes* не являются уже, какъ *necessarii heredes*.

Sui heredes призывались къ наследству все вмѣстѣ, но наследство между ними дѣлилось не поголовно, т. е. не по количеству лицъ, а *in stirpes*, поколѣнно. Я. напр., умираю, и у меня остается 1 сынъ, 2 внука отъ другаго, прежде умершаго, сына, и 1 внукъ отъ третьяго, прежде умершаго, сына. Такимъ образомъ, послѣ моей смерти остается 4 человека. Если бы мое наследство раздѣлить *in capita*, то его нужно было бы раздѣлить на 4 части, но наследство мое дѣлится *in stirpes*, причемъ именно разсматривается, сколько въ первомъ колѣнѣ было лицъ. Такъ какъ въ 1-мъ колѣнѣ было 3 лица, то наследство дѣлится на три части, причемъ одна часть идетъ моему сыну, другая двумъ внукамъ, оставленнымъ моимъ сыномъ, и 1 часть одному внуку, отъ третьяго моего сына. Вообще, сколько бы ни было внуковъ, наследство дѣлится по числу сыновей наследователя, и часть умершаго сына поступаетъ въ пользу оставленныхъ имъ дѣтей. При этомъ наследованіи родственники ближайшей степени исключаютъ родственниковъ дальнѣйшей степени только въ одной и той же прямой линіи, но наследниками могутъ быть родственники 1, 2 и 3 степени, если они происходятъ по различнымъ нисходящимъ линіямъ. Такимъ образомъ, это поколѣнное наследованіе основывается на томъ, что послѣдующіе дальнѣйшіе родственники наследуютъ *in locum praedefuncti patris sui*, т. е. вмѣсто умершаго ихъ отца. Такъ что если сынъ наследодателя умеръ, оставивъ 2 внуковъ, то эти внуки являются представителями умершаго сына. Это есть такъ называемое *jus representationis*, т. е. право представленія. Но, положимъ, я умираю, и у меня нѣтъ нисходящихъ. Въ этомъ случаѣ наследниками моими являются ближайшіе агнаты, т. е. лица, которые связаны между собою по поводу одной и той же семейной власти, которые бы составляли одну семью, если бы глава этой семьи не умеръ. По опредѣленію Ульпіана, агнаты суть родственники, связанные родствомъ черезъ посредство лица мужескаго пола. При отсутствіи нисходящихъ наследуетъ ближайшій агнатъ, *proximus agnatus*, такъ что ближайшій агнатъ исключаетъ всѣхъ дальнѣйшихъ агнатовъ. Я, напр., умираю и оставляю брата или сестру и племянниковъ отъ брата. Въ этомъ случаѣ братъ или сестра наследуютъ,

племянники устраниются от наследства, такъ что здѣсь не дѣйствуетъ *jus repraesentationis*. Но, положимъ, что агнатовъ 2-й степени нѣтъ, что лицо умерло, оставивъ послѣ себя двухъ племянниковъ отъ одного брата, прежде умершаго, 3 племянниковъ отъ другаго брата, прежде умершаго, и 5 племянниковъ отъ третьяго брата, тоже умершаго (слѣд. 10 плем.) Спрашивается, какъ дѣлится въ такомъ случаѣ наследство? Наследство здѣсь дѣлится уже не *in stirpes*, а *in capita*, т. е., принимается въ расчетъ количество лицъ, такъ что въ указанномъ случаѣ наследство дѣлится на 10 частей. Въ этомъ заключается различіе между наследованіемъ *sui heredes* и наследованіемъ агнатовъ. Наконецъ, если нѣтъ и агнатовъ, то на основаніи зак. 12 таб. наследство переходитъ къ гентиламъ. Какъ между ними дѣлится наследство, получаетъ ли его общая гентильная казна или каждый изъ гентилей въ особенности, этого мы не знаемъ, такъ какъ источники ничего не говорятъ объ этомъ, потому что во времена классической юриспруденціи это наследованіе уже не существовало.

По поводу разсмотрѣнія зак. 12 таб. относительно наследованія едѣлаемъ 2 замѣчанія, которыя являются выводомъ изъ зак. 12 табл и которыя дѣйствовали въ римскомъ правѣ въ противоположность новѣйшимъ постановленіямъ о наследованіи. 1-й выводъ заключается въ томъ, что наследованіе по завѣщанію и по закону не можетъ сходиться въ одномъ и томъ же случаѣ. Въ этомъ отношеніи у римлянъ дѣйствовало такое правило: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, т. е. никто не можетъ умереть отчасти съ завѣщаніемъ, отчасти безъ завѣщанія, иначе говоря, наследованіе по завѣщанію не можетъ конкурировать съ наследованіемъ по закону, т. е., если кто нибудь умеръ, оставивъ завѣщаніе только относительно одной части своего имущества, то это распоряженіе обнимаетъ собою все его имущество, и не допускается возлѣ этого наследованіе по закону. Но, спрашивается, какъ поступить съ имуществомъ умершаго въ подобномъ случаѣ? Положимъ, умершій рас порядился относительно $\frac{1}{20}$ своего имущества, а $\frac{19}{20}$ оставилъ безъ наследника. Римляне въ этомъ случаѣ дошли до крайней консеквентности, а именно они допустили, что лицо, которому назначена $\frac{1}{20}$ ч имущества (и даже, положимъ, $\frac{1}{100}$), едѣлалось наследникомъ всего имущества умершаго. Это, конечно, было невѣрно практически, такъ какъ это положеніе прямо противорѣчило желанію умершаго, но по чисто буквальному толкованію оно было вѣрно. Такъ какъ не допускалось совмѣстное наследованіе по завѣщанію и по закону, то теоретически было вѣрно предоставить все имущество одному лицу, которому завѣщана была только одна часть его. Наследникъ именно по принципу есть преемникъ всей имущественной личности умершаго (*successor in universum jus defuncti*). Если въ данномъ случаѣ наследство дѣлится между нѣсколькими лицами, сонаследниками, *coheredes*, то только потому, что нѣсколько лицъ именно призываются одинаково по одному и тому же основанію (завѣщанію или закону) *concurso partes fiunt*. Принциціальное же единство наследства и въ этомъ случаѣ выражается въ томъ, что если, напр., нѣкоторые изъ наследниковъ отказываются отъ наследства, то части ихъ *ipso jure*, т. е., по самому закону распределяются между оставшимися сонаследниками по такъ называемому *jus accrescendi*.

Другой выводъ заключается въ томъ, что если никто изъ призванныхъ за-

кономъ на первомъ мѣстѣ наслѣдниковъ не вступить въ наслѣдство, то къ этому наслѣдству не призываются на основаніи закона лица дальнѣйшихъ степеней родства, такъ что *ex jure civili* нѣтъ преемства классовъ и степеней—*in legitimis hereditatibus non esse successionem ordinum et graduum*, подобно тому, какое имѣлось въ преторскомъ правѣ, въ новѣйшемъ Юстиніановомъ и въ новѣйшихъ законодательствахъ. Законы 12 табл. говорили, что если кто умретъ безъ завѣщанія, то наслѣдуютъ *sui heredes*, а если нѣтъ *sui heredes*, то *proximus agnatus*, изъ этого выводили, что если есть *sui heredes*, то не можетъ быть призванъ *proximus agnatus*, такъ что если откажутся отъ наслѣдства *sui heredes*, то все таки не можетъ получить наслѣдства *proximus agnatus*. Тоже относительно агнатовъ между собою. Положимъ, я умираю и оставляю брата и 2-хъ племянник. отъ прежде умершихъ братьевъ. На основаніи зак. 12 таб. наслѣдуетъ мой братъ, который есть *proximus agnatus*. Если братъ откажется отъ наслѣдства, то, по современному праву, наслѣдство должно перейти къ дальнѣйшимъ родственникамъ, въ данномъ случаѣ къ племянникамъ, между тѣмъ по зак. 12 таб. они не могутъ быть наслѣдниками, такъ какъ наслѣдниками могутъ быть только безусловно *proximus agnatus*. Если бы у меня не было брата, а только племянники, то они могли бы получить наслѣдство, какъ *proximi agnati*.

Средствомъ для принужденія наслѣдниковъ *ab intestato* къ скорѣйшему вступленію въ наслѣдство служило такъ наз. *usucapio pro herede*, Gajus II, § 52 и слѣдующ. Всякій именно могъ завладѣть наслѣдственными вещами и, провладѣвъ ими въ теченіи одного года (даже недвижимыми, для которыхъ обыкновенной давности примѣнялся срокъ въ 2 года), получалъ ихъ въ видѣ наслѣдника; это *usucapio pro herede* называется Гаемъ *usucapio improba* и *lucrativa*.

СУДОПРОИЗВОДСТВО.

Что касается до общаго характера гражданскаго процесса квинтскаго періода, то въ этомъ періодѣ гражданскій процессъ представляетъ уже вполне выработанныя формы въ отличіе отъ 1-го періода. Извѣстно, что подъ гражданскимъ процессомъ вообще разумѣется совокупность тѣхъ нормъ и правилъ, которыми опредѣляется дѣятельность лицъ, участвующихъ въ спорахъ по гражданскимъ взаимоотношеніямъ (какъ лицъ, которыя поставлены отъ государства для завѣдыванія этими спорами, т. е. судей, такъ и частныхъ лицъ, участвующихъ въ спорахъ, т. е. тяжущихся сторонъ, *adversarii*). Тотъ отдѣлъ права, которымъ опредѣляется дѣятельность этихъ лицъ по отношенію къ различнымъ ихъ качествамъ, называется *судоустройствомъ*, а *судоустройствомъ* въ тѣсномъ смыслѣ слова называется тотъ отдѣлъ права, который заключаетъ въ себѣ совокупность правилъ, опредѣляющихъ самую дѣятельность этихъ лицъ (къ *судопроизводству* относятся, напр., правила о подачѣ исковыхъ прошеній, о порядкѣ ихъ разсмотрѣнія и т. п.).

Къ *судопроизводству* относится, такимъ образомъ, совокупность правилъ, нормирующихъ ходъ процесса (*lis*), т. е. ходъ судебного дѣла (откуда и названіе процессъ, отъ *pro sedere*, идти, двигаться впередъ); въ нихъ указывается ходъ споровъ и пререканій между тяжущимися лицами, какимъ образомъ эти споры и пререканія отдаются на разсмотрѣніе безпристрастныхъ лицъ для постановленія

окончательнаго рѣшенія. Во 2 периодѣ гражданскій процессъ образуетъ собою систему своеобразныхъ судебныхъ формъ. Общее для нихъ названіе есть *legis actio*. Прежде подъ *legis actio* разумѣлись всѣ сдѣлки, а теперь подъ этимъ названіемъ разумѣется средство процессуальной дѣятельности. На основаніи этого древнѣйшаго римскаго гражданскаго процесса, такимъ образомъ, дѣйствуетъ производство *per legis actiones*, какъ особенная своеобразная форма, которою вѣдается спорное дѣло. Въ 4-ой книгѣ въ § 11 Гай говорится: «*actiones, quos in usu veteres habuerant, legis actiones appellantur.*» Такимъ образомъ, технически процессъ называется процессомъ *per legis actiones*. Въ этомъ процессѣ выразился древній духъ римлянъ; онъ именно представляетъ собою древнее, строгое, формальное гражданское право, въ примѣненіи къ гражданскому процессу. Какъ древняя форма сдѣлокъ (*nexum, stipulatio*) представляетъ собою приложеніе *jus strictum*, причемъ сущность этихъ сдѣлокъ заключается въ примѣненіи опредѣленныхъ формъ и произнесеніи торжественныхъ словъ, неизмѣнныхъ (*verba solemnia et immutabilia*), такъ точно этотъ процессъ имѣетъ свою отличительную черту такъ наз. *per legitima verba agere* (произнесеніе опредѣленныхъ словъ, употребленныхъ въ законѣ). Необходимость употребленія такихъ словъ въ процессѣ доходила до того, что даже употребленіе болѣе соответствующихъ дѣлу словъ, чѣмъ какіе были употребляемы въ законѣ вело къ потерѣ иска. Въ 11 § 4 кн. Гай приводитъ такой случай для объясненія того, въ чемъ именно заключалось примѣненіе словъ, указанныхъ въ законѣ; однажды истцу было отказано въ искѣ только потому, что вмѣсто слова *arbores*, которое было употребляемо въ законахъ 12 табл., онъ употребилъ слово *vites* (виноградныя лозы), требуя вознагражденія за ихъ уничтоженіе. Но, какъ при сдѣлкахъ, такъ и при процессѣ, въ границахъ, установленныхъ обычаемъ и указанныхъ въ законѣ словъ, тяжущіяся стороны дѣйствуютъ совершенно самостоятельно, является частная автономія и самодѣятельность, такъ что магистратъ или судебныя власти представляютъ въ процессѣ совершенно пассивную роль, являясь наблюдающими за примѣненіемъ формъ только органами закона, безъ всякаго особеннаго вліянія на ходъ самаго процесса. Ихъ роль ограничивается только наблюдениемъ за тѣмъ, чтобы партіи въ своихъ дѣйствіяхъ не выходили изъ границъ, предоставляемыхъ законамъ (не употребляли бы словъ, не указанныхъ въ законѣ), но они не даютъ сторонамъ никакого направленія, такъ что вся дѣятельность принадлежитъ спорящимъ сторонамъ, и древнѣйшій римскій процессъ представляетъ собою высшее развитіе того, что называется состязательнымъ началомъ процесса (*Verhandlungsmaxime*). Это значеніе процесса выразилось и въ нѣкоторыхъ названіяхъ, именно въ названіяхъ лицъ, вчиняющихъ процессъ. У насъ эти лица называются истцами, т. е. лицами, ищущими защиты, но въ немецки—*der Kläger*, т. е. жалующимися, тогда какъ у римлянъ они назывались *actores*, т. е. дѣйствующими, а не просящими и не жалующимися. Самый искъ у римлянъ носилъ названіе *actio*—дѣйствіе. Такимъ образомъ, центръ тяжести въ процессѣ заключался въ собственной дѣятельности сторонъ. Такъ какъ форма процесса заключалась въ торжественныхъ словахъ, то и соответствующее произнесеніе опредѣленныхъ словъ (*verborum solemnitas*) происходило отъ самыхъ партій, а магистратъ только придавалъ окончательную санкцію и значеніе дѣйствию этихъ част-

ныхъ лицъ. Этому характеру судопроизводства, болѣе частному, чѣмъ государственному, совершенно соответствуетъ то, что разсмотрѣніе собственно матеріальнаго содержанія дѣла (правоты или неправоты, фактической вѣрности представленныя лицами доказательствъ и окончательное рѣшеніе дѣла) принадлежитъ по общему правилу не официальнымъ лицамъ, т. е. не магистрату, а частнымъ лицамъ, выборнымъ, присяжнымъ судьямъ, которые назывались *judices privati*: магистратъ наблюдаетъ только, чтобы партіи дѣйствовали въ границахъ закона, и придаетъ официальный авторитетъ ихъ дѣйствию; когда же дѣло приведено въ порядокъ въ томъ отношеніи, что опорные пункты ясно установлены, магистратъ передаетъ его на окончательное рѣшеніе частнымъ лицамъ, частнымъ судьямъ. На этомъ основаніи римскій гражданскій процессъ и распадается на двѣ стадіи, а именно: во 1-хъ, на такъ называемое производство *in jure*, производство предъ магистратомъ, которое имѣло характеръ предварительнаго собранія всего матеріала, касающагося дѣла, и, во 2-хъ, на производство *in judicio*, которое происходило передъ *judices privati* и заключало въ себѣ окончательное рѣшеніе дѣла. Если такому судебному рѣшенію отвѣтчикъ не подчинился добровольно, то наступалъ особенный способъ исполненія рѣшенія дѣла, который опять производился самими заинтересованными лицами (у древнихъ римлянъ не было такихъ официальныхъ лицъ, какъ у насъ судебные пристава, и всякій самъ исполнялъ судебное рѣшеніе) чрезъ *manus injectio judicati*.

Въ судопроизводствѣ мы встрѣчаемъ такія же формальности, какія мы встрѣчаемъ при совершеніи юридическихъ дѣлъ: процессъ, называемый *per legis actiones*, есть ничто иное, какъ перенесеніе на поприще судопроизводства древняго квинтскаго права.

Такимъ образомъ, тяжущіяся стороны сами дѣйствуютъ передъ судомъ. Въ древнее время у Римлянъ это требовалось безусловно для наглядности и несомнѣнности во всѣхъ отношеніяхъ. Вообще, за исключеніемъ нѣкоторыхъ случаевъ, Римляне поэтому недопускаютъ представителей въ судъ, подобно тому какъ они не допускали представителей при совершеніи юридическихъ дѣлъ. Въ 82 § 4 кн. Гай говоритъ: *olim quamdiu scilicet legis actiones in usu essent, alterius nomine agere non licebat, nisi pro populo et libertatis causa*, т. е. что представительство не допускалось въ искахъ за исключеніемъ исковъ *pro populo* и *libertatis causa*. 3-й случай, когда допускалось представительство, о которомъ не упоминаетъ Гай—есть опека. Подъ именемъ *actiones pro populo* разумѣлись иски, предъявляемые отъ имени всего народа, *actiones populares* (*agere pro populo*) въ тѣхъ случаяхъ, по которымъ въ настоящее время предъявляютъ иски особые официальные органы, а именно органы полиціи, обязанность которыхъ состоитъ въ наблюденіи за безопасностью гражданъ. Эти иски, называемые у Римлянъ *actiones populares*, вчинялись отъ имени народа для принужденія лицъ къ тому, чтобы они заботились о безопасности общественной и т. п. Въ Римѣ, какъ извѣстно, полицейскіе органы наблюдающіе за безопасностью гражданъ, не были такъ развиты какъ теперь, и потому эта обязанность лежала отчасти на всѣхъ гражданахъ. Если кто нибудь напр. ставитъ на окнѣ своей квартиры какую нибудь тяжелую вещь такимъ образомъ, что она могла упасть и причинить вредъ проходящимъ ли-

цамъ, то каждый гражданинъ могъ вчинать искъ (*actio de posito vel suspenso*—искъ о неосторожно поставленномъ или повѣшенномъ предметѣ). Затѣмъ 2, исками, при которыхъ допускалось представительство, были *actiones libertatis causa*. У римлянъ не только рабы, но даже и тѣ лица, которыя находились въ рабскомъ услуженіи, не были допускаемы лично къ защитѣ своей свободы въ судѣ. Поэтому, если человѣка подозрѣвали въ томъ, что онъ рабъ (если кто нибудь, напр. требовалъ его къ себѣ по суду, какъ раба), то онъ не могъ лично защищаться въ судѣ, а долженъ былъ просить какого нибудь полноправнаго гражданина, чтобы тотъ являлся за него въ судѣ и доказывалъ его свободу. Такой гражданинъ назывался *vindex libertatis* или *assertor in libertatem*.

Что касается вопроса о судеустройствѣ, то юрисдикція, принадлежавшая прежде царямъ, переходитъ потомъ къ консуламъ, и наконецъ къ преторамъ, передъ которыми слѣдовательно и происходитъ производство *in jure*. Право производства гражданскихъ дѣлъ называлось *jurisdictio*, это право входило въ составъ судебной власти вообще, въ *imperium*; этимъ словомъ же обозначалось по преимуществу право уголовного суда, въ отличіе отъ котораго право производства гражданскихъ дѣлъ, носило наименование *jurisdictio*; Производство передъ судомъ не всегда имѣло цѣлью разрѣшеніе какого нибудь спорнаго вопроса; часто производство передъ судомъ имѣло мѣсто только для того, чтобы укрѣпить какое нибудь право. Въ древнемъ Римѣ не существовало нотаріальныхъ порядковъ и потому въ тѣхъ случаяхъ, когда въ настоящее время права подтверждаются нотаріальнымъ порядкомъ, въ Римѣ придавали дѣлу спорный характеръ, отправлялись въ судѣ, гдѣ и утверждалось право. Производство по такого рода дѣламъ называлось *jurisdictio voluntaria*, тогда какъ производство по дѣйствительно спорнымъ дѣламъ называлось *jurisdictio contentiosa*.

Что касается вопроса о подсудности (подсудностію называется подвѣдомственность извѣстныхъ дѣлъ извѣстнымъ судамъ, если говорить, что такія то дѣла подлежатъ вѣдѣнію такого то суда, то это значитъ, что этотъ только судъ компетентенъ въ этихъ дѣлахъ), то этотъ вопросъ у Римлянъ разрѣшался очень просто; все дѣла римскихъ гражданъ подлежали вѣдѣнію римскихъ магистратовъ—все равно, находились ли римскіе граждане въ Римѣ или въ провинціяхъ. Находясь въ провинціи, Римлянинъ могъ обратиться къ римскому суду на томъ основаніи, что только тѣ лица, которыхъ сами римскіе граждане избирали себѣ въ судьи, могли быть ихъ судьями, а единственными такими выбранными лицами были только *magistratus populi romani*, съ конца 4-го вѣка а и с. именно преторы. Что же касается до тѣхъ лицъ, которыя еще не получили правъ римскаго гражданства, то онѣ подлежали вѣдѣнію своихъ городскихъ, муниципальныхъ магистратовъ. Такая подсудность по мѣсту, къ которому лицо принадлежало по праву гражданства и по происхожденію, называлась *forum originis*.

Впослѣдствіи времени эта подсудность была замѣнена подсудностью по мѣсту жительства—*forum domicilii*, на основаніи которой отвѣтчикъ поджигъ отвѣтственности въ томъ судѣ, къ которому онъ принадлежитъ на ос-

нованіи своего мѣстожителъства. Когда мало по малу права римскихъ гражданъ были распространены на жителей провинцій, то явилось понятіе о двойной подсудности (*forum duplex*); на основаніи которой римскій гражданинъ могъ судиться или въ томъ городѣ въ которомъ онъ жилъ, или въ городѣ Римѣ. Цицеронъ говоритъ, что римскіе граждане могли судиться въ 2 мѣстахъ, а именно: 1) или въ томъ мѣстѣ, къ которому они принадлежали по своему естественному происхожденію, или 2) въ томъ мѣстѣ, къ которому они принадлежали по своему юридическому происхожденію (*Roma communis omnium civium patria est*). Что касается тѣхъ лицъ, которыя находились у магистратовъ для исполненія ихъ приказаній, то главными изъ нихъ были *lictores*, *viatores*, *praesones*.

При производствѣ *in judicio*, были, какъ постоянныя коллегіальныя учрежденія, такъ и выбираемые на каждый отдѣльный случай присяжные судьи (*judices selecti*). Постоянными учрежденіями, занимавшимися производствомъ *in judicio*, были, 1) такъ называемые, центумвиральныя суды—*centumviri*, состоявшіе сначала изъ 105 человекъ, по 3 изъ каждой *tribus*, во 2-хъ, децемвиральныя суды; *decemviri litibus judicandis*; кромѣ того, были еще отдѣльныя судьи, *judices singuli*, которые играли роль присяжныхъ, такъ что каждый разъ, при разсмотрѣніи извѣстнаго дѣла, они выбирались тяжущимися и назначались и уполномочивались магистратомъ (*judices selecti, judices privati* и т.п.) Центумвиральныя суды разсматривали все дѣла, касающіяся права собственности, права наслѣдованія и также все важнѣйшія дѣла, касающіяся обязательствъ; децемвиральныя суды разсматривали дѣла относительно *status*, т.е. относительно личнаго положенія человека (относительно законности его рожденія, свободы и т.п.). *Judices singuli*, на основаніи *lex Pinaria*, *Gaj. IV. 15*, разсматривали мелкія гражданскія дѣла, сумма которыхъ не превышала 1000 ассовъ; кромѣ того, они избирались для разсмотрѣнія вопросовъ, касающихся движимыхъ вещей и нѣкоторыхъ обязательствъ. Магистраты засѣдали на форумѣ на своемъ трибуналѣ съ *sella curulis*; самое мѣсто ихъ засѣданія называлось *ius*. Отсюда выраженія: производство *in jure*, *in jure cessio* и т.п. *Judices privati*, или присяжные производили судъ также на открытомъ мѣстѣ, на форумѣ. Все вообще судебныя засѣданія производились не въ домахъ, а на открытомъ мѣстѣ, *forum*, такъ что всякій имѣлъ къ нимъ свободный доступъ. Судебныя дѣла производились устно, а не письменно.

С) СУДОПРОИЗВОДСТВО. LEGIS ACTIONES.

Въ 12 § 4 кн. Инст. Гая говорится: *lege agebatur modis quin que, sacramento, per judicis postulationem, per conductionem, per manus injectionem per pignoris captionem*, т.е. у Римлянъ было пять категорій производствъ *per legis actiones*, а именно: *sacramento, per judicis postulationem* и т.д. Эти приводимыя Гаемъ категоріи могутъ быть разбиты на двѣ категоріи, а именно: къ первой категоріи можно отнести тѣ виды производства, при которыхъ имѣется собственно разбирательство производство; ко второй категоріи можно отнести тѣ производства, которыя можно назвать исполнительными производствами, т.е., когда дѣло прямо начинается съ исполненія или взыска-

нія, безъ всякаго предварительнаго разсмотрѣнія его со стороны судьи. Къ первой категоріи относятся: *legis actio per sacramentum*, *per iudicis postulationem* и *per conductionem*, а ко 2-й категоріи—*legis actio per manus injectionem* и *per pignoris captionem*;

1. ИСКОВОЙ ПРОЦЕССЪ

а) *LEGIS ACTIO PER SACRAMENTUM*.

Въ 13§ 4 кн. Гай говоритъ, что *legis actio per sacramentum* представляло собою общій способъ производства (*sacramenti actio generalis erat*), такъ что въ тѣхъ случаяхъ, когда законъ не говорилъ, именно, что производство должно имѣть мѣсто *per iudicis postulationem*, то дѣло всегда разсматривалось *per sacramentum*. *Per iudicis postulationem*, какъ можно думать (у Гая нѣтъ цѣлаго листа послѣ 17§ 4 кн., гдѣ описывается этотъ способъ производства), примѣнялся къ тѣмъ дѣламъ, которыя не представляли собою съ одной стороны строго опредѣленнаго требованія, а съ другой стороны отрицанія этого требованія, а представляли собою болѣе полюбовное разбирательство, при которомъ тяжущіяся лица желали только, чтобы, кромѣ нихъ, въ рѣшеніи дѣла участвовали другія безпристрастныя лица, которыя придавали бы свой авторитетъ этому рѣшенію; эти процессы назывались *iurgia*, въ противоположность строгимъ процессамъ, *lites*. (Напр., если лица не согласились между собою относительно раздѣла общей собственности, то они предъявляютъ искъ въ судѣ, при помощи котораго и рѣшаютъ дѣло). Изъ остальныхъ видовъ производства является болѣе общимъ, какъ исполнительное производство, *legis actio per manus injectionem*; что же касается производства *per pignoris captionem*, то оно примѣняется только въ нѣсколькихъ исключительныхъ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ и обычаемъ. Случаи эти не подходятъ подъ обыкновенный порядокъ производства. Объ искахъ *per pignoris captionem* (*pignus*—залогъ, *capio*—захватываю) говорится въ 26 и слѣдующихъ §§ Инст. Гая. *Pignoris captio* состояло въ захватѣ кредиторомъ извѣстной вещи должника, въ опредѣленныхъ случаяхъ, съ произнесеніемъ опредѣленныхъ въ законѣ словъ, для полученія изъ нея удовлетворенія черезъ продажу. Слѣдовательно, это *legis actio* было однимъ изъ исполнительныхъ способовъ производства. Оно имѣло мѣсто, напр., по поводу воинскихъ цѣлей. Всѣ римскіе граждане должны были отдавать извѣстную часть своего имущества въ казну, въ видѣ платежа податей *tributum ex censu*. Особенность относительно платежа податей представляло положеніе незамужнихъ женщинъ и (осиротѣвшихъ потерявшихъ отца) *orbi* несовершеннолѣтнихъ дѣтей; они не являлись къ цензору и не были вносимы въ списки трибъ, но зато они должны были платить деньги на содержаніе конницы—*aes equestre aes hordearium*. (*) Если эти лица не платили соответствующихъ денегъ, то всадники имѣли право *capere aliquam rem*, т.е. захватить извѣстную вещь обязан-

(*) См. Walter: *Geschichte des Rom? R?* 1§ 32; *Miquard t: Romische Staatsverwaltung* II p. 167.

наго лица съ произнесениемъ торжественныхъ словъ. Следовательно, *legis actio per pignoris captio* представляетъ древній захватъ залога римскаго права. Кроме того, *pignoris captio* было введено закономъ по поводу некоторыхъ религиозныхъ отношений; такъ, напримеръ, если кто нибудь купилъ животное, предназначенное для жертвоприношенія (*hostia*), неуплативъ за него денегъ, то по отношенію къ нему могла имѣть мѣсто *pignoris captio*. Кроме того, откупники податей (*publicani*) могли также пользоваться *pignoris captio* въ томъ случаѣ, если кто нибудь не вносилъ слѣдующія за него деньги — подати. Гай указываетъ (IV, 22), что уже въ Римѣ некоторые думали, что *pignoris captio* не можетъ быть подведена подъ понятіе *legis actionum*, потому что единственная ея принадлежность, сходная съ другими *legis actiones*, есть *solemnitas verborum*, т.е. произнесение торжественныхъ словъ. Въ доказательство того, что *pignoris captio* не есть *legis actio*, указываетъ на то, во 1-хъ, что *pignoris captio* происходило *extra jus*, вѣ судилища, т.е., что можно было прямо захватить вещь, не являясь въ судъ. Кроме того, во 2-хъ, *pignoris captio* могло быть произведено въ отсутствіи другой стороны, *absente adversario*, между тѣмъ какъ при другихъ искахъ безусловно требовалось присутствіе противной стороны, потому, именно, что процессъ основанъ на договорномъ началѣ, а при договорѣ требуется два лица. Наконецъ, въ 3-хъ, *pignoris captio* могла имѣть мѣсто даже и въ *dies nefasti*, т.е. въ дни, когда не было судебныхъ засѣданій.

Legis actio per sacramentum, какъ выше было замѣчено, было самымъ обыкновеннымъ способомъ производства. Такъ какъ въ древнемъ римскомъ процессѣ каждое производство въ обыкновенномъ процессѣ распадалось на 2 стадии, то и здѣсь мы должны сказать, во 1-хъ, о производствѣ *per sacramentum in iure* и, во 2-хъ, о производствѣ *per sacramentum in iudicio*.

а) Производство *per sacramentum in iure* есть борьба двухъ противоположныхъ утверждений, сопровождающаяся торжественнымъ пари предъ магистратомъ, а именно истецъ утверждаетъ, что онъ имѣетъ такое то право (*vindicatio* при вещахъ), а отвѣтчикъ, не признавая этого права, приписываетъ самому себѣ это право (*contravindicatio*). Такимъ образомъ, на основаніи двухъ противоположныхъ утверждений, заключается торжественное пари. Для того, чтобы спорящія стороны имѣли возможность высказать такимъ образомъ свое убѣжденіе и заключить пари, всегда требовалось, чтобы на судѣ лично присутствовали истецъ и отвѣтчикъ. Истецъ долженъ былъ отыскать отвѣтчика и привести его предъ судебный трибуналъ. Частный, состязательный характеръ этого производства проявлялся прежде всего именно въ явкѣ въ судъ. Явка въ судъ производилась безъ всякаго участія общественной власти, это было дѣло частной дѣятельности. По зак. XII таб. вызовъ истцомъ отвѣтчика въ судъ назывался *in ius vocatio*. Истецъ приходилъ къ отвѣтчику и требовалъ его въ судъ. Если отвѣтчикъ добровольно идти не соглашался, то истецъ имѣлъ право, обратиться къ окружающимъ лицамъ, какъ свидѣтелямъ того, (*antestari*), что онъ призываетъ его въ судъ, и если тотъ добровольно не идетъ, насильственно захватить его и представить въ судъ *manum injicere et in ius ducere*; Если отвѣтчикъ отговаривался тѣмъ, что онъ боленъ, или что онъ не можетъ отправиться по

дрялости, то истецъ долженъ былъ предоставить ему повозку и во всякомъ случаѣ представить его въ судъ. Но, если отвѣтчикъ, по какому нибудь поводу, все таки не желалъ отправиться въ судъ, то онъ могъ представить за себя поручителя (*vindex*). Это не есть противорѣчiе тому правилу, что при процессѣ нельзя было дѣйствовать черезъ повѣренныхъ — потому что *vindex* выручалъ вполнѣ отвѣтника и бралъ все дѣло отвѣтника на свой страхъ, такъ что онъ совершенно становился на мѣсто отвѣтника. Вотъ почему по зак. XII таб. за богатаго (*assiduus*) человекъ могъ быть *vindex* только богатый, (*assiduus* же, такъ что истецъ могъ имѣть въ немъ такую же гарантiю, какую онъ имѣлъ въ отвѣтчикѣ. Весь вообще процессъ есть производство, основанное на взаимномъ договорѣ весь онъ рассчитанъ на соглашенiе волей (стороны сами себя избирали судей и т.п.). Вотъ почему вовсе не могло быть производства, когда не было на лицо отвѣтника. Но когда отвѣтчикъ скрывался и неявлялся въ судъ, то противъ него были извѣстные средства принужденiя; такъ преторъ впоследствии времени давалъ *missio in bona rei*, вводъ во владѣнiе имуществомъ отвѣтника, т.е. онъ могъ сказать истцу, что такъ какъ отвѣтчикъ не является въ судъ, то я даю тебѣ право завладѣть всею его имуществомъ. Это, конечно было большимъ побужденiемъ являться въ судъ. Когда истецъ и отвѣтчикъ явились въ судъ, спорный вопросъ уяснялся обоюднымъ указаниемъ. Истецъ съ своей стороны утверждалъ противное, и, такимъ образомъ, являлась борьба двухъ противоположныхъ утвержденiй; Эта борьба (см. *Gaius IV* кн. § 16) выражалась и внѣшнимъ образомъ въ символическихъ дѣйствiяхъ, причемъ истецъ

отвѣтчикъ вступали между собою предъ преторомъ какъ-бы въ борьбу — называется технически — *manus conserere*. Спорный предметъ долженъ находиться на лицо въ судъ. Каждая изъ спорящихъ сторонъ, дотрогиваясь до этого предмета, говорила, что онъ принадлежитъ ей по закону квинтскому. Если споръ шелъ о недвижимыхъ вещахъ, то тяжущiеся должны были отправиться къ этимъ недвижимымъ вещамъ и тамъ произносить эти слова и вступать между собою какъ бы въ борьбу, причемъ одна сторона вытѣсняетъ изъ владѣнiя другую. По зак. XII таб. подобный споръ долженъ былъ идти въ присутствiи магистратовъ. Съ теченiемъ времени не требовалось при этомъ присутствiе магистрата и достаточно было однихъ свидѣтелей. Тяжущiеся вытѣсняли другъ друга изъ владѣнiя и затѣмъ приносили въ судъ глыбу земли изъ этого владѣнiя, надъ которою они и спорили въ судъ. Глыба принесенной земли была въ этомъ случаѣ символомъ и играла такую же самую роль какъ и самая земля. Вообще, если какую нибудь вещь, по ея тяжести нельзя было принести въ судъ, то приносили часть этой вещи и надъ нею спорили. Затѣмъ преторъ прекращалъ эту борьбу словами *mittite ambo* напр. *hominem*, если споръ шелъ о рабѣ, и потомъ происходило *provocatio ad sacramentum*, т.е. воззванiе заключить пари. Отсюда и самое названiе *legis actio per sacramentum*. *Sacramentum*, опредѣлялось по зак. XII таб., такъ что если цѣна спорнаго предмета была 1000 ассовъ, или болѣе то требовалось 500 ассовъ въ качествѣ *sacramentum*, а если цѣна спорной вещи не доходила до 1000 ассовъ, то требовалось въ качествѣ *sacramentum* 50 ассовъ; 50 ассовъ безусловно, т.е. не обращая вниманiя на цѣнность спорнаго предмета, требовалось только въ случаѣ *vindicatio*

libertatis, т.е. въ искахъ о свободѣ, потому что еслибы сумма *sacrament'a* была очень высокою, то истецъ не въ состояніи былъ бы найти себѣ *vindex'a*. Тяжущіяся стороны сначала обѣщались предоставить сумму сакраменту понтифексу, т.е. главному жрецу, съ тѣмъ, чтобы въ случаѣ потери иска онъ предоставилъ эту сумму въ сокровище храма. Вотъ почему эта сумма называлась *sacramentum*. Съ теченіемъ времени эта сумма поступала въ государственную казну. *Provocatio* производилось слѣдующимъ образомъ: отвѣтчикъ говорилъ напр. *hunc ego hominem exjure quiritum meum esse ajo secundum suam causam*, и *quando tu injuria vindicavisti, sacramento te provoco*, я вызываю тебя на пари на такую сумму. Истецъ отвѣчалъ: *similiter ego te*, т.е. я тебя вызываю равнымъ образомъ. Затѣмъ преторъ опредѣлялъ, кто изъ спорящихъ долженъ временно владѣть вещію, во время процесса; это называлось технически *vindicias dare*, и было вполнѣ предоставлено усмотрѣнію претора; на случай же *vindicatio libertatis*, т.е. споръ о свободѣ человѣка, законами 12 т. было установлено, что *vindiciae semper secundum libertatem dantur*, т.е. во время процесса человѣкъ, о состояніи котораго спорили, долженъ былъ непремѣнно оставаться на свободѣ. Это правило и нарушилъ *decemvir Appius Claudius* въ процессѣ *Виргиніи*. Этимъ заключалось производство передъ магистратомъ. Но могло, конечно, случиться, что отвѣтчикъ не могъ, по какой нибудь причинѣ тотчасъ доставить всѣхъ необходимыхъ для процесса даннымъ (напр. у кого либо оспариваютъ извѣстную вещь, которую онъ купилъ у другаго лица, показаніе котораго необходимо на судѣ). Въ этомъ случаѣ преторъ назначилъ новый срокъ, когда истецъ и отвѣтчикъ должны были явиться въ судъ уже совершенно подготовленными. Отвѣтчикъ обязывался доставить обезпеченіе въ томъ, что онъ явится въ этотъ второй срокъ, *vadimonium*. Обезпеченіе состояло или въ простомъ обѣщаніи (*vadimonium purum*), или, если лицо считалось ненадежнымъ, то въ доставленіи поручителей (*vadimonium cum satisdatione*) (*Inst. Gaj. 4 кн. § 184 и 185*). Когда стороны представили всѣ свои данныя, на основаніи которыхъ, долженъ былъ разсматриваться ихъ споръ, тогда дѣло назначалось къ производству *in judicio*. Магистратъ объявлялъ что истецъ того то требуетъ, а отвѣтчикъ возражаетъ, и на основаніи этихъ данныхъ назначается судъ. При этомъ магистратъ призывалъ въ свидѣтели всѣхъ присутствующихъ, что въ томъ то заключаются данныя, представляемые партіями, причемъ спрашивалъ и самихъ спорящихъ, согласны ли они, чтобы на основаніи этихъ данныхъ было дѣло разсматриваемо *in judicio*. Если стороны соглашались, то споръ считался окончательно установленнымъ. Этотъ моментъ, окончательнаго установленія спора, послѣ котораго дѣло переходитъ изъ производства *in jure* въ производство *in judicio*, технически назывался *litis contestatio*. Этотъ моментъ имѣетъ важное значеніе въ отношеніи матеріальнаго права, напр., въ томъ отношеніи, что по требованію, до веденному до *litis contestatio*, никогда болѣе не можетъ быть начинаемъ новый процессъ.

Этимъ и заключалось производство *in jure*. Затѣмъ стороны приступали къ выбору судей. Для избранія судей назначался мѣсяць, каждая изъ сторонъ имѣла право предлагать своего судью (*judicem ferre*) Противная сторона могла не принять этого судью, т.е. имѣла право отвора (*rejectio judicis*). Если, нако-

нецъ, стороны соглашались на счетъ извѣстнаго судьи, что обозначалось словами: *judicem sumere*, то преторъ и назначилъ его для разбора этого дѣла. Если стороны не соглашались относительно выбора судьи, то магистратъ собственнымъ авторитетомъ назначилъ судью, что технически называлось *judicem dare*. Явка къ выбранному судѣ назначалась обыкновенно на 3-й день (*perendie*). Явка на третій день, по назначенію судьи, назыв. *comperendinatio*.

Производство *in iudicio* имѣло мѣсто или передъ постоянными коллегіями народныхъ судей—судъ центумвиральный (*centumviri*) или децемвиральный (*decemviri*), или, по *lex Pinaria*, предъ частными присяжными судьями; оно имѣло болѣе частный характеръ и поэтому не требовало никакихъ формальностей. Дѣло, обыкновенно, начиналось съ краткаго изложенія, въ которомъ обѣ стороны указывали на тѣ пункты, на которые онѣ ссылались (*causae collectio*). После этого стороны обязаны были подробно доказывать утверждаемые ими факты, произносили подробныя рѣчи и приводили при этомъ соотвѣтствующія доказательства, что называлось *causae peroratio*. На основаніи данныхъ, которыя представлялись при этомъ, т.е. доказательствъ, *probationes*, судья изслѣдовалъ дѣло. Это изслѣдованіе называлось *causae cognitio*. Самыя доказательства должны быть направлены противъ того факта или на подтвержденіе того факта, о которомъ существовалъ споръ. Но самое судебное рѣшеніе, или какъ его называли, мнѣніе (*res iudicata* или *sententia*), было высказываемо непосредственно только относительно выигрыша пари (*utrius sacramentum iustum, utrius in iustum sit*). Судья рѣшалъ, что такая-то сторона выигрывала пари, а другая проигрывала, но конечно, этимъ способомъ рѣшался коевенно и вопросъ о главномъ матеріальномъ правѣ, т.е. если судья говорилъ, что истецъ выигрывалъ пари, то это вмѣстѣ съ тѣмъ значило, что онъ выигрывалъ и процессъ.

Исполненіе судебного рѣшенія опять носить на себѣ характеръ древняго римскаго процесса. Исполненіе этого рѣшенія именно не происходило чрезъ посредство магистратовъ, а было предоставляемо частной дѣятельности тяжущихся, черезъ *manus injectio*. Терингъ указываетъ, что во время неиспорченной нравственности, выигравшій процессъ могъ быть всегда увѣренъ, что при исполненіи судебного рѣшенія, онъ найдетъ себѣ поддержку со стороны другихъ лицъ. Духомъ права въ это время Римляне до того были проникнуты, что каждый могъ надѣяться, что если онъ призоветъ на помощь другихъ лицъ при исполненіи судебного рѣшенія, ссылаясь на безспорные факты, то такія лица найдутся. Конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда нельзя было надѣяться на то, что противная сторона не будетъ противиться исполненію судебного рѣшенія, то сторона, выигравшая процессъ, можетъ найти себѣ поддержку въ ликторахъ претора.

b) LEGIS ACTIO PER JUDICIS POSTULATIONEM

Относительно этой формы производства мы не имѣемъ никакихъ определенныхъ указаній, такъ какъ то мѣсто институцій Гая, въ которомъ находилось подробное описаніе этой стороны производства потеряно (4 кн. 17 §), но на основаніи отдѣльныхъ указаній, которыя мы встрѣчаемъ въ различныхъ мѣстахъ, мы можемъ придти къ заключенію, что *legis actio per iudicis postulationem* имѣло мѣсто въ томъ случаѣ, когда не было прямо противоположныхъ утверженій,

когда слѣдовательно пари не могло быть заключаемо, когда требовалось судебное разсмотрѣніе дѣлъ, при которыхъ строгое право не было прилагаемо. Если мы разсмотримъ различныя выраженія; въ которыхъ говорится объэтой формѣ производства дѣла, то мы придемъ къ заключенію, что *legis actio per sacramentum* имѣло мѣсто при разборѣ вопросовъ, которые технически назывались *judicia*, при которыхъ не требовалось формальностей и которые разрѣшались болѣе или менѣе полюбовнымъ соглашеніемъ. Здѣсь является такой вопросъ: если при этихъ искахъ дѣло шло не столько объ испрошеніи судебного рѣшенія, сколько о безпристрастномъ мнѣніи судьи при полюбовномъ разрѣшеніи вопросовъ, то почему тяжущіеся обращались въ этомъ случаѣ къ преторамъ, а не къ частнымъ лицамъ? Это объясняется тѣмъ, что преторы были официальными лицами, и что слѣдовательно ихъ рѣшеніе могло быть авторитетнымъ и на будущее время; напримеръ для наследниковъ тяжущихся, а не для однихъ только тяжущихся.

C. LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM.

Нѣтъ сомнѣнія, что эта форма процесса появилась позже *legis actionis per sacramentum*. Это видно уже изъ того, что Гай прямо приводитъ тѣ законы, на основаніи которыхъ было введено это производство. Такъ въ 19 § Гай говоритъ: *haec legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam, lege quidem Silia certae pecuniae, lege vero Calpurnia de omni certa re*. Спрашивается, почему возлѣ *legis actio per sacramentum* появилось *legis actio per condictio-nem*? Гай самъ не можетъ уяснить себѣ этого вопроса, какъ это видно изъ 20 § 4 кн. институцій, гдѣ говорится: *Quare haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento aut per iudicis postulationem agere valde quaeritur*. Новѣе чѣмъ Гай сомнѣвается, то мы можемъ уяснить себѣ на основаніи историческихъ соображеній. Древній процессъ *per sacramentum* представлялъ чрезвычайную неравномѣрность и несправедливость въ опредѣленіи суммы сакраменты, такъ что со временемъ сочли необходимымъ исправить эту несправедливость. Извѣстно, что при *legis actio per sacramentum* сумма сакраменты опредѣлялась въ 500 ассовъ въ томъ случаѣ, если цѣна иска превышала 1000 ассовъ. Такимъ образомъ выходило, что тяжущіеся должны были давать 500 ассовъ въ качествѣ сакраменты, какъ въ томъ случаѣ, когда цѣна иска была въ 1000 ассовъ; такъ и въ томъ случаѣ, когда она доходила до милліона ассовъ. Кроме того, производство *per sacramentum* требовало примѣненія различныхъ формальностей, затруднявшихъ юридическое разсмотрѣніе дѣла. Наконецъ новая форма обязательствъ — *stipulatio, expensilatio* и *mutuum*, возникшія возлѣ старой формы *nexum*, вовсе не подходили къ *legis actio per sacramentum*. Это и заставило ввести новую форму *legis actionis*; которая и была *legis actio per condictio-nem*. Гай говоритъ, что она была введена двумя законами, а именно: во 1-хъ *ex lege Silia*, на основаніи котораго былъ введенъ искъ *de certa pecunia*, когда рѣчь шла объ опредѣленной суммѣ денегъ. Этотъ искъ заключался въ слѣдующемъ: кредиторъ который имѣлъ право требовать съ должника опредѣленную сумму денегъ, могъ призывать должника въ судъ и предлагать ему, если онъ не признавалъ себя должнымъ освободиться отъ всякаго требо-

ванія на основані присяги (*ab juratio pecuniae*) или приведенія доказательствъ, приче́мъ, какъ истецъ, такъ и отвѣтчикъ въ случаѣ потери процесса, подлежали наказанію, а именно уплатѣ суммы въ $\frac{1}{3}$ часть цѣнности иска (*sponsio* и *restipulatio tertiae partis*). Такимъ образомъ, важное различіе этого иска отъ *legis actio per sacramentum* заключалось въ томъ что 1) сумма штрафа была назначаема болѣе соразмѣрно; 2) эта сумма шла не на содержаніе храма и не въ казну, а тяжущимся. Наконецъ, въ 3-хъ, по словамъ Гая, при этомъ искѣ вовсе не требовалось тѣхъ формальностей, которыя имѣли мѣсто при *legis actio per sacramentum*, потому что все дѣло здѣсь заключалось въ томъ, что коль скоро стороны соглашались на счетъ *sponsio* и *restipulatio tertiae partis*, назначался день явки предъ судомъ, (30-й день). Названіе этого иска, *legis actio per condictionem*, взято изъ той части процесса которая встрѣчается и при производствѣ *per sacramentum* и которая тамъ играла второстепенную роль, а именно: изъ соглашенія (*condictio*) на счетъ судьи. Второй законъ, о которомъ говорить Гай, есть *Lex Calpurnia*. На основаніи этого закона дается *legis actio per condictionem de omni certa re*, т.е. по поводу всякихъ опредѣленныхъ вещей, кромѣ денежной суммы, напримѣръ по поводу опредѣленнаго количества зерноваго хлѣба и т.под. Поэтому самые эти иски назывались *condictiones de certa re* или *condictiones triticariae*. Производство при нихъ совершенно одинаково съ производствомъ, установленнымъ *Lex Silia*, только безъ *sponsio* и *restipulatio*.

2. ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕССЪ.

а) LEGIS ACTIO PER MANUS INJECTIONEM.

Для осуществленія долговыхъ требованій не всегда необходимо было предварительное разбирательство на судѣ, а иногда, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, вмѣсто предварительнаго разбирательства на судѣ, дѣло начиналось прямо съ исполненія какъ бы судебного рѣшенія. Это есть *manus injectio*, которое заключалось въ томъ что кредиторъ налагалъ руку на должника и отправлялъ его въ *carcer privatus*; но предъ этимъ онъ долженъ былъ зайти съ должникомъ въ судъ, *in ius*, не для разбирательства дѣла, а для того, чтобы просто заявить о своемъ взысканіи, для того, чтобы узнать, не найдется ли *vindex* или пручитель за отвѣтника. Если *vindex* находился, то отвѣтчикъ освобождается. Самъ же отвѣтчикъ, подвергшійся *manus injectioni*, не можетъ защищаться. Такое *manus injectio*, т.е. наложеніе руки и заключеніе въ *carcer privatus* имѣетъ мѣсто 1) жогда отвѣтчикъ обязанъ бываетъ что нибудь сдѣлать въ пользу государственной казны, такъ что государственная казна могла наложить подобнымъ образомъ руку чрезъ своихъ представителей на своихъ подрядчиковъ, покупателей и т.п. 2) въ частныхъ правовыхъ отношеніяхъ такой исполнительный процессъ имѣетъ мѣсто главнымъ образомъ при *pecuni*, что было какъ извѣстно, юридическою сдѣлкою, которая заключалась *per aes et libram* съ произнесеніемъ извѣстныхъ торжественныхъ словъ. Извѣстно, что при *pecuni* произносились слова: "*damnas esto*," которыя произносить кредиторъ при заключеніи сдѣлки бытъ осужденнымъ въ случаѣ неисправнаго взноса денегъ. Принятіе долж-

..никомъ таково предварительнаго условія и вело за собою manus injectio. Наконецъ, 3) manus injectio имѣетъ мѣсто какъ исполненіе судебного рѣшенія. Въ древнемъ римскомъ производствѣ какъ извѣстно, исполненіе судебного рѣшенія было предоставляемо частной инициативѣ тяжущихся а не магистратамъ. Это называлось manus injectio iudicati или pro iudicato. Гай, указываетъ, что возлѣ manus injectio iudicati появилась болѣе мягкая форма, а именно manus injectio pura (an. Gajus II § 23 и 24) кот. заключалась въ томъ, что отвѣтчикъ и безъ vindex'а могъ требовать предварительнаго производства и разсмотрѣнія дѣла предъ магистратомъ. Такимъ образомъ, на основаніи manus injectio pura, должникъ самъ получаетъ право лично защищаться предъ преторомъ (manum sibi depellere et pro se agere.). Если онъ въ этомъ случаѣ не выигрываетъ процесса, то онъ платитъ двойную цѣнность иска, такъ какъ, защищаясь лично, онъ является какъ бы своимъ собственнымъ vindex'омъ. При manus injectio pro iudicato, въ случаѣ осужденія отвѣтчика, платили стоимость иска какъ осужденный такъ и vindex; поэтому при manus injectio pura отвѣтчикъ и долженъ заплатить двойную цѣну иска.

b) O pignoris captio мы уже говорили выше.

ПЕРІОДЪ ТРЕТІЙ.

ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ЗАКОНЫ. Неволинъ § 8. 4. 5. (*).

а. СОСЛОВІЯ.

ПРАВО ГРАЖДАНСТВА съ уничтоженіемъ республиканскаго правленія въ Римѣ потеряло свою важность, потому что вмѣстѣ съ симъ многія права, которыя прежде принадлежали исключительно или преимущественно гражданамъ и теперь сохранились еще въ силѣ, были предоставлены и другимъ подданнымъ имперіи, такъ какъ для императоровъ всѣ подданные были равны. Сверхъ того приобрѣтеніе права гражданства было облегчаемо разнымъ образомъ. Каракалла даже издалъ законъ, которымъ всѣ, какіе бы ли во время изданія этого закона, подданные Рима, принадлежащіе къ сословію Латинянъ и иностранцевъ, получили право гражданства.

Наконецъ, Юстиніаномъ различіе между гражданами, Латинянами и иностранцами было уничтожено совершенно, такъ что послѣ него всѣ Римскіе подданные были вмѣстѣ и римскими гражданами. Древнее различіе между патриціями и плебеями сохраняло вѣкоторую важность только до тѣхъ поръ, пока существовала въ Римѣ языческая религія, такъ какъ въ сословія патриціевъ постоянно были замѣщаемы вѣкоторыя жреческія должности. Съ паденіемъ язычества различіе между патриціями и плебеями совершенно прекратилось.

Раздѣленіе народа на курии, трибы и центурии, равно какъ на сословія всадниковъ, сенаторовъ и простолюдиновъ, съ уничтоженіемъ всѣхъ ре-

(*). Желая дать только самый краткій очеркъ 3-го періода, мы приидимъ тутъ, вообще говоря, только сказанное Неволинымъ (Полное собраніе сочиненіе Неволіна т. II § 835 слѣд.), и то не въ полномъ видѣ.

спубликанскихъ формъ въ Римѣ, также уничтожилось:

Различіе между свободными и рабами лишилось нѣсколько прежней своей силы, потому, что императоры старались налагать должныя границы злоупотребленій власти первыхъ надъ послѣдними. Между тѣмъ образовалось, не позже какъ въ III вѣкѣ по Р. ХР. особенное сословіе, представлявшее собою смѣсь свободы и рабства. Это были прикрѣпленные къ землѣ поселяне (*coloni*), которые, не будучи рабами, были однако такъ привязаны къ землѣ, что не могли быть отчуждаемы отдѣльно отъ нея, равно какъ и земля не могла быть отчуждаема отдѣльно отъ нихъ (*segi feſtae, adscripticio, glebae adscripti*).

Первое начало такого ограниченнаго состоянія объясняется безъ сомнѣнія финансовыми соображеніями, и тѣмъ, что уже прежде у нѣкоторыхъ народовъ, вошедшихъ въ составъ Римской Имперіи, существовало подобное сословіе-земледѣльцевъ. Потомъ другія лица могли вступать въ это состояніе по добровольному соглашенію съ владѣльцами поземельной собственности. Но особый вѣсъ приобрѣло различіе людей по религіи. Сначала былъ вопросъ о томъ, исповѣдуетъ ли кто языческую вѣру, или Іудейскую, или Христіанскую, потомъ внутри христіанскаго общества образовалось важное различіе между еретиками и православными.

6. ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ. Неволинъ § 846.

Вся государственная власть сосредоточивалась въ рукахъ императоровъ, и они, наконецъ, сдѣлались совершенно единодержавными властителями. Первымъ основаніемъ ихъ власти служили различныя республиканскія достоинства, которыя они соединяли въ своемъ лицѣ и въ которыя они были облакаемы на срокъ или безсрочно, съ соблюденіемъ обрядовъ, установленныхъ въ Римѣ для выборовъ въ государственныя должности отсюда и самое ихъ названіе.

Такъ Августъ соединилъ въ своемъ лицѣ власть цензурскую, трибунскую, власть верховнаго понтифекса, власть проконсульскую. Въ силу цензурской власти онъ давалъ такое или другое образованіе сословіямъ Римскаго народа и возводилъ одинъ по своему усмотрѣнію въ званіе сенаторовъ и всадниковъ; въ силу власти трибунской онъ председательствовалъ въ народныхъ собраніяхъ и также въ собраніяхъ сената, имѣлъ право суда, могъ останавливать всякія негодныя ему дѣйствія всѣхъ другихъ сановниковъ; въ качествѣ верховнаго понтифекса онъ имѣлъ высшую власть по управленію дѣлами религіи; въ силу проконсульскаго достоинства онъ имѣлъ вообще власть военную, а надъ частью римскихъ провинцій и власть гражданскую. Подобнымъ образомъ были передаваемы Августу и его преемникамъ другія права и преимущества. (*) Мало по малу обычай облакать въ республиканскія достоинства того, кто и безъ это-

(*) Это дѣлалось посредствомъ т. н. *lex regia* или *lex de imperio* (одинъ такой законъ: *lex de imperio Vespasiani*, сохранился до нашихъ временъ) см. fr; 1 pr; D. 1, 4.

го былъ владыкою Рима, сталъ выходить изъ употребленія; въ III вѣкѣ онъ прекращается совершенно, въ тоже время власть императорская сдѣлалась со вершенно неограниченною. Разныя обстоятельства дѣйствительно давали извѣстнымъ лицамъ власть надъ Римомъ. Часто судьба оружія должна была рѣшать, кому господствовать надъ Римскою Имперіею. Часто царствовавшій императоръ самъ выбиралъ себѣ преемника изъ своихъ дѣтей или постороннихъ, усыновляя его въ послѣднемъ случаѣ, послѣ чего, когда престоль дѣлался празднымъ, избранный, если не встрѣчалъ сильныхъ соперниковъ, тотчасъ становился властителемъ Рима. Наконецъ, сынъ умершаго императора, если бы даже и не былъ прямо объявленъ отъ него наслѣдникомъ, наслѣдовалъ ему по праву своего происхожденія. Чтобы облегчить управленіе обширною Римскою Имперіею, Діоклетіанъ ввелъ обычай дѣлить ее на части, и въ каждой части имѣть особаго императора. Онъ принялъ себѣ въ соправители Максимилиана и, самъ управляя востокомъ, товарищу своему предоставилъ управленіе дѣлами запада. Явились 4 префектуры, въ главѣ которыхъ стояли *praefecti praetorio* (при Константинѣ Велик.).

Сверхъ того каждый изъ императоровъ имѣлъ помощника въ своей части. Со времени Θεодосія I Великаго съ 395 г. раздѣленіе Имперіи на двѣ части—восточную и западную съ особеннымъ для той и другой императоромъ сдѣлалось постояннымъ и было одною изъ главнѣйшихъ причинъ скорого ея разрушенія на западѣ. Между тѣмъ, какъ прежде, такъ и послѣ императоры пріобрѣтали себѣ нерѣдко соправителей изъ своихъ сыновей или постороннихъ, съ большею или меньшею властью, и даже по одному только имени. При императорахъ на основаніи обычая, которому слѣдовали высшіе римскіе сановники, находился совѣтъ, *consilium*, изъ лицъ, имъ избранныхъ; сверхъ того, для письмоводства была канцелярія, *scrinium*. Оба установленія получили полное образованіе при Константинѣ Великомъ. Еще Августъ учредилъ для себя особенное охранное войско, назвавши начальника его *praefectus praetorio*. Иногда въ одно время было нѣсколько лицъ въ этомъ званіи, иногда только одно. Власть префекта преторіанцевъ непрерывно возрастала до Константина V. Уже во время Марка Аврелія онъ имѣлъ право суда уголовнаго, а во время Септимія Севера и право суда гражданскаго. Константинъ V. присвоилъ названіе *praefectus praetorio* высшимъ сановникамъ, управлявшимъ гражданской частью въ имперіи, а начальникамъ охраннаго императорскаго войска, которыхъ было двое, и изъ которыхъ одинъ завѣдывалъ конницею охраннаго войска, а другой пѣхотой, онъ далъ названіе одному *comes domesticorum equitum*, другому *comes domesticorum peditum*, причемъ онъ предоставилъ имъ только власть военную. Со временъ Діоклетіана и особенно со времени перенесенія столицы имперіи на востокъ, при императорахъ является многочисленный придворный штатъ.

Сенатъ римскій (Неволинъ § 847) уже со времени Августа сталъ совершенно зависѣть отъ императоровъ, которые по своему усмотрѣнію назначали въ него членовъ и увольняли ихъ отсюда. Не смотря на это, власть

его *de jure* расширилась. Имѣвшій прежде спорное право издавать общія постановленія въ видѣ законовъ, онъ мало по малу совершенно замѣнилъ собою народъ въ этомъ отношеніи. Право народного собранія избирать въ общественныя должности, существовавшее во время республики, было прямо предоставлено сенату Тиверіемъ. Что касается судебной власти, принадлежащей народнымъ собраніямъ, то еще къ концу республики, со введеніемъ особеннаго порядка уголовного судопроизводства, въ *quaestiones perpetuae*, власть сія была имъ устранена, и, слѣдовательно, въ этомъ отношеніи сенатъ не могъ быть ихъ преемникомъ. Тѣмъ не менѣе уже во времена Тиверія онъ имѣлъ высшую судебную власть по нѣкоторымъ дѣламъ уголовнымъ, во времена Адріана и по дѣламъ гражданскимъ. Но власть управления дѣлами общественными, принадлежащую сенату, уже Августъ поставилъ въ тѣсныя предѣлы, учредивъ особенныя казнохранилища *aerarium principis*, потомъ съ 3-го вѣка назыв. *fiscus*, т. е. казна, зависяція непосредственно отъ него самого, установивши чиновниковъ по части полиціи, которые также были подвластны ему одному, и, наконецъ, предоставивъ своему непосредственному управленію всѣ важнѣйшія провинціи Рима, такъ что различаютъ: *provinciae senatus* и *provinciae Caesaris*. Послѣ преобразованій, произведенныхъ по управленію имперіею Константиномъ В., сенатъ изъ всѣхъ правъ своихъ удержалъ дѣйствительно только право высшаго суда по дѣламъ гражданскимъ и уголовнымъ. Съ перенесеніемъ столицы Имперіи въ Константинополь здѣсь былъ учрежденъ *второй* сенатъ на одинаковомъ основаніи съ бывшимъ въ Римѣ. Народныя собранія никогда не были прямо уничтожены, но послѣ Августа, когда власть ихъ мало по малу перешла въ сенатъ, они потеряли свою важность и, по крайней мѣрѣ, въ III вѣкѣ совершенно прекратились. Сановники республики (Неволинъ § 848) при императорахъ подвергались различнымъ ограниченіямъ въ своей власти и, наконецъ, болѣею частию должны были уступить свое мѣсто сановникамъ императорскимъ; бывшіе прежде въ Римѣ, разряды судей со временемъ уничтожились совершенно.

Рѣшительная перемѣна въ томъ и другомъ отношеніи произведена Константиномъ Великимъ.

1. Что касается учрежденныхъ для Рима сановниковъ республики, консулы во время императоровъ были трехъ родовъ: *consules ordinarii*, *suffecti* и *honorarii*.

Consules ordinarii пользовались правами своего званія только въ теченіи нѣсколькихъ недѣль, потомъ въ права ихъ вступали *consules suffecti*. Впрочемъ права тѣхъ и другихъ, кромѣ правъ чести, стали послѣ перемѣнъ, произведенныхъ императорами, совершенно незначительны. *Consules honorarii* были консулами по одному имени.

Число преторовъ было даже увеличено императорами назначеніемъ для нѣкоторыхъ дѣлъ особенныхъ преторовъ. Такъ были учреждены Клавдіемъ *praetores fidei commissarii* для дѣлъ о фидеикоммиссахъ. Первою *praetor fiscalis* для разбора спорныхъ дѣлъ между казною и частными лицами, Маркомъ Авреліемъ *praetor tutelaris* для дѣлъ объ опекахъ и попечительствахъ.

Между тѣмъ судебная власть городского претора, къ которому отчасти поступали для рѣшенія дѣла изъ муниципій, во время Адриана была ограничена Римомъ и его округомъ. Званіе претора иностранцевъ, *praetor peregrinus*, уничтожилось вмѣстѣ съ уничтоженіемъ различія между гражданами и иностранцами, званіе преторовъ слѣдственныхъ также исчезло съ уничтоженіемъ порядка судопроизводства по дѣламъ уголовнымъ, который образовался въ послѣднее время республики. Всѣ преторы, которые не были упразднены поставлены въ зависимость отъ *praefectus urbi*, какъ императорскаго намѣстника въ Римѣ. Цензоры послѣ Августа совсѣмъ не были избираемы. Въ диктаторахъ, въ интеррексахъ (*interreges*) при императорахъ не было никакой нужды. Плебейскіе трибуны, съ потерю своей важности народными собраніями, также потеряли свое значеніе. Впрочемъ при первыхъ императорахъ они въ продолженіи нѣкотораго времени все еще были избираемы. Эдилы были поставлены въ зависимость отъ императорскаго *praefectus urbi*, въ III вѣкѣ послѣ Р. X. они совершенно исчезли вѣроятно потому, что ихъ замѣнили начальники городскихъ частей Рима, учрежденные Александромъ Северомъ подъ названіемъ *curatores urbis* или *curatores regionum*.

Изъ квесторовъ, по причинѣ неопредѣленности лежавшихъ на нихъ обязанностей, прежде образовались отчасти императорскіе чиновники по особенымъ порученіямъ. Черезъ нихъ императоры дѣлали предложенія сенату, *quaestor candidatus principis*, ихъ предлагали сенату въ кандидаты для занятій различныхъ должностей. Прочіе меньшіе республиканскіе сановники или совсѣмъ уничтожились, или потеряли свою важность, поступивши въ зависимость отъ императорскихъ сановниковъ.

Важнѣйшій сановникъ, противопоставленный Августомъ сановникамъ республики, дѣйствовавшимъ въ Римѣ, былъ *praefectus urbi*. Это былъ сановникъ постоянный, хотя онъ первоначально былъ учрежденъ по примѣру назначавшагося на время *feriae latinae*. Императорскій *praefectus urbi* имѣлъ въ своихъ рукахъ всю полицейскую власть въ Римѣ. Вслѣдствіе сего онъ по отношенію къ Риму заботился о народномъ продовольствіи, объ устройствѣ общественныхъ игръ, о содержаніи общественныхъ зданій. Сверхъ того отъ Августа ему дано было право принимать апелляціи на рѣшенія *praetores* по дѣламъ гражданскимъ. Нѣкоторыя важнѣйшія дѣла онъ рѣшалъ прямо въ первой степени. Со временемъ онъ пріобрѣлъ и право суда уголовного. Отъ императорскаго префекта въ Римѣ зависѣли также учрежденные Августомъ *praefecti vigiliam*, начальники ночной стражи и *praefectus annonae*, на которомъ лежало попеченіе о народномъ продовольствіи.

2) Различные разряды судей, бывшіе въ Римѣ во времена республики, при императорахъ сохранялись въ прежней силѣ, хотя число лицъ было вообще умножено и судъ центумвировъ при Августѣ получилъ отчасти новое устройство, сущность котораго впрочемъ недовольно извѣстна. Между тѣмъ происшедшія мало по малу измѣненія въ порядкѣ судопроизводства, которое прежде наблюдалось въ Римѣ, имѣли своимъ послѣдствіемъ уничтоженіе всѣхъ прежнихъ разрядовъ судей, что окончательно произе-

шло при Діоклетіанѣ и Константинѣ Великомъ.

3. Отношеніе Рима къ Италіи, къ провинціямъ при императорахъ измѣнилось. Это не были уже его высшія владѣнія, но земли, наравнѣ съ нимъ, подчиненныя императорамъ.

Италія за исключеніемъ Рима, была раздѣлена Адрианомъ въ судебномъ отношеніи на четыре участка. Надъ каждымъ участкомъ былъ поставленъ особый *viri consularis*. Важнѣйшія гражданскія дѣла судилъ онъ, и при томъ въ первой степени; по другимъ дѣламъ, которыя въ первой степени судились муниципальными сановниками, онъ представлялъ вторую степень суда, почему принималъ и рѣшалъ жалобы, приносимыя на рѣшенія сихъ послѣднихъ. Вѣдомство римскихъ преторовъ, равно какъ и императорскаго префекта въ Римѣ, было послѣ ограничено судными дѣлами одного Рима и его непосредственнаго округа. При Маркѣ Авреліѣ *viri consulares* замѣнены сановниками подъ названіемъ *juridici*, которые имѣли такую же власть, какъ и *viri consulares*, но были ниже ихъ по достоинству. Между тѣмъ муниципіи Италіянскія, не исключая и колоній, которыя смѣшались съ ними, вообще сохранили свое прежнее устройство съ тѣмъ ограниченіемъ, что по примѣру Рима въ нихъ:

1. Народныя собранія потеряли свои прежнія права и прекратились.
2. Право избирать въ общественныя должности перешло къ муниципальнымъ сенатамъ.
3. Власть суда, принадлежавшая муниципальнымъ сановникамъ была вообще во всѣхъ муниципіяхъ, по крайней мѣрѣ со времени Адриана, ограничена. Для провинцій, именно для разсмотрѣнія жалобъ на рѣшенія сановниковъ, управлявшихъ провинціями, Августомъ были учреждены вообще *consulares*.

Независимо отъ того, управленіе провинціями до Константина В. было раздѣлено между сенатомъ римскимъ и императоромъ. Императоръ посылаетъ въ свою провинцію для управленія сановника съ званіемъ *legatus Caesaris* или *propraetor*, придавая ему для сбора доходовъ особаго чиновника подъ названіемъ *procurator* или, какъ было въ послѣдствіи времени, *rationalis Caesaris*. Въ небольшія провинціи былъ назначенъ одинъ только *procurator*. Правитель Египта назывался *praefectus Augustalis*, отъ котораго зависѣлъ находящійся въ Александріи *juridicus Alexandriae*. Сенатъ посылалъ въ свои провинціи для управленія сановниковъ вообще съ названіемъ проконсула, придавая въ помощь ему, какъ это прежде было, квестора. Кромѣ квестора, сановникъ, управлявшій сенатскою провинціею, имѣлъ при себѣ императорскаго чиновника для сбора доходовъ, какіе въ провинціи могли быть предоставлены въ пользу императоровъ.

Какъ въ императорскихъ, такъ и въ сенатскихъ провинціяхъ сановники управляющіе окружали себя совѣтниками и другими помощниками по собственному желанію. Въ провинціяхъ императорскихъ управляющій сановникъ имѣлъ въ своихъ рукахъ власть не только гражданскую, но и военную; въ провинціяхъ сенатскихъ онъ имѣлъ только власть гражданскую. Сановники, управляющіе провинціями, не были переимѣняемы ежегодно,

какъ это было прежде. Нисшее управленіе въ провинціи оставалось въ прежнемъ видѣ. Но безъ сомнѣнія, оно было приводимо теперь къ тому единообразію, какое представляется намъ при христіанскихъ императорахъ.

4. Правленію, въ которомъ боролись между собою старыя и новыя начала, данъ порядокъ Константиномъ В. Управленіе военною частью оны отдѣлилъ отъ управленія гражданскою частью. Для Рима и для Константинополя частью имъ же, частью его преемниками, были образованы особенныя управленія; главою управленія въ каждой изъ этихъ столицъ былъ особенный *praefectus urbi*. Затѣмъ вся Имперія была раздѣлена на двѣ части: Востокъ и Западъ. Каждая часть содержала въ себѣ по двѣ префектуры, такъ что было 4 префектуры: *Oriens, Illyrieum, Gallia, Italia*. Префектуры дѣлились на діоцезы, діоцезы на провинціи. Главнымъ управляющимъ лицомъ въ каждой префектурѣ, діоцезѣ, провинціи, былъ одинъ сановникъ. При немъ находился совѣтъ, мнѣніе котораго его впрочемъ не связывало. Сверхъ того при немъ находились чиновники для письма и для исполненій его порученій.

Юстинъ II предоставилъ провинціальнымъ жителямъ, вмѣстѣ съ епископомъ, избирать самимъ провинціального начальника.

Nov. 149—Тиберій II опредѣлилъ порядокъ принесенія и разсмотрѣнія жалобъ на провинціальныхъ чиновниковъ, окончившихъ свое служеніе Nov. 161. Она есть въ базиликахъ. Власть начальника префектуры простиралась на всѣхъ начальниковъ діоцезъ его префектуры; власть начальника діоцезы простиралась на всѣхъ начальниковъ провинцій. Начальникъ *praefecturae praefectus praetorio*.

Въ составъ провинцій входили города. Во всѣхъ городахъ начальство ихъ теперь находилось въ зависимости отъ сановника, управлявшаго провинціею. Въ теченіе 4-го и 5-го вѣка правленіе въ нихъ было приведено къ единообразію, такъ что послѣ того устройство ихъ имѣло два вида. Въ однихъ городахъ, именно въ Итальянскихъ муниципіяхъ, и въ тѣхъ провинціальныхъ городахъ, которые были образованы по примѣру Итальянскихъ муниципій, городское управленіе состояло изъ думы (*curia, senatus, ordo decurionum*) и городскихъ чиновниковъ. Важнѣйшіе между городскими чиновниками были думвиры и кватурвиры. Они были предсѣдателями думы и судьями въ своемъ городѣ. Въ другихъ городахъ была только одна дума. Здѣсь право суда уже въ первой степени принадлежало сановнику, управлявшему провинціею, а предсѣдательствовали въ думѣ старшій изъ ея членовъ. Въ городахъ того и другаго рода званіе члена думы было наслѣдственное; въ случаѣ недостатка членовъ, дума восполнялась изъ прочихъ гражданъ города. Сверхъ того правительство поощряло наградами гражданъ вступать въ сословіе членовъ думы, другіе были осуждаемы къ тому въ наказаніе, такъ какъ по причинѣ ответственности лежавшей на думахъ за исправное поступленіе въ государственную казну податей съ гражданъ и по причинѣ притѣсненій со стороны провинціальныхъ чиновниковъ, которые прежде всего были устремлены противъ чиновъ думъ, никто не хотѣлъ добровольно вступать въ нихъ. Городскіе

чиновники, тамъ гдѣ они были, избирались душою изъ ея членовъ на определенное число лѣтъ. Во всѣхъ городахъ, для защиты ихъ отъ притѣсненія савновниковъ, управляющихъ провинціями, со временемъ были учреждены особенные чиновники, *defensores*, которыхъ избирали все жители города въ совокупности. Въ тѣхъ городахъ, гдѣ прежде не было городскихъ чиновниковъ, дефенсоры, по крайней мѣрѣ во время Юстиніана, совершенно заступили ихъ мѣсто. Все чиновники были раздѣлены Константиномъ Вел. на нѣсколько разрядовъ. Каждому разряду былъ присвоенъ особый титулъ, вмѣстѣ съ другими вѣщными знаками. Высшій разрядъ составляли *nobilissimi* и *patricii*. Потомъ слѣдовали *illustres*, *spectabiles clarissimi*, *perfectissimi*, *egregii*. Преемники Константина В. во многихъ случаяхъ отступили отъ его началъ управленія.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

Основною чертою этого періода является все большее и большее преобладаніе *juris gentium* и то, что принципы *juris stricti* замѣняются принципами *aequitatis*. Однако, сообразно съ характеромъ развитія римскаго права, новые принципы проникали не сразу, а постепенно и мало помалу. Вслѣдствіе этого, въ теченіе пяти столѣтій до самыхъ временъ Юстиніана, мы видимъ двойственность во всей системѣ гражданскаго права: институты *juris gentium* существуютъ рядомъ съ институтами *juris civilis*, и римскіе граждане могли по своему усмотрѣнію пользоваться тѣмъ или др. Такъ напр., рядомъ съ *dominium ex jure civili* или *ex jure Quiritium* является *in bonis habere ex jure praetorio*, рядомъ съ *justum matrimonium ex jure civili* является *matrimonium in justum*, или *ex jure gentium*, рядомъ съ *servitutes ex jure Quiritium constitutae*, являются *servitutes tuitione (защитой) praetoris constitutae*. Только во время Юстиніана происходитъ сліянiе этихъ разнородныхъ институтовъ на слѣдующихъ основаніяхъ. Вообще институты квиритскаго права отличались отъ институтовъ *juris gentium* по условіямъ и предположеніямъ при ихъ установленіи и по ихъ послѣдствіямъ.

1) Квиритское право по условіямъ и предположеніямъ правъ было строже, чѣмъ *jus gentium* и было доступно только римскимъ гражданамъ; *jus gentium* было менѣе строго и было доступно всемъ свободнымъ людямъ безъ исключенія.

2) Послѣдствія права, основаннаго на *jus civile*, болѣе сильныя (право собственности, напр., *ex jure civili* сопряжено со всеми послѣдствіями, соединенными съ нимъ *ex jure Quiritium*); напр., имѣя надъ рабомъ право собственности *ex jure Quiritium*, я отпускаю его на волю, дѣлаю его не только свободнымъ, но и даю ему полное право римскаго гражданства; имѣя же надъ нимъ право собственности *ex jure praetorio*, я дарованіемъ ему свободы не могу сдѣлать его римскимъ гражданиномъ. И такъ предположенія *juris civilis* болѣе строги, болѣе ограничены, но зато институты *juris civilis* въ высшей степени сильны по послѣдствіямъ; положенія же *juris gentium* болѣе мягки, но зато послѣдствія ихъ менѣе сильны. При сліянiи началъ *juris civilis* съ началами *juris gentium* законодательство Юстиніана принимаетъ вообще болѣе свободныя и рациональныя условія и предположенія *juris gentium* и связываетъ съ ними болѣе сильныя послѣдствія *juris civilis*. Мы уже во второмъ періодѣ разсмотрѣли *jus*

gentium, какъ источникъ права, но этотъ источникъ развился главнымъ образомъ, во времена императоровъ, т. е. въ третій періодъ. Къ отдѣльнымъ источникамъ права, существовавшимъ въ республиканскія времена (*leges, plebiscita, senatus consulta, edicta magistratum, responsa prudentum*) присоединяется теперь еще новый источникъ *constitutiones principum*.

а. LEGES.

Въ концѣ республиканскихъ временъ *leges* были уже болѣе выраженіемъ желаній главъ партій, нежели воли народа. Августъ, соединивши въ своемъ лицѣ всѣ высшія республиканскія должности, и такимъ образомъ *de facto* ставшій *princeps* римскаго государства, допустилъ однако народъ къ вліянію на законодательство и отъ имени народнаго собранія были изданы въ этомъ періодѣ нѣкоторые законы *Lex Julia et Papia Poppaea* и нѣкоторыя *leges Juliae* напр., *lex Julia de fundo dotali*, и *leges Juliae* по вопросамъ уголовного права, *lex Aelia Sentia*, и законъ времени Тиверія, *lex Julia Norbana*.

Только при Тиверіи народныя собранія совершенно отмѣняются; большое значеніе получаетъ сенатъ, и власть народа передается императору *lege regia* или *lege de imperio*.

Итакъ, первые императоры допускаютъ дѣятельность народнаго собранія и что оно не было еще совершенно призрано, это мы можемъ видѣть изъ противодѣйствія, которое было оказано *legi Juliae* и *Papiae Poppaeae* со стороны народа.

Этотъ законъ сильно вторгался въ семейныя отношенія и былъ направленъ противъ безбрачія. Уже прежде введена была особая пошлина *ixorium*, которую платили исключительно не вступившіе въ бракъ; это представлялось довольно справедливымъ, такъ какъ неженатые не несли расходовъ, сопряженныхъ съ женатою жизнью и съ *procreatio liberorum*. Но въ 736 году *ab. urb. cond.* Октавіанъ предложилъ *legem Juliam de maritandis ordinibus*, цѣль которой была покровительствовать лицамъ, вступающимъ въ бракъ и устанovitъ невыгоды для лицъ не вступающихъ въ него. Въ этомъ законѣ различаются двѣ части.

1) *Pars nuptialis*, излагающая привилегіи, которыя давались лицамъ вступающимъ въ бракъ (напр., занятіе нѣкоторыхъ мѣстъ) и невыгоды, которымъ подвергались не вступающіе въ бракъ.

2) *Pars caducaria*, о вліяніи этихъ постановленій на право наследованія по завѣщанію. Законъ этотъ имѣетъ цѣлью противодѣйствовать безбрачію, возстановить чистоту браковъ, возвратить утерянную нравственность. Августъ въ первое еще время своего правленія, послѣ битвы при Акціумѣ, издалъ въ силу своей цензорской власти, эдиктъ, имѣющій цѣлью понужденіе къ вступленію въ бракъ. Предложенный Августомъ *lex Julia de maritandis ordinibus* съ большимъ трудомъ прошелъ черезъ сенатъ, но въ народномъ собраніи потерпѣлъ рѣшительный отпоръ и могъ быть принятъ только въ 757 г. въ измѣненномъ и смягченномъ видѣ. Но и тогда еще для введенія этого закона потребовалась 3-хъ лѣтняя, а потомъ еще 2-хъ лѣтняя отсрочка, *vacatio*. По настоянію всадническаго сословія эта отсрочка была продолжена еще на годъ. Наконецъ

въ 763 г. былъ введенъ этотъ законъ въ слияніи съ *lex Papia Poppaea* (отъ консуловъ *M. Papus Mutilus* и *Q. Poppaeus Sabinus*), такъ что онъ и назывался *lex Julia et Papia Poppaea*. Въ связи съ этимъ закономъ находились и другіе, каковыя *Aelia Sentia*, *Furia Caninia* и другіе, которыхъ основная мысль была очистить римское общество отъ постороннихъ примѣсей рабовъ. *Lex Julia et Papia* и *Poppaea* воспрещаетъ бракъ между лицами изъ разныхъ сословій: такъ лицамъ сенаторскаго званія запрещался бракъ съ вольноотпущенными и актрисами, а всѣмъ свободнорожденнымъ (*ingenui*) съ непотребными женщинами. Однако законъ дозволяетъ сочетаться съ этими лицами на бракоподобныхъ основаніяхъ: жить съ ними въ конкубинатѣ. Это есть не блудное сожитіе, но сожитіе, вполнѣ дозволенное закономъ. Сожитіе это однако не даетъ правъ законнаго брака. При немъ мужъ не имѣетъ способности, *capacitas*, получить наслѣдство; дѣти считаются не брачными, *liberi naturales*, и *dos* по смерти жены *caduca*, (т. е. отпадаетъ отъ мужа). Далѣе, законъ покровительствуетъ заключенію законныхъ браковъ; самое вступленіе въ бракъ облегчается, даже клятвенное обѣщаніе вольноотпущенной не вступать въ бракъ считалось необязательнымъ; отказъ отца выдать замужъ свою дочь не имѣлъ силы; безъ особеннаго основанія отецъ даже не могъ лишать свою дочь приданаго. въ противномъ случаѣ, вынуждался магистратомъ къ выдачѣ его; также считалось недѣйствительнымъ клятвенное обѣщаніе не вступать во второй бракъ. Продолженіе брака гарантируется тѣмъ, что затрудняется разводъ; разсматривается, кто виновенъ въ разводѣ, мужъ или жена, при чемъ различаются *mores leviores* и *mores graviore*, сообразно съ этимъ виновнаго постигаетъ та или другая имущественная невыгода (болѣе подробное изложеніе этого вопроса смотри выше по поводу *lex Maenia*). Затѣмъ для поддержанія брака прямо запрещается вольноотпущенному расторженіе его или вступленіе въ него безъ разрѣшенія патрона. Лицамъ, вступившимъ въ законный бракъ, даются различнаго рода преимущества, какъ почетныя, такъ и доставляющія матеріальныя выгоды; женатый консулъ имѣетъ большее число ликторскихъ пучковъ (*fascis*); всякій ребенокъ, рожденный въ законномъ бракѣ, даетъ отцу своему извѣстныя преимущества; такъ на основаніи *legum appalium*, всякая должность могла быть занимаема только лицами, достигшими извѣстнаго возраста; за каждаго изъ брака происшедшаго ребенка съ требуемаго возраста скидывали по одному году. Лица, имѣвшія въ Римѣ 3, въ Италіи 4, въ провинціи 5 дѣтей, освобождались отъ нѣкоторыхъ публичныхъ повинностей. Вольноотпущенница, имѣвшая 4-хъ дѣтей, освобождалась отъ опеки своего патрона и, такимъ образомъ, сама получала право дѣлать завѣщаніе; имѣющій 3-хъ дѣтей могъ отказаться отъ принятія на себя опеки.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что имѣвшій дѣтей могъ пользоваться различными правами, какъ почетными такъ и доставлявшими матеріальныя выгоды. Это и есть *jus liberorum*. Кромѣ того, вступающіе въ бракъ пользуются еще и другими матеріальными выгодами, а именно: только они могутъ *capere hereditatem ex testamentis*, только они являются способными, *capaces*, получить такого рода наслѣдство.

На основаніи брака супруги могутъ получать по завѣщанію другъ отъ

друга $0,1$ ($\frac{1}{10}$) имущества и, кроме того, на каждого ребенка отъ прежняго брака по $0,1$, и также за каждого общаго ребенка, умершаго до дня назначенія ему имени (*nominis dies*) по $\frac{1}{10}$; кроме того, они получаютъ *usus fructus* въ $\frac{1}{3}$ имущества другаго супруга, а, въ случаѣ, если у нихъ будутъ еще дѣти, право собственности въ этой $\frac{1}{3}$. См. *Fragm. Ulpiani tit. 15*. Все же имущество получаютъ супруги одинъ отъ другаго только, когда мужу менѣе 25 л. а женѣ, менѣе 20 лѣтъ или когда мужу болѣе 60, а женѣ 50-ти. См. *Fragm. Ulp. tit. 16*. Сарах, т. е. лицо, которое можетъ *capere hereditatem ex testamentis* считается тотъ мужчина, *qui in testamento pater est*, т. е., имѣеть, по крайней мѣрѣ, одного ребенка, и та свободнорожденная женщина, которая имѣеть, по крайней мѣрѣ, трехъ дѣтей. Вольноотпущенная же должна имѣть по крайней мѣрѣ, четырехъ. Холостой, находящійся внѣ брака, *caelebs*, не можетъ получать наслѣдства по завѣщанію, если въ теченіи ста дней послѣ открытія завѣщанія, не вступить въ бракъ; если же не удовлетворитъ этому условію, то не получаетъ наслѣдства, потому, что *caelebs ex testamento alterius nihil capere potest*. Кто находился въ бракѣ, но не имѣлъ дѣтей, т. е. былъ *orbis*, и если притомъ мужу было 25, а женѣ 20 лѣтъ, тотъ получалъ только половину завѣщаннаго ему наслѣдства и получалъ его сполна только отъ ближайшихъ *cognati* и *affines*, а именно: отъ родственниковъ до 6-ой степени включительно. То же ограниченіе касается вдовца, имѣющаго дѣтей, *solitarius pater*, ибо онъ также на половину только несетъ тяжести брака. *Lex Julia et Papia Poppaea* были также сдѣланы нѣкоторыя постановленія относительно патронатскаго права. И такъ, на основаніи *orbitatis* и целибата являлось имущество которое не могло быть наслѣдуемо и которое называлось *caducum*, этимъ названіемъ обозначалось только то имущество, которое хотя и завѣщано совершенно законнымъ образомъ, но не можетъ быть принято на основаніи закона *J. et P. P.* вслѣдствіе:

1) *Incapacitas*.

2) Непоявленія назначеннаго въ завѣщаніи лица (*deficientia*) вслѣдствіе того, что оно потерпѣло *capitis deminutionem* или умерло до открытія завѣщанія.

ПРИМѢЧАНІЕ. На основаніи *J. et P. P.* моментомъ окончательнаго открытія наслѣдства считалась не смерть завѣщателя, а моментъ открытія завѣщанія; завѣщаніе вступало въ силу *post apertas tabulas*, такъ что если назначенный наслѣдникомъ умереть самъ послѣ смерти завѣщателя, но *ante tabulas apertas*, то это имущество считается *caducum*.

Caducum по истеченіи 100 дней раздается *omnibus patribus qui in eo testamento liberos habent*. Между ними отдается преимущество наслѣдникамъ передъ легатаріями, за исключеніемъ, однако, того легатарія, который былъ бы, хотя на словахъ только, *verbis* соединенъ (*conjunctus*) съ выпавшимъ, т. е. назначеннымъ легатаріемъ по завѣщанію.

ПРИМѢЧАНІЕ. *Conjuncti* или *conjunctim instituti* называются тѣ наслѣдники (или легатаріи), которые по волѣ завѣщателя такъ призываются къ наслѣдству, что они образуютъ отдѣльную группу въ кругу всѣхъ наслѣдниковъ или легатаріевъ, и при выпаденіи одного изъ нихъ остальные лица этой группы имѣютъ преимущественное право на приращеніе его части къ ихъ частямъ

этому противопологаются наследники (или легатарии), *disjuncti*. Они могут быть *conjuncti* или *re et verbis*, или *re tantum* (напр., *Titius ex parte dimidia heres esto. Sejus ex parte dimidia, ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius heres esto* или *verbis, Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt*).

Итакъ, на первомъ планѣ стоятъ наследники, а если ихъ нѣтъ, то легатарии. Если совсѣмъ не было *patres* въ данномъ завѣщаніи, то, за вычетомъ суммы въ уплату кредиторамъ умершаго, оставшаяся сумма отдавалась въ государственную казну наравнѣ съ *bona vacantia* или *ereptoria*, т. е. выморочнымъ наследствомъ и съ имуществомъ, отнятымъ у недостойнаго *Ulp. Fragm. XIX § 17. Cod. de Caducis tollendis, constitutio unica VI, 51*).

LEX JULIA ET PAPIA POPPAEA считается однимъ изъ самыхъ важныхъ законовъ, что видно изъ того, что онъ приводится, подобно законамъ XII таб., просто подъ названіемъ *lex*, если говорится *lege cautum est*, то подразумѣвается или законъ XII табл., или *lex J. et P. P.* Многие юристы писали комментаріи къ этому закону. Такъ, Гай написалъ о немъ 15 книгъ, Ульпіанъ — 20, Павелъ — болѣе 10 (какъ было показано выше, *Jacobus Gothofredus* считаетъ этотъ законъ однимъ изъ четырехъ *fontes juris civilis*). Отъ времени Августа до времени Юстиніана были сдѣланы въ этомъ законѣ только очень незначительныя измѣненія. Императоръ же Юстиніанъ произвелъ сильныя реформы въ этомъ отношеніи и совершенно уничтожилъ *caducitatem*.

LEX JUNIA NORBANA (772) находится въ связи съ *leges Aelia Sentia* и *Furia Caninia* и заключалъ въ себѣ важныя постановленія овольноотпущенныхъ. Этотъ законъ былъ изданъ въ 772 г. — *ab. n. c.*, т. е. уже при Тиверіѣ. Хозяинъ, какъ извѣстно, могъ отпускать своего раба съ тѣмъ послѣдствіемъ, чтобы доставить ему дѣйствительную юридическую свободу, только посредствомъ одного изъ *manumissiones solennes* (см. выше) и, отпуская его на волю, дѣлалъ его римскимъ гражданиномъ, *civis liberibus*. Всякое другое отпущеніе на волю раба, кромѣ торжественнаго, не могло доставить ему юридически свободу. Это положеніе было измѣнено *lege Junia Norbana*, рабъ, отпущенный не только *manumissione solenni*, но вообще какимъ бы то ни было способомъ, яeno выражавшимъ волю хозяина, получалъ свободу, но онъ считался свободнымъ, *liber*, только до момента смерти, когда же онъ умиралъ, то опять считался рабомъ (о значеніи этого смотри ниже): *Latini Juniani vivunt ut liberi, moriuntur ut servi*.

MANUMISSIO NON SOLEMNIS влекла за собою, по *lex Junia Norbana*, свободу, но вольноотпущенный не становился *civis romanus*, а занималъ болѣе низкое положеніе, подобное тому, которое имѣли *Latini coloniarum*. Эти послѣдніе, имѣя *jus commercii*, не имѣли *jus connubii* и политическихъ правъ. Вольноотпущенные, получившіе такое положеніе, наз. *latini Juniani vivunt ut liberi moriuntur ut servi*. Это имѣло то послѣдствіе, что имущество ихъ послѣ ихъ смерти переходить къ ихъ бывшему хозяину, къ матрону, но не *jure hereditatis*, а *jure peculii*. Свое имущество они могли передавать, кому угодно *inter vivos*, въ качествѣ *donationis*, но никакъ не въ качествѣ наследства.

ПРИМѢЧАНІЕ. Полученіе имущества *jure peculii* отличается въ томъ отношеніи отъ полученія его *jure hereditatis*, что получающій въ первомъ случаѣ

отвѣтствуетъ не за всѣ долги умершаго, но только за тѣ, по которымъ можетъ быть вчинена *actio de peculio*, т. е. отвѣтствуетъ не свыше размѣровъ *peculii* — *peculio tenuis*. Въ связи съ этимъ закономъ находились два другіе, которые явились еще раньше него. Это были:

1) *Lex Aelia Sentia* 757 г. и 2) *Lex Furia Caninia* 761 г. *Lex Aelia Sentia*, ставится предупредить обращеніе въ римскихъ гражданъ недостойныхъ рабовъ. Рабъ, во время нахождения въ рабствѣ подвергавшійся обезчещивающему наказанію, никогда не могъ получить свободы иной, какъ *ressimam conditionem liberorum hominum*, т. е. *dediticiorum* (иностранныхъ народовъ, сдавшихся Римлянамъ); имъ было воспрещено жить въ самомъ Римѣ и его округѣ. Если они нарушали это постановленіе, то снова обращались въ рабство, и то въ безвыходное. Такъ, мы видимъ, что съ этого времени образовались 3 категоріи вольноотпущенныхъ.

1) *Cives libertini*:

2) *Latini Juniani*.

3) *Dediticii (peregrini)*.

2 послѣднія категоріи были уничтожены Юстиніаномъ и получили права римскихъ гражданъ (*Codex Justiniani lib. VII tit. 5 и 6*). Далѣе, законъ *Aelia Sentia* ставилъ и другія ограниченія хозяинъ, имѣвшій менѣе 20 лѣтъ, могъ отпускать раба не иначе, какъ съ согласія совѣта, *consilii*, въ которомъ участвовали въ Римѣ 5 лицъ изъ сенаторскаго званія (*ordo senatorius*) и 5 изъ *ordo equester*, а если въ провинціи, то 20 римскихъ гражданъ (*recuperatores*). Отпускаемый рабъ долженъ былъ имѣть не менѣе 30-ти лѣтъ (другія ограниченія отпущенія, установленныя *lege Aelia Sentia*, будутъ разсмотрѣны въ другомъ мѣстѣ).

LEX FURIA CANINIA была издана съ цѣлью противодействовать чрезмѣрному отпущенію на волю рабовъ, по завѣщанію, вслѣдствіе чего римское государство переполнялось несоотвѣтствующими элементами: этотъ законъ постановилъ:

a) Имѣющій 3-хъ рабовъ не могъ отпускать по завѣщанію болѣе 2-хъ.

b) Имѣвшій отъ 4 до 10 не болѣе $\frac{1}{2}$

c) ————— 10 до 13 не болѣе $\frac{1}{3}$ числа всѣхъ рабовъ,

d) ————— 30 до 100 не болѣе $\frac{1}{4}$

e) ————— 100 до 500 не болѣе $\frac{1}{5}$

f) а если кто имѣлъ болѣе 500 рабовъ, то ни въ какомъ случаѣ не болѣе 100.

Этотъ законъ сохранялъ свою силу до Юстиніана, который его измѣнилъ (*Inst. Just. I, 7: de lege F. C. sublata*).

B. SENATUS CONSULTA.

До временъ императора Тиверія народныя собранія сохраняли еще нѣкоторое значеніе. Съ этого же времени, такъ какъ римское гражданство получаютъ даже многіе граждане провинцій, становится крайне неудобнымъ собирать народныя собранія, и потому законодательная власть переходитъ къ сенату, который прежде *de jure* имѣлъ только административную, *de facto* же по-

лучалъ иногда законодательную власть. Но и въ концѣ республиканскихъ временъ уже былъ споръ, не принадлежитъ ли законодательная власть и *de jure* сенату. Во всякомъ случаѣ, передъ внесеніемъ въ народное собраніе, законъ обсуждался въ сенатѣ, и о сенатѣ говорили что *senatus censuit, ut de ea re ad populum ferretur*. Въ послѣдующее время, когда сенатъ получилъ законодательную власть, то выпускали послѣднія слова, и сохранилось только *censuit* въ смыслѣ рѣшилъ, постановилъ. Сенатъ осуществлялъ свою законодательную власть до Септимія Севера, т. е. до конца II столѣтія по Р. Х. Первоначально императоры, желая придавать своимъ постановленіямъ большой авторитетъ, предлагали ихъ сперва сенату, который издавалъ ихъ отъ своего имени. Сенатъ всегда соглашался съ предложеніемъ — рѣчью — *oratio* императора, и потому въ источникахъ очень часто одно и то же постановление называется въ одномъ мѣстѣ: *oratio principis (in senatu habita)*, а въ другомъ *senatus consultum* (см. дальше *constitutiones principum*). Прежде, въ республиканскія времена, *senatus consulta* назывались по имени того предмета по поводу котораго были изданы, напримѣръ, *Senatus consultum de Bacchanalibus* и др., потомъ же они стали называться, подобно законамъ, по имени магистратовъ, предложившихъ ихъ (напр., *Senatus consultum Trebellianum, Silanianum* и др.), и по имени императоровъ, напр., *Senatus consultum Neronianum, Senatus consultum Silanianum* время Августа первое названное по имени предложившаго магистрата, постановляю, что въ случаѣ убійства господина всѣ рабы его должны подвергнуться пытке, открывшій же убійство получаетъ свободу Изъ senatorскихъ постановленій укажемъ для примѣра на извѣстныя *senatus consultum Velleianum* (46) *Macedonianum* (46) *Trebellianum* (162) и др. Изъ всѣхъ этихъ *senatus consulta* только одно получило названіе по лицу, по поводу котораго было издано а именно *senatus consultum Macedonianum* 47 г. по Р. Хр.) время Клавдія. Этотъ законъ постановлялъ, что кредиторъ, который давалъ деньги въ займы сыну, находящемуся подъ отцовскою властью, *filius familias*, не могъ взыскивать долга ни съ отца, ни съ сына, даже въ томъ случаѣ, если сынъ сдѣлается *sui juris*. — Кредиторъ такой лишился, стало быть, иска, даваемого вообще кредиторю по займу, *condictio (mutui)*, но тѣмъ не менѣе ему предоставлялось *obligatio naturalis*, т. е., должникъ ему, какъ бы по естественному праву, считался обязаннымъ, такъ что, если бы должникъ добровольно, безъ понужденія заплатилъ кредитору, а потомъ, узнавъ о предоставленномъ ему по этому *senatus consultum Macedonianum* правѣ не платить такіе долги, вздумалъ бы требовать свои деньги назадъ, то кредиторъ на основаніи *exceptio retentionis soluti*, могъ удерживать за собою уплаченное. Это *senatus consultum* было вызвано поступкомъ одного молодого человѣка Macedo, который умертвилъ своего отца, чтобы скорѣе получить наслѣдство и уплатить долги, тѣсвившимъ его кредиторамъ.

Извѣстное *senatus consultum Velleianum*, изданное при Клавдіѣ въ 46 г. послѣ Р. Х., объявляло недействительнымъ *intercessionem feminarum*, поручительство лицъ женскаго пола. *Senatus consultum Trebellianum* вмѣстѣ съ *senatus consultum Pegasianum* (Gajus II § 253 — 255) устанавливаетъ *hereditatem fidei commissarium*. Наконецъ, *senatus consultum Tertullianum* и *Or-*

phitiamum вводить новыя отношенія между матерью и дѣтьми, по вопросу наслѣдованія ab intestato.

C. ПРЕТОРСКІЕ ЭДИКТЫ.

Въ первыя времена имперіи императоры допускали дѣятельность магистратовъ состоящую въ изданіи эдиктовъ, но мало по малу подъ вліяніемъ императорскаго законодательства магистратскіе эдикты, теряютъ свое значеніе и наконецъ, изданіе ихъ совершенно прекращается, когда при Императорѣ Адрианѣ, знаменитый юристъ Сальвій Юліанъ привелъ въ одинъ систематическій сводъ всѣ эдикты въ 131 г., этотъ сводъ есть такъ называемый *edictum perpetuum*; Этотъ эдиктъ и былъ признанъ сенатомъ имѣющимъ постоянную законодательную силу и къ нему написано много комментариевъ знаменитѣйшими римскими юристами Помпоніемъ, Павломъ, Ульпіаномъ и другими.

D. CONSTITUTIONES PRINCIPUM.

Законодательная власть, какъ особая функція не была предоставлена особымъ закономъ императорамъ вообще, но каждый разъ при вступленіи новаго императора она даровалась на основаніи *lex regia* или *de imperio*, а потомъ сама собою утвердилась за императоромъ.

Въ первое время имперіи императоръ какъ всякое должностное лицо, могъ издавать свои эдикты. Еще Ульпанъ, жившій въ III вѣкѣ послѣ Р.Х., указываетъ (*Dig. I. IT. IV fr. 1 pr. de constitutionibus principum*) на то, что императоръ получалъ особенную законодательную власть только на основаніи особеннаго закона (см. выше *lex de imperio Vespasiani*).

Законодательная власть императора выражалась въ различныхъ постановленіяхъ, которыя носятъ одно общее названіе *constitutiones*. Въ первое время императоры рѣдко издавали безусловно обязательныя постановленія, имѣвшія силу закона:

1) Въ первыя времена императоры издають свои постановленія, какъ выше уже было замѣчено, отъ имени сената; первая форма императорскихъ постановленій поэтому получаетъ названіе *oratio principis (in senatu habita)*. Императоръ или лично произносилъ рѣчь передъ сенатомъ, или же извѣщалъ сенатъ о новомъ предполагаемомъ постановленіи *per libellum* или *per epistolam* т. е. чрезъ письма, которыя въ сенатѣ прочитывалъ *qua estor candidatus principis*. Это было собственно не предположеніе закона, а скорѣе извѣщеніе объ немъ сената, который всегда *per acclamationem*, т. е. единогласно принималъ предложеніе императора.

Къ такимъ *orationes* относится напр., *oratio* императора Адриана *de hereditatis petitione*, объ искѣ для отысканія наслѣдства (см. *fr. 20 § 6 Dig. 5, 3, oratio*, принадлежащая *divis fratribus* (Маркъ Аврелій и Люцій Веръ), объ опекунахъ; *oratio* Марка Аврелія объ отысканіи рабовъ, *oratio* императора Севера объ опекѣ. *Senatus consultum Neronianum* (63) о легатахъ, *senatus consultum Claudianum* (52) о томъ, что свободная женщина вступившая въ связь съ рабомъ, теряла свободу, если не прекращала этой связи послѣ троекратнаго предупрежденія со стороны хозяина раба. Дѣятельность законодательная импера-

торовъ въ видѣ сенатскихъ рѣчей прекратилась ко времени имп. Септимія Севера, т. е. къ концу 2-го вѣка p. Chr.

Новыя постановленія императоръ издавалъ, когда участіе сената прекратилось, не одинъ, а совѣщался съ своимъ совѣтомъ *consilium*, который со времени Марка Аврелія сталъ называться *auditorium*, а со времени Константина *consistorium*. Потомъ этотъ совѣтъ сталъ раздѣляться на двѣ части, одна называлась *auditorium principis*, высшая судебная инстанція, другая *consistorium principis* для другихъ дѣлъ, кромѣ судебныхъ. Въ этомъ совѣтѣ засѣдали знаменитѣйшіе юристы, напр., Папиніанъ, Павель, Ульпіанъ и другіе.

2) Второю формою императорскихъ постановленій были *edicta* или *constitutiones* въ тѣсномъ смыслѣ слова; это были публичные объявленія, по которымъ императоръ, въ силу своей цензорской, трибунской и вообще магистратской, власти, объявлялъ новыя положенія. Публикованіе закона происходило чрезъ вывѣшиваніе этого закона, написаннаго на обоихъ языкахъ (латинскомъ и греческомъ), на колоннахъ и вообще въ наиболѣе видныхъ мѣстахъ. Эдикты издавались въ такомъ случаѣ, когда императоръ хотѣлъ ввести какое нибудь новое постановленіе, новый законъ, дѣлая его извѣстнымъ всѣмъ, а не только магистратамъ (въ этомъ послѣднемъ случаѣ употреблялись вообще рескрипты или мандаты). Императорскіе эдикты, по самому положенію, которое занималъ императоръ, отличались отъ магистратскихъ эдиктовъ республиканскихъ временъ, тѣмъ, что во 1) имѣли силу закона на болѣе продолжительный срокъ, именно на все время правленія императора, во 2) распространялись на всю имперію, а не одинъ городъ Римъ съ его округомъ или на отдѣльную провинцію, въ 3) касались всѣхъ частей управленія и суда, тогда какъ республиканскій магистратъ издавалъ эдиктъ только касательно подвѣдомственной ему части. Это отличіе, какъ сказано, возникло изъ самаго характера императорской власти, а именно: 1) Императоръ былъ пожизненнымъ магистратомъ (изъ чего вытекало первое отличіе) и 2) Императоръ сосредоточилъ въ своемъ лицѣ всѣ выснія государственныя должности *magistratus urbani et provinciales*, изъ чего вытекало различіе 2-ое и 3-е. И такъ вотъ причины, по которымъ императорскій эдиктъ получалъ силу и характеръ общаго императорскаго закона. До временъ императоровъ христіанскихъ, эдикты императорскіе появлялись довольно рѣдко, такъ какъ новыя начала обыкновенно облекались въ форму *acta*, съ этого же времени довольно часто. Вотъ нѣкоторые примѣры эдиктовъ. Императоръ Августъ эдиктомъ объявилъ, что поручительство жены за мужа считается недѣйствительнымъ. Это постановленіе подготовило изданное при Клавдіѣ S. C. *Vellejanum*, эдиктомъ же Августъ запрещаетъ исключеніе сына, *filius familias*, который находится въ военной службѣ, изъ наслѣдства, онъ же ввелъ и *peculium castrense*, о которомъ мы поговоримъ ниже. Императоръ Клавдій издалъ знаменитый эдиктъ, по которому писавшій завѣщаніе или *codicillos* не могъ себя въ немъ написать наслѣдникомъ или легатаріемъ, въ противномъ случаѣ считался совершившимъ подлогъ и не могъ отговариваться незнаніемъ (*Dig. 1, XI, VIII t. 10 fr. 15*). Другимъ эдиктомъ Клавдія, рабъ, оставленный во время болѣзни или по причинѣ дряхлости, господиномъ на произволь судьбы, считался свободнымъ и дѣлался *Latini Juniani* (*Dig. LXII. 8 fr. 2*). Одинъ изъ эдиктовъ Марка Аврелія (*Inst.*

3, 6 de usuratione § 14) постановляетъ, что кто покупаетъ чужую вещь отъ государственной казны, (*fiscus*) получаетъ по истеченіи 5 лѣтъ право собственности въ ней и слѣдовательно право возраженія противъ хозяина, т.е. устанавливается особенно короткій срокъ пріобрѣтательной давности.

3) Третьею формою императорскихъ постановленій были *mandata* *Mandatum*, препорученіе, полномочія, инструкціи которыя давались императорами должностнымъ лицамъ, особенно провинціальнымъ губернаторамъ, какъ по военнымъ, такъ и по гражданскимъ дѣламъ. Важную часть этихъ *mandata* составляетъ изложеніе преимуществъ сословія военного передъ лицами сословія гражданского, такъ напр., особенности солдатскаго завѣщанія, *testamentum militis* и т. п. Эти постановленія давались провинціальнымъ губернаторамъ, такъ какъ войска были преимущественно расположены въ провинціяхъ. *Mandata* касаются также безпристрастнаго управленія, такъ напр., должностному лицу запрещалось вступать въ бракъ съ дѣвушкой или женщиной изъ той провинціи, которою онъ управлялъ, ему также запрещалось принимать подарки отъ жителей провинціи, брать отъ нихъ деньги въ займы и пр. Въ *mandata* излагались также постановленія по полицейскому и уголовному праву. Императоръ Юстиніанъ старался собрать все *mandata* въ одинъ *liber mandatorum*, но этотъ трудъ не сохранился до нашихъ временъ.

Въ изложенныхъ формахъ импер. постановленій большію частію выставляются общія законодательныя положенія, въ остальныхъ же двухъ формахъ — *decreta* и *rescripta* излагаются постановленія болѣе спеціальныя, вызванныя какимъ нибудь отдѣльнымъ случаемъ.

4) Четвертая форма императорскихъ постановленій были *decreta*. Эти судебныя рѣшенія императора, какъ высшаго судьи, какъ въ гражданскихъ, такъ и уголовныхъ дѣлахъ (или какъ первая инстанція или какъ апелляціонная) По общему правилу *decretum*, какъ судебное рѣшеніе, могло заключать въ себѣ только примѣненіе существующаго права. Иногда же въ немъ излагались и новыя постановленія; такъ напр., знаменитое *decretum divi Marci* запрещало самоуправное осуществленіе права, требованія по обязательству, опредѣливъ, что оно можетъ быть осуществлено не иначе какъ судебнымъ порядкомъ; самоуправство же влечетъ за собою совершенную потерю права по обязательству. Также декретъ Марка Аврелія 166-го г.; который постановляетъ, что наследство наследниковъ по завѣщанію, которыхъ назначеніе вычеркнуто должно быть поручено государственною казною, фискомъ *cum suo onere*.

5) Пятою формою императорскихъ постановленій было *epistola* или *rescriptum*, письмо въ видѣ отвѣта на вопросъ, просьбу или частнаго лица (*preces, libelli supplicatio*) или должностнаго лица (*relatio, suggestio, consultatio*) или цѣлой провинціи или городской общины (*rogatio*). Собразно съ тѣмъ на чей запросъ воспослѣдовали рескрипты, эти имѣли различную форму и различное названіе; въ первомъ случаѣ они писались на самомъ прошеніи и назывались *subscriptio* или *adnotatio*, во второмъ они издавались въ видѣ особеннаго отвѣтнаго письма и назывались *epistola*, и наконецъ въ 3-мъ въ видѣ особенныхъ торжественныхъ грамотъ *sancio pragmatica*. Все они носятъ общее названіе *rescripta*.

По принципу всѣ императорскія постановленія имѣютъ одинаковую законную силу: Ульпіанъ (Dig. L. T. IV fr. 1) говоритъ: то, что было постановлено императоромъ (quod principi placuit) имѣетъ силу закона, такъ какъ *lege regia*, народъ переноситъ на него *omne suum imperium et potestatem*, такъ закономъ считается то, что императоръ постановилъ *per epistolam*, или *per subscriptionem* (т. е. вообще *per rescriptum*) или декретомъ или же *quod de piano interlocutus est* (*interlocutio* есть частное рѣшеніе, въ противоположность окончательнымъ рѣшеніямъ, *decreta*), или же то, что онъ постановилъ эдиктомъ. Изъ этихъ постановленій продолжаетъ Ульпіанъ, нѣкоторыя *sunt personales nec ad exemplum trahuntur*, т. е. касаются одного только известнаго лица и потому по ихъ примѣру нельзя рѣшать другихъ дѣлъ, потому что то, что императоръ даруетъ кому нибудь за заслуги, или назначаетъ въ наказаніе, то не распространяется на другія лица. И такъ *in abstracto* всѣ императорскія постановленія имѣютъ одинаковую законную силу *perinde rata esse debent ac si populi plebisve jussu acta sint*.

Однако по отношенію къ *decreta* и *rescripta*, изъ которыхъ нѣкоторыя были *constitutiones personales*, другіе же заключали въ себѣ общія положенія, могло возникнуть сомнѣніе, которыя изъ нихъ должны имѣть силу общаго закона, и какія *personam non egrediuntur*. Разрѣшать эти сомнѣнія императоры предоставили юристамъ. Такимъ образомъ, мы видимъ, что *decreta* и *rescripta* подлежали критикѣ юристовъ, *edicta* же и *mandata* ей не подлежали.

Впрочемъ, когда самостоятельная дѣятельность юриспруденціи прекратилась, то сами императоры старались разрѣшить сомнѣнія и опредѣлить, какіе рескрипты должны имѣть силу общаго закона. Во времена христіанскихъ императоровъ мы видимъ, что многіе рескрипты являются какъ *leges generales*. Конституціей 398 г., изданной императорами Аркадіемъ и Гоноріемъ и помѣщенной въ кодексъ Феодосія II (Codex Theodosianus) декреты и рескрипты объявляются неимѣющими силы общаго закона, за исключеніемъ того случая, когда самъ императоръ придавалъ имъ эту силу, а это обыкновенно очень просто дѣлалось тѣмъ, что императоръ вмѣсто того, чтобы говорить: *hoc decreto* или *hoc rescripto*, говорилъ *hoc edicto cavetur*, т. е., придавалъ ему силу общаго закона *inserto edicti vocabulo*. Императоръ Юстиніанъ отнялъ у рескриптовъ, которые давались частнымъ лицамъ, даже это ограниченное значеніе.

Рескрипты, которые прежде давались на запросы судей, онъ совершенно запретилъ. Тѣмъ же декретамъ, которые были изданы вслѣдствіе контрадикторнаго производства, и рескриптамъ, которые содержатъ въ себѣ *interpretationem authenticam*—объясненіе закона, онъ придаетъ общую силу закона. Эти послѣдующія ограниченія объясняютъ то, что еще во времена Діоклеціана и послѣдующихъ императоровъ рескрипты являются въ большемъ количествѣ, со временъ же Гонорія и Аркадія до Юстиніана они отступаютъ на второй планъ, что можно легко замѣтить при разсмотрѣніи кодекса Юстиніана.

Разсмотрѣвши 5 формъ императорскихъ постановленій, различныхъ, какъ по формѣ, такъ и по самой сущности, перейдемъ къ разсмотрѣнію другаго источника права юриспруденціи.

Е) ЮРИСПРУДЕНЦІЯ.

Въ третьемъ періодѣ время отъ Августа до Александра Севера является цвѣтущимъ классическимъ временемъ развитія права;—это время классической юриспруденціи; это объясняется различными причинами: въ самомъ характерѣ римлянъ была привязанность и склонность къ наукѣ права; поэтому, когда во времена императорскія всякая самостоятельная дѣятельность на политическомъ поприщѣ стала невозможна, то лучшія силы Римлянъ всецѣло обратились къ изученію гражданскаго права. Со времени Цицерона мы видимъ въ дѣятельности римскихъ юристовъ двойное направленіе: дѣятельность практическую и дѣятельность теоретическую.

Практическая дѣятельность. Какъ и во второмъ періодѣ она преимущественно состояла *in respondendo*, но съ тѣмъ измѣненіемъ, что эта дѣятельность становится теперь подъ защиту императора (Помпоній *fr. 2 D. de orig. juris § 49*) До времени императора Августа *publice respondendi jus* не давалось, какъ особенное преимущество, но, кто былъ увѣренъ въ своихъ знаніяхъ, отвѣчалъ спрашивающимъ совѣта. И во всякомъ случаѣ они не давали *responsa* въ особенной формѣ, т. е. письменно запечатанныя (*signata*), какъ это было со времени дарованія *juris respondendi* (но большею частью прежде или сами писали къ тѣмъ судьямъ, которые у нихъ спрашивали совѣта, или же лично представляли имъ свидѣтельство). Блаженной памяти Августъ, говоритъ Помпоній, первый постановилъ, чтобы юристы отвѣчали какъ бы съ его авторитета, т. е. какъ бы отъ его имени, «чтобы увеличить ихъ авторитетъ» (*ut major juris auctoritas haberetur*). Съ этого времени юристы стали испрашивать право давать отвѣты, *jus respondendi*, какъ особую милость (*peti hoc pro beneficio coepit*), потому что авторитетъ ихъ рѣшеніямъ доставляло теперь это *jus respondendi*. Въ прежнее же республиканское время ихъ авторитетъ былъ основанъ исключительно на общественномъ мнѣніи; ни одинъ судья не рѣшился бы постановить рѣшенія не согласно съ мнѣніемъ какого нибудь *Mucius Scaevla*. Но это подчиненіе судьи рѣшеніямъ юриста было только нравственно обязательно. Съ дарованіемъ *juris respondendi* *Responsa* юристовъ получаютъ и юридически обязательную силу; юристы теперь *jura condunt*, основываютъ, создаютъ право. *Responsa sunt sententiae eorum quibus permissum est jura concedere*), говоритъ Гай I § 7; если всѣ эти юристы между собою согласны *quorum si in eadem sententiae concurrant legis vicem obtinent*, то ихъ мнѣнія получаютъ силу закона, если же они между собою не согласны, то судья можетъ послѣдовать тому мнѣнію, которое ему кажется болѣе справедливымъ. Ученые юристы пользовались высокимъ уваженіемъ, и Помпоній (§ 47 *de origine juris*) рассказываетъ, что *optimus princeps Hadrianus*, когда какъ то бывшіе преторы просили у него *jus respondendi*, отвѣтилъ имъ *hoc non peti, sed praestari solere*» (это не спрашивается, а обыкновенно доставляется, и что поэтому онъ, Адріанъ, будетъ очарованъ, если тотъ, кто увѣренъ въ себѣ, будетъ готовъ отвѣчать народу (*ad respondendum se praepararet*)). Но вълѣдствіе введенія *juris respondendi*, произошло то, что и судьи, и магистратура обращали вниманіе только на тѣхъ юристовъ, которые имѣли это право, юристы же теоретики, иногда даже весьма замѣчательные, какъ, напр., Гай, но неимѣвшіе *jus res-*

pondendi, совсѣмъ даже не упоминались (сочиненія Гая получили законный авторитетъ только со времени *lex Valentiniana allegatoria* 426 г.).

Итакъ, со времени императорскихъ суды должны были необходимо руководствоваться этимъ *responsa prudentium*, но положеніе (установленное Адрианомъ), что при разногласіи они могутъ руководствоваться тѣмъ мнѣніемъ, которое покажется имъ лучшимъ, оказалось невыгоднымъ, потому что впоследствии времени суды были не всегда люди свѣдущіе. Поэтому такъ на з. *lex Valentiniana allegatoria* 426 г. опредѣляетъ, что суды должны придерживаться только пяти корифеевъ римскихъ юристовъ: 1) *Gaius*, 2) *Aemilius Papinianus*, 3) *Domitius Ulpianus*, 4) *Julius Paulus* и 5) *Herennius Modestinus*. Мнѣнія же прочихъ юристовъ они должны принимать только тогда, если ихъ имена приводятся, цитируются въ сочиненіяхъ одного изъ этихъ пяти корифеевъ. Если всѣ 5 корифеевъ были одного мнѣнія на счетъ одного предмета, то, очевидно, ихъ мнѣніе должно быть безусловно принимаемо судомъ; если же о какомъ нибудь предметѣ говорилось, напр., только у одного юриста изъ числа этихъ пяти, то его мнѣніе принималось также безъ дальнѣйшихъ разсужденій; если же они были различнаго мнѣнія, то дѣло рѣшалось по большинству голосовъ между корифеями, если о какомъ нибудь дѣлѣ говорили только 4 изъ нихъ и притомъ двое изъ нихъ одно, а 2 другіе другое, то дѣло рѣшалось въ пользу той стороны, на которой стоялъ Папиньянъ, который римлянами считался за величайшаго изъ всѣхъ юристовъ (*splendidissimus Papinianus*).

Такимъ образомъ, дѣло рѣшалось, такъ сказать совершенно механически, давалось преимущество Папиньяну, не смотря на то что объ нѣкоторыхъ предметахъ Юлій Павелъ разсуждалъ вѣрнѣе, чѣмъ онъ. Наконецъ императоръ Юстиніанъ издалъ въ отношеніи къ обязательной силѣ мнѣній юристовъ въ судахъ сборникъ—*Digesta*, въ которомъ велѣлъ собрать изъ всѣхъ сочиненій юристовъ все то, что еще должно было сохранить силу закона и это было обязательно для судей; тѣ же сочиненія юристовъ, которыя не вошли въ *Дигесты*, не имѣютъ для судей никакого значенія.

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ ДѢЯТЕЛЬНОСТЬ ЮРИСТОВЪ.

Она является въ иномъ видѣ, чѣмъ прежде; прежнія теоретическія сочиненія имѣли болѣе казуистическій характеръ, разсматривали отдѣльные практическіе вопросы и случаи. Теперь же со времени Квинта Муція Сцевола, появляются сочиненія, имѣющія цѣлью систематическую обработку права.

Мы различаемъ три рода сочиненій, появившихся въ этомъ періодѣ: экзегетическія, систематическія и казуистическія сочиненія. I. Экзегетическія сочиненія, заключающія въ себѣ объясненіе, толкованіе различныхъ источниковъ, комментарий: 1) къ различнымъ законамъ; изъ нихъ упомянемъ напр. комментарий къ законамъ XII таблицъ, къ *lex Julia et Papia Poppaea*, къ *lex Falcidia Aelia Sentia* и др. 2) къ сенатскимъ постановленіямъ, напр. *ad Consultum Vellejanum* (см. выше) 3) къ императорскимъ конституціямъ; напр. *ad orationem divi Severi*, 4) комментарий писались также и къ самымъ сочиненіямъ Римскихъ юристовъ (напр. *ad Quintum Mucium*, *ad Sabinum* и т.п. II. Систематическія сочиненія, въ которыхъ 1) весь матеріалъ распределяется въ извѣстной системѣ на

partes, libri; tituli, и *capita* (большія главы), общее названіе такихъ обширныхъ систематическихъ сочиненій было *Digesta*, напр. *Digesta Alfeni Vari* и самыя извѣстныя Сальвія Юліана *Digestorum libri nonaginta*, (по системѣ адикта) система котораго лежитъ въ основаніи Юстиніановыхъ *Digest'овъ*. 2) Систематическія разсмотрѣнія, описанія отдѣльныхъ частей права, монографіи наз. у Римлянъ *libri singulares*, напр. сочиненія Юлія Павла *de jure codicillorum, ad regulam Sotonianam* и др. 3) Учебники, которые носятъ общее названіе *institutiones* иногда *regulae, differentiae, definitiones* и т.п. III. Казуистическія сочиненія, собранія различныхъ юридическихъ случаевъ, которые носили названія *responsa*, или *libri responsorum* (напр. *Papiniani*), *decreta, sententiae*. Наконецъ бывали сочиненія съ разнороднымъ содержаніемъ, объемлюція всевозможныя вопросы; они часто назывались греческимъ названіемъ всеобъемлющія *Pandectae*.

ЗАМѢЧАТЕЛЬНЫЕ ЮРИСТЫ.

Дѣятельность юристовъ продолжается только до $\frac{1}{2}$ III вѣка по Р.Х. Этотъ періодъ подраздѣляется на два:

- 1) На времена отъ Августа до Адріана и
- 2) Отъ Адріана до $\frac{1}{2}$ III столѣтія.

А. ШКОЛЫ ИЛИ СЕКТЫ ЮРИСТОВЪ.

Первая половина отъ Августа до Адріана характеризуется существованіемъ двухъ научныхъ направленій, школъ или сектъ юристовъ, *diversae scholae, veluti sectae*), которыя ко временамъ Адріана уже исчезаютъ; эти двѣ школы были: 1-ая Школа Прокуляевцевъ, *Proculeriani* и 2-ая, Сабиньяевцевъ, *Sabiniani*; основателемъ первой былъ *Antistius Labeo*, а основателемъ второй—*Atejus Capito*.

Въ чемъ было различіе между этими двумя школами, мы до сихъ поръ точно сказать не можемъ. Помпоній (§ 47 *de orig. juris*) общимъ образомъ характеризуетъ направленіе обѣихъ школъ, говоря что *Antistius Labeo*, чрезвычайно образованный ученый *multa innovare coepit*, *Capito* же *in his quae ei tradita fuerant perseverabat*. Капитонъ придерживался древняго направленія, т.е. только чисто юридическихъ принциповъ; Лабеевъ же принималъ въ соображеніе различныя новыя начала, напр. экономическія. Такъ напр. въ вопросѣ о *specificatio* или выдѣльванія новаго предмета изъ чужаго матеріала, приверженцы Капитона присуждали вещь тому, чей былъ матеріалъ, а приверженцы Лабеева тому, чья была работа. Мнѣніе Сабиньяевцевъ было послѣдовательнымъ развитіемъ положеній *juris civilis*, такъ какъ основаніемъ выработанной вещи (специфированной) является, матеріалъ, безъ котораго она не могла бы существовать, поэтому матеріалъ есть *res principalis*, главная вещь, а форма, данная матеріалу, имѣетъ второстепенное значеніе *est res accessoria*). Поэтому хозяину матеріала долженъ принадлежать и выработанный предметъ, по правилу *juris civilis: res accessoria semper rem principalem sequitur*. Лабеевъ же въ своемъ мнѣніи выражаетъ новыя начала; онъ придаетъ труду высшее значеніе, и оттого присуждаетъ предметъ спецификанту. Но такъ какъ пониманіе экономическихъ началъ бы-

ло не доступно его современникамъ, онъ долженъ былъ подыскать юридическое подтвержденіе своего мнѣнія и онъ нашелъ его въ теоріи *occupatio rei nullius*. Произведенный предметъ по этой теоріи есть именно *res nova*, въ моментъ окончанія выработки никому не принадлежащій, т.е. *res nullius* (никому не принадлежащая вещь), а какъ таковая вещь дѣлается принадлежащей первому, завладѣвшему ею. Въ данномъ случаѣ этотъ *primus occupans* и есть спецификантъ, слѣдовательно онъ и хозяинъ выдѣланнаго предмета. Другой вопросъ, по которому школы не были согласны, былъ слѣдующій: въ древнемъ правѣ совершеннолѣтіе мужчинъ (для женщинъ издавна было опредѣлено въ 12 л.) не опредѣлялось извѣстнымъ возрастомъ, но опредѣлялось въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по дѣйствительному тѣлесному развитію, по *habitus corporis*, а также по интеллектуальному развитію. Сабиньянцы, которые *in his quae iis tradita fuerant, perseverabant*, придерживались этого древняго правила, которое дѣйствительно строго юридически было совершенно вѣрно. Прокулеянцы же говорили, что погрѣшности, которыя могутъ возникнуть вслѣдствіе опредѣленія одного общаго возраста для совершеннолѣтія, менѣе значительны, чѣмъ тѣ неудобства, съ которыми сопряжено опредѣленіе при каждомъ отдѣльномъ случаѣ, достигло ли извѣстное лицо совершеннолѣтія, или нѣтъ. При опредѣленіи совершеннолѣтія Прокулеянцы потому устанавливали опредѣленное число лѣтъ: за основаніе они приняли семилѣтній періодъ, такъ какъ по воззрѣніямъ греческихъ философовъ чрезъ каждые 7 лѣтъ происходило полное обновленіе челоука въ физическомъ отношеніи; чрезъ каждые 7 лѣтъ каждая частица составлявшая тѣло челоука, замѣнялась, учили они, уже другой. Вслѣдствіе этого Прокулеянцы принимали 7-ми лѣтній возрастъ за окончаніе *infantiae* и съ 14 лѣтняго возраста наступало, по ихъ мнѣнію, совершеннолѣтіе для мужчины; для женщины же оно наступало, согласно съ прежнимъ законодательствомъ, уже съ 12 лѣтъ. Вотъ еще спорный вопросъ между Прокулеянцами и Сабиньянцами, долженъ ли ребенокъ, считаться рожденнымъ живымъ, если родится столь слабымъ, что даже не можетъ кричать, но однако посредствомъ движенія будетъ давать признаки жизни? Сабиньянцы по строго юридической послѣдовательности признавали, что онъ родился живымъ. Прокулеянцы же, чтобы не придавать факту его рожденія слишкомъ разрушительныхъ послѣдствій, требовали, чтобы онъ считался рожденнымъ живымъ только тогда, если по крайней мѣрѣ посредствомъ крика, а не только посредствомъ движеній, подастъ признаки жизни.

И такъ Капитонъ и его послѣдователи *in his quae iis tradita fuerant perseverabant*, другіе же *multa innovare coeperunt*. Прочія отличія, которыя хотѣли принесть этимъ двумъ школамъ, невѣрны, такъ напр. то отличіе, что одна Сабиньянская школа стояла за имперію, другая же Прокулеянская за республику, невѣрно, потому, что напр. мы видимъ, что одинъ изъ главныхъ послѣдователей Атея Капитона *Cajus Cassius Longinus*, былъ республиканецъ по своимъ убѣжденіямъ.

САВИНЬЯНСКАЯ ШКОЛА.

Основателемъ этой школы является: 1) *Atejus Capito*, который въ политическомъ отношеніи былъ приверженцемъ новыхъ порядковъ (имперіи), за что и

былъ награжденъ Августомъ I званіемъ консула; онъ былъ ученикомъ Офілія, друга Цезаря. Капитонъ обладалъ большими познаніями, однако его сочиненія не попали въ Дигесты или Пандекты. Ближайшій послѣдователь Капитона былъ 2) *Massurius Sabinus* (по имени котораго и называется большею частью эта школа *Sabiniani*). Изъ его сочиненій больше всего замѣчательны *Libri tres juris civilis*, которые *Jacobus Gothofredus* считаетъ однимъ изъ *quattuor fontes juris civilis* (см. выше) и которымъ *Massurius Sabinus* закончилъ систематическую обработку древняго гражданскаго права (*jus civilis*). Многие замѣчательные юристы писали примѣчанія, комментаріи къ этому сочиненію, напр. Помпоній (болѣе 30 книгъ), Ульпіанъ (до 50), Павель (до 17) и другіе; выборки изъ этихъ комментаріевъ и составляютъ въ Дигестахъ Юстиніана такъ называемую Сабиньянскую массу. Система, которой держался Массурій Сабинъ, въ общихъ чертахъ была система, принятая Квинтомъ Муціемъ Сцеволой. — Эта система именно представляетъ 4 отдѣла:

I. **TESTAMENTUM ET LEGATA**: сюда же входитъ и вопросъ *de statu liberis*, т.е. объ отпущенныхъ на волю подъ извѣстнымъ условіемъ.

II. ЮРИДИЧЕСКІЯ СДѢЛКИ (*negotia*) *inter vivos* тутъ же напр. *donatio inter virum et uxorem, dotis promissio*.

III. ВОПРОСЪ ОБЪ ОПЕКѢ (*tutela*) IV *furtum, damnum in jura datum*, различныя обезпеченія *cautiones; vindicatio, postliminium* и т.п. 3) *Cajus Cassius Longinus* (по имени котораго Сабиніанцы называются иногда *Cassiani*. Бывшій консуломъ при Тиверіи, намѣстникомъ Сиріи при Клавдіѣ, отправленъ въ ссылку при Неронѣ, потому что былъ однимъ изъ потомковъ Кассія, убійцы Цезаря, возвращенъ изъ ссылки при Веспасіанѣ. Онъ оставилъ большое сочиненіе, *libri juris civilis*, написанное по обыкновенному плану, но съ той разницею, что онъ переставилъ *negotia inter vivos* такъ, что *testamentum, legatum, dos, tutela* слѣдуютъ непосредственно другъ за другомъ, между тѣмъ какъ у Массурія Сабина между первыми и послѣдними двумя стоятъ еще *leges venditionum* (сравни выше). Изъ остальныхъ юристовъ, принадлежащихъ къ Сабиньянской школѣ, мы упомянемъ только о нѣкоторыхъ. 4) *Salvius Julianus*, дѣдъ императора *Didius Julianus*, по матери, онъ былъ преторомъ, два раза консуломъ, *praefectus urbi*; онъ засѣдалъ въ *consilium imperatoris* при Адрианѣ, Пійѣ и *divi fratres* (т.е. Маркѣ Авреліѣ и Луціи Верѣ). По порученію императора Адриана онъ привелъ въ порядокъ и систему магистратскіе эдикты; (*edicti perpetui conditor*). Сальвій Юліанъ имѣлъ громадный авторитетъ. Въ пандектахъ встрѣчается много мѣстъ, выбранныхъ изъ его сочиненій, и сами корифеи римской юриспруденціи ссылаются перѣдко на авторитетъ его, въ подтвержденіе своихъ мнѣній. Главное сочиненіе его составляютъ *Digestorum libri XC*, въ которомъ до 50-й книги, система его согласна съ системой преторскаго эдикта; эта система была положена потомъ въ основаніе *Digestorum*. Императора Юстиніана. Замѣчательные юристы, какъ *Ulpus Marcellus* и *Cervidius Scaevola*, писали къ этому сочиненію Комментаріи.

5) *Sextus Pomponius* современникъ Адриана, одинъ изъ послѣднихъ принадлежавшихъ къ школѣ Сабиньянской. Онъ написалъ извѣстную книгу: *Enchiridii liber singularis*, изъ которой сохранился знаменитый отрывокъ въ Диге-

стахъ въ титулѣ: *de origine juris*, въ которомъ находится очеркъ вѣшной исторіи римскаго права; ему также принадлежалъ *libri ad edictum* (до 80 книгъ) и другія сочиненія. 6) Последній юристъ, о которомъ положительно извѣстно, что онъ принадлежалъ къ Сабиньянской школѣ былъ Гай. Это мы можемъ заключить изъ того, что юристовъ школы Сабиньянской онъ называлъ *postri praesepiores*, а юристовъ школы Прокулеянцевъ, *diversae scholae auctores*. Гай, какъ уже выше было сказано, не имѣлъ *jus respondendi*, и авторитетъ ему придается только въ 426 г. *lege Valentiniana allegatoria*. Изъ сочиненій Гая, изъ которыхъ до 600 мѣстъ включены въ дигесты Юстиніана, особенно замѣчательны: *Institutionum commentarii IV*, о которомъ мы уже говорили подробно. Затѣмъ его *Aureorum seu rerum quotidianarum libri septem*, далѣе комментаріи *ad legem XII tabularum libri sex*, далѣе *ad legem Juliam et Papiam Poppaeam, ad edictum praetoris urbani* и др. Къ школѣ Сабиньянцевъ вѣроятно принадлежали и (Sextus Caecilius) Africanus. Извѣстно его сочиненіе *libri XI quaestionum*, изъ которыхъ много мѣстъ вошли въ *Digesta Юстиніана*, которые особенно замѣчательны по трудности ихъ объясненія и потому названы средневѣковыми учеными *crucis juris consultorum*.

ШКОЛА ПРОКУЛЕЯНЦЕВЪ.

1) Marcus Antistius Labeo (*) основатель этой школы въ политическомъ отношеніи былъ приверженцемъ старыхъ республиканскихъ порядковъ и отказался отъ должности консула, предлагаемой ему Августомъ. Половину года онъ проводилъ у себя въ деревнѣ, занимался писаніемъ сочиненій, другую половину онъ жилъ въ Римѣ и наставлялъ молодыхъ людей, желавшихъ изучать право. Онъ получилъ замѣчательное образованіе, написалъ до 400 книгъ. Сочиненія его однако не сохранились до насъ. Извѣстенъ напр. его комментарій къ зак. *XII tab. libri ad edictum praetoris urbani et peregrini* и др. Изъ послѣдователей Лабейна особенно замѣчат. 2) Marcus Coccejus Nerva—отецъ и 3) сынъ его Nerva filius, о которомъ говорятъ, что онъ уже подавалъ *responsa* въ 17-й лѣтнемъ возрастѣ. Онъ извѣстенъ своимъ сочиненіемъ *de usucapionibus* (о давности). За нимъ идетъ 4) Sempronius Proculus, жившій при императорѣ Клавдіѣ; отъ него школа получила наименованіе Прокулеянцевъ. 5) Pegasus. Школа Прокулеянцевъ иногда, но довольно рѣдко, называлась по его имени школой Пегазіанцевъ (*Pegasiani*). Затѣмъ идутъ: 6) Juventius Celsus отецъ и 7) Publius Juventius Celsus сынъ, который болѣе извѣстенъ чѣмъ его отецъ (подобно тому, какъ Катонъ сынъ, какъ юристъ, былъ болѣе извѣстенъ, чѣмъ его отецъ). Publius Juventius Celsus filius былъ преторомъ при императорѣ Нервѣ и при слѣдующихъ императорахъ былъ два раза консуломъ и членомъ въ *consilium principis*. Онъ былъ извѣстенъ какъ глубокомысленный юристъ, былъ точенъ и даже рѣзокъ въ выраженіяхъ. Такъ вслѣдствіе одного рѣзкаго отвѣта, даннаго имъ нѣкому Доміцію, на его глупый вопросъ, вошло даже въ обыкновеніе рѣзкій отвѣтъ называть *responsio Celsina*, а глупый вопросъ *quaestio Domitiana* (*Dig. bib. 28 tel. 1 fr. 27*). Изъ сочиненій извѣстны *libri XXIX Digestorum*. Кромѣ того изъ

(*) См. сочиненіе: Pernice: M. Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit т. I 1873 г. т. II 1878.

Прокулеянцевъ замѣч. 8 *Neratius Priscus*, котораго, говорятъ, Траянъ хотѣлъ назначить своимъ наследникомъ на императорскій престолъ.

2. ЮРИСТЫ НЕ ПРИНАДЛЕЖАВШЕ КЪ ШКОЛАМЪ.

Переходимъ теперь къ юристамъ, которые не принадлежали ни той, ни другой школѣ. Изъ нихъ особенно замѣчательны *Ulpus Marcellus*, который засѣдалъ при Маркѣ Афреліѣ въ консиліумѣ, а при Коммодѣ былъ извѣстнымъ полководцемъ въ Британіи и такимъ образомъ, былъ въ одно и то же время извѣстнымъ юристомъ и замѣчательнымъ полководцемъ. Изъ его сочиненій извѣстны *Digestorum libri XXX*, по эдиктальной системѣ, *commentarii ad legem Juliam et Pap. Poppaeam*, и др.

Gnaeus Cervidius Scaevola, который уже при Антонинѣ Кроткомъ былъ въ *consilium*'ѣ, былъ учителемъ Септимія Севера (впослѣдствіи императора) и знаменитаго юриста Папиніана и дѣйствовалъ еще при Коммодѣ и Северѣ. Изъ его сочиненій замѣчательны: *Digestorum libri XI* (по эдиктальной системѣ, т. е., системѣ Юліана, которая такимъ образомъ, имѣла чрезвычайное значеніе), *libri VI responsorum* и *libri XX quaestionum*. Перейдемъ теперь къ корифеямъ римской юриспруденціи. Объ Гаѣ мы уже говорили выше и поэтому начнемъ прямо съ Папиніана 1. Папиньянъ, *Aemilius Papinianus* занималъ высшія государственныя должности. Онъ началъ службу, какъ *advocatus fisci* (должность нѣсколько соответствующая нашей прежней прокурорской), при Септиміѣ Северѣ достигъ высшей государственной должности *praefectus praetorio* и въ 212 году былъ убитъ по приказанію императора Каракаллы, за то, что отказался изобресть какую нибудь софистическую уловку, чтобы оправдать убіеніе Каракаллой своего брата Геты. Папиньянъ на его требованіе отвѣчалъ, что легче совершить братоубійство, чѣмъ его оправдать, за что и долженъ былъ поплатиться своею жизнью. Папиньянъ пользовался авторитетомъ преимущественно передъ всѣми прочими юристами, благодаря не только своему замѣчательному знанію права, но и своимъ превосходнымъ нравственнымъ качествамъ; его справедливо часто называютъ въ источникахъ *homo excelsi, ingenii, acutissimi, summi ingenii, mente ante omnes excellens* и т. п. Справедливость того, что онъ говоритъ, Папиньянъ подтвердилъ своею смертію. Послѣдующіе императоры ставили Папиньяна такъ высоко, что напримѣръ, Константинъ однимъ изъ своихъ законовъ запретилъ *propter honorem splendidissimi viri Papiniani* употреблять въ судахъ *notae Marciani, Pauli* и *Ulpiani*, къ Папиньяну, хотя эти юристы пользовались вообще большимъ уваженіемъ; но Папиньянъ, по мнѣнію императора, стоитъ такъ высоко надъ ними, что ихъ комментаріи могутъ только затмить, а не пояснить смыслъ словъ Папиньяна. Его сочиненія до насъ не дошли, и мы знаемъ его только по отрывкамъ, помѣщеннымъ въ Дигестахъ Юстиніана и въ другихъ комментаріяхъ. Сочиненія Папиньяна имѣли характеръ казуистическій и излагали новую практику судовъ; вслѣдствіе сего его сочиненія и изучались въ юридическихъ училищахъ на 3 курсѣ, и находящіеся на этомъ курсѣ слушатели назывались *Papianistae* (см. ниже). Изъ сочиненій Папиньяна намъ болѣе извѣстны *libri quaestionum, libri II, definitionum, libri responsorum*. 2) *Domitius Ulpianus*, происхожденіемъ изъ города Тира въ Финикіи. Онъ дѣйствовалъ уже при Септиміѣ Се-

верѣ, быть отправленъ въ заточеніе при Каракаллѣ; въ правленіе юнаго Александра Севера, сдѣланъ *praefectus praetorio* и наконецъ въ 228 г. послѣ Р. Хр. убитъ преторіанцами во время возмущенія. Сочиненія Ульпіана можно раздѣлить на 3 класса, 1. сочиненія, сохранявшіяся въ подлинникѣ, какъ напр., *liber singularis regularum*, извѣстный подъ именемъ *Fragmenta Ulpiani*. 2. Сочиненія эксцерпированныя въ Дигестахъ Юстиніана, какъ напр., *libri de jure civili, libri ad Sabinum, libri ad Edictum*.

Комментаріи къ законодательнымъ постановленіямъ: *ad legem Juliam et Papiam Poppaeam, ad legem Juliam de adulteriis, ad legem Aeliam Sentiam* и другія многія монографіи, напр., объ различіяхъ должностныхъ лицъ. 3. Сочиненія, которыя намъ извѣстны по указаніямъ, которыя на нихъ дѣлаютъ другіе юристы напр. *Pandectarum libri* и др. Выборки изъ сочиненій Ульпіана и Павла составляютъ почти $\frac{2}{3}$ всѣхъ Дигестовъ. Въмѣстѣ съ Папиньяномъ и Ульпіаномъ въ *consilium* императора засѣдалъ и другой весьма замѣчательный юристъ Юлій Павелъ.

ЮРІЙ ПАВЕЛЬ, современникъ Ульпіана, родомъ, вѣроятно, изъ Падуи при Септиміи Северѣ былъ уже въ совѣтѣ императора и былъ, какъ и Ульпіанъ, ассесоромъ въ совѣтѣ Папиніана (бывшаго тогда *praefectus praetorio*). При Северѣ Александрѣ онъ самъ сдѣлался *praefectus praetorio*. Хотя онъ написалъ болѣе сочиненій, чѣмъ Ульпіанъ, однако мы имѣемъ въ Пандектахъ вдвое менѣе мѣстъ изъ него, чѣмъ изъ Ульпіана. Это объясняется тѣмъ, что Юлій Павелъ былъ родомъ изъ Западной части Имперіи и потому пользовался на Востокѣ меньшимъ авторитетомъ, чѣмъ Ульпіанъ. Наоборотъ, мы видимъ, что въ сборникъ составленный на Западѣ, входятъ сочиненія Павла, Ульпіана же не входятъ (такъ, именно въ *breviarium Alaricianum* входитъ сочиненіе Павла «*Receptarum Sententiarum*» (*libri V*). Изъ многочисленныхъ сочиненій Юлія Павла замѣчательны слѣдующія.

1) Изъ непосредственно сохранившихся сочиненій *Receptarum Sententiarum libri V ad filium* (о системѣ этого сочиненія см. выше), *Regularum libri*, составленныхъ, по видимому, по системѣ Гая. Начало этого сочиненія подъ заглавіемъ *fragmentum de juris speciebus et de manumissionibus* (о различныхъ видахъ права и объ отпущеніи рабовъ на волю, который и помѣщенъ въ сборникѣ Huschke). 2) Изъ сохранившихся въ Пандектахъ различныя сочиненія по *jus civile*, напр., *ad Sabinum libri* и др., комментаріи къ вѣкоторымъ юристамъ, напр. къ Лабелону, къ Сцеволѣ, къ Папиньяну (эти послѣднія были впоследствии запрещены Константиномъ (см. выше) *ad legem Juliam et Papiam Poppaeam* и др., кромѣ того, Юлій Павелъ написалъ многія монографіи (*libri singulares*) по различнымъ вопросамъ: объ источникахъ права, о государственномъ управленіи, о различныхъ предметахъ частнаго права (семейномъ, обязательственномъ, наследственномъ). *Heremius Modestinus*, ассесоръ въ совѣтѣ Ульпіана выставляется также въ *lex allegatoria*, какъ одинъ изъ замѣчательнѣйшихъ юристовъ. Въ Дигестахъ Юстиніана не такъ много мѣстъ изъ его сочиненій, какъ изъ сочиненій другихъ юристовъ (припомнимъ, напр., его опредѣленіе брака). Изъ его сочиненій наиболѣе замѣчательны: *Pandectarum libri* и *Responsorum libri*.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО ЮСТИНИАНА.

Мы перейдемъ прямо къ гражданскому праву временъ императора Юстиніана, не останавливаясь специально на гражданскомъ правѣ предшествующаго времени Имперіи, потому что въ Юстиніановомъ законодательствѣ, развившемся уже вполнѣ, мы видимъ полное развитіе новыхъ началъ, введенныхъ *jure gentium*.

ИСТОЧНИКИ.

Источниками являются законоположенія самаго Юстиніана, сборникъ его императорскихъ постановленій и положеній римскихъ юристовъ. Эти сборники получили общее названіе *corpus juris civilis*. Діонисій Готофредъ (отецъ Іакова Готофреда) этимъ названіемъ противопологаетъ *Corpus juris Civilis* такъ называемому *Corpus juris canonici*.

Въ это *Corpus juris civilis* вошли *Digesta* (*Codex juris enucleati*) составленные изъ выписокъ изъ сочиненій римскихъ юристовъ. Послѣ составленія сборника императорскихъ постановленій (*Codex*) была въ 530 г. собрана коммиссія подъ предсѣдательствомъ Трибоньяна; въ 533 году труды этой коммиссіи были окончены и Дигесты были изданы одновременно съ *Institutiones* 21-го Ноября 533 г. Внѣшнее дѣленіе Дигестъ было на 50 книгъ *libri*), которыя дѣлились на титулы, титулы — на фрагменты или *leges*. Только 30, 31 и 32 книги, имѣющія общее содержаніе *de legatis* и *fidei commissis*, не раздѣлены на титулы, а прямо на фрагменты. Дигесты представляютъ собой сборникъ положеній и мнѣній римскихъ юристовъ.

Эти *responsa*, по разнообразнымъ частнымъ случаямъ, представляютъ иногда большія противорѣчія, не смотря на то, что Юстиніаномъ была направлена дѣятельность коммиссіи именно на уничтоженіе противорѣчій: Юстиніанъ считалъ, однако, свои Дигесты окончательно выработанными. Въ началѣ cadaго фрагмента, какъ заглавіе, находится *inscriptio*, т. е. указаніе на юриста, изъ сочиненій котораго заимствованъ фрагментъ и указаніе самаго сочиненія, затѣмъ идетъ текстъ, который при большихъ фрагментахъ раздѣленъ на *principium* и параграфы. Прежде недоумѣвали, чѣмъ руководствовались члены коммиссіи при распредѣленіи фрагментовъ отдѣльныхъ юристовъ, напр., приводились мнѣнія Палиньяна, Гая, Ульпіана, потомъ опять Палиньяна.

Только въ новѣйшее время профессоръ Блюме выразилъ слѣдующее мнѣніе при составленіи Пандектъ было раздѣленіе труда, принявъ въ расчетъ слѣдующія три группы источниковъ:

1) *Jus civile*, окончательно разработанное въ *libri tres juris civilis* *Masurius Sabinus*, такъ что все, явившееся потомъ были лишь комментаріи къ этимъ *libri tres*. Собраніемъ сочиненій Сабина и комментированіемъ его и занялась одна часть коммиссіи.

2) Преторскій эдиктъ и комментаріи къ нему (*Servus Sulpicius Rufus*, *Ulpianus* и др.). Во II вѣкѣ во время императора Адриана и по его порученію *Salvius Julianus* дополнилъ преторскій эдиктъ и редактировалъ его, приведя въ окончательную систему.

3) Новѣйшая юридическая практика (представитель ея Папиньянъ). И такъ было 3 части: Сабиньянская, Эдиктальная и Папиньянская. Въ изданіи Дигестъ братьевъ Кригель подь отдѣльными фрагментами стоятъ буквы S. E. P.: смотря потому, откуда они заимствованы. При этомъ въ Дигестахъ эти 3 источника размѣщены въ хронологическомъ порядкѣ: въ началѣ S — первая появившаяся — затѣмъ E и наконецъ P. Другое дѣленіе Дигестовъ: внутреннее, по ученіямъ или отдѣламъ права. Юстиніанъ говорилъ, что Дигесты заключаютъ въ себѣ: *septem partes ad similitudinem edicti perpetui*. Порядокъ изложенія процессуальный или исковой. Первая часть (отъ 1—4 кн.) *prima pars*,

по гречески, заключаетъ въ себѣ общія положенія гражданскаго права. Напримѣръ, 1 книга содержитъ ученіе объ источникахъ, тутъ же 2-ой титулъ *de origine juris*, о лицахъ физическихъ и т. п. Вторая часть (отъ 5—11 книги) названа по заглавію перваго титула 5-ой книги *pars de iudiciis*. Разсматриваетъ она, такъ называемое нынѣ, вещное право (право собственности, сервитуты). Система здѣсь процессуальная, такъ мы не найдемъ ученія о собственности въ титулѣ, говорящемъ объ искѣ, о собственности (*rei vindicatio*), ученіе о добросовѣстномъ владѣніи въ титулѣ о *Publiciana in rem actio*.

Третья часть (отъ 12—19 кн.) *de rebus creditis* названа по началу 12-ой книги. Тутъ разсматриваются обязательственныя отношенія изъ матеріальныхъ контрактовъ, но опять не самостоятельно, а по поводу исковъ; напр., понятіе обязательственномъ отношеніи *locatio conductio* мы находимъ въ фраг. *de actione locati*. Четвертая часть (отъ 20—27 книги) названа Юстиніаномъ *Umbilicus pandectarum* (середина пандектъ). Тутъ находятся самыя разнообразныя предметы ученія: о бракѣ, о закладномъ правѣ, объ опекаѣ, о доказательствахъ. Пятая часть (отъ 28—35 кн.). Содержаніе ея болѣе определенное *pars de testamentis*: въ эту часть входятъ книги 30, 31 и 32 (*de legatis et fideicommissis*). Шестая часть (37—44 кн.) содержитъ разнообразныя ученія, но главнымъ образомъ наследованіе по закону. Седьмая часть (отъ 45—50 кн. включительно) опять таки содержитъ разнообразныя ученія: право военныхъ сословій, право государственной казны. Мы должны замѣтить 67 и 48 книгу; онѣ содержатъ уголовное право: *de poenis, de furtis, etc.* Юстиніанъ называетъ эти книги: *libri terribiles*. Также особенно замѣчательны два послѣдніе титула 50 кн. 16 титулъ *de verborum significatione*, это какъ бы краткій юридическій лексиконъ, тутъ юристы объясняютъ различныя юридическія термины, напр., *praedia rustica, urbana etc.* и 17 титулъ *de diversis regulis juris antiqui*, содержащій въ себѣ нѣкоторыя общія юридическія правила.

Въ Дигестахъ нельзя найти общихъ юридическихъ правилъ, юридическія начала находятся тамъ въ видѣ рѣшеній отдѣльныхъ случаевъ; поэтому и важенъ 17-й титулъ 50-й книги Дигестъ. Сохранилось нѣсколько рукописей Дигестъ. Извѣстно особенно такъ называемое *lectio florentina* (хранившаяся прежде въ Пизѣ, потомъ была перенесена въ Амальфи, теперь же находится во Флоренціи) затѣмъ *lectio vulgata* (все остальные рукописи) Мы находимъ въ лучшихъ изданіяхъ ссылки на обѣ эти рукописи между которыми встрѣчаются противорѣчія.

Во времена глоссаторовъ въ XII ст. явилось еще одно дѣленіе Дигестъ на

три части:

- 1) *Digestum vetus* (1 — 24 кн. tit.).
- 2) *Digestum infortum* (отъ 24— 37 кн.—усиленный).
- 3) *Digestum novum* (отъ 37— 50 кн.).

Это дѣленіе научнаго значенія не имѣетъ и чисто случайно. Ирнеріусъ , первый глоссаторъ, нашелъ сначала отъ 1—24 кн. 2-го титула, потомъ отъ 38—50 кн., и наконецъ промежуточные книги. Вторымъ источникомъ Юстиніанова законодательства служить сборникъ императорскихъ постановленій, *constitutiones*, какъ самаго Юстиніана, такъ и до него бывшихъ императоровъ. Сборникъ этотъ вышелъ двумя изданіями: въ 529 г. и получилъ названіе *codex vetus* и въ 534 г. *Codex repetitae praelectionis*. Это послѣднее получило законную силу чрезъ *constitutio, cordi nobis*. Этотъ сборникъ дѣлится на 12 книгъ, изъ которыхъ 9 только изъясняемыхъ глоссаторами имѣли силу закона на западѣ, такъ какъ существовало правило *quod non agnoscit glossa, non agnoscit curia*. Книги дѣлятся на титулы, а титулы на *constitutiones*, причемъ послѣднія расположены въ хронологическомъ порядкѣ. Въ началѣ каждой *constitutio* находится *inscriptio*, т. е. предисловіе, въ которомъ упоминается императоръ, издавшій законъ, а потомъ, такъ какъ всѣ почти *constitutiones* были *rescripta* (отвѣты на запросы,), то тутъ же помѣшалось и лицо, на чей запросъ дана *constitutio*. Тутъ система почти та, что въ *digestaxъ*, но съ слѣдующимъ важнымъ отступленіемъ: въ первыхъ титулахъ говорится о каноническомъ правѣ христіанской церкви, ибо во время составленія кодекса Римляне уже были христіанами. Далѣе источникъ *institutiones Imperiales*, которыя по примѣру институцій Гая раздѣлялись на 4 книги. Первый титулъ говоритъ объ источникахъ права, остальные раздѣлены на 3 отдѣла на основаніи того, что *omne jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. Этотъ учебникъ изданъ Юстиніаномъ 21-го Ноября 533 года и былъ объявленъ имѣющимъ силу закона. Послѣ же былъ изданъ упомянутый выше *codex repetitae praelectionis*. Юстиніанъ жилъ еще 20 лѣтъ и издавалъ постановленія, которыя называются новеллами, *novellae*. Изъ нихъ нѣкоторыя имѣли существенное значеніе. Напр., 118 новелла совершенно измѣнила порядокъ наслѣдованія *ab intestato*. На основаніи ея рядомъ съ гражданскими родственниками, т. е. агнатами *ex jure civili*, приываются къ наслѣдованію и *cognati*, т. е. кровные родственники.

Юстиніанъ самъ не успѣлъ собрать новеллъ въ одинъ сборникъ, а онѣ были изданы послѣ смерти частными лицами. Извѣстны три собранія такихъ новеллъ:

1) *Epitome Justinī* заключаетъ 124 новеллы на латинскомъ языкѣ. Юстиніанъ писалъ новеллы по большей части по гречески, ибо въ его времена въ Византіи греческій языкъ былъ господствующимъ. Профессоръ Константинопольскаго училища Правовѣдѣнія, Юліанъ сдѣлалъ изъ 124 новеллъ извлеченія на латинскомъ языкѣ. 2) Греческій текстъ заключаетъ 168 новеллъ; не всѣ эти новеллы принадлежатъ Юстиніану, нѣкоторыя изъ нихъ изданы его преемниками: Юстиномъ II и Тиверіемъ II. 3-й сборникъ заключаетъ въ себѣ 134 новеллы въ латинскомъ переводѣ и представляетъ не извлеченіе, а подстрочный переводъ. Глоссаторы объясняли эти 134 новеллы и перевели ихъ на латин-

скій языкъ. Этотъ сборникъ получилъ названіе *Authenticum* или *liber authenticum*, такъ какъ полагали, что это былъ латинскій переводъ сдѣланный самимъ законодателемъ. Всѣ эти источники глоссаторами издавались вначалѣ порознь. Затѣмъ начали ихъ издавать въ 5 томахъ вмѣстѣ. 1) *Digestum vetus*, 2) *Digestum infortiatum* 3) *Digestum novum*, 4) 9 книгъ кодекса Юстиніана и 5) *volumen parvum* содержалъ: *Institutiones Novellae* и 3 остальные книги кодекса. Къ такимъ изданіямъ всегда прибавлялись глоссы.

До XIII в. Римское право изучали но согласно какой либо системѣ, а довольствовались только толкованіемъ отдѣльныхъ законоположеній. Когда эти толкованія и замѣчанія были немногочисленны, то ихъ писали строками, *glossa interlinearis*, потомъ ихъ стали писать на поляхъ *glossa marginalis*. Въ половинѣ XIII столѣтія въ 1262 г. глоссаторъ Акурсеій составилъ сводъ своихъ толкованій и глоссъ предшествовавшихъ ему толкователей подъ именемъ *glossa ordinaria*. Эта то глосса Акурсеія и встрѣчается въ древнихъ изданіяхъ источниковъ права временъ Юстиніана, которое тогда еще не носило общаго названія *corpus juris civilis*. Въ XVII ст., Діонисій Готофредъ сталъ издавать эти источники подъ именемъ *corpus juris civilis* и уже безъ глоссъ.

Изъ новѣйшихъ изданій наиболѣе распространено изданіе Кригелія въ трехъ томахъ.

1) *Institutiones et Digesta*. 2) *Codex*. 3) *Novellae* по всѣмъ тремъ сохранившимся рукописямъ.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

Главная черта этого періода есть преобладаніе *juris gentium*, проводникомъ котораго вначалѣ, какъ и въ предъидущій періодъ являлся преимущественно преторскій эдиктъ. Рядомъ съ установленіями *juris civilis* появляются институты *juris praetorii*.

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО. БРАКЪ.

Главнымъ началомъ связывающимъ членовъ семьи, является въ этомъ періодѣ не культъ и не юридическая власть отца, а кровное родство (§ 4 fr. 195 Ул. D. Verb. Singn.).

БРАКЪ. Появляется новая форма брака, *matrimonium in justum* или *ex jure gentium* въ противоположность *matrimonium justum, ex jure civili*. Отличіе ихъ состоитъ въ томъ, что предположенія при *matrimonium in justum* менѣе строги: для вступленія въ него требуется *ius connubiі* въ этотъ бракъ можетъ вступать всякій свободный челоѣкъ. Но и послѣдствія брака *ex jure gentium* менѣе сильны. При бракѣ *ex jure gentium* дѣти слѣдуютъ не состоянію отца, а состоянію матери, *partus sequitur ventrem*, и не подпадаютъ подъ *patria potestas* своего отца.

КОНКУБИНАТЪ

Накопецъ, *ex lege Julia et Papia Poppaea* былъ введенъ конкубинатъ, который есть моногамическая связь (въ противоположномъ случаѣ это будетъ *stuprum*), но при этомъ сожитіи жена не получаетъ того почетнаго положенія, ко-

торое имѣть жена ex iusto matrimonio, она не имѣетъ того, что Римляне называли honor maritatis, дѣти также не слѣдуютъ состоянію отца и не находятся съ нимъ въ прямой юридической связи. При конкубинатѣ общаго права наследованія дѣтей за отцомъ, нѣтъ, потому что юридическая связь признается только между матерью и дѣтьми. Дѣти, происшедшія изъ конкубината называются liberi naturales и имѣютъ слѣдующія преимущества передъ незаконнорожденными: 1) они могутъ требовать отъ своего отца а limenta, т. е. средствъ къ пропитанію. 2) Могутъ быть узаконены черезъ legitimatio, которая невозможна для дѣтей незаконнорожденныхъ. Вотъ различные способы legitimatiois

1) Legitimatio Constantinea, введенная Константиномъ Великимъ или legitimatio persubsequens matrimonium (дѣти рожденные отъ конкубината, узаконялись черезъ послѣдующее заключеніе законнаго брака, между ихъ родителями, такимъ образомъ, заключеніе брака имѣетъ обратную силу.

2) Legitimatio Theodosiana установленная Θεодосіемъ II или rescu arĩa или percuriae oblationem (она происходила въ видѣ вознагражденія за услуги, напр., если незаконнорожденный назначался въ декуріоны или члены городского совѣта, должность, отъ которой всѣ старались уклониться по причинѣ ея большой отвѣтственности).

3) Legitimatio Justiniana, введенная Юстиніаномъ или per rescriptum principis.

Эти три способа legitimatiois были примѣнены только къ liberi naturales, но не къ другимъ внѣбрачнымъ дѣтямъ или незаконнорожденнымъ въ собственномъ смыслѣ. Императоръ Юстиніанъ далъ даже liberis naturalibus известное право на наследованіе ab intestato, а именно на 6 часть имущества и этимъ уничтожилъ тотъ принципъ, что при конкубинатѣ между отцомъ и дѣтьми нѣтъ никакой юридической связи. Конкубинатъ былъ введенъ для того, чтобы доставить возможность бракоподобнаго, моногамическаго сожитія людямъ, которые не имѣютъ средствъ вступить въ iustum matrimonium потому должны были воздерживаться отъ брака (такъ какъ вслѣдствіе распространенія роскоши, мужу содержаніе своей жены соотвѣтственно своему сану и положенію въ свѣтѣ стоило весьма много).

Наконецъ по lex Julia et Papia Poppaea конкубинатъ допускался между лицами, между которыми бракъ былъ запрещенъ какъ напр., между лицами сенаторскаго званія и вольноотпущенницами или актрисами.

ВЛАСТЬ МУЖА НАДЪ ЖЕНОЮ.

Manus, какъ юридическая власть мужа надъ женою, совершенно исчезла, такъ какъ прежній фамильный бытъ совершенно подчинился государственнымъ началамъ и отецъ семейства считался въ томъ же смыслѣ главою семьи какъ и теперь.

ОТНОШЕНІЯ МЕЖДУ РОДИТЕЛЯМИ И ДѢТЬМИ.

Они измѣнились также, какъ измѣнились отношенія между мужемъ и женою. Авторитетъ матери сталъ подобнымъ авторитету отца; это произошло вслѣдствіе того, что положеніе женщины съ уничтоженіемъ manus вообще

стало болѣе самостоятельнымъ; поэтому мы находимъ напр., что дѣти обязываются почетомъ и уваженіемъ къ обоимъ родителямъ.

Но всетаки юридической власти матери надъ дѣтьми неявилося: мы не находимъ какой нибудь *matria potestas*, а только одну *patria potestas*, которая однако съ ослабленіемъ фамилнаго начала подверглась сильнымъ измѣненіямъ.

PATRIA POTESTAS.

ПРАВО НА ЛИЧНОСТЬ СЫНА.

1. *Jus vitae ac necis* совершенно исчезло, осталось только *jus modice* или *leviter castigandi* право умѣренного дисциплинарнаго наказанія. Если сынъ совершилъ поступокъ, достойный болѣе строгаго наказанія или даже смертной казни, то отецъ не долженъ дѣйствовать самоуправно, а долженъ обратиться къ государственной власти.

2. *Jus pohaé dandi* измѣнило свое значеніе и сохранило его только какъ отдача услугъ сына другому. *Jus vendendi* совершенно исчезло въ своемъ реальномъ значеніи Императоръ Константинъ сохранилъ это право только въ одномъ случаѣ: затѣмъ продажа сохранилась только *dicis causa* для вида) при различныхъ актахъ, напр. при *emancipatio*, *in adoptionem datio* и т.п. когда при посредствѣ мнимой продажи совершалось измѣненіе отцовской власти. По постановленію же Константина родители, если были въ нищетѣ, могли продать новорожденное (*sanguino lentus*) дитя, но и за родственниками проданнаго и за нимъ самимъ (когда онъ достигнетъ совершеннолѣтія) всегда оставалось право выкупа. Дѣти какъ выше было замѣчено обязаны одинаковымъ уваженіемъ *obsequio* и *reventia* обоимъ родителямъ, это юридически выразилось въ томъ, что 1) не могутъ вовсе вчинять противъ родителей исковъ, влекущихъ за собою гражданское безчестіе, *infamia*, 2) остальные иски могутъ вчинять только съ особеннаго разрѣшенія претора, 3) если воспослѣдуетъ судебное рѣшеніе противъ родителей въ пользу сыновей, то при взысканіи съ родителей имъ нужно оставлять средства нужныя для существованія *ne egeant*, т.е. родители пользуются такъ называемымъ *beneficium competentiae*.

ПРАВО НА ИМУЩЕСТВО СЫНА.

По древнему праву дѣти, какъ *alieni juris*, не могли имѣть ни какой собственности, но мало по малу вводились различнаго рода *peculia*, которыя доставляютъ дѣтямъ это право 1) Прежде всего было введено импер. Августомъ *peculium castrense*, по которому полною собственностью *filius familias* является все то, что онъ получилъ по поводу военной службы или отъ своего отца въ видѣ экипировки) или при раздачѣ военной добычи и т.п. *quoad peculium castrense filius familias pro patre familias habetur*). Это имущество сохраняетъ однако названіе *peculium*, потому что если сынъ умретъ безъ завѣщанія, то это имущество переходитъ въ собственность отца, *jure peculii*, а не *jure hereditatis*.

2) Когда при Константинѣ Великомъ было проведено отдѣленіе должно

стей военныхъ отъ гражданскихъ, то было введено и *peculium quasi castrense* имущество получаемое сыномъ по поводу службы гражданской, а впоследствии и духовной.

3) Наконецъ появилось и такъ называемое новѣйшими учеными *peculium adventitium* (по аналогіи съ *dos adventitia*), т.е. имущество полученное сыномъ отъ матери, родственниковъ матери и т.п., т.е. вообще имущество, полученное не отъ отца.

4) *Peculium quod ex substantia patris profectum est* — называютъ *peculium profectum* (также по аналогіи съ *dos profecticia*). *Peculium adventitium* считалось въ собственности *filio familias* но *durante patria potestate* отцу принадлежали въ этомъ имуществѣ *ususfructus* и *administratio*, т.е. пользование и управление. Отцы стали избѣгать *emancipationem*, чтобы не лишиться ея *ususfructus et administrationis* этого имущества, вслѣдствіе этого отцу было позволено при эманципации своего сына взять себѣ $\frac{1}{3}$ *peculii adventicii*, какъ *praemium emancipationis* въ полную собственность (*dominium*). По Юстиніанову праву отецъ въ видѣ *praemium emancipationis* сохранялъ только *usum fructum*, *peculium adventitium*. Такимъ образомъ мы видимъ, что общимъ правиломъ въ новѣйшемъ римскомъ правѣ является совершенно обратное прежнему: прежде *filius familias* не могъ по правилу, имѣть собственность и являлся хозяиномъ имущества только въ исключительныхъ случаяхъ сначала только при (*peculium castrense*), теперь же имущество *filii familias* является вообще въ его собственности и исключеніе составляетъ только такъ называемое *peculium profectivum*. Мы должны остановиться на одномъ очень любопытномъ вопросѣ. Въ древнія времена отецъ и сынъ представляли относительно пріобрѣтенія какъ бы одно лицо — *unitas personarum*. Прежде сынъ, какъ *homo alieni juris*, является только органомъ своего отца на основаніи двухъ правилъ. 1) *homo alieni juris nihil suum habere potest* и 2) *adquirimus non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate, manu mancipio habemus*. Слѣдовательно всякое пріобрѣтательное дѣйствіе *homo alieni juris* шло въ пользу его властелина. Но тутъ было несоотвѣтствіе, такъ какъ властелинъ *hominis alieni juris*, пріобрѣтая черезъ него различныя права, не былъ отвѣтственнымъ за сдѣлки имъ заключенныя, т.е. не принималъ черезъ него обязанности *fr. 133 Dig. de R. J. 50, 17. Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest* т.е. наше положеніе можетъ сдѣлаться лучшимъ черезъ рабовъ, но не можетъ ухудшиться. (Тоже самое относится и къ *filius familias*, который (какъ видно изъ инст. *Just. Tit. 7. 4* -ая книга *pr.*) разсматривается въ этомъ отношеніи подобно рабамъ. Это правило противорѣчило *aequitati*, (ея объективно уравнивающему направленію) и общему правилу *ubi est emolumentum, ibi et onera esse debent*. Вслѣдствіе этого преторское право ввело извѣстную отвѣтственность властелина по поводу сдѣлокъ, заключенныхъ подвластными (*Dig. кн. 15 т. 23, 4 т. Just. 4 к. 7 т.*), посредствомъ такъ называемыхъ *actiones adjecticiae qualitatis*, а именно: противъ отца или хозяина можетъ быть вчиненъ искъ по поводу подчиненнаго ему лица въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Если властелинъ даетъ подчиненному ему лицу прямое приказаніе на заключеніе той или другой сдѣлки. Въ этомъ

случаѣ противъ хозяина можетъ быть вчиненъ искъ, который называется *actio quod jussu* (Gajus IV § 78) 2) Если отецъ или хозяинъ назначеніемъ сыну или рабу *peculium*'а какъ бы даетъ ему молчаливую довѣренность или приказаніе, *tacitus jussus* на совершеніе извѣстныхъ сдѣлокъ; но въ этомъ случаѣ хозяинъ отвѣтствуетъ только *peculio tenus*, т.е. въ размѣрѣ *peculium*'а и противъ него можетъ быть вчиненъ *actio de peculio*. 3) *Actio tributoria* если отецъ назначилъ сыну *peculium* исключительно для торговыхъ цѣлей (*merx peculiaris*), то въ случаѣ иска противъ сына, если онъ отцу долженъ, отецъ получаетъ одинаковую часть со всѣми кредиторами (*pro rata parte*) такъ какъ долгъ этотъ между ними *distributum est*. Такимъ образомъ *actio tributoria* представляетъ для отца меньше выгоды, чѣмъ *actio de peculio*, гдѣ отецъ получалъ назадъ свою часть (см. Gajus IV § 72). 4) *Actio de in rem verso*. Если подчиненный дѣйствовалъ по собственному побужденію, не по порученію властелина, но все таки въ его интересахъ, такъ что властелинъ, не вѣдая, самъ, успѣлъ воспользоваться результатами дѣятельности подчиненнаго и извлекъ изъ нея выгоды, то противъ властелина можно возбудить *actio de in rem verso*, по которому властелинъ долженъ будетъ отвѣтить потому что часть выгоды *in dominium ejus versum est*, а между тѣмъ *nemo cum alterius damno locupletior fiat*. Черезъ это принятіе выгоды въ свою пользу онъ представляется также изъявителемъ *taciti jussu* или *consensus* (Gajus IV § 73).

5) *Actio exercitoria*; по этому иску взыскивается съ властелина— *exercitor* (владѣющаго кораблемъ) по поводу дѣйствій подчиненнаго *magistri navis* т.е. лица завѣдывающаго хозяйственною частью на кораблѣ (Gajus IV § 71).

6) *Actio institoria* по поводу дѣйствій лица подчиненнаго, назначеннаго въ должность *institor*, т.е. прикащика въ лавкѣ (*taberna*). Эти два послѣдніе иска важны въ томъ отношеніи, что въ нихъ въ первый разъ въ Римскомъ правѣ проявляется понятіе представительства такъ какъ *Magister navis* и *institor*, какъ бы вполне представляютъ своихъ властелиновъ.

Эти иски получили у новѣйшихъ ученыхъ названіе *actiones adjecticiae qualitatis*, потому что при подачѣ ихъ къ названію вчиняемаго иска прибавляется поясненіе повода, по которому онъ вчиняется, напр., *actio venditi quod jussu*, или *actio empti de peculio* или *de in rem verso*. Эти то *actiones* и уничтожили ту несправедливость, которая была въ древнихъ законоположеніяхъ и измѣнили ихъ приведя въ соотвѣтствіе съ правиломъ *ubi est emolumentum, ibi onera et esse debent*.

ВОЗНИКНОВЕНІЕ И ПРЕКРАЩЕНІЕ ОТЦОВСКОЙ ВЛАСТИ.

Относительно этихъ вопросовъ въ III періодѣ произошли нѣкоторыя измѣненія: I. Установленіе отцовской власти. Способами установленія ея были 1) *procreatio* отъ законнаго брака, (который былъ дозволенъ теперь между всѣми свободными лицами); законнымъ ребенкомъ считался рожденный не ранее чѣмъ на 7-й мѣсяцъ послѣ заключенія брака. 2) *Adoptio*, усыновленіе, въ двухъ формахъ

а) *Arrogatio*, т.е. *adoptio hominis sui juris*, которое совершается теперь *auctoritate principis* т.е. высшей государственной власти императора. Относительно *arrogatio impuberum* (несовершеннолетних) являются особенные постановления § 3 *Inst. I, II*. Для такой *arrogatio* требуется: α) исследование (*causae cognitio*) преторомъ, на честныхъ ли основаніяхъ производится *arrogatio* и полезна ли она усыновляемому. β) Обязанность *arrogator*'а что, въ случаѣ смерти *аррогируемаго* до достиженія имъ совершеннолѣтія, онъ предоставить право наследованія *ab intestato* въ имуществѣ *аррогируемаго* его законнымъ наследникамъ. γ) *Arrogator* можетъ эманципировать *аррогируемаго* только *causa cognita a praetore* и при этомъ долженъ возвратить ему его имущество. δ) *Arrogator* обязанъ обезпечить *аррогируемаго* $\frac{1}{4}$ своего имущества. Эта четверть называлась *quarta divi Pii*, потому что это введено Антониномъ Пиемъ.

б) *Adoptio* или *in adoptionem datio*, т.е. усыновление *hominis alieni juris*. Оно, по Юстинианову праву, бываетъ двоякаго рода: 1) *plena*, если *адоптируетъ* восходящій родственникъ (*patens* который получаетъ все права, которыя прежде имѣлъ *adoptator*) 2) *minus plena*, если *адоптируетъ extraneus* (такъ называется всякій, кто не приходится *адоптируемому* восходящимъ родственникомъ), который никакихъ правъ относительно *адоптируемаго* не получаетъ (эти права остаются у *pater naturalis* *адоптируемаго*). Слѣдствіемъ этой *adoptio minus plena* является только, что *adoptatus* получаетъ право наследованія *ab intestato* своему приемному отцу. 3) *legitimatio*, т.е. узаконеніе незаконнорожденнаго ребенка (*filius naturalis*).

II. ПРЕКРАЩЕНІЕ ОТЦОВСКОЙ ВЛАСТИ.

Способами его были: 1) Смерть отца или сына. 2) *Capitis deminutio* отца или сына, которое было слѣдствіемъ ссылки въ каторжные работы (*in insulam*) и на поселеніе (*deportatio in insulam* т.е. на уединенный островъ). (*) 3) *Captio ab hostibus* но съ *jus postliminii* 4) *Emancipatio* которое совершается теперь не троекратной *mancipatio* а простымъ заявленіемъ претору. (Отцовской власти подлежатъ все, даже высшія должностныя лица, кромѣ получившихъ отъ императоровъ званіе патриціевъ.

ОТНОШЕНІЯ РОДСТВА.

Въ древнемъ римскомъ правѣ признавалось только гражданское родство *agnatio*. Со времени же распространенія началъ *iuris gentium* начинаетъ получать все большую и большую силу родство кровное—*cognatio*. Преторскіе эдикты первые положили починъ въ дѣлѣ уравниванія *cognatio* съ *agnatio*, тѣмъ что стали представлять наследство *ab intestato* не только *sui heredes*, т.е. не только всеѣмъ лицамъ, находившимся подъ непосредственною властью умершаго лица, но всеѣмъ кровнымъ дѣтямъ, а потому даже такимъ, которые были эманципированы изъ подъ власти отца. Права на наследство по эдиктамъ преторовъ имѣли прежде всего 1) родныя дѣти, 2) потомъ *agnati* и 3) *proximi cognati* такимъ образомъ *cog-*

(*) Ссылка на житье (*relegatio*) не влекла за собой *capitis deminutio*.

natio у нихъ считается достаточнымъ основаніемъ для полученія наслѣдства. Дѣло преторовъ продолжали Императоры, пока наконецъ Юстиніанъ не придасть cognatio полную законную силу.

ОПЕКА.

Въ императорскій періодъ опека совершенно измѣняетъ свой прежній характеръ. Она уже не является правомъ, дающимъ опекуну *vim ac potestatem* надъ опекаемымъ, но обязанностью *munus publicum*, обязанностью, сопряженною со многими тягостями и неприяностями, Опекунъ уже не властелинъ опекаемаго, а его защитникъ. Поэтому стали очень часто отказываться отъ этой неприятой обязанности, такъ что наконецъ императоры обратили на это явленіе вниманіе, запретили подобные отказы, и опредѣлили только опредѣленные законные случаи, въ которыхъ можно отказываться отъ обязанности опеки *excusationes* т.е.тѣ основанія, когда позволялось отказываться отъ принятія опеки. Такъ въ *Just. I. T. XXV principio* сказано: позволяется отказываться отъ опеки и попечительства вслѣдствіе разныхъ причинъ, главнымъ же образомъ на основаніи имѣнія собственныхъ дѣтей. Именно кто имѣетъ въ Римѣ 3 дѣтей, въ Италіи 4 въ провинціи 5 можетъ отказаться отъ опеки и попечительства ради своихъ прочихъ обязанностей. Другими законными извиненіями являются возрастъ, болѣзни, занятіе извѣстныхъ должностей и т.п.

ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

А. ВЕЩНОЕ ПРАВО.

Возлѣ права собственности преторское право вырабатываетъ такого рода отношенія, которыя имѣютъ болѣе фактической характеръ, а именно юридическое владѣніе: *passessio, detentio rei cum animo rem sibi habendi suo proprio nomine* т.е. фактическое обладаніе вещью, соединенное съ желаніемъ исключительно обладать этой вещью. Преторъ говоритъ, что будетъ защищать такое обладаніе независимо отъ того, законно ли это обладаніе или нѣтъ, противъ всякаго нарушенія со стороны другихъ лицъ, если же другое лицо считаетъ что оно имѣетъ большее право на вещь, нежели владѣющій, то онъ долженъ доказать это право судебнымъ путемъ, а не нарушать самоуправно обладаніе другаго лица. Такимъ образомъ мы видимъ, что одно фактическое обладаніе, соединенное съ желаніемъ исключительно обладать считается уже достаточнымъ основаніемъ для защиты владѣнія. Приводятся правила: *beati possidentes* (блаженны владѣющіе), т.е. владѣющее лицо поддерживается въ своемъ обладаніи и не оно должно доказывать свои права на вещь, но на оборотъ то лицо, которое оспариваетъ у него вещь. При томъ оспаривающее лицо должно доказать именно свое собственное право на эту вещь, а не достаточно, чтобы оно доказало право какого нибудь третьяго лица. Именно доказательство права какого нибудь третьяго лица на эту вещь нисколько не измѣняетъ дѣла. Средствами защиты владѣнія являются *interdicta possessoria*. Эти *interdicta possessoria* издаваемые преторомъ, называются начальнымъ словомъ эдикта, въ которыхъ они были опредѣлены *uti possidetis*, если дѣло касается недвижимостей (см. *Dig. 43—Т. 17 fr. I Ulpiani*) и *utrubi*, если

дѣло касается движимыхъ вещей. Интердикты, «*uti possidetis*» и «*utrubi*» служатъ *ad retinendam possessionem*, интердиктъ «*de vi*» служитъ *ad recuperandam possessionem*, т.е. для возвращенія утраченнаго владѣнія недвижимостью. Въ обоихъ первыхъ случаяхъ преторъ защищаетъ каждаго владѣльца противъ всякаго насилія лица оснарявующаго у него владѣнне, пока онъ свои права не докажетъ законнымъ путѣмъ именно на томъ основаніи что *Justa an injusta adversus ceteros possessio, sit nihil refert; qualis cunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet* (D. 43T. 17fr. 2 Paulus).

Главное отличіе владѣнне отъ собственности то, что владѣнне можетъ быть и незаконное и всетаки защищается, между тѣмъ собственность предполагаетъ непременно законное право власти надъ вещію.

Но еще съ большею силою защищаютъ преторы *bonae fidei possessio* т.е. добросовѣстное владѣнне, для защиты котораго они установили даже особенный вещный искъ *actionem Publicianam in rem* (Gaj. IV § 36 и D. 6.T 2). Если именно напр. лицо А купило у В, вещь принадлежавшую лицу Е, не зная однако объ этомъ обстоятельстве (А стало быть не имѣеть никакого права на эту вещь, такъ какъ *nemo ad alterum plus juris transferre potest, quam ipse habet*, а В не имѣлъ на эту вещь никакого права), то такъ какъ А этого не знаетъ, то владѣеть ею *bona fide* и если эту вещь А потеряетъ и лицо Е ее найдетъ, то А можетъ требовать отъ Е возвращенія этой вещи, именно на основаніи *actio publiciana*, потому что, говоритъ Гай, *fingitur rem usucerpisse. Bonae fidei possessio est видъ владѣнія вообще (possessio). Вообще о добросовѣстномъ владѣннн мы находимъ слѣдующее положеніе въ источникахъ: Vona fides (убѣжденіе въ законности своего владѣнія (possidenti tantundem praestat (имѣеть для владѣнія тѣ же послѣдствія), quantum veritas (истинное право собственности).*

I. ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ.

И по отношенію къ этому праву мы замѣчаемъ эту двойственность, которая составляетъ характеристическую черту этого періода: возлѣ права собственности *ex jure Quiritium* является право собственности *ex jure praetorio*, такъ назыв. *in bonis habere* какъ это ясно выражаетъ Гай, хотя и не опредѣляетъ въ чемъ состояла разница между тѣмъ и другимъ (Just. II § 40). Гай говоритъ что у иностранцевъ есть одинъ видъ собственности, такъ что извѣстное лицо или является, какъ *dominus*, или же таковымъ не является. Въ древнія времена продолжаетъ онъ, тоже самое было и у Римскаго народа: извѣстное лицо или *erat dominus ex jure Quiritium* или *non erat*. Но впоследствии въ правѣ собственности появилось раздѣленіе, (*postea dominium accepit divisionem*) такъ что извѣстное лицо могло быть собственникомъ извѣстной вещи *ex jure Quiritium* или же только *in bonis habere* (имѣть въ имуществѣ). Это *in bonis habere* новѣйшіе юристы по примѣру Теофила участвовавшаго въ составленіи Юстиніановыхъ сборниковъ (Дигестъ и Институцій) называютъ *dominium bonitarium*. Право собственности *ex jure Quiritium* имѣло болѣе формальное значеніе; дѣйствительное же матеріальное право собственности заключалось въ *dominium bonitarium*. Но это послѣднее право имѣетъ и менѣе сильныя послѣдствія (такъ напр. при отъ-

пущеніи рабовъ на волю). Императоръ Юстиніанъ уничтожилъ различіе между тѣмъ и другимъ видами собственности своею конституціею *de nudo jure Quiritium tollendo* (Cod. VII. XXV).

Вмѣстѣ съ новымъ *dominium bonitarium* въ III періодѣ явились новые способы приобрѣтенія собственности явились такъ называемые *adquisitiones praetoriae* которыя только могли доставлять *dominium bonitarium*. Такъ при приобрѣтеніи собственности по давности представляетъ возлѣ древней *usucapio* (еще по зак. 12 т. существовавшей), претору *longi temporis possessio*. По *jus civile* именно въ *lex XII tab.* опредѣлена *usucapio* для движимыхъ и недвижимыхъ вещей; для первыхъ назначенъ срокъ въ 1 годъ, для вторыхъ въ 2 года. Преторскіе же эдикты, установившіе новую давность *longi temporis possessio*, не различая движимыхъ и недвижимыхъ вещей, опредѣлили срокъ въ 10 лѣтъ *inter praesentes*, т.е. жителей одной и той же области или провинціи, и срокъ въ 20 лѣтъ *inter absentes*, т.е. для лицъ, жившихъ въ разныхъ мѣстностяхъ. Постановленія *jus civile* и *jus praetorium* Юстиніанъ старался слить въ особой конституціи: *de usucapione transformanda* (cod. L. VII. XXXI, для движимыхъ вещей приобрѣтательную давность въ 3 года (сложивши сроки по *jus civile*) а для недвижимостей срокъ преторовъ 10 или 20 лѣтъ.

II. JURA IN RE ALIENA.

ПРАВО ПОЛЬЗОВАНІЯ ЧУЖОЮ СОБСТВЕННОСТІЮ.

1. СЕРВИТУТЫ, SERVITUTES.

Преторы мало касались этихъ правъ (т.е. сервитутовъ); они только вводятъ нѣсколько неформальныхъ способовъ приобрѣтенія сервитутовъ; прежде сервитуты могли быть приобрѣтаемы только какимъ нибудь торжественнымъ, формальнымъ способомъ (*mancipatio* или *in jure cessio*). Теперь же они могли быть приобрѣтаемы *per quasi traditionem* или чрезъ *stipulationes* и *pactiones*; это *quasi traditio* состояло въ томъ, что собственникъ фактически допускалъ осуществленіе власти другаго лица надъ своимъ предметомъ. Слѣдовательно, при сервитутахъ единственное измѣненіе состояло въ томъ, что являются, кромѣ *servitutes jure civili constitutae*, другіе *servitutes tuitione praetoris constitutae*; эти сервитуты преторскіе могутъ быть приобрѣтаемы и на провинціальныхъ земляхъ, хотя послѣднія и не находятся въ собственности частныхъ лицъ, а государства, частію же лица, въ чьихъ имѣютъ *usufructum et poppeianem*. Дѣятельностью преторовъ устанавливаются два новыхъ вещныхъ права, относящихся къ праву пользованія. Это были 1) *emphyteusis* и 2) *superficies*. *Emphyteusis* (D. lib. VI. T. III *ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*) и *superficies* суть право на долговременное, иногда даже вѣчное, наследственное, отчуждаемое пользованіе чужою вещью.

Первое относится къ *praedia rustica*, второе къ *praedia urbana*. Если кто нибудь получаетъ вещь въ такое долговременное пользованіе, то имѣетъ право обращаться съ этою вещью, какъ со своею собственностью, но съ нѣкоторыми ограниченіями: 1) онъ не долженъ привести вещь въ худшее состояніе, т.е. не долженъ уменьшать цѣнности ея, *ne res deterio re fit*, 2) долженъ платить хо-

заявину вещи ежегодно определенную плату, *vectigal*, и, наконец, 3) долженъ при эфитевтическомъ отношеніи, отчуждая вещь, заявить объ этомъ ея хозяину, которому принадлежитъ право выкупа; *jus protimiseos* этой вещи. Такое пользование получаетъ значеніе почти собственности.

Superficies есть собственно право пользования поверхностью (напр. зданіемъ, поставленнымъ на поверхности известной земли) и по отношенію къ *praedia urbana* имѣеть то же значеніе, какъ *emphyteusis* по отношенію къ *praedia rustica*. Обращаясь къ возникновенію *ager vectigalis* или *emphyteusis*, мы видимъ, что оно произошло слѣдующимъ образомъ (L. VI T. III D.).

Городскія общины отдавали свои земли въ долговременное или даже вѣчное пользование частнымъ лицамъ за известную годовую плату, *vectigal*, оттого сами земли назывались *agri vectigales*. Чтобы гарантировать это право пользования, преторы для защиты этого (собственно обязательственного права) давали не только обязательственный искъ (*in personam actio*), а вещный (*in rem*) искъ *contra quemcumque* (какого бы то ни было) *possessorem*, даже противъ самой общины, давшей земли въ пользование. Когда въ императорскія времена явилось много запустѣвшихъ земель, ихъ начали отдавать въ подобное же долговременное пользование, которое теперь называлось *emphyteusis* (отъ греческаго слова *насаждаю*). Это отношеніе мало по малу слилось съ отношеніями *agrorum vectigalium*. *emphyteusis* также защищалось вещнымъ искомъ.

Superficies—тоже вещное долговременное право пользования, примѣненное къ *praedia urbana*.

ЗАКЛАДНОЕ ПРАВО.

Мы помещаемъ это право между вещными правами потому, что оно въ этомъ періодѣ обеспечивается вещнымъ искомъ, *actio hypothecaria in rem*. Обезпеченіе кредитора вещію должника въ прежнія времена представлялось или какъ *fiducia*, или какъ *pignus* (см. выше), теперь, благодаря преторскому эдикту, онъ является въ видѣ *hypotheca*, такою рода обезпеченіе, при которомъ вещь, служащая залогомъ, остается въ рукахъ должника, который можетъ ею распоряжаться по своему усмотрѣнію. Но залогъ лежитъ на этой, связанъ съ нею, какъ *onus* или *qualitas rei*, преслѣдуетъ вещь, въ чьихъ бы рукахъ она ни находилась; вещь переходитъ, такъ сказать, *cum onere suo*, а въ случаѣ неуплаты долга кредиторъ можетъ эту вещь вытребовать отъ всякаго, у кого бы она ни была, посредствомъ *actio hypothecaria in rem*, поэтому залогъ римлянами и называется *obligatio rei*.

Такимъ образомъ, долгъ при этомъ случаѣ получаетъ характеръ вещный, какъ бы становится качествомъ вещи.

Съ залогомъ, какъ необходимая принадлежность его, начиная съ 3-го вѣка, соединяется *actum de distrahendi* (см. выше), который прежде составлялъ предметъ особой сдѣлки, но теперь до такой степени вкоренился, что сталъ необходимою принадлежностью залога. Итакъ, залогъ получаетъ значеніе такого права, по которому кредиторъ получаетъ 1) вещный искъ на вытребованіе заложенной вещи, у кого бы она ни была, 2) право продавать эту вещь и удовлетворить свои требованія изъ вырученной при продажѣ вещи суммы. Римское за-

кладное право страдает нѣсколькими существенными недостатками, между прочимъ такъ называемыми *hypothecae legales* или *tacitae*. Эти *hypothecae legales* состояли въ томъ, что независимо отъ заключенія особенной сдѣлки, самъ законъ связывалъ съ известными отношеніями права залога кредитора въ имуществѣ должника; такъ, напр., государственная казна, *fiscus*, всегда имѣетъ гипотекарное право въ отношеніи ко всему имуществу своего должника и не нуждается въ особомъ его установленіи. Введеніе этой законной ипотеки было очень вредно главнымъ образомъ потому, что въ то время еще не было такъ называемыхъ гипотечныхъ книгъ, и потому никто, приобретаая имущество, не могъ быть вполне увѣренъ, что на этомъ имуществѣ не лежитъ подобнаго рода тайная ипотека.

Такимъ образомъ, Римляне изобрѣли форму ипотеки, но они не выработали ея вслѣдствіе 3-хъ причинъ:

- 1) *hypotheca legalis* или *tacita*,
- 2) вслѣдствіе отсутствія публичности при совершеніи ея, что допускало много злоупотребленій,
- 3) вслѣдствіе того, что была позволена ипотека всего имущества, *hypotheca omnium bonorum* или *hypotheca generalis*, такъ какъ это еще усиливало возможность злоупотребленій.

ОБЯЗАТЕЛЬНОЕ ПРАВО.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО EX CONTRACTU.

Общимъ правиломъ является въ этомъ періодѣ то, что всякое обязательственное отношеніе должно быть поддерживаемо правомъ, если только во 1) дозволено закономъ, и во 2) если это обязательство имѣетъ имущественную цѣнность. При этихъ условіяхъ преторское право допускаетъ всякаго рода обязательства, въ какой бы формѣ они ни были заключены. Прежде же право защищало только тѣ обязательства, которыя были заключены при соблюденіи известныхъ, закономъ предписанныхъ, формальностей, а изъ неформальныхъ обязательствъ только тѣ, которыя были специально признаны юриспруденціею.

Въ разсматриваемый нами періодъ право болѣе обращаетъ вниманіе на самую волю, а не на форму ея обнаруженія.

По преторскому праву всякое обязательство должно безусловно имѣть юридическое значеніе и силу, но не всѣ обязательства въ одинаковой степени. Отсюда возникаетъ различіе между *obligationes civiles* и *obligationes naturales*, изъ которыхъ въ древнія времена признавались только первыя. *Obligatio civilis* есть такого рода обязательственное отношеніе, которое имѣетъ самую сильную защиту въ *jure civili*, т. е. право иска въ случаѣ нарушенія его. *Obligatio naturalis* есть такого рода обязательство, которое не давая права на наступательное дѣйствіе, даетъ однако право на защиту оборонительную, *excipiendo*, т. е., даетъ право возраженія—*exceptionis*, а также можетъ служить основаніемъ залога или поручительства. Такъ, напр., по *senatus consultum Macedonianum* *mutui datio* въ известныхъ случаяхъ изъ *obligatio civilis* переходитъ въ *obligatio naturalis*; кредиторъ, давая *filiofamilias* деньги въ займы, не имѣетъ права иска, однако если по какойнибудь причинѣ долгъ будетъ уплаченъ, то по

требованію должника возратить уплаченную сумму онъ можетъ противопоставить *exceptionem, retensionis soluti*.

Договоры, которые были признаны закономъ уже въ республиканскія времена и были сопряжены съ правомъ иска, называются *contractus*. Другіе же договоры называются общимъ именемъ *pacta*; относительно ихъ общее правило то, что они порождаютъ одни только *obligationes naturales* и даютъ право только на *exceptiones nuda pacta pariunt exceptionem*; однако нѣкоторыя изъ этихъ *pacta* въ императорскія времена были облечены правомъ иска и потому новѣйшими юристами въ противоположность не сопряженныхъ съ исками *pacta nuda* называются *pacta restita*, эти *pacta restita*, смотря по тому, доставлены ли имъ искъ преторами или императорами, называются или 1) *pacta praetoria*, напр., *constitutum debita*, или 2) *pacta legitima*, какъ примѣръ *pactum donationis* и *pactum dotale*. Нововведенія преторскаго права касаются не только признанія неформальныхъ отношеній имѣющими юридическую силу, но на основаніи *aequitati* обращаетъ вниманіе на мотивъ чисто субъективный,—на мотивъ воли, которому по древне-квиритскому праву не придавалось никакой важности. Вслѣдствіе этого преторъ сдѣлалъ слѣдующія нововведенія онъ принималъ въ расчетъ безнравственныя вліянія, вынудившія заключеніе сдѣлки, а именно: во 1-хъ, вліяніе *metus*. *Metus est instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio*—страхъ есть опасеніе вслѣдствіе настоящей или будущей опасности. Въ древнія времена это не принималось въ расчетъ, потому что, говорили Римляне, *jus civile sibi vigilantibus scriptum est*, каждый долженъ принимать всѣ предосторожности. Преторъ же допускалъ въ случаѣ *metus* возможность оспаривать сдѣлку при слѣдующихъ условіяхъ: во 1-хъ, если страхъ имѣетъ дѣйствительное, сильное значеніе *metus majoris malitatis*, во 2-хъ, если лицо, которому угрожаютъ, дѣйствительно можетъ ожидать выполненія угрозы, т. е., когда этотъ страхъ есть страхъ *non vani hominis*, а такой, *qui et in fortissimo homine accidere potest*; въ 3-хъ, если *metus* будетъ *injustus*, т. е. угроза несправедливая.

II. Вліяніе обмана, *dolus* (введеніе извѣстнаго лица въ заблужденіе съ цѣлью извлечь для себя изъ этого выгоду). И обманъ не принимался въ расчетъ по древне-квиритскому праву, потому что, говорили древніе римляне, каждый долженъ дѣйствовать обдуманно, а не опрометчиво, и не давать обманывать себя; преторъ же далъ обманутому *exceptionem* и *actionem doli*. Вотъ существенныя измѣненія, произведенныя преторскимъ правомъ. Кроме того, было сдѣлано слѣдующее измѣненіе. Древнее правило, недопускавшее представительства при сдѣлкахъ, измѣняется черезъ нѣкоторое распространеніе *actiones adjectitiae qualitatis* (см. выше), а именно *actionis exercitoriae* и *actionis institoriae*; эти иски прежде могли ли быть направлены противъ властелина лица *alieni juris*, теперь же они допускаются и противъ лица, представителемъ котораго является *homo sui juris* по поводу дѣйствій его послѣдняго. Далѣе, въ этомъ періодѣ является возможность перенесенія обязательственныхъ отношеній. Такъ какъ практическая жизнь требовала допущенія такого перенесенія, а по римскому принципу, обязательство можетъ распространяться только на первоначальныхъ контрагентовъ, то Римляне должны были согласовать эти 2 противорѣчающія начала. Они достигли этого согласованія весьма удачнымъ образомъ. Въ процессѣ формуляр-

номъ было позволено судебное представительство (представитель, *procurator*), которое допущено было, слѣдовательно, и при осуществленіи обязательственныхъ исковъ. Римляне и приложили судебное представительство къ уступленію обязательства. Тотъ, кто хотѣлъ уступить кому нибудь свое требованіе, дѣлалъ его своимъ *procurator*; такой прокураторъ получалъ право требовать исполненія обязательства со стороны обязавшагося его довѣрительно по предшествовавшему соглашенію обращалъ результатъ этого требованія въ свою пользу. Такой фиктивный *procurator* поэтому и назывался *procurator in rem suam* (т. е. представитель въ собственныхъ интересахъ) или *cessionarius*, уступившій свое требованіе другому, называется *cedens*, а *debitor* по такому обязательству назывался *debitor cessus*. Такимъ образомъ, это было собственно не *cessio obligationum*, а *cessio actionum* (т. е. уступка правъ иска). Прежде существовавшіе договоры измѣнились во многихъ отношеніяхъ. Такъ, напр., древняя *litterarum obligatio* или *expensilatio* должна была исчезнуть съ уничтоженіемъ самыхъ приходорасходныхъ книгъ (*codices accepti et expensi*).

Императоръ Юстиніанъ хотя говорилъ въ институціяхъ объ *obligatio litterarum*, но у него она имѣетъ совершенно другое значеніе; прежнее *litter. obligatio* было замѣнено такъ называемыми *chirographum de mutuo*, роспискою о займѣ (J. Just. III 21). Новое постановленіе по поводу этого *chirographum* именно состояло въ слѣдующемъ: если кто либо давалъ росписку — квитанцію — въ томъ, что онъ получилъ отъ другаго деньги взаймы, то такая росписка въ продолженіи 2-хъ лѣтъ не имѣетъ никакой доказательной силы, это было ввѣдено тѣмъ, что очень часто кредиторы отъ просящаго ввзаймы денегъ принимали квитанцію въ полученіи требуемой суммы, но денегъ ему не уплачивали, а потомъ на основаніи росписки требовали этихъ будто бы данныхъ денегъ съ должника. Должнику предоставляется въ этотъ срокъ право требовать возвращенія этой росписки посредствомъ такъ назыв. *querela nonnum numeratae pecuniae*. По истеченіи же двухъ-лѣтняго срока устанавливается *praesumptio juris et de jure* (такъ называются предположенія по которымъ принимается, что извѣстный фактъ совершился, хотя было бы доказано противное) въ томъ, что должникъ получилъ эти деньги взаймы, хотя бы онъ и представилъ доказательства противнаго. *Praesumptio juris* называется обыкновенное юридическое предположеніе, т. е. принятіе вѣроятнаго факта за дѣйствительный, пока противное не будетъ доказано. Такимъ образомъ, *praesumptio juris* отличается отъ *praesumptio juris et de jure*, которое не допускаетъ доказательства противнаго. Другое измѣненіе обязательственнаго права касается *contractus consensuales*, а именно: къ четыремъ существующимъ видамъ ихъ (*emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *mandatum* и *societas*). Императоръ Зенонъ прибавилъ еще пятый видъ, *contractus emphyten-ticarius*.

Дѣйствительно, договоръ, на основаніи котораго устанавливается право на *emphytensis* (см. выше) съ одной стороны подходилъ подъ договоръ найма, такъ какъ за это право платилась ежегодно извѣстная сумма, съ другой стороны подъ договоръ купли-продажи, по тѣмъ обширнымъ правамъ, которыя получаетъ приобретающій это право (см. выше). Вслѣдствіе того, такъ какъ существовали споры, къ какому изъ этихъ двухъ договоровъ отнести договоръ приобрѣтенія *emphyten-*

sis, императоръ Зенонъ положили считать этотъ договоръ особеннымъ, самостоятельнымъ договоромъ и установили *contractus emphytenticarius qui suas proprias sequitur conditiones*.

ОБЕЗПЕЧЕНІЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

Въ исторіи втораго періода мы видѣли три способа такого обезпеченія посредствомъ поручительства, въ формѣ стимуляціи *sponsio, fidepromissio* и *fidejussio*. Въ императорскій періодъ первые два вида исчезаютъ, и остается только послѣдній *fidejussio*. Къ этому виду поручительства по преторскому праву присоединяется новый видъ поручительства, который состоялъ въ томъ, что другое лицо просто, неформально обѣщало уплатить долгъ за должника, это есть *constitutum debiti alieni*, которая такимъ образомъ и является одной изъ неформальныхъ формъ обезпеченія обязательства (*Dig. L. XIII Tr. de pecunia constituta*). Далѣе, видомъ поручительства является такъ назыв. новѣйшими юристами *mandatum qualificatum*, особенный случай примѣненія договора довѣренности *mandatum*, именно имѣющійся тогда, когда кто либо давалъ другому порученіе дать третьему лицу деньги взаймы. Если тотъ, кому это было поручено, исполнять порученіе, то это былъ договоръ *mandati*. Но, давая такое порученіе, я этимъ самымъ ручался, что тотъ, кому мой *mandatarius* даетъ деньги, уплатитъ ихъ. Въ этомъ случаѣ лицо, дающее другому такое порученіе, называется не *mandans*, а *mandator*.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВО EX DELICTO.

1) По законамъ XII таблицъ за тѣлесное поврежденіе назначается *talis*; за обиды вообще известная такса для денежнаго награжденія. Преторское же право вводитъ въ отношеніи къ обидѣ, *injuria*, новый искъ, при которомъ дѣлается особенная оцѣнка въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обязательствамъ дѣла; этотъ искъ называется *actio injuriarum aestimatoria*; *lex Cornelia de injuriis* диктатора Суллы установилъ уголовное преслѣдованіе за оскорбленіе.

2) За *fructum nec manifestum* оставляется прежнее наказаніе, *duplum*, двойная цѣна.

3) *Furtum manifestum* устанавливается наказаніе *quadruplum*, вмѣсто прежней *addictio*.

4) О *damnum injuria datum* мы уже говорили по поводу *legis Aquiliae* (смъ выше).

5) Изъ понятій *furtum manifestum* теперь выдѣляется, какъ особенный деликтъ, *rapiна*, грабежъ. Ограбившій другаго долженъ заплатить четвертную цѣну—*quadruplum* (*Inst. Jus. L. IV T. III de bonorum raptorum*).

Эти *delicta* носили характеръ частный. Такъ, 1) вознагражденіе и штрафы за нихъ или лицу потерпѣвшему. 2) Потерпѣвшій могъ возбуждать или не возбуждать иска, а, начавши искъ, могъ прекратить его, окончивъ дѣло мировой.

Были обстоятельства, когда обязательства возникали и не изъ *delictio*, и не *ex contractu*. Гай въ своихъ институціяхъ приводитъ только это раздѣленіе, въ *Digest'*ахъ же есть мѣсто изъ его *libri Aureorum*, въ которомъ Гай выставляетъ еще 3 категоріи обязательствъ *quae ex factis causarum figuris nas-*

cuntur. И, наконецъ, императоръ Юстиніанъ эти *obligationes ex variis causarum figuris* подраздѣляетъ опять на 2 категории: *obligationes ex contractu* и *obligationes quasi ex delicto*.

НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

При разсмотрѣніи права наслѣдственнаго въ этомъ періодѣ слѣдуетъ различать:

1) Нововведеніе преторскаго эдикта,
2) Измѣненія на основаніи императорскихъ постановленій до императора Юстиніана и, наконецъ,

3) Измѣненія, сдѣланныя самимъ импер. Юстиніаномъ. Согласно той двойственности, которую мы замѣчаемъ въ этомъ періодѣ, различается наслѣдство *ex jure civili*— *hereditas*, наслѣдникъ, *heres*, и наслѣдство *ex jure praetorio* (новая, обширная система, выработанная преторскимъ правомъ).— *Bonorum possessio*, наслѣдникъ— *bonorum possessor*.

Случаи наслѣдства *ex jure praetorio*, т. е. *bonorum possessio*, являются аналогично случаямъ наслѣдства *ex jure civili*. Какъ *hereditas* дѣлится на 1) наслѣдованіе *ab intestato*, 2) наслѣдованіе *ex testamento* и 3) наслѣдованіе *contra testamentum* (на основаніи такъ назыв. *formelle Notherbenrecht*), такъ и наслѣдство *ex jure praetorio* дѣлится на *bonorum possessio* 1) *intestati*, 2) *secundum tabulas* и 3) *contra tabulas (testamenti)*.

Bonorum possessio contra tabulas (которому въ *jus civile* соответствуетъ *des formelle Notherbenrecht*) имѣетъ мѣсто, когда обойденъ кто нибудь изъ *liberi*. Но императорское право подъ *liberi* подразумѣваетъ всѣхъ нисходящихъ, какъ *emancipati*, такъ и не *emancipati*.

Bonorum possessio secundum tabulas (соответствуетъ наслѣд. *ex testamento*). При составленіи завѣщанія преторъ требуетъ гораздо меньше формальностей (*Inst. Gaji* II § 119); для дѣйствительности завѣщанія преторъ требуетъ только, чтобы письменный актъ былъ подписанъ семью свидѣтелями и чтобы были приложены ихъ печати *tabulae septem testium signatae*. Всѣхъ же формальностей, требуемыхъ при *negotium per aes et libram* (присутствіе содержателя и т. п.) по преторскому праву не требуется.

Bonorum possessio intestati соответствуетъ наслѣдован. *ab intestato*. При наслѣдованіи по закону преторъ ввелъ слѣдующіе 4 класса. Мы говоримъ тутъ только о наслѣдованіи между лицами свободнорожденными (*ingenni*), оставляя въ сторонѣ наслѣдованіе за либертами для лицъ свободнорожденныхъ (*ingenni*):
1) *Unde liberi* (классъ называется такъ потому, что преторскій эдиктъ начинался словомъ *unde*). Отличіе этого класса, по которому призываются нисходящіе, отъ класса *sui heredes ex jure civili* состоятъ въ томъ, что въ классѣ *Unde liberi* призывались *sui et emancipati*, между тѣмъ какъ *emancipati ex jure civili* не призывались къ наслѣдству. 2) *Unde legitimi*, т. е. агнаты умершаго, которые призываются тогда, когда нѣтъ нисходящихъ, ни *sui*, ни *emancipati*. Самое названіе *legitimi* указываетъ на то, что въ этомъ классѣ призываются такіе наслѣдники, которые и по *jus civile* призываются къ наслѣдству (классъ *proximi agnati*). 3) *Unde proximi cognati*, т. е. классъ кровныхъ родственниковъ, новый со

вершенно классъ вовсе не признаваемый по *jus civile*, которое говоритъ: *Si adgnatus nec escit gentilis familiam pancitor*. Въ этотъ классъ входятъ всѣ кровные родственники до шестой степени. 4) *Unde vir et uxor*. Если нѣтъ всѣхъ выше приведенныхъ классовъ, то супруги наследуютъ между собой (прежде же жена могла наследовать отъ своего мужа только въ качествѣ дочери, ибо она *filiae loco erat*). Эта система наследованія, по преторскому праву, *bonorum possessio* дѣйствовала возлѣ системы наследованія по *jus civile* или *heredatas*. Сначала вторая имѣла преобладаніе надъ первой, но въ концѣ третьяго періода обѣ системы являются рядомъ. Притомъ если рядомъ съ *bonorum possessor* не является наследникъ по *jus civile*, то такой *bonorum possessor* назывался в. р. *cum re sive effecta*. Въ противномъ случаѣ онъ назывался *bonorum possessor sine re* или *sine effecta* и получаетъ наследство только въ такомъ случаѣ, когда наследникъ *ex jure civili* не заявляетъ своихъ правъ или отъ нихъ отказывается. *Jus civile* не допускаетъ *successionem ordinum et graduum*, преторское же право допускаетъ его по такъ наз. *edictum successorum*, т. е., если откажется ближайшій родственникъ, то наследуетъ слѣдующій ближайшій родственникъ того же класса, и если откажется ближайшій классъ, то наследуетъ слѣдующій. Другое измѣненіе, сдѣланное преторскимъ правомъ, было слѣдующее: преторское право обставило возможность получить *bonorum possessionis* большими требованіями, чѣмъ *jus civile* (во всѣхъ другихъ случаяхъ мы видимъ обратное явленіе, это единственный примѣръ). *Jus civile* не требовало никакого особеннаго испрашиванія *hereditatis* и не установило обязательнаго срока для полученія наследства; *bonorum possessio* должна быть особенно испрашиваема (*agnoscere, petere, agnitio, petitio bonorum possessionis*) въ теченіи извѣстнаго срока, который для родителей и дѣтей есть одинъ годъ — *annus utilis*, а для прочихъ родственниковъ 100 дней *centum dies utiles*. Если срокъ пропущенъ, то *bonorum possessio* уже не можетъ быть получена въ соответствующемъ классѣ. *Annus utilis* называется годъ, въ которомъ не считаются тѣ дни, въ которые лицо не могло представить просьбы о наследствѣ, напр., праздничные дни, въ которые не отправляютъ своихъ обязанностей.

ПОСЛѢДСТВІЯ ОТКРЫТІЯ НАСЛѢДСТВА.

По *jus civile* наследникъ, чтобы получить наследство, долженъ *adire hereditatem*, т. е. вступить въ наследство; но для нѣкоторыхъ изъ нихъ никакой *aditio* не требуется, такъ какъ они являются наследниками *ipso jure*, это именно *heredes necessarii*, прочіе же наследники являются, какъ *heredes voluntarii*, потому что они могутъ, какъ *adire hereditatem*, такъ и *repudiare hereditatem*. *Heredes necessarii* не могутъ отказаться отъ наследства: мы различаемъ двѣ группы такихъ наследниковъ: 1) *Sui et necessarii heredes*, т. е. находившіеся подъ непосредственною властію умершаго, такъ какъ они еще при жизни отца, какъ бы считались хозяевами и власть ихъ находилась только *in suspenso*.

2) Рабы отпущенные по завѣщанію на волю и назначенные наследниками — *servi testatoris*, они называются просто *necessarii*, получая отъ своего господина благо свободы, они въ благодарность ему были обязаны не отказываться отъ принятія на себя даже всѣхъ долговъ по наследству, таковы были

постановленія *juris civilis*. Для рабовъ это правило оставалось и въ новѣйшемъ римскомъ правѣ; относительно же *sui* оно было изяснено преторскимъ эдиктомъ, преторы ввели для *sui heredes* такъ называемые *beneficium abstinendi* т. е. право воздерживаться отъ принятія наслѣдства; но только въ такомъ случаѣ, такой *sui us heres* на примѣръ, если сынъ никакимъ дѣйствіемъ не вмѣшивался въ наслѣдственные дѣла *se non immiscuit* въ *hereditati*. И такъ общимъ правиломъ теперь является то, что всѣ *heredes* считаются за *voluntarii*. Касательно *bonorum possessores* не было надобности вводить *beneficium abstinendi*, потому что безъ того, они, чтобы получить наслѣдство, должны были особенно просить объ этомъ: *agnoscere* или *petere bonorum possessionem*. Такъ какъ наслѣдованіе производило полное сліяніе имущественныхъ сферъ наслѣдодателя и наслѣдника единство *confusio bonorum*, вслѣдствіе *unitas personarum* умершаго хозяина наслѣдства и наслѣдника, то этотъ послѣдній долженъ былъ отвѣчать за всѣ долги умершаго. И хотя *de jure* наслѣдникъ не принуждался къ принятію наслѣдства, но *de facto* долженъ былъ поторопиться принятіемъ его, чтобы въ виду напр., *usura pro herede*, не утратить на него права. При такомъ торопливомъ принятіи потомъ могло оказаться, что долги наслѣдства превышаютъ цѣнность остальнаго имущества; поэтому наслѣдникъ получилъ: право обдумать *jus deliberandi* и сообразить, выгодно ли ему *adire hereditatem*, свое рѣшеніе онъ долженъ былъ объявить по истеченіи опредѣленнаго срока *spatium deliberandi*, т. е. обыкновенно 100 дней; по Юстиніанову праву это право обдумыванія и размышленія можетъ быть судьей на 9 мѣсяцевъ и только самимъ императоромъ *spatium deliberandi* можетъ быть распространено на одинъ годъ.

ИЗМѢНЕНІЯ СДѢЛАННЫЯ ВЪ НАСЛѢДСТВЕННОМЪ ПРАВѢ

ИМПЕРАТОРОМЪ ЮСТИНІАНОМЪ.

НАСЛѢДОВАНІЕ EX TESTAMENTO.

Юстиніанъ сохранилъ преторскую форму составленія завѣщанія. Общимъ правиломъ было, что 7 свидѣтелей присутствовали при составленіи завѣщанія. Иногда въ видѣ привилегій было больше или меньше, такъ называемыя *testamenta privilegia*. Такъ напр., при *testamentum ante proelium factum*, гдѣ не требовалось вовсе свидѣтелей и *testamentum turi factum*, при которомъ требовалось только 5 свидѣтелей. Этого рода *testamenta* суть *testamenta privata*, частныя домашнія, какъ и теперь. Возлѣ нихъ же были введены въ то же время *testamenta publica*.

1) *Testamentum apud acta conditum*, т. е. завѣщанія, внесенныя въ протоколъ судебного мѣста.

2) *Testamentum principi oblatum*, т. е. завѣщаніе для храненія императору.

НАСЛѢДОВАНІЕ AB INTESTATO.

Юстиніанъ сдѣлалъ слѣдующее измѣненіе въ своей знаменитой 118 новеллѣ. Онъ оставилъ 4 класса наслѣдниковъ по закону, но иначе ихъ распредѣлил, чѣмъ преторское право. Это распредѣленіе легко запомнить по слѣдующимъ *ver-*

sus memoriales.

I. Descendens omnis succedit in ordine primo.

II. Ascendens propior, germanus, filius ejus.

III. Tum latere ex uno junctus quoque, filius ejus.

IV. Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Такимъ образомъ въ I классъ входятъ всё нисходящiе безъ исключенiя и агнаты, и когнаты, и эманципированные, и не эманципированные (но разу-мѣется ближайшiй родственникъ по одной и той же линiи исключаетъ дальнѣйшаго по той же линiи). Во II классъ входятъ ближайшiе восходящiе и вмѣстѣ съ ними и полнородные братья и сестры умершаго съ ихъ потомствомъ, т.е. братья и сестры отъ одного отца и отъ одной матери (*germani*), а равно ихъ дѣти, е. племянники и племянницы умершаго. Въ III классъ входятъ боковые родственники только съ одной стороны, связанные съ умершимъ, т.е. братья и сестры единокровные (*consanguinei*) и единокровные (*uterini*) и ихъ потомство. Въ IV классъ, наконецъ, входятъ всё прочiе ближшiе родственники *ad infinitum*, т.е. не только до 6-ой степени, какъ по преторскому праву. Такъ называемое материальное, необходимо е или обязательное наследство, *das Nother benrecht*, Юстинiанъ также преобразовалъ въ своей 115-ой новеллѣ. Въ этой новеллѣ онъ именно обязываетъ родителей назначать дѣтей наследниками на известную часть имущества, и дѣтей назначить известную часть родителямъ; отъ этой обязанности тѣ и другiе освобождаются только по особеннымъ законнымъ основанiямъ (для исключенiя дѣтей родителями такихъ основанiй приводится, 14, а для исключенiя родителей дѣтьми 8). Говоря объ уничтоженiи различiя между материальнымъ и формальнымъ необходимымъ наслед. *materielles* и *formelles Nother benrecht*, скажемъ нѣсколько словъ о 1-мъ. Такъ назыв. материальное необходимое наследство *materielles Nother benrecht* было выработано практикою центумвиральнаго суда. Если это право было нарушаемо, то лицо, не получившее соответствующую часть изъ наследства, могло вчинить искъ *querela inofficiosi testamenti*. Если онъ не вчинилъ этой *querela* въ теченiи 5 лѣтъ, то завѣщанiе считалось дѣйствительнымъ. Если же онъ вчинилъ *querelam inof. test.*, то завѣщанiе не уничтожалось вполне, а въ немъ дѣлались только такiя измѣненiя, чтобы *ex hereditatis* могъ получить свою $\frac{1}{4}$ часть. Между тѣмъ, если нарушаемо было формальное обязательное наследство, *das formelle Nother benrecht*, то завѣщанiе даже безъ вчиненiя иска обойденнымъ считалось *nullum* и не имѣло никакой силы.

Inofficiosum testamentum завѣщанiе, коего аuctor не исполнилъ своего officium т.е. не соблюлъ требованiй материальнаго обязательнаго наследства. Относительно принятiя наследства Юстинiанъ сдѣлалъ слѣдующiя измѣненiя. Подтвердивши введенныя правомъ преторскимъ *ius* и *tempus deliberandi*, Юстинiанъ ввелъ еще такъ названное *beneficium inventarii*. Оно состояло въ томъ, что въ продолженiи 30 дней (т.е. мѣсячный срокъ) наследникъ долженъ былъ приступить къ составленiю инвентарiя т.е. описи оставленнаго имущества, съ участiемъ нотариуса легатарiевъ, и т.д., для того чтобы привести въ известность актива и пассива наследодателя (т.е. оставленное имущество и долги); по прошествiи 2 мѣсяцевъ (т.е. 3 мѣсяца *post aditam hereditatem*) инвентарiй долженъ былъ быть оконченъ и тогда уже наследникъ не отвѣчалъ передъ кредиторами за

слѣдодателя *ultra vires hereditatis*, т. е. свыше оставленнаго наслѣдства.

BENEFICIUM SEPARATIONIS есть право кредиторовъ наслѣдодателя требовать, въ случаѣ, если наслѣдникъ скажется человѣкомъ расточительнымъ и будетъ самъ имѣть много домовъ, отдѣленія его собственнаго имущества отъ имущества, полученнаго въ наслѣдство, съ тѣмъ, чтобы изъ этого послѣдняго имущества были бы удовлетворены ихъ претензіи; и только послѣ этого удовлетворенія происходило сліяніе имуществъ наслѣдодателя и наслѣдника (*confusio bonorum*). И такъ *Beneficium inventarii* установлено въ интересахъ наслѣдника, чтобы оградить его собственное имущество отъ платежа кредиторамъ наслѣдодателя; *beneficium separationis* же введено въ интересахъ кредиторовъ, чтобы обезпечить имъ плату по ихъ требованіямъ преимущественно предъ должниками наслѣдника.

CODICILLI И SUCCESSIONES SINGULARUM REUM. Какъ мы это видѣли раньше, возлѣ *hereditas* какъ *successio per universitatem*, существовало еще и *successio in singulas res mortis causa*, выражавшееся въ видѣ *legatum* отказа на случай смерти, который былъ по квинитскому праву обставленъ многочисленными формальностями. Со времянь Августа является другой видъ такого отказа, менѣе формальный это *fideicommissum*, заключавшійся въ простой просьбѣ наслѣдодателя, обращенной къ наслѣднику, что либо сдѣлать или дать, рассчитанный на добросовѣстность наслѣдника (*quod fidei heredis commissum est*), и не имѣвшій настоящей юридической санкціи. Эти два вида отказа, просуществовавъ до Юстиніана, были имъ слиты въ одно цѣлое, такъ какъ *fideicommissum* получило обязательное значеніе.

CODICILLI есть особая форма распоряженія на случай смерти возникшая также въ первые времена имперіи; это показываетъ намъ Юстиніанъ въ *Just. II XXV* гдѣ говорится, что нѣкто Лентуль, отправившись въ Африку, пожелалъ тамъ передъ своею смертію дополнить свое завѣщаніе и между прочимъ просилъ Императора Августа исполнить нѣкоторыя порученія. Августъ исполнилъ ихъ, но собравъ для разрѣшенія этого вопроса совѣтъ юристовъ, на которомъ извѣстный юристъ Требоцій сказалъ, что слѣдуетъ дать юридическую защиту подобнаго рода распоряженіямъ. Съ этихъ поръ кодициллы получили юридическую силу завѣщаній, но тѣмъ не менѣе въ нихъ дѣлались распоряженія только второстепенныя напр. назначеніе опекуна и др. Назначеніе же прямиаго наслѣдника, *heres directus*, непременно должно было быть сдѣлано въ самомъ *testamentum*.

СУДОПРОИЗВОДСТВО.

Прежній гражданскій процессъ (*per legis actiones*), измѣнился въ слѣдствіе изданія *legis Aebutiae*. Гай (IV § 30) говоритъ, *sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc jura condiderunt eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset litem perderet, itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba id est per formulas litigaremus.* Тутъ Гай выражаетъ ту мысль, что въ позднѣйшее время Римляне уже не могли удовлетвориться прежнимъ процессомъ *per legis actiones, emporia*, постановленія которыхъ имъ казались излишней придирчивостью. Поэтому *lex Aebutia* вѣроятно 6 столѣтіи или начала 7 неизвѣ-

етнаго года) и 2 *Leges Juliae*, которыя древній процессъ замѣнили новымъ процессомъ *per concepta verba, id est per formulas* (т.е. ввели формулярный процессъ). *Lex Aebutia* освободила претора отъ обязанности держаться самой буквы закона и дала ему возможность *per formulam* давать инструкцію судьѣ, какъ ему рѣшать дѣло; прежде преторъ не могъ принимать иска, который не былъ непосредственно основанъ на самомъ законѣ, теперь же преторъ получаетъ возможность расширить смыслъ закона, и этимъ то онъ и получаетъ то значеніе, которое дѣлаетъ преторскій эдиктъ однимъ изъ главныхъ источниковъ развитія гражданскаго права. Благодаря изданію *legis Aebutiae* преторъ получаетъ возможность давать защиту такимъ правамъ, которыя бы ее не имѣли по строгому *jus civile*, защиту, которую преторъ беретъ, такъ сказать, на свой рискъ. И такъ различіе между процессомъ *per formulas* и *per leges actiones* было отчасти матеріальное, отчасти формальное. Матеріальная разница между старымъ и новымъ процессомъ собственно состояла въ большой эластичности перваго, благодаря которой всякаго рода общественныя отношенія сдѣлались способными къ процессуальному осуществленію и признанію со стороны права.

Формальное отличіе, которымъ болѣе или менѣе обусловливается иматеріальное различіе, состояло въ томъ, что производство передъ магистратомъ *in jure* не состояло въ однихъ переговорахъ партій передъ магистратомъ (*agere*), но состояло въ принесеніи просьбы, жалобы магистрату (*postulare*), такъ какъ теперь преторъ могъ принять или не принять иска, прежде же онъ долженъ былъ принять искъ, если онъ основывался на законѣ; сообразно съ этимъ вмѣсто *verba legitima* и *solemnia* теперь были приняты *verba concepta*.

Производство перваго рода было торжественнымъ устнымъ актомъ, который исходилъ отъ самихъ партій, производство же *per formulas* основывалось на письменномъ актѣ, составленіе котораго лежало въ рукахъ процессуальнаго магистрата, и который называется *formula*, отчего и самое производство формулярнымъ. Судья долженъ теперь руководствоваться инструкціей претора; прежде же никакой инструкціи не было нужно, потому что судья долженъ былъ придерживаться самаго закона. Этотъ процессъ назывался технически *ordo privatorum judiciorum*, въ отличіе отъ процесса уголовнаго *ordo judiciorum publicorum*. Нѣкоторыя дѣла рѣшались не по общему правилу *in jure* и *in judicio*, но единственно одною властію претора. Подобнаго рода производство называется *cognitiones praetoris cognitiones pro tribunali, extraordinariae cognitiones* и просто *cognitiones* и именно тѣмъ и отличается отъ простаго формулярнаго процесса, что при немъ не требовалось рѣшенія судьи (*sententia*) и было достаточно одного рѣшенія претора (*decretum*).

При главнѣйшихъ случаяхъ *cognitionum praetoris* слѣдующія:

1) *Stipulationes praetoriae*, которая состояла въ томъ, что одна изъ сторонъ должна была представить по повелѣнію претора обезпеченіе, — *cautio* другой сторонѣ.

2) *Missiones in possessionem*, ввездъ во владѣніе имуществомъ отвѣтника *rei*, если напр. онъ не является на судъ.

3) *IN INTEGRUM RESTITUTIO*: посредствомъ котораго преторъ уничтожаетъ послѣдствія такой сдѣлки, которая — по *jus civile* имѣла полную

такъ напр. *propter minorem aetatem*, вследствие малолѣтства стороны подвергшейся извѣстной имущественной невыгодѣ.

Такого рода дѣла не могутъ быть переданы на разсмотрѣніе судьямъ, которые должны держаться закона, и могутъ быть рѣшены только самимъ должностнымъ лицомъ, потому что, это такія дѣла *quae magis imperii sunt, quam jurisdictionis*.

КОНСТРУКЦІЯ ФОРМУЛЫ.

Формула есть основаніе всего процесса (ст. Гай *Inst. IV § 39*). Она заключаетъ въ себѣ въ самыхъ сжатыхъ выраженіяхъ указаніе тѣхъ правъ, которыя должны быть осуществлены и тѣ данныя, на которыхъ они основаны.

СОСТАВЪ ФОРМУЛЫ.

Въ началѣ формулы помѣщалось имя судьи, которому давалась инструкція, о томъ, какъ производить искъ; напр. *Titius judia esto*. Вся дальнѣйшая формула раздѣлялась на *partes ordinariae* т.е. обыкновенныя части, и *partes extraordinariae*, т.е. чрезвычайныя части. *Partes ordinariae* суть: *intentio, condemnatio demonstratio, adjudicatio*.

Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit, *velut haec pars formulae: si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere; item haec: Quid quid paret Numerium Nogidium Aulo Agerio dare facere oportere; item haec: si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*, т.е.; та часть формулы, въ которой истецъ выражаетъ свое требованіе. *Intentio* находится во всѣхъ искахъ. *Intentio* начиналось словами: *si paret*, (напр. *si paret rem Sempronii esse*) т.е. если окажется вѣрнымъ что... Это оговорка всегда помѣщалась потому, что формула, будучи инструкціею для назначенныхъ судей, не должна была представлять имъ вѣрнымъ спорный пунктъ и въ болѣе выгодномъ свѣтѣ одну изъ спорящихъ сторонъ; оттого судья, предоставлялось изслѣдовать фактическую сторону дѣла. Объектъ тяжбы былъ либо опредѣленно выраженъ въ формулѣ, либо такъ, что требовалъ дальнѣйшаго объясненія и опредѣленія; сообразно съ этимъ формулы дѣлятся на *formulae quibus certum petimus* или *formulae certae* (это ихъ древнѣйшій видъ) и *quibus incertum petimus*, или *formulae incertae*.

Въ *formula incerta intentio* начиналась словами: «*Quidquid paret.*» etc. *Intentio* самая необходимая часть формулы, *principalis pars formulae*.

Примѣчаніе. При *incerta intentio* судья необходимо опредѣлить цѣну иска — *litem aestimare*.

II. *Condemnatio* est ea pars formulae qua *judici condemnandi absolventique potestas permittitur* (Гай. 4, 43) то есть та часть формулы, въ которой судья альтернативно дается власть: осудить, обвинить или освободить, оправдать напр. такъ: *Judex N. Negidium A. Agerio condemna, si non paret, absolve. Aulus Agerius* — истецъ, *Numerius Negidius* — отвѣтчикъ. Далѣе преторъ указываетъ судья присудить виновнаго къ уплатѣ денежной суммы (*omnis condemnatio pecuniaria esse debet*).

Понятно, что при искахъ, направленныхъ на *certa pecunia* эта сумма была опредѣлена; но во всѣхъ другихъ случаяхъ ее требовалось опредѣлить (*litis aestimatio*). Это опредѣленіе иногда предоставлялъ преторъ судьямъ (*infinita condemnatio*); иногда же преторъ назначалъ *maximum*: (*praefinita condemnatio*) или *condemnatio cum taxatione*.

Въ извѣстныхъ случаяхъ формула была безъ *condemnatio*, именно тамъ, гдѣ дѣло шло единственно о признаніи или непризнаніи судьей какого-нибудь факта (*pronuntiatio*). Такія формулы (*sine condemnatione*) назывались формулы *praedjudiciales*. Гай. 4, 44. *Praedjudicia* называются такъ, потому что обыкновенно ведутъ къ новымъ процессамъ, напр. искъ *quanta dos* и др. Напр. лицо А вступаетъ въ наследство, лицо В хочетъ этому препятствовать, утверждая, что А незаконнорожденный; обязанность судьи состоитъ исключительно *in pronuntiatione* свободно рожденный ли А или нѣтъ.

Другой примѣръ, гдѣ тоже не требуется *condemnatio* при вопросѣ *quarta dos*, опредѣленіе величины приданого въ случаѣ развода (женѣ вчиняла этотъ искъ при разводѣ, чтобы узнать, чего требовать отъ мужа, потому что если бы она требовала болѣе, нежели имѣла право требовать, то ей бы отказали. Названіе *actiones praedjudiciales* происходитъ оттого, что *pronuntiatio*, по которой судья признаетъ такой фактъ, ведетъ обыкновенно къ новому иску для отысканія какого-нибудь права, основывающагося на этомъ фактѣ (Гай IV § 44 *Inst. Jus. lib. IV, tit. VI § 13*).

Примѣръ формулы *praedjudicialis*: *Si paret hominem, quo de agitur, ex jure Quiritium liberum esse judex eum liberum esse, si non paret, non esse, pronuntiato*.

3) *Demonstratio* est ea pars formulae, quae ideo inseritur, ut demonstratur res (id est causa) de qua agitur (Гай. 4, 40), т. е. та часть формулы, которая включается для того, чтобы яснѣе и подробнѣе показать предметъ иска.

Напр., *Quod A. Agerius N. Negidio fundum Cornelianum vendidit etc.* Эта часть употребляется при формулѣ *in certa*, гдѣ не опредѣлена цѣнность иска. Въ ней указывается на договоръ или деликтъ, повлекшій за собою процессъ, т. е. изложеніе обстоятельства дѣла. При формулѣ *certa* эта часть формулы не употребляется.

4) *Adjudicatio* est ea pars formulae qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare (Гай. 4, 42), т. е. та часть формулы, въ которой позволяется судѣ присудить вещь кому-нибудь изъ тяжущихся, наприм., *Quod Titio cum Sejo fundus Campanus, quo de agitur, communis est quantum alteri ab altero ad judicari oportet, tantum, Judex a lteri adjudica*, т. е., такъ какъ поле въ Компаніи, которое составляетъ предметъ иска, состоитъ въ общей собственности Тиція и Сея, то для раздѣла, сколько должно быть присуждено одному, отъ другаго присуди.

Adjudicatio имѣетъ мѣсто при раздѣлѣ общей вещи-при трехъ *judicia divisoria*: а) *actio communi dividundo*, б) *actio familiae herciscundae* и в) *actio finium regundorum*. *Actio communi dividundo* имѣетъ мѣсто при раздѣлѣ имущества. 2 лица, напр., имѣли въ общемъ владѣніи землю, хотятъ раз-

дѣлиться, но не могутъ войти въ соглашеніе. Они переносятъ дѣло въ судъ, который и совершаетъ раздѣлъ. Такъ что въ этомъ случаѣ, на основаніи судебного рѣшенія, является новое право собственности, т. е., каждый получаетъ въ собственности часть прежней земли. При раздѣлѣ имущества устанавливается въ нѣкоторыхъ случаяхъ не только новое право, но даже право совершенно другого рода, чѣмъ прежнее. Напр., въ общей землѣ вода изобилуетъ на одной половинѣ. Судья дѣлитъ землю между тяжущимися и обязуетъ лицо, получившее половину съ водой, снабжать водой собственника другой половины. Тутъ же устанавливается совершенно новое право, именно, право сервитута.

Или, если вещь, находящаяся въ общемъ владѣніи, не дѣлима (*res indivisa*), напр. лошадь, то судья даетъ одному изъ тяжущихся лошадь и обязываетъ его уплатить другому за нее половину цѣны, т. е., устанавливается новое право, право обязательства—*Actio familiae herciscundae*; тутъ тоже раздѣлъ имущества, именно общаго наследства.

Actio finium regundorum имѣетъ мѣсто тогда, когда границы между двумя имѣніями разрушились и требуется размежеваніе. Судья въ этомъ случаѣ устанавливаетъ окончательную собственность надъ извѣстными промежутками земли. И тутъ, слѣдовательно, устанавливается новое право.

Во всѣхъ трехъ случаяхъ судебнымъ рѣшеніемъ устанавливается новое право; но такъ какъ судья не можетъ установить новаго права безъ предписанія претора, то это предписаніе и дается ему въ *adjudicatio*.

Изъ всѣхъ приведенныхъ частей формулы самая важная *intentio*, ибо безъ нея нѣтъ иска, другія части могутъ иногда и не быть въ формулѣ.

Перейдемъ теперь къ *partes extraordinariae*. До сихъ поръ, какъ мы видѣли, преторъ выставляетъ въ формулѣ только положенія истца; но, чтобы быть справедливымъ, онъ долженъ былъ выставить и положенія отвѣтчика, вслѣдствіе этого появились новыя части формулы *praescriptiones* и *exceptiones*; скажемъ теперь объ *exceptio* только нѣсколько словъ.

Противъ *intentio* истца отвѣтчикъ можетъ защищаться двоякимъ образомъ

1) или онъ просто отрицаетъ существованіе долга или обязательства, этотъ случай новѣйшими юристами называется *litis contestatio negativa*; подобнаго рода защиту не было надобности вносить въ формулу, потому что она сама собою подразумѣвается въ словахъ *si paret. . .*

2) Или онъ не отрицалъ самаго существованія обязательства, но противупоставлялъ ему фактъ, его парализующій, какъ, напр., *metus*, *error* и т. п. Подобнаго рода защита со стороны отвѣтчика и составляетъ *exceptiones*, о которыхъ Гай говоритъ (IV, § 116) *comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur, saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum condemnare. Exceptio*, т. е. возраженіе отвѣтчика, какъ говоритъ Гай (IV § 119), помещается въ формулѣ въ видѣ исключенія изъ *condemnatio*, напр., *si paret N. N. A. A. sestertium 10,000 condemna, si in ea re nihil dolo malo A. A. factum sit neque fiat*.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что названіе *exceptio* въ смыслѣ возраженія, сохранившееся и въ новѣйшихъ языкахъ, образовалось путемъ историческимъ.

ПРЕДСТАВИТЕЛИ НА СУДЪ

Во время *legis actionum* было необходимо, чтобы сами тяжущіея являлись къ суду лично (за немногими исключеніями, когда лицо являлось какъ *tutor* или *pro loco*, или *pro libertate*). Теперь же, со введеніемъ новаго (формулярнаго) процесса, какъ говоритъ Гай (IV § 82) *admonendi sumus agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno; alieno veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio* (всякій можетъ вести процессъ или отъ своего имени, или отъ чужаго, какъ, напр., съ послѣдними выраженіями мы уже знакомы, объяснимъ первыя два. *Cognitor* есть судебный представитель или повѣренный, который таковымъ назначается торжественными и формальными словами: *certis verbis*, и въ присутствіи противника *coram adversario* (Гай IV § 83), выбравшій такого представителя уже не можетъ отказаться отъ него, такъ какъ назначилъ его самъ *certis verbis coram adversario*.

Procurator же, неформально назначенный повѣренный, не назначается никакими опредѣленными словами, *nullis certis verbis* и потому не было никакой гарантіи, что судебное рѣшеніе будетъ исполнено довѣрителемъ. Вслѣдствіе этого *procurator* истца долженъ былъ представить обезпеченіе: *cautio ratam rem haberi* въ томъ, что истецъ подчинится рѣшенію суда. *procurator* же отвѣтчика долженъ былъ предствити *cautionem judicatum solvi*, т. е. обезпеченіе въ томъ, что будетъ уплачено согласно судебному рѣшенію. *Intentio* въ этомъ случаѣ ставится отъ имени довѣрителя, *condemnatio* же дается на имя представителя (Гай IV § 86).

Формулярный процессъ дѣйствовалъ до времени императора Диоклеціана, когда всѣ *judicia* были сдѣланы *extraordinaria omnia judicia extraordinaria facta sunt*, т. е., когда было постановлено, чтобы всѣ дѣла разсматривались не отдѣльно *in jure et in judicio*, но отъ самаго начала до конца разсматривались одними и тѣми же судьями.

Слѣдствіемъ этого явилось послѣдующее письменное и апелляціонное производство.—

ИСПОЛНЕНИЕ ЗАКОНА

Вопрос о том, как исполнить закон, является одним из самых важных в юридической науке. Закон, будучи волеизъявлением государства, должен исполняться всеми гражданами. Однако на практике часто встречаются случаи неисполнения закона. Это может быть связано с различными причинами: незнанием закона, отсутствием интереса к исполнению, а также с различными формами сопротивления. Поэтому необходимо разработать эффективные меры по обеспечению исполнения закона.

Для обеспечения исполнения закона необходимо создать эффективную систему контроля и надзора. Это включает в себя деятельность государственных органов, а также участие граждан. Кроме того, важно обеспечить доступность информации о законе и последствиях его неисполнения. Только так можно добиться полного исполнения закона всеми гражданами.

статья 17 § 86)

Финансирование исполнения закона является одним из основных направлений деятельности государства. Без достаточного финансирования невозможно обеспечить исполнение закона. Поэтому необходимо обеспечить стабильное финансирование государственных органов, ответственных за исполнение закона.

В заключение можно сказать, что исполнение закона является основой правового государства. Только при условии полного исполнения закона можно обеспечить стабильность и порядок в обществе.

къ курсу Римскаго права чит. въ 1881—82 г.

стр. 145 Итакъ, система наказаній и уголовныя преступленія по законамъ XII таблицъ представляются въ такомъ видѣ:

Прежде всего, мечь (*talio; jus talionis, propter membrum ruptum*). Къ этому примыкаетъ убіеніе виновнаго при: 1) *furtum manifestum* (о понятии *furtum manifestum* и *pec manifestum* см. Gajus III, § 184. *Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit, deprehenditur, alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit. . . alii adhuc ulterius eousque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferretur eo, quo perferre fur destinasset; alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit: quae sententia non obtinuit. . . ex duabus itaque superioribus opinionibus* (изъ 2 первыхъ мнѣній) *alterutra adprobatur: magis tamen plerique posteriorem probant* (т. е., вачболѣе распространенное мнѣніе было второе изъ 4 вышеизложенныхъ мнѣній)—если воръ, будучи свободнымъ человѣкомъ, будетъ пойманъ ночью, *furtum nocturnum*, или днемъ, *furtum diurnum*, если именно онъ станетъ защищаться); 2) *perduellio*—измѣна. Лжесвидѣтельство (*falsa verba*)—влечеть за собою сбрасываніе съ Тарпейской скалы. Подобное наказаніе полагается также вору, если онъ рабъ (причемъ сначала онъ подвергается тѣлесному наказанію). За *paricidium* (подъ которымъ сначала понималось убіеніе всякаго равнаго человѣка (*par*), а впоследствии убіеніе близкихъ родственниковъ) — виновный подвергался утопленію въ морѣ, въ кожанномъ мѣшкѣ. Какое наказаніе было опредѣлено законами 12 табл. за убійство вообще, мы не знаемъ навѣрное. Наделетти полагаетъ (см. прим. 5 къ главѣ 8), что смертная казнь посредствомъ отсѣченія головы. Извѣстно также наказаніе весталокъ, нарушившихъ обѣтъ цѣломудрія—именно—зарытіе живой въ землю. За кражу, урваніе чужой жатвы полагалась также смертная казнь—черезъ повѣшаніе (что служило символомъ посвященія богинѣ Церерѣ, покровительницѣ земледѣлія; наказаніе это такъ строго по причинѣ того, что Римляне по преимуществу считались народомъ земледѣльческимъ, слѣдовательно, земледѣліе было главнымъ средствомъ къ жизни). Затѣмъ, въ *Dig. Just. fr. IX, l. 47 tit. IX*—говорится: «если кто сознательно поджоетъ домъ или хлѣбъ, тотъ долженъ подвергнуться тѣлесному наказанію, а затѣмъ сожженію (здѣсь видно начало *talionis*). Если же поджоетъ сдѣланъ случайно, безъ намѣренія, то виновный платитъ денежную пеню. Денежная пеня полагалась: 1) за *furtum pec manifestum* (негласное, тайное воровство), причемъ пеня равнялась двойной стоимости украденнаго (*poena dupli*); 2) за ростовничество (см. далѣе на стр. 148).

Смертная казнь производилась сначала ликторами, но потомъ, когда по *leges de provocacione* было запрещено ликторамъ имѣть сѣкиры въ городской чертѣ, то явилась особая должность—*car-nifex*'а (палача), и смертная казнь чрезъ отсѣченіе головы была замѣнена удушеніемъ и производилась уже не публично, а въ темницѣ. Примѣненіе наказаній, постановленныхъ древними законами, во времена республиканскія рѣдко имѣло мѣсто. Народъ,

который въ комиціяхъ соединялъ власть законодательную и власть высшаго уголовного суда, вслѣдствіе этого сѣшенія властей, налагалъ наказанія по своему усмотрѣнію, и вошло въ обычай замѣнять другія строгія наказанія, изгнаніемъ изъ государства, съ лишеніемъ права гражданства, т. наз. *aquae et ignis interdictio*; но и этого наказанія обвиняемый могъ избѣгнуть, если онъ до окончательнаго рѣшенія дѣла комиціями добровольно оставлялъ государство (*exsilium*). Относительно мягкое наказаніе (*aquae et ignis interdictio*) узаконилось въ обширномъ уголовномъ законодательствѣ Суллы. Юлій Цезарь же, находя одно *interdictio* для извѣстныхъ случаевъ слишкомъ легкимъ, прибавилъ къ нему конфискацію имущества. Вообще съ конца 6-го вѣка а. у. с. является весьма обширное и казуистическое законодательство по уголовнымъ дѣламъ. Большая часть этихъ законовъ была издана по предложенію диктатора L. Cornelius Iulla—*leges Corneliae*, а затѣмъ императора Августа—*leges Iuliae*. Перечень важнѣйшихъ законовъ у Падеметти, примѣч. къ гл. 35. Законы эти составляютъ средоточіе римскаго уголовного права; около нихъ группируются другіе законы, сенатскія постановленія, рескрипты императоровъ и наука права. Вообще этими законами уголовное право было сильно измѣнено. Составъ преступленія былъ точно опредѣленъ, и наказанія были болѣе точно распредѣлены. Если обратимся прежде всего къ преступленіямъ противъ личности, то мы встрѣчаемъ знаменитый законъ объ убійствѣ: *lex Cornelia de sicariis et veneficis*, въ которомъ замѣчательно, что приготовленіе къ преступленію наказывается также, какъ совершеніе его; но *lex Cornelia—dolus pro facto accipitur, ambulare cum telo*—уже наказывается (*qui cum telo ambulaverit hominis necandi furtive faciendi causa*), хотя бы человекъ ничего еще не совершилъ преступнаго; онъ, имѣя въ рукахъ оружіе, уже считается подготовляющимся къ преступленію; его злая воля, выражающаяся въ этомъ, наказывается такъ, какъ будто она выразилась уже въ самомъ убійствѣ. *Lex Cornelia de sicariis* впервые точно опредѣляетъ понятія убійства, отравленія, подкупа судей или свидѣтелей для неправильнаго осужденія обвиняемаго на смертную казнь, поджога. Другими законами опредѣляется цѣлый рядъ новыхъ преступленій, т. е. преступленій противъ семейнаго союза. *Lex Julia de adultariis*—говоритъ о прелюбодѣяннн, причемъ любопытно, что субъектомъ этого преступленія представляется и рассматривается все еще жена только; слѣдовательно, появились преступленія противъ семейства, что свидѣтельствуешь объ ослабленіи власти (*judicium domesticum*) *patris familias*. Установлены также наказанія за *infanticidium* (дѣтоубійство), *procuratio abortus* (вытравленіе плода). Замѣтимъ *lex Cornelia laesae majestatis* (оскорбленіи величества), подъ которымъ подразумѣвается всякое оскорбленіе должностныхъ лицъ, возмущеніе, измѣна. *Lex Julia de repetundis*, дальнѣйшее развитіе вопроса прежде опредѣленнаго *lex Calpurnia de repetundis* (о взяточничествѣ). Выставляютъ преступленія подлога, поддѣлки завѣщаній, актовъ, монетъ и т. п. (противъ нихъ изданъ *lex Cornelia de falsis*). Зато преступленія противъ собственности (*furtum*) превратились въ совершенно частный деликтъ, влекущій за собою лишь денежную пеню. Однако была дана

возможность подвергать виновнаго въ *furtum manifestum*—уголовному преслѣдованію. Нанесеніе ущерба обманомъ въ законахъ XII таблицъ не было обложено наказаніемъ, ибо по тогдашнимъ понятіямъ римлянъ взрослый человекъ никогда не долженъ былъ допустить того, чтобы его обманули. Въ законодательствѣ императоровъ обманъ получилъ значеніе преступленія (*stellionatus*). Система наказаній при Суллѣ и дальнѣйшихъ преемникахъ обнаруживаетъ, какъ мы сказали, смягченіе наказаній, налагаемыхъ законами XII таблицъ,—высшимъ наказаніемъ служить—*aquae et ignis interdictio*—принужденное или добровольное (*exilium voluntarium*), когда лицо, видя враждебное ему настроеніе народнаго собранія, само, предупредая рѣшеніе собранія, удалялось въ ссылку добровольную). Но это снисхожденіе кончилось во времена императоровъ: была восстановлена смертная казнь—черезъ сожженіе, распятіе на крестѣ, растерзаніе хищными дикими звѣрями (*damnatio ad bestias*), отданіе на растерзаніе при играхъ въ циркѣ (*damnatio ad ludos*). *Interdictio* замѣнено ссылкой на пустынные острова; *deportatio*, каторгой, *damnatio ad metallum* и конфискаціей. При этомъ наказанія за одно и то же преступленіе назначались разныя, смотря по лицу виновному: если онъ занималъ высокое положеніе въ обществѣ *honestiores*, то онъ несъ легче наказаніе, чѣмъ низкаго положенія (*humiliores*). Въ Дигестахъ уголовное право занимаетъ всего 2 книги: 47 и 48, но сянція названіе *libri terribiles*. См. объ уголовномъ правѣ: Padeletti: *Lehrbuch der röm. Rechtsgeschichte*, 1879 г., стр. 73 и слѣд., и стр. 255, и сл.

Къ стр. 157.

Одною изъ главныхъ чертъ дѣятельности древнихъ римскихъ юристовъ было буквальное толкованіе закона, за которое ихъ впослѣдствіи упрекали. Эту черту разсматриваетъ Герингъ въ главѣ подъ названіемъ «*Das Haften am Wort*» (II, § 44) и различаетъ толкованіе сдѣлокъ юридическихъ и толкованіе законовъ.

При толкованіи юридическихъ сдѣлокъ юристы строго придерживались буквы, такъ что одно невѣрно употребленное, даже случайно, слово, имѣло громадные послѣдствія. Напримѣръ, отъ слова *et*, поставленнаго или не поставленнаго между именами легатаріевъ въ завѣщаніи, зависѣло, можетъ ли быть *jus accrescendi* или нѣтъ. Тутъ они вполне дѣйствовали по изреченію: *Quod est in actis, est in mundo; quod non est in actis, non est in mundo*;

Теперь является вопросъ, дѣйствовали ли юристы такимъ же образомъ и при толкованіи законовъ? Большинство исследователей отвѣчаетъ утвердительно на этотъ вопросъ, ибо многіе факты даютъ возможность сдѣлать подобное заключеніе. Посмотримъ, напримѣръ, какъ они толковали одинъ изъ законовъ о наследствѣ двѣнадцати таблицъ: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, proximus agnatus familiam habeto*, т. е., если кто нибудь умретъ безъ завѣщанія и у него нѣтъ *sui heredes*, то наследуетъ ближайшій агнать. Изъ того, что сказано: *Si intestato moritur*, слѣдуетъ, что не можетъ быть рѣчи о наследованіи *ab intestato* въ случаѣ, если осталось завѣщаніе. Отсюда правило: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, т. е., никто не можетъ умереть, завѣщавъ одну часть со-

стоянія, а другую не завѣщавъ. Если лицо завѣщало $\frac{1}{10}$ часть своего имущества наследнику, а остальное никому не завѣщало, то имущество его шло все сполна наследнику, указанному въ завѣщаніи, а не распределялось ab intestato другимъ наследникамъ. Далѣе сказано: *proximus agnatus familiam habeto*, т. е., ближайшій гражданскій родственникъ наследуетъ. Изъ этого слѣдуетъ, что, если ближайшій родственникъ отказывается, то другихъ совсѣмъ не призываютъ къ наследованію и наследство становится выморочнымъ, т. е., не было при *hereditas ex jure civili* такъ назыв. *successio ordinum et graduum*. Изъ вышесказаннаго можно было бы вывести, что юристы толковали вообще законы столь же буквально, какъ и сдѣлки. Но Герингъ держится противнаго мнѣнія и въ подтвержденіе своего взгляда приводитъ толкованія нѣкоторыхъ законовъ двѣнадцати таблицъ. При примѣненіи закона *Fundi usus auctoritas biennium, ceterarum rerum annus esto*, возникалъ, на примѣръ, вопросъ: причислить домъ къ *fundus* или къ *res ceterae*? Не смотря на то, что домъ не земля, юристы рассматриваютъ домъ, какъ землю въ этомъ отношеніи. Далѣе, не смотря на то, что при правахъ патрона на наследованіе ничего не говорится о наследованіи дѣтей его, юристы говорятъ, что и дѣти должны наследовать. Изъ этого Герингъ выводитъ, что буквальное толкованіе законовъ юристами было тенденціозное, т. е. буквальное только тамъ, гдѣ это казалось имъ нужнымъ.

Это буквальное толкованіе юридическихъ сдѣлокъ и частью законовъ имѣло своимъ послѣдствіемъ то, что юристы пользовались громаднымъ значеніемъ. Безъ нихъ нельзя было совершить сдѣлки. Этимъ объясняется повсемѣстное участіе юристовъ въ практической жизни, «*Allgegenwart der Juristen*». Дѣятельностію юристовъ этого періода объясняется, почему римское гражданское или частное право представляется гораздо болѣе выработаннымъ и законченнымъ, чѣмъ уголовное право. Юристы послѣдующихъ временъ, т. е. классическіе юристы, въ отношеніи къ гражданскому праву только продолжали научную обработку, начатую юристами квинтискаго періода и положившую твердыя основанія частному праву. Совершенно иное дѣло съ уголовнымъ правомъ. Въ теченіи долгаго времени уголовное право и уголовный процесс оставались въ зависимости отъ политическихъ обстоятельствъ. Только *leges Corneliae* и *leges Iuliae* представляли твердое основаніе для научной обработки. Поэтому этотъ предметъ представлялся невымымъ для классической юриспруденціи и менѣе удобнымъ для обработки.

Къ стр. 157.

Responsa prudentum во времена республиканскія значенія законодательнаго, т. е. обязательной силы для судей, не имѣли. Впослѣдствіи, по введеніи императоромъ Августомъ *jus respondendi*, *responsa* нѣкоторыхъ юристовъ получили такое обязательное значеніе, въ силу того, что императоры сообщали имъ этотъ авторитетъ. Поэтому Гай (I, 7) говоритъ: *responsa prudentium sunt opiniones et sententiae eorum, quibus permissum est iura condere, quorum omnium si in unum concurrant sententiae, id, quod ita sentiunt, legis vicem obtinet.*

Къ стр. 173.

Четвертый матеріалъ—*voluntatis ratio* (см. Leist. Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts § 33). Этимъ именемъ называются тѣ пра-

вовья положенія, которыя выработались изъ частной автономіи, изъ договоровъ частныхъ лицъ между собою и изъ посмертныхъ распоряженій.

стр. 177.

(Thering: Geist d. Röm. Rechts. II § 45). Изъ всѣхъ характеризующихъ римское квинтское право чертъ ярче, рѣзче другихъ выступаютъ: самый безпощадный формализмъ и свобода. Повидимому, эти два начала противоположны другъ другу, но въ Римѣ они являются взаимно обусловленными. Самое блестящее время свободы совпадаетъ съ властвованіемъ самаго строгого формализма и упадокъ свободы при императорахъ сопровождается упадкомъ формализма. Причину этого надо искать въ томъ, что, по взгляду римлянъ, форма противникъ произвола и потому союзникъ свободы; форма направляетъ свободу на вѣрный путь, мѣшая ей обратиться въ произволь, и ограждаетъ отъ него человѣка. И такъ, формальная сдѣлка, *negotium sollemne*, является одной изъ характерныхъ чертъ втораго періода. Является вопросъ: что такое формальная и что такое неформальная сдѣлка? *Negotium sollemne*, называется сдѣлка, на которой несоблюдение формы отражается въ ея юридической недействительности, оставляя за нею только значеніе нравственнаго обязательства. При совершеніи же *negotium non sollemne* соблюдение и несоблюдение формы не имѣютъ никакого значенія.

Философы въ формализмѣ видятъ нарушение соответствія между формой и содержаніемъ, между внутреннимъ моментомъ и внѣшнимъ. Вслѣдствіе чего они признаютъ его вреднымъ. Посмотримъ, насколько взглядъ ихъ оправдывается на практикѣ. Для этого необходимо прежде всего перечислить приписываемыя формализму невыгоды.

Первая невыгода: опасность формы, въ видѣ возможныхъ невыгодныхъ послѣдствій при малѣйшей неосторожности или неосмотрительности. Всякій долженъ былъ соблюдать при сдѣлкахъ извѣстные обряды и отвѣчать за неисполненіе: *Jura vigilantibus scripta sunt*. Степень опасности конечно увеличивается пропорціонально количеству обрядовъ и качеству ихъ, т. е., смотря по тому, нужно ли при сдѣлкѣ участіе верховной власти, суда, свидѣтелей. Большое вліяніе на степень опасности формы имѣетъ также болѣе или менѣе принципиальный характеръ проведенія ея, т. е., проводится ли форма съ исключеніями или безъ исключеній. Перечисливъ тѣ свойства, вслѣдствіе которыхъ увеличивается или уменьшается опасность формализма, и замѣтивъ, что въ квинтскомъ правѣ формъ очень мало; что онѣ очень просты и имѣютъ принципиальный характеръ, мы приходимъ къ заключенію, что опасность формализма очень невелика.

Вторая невыгода формализма—неудобство его. Часто издержки по веденію процесса не стоили самаго процесса; надо было прѣзжать изъ отдаленныхъ мѣстъ, чтобъ совершить какую нибудь сдѣлку, совершеніе которой допускалось лишь устно, и т. п. Однако эта невыгода легко устранялась при взаимномъ довѣріи.

Изъ вышесказаннаго можемъ вывести, что этихъ двухъ невыгодъ формы не существуетъ или, по крайней мѣрѣ, въ очень небольшой степени. Вслѣдствіе чего Герингъ не признаетъ, что формализмъ отличаетъ нравствен-

ное чувство человека, такъ какъ форма—гарантія свободы. Последнее мы увидимъ, перечисливъ выгоды формы.

Для разрѣшенія юридическаго спора, процесса необходимо примѣненіе абстрактнаго права къ конкретному правоотношенію. Затрудненіе можетъ быть въ сомнительности дѣйствительности акта. Когда форма соблюдена—сомнѣнія быть не можетъ. Другое, могущее возникнуть, затрудненіе, это неопредѣленность юридическаго характера акта. Форма устраняетъ этотъ недостатокъ, такъ какъ форма для договора, что чеканъ для монеты.

(См. Kuntze, *Cursus d. Rom. Rechts.* I § 775). Согласіе *paterfamilias* на заключеніе брака давалось въ древнія времена особымъ актомъ — *sponsalia*. «*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*», fr. 1 Dig. de sponsal. 23, 1. Отцы заключали браки дѣтей черезъ торжественный договоръ. По праву латинянъ этотъ актъ производилъ строго юридическое обязательство, неисполненіе котораго вело къ иску, *actio ex sponsu*. Въ историческое время отъ *sponsalia* можно было отказаться.

Но если сговоръ или обрученіе и не имѣлъ обязательной силы, то все таки въ двухъ случаяхъ неисполненіе его наказывалось. Въ случаѣ *repudium*, т. е. односторонняго и произвольнаго отказа, надо было возвратить четверной задатокъ—*quadruplum arrhen sponsalitiaе*, впоследствии же—*sextuplum*. Если кто, не объявивъ отказа, заключалъ новыя *sponsalia*, то онъ подвергался гражданскому безчестию—*infamia* (см. fr. 1 и 13, § 1, III кн. II тит. Дигестовъ: *de his qui urtantur infamia*).

Случай, гдѣ мужъ имѣлъ право удержать часть приданаго жены на основаніи такъ назыв. *jus retentionis*, можно свести къ слѣдующимъ категориямъ (см. *Fragm. Ulp. VI, de dotibus*, § 9 и сл.)

1) *J. retentionis propter liberos, si culpa mulieris divortium factum sit.* (см. зам.)

2) *J. ret. propter impensas*, т. е. право удержать часть приданаго по поводу издержекъ на приданое.

3) *J. ret. propter res donatas et amotas.*

Нужно замѣтить, что у римлянъ не было допускаемо, чтобы одинъ супругъ дѣлалъ даренія другому, пока они жили въ брачномъ союзѣ; это по древнѣйшимъ обычаямъ (см. fr. 1 Dig. 24, 1) запрещалось по слѣдующимъ двумъ соображеніямъ: во 1-ыхъ, чтобы не уничтожить нравственнаго принципа брака, а во 2-хъ, во избѣжаніе разныхъ продѣлокъ, напр., перенесенія задолжавшимъ супругомъ имущества на другаго супруга во вредъ кредиторовъ.

Поэтому, если, не смотря на это запрещеніе, мужъ дѣлалъ женѣ дареніе въ продолженіе брака, то цѣнность ихъ по разводѣ можно было высчитать изъ ея приданаго.

Въ этомъ то и состоитъ *j. ret. propter res donatas*. Что касается термина *res amotae*, то нужно замѣтить, что такъ обозначались вещи, украденныя женою въ продолженіе брака. Цѣнность ихъ по прекращеніи брака также могъ высчитать изъ ея приданаго, тогда какъ *actio ex furto*, подаваемая мужемъ на жену, не полагалась по римск. законамъ.

4) *J. ret. propter amotas* (§ 12 и сл. см. зам.)

ПРОГРАММА

лекцій

по

ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА

читанныя доцентомъ С.П.Б. Университета

Л.В. ДОРНОМЪ

въ 18⁸¹/82 акад. г.

Издание студентовъ 1-го курса Юридич. Фак.

Печатня М. Алисова и А. Григорьева. Мал. Мѣщанская д. №4

С.-Петербургъ.

ПРОГРАММА ПО ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА.

въ 18⁸¹/82 году.

ВВЕДЕНІЕ.

Билетъ 1. I. ПРЕДМЕТЪ ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА.

1. Понятіе о правѣ въ субъективномъ и объективномъ смыслѣ.
2. Понятіе о римскомъ правѣ и значеніе его для новѣйшаго времени.

a. *Ius publicum* и *privatum*.

b. Взглядъ Гейннга на значеніе римскаго права.

c. *Ius civile* и *ius gentium*.

d. Распространеніе римскаго права по Европѣ.

3. Историческое и догматическое изученіе римскаго права.

Историческая школа.

4. Исторія права внѣшняя и внутренняя.

5. Методы изложенія исторіи права.

Билетъ 2. II. ИСТОЧНИКИ ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА.

1. Понятіе объ источникахъ и отличіе ихъ отъ пособій.
2. Виды источниковъ: а) Памятники.
b) Сочиненія: aa) не юристовъ; bb) сочиненія римскихъ юристовъ. Въ особенности о Гаѣ и его учебникѣ. Подробное разсмотрѣніе системы и содержанія Институцій Гаея. Сочиненія другихъ юристовъ. Компіляціи послѣдующихъ временъ.

Билетъ 3. III. ЛИТЕРАТУРА ПО ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА.

1. Состояніе исторіи права у Римлянъ. Обработка права у Римлянъ.
2. Обработка римскаго права послѣ паденія западной римской имперіи.
a) Начало догматической обработки. Глоссаторы.
b) Историческое направленіе. Новая историческая школа. Различныя направленія въ исторической школѣ. Герингъ.
c. Литературныя пособия.

Билетъ 4. IV. ДѢЛЕНІЕ ИСТОРИИ РИМСКАГО ПРАВА НА ПЕРІОДЫ.

Взглядъ Геринга относительно возможности дѣленія римскаго права на періоды. Главныя попытки періодизаціи: Неволина, Гиббона, Кунце. Характеристика каждаго періода, принимаемаго въ курсѣ.

ПЕРВЫЙ ПЕРІОДЪ.

Взглядъ новѣйшей науки на извѣстія источниковъ о первоначальномъ бытѣ Рима.

ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО УСТРОЙСТВА.

I. НАСЕЛЕНИЕ ДРЕВНЕЙ ИТАЛИИ.

II. ОСНОВАНИЕ РИМА.

Преданіе о немъ.

Римская космогонія по Герингу.

Билетъ 5. III. СОСТАВЪ И НАСЕЛЕНИЕ РИМСКАГО ГОСУДАРСТВА.

1. Составные элементы римскаго государства. Значеніе различныхъ элементовъ, изъ которыхъ составился римскій народъ.

2. Дѣленіе римскаго населенія на *tribus*, *curiae* и *decuriae* (Сок. § 13). *Gens* и его значеніе. *Ius gentilitatis*.

3. Царь и Сенатъ. Значеніе царской власти. Высшіе магистраты (Сок. § 14).

4. Патриціи, Клиенты и Плебеи (Сок. § 15).

Билетъ 6. а. Полноправные граждане. Права, входящія въ составъ *civitatis*.

б. Другіе элементы римскаго населенія: 1) Клиенты. Мнѣніе Фохта. *Ius patronatus*. 2) Плебеи. Вопросъ объ ихъ происхожденіи.

в. Попытка Тарквинія Приска слить плебеевъ съ патриціями. Причины ея неудачи (Сок. § 16).

Билетъ 7. 6. Реформы Сервія Туллія; ихъ цѣли; цензъ; его первоначальное употребленіе и значеніе въ реформахъ Сервія Туллія; люстрація имущества. Военно-политическая организація, введенная Сервіемъ Тулліемъ (Сок. § 17).

Билетъ 8. 7. Сакральныя учрежденія царскаго періода. *Sacra publica* и *sacra privata*. Жрецы; ихъ коллегіи (Сок. § 18).

8. Государственные доходы въ царскій періодъ (Сок. § 19).

9. Аграрныя отношенія въ царскій періодъ (Сок. § 20).

10. Деньги въ первыя времена римской исторіи (Сок. § 21).

Билетъ 9.

IV. ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

A. Общее обзорѣніе *Fas* и *Ius*.

B. *Fas*. Вліяніе жрецовъ на право.

C. *Ius*; его виды. Въ особенности о законахъ, приписываемыхъ царямъ.

аа) Кому принадлежала законодательная власть въ царскія времена.

Свидѣтельства римскихъ писателей о *leges regiae*. Различныя мнѣнія о законодательной дѣятельности народныхъ собраній. Сборникъ «*Leges regiae*». *Ius Papirianum*. Мнѣнія о нихъ ученыхъ.

Билетъ 10.

V. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

А. Понятіе частнаго права.

В. Обзоръ отдѣльныхъ видовъ частно-правовыхъ отношеній. Familia.

ОТДѢЛЪ I. СЕМЕЙНЫЯ ПРАВА.

I. БРАКЪ.

1. Понятіе брака.
2. Установленіе брака.
3. Власть мужа надъ женой.
4. Прекращеніе брака.

Билетъ 11.

II. PATRIAE POTESTAS.

1. Установленіе patriae potestatis: а) Procreatio, б) Adoptio.
- 2) Содержаніе patriae potestatis. Составные элементы ея: а) Личныя права, б) Имущественныя права.
3. Прекращеніе patriae potestatis.

III. РОДСТВО.

Понятіе и виды родства.

1. Cognatio naturalis и его значеніе.
2. Agnatio; его отличіе отъ cognatio;

IV. ОПЕКА, TUTELA.

Виды ея. Cura.

Билетъ 12.

ОТДѢЛЪ II. ЧИСТО ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

Понятіе объ имущественныхъ правахъ и ихъ виды.

I. ВЕЩНЫЯ ПРАВА, IURA IN RE.

- а. Право собственности. Res mancipi и res mancipi. Частная собственность въ недвижимыхъ имуществахъ.
- б. Сервитуты.

II. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

Понятіе о нихъ. Древняя форма обязательствъ. Послѣдствія обязательствъ.

Билетъ 13.

ОТДѢЛЪ III. НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

1. Понятіе наслѣдства. Различіе между heres и legatarius.
2. Открытіе наслѣдства.
3. Виды наслѣдства. А. Hereditas domestica, ея значеніе. Мнѣніе Фюстель де Кулянга о sui heredes. В. Hereditas testamentaria; виды завѣщаній. С. Legitima successio.

Билетъ 14.

ОТДѢЛЪ IV. СУДОПРОИЗВОДСТВО.

Понятіе и виды.

А. Гражданскій процессъ. Различные пути для защиты правъ. Отношеніе древнѣйшаго права къ такъ называемой *via facti*. Условія допущенія самоуправства. Гарантія осуществленія права.

Значеніе древняго римскаго суда.

В. Уголовный процессъ. Общее замѣчаніе о немъ. Виды важнѣйшихъ уголовныхъ преступленій. *Sacratio capitis*.

С. Производство по международнымъ спорамъ. Значеніе международныхъ отношеній.

ВТОРОЙ ПЕРІОДЪ.

ОТДѢЛЪ I.

Билетъ 15.

ГОСУДАРСТВЕННОЕ УСТРОЙСТВО РИМА.

1. Первые времена республики. Консулы. Сенатъ. Валерій Публикола. Преобладаніе патриціевъ. Диктаторъ (Сок. § 23).

2) Борьба плебеевъ съ патриціями и постепенное уравненіе въ правахъ обоихъ сословій.

Secessio in montem sacrum. Дѣятельность народныхъ трибуновъ. *Lex Cassia*. *Rogatio Tetentilia* и предшествовавшія трибунскія предложенія. Децемвиратъ. Последующіе законы, направленные на уравненіе правъ плебеевъ съ правами патриціевъ, въ особенности *rogationes Liciniae* (Сок. § 24).

Билетъ 16. 3. *Factio forensis*. Реформа центуриатскихъ собраній; *populi*. *Ordo senatorius* и *ordo equester*. Борьба оптиматовъ съ популярами. Аграрный вопросъ. Различные законы, служившіе орудіемъ партій въ этой борьбѣ (Сок. § 25).

4. Общественныя власти въ послѣднія времена республики.

А. Народныя собранія. Виды ихъ и предметы вѣдомства.

В. Сенатъ.

С. Магистратура (Сок. § 26).

5. Сакральныя учрежденія республиканскаго Рима (Сок. § 27).

6. Государственные доходы и расходы республиканскаго Рима (Сок. § 28).

7. Деньги во времена республики (Сок. § 29).

Билетъ 17. 8. Устройство Италіи и провинцій.

А. Италія. Различныя системы общенія Рима съ другими итальянскими племенами: 1) Система инкорпорацій. 2) Федеративная система. 3) Система колонизацій.

В. Провинціи. *Ius Italicum* (Сок. § 30).

ОТДѢЛЪ II.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА ВО ВТОРОМЪ ПЕРІОДѢ.

А. Общее обозрѣніе. Характеристика источниковъ этого періода.

Источники: а) положительнаго права: аа) *Ius civile*, bb) *Ius gentium*.

b) *Ius naturae*.

Билетъ 18. В. Отдѣльные источники права время республики.

1. *Lex*. Понятіе закона. Порядокъ изданія законовъ. Составныя части законовъ. Дѣленіе законовъ по санкціи.

Терминологія Римлянъ по отношенію къ изданію законовъ. Названіе законовъ.

Отдѣльные законы. *Leges XII tabularum*. Ихъ значеніе. Характеръ ихъ. Текстъ законовъ XII таблицъ.

Билетъ 19. Попытки возстановленія. Система XII таблицъ. Содержаніе отдѣльныхъ таблицъ. Въ особенности о содержаніи VIII таблицы: система наказаній и уголовное преступленіе по закону XII таблицъ. Примѣненіе этихъ наказаній судомъ народныхъ собраній. Уголовныя законодательства съ конца VI вѣка и во времена императорскія.

2. *Senatus consulta*. Права сената. Значеніе *senatus consulta*.

3. *Auctoritas prudentium* (Сок. стр. 102). *Interpretatio Legis actiones*. Обстоятельства, содѣйствовавшія распространенію юридическихъ познаній. *Ius civile Flavianum*. *Ius Aelianum*. Дѣятельность юристовъ. Способъ толкованія ихъ: 1) юридическихъ дѣлъ, 2) законовъ. Мнѣніе Геринга. Обязательная сила *responsa prudentia*. Значеніе жрецовъ въ качествѣ юристовъ.

Билетъ 20. 4. *Edicta magistratum*. Магистраты, имѣвшіе *ius edicendi*. Виды эдиктовъ. Вліяніе эдиктовъ на гражданское право. Обязательная сила эдиктовъ. Вліяніе претора на гражданское или частное право; *actiones fictitiae*. Дѣятельность претора по Папиніану. Различіе между *actiones fictitiae* и *actiones utiles*. *Actiones in factum conceptae*. *Exceptio*. *In integrum restitutio*. Приведеніе въ систему преторскаго права.

Билетъ 21. *Ius gentium*. Опредѣленіе Гая. Историческое развитіе понятія о немъ. Вліяніе *ius gentium* на *ius civile*.

Aequitas. Мнѣніе Лейста объ *aequitas*: въ отношеніяхъ субъективномъ, объективномъ и судебномъ.

ОТДѢЛЪ III.

Билетъ 22.

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

А. Общія замѣчанія объ юридическихъ актахъ въ этомъ періодѣ. Формализмъ. Взглядъ Геринга на значеніе формы юридическихъ

актовъ: невыгоды формы, выгоды формы.

Nexum и *Mancipatio*. Содержаніе юридическихъ сдѣлокъ.

В. Отдѣльныя частныя правоотношенія въ области гражданскаго права.

ОТДѢЛЪ I. СЕМЕЙНЫЯ ПРАВООТНОШЕНІЯ.

I. БРАКЪ.

Формы его. Общія условія вступленія въ бракъ *cum* и *sine manu sponsalia*. Способы установленія брака. Послѣдствіе брака.

Приданое. Право мужа. Судьба приданого по смерти мужа, состоявшаго въ бракѣ *cum* и *sine manu*. *Lex Maenia de dote*. *Lex Julia et Papia Poppaea*. Возвращеніе *dotis* со стороны мужа. Поводы, по которымъ мужъ имѣетъ *jus retentionis*. Способы установленія *dotis*. Способы прекращенія брака и *manus*.

II. ОТНОШЕНІЯ РОДИТЕЛЕЙ И ДѢТЕЙ.

Способы установленія отцовской власти. *Errogis causa ergo batio*. Прекращеніе отцовской власти. *Emancipatio*. Положеніе эманципированнаго.

Билетъ 23.

III. РОДСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

Агнатическое и когнатическое родство.

IV. TUTELA И CURA SEU CURATIO: ОПЕКА.

Значеніе опеки; виды ея, установленіе и прекращеніе. Отличіе опеки отъ попечительства. Виды попечительства. *Lex Plaetoria*.

ОТДѢЛЪ II. ЧИСТО-ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

I. ВЕЩНЫЯ ПРАВА. IURA IN REM.

Опредѣленіе права собственности. Способы установленія права собственности.

а. Дѣйствія государственной власти для предоставленія частной собственности отдѣльнымъ лицамъ.

б. Юридическія сдѣлки. *Usucapio*.

Билетъ 24. Объекты права собственности. *Res mancipi* и *res mancipi*; рабы, какъ объекты собственности. Установленіе рабскаго состоянія *ex iure gentium* (правила сообщенія дѣтямъ состоянія родителей вообще). Юридическое положеніе рабовъ; отпущеніе ихъ на волю. Ограниченіе права собственности. *Iura in re aliena*. *Servitutes praediorum et urbanorum*; *servitutes personarum*.

Билетъ 25. II. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ, OBLIGATIONES.

Опредѣленіе обязательствъ. Взглядъ древнѣйшаго римскаго

права на обязательство; изменение взгляда на основании *Lex Poetelia-Papiria*. Способы установления обязательств по договору. Формы *Nexum* и *Verborum et literarum obligatio*. Реальные контракты *Lex Genucia*. *Contractus consensuales*. *Contractus innominati*. Формальные и материальные контракты.

Средства обеспечения обязательств: *Nexum*, залог, поручительство; определение его и виды. Смягчение ответственности поручителей. Обязательства *ex delicto*.

Билетъ 26. ОТДѢЛЪ III. НАСЛѢДСТВЕННОЕ ПРАВО.

Наслѣдство по завѣщанію. Формы составленія завѣщанія. *Testamenti factio activa* и *passiva*. Содержаніе завѣщанія. *Hereditas*, *legatum*. Различіе между *heres* и *legatarius*. Виды легатовъ по способамъ ихъ установленія. Законы, ограничивающіе права завѣщателя въ отношеніи къ легатамъ. Наслѣдство по закону. Постановленіе законовъ XII таблицъ относительно наслѣдованія *ab intestato*. Выводы, сдѣланные интерпретаціею относительно этихъ словъ. Раздѣлъ наслѣдства между наслѣдниками.

Билетъ 27. ОТДѢЛЪ IV. СУДОПРОИЗВОДСТВО.

Общій характеръ судопроизводства въ этотъ періодъ. Производство *in iure* и *in iudicio*.

Недопущеніе представителей на судѣ. Исключеніе изъ этого правила.

Судоустройство. Подсудность, составъ, мѣсто. Судопроизводство. *Legis actiones*.

1. Исковой процессъ. *Legis actio per sacramentum*. Понятіе производства *in iure* и *in iudicio*.

Другіе виды исковаго процесса:

2. Исполнительный процессъ:

a. *Legis actio per manus iniectioem*; понятіе; случаи примѣненія его.

b. *Manus iniectio pura*.

c. *Legis actio per pignoris captionem*.

ПЕРІОДЪ ТРЕТІЙ.

Билетъ 28. I. ГОСУДАРСТВЕННОЕ УСТРОЙСТВО.

a. Сословія.

b. Государственная власть. Императоръ. Сенатъ. Народное собраніе. Сзновники республиканскіе и императорскіе (*praefectus urbi* и др.).

Отношенія Рима къ Итали и провинціямъ. Устройство провинцій при Адрианѣ и Маркѣ Аврелии. Новое устройство имперіи, введенное Константиномъ.

ИСТОЧНИКИ ПРАВА.

Общая характеристика развитія права въ этомъ періодѣ.

A. Leges.

Lex Julia et Papia Poppaea. Причины, вызвавшія этотъ законъ. Содержаніе его. *Lex Junia Norbana* и другіе законы, подтвердившіе его.

B. *Senatus Consulta*. Юридическая сила. Названія *Senatus Consultum Silanianum, Velleianum* и др.

Билетъ 29. C. *Edicta magistratum*. Измѣненіе ихъ значенія при императорѣ Адрианѣ.

D. Constitutiones principum.

1. О законодательной власти императоровъ вообще. *Consilium*.

2. Виды императорскихъ постановленій.

E. Iuris prudentia.

1. Практическая дѣятельность юристовъ. *Ius respondendi, Lex Valentiniana allegatoria*.

Билетъ 30. 2. Теоретическая дѣятельность юристовъ. Характеръ сочиненій юристовъ. Школы или секты юристовъ. Спорные вопросы между Сабиньянцами и Прокулеянцами. Важнѣйшіе представители той и другой школы. Корифеи римской юриспруденціи. Законодательство Юстиніана. Источники его кодификаціи. Дѣятельность комиссіи. Дѣленіе Институцій и Дигестъ. Изданіе Новеллъ.

Билетъ 31.

ПРАВА ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

Общая характеристика его въ этомъ періодѣ.

A. Семейное право.

Бракъ. Конкубинатъ. *Liberi naturales* и способы *legitimationis*. Власть мужа надъ женою. Отношенія между родителями и дѣтьми: 1) право на личность сына; 2) право на имущество сына; виды *peculium*; *praemium emancipationis*; *actiones adiectitiae qualitatis*. Возникновеніе и прекращеніе отцовской власти. Отношенія родства. Понятіе кровнаго родства. Опредѣленіе близости родства. Опека.

В. ИМУЩЕСТВЕННЫЯ ОТНОШЕНІЯ.

I. ВЕЩНЫЯ ПРАВА.

Юридическое понятіе владѣнія. *Interdictum possessorium*; *bonae fidei possessio*.

1. Право собственности: *dominium bonitarium*; *acquisitiones naturales*.

2. *Iura in re aliena*.

a. Сервитуты, *emphyteusis, superficies*.

b. Закладное право; *hypoteca*, виды ея.

II. ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННЫЯ ПРАВА.

1. *Obligaciones ex contractu*. Развитие этихъ обязательствъ въ этомъ періодѣ. Виды этихъ обязательствъ. *Metus, dolus*.

Представительство. *Chirographum de mutuo*. Обеспечение обязательствъ.

2. *Obligaciones ex delicto*, виды ихъ. *Obligaciones quasi ex contractu* и *quasi ex delicto*.

Билетъ 32.

III. НАСЛѢДСТВЕННЫЯ ПРАВА.

Дуализмъ въ этомъ ученіи. Измѣненія, произведенныя въ наслѣдственномъ правѣ преторскими эдиктами. Виды преторскаго наслѣдства сообразно основаніямъ открытія наслѣдства. Классы *bonorum possessorum ab intestato*.

Дальнѣйшія измѣненія преторскаго права. *Beneficium abstinendi*. *Agnatio bonorum possessionis*. Измѣненія, сдѣланныя Императоромъ Юстиніаномъ: 1) въ *hereditas testamentaria* — различныя виды завѣщаній; 2) въ *hereditas ab intestato*. Новые классы наслѣдниковъ по закону. 3) Установленіе матеріально не обходимаго наслѣдства. Измѣненія относительно момента принятія наслѣдства. *Beneficium inventarii* и *beneficium separationis*. *Codicilli*.

IV. ГРАЖДАНСКОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО.

1. Отличіе формулярнаго процесса отъ процесса *per legisactiones*.

2. *Ordo iudiciorum privatorum*. *Extraordinaria cognitio*.

3. Конституція формулы; составныя ея части. *Actiones praeiudiciales*. *Iudicia divisoria*. *Exceptioes*.

4. Представительство на судѣ. Измѣненіе судопроизводства при Императорѣ Діоклетіанѣ.

