

РОССИЙСКИЙ ЭКОНОМИЧЕСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ Г. В. ПЛЕХАНОВА



РИМСКОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

УЧЕБНИК

*Под редакцией
доктора юридических наук,
профессора
Р. А. Курбанова*



Электронные версии книг на сайте
www.prospekt.org



УДК 347.2(37)(075.8)
ББК Х3(0)323я73
P51

Электронные версии книг
на сайте www.prospekt.org

Авторы:

Р. А. Курбанов, А. С. Лалетина, В. А. Гуреев, Т. Э. Зульфугарзаде, В. В. Слободянник, Д. С. Петренко, Н. В. Свечникова, Е. А. Бородина, М. М. Дарькина, А. М. Моисеев, К. И. Налетов, С. И. Озоженко, О. В. Шведкова, Р. А. Гурбанов, П. Б. Айтov, А. М. Белялова.

Под редакцией доктора юридических наук, профессора, заслуженного юриста Российской Федерации Р. А. Курбанова.

P51 Римское частное право : учебник / под ред. Р. А. Курбанова. —
Москва : Проспект, 2015. — 312 с.

ISBN 978-5-392-16613-8

Учебник подготовлен в соответствии с государственным образовательным стандартом и содержит систематизированное изложение основных институтов римского права. В издании с учетом достижений современной цивилистики освещены основные начала римского права, раскрыты предмет и источники римского права, семейно-правовые отношения, вещные права, обязательственное право, рассмотрены отдельные виды обязательств, а также право наследования.

Учебник предназначен для студентов, аспирантов, преподавателей юридических вузов и факультетов, для юристов-практиков, а также всех, кто интересуется вопросами римского права.

УДК 347.2(37)(075.8)
ББК Х3(0)323я73

Учебное издание

Курбанов Рашад Афатович и др.

РИМСКОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебник

Оригинал-макет подготовлен компанией ООО «Оригинал-макет»
www.o-maket.ru; тел.: (495) 726-18-84

Санитарно-эпидемиологическое заключение

№ 77.99.60.953.Д.004173.04.09 от 17.04.2009 г.

Подписано в печать 25.09.2014. Формат 60×90 $\frac{1}{16}$.

Печать цифровая. Печ. л. 17,5. Тираж 300 экз. Заказ №

ООО «Проспект»

111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

ISBN 978-5-392-16613-8

© Коллектив авторов, 2014

© ООО «Проспект», 2014

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	8
Раздел I. Источники римского частного права	9
§ 1. Обычай	10
§ 2. Закон (lex, leges)	11
§ 3. Сенатусконсульты (senatusconsultum)	12
§ 4. Плебисцит (plebiscitum)	12
§ 5. Эдикты магистратов (edicta magistratum)	12
§ 6. Ответы (мнения) знатоков права (response prudentium)	15
§ 7. Судебный прецедент (iudicatum)	18
§ 8. Конституции принципов (constituciones principum)	19
§ 9. Свод гражданского права (Corpus Iuris Civilis)	20
Раздел II. Иски. Судебный процесс	22
Глава 1. Общая характеристика судебной власти и процесса в Древнем Риме	23
Глава 2. Понятие и особенности иска в римском частном праве	25
Глава 3. Легисакционный процесс (общая характеристика)	27
Глава 4. Декларативные (состязательные) иски по закону (legis actiones)	31
Глава 5. Исполнительные legis actiones. Иск actio in rem per sponsionem	34
Глава 6. Формулярный процесс (общая характеристика)	37
Глава 7. Формула и ее части	42
Глава 8. Судебное представительство	46
Глава 9. Исполнение судебного решения в формулярном процессе	48
Глава 10. Классификация формульных исков	50
Глава 11. Дополнительные средства преторской защиты (на примере интердиктов и реституции)	55
Глава 12. Экстраординарный (когниционный) процесс	59
Раздел III. Лица	66
Глава 1. Физические лица	68
§ 1. Правоспособность физических лиц (caput)	68
§ 2. Дееспособность физических лиц (capacitas agenda)	80
Глава 2. Юридические лица	83

Раздел IV. Правовое регулирование брачно-семейных отношений.....	87
Глава 1. Особенности и формы римской семьи	88
Глава 2. Отцовская власть: личное содержание.....	90
Глава 3. Отцовская власть: имущественное одержание	92
Глава 4. Способы приобретения	95
Глава 5. Прекращение	98
Глава 6. Родство и свойство.....	101
Глава 7. Понятие и формы брака	104
Глава 8. Предварительные условия и препятствия к заключению законного римского брака	106
Глава 9. Помолвка.....	109
Глава 10. Имущественные отношения супругов. Приданое	112
Глава 11. Прекращение брака	115
Глава 12. Опека и попечительство (общие сведения)	119
Раздел V. Вещные права	125
Глава 1. Вещи и виды вещей	127
Глава 2. Владение (possessio)	134
§ 1. Понятие владения и элементы владения	134
§ 2. Виды владения	135
§ 3. Условия приобретения владения	137
§ 4. Прекращение владения.....	139
§ 5. Защита владения	139
Глава 3. Право собственности (dominium, proprietas)	142
§ 1. Понятие собственности	142
§ 2. Виды частной собственности	145
§ 3. Способы приобретения права собственности	148
§ 4. Защита права собственности	162
Глава 4. Права на чужие вещи (jura in re aliena)	167
§ 1. Понятие и виды прав на чужие вещи	167
§ 2. Сервитуты (servitutes): понятие и виды	167
§ 3. Земельные сервитуты (servitutes praediorum)	171
§ 4. Личные сервитуты (servitutes personarum)	172
§ 5. Защита сервитутов	174
§ 6. Долгосрочная аренда (jus regpetuum)	175
§ 7. Залог (pignus, hypotheca)	178
Раздел VI. Обязательственное право	184
Глава 1. Общие положения об обязательствах.....	185

§ 1. Понятие обязательства	185
§ 2. Виды обязательства	185
§ 3. Основания возникновения (источники) обязательств.....	189
§ 4. Стороны обязательств	190
Глава 2. Договоры как источники обязательств	192
§ 1. Договор (<i>contractus</i>) как источник обязательства: понятие и эволюция в римском праве	192
§ 2. Условия действительности договора и порядок его заключения	193
§ 3. Недействительность договоров	206
§ 4. Регулирование заключения договоров	208
Глава 3. Отдельные виды договоров	209
§ 1. Классификация договоров	209
§ 2. Формализованные договоры древнейшего римского права	210
§ 3. Вербальные (устные) договоры	213
§ 4. Литтеральные контракты (<i>litteris, contractus litteralis</i>)	217
§ 5. Реальные контракты (<i>re</i>)	219
§ 6. Консенсуальные контракты	229
Глава 4. Пакты (<i>pacta</i>) как источники обязательств.....	242
§ 1. Понятие и виды пактов	242
§ 2. Дополнительные соглашения (<i>pacta adjecta</i>)	243
§ 3. Преторские пакты (<i>pacta praetoria</i>)	243
§ 4. Легитимные пакты (<i>pacta legitima</i>)	245
Глава 5. Деликты как источники обязательств	247
§ 1. Понятие и история возникновения частных деликтов	247
§ 2. Структура частных деликтов	248
§ 3. Особенности обязательств из деликтов	250
§ 4. Виды частных деликтов	250
Глава 6. Обязательства как бы из договора (<i>quasicontractus</i>) и как бы из деликтов (<i>quasidelicta</i>).....	257
§ 1. Понятие квазидоговора (квазиконтракт).....	257
§ 2. Ведение чужих дел без поручения (<i>negotiorum gestio</i>)	257
§ 3. Обязательства из неосновательного обогащения	259
§ 4. <i>Communio incidens</i>	262
§ 5. <i>Legatum i tutela</i>	262
§ 6. Понятие квазиделикта (<i>quasi ex delicto</i>)	262
§ 7. Другие источники обязательств	264
Глава 7. Обеспечение исполнения обязательств	266

§ 1. Понятие и виды способов обеспечения обязательств	266
§ 2. Реальное обеспечение кредитора со стороны должника	266
§ 3. Персональное обеспечение кредитора со стороны должника	267
§ 4. Обеспечение кредиторов со стороны третьих лиц.....	268
Глава 8. Неисполнение обязательства и ответственность должника.....	270
§ 1. Принципы регулирования ответственности должника за неисполнение обязательства	270
§ 2. Просрочка исполнения обязательства (mora).....	271
§ 3. Регулирование возмещения ущерба при неисполнении обязательства	273
Глава 9. Регулирование прекращения обязательства	274
§ 1. Понятие и виды способов прекращения обязательств	274
§ 2. Ритуальные способы прекращения обязательства по древнему праву.....	275
§ 3. Надлежащее исполнение обязательства (solutio)	275
§ 4. Замена исполнения (datio in solutum)	276
§ 5. Новация (novatio)	276
§ 6. Зачет (compensatio).....	277
§ 7. Прощение долга	278
§ 8. Слияние (confusio)	278
§ 9. Другие способы прекращения обязательств (ipso jure).....	278
Раздел VII. Наследственное право	280
Глава 1. Понятие наследственного права и наследственно-правовых отношений	282
§ 1. Понятие наследственного права	282
§ 2. Наследственно-правовые отношения: основные понятия	282
§ 3. Способы (основания) наследования	283
§ 4. Основные этапы развития римского наследственного права	284
Глава 2. Наследование по закону (<i>ab intestate, successio legitima</i>)	284
§ 1. Наследование по закону в древнем праве	284
§ 2. Наследование по закону в классическом праве	285
§ 3. Наследование по императорскому законодательству (постклассическое и Юстиниановское право)	287
Глава 3. Наследование по завещанию (<i>successio testamentaria</i>).....	289
§ 1. Понятие и условия действительности завещания	289
§ 2. Отмена недействительных и ничтожных завещаний	292
§ 3. Открытие завещания	292
Глава 4. Необходимое наследование	292

§ 1. Понятие необходимого наследования	292
§ 2. Этапы становления необходимого наследственного права	293
Глава 5. Принятие наследства	295
§ 1. Понятие принятия наследства и его условия	295
§ 2. <i>Heredes sui et necessarii</i>	296
§ 3. <i>Heredes voluntarii</i>	297
§ 4. <i>Hereditas jacens</i>	298
§ 5. Сонаследники	298
§ 6. Долги по наследству	299
§ 7. Защита наследственных прав	299
Глава 6. Сингулярное наследование, легаты и фидеикомиссы	300
§ 1. Понятие легата	300
§ 2. Виды легатов	301
§ 3. Правовое положение и защита легатариев.....	301
§ 4. Понятие фидеикомисса	302
§ 5. Универсальный фидеикомисс (<i>fideicommissum hereditatis</i>).....	303
§ 6. Семейный фидеикомисс.....	303
§ 7. Дарение в случае смерти (<i>donatio mortis causa</i>)	304
Библиография	305
Приложение	307

ВВЕДЕНИЕ

Проходящая в России реформа образования обусловила заметный рост интереса к римскому праву. Проявлением этого является все возрастающее количество научных публикаций и учебных пособий по римскому праву. Наряду с этим в ведущих российских вузах и научно-исследовательских учреждениях стали регулярно проводиться конференции (в том числе международные) с участием ведущих специалистов в данной области. Растущий интерес к римскому праву связан с тем, что без его знания трудно овладеть логикой юридического мышления, успешно изучать различные отрасли современного права (прежде всего гражданское право) и в конечном счете невозможно стать по-настоящему квалифицированным юристом-профессионалом.

Цель учебного курса «Римское частное право» – это изучение основных принципов, источников и институтов римского частного права, а также ознакомление с их эволюцией в ходе развития древнеримского общества. Таким образом, сформулированная цель предполагает системный подход к анализу развития и функционирования институтов римского права на разных исторических этапах. Одновременно с этим в процессе обучения выявляются сущностные взаимосвязи между институтами современного континентального частного права (включая российское) и римского частного права. В результате обеспечивается усвоение основных понятий данной учебной дисциплины, а также овладение определенными навыками и умениями юридического анализа рассматриваемого круга вопросов.

Предлагаемое учебное пособие подготовлено ведущими преподавателями юридического факультета Российского экономического университета им. Г. В. Плеханова в соответствии с утвержденной программой курса «Римское частное право». Пособие предназначено для студентов, магистрантов, аспирантов и преподавателей высших учебных заведений, а также для лиц, интересующихся римским частным правом.

РАЗДЕЛ I

ИСТОЧНИКИ РИМСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

В результате изучения данного раздела студент
будет знать:

- систему источников римского частного права;
- эволюцию источников римского частного права;
- тенденции в области систематизации источников римского частного права;

будет уметь:

- анализировать правовые тексты, содержащие основные писаные источники римского частного права;
- проводить сравнительно-правовой анализ регулирования однотипных имущественных правовых отношений на различных этапах римского общества;
- анализировать конкретные правовые отношения римского имущественного оборота, используя изучаемую нормативно-правовую базу;

будет владеть:

- навыками сравнительно-правового анализа источников римского частного права;
- навыками использования норм институтов римского частного права при анализе конкретных имущественных правоотношений, типичных для хозяйственной практики Древнего Рима;
- навыками анализа основных направлений рецепции римского частного права в ведущих правовых системах современности.

Как известно, в настоящее время под источниками права понимаются формы, в которых образуются и существуют нормы права¹. Исходя из такого понимания источника права, в истории римского частного права (VIII в. до н.э. – VI в. н.э.) частноправовые нормы возникали и использовались в следующих формах:

- 1) обычай (mores maiorum, consuetudo);
- 2) закон (lex);
- 3) плебисцит (plebiscitum);
- 4) ответы (мнения) знатоков права (response prudentium);
- 5) судебный прецедент (iudicatum);

¹ В то же время римские историки, например Тит Ливий, употребляли термин «источник» в смысле начала, из которого развивалось римское право.

- 6) постановление сената (*senatusconsultum*);
- 7) эдикты магистратов (*edicta magistratum*);
- 8) конституции принцепсов (*constituciones principum*);
- 9) свод гражданского права (*corpus iuris civiles*).

Ниже приводится краткий анализ вышеперечисленных видов источников римского частного права.

§ 1. ОБЫЧАЙ

Обычай (*mores maiorum, consuetudo*) является древнейшим источником римского частного права. Он существовал и применялся при отсутствии других правовых источников. Обычай – это сложившееся в практике поведение людей, которое может в дальнейшем признаваться и защищаться государственной властью, а может и не получить такого признания и защиты. В первом случае такие нормы являются юридическими обычаями и формируют обычное право как нормы, обязательные для применения. Во втором случае они остаются простыми обычаями, не имеющими правовой защиты.

В архаический период Древнего Рима в течение длительного времени не существовало писанных законов, поэтому частноправовые отношения регулировались **обычаями**. Обычаи (*mores maiorum*) являлись обычаями предков, и на первых порах они не отделялись от религиозных обрядов и правил нравственности. Существует точка зрения, что знаменитые Законы XII таблиц являлись не чем иным, как определенной систематизацией древних обычаев.

Специфической чертой обычного права является то, что оно не имеет письменной формы фиксации¹. Римские авторы указывали на следующие формы обычного права, как-то: *ractum*, *par*, *iudicatum*. Цицерон определял пакт как то, что граждане между собой договорились считать настолько правильным, как если бы обязательство основывалось на праве; *par* (равное) – это то, что является соразмерным для всех; *iudicatum* (судебное решение) – это то, о чем уже было вынесено прежде чье-то решение в суде.

Обычное право постепенно теряло свою значимость в силу развития и осложнения политической и хозяйственной жизни Древнего Рима (хотя даже и в постклассический период – IV–V вв. н.э. – можно встретить приравнивание обычая к закону при условии, что обычай не противоречит здравому смыслу или закону). В результате обычное право все больше заменяется законами и другими источниками права.

¹ D. 1.3.32 § 1.

§ 2. ЗАКОН (LEX, LEGES)

Законы как источники права появились на республиканском этапе развития Древнего Рима. Римляне относили к законам решения комиций, т.е. народного собрания (*populus*). Первым известным законом явился кодекс под названием «Законы XII таблиц» (*Leges XII tabularum*) (V в. до н.э.). Этот памятник римского права появился в результате обострения борьбы между патрициями и плебеями. Как видно из самого названия данного документа, он не являлся по своей сути кодексом, но в дальнейшем XII таблиц воспринимались как кодекс, потому что они наиболее полным образом отразили древние обычаи (*mores*).

Сами XII таблиц не сохранились к настоящему времени, и их содержание известно из комментариев, написанных известным римским юристом Гаем и включавших шесть книг. Из комментариев Гая следует, что в XII таблицах содержались положения о гражданском процессе, об отцовской власти, об опеке, наследовании и собственности, а также положения в области обязательственных отношений.

Законы XII таблиц оказали большое влияние на развитие римского права. Они одновременно явились подведением итогов всего предшествующего развития обычного права и основой для дальнейшего развития римского права.

В дальнейшем на основе Законов XII таблиц начала складываться система норм, которая называется *jus civilae* (цивильное право), которое понималось, прежде всего, как национальное древнеримское право, регулирующее правоотношения исключительно римских граждан — квиритов. На более поздних этапах развития римского права *jus civilae* противопоставляется преторскому праву. В этом случае под *jus civilae* понимались нормы права, принятые народным собранием¹.

Наряду с Законами XII таблиц в республиканский период народным собранием принимались отдельные законы (*lex*), из которых в настоящее время известны, например, *lex Poetelia* (Петелиев закон) IV в. до н.э., отменивший продажу в рабство и убийство должника, не уплатившего долга; *lex Falcidia* (Фальцидиев закон) I в. до н.э. об ограничении завещательных отказов и др. Роль народных собраний в законотворчестве получила выражение в следующей формуле: *lex est quod populus jubet atque constituit* — закон есть то, что предписано и установлено народом².

Структурно законы включали три части: вступление (*praescriptio*), в котором указывались имена инициаторов предлагаемого закона, т.е. наименование магистрата, внесшего законопроект, председателя ко-

¹ D. 1.3.32.

² Гай 1.1.3.

миции, день и место заседания и голосования; предложение органа власти — магистрата (*rogatio*), т. е. сам текст закона; санкции (*sanction*), т. е. наказание для нарушителей закона.

§ 3. СЕНАТУСКОНСУЛЬТЫ (SENATUSCONSULTUM)

По мере усиления императорской власти народные собрания теряли свое значение и все чаще законы стали издаваться сенатом, и такие законы стали называться *senatusconsultum* (сенатусконсульты). По своей сущности сенатусконсульты были распоряжениями императоров (принцепсов), замаскированными в форму постановления сената. *Senatusconsulta* принимались без участия *populus* и поэтому до начала II в. н.э. не имели силы закона. Но с усилением власти принцепсов нормотворческая деятельность сената возрастает, так как комиции теряют свою роль. В дальнейшем очень часто постановления сената предварялись выступлением принцепсов (*oratio principis*), которое по существу и имело силу закона¹, что ознаменовало постепенное вытеснение *senatusconsultum* как самостоятельной формы права.

Из известных документов такого рода можно назвать *senatusconsultum Macedonianum* (I в. н.э.), который лишил исковой защиты в договоре займа подвластного сына.

§ 4. ПЛЕБИСЦИТ (PLEBISCITUM)

Плебисцит (*plebiscitum*) — изначально это решение плебейских собраний, обязательных только для плебса. Но в дальнейшем с принятием закона Гортензия (*lex Hortensia*) плебисциты стали обязательны для всего народа и по правовой силе были приравнены к законам². Таким образом, *plebiscitum* объединились с *leges* — законами, провозглашенными комициями, т.е. народными собраниями.

§ 5. ЭДИКТЫ МАГИСТРАТОВ (EDICTA MAGISTRATUM)

Римские магистраты как органы власти имели право устанавливать общие правила поведения в рамках исполнения своих должностных обязанностей. Это было необходимо для более эффективного исполнения своей должности.

¹ Гай 1.3.

² Ulp. Reg. 1.3.

В обязанности римских магистратов (особенно таких их должностных лиц, как высшие консулы, а также преторов как магистратов) входила функция охраны внутреннего гражданского мира и порядка. Для ее выполнения они получили обширную административную власть (*imperium*) со всеми ее атрибутами¹. Среди всех магистратов особую роль играл *praetor urbanus* – магистрат, ответственный за управление городом.

Во всех случаях, когда в законе были пробелы или когда какое-либо частное лицо терпело определенный ущерб без возможностей удовлетворения своих требований при помощи обыкновенного гражданского иска, оно могло обратиться к магистрату с просьбой об оказании правовой помощи. Магистрат проводил свое собственное расследование (*causae cognitio*) и при подтверждении правомерности обращения удовлетворял жалобу просителя, используя имеющуюся у него власть.

Таким образом в Риме появились эдикты, т.е. постановления, касающиеся вопросов и компетенции магистратов и обязательные для исполнения преторами и другими магистратами в течение времени исполнения их должностных функций (т. е. в течение года).

Наибольшее значение имели следующие эдикты: эдикты преторов, т.е. магистратов, ведавших гражданской юрисдикцией по спорам между римскими гражданами и перегринами, а также эдикты курульных эдилов, т. е. магистров, в чью компетенцию входила гражданская юрисдикция по торговым делам.

Эдикты магистратов обычно определяли правила их деятельности на весь годичный срок деятельности магистратов. Формально они были обязательны только для данного магистрата, но наиболее удачные решения преторов по отдельным вопросам использовались в дальнейшем и другими магистратами. Таким образом, постепенно преторами вырабатывались определенные приемы (правила) разрешения гражданских споров. Вся совокупность норм, выработанных практикой преторов – *jus praetorium* – и практикой эдилов – *jus aedilicium*, – считается *jus honorarium* (от слова *honores* – магистратуры).

Система *jus honorarium* с течением времени расширялась, взаимодействуя с *jus civilae*. Вначале преторские нормы имели своей целью только помочь законному (цивильному) правопорядку и восполнение его пробелов, но постепенно усложнение общественных отношений и консервативность существующего права заставили преторов выносить решения, которые не только восполняли пробелы цивильного права, но и изменяли его.

¹ Гай 1.6.

При этом претор формально не отменял цивильного права: он не мог этого делать, так как закон исходил от народа. Магистрат же, руководя деятельностью судов, вначале только помогал применению цивильного права (например, претор мог защитить несобственника от собственника в тех случаях, когда в силу новых общественных отношений лицо заслуживало такой защиты, хотя несобственник не превращался в собственника).

Вышеуказанная ситуация может быть проиллюстрирована следующим примером. Римское *jus civilae* для передачи права собственности на некоторые вещи требовало соблюдения определенных формальностей; в противном случае весь акт передачи становился ничтожным: покупатель собственности на вещь не приобретал и продавец мог ее всегда по суду отобрать назад. Таким образом, приобретатель вещи как несобственник являлся беззащитным перед всеми посторонними лицами. С течением времени такие формальности утратили общественное значение, что позволило претору, формально не отменяя самого закона, отказать прежнему собственнику (а в соответствии с *jus civilae* он все еще являлся настоящим собственником) в иске о возвращении вещи. В то же время приобретатель получил защиту своего владения. В результате цивильный собственник сохранил свое квиритское право собственности (хотя это право стало голым в силу отсутствия правовой защиты). В то же время новый приобретатель, при отсутствии у него цивильного права на вещь, получил защиту претора своего права владения. Из всего вышесказанного следует, что претор не мог создать цивильного права (*praetor jus facere non potest*), но он мог своим эдиктом дать судебную защиту лицу, лишенному ее на основе норм цивильного права. Таким образом, по сути, эдикты претора корректировали цивильное право в силу новых потребностей общественной жизни.

В конечном счете такая правотворческая деятельность преторов и курульных эдилов привела к формированию магистратского или преторского права (*jus praetorium*).

В объективном смысле цивильное право – это совокупность норм, изданных законодательной властью и абсолютно обязательных как для граждан, так и для магистрантов. В то же время преторское право – это совокупность норм, изданных административной властью и действительных *de jure* только на один год и обязательных только для самих магистратов.

Те нормы преторского права, которые оказывались наиболее удачными правовыми моделями регулирования определенных общественных отношений, превращались в нормы обычного права и интегрировались в цивильное право. Примером данного рода может быть ответственность домовладыки по договорам подвластных, заключенным на основании *iusus*. В результате такого взаимодействия цивиль-

ного и преторского права шел процесс их медленного сближения, вплоть до их слияния в один юридический порядок в IV–V вв. н.э.

По мере усиления императорской власти статус преторов начал постепенно изменяться. За ними по-прежнему сохранялось право издавать эдикты, но они уже не могли вступать в конфликт с принципами, их подчинение сенату лишило преторов правовой инициативы: преторы должны были следовать постановлениям сената, и любые правовые новеллы должны были быть санкционированы сенатом, подчиненным императорской юрисдикции.

§ 6. ОТВЕТЫ (МНЕНИЯ) ЗНАТОКОВ ПРАВА (RESPONSE PRUDENTIUM)

Римская юриспруденция прошла в своем развитии два этапа: религиозный и светский. Изначально (в древнейший период Рима) юристами были жрецы, которые толковали законы, не допуская посторонних в свои юридические тайны.

В дальнейшем, в республиканский период, юриспруденция приобрела светский характер. Римские юристы не обладали законодательной или эдиктальной властью, но своими толкованиями и разъяснениями они внесли значительный вклад в *jus civilae*. Толкование законов способствовало не только уяснению смысла отдельных норм, но и во многих случаях толкование, по сути, создавало новые нормы, приобретавшие в дальнейшем обязательную силу.

Становление юриспруденции как самостоятельного источника права было обусловлено рядом причин, в том числе: 1) цивильное право имело строго формальный характер, что требовало детального знания его норм. Поэтому в силу практической необходимости римляне обращались к особым специалистам (юристам) за разъяснениями конкретных норм; 2) развитие римских магistrатур сподобствовало росту юридической грамотности в широких массах, так как каждый римский гражданин потенциально мог стать магистратом или судьей, но реализация такой возможности требовала знания права; 3) в республиканский период народные массы широко участвовали в политической жизни, в том числе в обсуждении и решении законодательных вопросов. Поэтому базовое юридическое образование являлось частью общего образования. По свидетельству Цицерона, Законы XII таблиц заучивались учащимися наизусть. Все это способствовало становлению в тот период класса юристов. 4) Постоянное усложнение общественных отношений в Древнем Риме, сопровождавшееся обострением классовых противоречий, требовало своевременных и точных правовых решений. Право никогда не может быть достаточно совершенным с точки зрения запро-

сов практики, поэтому требуется его постоянное развитие, которое обеспечивается деятельностью лиц, имеющих специальные профессиональные познания (*juris prudentes*).

Деятельность римских юристов проявлялась в трех формах: *cavere*, *respondere* и *agere*. Это, соответственно, означало:

Cavere – выработка наилучших форм для различных юридических актов (договоров, завещаний и т. д.). Таким образом, речь идет о помощи частным лицам в составлении исков, в заключении сделок. Отдельные юристы разрабатывали свои индивидуальные формулы сделок для урегулирования отдельных правоотношений.

В республиканский период целый ряд судебных решений и новых исков, предложенных юристами, имели модельный характер для будущих судов. Так, имя видного юриста П. Рутилия Руфа носит иск Рутилиана (*action Rutiliana*).

Respondere – это ответы на запросы частных лиц по поводу различных юридических сомнений. Эта форма деятельности римских юристов была самой типичной. Она отражала высокий авторитет, завоеванный юристами в ходе судебных процессов. Мнение юристов по запросу частных лиц могло быть высказано в форме личного письма юриста к судье или свидетельства лиц, присутствующих при консультации. Чаще всего за консультациями обращались ораторы-адвокаты.

Юристы высказывали свое мнение, основываясь на обычаях, зеконах (*mores, leges*) или на известных им случаях из практики. Мнение юристов имело, как правило, обязательную силу для суда. В некоторых случаях частное лицо могло обратиться по определенному вопросу к нескольким юристам и получить от них несовпадающие советы. Это стимулировало дискуссии между юристами и поиск оптимальных правовых моделей. Если частное лицо получало несовпадающие советы по одному и тому же вопросу от разных юристов, то судьи могли выбирать из всего спектра мнений наиболее предпочтительное.

Agere – подача советов относительно предъявления исков и процессуального ведения дела в суде. В этом случае юрист берет на себя функции стороны в процессе, т.е. руководит процессуальными действиями определенной стороны. Но в этом случае юрист не выступает, как правило, в функции адвоката: его деятельность ограничивается ответами адвокатам и профессиональным ораторам.

Правотворческий характер деятельности юристов получил официальное признание в эпоху принципатов. Это выражалось в том, что при Августе было установлено, чтобы юристы давали ответы «на основе авторитета самого принципса» (*«ex auctoritate eius»*). В результате мнения авторитетных юристов (юристконсультов) получали импера-

торское признание¹. Поэтому многие юристы стали добиваться права отвечать «на основе авторитета самого принцепса» («ex auctoritate eius»).

Указанная инициатива Августа несомненно способствовала дальнейшему росту авторитета юриспруденции, но одновременно она озабочивалась тенденцию к постепенному ограничению свободы правотворчества юристов и их подчинению императорской власти. Это особенно начало проявляться с середины III в. н.э., когда императорская власть стала абсолютной, а воля императора являлась единственным источником права. В результате все три выше охарактеризованные формы деятельности юристов начали все больше ограничиваться и приходить в упадок. Так, в частности, уже нельзя было пользоваться такой формой, как *respondere*. Юристы все больше превращались в императорских чиновников. Но даже в этих условиях мнения классических юристов (юристов республиканского периода) все же сохраняли свое значение как источника права. Круг таких юристов был определен законом о цитировании 426 г. н.э., и в него входили Гай, Папиниан, Павел, Ульпиан, Модестин. В случае противоречия между мнениями указанных юристов судьи должны были следовать мнению большинства; в случае равенства голосов судья должен был принять во внимание мнение, которое поддержал Папиниан. В то же время цитирование этих выдающихся юристов приняло механический характер без попытки творческого осмысления их наследия.

Одновременно со становлением светского характера юриспруденции начало развиваться и юридическое обучение. Оно заключалось в основном в обучении посредством практики. Это означало, что желающий изучать право получал разрешение присутствовать при консультациях определенного юриста, и поэтому назывался аудитором (*auditor*). Ученики получали в этом случае необходимые разъяснения от данного юриста. В дальнейшем, в связи с развитием законодательства, юридическое обучение усложняется: сам процесс обучения стал делиться на две стадии – *institutio* и *instructio*. На стадии *institutio* ученики получали определенное представление об общих понятиях гражданского права, а на стадии *instructio* они, присутствуя на консультациях юристов, учились применять полученные знания к разрешению определенных правовых вопросов.

Деятельность юристов оставила в наследство: а) прежде всего, целый ряд удачных правовых моделей для регулирования правовых отношений (в том числе в форме афоризмов). Например, *non ex regula ius sumatur sed ex iure quod est regula fiat* (не следует, исходя из общего, отвлеченного правила, создавать конкретное право; наоборот, основываясь на сущ-

¹ D. 1.2.2.49.

ствующем реальном праве, строить общую форму)¹; б) юридическую литературу, в том числе научно-литературные произведения. В этой связи необходимо назвать: комментарии Элия Пeta Ката (II в. до н.э.) к Законам XII таблиц; Первый комментарий преторского эдикта, подготовленный Сервием Сульпицием Руфом (I в. до н.э.); целый ряд речей юридического характера, произнесенных Цицероном (I в. до н.э.).

Кроме того, юридическая литература была представлена элементарными руководствами — институциями (*institutiones*), правилами (*regulae*), сборниками консультаций и казусов, комментариями к эдиктам и отдельным законам, а также монографиями по отдельным отраслям права и законодательству.

Все указанные литературные источники дошли к настоящему времени только в копиях. В частности, особый интерес представляют *institutiones* (краткие элементарные руководства). В этой связи известны Институции Гая, Марциана, Павла и Ульпиана. Несомненно, наибольшую популярность имели Институции Гая (II в. н.э.). Они заслуженно считаются примером институционной системы. Это означает, что в этом случае излагаются право и его применение не обособленно и в случайном порядке, а на основе определенной систематизации правовых категорий, связанных между собой. Поэтому Институции Гая можно рассматривать как первый исторически известный учебник по праву, где последовательно рассмотрены лица, вещи и иски.

§ 7. СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ (IUDICATUM)

Судебный прецедент по своей сути является судебной практикой. Судебный прецедент в целом играл незначительную роль в развитии римского права. Это было связано с тем большим влиянием, которое оказывало правотворчество юристов.

В то же время в истории римского права известны определенные судебные прецеденты, которые имели обязательную силу. В частности, в римских источниках упоминается рескрипт императора Септимия Севера, в котором придается сила закона авторитетному судебному решению в аналогичных случаях².

Судебные решения имели прецедентный характер в некоторых случаях как в республиканский, так и в императорский периоды Рима. В то же время если решение суда выносилось по нетипичному (нестандартному) вопросу, то такое решение, как правило, не связывало

¹ D. 50.17.1.

² Callist, 1 quaest. D. 1.3.38.

другие суды в будущем. Из этого можно сделать вывод, что судебные прецеденты в основном были лишены юридической силы.

§ 8. КОНСТИТУЦИИ ПРИНЦЕПСОВ (CONSTITUCIONES PRINCIPUM)

Данный источник римского права выдвинулся на первый план в эпоху императорской власти. Власть императора (принцепса) становится доминирующей по отношению к воле народа.

Принцепсы принимали активное участие в разработке различных правовых актов. Римские юристы той эпохи, в частности Помпоний, характеризовали принцепса как суверена, равного *populus*. При этом источником законодательных полномочий принцепса является он сам, независимо от воли граждан Рима.

Поэтому конституции принцепсов выражают волю нового суверена, и они, по сути, заменяют закон как форму права. В связи с этим любые документы, которые противоречат конституциям принцепсов, считались ненаписанными, т. е. недействительными¹.

Императорские указы, которые имели общее наименование *constituciones principum*, издавались в следующих формах:

а) эдикты (*edicta*), общие распоряжения, издаваемые императором, так же как их издавали раньше республиканские магистраты. Эти распоряжения были адресованы гражданам государства. С их помощью император создавал юридические нормы в области общего и частного права. Роль эдиктов постоянно возрастала по мере усиления императорской власти, и они начали рассматриваться как ведущие нормы общего действия для регулирования частноправовых отношений;

б) декреты (*decreta*), императорские решения судебных процессов, которые поступали к нему на рассмотрение. Особенностью этого периода было развитие императорской юрисдикции, т. е. император мог взять на свое рассмотрение любое дело, которое захочет или о котором его просят;

в) рескрипты (*rescripta*), ответы императоров на юридические запросы как частных, так и должностных лиц, в случае каких-либо сомнений при толковании и применении права, т. е. речь идет о решении отдельных правовых казусов. В свою очередь рескрипты подразделялись на *subscriptions* и *epistulae*: первые издавались в ответ на запрос частного лица, а вторые – в ответ на запрос должностного лица (чаще всего губернатора провинции). Рескрипты являлись преобладающей формой императорского правотворчества до конца III в. В дальнейшем, в постклассический период, рескрипты теряют свое правовое

¹ D. 1.4.1.

значение, так как императорские указы ограничили их действие только отдельными случаями.

г) мандаты (*mandata*) – это императорские инструкции его чиновникам и правителям провинций, в которых устанавливались правила судопроизводства и управления.

Все выше охарактеризованные формы императорских указов (конституций принцепсов) первоначально не имели силу законов в строгом смысле: в начале императорского периода принцепсы, в соответствии с общим правилом, не имели законодательной власти.

Поэтому эдикты и мандаты рассматривались вначале как административные распоряжения магистратов и их правовая сила имела своим источником полномочия магистратов. В связи со смертью издавшего их императора эти указы формально теряли свою силу, и для сохранения их в действии было необходимо повторение их новым императором. В дальнейшем, в связи с ослаблением роли магистратов и усилением императорской власти, императорские указы уже не только фактически, но и формально перестали иметь своим источником власть магистратов – единственным источником их правовой силы стала власть императора. Таким образом, императорские указы стали создавать цивильное право (*jus civilae*).

Императорские указы (конституции принцепсов) со временем умножались, что вызвало к жизни необходимость их определенной систематизации (кодификации). Истории известны три варианта такой кодификации:

1. *Codex Greorigianus* (295 г. н.э.) Кодекс включал 19 книг, в рамках этих книг императорские указы (конституции) были изложены в хронологическом порядке. Кодекс включал все конституции, начиная с императора Адриана и кончая периодом издания.

2. *Codex Hermogenianus*. Данный документ был издан после 295 г. н.э. К настоящему времени не сохранился, но известно, что было три его издания и сам кодекс включал более 100 конституций.

3. *Codex Theodosianus*. Он был издан во время правления восточно-римского императора Феодосия II (402–450 гг. н.э.). Данный кодекс стал по сути первым официальным собранием конституций и применялся не только на востоке, но и на западе. Кодекс включал 16 книг, и в нем нашел отражение процесс неуклонного усиления императорской власти (особенно в восточной части Римской империи).

§ 9. СВОД ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА (*CORPUS IURIS CIVILES*)

В VI в. н.э. в Восточно-Римской империи при Юстиниане была поставлена грандиозная по своему замыслу задача систематизировать все

юридические документы (источники), которые были известны в ту эпоху. Это означало, что требовалось собрать не только все императорские указы (конституции) подобно выше охарактеризованной кодификации Феодосия II, но также сочинения классических юристов. Весь материал должен был быть упорядочен с точки зрения очищения от всей архаики.

Рабочая комиссия, в состав которой вошли крупнейшие юристы, к 1533 году подготовила ряд документов, в том числе Кодекс, Институции (элементарный учебник римского права) и Дигесты (сборник извлечений и сочинений классических юристов). В дальнейшем в дополнение к данным документам был издан ряд законов, которые известны как Новеллы, т.е. новые законы.

В XII в. совокупность всех четырех документов (Кодекс, Институции, Дигесты и Новеллы) получила название *Corpus Iuris Civilis* (Свод гражданского права).

Указанные основные части Свода имеют следующую структуру:

- a) *Institutiones* – в четырех книгах;
- б) *Digesta* включает семь частей, 50 книг. Дигесты объединяют выдержки из 275 сочинений 38 юристов. Каждая выдержка сопровождается указанием имени автора, названия сочинения и номера автора;
- с) *Codex* – в 12 книгах – является сводом важнейших императорских указов от Адриана до Юстиниана. Конституции даны в сокращенном виде и в определенной редакции. В ряде случаев они содержат вставные замечания составителей (интерполяции);
- д) *Novellae (leges)* включает 168 новелл (новых законов, или Новых конституций), изданных Юстинианом после второй редакции Кодекса. Некоторые из этих конституций реформируют институты частного права. Так, в частности, конституции ввели личные гарантии исполнения обязательств и наследования без законов.

Общий состав юстиниановского *Corpus Iuris Civilis* целиком (в одной рукописи) до нас не дошел, но имеются рукописи отдельных частей.

РАЗДЕЛ II

ИСКИ. СУДЕБНЫЙ ПРОЦЕСС

В результате изучения данного раздела студент
будет знать:

- понятие гражданского процесса;
- разделение гражданского процесса на производство *in jure* и производство *apud judicem*;
- черты легисакционного процесса;
- виды легисакции;
- черты формулярного процесса;
- понятие и виды исков;
- основные черты экстраординарного процесса;

будет уметь:

- различать легисакционный, формулярный и экстраординарный процесс в римском гражданском процессе;
 - различать особенности процесса *in jure* и *apud judicem* в рамках легисакционного и формулярного процессов;
 - различать органы легисакционного процесса *in jure* и органы легисакционного процесса *apud judicem*;
 - различать органы формулярного процесса *in jure* и органы формулярного процесса *apud judicem*;
 - различать существенные части формулы и несущественные части формулы;
 - анализировать отдельные виды исков в формулярном процессе;
 - анализировать различия между формулярным и экстраординарным процессами;

будет владеть:

- навыками составления формул в соответствии с видами исковых требований;
 - навыками составления специальных формул для вынесения решения по конкретному случаю;
 - навыками разрешения коллизии прав и конкуренции исков.

ГЛАВА 1 ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ И ПРОЦЕССА В ДРЕВНЕМ РИМЕ

Римские судебные институты и осуществляемый ими судебный процесс различались в зависимости от того, какой интерес (публичный или частный) они были предназначены защищать.

Важные общественно-государственные (публичные) интересы политического, административного, налогового характера, вопросы борьбы с преступностью и тому подобные социальные отношения в Древнем Риме находились в компетенции тех судов и судебных должностных лиц, которые действовали в сфере *iudicium publicum* (правосудия по публичным делам).

Другая сфера римского правосудия – *iudicium privatum* (частное правосудие) и связанный с ними *iudiciorum privatorum* (частный процесс). Частное правосудие и частный процесс были нацелены на защиту правовых отношений, связанных с личным правовым статусом, семейными, собственническими, коммерческими, наследственными и иными имущественными делами частных лиц.

Исходя из содержания правомочий носителя судебной власти и используемых им методов ее осуществления, она условно делилась на три формы (направления).

Первая из них называлась юрисдикцией (*jurisdictio* – лат. «говорить право») и подразумевала общее руководство судебными действиями (например, решение вопроса о допуске лица к правосудию посредством предоставления ему иска в конкретном споре, определение даты судебного разбирательства, назначение частного судьи для рассмотрения дела и т. п.). Говоря кратко, юрисдикция – это предварительное, до разбирательства в суде, установление правовых границ спора и принятие мер для его осуществления.

Говоря о втором направлении осуществления судебной власти – юдикации (*judicatio* – лат. «судебное решение»), необходимо учитывать, что в разные исторические времена Рим знал три процессуальные формы правосудия по частноправовым спорам (*ordo judiciorum privatorum*):

- 1) легисакционную (*per legis actiones*), наиболее древнюю, называемую также легисакционным процессом;
- 2) формулярную (формулярный процесс), возникшую в эпоху Республики и ставшую преобладать в период принципата (*per formulas* или *per concepta verba*);
- 3) экстраординарную (экстраординарный или когниционный процесс), окончательно утвердившуюся в эпоху поздней империи (*cognitio extra ordinem*).

Эти формы, называемые также разновидностями процесса, исторически сменяли друг друга, причем процесс этот был эволюционным и на отдельных этапах те или иные процессуальные формы длительное время могли параллельно сосуществовать, пока одна из них не «отмирала» в силу объективных социально-политических причин.

В первых двух системах (легисакционной и формулярной) процесс подразделялся на две стадии. Начальная стадия *in iure* (лат. «в судилище») осуществлялась перед судебным магистратом в специальном месте (как правило, на форуме¹ или в базилике²), где устанавливались юридические рамки спора. Таким образом, он и осуществлял уже упомянутую выше *юрисдикцию*. Но при этом магистрат почти никогда сам не оценивал доказательства и не выносил решения.

Эти последние полномочия относились к компетенции лиц, вершивших правосудие на второй стадии – *apud iudicem* (лат. «перед судьей»). Именно эти лица (частные судьи, арбитры, децемвиры, центумвиры, рекуператоры и др.) обладали упомянутой юдикацией.

Ее сущность состояла в том, что судья, приняв порученное ему магистратом дело, после оценки представленных сторонами доводов и доказательств по делу, на основании составленного им мнения по этому поводу принимал решение о том, какая именно из спорящих сторон обладает правом, а какая – нет (или какая обладает большим правом). То есть выносил окончательное решение по делу. Говоря кратко, юдикация – это разбирательство уже в суде, конкретное производство в присутствии судьи, заканчивающееся его постановляющим итоговым решением.

Третьей ипостасью судебной власти была когниция (*cognition* – от лат. «расследование»). Она выражалась в праве магистрата (в эпоху Империи – уполномоченного чиновника) принимать самостоятельное процессуальное решение авторитарного характера, основанное на проведенном им самим исследовании обстоятельств дела.

В республиканский период это означало, что дело не передавалось на рассмотрение судье для юдикации, а его разбирал сам магистрат и сам же выносил решение (что было для него в целом несвойственно). В данном случае не проводился обычный судебный процесс (*ordo iudiciorum privatorum*), а осуществлялась своего рода ускоренная про-

¹ Форум – площадь в центре Древнего Рима вместе с прилегающими к ней зданиями. Первоначально здесь размещался рынок, позже тут также стали проводить политические мероприятия – заседания комиций (народных собраний), Сената, религиозные и иные публичные, в том числе судебные действия.

² Базилики в Древнем Риме – общественные здания, предназначенные для суда, массовых собраний и торговых сделок. Наиболее известны построенные на форуме Рима базилики Порция, Семпрония и Эмилия (все – II в. до н. э.), Юлия (I в. до н.э.), Ульпия (II в. н.э.). Базилики строились и в других римских городах.

цедура (*extra ordinem*). Делалось это, например, в тех случаях, когда длительность судебной тяжбы в рамках обычной процедуры могла нанести ощутимый ущерб одной из сторон или какому-то общественно значимому интересу. Наиболее частыми являлись ситуации когниции магистратов в процессе проводимых ими расследований при интердиктах, реституциях и вводе во владение¹. Элементы когниции также усматриваются в действиях магистрата при засвидетельствовании им спора в первой стадии формулярного процесса (при предварительном уяснении обстоятельств дела, требуемых для составления формулы).

В-четвертых, важнейшей особенностью *iudiciorum privatorum* (частного процесса) являлось и то, что он никогда не был единой системой четко систематизированных и однотипных процессуальных институтов. *Iudiciorum privatorum* рождался и развивался стихийно, не всегда последовательно, без какого-либо единого концептуального замысла. В римском частном праве не было специального единого закона (наподобие российского Гражданского процессуального кодекса) или хотя бы группы нормативных правовых актов, нормы которых полноценно регулировали бы все стороны гражданского процесса. Регулирование частно-процессуальных отношений в Древнем Риме базировалось на принципиально иной нормативной основе – на исках, которые были уникальным правовым явлением, известным в древности только римскому правопорядку и не имевшим сколь-нибудь сопоставимых аналогов в праве других древнейших государств. Рассмотрим отдельные аспекты римского иска подробнее.

ГЛАВА 2 ПОНЯТИЕ И ОСОБЕННОСТИ ИСКА В РИМСКОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Большинство римских трактовок иска связано с распространенным латинским обозначением иска – *actio*. Современные романисты зачастую иск и *actio* вообще отождествляют, хотя это и не во всех ситуациях справедливо – иск, как мы увидим ниже, более широкое понятие.

У римского *actio* же было несколько значений.

Наиболее часто под этим словом римляне понимали право преследовать на суде должное, право требовать то, что тебе принадлежит или причитается².

¹ См. – гл. 11.

² См.: Салогубова Е.В. Основные гражданские процессуальные институты римского права: автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1995. С. 17; Молева Г.В. Право на судебную защиту ответчика: автореф. дис. канд. юрид. наук. Саратов, 1993. С. 13.

В иной ситуации в римском праве под ним подразумевалось судопроизводство и действие вообще¹.

Зачастую *actio* включал в себя не какое-то одно притязание, а вообще «все право со всеми нынешними и будущими притязаниями»², т.е. то, что сегодня обозначается тремя системными понятиями: гражданское право; гражданское процессуальное право и гражданское судопроизводство.

Как результат этого, иск в римском праве представляется в различных ипостасях. С одной стороны, это было процессуальное средство, позволяющее правовую защиту, с другой стороны – само материальное право, осуществляемое истцом в правопротивлении, с третьей – требование истца к ответчику, обращенное в компетентном органе (суде), одностороннее выступление истца против ответчика, с четвертой – судебное производство по спору³.

В силу вышеизложенных причин римская юриспруденция не выработала единого абстрактного понятия иска – отдельные римские юристы дают весьма разнообразные его трактовки. В качестве ориентира здесь, пожалуй, можно принять две дефиниции⁴. Одна из них – наиболее известное определение иска (*actio*), данное виднейшим римским юристом классического периода, прокулянцем Цельсом Младшим⁵: «Иск – это не что иное, как право отыскивать в судебном порядке то, что тебе причитается»⁶. Другая, более поздняя, относится к постклассическому этапу и дана в Дигестах Юстиниана: «Иск есть не что иное, как право лица осуществлять судебным порядком принадлежащее ему требование»⁷.

Все сказанное означает, что, приступая к рассмотрению исков в римском праве, нельзя упускать из виду существенные различия в содержании и сущности «иска» в Древнем Риме в противовес современному нам частному праву.

¹ См.: Тархов В.А. Римское частное право: учеб. пособие для юрид. вузов. Саратов, 1994. С. 76.

² См.: Барташек М. Указ. соч. С. 31.

³ Исаенкова О.В., Демичев А.А., Соловьева Т.В., Ткачева Н.Н. Иск в гражданском судопроизводстве: сборник / под ред. О.В. Исаенковой. М.: Волтерс Клувер, 2009.

⁴ Дефиниция (лат. *definitio* – предел, граница) – объяснение, толкование, истолкование, определение слова, понятия или предмета.

⁵ Публий Ювенций Цельс (*Publius Iuventius Celsus*) – выдающийся древнеримский юрист и правовой деятель I–II вв. н.э. Часто именуется как Цельс Младший или Цельс-сын (*Celsus filius*), так как являлся сыном известного юриста Ювенция Цельса (с тем же именем – *Publius Iuventius Celsus*). Главный труд Цельса – «Дигесты» (лат. *digesta* – сборники), в которых автор освещает практически все разделы римского частного права.

⁶ D. 44.7.51 в нач.

⁷ D. 44.7.51; I. 4.6. pr.

Отметим также, что правильное понимание сущности и смысла древнеримского иска является ключом к усвоению всех последующих тем учебного курса «Римское частное право».

Римляне разработали разнообразнейшую гамму исков, пригодных для той или иной юридической ситуации, — каждый со своим названием и свойственными ему особенностями. Первые из них начали складываться еще в архаическую эпоху в контексте легисакционного процесса.

ГЛАВА 3 ЛЕГИСАКЦИОННЫЙ ПРОЦЕСС (ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА)

Древнейшей процессуальной системой, известной римлянам, являлась система разрешения имущественных споров *per legis actiones*, названная, по утверждению Гая, так потому, что «она была введена законами»¹.

Соответственно, представляющие ее иски называются исками по закону (*legis actiones*), или легисакционными исками, а процесс, который велся на их основе, называется легисакционным.

Наиболее ранний пример легисакционных исков имеется в Законах XII таблиц, которые не вводили эти иски, создавая заново, а, вероятно, с некоторыми нововведениями регламентировали уже уставшуюся процессуальную практику обычаев и понтификального права с целью ее четкой фиксации и уточнения.

Таких исков по закону (*legis actiones*) было пять.

Из них три иска в современной литературе, посвященной римскому праву, принято называть декларативными (состязательными):

1) *legis actio sacramenti* (или *per sacramentum*), который имел два подвида — *in rem* и *in personam*;

2) *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*;

3) *legis actio per condictionem* (более кратко называемый *condictio*).

Два других иска именуют исполнительными:

4) *legis actio per manus injectionem* (называемый так потому, что ответчика хватали рукой);

5) *legis actio per pignoris capionem* (предполагал захват залога)².

Все декларативные (состязательные) и отчасти исполнительные *legis actiones* имели ряд общих черт:

¹ Гай. IV.11.

² Франчози Дж. Институциональный курс римского права / отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2004. С. 79.

1. Они были доступны только для квиритов (римских граждан) и не могли использоваться латинами и перегринами (провинциалами и чужеземцами).

Это объясняется нежеланием равноправной конкуренции с чужаками в имущественной сфере. Недопущение их к защите своих имущественных прав в суде давало коренным жителям (квиритам) существенные преимущества и делало их положение привилегированным.

2. В порядке *legis actiones* можно было действовать, если претензии основывались *только на нормах квиритского (цивильного) права*.

Связано это с тем, что сами иски *legis actiones* выросли из квиритского права и были неразрывно соединены с иными нормами этого права. Объясняется это и свойственным римлянам консерватизмом, который формировал у них доверительное отношение к традиционным, апробированным практикам и вызывал настороженность к любым новшествам, в том числе юридическим.

3. Все действия и акты в порядке *legis actiones* отличались *жестким формализмом, обрядовой торжественностью и сакральной религиозностью*.

4. Государственные должностные лица – магистраты (преторы, эдилы) и назначаемые ими частные судьи в легисационном процессе выполняли пассивную роль, перекладывая бремя важнейших процессуальных действий (вызов ответчика в суд, сбор и предоставление доказательств, исполнение судебного решения, содержание под арестом должника и т.д.) на сами стороны процесса (как правило, на истца).

5. Декларативные (состязательные) варианты *legis actiones* осуществлялись в рамках **двух стадий**, которые проходили в разное время, а отдельные элементы правосудия в них вершили разные публичные лица.

Первая стадия – *in iure* (от лат. «в судилище») осуществлялась в специально отведенном для этого месте на форуме (главной площади Рима), которое можно еще назвать судилищем. На этой стадии дело разбирал магистрат – как правило, претор.

Вторая стадия – *apud iudicem* (от лат. «перед судьей») наступала спустя некоторое время после *in iure*. На этом этапе дело разбирал частный судья, или арбитр, или судейская коллегия.

Рассмотрим эти стадии подробнее.

Этап *in iure* начинался с формальной процедуры обеспечения явки на судилище к магистрату обоих участников спора – истца и ответчика. Процедура эта называлась *in ius vokatio* и представляла собой внесудебное обращение будущего истца к будущему ответчику незамедлительно явится в судилище (на форум).

Если ответчик, то есть тот, кто был вызван *in ius vokatio* истцом (тем, кто проявил инициативу, считая свое собственное право ущемленным), отказывался следовать за противоположной стороной к магистрату, то прибегали к вызову в суд посредством «наложения руки» (*manus injectio*

vocati). В такой ситуации истец, встретив или подойдя к дому того, кого считал нарушителем своего права (например, права собственности на вещь), звал этого человека на суд (*in jure*) к магистрату. Вызванный в суд согласно законам XII таблиц должен был следовать за истцом: «если вызывают в суд, пусть идет»¹. В случае несоблюдения ответчиком требования закона о явке к магистрату истец должен был призвать в свою пользу свидетелей: «если не идет, пусть засвидетельствует это»². После подтверждения свидетелями отказа истец мог силой схватить ответчика и заставить его идти в суд: «а потом пусть берет его»³.

В случае же сопротивления другая сторона могла прибегнуть к физической силе: «если прибегает к уверткам или пытается убежать, то пусть наложит на него руку»⁴.

Преклонный возраст или болезнь ответчика, которые затрудняли ему явку в суд, налагали на истца обязанность предоставить ответчику выючное животное или, по своему желанию, крытую повозку⁵.

Чтобы избавить себя от этой предварительной принудительной процедуры, ответчик мог предоставить поручителя (*vindex*). Поручитель «снимал руку с плеча» ответчика и либо выплачивал за него долг, либо гарантировал присутствие ответчика у магистрата (*in iure*) при последующем вызове в суд, либо сам вступал в судебный спор с кредитором. Но если в этом последнем случае поручитель проигрывал дело, то платил кредитору в двойном размере, при этом обязательства ответчика не аннулировались⁶.

После того как обе стороны заканчивали свои объяснения перед магистратом, последний принимал решение – предоставить истцу испрашиваемый им иск или, при отсутствии какой-либо законной предпосылки, отказать в нем⁷.

При положительном решении магистрат переходил к литеисконTESTации (*litis contestatio* – от лат. «засвидетельствование спора») – обращению к присутствовавшим здесь свидетелям с просьбой засвидетельствовать факт спора и предъявляемых в его рамках требований.

ЛитеисконTESTация являлась ключевым моментом процесса, поскольку она вызывала фундаментальные для данного рассмотрения последствия.

¹ Tab. 1.1.

² Франчози Дж. Указ. соч. С. 80

³ Там же.

⁴ Tab. 1.2.

⁵ Tab. 1.3.

⁶ Tab. 1.4.

⁷ Зайков А.В. Римское частное право в систематическом изложении: учебник. М.: Русский фонд содействия образованию и науке, 2012. С. 88.

Во-первых, им определяется повиновение сторон решению частного судьи (*iudex privatus*), которому они добровольно покоряются.

Во-вторых, начиная с момента литисконтестации не будут иметь значения те изменения, которые впоследствии могут возникнуть во взаимных отношениях сторон (например, даже прощение долга истцом ответчику по кредитному спору не окажет влияния на уже начатое судебное разбирательство и последующее судебное решение).

В-третьих, *iudex privatus*, удостоверяя существование оспариваемого права, принимая к сведению доказательства по делу и определяя сумму, которую надо будет уплатить в соответствии с судебным решением, всегда будет соотносить это с моментом литисконтестации (а не с моментом, допустим, «наложения руки» на должника).

В-четвертых, после литисконтестации погашалась возможность для того же самого истца вторично (повторно) испрашивать у магистрата тот же самый иск против того же самого ответчика по тому же самому делу и в том же самом объеме. Таким образом происходило исчерпание иска, что выражалось в правиле *«bis de eadem re ne sit actio»* («не допускается дважды иск по поводу одного и того же дела»).

Далее магистрат (претор, эдил) назначал частного судью (*iudex privatus*) и дату судебного разбирательства.

Все судьи выступали по отношению к сторонам исключительно как частные лица (*judex privatum*), а не в качестве представителей власти, обладающих силой государственного принуждения.

В Законах XII таблиц был определен срок судебного разбирательства (*sol occasус*). Он ограничивался временем до захода солнца. В некоторых случаях мог быть назначен новый срок для разбирательства, и тогда процедура перед судьей должна была повториться. Запрещалось проводить судебные разбирательства в дни игр и народных собраний, а также в период посева и жатвы¹.

Вторая стадия процесса *apud iudicem* осуществлялась уже перед частным судьей (или арбитром), который оценивал фактические доказательства, представленные обеими сторонами, устанавливал их достоверность и выносил окончательное решение по делу.

Решение было именно окончательным и не могло отменяться даже в случаях, если позднее будет установлена судебная ошибка или открываются новые обстоятельства по ранее рассмотренному делу².

¹ Салогубова Е.В. Указ. соч 1995. С. 52.

² Возможность апелляции к вышестоящей судебной инстанции с просьбой пересмотра решения судьи нижней инстанции появится в Древнем Риме только в период Империи в рамках экстраординарного (когниционного) процесса.

ГЛАВА 4

ДЕКЛАРАТИВНЫЕ (СОСТЯЗАТЕЛЬНЫЕ) ИСКИ ПО ЗАКОНУ (LEGIS ACTIONES)

При всех общих чертах, свойственных искам по закону (*legis actiones*), каждый из них, тем не менее, имел свои индивидуальные черты. Отличия между ними наблюдаются в различных исторических предпосылках возникновения, особенностях процедуры, специфике групп отношений, к которым применялись эти иски, их субъектном составе и в иных характеристиках.

1. Наиболее распространенным на ранних стадиях легисакционного процесса был иск *legis actio sacramenti* (сакраментальный иск) – иск из закона посредством клятвы о залоге.

Он был иском общего характера, так как к нему прибегали как при вещных (*legis actio sacramenti in rem*), так и при личных (*legis actio sacramenti in personam*) исковых требованиях.

1.1. *Legis actio sacramenti in rem*. Это вещный сакраментальный иск использовали для защиты абсолютных прав (права собственности на вещь, права отцовской власти над ребенком, права мужней власти над женой и т.д.).

Для того чтобы этот процесс мог осуществиться, было необходимо физическое присутствие *in iure* (перед магистратом) обеих спорящих сторон и вещи, объекта спора (*lis*).

Когда вопрос явки и присутствия вещи в суде был решен, дальнейшая процедура проходила так. Первый из тяжущихся брал в руку особый прут или жезл – вендикту (*vendicta*) и, взяв вещь рукой (кусок дерна, символизировавший спорный земельный участок, быка, раба и т.п.), торжественно заявлял, что она принадлежит ему по праву квиритов¹ (например, «я утверждаю, что этот раб мой по праву квириотов»), и дотрагивался вендиктой до вещи. Этот словесный и ритуальный формализм назывался виндикацией вещи (*vindicatio rei*), а вещь, подвергнутая такой процедуре, – виндицированной. Если другая сторона неподвижно стояла и молчала, признавая тем самым право противной стороны, то в таком случае магистрат высказывался за присуждение (*addictio*) вещи тому, кто совершил виндикацию.

Но чаще, конечно, имел место судебный спор, при котором ответчик должен был сделать и сказать то же самое – осуществить контравиндикацию (*contravindicatio*). Тогда в спор вмешивался магистрат, говоря: «Оба оставьте вещь». Затем стороны призывали друг друга к клятве (*sacramentum*)²³, принесение которой сопровождалось вне-

¹ Quirites – члены римской общины, римские граждане.

сением натурального (несколько домашних животных) или денежного залога (этот сакраментальный залог также именовался *sacramentum*). Впоследствии, после разрешения дела, скот проигравшей стороны, как своего рода искупление нарушения этой стороной своей клятвы, приносился жрецами (понтификами) в жертву богам. Если же стороны вносили в залог некоторую денежную сумму (источники упоминают его размер в пределах от 50 до 500 ассов¹), то деньги лица, проигравшего тяжбу, отчуждались в казну понтификов (в более позднее время — в государственную казну). Впоследствии сакраментальный залог вообще перестал физически вноситься тяжущимися сторонами, а стал осуществляться в виде клятвы каждой стороны в том, что в случае проигрыша спора она заплатит данную сумму².

Далее магистрат в ожидании окончательного решения (*sententia*) со стороны *частного судьи*³ предоставлял временное владение (*vindiciae*) одному из двух тяжущихся при условии предоставления гарантии возвращения в случае проигрыша процесса⁴.

С этого момента приступали к судебному засвидетельствованию спора — литисконtestации (*litis contestatio*), когда присутствующие призывались в свидетели, чтобы сообщить затем при необходимости частному судье (*iudex privatus*) или коллегии судей о том, что до того происходило перед магистратом в стадии *in iure*.

Дело переходило во вторую стадию — стадию *apud iudicem*, где частный судья разбирал дело по существу, но уже без всякого влияния и участия со стороны государственной власти в лице магистрата. Никаких особых формальностей в этой стадии разбирательства уже не требовалось. После выяснения сути дела, *iudex privatus* выносил решение, в котором определял — кто поклялся ранее перед магистратом истинно, а кто ложно⁵.

Для такого ложно поклявшегося (а значит, проигравшего спор) лица это означало потерю сакраментального залога, поступавшего в казну. Но тем самым дело решалось, и, по существу, проигравший залог проигрывал и все дело. В итоге лжесвидетель (проигравший) терял права на предмет спора (например, права собственности на вещь), либо обязывался выполнить должное по отношению к стороне, выигравшей спор (например, вернуть долг кредитору) и т.п.

¹ Асс — римская денежная единица. В древнейшую эпоху был равен 327,25 г меди (бронзы). К эпохе принципата весовое значение асса, неоднократно снижаясь, достигло показателя 11, а затем 2,5 г. В III веке вышел из обращения.

² Франчози Дж. Указ. соч. С. 82.

³ Или коллегии децемвиров или коллегии центумвиров.

⁴ Гай IV.14.16.17.

⁵ Франчози Дж. Указ. соч. С. 83.

Если вещь во время приговора находилась во владении (*vindiciae*) победителя, он мог оставить ее у себя; в противном случае, за исключением случая возможного добровольного согласия со стороны проигравшего, нужно было прибегнуть к исполнительному иску (*manus injectio*).

1.2. *Legis actio sacramenti in personam* — личный сакраментальный иск, к которому прибегали для защиты относительного права (возврата долга по кредиту).

Торжественное заявление, совершенное *in iure*, должно было относиться к претензии кредитора по отношению к противнику. Если он, вместо того чтобы признать существование своего долга (*confessio in iure*), отрицал претензию кредитора, то приступали к *litis contestatio* и передавали дело на рассмотрение судье (*iudex privates*), то есть начиналась стадия *apud iudicem*. Судья и должен был решить, обоснована ли клятва (*sacramentum*) кредитора в поддержку своей претензии или же большее доверие вызывает клятва о неосновательности этой претензии, высказанная должником¹. Признание клятвы одной из сторон несостоятельной влекло последствия, указанные в предыдущем пункте этого параграфа (1.1).

2. *Legis actio per iudicis (arbitrive) postulationem* — иск из закона посредством просьбы о назначении судьи (арбитра). Эта форма была вос требована практикой весьма редко, так как касалась достаточно узкой группы отношений применительно к спорам:

- об исполнении кредитных обязательств, вытекающих из торжественного обещания (*sponsio*) будущего должника уплатить;
- о разделе наследства между сонаследниками имущества большой агнатской семьи (*consortes*),
- о разделе совместной собственности (*actio communi divedendo*).

В двух последних случаях магистрат назначал не частного судью, а третейского арбитра (*arbiter*). Связано это было с тем, что в таких исках, как правило, речь шла о разделе земли, что делало спор очень сложным и требовало особых знаний аграрного дела от лица, выносящего окончательное решение. Поэтому арбитром обычно назначался человек, хорошо разбирающийся в сельском хозяйстве и обладавший навыками землемера (агрименсора)². Он должен был оценить стоимость наследства (совместной собственности) и присудить (*addictio*) отдельную долю каждому разделяющемуся.

¹ Франчози Дж. Указ. соч. С. 86.

² Особенno важным было участие арбитров при определении границ (*demonstratio finium*) между разделяемыми земельными участками, что было важнейшим юридическим актом при передаче прав собственности на землю. Обязательное участие третейского судьи (арбитра) в этой процедуре установил Мамилиев закон (*Lex Mamilia*), точная датировка которого затруднительна (предположительно он был принят во II—I вв. до н.э.).

В делах о торжественном обещании (*sponsio*) будущего должника уплатить назначался обычный частный судья. При этом необходимо обратить внимание на отличие торжественного обещания (*sponsio*) от клятвы (*sacramentum*), применяемой в иске *legis actio sacramenti in rem* с точки зрения ее религиозного характера. Несоблюдение клятвы, пусть даже произнесенной по имущественному спору, являлось тягчайшим нарушением религиозного характера, караемым, как мы видели выше, в исключительных случаях смертью или продажей в рабство. Торжественное же обещание (*sponsio*), как сакральное действие меньшей значимости, не предполагало столь негативных последствий.

3. *Legis actio per condicitionem* (от *condicere* – лат. «сговариваться») был введен законом Силия (*Lex Silia*), дата которого точно неизвестна (ориентировочно в III–II вв. до н.э.), для споров по кредитам на определенную сумму денег. Позднее закон Кальпурния (*Lex Calpurnia*, 121 г. до н.э.) распространил его на кредиты определенной вещи (*certa res*).

В случае предъявления этого иска, наряду с обращенным к противной стороне обычным вопросом (требованием) подтвердить или отвергнуть иск, истец, в случае отрицания, назначал ответчику на 30-й день встречу *in iure* для назначения судьи: «Когда ты отрицаешь, я назначаю тебе встречу на тридцатый день ради назначения судьи». Ответчик должен был предоставить поручителей своей последующей явки в суд (*yades*). Когда наступал 30-й день, стороны вновь являлись *in iure*, к магистрату, и, если не договаривались, происходила литисконтистация, назначался судья и спор переходил в стадию *apud iudicem*¹.

ГЛАВА 5

ИСПОЛНИТЕЛЬНЫЕ LEGIS ACTIONES. ИСК ACTIO IN REM PER SPONSIONEM

Прочие два типа *legis actiones* имели целью принудительное удовлетворение притязаний истца, основательность которых уже несомнена (или же установлена посредством предшествовавших исков) в отношении личности или имущества должника, который не выполняет обязательств. Таким образом, они соответствуют функциям современного «исполнительного производства»², в связи с чем именуются исполнительными исками.

Наиболее важным и распространенным из них был иск *legis actio per manum injectionem* («посредством наложения руки»), который достаточно подробно описан в третьей таблице Законов XII таблиц³.

¹ Франчози Дж. Указ. соч. С. 87.

² Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 146.

³ Tab. Ш.3.

Согласно нормам этой таблицы, в том случае, если по истечении тридцати дней после вынесения решения, принятого до этого в рамках какого-либо декларативного легисакционного иска, должник еще не погасил долга, кредитор, ранее выигравший тяжбу, мог снова насилием доставить его к магистрату и здесь «схватить его руками» (*mactum inicere*).

Здесь кредитор вновь становился истцом, но уже по новому исполнительному иску заявлял посредством произнесения священных слов основание для своего нового искового требования.

Должник по общему правилу не мог сам оспаривать требование истца, объектом которого уже был он сам: «и не позволяли осужденному сбрасывать с себя руку и возражать с помощью иска»¹. Это было неблагоприятным процессуальным последствием того, что он нарушил клятву, данную им в предыдущем споре.

Ряд позднейших законов тем не менее разрешил должнику в некоторых случаях защищать себя самому. Об этом, например, шла речь в законе Валлия (датировка достоверно не установлена). Известно также, что право оспаривать исполнительный иск ни при каких обстоятельствах не предоставлялось явному вору (*fur manifestos*), то есть вору, застигнутому на месте кражи имущества⁴⁵.

Чтобы избежать судебного преследования, которое могло, как будет сказано ниже, иметь для ответчика фатальные последствия, он в качестве последнего шанса мог предоставить поручителя (*vindex*). Если такой поручитель не находился и должник не платил, магистрат отдавал его на произвол истца (*addictio*, присуждение).

Истец был вправе поместить его в свою домашнюю тюрьму², надеть на него колодки или кандалы и держать под арестом на протяжении 60 дней, обеспечивая питанием, которое не должно было уступать требованиям, выдвинутым в положениях XII таблиц (один фунт³ хлеба из зерна полбы в день).

На протяжении этого срока заключения истец должен был приводить его три базарных дня (*nundinae*⁴) подряд, чтобы заявить о существовании долга и его размере, с целью договориться о его выкупе с тем, кто пожелал бы заплатить должную сумму. Если никого не находилось, чтобы заплатить выкуп, то после третьего базарного дня кре-

¹ Гай. IV.21.

² В архаическую эпоху государственная тюрьма использовалась лишь в самых крайних случаях и для очень немногих государственных преступников. Как правило, тюремное заключение осужденного обеспечивал сам истец, причем за свой собственный счет.

³ Римлянам был известен фунт в 327,4 г, называвшийся «либра» (от *libra* – весы).

⁴ Базарными днями, или нундинами, в Риме назывался каждый девятый день – день отдыха от работы и день, когда сельчане сходились в город для торговли.

дитор мог, в соответствии с древним правом, продать присужденного (*addictus*) за пределы Рима (*trans Tiberim*, за Тибр) в рабство, где находилась этруssкая община города Вейи, или убить его.

Если было несколько кредиторов, они могли разделить между собой части тела убитого должника: «Пусть в третий базарный день будет рассечен на части. Если отсекут больше или меньше, пусть не вменят им в вину»¹.

Другой исполнительный иск – иск *legis actio per pignoris capionem* («посредством захвата залога») – использовался тогда, когда дело касалось долгов публичного или религиозного характера. Он заключался в залоговом овладении вещью должника (*pignus*), сопровождаемом произнесением при этом определенных торжественных слов в присутствии свидетелей. В дальнейшем эта вещь удерживалась впредь до уплаты долга.

Так, *pignoris capio*, касающийся долгов налогового характера в пользу военных (*miles*)², применялся, если воин не получал жалованье потому, что какой-то гражданин не исполнил приказ заведовавшего воинской кассой трибуна об уплате *tributum*³. В таком случае воин мог взыскать этот долг, завладев какой-либо вещью должника, являющейся неплатильщиком данного налога.

Легисакционная исковая система господствовала в римском процессе несколько столетий, во времена, когда в общественно-экономической сфере древнеримского общества превалировал натуральный уклад хозяйства, само римское государство имело незначительную территорию и слаборазвитые властные институты, а имущественный обмен, в том числе посредством торговли, был весьма примитивен. В таких условиях конфликтные спорные ситуации между субъектами частного оборота возникали крайне редко. Поэтому громоздкий, насыщенный религиозно-формальными и торжественно-праздничными элементами легисакционный судебный процесс был вполне адекватен патриархальному жизненному укладу и неспешному ритму хозяйственной динамики пастушеско-земледельческой общины Древнего Рима.

¹ Таб. III.3.

² Гай IV.27.

³ *Tributum* – установленное Сервием Туллием (VI в. до н.э.) обложение, согласно которому каждый *pater familias* из числа граждан должен был вносить 0,1% с доходов от семейного имущества на военные нужды. Использовался для уплаты жалованья солдатам (*stipendium*) и для собирания фурражных денег (*aes hordearium*), причитавшихся всадникам *equo publico*. В чрезвычайных условиях *tributum* налагался и в большем размере (так, в 215 г. до н.э. наложен в размере 0,2%, а в 184 г. до н.э. – в размере 0,3%). (См.: Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефроня. Т. XXXIIIa. СПб.: Акционерное издательское общество Ф.А. Брокгауз – И.А. Ефрон, 1890–1907. С. 808.)

ГЛАВА 6

ФОРМУЛЯРНЫЙ ПРОЦЕСС (ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА)

Выше уже говорилось, что учрежденная в 242 г. до н.э. магистратура претора перегринов (*praetor peregrines*) в первую очередь создавалась для целей ведения тяжб имущественного характера, в которых участниками выступали либо только перегрины (провинциалы и чужеземцы)¹, либо с одной стороны квирит (гражданин), а с другой – перегрин (смешанные споры). Связано это было с тем, что перегрины были неподсудны римским судам, в которые через посредство городского претора (*praetor urbanus*) могли обращаться исключительно квириты, а нормы цивильного права тоже распространялись только на римских граждан.

Исходя из этого, *praetor peregrines* не мог применить цивильные иски *legis actio* для разрешения находящихся в его компетенции судебных споров (с участием перегринов). Но последние, так же как и квириты, были вовлечены в имущественный оборот и неизбежно становились участниками собственнических, обязательственных, брачно-семейных и иных отношений частного характера, а значит, и конфликтных ситуаций в этой сфере. Конечно, втянутые в них стороны прибегали к внесудебным практикам их разрешения (частный арбитраж, самозашита, в том числе самоуправство, и т.д.). Но эти формы не гарантировали должной стабильности имущественных отношений и вносили элемент неуверенности в частный оборот, отчего, помимо перегринов, несли ущерб и римские граждане. Государство не могло стоять в стороне от этого насущного вопроса и должно было предпринять необходимые организационные и правовые меры для разблокирования сложившейся ситуации.

В результате в сфере юрисдикции *praetor peregrines* возникла процессуальная система, которая в корне отличалась от легисакционного правосудия, используемого квиритами. В новом процессе преторы перегринов, сохранив рациональные элементы легисакционной процедуры (двухстадийность процесса, литеисконтестацию), полностью отказались от присущих ей анахронизмов (сакральности и излишнего формализма). Более того, не будучи связаны рамками цивильного права, они выработали несколько новейших правовых принципов и процедурных практик (в первую очередь, по составлению формулы), которые сделали частное правосудие по делам чужеземцев более демократичным, динамичным и простым в применении.

¹ Надо полагать, что совместно с перегринами в категорию «чужеземцы» нами должны быть включены и латины, которые, так же как и перегрины, не обладали статусом римских граждан, а значит, формально не могли быть субъектами легисакционного процесса.

Характеризуя формулярный процесс, необходимо отметить, что он сохранил две стадии: *in iure* (перед магистратом) и *in iudicio* (перед судьей), но теперь они были насыщены совсем иным содержанием.

Производство *in iure* в формулярном процессе начиналось с указания (оглашения) истцом иска (*editio actionis*), на который он претендует. Также, еще до вызова к претору, истец знакомил ответчика с тем иском, который он ему хочет предъявить¹. Помимо этого, было необходимо подготовить конкретные данные, требуемые для заполнения формулы, в особенности правильно обозначить объект иска (конкретно определить его, причем не родовыми, а видовыми признаками)². Потом истец обращался к магистрату с просьбой выдать соответствующую обстоятельствам дела формулу (*formula*), для того чтобы затем судья, основываясь на ней, разобрал дело во второй стадии (*per concepta verba*).

На стадии *in iure* было необходимо присутствие двух тяжущихся. Ответчик, как и прежде, вызывался *in ius vocatio*. Но чтобы гарантировать присутствие ответчика, древняя и архаическая процедура «наложение руки» была постепенно в формулярном процессе заменена *vadimonium* (порукой): ответчик, призывающийся в определенный день к претору (эдилу или иному магистрату), накануне давал торжественное обещание истцу явиться в указанный срок и предоставлял поручителей этого (*vades*, откуда *vadimonium*). Эта процедура соединялась с обещанием известной суммы денег, но не превышавшей 100 000 сестерциев. Эти деньги в случае нарушения обещания взимались в качестве штрафа. Иногда *vadimonium* требовалось также, если обе стороны явились к магистрату, но им нужна была отсрочка. Тогда истец и ответчик также заручались друг от друга *vadimonium*.

Присутствие двух тяжущихся упрощало работу магистрата, который, помимо упомянутого штрафа *vadimonium*, для целей явки сторон обладал также методами косвенного принуждения, такими как «введение истца во владение имуществом ответчика» (*missio in bona*) против скрывающегося от суда ответчика, ибо в целях составления письменной формулы, или *iudicium*, было необходимо участие всех троих.

Ответчик мог сразу же признать претензию истца. Это юридически значимое действие называлось *confessio in iure* (признание претензий на стадии рассмотрения дела магистратом). В таком случае своим признанием ответчик сам подтверждал бесспорность требований истца, а значит, необходимость в дальнейшем процессе отпадала. Истец сразу же получал иск об исполнении (*actio iudicati*) совершенно так же, как если бы он выиграл дело в спорном порядке. Если, однако, претензия истца была *incerta* (то есть не состояла в требовании определенной де-

¹ Д. 2.13.1.

² Д. 6.1.6.

нежной суммы), то претор назначал особого судью, который должен был установить размер должного.

Но, как правило, по такой примирительной модели спор развивался крайне редко. Гораздо чаще ответчик возражал против иска и тем самым соглашался вступить в процесс (*accipit judicium*).

Тогда начиналась основная часть стадии *in iure*.

Здесь истец в некоторых случаях мог задать ответчику вопросы относительно наличия определенных фактических предпосылок (*interrogatio in iure*), ответ на которые для последнего обязателен. Так, например, если истец являлся кредитором какого-нибудь лица, которое умерло, оставив наследство (наследодателя), то он вызывал предполагаемого наследника в суд и здесь предлагал ему вопрос: «Являешься ли наследником?». Или если чужое животное причинило истцу убытки, то он, неуверенный вполне, кто собственник этого животного, вызывает предполагаемого собственника в суд и здесь задает вопрос: «Являешься ли собственником?» и т.д.

Сразу же после этого каждая из сторон могла предложить противнику подтвердить свое заявление *jusjurandum* (под присягой, клятвой). Отказ стороны от дачи такой клятвы не влек для нее за собой никаких негативных процессуальных и материально-правовых последствий.

Если никакого из этих факторов, ведущих к прекращению процесса, не происходило, стороны с помощью претора намечали условия их разногласий и осуществляли выбор судьи. После этого претор в письменном виде издавал формулу, которая предлагалась истцу и ответчику и после прений одобрялась ими.

Чтобы уяснить, являлся ли иск «о том же самом», обращали внимание на три его элемента:

- *personae*, то есть тяжущиеся субъекты, которые должны были быть теми же самыми (или их наследниками);
- *petitum*, то есть основное требование истца;
- *causa petendi*, то есть фактические и правовые причины, лежащие в основе требования.

Например, если иск предъявляли проигравшие судебное разбирательство о собственности, то это не препятствовало им вновь предъявить иск об узуфрукте, потому что в этом случае имело место изменение *petitum* и *causa petendi*, то есть юридических оснований требования, основания иска¹.

Лишь при полном совпадении *personae*, *petitum* и *causa petendi* в первоначальном и повторном исках *литисконтестация* по первому делу блокировала любую возможность повторного иска.

¹ Франчози Дж. Указ. соч. С. 93.

Затем начиналась вторая стадия, *in iudicio*, – дело передавалось частному судье (арбитру). В подавляющем количестве дел по-прежнему суд производил единственный судья (*iudex unus*), назначенный из специального списка (реестра). Лишь незначительная часть дел (в процессах об определении состояния свободы или рабства лиц) рассматривалась коллегиями рекуператоров (в составе трех или пяти членов).

Рассмотрение дела судьей начиналось в день, по поводу которого стороны пришли к взаимному согласию, но не позднее 18 месяцев со дня литеисконтестации.

В отличие от легисакционной процедуры, которой были свойственны жесткие правила доказывания, в формулярном процессе утвердился принцип свободной оценки доказательств – стороны теперь могли свободно приводить в присутствии судьи доказательства (устные и письменные данные, вещественные доказательства, показания сведущих лиц, осмотр на месте, принесение присяги (клятвы) в качестве подтверждения иных доказательств и т.д.). При этом свидетели не были обязаны являться в суд для дачи показаний. Исключение составляли только свидетели, участвовавшие ранее в заключении строго формальных юридических сделок (виндикации, стипуляции и др.), которые сейчас являлись предметом спора.

Вообще, при формулярном процессе не существовало какого-либо установленного законом жесткого перечня или иерархии доказательств. Напротив, действовал принцип «свободного доказательства» (*libera probatio*), которому соответствовал принцип свободного усмотрения судьи, который мог вынести положительное или отрицательное решение по иску на основе собственных убеждений, не будучи связан какой-либо строгой формальной системой доказательств.

Сама формула, составляемая магистратом (претором, эдилом и др.), имела альтернативное содержание и действие, так как этот магистрат в подавляющем большинстве случаев предлагал в ней судье своего рода «меню сценариев» окончательного решения судьбы дела, в зависимости от того, что конкретно, какие факты, этот судья выяснит в ходе разбирательства. Таким образом, окончательным вершителем судьбы спора, в силу возложенных на него магистратом обязанностей, был частный судья. Именно он оценивал доказательства и, учитывая их, на основании предписаний формулы выбирал среди предлагаемых в ней вариантов решения тот, который соответствовал обстоятельствам спора, его фактологической базе и определял, кто действительно был прав – истец или ответчик.

После исследования обстоятельств спора он высказывал свое властное мнение (*sententia*) об этом, которое сопровождалось *iudicatum*, т.е.

¹ Другой смысл слова «сентенция» – изречение нравоучительного характера.

судебным решением, издаваемым судьей в силу того, что его таким полномочием (*iussus iudicandi*) наделил претор.

Если дело казалось судье неясным, он мог отказаться выносить решение.

В формулярном процессе (как в легисакционном) судебное решение (*iudicatum*) обжалованию не подлежало. Результат судебного решения представлялся абсолютной и бесспорной истиной («*res iudicata pro veritate accipitur (habetur)*» — «то, что решил суд — истинно»). Последствия судебного решения отражались только на сторонах (а не на их наследниках или заинтересованных лицах).

Iudicatum обязывало проигравшую сторону исполнить судебное решение (*obligatio iudicati*). В случае уклонения ответчика от исполнения решения в формулярном процессе применялась новая и более эффективная система процессуальных средств его принуждения к этому (*actio iudicati, bonorum venditio, bonorum distractio*)¹.

В качестве основных особенностей процесса *performulas* можно выделить следующие позиции:

1. Характерной чертой формулярного процесса была простота, облегченность его форм: стороны теперь, в отличии от легисакционного процесса, могли свободно и без сакральных формулировок излагать любые доводы, которые затем магистрат резюмировал в формуле, составленной в письменной форме. Сама формула была очень гибкой по своему строению, ее части могли комбинироваться и наполняться различным содержанием в зависимости от ситуации.

2. Участие в формулярном процессе было на порядок «дешевле», чем в легисакционном, так как он был финансово менее затратным, поскольку не требовал внесения сторонами дорогостоящих залогов. Это, безусловно, делало правосудие по частным спорам доступным для широких слоев населения.

3. Магистрат (претор, эдил) перестал быть простым пассивным наблюдателем-посредником в тяжбе сторон. Его отношения с ними теперь скорее можно было назвать сотрудничеством. По сути, формула была трехсторонним соглашением магистрата, истца и ответчика.

4. Вместе с тем усиливается императивная власть магистрата — он руководит процессом и активно вмешивается в него — как в отношении сторон, так и судьи, прибегая к весу своей государственной власти и прерогативы (*imperium*).

5. В преторском эдикте формулы имели тенденцию к увеличению, по мере того как возникали новые случаи, заслуживающие внимания и защиты претора, который постоянно создавал всё новые и новые ис-

¹ См. подробнее гл. 9.

ковые формулы, которые вводил в свой эдикт. Это означает, что претор давал иски не только касаемо традиционных и апробированных частноправовых ситуаций, но и для совершенно новых отношений, которые он считал значительными и заслуживающими своего внимания и защиты. Благодаря этому появлялась юридическая возможность защищать даже те интересы, которые категорически, ни при каких обстоятельствах не могли быть основаны на нормах гражданского права.

Таким образом, благодаря формулярному процессу требования, предъявляемые к правовой системе и правосудию со стороны стремительно усложняющейся торгово-экономической деятельности, не остались без ответа. Причем введение формулярного процесса сыграло положительную роль не только в том смысле, что он больше соответствовал возрастающим общественным потребностям, но и в отношении развития самого римского частного права. Это был соответствовавший вызовом своего времени, живой, динамичный, удобный процесс.

ГЛАВА 7

ФОРМУЛА И ЕЕ ЧАСТИ

Формула (лат. *formula*) – в древнеримском судопроизводстве так назывался письменный документ, закрепляющий содержание иска, с помощью которого гражданский судебный магистрат (обычно претор) сообщал назначенному для разбора конкретной тяжбы судье, при каких фактических и юридических обстоятельствах тот должен присудить или освободить ответчика. Более кратко: формула – это приказ судье, как вести дело.

Типичная формула выглядела так: «Пусть будет судьей Гай; если окажется (*на основе предоставленных доказательств*), что требование Авла Агерию¹ (*истца*) по отношению к Нумерию Негидию (*ответчику*) является обоснованным, ты, судья, присуди Нумерия Негидия к уплате Авлу Агерию 100 тысяч сестерциев; если указанное требование окажется необоснованным, ты, судья, освободи Нумерия Негидия».

Как видно из примера, формула начиналась с назначения судьи («Пусть будет судьей Гай...»).

Далее следовали собственно элементы (части) формулы. Основными из них были:

- интенция (*intentio* – лат. «намерение»);
- кондемнация (*condemnatio* – лат. «приговор», «осуждение»);

¹ Авл Агерий (Aulus Agerius) – условное обозначение истца, Нумерий Негидий (Numerius Negidius) – условное обозначение ответчика в римской правовой литературе. Эти имена употреблялись в объявляемых в эдиктах исках для схематического описания его содержания. Впоследствии при рассмотрении конкретного спора в исковую формулу вместо этих имен ставились имена действительных участников.

- демонстрация (*demonstratio* — лат. «точное описание»);
- адюдикация (*adiudicatio* — лат. «присуждение»).

Дополнительными частями могли быть:

- эксцепция (*exceptio* — лат. «оговорка»);
- репликация (*replication* — лат. «встречная оговорка»);
- таксация (*taxatio* — лат. «оценка»);
- прескрипция (*praescriptio* — «написанное перед»).

Интенция (*intentio*) являлась изложением требования истца, как правило, начинающимся со словесной формулы «*si paret...*» (лат. «если окажется...»).

Она могла быть «четко определенной», ее еще называют «ясной» (*intentio cetra in ius concepta*) или «нечетко определенной», другим словом «неясной» (*intentio incetra in ius*).

Ясным было, например, требование определенной суммы денег, возникшее из торжественного обещания (*sponsio*). Пример такой интенции: «Если окажется, что Нумерий Негидий должен дать Авлу Агерию 100 тысяч сестерциев...».

В противоположность этому неясным было требование, выраженное в интенции, конкретное относительно самого факта наличия долга, но неопределенное по его количеству. В этом случае судья должен был в случае принятия требования сам оценить на основе итогов дела размер присуждения (например, определить конкретную денежную сумму, подлежащую взысканию в пользу истца). Пример такой интенции: «Все, что, как выяснится, Нумерию Негидию следует дать /сделать ...».

При неясной интенции истец всегда рисковал тем, что он по ошибке потребует допустить «превышение требования» (*pluris petitio*).

Кондемнация (*condemnatio*) являлась предложением, сделанным магистратом (претором, дилом) судье (*iudex*) в альтернативной форме, присудить (объявить проигравшим дело) или оправдать ответчика. Например: «...судья, присуди Нумерия Негидия уплатить Авлу Агерию 100 тысяч сестерциев. Если же долга за Нумерием Негидием не окажется, то оправдай»¹. Другими словами, если в ходе разбирательства дела в суде, интенция подтвердится, претор предлагал судье удовлетворить иск («присудить»), а если нет — отказать в удовлетворении требований истца («оправдать»).

Необходимо учитывать, что в формулярном процессе, в отличие от легисакционного, присуждение было направлено не на возвращение конкретной вещи как таковой, а на возмещение должником ее денежного эквивалента. Поэтому присуждение в процессе *per formulas* всегда выражалось в деньгах, поскольку частный судья (*iudex*), будучи не государственным должностным лицом, а лицом частным, не мог обязать

¹ Гай. IV.43.

ответчика к определенному поведению, а лишь к уплате некоторой денежной суммы. Исходя из этого судья не предписывал ответчику возвращения вещи (*rei vindicatio*), необоснованно им удерживаемой, но производил ее оценку (*litis aestimatio* — лат. «определение суммы тяжбы»), присуждая ответчика к уплате соответствующей ей денежной суммы на основе оценочной клятвы истца (*iuriurandum in iudicio*). Зная это, истец мог попытаться при испрашивании иска завысить стоимость вещи, в связи с чем магистрат посредством пункта в формуле, называемого **таксацией** (*taxation* — лат. «оценка»), мог установить максимальные пределы доверия к оценочной клятве истца (таксация применялась и в других ситуациях, о чем будет сказано ниже).

Демонстрация (*demonstratio*) являлась частью формулы, в которой более точно описывался, разъяснялся предмет искового требования (того, из-за чего возник спор). Лексически это выражалось при помощи причинного союза *quod* («так как», «учитывая, что», «по поводу того, что»). Например, «... так как Август продал Нумерию Негидию раба...» или «...по поводу того, что Август оставил на сохранение у Нумерия Негидия раба...»¹. В данных демонстрациях уточняется, по поводу какой вещи будет вестись спор (в обеих демонстрациях это раб), а также характер спорного правоотношения (в первом случае это купля-продажа, во втором — хранение).

Необходимость в такой части появлялась в связи с тем, что интенция, как правило, была абстрактной (в ней вообще особо не указывалось на причину или юридическое основание требования: *muncipatio*, *emptio-venditio*, *stipulatio*, *mandatum* или какое-то еще), поэтому она уточнялась и корректировалась при помощи *demonstratio*.

Адьюдикация (*adiudicatio*) применялась в случаях возникновения споров, предполагающих долевой раздел общего имущества (наследства, общей собственности) и упорядочение границ владений (межевые споры). Такие дела были очень сложны не только для обычных судей, но и для магистрата, поскольку требовали особых аграрных и хозяйственно-экономических познаний. Поэтому в этих судебных процессах вместо ординарного частного судьи судопроизводство поручалось сведущему специалисту — арбитру (третейскому судье), обладавшему должностной компетенцией в рассматриваемых вопросах. На него же претор перекладывал и функции конкретного решения спора, которые были гораздо шире обычной компетенции частных судей. Как раз это и фиксировалось в адьюдикации, типичная формулировка которой обычно звучала так: «Сколько следует присудить, судья, столько присуди, кому должно». Необходимо только оговориться, что адьюдикация применялась только

¹ Гай IV.40.

при разделе собственности в натуре и не касалась ситуаций присуждения к возможным взаимным денежным расчетам между собственниками.

Адьюдикация вводилась в формулу вместо кондемнации. Одновременно они присутствовать в формуле не могли, так как в них решался аналогичный вопрос – фиксировались пределы процессуальных возможностей судьи (для него это был выбор решения из вариантов, предложенных претором в кондемнации) или арбитра (имевшего в силу адьюдикации право самостоятельно разрешить спор без жестких ограничений со стороны претора).

Таксация (*taxatio*), о которой здесь уже говорилось (см. – кондемнация), могла выступать и в качестве дополнительной части формулы. Она имела задачу удержать в определенных границах сумму присуждения, названную в кондемнации, указать судье некий предельный максимум взыскания с должника.

Можно сказать, что таксация была своего рода льготой и служила для того, чтобы ограничить сумму присуждения с учетом качеств ответчика и его личных отношений с истцом (речь идет об отношениях особого рода – между воинами-сослуживцами, супругами, родителями и детьми и т.д.).

Например, таксация в иске о пекулии¹ (*actio de peculio*) определяла его сумму не больше размеров этого пекулия (*dumtaxat de peculio*).

Экспепция (*exceptio*) – это средство защиты ответчика. Экспепция (*exceptio*) не отрицала права притязания истца, но содержала в себе аргументы ответчика с целью лишить обоснования иск (например, ответчик мог поместить здесь в качестве возражения ссылку на то, что уже произвел оплату долга, либо на то, что срок обязательства еще не истек, или о недобросовестном умысле со стороны истца, или на нормы гражданского права и т.д.).

В словесной форме интенция начиналась фразами: «и притом не окажется, что...», «если только не выяснится, что...», «за исключением того случая, если...».

Существовали постоянно действующие (*peremptoriae*) экспепции, которые полностью «уничтожали» исковое требование. То есть в случае установления судом указанного в экспепции ответчиком «убийственного» для истца обстоятельства иск признавался невозможным (например, экспепция о злом умысле истца).

Были известны и отлагательные (*dilatoriae или temporales*) экспепции, которые могли быть приведены только в течение определенно-

¹ Пекулий (*peculium* – лат. «домашний скот») – имущество, которое отец семейства предоставляет своему сыну, иному родственнику, а иногда и рабу для самостоятельного ведения хозяйства, чтобы тот распоряжался им по своему усмотрению и пользовался доходами от него.

го времени (например, эксцепция о преждевременной подаче иска) и окончательно не блокировали иск, который мог быть снова предъявлен, когда истечет установленный в обязательстве срок.

Репликация (replication), которая некоторыми романистами называется еще *реплика*¹, представляла собой часть формулы, в которой содержались контрдоводы (возражения) истца на эксцепцию ответчика.

В свою очередь ответчик имел право привести ссылку на иные обстоятельства, которые лишали силу репликации. В таком случае под это отводилась еще одна часть формулы — *дупликация*, или *дуплика* (*duplicatio* — лат. «удвоение») ответчика. Если истец имел новые возражения на обстоятельства, приведенные в дупликации, то они вставлялись в формулу под названием *трипликации*, или *триплики* (*tripolicatio*) и т.д.

Прескрипция (praescriptio) помещалась перед интенцией с целью ограничения рамок спора. Такая оговорка инкорпорировалась в формулу в том случае, когда истец, предъявляя иск с неопределенной интенцией, желал избежать проигрыша всего дела в силу погашающего эффекта литисконтестации, который мог привести к упомянутой выше консумпции (уничтожению) иска. В прескрипции истец заявлял, что он предъявляет иск не ко всей сумме долга, а лишь к его части, по которой долг уже наступил. В таком случае формула начиналась со слов: «пусть решается дело, для которого срок исполнения уже истекает»². В случае возможного проигрыша истцом дела такая упреждающая оговорка позволяла ему позднее предъявить тот же самый иск опять, но уже по другой, не затронутой первым спором части долга.

Прескрипция могла быть не только в пользу истца (*pro adore*), но также и в пользу ответчика (*pro reo*) и в последнем случае была сходна с эксцепцией.

ГЛАВА 8

СУДЕБНОЕ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВО

Старый (легисакционный) порядок судопроизводства при характерном для него консервативном формализме мог обходиться и без участия профессиональных знатоков права. В процессе же по формуле (*per formulas*) квалифицированные юристы со временем стали практически незаменимыми фигурами.

Особенно важна была их поддержка на стадии *in iure*, когда они вместе с магистратом, истцом и ответчиком проводили аналитико-правовое обоснование, редактирование (*cavere*) различных аспектов формулы

¹ Хвостов В.М. Система римского права. М.: Спарт, 1996. С. 84.

² Гай. IV.131.

(возражений (*exceptio*) ответчика, контрвозражений (*duplicatio*) истца и иных важных формулярных оговорок различного рода).

Очень существенной была роль юристов и на стадии *in iudicio*, где они, опираясь на знание права и непременные для новой формы процесса ораторские способности, давали консультации сторонам (*respondere*), характеризовали перед судьей и присутствующими в выгодном свете личность и репутацию (*reverentia honoris*) своего подзащитного, высказывались относительно доказательств и доводов своей и противной стороны спора.

Широкое применение приобретает практика *postulare pro aliis*, то есть изложения сторонами их доводов при помощи адвокатов (*advocati*) и патронов (*patroni*). Функция этих лиц изначально состояла в оказании юридической помощи стороне, которая лично присутствовала в суде, хотя они и не заменяли ее (и не считались ее процессуальными представителями).

Деятельность юристов именно как процессуальных представителей зародилась в более поздние времена римского формулярного процесса и претерпела следующую эволюцию.

На ранней стадии римского частного процесса стороны должны были выступать в суде и осуществлять соответствующую процессуальную деятельность могли только лично. Допускались лишь немногие исключения на тот случай, когда личное участие стороны было невозможно. Так, лицо, осуществляющее опеку (*tutela*), действовало за своего подопечного. А *edsertor libertatis* (защитник свободы) выступал для того, чтобы поставить вопрос о свободе раба. Также любой гражданин мог выступать вместо обворованного человека, отсутствовавшего по той причине, что он был на военной службе или, во всяком случае, отлучился по государственным делам (*reipublicae causa*).

В конце предклассического периода стало допускаться, чтобы стороны могли присутствовать в суде не только лично, но и через третье лицо — процессуального представителя. Фигурами, которые дали место этому более широкому процессуальному представительству, стали когнитор (*cognitor*) и прокуратор (*procurator*).

Когнитор назначался одной из сторон процесса в стадии *in iure* по согласованию с противной стороной. Когниторное представительство происходило путем указания в интенции имени представляемого лица (*dominus litis*), а в кондемнации — имени процессуального представителя. При этом присутствие самого когнитора при осуществлении этой процедуры назначения было не обязательным. Когнитор полностью заменял представляемого и обязывался предоставить другой стороне гарантии уплаты по судебному решению (*cautio (satisfatio) iudicatum solvi*), то есть он обязывался в случае проигрыша уплатить сопернику в споре столько, сколько должно. Когнитор утверждался только на период ведения одного конкретного дела.

Когниторами и прокураторами могли быть не все граждане. Так, это исключалось для:

- лиц, подвергшихся инфамии (бесчестию);

- женщин;

- солдат (за некоторыми исключениями, например допускавшими это в случаях защиты интересов своих близких и своей воинской части — легиона).

Так или иначе, но процесс *per formulas*, в силу открытости и демократичности своих форм, существенно стимулировал работу юридической мысли, способствовал рассвету римской юриспруденции и появлению новой профессии — профессии юриста.

ГЛАВА 9

ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ В ФОРМУЛЯРНОМ ПРОЦЕССЕ

Формулярный процесс в части исполнительных процедур содержал ряд принципиальных новшеств.

Свойственное легисакционному процессу исполнение посредством «наложения руки» (лат. *manus injectio*) на должника ввиду своей архаичности и непрактичности постепенно утратило свою актуальность. Взамен этого в рамках формулярного процесса магистратами были разработаны новые средствами для достижения исполнения судебного решения. Ими стали иск об исполнении судебного решения (*actio iudicati*) и продажа с аукциона имущества должника (*bonorum venditio*).

Actio iudicati — иск, который при необходимости предоставлялся победителю (*actor*) выигранного им предшествующего судебного процесса для достижения исполнения решения суда (если проигравшая сторона уклоняется или отказывается от такого исполнения). Иск подавался не ранее чем через 30 дней начиная со дня, назначенного должнику-ответчику судом для исполнения судебного решения. В случае выигрыша дела по иску *actio iudicati* истец получал право требовать от должника двойного возмещения (*in duplum*), то есть вдвое от выигранной в первом споре первоначальной денежной суммы (возрастание спора). В случае невыполнения и этого решения суда ответчик переходил в кабалу к истцу, то есть взыскание обращалось на личность должника.

Наряду с этим магистраты, начиная с претора Публия Рутилия Лупа (I в. до н.э.), стали применять процедуру *bonorum venditio*, предусматривающую обращение взыскания непосредственно на имущество должника, без посягательств на его личность (личную свободу).

Bonorum venditio — принудительная процедура распродажи имущества ответчика, проигравшего спор по двум искам подряд: по первона-

чальному иску и по последующему иску об исполнении (*actio iudicati*). Начиналась эта процедура с ходатайства к претору со стороны кредитора, которому должен ответчик, о введении его во владение имуществом должника (*missio in possessionem* или *missio in bona*). Магистрат разрешал ходатайствующему вступить во владение этим имуществом с целью его «надзора и охранения». По истечении 30 дней после обращения кредитора (лица, выигравшего суд), которые были сокращены до 15, если должник умер, назначался *magister bonorum* (распорядитель конкурсной массы). Он приступал к продаже вышеуказанного имущества с торгов оптом. Выигравший торги покупатель (*bonorum emptor*) вступал в права собственности на все имущество должника, проигравшего процесс. При этом он брал на себя и его долговые обязательства, в том числе обязательство возместить истцу сумму проигранного этим должником по первоначальному иску, с учетом ее удвоения (*in duplum*), произошедшего в результате проигрыша второго, исполнительного иска (*actio iudicati*).

В преторской практике наряду с процедурой *bonorum venditio* со временем возникла также еще и другая, гораздо более мягкая в отношении должника. Эта процедура обходилась без *infamia* и распродажи всего имущества проигравшего спор лица. Называлась она *bonorum distractio*. Порядок взыскания при этом был таков: по просьбе истца магистрат поручал своим помощникам (*apparitores*) арестовать одну или несколько вещей должника. Если последний в течение двух месяцев не уплачивал кредитору причитающуюся сумму, то взятая вещь продавалась магистратом с аукциона, а вырученная сумма передавалась кредитору.

То есть должник не разорялся полностью, а утрачивал имущество только на сумму проигранного по судебным искам.

Bonorum distractio использовалась поначалу в особых случаях, когда должник относился к лицам с ограниченной дееспособностью, а именно: в отношении безумных (*furious*), малолетних, не имеющих опекуна, расточителей (*prodigus*) и др. По политическим соображениям *bonorum distractio* также предоставлялась сенаторам, дабы не наносить ущерб их политическому престижу в силу инфамии, предполагавшейся в случае *bonorum venditio*. Впоследствии *bonorum distractio* сделалась всеобщей формой принудительного исполнения.

Начиная с эпохи принципата *iudicatum* могло быть оспорено ответчиком обращенной к императору в порядке *extra ordinem*. В этом случае начинался новый процесс, при этом инициатор обжалования рисковал вновь проиграть дело, если окажется, что он оспаривал состоятельность предыдущего решения без должных оснований. Это влекло за собой новый приговор, но уже с взысканием долга в двойном размере (*in duplum*)¹.

¹ См.: Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 151.

ГЛАВА 10

КЛАССИФИКАЦИЯ ФОРМУЛЬНЫХ ИСКОВ

В эпоху господства формулярного процесса система исков в римском праве приобрела в сравнении с предыдущим периодом гораздо более масштабный и разветвленный характер. Объективным основанием для этого был политически стабильный статус магистратов (преторов, эдилов и др.) – должностных лиц, обличенных судебно-административной властью. Данный статус вырабатывался на базе таких качеств магистратской власти, как империй (*imperium*), величие (*maiestas*) и авторитет (*auctoritas*). Совокупность такихластных проявлений составляла прочный базис оценочной деятельности магистрата по рассмотрению гражданских споров, способствуя его активному вмешательству в процессуальные отношения, а также в их правовое регулирование. Это, в свою очередь, приводило к созданию сменяющими ежегодно друг друга магистратами все новых и новых исков.

Как результат, в римском праве имелось большое количество весьма неоднородных по своим качествам и поэтому плохо поддающихся классификации исков. Тем не менее в этой обширной палитре исков, допускаемых в пределах *agere per formulas* (ведения процесса по формуле), еще древнеримскими теоретиками, а далее, начиная с эпохи средневековья и вплоть до наших дней, учеными-романистами устанавливались различные градации. Приведем некоторые из них, обобщив некоторые, уже названные в этом параграфе группы исков и приведя новые их разновидности.

1. Уже упоминавшееся нами деление исков на *actiones civiles* (иски цивильные), основанные на цивильном праве, и *actiones honorariae* (иски магистратские), выработанные магистратами посредством построения исков на фактах (*actiones in factum conceptae*), при помощи формул с фикцией (*actiones ficticiae*) и с использованием перестановки субъектов (например, *actiones adiecticiae qualitatis*).

В свою очередь, *actiones honorariae* делились на преторские иски (*actiones praetoriae*), разработанные преторами, и эдильские (*actiones ediliciae*), введенные в практику эдилами.

2. В зависимости от личности ответчика, выделялись *actiones in rem* (вещные иски) и *actiones in personam* (личные иски). Первые были направлены на защиту, как принято говорить в современном правоведении, абсолютных прав на вещь (прав собственника, узуфруктория, обладателя сервитута и т.д.). Субъекту такого вещного права противостоит не какой-либо другой определенный субъект обязанности или несколько таковых субъектов, а неопределенно-универсальная масса «прочих» обязанных лиц. Эта «масса» строго безлична, из нее не выделяется на первый план никакое отдельное лицо, которое по данно-

му правоотношению находилось бы в особом, отличном от других отношении к у правомоченному обладателю абсолютного права.

Эти иски назывались «вещными» потому, что их главной целью был возврат вещи, а не личность ответчика. Ввиду абсолютной природы нарушаемых здесь прав, данные иски предоставляли абсолютную же защиту — они могли быть вчинены против всех (*erga omnes*), посягающих на вещь. При этом личность ответчика не имела принципиального значения — главное было вернуть вещь. Поэтому в интенции таких исков отсутствует имя ответчика, оно появляется лишь в кондемнации (имя того лица, которое незаконно владеет этой вещью).

Наиболее типичными примерами вещного иска являлись виндикационный и негаторный иски.

Иски второй разновидности (личные иски) были основаны на праве истца требовать от конкретного ответчика исполнения его обязательств (возникших из контракта или из правонарушения). Обязательство всегда предполагает одного или нескольких определенных должников; только они могут нарушить право истца, поэтому только против них и давался личный иск. Такие иски могли быть вчинены только конкретному лицу (лицам), которое было четко обозначено (например, в контракте) и на которого возложено такое обязательство. Без указания конкретной личности должника (должников) в интенции такой иск был невозможен.

Таковы были практически все иски, связанные с договорными обязательствами.

3. В римских источниках также встречается разделение исков на *actiones directae* (прямые иски), которые допускались, так сказать, для защиты опробованных правоотношений, и *actiones utiles* (иски по аналогии), которые были направлены на схожие случаи, первоначально, однако, не предусмотренные установленным правопорядком. Все иски по аналогии были преторского происхождения и были более широкими исками по сфере своего применения, чем иски прямые.

Например, прямым иском являлся иск о вознаграждении за имущественный ущерб — *actio legis Aquillia*. Этот иск давался в случаях нарушения нормы закона, принятого по инициативе трибуна Аквиллия (Lex Aquillia — III в. до н.э.), согласно которой если «кто-либо противоправно убьет человека (раба) чужого или чужую, четвероногое, которое входит в число скота, то он присуждается дать собственнику столько, сколько являлось наивысшей стоимостью этой вещи в данном году»¹.

В дальнейшем претор распространил закон Аквиллия и на те случаи, когда вред причинен виновно, но без телесного воздействия (напри-

¹ D. 9.2.2.

мер, лицо не кормило чужого раба и последний погиб). В данном случае будет использован иск по аналогии.

4. Популярным было еще одно распределение исков – в зависимости от применяемых в них цели и способа возмещения, согласно которому выделялись:

- *actiones reipersecutoriae* (иски имущественные, иное название – реиперсекуторные), направленные на возвращение вещи или на возмещение понесенного ущерба;

- *actiones poenales* (иски штрафные, иное название – пеневые), имеющие целью получить денежный штраф с лица, совершившего правонарушение;

- *actiones mixtae* (иски смешанные), направленные на то и другое.

Реиперсекуторные иски (*actiones reipersecutoriae*) являлись исками, которыми, по словам Гая, «мы преследуем только вещь»¹ (*quibus rem tantum persequimur*). Это иски, которые имели целью восстановить нарушенное состояние имущественных прав. С их помощью истец стремился вернуть то, что у него отнято ответчиком, как правило – вещь. Причем возврат вещи понимался в широком смысле, включая, например, и возврат кредита, а также выдачу любой выгоды, которую ответчик получил от имущества истца. К данной разновидности исков, по общему правилу, относятся все стандартные, не обремененные квалифицирующими обстоятельствами иски по договорным обязательствам и вещные иски

Штрафные иски (*actiones poenales*) происходили, возможно, из древнейших обычаяй родовой мести. Они имели характерной чертой наложение наказания не в форме простого возмещения – *simplum* («на сумму ущерба», как это полагалось, например, за причиненный вред), а в качестве возмещения кратного – двойного, тройного или четырехкратного (*duplum, triplum, quadruplum*). Как, например, в *actio quod metus causa*, то есть в иске по поводу ситуации, когда акт был заключен с противоправными, серьезными и тяжкими нарушениями (под воздействием угроз со стороны контрагента), который предполагал штраф (до четырехкратного размера цены иска). К штрафным искам причислялся и *actio furti* (иск по обвинению в краже), который предусматривал, в зависимости от обстоятельств кражи, выплату штрафа в пределах от двух до четырех кратностей.

Про иски третьего вида, смешанные (*actiones mixtae*), Гай говорил, что это иски, которыми «мы преследуем и вещь, и наказание»². Они распространялись на получение компромиссной экономической сто-

¹ Гай IV.8.

² Там же.

имости плюс прибавки денежной суммы в качестве наказания¹. Таков, например, был вышеупомянутый Аквилиев иск, предусматривавший взыскание с виновного не просто реальной стоимости противоправно убитого раба или животного, а наиболее высокой цены (когда-либо или кем-либо уплаченной в данной местности) за этот «живой» товар в том году. То есть ответчик сверх действительного возмещения ущерба доплачивал еще разницу между ним и максимальной стоимостью товара. А разница эта могла быть очень существенной. Например, цена на раба, в зависимости от его качества, в период Республики могла колебаться от 2 тысяч до 700 тысяч сестерциев².

И еще одна распространенная и часто используемая еще в римские времена классификация. В ней проводилось различие между исками строгого права (*actiones stricti iuris*), исками доброй совести (*actiones bonae fidei*) и произвольными исками (*actiones arbitrariae*), которое, по существу, состояло в большей или меньшей связанности судьи (*iudex*) инструкциями претора, содержащимися в формуле иска, при вынесении постановляющего решения. То есть разница здесь заключалась в степени свободы усмотрения судьи при разрешении им дела на стадии *in iudicio*.

При этом наименее самостоятелен судья был при рассмотрении исков строгого права (*actiones stricti iuris*) – тех, в которых содержание возможного наказания ответчика было строго предопределено магистратом в предписаниях формулы, которые жестко связывали судью. При этом он не мог учитывать какие-либо сопутствующие делу обстоятельства (например, возражения ответчика), если они заранее не были включены претором в исковую формулу и о них не было упомянуто при производстве дела на стадии *in iure*. К числу *actiones stricti iuris* относились иски, возникшие из стипуляции (устного формального соглашения, признаваемого цивильным правом), *litterarum obligatio* (долгового обязательства, возникшего ввиду записи долга в приходно-расходную книгу), *legatum* (формального завещательного отказа), *titum* (займа) и др.

Иски доброй совести (*actiones bonae fidei*) предоставляли судье более широкие полномочия самому определять доказательственную базу и объем наказания. В этом случае в интенцию формулы после фразы «...quidquid dare facere oportere...» («...все, что следует дать, сделать, предоставить...») добавлялись слова «...ex fide bona» («...по доброй совести»). То есть в *actiones bonae fidei* при определении взыскания с ответчика судья имел весьма серьезную свободу в своих действиях, так

¹ Франчози Дж. Указ. соч. С. 104.

² См.: Франк К. Древний Рим. Быт, религия, культура. М.: Центрполиграф, 2006. С. 120.

как, согласно оговорке «*ex fide bona*», мог разрешать дело, сообразуясь с требованиями справедливости, соразмерности и иных субъективных критериев своей «доброй совести». В этом случае он уже вполне мог принимать в расчет, помимо указанных в формуле, и любые иные обстоятельства, связанные с рассматриваемым делом (дополнительные соглашения сторон, местные деловые обыкновения, репутации истца и ответчика, все возражения сторон и др.).

Actiones arbitrariae (арбитрарные – лат. «произвольные иски») давали судьям право выносить так называемые арбитражные решения. Это право закреплялось претором за судьей в виде оговорки, зафиксированной в исковой формуле: «...и если эта вещь по твоему, судья, арбитражному решению не будет возвращена...». Суть арбитрарной оговорки заключалась в том, что, будучи убежден на основе доказательств, приводимых сторонами, в обоснованности претензии истца, судья мог предложить ответчику добровольно вернуть вещь истцу, не доводя дело до более неблагоприятных для себя последствий – уплаты цены иска. Последнее было более рискованно и обременительно для ответчика, так как при вещных исках оценка присуждения (*aestimatio*) основывалась на оценочной клятве (*iuriurandum in litem*) истца, пусть даже ограниченного посредством максимально установленного претором в формуле возможного предела суммы иска (*taxatio*). Истец в своей оценочной клятве обычно запрашивал, так сказать, на всякий случай и для того, чтобы «надавить» на ответчика, большую сумму, чем вещь стоила реально. Да и сам судья также мог поднять сумму выплаты до верхнего порога таксации. Нельзя также забывать и то, что по некоторым проигранным искам в качестве дополнительной санкции на ответчика налагалась *infamia* (лат. «бесчестие»), чего не происходило, если он соглашался вернуть вещь в ее натуральном виде. Причем этого бесчестия римляне боялись, пожалуй, даже больше, чем денежных издержек от проигрыша дела, так как это крайне негативно отражалось на их репутационных позициях в обществе. Поэтому ответчик почти всегда предпочитал согласиться с предложением судьи, вытекающим из арбитражной оговорки.

Особняком в римском праве стоят ноксальные иски (*actiones noxales*¹), которым трудно найти иную контрадикторную (противостоящую) им группу исков с противоположными качествами. Эти иски применялись в ситуациях, когда ущерб имуществу потерпевшего лица был нанесен чьим-то подвластным или рабом (например, при краже, порче им вещей) либо его домашними животными (вытоптавшими урожай, сломавшими ограду и т.д.). В таких случаях претором давал-

¹ Гай IV.75–79; см. также: Inst. IV.8; D. 9.4; Cl. 3.41.

ся *actio noxales* (*noxa* – лат. «вред»), который предъявлялся к тому, кто имел *potestas* (власть) над подвластным родственником, обладал рабом или животным в момент предъявления иска. При этом ответственный отец семейства (*pater familias*), хозяин (*dominus*) раба или животного мог либо, не согласившись с исковыми требованиями, принять суд (*aut iudicium suspere*), либо добровольно возместить ущерб, либо же отдать подвластного ему причинителя вреда в руки пострадавшего (*aut noxae dedere*). В последнем случае потерпевший мог компенсировать свои убытки за счет эксплуатации выданного человека (подвластного, раба) или животного либо совершить по отношению к нему акт мести (это действие практиковалось в архаическую эпоху и носило ярко выраженный сакральный подтекст).

ГЛАВА 11 ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ СРЕДСТВА ПРЕТОРСКОЙ ЗАЩИТЫ (НА ПРИМЕРЕ ИНТЕРДИКТОВ И РЕСТИТУЦИИ)

Выше уже говорилось о том, что магистраты Древнего Рима обладали широкими властными возможностями действовать на правовом поприще по своему усмотрению. Эту силу своего *imperium* они в первую очередь использовали для создания новых и адаптации прежних исков применительно к потребностям постоянно трансформирующегося частного оборота.

Однако полномасштабную систему формулярных исков удалось создать отнюдь не сразу, ввиду чего некоторые лакуны, постоянно возникающие в быстро меняющейся социально-экономической действительности, не всегда покрывались нормами *ius honorarium* (магистратного права) и тем более стародавнего *ius civile* (права цивильного). Кроме того, использование самого искового метода было уместно при разрешении далеко не всех правовых коллизий материального и процессуального свойства. В практике зачастую возникали такие ситуации, которые в силу своей специфики не укладывались в весьма сложную и находящуюся на стадии становления схему формулярного искового производства, требуя более оперативных, простых, узконаправленных и справедливых способов регулирования.

Рассмотрим наиболее значимые для римского частного процесса особые (создаваемые помимо исков, в дополнение к ним) преторские средства – интердикт и реституцию.

Интердикт (лат. *interdictum* – «запрет») – это основанный на кратком расследовании фактов (*summario cognitio*) и издаваемый судебным магистратом по просьбе одной из сторон специальный приказ с целью

пресечения самоуправных действий имущественного характера другой стороны (захват вещи, присвоение себе имущественного права и т.п.), осуществляемых ею до суда (без суда). Претор своим интердиктом либо приостанавливал (например, строительство дома на спорном участке), либо, напротив, предписывал осуществить значимое действие (например, вернуть вещь) до того момента, пока дело будет рассмотрено в законном (судебном) порядке. При этом даже если судебный процесс по данному спору по какими-либо причинам впоследствии так и не состоится – интердикт будет продолжать действовать.

Изначально интердикты были направлены на пресечение актов самоуправства¹ (*usupratio iurisdictionis* – лат. «захват юрисдикции»), которые практиковались римлянами для самозащиты своих имущественных интересов в архаическую эпоху, что было оправдано слабостью государственных, в том числе судебных структур той поры, не могущих наверняка гарантировать быстрый и эффективный возврат вещи ее истинному хозяину.

Процессуальные аспекты интердикта сводились к тому, что претор лично производил ускоренное расследование дела (*causae cognitio* или *summario cognitio*) и, если находил просьбу просителя обоснованной, отдавал приказ – «не производи насилия» (*vim fieri veto*). Причем слово «насилие» здесь трактовалось расширительно – как любое самоуправство. При этом претор в своем приказе, в зависимости от особенностей спора, уточнял, что именно необходимо сделать для воздержания от такого насилия, предлагая один из трех нижеследующих вариантов действий.

1. Лицу, являвшемуся другой, самоуправствующей стороной спора, немедленно восстановить нарушенное своим самоуправством первоначальное состояние вещей, например отремонтировать ранее разрушенные им объекты (ограду, частный дом, общественное сооружение). В формулу такого восстановительного интердикта (*interdicta restitutoria*) включалось словосочетание «ты должен восстановить».

2. Либо этому лицу приказывалось предъявить в целях проведения процесса какую-либо вещь (например, документ, содержащий текст завещания, договора, брачного контракта) или находящееся под его властью лицо, являвшееся возможным свидетелем или предметом спора. Например, таковым являлся *interdictum de liberis exhibendis*, обя-

¹ Применяемое в ранний период истории римского права самоуправство было строго формализованной процедурой, происходящей в присутствии свидетелей. Она представляла собой внесудебное действие кредитора, направленное на самостоятельное, без помощи государственной власти, восстановление своих нарушенных имущественных интересов за счет должника. Наиболее древними формами такого самоуправства являлись *manus inieictio* («наложение руки» кредитора на должника) и *pignoris capio* («захват залога» – внесудебное принудительное взыскание).

зыавший ответчика предъявить претору сына, которого, по мнению истца, являвшегося отцом, ответчик удерживал у себя незаконно, тем самым нарушая абсолютную отцовскую власть (*patria potestas*) над этим ребенком. Такие предъявительные интердикты (*interdicta exhibitoria*) выражались фразой: «Ты обязан предъявить ее (его)».

3. Или иной стороне предписывалось незамедлительно и категорически прекратить совершать определенное действие (запретительный интердикт – *interdicta prohibitoria*). Как правило, запретительные интердикты носили односторонний (простой) характер – содержали предписание только для одной из сторон. Но в отдельных случаях такой запретительный интердикт мог адресоваться и обеим сторонам, например при выдаче приказа *mittite ambo rem* – «оставьте оба вещь». Такая ситуация возникала, когда оба спорщика являлись к претору с одинаковой просьбой о выдаче интердикта. Причем каждый из них считал себя владельцем, а другого нарушителем владения (наиболее типичными здесь были межевые земельные споры). Такие интердикты назывались *interdicta duplia* (двойные интердикты)¹.

Если субъект, к которому обращено предписание интердикта любого типа, добровольно повиновался приказу претора, то цель такого приказа достигалась и на этом дело успешно заканчивалось. В итоге спор разрешался очень быстро, гораздо быстрее, чем если бы он рассматривался в исковом порядке, что и делали интердикты крайне эффективным процессуальным средством. Но так было лишь в тех случаях, если ответчик подчинялся преторскому приказу. Поскольку, однако, издание интердикта происходило на основании лишь поверхностного упрощенного расследования, могло случиться и так, что адресат предписания мог оспорить его обоснованность. В таком случае другой, вынужденно подчинившейся интердикту стороне давали право его. Для этого он мог получить *actio in personam ex interdicto* и инициировать процесс в подлинном смысле этого слова.

Интердикты вначале адресовались конкретным лицам. Со временем, однако, те из них, которые прошли испытание практикой, приобрели популярность и в которых было заинтересовано правоприменение, признавались общим правилом, а преторы начинали закреплять их в своих ежегодных эдиктах.

Из них очень важную роль в развитии вещного права сыграли так называемые владельческие интердикты - *interdicta possessoria*, созданные преторами для защиты фактического владения вещами. Этими интердиктами преторы пресекали злоупотребления квиритским

¹ В римских источниках встречаются и другие типологии интердиктов, подразумевающие их деление, например, на штрафные (*sit poena*) или нештрафные (*sine poena*).

правом по отношению к добросовестным приобретателям вещей, не оформившим свои вещные права по нормам *ius civile*.

Еще одним эффективным дополнительным средством преторской защиты являлась реституция – *restitutio in integrum* (восстановление в прежнем положении).

Она использовалась претором с целью предотвращения правовых последствий, уже наступивших или могущих наступить вследствие какого-нибудь юридического факта, пускай и действительного с позиций формального соответствия нормам цивильного права, но приводящего к несправедливому и значительному ущербу. То есть реституция применялась в тех случаях, когда правовые последствия совершенного в соответствии с действующим законодательством юридического факта были тем не менее невыгодны или даже вредны для одной из сторон правоотношения.

Такие ситуации, как правило, возникали, если лицо, выдвигавшее просьбу о реституции, ранее при осуществлении юридически значимых действий (например, при заключении сделки) или в силу какого-либо упущения (например, при пропуске срока принятия наследства) попало в невыгодную для себя «юридическую ловушку», потому что действовало или бездействовало в силу определенных реабилитирующих причин.

Вторым ее обязательным условием был вред, ущерб (*laesio*), который лицо, просящее об этой реституции, потерпело или могло потерпеть. Причем вред должен быть значительным и такого рода, что не мог быть устранен путем использования обычновенных (в первую очередь исковых) средств судебной защиты. Вредом при этом признавались не только прямые убытки, но и упущенная выгода.

Третьим и последним требуемым условием была своевременность просьбы о реституции. Первоначально сроком для предъявления просьбы о реституции был один год (*annus utilis*). При императоре Юстиниане он был увеличен до четырех лет. При этом началом течения такого срока являлись:

- при *minor aetas* – день достижения 25-летнего совершеннолетия;
- в ситуациях *iusta absentia* – день отпадения законных обстоятельств, препятствующих лицу обратиться к претору;
- в случаях *vis, dolus и error* – день, когда прекратилось неблагоприятное воздействие на лицо угроз, насилия, обмана, заблуждений.

Просить о реституции мог сам потерпевший, его универсальные приемники (например, наследники) и то лицо, которому они уступили право на реституцию¹.

¹ См.: Хвостов В.М. Указ. соч. С. 221.

Получив просьбу о реституции, претор проводил тщательное исследование обстоятельств дела (*causae cognitio*). В случае положительного решения итоговая реституция осуществлялась путем издания особого преторского декрета (*decretum*), в котором объявлялось восстановление прежнего правового положения¹. При этом претор аннулировал сделку или иной правоустанавливающий факт, как если бы он не совершался (допуская тем самым фикцию – «как будто этого не было»).

Последствия реституции были следующими:

- в интересах лица, подавшего запрос о реституции, восстанавливался срок, если его ущерб заключался в утрате какого-нибудь имущественного права по причине пропуска срока;
- лицо, несправедливо потерявшее вещь, получало ее обратно;
- лицо, возложившее на себя бремя несправедливых обязательств, освобождалось от них и т.д.

С течением времени в тех случаях, в которых *restitutio in integrum* первоначально служило единственным средством защиты потерпевшего лица, стали возникать иски, регулирующие аналогичные правоотношения, которые постепенно начали вытеснять эти чрезвычайные преторские средства, сведя их применение на практике лишь к редким случаям. Так, если в случае обмана и насилия первоначально приходилось прибегать к *restitutio in integrum propter dolum* или *restitutio in integrum propter metum*, то впоследствии возникали *actio doli* (иск, предоставляемый против стороны, склонившей к заключению договора путем обмана) и *actio quod metus causa* (иск против вымогательства любого рода и против любого лица, обогатившегося этим противозаконным путем).

ГЛАВА 12 ЭКСТРАОРДИНАРНЫЙ (КОГНИЦИОННЫЙ) ПРОЦЕСС

Начиная с времен императора Августа (конец I в. до н.э. – начало I в. н.э.) в Риме начала формироваться принципиально новая система частного правосудия. Это императорское правосудие и соответствующая ему процессуальная форма (*cognitio extra ordinem*) постепенно вытесняли формулярный процесс (легисакционный процесс был вообще отменен тем же Августом).

Причиной возрастания значения новой процессуальной формы стали: укрепление императорской власти, рост влияния чиновников, перетекание к ним судебных прерогатив и, соответственно, утрата судебными магистратами и частными судьями своих ключевых позиций в судопроиз-

¹ См.: Зайков А.В. Указ. соч. С. 137.

водстве. Право и суд все более становились централизованными, превращаясь из дела гражданской общины в дело государственного значения.

В научной и учебной литературе данную форму процесса называют экстраординарной, или когниционной.

Первое название связано с тем, что традиционная система римского процесса, представленная сначала легисакционным процессом, а затем процессом формулярным, именовалась *ordo iudiciorum privatorum* (ординарная, то есть обычная частная судебная процедура). Процесс же *cognitio extra ordinem* длительное время осуществлялся только в нестандартных, неординарных ситуациях (вне *ordo*), ускоренно и без соблюдения многих формальностей, свойственных процессу *ordo iudiciorum privatorum*. Поэтому на этом первоначальном этапе становления нового процесса сформировалось его первое название – экстраординарный.

Процессуальная система нового императорского правосудия была построена на базе опыта прежних магistrатов (действовавших в периоды Республики и принципата), наработанного ими в ситуациях, когда они проводили так называемое когниционное следствие (от *cognitio* – лат. «следствие», «разбор дела»). Отсюда другое название этого процесса – когниционный. В его основе лежала когниционная судебная прерогатива¹ государственного должностного лица (республиканского магистрата или, позднее, императорского чиновника), которая давала ему право самостоятельно, без судьи, расследовать обстоятельства дела и выносить по нему решение.

Первоначально республиканские магистраты (преторы и эдилы) прибегали к экстраординарной когниции лишь от случая к случаю. Происходило это на фоне безусловного доминирования формулярного процесса, в качестве исключения, в ситуациях, когда рассмотрение стандартной *ordo iudiciorum privatorum* было по тактическим или техническим соображениям нецелесообразно (например, при выдаче магистратами интердиктов и издании ими декретов о реституции).

Далее когниционная процедура стала постепенно расширять ареал своего применения. Например, ее стали использовать при рассмотрении дел о фидеикомиссах (неформальных завещательных распоряжениях), которые император Август уполномочил решать консулов, а позднее император Клавдий передал их специально учрежденному для этой цели претору по фидеикомиссам (*praetor fideicommissarius*). Еще один магистрат разрешал на основе *cognitio* алиментные споры между родственниками. Император Марк Аврелий учредил должность претора по опеке (*praetor tutelaris*) с правом когниции по этим делам, в то время как ведение дел о свободе и рабстве утвердилось за *praetor de libertalibus causis*. Для когниционного рассмотрения жалоб на не-

¹ См. гл. 1.

должное завещание (*querela inofficiosi testamenti*) была создана, предположительно императором Веспасианом (I в.), особая коллегия септемвиров, которая заменила занимавшийся до того времени вопросами наследования древний центумвиральный суд¹.

Окончательно новая система правосудия утвердилась в 294 г., когда император Диоклетиан издал конституцию, в которой правителям провинций (проконсулам, корректорам, презесам) предписывалось решать дела самим и только в крайних случаях передавать их на решение частных судей.

В 342 г. императоры Констанций и Климент издали конституцию, окончательно отменяющую формулярный процесс для всех без исключения частноправовых споров². С этого момента, строго говоря, процесс *cognitio extra ordinem* перестал быть экстраординарным (исключительным), поскольку остался единственным возможным вариантом осуществления правосудия по частноправовым спорам³. Поэтому с формальной точки зрения начиная с этого периода его правильнее называть когниционным процессом.

Наиболее важными можно считать следующие перемены, произошедшие в процессе, после перехода к *cognitio extra ordinem*.

1. Установился официальный, а не частный, как прежде, характер (*ex officio*) судопроизводства, которое, будучи инициировано частным лицом, далее усилиями государственного должностного лица непременно доводилось до окончательного судебного решения, даже если стороны были пассивны в процессе.

2. Стадиальный характер процесса был ликвидирован, так как его деление на *in iure* и *in iudicio* в новых условиях потеряло всякий смысл. Авторитарные властные методы императорского режима позволили беспрепятственно перейти к системе, при которой все судебные процедурные вопросы теперь от начала до конца мог вести один императорский чиновник, облеченный неразделимыми судебными полномочиями (принимать иск к рассмотрению, оценивать предоставляемые сторонами доказательства и, наконец, выносить окончательное решение). Политической и практической целесообразности в дроблении процесса на две стадии более не существовало.

3. Другой характерной чертой этого процесса является то, что теперь государство полностью взяло под свой контроль все аспекты и

¹ См.: Франчози Дж. Указ. соч. С. 109.

² С. 2.57.1.

³ Наряду с императорским *cognitio* в постклассический период утвердилось также епископское расследование (*episcopalis audientia*), установленное государством для иереев или даже мирян, которые добровольно подавали прошение об этом.

стадии процесса, от вызова в суд до исполнения приговора. На частные стороны (истца и ответчика) теперь не перекладывались никакие процессуальные действия.

4. Очень существенным новшеством являлась модернизация апелляции (*appellatio*), то есть иерархического обжалования судебного решения в вышестоящей инстанции. Апелляция ранее уже была известна римскому праву, но использовалась она в формулярном процессе только в чрезвычайных случаях. Теперь же она стала обычным средством обжалования, что привело к появлению полноценной второй стадии судопроизводства. При этом стороны имели право обжаловать решение не только во второй, но и в третьей инстанции – перед префектом претория (*praefectus praetorio*), который производил суд по апелляциям на решения других судей (*vice sacra iudicantes*), а в исключительных случаях даже лично перед императором.

5. Судья, полномочия которого в силу делегирования являются отражением авторитета императора, более не обязан жестко следовать *ius civile*, вследствие чего у него нет необходимости, с тем чтобы этого избежать, обращаться к обходным средствам и иным юридическим уловкам, как приходилось делать претору¹.

6. В экстраординарном процессе, в отличие от предыдущих форм гражданского процесса, был ограничен принцип публичности. Судебные заседания начали проходить закрыто. Присутствовать на них могли только помощники судебных магистратов и сторон, а также особо почетные лица, по положению своему имеющие доступ на суд².

7. Процесс перестал быть формально бесплатным. Стороны должны были вносить официальные пошлины на покрытие судебных издержек (жалованье судьи, канцелярского персонала суда, содержание постоянного помещения и т.д.).

8. В этом процессе исчезает практическая разница между цивильными и преторскими исками. В практике процесса *extra ordinem* в едином правопорядке сливаются цивильное и преторское право, с естественным преобладанием на стороне второго.

9. Формула как официальный документ, определяющий рамки спора и судебного рассмотрения дела, со своими отдельными частями, выстроенными в определенном порядке, исчезает из процесса.

Процесс *extra ordinem* начинался не с прежнего *in ius vocatio*, а с акта вызова на судебное разбирательство, называемого *evocatio*, – призыва ответчику явиться суд. Первоначально *evocatio* осуществлялся посредством *denuntiatio* (устного изложения требования в присутствии судьи,

¹ См.: Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 161.

² См.: Салогубова Е.В. Римский гражданский процесс... С. 77.

запротоколированного и доведенного до сведения ответчика). Разница между старинным *ius vocation* и *denuntiatio* заключалась в том, что в последнем случае ответчик не обязан был тотчас следовать в суд, а должен был прибыть туда в установленный судьей день явки. Этот день назначался по желанию истца, но не ранее чем через четыре месяца после предъявления иска. Это время давалось ответчику для собирания доказательств и подготовки своих возражений¹.

Позднее была введена либеллярная процедура вызова (*per libellos* – лат. «через записку»). Она осуществлялась при помощи *libellus* – письменной записи истца ответчику о его вызове в суд. Записка передавалась ответчику посредством императорских чиновников (являвшихся прототипом современных судебных исполнителей). В эпоху Юстиниана ответчик получил право письменного возражения на записку истца (*libellus contradictions*), которое в свою очередь доводилось до сведения противной стороны.

После явки сторон в суд в присутствии судьи истец излагал свои притязания (*narratio*). Ответчик имел право выдвинуть свои оправдания и возможные встречные притязания (*contradiccio*).

Литисконтестация приобрела теперь совершенно иной характер, по сути только сохранив свое название. Так теперь обозначали лишь момент окончания изложения сторонами их взаимных требований. Принципиально было и то, что исчез погашающий эффект литисконтестации – отныне если истец не доводил дела до судебного решения, то он мог повторно предъявить тот же иск.

Далее судья назначал заседание для уточнения решения суда (*ultimo cognitio*), на котором стороны окончательно проверяли свои доказательства и требования. Причем они могли менять эти свои требования, выдвигать в неограниченном количестве и без строгого формализма любые возражения и доказательства. Решение по делу выносилось официально и публично, обосновывалось и излагалось в письменной форме.

В вопросе сбора и оценки доказательств судья имел значительную свободу усмотрения и действий. Так, он был вправе оставлять без внимания доказательства, представленные сторонами. С другой стороны, он по собственной инициативе мог истребовать и отыскивать доказательства на основе так называемого инквизиторского принципа (от лат. *inquisitio* – «розыск», «расследование»).

Среди доказательств наиболее важными являлись:

- свидетельские показания;
- письменные документы;

¹ См.: Колотинский Н.Д. История римского права: курс лекций. Казань: Типо-литография В.В. Вараксина, 1911. С. 325.

- признание в суде (*confessio in iudicio*) одной из сторон, сделанное по собственной воле или в ходе формального допроса;
- гражданская судебная клятва (*iuris iurandum in iudicio*);
- презумпции.

Свидетельские показания не имели доказательственного приоритета, несмотря на то что они предварялись клятвой свидетелей. Надежность свидетелей во многом зависела от их социального положения (*honestiores u humiliores*). Кроме того, теперь полную силу обрел принцип *«testis unus – testis nullus»* («один свидетель не свидетель»), означавший, что показания одного человека не могут служить достаточным доказательством какого-либо факта.

Большее предпочтение начинает отдаваться письменным доказательствам: публичным (*public tabulae*), к которым относились документы, скрепленные печатью на форуме, книги, заполняемые магистратами, архивные документы; и частным (*instrumenta privata*) – распискам, контрактам, завещаниям, частным приходно-расходным книгам и др.

Гражданская клятва (*iuris iurandum in iudicio*), в противоположность применявшейся в ординарном процессе сакральной клятве (*sacramentum*), не несла религиозной нагрузки, а лишь имела целью поставить себя на грань неблагоприятных имущественных и процессуальных последствий в случае ее нарушения. Такую клятву могла потребовать одна из сторон от другой, но с риском того, что другая сторона в свою очередь может потребовать того же.

Юридическими фактами иного рода являлись презумпции (*presumption* – лат. «предположение», «ожидание»; «упреждение», от *praesumere* – лат. «брать вперед»), которые состояли состояли в логическом умозаключении, основанном на разумных основаниях и житейском опыте, с помощью которого предполагалось наличие обстоятельств, имеющих силу юридических фактов. Они могли быть *iuris tantum*, когда некоторые факты считались (предполагались) судьей несуществующими, пока заинтересованная сторона не докажет обратного, и *iuris et de iure*, в случае допущения судьей каких-то фактов существующими, покуда заинтересованная сторона этого не опровергнет.

Введение в Римской империи экстраординарного процесса, как теперь уже единственно возможного варианта правосудия по частноправовым спорам, привело к противоречивым последствиям.

С одной стороны, в результате этого шага римский процесс существенно потерял в состязательности, открытости, демократизме и способности приспособливаться к меняющимся социальным условиям, что, безусловно, являлось сильными сторонами ранее действовавшего формуллярного процесса. Не забудем также, что упразднение в конце III в. процесса *per formulas*, наряду с изданием во II в. «вечного эдикта» (*edictum perpetuum*), нанесло окончательный удар по правотворчеству

судебных магистратов, в первую очередь преторов, которые на протяжении нескольких веков подряд являлись главными творцами юридических шедевров римского права, сделав его эталонным образцом нормативного регулирования частноправовых отношений.

С другой стороны, экстраординарный процесс являлся более простым, доступным, приближенным к общественно-экономическим реалиям Империи и повседневным нуждам ее населения. Он в большей мере гарантировал как возможность осуществления самой процедуры судебного рассмотрения дела, так и реализацию, исполнение принятых судебных решений.

РАЗДЕЛ III

ЛИЦА

В результате изучения данного раздела студент

будет знать:

- понятие «лица», его правоспособности и дееспособности;
- виды лиц в римском частном праве;
- особенности правового статуса отдельных категорий физических лиц в римском частном праве;
- исторические условия появления юридических лиц в римском частном праве, их виды на отдельных этапах развития римского общества и особенности регулирования их правового статуса;
- эволюцию регулирования правового статуса лиц в римском частном праве;

будет уметь:

- проводить анализ условий возникновения правоспособности отдельных категорий физических лиц в римском частном праве;
- проводить сравнительно-правовой анализ объема правоспособности отдельных категорий физических лиц в римском частном праве;
- анализировать условия возникновения дееспособности отдельных категорий физических лиц в римском частном праве;
- проводить сравнительно-правовой анализ объема дееспособности различных категорий физических лиц в римском частном праве;
- анализировать объемы правоспособности и дееспособности юридических лиц на разных этапах развития римского частного права;

будет владеть:

- навыками анализа источников римского права, регулирующих право- и дееспособность отдельных категорий физических лиц в римском частном праве;
- навыками анализа источников римского права, регулирующих правовой статус юридических лиц в римском частном праве на отдельных этапах его эволюции;
- навыками анализа правового статуса отдельных категорий физических лиц в рамках римского имущественного оборота.

Общее наименование всех участников правоотношений в римском праве – **лица** (*persona*). В современном праве правовое положение лиц выражается категорией **«статус лица» (status)**. Статус, в свою очередь, включает **правоспособность** и **дееспособность**. В трудах римских юристов отсутствуют четкие понятия право- и дееспособности. Но анализ сохранившихся документов из истории римского права позволяет сде-

лать вывод, что римляне под понятием правоспособности подразумевали свойства лиц (субъектов) быть носителями прав и обязанностей, а под дееспособностью подразумевалась способность субъектов права самостоятельно пользоваться правами и самостоятельно исполнять собственные обязанности.

Правоспособность римские юристы обозначали термином *caput*, а само наличие такой правоспособности выражалось термином *caput habere*. Ее отсутствие – *caput non habere* или *nullum caput habere*.

В отличие от современного права римское право не считало возможным признавать правоспособными всех людей. Различались способность иметь права и способность быть носителем юридических обязанностей. Поэтому рабы считались способными нести обязанности, но неспособными иметь права. Кроме того, в Риме различались правоспособность по *jus civilae* и *jus gentium*. Первой пользовались одни римские граждане (хотя такая правоспособность могла быть предоставлена и негражданам). Второй правоспособностью пользовались все свободные лица римской территории.

Дееспособность не всегда совпадает с правоспособностью. В некоторых случаях правоспособные лица могут быть признаны недееспособными. Например, это дети, психически больные люди и, в соответствии со взглядами римских юристов, также юридические лица. В то же время недееспособные лица могут обладать дееспособностью, как было показано в вышеупомянутом примере с рабами (т.е. раб не только мог совершать правонарушения, деликты, но и считался способным заключать юридические сделки, но права из этих сделок приобретаются его господином).

В римском частном праве совокупность норм, относящихся к лицам, делилась на две группы – правовые нормы, регулирующие вопросы право- и дееспособности субъектов права в рамках публичных и частноправовых отношений, и правовые нормы, регулирующие правовое положение отдельных лиц в семье, поэтому частное право делилось на статусное и семейное.

Вся совокупность лиц (субъектов права) в Риме делилась на лица физические и лица юридические.

ГЛАВА 1 ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА

§ 1. Правоспособность физических лиц (*caput*)

Физическое лицо – это отдельный человек, способный быть субъектом права. По римскому праву, как классическому, так и Юстинианову, не все люди признавались субъектами права. Для получения полной правоспособности человек должен был соответствовать следующим требованиям:

- быть свободным, а не рабом;
- принадлежать к числу римских граждан;
- не быть подчиненным власти главы семьи (*patria potestas*).

Из этого вытекает, что *caput* определялся следующими условиями:

1) состоянием свободы (*status libertatis*). С этой точки зрения различались свободные и рабы;

2) состоянием гражданства (*status civitatis*): его имели свободные лица, т.е. римские граждане, латины и переграни;

3) семейным состоянием (*status familiae*, то есть отсутствие подчинения данного лица власти домовладыки).

Таким образом, полная правоспособность включала свободное состояние, римское гражданство и самостоятельное положение в семье.

В соответствии с вышеуказанными тремя условиями, определяющими три статуса физических лиц, существовали и три степени уменьшения правоспособности: *capitis deminutio maxima, media et minima*.

В рамках частноправовых отношений полная правоспособность человека зависела от одновременного наличия двух условий:

- *Jus conubii* (право вступать в регулируемый римским правом брак и создавать римскую семью);
- *Jus commercii* (право быть субъектом всех имущественных правоотношений и вступать в соответствующие сделки).

Моментом возникновения правоспособности человека являлся момент его рождения, при условии, что он удовлетворял всем указанным выше требованиям¹. Правоспособность человека прекращалась с его смертью.

С точки зрения *status libertatis* люди делились на *liberi* (свободных) и *servi* (рабов). *Servus*, по общему правилу, неправоспособны.

Рабы. Римское общество в течение всей его истории было рабовладельческим, поэтому правоспособными признавались только свобод-

¹ D. 35.2.9.1.

ные люди. Рабы были объектами прав, но не субъектами. В соответствии с известным выражением римского юриста Ульпиана¹, их правовое положение было аналогичным положению вещей (*servi res sunt*).

Рабство (*servitus*) не являлось исключительно римским явлением. Оно возникло в результате появления гражданских общин. Раб (*servus*), как было сказано, является вещью. Но это особая вещь: она никогда не бывает ничейной (*res nullius*). Римские авторы указывают, что рабами становятся либо по цивильному праву, либо по праву народа: по цивильному праву – если кто-либо старше 20 лет подвергся продаже ради получения денег; по праву народа – те, кто захвачен у врагов или кто рожден от рабынь.

Что касается цивильного способа перехода в рабство, то это было характерно для таких ситуаций, когда кто-то подговаривает знакомого продать себя в качестве раба, с тем чтобы затем объявить сделку ничтожной. Но в результате такая сделка была признана необратимой, так как претор предоставил обманутому покупателю особую защиту против иска о свободе, что исключило восстановление в первоначальном состоянии проданного лица и он остается рабом. В таком случае рабский статус возникает одновременно с переходом данного лица в собственность другому лицу.

Рабами становились также захваченные чужестранцы (не только представители враждебных народов, но и любых других народов, не связанных с Римом договорами о дружбе). Что касается военнопленных, то римские военачальники по согласованию с сенатом назначали публичную продажу пленных в рабство. В то же время если римлянин попал в плен, то он выбывал из римского гражданства и становился рабом на чужбине². Но если данный гражданин возвращался из плена, он вновь обретал утраченный статус.

Лица, рожденные от рабынь, становились рабами. Но в то же время если мать хотя бы некоторое время в период беременности была свободной, то ребенок рождался свободным.

Кроме указанных выше вариантов обращения лица в рабство существовали и другие способы, как-то:

- рабами становились осужденные на смерть или на каторжные работы (в этом случае имущество преступника отходило в казну);
- рабом становился гражданин, уклонившийся от военной службы;
- обращался в рабство гражданин, не прошедший периодический имущественный ценз (*incensus*).

В республиканский период Рима – а в дальнейшем и в императорский период – с развитием гражданского оборота и усилением про-

¹ Ulp. Reg. 19.3.

² Там же. 10.4.

тивопоставления положительного права и естественного права проходила постепенная эрозия принципа «*servi res sunt*». В римском обществе крепнут представления о человеческой природе раба. Так, например, при Клавдии запретили предавать рабов на растерзание диким зверям. Убийство чужого раба стало расцениваться не только как нанесение ущерба, но и как уголовное преступление. Император Клавдий издал эдикт, согласно которому считалось уголовным преступлением необоснованное убийство собственного раба.

В христианскую эру прогресс вылился в определенном признании семьи и родства среди рабов.

Указанные законодательные ограничения прав рабовладельцев имели своей причиной то, что императоры стали рассматривать рабов как подданных.

Рабы не могли совершать сделки публичного характера, они не могли иметь свое имущество, а также никаких своих личных прав. Из данного принципа следовало, что волеизъявление и поступки рабов не имеют никакого юридического значения, но последовательное приведение данного подхода в жизнь не соответствовало экономическим интересам рабовладельцев. Хозяйственная практика требовала признания определенной правовой силы за действиями рабов, так как, по существу, эти действия были в интересах хозяев.

Поэтому уже на ранних этапах римского государства рабы имели право приобретать определенное имущество в пользу господина. Такое приобретение могло быть результатом как личного труда раба, так и совершения им определенных юридических сделок (например, купли-продажи). Таким образом, за рабами признавалась определенная юридическая дееспособность. Но источником данной дееспособности была правоспособность господина. Это означало, что раб мог заключать те сделки, право на которые имел его господин (рабы действовали как *nuncii*, т.е. как представители своих господ). В то же время, как уже было отмечено выше, хотя все, что приобрел раб, принадлежит господину, но последний не отвечает по обязательствам раба. В этом случае действовал принцип: «через раба наше положение может стать лучше, но не хуже» («*melior condicio nostra per servum fieri potest, deterior non potest*»).

В то же время из указанного правила существовали известные исключения. Так, например, уже в древнем *jus civilae* действовало правило, что если раб своим действием причинит кому-либо вред, например что-либо украдет, то его господин обязывается или к возмещению этого вреда, или к выдаче виновного раба потерпевшему. В дальнейшем появились юридические конструкции, предусматривающие ответственность не только самого господина, но и обязательство самого раба.

Так, если раб заключал договор, то по древнему *jus civilae* он никого не обязывал (ни рабовладельца, ни раба). Но в последующие времена

в таких случаях стали считать, что имеются также и некоторые обязательства раба, хотя и не искового характера, а так называемое натуральное обязательство (*obligatio naturales*).

Дальнейшее развитие и усложнение экономической жизни заставляли рабовладельцев повышать эффективность эксплуатации рабов, а это, в свою очередь, повлекло признание известной ответственности господина за правовые действия рабов. Так, в частности, преторские эдикты стали допускать в известных случаях иски против господ, т.е. к указанной выше натуральной обязанности раба добавлялась исковая ответственность его господина. Основные варианты таких обстоятельств были следующие.

1. Предоставление рабу известной хозяйственной самостоятельности с целью повышения эффективности его хозяйственной деятельности в интересах его господина. С этой целью рабу предоставляли для обработки определенный участок земли, снабжали его необходимым инвентарем и давали возможность самостоятельного хозяйствования. Но с условием уплаты господину известного оброка. (Соответственно, в случае раба-мастерового он обеспечивался необходимыми инструментами и получал право на отхожий промысел и т.д.) В результате возник новый общественный институт – пекулий (*peculium*): рабу для самостоятельного хозяйствования выделялось определенное имущество, юридически остававшееся полной собственностью господина.

Такой оброчный раб в ряде случаев был вынужден вступать в договорные обязательства с посторонними лицами, которые были готовы заключать с ним сделки при условии гарантированности их прав по данным договорам, поэтому преторы начинают давать в таких случаях иски против господина, признавая его ответственным по крайней мере в размерах пекулия (*actio de peculio*). Более того, в рамках пекулия могли возникать деловые отношения между рабом и самим господином. Так, в ряде случаев господин при несостоительности раба должен удовлетворить требования посторонних кредиторов.

2. Ответственность господина по сделкам рабов, заключенным в тех случаях, когда господин назначал раба управляющим своего торгового предприятия или командиром торгового корабля. В данных обстоятельствах господин нес полную ответственность, т.е. она не ограничивалась размером торгового дела или стоимостью корабля. (Ответственность господина регулировалась двумя исками: *actio inslitoria* *actio exercitoria*.)

3. Господин нес полную ответственность в случае, если раб заключал сделку на основании предварительной договоренности господина с контрагентом (например, господин обратился с просьбой к своему знакомому давать рабу деньги взаймы в случае просьбы последнего).

4. Господин также отвечал по сделке раба, если в результате нее определенное имущество перешло в имущество господина. Например,

раб занял у кого-либо определенную сумму денег, из которых часть истратил, а оставшиеся были отобраны господином. Претор давал против господина иск (*action de in rem verso*) на отобранную господином денежную сумму.

На основе пекулии рабы во многих случаях приобретали большую фактическую самостоятельность, вплоть до того, что при определенных обстоятельствах раб мог совершать завещание, имевшее законный характер, а также очень часто рабы имели своих рабов, более того, разбогатев, рабы могли выкупать себя у господ (хотя юридически указанная самостоятельность раба могла быть в любой момент прекращена посредством отбрания пекулия). В то же время следует отметить, что в позднереспубликанский период и в императорское время такие произвольные действия рабовладельцев уже ограничивались и рабы имели право в указанных случаях обращаться к властям с жалобами на своих господ.

Прекращение рабства. Обычным способом прекращения рабства являлось отпущение на волю господином (*manumissio*). Отпущение на волю давало рабу свободу юридическую, которая охранялась не только нормами религии и доброй совести (*fides*), но и нормами *jures civilis*. На практике такое отпущение реализовывалось в одной из трех форм.

Самой первой и наиболее древней формой являлось освобождение в завещании (*manumissio testamento*). Такое завещание в древности совершалось в народном собрании, т.е. частная воля завещателя санкционировалась всем народом, поэтому частное распоряжение принимало силу народного распоряжения. В числе других распоряжений завещателя могло содержаться и отпущение раба на волю. Освобождение со-впадало по времени с моментом вступления завещания в действие (т.е. после смерти господина). В то же время завещатель мог освободить раба и не прямо, а посредством возложения на наследника обязательства отпустить конкретного раба на волю (в этом случае необходим был еще и акт освобождения со стороны наследника). Особым случаем являлось отпущение раба в завещании под условием (например, если он уплатит определенную сумму наследнику).

Вторая форма (*manumissio vindicta*) имеет несколько искусственный характер: раб получает свободу посредством мнимого процесса о свободе. Это означает, что господин с рабом и третьим лицом, специально для этой цели приглашенным, является к магистрату (консулу, претору), и здесь третье лицо, изображая из себя роль истца, заявляет, что раб свободен по праву квиритов. Если господин в это время молчит или же заявляет о своей готовности освободить раба, тогда магистрат объявляет раба свободным. В дальнейшем данная процедура была упрощена и стало достаточным сделать простое заявление об освобождении раба перед властями с занесением в протокол.

Третьей формой являлось освобождение посредством занесения цензором раба в списки граждан на основе заявления господина (*manumissio censu*). Но такой способ был возможен только в период времени, когда составлялись списки. Поэтому с отменой ценза он исчез.

Кроме указанных трех формальных способов прекращения рабства, были способы и неформальные. В том числе отпущение раба на свободу посредством объявления перед свидетелями и посредством отпускного письма. В этом случае отпущенный раб не делался свободным, но при этом претор охранял его свободу средствами своей власти. Для раба создавалось особое состояние преторской свободы. В подобном положении находились и рабы, отпущеные на волю не квиритским, а преторским или бонитарным собственником.

В императорское время появляется еще одна форма освобождения рабов: объявление церкви (*manumissio in ecclesia*).

В то же время если в древности римское право не знало никаких ограничений для освобождения рабов на волю, то в императорское время такие ограничения появляются. Это было связано со стремлением контролировать освобождение рабов, чтобы предотвратить появление большой массы вольноотпущенников.

В республиканское время освобождение по воле господина было единственным выходом из рабства. В период империи законодательство установило также и некоторые случаи, когда раб освобождался непосредственно в силу закона. К таковым случаям относились: освобождение, если господин бросит больного раба на произвол судьбы (*ex edicto Claudio*); освобождение в награду за открытие убийцы господина; по закону Юстиниана – освобождение вследствие достижения епископского сана; освобождение вследствие двадцатилетней давности добросовестного проживания в качестве свободного.

Вольноотпущенники. Вольноотпущенники (*libertini*, освобожденные по воле господина) делаются *civis romani* (римскими гражданами), но не уравниваются в правах со свободнорожденными. То есть для них сохраняются некоторые ограничения. Так, например, они не могут быть магистратами и прежний господин сохраняет по отношению к ним статус **патроната**. Это означает, что господин (*patronas*) является как бы отцом и юридической личностью вольноотпущенника. Это означает, что *libertini* должны оказывать патрону уважение (не могут предъявлять против него бесчестяющие иски); обязаны помогать патрону материально в нужде; патрон имеет известное наследственное право на счет своего вольноотпущенника; кроме того, *libertinus* должен оказывать своему патрону житейские и ремесленные услуги¹.

¹ D. 38.1.6.

Наследство вольноотпущенника, умершего без завещания, отходило к патрону по агнатурскому праву. Богатые вольноотпущенники (либерты) должны были оставлять патрону часть наследства. От такой обязанности освобождались только те, кто имел троих и более детей-наследников. По агнатурскому праву, патрон также становился опекуном вольноотпущенницы и наследовал ей в любом случае (кроме тех, когда она была матерью четверых детей). Отношения патроната переходили по наследству к детям патрона.

Отношения патроната были пожизненными, т.е. дети вольноотпущенника считались свободнорожденными (*ingenui*).

В период императорской власти вольноотпущенник, в силу особого акта императора, мог получить права, равные прирожденному гражданину. После пожалования таких прав патронат прекращался.

Правоспособность латинов и перегринов. Жители покоренных и присоединенных к Риму территорий не были превращены полностью в рабов. На основе договоров, заключенных с Римом, многие из них сохраняли свободу (*status libertatis*).

Правовое положение римского населения, имевшего *status libertatis*, было различным. С этой точки зрения население делилось на латинов и перегринов.

Латины. Латины – это представители племен, этнически родственных римлянам, которые жили в Лациуме. Они были включены в состав Римского государства, и их положение было почти одинаковым с положением римских граждан. Они имели все права, кроме *jus honorum*, т.е. права занимать почетные должности, например магистратские, а также у них не было права служить в римских легионах. Положение гражданина (*status civitatis*) они достигали при переселении в Рим. Окончательно особое правовое положение латинов исчезло в 90 г. до н.э., когда всем свободным жителям Италии было предоставлено римское гражданство.

Правовое положение, аналогичное положению латинов, имело и население римских и латинских колоний, основанных до 338 г. до н.э. (*latini coloniarii*). Они имели только *jus commercii* (право на имущественные сделки). *Latini coloniarii* могли получить гражданство при условии, в частности, что в своей общине они исполняли должность магистрата.

Наряду с вышеупомянутыми двумя категориями латинов жители и других частей Римской империи (Испании, Греции, Малой Азии) тоже могли получить правовое положение, подобное латинским общинам.

Перегрины. Перегрины – это чужеземцы, как не состоявшие в подданстве Рима, так и римские подданные, не получившие ни римской, ни латинской правоспособности. В древнейшую эпоху чужеземцы считались бесправными, т.е. объектами права (*res nullius*). Каждый римский гражданин мог превратить их в рабов. Но в дальнейшем, по мере расши-

рения римских завоеваний, за такими чужеземцами стало признаваться право на свободу и они стали называться перегринами. Что касается римских подданных, не получивших римского гражданства, то они получили гражданство в 90 г. до н.э. после союзнической войны.

На основе *status libertatis* перегрины имели право пользоваться установлениями своего собственного правового порядка (в частности, в том, что касалось регулирования внутренних отношений). В то же время перегрины не имели полномочий на основе *jus civili*. Получение гражданства перегринами было более затруднительным, чем получение гражданства латинами. Главным способом получения римского гражданства для них была милость (*beneficium*) римских государственных органов (собрания, сената, консулов, преторов, принцепсов). Такая милость оказывалась только заслуженным перегринам или отдельным заслуженным перегринским общинам.

В III в. н.э. император Каракалла предоставил права римского гражданства всем подданным Рима.

Колоны (coloni). В имперский период Рима возникла новая категория зависимого населения: колоны, или прикрепленные к земле крестьяне. Непосредственной причиной появления колоната явилось углубление экономического кризиса, связанного с разложением рабовладельческого строя.

В тот период обработка земли рабами становилась все менее выгодна в силу как резкого сокращения притока рабов, так и обострения классовой борьбы в обществе. Поэтому постепенно начал формироваться новый способ аграрного производства на основе сдачи мелких участков земли в аренду за натуральный оброк, а также на условиях барщинных работ в пользу арендодателя.

Первоначально прикрепленными к земле были рабы, либерты и арендаторы на землях, принадлежавших императору. Что касается арендаторов, то они были юридически свободными от арендодателя. Их связывали только договорно-обязательственные правоотношения. В дальнейшем, по мере усиления императорской власти, юридически независимые колоны попадают в экономическую зависимость от землевладельцев. Колоны превращаются в экономически зависимых лиц от землевладельцев. Такая зависимость возникала как в силу денежного долга со стороны колонов в отношении землевладельцев, так и на основе задолженности по оброчным платежам.

Колоны прикрепляются к арендуемым земельным участкам. Им запрещается покидать данные земельные участки по собственной воле. Уже к концу IV в. н.э. в конституциях римских императоров определился статус колонов, которые именуются «рабами земли» (*servi terrae*). Колоны стали рассматриваться как рабы самой земли. Имущество колонов (*peculium*) не могло быть продано без согласия арендода-

теля. Колонов учитывают в податных реестрах вместе с обрабатываемыми ими землями, т.е. правовое положение таких колонов ничем не отличалось от положения рабов.

Прикрепление колонов к земле впервые юридически было оформлено императорской конституцией 322 г. н.э., в соответствии с которой колоны возвращались принудительно на оставленные ими земли. В последующем была запрещена и продажа земли без живущих на ней колонов. В то же время собственникам земли запрещалось сгонять колонов с земли, они могли только перевести колонов с одного участка земли на другой. Кроме того, собственнику имения грозило судебное преследование, если он нарушал условия сдачи земли в аренду. В этом случае колон мог выступать как сторона в судебном процессе.

Колонат мог возникнуть в силу ряда оснований. Так, например, в кодексе Юстиниана указывается следующее основание: 1) наследственность (т.е. если колоном был хотя бы один из родителей); 2) договор между арендодателем и свободным человеком, в силу которого свободный человек поселяется на земле арендодателя в качестве колона; 3) в силу давности, т.е. если лицо было колоном в течение 30 лет, то оно также прикреплялось к земле. В ряде случаев колонами принудительно могли становиться лица, которые занимались нищенством.

Отношения колоната обычно прекращались по следующим основаниям: 1) в силу отказа собственника имения от своих прав на колона вместе с землей; 2) в силу приобретения колоном в собственность обрабатываемого им земельного участка; 3) в силу давности (если колон жил как свободный в течение 30 лет или если 30 лет был декурионом, т.е. членом местного органа власти; 4) в силу возведения колона в епископский сан или ухода в монахи с разрешения собственника имения.

В конечном счете институт колоната явился прообразом феодального института крепостничества, который утвердился в Европе после падения Римской империи.

С точки зрения **status civitatis**, свободные люди делились на римских граждан и чужеземцев (латинов и перегринов).

Правовое положение римских граждан

Не было однообразного урегулирования. Объем и содержание их прав различались как в зависимости от территории, где они проживали, так и от периода развития римского государства.

Римское гражданство приобреталось **по рождению** в законном браке от римских граждан, а также путем **натурализации**.

Право римского гражданства в момент рождения получали дети от брака между римскими гражданами; внебрачные дети римских граждан; дети, рожденные женщиной, которая в момент родов была рабыней, но во время беременности какое-то время пользовалась гражданскими правами.

Ребенок приобретал правоспособность с момента рождения при условии, что он родился живым. Поэтому правоспособными не считались неродившиеся дети, за одним исключением: за еще не рожденным ребенком сохранялись наследственные и некоторые другие имущественные права при условии, что его отец умер после зачатия, но до родов. Но при этом ребенок должен был родиться живым и не позднее десяти месяцев после смерти предполагаемого отца.

Римское гражданство приобреталось путем натурализации лицами, которые не были гражданами Рима по рождению. Натурализация могла быть публичная или частная. Частная натурализация лиц без гражданства возникала на основе адопции, т.е. усыновления лиц, рожденных вне римской семьи главой римской семьи (*pater familias*). Аналогичный результат имели и манумиссии, т.е. освобожденные из рабства определенным формальным способом. Но в постклассическом праве в дальнейшем утвердились правило, что любой раб, освобожденный господином, независимо от способа освобождения получал гражданские права.

Публичная натурализация осуществлялась по решению государственных органов (сената, консулов, преторов, правителей провинций, принцепсов). Она могла быть обычной или в виде исключения. Обычная натурализация предоставлялась лицам, выполнившим определенные условия. Эти условия были более благоприятными для латинов и более тяжелыми для перегринов. Кроме того, натурализация могла предоставляться лицам, целым городам и народам за выдающиеся заслуги перед Римом (примером этого может быть предоставление римского гражданства всем свободным жителям Италии в 89 г. до н.э. на основе *lex Plautia Papiria*). В эпоху Юстиниана уже все свободные жители римского государства были и его гражданами.

Содержание римского гражданства определялось отдельными группами публично-правовых и частно-правовых норм.

Так, в области публичного права к гражданским правам относились: активное избирательное право (*jus suffragii*), т.е. право граждан подавать голоса на собраниях; пассивное избирательное право (*jus honorum*), т.е. право граждан быть избранными на определенные публичные должности; право вступать в легионы; право участвовать в религиозных или светских празднествах. В то же время на императорском этапе Рима собрания были отменены, а военная служба стала платной, поэтому указанные права исчезли и римское гражданство в области публичного права было лишено всякого содержания.

В области частного права римские граждане имели, как было уже отмечено выше, право заключать римский брак (*jus connubii*) и право на имущественные сделки (*jus commercii*). Выше названные частноправовые полномочия существовали на протяжении всей римской истории.

Но в то же время указанные публично-правовые и частно-правовые полномочия не были в одинаковой мере доступны всем гражданам Рима. В полном объеме ими могли пользоваться только высшие слои римского общества (*patricii, nobili*). В то же время подчиненные или низшие слои римского общества (*civis minute iure*) не имели обычно *ius honorum* и *ius suffragii*, а иногда и *ius connubii*. Таким образом, конкретный объем правоспособности римских граждан зависел как от эпохи в развитии римского государства, так и от социального положения лица.

Ограничение правоспособности римских граждан.

Различались три степени ограничения правоспособности: *capitis deminutio maxima, media* и *minima*, т.е. наибольшее, среднее и наименьшее умаление правоспособности в соответствии с выше охарактеризованными тремя личными статусами римских граждан. Как отмечал римский юрист Павел: «Когда мы утрачиваем все три статуса, т.е. и свободу, и гражданство, и семью, происходит наибольшее умаление правоспособности; когда же утрачиваем гражданство, мы удерживаем свободу, умаление правоспособности является средним; если же удерживается и свобода, и гражданство, но утрачивается семья, установлено, что умаление правоспособности минимально».

Гай квалифицировал *capitis deminutio* как перемену прежнего статуса. Такая перемена могла происходить в силу различных причин, как естественных (природных), так и социальных. В их числе можно назвать: естественную смерть гражданина; его гражданскую смерть, т.е. утрату гражданских прав лицом в силу определенных событий и юридических фактов.

Так, *capitis deminutio maxima* наступала тогда, когда римский гражданин попадал в плен к врагу, когда был продан в рабство, если он был осужден на смертную казнь, а также пожизненную работу в рудниках или борьбу со зверями. В таких случаях римские граждане теряли не только статус римских граждан, но и свободу и приравнивались к рабам.

На ранних стадиях Рима если римский гражданин попадал в плен к врагу, то обязанностью к его выкупу обременялись все члены рода. Если патрон попадал в рабство (в силу пленения), то его должны были освобождать клиенты. В классическом и постклассическом праве обязанность выкупа пленных не была юридически урегулирована. Одним из способов освобождения из рабства в результате пленения оставался самовыкуп. В результате римлянин получал все прежние гражданские права, кроме прав сугубо личного характера. Такое восстановление правоспособности происходило на основе фикции, что рабства как бы не было.

Capitis deminutio media наступала при переселении римского гражданина в латинскую или перегринскую общщину или при перебежке к врагу, что сопровождалось осуждением и изгнанием из Рима, а также при депортации и ссылке. Во всех этих случаях римские граждане те-

ряли гражданство, но сохраняли свободу и право быть уравненными с перегринами или латинами.

Если в дальнейшем лицо повторно получало гражданство, то *capitis deminutio media* отменялась. Повторное получение гражданства (реинтеграция) могло быть разрешено в большей части случаев по решению государственных органов.

Кроме вышеуказанных степеней умаления правоспособности римских граждан, в римском праве существовали и специальные ограничения в отношении целых групп граждан или отдельных лиц.

К числу таких ограничений относились:

1. Ограничения правоспособности для женщин, детей *alieni juris* (т.е. совершеннолетних мужчин, находившихся под властью главы семьи), варваров, еретиков, отступников, евреев и колонов. Женщины были уравнены в частных правах с мужчинами только в позднереспубликанский период Рима, в то же время они были лишены возможности участвовать в политической жизни. Лица *alieni juris* не обладали *jus commercii*. Они получили это право только в классический период. С победой христианства в Риме еретики, отступники, варвары и евреи преследовались в уголовном порядке и были ограничены в правах, особенно в области наследственного права.

2. Ограничения для отдельных индивидуумов при особых обстоятельствах. К ним относились ограничения гражданских прав в случае долгового рабства. Долговыми рабами (*nexi* и *addicti*) были лица, добровольно или по решению суда отрабатывающие долг у доверителя. Они не имели никаких публично-правовых и частно-правовых полномочий, кроме права поступить в легионы. В то же время их положение не было аналогичным положению постоянных рабов: после выплаты долгов им возвращались гражданские права того общественного слоя, к которому они принадлежали.

3. Ограничивалась правоспособность граждан и в тех случаях, когда их поведение, по общему мнению или согласно определенным правовым нормам, признавалось недопустимым или нечестным.

Так, например, это касалось лиц, отказавшихся подтвердить фактическое заключение определенных юридических договоров, свидетелями которых они были. Такие лица не могли больше ни свидетельствовать, ни вызываться свидетелями. Это означало, что их *jus commercii* был ограничен.

Ограничивалась правоспособность тех граждан, которые проявили небрежность в отношении государственного имущества (они теряли *jus honorum*). Санкцией в этом случае было вычеркивание их из списка сенаторов и благородных граждан.

Особый случай представляло совершение лицом какого-либо бесчестного поступка (*infamia juris*). Примерами такого бесчестия,

наступавшего в силу закона (*ipso jure*), были: ложное банкротство, двоеженство и т.д. Такие варианты квалифицировались как прямое бесчестие (*infamia immediata*). Примерами косвенного бесчестия (*infamia mediata*) являлись: недобросовестное опекунство, развод, компаньонство, оскорбление, воровство. Во всех случаях *infamia juris* указанные лица теряли публично-правовые полномочия и ограничивались в частно-правовых.

Особую категорию составляли лица, чье поведение признавалось общественным мнением бесчестным в силу самого его характера (*personae turpes*). Такие лица ограничивались в области наследования.

В то же время гражданин мог и сам отказаться от прав гражданства с целью, например, перехода в число латинов для получения земель, распределявшихся среди латинов, которые населяли колонии.

В случае споров о гражданстве они разрешались магистратом в административном порядке. В республиканский период законом *Papia* был учрежден особый суд для разрешения таких споров.

§ 2. Дееспособность физических лиц (*capacitas agenda*)

Дееспособность лица — это, как известно, способность от своего имени и по своей воле предпринимать определенные действия и нести ответственность за их последствия. Римское право в течение всего периода его действия стояло на позиции, что самостоятельно располагать собственными правами и нести самостоятельную ответственность за свои действия (в том числе и противоправные) могли лишь те физические лица, которые в силу возраста, своей психической и физической зрелости, а также принадлежности к определенному полу могли вести себя как разумные люди. В тех случаях, когда указанные качества отсутствовали у субъектов права, они лишались дееспособности полностью или частично и над ними устанавливалось опекунство. Таким образом, опекунство устанавливалось над двумя категориями лиц: 1) теми, которые не могли быть дееспособными по природе (например, малолетние); 2) теми, которые по природе могли быть дееспособными, но не имели этого свойства из-за личных недостатков, как-то: психически больные, транжиры, лица с физической инвалидностью и т.д.

Малолетнему (если он является *persona sui juris*) до достижения им совершеннолетия отсутствие дееспособности возмешалось обязательным участием в сделках на его стороне взрослого мужчины — опекуна (*tutela impubelum*). Женщина ставилась под опеку независимо от возраста.

Любые юридически значимые действия лица, находившегося под опекой, требовали одобрения и утверждения со стороны опекуна (*auctoritatis interpositio*). Что касается взрослых женщин, то они нуждались в одобрении их действий со стороны опекуна только при со-

ставлении завещания и установлении узуфрута (в то время как малолетние лица нуждались в таком одобрении при совершении любого акта обязательственного характера).

В то же время опекун должен был принять на себя общее управление имуществом младенца (*infans*), а также при отсутствии подопечного.

Римские юристы определяли правовую природу опеки как деятельности по восполнению юридически значимого дефекта личности следующей фразой: «*vis ac potestas in capite libero*» («сила и власть в отношении свободного человека»). Это означало, что под опекой может находиться только свободное лицо. Отношения опеки строились на основе *fides*, т.е. личной связи взаимодоверительного характера.

Поэтому любые нарушения таких отношений опекуном характеризовались как коварство (*fraus*) и опекун подозревался в злом умысле (*dolus*) в отношении подопечного. Такое поведение опекуна являлось основанием для назначения магистратом другого опекуна. Одновременно для защиты имущественных интересов подопечного в подобных случаях использовались определенные иски, в том числе и штрафного характера, в случае обогащения опекуна за счет имущества подопечного.

Исторически существовали различные виды опеки, древнейшей из которых являлась *tutela legitima*. В этом случае (в соответствии с Законами XII таблиц) опекуном несовершеннолетних лиц и женщин после смерти *pater familias* и при отсутствии завещания являлся агнотический родственник или сородичи.

Следующей формой опеки была опека по завещанию (*tutela testamentaria*). Назначить опекуна в завещании мог домовладыка в отношении подвластных ему малолетних лиц и женщин. Опекун мог отказаться от опеки, но должен был привести аргументы в пользу такого отказа.

Магистрат тоже мог назначить опекуна, и такой опекун назывался *tutela dativa*. Он назначался в том случае, если отсутствовали агнотические родственники подопечного лица. Такой вид опеки устанавливался первоначально по отношению к плебеям (т.к. они рано утратили семейную солидарность). Кроме того, *tutela dativa* устанавливалась и в отношении женщин вплоть до отмены опеки над женщинами к началу IV в.

Женщины до 12 лет находились под опекой над несовершеннолетними¹. После этого они оставались ограниченно дееспособными и подпадали под власть опекуна над совершенолетними женщинами. Такой подход римского права основывался на представлениях того времени о том, что женщины не способны отдавать отчет в своих действиях. Дееспособность женщин под опекой все же была шире дееспособности несовершеннолетних. В дальнейшем женщинам стали предоставлять-

¹ Гай 1.190; Ulp. Reg. 11.1.

ся правовые средства, при помощи которых они могли воздействовать на опекунов, чтобы добиться их согласия на совершаемые ими сделки. В конечном счете, как было указано выше, в позднеимперский период была окончательно признана дееспособность женщин.

В отношении безумных и расточительных лиц устанавливался надзор (*custas*), и лица, на которых возлагался такой надзор, назывались кураторами. Обычно кураторами становились ближайший агнат или сородичи. Законы XII таблиц предусматривали возможности вмешательства магистрата в случае отсутствия агнотов и сородичей для надзора за указанными лицами¹.

Во времена Древнего Рима расточительное поведение было равнозначно безумному, т.к. противоречило природе разумного человека. Надзор (*custas*) заключался в том, что при помощи этого института компенсировалась нехватка воли подопечного и куратор замещал его распорядительные полномочия. В этой связи употреблялось понятие «*potestas*» как личная власть куратора, которая была направлена как на *pecunia* (вовлеченнное в оборот имущество безумного), так и на него самого как общественно опасного субъекта. В то же время безумный остается домовладыкой и собственником, но не имея возможности реализации связанных с этим прав.

Куратор управлял имуществом безумного (расточителя) посредством переноса распорядительных прав поднадзорного на себя.

Если психическое расстройство лица проявлялось периодически и не носило постоянного характера, то в интервалах между приступами болезни оно обладало дееспособностью.

Что касается транжир (*prodigi*), которые неразумно расходовали имущество и ставили тем самым под угрозу существование семьи, то они обладали дееспособностью, которая уравнивалась по содержанию с дееспособностью малолетних лиц (*impuberes*).

В некоторых случаях ограничивалась дееспособность лиц с физическими недостатками. Это имело место в тех случаях, когда определенные правовые действия не могли быть исполнены этими лицами в силу данного недостатка.

После снятия опеки, по решению агната, сородичей или магистрата, лицо получает право на совершение полезных для себя сделок и несет ответственность по ним.

Кроме того, в Древнем Риме существовал особый порядок регулирования дееспособности лиц моложе 25 лет, но старше 14 лет. Необходимость такого особого порядка была связана с тем, что в классический период развития римского права пришли к выводу, что совершенно-

¹ Tab. 5.7.

летние лица мужского пола, которые вышли из детства (которым исполнилось 14 лет), все же недостаточно социально зрелые для того, чтобы ответственно участвовать в усложняющемся имущественном обороте. В связи с этим римские преторы в тех случаях, когда указанные лица терпели ущерб и им было меньше 25 лет, давали им право на возвращение к исходному состоянию из-за их возраста (*restitutio in integrum ob aetatem*). Для того чтобы контрагенты по сделкам таких лиц не несли убытков в силу отмены заключенных сделок, старались, чтобы при заключении сделки, кроме данного молодого лица, присутствовал специально приглашенный римский гражданин или попечитель (*cicatator*). Их присутствие являлось гарантией, что в данной сделке нет элементов обмана. Со временем приглашение опекунов стало постоянным явлением. В силу этого лица моложе 25 лет даже после прекращения опеки над ними не получали полной дееспособности, т.к. были вынуждены совершать все правовые действия в присутствии куратора (попечителя).

В результате возрастная граница достижения мужчинами полной дееспособности установилась в интервале между 14 и 25 годами.

В некоторых случаях в виде исключения, по особому разрешению императора, мужчины могли получать дееспособность в 12 лет и жениться в 18-летнем возрасте (досрочная эмансипация).

В раннеимператорский период происходит постепенное ограничение прав опекуна. Так, в частности, был введен запрет на отчуждение им земли малолетнего, а также движимых вещей. Кроме того, была установлена ответственность опекуна за виновные действия в отношении подопечного. Также стало допускаться устранение опекуна, чье поведение стало подозрительным с точки зрения защиты интересов подопечного.

ГЛАВА 2 ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА

Одной из выдающихся заслуг римского права является разработка модели юридического лица как самостоятельного субъекта гражданского права и хозяйственного оборота. Разработка такой правовой формы происходила на протяжении всей римской истории. Уже в древнеримском обществе имелись некоторые союзные образования, имевшие внешнее сходство с юридическими лицами (общее имущество, внутренняя организация). Старое римское право (*jus Quiritium*) рассматривалось в качестве субъектов квиритских прав только отдельных лиц. Что касается государственного имущества, например государственных земель, то оно, по воззрениям классических юристов, принадлежало

всем вообще и никому в частности, а управлялось представителями власти (царями, магистратами) по началам публичного права.

Аналогичный порядок применялся в отношении имущества рода (*gents*). Земли рода находились в общем пользовании и регулировались родовым управлением.

Таким образом, во всех указанных случаях имущество находилось в собственности и управлялось отдельными лицами, но не организациями. Но уже в самое древнее время в Риме появляются *частные корпорации*. В их числе – союзы с религиозными целями и профессиональные союзы различных ремесленников. В Законах XII таблиц есть упоминания о таких частных корпорациях религиозного характера¹. Они предоставляли для своих членов право разрабатывать правила и уставы при условии, что они не противоречат законам. Такие союзы назывались *collegia*. В период республики число таких частных корпораций увеличивается. Все они имеют известную организацию и определенное общее имущество (общую кассу). Но это имущество юридически рассматривалось как имущество всех отдельных членов в известных долях или имущество одного из них (казначея). Но в то же время такая корпорация не выступает как единная организация в отношениях с третьими лицами (третья лица имеют дело только с отдельными членами этой корпорации).

Но постепенно имущество корпораций начинает рассматриваться как общее имущество всех ее членов на началах товарищества и допускается установление в уставе принципа нераздельности этого общего имущества. Кроме того, отдельные члены, выходя из состава корпорации, не могли требовать выдела своей части. Таким образом, фактически создается известная обосновленность имущества корпорации от ее участников.

Наконец, во второй половине республиканского периода в составе римского государства оказалось много новых единиц (городские общины, муниципии). За этими единицами были признаны хозяйственная самостоятельность и право на самоуправление, т.е. они были наделены правами гражданства и инкорпорирования.

В связи с этим перед римским правом возник вопрос: как организовать участие этих общин в гражданском обороте и какой юрисдикции их подчинить. В результате этот вопрос был решен подчинением их обыкновенному гражданскому праву и обыкновенному гражданскому суду. Это означало, что претор в своем эдикте признал за муниципиями право искать и отвечать на суде через своих представителей (муниципальных магистратов). Таким образом, была признана в принципе гражданская и муниципальная правоспособность муниципий как

¹ D. 4, 22, 47.

особых субъектов права, обладающих самостоятельным юридическим единством. Решительный шаг был сделан, и юридическое лицо было создано (хотя первоначально оно еще не имело всех тех прав, которые, в принципе, присущи такому правосубъекту).

В последующем разработанный в применении к муниципиям принцип юридического лица начал применяться и к различным частным корпорациям (*collegia*). Они получают гражданскую правоспособность подобно муниципиям. В соответствии с преторским эдиктом за ними были признаны права искать и отвечать на суде через своих представителей. Классические юристы уже придерживались точки зрения о полной обособленности имущества корпорации (*universitas*) от отдельных лиц, ее составляющих¹. Так, в частности, раб, принадлежавший корпорации, считался собственностью не отдельных членов, а самой корпорации.

Республиканский период Рима ознаменовался быстрым ростом числа коллегий, которые создавались без разрешения правительства. В дальнейшем, с переходом к цезаризму, начали вводиться ограничения на создание союзов, а в эпоху императора Августа был издан закон, который установил разрешительный характер их образования. Одновременно коллегии, получившие разрешение сената на свою деятельность, приобретали права юридического лица.

Представляет интерес такой тип юридического лица, как государственная (императорская) казна (*fiscus*).

Первоначально *fiscus* относился к личному имуществу принцепсов и регулировался нормами обычного гражданского права. Постепенно все источники государственных доходов концентрировались в фиске, что привело к тому, что личность принцепса стала признаваться гражданско-правовым субъектом фискального имущества. Но в то же время *fiscus* являлся государственной собственностью и со смертью императора переходил к его преемнику. Имуществом государственной казны управляли специальные должностные лица (*procuratores*). Таким образом, на практике государственная (императорская) казна функционирует как юридическое лицо, но в то же время неразрывно связана с личностью императора.

В результате фиск стал трактоваться как самостоятельный субъект права, юридическое лицо, пользовавшееся определенными административными привилегиями. Совокупность норм, регулирующих правовой режим фиска, составил особую отрасль права – *jus fisci*.

Одновременно с созданием корпораций в императорский период Рима начали возникать **учреждения** как особый вид юридических лиц. Их появление было связано с поощрением императорами благо-

¹ D. 3.4.2.

творительной деятельности, в частности посредством пожертвования капиталов на содержание сирот и т.д. (так называемые алиментарные учреждения императоров). На первых этапах переданные капиталы рассматривались как часть фиска или передавались целевым по рядком юридическим лицам – муниципиям. Но начиная с III в. н.э. в связи с распространением христианства и приданием ему статуса государственной религии начали появляться самостоятельные учреждения. Первыми их формами были церковные учреждения (*ecclesiae*). Отдельные церкви получили право приобретать и наследовать имущество, быть кредиторами, а также выступать стороной в суде (в средние века церковное имущество получило статус самостоятельного юридического лица, *beneficium*).

Другой разновидностью учреждений являлись различные частные благотворительные учреждения (госпитали, приюты и т.д.). Они контролировались церковными властями и являлись самостоятельными юридическими субъектами.

Деятельность юридических лиц могла прекратиться в связи с достижением первоначальной цели, сокращением числа участников (меньше трех), а также если государство квалифицировало их деятельность как противозаконную.

Таким образом, римское право создало не только саму идею юридического лица, но и разработало целый ряд правовых форм ее практической реализации, в том числе: понятие правоспособности юридического лица, независимо от участников – физических лиц; ряд моделей искусственной дееспособности юридических лиц; а также основные виды юридических лиц (корпорации и учреждения).

Однако относительная неразвитость имущественного оборота в ту эпоху обусловила и определенную ограниченность разработки теории юридического лица в римском праве. Так, в частности, римские юристы не признавали за юридическими лицами права быть субъектами владения, нести ответственность за вред, причиненный деликтами их представителей. Неодинаковым был и объем правоспособности муниципий и частных корпораций, в частности в том, что касается наследственных прав (муниципии имели право быть наследниками по завещанию, в то время как частные корпорации могли получить такое право только в силу особой привилегии).

РАЗДЕЛ IV

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ БРАЧНО-СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ

В результате изучения данного раздела студент будет знать:

- понятие семейного права и *status familiae*;
- понятия агнатского и когнатского родства;
- понятие власти домовладыки;
- понятие и условия заключения брака;
- формы заключения брака;
- понятие приданого и свадебного дара;
- условия прекращения брака;
- понятие опеки и попечительства.

будет уметь:

- проводить сравнительный анализ лиц *sui juris* и *alieni juris*;
- анализировать различия между агнатическим и когнатическим родством;
- анализировать различия между формами заключения брака;
- проводить сравнительно-правовой анализ отношений супругов в браке *cum manu* и в браке *sine manu*;
- анализировать основания прекращения брака и их правовые последствия;
- проводить сравнительно-правовой анализ различных форм опеки и попечительства.

будет владеть:

- методами анализа эволюции регулирования брачно-семейных отношений в римском частном праве;
- навыками сравнительного анализа личных и имущественных отношений между супружами;
- навыками анализа условий установления и прекращения отцовской власти;
- навыками анализа правовых последствий установления опеки и попечительства в отношении отдельных лиц.

ГЛАВА 1

ОСОБЕННОСТИ И ФОРМЫ РИМСКОЙ СЕМЬИ

Сам институт семьи и взгляды на его понимание в Древнем Риме трансформировались одновременно с социокультурными изменениями всего общества.

Первым историческим типом римской семьи являлась семья сложного расширенного типа – патриархальная семья, в состав которой входило несколько поколений совместно проживающих людей. Такая семья была свойственна архаическому периоду римской истории.

Глава такой группы, мужчина-домовладыка, или, как говорили римляне, – патерфамилиас (*pater familias* – лат. «отец семейства», сокращенно *pater* – «отец»), обладал абсолютной властью (*potestas*) над всеми членами семьи¹. Домовладыкой был именно отец (он же муж по отношению к матери семейства). По мере достижения преклонного возраста и с появлением в подвластной семье внуков *pater familias* становился еще и дедом – *avus*, а впоследствии, в случае рождения правнуков, возможно, и прадедом – *proavus*². В любом случае, вплоть до собственной смерти он сохранял свою власть над семьей, включая все ее поколения.

Доминирование *pater familias* в отношении отдельных групп подвластных ему лиц выражалось в форме:

- *patria potestas* – отеческой власти над личностями и имуществом подвластных детей (кровных, усыновленных, приемных), внуков, правнуков и т.д.;

- *dominica potestas* – собственнической власти над рабами;

- *manus* – власти над личностью и имуществом жены (при определенных видах брака); власти над женщинами, вошедшими в его семью посредством заключения браков с подвластными ему сыновьями и внуками. Каждая такая женщина в результате замужества становилась снохой патерфамилиаса и непременно переходила жить в его семью (в отцовскую семью мужа), занимая в ней положение «дочери» нового домовладыки, т.е. становилась «сестрой» его кровных детей. При этом со своими кровными родителями она формально утрачивала всякие юридические родственные связи, что влекло существенные последствия (она уже не могла стать наследницей после их смерти и больше не подчинялась *patria potestas* своего кровного отца).

¹ Подробнее о содержании отцовской власти в см. гл. 2,3.

² В архаическом Риме прадедов практически не встречалось, так как в это время римляне, как и многие другие народы древности, практиковали обычай умерщвления 60-летних стариков в целях экономии продовольственных и иных ресурсов. Эта практика была прекращена по мере повышения культурного уровня римлян и полностью исчезла с распространением христианской религии.

Во всех внешних контактах (отношениях с другими семьями и лицами), и в первую очередь в контактах имущественного характера, от имени патриархальной семьи выступал только патерфамилиас как *persona sui iuris* (лицо своего права, самостоятельное и самовластное). Все члены семьи являлись его подвластными – *persona alieni iuris* (лицами чужого права, несамостоятельными) и по собственной воле вступать в имущественные отношения не могли.

Лишь со смертью патерфамилиаса все его сыновья становились носителями собственной семейной власти (*sui iuris*) и теперь уже сами имели право быть самостоятельными *pater familias*.

На других членов семьи (жену умершего, его совершеннолетних дочерей, совершеннолетних внуков и др.) возможность стать *persona sui iuris* не распространялась. Они теперь только лишь меняли «домовладыку» – каждый из них попадал под власть одного из новых *pater familias* и оставался *alieni iuris*.

Таким образом, патриархальной римской семьей (*familia proprio iure* – лат. «семья своего права») являлось объединение лиц, основанное на общей для них связи юридического подчинения еще живущему домовладыке.

Такая семья еще называлась агнатской, а семейное родство – агнaticким (агнатским, агнатством). *Agnatio* – это узы, связывающие с *pater familias*, а также друг с другом всех тех, кто подчинен *potestas* одного и того же лица¹ (домовладыки). При этом агнaticкое родство основывалось не только на рождении (*natura*) ее членов от *pater familias*, но и на усыновлении им посторонних лиц, а также на его брачных отношениях (с женой) и опосредованно на браках его сыновей и внуков с их женами (снохами патерфамилиаса).

В Древнем Риме именно агнaticкое родство поначалу обладало превалирующим практическим и юридическим значением. Природное же (кровное) родство, которое римляне именовали когнaticким (*cognatio* – лат. «сродство», «сходство»), на первых порах не имело существенного практического и юридического смысла, а факт его наличия не приводил к каким-либо имущественным последствиям.

Когнaticкое же родство в это время имело юридическое значение лишь в одном вопросе – запрете на кровосмесительные браки, ограниченные шестой степенью родства (*cognatio*), который появился после принятия Законов XII таблиц с целью противодействия инцесту².

¹ См.: Санфилиппо Ч. Указ. соч. С. 199.

² Инцест (лат. *incestus* – «преступный, греховный») – кровосмесительная половая связь между близкими генетическими родственниками (родителями и детьми, братьями и сестрами и др.), несущая в себе повышенный риск рождения ребенка с серьезными врожденными физическими дефектами или умственной отсталостью.

Постепенно отношения, связанные с юридическим подчинением власти домовладыки (*adgnatio*), приходят в упадок, и, напротив, все большее значение обретает связь природного родства (*cognatio*). Римляне начинают отдавать приоритет когнатическому родству, которое становится основой семьи нового типа — когнатской семьи, связывающей ее родственников (*cognati, cari*) в первую очередь кровными узами.

Когнатский семейный союз был шире агната, так как охватывал многочисленных кровных родственников, проживающих автономно, а не только подвластных патерфамилиасу (сюда уже входили эмансипированные отцом семейства лица, его замужние дочери, братья, сестры, племянники, племянницы и т.д.). Правда, из когнатской семьи, строго говоря, должны быть исключены «некровные» жена, усыновленные и им подобные агната родственники патерфамилиаса. Но в классическом праве в связи с этим появилось правило-фиксация, устанавливающее, что всякий агнат, пока он остается им, есть тем самым и когнат¹.

Некоторое время агнатский и когнатский виды семьи сосуществовали параллельно, но уже к византийским временам агнатская семейная общность практически полностью выходит из социальной практики и правового (в первую очередь наследственного) регулирования. В 543 г. византийский император Юстиниан издал свою известную Новеллу 118, посвященную институту наследования без завещания (наследования по закону), нормы которой окончательно упразднили последние следы каких-либо привилегий, предоставляемых на основании агнатического родства.

Независимо от того, была ли римская семья агнатской или когнатской, — в ней доминировали мужчины. Вообще вся семейная организация концентрировалась вокруг восходящих друг за другом родственников по прямой мужской линии — отец-дед-прадед и т.д., это была та ось, вокруг которой строились и функционировали *familia proprio iure*, *familia communi iure* и *gens*.

ГЛАВА 2 ОТЦОВСКАЯ ВЛАСТЬ

Отцовская власть (*patria potestas*): личное содержание

Наиболее зримым проявлением патриархата в Древнем Риме являлась власть (*potestas*) патерфамилиаса (*pater familias* — лат. «отец семейства», «домовладыка»), которая была основой римской семьи, ее соединительной тканью.

¹ D. 38.8.

Гай по этому поводу приводит слова императора Адриана о том, что нет ни одного народа, который имел бы большую власть над своими сыновьями, чем римляне¹.

Patria potestas конкретизировалась в ряде властных полномочий патерфамилиаса, которые условно можно подразделить на те, которые носили личностный характер, и те, которые по своей природе были сугубо имущественными.

Личностное содержание *patria potestas* имело следующие проявления.

1. Прежде всего, *pater* мог продавать своих подвластных детей (*ius vendendi*).

Продажа эта осуществлялась посредством *mancipatio* (манципации) – специального «весового» обряда, которым обычно сопровождалась купля-продажа рабов, скота и недвижимости.

2. Отец также был вправе осуществить ноксальную выдачу подвластного ребенка (*ius noxae dandi*) – передать его главе семейной группы, которая пострадала в имущественном плане от виновных действий (деликта) этого ребенка. Например, если он поджог кому-то строение, сломал вещь или нанес иной ущерб. *Ius noxae dandi* давала возможность патерфамилиасу избежать судебной тяжбы и возможной неблагоприятной ответственности, которую в противном случае ему и его семье пришлось бы нести за недозволительное поведение своего ребенка.

Отцовское право ноксальной выдачи существовало очень долго и было отменено лишь при императоре Юстиниане.

3. В течение долгого времени, несмотря на меняющиеся исторические обстоятельства, домовладыка сохранял право лишить подвластного ребенка жизни (*ius vitae ac necis* – «право жизни и смерти»).

Правда, еще в древности сложился обычай, чтобы *pater familias* предавал смерти ребенка, находившегося в его власти, только посоветовавшись относительно целесообразности такой меры с домашним советом (*consilium domesticum*), образованным из наиболее влиятельных *агнаторов* (старших сыновей, жены и др.) и проводимым наподобие строгой судебной процедуры.

Чаще всего такая чрезвычайная мера могла быть применена к подвластному лицу в дисциплинарных целях, в случае совершения им серьезного проступка.

4. Длительное время отец пользовался правом признавать (*ius tolendi*) или не признавать ребенка, рожденного в своем браке.

Выражалось это в осуществлении старинного обряда, заключающегося в том, что перед отцом на землю клали только что рожденного

¹ Гай 1.53.

ребенка, и если он признавал его, то брал на руки, а если нет – то не прикасался к нему.

5. Отсюда следует еще одно отцовское право – выбрасывать непризнанных новорожденных детей на улицу (*ius expонendi*). То есть по негативному решению отца ребенка в буквальном смысле выносили за пределы дома и оставляли на волю случая (на улице, в поле, в лесу), больше не заботясь о нем.

6. Отец в отношении подвластных детей обладал и иными право-мочиями личного качества:

– Мог истребовать своего ребенка посредством древнего виндикационного иска (*vindicatio filii*) у всякого третьего лица, которое незаконно удерживало этого подвластного; *данный* иск претор также мог поддержать посредством дополнительных средств – интердиктов, называвшихся *interdictum de liberis exhibendis* (об обязывании ответчика предъявить ребенка претору) и *interdictum de liberis ducendis* (об обязывании ответчика выдать ребенка законному отцу).

– Отец обладал правом изъявлять согласие на брак подвластных ему сына или дочери (не достигших совершеннолетия).

– Он также имел право назначать опекуна своему подвластному ребенку.

Крайне важно иметь в виду, что на публичных правах подвластного *patria potestas* практически не отражалась. Так, взрослый сын, оставаясь под отцовской властью, мог добиться выдающихся карьерных успехов на военной службе, принимать неограниченное участие в деятельности политических институтов (например, в заседании центуриатных, трибутических и куриатных комиций) и т.д. Но при этом в сфере лично-семейных и связанных с ними имущественных отношений он оставался *persona alieni iuris* (лицом чужого права, подвластным). Ни достижение сыном совершеннолетия, ни основание им своего собственного семейства и хозяйства не прекращали отцовской власти над ним и не влияли на ее ослабление. Хотя юридическая возможность стать *persona sui iuris* (лицом своего права, полностью самостоятельным) у такого римлянина все же имелись, например, посредством эманципации и в некоторых иных случаях, о чем речь пойдет ниже.

ГЛАВА 3 ОТЦОВСКАЯ ВЛАСТЬ

Отцовская власть (*patria potestas*): имущественное содержание

В отношении лиц, подчиненных отцовской власти, весьма продолжительный срок в истории римского права действовал цивильный принцип – «*nihilsum habere possunt*» (они «не могут иметь ничего своего»). Этот **имущественный режим *patria potestas*** означал, что вещные права, тре-

бование по обязательствам, наследство и иные имущественные выгоды, приобретаемые детьми, автоматически обращались в отцовское имущество. При этом отец не обязывался давать подвластным детям отчет о том, как он управляет их имущественными приобретениями (например, как он распоряжается подарками, полученными его подвластными детьми от третьих лиц). Дети отца семейства (*filius familias*) не только лишились возможности быть собственниками имущества, но и не могли от своего имени совершать гражданско-правовые сделки. Фактически в своей гражданской правоспособности они приближались к положению рабов. Эта имущественная зависимость детей не ослабевала по мере обретения совершеннолетия и даже с достижением ими преклонного возраста. Впечатленный этой специфической особенностью римской семейной жизни, греческий писатель I в. до н.э. Дионисий Галикарнасский отмечал: «У римлян нет ничего собственного, пока их отцы живы, но и деньги, и рабы, все, чем бы они ни располагали, принадлежит отцам»¹.

От столь жесткой подчиненности подвластный при живом патерфамилиасе мог освободиться по большому счету только с помощью эманципации².

Впоследствии социальной практикой был выработан и закреплен в нормах римского права правовой институт, позволяющий, с одной стороны, смягчить цивильный принцип имущественной неправоспособности подвластных патерфамилиасу лиц *alieni juris*, с другой — сохранить их юридическую связь с семьей. Этот институт именовался пекулием.

Пекулий (*peculium* — лат. «собственность», «имущество», от *pecus* — лат. «скот») — это имущество (движимое и, изредка, недвижимое), которое на определенных условиях *pater* давал в пользование и свободное управление (*libera administratio*) своим сыновьям *alieni juris*, другим зависимым от него лицам (широко практиковался также пекулий рабам), сохраняя за собой право собственности на него.

Пекулий мог даваться сыну ввиду особого расположения к нему отца, в целях обеспечения его экономической самостоятельности, занятия ремеслом, расширения отцовского семейного хозяйства и т.д. Такой пекулий назывался сыновним, «предоставленным от отца» (*peculium profecticium*). Он позволял патерфамилиасу достигнуть компромисса между интересом сохранения имущества в семье и интересом высвобождения сыновней инициативности во благо той же семьи.

При этом, исходя из содержания норм римского права, формально этот пекулий продолжал принадлежать домовладыке: подвластный никоим образом не мог полностью или даже частично отчуждать его третьим лицам, по первому требованию патерфамилиаса обязан был

¹ См.: Dion. Hal. 8, 79.

² Об эманципации см. подробнее, в гл. 5 данного раздела.

вернуть его, все приобретения, полученные подвластным по делам пекулия, тоже переходили к отцу и т.д. Юридически патерфамилиас всегда был в своем праве отозвать пекулий (*ademptio peculii*), но на практике это происходило только в исключительных случаях. Поэтому фактически, в соответствии с существующими в Древнем Риме обычновениями, *peculium* считался «как бы принадлежащим» сыну.

В случае эмансипации (освобождения от отцовской власти) сына находящийся у него пекулий считался подаренным ему патерфамилиасом, если во время процедуры эмансипации *pater* специально не оговорил, что отзывает свой пекулий.

В результате перманентных реформ системы правового регулирования *patria potestas* имущественная самостоятельность детей относительно их домовладык была к концу Империи последовательно и существенно расширена до пределов, соответствующих потребностям частноправового оборота.

Отдельным вопросом, возникающим в контексте имущественных отношений между патерфамилиасом и подвластными ему детьми, является распределение между ними **ответственности по долговым обязательствам**.

Согласно нормам древнего *ius civile*, патерфамилиас не должен был нести никакой ответственности за долги, которые могли сделать его подвластные, за исключением тех, что происходили вследствие деликта (*ex delicto*).

В некоторых случаях претор давал третьим лицам, вступавшим в деловые отношения с подвластными лицами чужого права (*alieni iuris*), в том числе детьми, возможность привлечь их *pater familias* к суду с помощью группы исков, в которых имущественная ответственность отца оказывалась связанный с действиями сына (*actiones adiecticiae qualitatis*). Такие иски относились к искам «с перестановкой субъектов». Напомним, что в таких исках в интенции указывалось имя фактического должника, в данном случае сына или иного родственника, подвластного *патрефамилиасу*, а в кондемнации фиксировалось имя того лица, которому будет присуждено *dare facere oportere* (дать, сделать, предоставить), в рассматриваемой ситуации – имя *pater familias*. То есть в формулах таких исков в качестве предполагаемого формального должника в интенции звучало имя подвластного, а реальное погашение долга, в случае установления обстоятельств виновности ответчика, должен был осуществлять названный в кондемнации патерфамилиас¹.

По некоторым *actiones adiecticiae qualitatis* патерфамилиасы отвечали в пределах полной суммы принятого долга, по другим лишь в

¹ Во многом эти иски напоминали те же, что давались по поводу долговых обязательств раба (*actio quod iussu, institoria, exercitoria* и т.д.), в которых тоже посредством перестановки субъектов реальным ответчиком объявлялся его хозяин.

рамках стоимости отдельного имущества, переданного в управление лицам *alieni juris*.

ГЛАВА 4

СПОСОБЫ ПРИОБРЕТЕНИЯ

Способы приобретения *patria potestas*

Основными способами, при помощи которых отец устанавливал свою *patria potestas* над детьми, являлись:

- рождение от него законных детей;
- узаконение незаконнорожденных от него детей;
- усыновление (удочерение) чужих детей.

Основным и, в силу естественных причин, наиболее частым из этих вариантов установления *patria potestas* являлось **законное рождение детей** от отца в matrimonии (то есть тоже законном) браке (*iustum matrimonium*). В этом случае отцовская власть над ребенком считалась установленной с момента его появления на свет.

Дети *pater* априори считались законными, если они были рождены его супругой, с которой он состоял в законном браке. Юрист Павел выразил эту презумпцию так: «*Pater is est quem nuptiae demonstrant*»¹ (лат. «отец тот, на кого указывает законный брак»). О том же, что дети рождены именно в браке, можно было говорить, если это случилось не ранее 181 дня после его заключения и не позже 300 дней после его прекращения. Разумеется, эта презумпция, как и всякое условное допущение, могла быть оспорена в судебном порядке при наличии соответствующих негативных доказательств.

Таким образом, ребенок назывался законным (*iusti*), если он был рожден в пределах указанных сроков и именно в законном браке (а не в конкубинате, не в результате прелюбодеяния и не от кровосмесительной инцестной связи).

Если хотя бы одно из этих условий не соблюдалось, то это служило правовыми основаниями считать появившегося на свет младенца «незаконнозачатым» и «незаконнорожденным» (*sine perte filius*)². Последствия этого заключались в том, что отец ребенка, родившегося, например, ранее 181 дня, имел полное право не признать его. Хотя он же мог и пре-небречь этим обстоятельством, согласившись, несмотря на это, считать его своим (*ius tolendi*). В этом случае ребенок полагался законным.

Эти правила, однако, касались только законнорожденных детей и не относились к детям «побочным», то есть незаконнорожденным.

¹ D. 2.4.5.

² Гай I.64.

К последним в Древнем Риме относились те отпрыски, которые родились в официально признаваемом сожительстве неженатых мужчины и женщины – конкубинате (*liberi naturales*). Кроме того, сюда относились еще те дети, которые были зачаты и (или) родились во небрачном прелюбодеянии (*vulgo quaesiti*), а также «нечистые» (*spuri*) – происходящие от кровосмесительных отношений близких родственников.

На протяжении практически всего дохристианского периода истории Древнего Рима побочные дети не признавались подвластными *pater familias*, официально не входили в его семью и следовали юридическому положению своей матери.

Кровное родство не было непременной предпосылкой к установлению отцовской власти над детьми. *Pater familias* мог приобрести ее также и над детьми чужими, при помощи **усыновления**.

Римскому праву было известно два варианта усыновления.

Один из них назывался адопцией (*adoptio* – лат. «принятие») и использовался при усыновлении *persona alieni iuris* – лиц чужого права (то есть лиц, кому-либо подвластных). Цивильное право напрямую не предусматривало какой-либо легальной возможности для осуществления усыновления, в том числе в форме *adoptio*. Поэтому в случае необходимости в усыновлении прибегали к юридическим ухищрениям – своеобразной интерпретации положения Законов XII таблиц, предусматривавшего освобождение сына (*filius*) из-под власти отца в случае его трехкратной продажи патерфамилиасом в кабалу.

Уловка здесь заключалась в том, что отец, согласный на усыновление другим лицом своего сына (*filius*), для этой цели фиктивно три раза подряд продавал его «как бы в кабалу». Цепочка этих последовательных продаж не преследовала целью реальную отдачу подвластного сына в кабалу, она была призвана сыграть совсем иную роль – удовлетворить вышеупомянутое формальное правило Законов XII таблиц, позволявшее лишь только таким способом освободить сына из-под власти отца, без чего передать его постороннему лицу для усыновления было невозможно.

Уже позднее в Византии император Юстиниан значительно упростил *adoptio*. Теперь лишь требовалось, чтобы отец, усыновитель и усыновляемое лицо явились к императорскому судебному чиновнику. В его присутствии без всяких сакральных процедур и излишних формальностей отец и усыновитель делали заявления о взаимном желании такого усыновления, а усыновляемый должен был высказать согласие с этим. Чиновник регистрировал эти факты и провозглашал усыновление.

В связи с тем, что отцовская власть к тому времени существенно смягчилась, это повлекло и перестройку института *adoptio*: прежнее прекращение старой *patria potestas* и обязательный переход усыновленного в новую агннатическую семью усыновителя были сохранены

только для случаев усыновления ребенка каким-нибудь восходящим родственником (например, дедом со стороны матери). В этом случае наступало его полное усыновление (*adoptio plena*)¹.

Другой вариант усыновления – аррогация (*arrogatio* – лат. «переход по закону») – применялся при усыновлении *persona sui iuris* – лиц своего права (то есть тех, кто никому неподвластен). Такое лицо само могло иметь семью – жену, детей, иных подвластных агнаторов, – то есть быть полноценным патерфамилиасом. Поэтому к нему в силу его самостоятельного статуса не могла быть применена *adoptio*.

В период позднего принципата, в связи с упразднением народных собраний, аррогация стала осуществляться посредством императорских постановлений (*per rescriptum principis*). Теперь *arrogatio* технически стало возможным и для несовершеннолетних граждан, что и было вскорости установлено императором Антонином Пием (II в.).

Основаниями для положительного решения принцепса являлись просьба усыновителя и согласие усыновляемого (если он находился под опекой, то еще было необходимо согласие его опекуна).

Изданию императорского рескрипта предшествовало выяснение обстоятельств, связанных с конкретной просьбой об аррогационном усыновлении. Для ведения дела по аррогации назначался чиновник, который по поручению императора должен был провести *causae cognitio* (расследование) и, в частности, выяснить, не имеют ли место обстоятельства, делающие *arrogatio* невозможным:

- усыновитель уже имеет своих законных детей или еще может их иметь в силу возраста (он моложе 60 лет);
- он является или являлся ранее опекуном усыновляемого, который на момент прошения об усыновлении еще не достиг 25 лет;
- он претендует на усыновление богатого, будучи сам бедным.

Наличие хотя бы одного из этих негативных условий не позволяло осуществить аррогацию.

Особенно тщательно осуществлялось когниционное расследование при аррогации несовершеннолетних лиц (*arrogatio impuberis*).

Одновременная аррогация нескольких лиц не допускалась.

В общем плане различие между *arrogatio* и *adoptio* заключалось в том, что в первом случае вместе с усыновляемым лицом своего права (который в результате *arrogatio* терял эту свою самостоятельность) в новую семью усыновителя, а значит, и под его *patria potestas*, переходили также и подвластные усыновленного (жена, дети, внуки, если они у него были). То есть здесь зачастую происходило слияние семей, точнее инкорпорация (от *incorpore* – лат. «внедрение», «втение») семьи усыновленного в семью усыновителя, ее «растворение» в ней. Во втором

¹ См.: Покровский И.А. Указ. соч. С. 471–472.

же случае, то есть при *adoptio*, перемена власти патерфамилиаса и семьи касалась только самого усыновляемого.

ГЛАВА 5 ПРЕКРАЩЕНИЕ

Прекращение *patria potestas*

Говоря о прекращении отцовской власти, надо обратить внимание на то, что *patria potestas* полагалась римским правом пожизненной прерогативой *pater familias*, и потому она в нормальных условиях прекращалась лишь со смертью патерфамилиаса либо в результате смерти самого подвластного.

Гай в своих Институциях делает существенное замечание на этот счет — освобождению из-под власти *pater familias* в случае его смерти подлежало только первое поколение подвластных, то есть дети (*filii*), но не внуки (*nepotes*)¹, которые переходят под власть ставших теперь самостоятельными сыновей умершего, то есть новых патерфамилиасов.

Помимо ликвидации *patria potestas* по причинам естественного характера, связанным со смертью, для выхода из-под власти отца существовали и иные обстоятельства, порожденные не биологическими, а социальными, основанными на действиях людей факторами.

И в первую очередь речь здесь идет о том, что отцовская власть над ребенком могла быть прекращена по инициативе самого отца **при помощи эманципации** (*emancipatio* — лат. «освобождение»).

Этот правовой институт возник не сразу, поскольку в древние времена нельзя было и помыслить о том, чтобы отец сам отказался от своей *patria potestas*. Подвластные дети были наиболее ценным, в случае приложения его к возделыванию земли, производственным ресурсом, так как рабов и рабочего скота в это время в римских домохозяйствах было немного, а эффективных технических механизмов, способных адекватно заменить человеческий труд, в древности практически не существовало. Поэтому в раннем римском гражданском праве никакого освобождения от *patria potestas* не предусматривалось.

Так же как и адопция, форма эманципации по схожей схеме была образована посредством искусственного манипулирования упомянутым правилом Законов XII таблиц. Для этого *pater familias*, желавший освободить сына (*filius*) от своей власти, в присутствии магистрата трижды «продавал» его в форме манципации (*mancipatio*) третьему лицу. Этим лицом был так называемый фидуциарный отец — *pater fiduciarius* (лат. «отец по доверию»). Риск того, что «отец по доверию»

¹ Гай I.133.

может этим доверием злоупотребить и, воспользовавшись одной из продаж, реально забрать сына под свою власть, был очень велик. Поэтому таким доверенным лицом, как правило, выбирался близкий друг отца, который предварительно давал обещание, что не будет удерживать у себя его сына. Примечательно, что это обещание не носило юридически обязывающего характера и целиком лежало на совести *pater fiduciarius*. Следуя этому своему слову, *pater fiduciarius* после каждой из трех продаж (манципаций) ему отцом своего сына и его формального «приобретения» в результате таких покупок в свое кабальное владение (*in mancipio*), тем не менее, всякий раз отказывался от этого и отпускал *filius* на волю. Дважды он это делал посредством юридически значимого обряда виндикации (*manumissio vendicta*), после чего сын возвращался под власть отца. После третьей продажи этого уже не происходило, так как, продав сына троекратно, отец, согласно упомянутому положению Законов XII таблиц, утрачивал власть над ним. Оставалась, однако, еще власть *in mancipio* фидуциарного отца, которую он приобрел над *filius* при последней, третьей покупке. Здесь наступал решающий момент: следуя своему обещанию, *pater fiduciarius* окончательно отпускал *filius* на волю посредством процедуры реманципации (*remancipatio* – возврат манципации). В итоге после третьего отпуска на волю *filius* делался *persona sui juris* и приобретал окончательную и полноценную имущественную самостоятельность.

Примечательно, что для освобождения раба было достаточно одного акта манумиссии¹.

После эмансипации бывший подвластный домовладыки становился *persona sui juris* – он уже никому не был подвластен и являлся абсолютно самостоятельным субъектом частного права. Но при этом он утрачивал всякие наследственные права в своей бывшей агнатской семье. Это была своего рода плата за обретенную самостоятельность. Поэтому некоторые исследователи полагают, что римская эмансипация при определенном подходе может трактоваться как опосредованное наказание лица, освобожденного от отцовской власти. Домовладыки также иногда прибегали к эмансипации, чтобы в тех или иных целях уменьшить количество претендентов на наследство.

Эта практика, однако, постепенно угасла, поскольку со временем упомянутое ограничение постепенно отпало по мере того, как наследственное право было перестроено по принципам когнатического родства.

¹ Греческий писатель Дионисий Галикарнасский (I в. до н.э.) отмечал, что основатель Рима Ромул «дал отцам большую власть над детьми, чем господину над рабами; ведь раб, единожды проданный, получивши свободу, уже становился сам себе господином, а сын, единожды проданный, получивши свободу, возвращался под власть отца... Лишь после третьей продажи сын освобождался от него». (См.: Dion. Hal., 2, 26–27.)

Отцовская власть утрачивалась также при умалении правоспособности (*capitis deminutio*) патерфамилиаса¹.

Существовали три степени *capitis deminutio*:

– *Capitis deminutio maxima* возникала при потере домовладыкой *libertas* (состояния свободы). Она могла наступить как по причине уголовного наказания (напр., осуждение на каторжные работы в рудниках), так и в результате попадания в плен (пленение на войне, захват пиратами). Если быть точнее, в буквальном смысле здесь происходила не утрата, а приостановление власти над детьми на период нахождения отца в плену. Если домовладыка возвращался из плена, то, будучи восстановлен во всех прежних правах (*iure postlimini*), он вновь получал *patria potestas*. Если же он умирал в плену, то власть его считалась прекратившейся с момента взятия в плен.

– *Capitis deminutio media*, наступавшая в случае утраты патерфамилиасом римского гражданства (*civitas*), что могло произойти, например, в случае его осуждения к *deportatio in insulam* (лат. «высылка на острова»). Это следовало из того непреложного правила, что власть (*potestas*) над римскими гражданами являлась исключительной прерогативой только римских граждан (*ius proprium civium Romanorum*) и категорически не могла принадлежать чужеземцам.

– *Capitis deminutio minima* являлась результатом аррогации, когда власть лица, ранее бывшего патерфамилиасом, ликвидировалась в связи с тем, что он дал согласие на собственное усыновление и теперь сам стал усыновленным лицом (*arrogatus*). Его личная *patria potestas* над детьми прекращалась, и они все вместе (усыновленный отец и его дети) переходили под власть усыновителя (*arrogator*), становясь последнему, соответственно, усыновленным сыном (*filii loco*) и приемными внуками (*nepots loco*).

Отцовская власть также прекращалась в связи с приобретением детьми некоторых жреческих званий и государственных должностей. Так, в период классического права отеческую власть уничтожало получение подвластным сыном звания *flamen Dialis* (жрец Юпитера), а для дочери звание весталки (жрицы храма богини Весты). В позднейшее императорское время такое значение имело приобретение должности консула, *praefectus praetorio*, *praefectus urbi*, *magister militum* и епископа.

¹ *Capitis deminutio* – широкое понятие, применяемое не только к ситуациям умаления правоспособности патерфамилиаса (это лишь один из частных случаев использования конструкции *capitis deminutio*), но и вообще для любой ситуации, когда уменьшалась чья-то правоспособность (у того, кого брали в жены, или если кого-то отдавали в кабалу, или у того, кого усыновляли из самостоятельного положения т.д.). Дословный же перевод *«capitis deminutio»* – «уменьшение на голову» – указывает на то, что первоначально это юридическое понятие представляло собой констатацию фактического уменьшения числа членов общины или семейства, подвластных домовладыке.

В корпусе Юстиниана упоминаются и иные обстоятельства, аннулирующие *patria potestas*:

– Потеря *libertas* (состояния свободы) подвластным ребенком. Такой подвластный, взятый в плен, по возвращении считался не выходившим из-под отцовской власти. Если же он умирал в плену, то считался умершим с момента пленения.

– *Pater familias* мог потерять отеческую власть в наказание за преступные деяния против семьи и своих детей: за выкидывание подвластного и оставление его без помощи, за сводничество дочерей, за вступление в кровосмесительный брак.

– Передача подвластного ребенка в полное усыновление (*adoptio plena*). Если *pater familias* отдавал ребенка в неполное усыновление (*adoptio minus plena*), то его *patria potestas* над ним сохранялась.

ГЛАВА 6

РОДСТВО И СВОЙСТВО

Римляне на различных стадиях своей истории практиковали два принципа определения родственных связей – агнатический и когнатический – и, соответственно этому, два типа родства, агнатическое (*agnatio*) и когнатическое (*cognatio*).

Агнатическое родство устанавливалось в силу патриархальных представлений о составе римской семьи: родственниками-агнатами считались кровные родные по мужской линии, а также иные лица, пребывавшие под властью домовладыки в составе большой семьи. То есть принцип определения агнатического родства основывался на связи родственников именно по мужской линии. Причем независимо от того, является ли это родство кровным, приемным или квази-приемным (т.е. происходящим из *manus* – лат. «мужней власти»).

При этом было безразлично их родство по линии женской – для определения агната не имело значения, кто является матерью (матерями) детей патерфамилиса. Они вполне могли быть рождены от отца разными женщинами. Важным было лишь то, кто у них отец. Об этом недвусмысленно говорит Гай: «Агнатами же называются те, кто связан законным родством. А законное родство – это то, которое идет по мужской линии. И, таким образом, братья, рожденные от одного отца, являются между собой агнатами, они называются также единокровными (*consanguinei*), и не требуется, чтобы у них была одна и та же мать»¹. Заметим, что именно на отцовской линии родства здесь делается особый акцент.

¹ Гай III, 10.

Агнтическое родство могло быть ликвидировано юридическим путем. Это могло произойти посредством акта эмансипации (освобождения) подвластного от отцовской власти, выдачи дочери замуж (если она вступала в брак *in tantum mariti* – лат. «с мужней властью»), усыновления подвластного лица другим патерфамилиасом и в иных случаях *capitis deminutio minima* (минимального умаления гражданской правоспособности). Так, если Аппий имеет во власти трех сыновей (Децима, Гнея и Луция) и двух внуков (Нумерия и Марка) от Децима, затем эманципирует Децима и впоследствии умирает, то Гней, Луций, Нумерий и Марк являются агнатами друг другу и всем собственным агнатам Аппия, но не являются агнатами Децима, который при эманципации подвергся минимальному умалению гражданских прав и, следовательно, не имеет никаких родственников-агнатов.

Кроме того, агнтическая связь прерывалась при *capitis deminutio media* (утрате агната римского гражданства), при его переходе в латинство или перегринство, а также при *capitis deminutio maxima* (потере агната свободы), например при его попадании в плен или продаже в рабство «за Тибр»¹.

В целом агнаты представляли собой сложную по составу группу, которая имела узкий и расширенный варианты состава.

Агнатская группа в узком значении (ближайшие агнаты) включала в себя всех свободных членов римской *familia*, состоявших под властью конкретного патерфамилиаса.

Агнатская группа в широком смысле включала в себя, помимо подвластных патерфамилиаса, также и его ближайших родственников по боковой линии с отцовской стороны (его братьев по отцу с их детьми, внуками). Такое «широкое» агнтичество совпадало с *familia communis iure* (семьей по общему праву)²). На это недвусмысленно указывается в Дигестах Юстиниана: «Фамилией общего права мы называем (семью) из всех агнаторов»³.

Естественное когнатическое родство (*cognatio naturalis*), или сокращенно – когнатическое родство (*cognatio*), было основано на узах, связывающих между собой всех кровных родственников, происходящих от одного родоначальника вне зависимости от того, являются они агнатами или нет (принцип кровного, или, говоря современным языком, генетического родства). Поэтому, например, освобожденный из под отцовской власти с помощью эманципации сын является *cognatus*, а приемный (усыновленный) сын – нет.

¹ Законы XII таблиц запрещали продажу римского гражданина (киврита) в рабство на территории государства, поэтому такая его продажа (за долги или преступление) могла быть произведена только вне пределов Древнего Рима – за реку Тибр (первоначальную границу римской общинны).

² См. гл. 1.

³ D. 16.195.2.

Когнатами друг другу признавались все те люди, которые происходят от одного и того же лица, которое может быть как мужчиной, так и женщиной. То есть когнатическое родство могло определяться не только по кровному отцу, но и по кровной матери, причем в силу простоты установления кровного родства именно по матери (которое почти никогда не вызывает сомнений) оно являлось приоритетным.

На практике весьма часто требовалось установить степень родства двух или большего числа лиц одной семьи.

Можно сформулировать основные степени родства, используемые в римском праве. Перечень родственников какого-либо лица, сгруппированных по отдаляющимся степеням родства, выглядел следующим образом:

1-я степень: его отец-мать (*pater-mater*), его сыновья-дочери (*filius-filia*);

2-я степень: его деды-бабки (*avus-avia*), внуки-внучки (*nepos-neptis*), родные братья-сестры (*frater-soror*);

3-я степень: его прадеды-прабабки (*proavus-proavia*), правнуки-правнучки (*pronepos-proneptis*), родные племянники-племянницы от братьев (*nepos/neptis ex fratre*), племянники-племянницы от сестер (*nepos/neptis ex sorore*); дядя-тетя по отцу (*patruus-amita*) и дядя-тетя по матери (*avunkulus-matertera*);

4-я степень: его прапрадеды-прапрабабки (*abavus-abavia*), правнучки-праправнучки (*abnepos-abneptis*); двоюродные внуки-внучки (*frater nepos/neptis – soror nepos/neptis*); двоюродные дедушки-бабушки по отцу (*patruus magna – amita magna*), двоюродные дедушка-бабушка по матери (*avunkulus magna – matertera magna*), двоюродный братя – двоюродные сестры (*consobrinus – consobrina*)

5-я степень: его прапрапрадед-прапрабабка (*atavus-atavia*), праправнук-праправнучка (*adnepos-adneptis*), двоюродные братья-сестры отца или матери (*propior sobrino – sobrinave*), дети двоюродных братьев и сестер (*consobrinus filius/filia – consobrina filius/filia*) и др.;

6-я степень: его прапрапрапрадеды-прапрапрабабки (*tritavus-tritavia*), прапраправнучки-прапраправнучки (*trinepos-trineptis*), троюродные братья-сестры (*sobrinus*) и др¹.

¹ В вопросах определения степеней родства прямой линии достаточно часто возникают разночтения, связанные с тем, что при их исчислении зачастую применяется различная методика. Например, Д. Франчози указывает, что степени родства по прямой линии необходимо подсчитывать по количеству поколений, исключая родоначальника (См.: Франчози Д. Указ. соч. С. 125). В каноническом праве число, отражающее степень бокового родства, – это всегда большее из двух чисел (если они разные), отражающих удаленность каждой из сторон от общего предка. В то время как сейчас в гражданском и семейном праве степень бокового родства устанавливается путем подсчета от любого из двух лиц ко второму через общего предка (См.: William Smith. A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, pt. I, London, 1890. P. 468–469).

Помимо родства, в римском праве было установлено еще и свойство (*adfinitas*) – узы, связывающие одного супруга с родственниками другого. Речь здесь идет о взаимоотношениях между родителями жены или мужа (*soccer, socres*) и зятем (*gener*) или невесткой (*nurus*).

Так же как и родство, свойство было принято разделять на степени. Супруг являлся свойственником родственников своего супруга в той же степени, в какой тот являлся их родственником. В частности, зять по отношению к тестю определялся как свойственник 1-й степени по прямой линии, поскольку такова была степень родства его жены по отношению к тестю.

Следует иметь в виду, что родственники двух супружеских пар не признавались римским правом между собой свойственниками (например, свекор и свекровь не обладали юридически значимым свойством с тестем и тещей).

ГЛАВА 7

ПОНЯТИЕ И ФОРМЫ БРАКА

Система супружеских отношений в Древнем Риме длительное время строилась вокруг весьма реальной правовой конструкции, называемой *manus, in manum* (буквально – «кулак»), – состояния абсолютной мужской (помимо отцовской *potestas*) власти над женщиной, в частности мужа над женой.

Сравнивая две конструкции власти над личностью – *in potestas* (устанавливаемую, как правило, отцом над детьми) и *in manum* (супруга над супругой), Гай со свойственной ему лаконичностью замечает: «*In potestate* обыкновенно бывают и мужчины, и женщины, *in manum* – только женщины»¹. *Manus* была всеобъемлющей формой власти мужчины-гоподина и включала, помимо прочего, право продавать подвластную ему женщину посредством манципации (*ius vendendi*), налагать на нее физические наказания и даже лишить женщину жизни за ее особо тяжкие проступки (*ius vitae ac necis*).

Необходимо учитывать, что *manus* и брак – это пускай и близкие, но все же отличные друг от друга социальные и правовые явления.

Первое из них возникло несколько ранее второго, в общем контексте экономического и социально-патриархального преобладания мужчин над женщинами.

Можно считать, что институт брака (*iustum matrimonium* – матри monиальный брак) вырос параллельно и во взаимосвязи с *manus*. При этом будет ошибочным считать *manus* какой-то особой формой сожительства мужчины и женщины, исторически предварившей появление

¹ Гай I. 109.

браха. В сравнении с ним это менее сложная социальная конструкция, означавшая состояние неограниченной власти, господства мужчины над женщиной, но не более того. Следует также обратить внимание на то, что брак и *manus* вовсе не были жестко взаимосвязаны.

Во-первых, сама *manus* могла возникать при отсутствии брака (например, в случае фиктивной fiduciарной «покупки» женщины посторонним мужчиной у домовладыки с целью ее последующего освобождения от нежелательной для нее опеки).

Во-вторых, хотя в период древности практически во всех браках власть (*manus*) мужа являлась непременным элементом, уже тогда эпизодически встречались такие браки, в которых жена не переходила под власть мужа, оставаясь подвластной своего прежнего патерфамилиаса. А в позднереспубликанскую эпоху браки без власти мужа стали обычным явлением.

Это дало повод исследователям более поздних времен ввести дихотомию римских браков — их деление на две разновидности:

- 1) *matrimonium «cum manu»* (брак «с мужней властью» над женой);
- 2) *matrimonium «sine manu»* (брак «без мужней власти» над женой).

Такое деление является общепринятым в современной романистике и будет также принято к использованию в этом тексте нами с той оговоркой, что указанная теоретическая классификация не упоминается в ранних римских источниках¹ и является абстрактным обобщением, испытавшим воздействие более поздней правовой традиции.

Выше отмечалось, что в древности практически все браки заключались в форме *cum manu*. Вследствие такого брака жена вступала в агннатскую семью мужа и оказывалась, поскольку попала *in manu* мужа, в состоянии *alieni iuris* (лица чужого права) — по отношению к самому мужу. Если, в свою очередь, и сам муж был подвластным лицом *alieni iuris* (находился под властью своего *pater* (отца) или *avus* (деда)), то его жена также становилась подвластной своего свекра или мужнего деда. Если до брака жена была подвластной отца, то есть являлась *alieni iuris*, то она выходила из-под отцовской *potestas* лишь для того, чтобы попасть под *manus* мужа (или свекра, или мужнего деда). А если она была *sui iuris* (лицом своего права), то в связи с *conventio in manum* (лат. — «поступлением под власть») она утрачивала все свои права, в которые вступал теперь ее новый домовладыка (муж, или свекор, или мужний дед).

Брак «*sine manu*» представлял собой другую форму брака, основанную на равенстве супругов, неподвластности жены мужу. Интересно, что если жена, вступала в брак *sine manu* «*sine manus*», будучи перед этим подвластной своего отца (т.е. лицом *alieni iuris*), то после обретения по-

¹ Например, в Институциях Гая (II в.), где достаточно подробно говорится о власти над лицами женского пола *in manu*, нет ни одного упоминания *sine manus* и *cum manus*.

ложеия замужней женщины она все равно сохраняла свою прежнюю подчиненность *patria potestas*, при этом оставаясь полностью свободной по отношению к своему мужу. Если же она была *sui iuris* (лицом своего права), то она сохраняла свою личную и имущественную самостоятельность как в отношениях с мужем, так и в отношениях со своим отцом. Она в этом случае была полноценной хозяйкой дома и материю детей. Остальные вопросы находились в ведении мужа. В период Империи разновидность брака «*sine manu*» пришла на смену «*cum manu*» и стала абсолютно преобладать. Но даже и в это время полного уравнивания прав мужа и жены в римском праве не произошло.

ГЛАВА 8

ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЕ УСЛОВИЯ И ПРЕПЯТСТВИЯ К ЗАКЛЮЧЕНИЮ ЗАКОННОГО РИМСКОГО БРАКА

Для заключения законного римского брака (*iustum matrimonium* или *iustae nuptiae*) необходимо было наличие нескольких **непременных условий**.

1. Для лиц, пожелавших заключить *iustum matrimonium* (матrimonиальный союз), непременным условием являлось наличие у каждого из них *status libertatis* (состояния свободы), так как союз между рабами браком не признавался ни в коем случае. Гай в своих Институциях высказывает об этом весьма однозначно: «Что касается лиц рабского состояния, то с ними нельзя заключать настоящего брака»¹.

Союз между рабом и рабыней считался сожительством в смысле прелюбодейской связи и носил специальное название – *contubernium*. Такой же правовой режим (*contubernium*) соответствовал и союзу между лицом свободного состояния и рабом.

2. Не менее важным условием законного бракосочетания являлось наличие у брачующихся *ius connubii* (сокращенно – *connubium*) – юридической способности к *iustae nuptiae*.

Ius connubii по общему правилу обладали все римские граждане (*cives*).

Connubium также могла присваиваться и латинам (*latini prisci*). Делалось это исходя из политических соображений, избирательно, для жителей некоторых латинских общин. Кроме того, *ius connubii* присваивались отдельным классам латинов, возникшим из вольноотпущенников на основании императорских законодательных распоряжений. Такими, например, были *latini Iuni ni*, которые по Юниювому закону (*lex Iunia Norbana*) при императоре Тиберию получили особые права, похожие на права жителей латинских колоний.

3. Физическая состоятельность к браку жениха и невесты:

¹ Гай I.58.

– Требовалось достижение *pubertas* – возраста, минимально необходимого для вступления в брак. При этом брачный возраст невесты всегда полагался в 12 лет. Что же касается возраста мужчины, то в начале принципата между юристами сабинианской и прокулианской школы развернулась дискуссия: первые полагали, что для определения физической (половой) зрелости жениха необходим применяемый в таких случаях еще в древние времена предварительный осмотр тела (*inspection corporis*), тогда как их соперники настаивали только на возрастном критерии – достижении будущим мужем 14 лет. Император Юстиниан в этом давнем споре встал на сторону прокулианцев, установив в своем законодательстве возрастные ограничения для супругов: 14 лет (для мужчины) и 12 лет (для женщины).

– С именем Юстиниана связан еще один «физический» аспект допуска мужчин к браку – он установил, что не могут жениться осколленные лица мужского пола (*castrati* – кастраты).

4. Непременным объективным требованием, означающим, что между мужчиной и женщиной заключается именно брак, являлось их **сожительство** (совместное проживание). Демонстративным, начальным актом, обозначающим начало такого сожительства, как правило, являлась какая-нибудь недвусмысленная и публично открытая формальная процедура, например торжественное введение невесты в дом мужа (*decluctio in domum mariti*). При этом возможные периодические и нерегулярные отлучки одного из супругов (по делам, для отдыха и т.д.) не признавались обстоятельствами, уничтожающими такое сожительство.

5. Наличие согласия (*consensus*) мужчины и женщины, вступающих в брак. Некоторые римские юристы даже привносили элемент романтики в это согласие, возвышая его до **супружеской любви** (*maritalis affectio*) как непременного условия брака. Так, по мнению юриста эпохи императоров Северов Домиция Ульпиана, брак (*iustiae nuptiae*) возникает и существует постольку, поскольку он скреплен любовью: «Ведь не сожительство создает брак, а супружеская любовь»¹. Следуя этой несколько расплывчатой формулировке Ульпиана, можно заключить, что любовь – это тот фактор, который отличает супружеское сожительство от любого другого типа взаимоотношений между мужчиной и женщиной. Такая любовь предполагает двухсторонне намерение супругов жить совместно и единобрачно в супружеском согласии и общежитии, что проявляется в их реальном взаимном поведении, подтверждающем эти устремления.

6. Супруг или супруга, явившиеся *alieni iuris*, должны были также получить **согласие на брак от своих pater familias**. В дальнейшем, с ослаблением былой силы *patria potestas* стало допускаться, чтобы магистрат

¹ D. 50.17.30.

принуждал *pater familias* к тому, чтобы он не отказывал в своем согласии без основательной причины (эта норма была введена во времена императора Августа на основании *lex Iulia et Papia*).

Помимо наличия названных положительных условий, для заключения *iustum matrimonium* требовалось отсутствие некоторых препятствий (**отрицательных, запретительных условий**) к этому.

Во-первых, непреодолимым препятствием к браку полагалось родство (природное или приемное) между мужем и женой. При этом брак не допускался между прямыми родственниками любых степеней (как по восходящей (предки), так и по нисходящей (потомки) линии).

Недопустим был брак и для боковых родственников, в древности – вплоть до шестой степени родства (например, между детьми, троюродными братьями и сестрами), в период второй Пунической войны (218–201 гг. до н.э.) – до четвертой степени (например, между двоюродными братьями и сестрами), в последние два века Республики и в годы Принципата – до третьей степени (например, между дядями и племянницами, тетями и племянниками).

Во-вторых, вдове запрещалось вступать в новый брак, пока не истечет десять месяцев (в послеклассическую эпоху – один год) после смерти предыдущего мужа. Это требовалось, чтобы избежать сомнений в отцовстве (*turbatio sanguinis*, «возмущение крови») ребенка, который мог появиться в это время на свет. Данное требование о соблюдении безбрачия в период вдовьего траура (*tempus lugendi*) снималось, если после смерти мужа, но до истечения указанного срока женщина рожала ребенка, так как становилось очевидным, что ребенок происходит от умершего. Этот же запрет исчезал и в случае преждевременных родов или абортов.

Во-третьих, требовалось фактическое отсутствие другого брака, поскольку полигамность (одновременное многобрачие) в Древнем Риме не допускалось.

При этом внебрачные союзы не считались обстоятельствами, препятствующими заключению законного брака. Под такими внебрачными союзами понимались ранее упоминавшиеся нами конкубинат и контуберниум.

Конкубинат (*concubinatus*, от *con* (*cum*) – лат. «вместе» и *cubo* – лат. «лежу», «сожительствую») – особая форма брачного сожительства, появившаяся с I в. до н.э., которая затем была косвенно признана брачным законодательством императора Августа. Конкубинатом являлось постоянное сожительство двух лиц разного пола, которые не могли состоять в законном браке. Причинами такой невозможности правильного римского брака для них были, как правило, разница в социальном происхождении (например, между сенатором и вольноотпущенницей) или иные препятствия, относящиеся, как правило, к *ius connubii* (на-

пример, брачная несочетаемость гражданского и перегринского статусов супружеских, занятие женщиной актерством или проституцией и др.).

Выше мы уже обращали внимание на то, что в Древнем Риме четких, юридически обязательных форм фиксации брака не было, от простого полового сожития (*stuprum*) и от конкубината брак отличался только фактическими признаками:

- *affectio maritalis* (супружеским аффектом, любовью, взаимным притяжением);
- *honor matrimonii* (престижем брака);
- *dignitas uxoris* (намерением супруги следовать социальному состоянию супруга).

При конкубинате права детей и самой конкубиной были ограничены. Дети, рожденные конкубиной (*liberi naturalis*), не считались законными детьми своего отца, поэтому были ограничены в наследственных правах. Они считались принадлежащими к роду своей матери. Однако эти дети могли впоследствии быть узаконены отцом, со всеми вытекающими из этого благоприятными имущественными последствиями, что выгодно отличало их от внебрачных детей (*vulgo questi*), рожденных в *stuprum* и лишенных в связи с этим обстоятельством каких-либо подобных перспектив в принципе.

Конкубинат в целом можно представить как своеобразную юридическую конструкцию «полубрака», «брака с меньшими юридическими последствиями», выработанную римским правом с целью легализации огромного количества парных отношений между мужчинами и женщинами, не вписывающими в архаические условности *ius civile*, а также в интересах удержания нравов римлян в рамках добропорядочности, необходимой государству для сохранения устойчивости общества. Это является еще одним убедительным примером гибкости и хорошей приспособляемости римского права к различным социальным обстоятельствам.

ГЛАВА 9 ПОМОЛВКА

Помолвка (*sponsio*), способы установления *manus* и заключения брака

Браку в Древнем Риме предшествовала *sponsalia* (помолвка, брачный говор). Это название произошло от древнего обычая давать торжественное отцовское обещание (*sponsio*) продать свою дочь (в данном случае ее именовали *sponsa*) ее будущему мужу (*sponsus*) с целью ее последующего вступления в брак. Точнее будет сказать, речь тогда шла не о вступлении в брак (так как в древнейшие времена такой институт еще только находился на стадии своего зарождения), а о перспективе перехода под личную власть (*manus*) супруга. При этом важно отметить, что заключение помолвки между отцом дочери и самим женихом в древности было

редкостью, так как для этого последний должен был обладать самостоятельным статусом *sui iuris*, что тогда было нечастью явлением, учитывая практиковавшийся в архаические времена небольшой возраст брачующихся. Поэтому *sponsalia*, как правило, заключалась отцом дочери не с самим предполагаемым супругом, а с его *pater familias*, если супруг был его подвластным, то есть лицом не своей власти (*persona alieni iuris*).

Брачный говор заключался посредством вопроса будущего супруга (или его патерфамилиаса): «Обязуешься отдать мне твою dochь?» (*spondes dari mihi gnatam tuam?*) и ответа отца дочери: «Обязуюсь» (*spondeo*).

Sponsalia сочетала в себе как имущественный момент, так и брачный, поскольку в архаическом сознании римлян женщина, даже будущая супруга, рассматривалась в первую очередь как экономическая единица, переходящая из хозяйства ее отца в хозяйствственный комплекс партнера по брачному сожительству. И лишь только во вторую очередь она воспринималась как будущая брачная партнерша своего супруга. Ценность женщины, предназначеннной в жены, как объекта продажи будущему супругу состояла в ее рабочей (тяговой) силе и в том, что она в перспективе должна была дать ему потомство (а значит, новых работников и наследников имущества). Другими словами, предполагаемый супруг связывал с обещанием отца отдать ему свою dochь не только и не столько личные психологические ожидания интимного характера (хотя они в какой-то мере, безусловно, присутствовали), сколько прагматические планы экономического свойства.

Поэтому если запланированный переход *sponsa* под власть *sponsus* по чьей-либо вине нарушался, то одна из сторон или сразу обе несли убытки. Упустить выгоду здесь мог как отец, чья dochь в силу косвенной дискредитации ее имиджа и из-за потери времени в определенной мере утрачивала привлекательность для других потенциальных женихов-покупателей, так и предполагаемый супруг, не получивший ожидаемого приобретения супруги.

В связи с этим в древнейшем праве нарушение условий, связанных со *sponsalia*, вело к цивильному иску с требованием возмещения ущерба от той стороны, которая не сдержала обещания относительно вступления в брачное сожительство.

В классическую эпоху помолвка утрачивает свою актуальность, так как, согласно установившейся к тому времени общественной и юридической практике, брак уже рассматривался как совершенно свободное дело. Теперь брачное сожительство приобрело признаки полноценного брака, в котором психологическая межличностная сторона супружеских взаимоотношений становится на один уровень с их имущественной составляющей. Поэтому принуждение к браку, пускай даже основанное на предварительных формальных обещаниях его заключения, больше не признавалось юридической практикой, ибо оно противоречило «добрим

нравам» (*contra bonos mores*). Роль помолвки низводится до старинного обряда, который с юридической точки зрения ни к чему существенному не обязывал и сохранялся лишь благодаря консервативному мышлению римлян, тщательно оберегавших свои традиции. С практической точки зрения помолвка теперь играла роль социального коммуникатора, связующего звена в установлении дружественных отношений (политического, карьерного, коммерческого характера) между родительскими семьями помолвленных детей. *Sponsalia* также была призвана в какой-то мере гарантировать в отдаленной перспективе малолетнему ребенку (сыну или дочери) наличие возможного брачного партнера.

К помолвке применялись также определенные предварительные требования, заключавшиеся в обязательности получения согласия на ее совершение от *pater familias* и в требовании отсутствия кровнородственных препятствий к этому брачному сговору (такие ограничения в части родства для помолвки были такие же, как и для брака).

Форма помолвки была свободна от каких-либо формальностей. Если помолвка заключалась между родителями будущих жениха и невесты, то требовалось, чтобы *sponsus* и *sponsa* не были моложе семи лет.

Для юридического перехода женщины, предназначеннной в супруги, под власть своего брачного партнера (либо его патерфамилиаса – отца, возможно деда) у римлян архаического периода практиковалось заключение специального соглашения о таком переходе (*conventio in manum*). Оно могло быть заключено одним из трех способов – конфарреацией (*confarreatio*), коэмпцией (*coemptio matrimonii causa*) и посредством давности (*usus*). Гай говорит об этом: «Итак, некогда переход под власть мужа совершался тремя способами: конфарреацией, покупкой и давностью»¹.

1. *Confarreatio* представляла собой древнейшую форму приобретения супружеской *manus*, представлявшую собой торжественный обряд религиозного характера. Он происходил в присутствии *Pontifex Maximus* (верховного жреца-понтифицика), десяти свидетелей и заключался в сакральном ритуале, посвященном Юпитеру Фарреусу (богу – покровителю земледелия). Мужчина и женщина, которым предстояла совместная супружеская жизнь, преломляли и вкушали полбенный хлеб² (*far*), что символизировало начало их совместной жизни. Конфарреация, по мнению римлян, создавала полный союз мужчины и женщины по божественному и человеческому праву (*communicatio diviri et humani iuris*), считалась своего рода высшей формой *conventio in manum* и была доступна только представителям патрициата. В классические времена конфарреация практически исчезла из практики, сохранив свою обязательность только для фиксации

¹ Гай I.110.

² Полба или спельта – широко распространенная на заре человеческой цивилизации зерновая культура, представлявшая собой низший злак, вид дикорастущей пшеницы.

крайне ограниченной группы брачных отношений, в которые вступали представители жреческой корпорации, претендовавшие на должности старших фламинов (верховных служителей культа в Древнем Риме).

2. Большинство граждан плебейского, а впоследствии и квирицкого происхождения, прибегали к другой процедуре установления *manus* над супружкой – *coemptio* (лат. «покупка»). Этот своеобразный обряд представлял собой символическую продажу в форме манципации, то есть был обставлен всеми атрибутами обычной торговой сделки, осуществляющей посредством «меди и весов». Этот акт осуществлялся в присутствии специального лица (весовщика), которое, как и при заключении иных договоров и торговых соглашений, должно было держать в руках символические весовые инструменты. Кроме того, требовалось непременное присутствие пяти свидетелей из числа совершеннолетних и полноправных граждан. Супруг в процессе манципации «как бы» покупал женщину у ее прежнего владыки (*pater* или *avus*) и становился ее новым господином. Девушке, однако, полагалось выразить свое согласие на то, чтобы ее «продали», иначе соглашение не имело силы. С течением времени эта форма установления власти применялась все реже, последние сведения о ней относятся к эпохе императора Тиберия (I в.).

3. Супружеская *manus* могла быть также установлена на основании архаического института «давности» (*iusus*) в отношении женщины, которая непрерывно проживала в супружеском доме в течение года. Здесь юридическим правоустанавливающим эффектом являлись не какой-то обряд, что наблюдалось в случаях с конфарреацией, или сделка, как в ситуации с коэмпцией, а факт истечения непрерывного срока в 365 дней с момента начала совместной жизни мужчины и женщины.

Сказанное означает, что рассмотренные выше три способа (конфарреация, коэмпция и давность проживания) требовались для того, чтобы заключить *conventio in manus*, однако они не являлись формами брака.

В свою очередь, *manus* не являлась необходимым требованием действительности брака. Для признания его действительным римским правом позднее были выработаны критерии совсем иного характера (факт сожительства мужчины и женщины, а еще особое психологическое качество их взаимоотношений – *affectio maritalis* и др.).

ГЛАВА 10

ИМУЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ СУПРУГОВ. ПРИДАНОЕ

В системе семейных отношений древнеримского общества исключительное значение играл связанный с браком институт «приданого»

(*dos*, производное от *do* – лат. «даю», или *dono* – лат. «дарю»)¹. Именно с приданым во многом были связаны имущественные отношения супругов в римской *familia*.

Приданое – это специальное имущественное предоставление любого рода (движимость, недвижимость, требования по обязательствам и другое имущество, называемое в своей совокупности *дотальным* – от *dos*), которое сама жена, либо ее патерфамилиас, либо третье лицо передавали мужу для целей:

- оказания экономической помощи супругу, чтобы он мог нести возложенное на него, в силу патриархальных традиций, бремя супружества и иные тяготы семейной жизни (*ad sustinenda onera matrimonii*), заключающиеся в необходимости вести хозяйственную деятельность с целью содержания детей и супруги;

- компенсации вступающей в брак женщине доли в отцовском имуществе, на которую она не могла претендовать в силу ограничений, наложенных на женское наследование законом Вокония².

- создания механизма имущественного давления на семейное поведение супругов с целью побудить их к выполнению своего супружеского долга иуважению друг к другу под угрозой потери приданого (эта последняя цель стала актуальной в позднейшие римские времена, для которых был характерен общий кризис супружеской нравственности).

Первоначально, на ранних стадиях истории Древнего Рима, установление приданого было пускай и активно практикуемым, но все же обычаем. Оно не являлось юридической нормой цивильного права, что следует из отсутствия упоминаний об этом в Законах XII таблиц. Даже Гай не уделял приданому специального внимания, упоминая о нем лишь в связи с опекой³ и нормой *«Lex Iulia de adulteriis»*, приписанной императору Августу, где мужу запрещалось отчуждать недвижимое имущество из состава приданого без согласия жены⁴. Основные же сведения об институте *dos* базируются на источниках конца поздне-классического и постклассического периодов:

К этому времени значимость приданого в организации брачных отношений была уже столь велика, что некоторые римские юристы даже говорили о *dos* как о непременном элементе брака. Они полагали, что приданое служит явным признаком, отличающим настоящий брак

¹ В поздних источниках приданое называется также имуществом жены (*res uxora*).

² Закон Вокония (*Lex Voconia*) принят на плебисците в 169 г. до н.э., запретил женщинам получать крупные наследства (по некоторым данным – на сумму более 100 тысяч сестерциев) с целью пресечения их расточительства. Полностью был отменен только при императоре Юстиниане (VI в.).

³ Гай I. 178;180.

⁴ Гай II. 63.

(*iustum matrimonium*) от иных видов сожительства мужчины и женщины (*stuprum* и *concubinatus*).

Во времена древнего права муж (или его патерфамилиас) становился полноправным собственником (*dominus*) приданого супруги и мог распоряжаться им, а также всеми доходами (плодами) от него по своему усмотрению.

Цивильное законодательство не обязывало мужа отдавать *dos* обратно в случае расторжения брака, если только ранее, еще при объявлении (обещании, передаче) приданого, им не было сделано специальной оговорки, гарантии его возврата (*cautio de restituenda dote*).

Императорское законодательство в целом восприняло концептуальные основы, разработанные классическими юристами относительно различных аспектов супружеских имущественных отношений, в том числе касаемо приданого. Единственная и последняя существенная модернизация римского дотального права была проведена при императоре Юстиниане, суть которой может быть сведена к следующим положениям:

- приданое становится настоящим юридическим обязательством, в связи с чем возникает правовая конструкция необходимого приданого (*des necessaria*);
- отменено назначение приданого (*dotis dictio*), замененное простым обещанием (*pactum, pollisitatio dotis*);
- муж утратил даже формальные юридические права собственника (*dominus*) в отношении приданого и стал признаваться его простым управляющим;
- муж не может отчуждать объекты дотального имущества, даже если его жена с этим согласна;
- была полностью упразднена система вычетов (*retentions*);
- отменен *actio rei iuxoriae*, притом что некоторые качества были сообщены старинному *actio ex stipulatu*, который теперь стал универсальным исковым средством по дотальным спорам¹;
- появился институт обязательного предбрачного дара жене.

В юстиниановском праве этим предбрачным дарениям были приданы особый смысл и содержание, в связи с чем на этом вопросе необходимо остановиться отдельно.

Суть в следующем. Еще начиная с последнего периода Республики существовал запрет на дарения между супругами. Связано это было с большим распространением браков «*sine tanti*» и было нацелено на сохранение семейного имущества. Опасения здесь были связаны с тем, что жена больше не входила в агннатскую семью мужа, но при этом оставалась подвластной своего прежнего домовладыки (как правило,

¹ Франчози Д. Указ. соч. С. 195.

отца) или под защитой опекуна и, следовательно, ее имущество находилось вне контроля мужа. А значит, дарение между супругами могло вызывать последующий переход имущества из супружеской семьи в отцовскую семью женщины или под косвенное влияние ее опекуна. Этими обстоятельствами в основном и мотивировался запрет на взаимные супружеские дарения. Кроме этого, вводя такое ограничение, стремились избежать «невыгодных последствий неразумной слабости к другому супругу»¹, которому делался подарок.

Данный запрет, однако, не распространялся на дарения, сделанные до вступления в брак (*donationes ante nuptias*), поэтому применительно к ним действовал обычный порядок дарения. Какое-то время это не создавало серьезных проблем, так как речь здесь шла обычно о необязательных подарках, делаемых от случая к случаю и имевших незначительную ценность.

ГЛАВА 11 ПРЕКРАЩЕНИЕ БРАКА

Законный римский брак (*iustum matrimonium*) мог прекратиться в связи с определенными *объективными основаниями*, среди которых в римских правовых источниках упоминаются:

1. Смерть одного или обоих супругов.

2. Долгое безвестное отсутствие одного из супругов более пяти лет², которое являлось своего рода «юридической смертью» отсутствующего.

3. Утрата одним из супругов свободы (*capitis deminutio maxima*). В случае продолжения контактов между бывшими супругами, один из которых стал рабом, это, с точки зрения римского права, могло квалифицироваться только лишь как *contubernium*.

Если потеря свободы была связана с попаданием супруга в плен во время войны, то его партнер по браку не мог вступить в новый брак, пока первый пребывает в пленах, если при этом факт его пленения достоверно подтвержден. Этот запрет длительное время был бессрочным. Император Юстиниан смягчил его, ограничив срок ожидания пятью годами с начала пленения.

В другой ситуации, когда нет сведений о том, находится ли в живых муж, удерживаемый врагами, или же его уже настигла смерть, то по истечении пятилетия со времени его пленения женщине было дозволено вступить в другое супружество. При этом первый брак рассматривался как расторгнутый без вины кого-либо из супругов и каждый (из быв-

¹ Хвостов В.М. Указ. соч. С. 388.

² D. 24.2.6.

ших супругов) не нес никаких имущественных потерь вследствие прекращения брака¹.

Если же супруг возвращался из плена уже после того, как его брачный партнер, остававшийся дома, расторг их брак, то прежний брачный союз не возобновлялся, хотя эти бывшие супруги могли заключить новый *iustum matrimonium*.

4. Утраты гражданства (*capitis deminittio media*) одним из супругов, так как это, помимо прочего, влекло потерю им *ius connubii*. После этого брачное сожительство, в котором состоял потерявший гражданство супруг, утрачивало статус законного римского брака (*matrimonium*). Такие брачные отношения можно было признать лишь на основании норм *ius gentium*, но такое признание не сообщало этому сожительству существенного правового значения.

5. Назначение мужа вольноотпущенницы сенатором, что, согласно законодательству Августа, делало такой брак запретным. Это упраздняющее основание было отменено императором Юстинианом.

6. Наступающее кровосмешение (*incestum superveniens*), которое возникает в случае, когда посредством усыновления создается агнатьское родство между супругами, которое может служить препятствием к браку. Например, теща усыновляет зятя, который делается в результате, с точки зрения гражданского права, «как бы братом» (приемным) собственной жены².

Субъективных оснований для прекращения брака было меньше, всего два – расторжение брака (отказ от брака или развод) и воля домовладыки.

Расторжение брака выражалось в прекращении *maritalis affectio* (любви, взаимного притяжения) и не представляло собой особого юридического акта. Оно не осуществлялось какими-либо судебными или административными государственными органами.

Брак аннулировался не столько формальными, сколько фактическими действиями – различными видимыми проявлениями прекращения *maritalis affectio* (изгнанием жены из дома, ее инициативным уходом из дома, началом одним из супругов нового брака с другим партнером и т.п.).

Однако женщины далеко не сразу получили право инициативы в расторжении брака. Как показывают древние источники, первоначально, в архаическом обществе, отказ от брака (*repodium*) мог осуществить только муж. Причем это был не развод, как обьюдный акт, подтверждающий волю мужа и волю жены, а именно односторонний

¹ D. 24.2.6.

² См.: Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. М.: Норма, 2007. С. 191.

отказ (*repodium*) мужа от жены, мнение которой по этому поводу не имело правового значения.

В источниках упоминаются отдельные ситуации, в которых муж в ту пору имел законное право расторгнуть брак:

- прелюбодеяние супруги (но измена супруга не давала ей такого же повода);
- отравление детей (возможно, здесь речь о преднамеренном aborte);
- бесплодие супруги, выкидыши плода;
- похищение или подделка ключей от винного погреба (считалось, что употребление женщиной алкоголя является предпосылкой к ее измене) и др.

Поводами к *repodium* в раннем Древнем Риме могли послужить даже незначительные аморальные поступки супруги.

Вместе с тем свобода расторжения брака для мужа на ранних стадиях римской истории не была столь уж безусловной.

Например, муж, который инициировал расторжение брака, должен был обосновать этот свой шаг перед домашним семейным судом (*iudicium domesticum*), который, рассмотрев аргументированность и целесообразность *repodium*, согласно сложившейся практике, как правило, рекомендовал мужу сохранить брак. Если он, тем не менее, оставался непреклонен в своем желании, то домашний суд мог принять неблагоприятное для него решение по урегулированию имущественных отношений с бывшей супругой (касаемо приданого, предбрачного дара и т.п.). Обращение в *iudicium domesticum* являлось обязательным предварительным условием *repodium*.

Если муж уклонялся от этой процедуры, то цензор мог наложить на него порицание (*nota censoria*), влекущее, например, перевод в более низкий ценз, а для сенатора — удаление из списков Сената.

Уже в более поздние времена, по свидетельству греческого биографа Плутарха (I–II вв.), римский муж, решивший расторгнуть брак без каких-либо внятных оснований, а только по своей прихоти, должен был заплатить жене половину своего имущества (в древности, надо полагать, ее родственникам), а другую половину посвятить богине плодородия, материнства и брака Церере¹.

Собственно сама процедура расторжения брака первоначально римлян интересовала мало, поскольку именно с браком тогда не связывалось никаких существенных имущественных последствий. Иное дело — происходившее вследствие *repodium* прекращение мужней власти над женой — *manus* (в случае наиболее древних браков, сопровождавшихся *conventio in manus*). Для этого использовалась процедура,

¹ Plut. q.R.22.

противоположная той, которая в свое время была применена при установлении *manus*:

- *diffarreatio* при отмене *manus*, установленной посредством *confarreatio*;
- *remancipatio* и последующая *manumissio* по отношению к *manus*, возникшей на основе *coemptio*;
- те же реманципация и манумиссия, применявшиеся, по-видимому, и в отношении *manus*, под которую жена попала в силу давности (*usus*).

В конце Республики в юридической практике устанавливаются две основные разновидности расторжения брака:

- односторонний отказ от брака (*repudium*), который, если быть более точным, есть акт, которым один супруг извещает другого (как правило, муж жену) о намерении прекратить брак;
- общий развод (*divortium et communis consensu*, лат. *divertere* – «разделяться») – «развод по взаимному согласию».

Более четкая формализация развода была осуществлена в позднем императорском праве и в источниках юстиниановской кодификации, в которых нашли закрепление нормы, предусматривающей религиозную (благословение священника) или светскую (составление брачных соглашений – *pacta nuptialis*) форму заключения брака и, в противоположность этому, аналогичные формы его расторжения (как правило, в виде письменного соглашения).

В императорском законодательстве *одностороннее расторжение брака* стало рассматриваться в качестве законного, если оно происходило:

1) по справедливым основаниям (*repudium ex iusta causa*), т.е. из-за тяжкой провинности другого супруга:

- супружеская неверность жены;
- внебрачная связь мужа;
- покушение жены на жизнь мужа;
- тяжкие уголовные преступления (*crimina*) одного из супругов и т.д.

При этом супруг, который был повинен в таком разводе (*repudium ex iusta causa*), подвергался строгим санкциям:

- изъятию приданого;
- *deportatio in insulam* (высылка на отдаленный остров), а в христианскую эпоху – заточению в монастыри;

2) поуважительным причинам (*devortium bona gratia*), не предполагающим вины другого супруга:

- обет целомудрия принятый одним из супругов;
- бесплодие жены;
- неспособность мужа к половой жизни;
- попадание в плен и т.д.

Общий развод (*divortium et communis consensu*) не требовал существенных причин в свое обоснование и происходил только ввиду се-

мейных разногласий, психологической несовместимости, — по взаимному согласию сторон.

Помимо расторжения брака, его прекращение могло произойти еще по одной субъективной причине — **по воле *patres familias*** (домовладык) супругов.

В браках, возникавших в форме «*sine manu*» (*без мужней власти*), патерфамилиас (домовладыка) жены, сохранивший над ней свою *patria potestas*, мог в любой момент потребовать ее к себе (отозвать), сделав, таким образом, невозможным то сожительство супругов, которое является одним из элементов, образующих брак.

Если же оба супруга были подвластными (*alieni iuris* — лицами не своего права), то каждый из их домовладык был вправе по своему усмотрению «разрушить» их брак, тем самым запретив им брачное сожительство.

Достаточно часто к отзыву прибегали отцы дочерей, ввиду притеснений и дурного обращения с ними со стороны мужей. Правда, в этом случае отец должен был смириться с неизбежной потерей части приданого дочери, взыскиваемой в пользу мужа для воспитания рожденных в их браке детей, которые в Риме всегда оставлялись только с отцами (вычет из приданого *retentio propter liberos*). Кроме того, скорее всего, был неизбежен сложный судебный процесс, связанный с возвратом мужем остального приданого, а также многолетняя (до трех лет) процедура его реального возврата.

В другой ситуации патерфамилиасом такой преднамеренный «развал» брака подвластного ему дочери (реже — сына *aleni iuris*) мог быть использован сугубо корыстными целями повторного заключения ею (им) более выгодного брака, сулящего новые материальные или статусные преимущества дочери (сыну) и самому патерфамилиасу. Этим способом некоторые отцы зачастую могли перезаключать браки своих детей по несколько раз. Существенным барьером для этих злоупотреблений был призван служить все тот же институт приданого, угроза потери которого являлась единственной гарантией от череды бесконечных расторжений браков. Для этой же цели недопущения манипулирования браками предназначался и институт предбрачного дара, введенный в эпоху Юстинианана (см. § 4.10).

Впрочем, впоследствии император Антонин Пий (II в. н.э.) запретил расторгать брак по причине неоправданного произвола *pater familias*.

ГЛАВА 12

ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО (ОБЩИЕ СВЕДЕНИЯ)

Римские юристы классического периода вкладывали в понятие **опеки** (*tutela*) оказание некоторым лицам *sui iuris* помощи и заботы в сфере осуществления гражданской правоспособности, в которых они

нуждались в связи с их недостаточным возрастом (несовершеннолетние) и непривилегированностью пола (женщины).

Исходя из этого, в Древнем Риме различали два вида опеки:

- опеку над малолетними лицами (как правило, сиротами), не состоящими под *patria potestas* (*tutela impuberum*). Такую опеку можно полагать своего рода суррогатом отцовской власти;
- опеку над женщинами (не состоящими в браке или под отцовской властью), если они не находятся под властью мужа (*tutela mulierum*).

В древности опека над несовершеннолетними (*tutela impuberum*) устанавливалась не столько в интересах защиты подопечных лиц, сколько в интересах агнэтской семейной группы, чтобы сохранить имущество опекаемого для целей наследования членами *familia*. По этой причине опекуном, как правило, назначался тот, кто наиболее заинтересован в сохранении имущества подопечного – его ближайший наследник. И весь смысл такой опеки заключался в праве опекуна заботить имуществом опекаемого лица. О личности самого подопечного и его интересах забота проявлялась в той мере, в какой опекун считал это необходимым, будучи связан бытующими в обществе нравами и традициями. В это время в опеке, таким образом, доминировала власть над подопечным, а не забота о нем самом.

По мере развития римского социума, государства и права на первый план стали выходить обязанности опекунов, а не их права. Начали сознавать, что радение о личных и имущественных интересах слабых субъектов правоотношений составляет обязанность общества и добродорядочного гражданина.

Со временем в практику входят три основных разновидности опеки.

1. *Tutela testamentaria* (завещательная опека). В таком случае отец обладал приоритетным правом назначить в собственном завещании опекуна своему несовершеннолетнему сыну («Луция Тиция назначаю в опекуны моему сыну»). Когда такого назначения сделано не было, опека по праву принадлежала *adgnatus proximus* (то есть ближайшему родственнику опекаемого по боковой линии). Как правило, это был кто-то из совершеннолетних братьев опекаемого (его агнэтский родственник второй степени по боковой линии). В итоге это как раз и было то лицо, которому принадлежит наследственное преемство в отношении подопечного, если тот умрет прежде, чем сможет составить завещание.

Завещательный опекун (*tutor testamentarius*) мог отказаться от опеки (*abdigatio tutelae*).

2. *Tutela legitima* (законная опека) применялась к вольноотпущенникам или эманципированным несовершеннолетним лицам. Такую опеку осуществляли, соответственно, бывший рабовладелец, осуществивший манумиссию и ставший теперь патроном вольноотпущенника, и *pater familias*, который произвел эманципацию несовершеннолетнего.

Эта опека называлась «законной», потому что была установлена одним из Законов XII таблиц. Лицо, осуществлявшее законную опеку, называлось *tutor legitimus*.

3. *Tutela dativa* (назначенная опека) являлась самой поздней формой опеки и стала устанавливаться, когда получила признание заинтересованность подопечного в наличии у него опекуна для целей заботы, помощи и защиты несовершеннолетнего. Она устанавливалась по назначению магистрата для тех лиц, которые, нуждаясь в опеке, не имели ни опекуна «по завещанию», ни опекуна «по закону». Назначение осуществлялось на основании декрета магистрата (отсюда другое название такой опеки — *tutela decretalis*) по просьбе матери или ближайших родственников несовершеннолетнего. Еще одно название этой разновидности опеки, часто встречающееся в литературе, *tutela Atilianus*, происходящее от имени автора закона, которым был введен этот вид опекунства, *Lex Atilia de tute dando*, изданного предположительно между 210–185 гг. до н.э.

Теперь опека несовершеннолетнего становится обязанностью. Назначаемый магистратом¹ *tutor* мог в исключительных случаях быть освобожден от своего бремени опекунства по собственному заявлению (отказаться — *abdicatio* или выразить просьбу об этом — *excusatio*) либо если представит вместо себя «лучшего» опекуна, например близкого родственника ребенка, который будет лучше выполнять опекунские обязанности (*tinus*).

Опека над несовершеннолетними любого вида прекращалась в случаях:

- достижения опекаемым возраста 14 лет;
- в результате смерти опекуна или опекаемого;
- в результате *capitis dominutio maxima* или *capitis dominutio media* опекуна или опекаемого;
- отказа опекуна от опеки в допустимых случаях (*abdicatio*);
- просьбы об освобождении от опеки (*excusatio*);
- замены опекуна (*potioris nominatio*);
- отстранения опекуна (*remotio tutoris*).

В позднюю эпоху функциями опекуна являлись:

- общий надзор за несовершеннолетним и личная забота о нем;
- удостоверение юридических действий опекаемого;
- ведение дел опекаемого, управление его имуществом.

Сделка, совершенная опекаемым без удостоверения опекуна, являлась недействительной. До той поры пока опекун не вмешался в это договорное отношение, такая сделка называлась «хромающей» (*negotium claudicans*).

¹ Во II в. император Марк Аврелий ввел специальную должность претора по делам об опеке — *praetor tutelaris*.

В постклассическую эпоху законодательство Юстиниана установило минимальный возраст опекуна – 25 лет.

Если говорить об опеке, устанавливаемой в отношении женщин (*tutela mulierum*), то и после достижения совершеннолетия статус женщины, степень ее правоспособности и дееспособности практически оставались неизменно ничтожными по своему объему. Стоит ли удивляться тому, что римляне, жившие в архаические времена, имели устойчивое мнение, закрепленное в нормах гражданского права, о том, что над женщинами «в силу присущего им легкомыслия и доверчивости» (*levitas animi*) должна быть всегда установлена «вечная» опека домовладыки. Обращает на себя внимание как раз эта неограниченная продолжительность опеки над женщинами, тогда как опека над детьми, как мы видели выше, была временной, длящейся до достижения ими совершеннолетия.

По мере распада агннатской семьи постепенно наступала относительная эманципация женщин и *tutela mulierum* мало-помалу утрачивала свою действенность и строгость.

Опекун *legitimus teneper* был вправе уступить такую опеку другому (*tutor cessicius*) посредством *in iure cessio*, в результате чего он оставался носителем опеки, однако передавал ее исполнение лицу, которое было более угодным женщине.

Отец или муж мог, вместо того чтобы назначить женщине *tutor testamentarius*, позволить ей в завещании выбрать опекуна самостоятельно (*optio tutoris*). В этом случае в завещании закреплялась типовая формулировка: «Тиции, моей жене, предоставляю свободный выбор опекуна»¹.

Относящийся к эпохе императора Августа *Lex Iulia et Papia* предложил женщинам так называемую «привилегию детей»² – разрешил любой из них освобождаться из-под опеки, если она имела троих детей (будучи при этом сама свободнорожденной) и четверых детей (если она была вольноотпущенницей).

При императоре Клавдии (сер. I в.) была упразднена *tutela mulierum legitima*, за исключением опеки со стороны патрона.

Наконец, начиная с императора Константина (сер. IV в.) от института *tutela mulierum* не остается и следа.

Попечительство (*cura, curatio, curatela*) – забота об имуществе некоторых лиц *suoi iuris*, которые самостоятельно не способны им управлять в силу своего психического заболевания (*curatio furiosi*), в силу своей подверженности расточительству (*curatio prodigi*) и по сходным с этими причинам.

¹ Гай I.150.

² Гай I.145.

Попечительство имеет к семейному праву лишь опосредованное отношение, ввиду чего здесь мы ограничимся только перечислением тех его разновидностей, которые были известны древним римлянам.

Основные виды попечительства таковы:

1. *Cura furiosi* (попечительство над сумасшедшим, от *furiālis* – лат. «бешенство», «неистовство», «исступление») – это власть специально уполномоченного лица (*curator* – попечителя) над сумасшедшим (*furiosi*) и его имуществом, установленная с целью оказания ему помощи, осуществления контроля над ним и распоряжения его имуществом.

При этом характер попечительства различался в зависимости от особенностей течения болезни, как сумасшествия без «просветления» (*mente capti* – «пленники разума») или как сумасшествия со «светлыми промежутками» (*lucida intervalla*), во время которых больной ведет себя совсем как здоровый человек. Для первого случая опекунские отношения устанавливались навсегда, а для второго – только на известное время припадков.

В древнейший период римской истории попечительство над *furiosi* было делом ближайшего родственника и наследника, причем оно давало ему власть над личностью и возможность управлять имуществом лица, находящегося под попечительством. Власть попечителя над сумасшедшим была настолько абсолютной, что в некоторых римских источниках *furiosi* уподобляется отсутствующему¹ и даже умершему² лицу.

Дальнейшее развитие правового института *cura furiosi* шло по пути все более и более интенсивного контроля над этим вопросом со стороны государственной власти. В результате в классический период римского права для назначения над безумным попечителя (*curator dativus*) требовалась обязательная санкция государственного должностного лица (претора).

Близким к *cura furiosi* было представительство интересов лиц со слабыми умственными способностями, то есть различного рода глупцов и простаков (*stulti, simplices, fatui*). Они формально имели все права, однако осуществление их должно было происходить лишь с согласия своих попечителей.

2. *Cura prodigi* (дословно – «попечительство над странным человеком, расточителем»). Такой вид попечительства устанавливался над слабовольными и неразумными лицами, которые проявляли неосмотрительность и беспечность в использовании доставшихся им по наследству материальных средств. Они признавались расточителями, чьи действия угрожали полным разорением хозяйству, ввиду чего тре-

¹ D. 50.17.124.1.

² D. 44.7.24.1.

бовалось превентивное установление над ними опеки. Такую опеку устанавливал претор. Он делал это по заявлению ближайших заинтересованных родственников, предварительно проведя расследование и, если признавал наличие у лица расточительной наклонности, устанавливал над ним попечительство в форме интердикта (приказа). Находящиеся под этим видом опеки лица могли вступать в сделки по приобретению имущества, но в правоотношениях по его отчуждению или влекущих возникновение каких-либо обязательств эти лица нуждались в разрешении куратора (*concensus curatoris*). Вместе с тем ответственность опекаемого лица за совершение им имущественных правонарушений сохранялась в полной мере.

3. *Cura minorum XXV annorum* – попечительство над теми, кому меньше 25 лет, устанавливаемое над юридически полноправными лицами (обычно мужчинами *sui iuris*, достигшими 14 лет), которые, однако, еще не имели опыта осуществления деловых контактов в коммерческой деятельности. Ввиду того что эти лица весьма часто несли убытки из-за этой своей неопытности, им, согласно закону Летория (*Lex Laetoria*, имеющему приблизительную датировку между III–II вв. до н.э.), предоставлялось несколько правовых преференций. Важнейшая из них заключалась в предоставлении такому молодому человеку права просить претора о назначении себе попечителя, с тем чтобы он своими советами и поддержкой обеспечил безопасное ведение юношей своих коммерческих дел, гарантирующее защиту от возможных мошеннических действий недобросовестных контрагентов.

С течением времени такие назначения попечителя над совершеннолетними лицами, не достигшими 25 лет (*cura minorum*), превратились в массовую практику, ввиду чего император Марк Аврелий (II в.) установил императивную норму, предписывавшую назначение попечителя для молодых людей, не достигших 25 лет, в любом случае, независимо от того, испрашивали они это или нет.

РАЗДЕЛ V

ВЕЩНЫЕ ПРАВА

В результате изучения данного раздела студент
будет знать:

- особенности понимания вещного права и вещно-правовых отношений в римском частном праве;
- понятие «вещь» и виды вещей в римском частном праве;
- отличительные характеристики каждого вида вещей;
- правовые последствия классификации вещей на отдельные виды;
- понятие «владение» и структуру владения;
- роль института владения в римском частном праве;
- виды владения;
- условия приобретения владения и условия его прекращения;
- правовые средства защиты владения;
- понятие «собственность»;
- виды права собственности;
- способы приобретения права собственности и их отличительные характеристики;
- правовые средства защиты права собственности;
- понятие прав на чужие вещи;
- виды прав на чужие вещи и их отличительные характеристики;
- понятие «сервитуты»;
- виды сервитутов в римском частном праве и особенности регулирования их установления и защиты;
- понятие долгосрочной аренды и ее виды;
- особенности защиты интересов арендаторов;
- понятие и виды залога в римском частном праве;
- особенности регулирования защиты интересов залогодателей в рамках различных видов залога;

будет уметь:

- анализировать источники римского права, регулирующие вещно-правовые отношения;
- проводить сравнительно-правовой анализ критерииев классификации видов вещных прав в римском частном праве;
- проводить правовой анализ условий приобретения и прекращения владения;
- проводить сравнительно-правовой анализ различных способов владения в римском частном праве;

- использовать методы защиты владения, разработанные в римском частном праве, для урегулирования владельческих правоотношений из практики римского хозяйственного оборота;
- анализировать различия между видами права собственности;
- проводить сравнительно-правовой анализ оснований возникновения (способов приобретения) собственности в римском частном праве;
- проводить сравнительно-правовой анализ способов защиты права собственности в римском частном праве;
- использовать виды (способы) права собственности, разработанные в римском частном праве, для урегулирования собственнических правоотношений из практики римского хозяйственного оборота;
 - анализировать различия между основными видами прав на чужие вещи в римском частном праве;
 - анализировать условия установления (возникновения) отдельных видов прав на чужие вещи;
 - анализировать средства защиты прав на чужие вещи в римском частном праве;
 - использовать средства защиты прав на чужие вещи для урегулирования конкретных правоотношений из римской хозяйственной практики;

будет владеть:

- методами анализа источников римского частного права, регулирующих вещно-правовые отношения;
- методами сравнительно-правового анализа регулирования отдельных институтов вещного права;
- навыками применения норм вещного права для урегулирования конкретных правоотношений из практики римского хозяйственного оборота.

ГЛАВА 1 ВЕЩИ И ВИДЫ ВЕЩЕЙ

Регулирование распределения имущественных благ, прежде всего вещей, является одной из главных задач гражданского права. Инструментом такого распределения являются субъективные вещные права, предоставляющие лицу юридическое господство над вещью.

Как известно, на практике могут быть различные степени такого господства и, соответственно, различные виды вещных прав. Основными институтами вещного права, известными еще со времен Древнего Рима, являются: владение (*possessio*), право собственности (*proprietas, dominium*) и права на чужие вещи (*jura in re aliena*). В совокупности все три указанных вида прав образуют вещное право как совокупность норм, регулирующих отношения между людьми по поводу присвоения вещей. Рассмотрению выше указанных трех видов вещных прав будут посвящены последующие главы.

В римском праве отсутствует определение вещного права. И в Институциях Гая, и в *Corpus juris civilis* Юстиниана частное право делится на право, относящееся к вещам (*jus quod ad res pertinet*), и право, относящееся к искам (*jus vel ad actiones pertinet*).¹ Данная классификация не соответствует современной классификации имущественных прав на вещные и обязательственные. К вещным правам (правам на вещь) относятся такие права, которые предоставляют его носителям возможность прямого (непосредственного) воздействия на вещь, т.е. вещь является предметом права. В случае обязательственных прав у лица нет непосредственного права на вещь – у него есть право требовать от другого лица предоставление вещи, т.е. объектом права является действие другого лица.

Содержание *jus quod ad res pertinent* включало все правовые нормы, регулирующие имущественные отношения между людьми (т.е. являлось аналогом современного имущественного права).

В то же время в рамках *jus quod ad res pertinent* можно выделить две особые группы норм: *jura in re*, или право на вещи, и *jura in persona*, или право на личность. Таким образом, в римском частном праве уже были разграничены права на вещи от прав обязательственного характера, хотя такое разграничение не было строго формализовано в форме отдельных правовых институтов.

В римском термине (*res*) понятие «вещь» имело широкое значение и включало не только вещи в обычном смысле (как материальные предметы), но и юридические отношения и права.

¹ Гай 2.2.

Так, Гай разделял вещи на телесные, или осязаемые (*corporales*), и бестелесные (*incorporales*)¹. К последним можно отнести, например, наследство, обязательство.

Классификация телесных, или осязаемых, вещей включала следующие их виды:

- движимые и недвижимые вещи;
- *res mancipi et res nec mancipi*;
- заменимые и незаменимые вещи (вещи родовые и индивидуальные);
- вещи делимые и неделимые;
- вещи простые, составные и собирательные;
- главные вещи и принадлежности;
- плодоприносящие вещи и плоды;
- вещи в обороте и вещи вне оборота;
- вещи в частной собственности и вещи вне частной собственности.

Движимые и недвижимые вещи

К движимым (*res mobilis*) относились вещи, которые могли изменять свое положение в пространстве без потери своего функционального назначения и уменьшения своей ценности. В рамках движимых вещей различались те, что не двигались сами, но которые можно было привести в движение посторонним воздействием (мебель, домашняя утварь), и вещи, которые могли двигаться сами (скот и рабы).

Недвижимыми (*res immobilis*) являлись вещи, положение которых в пространстве нельзя было бы изменить без потери их функциональной сущности. Недвижимостями считались, в первую очередь, земельные участки и все то, что было тесно соединено с землей (постройки, зеленые насаждения, посевы). Все, что было посеяно и посажено на земле, имело собирательное имя — *superficies* (земная поверхность), и действовало правило: *superficies solo credit*. Согласно ему, все, что находилось на земле, принадлежало собственнику земли.

Правовыми последствиями разделения вещей на движимые и недвижимые являлись различия в регламентации прав на эти две различные группы вещей.

Res mancipi et res nec mancipi

Деление вещей на *res mancipi et res nec mancipi* было характерно для старого и классического римского права.

Сам термин «*res mancipi*» отражает наличие процедуры *mancipium* (манципации) при отчуждении определенных вещей. Сущность ман-

¹ Гай 2.12–14.

ципации заключалась в совершении специальных торжественных процедур с использованием медного бруска и весов перед магистратом. Таким образом, *res mancipi* (манципируемые вещи) – это те объекты, введение которых в правовой оборот производилось в специальных и освященных формах, доступных лишь римским гражданам. Круг *res mancipi* охватывал самые важные вещи хозяйственного оборота, в том числе земельные участки (городские и сельские), находившиеся в Италии; построенные на них дома и земельные сервитуты; рабов и рабочий скот.¹ Как указывал римский юрист Ульпиан, все прочие вещи являлись неманципированными (например, слоны и верблюды, так как они относятся к диким животным, т.е. неприрученными неспособным следовать команде хозяина).

Особая хозяйственная значимость определяла и особый сложный порядок перехода на них и права собственности, т.е. использование выше охарактеризованного особого торжественного ритуала (*mancipium*, получившего в классический период название *mancipatio*).

К *res nec mancipi* относились все другие вещи хозяйственного оборота, в том числе провинциальные (неитальянские) земли и все движимые вещи, включая мелкий скот, мебель, продовольствие и т.д. Для отчуждения вещей *res nec mancipi* было достаточно их простой передачи (*traditio*).

Деление вещей на *res mancipi* et *res nec mancipi* потеряло свое значение только в классическую эпоху.

Заменимые и незаменимые вещи

Деление вещей на заменимые и незаменимые определяло как ответственность за случайно утраченную вещь, так и природу отдельных правовых отношений. В случае заменимых вещей должник был обязан возвратить долг, пока существовала хотя бы одна вещь данного рода. В случае незаменимых вещей он освобождался от обязательств, если вещь была утрачена без его вины.

Заменимыми вещами являлись те вещи, которые стороны сами определили как заменимые. Аналогично определялись и незаменимые вещи. Таким образом, воля сторон определяла характер вещи. В том случае, когда не было волеизъявления сторон по данному вопросу, заменимость или незаменимость регулировалась при помощи определенных критериев, в том числе:

1) заменимыми были такие вещи, которые определялись *in genere*, т.е. родовые вещи (деньги, сырье, продукты массового производства);

¹ Гай 2.14а; 1.120.

2) к незаменимым относились вещи, определенные *in speciae*, т.е. вещи, индивидуализированные по особым характеристикам, так что можно было точно установить, о каком предмете идет речь.

В тех случаях, когда вышеуказанные критерии не позволяли четко дифференцировать заменимые и незаменимые вещи, использовалось другое правило. Согласно ему, к заменимым относились такие вещи, которые в ежедневном имущественном обороте можно было определить через их количество (число, вес, объем), а к незаменимым, соответственно, относились те вещи, которые были полностью индивидуализированы.

Особым вариантом классификации вещей на заменимые и незаменимые являлось их разделение на потребляемые (*res consumptibles*) и непотребляемые (*res non consumptibles*). Потребляемыми были те вещи, которые прекращали существование даже в случае их однократного использования (например, продовольствие, деньги). Соответственно, к непотребляемым относились вещи, которые можно было длительно (многократно) использовать, т.е. которые медленно изнашивались в процессе потребления (например, драгоценности).

Вещи делимые и неделимые

К делимым вещам относились вещи, которые не меняли своей ценности и своего исходного качества в результате разделения на отдельные части, т.е. каждая более мелкая часть представляла прежнее целое, только в меньшем масштабе. Так, на практике к делимым вещам относились земельные участки, построенные на них здания, сырье и материалы однородной структуры (например, песок, камни).

Соответственно, неделимыми были те вещи, которые нельзя было разделить, не уничтожив их или не повредив (например, драгоценные и ювелирные изделия).

Вещи простые, составные и собирательные

Простые вещи – это предметы, которые представляют собой природное и физическое целое (например, раб, камень, бревно), т.е. простые вещи – это органическое соединение элементов.

Составные (сложные) вещи – это механическое соединение элементов. Это означает, что вещь состоит из нескольких связанных между собой вещей (например, здание, корабль, шкаф), т.е. такие вещи являются искусственным единством, созданным человеческим трудом.

Собирательные вещи состоят из предметов, которые сохраняют свою индивидуальность, но одновременно являются составными частями одного целого (например, улей, легион, стадо, народ, склад, та-

верна). В данном случае существует конгломерат вещей, который воспринимается как самостоятельное целое и является единым объектом вещно-правовых отношений.

Дифференциация вещей на простые и составные имела правовое значение. Так, отчуждение части составной вещи не означало отчуждение целого; в то же время каждая составная часть сложной вещи разделяет правовую часть целого.

Главные вещи и принадлежности

Деление вещей на главные вещи (*principale*) и принадлежности (*accessorium*) возникало при решении вопроса собственности на составную вещь. Поэтому сделки с составной вещью имеют правовые последствия для ее частей.

В этой связи существует правовая проблема: какую вещь считать главной, а какую — принадлежностью. Наиболее четко данная проблема решалась только по отношению к земле и земельным *superficies* (*superficies solo cedet*). Одновременно в других случаях главной вещью являлась та часть составной вещи, которая содержала в себе признаки целой вещи, а ее принадлежностями считались те составные части главной вещи, при помощи которых она реализовывала свои хозяйствственные функции (например, корабль — паруса и весла).

Одновременно, части составной вещи в некоторых случаях могут быть объектом самостоятельных правоотношений, не связанных с судьбой составной вещи. Например, ключи и замки являются составной частью здания, но их можно отделить и продать отдельно от здания. С этой точки зрения, здание является главной вещью, а его составная часть — ключи и замки — принадлежностью (*accessorium*).

В то же время в отдельных случаях при трудностях определения главной вещи и принадлежности использовался критерий: *quid cui servit* — что чему служит¹. Примером такого случая является замок и ключ.

Что касается вещей, состоявших из отдельных частей, то принадлежностями являлись все отдельные второстепенные вещи, которые можно было передать собственнику без повреждения главной вещи. Например, книжный шкаф с книгами.

Плодоприносящие вещи и плоды

Под плодами (*fructus*) понимались все блага, которые являлись результатом плодоприносящей вещи. А плодоприносящей вещью являл-

¹ D. 18.1.1.

ся каждый предмет, который в силу своей природы или в результате хозяйственного использования мог создавать определенные полезные для людей блага.

Плоды, появившиеся от плодоносящих вещей под действием законов природы и в результате приложения человеческого труда, назывались естественными плодами (*fructus naturales*). По общему правилу, естественные плоды становились собственностью добросовестного владельца (собственника) плодоносящей вещи.

Но в некоторых случаях и определенные несобственники могли иметь некоторые права на присвоение природных плодов. В связи с этим было необходимым определить особые варианты такого присвоения.

Поэтому вся совокупность плодов подразделялась на следующие виды:

- плоды, еще не отделенные от плодоносящей вещи (*fructus pendentes*);
- плоды, уже отделенные от плодоносящей вещи (*fructus separati*);
- плоды, уже собранные и потребленные (*fructus perempti*, *fructus consumpti*).

Правовое значение указанной классификации заключалось в различном правовом режиме этих видов плодов. Так, при виндикации плодоносящей вещи ее собственником еще не отделенные плоды всегда принадлежали данному собственнику. Если плодоносящая вещь находилась у несобственника (арендатора), то он мог иметь право на получение плодов. Если же отделение плодов в указанном случае произведено третьим лицом (например, вором), то они являлись собственностью собственника вещи.

Собственность на плоды, собранные, но не потребленные, зависела от права собственности на плодоносящую вещь.

Особым вариантом плодов являлись плоды цивильные, т.е. доходы, полученные от сдачи вещи в аренду; проценты, получаемые с капитала; земельная рента. Все такие доходы являлись собственностью лиц, которым принадлежали соответствующие ресурсы, принесшие указанные доходы.

В то же время не считались плодами земельного участка деревья, полезные ископаемые, сокровища.

Вещи в обороте и вещи вне оборота (*res in commercio et extra commercium*)

Вещами в обороте являлись все вещи, находившиеся в частной собственности и бывшие объектами сделок между отдельными лицами.

Вещами вне оборота являлись вещи, которые в силу своих природных качеств или особого назначения не могли быть объектами частноправовых отношений (например, воздух, текучая вода, моря). Особой

разновидностью внеоборотных вещей являлись и публичные вещи (*res publicae*). Примерами таких вещей являлись общественные здания, защитные укрепления, имущество общин городов, публичные дороги и реки. Их единственным собственником являлся римский народ.

Вещи в частной собственности и вещи вне частной собственности

В Древнем Риме определенные виды вещей не могли быть предметом частной собственности, так как были предназначены для общего потребления всеми гражданами. К ним относились следующие категории вещей:

- вещи, посвященные высшим богам – *res sacre* (храмы, культовые предметы, храмовый инвентарь);
- близкими по статусу к *res sacre* были и *res sanctae* (вещи, предназначенные для обороны города, как-то: городские стены, городские ворота);
- вещи, необходимые для функционирования государства и жизни его граждан, в том числе общественные реки, общественные дороги, пристани, общественная почта, общественные бани, стадионы и др.;
- вещи, необходимые для деятельности различных самоуправляющихся единиц (*res universitatis*) и находившиеся в их собственности;
- вещи, которые в силу своей природной сущности или количества нельзя было присваивать частным образом. К ним относились вещи, общие для всех, как-то: воздух, текучая вода, море, морской берег.

Соответственно, объектами частного присвоения (*res in patrimonio*, *res privatae*) были все другие вещи, не относившиеся к выше указанным группам. Они, в свою очередь, делились на отдельные виды, в зависимости от того, имелся ли у них в данный момент хозяин, а также в зависимости от того, были ли они выброшены хозяином или утеряны.

На основе выше указанных критерииев выделялись следующие виды вещей:

- вещи, имевшие хозяина и находившиеся в его владении (*res in bonis*);
- вещи, выброшенные хозяином без намерения их дальнейшего использования (оставленные вещи – *res derelictae*);
- вещи, которые хозяин желал удерживать, но потерял их или они были у него незаконно отняты (потерянные вещи – *res depergitae*);
- вещи, которые могли быть предметом присвоения, но пока еще не были никем присвоены – *res nullus* (дикие животные, птицы, рыбы)¹.

¹ D. 41.1.31.1; Гай 2.9.

ГЛАВА 2

ВЛАДЕНИЕ (POSSESSIO)

§ 1. Понятие владения и элементы владения

Владение исторически предшествовало формированию института права собственности. Под владением понималось (как и в современном праве) право фактического (реального) господства лица над вещью. Это господство могло выражаться в непосредственной связи лица с вещью (например, лицо стоит на земле или держит вещь).

Но такая непосредственная связь должна была иметь постоянный характер, так как только в таком случае она получала правовую защиту от посягательств других лиц.

В то же время для юридического признания фактического обладания ею необходимо было **наличие двух условий**: первое – наличие у лица самой вещи (*corpus*), второе – наличие у лица волевой (субъективной) установки владеть, обладать вещью (*animus posidendi*). Это означает, что у лица присутствует воля вступить в контакт с вещью для начала владения. Таким образом, подчеркивалась волевая (правовая) природа владения. В связи с этим римский юрист Павел отмечал, что безумный и малолетний без одобрения опекуна не могут начать владеть, так как у них отсутствует желание обладать, даже если они осуществляют телефонный контакт с вещью¹.

Из вышесказанного вытекает невозможность одновременного господства над вещью несколькими лицами, но одно и то же лицо может одновременно владеть множеством отдельных вещей.

Отсутствие у лица *animus posidendi* превращало лицо в **держателя вещи**. Держание (*detentio*) не признавалось владением, кроме случаев, когда такое держание осуществлялось подвластным лицом (например, аренда земельного участка или жилья).

Владение в римском праве являлось, с одной стороны, одним из прав триады прав собственников (права владения, пользования, распоряжения), а с другой стороны, самостоятельным правовым институтом, независимым от института собственности и охранявшимся особыми средствами защиты.

Римский юрист Павел отмечал, что существует столько родов владения, сколько и правовых оснований приобретения того, что не является нашим².

¹ Павел 54 ad ed., D. 41.2.1.3.

² Павел 54 ad ed., D. 41.2.3.6.

§ 2. Виды владения

В римском частном праве различалось **несколько видов владения**, в том числе:

- **цивильное (титульное) владение** (*possessio civiles*);
- **беститульное или естественное владение** (*possessio naturales*);
- **доброповестное владение** (*possessio bonae fidei*);
- **преторское владение** (*possessio ad interdicta*).

Цивильное (титульное) владение (*possessio civiles*)

Титульное (цивильное) владение возникало на основе правового основания (титула) владения (*iusta causa possessionis*). Титулами являлись давность владения (*usucapio*) и совпадение владения и собственности (лицо владеет как своим). В этом случае цивильный владелец должен быть самостоятельным лицом и у него должно быть намерение приобрести вещь в собственность (такое намерение присуще не всем владельцам). Как отмечал Ульпиан, владение «как своим» означает, что лицо считает, что приобретает право собственности на вещь¹. В этом случае приобретение владения и собственности совпадают. Владение как своим (*possessio pro suo*) противопоставлялось владению как чужим (*possessio pro alieno*), т.е. держанию, или порочному владению, например, когда вещь находится у вора или грабителя.

Так как цивильное владение возникло еще в архаический период Рима, чаще всего оно являлось владением домовладыки на себя, на свое имя.

Беститульное или естественное владение (*possessio naturales*)

Беститульное (естественное или посредственное) владение — это такой тип владения, когда у лица отсутствовало намерение приобрести вещь в собственность. В этом случае имело место фактическое осуществление владения за других лиц. Основанием такого владения часто была экономическая зависимость. В этом случае это было фактическим владением за других лиц. Римское право не признавало *possessio naturales* владением и квалифицировало его как держание. В этом случае право не признавало за держателем наличия воли владеть вещью на себя.

Основными вариантами такого беститульного владения были владение залогового кредитора, владение арендатора и поклажепринимателя. Как отмечал Гай, владение залогом является правовым, но оно не дает права на иск². Зависимое положение беститульного владельца проявлялось в том, что такие отношения владения могли быть прекращены в любой момент по воле тех лиц, которые передали имущество

¹ Ульпиан 67 ad ed., D. 41.2.4.

² Гай 4.153.

данным владельцам. Например, лицо, сдавшее вещь на хранение (поклажедатель), могло изъять эту вещь обратно по своей воле. Таким образом, в этом случае владение было не для себя, а для других. В связи с этим некоторые исследователи квалифицировали данный вид владения как аномальный.

Добросовестное владение (*possessio bonaे fidei*)

Добросовестное владение (*possessio bonaе fidei*) противопоставлялось недобросовестному (*possessio malaе fidei*). Добросовестным владельцем являлось лицо, которое, сознавая отсутствие у него прав собственника, в то же время достаточно уверенно полагало, что его владение не приносит вреда никаким другим лицам. Добросовестный держатель вещи в момент установления держания не знал и не мог знать, что титул на приобретаемую вещь лишен правовой силы. В то же время *possessio malaе fidei* возникала в том случае, когда держатель вещи уже в момент приобретения ее знал или мог узнать, что получил вещь, принадлежащую определенному лицу. Только добросовестный приобретатель мог в дальнейшем приобрести право собственности на вещь на основе давности приобретения (*usucapio*).

Кроме указанного выше права добросовестного владельца на приобретение права собственности по давности, владельцы *bonae fidei* имели также право на приобретение плодов вещи (на основе *separatio*) и расходование их для своей пользы. В постклассическом праве они уже должны были возместить собственнику все плоды, не использованные до момента их расходования.

Владельцы *malaе fidei* не имели ни одного из перечисленных выше полномочий владельцев *bonae fidei*. Но в постклассический период они получили право требовать защиты своего владения как от лиц, не являющихся собственниками, так и от самих собственников. В последнем случае они получали защиту тогда, когда собственник пытался отнять владение неправомерным способом (а под правомерным способом понималась *rei vindicatio*).

Преторское владение (*possessio ad interdicta*)

Преторское владение возникло на основе интердиктов, представлявшихся претором лицам для защиты их владения. Такая защита предоставлялась любому лицу, осуществлявшему фактическое господство над вещью при наличии у него самой вещи (*cogpisi possidendi*) и намерения быть владельцем (*animus possidendi*). Такое владение могло осуществляться как лично данным лицом, так и через посредников. В этом случае не принималось во внимание, являлось ли владение законным или незаконным в отношении других лиц. Таким образом, фактическое владение признавалось претором основанием возникновения права владения.

Главное различие между простым, или естественным, держанием и интердиктным владением заключалось в регулировании защиты лиц. Лица, владевшие от чужого имени, не имели никакой особой правовой защиты (кроме той, которую они могли требовать от собственника вещи, в чьих интересах они осуществляли держание). В то же время владение на основе интердикта осуществлялось от своего имени (от имени владельца), и оно защищалось, как было уже сказано, особыми средствами преторской защиты – преторскими интердиктами. В результате преторское владение защищалось в том числе и от собственника в том случае, если он намеревался передать владение другому лицу.

В отдельных случаях интердиктами были защищены и держатели от чужого имени. Общим основанием для этого были особые свойства их полномочий. К указанным исключениям относились: держание на основании долгосрочного договора аренды земли; на основе договора о *pignis* (залога); на основе узуфрукта. Такой вид держания получил в дальнейшем в юридической литературе название производного владения и рассматривался как переходный вариант владения от чистого держания к интердиктному.

§ 3. Условия приобретения владения

Владение могло приобретаться самостоятельно самим лицом, которое желает владеть предметом, или через других лиц.

В первом случае имели место первоначальные способы (основания) приобретения владения, а во втором случае – производные способы (основания).

При этом общим условием приобретения владения во всех случаях являлась правоспособность приобретателя.

Первоначальные способы приобретения означали, в соответствии с высказыванием Павла, что «мы приобретаем владение через нас самих»¹. В этом случае у лица-приобретателя были в наличии одновременно сама вещь и воля быть владельцем. Если же владение возникало на основе передачи владения от предшествовавшего владельца другому лицу, то это квалифицировалось как производное владение.

К первоначальным способам приобретения владения относился захват (*occupatio*). В этом случае владение устанавливалось с момента фактического захвата, т.е. установления над ней фактического контроля.

Наиболее часто владение на основе такого способа возникало при приобретении никому не принадлежащих вещей (*res nullius*) и диких животных (*ferae bestiae*). Лицо становилось владельцем в случае захвата

¹ D. 41.2.1.2.

вещи в руки или поимки животных. Таким образом, доказательством владения в этом случае было фактическое господство лица над вещью.

Производным способом возникновения владения являлась передача вещи (*traditio*). Различалось три вида передачи:

- *traditio longa manu* (передача длинной рукой);
- *traditio brevi manu* (передача короткой рукой);
- *traditio symbolica* (символическая передача).

Traditio longa manu (передача длинной рукой)

Traditio longa manu (передача длинной рукой), или абстрактная передача вещи заключалась в том, что прежний владелец только указывает на вещь приобретателю и заявляет, что передает ему данную вещь во владение. Например, при отчуждении недвижимости считалось достаточным для передачи участка просто показать его покупателю с соседней башни.

Traditio brevi manu (передача короткой рукой)

Traditio brevi manu (передача короткой рукой) означала, что держатель вещи с согласия прежнего владельца становился владельцем этой вещи. Указанным способом владение чаще всего возникало в случае покупки нанимателем вещи у наймодателя, т.е. владение возникало на основе голой воли собственника.

Traditio symbolica (символическая передача)

Traditio symbolica (символическая передача) являлась основанием для возникновения владения в случае передачи ключей от склада, где находились проданные товары, от продавца этих товаров к покупателю. С передачей ключей владение товарами, сложенными в складах, перешло немедленно к покупателю, даже если он и не откроет этих складов.

В некоторых случаях, кроме вышеуказанных основных, могли использоваться и другие способы приобретения владения:

– **Constitutum possessorium.** Его спецификой было то, что владелец, передав другому лицу вещь во владение, в то же время удерживает ее у себя уже на другом основании (например, как наниматель, или ссудо-приниматель, или на основании узуфрукта).

– **Самовольный захват** владения. В этом случае какое-либо постороннее лицо завладевало вещью (например, земельным участком) в отсутствие и без ведома владельца. Данное лицо могло приобрести владение только в том случае, если прежний владелец, получив известие о захвате, не оспаривал его. В то же время если подвластным вытесненному владельцу земельного участка удавалось удержаться на нем, то в этом случае лицо сохраняло свое владение.

– **Приобретение владения через других лиц.** Такое основание приобретения владения обосновывалось Павлом тем, что приобрести владение можно, только если есть самостоятельная воля владеть. Но что касается фактической стороны владения, то она может осуществляться как самими этими лицами, так и посторонними.

Таким образом, постороннее лицо могло приобрести владение для другого или само сделаться владельцем для дальнейшей передачи вещи другому. Но в этом случае было необходимо, чтобы постороннее лицо, приобретающее владение, уже фактически господствовало над вещью и имело намерение и изъявило волю приобрести владение для другого лица (например, на основе поручения другого лица).

Приобретение владения через любых третьих свободных (посторонних) лиц получило окончательное признание в эпоху классической юриспруденции.

§ 4. Прекращение владения

В римском праве различались добровольное прекращение (утрата) и недобровольное прекращение (утрата владения).

Добровольное прекращение (утрата) имело место, когда лицо отказывалось по своей воле от намерения владеть и одновременно прекращало фактическое господство над вещью.

Недобровольное прекращение (утрата владения) происходило в результате потери фактического господства над вещью. При этом требовалось, чтобы указанная потеря господства над вещью являлась конечным результатом длительного процесса ослабления владельческого контроля. Поэтому не возникало потери владения в результате случайной потери вещи, но если владелец земельного участка пренебрегал его обработкой (в силу небрежности или длительного отсутствия), то это влекло за собой прекращение владения.

Одновременно владение прекращалось, если постороннее лицо путем насилия завладевало земельным участком.

Поэтому условием сохранения владения, избежания его потери было хозяйственное использование вещи и охрана ее от похищения и других способов насильственного изъятия.

Владение также прекращалось в случае смерти владельца. Наследники, чтобы получить владение, должны были установить фактический контроль над вещами, оставленными наследодателем.

В тех случаях, когда вещь оказывалась у постороннего лица, владение прекращалось как по воле владельца, так и вследствие его смерти, а также при гибели вещи.

§ 5. Защита владения

Особенности защиты владения определялись тем, что владение было особым вещным правом, которое защищалось против всех, в том числе и собственника вещи. Средством защиты были приказы претора – интердикты (interdictum). Интердикты представляли собой администра-

тивные акты, т.е. защита владения имела внесудебную форму. В этом случае претор не принимал во внимание никаких правовых обоснований претензий сторон из спора о владении вещью. Речь не шла о выяснении правового основания владения. Задача претора заключалась в том, чтобы обеспечить защиту существующего фактического господства лица над вещью путем предоставления юридической защиты. Такая защита являлась посессорной, т.е. не нужно было выяснить вопрос о праве (в отличие от петиторной защиты) – для получения защиты владения нужно было установить факт владения вещью и факт его нарушения.

Такой подход упрощал защиту владения. В то же время если в дальнейшем выяснялось, что владение присуждалось лицу неуправомоченному, то те, кто имел право на вещь, мог предъявить свой собственный иск с целью истребования (виндикации) вещи у фактического владельца.

Использовались три вида владельческих интердиктов:

- **интердикты для удержания** существующего владения (*interdicta retinendae possessionis*);
- **интердикты о восстановлении** владения, т.е. о его возвращении в случае насильственной или тайной утраты (*interdicta recuperendae possessionis*);
- **интердикты о приобретении** (установлении) владения впервые (*interdicta adipiscendae*). Эти интердикты являлись по своей правовой сущности квазивладельческими, так как с их помощью не осуществлялась защита владения. Но данный интердикт давал возможность лицу, получившему владение на основе преторского интердикта, вытеснить прежнего владельца от обладания вещью.

Интердикты для удержания (*interdicta retinendae possessionis*) использовались для защиты владения как движимыми, так и недвижимыми вещами¹. В связи с этим различались интердикты для движимых вещей (*interdictum utrubi*) и интердикты для недвижимости (*interdictum uti possidetis*). При этом последний из указанных интердиктов возник в более ранний исторический период.

В случае индердикта *uti possidetis* претор закрепляет существующее положение относительно владения вещью и запрещает его насильственное изменение в будущем. Условием такой интердиктной защиты было отсутствие порочности фактического владения (т.е. его непротиворечие существующим правовым формам).

На основании просьбы владельца претор приказывал нарушителю владения прекратить насилие. Если нарушитель владения не подчинялся приказу, то его принуждали к выполнению интердикта посредством преторской стипуляции.

¹ D. 43.17.1.

Зашиту владения движимыми вещами при помоши interdictum utrubi мог получить владелец вещи, провладевший ею большую часть последнего года с момента издания интердикта (т.е. интердикт охранял не фактическое владение во время издания приказа претором). Таким образом, получал защиту тот владелец, который владел предметом спора в течение более длительного периода времени, чем другая сторона¹. Но более продолжительное владение являлось основанием для его защиты только при отсутствии порочности. Оба указанных интердикта римские юристы именовали запретительными, имея в виду, что в обоих случаях претор, обращаясь к обеим сторонам, запрещал применять насилие против фактического владения и владельца.

Интердикты о восстановлении владения (interdicta recuperendae possessionis), или рекуперативные интердикты.

Эти интердикты назывались простыми, они являлись условным приказом, обращенным только к одной стороне (ответчику) и содержали требование возвратить неправомерно отнятое имущество.

Данная группа преторских приказов включала два интердикта – interdictum unde vi и interdictum de precarium.

Interdictum unde vi предоставлялся для восстановления владения недвижимостью (земельным участком) в случае его насильственного захвата.

Право на иск в этом случае имело любое лицо, которое утратило в результате насилия юридическое владение земельным участком, а ответчиком – тот, кто насильственно изъял данный земельный участок. При этом не имело значения, продолжал ли насильник сохранять владение или же утратил его. Интердикт предписывал немедленное возвращение владения и возмещение убытков в форме штрафа, равного величине стоимости вещи.

Interdictum de precarium применялся для возврата движимых и недвижимых вещей, предоставленных во временное пользование. Основанием для данного интердикта являлось нежелание прекариета возвращать предмет, предоставленный во временное пользование. При этом исход спора зависел от того, действительно ли держатель был прекариетом лица, получившего к нему интердикт².

В римском праве интердиктная защита владельцев обеспечивала эффективную защиту права собственности. Это было связано с тем, что при помоши интердиктов собственники, которые, как правило, были и владельцами своих вещей, получали более быструю и простую защиту владения, а косвенно и защиту своей собственности. Это име-

¹ Гай 4.15.4a.

² D. 43.16.2.

ло особенно большое значение для защиты интересов крупных землевладельцев (собственников латифундий).

Что касается бестелесных вещей (права), то они, в соответствии с классическим римским правом, не могли быть предметом владения. Но с развитием отношений по долгосрочной аренде земли и особенно сервитутных отношений (т.е. когда не было владения чужими вещами ни *sorore*, ни *animo*) началось развитие воззрений о **владении правом (quasi possessio)**. По аналогии с владением материальной вещью развивалась точка зрения, что владение правом принадлежит лицам, которые стремились пользоваться каким-либо правом в своих интересах и фактически пользовались ими. В этом случае если какое-либо лицо изъявляло желание пользоваться чужим правом, то это квалифицировалось как желание обладать вещью. Само же пользование данным правом трактовалось как фактическая власть над материальным предметом. Таким образом, квазивладение было постепенно уравнено по статусу с владением материальными вещами.

Кроме интердиктов, претор для защиты добросовестного владельца использовал такое специальное средство защиты, как Публицианов иск (*actio in rem Publiciana*). Такой иск могло получить лицо, которое добросовестно владело определенным имуществом, но формально не могло приобрести вещь во владение по давности в силу того, что давностный срок еще не истек. В этом случае претор в форме иска предписывал судье исходить из предположения, что лицо уже провладело вещью требуемый давностный срок и, таким образом, приобрело право собственности.

По общему правилу, защита добросовестного владельца с помощью *actio Publiciana* была возможна только против недобросовестных владельцев. Соответственно, данный иск не предоставлял защиты против собственника или другого добросовестного владельца.

Данный иск формально не относился к владельческим средствам защиты. По своей правовой сущности он являлся средством защиты права, т.е. петиторным средством.

ГЛАВА 3 ПРАВО СОБСТВЕННОСТИ (DOMINIUM, PROPRIETAS)

§ 1. Понятие собственности

Право собственности наиболее полно выражает права субъекта на какую-то вещь, т.е. высшую степень господства лица над вещью. Это связано с тем, что собственник может по своей воле распоряжаться вещью как отчуждая ее, так и уничтожая в некоторых случаях. Наряду с

этим собственник имеет возможность защищать от третьих лиц свое право на вещь посредством различных правовых инструментов. Право собственника не имеет никаких ограничений в отношении вещи, кроме тех, которые установлены законом в общественных интересах.

Право собственности является центральным институтом во всех правовых системах. Его становление в Древнем Риме происходило в течение длительного периода времени.

В архаичный (доклассический) период Рима не существовало общего понятия собственности. В то время для обозначения собственности использовались перечисления отдельных полномочий лица, что выражалось словами *habere* и *possidere*. Таким образом, фактически частная собственность не отделялась от владения.

Институт частной собственности в Древнем Риме развился из права собственности на землю. Частной собственности на землю исторически предшествовала общественная собственность племен, родов и семьи. По-степенно, по мере расслоения римского общества, шло становление трех форм собственности на землю: государственной, общинной и частной. При этом частная собственность возникала в форме крупных земельных владений (латифундий), принадлежавших богатым патрициям, захватывавшим общинные земли. Кроме того, богатые римляне получали земельные наделы из государственного земельного фонда (*ager publicus*).

Первоначально в римском праве не было специального термина для обозначения собственности. Для этого использовался термин «*dominium*», который охватывал не только собственнические правомочия в отношении вещей, но и правомочия личной природы, например права на супругу. Поэтому термин «*dominium*» отражал любую власть, которую имел *pater familias* как глава семьи. Такое право называлось «*dominium ex jure Quiritium*». К концу классического периода (III в. н.э.) для обозначения частной собственности появился специальный термин «*proprietas*», который характеризовал высшую степень господства субъектов над вещами.

Наряду с возникновением частной собственности на основе права квиритов, шло становление бонитарной собственности и права собственности перегринов, которые будут охарактеризованы ниже.

Классические юристы понимали собственность как неограниченное и исключительное господство лица над вещью: *proprietas est plena in re potestas*.

Римские юристы не были едины в том, что касается анализа структуры права собственности. Так, например, Ульпиан резко возражал против любых попыток разложить право собственности на отдельные полномочия и высказывался за единое право собственности¹. В то же

¹ Ulp. Reg. 19.5.

время большинство классических юристов придерживались точки зрения о том, что собственнику принадлежат три группы правомочий: *jus utendi* (право пользования вещью), *jus fruendi* (право извлечения плодов и доходов), *jus abutendi* (право распоряжения).

Кроме указанных правомочий, право собственности могло включать также *jus possidendi* (право владеть вещью) и *jus vindicandi* (право истребовать вещь из рук каждого фактического обладателя, как владельца, так и держателя).

Приведенный перечень полномочий собственника не являлся исключительным, так как круг таких полномочий определялся, как было отмечено выше, неограниченным и исключительным правовым господством лица над вещью.

Указанные правомочия собственника были очень широкие. Они имели право поступать с собственными вещами по своему желанию и употреблять их для тех целей, которые выбрали сами. Кроме того, собственники имели право не допускать третьих лиц к своим вещам.

В то же время власть собственников над вещами никогда не была абсолютной. Так, уже в древние времена римское право определяло границы власти отдельных собственников с целью защиты общественных интересов и реализации права собственности другими лицами. В конечном счете это нашло отражение в следующей норме римского права: *proprietas est jus utendi, fruendi, abutendi re sua, quaetenus juris ratio patitur* (собственность является правом употреблять вещь, пользоваться ее плодами и распоряжаться собственной вещью, поскольку это допускает правовой порядок).

Всю совокупность ограничений прав частных собственников можно разделить на следующие группы:

– **ограничения, установленные Законами XII таблиц**, в том числе:
а) мелкие землевладельцы обязаны оставлять границу в два с половиной фута, которые не имели права обрабатывать; б) такую же границу обязаны были соблюдать и все владельцы городских земель при строительстве зданий; в) владельцы плодоносящих деревьев, чьи ветви перевешивались на чужой участок, имели право входить на чужой участок для собирания упавших плодов; г) владельцы сельскохозяйственных участков имели право срезать ветви чужих деревьев, свисающих до 15 футов, если они создавали тень; д) владельцы участков не имели права изменять естественное течение вод; е) никто не имел права возводить постройку, которая наносила бы ущерб соседу; ж) владельцы участков, расположенных на речном берегу, не имели права препятствовать свободному проходу людей, связанному с плавучими средствами и грузами; з) владельцы строительных материалов не имели права требовать выдачи вещей, встроенных ранее в чужую постройку или виноградник; и) владельцы участков у неисправных дорог не имели права

препятствовать проходу через их участок; к) собственники имений, унаследованных по закону, не имели права их неразумно использовать и отчуждать;

– **ограничения, установленные в классическом праве**, включали выше-названные ограничения права собственности, а также ряд дополнительных, в том числе нобилям запрещалось иметь корабли сверх 300 амфор; нобили должны были вкладывать собственные свободные средства в землю; значительно были ограничены права рабовладельцев на рабов;

– **ограничения, установленные в постклассический период**, включали: запрет разрушать дом ради продажи строительного материала; владельцы необработанных сельскохозяйственных участков теряли собственность в пользу тех, кто обрабатывал землю; владелец дома, который его не ремонтировал, терял собственность в пользу того, кто его отремонтировал; собственникам земельных участков запрещалось отказывать горнякам открывать рудник на любом участке, где обнаруживалась руда.

Наряду с указанными группами ограничений права частной собственности, римское право в постклассическом периоде руководствовалось правилом, что ни один собственник не должен использовать право собственности во вред другого¹. В противном случае те собственники, которые нарушали это правило, принуждались к возмещению нанесенного ущерба.

§ 2. Виды частной собственности

Римское право выделяло целый ряд видов частной собственности, используя такие критерии, как **тип собственников, способы обретения собственности и особенности места, где находился предмет собственности**.

По **типу собственников** частная собственность делилась на квиритскую и перегринскую.

Квиритская собственность (*dominium ex jure quiritium*) была единственным видом частной собственности в архаический период Рима. В этом случае вещь могла принадлежать только полноправным римским гражданам. Для возникновения квиритской собственности требовалось наличие римской правоспособности, а также чтобы вещь могла участвовать в римском обороте. Таким образом, предметом квиритской собственности были все вещи, подлежащие частному присвоению (как *res mancipi*, так и *res nec mancipi*), т.е. число таких объектов было строго ограничено и включало, прежде всего, земельные участки на итальянской почве.

Приобретение квиритской собственности на *res mancipi* происходило при помощи священных способов древнего *jus civilae*. А для при-

¹ D.6.1.38.

обретения квиритской собственности на *res nec mancipi* использовались другие способы приобретения (в частности, по *jus honorarium*).

Собственность перегринов. Перегрины – это были неримские граждане, которые подчинялись в Риме праву своей исторической родины. Они совершали сделки с римской собственностью на основе права народов (*jus gentium*). Такую возможность они получили в республиканский период в отношении движимых вещей, и при этом сделка должна была совершаться в интересах самих римлян. Это означало, что отдельные лица из иностранцев получали право участия в обороте римлян (*jus commertio*). В этом случае перегрины не участвовали в римском праве, а только в отдельных квиритских оборотных сделках. Например, им были доступны литературные счетно-письменные договоры. Приобретаемые в этом случае перегринами права защищались в этом случае эдиктами перегринского претора, который использовал функцию наличия у лица свойства римского гражданина (т.е. защита прав перегринов при помощи владельческих интердиктов).

На основе критерия **способ приобретения собственности** выделялась бонитарная собственность.

С развитием хозяйственного оборота сделки по передаче вещи *res mancipi* стали все чаще производиться без прежних строгих формальностей (т.е. на основе взаимного доверия) путем простой передачи (*traditio*). В этих случаях не возникало право квиритской собственности. Поэтому приобретатели вещи становились обычными держателями (обладателями) вещей. В результате право квиритской собственности продолжало принадлежать тому, кто передал вещь вплоть до истечения срока давности (один год для движимой и два года для недвижимой вещи). Поэтому приобретатель вещи не мог ничего противопоставить *rei vindicatio* квиритского собственника вещи (т.е. его право на вещь было незащищенным). В результате добросовестный приобретатель подвергался опасности угрозы отчуждения вещи со стороны квиритских собственников. С целью преодоления таких правовых коллизий преторы разработали специальные правовые средства защиты добросовестных приобретателей *res mancipi* путем неформальной передачи. Эти правовые средства предоставлялись при условии наличия у приобретателя *bona fides* (доброй совести). Под этим понималась уверенность приобретателя в правомерности владения полученными вещами. Это означало, что лицо не могло знать о недостатках приобретаемого права на вещь.

Для защиты таких добросовестных приобретателей претор представлял им возможность отклонить требования квиритского собственника о возврате проданной вещи посредством возражения о продаже и передаче данной вещи (*exemptio rei venditae et tradite*). На основе такого возражения иск квиритского собственника отклонялся.

В тех же случаях, когда лица, приобретшие вещь *res mancipi* посредством *traditio*, утрачивали владение купленной и переданной вещью, преторы предоставляли им охарактеризованный в предыдущей главе особый иск *actio Publiciana*. Формула данного иска включала предположение, что добросовестный приобретатель провладел давностный срок. В результате приобретатель *res mancipi* с помощью *traditio*, не становясь квиритским собственником, тем не менее получал возможность закрепить вещь как составную часть своего имущества (*in bonis*). Таким образом возникла **бонитарная, или преторская, собственность**, которая защищалась как квиритская собственность¹.

Бонитарный (преторский) собственник получал полное право собственности (*plenam in re potestatem*). Такие лица имели право использовать вещь, получать ее плоды и распоряжаться ею. Одновременно они были защищены от всех других лиц.

В дальнейшем все новые приобретатели данной вещи рассматривались как приобретатели от собственника.

Становление бонитарной формы собственности ознаменовало утрату правовой силы многими формальными ограничениями, существовавших в *jus civilis* в форме *mancipatio, in jure cession, usu capio*. Окончательно различия между квиритской и бонитарной собственностью исчезли во времена Юстиниана.

По месту нахождения предмета собственности частная собственность (если объектом была земля) делилась на *dominium* на итальянской почве и на *habere, possidere* на провинциальных землях (провинциальных собственников).

Земли в провинции не входили в группу *res mancipi* и не являлись предметом ни квиритской, ни бонитарной собственности. Эти земли были собственностью римского народа и сената или императора. Но, так как ни римский народ, ни император не занимались хозяйственным освоением таких земель, то такое право предоставлялось отдельным гражданам. Права граждан на провинциальные земли обозначались *jus possessiones* или *ususfructus*.

Провинциальная собственность по набору прав была аналогична квиритской или бонитарной, за одним исключением: провинциальные собственники земли были ограничены в распоряжении своим правом и платили в пользу сената или императора особые платежи (*stipendium* или *tributum*). Права этих собственников защищались модифицированной *actio Publiciana*.

Особым типом собственности была **совместная, или общая, собственность (communio)**. Она возникала в следующих случаях:

¹ Гай 1.41.

— когда несколько лиц приобретали или получали по наследству одну вещь;

— когда несколько лиц нерасторжимым образом смешали собственные материалы, создав одну новую вещь;

— когда несколько лиц заключили договор товарищества (*societas*).

Во всех этих случаях возникает общая собственность и каждый из сособственников имеет собственность на часть всего нераздельного целого, т.е. отдельные лица владеют идеальными долями целого.

Совместные собственники имели право совместного владения и пользования, а также приобретения плодов в идеальных частях.

Каждый собственник имел право независимо от других отчуждать свою долю или закладывать ее. Кроме того, сособственники несли долевую ответственность за ущерб, связанный с общей вещью (например, за деликты общего раба).

Каждый из сособственников защищал свои права против третьих лиц в объеме своей доли в общей собственности.

В то же время в некоторых случаях реализация права одного из сособственников была невозможна без согласия остальных, в том числе при установлении сервитута или при отпущении на волю общего раба. При этом возражения любого из сособственников делали невозможным реализацию таких правовых инициатив отдельных собственников.

Индивидуальные акты сособственников получали правовую силу при отсутствии возражений остальных сособственников, при этом молчание трактовалось как знак согласия.

Зашита общей (совместной) собственности происходила при помощи виндикационного и негаторного исков.

§ 3. Способы приобретения права собственности

Приобретение права собственности как в римском, так и в современном праве, происходит в результате наступления определенных, предусмотренных законом правовых фактов, которые называются **способами приобретения права собственности** (*justi modi domini adquirendi*). В том случае если какая-либо вещь приобретается незаконно, то право собственности не возникает, а приобретатель становится владельцем или держателем. Таким образом, законные способы приобретения собственности являлись единственным источником возникновения права собственности.

В римском праве существовали различные классификации приобретения права собственности.

Прежде всего, римские юристы отличали способы приобретения собственности по признаку принадлежности к цивильному праву или к праву народов.

Приобретение собственности по предписаниям **римского (цивильного)** права (*adquisitiones civiles*) являлось основанием для приобретения собственности римскими гражданами. Приобретение собственности по **праву народов** (*adquisitiones juris gentium*) являлось основанием для приобретения собственности как римскими гражданами, так и всеми свободными жителями римского государства.

Цивильные способы приобретения собственности, в свою очередь, делились на **публичные и частные**. К публичным относились те, при которых требовалось разрешение органов государственной власти¹. Соответственно, частными являлись те способы приобретения собственности, при которых собственность возникала в результате волеизъявления частного лица.

Особой классификацией способов приобретения собственности было их деление на универсальные и сингулярные. К универсальным относились те способы, на основании которых собственность возникала на все имущество лица в целом, а к сингулярным — способы, на основе которых собственность возникала на отдельный предмет.

Как правило, собственность могла приобретаться на основе договоров и сделок, заключаемых между живыми (*inter vivos*), за исключением тех случаев, когда собственность возникала на основе наследования по завещанию и закону, а также отказов (легатов).

Основной классификацией способов приобретения права собственности в римском праве было их деление на **первоначальные (оригинальные) и производные**. Первоначальными способами были те, при помощи которых право собственности на вещь устанавливалось впервые. Это означает, что у вещи до этого не было собственников или что в прошлом у вещи был собственник, но право его собственности прекратилось или по его собственной воле, или в силу предписания закона. Производные способы приобретения права собственности подразумевают, что право приобретателя основывается на праве предшествующего собственника, т.е. является производным от него.

Из указанных различий между первоначальными и производными способами следует то, что при производном способе объем прав, получаемых приобретателем, полностью определяется объемом прав отчуждателя («никто не может передать другому больше прав, чем имел бы сам»). В то же время при первоначальных способах приобретения права собственности такой зависимости не существует.

Производные способы приобретения собственности включали **публичные и частные** способы (на основе договоров между частными лицами).

¹ Ливий 4.29; 5.16.

Публичные способы приобретения права собственности

К публичным способам приобретения права собственности относились:

- публичные торги;
- раздел земли;
- решение споров по разделу;
- приобретение собственности на основании закона.

Публичные торги. На публичных торгах продавали государственное имущество (*venditio sub corona*). Условия продажи на публичных торгах всегда определялись заранее. Торги проходили в устной форме. По решению магистрата собственность на объект продажи переходила к лицу, предложившему высшую цену.

Раздел земли. Государственные земли передавались римским колонистам на основе бесплатного раздела (*adsignatio*). Раздел совершался специальными органами, которые избирались только для решения этой задачи. В силу акта наделения земля переходила в частную собственность отдельных лиц (*ager colonicus*). Колонисты обязывались землю не продавать.

Решение споров по разделу. Раздел имущества между лицами проводился на основании исков по разделу. Решение, вынесенное на основе таких исков, называлось *adjudicatio*. В результате *adjudicatio* возникали следующие последствия:

- а) урегулировались совладельческие отношения между общими собственниками;
- б) устанавливалось новое право собственности.

Новое право собственности возникало или в пользу всех предыдущих собственников (если объект собственности был делимым), или в пользу одного общего собственника (если объект был неделимым). В этом случае собственник обязывался приобрести собственность на весь предмет у предыдущих общих собственников и выплатить им стоимость их долей.

Приобретение собственности на основании закона. Приобретение собственности в этом случае осуществлялось в силу прямого действия закона (*ex lege*). Приобретение собственности *ex lege* происходило в следующих случаях: для наследства; для совладельца, отремонтировавшего общую вещь и не получившего возмещение в четырехмесячный срок; для держателя, у которого собственник вещи пытался отнять ее силой; для обрабатывающих чужие брошенные участки (а в некоторых случаях и для лиц, захвативших общественные земли).

Частные способы приобретения собственности.

Переход собственности между частными лицами осуществлялся, как было выше отмечено, на основе договоров и сделок, а также на основе наследования по завещанию и закону.

Договорное приобретение собственности возникало на основе трех способов: **mancipatio, in jure cessio, traditio**.

Mancipatio была древнейшим и главным способом приобретения собственности на основе квиритского (цивильного) права. Упоминание о ней содержится в Законах XII таблиц. Первоначально *mancipatio* представляла собой реальную передачу вещи на основе уплаты за нее цены в присутствии пяти свидетелей и при помощи весовщика. Субъектами *mancipatio* были манципант и манципатор. Манципант являлся продавцом, а манципатор — покупателем вещи. Оба они должны были быть римскими гражданами.

Объектами манципации могли быть вещи *res mancipi* в собственности манципанта. Они не могли быть чужими вещами.

Манципант и манципатор обязаны были присутствовать при манципации. На месте манципации находился и предмет манципации (кроме тех случаев, когда объектом сделки была земля)¹. В присутствии манципанта, весовщика, который держал в руке весы, и пяти свидетелей манципатор, держа объект сделки, произносил ритуальную формулу приобретения. После этого он ударял по весам одной монетой и передавал ее манципанту в виде символической цены. Если все формальные требования манципации были соблюдены, то прекращалось право собственности манципанта и возникало право квиритской собственности манципатора.

В классическое время с появлением чеканной монеты и по мере развития оборота манципация постепенно превратилась в фиктивную продажу (*venditio imaginaria*).

В тех случаях, когда манципант не был собственником манципируемой вещи, а ее действительный собственник впоследствии истребовал вещь у приобретателя, манципант присуждался по иску последнего к уплате двойной цены по сравнению с ценой, заявленной при манципации.

Аналогичные правовые последствия возникали и тогда, когда манципант указывал ложный размер продаваемой вещи.

Mancipatio утратила свое значение в постклассическом праве с возникновением преторской (бонитарной) собственности. Окончательно она была отменена Юстинианом, который предписал заменить термин «манципация» термином «традиция».

In jure cessio

В соответствии с Законами XII таблиц предусматривалось приобретение квиритской собственности в форме мнимого судебного процесса между прежним собственником (*in jure cedens*) и приобретателем вещи

¹ Гай 1.121. (В древности манципация применялась лишь для оборота движимых вещей, т.к. земля не могла находиться в частной собственности.)

(vindicans). Этот способ назывался *in jure cessio*. Данный способ перенесения права собственности был доступен только лицам, имевшим право на участие в римском процессе. Предметом *in jure cessio*, в отличие от манципации, была любая оборотоспособная вещь (т.е. и *res mancipi*, и *res nec mancipi*). В то же время между двумя данными способами приобретения квиритской собственности имелись отличия как по форме, так и с точки зрения правовых последствий такого приобретения.

В акте *in jure cessio* должны были участвовать прежний собственник (*in jure cedens*), приобретатель вещи (vindicans) и полномочный государственный орган (pretor).

В рамках *in jure cessio* приобретатель требовал передачи ему вещи, которую он приобретал, утверждая, что она принадлежит ему (принимая специальную формулу). Отчуждатель признавал право истца. Претор, который присутствовал при этой процедуре, спрашивал прежнего собственника, не возражает ли он против приобретения. В случае его согласия или молчания он фиксировал право истца и выдавал ему документ, подтверждающий волю сторон¹.

Правовым следствием правильной *in jure cessio* являлось приобретение собственности vindicans. В то же время vindicans не имел никаких правовых средств защиты. Это вытекало из правовой сущности *in jure cessio*. Существовала точка зрения, что акт *in jure cessio* состоит из двух самостоятельных по отношению друг к другу частей. В рамках первой части прежний собственник отчуждал вещь и в результате терял всякое право на нее. В рамках второй части приобретатель с одобрения магистрата (претора) принимал отчужденную вещь. В силу того что отчужденный предмет считался *res nullius*, приобретатель предмета не имел предшественника, от которого мог бы потребовать гарантии в случае изъятия вещи (*evictio*). В силу указанных обстоятельств *in jure cessio* обычно применялось при так называемой добровольной передаче (когда отчуждающий вещь не получал ее эквивалент).

In jure cessio была отменена при Юстиниане.

Traditio

Traditio (передача вещи) была главным и единственным производным способом приобретения собственности на основе *jus gentium*. При помощи traditio приобреталась квиритская собственность на *res nec mancipi* и бонитарная собственность на *res mancipi*. В постклассический период традиция стала единственным способом передачи собственности, вытеснив все предыдущие формальные способы.

Традиция заключалась в передаче фактического владения вещью от отчуждателя к приобретателю. Но не всякая передача вещи вела к приобретению собственности. В римском праве существовало много ва-

¹ Гай 2.24; Ульпиан 19.9–10.

риантов передачи, в результате которой устанавливалась не собственность, а только естественное или правовое владение (*possessio civilis*). Для приобретения собственности посредством передачи необходимо было выполнение специальных условий.

В *traditio* должны были участвовать два субъекта: отчуждатель вещи (*tradens*) и приобретатель вещи (*accipiens*). Ими могли быть не только римские граждане, но и другие свободные жители римского государства, правомочные заключать имущественные сделки по *jus gentium*.

Для перехода права собственности на основе *traditio* необходимо было наличие особого основания (*justa causa possessionis*), в соответствии с которым требовалась взаимная воля сторон на отчуждение и приобретение вещи¹. Если *tradens* и *accipiens* не достигали взаимного согласия, то *traditio* не вела к переходу права собственности. Такое согласование воль в римском праве выражалось в форме одной из следующих сделок: договора купли-продажи, договора дарения, наследства, легата и др. Все указанные основания назывались *titulus* или *causa traditiones*. В случае когда не было такого основания, обязывающего траденса передать вещь, на основе традиции устанавливалось владение, а траденс имел право требовать возвращения своей вещи. По мере становления преторского права появились нормы, которые защищали права лиц, которые получили вещи на основе передачи не только из группы *res nec mancipi*, но и из группы *res mancipi*.

Для приобретения права собственности при помощи традиции требовалось также, чтобы отчуждаемый предмет находился в собственности отчуждающего (*tradens*), т.е. никто не мог передать право собственности на предмет, который не является его собственностью. Следующим условием для правомерной традиции являлось совершение самого акта передачи. В случае когда акт передачи выступал в форме сделки с *res nec mancipi*, вещь должна была быть передана «согроге et tactu» (т.е. необходим был физический контакт с вещью). Акципient получал собственность, когда сдвигал предмет с места. В дальнейшем, в республиканский период, уже не требовалось перемещать вещь. Так, например, для традиции земли было достаточно ступить на землю или обозреть ее с какого-нибудь высокого места. Таким образом, физический контакт с вещью перестал быть необходимым элементом традиции. В связи с этим возникли новые особые виды традиции, которые использовались для передачи как недвижимого, так и движимого имущества: *traditio brevi manu*, *traditio longa manu*, *constitutum possessorium*.

Traditio brevi manu (передача короткой руки) использовалась в том случае, когда прежний держатель вещи имел право и в будущем сохранять

¹ D. 41.1.31.

вещь в своей собственности. Поэтому не было необходимости в совершении традиции: сам факт владения предметом заменял акт передачи.

Traditio longa manu (передача длинной руки) являлась символической передачей. В этом случае отчуждатель вещи вместо предмета передачи передавал приобретателю определенный символ предмета или совершал какое-либо символическое действие с целью подтверждения отказа от своего права собственности и перенесения его на приобретателя. Это имело место в тех случаях, когда, например, собственник вместо передачи предмета во владение покупателю передавал ему ключи как символ власти над купленным домом или когда он с некоего возвышенного пункта показывал покупателю границы продаваемого имения, давая тем самым понять покупателю, что все это имущество находится в его власти¹.

Constitutum possessorium – это обратный случай *traditio brevi manu*. Особенностью этой формы традиции являлось то, что прежний собственник утрачивал собственность, но, по соглашению с приобретателем, продолжал владеть вещью. Таким образом, имела место двойная традиция: прежний собственник передавал вещь приобретателю, а приобретатель вещи передавал вещь прежнему собственнику (на основании некоего акта, но без реальной передачи). Примерами тому могли быть аренда, пользование и т.д.

Как уже отмечалось выше, с отменой отличий между *res nec mancipi* и *res mancipi* во времена Юстиниана традиция стала единственным способом приобретения частной собственности на основе договора.

К первоначальным (оригинальным) способам приобретения права собственности относились:

- захват (*occupatio*);
- присвоение плодов;
- переработка (*specificatio*);
- приобретательная давность (*usucapio*);
- клад (*thesaurus*);
- соединение и смешение вещей.

Захват (*occupatio*). Захват являлся наиболее древней из первоначальных способов приобретения собственности. При этом речь шла о захвате ничейной вещи (*res nullius*). Например, в случае охоты, рыбной ловли (т.е. дикие животные, птицы и рыбы²). К таким вещам относились и животные, когда-то одомашненные, но опять одичавшие, а также жемчуг и драгоценные камни, найденные в море или на берегу,

¹ D. 18.1.74; D. 41.2.1.21. (В этом случае чаще всего требовалось, чтобы передача символа вещи совершалась в непосредственной близости от самого предмета.)

² Институции 2.1.12.

возникшие острова). Кроме того, захватом приобреталась собственность на имущество военного противника (было типичным только для древнейших времен), а также на вещи, брошенные собственником (*res derelictae*). Что касается последнего варианта, то аргументом в пользу приобретения права собственности являлось то, что собственность на брошенную вещь утрачивается вместе с владением.

Захват (оккупация) какого-либо из вышеназванных предметов должна была совершаться *animo et corpore*. Это означало, что захват должен был совершаться лицом, способным к захвату, желающим присвоить себе эту вещь и физически овладевшим вещью (*corpus*). При совпадении всех этих условий у оккупанта возникало право собственности. Захваченные вещи находились в собственности данного лица, пока вновь не получали свободу (в случае диких животных) или пока хозяин не продавал их или не выбрасывал.

Присвоение плодов

Вопрос о праве собственности на плоды возникал в том случае, когда необходимо было решить, кому должна была достаться побочная вещь (*fructus*) в момент отделения от главной вещи (*res fructifera*). Вопрос не вызывал затруднений, когда плодоприносящая вещь находилась во владении собственника. В этом случае с момента отделения плодов от плодоприносящей вещи они принадлежали собственнику плодоприносящей вещи¹. Правовые затруднения возникали в следующих случаях: а) когда собственник каким-либо актом перенес право сбиения плодов на других лиц; б) в тех случаях, когда собственник против своей воли был лишен владения вещью и, соответственно, возможности пользоваться ее плодами.

При первом варианте, т.е. в случае передачи права пользования плодами (при наличии частичного права собственности), при долгосрочных договорах аренды и найма, а также узуфрукта, долгосрочные арендаторы земли получали собственность на плоды уже в момент их отделения от плодоприносящей вещи, а носители сервитутных прав (узуфруктарии) получали собственность на плоды только в момент перцепции, т.е. в момент их сбиения. Если между моментом отделения плодов (сепарации) и моментом перцепции имел место какой-то период времени, то в этот период плоды принадлежали собственнику вещи.

Что же касается случаев, когда собственник был лишен возможности пользоваться плодами своей вещи против собственной воли, то в римском праве они делились на случаи добросовестного (*bona fide*) и недобросовестного (*mala fide*) владения.

¹ Пока плоды были соединены с плодоносной вещью, они не представляли собой самостоятельного предмета оборота: вместе с плодоносной вещью они представляли собой единую вещь.

Добросовестные владельцы получали собственность на плоды в момент их сепарации. Это право было в дальнейшем ограничено (в постклассический период) таким образом, что они должны были возвратить собственнику еще не переработанные плоды. Это означало, что добросовестные владельцы становились собственниками плодов не в момент их отделения, а только в момент их использования или обработки (*fructus consumpti*).

Недобросовестные владельцы не имели права приобретать плоды. Недобросовестным владение признавалось с момента передачи дела на рассмотрение судьи. С этого момента лицо лишалось каких-либо прав на плоды. Они получали в собственность не те плоды, которые были ими собраны, а те, которые были ими утрачены.

Переработка (specificatio)

Спецификация как способ первоначального приобретения собственности заключается в придании исходному материалу нового вида, т.е. создании качественно новой вещи. Вопрос о праве собственности на новую вещь возникал только в том случае, когда эта вещь была изготовлена из материала, принадлежавшего другому лицу. Правовая судьба такой вещи имела неоднозначную правовую трактовку римскими юристами. Так, по свидетельству Гая, юристы-сабинианцы считали, что собственником вновь созданной вещи является собственник материала, так как без этого материала не могла быть создана данная вещь. В то же время прокулеанцы полагали, что собственником новой вещи является тот, кто создал ее, так как то, что создано, раньше никому не принадлежало¹. Компромиссной точкой зрения являлась позиция Юстиниана, в соответствии с которой собственник материала признавался собственником новой вещи в том случае, если переделанная вещь могла быть возвращена в прежнее состояние. Если это было невозможно, то новая вещь доставалась тому, кто ее переделал, но при условии, что он приступил к переделке *bona fidae*. При этом данное лицо обязывалось вознаградить собственника материала в размере полученного обогащения.

Случай самовольной переработки чужого материала прокулеанцы квалифицировали как воровство. Собственник материала получал, наряду с иском по причине воровства (*actio furti*), также и кондикционный иск для возмещения ущерба в силу невозможности виндикации прежней вещи.

Приобретательная давность (usucapio)

Приобретение права собственности по давности означало, что непрерывное владение вещью при наличии известных условий в продолжение определенного периода времени предоставляет владельцу право собствен-

¹ Гай 2 ger.cott., D. 41.1.7.7.

ности на вещь. Особенностью такого способа приобретения права собственности является то, что его объектом не является ничейная вещь (*res nullius*). Выше уже было отмечено, что правомерное овладение ничейной вещью сразу же превращает оккупанта в собственника. *Usucapio* возникает только в том случае, если приобретатель владеет чужой вещью.

Основание приобретательной давности в римском праве было введено как способ приобретения квиритской собственности лицом, владеющим вещью, но не являющимся ее собственником, при условии выполнения определенных законных требований. Конечная цель в этом случае формулировалась следующим образом: «чтобы собственность на какие-либо вещи надолго или навсегда не оставалась неизвестной».

В классическом праве *usucapio* понималось как упрочение реального права приобретателем посредством добавления к нему права собственности в результате продолжительного владения. В результате *usucapio* бывший собственник окончательно терял право на вещь.

Условия приобретения собственности на основе приобретательной давности в древности отличались от условий классического периода.

Так, в соответствии со старым цивильным правом, для приобретения собственности на основе постоянного владения для движимого имущества требовался один год, а для недвижимого — два года. Кроме того, римские граждане имели право приобретать собственность на основе *usucapio*, только если они были лицами *sui juris*. Право не требовало в этом случае наличия законных оснований владения или его добросовестности. В дальнейшем Законами XII таблиц¹ и последующими правовыми актами было запрещено приобретение собственности по давности на движимое и недвижимое имущество, захваченное насильственно (например, посредством воровства)².

В классический период условия установления собственности на основе приобретательной давности существенно изменились и вся их совокупность сводилась к следующим:

- *res habilis* (подходящая вещь);
- *titulus* (законное основание);
- *bona fides* (добросовестность);
- *possessio* (непрерывность владения);
- *tempus* (время).

Res *habilis* (подходящая вещь)

Предметами приобретательной давности могли быть только определенные вещи. Гай отмечал, что приобретение по давности допуска-

¹ Законы XII таблиц 6.3.

² Гай 2.45.

ется в отношении телесных вещей, за исключением священных, не-прикосновенных, общественных вещей римского народа, а также за исключением свободных людей¹. Приобретательная давность также не распространялась на вещи, полученные в *præcārium*, на провинциальную землю, на подарки провинциальным магистратам.

Приобретательная давность не распространялась на *res incorporales*, т.е. *extra commertium*, а также на вещи, приобретение которых по давности запрещено законом. К таким вещам относились: ворованные вещи; награбленные; межа между земельными участками шириной пять шагов и сервитуты.

В то же время приобретательная давность в отношении ворованных вещей была возможна, если они возвращались во власть собственника. Это объяснялось тем, что приобретение власти над вещью возникало только при ее отчуждении с согласия хозяина (собственника). Предварительное восстановление собственником господства над вещью и рассматривалось как условие такого волеизъявления.

Titulus (законное основание)

Titulus, или правомерным основанием, были все передаточные акты (правовые факты), предшествующие приобретению собственности, на которые приобретатель вещи мог ссылаться как на основание его собственности.

В римском праве существовал следующий список правомерных оснований приобретательной давности:

- *pro emptore* (в качестве покупателя);
- *pro donato* (как подаренным);
- *pro legato* (как откazанным по завещанию);
- *pro dote* (как приданым);
- *pro solute* (как данным в исполнение обязательства);
- *pro noxae dedito* (как выданным в возмещение ущерба);
- *pro derelict* (как брошенным);
- *pro herede* (в качестве наследника)².

При этом сделка, послужившая основанием приобретения, должна быть действительной. В случае условной сделки течение срока приобретательной давности не начиналось.

Дискуссионным в римском праве являлся вопрос о существовании субъективного титула *usucapio*. Такая ситуация могла возникнуть, например, если кто-либо, являясь наследником, полагает, что какая-нибудь вещь входит в наследство (когда она не входит), и лицо считает, что может приобретать ее по давности. В этом случае ряд юристов до-

¹ Гай 4 ad ed., D. 41.3.9.

² Дождев Д.В. Римское частное право. М.: ИНФРА М-НОРМА, 2010, С. 386.

пускали существование субъективного титула usucapio. Но в то же время Помпоний и Кассий отрицали такую возможность, так как вещи живого лица не могут быть приобретены по титулу *pro herede*¹.

Bona fides (добросовестность)

Под *bona fides* (добросовестностью) понималось наличие у приобретателя убежденности в том, что отчуждатель вещи являлся ее собственником или лицом, управомоченным на ее отчуждение. Поэтому *bona fides* по своей сути являлась добросовестным заблуждением в отношении истинных правомочий отчуждателя.

Bona fides требовалось только во время установления владения. Если в это время приобретатель предмета узнавал о правовых недостатках, которые препятствовали ему считаться собственником, то эти сведения лишили его права на правомерную приобретательную давность.

Если владелец в дальнейшем (после приобретения) узнавал, что приобрел чужую вещь, приобретательная давность не отменялась.

В то же время из указанного общего правила о возникновении приобретательной давности на основе *bona fides* существовали и следующие три исключения (т.е. приобретательная давность возникала и при отсутствии *bona fides* в момент возникновения владения): а) *usucapio prohedere* допускалось для каждого гражданина, не являющегося наследником; б) *usureceptio fiduciae* допускалось для фидуциента на вещи, переданные фидуциару, не желающему их возвращать; в) *usureceptio ex predictura* допускалось для гражданина, чья земля была продана на публичных торгах, если она и далее оставалась в его владении.

Possessio (непрерывность владения)

В отношении владения (*possessio*) должны были выполняться два условия: владение должно было быть материальным и соответствовать воле владельца (*corpus et animus rem sibi habendi*). Это означало, что для приобретательной давности требовалось так называемое *possessio civilis* или *possessio ad interdicta*.

Tempus (время)

Для приобретательной давности требовалось, как было отмечено выше, владение вещью на протяжении предписанного законом времени: один год для движимых и два года для недвижимых вещей. Если имел место перерыв давности, то исчисление срока начиналось заново. Если приобретатель умирал, то срок давности засчитывался в пользу его наследника, который приобретал вещь по давности по тому же титулу, что и наследодатель.

Приобретатель вещи должен был открыто и публично владеть в течение установленного времени данной вещью, т.е. он должен был относиться к ней как к своей собственной. Одновременно давность владения не

¹ D. 41.5.1.

приводила к установлению собственности, если до истечения срока собственник вещи отменял эту давность. Способы такой отмены выражались в основном символическими действиями, как-то: разламыванием ветки дерева, наступлением на землю, посещением дома и т.д. Но в конечном счете отмена давности осуществлялась только решением суда. В том случае если давность была отменена, а приобретатель продолжал владеть вещью, то с момента отмены начиналось течение нового срока давности.

По истечении срока установленной давности лица, исполнившие все предписанные законом условия, обретали квиритскую собственность на вещь. Они не должны были доказывать права своих предшественников в случае предъявления к ним виндикационного иска (*rei vindicatio*). В реальности приобретение права собственности на основе приобретательной давности было достаточно сложным и, как следствие, редким явлением, за исключением случаев присоединения *res mancipi* путем традиции (бонитарная собственность).

Особую природу имел *longi temporis praescriptio*, под которым понимался срок исковой давности, в силу которого по истечении установленного законом времени собственник, который виндицировал вещь у титульного владельца, мог быть опровергнут посредством искового возражения. В классическую эпоху *longi temporis praescriptio* применялся в отношении провинциальных земель.

Было установлено, что необходимый давностный срок для приобретения движимостей равнялся трем годам, а для недвижимости — десяти годам (если прежний собственник и давностный владелец жили в одной провинции — *inter presentes*) и двадцати годам (если они жили в разных провинциях — *inter absentes*).

В постклассический и юстиниановский периоды *usucapio* подверглось существенным изменениям. Так, в Конституции Константина содержалось указание на неопровергимость позиции лица, непрерывно провладевшего вещью в течение сорока лет, независимо от титула и *bona fides*. Феодосий II установил, что лицо, которое спокойно провладело вещью в течение тридцати лет, могло противопоставить свое владение любому вещному или личному иску. Таким образом, произошло смешение позиций владельца и собственника в противовес классическому подходу, где они четко различались.

Юстиниан восстановил институт приобретательной давности как отдельное основание приобретения права собственности, объединив оба вида давности (*usucapio* и *longi temporis praescriptio*). Кроме того, Юстиниан сохранил тридцатилетний давностный срок, введенный, как было ранее отмечено, Феодосием II.

Клад (thesaurus)

Thesaurus (кладом-сокровищем) считались все ценные предметы, которые были скрыты столь давно каким-либо лицом, что после их

обнаружения уже нельзя было найти их собственника¹. Устоявшиеся позиции римского права о приобретении собственности на сокровища заключаются в том, что клад полностью принадлежит тому, кто нашел его на своей земле. Если сокровище было найдено на чужой земле, то клад делился на равные части между собственником земли и случайно нашедшим его на чужой земле. Если же лицо, нашедшее *thesaurus*, намеренно производило его поиск на чужой земле, то такое лицо не имело права участвовать в разделе найденного клада².

Соединение и смешивание вещей

Все случаи **соединения** делились на три основные группы:

- 1) соединения недвижимой вещи с частями другой недвижимой вещи;
- 2) соединения недвижимой вещи с движимой по своей природе вещью;
- 3) соединения двух движимых вещей.

1. К случаям соединения недвижимой вещи с частями другой недвижимой вещи относились:

– речной нанос (*aluvio*), когда один участок земли постепенно и постоянно увеличивался за счет частиц земли, уносимых с чужого участка. Собственность на речной нанос возникала у собственника участка, к чьим границам река нанесла частицы земли;

– унос земли (*avulsio*) происходил в том случае, когда неожиданно отрывались и переносились целые части земли. Собственность на такие отделенные части возникала у собственника той земли, к чьим границам они были принесены. Но при этом требовалось, чтобы растения оторвавшейся части пустили корни в земле нового хозяина;

– остров, возникший на стрежне реки (*insula in flumine nata*). Он становился собственностью хозяев соседских участков по двум сторонам реки. В том случае если он находился не на самом стрежне, то собственность возникала у хозяев участка, находившихся ближе к нему;

– покинутое речное русло (*alvius derelictus*). Оно доставалось хзяевам соседних участков и делилось между ними пропорционально величине этих участков.

2. Соединения недвижимой вещи с движимой по своей природе вещью. Основными вариантами такого соединения были: любое строение, воздвигнутое на одном участке, и имплантация, т.е. любое засевание и посадка на чужой земле.

В случае возведения строения на одном участке земли оно, по правилу *superficies solo cedit*, принадлежало собственнику участка. Это же правило применялось и в том случае, когда собственник участка воз-

¹ D. 41.1.31.1.

² Кладом не считались ценности, которые кто-либо спрятал. Лицо, забиравшее таким образом спрятанные вещи, считалось вором.

водил строение на своей земле, но из чужого материала, а также когда другие лица возводили строение на чужой земле из чужого материала.

Что касается имплантации, то здесь тоже действовало правило *superficies solo cedit*. Это означало, что уже в момент посева брошенное семя становилось составной частью земли. Саженцы становились составной частью только тогда, когда пускали корни и жестко связывались с почвой. Если имплантация на чужом участке совершалась добросовестным лицом, то собственники земли должны были возместить данному лицу стоимость затраченного труда, а также стоимость семян и саженцев.

3. Случаи соединения двух движимых вещей.

Основными вариантами здесь были: *scriptura*, *pictura*, *tinctura*, *textura* и *ferruminatio*.

Scriptura обозначала случай, когда чужой пергамент или иной пишущий материал употреблялся для составления текста. Собственником в этом случае становился хозяин материала для письма.

Pictura, или написание картины на чужом холсте. По этому поводу среди римских юристов были две точки зрения: согласно одной точке зрения, собственность принадлежала собственнику холста. Согласно другой – собственность возникала у художника. Первую точку зрения разделял и Юстиниан.

Tinctura (покраска тканей чужой краской), *textura* (вплетение чужих нитей в собственное полотно) и *ferruminatio* (приваривание чужого материала к своей вещи) не имели однозначной трактовки в римском праве.

Юстиниан установил, что главной вещью стоит считать ткань или полотно, так как именно они составляли сущность всего предмета.

Смешивание вещей

Смешиваться могли твердые (*comixtio*) и жидкые вещи (*confusio*). Смешивание могло произойти по воле хозяина или случайно. Если смешивание происходило по воле хозяина, то на новую массу, возникшую в результате такого смешивания, устанавливались отношения совместной собственности, пропорционально долям смешиваемых вещей. При случайном смешивании отношения совместной собственности не устанавливались. В таком случае существовало право требования возвращения части материала от держателя вещи.

§ 4. Защита права собственности

Право собственности имеет исключительный характер. Это означает, что все третья лица обязаны воздерживаться от его нарушения, т.е. они не должны совершать каких-либо действий в отношении данной вещи без разрешения собственника. Нарушение данного права

собственника предоставляло ему определенные правовые средства для защиты своего права.

Источниками, регулирующими защиту права собственности, были: обычаи, цивильное и преторское право.

Целью защиты права собственности было предоставление собственнику возможностей беспрепятственно пользоваться своей вещью. Основными помехами собственнику при реализации его права собственности были: утрата им владения вещью или утрата им какого-либо права в отношении данной вещи.

В римском праве различались средства защиты: квиритского собственника; бонитарного собственника, а также особые средства защиты.

Для квиритских собственников, в случае утраты владения собственник имел право на собственнический виндикационный иск о возвращении вещи (*rei vindicatio*)¹. Если же владение вещью собственником не утрачивалось, но посторонние лица своими действиями создавали ему препятствия для реализации его воли как собственника, то он имел право на негаторный иск (*actio negatoria*).

Виндикационный иск (*actio rei vindicatio*) представлял собой регламентированное правом поведение собственника в процессе поиска и возвращения своей вещи. Такой иск использовался квиритским собственником в случае потери владения вещью. Это был **петиторный иск**, который преследовал цель возвращения объекта во владение собственника.

Право на *rei vindicatio* имел любой квиритский собственник, у которого было отнято владение вещью. В то же время такого права не существовало у бонитарного и провинциального собственников.

В рамках виндикационного процесса сторонами были невладеющий собственник и владеющий несобственник, которые одновременно исполняли роли и истца, и ответчика (круг ответчиков был достаточно широким, и Ульпиан отмечал, что, наряду с владельцами вещи, ответчиками могли быть и простые держатели, как-то: наниматели, арендаторы и т.д.²). Обе стороны претендуют на то, что вещь принадлежит им. Задача судебной власти – определить, владеет ли ответчик вещью, а также установить, у кого из этих двух лиц больше прав на данную вещь.

В *rei vindicatio* истец должен был доказать, что предмет спора действительно находится в его квиритской собственности. Такое доказательство было очень трудно осуществить, т.к. истец должен был обосновать свое право собственности не только указанием своего способа приобретения данной собственности, но и способов приобретения

¹ Институции 4.6.2.

² Д. 6.1.9.

собственности своими предшественниками. Процедура доказывания продолжалась до тех пор, пока не устанавливалось, что кто-либо из предшественников истца основал свое право путем ususарio или каким-либо другим первоначальным способом приобретения собственности. В связи со сложностью данной системы доказательств комментаторы римского права называли ее *probatio diabolica*.

В соответствии с этим осуждение ответчика зависело от способности истца доказать свое право собственности. Ответчик мог занимать различные позиции. Так, он мог возвратить истцу вещь или владение ею; мог назвать предшественника (*auctoris laudatio*), если удерживал вещь под чужим именем; мог молчать; мог утверждать, что только ему принадлежит право квиритской собственности; мог соглашаться, что право квиритской собственности принадлежит истцу, но утверждать при этом, что вещь была ему продана и передана самим истцом; он также мог допускать существование своего права собственности, ссылаясь на какое-то правовое основание, по которому он правомочен удерживать вещь. В каждом из этих случаев ответчик, не отрицая доводов истца, должен был доказать достоверность своих доводов. Ответчик мог отказаться от судебного оспаривания собственности, но в этом случае он должен был возвратить вещь истцу.

В результате доказательного процесса судья выносил приговор. Вещь присуждалась той стороне, которая сумела доказать достоверность своих доводов. Таким образом, решение касалось не самого спорного предмета, а требований по его поводу. Недобросовестный ответчик должен был вернуть собственнику-истцу не только сам предмет спора (или стоимость предмета), но также стоимость всех как собранных, так и утраченных плодов.

Добросовестные владельцы (*bona fidae*) должны были возвратить и возместить стоимость всех плодов, собранных и утраченных с момента предъявления им иска (хотя в дальнейшем было введено обязательство для таких владельцев отвечать и за плоды, собранные до момента предъявления иска). В то же время каждый владелец имел право получить возмещение своих расходов по содержанию вещи за период владения ею¹.

Вынесенное судебное решение немедленно вступало в юридическую силу и должно было исполняться. Если, однако, ответчик не возвращал вещь истцу, доказавшему свое право на нее, то он подлежал осуждению в размере стоимости вещи на момент вынесения судебного решения. Сумма, подлежащая уплате ответчиком, определялась самим истцом под присягой.

¹ D. 6.1.27.5, Цельс. 3; D. 6.1.38.

В случае исполнения приказа суды ответчиком о возвращении вещи истцу ответчик подлежал оправданию. Поэтому истец лишился возможности требовать компенсации ущерба (в случае повреждения вещи владельцем). Но, как было отмечено выше, плоды, полученные ответчиком, подлежали возвращению истцу.

Негаторный иск (*actio negatoria*) давался квириитскому собственнику в том случае, если он не лишался владения вещью, но существовали определенные препятствия (помехи) для осуществления его права собственности. Поэтому данный иск принадлежал владельцу собственнику и был направлен против реальных посягательств с чьей-либо стороны на его собственность. Примерами таких посягательств могли быть: узурпация права сервитутов; возведение ответчиком пристройки к стене дома истца и т.д. Собственник-истец должен был доказать существование своего права собственности, а также факт нарушения собственнических полномочий. При этом истец также мог требовать гарантий ненарушения своей собственности в будущем. Ответчик, в свою очередь, должен был доказать существование основания, которое давало бы ему право оказывать влияние на предмет спора. Если ответчику не удавалось это доказать, то он должен был возместить ущерб, причиненный собственнику, а также дать гарантии того, что он в будущем не будет препятствовать собственнику в свободном пользовании данным имуществом.

Средства защиты бонитарного собственника

В данной главе были уже охарактеризованы сущность бонитарной собственности, условия ее возникновения, ее основные характеристики. Бонитарная собственность защищалась особыми средствами преторской защиты: 1) *exceptio rei venditae ac traditae*; 2) *actio Publiciana*.

1. *Exceptio rei venditae ac traditae* использовалось для защиты лиц, которые приобрели *rei mancipi* путем обычной традиции. В этом случае при помощи данной экспепции они получили средства защиты против виндикации вещи квириитским собственником. Данное средство защиты могло применяться только теми приобретателями вещи, которые уже заплатили или гарантировали заплатить эквивалент вещи. В этом случае виндикационный иск квириитского собственника отклонялся и вещь оставалась в бонитарной собственности. В дальнейшем на основе *usucapio* она превращалась в квириитскую собственность приобретателя.

2. *Actio Publiciana*.

В то же время данная экспепция не защищала интересов приобретателя при утрате владения, так как он не имел возможности использовать виндикационный иск, что делало его с правовой точки зрения беззащитным. Для защиты интересов такого бонитарного собственника претором Публицианом был издан эдикт, который установил необ-

ходимый иск: *Publiciano in rem actio*. Данный иск имел фиктивный характер (*actio ficticia*). Фиктивный характер данного иска следует из его формулы, изложенной Гаем следующим образом: «Да будет назначен судья. Если того раба Авл Агерий купил, и он ему передан продавцом, тогда, если он провладел бы им в течение года, то следовало бы, что тот принадлежащий ему по праву квиритов, и остальное»¹. Из текста формулы видно, что иск построен на фикции исполнившейся давности. Им защищается только такой владелец, который может приобрести собственность по давности. Защита этого лица является как бы предварением этой возможной в будущем собственности. Иск действовал против самого лица, отчуждающего вещь, и против любого третьего лица, которое было не в состоянии доказать, что является квиритским или хотя бы бонитарным собственником вещи. Прежний квиритский собственник сохраняет свое голое квиритское право (*nudum jus Quiritium*), так как претор не может его отнять. Но в то же время приобретатель на основе *actio Publiciana* тоже пока не имеет квиритского права. Но данная вещь прочно входит теперь в состав его имущества и принадлежит ему на праве, аналогичном собственности.

В Юстиниановский период с исчезновением различий между квиритской и бонитарной собственностью *actio Publiciana* использовался для защиты добросовестных держателей, носителей личных сервитутов и лиц с правом долгосрочной аренды земли.

Особые средства защиты собственников

Наряду с вышеохарактеризованными средствами для защиты квиритских и бонитарных собственников, римское право использовало и другие защитные средства, если что-либо угрожало правам собственников. Такие особые средства защиты включали: 1) интердикты против нарушения или утраты владения; 2) деликтные иски в случае ущерба, кражи или уничтожения вещи со стороны других лиц; 3) ряд специальных исков против собственников, не соблюдающих предписания об ограничении права собственности (легальные сервитуты), так и против тех, кто злоупотреблял своими правами с целью нанести ущерб другим. Примерами таких исков являлись: иск об урегулировании отношений по поводу межи; иск о запрете изменения естественного течения вод; иск о подбиении плодов, упавших на соседний участок.

Прекращение права собственности

Право собственности по своей природе является бессрочным. Поэтому если оно возникло правомерно, то его прекращение могло быть обусловлено в силу таких факторов, как-то: природные события; воля собственника; решения органов государственной власти; определенные действия третьих лиц.

¹ Гай 1.35.

Соответствующими примерами естественных факторов являлись пропажа предметов собственности, бегство раба за пределы римской территории. По воле собственника право собственности прекращалось при физическом уничтожении вещи, а также при передаче собственности другому лицу на основе договорных отношений. По решению органа государственной власти право собственности прекращалось в случае экспроприации, конфискации и национализации. Что касается действий третьих лиц, то в этом случае право собственности могло прекращаться в результате уничтожения предмета в силу деликтных или квазиделиктных действий.

ГЛАВА 4 ПРАВА НА ЧУЖИЕ ВЕЩИ (JURA IN RE ALIENA)

§ 1. Понятие и виды прав на чужие вещи

В римском праве вещные права, помимо права собственности и владения, включали ряд прав на вещи ограниченного содержания. Они образовывали специальное вещное право, предметом которого были особые полномочия в отношении чужих вещей. Данный институт получил название прав на чужие вещи (*jura in re aliena*).

Права на чужие вещи являлись такими ограничениями собственнических прав отдельных собственников, которые устанавливались на основе как соглашения, так и другим образом. В этом случае несобственники (индивидуально или наследственно) получали право полностью или частично влиять на чужую вещь. При этом указанные лица могли защищать это право не только от третьих лиц, но и от самих собственников.

Таким образом, права на чужие вещи ограничивали абсолютный характер права собственности. Но такие ограничения были объективно необходимы для создания условий другим лицам для реализации их права собственности. То есть это способствовало упрочению института собственности в рамках общества в целом.

Вся совокупность имущественных прав на чужие вещи делилась на следующие виды:

- 1) сервитуты (*servitutes*);
- 2) долгосрочная аренда земли (*jus perpetuum*);
- 3) залог (*pignus, hypotheca*).

§ 2. Сервитуты (*servitutes*): понятие и виды

Сервитут – это определенное бессрочное обременение одной вещи или хозяйства (*praedium serviens* – служащего имения) в пользу другого

го (*praedium dominans* – господствующего имения). В этом случае собственник господствующего имения имел определенное право в отношении служащего имения. Данное право имело вещно-правовой характер. Для его реализации собственник служащего имения должен был терпеть определенные действия со стороны господствующего имения или воздерживаться от каких-либо действий (например, не препятствовать проезду через свой участок, не строить здание выше определенной высоты, допускать собственника господствующего участка и его скот к источникам воды на служебном участке и др.). Это означало, что сервитут не заключался в обязанности к положительным действиям (*servitus in faciendo consistere non potest*), а устанавливал определенные изъятия из реального права собственника служащего имения¹. Совокупность прав собственника господствующего имения в отношении служащей вещи называлась сервитутом. Субъект сервитутного права сохранял свое право пользования служебным имением независимо от того, кто являлся его собственником. Это было обусловлено тем, что сервитут являлся обременением самой земли и вместе с ним переходил к новому собственнику.

Первоначально в Древнем Риме сервитутные отношения возникли в сельском хозяйстве, но в дальнейшем круг сервитутных отношений расширился, включив в возникшие городские и личные сервитуты.

Римский юрист Гай квалифицировал сервитутное право как нетелесную, т.е. неосязаемую вещь (*res incorporales*)².

В древнеримском праве сервитуты устанавливались путем манципации и *in jure cessio*. Путем манципации устанавливались так называемые сельские сервитуты (*cervitus praediorum rusticorum*), а путем *in jure cessio* – и сельские, и другие их виды, в том числе городские (*cervitus praediorum urbanorum*).

Если сервитут возникал посредством манципации, то земельный собственник оставлял за собой права собственности за вычетом сервитута.

Изначально одним из оснований установления сервитутов была воля собственника служебной вещи. При этом эта воля могла выражаться односторонним актом: например, по завещанию одного лица другое лицо получало право пожизненного пользования земельным участком или домом. В других случаях воля собственника служебной вещи могла быть выражена посредством договора между собственником и субъектом сервитута.

В раннереспубликанский период сельские сервитуты могли возникать и на основе давности. В этом случае требовалось, чтобы сервитут существовал не менее двух лет. В дальнейшем такой способ установле-

¹ D. 8.3.20.3.

² Гай 2.29.

ния сервитута был отменен. Кроме того, сервитуты могли возникать на основе судебного решения (например, в случае раздела общего земельного участка между двумя собственниками суд мог установить в отношении одного из вновь образуемых участков право проходить и проезжать через другой участок).

В некоторых случаях сервитут мог возникать и в силу закона, в частности узуфрукт отца на имущество подвластного сына.

В том что касается сервитута на провинциальные земли, то сервитуты устанавливались на основе неформальных договоров (*pactiones et stipulationes*).

Преторы установили десятилетнее и двадцатилетнее владение сервитутом, что привело к установлению преторской давности для приобретения сервитутов.

При Юстиниане исчезли и манципация, и процессуальная цессия как основания возникновения сервитутов. Вместо них основаниями стали преторские способы установления, а также долгосрочное владение каким-либо вещественным правом в отношении чужой вещи (*longi temporis possessio*).

Сервитуты могли прекращаться под действием природных событий, по воле правомочного лица или по стечению обстоятельств, ведущих к погашению сервитута.

Прекращение сервитутов под действием природных событий имело место в случае утраты предмета сервитута или такого его изменения, которое делало невозможным дальнейшее пользование установленным правом (например, в связи со смертью носителя права в случае личных сервитутов).

Прекращение сервитутов по воле правомочных лиц имело место, когда эти лица *in jure cessio* официально отказывались от сервитута или делали это при помощи обычного *pactum*. Сервитуты прекращались и на основании косвенной выраженной воли правомочного лица. Это могло быть в тех случаях, когда это лицо в результате продолжительного неисполнения своих полномочий создавало условия для освобождения от сервитутов по истечении предписанного срока. Так, личные сервитуты погашались в силу неиспользования, *non usus*, в течение двух лет в отношении недвижимости и одного года – в отношении движимых вещей¹. Что касается сельскохозяйственных сервитутов, то они тоже погашались при двухлетнем неиспользовании. Что касается городских сервитутов, они погашались, если собственник обремененного сервитутом участка привел его в такое состояние, которое противоречило сервитуту, и поддерживал такое состояние обремененного участка в течение двух лет.

¹ Павел 3.6.33.; Д. 45.1.56.4.

Сервитуты прекращались и путем так называемого *confusio*, т.е. совмещения прав собственности и сервитута. Чаще всего это относилось к личным сервитутам, которые могли быть ограничены определенными сроком и условиями.

Сервитуты прекращались и в тех случаях, когда собственник служебного участка приобретал собственность и на господствующий участок, так как в этом случае происходило слияние обоих прав. Личные сервитуты прекращались и в случаях существенных перемен в характере объекта сервитутных отношений, например при гибели здания от огня, а также в случае смерти и при умалении правоспособности упра-вомоченного лица.

Виды сервитутов

Сервитуты делятся на следующие виды:¹

- земельные или реальные (*servitutes praediorum*);
- личные сервитуты (*servitutes personarum*).

Сельские земельные сервитуты были исторически самыми ранними римскими сервитутами. Некоторые из них были известны еще по Законам XII таблиц. Сельские земельные сервитуты были постоянными и подразумевали наличие права на чужие предметы. Они всегда были неразрывно связаны с наличием господствующего участка и служебного участка. Основными характеристиками земельного сервитута были следующие.

1. Сервитут должен предоставлять выгоду господствующему участку, но это не означает, что сервитут должен увеличивать ценность господствующего участка.

2. Сервитут должен постоянно удовлетворять нужды собственника господствующего участка в ресурсах служебного участка.

Из вышесказанного вытекает, что не могли устанавливаться сервитуты, которые приносили удовлетворение лишь собственнику господствующего участка: сервитут должен был обеспечивать лучшее использование господствующего участка.

Однажды установленные сервитуты становились неделимыми. Это вытекало из неделимости пользы, которую должен был получать собственник господствующего участка при его рациональном использовании. В связи с тем что сервитуты устанавливались для улучшения сельскохозяйственной эксплуатации господствующего участка и с целью обеспечения строительства на земельных участках, земельные сервитуты на более поздних этапах развития Рима делились на сельскохозяйственные и на городские.

Личные сервитуты являлись имущественными правами на чужие вещи, установленными в пользу индивидуально определенных лиц.

¹ D. 8.1.1.

При этом право обременять сервитутом определенную вещь принадлежало собственнику предмета сервитута. Собственники предметов могли меняться, но, что касается личного сервитута, то носители этого права не менялись. Личный сервитут длился в течение всей жизни титуляра, т.е. владельца данного сервитутного права (а обычно это было пожизненное право). В некоторых случаях длительность личного сервитута зависела от правового положения титуляра. В отличие от земельных сервитутов предметом личных сервитутов могли быть любые вещи. Исходя из содержания полномочий носителей личных сервитутов и характера объектов этих сервитутов, все личные сервитуты делились на узуфруктус (*ususfructus*, т.е. пользование плодами); узус (*usus* – «пользование»); право проживания (*habitatio*); право бесплатно и пожизненно пользоваться рабочей силой чужих рабов или чужих животных (*operae servorum vel animalium*).

§ 3. Земельные сервитуты (*servitutes praediorum*)

Сельские земельные сервитуты

Число сельскохозяйственных сервитутов было достаточно большим. Это было связано с тем, что сервитут мог обеспечивать своими природными ресурсами потребности господствующего участка, облегчая организацию на нем сельскохозяйственного производства. Такие сервитуты делились на три основные группы: дорожные, водные и другие.

1. Группа дорожных сервитутов включала ограничение собственника служебного участка с целью обеспечения свободного доступа к своей земле собственника господствующего участка. К таким сервитутам относились «*iter*» (право проходить пешком через служебный участок); «*actus*» (право проезжать на коне); «*via*» (право проезжать на телеге).

2. Группа водных сервитутов включала ограничение собственника служебного участка, произведенное с целью обеспечить собственнику господствующего участка беспрепятственное снабжение водой со служебного участка или через него. Римским правовыми источниками указываются на три вида таких сервитутов: *aqua ductus* (право на проведение воды через служебный участок); *aqua haustus* (право черпания воды со служебного участка); *pecoris ad aquam adpulsus* (право поить скот на служебном участке).

3. Третья группа сельскохозяйственных сервитутов была весьма разнообразна по содержанию. В частности, в ее состав входило право добывания песка с чужого участка; право варить известь на чужом участке; право вывозить камень и руду с чужого участка; право хранить сельскохозяйственные плоды на чужом участке; право пасти скот на чужом участке.

Городские земельные сервитуты

Городские земельные сервитуты (*servitutes praediorum urbanorum*) являлись постоянными наследственными правами на чужие вещи. Эти

права устанавливались в пользу лица – собственника господствующего участка и являлись бременем для собственника служебного участка с целью улучшения строительного участка и возведенных строений.

Существовало четыре основных вида таких сервитутов: право на опору, право на пространство, право на вид и право на сток.

а) Правом на опору наделялся собственник господствующего участка, который имел право использовать чужую стену для опоры строения на своем участке. В частности, сюда входило право опирать свои балки на чужую стену, а также право опирать собственное строение на дом соседа.

б) Правом на пространство наделялся собственник господствующего участка, который имел право выводить части своего строения в воздушное пространство соседа. Сюда относились следующие права: право выдвигать свой балкон в воздушное пространство соседа; право возводить крышу, вторгаясь в воздушное пространство соседа.

с) Право на вид заключалось в ограничении собственником служебного участка в проведении строительных работ, которые портят вид или ухудшают освещение зданий, воздвигнутых на господствующем участке. Эти права включали: обязательство собственника служебного участка не предпринимать работ, препятствующих нормальному освещению строений на господствующем участке; обязательство собственника служебного участка не возводить строений, портящих вид с господствующего участка.

д) Сервитуты по стокам состояли в праве собственника господствующего участка на отвод через служебный участок дождевой воды, а также в праве спуска воды и других жидкостей, скапливающихся на господствующем участке. Например, право отвода дождевой воды, право спуска лишней воды и право проведения нечистот¹.

§ 4. Личные сервитуты (*servitutes personarum*)

Пользование плодами (ususfructus)

Ususfructus являлся личным сервитутом, на основании которого полномочное лицо или пользователь плодами (usufructarius) получал право бесплатно и, как правило, пожизненно пользоваться чужой вещью и извлекать из нее плоды, но с обязательством по завершении пользования плодами возвратить вещь собственнику неповрежденной (т.е. без изменения ее функциональной принадлежности)². Из этого вытекает требование к пользователю относиться к вещи, как подобает

¹ D. 8.2.1.2; D. 3.3.

² D. 7.1.1.

хорошему хозяину, и соблюдать все правила пользования. Пользователь становился собственником естественных плодов вещи с момента их сбора. Но в течение срока действия узуфрукта собственник не имел права на доходы от вещи. Его собственность была голой, т.е. он не пользовался правовой защитой.

Узуфрукт, как особый вид права на чужие вещи, возник в позднереспубликанский период. В ту эпоху предметом узуфрукта могли быть только непотребляемые вещи (*res non consumptibiles*). Это было связано с тем, что по завершении узуфрукта вещи нужно было возвратить хозяину неповрежденными. Отсюда следовало, что потребляемые вещи (*res consumptibiles*) не могли быть предметом узуфрукта. В дальнейшем, с появлением в римском праве моделей имущественных комплексов, включавших и потребляемые, и непотребляемые части как единое целое, вышеуказанное жесткое требование в отношении потребляемых вещей не всегда соблюдалось (рассмотрение узуфрукта в отношении потребляемых вещей приводится ниже).

Узуфрукт в некоторых случаях мог принадлежать в идеальных долях нескольким лицам. Кроме того, могло существовать и пользование определенной частью вещи при наличии общей собственности на все другие ее части. Узуфрукт не мог быть объектом наследования и отчуждения.

В римском праве выделялись два подвида узуфрукта: узуфрукт в строгом значении, или пользование плодами непотребляемых вещей, и узуфрукт в переносном значении, или пользование плодами потребляемых вещей (*quasiususfructus*).

а) При обычном пользовании плодами узуфруктарий получал предмет узуфрукта с условием пользоваться плодами и самим предметом. Собственность на плоды он приобретал в момент перцепции. Это право имело строго личный характер и могло длиться только до смерти узуфруктария. Оно могло быть передано в пользование третьим лицам. Но указанная возможность длилась лишь до момента, когда погашалось право на узуфрукт вместе со смертью узуфруктария.

Основными обязанностями узуфруктария были, как уже отмечалось выше, сохранить предмет узуфрукта и использовать его как различительный хозяин, а также предпринимать необходимые действия по содержанию предмета во время пользования плодами и использовать предмет узуфрукта в соответствии с его экономической целью (функцией). В конечном счете узуфруктарий должен был гарантировать собственнику предмета возврат предмета по завершении узуфрукта.

б) При квазизузуфрукте узуфруктарий получал в собственность предметы узуфрукта. По окончании срока узуфрукта он должен был вернуть собственнику то же количество вещей того же рода или в крайнем случае их стоимость. Узуфруктарий должен был дать обеща-

ние (*cautio*) собственнику вещи выполнить это обязательство. Квазиузуфрукт появился в начале императорского периода Рима на основе *senatusconsultum* (постановления сената).

c) *Usus* (пользование). Право пользования было личным сервитутом, на основании которого правомочное лицо (*usuarius*) получало бесплатное и обычно пожизненное право так долго пользоваться чужой вещью и ее плодами, как это было необходимо для удовлетворения потребностей носителей этого права и ближайших членов его семьи¹. Осуществление этого права не предусматривало исключительное владение вещью, которое могло быть ограничено собственником. *Usuarius* не мог передать свое право пользования третьему лицу. *Usus* мог принадлежать нескольким лицам, но не был делим. Подобно узуфруктуарию, *usuarius* должен был использовать чужую вещь как рачительный хозяин и возвратить вещь собственнику в исправном состоянии.

d) *Habitatio* (право проживания). Право проживания было личным сервитутом, на основании которого правомочное лицо получало бесплатное и обычно пожизненное право пользоваться чужим жилищем для себя и своей семьи, а также право сдавать это жилище внаем, удерживая за собой полученную плату. Среди римских юристов не было единого мнения по поводу того, относить *habitatio* к узуфрукту или к узусу. В праве Юстиниана оно было выделено в современное право — вид личного сервитута, потому что право проживания являлось частым предметом установления сервитута. Основанием возникновения *habitatio* чаще всего было завещание или легат.

e) *Operae servorum vel animalium* (право бесплатно и пожизненно пользоваться рабочей силой чужих рабов или чужих животных). Содержание личного сервитута *operae servorum vel animalium* заключалось в праве титуляра бесплатно и обычно пожизненно пользоваться рабочей силой чужих рабов или чужих животных. Управомоченное лицо могло или самостоятельно пользоваться объектами, или отдавать их внаем. Первоначально в римском праве существовала точка зрения, что данное право является правом пользования. Но потом утвердилось мнение, что по содержанию оно является узуфруктом.

§ 5. Защита сервитутов

Захиста сервитутных прав проводилась при помощи особых исков и интердиктов. Наиболее ранним иском о защите титуляра был *vindicatio servitutis*. Исковое требование истца в этом случае было сле-

¹ D. 7.8.12.1.

дующим: признать его право на сервитут и устраниТЬ все препятствия в пользовании этим правом. Для того чтобы выиграть иск, требовалось доказать, что такое право действительно у истца существует. В тех случаях, когда сервитуты устанавливались по предписанию преторского права, носители таких сервитутов имели право применять вышеуказанный иск как *vindicatio utilis*.

При Юстиниане различия между сервитутами, основанными на предписании цивильного и преторского права, исчезли и был введен единый общий иск по защите сервитутных прав – *actio confessoria*. Этот иск использовался для защиты права пользования чужой вещью.

Кроме указанного иска носители сервитутного права были защищены рядом интердиктов. Существовали отдельные интердикты для защиты интересов сельских земельных сервитутов и носителей городских земельных сервитутов.

§ 6. Долгосрочная аренда (*jus perpetuum*)

Институт долгосрочной аренды появился в римском праве на императорском этапе Рима. В то время начало отмирать классическое рабовладельческое хозяйство и римское земледелие стало все больше основываться на обработке земли с помощью свободных арендаторов. В связи с этим для регулирования отношений между собственниками земли и свободными арендаторами требовалась разработка новых правовых инструментов. Ранее использовавшиеся договоры краткосрочного найма не обеспечивали интересов ни арендаторов, ни собственников земли. Это было обусловлено тем, что арендатор подвергался риску расторжения договора (в силу его краткосрочного характера). Поэтому арендатор не был заинтересован в улучшении сельскохозяйственного производства. Что касается собственников земли, то договоры краткосрочного найма не обеспечивали ему постоянную гарантированную ренту.

Договоры долгосрочной аренды земли позволили арендатору получить во владение арендованное имущество с правом постоянного пользования им, а также его плодами. Арендованное имущество можно было передавать на основе договоров наследникам при условии регулярной выплаты арендной платы.

На практике использовались два вида договоров об аренде сельскохозяйственных участков: *jus in agro vectigali* (постоянное право пользования чужой землей, предназначенноЯ для сельскохозяйственного производства) и *emphiteusis* (договор долгосрочной аренды земли с правом хозяйственной застройки).

Jus in agro vectigali, или *jus perpetuum* (постоянное право пользования чужой землей, предназначенноЙ для сельскохозяйственного производства), появился во времена принципата. Арендатор на основе *jus*

in agro vectigali имел право постоянного пользования чужой землей в собственных интересах с обязанностью платить арендную плату. Право арендатора было постоянным и наследственным и подлежало передаче, пока выплачивалась арендная плата. Арендатор имел возможность защищать свое право исками (*actio vectigalis*) и интердиктами (посессорные интердикты) против кого угодно, даже против самого собственника. Такой большой объем прав у арендаторов приводил некоторых римских юристов к мнению, что в самом деле это договор о продаже земли с соглашением о постоянной ренте как цене купли-продажи. Но все же в римском праве преобладало мнение, что *jus in agro vectigali* является собой особый вид договора аренды¹.

Emphyteusis известен со времен постклассического римского права и тоже представлял собой особый вид долгосрочной аренды земли. Предметом эмфитеувиза были участки с определенной культурой, а также не обрабатывавшиеся до этого участки, входившие в состав императорских земель. Арендатор (эмфитевтор) таких земельных участков в силу сделанных им инвестиций освобождался на определенное время от арендной платы. По истечении данного срока он должен был платить арендную плату, но в меньшем размере, чем по договорам *jus in agro vectigali*. Все иные права и обязанности эмфитеутов были такие же, как права и обязанности арендаторов, плативших *vectigali*. Права эмфитевтора защищались при помощи *rei vindicatio utilis* и посессорными интердиктами.

В Юстинианову эпоху договор эмфитеувиза был изменен в пользу собственника земли или арендодателя². Арендодатель получил право первой купли в том случае, когда эмфитевтор на основе договора распоряжался своими полномочиями. Наряду с этим арендодатель имел право требовать регулярной выплаты ренты и других публичных налогов эмфитевтором, а также содержания арендуемого имущества в хорошем состоянии.

Широкое использование эмфитеувиза сопровождалось дискуссиями между юристами относительно его правовой природы. Так, по крайней мере, существовали две точки зрения. Согласно одной, эмфитеувиз трактовался как договор купли-продажи (*emptio – vinditio*). Согласно другой точке зрения, он рассматривался как аренда (*locatio conductio*). В императорский период эмфитеувиз был определен как особое право-отношение, устанавливаемое особым договором – *emphyteuseos*.

Эмфитевтор имел достаточно широкие полномочия. Хотя он не являлся собственником участка земли, фактически он осуществлял все

¹ Гай 6.3.1.

² Во времена Юстиниана существовал лишь один долгосрочный договор аренды сельскохозяйственных земель. Он охватывал и прежний *jus in agro vectigali*.

права собственности. Он осуществлял владение, он получал все плоды земли и доходы в собственность, все его права переходили к наследникам и могли быть завещаны, подарены и проданы другим приобретателям. Более того, эмфитевтор мог устанавливать залоги и сервитуты.

Зашита прав эмфитевторов обеспечивалась при помощи особого иска *actio vectigalis*, а также владельческих интердиктов.

Права эмфитевтора погашались в том случае, если он три года подряд не вносил арендную плату или не выполнял арендных обязательств¹.

Собственник земли мог предъявить эмфитевтору особый иск – *actio emphyteuticaria*.

Суперфиций (*superficies*) – это договор о долгосрочной аренде строительных участков. На основании этого договора арендатор участка (суперфициарий) получал постоянное, наследственное и отчуждаемое право возводить строения на чужой земле и пользоваться ими вместе с землей, регулярно выплачивая собственнику участка арендную плату. Арендная плата называлась *solarium*.

Суперфиций стал широко использоваться только в классическое время, с полным утверждением частной собственности на землю. Уже в период республики государство и отдельные городские общины нередко сдавали участки городской земли для возведения построек с тем, что выстроивший получает право на продолжительное и даже бессрочное пользование участком под постройкой за известный ежегодный оброк (*solarium*). Эта оплата включала не только текущие платежи, но и все недоимки, накопленные за предыдущее время. Суперфициарий оплачивал также все государственные подати и налоги. С течением времени к такому способу сдачи земель стали прибегать и частные лица.

Дополнительным фактором, способствовавшим его появлению, было то, что весь пригодный для застройки городской земельный фон находился в руках небольшого числа собственников при постоянно растущей потребности городского населения в жилье. Суперфиций давал возможность возникновения собственности на строительные участки, которые в дальнейшем оставались бы в руках прежних собственников. Что касается строений и пользования такими участками, то их можно было передать и другим лицам. Правовые отношения, возникавшие в этом случае, оформлялись договором о *superficies*. Появление суперфиция в Риме привело к полному пересмотру прежнего положения о том, что земля должна принадлежать тому, кто ее обрабатывает или застраивает. Утвердились противоположное правило: земля принадлежит собственнику даже тогда, когда по его воле застраивает-

¹ Цельс. 4.66.2.

ся другим лицом. Застройщик такого участка, даже если он строил на собственные средства, обладал только правом постоянного использования. В то же время собственник не мог произвольно лишить суперфициария его полномочий. Он имел право получать с него solarium, а в случае несвоевременной уплаты мог обратиться за судебной защитой своих прав, в частности мог возбудить иск о собственности, *re i vindicatio*.

Права суперфициария защищались как *re i vindicatio utilis* и посессорными интердиктами, так и особым *interdictum de superficiebus*¹.

§ 7. Залог (*pignus, hypotheca*)

Залоговое право является разновидностью прав на чужие вещи. Его функция заключается в обеспечении выполнения обязательств.

Договоры о залоге являлись древним институтом римского права. Они возникли как дополнительное соглашение при первичных кредитных отношениях. В этом случае кредиторы позволяли должнику отсрочить на определенное время выполнение взятых на себя обязательств в обмен на определенное обеспечение, предоставляемое должником. Таким обеспечением могло быть предоставление должником какой-либо вещи в качестве гарантии, что должник вовремя и полностью выплатит долг.

Развитие римского залогового права прошло в три этапа. В древнее время договором о залоге служила *fiducia cum creditore*, в начале классического периода появился *pignus*, затем – *hypotheca*.

Fiducia cum creditore являлась древнейшим видом (формой) договора о залоге в Риме. Особенностью этой формы было то, что посредством манципации, или *in jure cession*, должник передавал предмет залога в собственность кредитору с оговоркой, что после исполнения взятого обязательства кредитор возвратит ему этот предмет.

Основным правовым следствием *fiducia cum creditore* было установление права собственности кредитора на предмет *fiducia*. В древнем праве эта собственность устанавливалась только передачей предмета на основе манципации или *in jure cessio*. Оговорка о возвращении вещи должнику после исполнения им обязательства кредитору имела не столько юридическое, сколько моральное значение. Исполнение этой передачи зависело от воли и честности кредитора. Это было связано с тем, что только он мог решать, как ему лучше поступить: или требовать выполнения главного обязательства, или вместо оплаты удерживать предмет, принятый в *fiducia*. Такое положение было невыгодно долж-

¹ D. 12.1.1.1.

нику, особенно в том случае, когда предмет залога имел большую ценность, чем предмет главного долга. В дальнейшем такая альтернатива была отменена с введением *actio fiduciae*.

По *actio fiduciae* должники, которые были готовы исполнить взятые обязательства, имели право требовать или возвращения предмета, или возмещения ущерба, если кредиторы не соглашались вернуть им предмет залога.

Однако даже и при этих условиях положение должника было крайне невыгодным, т.к. получивший его вещь был его собственником и потому мог ее передать третьему лицу, к которому должник не мог предъявить иск.

Pignus являлся видом договора о залоге, который устанавливался путем передачи движимой и недвижимой вещи должником кредитору, но не в собственность, а только во владение (держание). На основании *pignus* кредитор имел право обладать вещью и продать ее, а из вырученной стоимости вернуть себе долг, не уплаченный должником.

Право владения (*jus possidendi*), которое было у кредитора, позволяло ему владеть предметом залога до тех пор, пока не будет выполнено обязательство, взятое должником. Это право кредитора защищалось.

Кредитор имел право продать заложенный предмет (*jus distractionis*) в случае несвоевременной уплаты долга.

В виде исключения кредиторы имели право требовать у должника возмещения расходов по содержанию заложенного предмета. Если предмет нельзя было выгодно продать, то кредитор мог требовать у государственных органов оставить предмет залога в его собственности.

На основании заключенного соглашения о пигнусе должники имели право требовать от кредитора хранить заложенный предмет, не пользоваться им, возвратить его при получении долга, а после продажи предмета, если долг не был вовремя уплачен, уплатить должнику разницу между вырученной от продажи суммой и величиной долга¹.

Для защиты прав кредиторов (*jus possidendi* и *jus distractionis*) использовались посессорные интердикты и *actio quasi Serviana*. Для защиты прав должников, особенно их права возвращения им предмета залога после выполнения взятых на себя обязательств, могли применяться *rei vindicatio* или *actio Publiciana*.

Hypotheca (ипотека) являлась наиболее развитой формой римского залога. Она возникла на этапе разложения рабовладельческого хозяйства. В то время собственники больших латифундий были вынуждены сдавать часть своих земель мелким арендаторам для обработки. В этих условиях стали очевидными недостатки пигнуса. Беря в аренду участ-

¹ Институции. 3.14.4.

ки латифундий, мелкие арендаторы обычно не располагали другим имуществом, кроме предметов, необходимых для обработки земли и удовлетворения своих самых необходимых потребностей. В этих условиях передача ими в залог арендодателям этих необходимых предметов лишала арендаторов возможности обработки земли. Но так как крупные землевладельцы требовали реального обеспечения, то в римском праве была установлена такая форма залога, как ипотека, сложившаяся ранее в греческо-египетском праве. Сущностью ипотеки являлся залог без передачи владения залогом кредитору¹. Это позволяло залогодателю использовать предмет залога в хозяйстве. В то же время залогодатель имел право в случае неисполнения обязательства должником (залогодателем) истребовать заложенную вещь от любого лица, у которого она могла в то время находиться, продать эту вещь и из вырученной суммы покрыть свое требование должнику.

Включение ипотеки в систему римского залогового права было осуществлено путем так называемых *interdictum Salvianum* и *actio Serviana*. На основе этих правовых инструментов собственники крупных поместий могли требовать от мелких арендаторов при невыполнении ими их обязательств передачи им залогового имущества.

Таким образом, ипотека развилаась на основе найма сельскохозяйственных участков. При помощи ипотеки закладываемые вещи не выходили немедленно из владения и пользования залогодателя, а кредитор в то же время имел абсолютный иск об истребовании вещи с целью ее продажи.

Ипотека устанавливалась простым соглашением между кредитором и должником. В постклассическое время было принято составлять об этом официальные и неофициальные документы. Официальные документы обладали полной доказательной силой существования ипотеки. Такой же силой обладали и частные документы, если были подписаны не менее чем тремя свидетелями.

Наряду с договорными ипотеками в римском праве существовали и законные, или легальные ипотеки. Они устанавливались *ipso jure* и действовали без предварительного согласия сторон. К ним относилась ипотека арендодателя на имущество арендатора сельскохозяйственных участков и жилищ. Кроме того, к ним относились ипотеки, введенные по предписанию римских императоров. В том числе ипотека инвестора на предмет инвестиций, ипотека фиска на имущество неплательщика налогов; ипотека подопечного на имущество опекуна или попечителя; ипотека жены на имущество мужа для обеспечения приданого; ипотека церкви на имущество арендаторов церковных земель.

¹ D. 13.7.9.2.

Источниками ипотеки являлись также завещания и судебные решения¹.

Что касается *предмета* ипотеки, то в классическом праве им могли быть только материальные вещи. В постклассический период ипотечные права могли устанавливаться и на нематериальные вещи. Предметом ипотеки были и целые имущественные комплексы, а также все имущество отдельного лица. Ипотеки, имеющие своим предметом точно определенную вещь или точно определенную часть имущества какого-либо лица, называли специальными, или особыми ипотеками. Ипотеки, которые устанавливались на все имущество определенного лица, назывались общими, или генеральными ипотеками.

Ипотека как залоговое соглашение, предусматривавшее, что предмет залога не переходил во владение кредитора, пока не истекало время уплаты долга, давала возможность устанавливать большие ипотечные права на один и тот же предмет, т.е. распространить ипотеку на несколько кредиторов.

Первоначально распространение ипотеки или получение прав несколькими кредиторами регулировалось правилом «qui prior est tempore potior est jure» («кто раньше по времени, тот сильнее в праве»). В силу приведенного правила ипотечные кредиторы могли ожидать выплаты долга только после полного удовлетворения тех кредиторов, чьи ипотеки были заключены ранее.

Применение вышеприведенного правила стало возможным в полной мере, когда ипотеки стали ранжироваться. Различие ипотек по рангу (по старшинству) началось в постклассическом праве. Так, высший ранг, т.е. наибольшую силу, имели так называемые привилегированные генеральные и определенные законные ипотеки. К ним относились: ипотека фиска на имущество должников при неуплате налогов; ипотека жены на имущество мужа для обеспечения приданого; ипотека инвестора на предмет инвестиций. Все другие ипотеки были ниже по рангу. Среди договорных ипотек наиболее высокий ранг имели те, по которым были публично оформлены документы. Более низкий ранг имели ипотеки, по которым были составлены частные документы. Наконец, наиболее низкий ранг имели ипотеки, оформленные простым соглашением.

Со времени введения ранжирования ипотек вышеуказанное правило qui prior est tempore potior est jure применялось для упорядочивания отношений между кредиторами одного и того же ранга. Что касается кредиторов более высокого ранга, то, независимо от времени возник-

¹ Судебным решением устанавливалось право определенного лица завладеть чужой вещью. Поэтому это право было идентично праву ипотечных кредиторов в отношении jus possidendi.

новения ипотечного права, они могли требовать выплаты долга перед кредиторами более низкого ранга (очереди), что угрожало правам последних. В этой связи был введен *jus offerendi*. Он представлял собой право кредитора низшего ранга и ипотек, возникших в более позднее время, выплачивать долг кредиторам более высокого ранга и ипотек, возникших в более ранний период, а потом самим организовывать продажу предмета залога. В случае неиспользования ими такого права они были вынуждены ожидать, чтобы сначала рассчитывались с кредиторами более высокого ранга и раннего времени, а их требования удовлетворялись за счет остатка от полученной после продажи суммы.

На основании соглашения об ипотеке кредиторы получали право в момент окончания срока выплаты долга требовать владения предметом ипотеки (*jus possidendi*). После установления владения предметом ипотеки кредиторы должны были организовать продажу вещей, полученных во владение. При этом продажа предмета ипотеки должна быть организована таким образом, чтобы были защищены интересы должника. Если продажу организовывал кредитор невысокого ранга, то с продажей предмета не исчезали права кредиторов более высокого ранга и более раннего времени. Они продолжали обладать предметом залога. После продажи предмета кредитор, организовавший продажу, возвращал себе долг из вырученной суммы. После удовлетворения требований кредиторов остаток суммы в процентном выражении могли получить кредиторы, чьи требования не были защищены ипотечным правом. Если после этого какая-то часть доходов оставалась, то остаток передавался должнику.

Ипотечные кредиторы не имели права устанавливать собственность на предмет ипотеки. Соглашения между ипотечными кредиторами и ипотечными должниками об установлении собственности на предмет ипотеки были запрещены. Это было обусловлено тем, что такие соглашения противоречили интересам должников и самой сущности ипотеки. В виде исключения право собственности на предмет ипотеки могли получить те ипотечные кредиторы, которые не сумели выгодно продать предмет залога. В этом случае по просьбе данного ипотечного кредитора соответствующий орган власти принимал решение о переходе права собственности к ипотечному кредитору при условии, что должник не выплатит долг в дополнительный срок (два года).

Права ипотечных кредиторов защищались *interdictum Salvianum* и *actio Serviana*. *Interdictum Salvianum* входил в интердикты о приобретении владения. Ипотечные кредиторы имели право применить этот интердикт в момент истечения срока уплаты долга, а также в том случае, когда существовала опасность непредоставления должником обеспечения исполнения обязательств. В связи с тем что ипотечное право не было связано с владением вещью, были возможны случаи, когда ипо-

течный должник передавал предмет залога ипотечному кредитору низшего ранга (очереди) и более позднего времени или третьим лицам. В таких случаях ипотечные кредиторы того же или более высокого ранга имели право требовать в свое владение предмет у лица, которое удерживало его. Для этой цели служила *actio Serviana*. В Юстиниановский период *interdictum Salvianum* и *actio Serviana* были объединены и получили наименование *actio pignera tica in rem* или *actio hypotecaria*.

Ипотечные должники могли противостоять неоправданным требованиям о владении со стороны кредиторов. Они могли применить *exceptio doli*. В то же время должник, выплачивающий долг кредитору, который не хотел выделить ему для хозяйственных нужд необходимое имущество для обработки земли, мог защищаться при помощи *interdictum de migrando*. При помощи этого интердикта должник при нуждал кредитора не чинить препятствий при переселении должника. Ипотека является акцессорным правом и как таковая погашалась с исполнением обязательства. Кроме того, ипотека прекращалась в случае гибели предмета залога, отказа ипотечного кредитора и слияния в одном лице залогового права и права собственности на заложенную вещь.

РАЗДЕЛ VI

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО

В результате изучения данного раздела студент

будет знать:

- понятие, виды и основания возникновения обязательств в римском частном праве;
- характеристики отдельных видов договоров и условия их действительности;
- особенности деликтов и пактов как источников обязательств;
- регулирование обеспечения исполнения и прекращения обязательств;
- особенности квазиделиктов и квазиконтрактов как источников обязательств;
- принципы регулирования ответственности должника за неисполнение обязательств;

будет уметь:

- анализировать источники римского права, регулирующие обязательственные отношения;
- анализировать основания возникновения отдельных видов обязательств в римском частном праве;
- анализировать условия действительности договоров и порядок их заключения;
- анализировать отдельные виды договоров;
- анализировать особенности отдельных способов обеспечения обязательств;
- анализировать особенности отдельных способов прекращения обязательств;
- анализировать условия возникновения деликтных обязательств;
- анализировать условия возникновения обязательств из квазиконтрактов и квазиделиктов;
- анализировать принципы регулирования ответственности должника за неисполнение обязательств;

будет владеть:

- навыками сравнительно-правового анализа источников римского частного права, регулирующих обязательственные отношения;
- методами сравнительно-правового анализа отдельных видов договоров;
- методами анализа регулирования способов обеспечения обязательств и способов их прекращения;
- навыками применения норм обязательственного права для регулирования конкретных правоотношений из практики римского хозяйственного оборота.

ГЛАВА 1 ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

§ 1. Понятие обязательства

Понятие обязательства (*obligatio*) было разработано в римском постклассическом праве, и в Институциях Юстиниана дается следующее определение обязательств. Обязательства – это правовые оковы (узы), в силу которых мы связаны необходимостью что-либо исполнить в согласии с правом нашего государства¹.

Наряду с этим в Дигестах Юстиниана также содержится определение обязательства, сформулированное известным юристом Павлом: «Сущность обязательства состоит не в том, чтобы сделать какой-нибудь предмет или сервирот нашим, но чтобы связать другого перед нами, дабы он дал что-нибудь, или сделал, или предоставил»².

Таким образом, приведенные определения обязательственных правоотношений позволяют сделать следующие выводы:

- обязательственные отношения существовали лишь между двумя сторонами: между кредитором (*creditor*) и должником (*debitor*);
- на основании этих отношений кредитор получал имущественное право требовать от должника, чтобы он что-нибудь дал (*dare*), что-нибудь сделал (*facere*) или что-нибудь предоставил (*praestare*);
- должник должен был под угрозой экономических санкций выполнить требование кредитора.

Другими словами, римские юристы определяли обязательственные отношения как имущественные отношения между кредитором, уполномоченным требовать какое-либо *dare*, *facere* или *praestare*, и должником, который под угрозой санкций обязательственного права должен был выполнить требование кредитора.

Обязательственные правоотношения, в отличие от вещных правоотношений (права собственности), предусматривают их прекращение (обычно и нормально) путем исполнения, в то время как право собственности устанавливается на длительный и неопределенный период времени.

§ 2. Виды обязательства

В римском праве обязательства классифицируются на следующие виды:

- делимые;
- неделимые;

¹ I. 3.13.

² Павел 2; D. 44.7.3.

- альтернативные;
- факультативные;
- долевые;
- солидарные;
- корреальные.

Обязательства *делимы*, когда их предмет поддается делению без ущерба для его ценности (например, денежная сумма). Обязательства будут *неделимы*, если предмет обязательства неделим (например, при установлении сервитута). В этих случаях при участии нескольких кредиторов и должников все они признаются солидарно ответственными, т.е. каждому из должников можно предъявить иск¹.

При *альтернативном* обязательстве должник обязан совершить одно из двух или большего числа действий (например, дать одного раба или другого раба). Право выбора предмета исполнения определяется в самой сделке или принадлежит обязанному лицу².

Таким образом, при альтернативных обязательствах до момента их выполнения не было точно известно, что будет предметом предоставления. В этом случае при самом заключении обязательства определялись два и более видов представления, из которых должник должен выполнить одну для погашения обязательств. Выбор конкретного исполнения принадлежал должнику. Если избранное выполнение стало невозможным, то обязательства должника не погашались до тех пор, пока существовала возможность выполнения каким-либо другим способом.

При *факультативном* обязательстве допускалась уплата другим предметом взамен обусловленного³.

При *долевых* обязательствах их предмет дробится между несколькими участниками (например, при наследственных долгах)⁴.

Солидарные обязательства (нераздельные совокупные обязательства) возникали в том случае, когда на стороне кредитора и на стороне должника имелось множество лиц. При этом какой-нибудь кредитор имел право получить по всем требованиям от имени всех, а кто-нибудь из должников должен был выплатить весь долг, который отягощал всех должников.

При солидарных обязательствах ответственность ложилась на каждого из должников во всем объеме или право требования принадлежало каждому из кредиторов во всем объеме. В то же время существовала такая солидарная ответственность, при которой последняя умножает-

¹ Д. 8.1.17.

² Д. 30.84.9.

³ Д. 20.6.121.

⁴ Д. 10.2.25.9.13.

ся, т.е. она возлагается на нескольких обязанных лиц. Например, если несколько человек убили раба, то каждый из них платит цену раба. В этом случае ответственность носит характер штрафа.

Солидарные обязательства в римском праве делились на несколько групп по предмету и по способу их установления.

1. Если предметом предоставления (*prestacio*) была неделимая вещь, то солидарные обязательства устанавливались *ipso iure*: не было необходимости в специальном соглашении. В этом случае любой из кредиторов имел право получить целую вещь, а кто-нибудь из должников должен был выполнить все представление. Исполнение избранным должником освобождало других должников от обязательств¹. И наоборот: когда один из кредиторов получал по требованиям, другие кредиторы теряли право требовать выполнения данного обязательства.

2. Солидарные обязательства могли возникать путем договора. В таком случае они превращались в корреальные обязательства. Обычно предметом таких обязательств являлись делимые вещи.

При корреальных обязательствах последние погашались при предъявлении иска кредиторов к одному из совокупных должников или одним из совокупных кредиторов к должнику. Корреальные обязательства по своей сущности – это солидарные обязательства, которые прекращались в результате установления процесса (*litis contestacio*) любым кредитором против любого должника².

Обязательства по предписаниям древнеримского права (*obligationes stricti juris*) и обязательства по предписаниям преторского права (*obligationes bonaе fidei*)

При обязательствах по древнеримскому праву судья не был обязан выяснить, достигли ли стороны цели (*causa*), ради которой сделка была заключена. Задача судьи заключалась в выяснении, была ли заключена сделка и каким было требование кредитора. Для выяснения того, каким было требование кредитора, достаточно было определить его стоимость в денежном выражении. Судья удовлетворял исковое требование кредитора, если убеждался, что кредитор действительно имел право требовать от должника сумму, из-за которой судился. В противном случае исковое требование отклонялось³.

При вынесении решений по обязательствам *bonae fidei* (т.е. обязательствам, защищаемым действиями римских магистратов) судья был вынужден принимать во внимание потребности экономического оборота. Поэтому в этом случае не применялись формализм и суровость

¹ I.3.1.6.1.

² Термин происходит от термина *conreus* – «содолжник по стипуляции».

³ Гай 4.53а.

древнего права. Судья был свободен в толковании правовых норм и гибкости их применения. В таких случаях решения выносились не на основании внешнего проявления воли сторон, но в каждом отдельном случае выяснялось, чего в действительности хотели достичь стороны, вступая в обязательственные отношения.

Разовые, постоянные и сукцессивные обязательства

Разовыми являлись те обязательства, при которых представление выполнялось одним-единственным действием, воздержанием от действия или претерпеванием чего-либо со стороны должника.

Постоянными являлись те обязательства, которые обязывали должника нечто постоянно предпринимать, постоянно воздерживаться от определенных действий или постоянно претерпевать что-либо.

При сукцессивных обязательствах должник выполнял обязательства перед кредитором действием, воздержанием от действий и претерпеванием чего-либо. Совокупность всего этого должна была соответствовать величине обязательства. Таким образом, при таких обязательствах должник путем частичных, периодических или непериодических представлений выполнял свое обязательство.

Особую группу обязательств представляют *натуральные обязательства* (*obligationes naturales*). Это обязательства, лишенные исковой защиты, т.е. на стороне кредитора не возникает искового требования, но в то же время эти обязательства порождают определенные правовые последствия. По этим обязательствам все уплаченное не может быть истребовано обратно.

Первоначально данный вид обязательств возник в рамках римской семьи в отношении членов подвластных членов семьи и рабов. Например, займы, предоставленные подвластным членам семьи, были лишены исковой защиты, но уплаченное по такому займу возврату не подлежало¹.

Obligationes naturales представляли собой специальный вид обязательств: они не были защищены в правовом отношении и не могли стать предметом судебного спора ни по цивильным, ни по преторским искам. Поэтому они не являлись обязательственными правоотношениями в строгом смысле слова. Основным правовым последствием натуральных обязательств являлась добровольная выплата долга. Наряду с этим естественные обязательства могли быть обновлены (*novatio*), т.е. могли быть учтены при компенсации и могли являться основанием для установления персонального или реального обеспечения кредитора.

Основными случаями возникновения натуральных обязательств были обязательства лиц *alieni juris* и рабов, а также обязательства недееспособных лиц, принятые ими без одобрения опекунов или попечителей.

¹ D. 12.6.38.

§ 3. Основания возникновения (источники) обязательств

Под основаниями возникновения обязательств понимаются способы установления обязательственных связей между кредиторами и должниками. В силу таких связей кредитор имел право требовать, а должник обязывался что-либо совершить, чего-либо не совершать или что-то претерпеть в пользу кредитора.

Источниками обязательств были такие правовые факты, последствиями которых было возникновение обязательственных отношений. Такие факты (*facta juridica*) делились на естественные происшествия (*facta naturalia*) и человеческие действия (*acta humana*).

Естественные события как источники обязательственных отношений создавали обязательства на основании предписаний правопорядка независимо от воли сторон. Среди других такими событиями были: рождение, смерть, непреодолимые силы, естественное прекращение существования предмета, определенные свойства людей и т.д. В таких случаях обязательства возникали при установлении данного факта и только по законному распоряжению – *ex lege*.

Человеческие действия как источники обязательственных отношений делились на допустимые и недопустимые.

Допустимые человеческие действия (*negotia juridica*) делились на односторонние, двусторонние и многосторонние. При односторонних правовых актах для установления обязательства было достаточно волеизъявления одного лица способом, предписаным правом. При двусторонних правовых актах для возникновения обязательства было необходимо согласие не менее чем двух субъектов. При многосторонних требовалось согласие не менее чем трех лиц.

Недопустимые человеческие действия (*delicta*) делились на *delicta publica* и *delicta privata*. *Delicta publica* – это уголовные преступки, т.е. такие противоправные акты, которые ущемляли общие и общественные интересы, а также могли иметь своими последствиями ущемление частных лиц. Лица, совершившие такие действия, подвергались публичному наказанию, включая смертную казнь. Что касается частных деликтов, то ими являлись такие противоправные действия, при которых ущемлялись защищенные правом интересы отдельных лиц. Санкциями в этом случае являлось возмещение причиненного ущерба (*poena privata*), которое деликвент должен был выплатить пострадавшим.

В силу вышеуказанного в Риме обязательства устанавливались или независимо от воли сторон по обязательственным отношениям (при естественных событиях и на основании предписаний закона), или по согласованному волеизъявлению кредитора и должника (т.е. договорные обязательства, или *contractus*).

В то же время в трудах римских юристов можно найти и другую классификацию источников обязательств. Так, классические юристы разделяли источники обязательств на две части: обязательство из контракта либо из деликта¹. При этом уже в то время отмечалась неполнота такой классификации. Так, Гай указывал, что некоторые обязательства не возникают из договора или из деликта, а имеют своим источником свои причины². Таким способом в римское право была введена трихотомия или тройное разделение источников обязательств.

В постклассическом праве вместо тройной была введена четверная классификация обязательств, а именно: обязательство, возникающее или из договора, или из квидидоговора, или из деликта, или из квазиделикта³.

§ 4. Стороны обязательств

В римском праве обязательство понималось как строго личные отношения между кредитором и должником (кредиторами и должниками). В силу этого юридические последствия возникновения обязательств существовали только для тех лиц, которые его установили. Этим объяснялась невозможность возникновения обязательств через представителя, а также установления обязательства в пользу третьего лица или возложения какой-либо обязанности на третье лицо. Такая жесткая позиция в отношении строго личного характера обязательственных правоотношений ограничивала развитие имущественного оборота, и впоследствии указанный подход был существенно смягчен посредством признания представительства, а также возможности замены лиц, установивших обязательство, другими лицами.

Замена лиц в обязательстве могла осуществляться как в отношении кредитора, так и должника. Замена кредитора первоначально могла осуществляться посредством новации⁴. В ее рамках первоначально прекращалось одно обязательство, в котором участвует один кредитор, и создавалось новое обязательство, в котором участвует уже другой кредитор. Но такая правовая конструкция влекла ряд негативных последствий, в частности прекращение обеспечения обязательства. Наряду с этим в случае новации требовалось и участие должника.

Преодоление указанных недостатков новации было достигнуто посредством разработки и использования института *цессии*. Цессия по

¹ Гай 3.88.

² Гай 3.91.

³ D. 44.7.1.

⁴ Гай 2.38–39.

своей сути является прямой уступкой права требования первоначального кредитора к должнику – новому кредитору.

Для передачи права требования другому лицу кредитор, который уступает свое право (цедент), избирал лицо, которому он желал уступить свое право (цессионарий). Первоначально такой цессионарий являлся представителем кредитора в процессе, имея при этом право оставить в своей собственности все взысканное в рамках процесса. В результате право требования первоначального кредитора поступало в имущество нового кредитора. Но отношения между цедентом и цессионарием основывались на договоре поручения, который по своей правовой сущности основывался на особом правовом доверии одного контрагента к другому и потому мог быть расторгнут в один момент односторонней волей доверителя.

Таким образом, положение цессионария было достаточно зыбким, так как в случае смерти цедента или отмены им своего поручения цессия теряла свою силу.

Преодоление указанных недостатков этой первоначальной формы цессии привело к установлению правовой модели, имевшей следующие характеристики:

- а) должник уведомлялся цессионарием о произошедшей цессии;
- б) должник, получавший такое уведомление, уже не платил первоначальному кредитору (цеденту);
- в) новый кредитор (цессионарий) имел право требовать платеж в свою пользу;
- г) цессионарий получил право на самостоятельный иск в защиту своих интересов.

Цессия могла возникать в силу разнообразных причин: в силу как добровольного желания цедента, так и в силу обязанности, налагаемой на него действующим правом, – и ее действительность не зависела от ее основания (что положительно сказывалось на положении должника). Например, в Дигестах приводится следующая ситуация: портной потерял платье, изготовленное для заказчика, в результате хищения. Судья присуждал портному уплатить стоимость платья заказчику и в то же время принуждал заказчика переуступить портному иск к похитителю¹.

Цедент отвечал перед цессионарием только за юридическую действительность передаваемого права требования, но не нес ответственности за реальную осуществимость требования. В Дигестах это положение выражается следующим образом: «Кто продал (цедировал) требование в том виде, в каком оно было, тот обязан отвечать только

¹ D. 19.2.62

за то, что это требование существует, а не за то, что с должника может быть действительно что-нибудь взыскано»¹.

Перевод долга (замена должника)

Римское право разработало нормы, регулирующие замену одного должника другим. Специфика данной правовой ситуации заключается в том, что если в рамках цессии личность кредитора не имеет важного значения для должника, то в случае с заменой должника его личность имеет значение для кредитора. Поэтому цессия могла быть совершена по соглашению цедента с цессионарием без участия должника. Но для замены прежнего должника новым требовалось согласие кредитора². Замена должника чаще всего имела место при продаже наследственной массы, включающей вещи, права требования и долги. Перевод долга осуществлялся в форме новации, т.е. кредитор заключал с новым должником новый договор, который прекращал обязательства между данным кредитором и прежним должником.

ГЛАВА 2 ДОГОВОРЫ КАК ИСТОЧНИКИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§ 1. Договор (*contractus*) как источник обязательства: понятие и эволюция в римском праве

Главным источником обязательств в Риме был договор (*contractus*). Договоры являлись двусторонними и многосторонними правовыми актами.

В ранний период Рима в римском праве регулировались три основных варианта обязательственных договоров:

а) *pexum* (договор, совершившийся в форме сложного обряда с помощью меди и весов). Данный договор, по своей сути, был договором займа, и должник в этом договоре в случае неплатежа отдавал себя в распоряжение кредитора;

- б) стипуляция (словесный договор в форме вопроса и ответа);
- в) литтеральный (письменный) контракт.

Все указанные виды договоров имели формальный характер.

В дальнейшем, по мере развития и усложнения хозяйственного оборота, увеличилось число договоров и совершенствовалось их правовое регулирование. Это выражалось в том, что, например, исчезла самая

¹ D. 21.2.74.3.

² Цельс 4.39.2.

древняя форма договора – пехум (вместо нее появилась новая форма займа – mutulum). Стипуляция и литтеральный контракт сохранились и потеряли свой формальный характер, т.е. стали неформальными.

В классический период Рима, в соответствии с классификацией Гая, выделялись четыре основных вида договоров¹:

- реальные (обязательства возникали на основе передачи вещи);
- вербальные (словесные, устные);
- литтеральные (письменные);
- консенсуальные (обязательство возникало на основе одного лишь соглашения, consensus, даже при отсутствии передачи вещи).

При этом каждый из указанных четырех видов договоров включал четко определенное число контрактов.

Помимо классификации Гая, римскому праву были известны и другие классификации контрактов. Так, например, выделялись безыменные контракты (*contractus innominati*) и пакты (неформальные соглашения, которые могли иметь любое содержание). Как таковые пакты в подавляющем большинстве случаев не пользовались исковой защитой.

Особо следует отметить договоры односторонние и двусторонние (синаллагматические). Сущностные различия между ними заключаются в следующем: в договорах односторонних обязанность возникает только для одной из сторон, а в двусторонних договорах – для обеих сторон. Примером одностороннего договора являлся договор займа, а двустороннего – договоры найма и купли-продажи.

Подробная характеристика как вышеуказанных видов договоров, так и других, будет дана в последующих главах.

§ 2. Условия действительности договора и порядок его заключения

Для установления договора требовалось согласие не менее двух правоспособных лиц. В то же время такое согласованное волеизъявление не всегда являлось договором. В некоторых случаях согласование воль могло результироваться в простом соглашении без правовых последствий. Для того чтобы соглашения стали договорами помимо согласования воль, требовалось, чтобы они заключались право- и дееспособными субъектами. Наряду с этим было необходимо, чтобы согласованное волеизъявление право- и дееспособных субъектов выражалось способом или по форме, предписанной законом. Также требовалось наличие предмета, который являлся объектом представления

¹ Гай 3.175.

со стороны должника. Таким образом, договорами (*contractus*) являлись только те соглашения, которые основывались на согласованном волеизъявлении право- и дееспособных субъектов, при условии, что эта согласованность существует в форме, предписанной законом, и ее предмет может быть объектом обязательственного права.

Договор имел правовую силу только при наличии условий его действительности. Вся совокупность таких условий делилась на три группы:

- **существенные условия;**
- **обычные условия;**
- **случайные условия.**

Существенными назывались такие условия, без которых договор не мог бы существовать. Обычные условия не были необходимыми для существования самого договора. Договоры могли заключаться и исполняться и без наличия таких условий. Стороны имели право устанавливать перечень таких условий для каждого договора.

Случайные условия использовались для конкретизации законом или обычаем обстоятельств, значимых для исполнения договоров. Они вносились в договор по воле сторон¹.

Существенные условия договоров. В каждом договоре должны были присутствовать пять существенных (конститутивных) элементов:

- 1) правомочные субъекты договора;
- 2) законность содержания договора;
- 3) согласованные волеизъявления сторон договора;
- 4) определенный предмет обязательственных правоотношений;
- 5) соблюдение законной формы договора.

Отсутствие хотя бы одного из указанных условий лишало договор правовой силы.

1. **Правомочность** субъектов договора означала их право- и дееспособность, т.е. способность участников договорных отношений быть носителями определенных прав и их способность своими действиями приобретать и выполнять определенные обязанности.

2. **Законность содержания** договора означала, что закон не мог иметь своим предметом действия, нарушающие (противоречие) нормы права, а также принятые в обществе нормы морали («добрые нравы»).

3. Договор как источник обязательств не мог существовать, если не был основан на **согласии сторон**. Соглашения сторон (согласованность волеизъявлений) договаривающихся субъектов назывались *consensus* или *pactum*. Римские юристы считали, что согласованность возникала

¹ Судья был обязан принимать во внимание существенные и обычные условия договора, но не был обязан принимать во внимание случайные условия.

в момент, когда стороны имели одно и то же мнение об определенном предмете¹. При этом такая согласованность возникала при следующих обстоятельствах:

1. Для возникновения договора было необходимо, чтобы одна из сторон взяла на себя обязанности по его заключению. Предложения о заключении договора (*offerta*) предшествовали переговорам. Переговоры могли завершиться как без достижения согласия, так и достижением согласия на заключение договора между стороной-инициатором и стороной – адресатом оферты. Согласие на заключение договора означало, что договор устанавливался простым соглашением сторон, но при условии соблюдения предписанной законом формы договора².

2. Согласие на заключение договора могло быть утверждено словесным выражением или конклюдентными действиями. Словесное выражение (*expressis verbis*) означало словесное выражение согласия сторон. Конклюдентные действия заключались в том, что стороны каким-либо образом или знаком высказывали свое общее мнение (как материальным знаком, так и молчанием). Наряду с этим, когда договоры заключались между отсутствующими (*inter absentes*), согласие могло быть достигнуто при помощи вестника или письма. В этом случае моментом достижения согласия считался момент, в котором стороны демонстрировали их общее согласие. В то же время в римских источниках точно не определено наступление такого момента³.

В древнем *jus civile* не существовало проблемы расхождения между выраженной и действительной волей сторон. Поэтому имела силу любая официально выраженная воля, независимо от факта, выражали ли стороны то, чего хотели в действительности. Это было связано с тем, что форма полностью поглощала волю. Проблема расхождения между выражением и волей сторон появилась одновременно с возникновением договоров *bonae fidei*. Договоры *bonae fidei* возникли в то время, когда в римских хозяйственных отношениях начала преобладать точка зрения, что при каждом правовом акте необходимо учитывать также и условия, при которых этот акт был заключен. Естественным считалось, что стороны вступают в сделки с точно определенными целями, определяют предмет своих переговоров и свободно принимают решения о заключении определенного договора. На основании этого и согласно

¹ D. 2.14.1.3.

² Эти случаи касались консенсуальных договоров и соглашений (*pacta*), защищенных специальными предписаниями (*pacta vestita*).

³ Так, например, в соответствии с одной из точек зрения по данному вопросу, считалось, что договор заключен в тот момент, когда лицо – инициатор заключения договора узнавало содержание письма (т.е. лицо прочло письмо), в котором сообщалось о согласии заключить договор.

принципу *bona fidei* правомочными считались только такие договоры, при которых стороны знали, с какой целью они вступили в договорные отношения и свободно приняли решение о заключении договора. Одновременно недействительными считались такие договоры, когда стороны не знали, для чего они вступили в правовые отношения и не были свободны в своих решениях при заключении договора.

В этих случаях имело место расхождение между выражением и волей сторон, т.е. могли иметь место *reservatio mentalis*, симуляция (*simulatio*), обман (*dolus*), заблуждение (*error*), насилие (*vis*) или другие пороки воли.

Reservatio mentalis существовала в тех случаях, когда стороны сознательно заявляли, что желают чего-либо, хотя в действительности этого не хотели¹. Стороны скрывали это расхождение между действительной волей и словесными заявлениями как по собственной инициативе, так и в связи с обязанностью хранить профессиональную тайну перед остальными контрагентами. Такое расхождение между выражением и действительной волей лишало любое волеизъявление правовой силы.

Simulatio существовала в случаях, когда стороны согласно заявили, что хотят чего-либо, хотя в действительности этого не хотели или их заявление было сделано с целью достижения какой-либо иной правовой или внеправовой цели. *Simulatio* могла быть абсолютной или относительной. При абсолютной симуляции стороны вообще не хотели заключать договор, но пытались вызвать у третьих лиц впечатление, что договор действительно заключен. Относительная симуляция проявлялась тогда, когда стороны, по видимости, заключали один договор, а в действительности стремились заключить совсем другой.

Абсолютная симуляция не имела никаких правовых последствий для правовых отношений между сторонами. Но в то же время она могла привести к их солидарной ответственности перед третьими лицами, если последние понесли ущерб от симулированных актов. В таких случаях симуляция квалифицировалась деликтом.

Относительная симуляция могла быть источником правовых отношений и между самими сторонами. Это могло случиться тогда, когда правовая цель, которую стороны в действительности хотели достигнуть, имела силу, т.к. симулируемый акт отвечал минимуму условий, необходимых для правомочности договора².

Заблуждение (*error*) являлось ошибочным представлением о каком-либо факте при заключении сделки. Согласно этому, при заблуждении не шла речь о расхождении между выраженной волей и внутренней

¹ Д. 2.14.7.9.

² Цельс 4.22.

волей контрагента. Именно поэтому римские юристы считали, что заблуждение влечет недействительность правового акта («не существует согласия между теми, кто заблуждается»).

Но не всякое заблуждение или ошибочное представление влекло правовые последствия. Для этого потребовалось несколько условий: заблуждение должно быть приемлемым, существенным и возникать по незнанию фактов.

Приемлемость заблуждения означала, что его нельзя было приписать крайней небрежности заблуждающегося лица. Заблуждение было существенным, когда относилось к незнанию существенных фактов. Если же речь шла о несущественных фактах, то применялось правило: «судья не судит о мелочах».

Заблуждение не могло относиться к незнанию предписаний правопорядка, так как господствовала точка зрения, что все граждане знают право («любому вредит незнание права»)¹. В виде исключения воины, женщины, несовершеннолетние и некоторые неграмотные люди могли сослаться на заблуждение как на основание для погашения сделки.

Поэтому для того, чтобы заблуждение имело правовые последствия, оно должно было происходить из незнания фактов, существенных для заключения договора (*error facti*)².

Приемлемые и существенные заблуждения по поводу фактов, существенных для заключения сделки, делились на несколько видов.

Error in negotio являлась ошибкой в сущности и содержании сделки. Такая ошибка возникала, когда между сторонами не были точно и согласованно утверждены условия договора, который они намеревались заключить. Например, одна сторона полагала, что речь идет о договоре найма, а другая – что о договоре дарения. Достигнутое соглашение в таких случаях было мнимым и не приводило к заключению сделки.

Error in persona являлась ошибкой относительно существенных качеств контрагента или личностей стороны, с которой заключался договор. Типичными случаями такой ошибки были акты наследственного и семейного права.

Error in objecto (error in corpora) являлась ошибкой в предмете договора. Такая ошибка имела место в том случае, когда стороны при заключении договора имели в виду не один и тот же предмет. Например, кредитор имел в виду дом в Риме, а должник – дом в окрестностях Рима. *Error in objecto* не возникала, когда стороны имели в виду один и тот же предмет, хотя и описывали его неверно («ошибочное описание предмета не вредит»)³.

¹ D. 22.6.9.

² D. 22.6.9; Цельс 1.18.7.

³ D. 35.1.33.

Error substantia являлась ошибкой о сущности или о существовании предмета договора, т.е. заблуждением о материале, из которого был сделан предмет (покупатель считал, что покупает золотой кубок – а кубок был позолоченный). Римские юристы классического периода не имели единобразной точки зрения по поводу правовых последствий таких ошибок. Но в постклассическом периоде возобладала точка зрения, что такие ошибки могут приводить к недействительности договора.

Обман (dolus) состоял в преднамеренном создании ошибочных представлений у контрагента с целью склонить его к заключению какого-либо договора, убыточного для него («договор заключен обманом всегда, когда для завлечения контрагента делают одно, а говорят, что делают другое»)¹. Обман, или преднамеренное введение контрагента в заблуждение, осуществлялся при помощи хитрости, притворства и ложного представления фактов².

Из вышесказанного вытекает, что при обмане не могла идти речь о расхождении между выраженной волей и внутренней волей сторон: речь шла о намеренном побуждении контрагента к формированию такого волеизъявления, от которого он отказался бы при верном понимании факта.

Так как обман противоречил принципу *bonae fidei*, обманутые при договорах *bonae fidei* были защищены. Для защиты при договорах *stricti jures* требовалось соглашение о специальной оговорке, «*clausula doli*» (оговорка об обмане)³.

Для защиты обманутых лиц использовались правовые средства, в том числе *exceptio doli* и иск из обмана (*actio doli*).

Право на защиту (*exceptio doli*) имели обманутые лица, которые еще не выполнили действия в соответствии с обязательством из договора. Пострадавшее лицо утверждало, что выплата долга противоречит принципу *bonae fidei* в силу фактов, установленных в момент, когда было истребовано выполнение⁴.

Actio doli могли применять лица, которые не имели другого способа обеспечить реституцию уже совершенного в пользу недобросовестного контрагента действия.

Недобросовестный контрагент, который по приказу суда не возвратил полученное от обманутого должника, приговаривался к возмещению ущерба и объявлялся обесчещенным лицом⁵.

¹ D. 2.14.7.9.

² D. 4.3.1.2.

³ D. 45.1.22.

⁴ D. 44.4.2.5.

⁵ D. 4.3.11.1.

Насилие (vis) и угрозы (metus).

Насилие, или принуждение, представляло собой противоправное действие по отношению к контрагенту с целью физически принудить его к заключению договора, который он иначе не заключил бы¹.

Действия по принуждению контрагента делились на публичные (*vis publica*) и частные (*vis privata*). Если принуждаемый не мог противостоять насильственным действиям без серьезной опасности для собственной жизни, он причислялся к *vis absoluta*. Применение насилия (принуждения) не приводило к правомочной сделке, а наоборот – любое насилие влекло за собой суровые санкции.

Начиная с постклассического периода понятие насилия (принуждения) обычно объединялось с понятием угрозы (*metus*). Считалось, что угроза является основой любого принуждения. С этого времени термин «*vis*» употреблялся в значении публичного деликта насилия, а термин «*metus*» – в значении частного деликта, который мог осуществляться угрозами или с применением физического притеснения.

Metus (угроза) представляла собой противоправную угрозу с целью склонить контрагента согласиться на нечто, на что он иначе не согласился бы в случае свободного волеизъявления². В соответствии с этим *metus* не являлся расхождением между выраженной волей и внутренней волей, но являлся волеизъявлением, достигнутым противоправным путем.

Для того чтобы угрозы являлись противоправными, требовалось, чтобы провоцирующие эти угрозы действия тоже являлись противоправными. Они должны представлять собой большое зло, угрожающее непосредственно контрагенту лично или ближайшим членам его семьи. В таких случаях сделки, предпринятые в указанных обстоятельствах, не являлись правомочными³.

В конце республиканского периода сделки, заключенные под угрозой, могли быть аннулированы с помощью *formula Octaviana*, а со времен Андриана – или путем *restitutio in integrum*, или с помощью *actio metus causa*.

В некоторых случаях заключенные договоры являлись недействительными из-за несовершеннолетия контрагентов или из-за чрезмерного ущерба (*laesio enormis*), если контрагенты не могли привести ни одного из вышеуказанных пороков воли как причину недействительности договора. Право требовать аннулирования договоров из-за несовершеннолетия имели лица моложе 25 лет, если из-за заключенного договора они понесли большие убытки. Этим правом (но только в постклассическом праве) наделялись и другие контрагенты, если при

¹ D. 2.4.1.

² D. 4.2.21.5.

³ D. 4.2.1.

заключении договора купли-продажи они понесли убытки, превышающие половину стоимости проданной вещи (*laesio enormis*).

Толкование воли сторон. До появления договоров *bonae fidei* толкование воли сторон при заключении договоров не представляло никаких трудностей. Это было связано с тем, что внутренняя воля сторон не имела юридической силы: имела силу лишь выраженная вовне воля¹. Поэтому волеизъявление представлялось рядом объективных фактов, составляющих форму сделки.

С появлением договоров *bonae fidei* в римском праве начала утверждаться теория воли, в соответствии с которой при заключении договоров следует принимать во внимание не только то, что стороны заявляют, но прежде всего то, что они действительно хотят, вступая в договорные отношения.

В классическом праве теория воли имела еще второстепенное значение. Она применялась только тогда, когда волеизъявление не было совершенно ясным («Когда не существует сомнения в знании выраженной воли, не следует пытаться выяснить внутреннюю волю сторон»)².

Но постепенно теория воли становилась господствующей. Окончательно она утвердилась при Юстиниане. Так, в Дигестах прямо указывалось, что в соглашениях контрагентов большее внимание следует уделять воле, чем ее внешним выражениям³. С этого времени грамматический смысл выражений в тексте договора являлся отправной точкой при выяснении содержания договорных обязательств. Действительная воля сторон и истинное содержание договоров выяснялись на основании всего комплекса обстоятельств, которые предшествовали и сопровождали договор.

4. Предмет договора

Предметом договора могли быть все те вещи, которые могли быть объектом представления в рамках обязательственных правоотношений. По этому элементу договоры не отличались от других обязательственных отношений (они являлись одним из видов) обязательств.

5. Форма договора

Форма была одним из важнейших существенных условий любого договора. В древнем римском праве существовала точка зрения: *forma dat esse rei* (лат. «форма составляет сущность вещи»). В дальнейшем это воззрение древнего права было смягчено, но и в классическом, и в постклассическом праве все еще действовала формула: изменение формы почти уничтожает субстанцию вещи⁴.

¹ Это правило было закреплено уже в Законах XII таблиц.

² D. 32.25.1.

³ D. 50.16.219.

⁴ D. 41.1.7.5.

Позиция римского права о важности формы для правовых актов в целом и для договоров – в особенности основывалась на ряде принципов. Основной принцип гласил, что некоторые соглашения порождают иски; соглашения, порождающие иски, не именуются соглашениями, но получают собственные наименования – договора¹. Только соглашения, порождающие иски (договора), являются источником обязательств. Такие соглашения заключались в форме, предписанной правом. Если в соглашении стороны не выразили согласованное волеизъявление в форме, предписанной правом, то такие соглашения не были источником обязательств (они были голыми соглашениями)².

Формы, предусмотренные для заключения договоров, были разнообразными. В древнем праве договоры заключались строго формальным способом. Действия сторон при заключении договора имели ритуальный характер в присутствии необходимого числа свидетелей (действие путем весов и меди). Когда голый формализм договоров, заключаемых в форме *per aes et librem*, стал тормозом хозяйственной жизни, в Риме появилась вербальная форма заключения договоров. При этой форме отпали символические жесты и публичные заявления. Сохранились лишь ритуальные выражения. Так, считалось, что договор заключен, когда должник в ответ на ритуальный вопрос кредитора торжественно заявлял, что берет на себя обязательство.

С появлением реальной формы договоров (III в. н.э.) формализм древнего права окончательно исчез. Реальная форма договоров не содержала уже ничего из прежних формальностей, ни ритуальных выражений, ни символических жестов, ни публичных изъявлений. Она состояла в простой передаче вещи.

Спустя некоторое время после возникновения реальных договоров была введена и латинская форма заключения договоров. В этом случае считалось, что договор заключен, когда стороны составляли письменный документ о достигнутом соглашении. Эта форма в Риме никогда не была особенно распространенной. Ее появление было связано с развитием хозяйственных предприятий.

Из всех форм заключения договоров позднее всего появилась консенсуальная форма. Фактически это была форма без форм: консенсуальные договоры устанавливались по согласованному волеизъявлению сторон, достижение которого и являлось способом заключения договора. Например, путем словесного волеизъявления, путем молчания или путем письменного соглашения. Считалось, что для таких договоров форма не имеет особого значения и важно

¹ D. 41.2.14.7.

² D. 2.14.7.4.

лишь согласие сторон. Такая позиция означала отказ от прежнего правила о важности формы. Однако это правило все же не потеряло полностью своего значения. Оно распространялось только на четыре формы договоров: договор купли-продажи (*emptio venditio*), договор аренды (*locatio conductio*), договор товарищества (*societas*) и договор поручения (*mandatum*).

После введения консенсуальных договоров в систему римского права уже было нетрудно получить правовую защиту и для некоторых других голых соглашений (*pacta nuda*). В этом случае голые соглашения (соглашения без формы) были разделены на две группы: соглашения без правовой защиты и соглашения, защищенные исками.

Наряду с предоставлением защиты многим неформальным соглашениям, из которых одни составляли группу консенсуальных договоров, а другие – группу защищенных пактов (*pacta vestitia*), в кодификации Юстиниана не был окончательно отброшен принцип *ex nuda pacto obligatio non nascitur*. Считалось, что этот принцип не применяется только

Верbalная и лите^ральная (письменная) формы договоров требовались для большинства сделок.

Обычные условия

Нормы договорного права имели разрешительную природу, т.е. сторонам было позволено свободно решать, вступать ли в какие-либо договорные отношения. Если стороны решили заключить договор, то он мог возникнуть лишь при условии строгого следования основным правилам о вышерассмотренных существенных условиях договора. Правила о существенных условиях договоров имели принудительную силу (*jus cogens*). Любое пренебрежение этими правилами приводило к недействительности договоров.

Одновременно среди правовых норм, регулировавших обязательственные правоотношения, существовали и нормы диспозитивного характера. Это означало, что в определенных рамках сторонам позволялось не придерживаться таких правил при определении своих конкретных обязательств из договоров.

Нормы диспозитивной природы имели двойкий характер: некоторые из них применялись всегда, когда стороны в договоре специально не исключили их. А другие применялись только тогда, когда были определенно предусмотрены.

Диспозитивные нормы, применяющиеся для регулирования отношений всегда, когда стороны определенно не исключили их из договора, назывались *naturalia negotia*, или обычными (естественными) условиями договора.

Существовал общий принцип, в соответствии с которым эти правила представляют собой условия договора. Поэтому судья официаль-

но (*ex officio*) обязан с ними считаться и применять их в тех случаях, когда стороны не определяли иначе.

Обычные условия договоров были известны как *conditiones quae insunt tacite* (само собой разумеющиеся условия)¹.

Несущественные условия договоров

Несущественными (второстепенными) условиями договоров (*accidentalia negotii*) являлись те договорные условия, которые вносились в договор по свободному желанию сторон для модификации его содержания в соответствии с конкретными хозяйственными условиями.

Важнейшими несущественными (акцидентальными) элементами, которые могли содержаться в договорах, были: **условия, сроки и модусы**.

Условиями (*condiciones*) считались будущие и неизвестные события, от наступления или ненаступления которых зависело возникновение или прекращение действия правового акта. Поэтому условиями являлись те несущественные элементы, приданые договору, которые ставили начало и прекращение его действия в зависимость от наступления или ненаступления каких-либо будущих и неизвестных событий.

Но в то же время в древнем римском праве условия не являлись элементами договоров². Только с появлением договоров *bonae fidei*, когда судья должен был считаться со всеми предшествующими и текущими событиями и обстоятельствами, в договорах начали использоваться условия и была создана теория *правовых и неправовых условий*.

Правовыми являлись те условия, при которых возникновение и прекращение действия какого-либо договора зависело от наступления или ненаступления какого-либо будущего и неизвестного события. Таким образом, правовыми условиями считались:

- договоренность о некоем будущем и неизвестном событии;
- обговоренное событие могло быть предусмотрено как желательное или нежелательное;
- наступление или ненаступление обговоренного события могло зависеть как от естественных сил, так и от человеческих действий;
- от наступления или ненаступления обговоренного события должно зависеть как возникновение, так и прекращение действия заключенного договора.

В связи с вышесказанным правовые условия делились на *позитивные и негативные, каузальные, потестативные и смешанные, на супензивные и резолютивные*.

Позитивными являлись условия, при которых возникновение или прекращение какого-либо правового акта зависело от наступления какого-

¹ D. 35.1.99.

² D. 50.17.77.

либо будущего неизвестного события. *Негативными* являлись те условия, при которых возникновение или прекращение действия какого-либо правового акта было связано с ненаступлением какого-либо события.

Каузальными (случайными) являлись те, при которых наступление или ненаступление будущего и неизвестного события зависело лишь от природных сил или действий людей, не заинтересованных в данном договоре. *Потестативными* являлись те условия, при которых наступление или ненаступление будущего и неизвестного события зависело только от воли правомочного лица (кредитора).¹ *Смешанными* являлись те условия, при которых наступление или ненаступление будущего и неизвестного события зависело от воли правомочного лица и от действия природных сил.

Суспензивными (отлагательными) условиями являлись условия, при которых действия правового акта откладывались до наступления или ненаступления какого-либо будущего и неизвестного события. *Резолютивными* (отменительными) были те условия, при которых прекращение действия какого-либо правового акта зависело от наступления или ненаступления какого-либо события. В соответствии с этим при суспензивных (отлагательных) условиях действие какого-либо правового акта откладывалось до наступления (при негативных условиях) будущего и неизвестного события. При резолютивных условиях, напротив, заключенный акт имел правовые последствия уже в момент его заключения, но прекращал действовать, когда наступало (при позитивных условиях) или не наступало (при негативных условиях) будущее неизвестное событие².

Не являлись правовыми те условия, при которых возникновение или прекращение действия какого-либо правового акта было связано с неопределенными или невозможными событиями или с событиями, недопустимыми в моральном или правовом отношении.

Неопределенными являлись условия, при которых действие какого-либо правового акта было связано с наступлением или ненаступлением какого-либо совершенно неопределенного события. В том случае, если неопределенные условия предусматривались как суспензивные, правовой акт являлся недействительным, а если как резолютивные, то считались внедоговорными.

Невозможными (*conditiones impossibiles*) являлись условия, при которых стороны связывали начало или прекращение действия какого-либо правового акта с событием, невозможным с точки зрения законов природы. Невозможные условия, оговоренные как суспензивные, предопределяли недействительность заключенного договора. Такие же резолютивные условия не обладали правовым действием.

¹ D. 28.5.4.

² В течение периода времени, когда не было известно, наступят или не наступят предвиденные обстоятельства, действие правовых актов приостанавливалось.

Противоправными (*conditiones illiciae*) и аморальными (*conditiones turpes*) являлись условия, при которых начало и прекращение действия каких-либо правовых актов было связано с наступлением или ненаступлением каких-либо будущих и неизвестных противоправных или аморальных событий. Действие этих условий, как правило, приравнивалось к действиям невозможных условий.

Наряду с вышесказанным также выделялись *настоящие*, или *минувшие* условия, а также *неизбежные и предусмотренные правом* условия.

Настоящие, или *минувшие* условия заключались во мнимом обусловливании правового акта наступлением или ненаступлением какого-либо события, которое или уже наступило, или уже не могло наступить. Правовой акт, заключенный на таких мнимых условиях, считался безусловным. Это означало, что если он при этом был обусловлен супензивным, то сразу производил свое действие. А если речь шла о резолютивном обусловливании, то вообще не вступал в действие.

Неизбежными являлись условия, состоявшие в ошибочном грамматическом и логическом определении каких-либо событий как таких, которых можно избежать в будущем. В этих случаях речь шла не об обусловливании, но лишь об определении сроков правовых фактов.

Предусмотренными правом являлись условия, которые, согласно правовым предписаниям, представляли собой элементы какого-либо договора. Включение таких элементов в договор сторон не было необходимым, т.к. эти условия действовали и помимо воли сторон (*ex officio*).

Сроки

Сроком, или *dies*, являлось будущее и неизбежное событие, от наступления которого зависело начало или прекращение действия определенного правового акта. Другими словами, срок представлял собой временной период, отделяющий момент заключения договора от момента начала или прекращения его действия. Сроки включались в договоры как для определения начала, так и для определения прекращения действия взятых обязательств.

Сроки, определяющие момент, с которого должно начаться действие взятых обязательств, назывались отлагательными, или супензивными (*ex die*). Сроки, определяющие момент прекращения обязательств, назывались отменительными, или резолютивными (*ad diem*).

Сроки как будущие неизбежные события делились на сроки, утвержденные календарно; сроки, определяемые наступлением неизбежных будущих периодических событий; сроки, определяемые наступлением будущих и неизбежных, но непериодических событий. Календарно утвержденными сроками и сроками, определяемыми наступлением неизбежных периодических событий, были те, при которых было заранее известно, до какого дня будет длиться обязательство. Таким образом, в этих случаях было точно известно, что предвидимое

будущее событие произойдет, и было известно, когда оно произойдет. В то же время при сроках, связанных с наступлением будущих неизбежных, но непериодических событий, было известно, что событие произойдет, но не было известно точно, когда это случится¹.

Для определения сроков требовалось определить способ их расчета. Для этого применялись две системы: *cumputacio naturalis* и *cumputacio civiles*. По *cumputacio naturalis* время исчислялось непрерывно и математически с момента установления обязательств до момента истечения срока. По системе *cumputacio civiles* во внимание принимались только целые дни, предусмотренные на период от полуночи до полуночи. Первым днем срока считался день начала (день заключения договора), а моментом истечения срока (если речь шла о приобретении права) — полночь предпоследнего дня, обговоренного сроком. Если речь шла об утрате права, то считалось, что право прекращается в полночь последнего дня утвержденного срока. При исчислении срока по месяцам каждый месяц считался временным периодом в 30 дней, а при истечении срока по годам каждый год определялся как период в 365 дней.

Сроки, начавшие свое течение и текущие независимо от способности сторон предпринять действие по предотвращению последствий такого течения, назывались *tempus continuum*. В то же время сроки, при которых стороны имели возможности противостоять негативным последствиям прекращения его течения, назывались *tempus utile*. В последнем случае сроки или не начинали протекать, пока стороны не были способны предпринять какие-либо правовые акты, или, начав свое течение, прервали его в тот день, когда стороны не могли защитить свои интересы.

Модусы

Modus являлся второстепенным элементом договоров и существенно отличался от условий и сроков. *Modus* не имел заметного влияния на действительность договора. *Modus* как несущественный элемент договора состоял в распоряжении кредитора, на основании которого должник, взявший на себя основное обязательство, должен был выполнить и какое-то особое дополнительное представление. Иском к должнику о выполнении модуса был *actio praescriptis*.

§ 3. Недействительность договоров

Не все заключенные договоры являлись действительными. Как уже отмечалось выше, действительными были лишь те договоры, которые включали необходимые элементы (условия), т.е. те, в кото-

¹ То есть было неизвестно, когда наступит день, но известно, когда он должен наступить, и неизвестно, наступит ли этот день, и неизвестно, когда это должно было случиться.

рых правоспособные субъекты достигали согласия по данному предмету договора в форме, предписанной законом. Если какое-либо из предусмотренных законом условий отсутствовало, то договор являлся недействительным. В то же время в римском праве существовала градация по степени недействительности договоров. По этому критерию договоры делились на несуществующие, абсолютно недействительные и относительно недействительные.

Несуществующими (*negotium nullum*) являлись договоры, в которых не соблюдались правила о форме договора. Такие договоры не вызывали появление никаких обязательств или создавали только моральные обязательства.

Абсолютно недействительными являлись договоры, имеющие недостатки, которые судья обязан был принимать во внимание по своей должности (*ex officio*). Это были договоры, заключаемые неправомочными лицами; договоры, заключаемые по недопустимому предмету; договоры, заключаемые по противоправным и аморальным условиям и т.д. Абсолютно недействительные договоры (*negotia irrita*) после выяснения причин их недействительности считались недействительными уже с момента их заключения и не имели правовой силы.

Относительно недействительные или нарушенные договоры (*negotia rescindibilia*) обладали недостатками, в силу которых судья не обязан был их аннулировать, если этого требовало заинтересованное лицо. Это были договоры, заключаемые по ошибке; договоры, заключаемые обманом или под угрозой, а также убыточные договоры несовершеннолетних лиц. Для аннулирования этих договоров служили специальные экспенции и иски *rescissoria actia*.

Несуществующие правовые акты (договоры) не могли быть признаны юридически действительными¹. Если стороны хотели достичь действия, предусмотренного несуществующим договором, то они должны были заключить новый договор, лишенный тех недостатков, из-за которых предыдущий оказался несуществующим. Признание юридической силы абсолютно недействительных договоров было невозможным, пока существовали причины абсолютной недействительности.

Относительно недействительные договоры могли быть признаны имеющими юридическую силу или по воле должника, который отказывался от права на иск, или путем применения экспенции, или по истечении времени (*fructus temporis*), т.е. с истечением сроков, в которые были применены указанные средства. Такое дополнительное усиление правовой силы относительно недействительных договоров называлось *ratihabitio*.

¹ D. 50.17.210.

Особо следует рассмотреть вопрос о *конверсии* правовых актов. Конверсия существовала в таких случаях, когда правовой акт был недействительным, согласно предписаниям *jus civile*, но содержал все элементы действительной сделки, согласно предписаниям *jus honorarium* или *jus gentium*. В таких случаях для осуществления своих интересов стороны не были обязаны заключать новый договор, т.к. цели договора могли быть достигнуты и посредством применения действующего преторского права.

§ 4. Регулирование заключения договоров

Регулирование заключения договоров в римском праве зависело от вида договоров. Так, например, в случае верbalных контрактов для заключения договора было необходимо, чтобы кредитор обратился к должнику с вопросом, обещает ли последний уплатить определенную денежную сумму. Если должник давал утвердительный ответ, то договор считался заключенным. Таким образом, в данном случае инициатива должна была исходить от кредитора. В других случаях процесс заключения договора мог инициироваться и должником. Но во всех случаях одна из сторон выступала с предложением заключить договор (это сторона выступала с офертой). В то же время другая сторона принимала данное предложение (действие по принятию предложения называлось акцептом). Если речь шла о консенсуальных договорах, то указанных действий было достаточно для заключения договора. Если договор был неконсенсуальным, требовалось также выполнить или соблюсти требуемую форму договора (письменный контракт) или передать вещь, составляющую предмет договора (при реальных контрактах).

Общим требованием римского права на постклассическом этапе была необходимость личного заключения договора сторонами. Если лицо лично не участвовало в заключении договора, на него не распространялось действие данного обязательства. Таким образом, в римском праве был неизвестен институт представительства. А личный характер обязательственного правоотношения понимался строго формально и очень определенно: стороны лично должны участвовать в заключении договора.

Такое требование римского права определялось характером хозяйственной жизни и господствующим экономическим укладом (включая господствующую роль домовладыки, *paterfamilias*). Хозяйство было натуральным, и в силу этого количество сделок купли-продажи было относительно небольшим и все такие сделки можно было заключать лично самому домовладыке. Все обязательства из договоров, заключаемых домовладыкой лично, а также его под-

властными, приобретались самим *paterfamilias*, что делало лишним институт представительства¹.

На поздних этапах Рима потребность в представительстве становилась более ощутимой, но оно допускалось в виде исключения, например в случае реальных договоров.

ГЛАВА 3 ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ДОГОВОРОВ

§ 1. Классификация договоров

Все договоры в римском праве имели следующие характеристики:

1. В зависимости от прав и обязанностей, проистекающих из заключенного договора, договоры делились на односторонние, двусторонне неравные и двусторонние. Односторонними договорами (*contractus unilateralis*) были такие договоры, в которых одной стороной являлся кредитор, а другой — должник; в них устанавливались лишь одно требование и один долг. В двусторонне неравных договорах в момент заключения устанавливались только одно требование и одно обязательство, но в течение действия договора могли появиться и другие требования или другие обязательства, не связанные с теми, что были установлены в момент заключения договора. Двусторонними договорами (*contractus bilateralis*) были договоры, которые в момент заключения содержали два требования и два обязательства. Двусторонне равные договоры приводили к взаимным требованиям и взаимным обязательствам. В силу такого свойства они назывались синаллагматическими.

2. Договоры делились на лукративные и онерозные. Лукративными являлись договоры, заключенные в пользу одной из сторон, не обязанной давать возмещение другой стороне. Онерозными были те договоры, в которых сторона, в пользу которой заключался договор, обязывалась давать возмещение другой стороне.

3. Договоры каузальные и абстрактные. Абстрактными являлись договоры, в которых не принималось во внимание, почему заключается договор, хотя была ясна цель его заключения. При абстрактных договорах судья был неправомочен выяснить правовой мотив заключения договора: судья только выяснял, заключили ли стороны договор и каковы их обязанности. В каузальных договорах обязательно указывалась причина (кауза) заключения договора, в этом случае судья заключал не только то, заключили ли стороны договор и каковы их обя-

¹ Гай I.1.55.

занности, но и то, правомочен ли мотив заключения договора. Такие договоры признавались действительными только при наличии правомочного мотива их заключения.

4. По способам правовой защиты договоры делились на договоры *stricti juris* и договоры *bonae fidei*. Договоры *stricti juris* (договоры по *jus civile*) защищались кадикциями и специальными исками. При этих договорах судья не учитывал принцип *bonae fidei*. Договоры *bonae fidei* защищались *actiones bonae fidei*, которые обязывали судью выносить приговор по *jus bonum*, т.е. учитывать ряд обстоятельств, предшествующих и сопровождающих заключение договора.

5. В зависимости от формы договоры делились на формализованные, вербальные, лите^ральные, реальные и консенсуальные. Это был основной вариант классификации договоров в римском праве.

6. Формализованные договоры древнейшего римского права.

§ 2. Формализованные договоры древнейшего римского права

В древнейшем римском праве существовали только формализованные договоры. Это были договоры, в которых согласие сторон на заключение договора должно было быть выражено ритуальными, заранее утвержденными фразами и символическими действиями (т.е. это вполне соответствовало крайне неразвитому этапу римского права).

Публичное выражение согласованного волеизъявления ритуальными фразами и символическими действиями при заключении формализованных договоров совершалось в форме *per aes et libram*. Эта форма в основном состояла из трех частей: передачи вещи, взвешивания меди и произнесения ритуальных фраз. Передача вещи или предмета договора происходило из рук в руки (если предмет являлся движимой вещью) и другими традиционными способами, если предмет являлся недвижимым. Взвешивание меди производило лицо, специально призванное исполнить эту функцию. Во времена, когда в Риме деньгами служили медные слитки, это взвешивание совершалось реально. Взвешивание стало символическим, когда стали чеканить металлические монеты. Ритуальные выражение произносились двумя или только одной стороной. Помимо всего прочего, для того чтобы форма *per aes et libram* была правомочной, при взвешивании должно было присутствовать не менее пяти свидетелей из числа взрослых римских граждан. Они должны были следить за всеми предпринимаемыми действиями и свидетельствовать обо всем, что видели и слышали¹. Действия *per aes et libram* имели ме-

¹ Законы XII таблиц 8.22.

сто при заключении всех необходимых в Риме договоров: договоров об эквивалентном обмене, о простейших кредитных сделках. В Древнем Риме форма *per aes et libram* применялась при заключении трех видов формализованных договоров: *mancipatio*, *nexum*, *fiducia*.

Mancipatio

Манципация являлась формализованным договором древнейшего римского права. Она служила для эквивалентного обмена, т.е. для обмена предмета на его стоимостной эквивалент. Заключение этого договора сопровождалось одновременной передачей собственности на предмет от манципанта к манципатору. Это совершалось при помощи специального ритуального действия. В соответствии с этим договор манципации являлся двусторонним договором, при котором одновременно с заключением договора происходило и его выполнение, т.е. передача собственности и на предмет, и на его стоимость¹. Это означало, что манципация по своей сути являлась настоящей куплей-продажей, т.е. куплей-продажей, которая возникала и осуществлялась единым и одновременным рядом правовых фактов.

На основании произведенной манципации манципант должен был гарантировать манципатору право собственности на приобретенную вещь или точную меру продаваемой земли. Обязательство манципанта могло становиться предметом судебного разбирательства посредством специальных исков: *actio de mode agri* и *actio auctoritatis*.

С появлением в римском праве консенсуальных договоров купли-продажи манципация перестала использоваться как источник обязательств. Она оставалась только способом приобретения или «мнимой куплей-продажей»². При Юстиниане манципация полностью потеряла свое значение и перестала использоваться.

Nexum

Нэксум являлся формализованным договором, служившим для установления примитивных кредитных отношений. При нэксуме, заключенном в форме *per aes et libram*, кредиторы выдавали денежный или натуральный кредит должникам с условием, чтобы последние в указанный срок выполнили согласованные определенные представления³. Представление должника не должно было быть эквивалентным представлению кредитора. Должник мог обязаться уплатить больше взятого у кредитора. В связи с тем что в Риме было развито ростовщичество, договоренность о возмещении при нэксуме была обычным делом, и это возмещение могло быть очень высоким. Поэтому нэксум

¹ Гай 1.119.

² Гай 1.119.

³ D. 12.1.1.1.

являлся онерозным договором для должника и входил в группу односторонних договоров (*contractus unilateralis*).

В связи с тем что нэксум являлся односторонним договором, то на его основании кредиторы получали права, а должники имели только одни обязанности. Основным правом кредитора было право требовать от должника уплаты взятого долга, т.е. уплаты того, что кредитор дал должнику. Должник, который полностью и вовремя не уплатил весь долг, приговаривался к так называемой персональной экзекуции: попадал в долговое рабство к кредитору вместе с членами семьи. Кредитор был правомочен такого должника продать в рабство, убить или удерживать как раба в собственном доме.

В силу указанных обстоятельств все это приводило к серьезным протестам должников. Поэтому в 326 г. до н.э., в соответствии с *lex Poetelis*, нэксум был отменен как источник обязательственных отношений и как источник долгового рабства из-за невыполнения взятых обязательств¹.

Fiducia

Fiducia являлась формализованным договором, служащим для обеспечения кредитора или для передачи какой-либо вещи на хранение другу².

1. Фидуция, заключаемая с целью обеспечения кредитора, называлась *fiducia cum creditore*. При этом договоре должник передавал кредитору какую-либо вещь в собственность по форме *per aes et libram* или *in jure cessio* с условием ее возврата при полном и своевременном выполнении основного обязательства. В связи с тем что с введением *actio fiduciare* такое требование должника по отношению к кредитору не было защищено правом, то в рамках данного договора для кредитора возникали не правовые, а только моральные обязательства.

2. Договор *fiducia*, имеющий целью передачу вещи на хранение или в пользование другу, назывался *fiducia cum amico*. При этом договоре фидуциант передавал фидуциарию какую-либо вещь в собственность, обязывая его хранить эту вещь и возвратить неповрежденной. На основании договора *fiducia cum amico* создавались только права фидуцианта и, как правило, обязанности фидуциария. Это был односторонний договор. Фидуциант имел право требовать от фидуциария хранить вещь и возвратить ее неповрежденной. Фидуциарий был обязан хранить вещь и пользоваться ею в допустимых пределах, а также возвратить ее неповрежденной в сроки, установленные договором или по требованию фидуцианта. В связи с тем что фидуциарий при хранении вещи терпел убытки по ее содержанию, он имел право требовать возмещения этих

¹ Ливий 8.28.

² Гай 2.59.

убытков. В силу этого договор fiducia cum amico мог становиться двусторонним неравным договором (contractus bilateralis inaequalis).

В древнейший период права фидуцианта по отношению к фидуцианту не были защищены в правовом отношении. Защита основывалась только на общественном мнении и нормах морали. В позднереспубликанский период появилась *actio fiduciae*. Путем *actio fiduciae directa* защищались права кредитора (фидуцианта), а путем *actio fiduciae contraria* – права должника (фидуциария). Недобросовестные фидуциарии, осужденные по *actio fiducae*, становились обесцененными.

§ 3. Вербальные (устные) договоры

Понятие вербальных договоров

Вербальные договоры являлись одним из видов ритуальных договоренностей. Формой этих договоров являлось ритуальное изречение: считалось, что соглашение, достигнутое сторонами, неправомочно, если оно не подтверждено священной клятвой. Другой символики и ритуальных жестов в вербальных договорах не было. Священная клятва не должна была быть публичной.

Вербальные договоры уже были известны Законам XII таблиц, так как уже в то время применялись определенные древние виды такого верbalного вида, как стипуляция.

Появление вербальных договоров было вызвано хозяйственным развитием и потребностью в отыскании способа регулирования отношений, которые недостаточно адекватно регулировались при помощи формы *per aes et libram*. В связи с этим была разработана устная часть вышеуказанной формы и возникли вербальные договоры.

Важнейшим видом вербальных договоров была стипуляция.

Stipulatio

Стипуляция – это устный договор, заключаемый посредством ритуального обращения кредитора и ответа должника в форме ритуального согласия. Это означало, что будущий кредитор спрашивал должника: «Обещаешь дать нечто?», – а должник отвечал: «Обещаю (*Spondeo*)». В силу указанного ритуала у должника возникало обязательство выполнить данное обещание, а у кредитора – требовать выполнения обещания.

Каждая стипуляция являлась священным договором, т.к. ее форма состояла в ритуальном обращении кредитора и ритуальном ответе должника (священная клятва, *sponcio*). *Sponcio* была доступна лишь римским гражданам.

Каждая стипуляция являлась односторонним договором, т.к. она создавала для кредитора право требовать, а для должника – обязанность отдавать долги. Стипуляция являлась также абстрактным договором,

т.к. обязательство должника выполнить определенное действие возникало при непосредственном произнесении ритуальных формул без связи с действительной причиной (*causa*) взятия на себя обязательства. Стипуляция являлась и генеральным договором, т.к. на основе стипуляции возникала договоренность по всякому обязательственному акту.

Основными характеристиками стипуляции были следующие:

1. Стипуляция являлась правовым актом, состоящим в обращении кредитора и согласном и непосредственном ответе должника. При этом и обращение кредитора, и ответ должника рассматривались в единстве¹.

Поэтому не могло быть стипуляции, если не существовало указанной «*unitas actus*». Одновременно не существовало стипуляции, если должник или кредитор не были в состоянии произнести ритуальные формулы стипуляции.

Ритуальные формулы стипуляции были заранее точно определены. В древние времена стипуляция могла заключаться только в форме *sponcio*. Поэтому кредитор, стремившийся к заключению стипуляции, всегда должен был спросить должника, обещает ли он выполнить определенное действие. Когда он получал ответ должника в форме *spondeo* (обещаю), стипуляция была заключена. Никакое другое обращение и никакой другой ответ не обладали таким действием. Стипуляция в форме *sponcio*, как уже было указано, могла заключаться только римскими гражданами.

В то же время в классический период появились и другие формулы заключения такого договора. Они использовались для заключения договора стипуляции не только римлянами, но и другими жителями Римского государства, имевшими права участвовать в хозяйственной жизни.

В постклассическом праве император Лев отменил требование о необходимости полной согласованности поставленного вопроса и даваемого ответа при стипуляции. Основным стало подтверждение согласия сторон на заключение договора.

2. Стипуляция являлась договором, применяемым во всех случаях, когда устанавливалось какое-либо одностороннее обязательство. В то же время стипуляция могла применяться и в тех случаях, когда требовалось установить двустороннее обязательство: в такой ситуации применялись две отдельные, а в сущности, взаимосвязанные стипуляции. Стипуляция стала договором, который удовлетворял всем потребностям экономической жизни и правового оборота.

3. В зависимости от объекта представления стипуляция делилась на следующие три вида: *stipulatio certe creditae pecuniae*, *stipulatio certe rei* и *stipulatio incerti*.

¹ D. 45.1.5.1.

Stipulatio certe creditae pecuniae возникала в том случае, когда должник обязывался выплатить кредитору определенную сумму денег. При этом не имело значения, что являлось причиной обязательства. Это могла быть как выплата стоимости на основе договора купли-продажи, сумма денег, взятая взаймы, выплата арендной платы, возмещение ущерба за совершенный деликт, так и любой другой платеж по любому обязательству.

Stipulatio certe rei возникала в тех случаях, когда должник обязывался передать кредитору некую индивидуально определенную вещь или точно определенное количество вещей *in genere*. В этом случае не имела значения причина возникновения обязательств: это могла быть передача вещи на основании договора купли-продажи, передача вещи на основании натурального займа и другие.

Stipulatio incerti возникала во всех других случаях стипуляционной обязанности. Здесь не имело значения, что являлось причиной, вызвавшей стипуляцию.

4. На основании стипуляции кредитор имел право требовать, а должник обязывался выполнить определенные представления. При стипуляции *dare certum pecuniam* величина требования кредитора и величина долга должника утверждались заранее; при стипуляции *certam rem* – денежная стоимость представления определялась судьей, а при стипуляции *in certi* судья определял и натуральную, и денежную величину долга.

5. Права кредитора при стипуляции защищались специальными исками. В древнем праве они защищались *legis actio per pegnoris capionem*, пока не были введены строгие иски цивильного права (*actiones stricti juris*). Наряду с этим использовались также *condictiones*.

Condicatio certae creditae pecuniae использовались как средство для получения кредитором долга по требованиям *certam creditam pecuniam*. По этому иску судья выносил приговор, когда убеждался, что требование кредитора полностью отвечает тому, что обещал должник. В противном случае иск отклонялся.

Condicatio certae rei являлась средством защиты требований по *certam rem*. В этом случае судья должен был расследовать не только то, действительно ли должник должен требуемое кредитору, но был обязан определить и величину этого долга.

Condicatio in certi (или *actio ex stipulatu*) являлась иском при стипуляционных требованиях по *incertum rem*. Перед принятием решения судья обязан был определить, действительно ли должен должник, что он должен и сколько стоит предмет долга.

Стипуляционные иски являлись абстрактными: по этим искам судья не расследовал правовую основу стипуляции. Важно было выяснить не почему существует долг: необходимо было лишь узнать, дей-

ствительно ли кто-либо должен нечто другому лицу и что он именно должен. Все стипуляционные иски являлись исками *stricti juris*.

В классический период начали составляться письменные акты, удостоверяющие совершение стипуляции. Эти письменные документы (*cautiones*) получили очень широкое использование. В результате стипуляционная форма (вопрос и ответ) начала терять свое значение. В том случае, когда стороны находились в одном месте, при наличии письменного документа существовала презумпция, что его составлению предшествовала словесная форма стипуляции.

Использование стипуляции делало возможным наличие на стороне кредитора и должника других лиц как в качестве самостоятельных кредиторов и должников, так и в качестве акцессорных участников договора.

Примером такой добавочной стипуляции на стороне должника было поручительство (*adpromissio*). В рамках поручительства устанавливалась акцессорная ответственность третьей стороны (поручителя) за исполнение должником взятого обязательства¹.

Обязательство поручителя существовало в силу того, что существовало главное обязательство, взятое должником.

Поручительство использовалось в Риме как весьма популярная форма исполнения обязательств.

Поручительство дало возможности малоимущим должникам получить необходимый кредит. Поручитель, уплативший кредитору по обязательству главного должника, мог взыскать эту сумму с должника на основе «права регресса». Для осуществления права регресса поручитель имел иск на основе закона Публилия: по этому закону уплаченная поручителем сумма взыскивалась с главного должника в двойном размере.

Dotis dictio

Dotis dictio являлось клятвенным обещанием приданого со стороны жены или со стороны ее должника, если она являлась лицом *sui juris*, или со стороны ее *pater familias*, если она являлась лицом *alieni juris*. Обещание давалось молодожену, если он являлся лицом *sui juris*, или его *pater familias*. На основе такого клятвенного обещания устанавливалось обещание выплаты приданого. Для его выполнения мог выдвигаться иск с *condictio certae creditae pecuniae*. Такой иск использовался, если речь шла о приданом, обещанном в деньгах. Если речь шла о приданом, обещанном в виде каких-либо других вещей, то использовалась какая-либо другая кондикция.

Jusjurandum liberti

Jusjurandum liberti являлась обещанием вольноотпущенника, данным под клятвой, что он выполнит *operae oficiales* и *operae fabriles* в

¹ Гай 3.115.117.126.

пользу патрона. Гай в своих Институциях отмечал, что данное обязательство являлось единственным римским обязательством, даваемым под клятвой¹.

§ 4. Литтеральные контракты (*litteris, contractus litteralis*)

При литтеральной форме договоров согласие сторон должно было подтверждаться письменным актом о заключении договора. До составления письменного акта о достигнутом соглашении договор не существовал, а существовал только *ractum de contrahendo*.

В римском праве литтеральные договоры появились относительно поздно и являлись следствием нарастающих экономических потребностей после появления латифундий и высокого уровня развития торговли.

К концу II в. до н. э. потребности торгового оборота вызвали необходимость ведения торговых книг (приходно-расходных и книг текущих счетов). На основании этих двух книг *pater familias* определяли активы и пассивы своих предприятий, а также свои долги и требования по отношению к деловым партнерам. На основе этих примитивных деловых книг возникли первые литтеральные контракты: *expensilatio* или *nomina transcripcia*. В дальнейшем в римском праве появились такие формы литтеральных договоров, как синграфы и хирографы, а также один вид специального договора при Юстиниане.

Expensilatio (nomina transcripcia)

Самый ранний римский литтеральный договор возник в связи с введением расчетных книг *pater familias*. Данный договор известен из Институций Гая. Гай характеризовал следующий договор следующим образом:

Денежные поступления и выдачи *pater familias* заносились в приходно-расходную книгу. На основании этих записей не возникало никаких новых обязательств. Обязательства устанавливались или погашались на основании передачи или принятия денег. Ведение указанных книг имело своей целью учет должников и кредиторов².

Особое литтеральное обязательство устанавливалось путем называемое *nomina transcripcia*, т.е. путем перевода обязательства на другое лицо с записью в приходно-расходной книге.

Перевод обязательства осуществлялся или как *transcriptio a re in personam*, или как *transcriptio a persona in personam*. *Transcriptio in re in personam* устанавливалась в случае, когда некоторые из обязательств

¹ Гай 3.96.

² Гай 3.131.

bonae fidei (купля-продажа, аренда) при помощи ведения книг преобразовывались в обязательства *stricti juris*, т.е. обязательства по точно определенной сумме денег. В этом случае *pater familias* в своих книгах сальдировал товарные долги и создавал новые, определяющие денежные требования на основе стоимости прежних обязательств. *Transcriptio a persona in personam* устанавливалась переменой субъектов обязательств. В этом случае *pater familias* сальдировал требования и долги прежних субъектов и, по соглашению с новыми лицами, переносил на них или долги, или обязательства. Таким образом, старые обязательства погашались и устанавливались новые лите́ральные обязательства, для защиты которых служила *condicio certae creditae pecuniae*.

Chirographa и syngraphae

Хирографы и синграфы являлись лите́ральными контрактами, получившими развитие в классический период. Они были заимствованы в римское право из греческого. В этом случае основным способом фиксации важнейших обязательств в хозяйстве греческих полисов применялось установление письменных обязательств (*cautio*). Письменные обязательства считались структурообразующим элементом договора: без письменного оформления мог существовать только вышеупомянутый *ractum de contrahendo*. В связи с этим приходно-расходные книги потеряли свое значение, а вместе с ними – и прежняя практика лите́ральных контрактов.

Греческие письменные договоры, рецептированные в римском праве, делились на *chirographa* и *syngraphae*.

Chirographa являлись лите́ральными договорами, устанавливающими посредством передачи кредитору собственноручно составленного или, по крайней мере, собственноручно подписанного должником обязательства. Для того чтобы такое обязательство имело силу и чтобы по нему устанавливался односторонний долг, не требовался правовой мотив (*causa*) для записи обязательств. Хирографы излагались в первом лице: «Я, такой-то, должен такому-то столько-то», – и подписывались должником. На основе этих письменных документов возникали абстрактные и односторонние обязательства.

Syngraphae являлись лите́ральными договорами, возникающими на основе обязательств, составленных писцами (*notarius*) в присутствии сторон и свидетелей. Синграфы излагались в третьем лице (например: «такой-то должен такому-то столько-то»). Все свидетели были обязаны подписать обязательство, которое обычно составлялось в двух экземплярах – по одному для каждой стороны. На основании таких письменных документов возникали двусторонние и абстрактные обязательства¹.

¹ Гай 3.134.

Особенности лите́рального договора во времена Юстиниана

В постклассический период под влиянием римского права стипуляция, как наиболее типичный вербальный римский договор, начала преобразовываться в лите́ральный договор. Как выше было уже отмечено, доказательством заключения стипуляции был документ (*cautio*). Что касается соблюдения ритуальной формы стипуляции, то в действительности она уже не произносилась, хотя существовала презумпция, что формы были выражены и тем самым установлены обязательства. Должник, оформивший документ, мог ее снять в двухлетний срок со дня оформления. Это относилось и к денежным обязательствам, оформленным по поводу получения займа. Такие обязательства могли обесцениваться лишь в установленный срок и при условии, что должник докажет, что документ он оформил, а деньги не получил. Если должник пропускал установленный срок, то презумпция того, что формулы стипуляции были выражены или что ему были выплачены деньги, сохраняла свою силу. Таким образом, в таком случае любое письменное обязательство, если не отзывалось в двухлетний срок, становилось источником абстрактного лите́рального договора.

§ 5. Реальные контракты (*re*)

Понятие реальных контрактов

Группа реальных контрактов выделялась по критерию формы их заключения. Реальная форма заключения договоров состояла в передаче вещи. Передача вещи являлась важнейшим признаком того, что контрагенты действительно согласились заключить договор. Реальные договоры возникли в Риме достаточно рано. Исторически реальные контракты возникли тогда, когда можно было принимать кондикции и вне стипуляции. Этим практически был санкционирован договор займа (*mutum*). Он считается наиболее ранним реальным договором и исторически датируется III в. до н.э.

После введения правовой защиты, связанной с передачей вещи как формой договора займа, передача вещей стала признанной формой договоров и в других точно определенных случаях. Так, например, в случаях, когда должнику передавалась какая-либо вещь на хранение или когда ему передавалась вещь как гарантия исполнения какого-либо раннего долга. Таким образом, возникли четыре реальные формы договора: *mutum* (договор займа), *commodatum* (договор ссуды), *depositum* (договор хранения или поклажи) и *pignus* (договор заклада).

В императорский период (I в. до н.э.) был издан сенатусконсульт, запрещавший денежные займы подвластным детям без согласия или ведома домовладыки (*senatusconsultum Macedonianum*). Данный сенатусконсульт разрешал договор займа подвластным только в тех случа-

ях, когда заем был получен с согласия или ведома домовладыки или приносил ему пользу.

Помимо вышеперечисленных четырех вариантов реальных договоров существовало и много других видов передачи вещей, как и много мотивов такой передачи. Например, дарение (*precarium*). В связи с этим преторы стали предоставлять защиту и тем контрагентам, которые совершили какую-либо из указанных передач и сделок. Таким образом, возникла группа безымянных реальных контрактов (*contractus realis innominati*). Группа безымянных реальных контрактов была систематизирована при Юстиниане. В связи с этим начало действовать правило, что передача вещи или выполнение какого-либо действия на определенном обязательственном основании является формой реального договора.

Заем (*mutum*)

Заем являлся древнейшим и основным реальным договором. В древние времена он состоял в дружеском предоставлении определенного количества заменимых и потребляемых вещей в собственность заемщику (должнику), который со своей стороны обязывался в определенный срок вернуть то же количество таких же вещей заимодавцу (кредитору)¹. С появлением кондикций как средства защиты заимодавцев в договоре дружеского займа *mutum* стал одним из первых реальных контрактов.

Таким образом, заем *mutum* являлся реальным, односторонним и строгим договором, который возникал на основании передачи без возмещения заменимых вещей в собственность заемщика (в том числе денежных сумм или иных вещей, определенных родовыми признаками: зерно, вино и т.п.). Заемщик со своей стороны обязывался по требованию заимодавца или в предусмотренный срок возвратить последнему то же количество заменимых вещей того же рода.

Основные характеристики *mutum*:

1. *Mutum* являлся реальным договором, устанавливаемым передачей заменимых вещей в собственность заемщика.

В силу вышесказанного для установления *mutum* требовались:

- 1) передача вещи;
- 2) передача заменимой вещи;
- 3) передача заменимой вещи в собственность заемщика.

Передача вещи при *mutum* представляла собой форму договора. Без передачи вещи *mutum* не существовал². Согласие сторон на предоставление займа являлось лишь незащищенным правом. Передача вещи могла осуществляться любым способом, включая традиционные способы.

¹ D. 12.1.2.

² D. 2.14.17.

Предметом займа могли быть только заменимые вещи, т.е. заем существовал тогда, когда заемщик обязывался возвратить не принятые вещи, а лишь то же количество однородных вещей. В том случае, когда при заключении договора стороны не определяли, идет ли речь о заменимом или незаменимом предмете, использовалось правило предпосылки. Согласно этому правилу, предмет считался заменимым всегда, когда шла речь о вещах, которые на рынке считались определенными *in genere* или которые, согласно своей потребительской стоимости, являлись потребляемыми (*res consumptibles*).

Передачей вещи должна была устанавливаться собственность заемщика. Это означало, что договор займа мог заключать только собственник. С этой точки зрения мнимый заем (передача заемщику заменимых вещей несобственником) не имел своим следствием установление собственности должника на принятые предметы, т.е. договор займа не возникал. Для возврата предмета в таких случаях служили или *rei vindicatio* (если вещь не была потреблена), или *condictio sine causa* (если заемщик уже употребил полученные предметы).

2. *Mutum* являлся односторонним договором, т.е. права, проистекающие из него, имели лишь заимодавцы, а обязанности – лишь заемщики.

Основным правом заимодавца (кредитора) в рамках договора займа было право требовать возвращения того же количества однородных вещей, т.е. право требовать от заемщика возвратить кредитору столько, сколько заемщик получил в момент заключения договора. Кредитор не имел никаких других прав. *Mutum* являлся лукративным договором, и проценты по нему не начислялись¹.

Но в случае просрочки исполнения на долг начислялись проценты. Для их назначения при заключении договора использовалась специальная стипуляция (*stipulatio usuragum*). Возможность начисления процентов в этих случаях представляла собой вариант ростовщичества, что обусловливало стремление власти ограничивать максимальный размер таких процентов. Упоминания о максимальных пределах ростовщических процентов содержится уже в Законах XII таблиц.

Основным обязательством заемщика (должника) являлся возврат кредитору того же количества однородных вещей, которые он принял при заключении займа. Это обязательство должник должен был исполнить по требованию кредитора (если срок выполнения обязательства не был установлен) или в срок, в который он обязался перед кредитором. У должника не было других обязанностей.

3. Договор *mutum* являлся договором *stricti juris*. Правовыми средствами, которыми мог воспользоваться заимодавец для возвращения

¹ D. 45.1.41.1.

займа, если этого не совершал сам заемщик, были следующие иски: *condictio certae creditae pecuniae* и *condictio certae rei*. Оба иска могли быть отклонены в том случае, если заимодавец требовал от заемщика больше того, что последний в действительности был должен. Кроме этого, иски отклонялись также, если заимодавец требовал выплаты долга до истечения установленного срока, или в неустановленном месте, или если он требовал уплаты долга на другом основании.

4. Кроме обычных договоров займа в римском праве были известны другие виды займа. Например, договоры займа, которые заключали кредиторы с морскими продавцами для ведения морской торговли (*foenus nauticum*). При таких займах допускалось, в исключение от широкого правила, взимание высоких процентов. В этом случае кредитор нес риск случайной гибели вещи и мог предъявить иск только по возвращении корабля в порт. Высокая рисковость морской торговли объясняла возможность начисления процентов, размер которых не ограничивался.

Кроме того, существовали и общественные займы, или займы отдельных органов самоуправления (*civitates*). Эти договоры заключались на основании специальных предписаний и регулировались по-другому в сравнении с договорами займа между гражданами.

Ссуда, или *commodatum*

Ссуда (*commodatum*) являлась реальным и двусторонне неравным договором. Договор устанавливался на основе передачи какой-либо незаменимой вещи (индивидуально определенной) для бесплатного и временного пользования заемщику (ссудополучателю), который обязывался пользоваться вещью в соответствии с договором, а затем вернуть вещь заимодавцу (ссудодателю) в целости и сохранности¹.

Предметом договора ссуды могли быть лишь незаменимые и непотребляемые вещи, которые ссудополучатель должен был вернуть *in specie*². Если предметом договора являлись вещи, обычно определяемые *in genere*, или как потребляемые вещи, и при этом стороны не подтвердили, что требуют возвращения именно данных предметов, то договор ссуды не устанавливался. В этом случае мог возникать или договор займа, или договор депозита. Таким образом, для возникновения договора ссуды на указанные вещи было необходимо обусловить возвращение именно тех предметов, которые были даны ссудополучателю.

Договор ссуды являлся двусторонним неравным договором, так как он заключался как односторонний, но за время своего существования мог превратиться в двусторонний. Это было возможно в том случае,

¹ D. 2.14.7.1; D.2.14.50; I.3.14.2.

² D. 13.6.3.6.

если ссудополучатель произвел определенные расходы на содержание и улучшение вещи: тогда он мог взыскать свои расходы со ссудодателя при помощи встречного иска (*actio commodati contrario*).

В момент заключения договора ссудодатель получал лишь права, а ссудоприниматель — лишь обязанности.

Основным правом ссудодателя являлось право требовать от ссудополучателя содержания предмета ссуды, согласно с условиями договора, и возвращения его неповрежденным в предусмотренное время и в предусмотренном месте. Для осуществления этих прав ссудодатель мог использовать *actio commodati directa* и даже *actio furti*, если ссудополучатель пользовался предметом ссуды в целях, не предусмотренных договором.

Обязательства ссудополучателя коррелировали с правами ссудодателя, т.е. на основании договора ссуды ссудополучатели обязывались содержать предмет ссуды и нести все расходы по его содержанию. Они имели право пользоваться предметом в целях, предусмотренных договором, и должны были возвратить его неповрежденным в установленное время и в установленном месте. По всем этим обязательствам ссудополучатели несли ответственность даже в случае утраты предмета не по своей вине. Такая высокая степень ответственности ссудополучателей по договору ссуды определялась бесплатностью ссуды, т.е. ее лукративностью.

В порядке исключения на основании договора ссуды могли устанавливаться и определенные права и для ссудополучателя. Права ссудополучателя возникали в тех случаях, когда он из-за недобросовестности ссудодателя нес убытки, а также когда из-за недостатка предмета был вынужден нести непредусмотренные расходы для приспособления предмета к своим целям. В этом случае ссудополучатели могли защитить свои права посредством *actio commodati contraria*.

По общему правилу, ссудодатель нес ответственность лишь за *dolus* и *culpa lata*, но не за *culpa levis*. Это объяснялось тем, что он вступает в договор без выгоды для себя и поэтому не обязан принимать особые меры для защиты интересов ссудополучателя. Например, ссудодатель не обязан гарантировать первоклассное качество ссужаемой вещи и, соответственно, ссудополучатель не имеет права в связи с этим предъявлять требование к ссудодателю.

Как следует из вышесказанного, между договором ссуды и договором займа имеются как общие, так и отличительные черты. Так, в частности, что касается предметов договора, то предметом договора займа являются родовые вещи, а предметом договора ссуды — индивидуально определенные. По договору займа вещи передаются по праву собственности, а по договору ссуды — только во временное пользование. Что касается риска случайной гибели переданных вещей, то по договору займа его несет получатель, а по договору ссуды — собственник вещи.

Хранение (depositum)

Хранение (depositum) являлось реальным и двусторонним договором, который устанавливался посредством передачи какой-либо незаменимой (индивидуально определенной) вещи хранителю (поклажепринимателю, депозитарию), который обязывался бесплатно хранить вещь в течение согласованного срока и, по требованию лица, сдавшего вещь на хранение (поклажедателя, депонента), возвратить ее этому лицу неповрежденной, т.е. в целости и сохранности¹.

Основные характеристики договора хранения:

1. Договор хранения – это реальный договор: обязательство в этом случае возникает на основе передачи вещи. Поэтому наличие только одного соглашения об обещании одного лица принять на хранение вещь какого-либо лица не ведет к заключению договора хранения.

2. Предметом договора хранения являлись незаменимые вещи (т.е. индивидуально-определенные). Если хранителю передавались на хранение вещи, определенные *in genere*, или потребляемые вещи, а лицо, сдавшее вещи на хранение, не требовало возвращения именно этих вещей, то в этом случае речь шла об особом виде депозита, который назывался в римском праве *depositum irregular* (необычный, ненормальный вид договора).

3. Депозит возникал как односторонний, но в дальнейшем мог превратиться в двусторонний неравный договор. Лицо, сдавшее вещи на хранение, имело лишь права, а хранитель – лишь обязательства. Поклажедатель имел право требовать от хранителя хранения доверенной вещи и возвращения ее неповрежденной. Это право поклажедателя было защищено посредством *actio depositi directa*. Не требовалось, чтобы поклажедатель был собственником отдаваемой в поклажу вещи. Лицо могло отдать на хранение чужую вещь (вещь, находящуюся в залоге), но в то же время не могла быть предметом договора вещь, находящаяся в собственности поклажепринимателя.

4. Цель передачи вещи заключалась в хранении ее поклажепринимателем. Поэтому поклажеприниматель не являлся ее владельцем, а он был только держателем вещи на имя поклажедателя и не имел права пользоваться данной вещью.

5. Хранитель (поклажеприниматель) должен был хранить доверенный предмет, содержать его в исправном состоянии и возвратить в установленное время или даже раньше, если того требовал поклажедатель. При этом хранитель нес ответственность за убытки, если вещи причинялся ущерб или если он не выполнял своих обязательств по *dolus* или *culpa late*. Если вещи причинялся ущерб по другим причи-

¹ D. 16.3.6.

нам, он освобождался от ответственности. Таким образом, ответственность хранителя была невысокой. Это объяснялось тем, что договор хранения заключался лишь в интересах лица, сдавшего вещи на хранение (т.е. он был лукративным для него). Такой характер договора проявлялся и в том, что на основании депозита хранитель не имел права ни пользоваться предметом, ни требовать возмещения за его хранение. В том случае, если он пользовался предметом, он мог понести ответственность за *furtum usus*.

6. Договор *depositum* был безвозмездным. Хранитель мог получить какое-либо возмещение только в том случае, если терпел определенные убытки по хранению чужой вещи или его содержанию. Для получения такого возмещения он мог воспользоваться *actio depositi contraria*.

7. Так как вещь, переданная по данному договору, могла быть востребована как по истечении определенного срока, так и до востребования, то условие о сроке хранения было несущественным.

8. В связи с тем что поклажеприниматель (хранитель) не получал из договора никакой выгоды, а хранил вещь безвозмездно, он имел право ограничиться при хранении простейшими (элементарными) мерами предосторожности, а также следовать тем мерам, которые могли быть предусмотрены в договоре. Это означало, что в его обязанности входило хранение вещи так, как это делает обычновенный, средний хозяин. То есть он не отвечал за легкую вину (*culpa levis*), но отвечал за *dolus* (умысел) или *culpa lata* (грубую небрежность).

Особые случаи договора хранения:

1. Хранение в чрезвычайных обстоятельствах (*depositum miserabile*). Такой вид хранения возникал в том случае, когда поклажедатели в силу чрезвычайных обстоятельств (пожар, наводнение, война, землетрясение) не были в состоянии спокойно и свободно выбрать лицо, чтобы доверить ему вещь на хранение. В этом случае поклажедатели могли требовать осуществления своих прав специальным иском, по которому они могли получить возмещение двукратной суммы понесенных убытков, если эти случайные хранители оказывались недобросовестными. При этом считалось, что недобросовестность проявляется и как *culpa levis in abstracto*, и даже как *culpa in custodiendo*.

Ульпиан в своем комментарии по поводу вышехарактеризованной ответственности поклажепринимателя объясняет, что поклажедатель доверяет свои вещи не по своей воле, а в силу необходимости. Именно этим объясняется повышенная ответственность поклажепринимателя¹. Вторым случаем особого хранения являлся *sequestrum*, или судеб-

¹ D. 16.3.1.1-4.

ное хранение. Sequestrum являлся договором между сторонами в споре по определенному предмету. Хранитель обязывался сохранить спорный предмет, а по завершении спора — передать стороне, выигравшей спор. Такой хранитель (секвестор) на основании договора судебного хранения в течение срока судебного процесса обладал известным правом владения предметом и был защищен посессорными интердиктами в отношении ко всем лицам и даже по отношению к сторонам в споре.

2. Если на хранение передавались вещи, определенные родовыми признаками без какого-либо обособления как некоторое целое, то в этом случае в результате смешения переданных вещей с такими же однородными вещами поклажепринимателя последний получал право собственности на эти вещи. В результате он был обязан возместить не те же самые вещи, а только такое же количество вещей такого же рода, какие были получены. Данный вариант договора являлся одной из разновидностью вышеупомянутого depositum irregulare. Depositum irregulare имеет некоторое внешнее сходство с mutum, так как здесь имеет место одинаковый предмет договора (родовые вещи), переход права собственности на переданные вещи к лицу, получившему их. Но одновременно эти договоры различаются по цели: цель договора займа — удовлетворение хозяйственной потребности заемщика, при иррегулярной поклаже цель договора — оказание услуги лицом, принимающим деньги или иные родовые вещи.

Pignus (заклад)

Pignus являлся реальным (аксессорным) и двусторонне неравным договором. Он устанавливался путем передачи какой-либо вещи как гарантии для залогопринимателя. На основании этого договора залогоприниматель имел право владеть вещью, а также продать ее и удовлетворить свое требование доходом от продажи (если этого не сделал сам залогодатель). Одновременно залогоприниматель должен был хранить предмет залога и вернуть его неповрежденным при условии, если залогодатель полностью и вовремя выполнил взятые обязательства¹.

Древнейшей формой залоговых правоотношений в римском праве была фидуция. В этом случае лицо, получившее вещь в залог, несло только моральную обязанность ее вернуть после того, как обеспеченное с помощью залога обязательство было погашено. В дальнейшем эта моральная обязанность превратилась в юридическую посредством предоставления actio fiduciae.

При договоре pignus возникали две различные группы прав и обязанностей.

Во-первых, устанавливалось вещное право кредитора по обязательству владеть предметом пигнуса. Это право длилось до дня, предусмотр-

¹ D. 50.16.238.3.

ренного для выполнения взятого обязательства. С момента выполнения должником взятого обязательства *jus possidendi creditora* прекращалось. Если должник не выполнял свои обязательства, то *jus possidendi creditora* преобразовывалось в *jus distractionis*. Т.е. кредитор имел право продать вещь и доход от продажи использовать для удовлетворения своего требования. Вышеохарактеризованные правомочия залогопринимателя являлись следствием акцессорного характера договора *pignus*.

Во-вторых, некоторые права и обязанности, возникающие при договоре *pignus*, имели обязательственно-правовую природу. Залогодатель (должник по взятым обязательствам) имел право требовать от залогопринимателя хранения предмета пигнуса, его неиспользования и возвращения неповрежденным при условии выполнения им (залогодателем) полностью и своевременно взятого обязательства. Эти права залогодателя защищались посредством *actio pigneraticia directa*. В связи с тем что договор *pignus* являлся и двусторонне неравным договором, то в определенных случаях с помощью *actio pigneraticia contraria* залогоприниматель мог требовать возмещения убытков как в силу недостатков предмета, так и из-за расходов по его содержанию. При договоре *pignus* и должник, и кредитор несли ответственность за любую недобросовестность в зависимости от величины *culpa levis in abstracto*¹.

Безымянные реальные контракты

Кроме четырех вышеназванных реальных контрактов, устанавливавших обязательственные отношения между кредитором и должником, в силу самого факта передачи вещи существовал и ряд других случаев, когда граждане передавали свои вещи другим лицам или совершали что-либо для лиц, которые обязывались взамен принятой вещи или за совершенные действия. В тех случаях, когда такое обратное действие не происходило, лица, выполнившие свои обязательства, не обладали правовой защитой. По *jus civile* такие соглашения не были защищены (*pacata nuda*).

В республиканский период Рима участились случаи невыполнения взятых обязательств. Римские преторы посчитали это противоречащим *bona fides* (т.е. недобросовестностью). В связи с этим они стали предоставлять лицам, которые передали некоторую вещь или совершили нечто для других лиц с условием, чтобы те, в свою очередь, тоже совершили что-нибудь для них, целый ряд правовых средств: *conditiones sine causa*, *conditiones ex poenitentia*, *actiones in factum*.

Conditiones sine causa использовались этими лицами для реституции предмета представления, когда обратное действие не осуществлялось по вине должника.

¹ D. 13.7.13.

Conditiones ex poenitentia служили для расторжения постоянных отношений в случаях, когда должник хотел бы выполнить и еще не начинал выполнять обещанное представление.

Actiones in factum использовались для защиты кредиторов, требующих выполнения обещанного действия.

С помощью вышеприведенных правовых средств в римском праве была создана группа безымянных реальных контрактов. С появлением этих средств больше не существовало ни одной передачи или действия, которые могли оставаться несанкционированными. В Кодификации Юстиниана эти случаи, т.е. случаи передачи какой-либо вещи или совершения какого-либо действия при условии получения другой вещи или совершения какого-либо другого действия, были разделены на четыре группы: *do ut des*; *do ut facias*; *facio ut des*; *facio ut facias*¹. При договорах группы *do ut des* после передачи какой-либо вещи в собственность должнику кредитор мог требовать от должника собственности на какую-либо другую вещь. Договоры группы *do ut facias* делали кредитора, выполнившего представления, правомочным требовать от должника тоже соответствующего действия. При договорах группы *facio ut des* кредитор, выполнивший какое-либо действие, мог требовать представления со стороны должника. При договорах группы *facio ut facias* после выполнения кредитором определенных действий он мог требовать таких же действий для должника.

Среди безымянных контрактов существовали и такие, которые были очень распространены и имели свое особое наименование. Но эти договоры считались безымянными (*contractus reales innominati*), так как отношения контрагентов в них были защищены общими исками, предусмотренными для защиты безымянных контрактов, а не специальными правовыми средствами, используемыми для защиты упомянутых реальных договоров.

Наиболее известными безымянными реальными контрактами были: *permutatio* (мена), *precarium* (договор получения в пользование по просьбе какой-либо вещи), *donatio sub modo* (договор дарения с условием), *transactio* (мировая сделка) и *aestimatum* (договор комиссионной продажи).

Permutatio (мена) являлась безымянным реальным договором, устанавливаемым передачей какой-либо вещи в собственность должнику. Должник, со своей стороны, обязывался передать кредитору в собственность какую-либо другую вещь².

Precarium являлся договором получения в пользование по просьбе какой-либо вещи и устанавливался передачей вещи должнику, который

¹ D. 2.14.7.1-2.

² D. 19.4.1.2.

обязывался добросовестно пользоваться ею и возвратить ее кредитору по его требованию. Этот договор имел большое сходство со ссудой, но от ссуды он отличался тем, что предметом *presarium* была главным образом земля, а также тем, что в данном случае не фиксировался срок, в течение которого должник имел право пользоваться вещью¹.

Donatio sub modo (договор дарения с условием) устанавливался передачей дара лицу, которое, принимая его, брало на себя обязательства выполнить и условия.

Transactio (мировая сделка) являлся безымянным реальным договором, устанавливаемым посредством отказа от какого-либо требования в пользу должника. Должник при этом обещал, что и сам откажется от чего-либо и сделает что-либо другое.

Aestimatum (договор комиссионной продажи) устанавливался посредством передачи какого-либо товара комиссионеру, который обязывался его продать и выплатить собственнику договорную стоимость. Возможная величина стоимости зависела от комиссионера. Если комиссионер в оговоренный срок не выполнял взятое обязательство, он должен был возвратить клиенту товар.

§ 6. Консенсуальные контракты

Понятие консенсуальных контрактов

Формой заключения консенсуальных контрактов являлось согласованное волеизъявление контрагентов (*consensus*). Для заключения таких договоров не требовалось ни передачи вещи, ни письменного обязательства, ни произнесения ритуальных формул. В этом случае обязательства устанавливались сразу по достижении согласия и вне зависимости от того, как оно было достигнуто. Достаточно было какого-либо внешнего выражения согласия. Примеры: *expressis verbis*, *nutu*, *tacite*, *per epistolam*.

Такая форма заключения консенсуальных договоров прямо нарушала известное римское правило «*ex nudo pacto obligatio non nascitur*». В римском праве были известны четыре вида консенсуальных договоров: *emptio venditio* (договор купли-продажи), *locatio-conductio* (договор найма), *societas* (договор товарищества) и *mandatum* (договор поручения).

Указанные четыре вида консенсуальных договоров являлись важнейшими договорами в хозяйственном обороте. Для заключения таких договоров требовалась большая степень свободы и оперативности. В силу указанных обстоятельств перегринские преторы уже в республиканский период предоставляли защиту контрагента при договорах купли-прода-

¹ D. 43.26.1.

жи, аренды, товарищества и поручения, если эти договоры заключались лишь в консенсуальной форме. Единственным требованием было то, чтобы участниками отношений были римские граждане и переграни.

Контракт купли-продажи (*emptio venditio*)

Купля-продажа (*emptio venditio*) являлась консенсуальным билатеральным договором, устанавливаемым простым соглашением между продавцом и покупателем. При этом договоре продавец должен был предоставить в полное владение покупателя, а покупатель — выплатить ему ее цену.

Основные характеристики купли-продажи:

1. В древнеримском праве контракт купли-продажи не заключался в консенсуальной форме. Обмен эквивалентов как основная цель купли-продажи осуществлялся или реальной куплей-продажей, или манципацией, т.е. одновременным и ритуальным обменом товара на его цену¹. Договор купли-продажи начал заключаться в консенсуальной форме лишь в I в. н.э. С тех пор купля-продажа, заключенная в такой форме, не являлась правомерной только в том случае, если стороны специально требовали, чтобы их договор был заключен в письменной форме. В этом случае стороны до составления письменного документа могли отказаться от договора.

2. Купля-продажа являлась билатеральным договором и содержала два действия: продавец обязывался предоставить в беспрепятственное владение товар (*merx*) покупателю, а покупатель обязывался уплатить продавцу его цену (*pretium*).

При договоре купли-продажи товаром могла быть любая вещь *in commercio*, если это было физически возможно². Согласно этому положению, предметом купли-продажи могли быть существующие материальные и нематериальные вещи (права) и даже будущие вещи³. Это могли быть и вещи, которые в момент заключения договора не находились в собственности продавца.

Цена (*pretium*) при договоре купли-продажи должна определяться денежной суммой (*pecunia numerata*). Кроме того, цена должна была быть определенной, справедливой и действительной.

Определенность цены (*pretium certum*) устанавливалась, когда стороны договаривались о величине суммы, которую покупатель должен уплатить продавцу, или когда стороны определяли способ, посредством которого цена будет утверждена в будущем⁴.

¹ D. 18.1.1.

² D. 18.1.34.1.

³ D. 18.1.8.

⁴ Гай 3.139.

Действительная цена (*pretium verum*) устанавливалась, когда стороны обязывались уплатить договорную цену как эквивалент, выражавший стоимость полученного товара. В том случае, когда соглашение о цене было мнимым, то не происходило купли-продажи, а имела место симуляция сделки. Судьба такой сделки зависела от ответа на вопрос: были ли созданы необходимые условия для заключения действительного договора купли-продажи?

Pretium justum, или справедливая цена, устанавливалась, когда цена хотя бы приблизительно являлась эквивалентной стоимости товара. Необходимо отметить, что классическому праву не было известно требование об эквивалентности цены стоимости товара. Преторы только в виде исключения допускали *restitutio in integrum* из-за больших убытков при заключении договора на несправедливых и навязанных условиях для несовершеннолетних, обманутых лиц, лиц, которых заставили заключить договор, и лиц, совершивших это по заблуждению. Только в постклассическом праве появилось требование справедливой цены¹. Так, мелкие земельные собственники (*tenuiores*), понесшие убытки более чем в половину при продаже земли латифундистам (*potentiores*), имели право требовать реституции. Что касается Юстиниановой Кодификации, то такое требование, возможно, применялось и в отношении сделок с движимыми вещами и оно действовало в пользу покупателя.

3. Купля-продажа являлась не только билатеральным, но и коммутативным и синаллагматическим контрактом, т.е. на его основании для покупателя и продавца устанавливались взаимные и равные права и обязанности: права продавца соответствовали обязанностям покупателя, а права покупателя — обязанностям продавца.

4. Основным обязательством покупателя при договоре купли-продажи являлась уплата цены продавцу. Уплата цены должна была быть совершена на ту сумму, в то время и на том месте, которые определили стороны. Если время и место уплаты не были определены, то в этом случае покупатель должен был выполнить обязательство одновременно с поставкой товара. Любую задержку уплаты цены по вине покупателя (она определялась по величине *culpa levis in abstracto*) покупатель должен был возместить немедленно и в полной мере.

Другим обязательством покупателя являлось несение риска при случайной гибели вещи. Покупатель нес риск случайной гибели вещи от заключения договора до передачи предмета, хотя в это время он еще не являлся собственником вещи². В виде исключения покупатель не нес риск в том случае, когда вещь определялась *in genere*, когда она

¹ С. 4.44.2.

² Д. 18.6.8.

была конфискована, когда погибла по вине продавца и когда договор купли-продажи отменялся по требованию продавца.

Третьим обязательством покупателя являлось принятие поставленного товара при условии, что товар соответствует согласованному качеству, поставлен в установленное место и в установленное время. Если покупатель не принимал в этом случае товар, то он нес ответственность за ущерб, наносимый продавцу.

5. Основным обязательством продавца являлось предоставление товара покупателю. Если в момент заключения договора товар не находился в собственности продавца, то он должен был произвести или приобрести его. Вещи, находящиеся в его собственности с момента продажи до момента поставки, он должен был хранить как *bonus pater familias*, т.к. нес ответственность перед покупателем за любой ущерб, нанесенный вещам по своей вине. Вина продавца определялась по степени *culpa levis in abstracto*. Иногда он мог нести ответственность за *custodia*, но никогда — за *casus majores*. Если стороны не договаривались специально, то продавец мог нести ответственность лишь за *dolus* и *culpa lata*. Продавец должен был предоставить вещь покупателю в установленное время и в установленном месте¹. Если об этом не договаривались, обязательство продавца по предоставлению вещи устанавливалось сразу, при условии, что покупатель сразу уплатит ему цену. Если покупатель этого уже не совершил, но все же требовал выполнения договора, то такое требование могло отклоняться. В связи с тем что то же самое право имел и покупатель, инициатива выполнения договора принадлежала стороне, которая была более заинтересована в сделке. Если продавец передавал вещь, но не получал цену, передача вещи не служила для покупателя основанием приобретения собственности. Продавец мог виндицировать вещь кроме тех случаев, когда покупатель предоставлял реальное подтверждение того, что цена будет уплачена, а также в случаях, когда заключались договоры кредитной купли-продажи.

Продавец должен был предоставить покупателю оговоренную в договоре вещь установленного качества и количества. Кроме того, продавец должен был предоставить покупателю все плоды, полученные от вещи с момента заключения купли-продажи до ее выполнения.

Продавец должен был передать вещь покупателю в беспрепятственное владение. Беспрепятственное владение устанавливалось, когда ни одно лицо никакими правовыми средствами не могло посягать на владения покупателей. Решение, по которому продавец обеспечивал покупателю беспрепятственное владение вещью, но не собственность на

¹ Если стороны не договаривались о месте исполнения договора, то недвижимые вещи передавались там, где они находились, а движимые — в доме продавца.

вещь, исторически было обусловлено делением римской собственности на квиритскую и бонитарную. Таким образом, если при договоре купли-продажи речь не шла о *res mancipi*, продавцу было достаточно обеспечить покупателю бонитарную (преторскую) собственность. Эта собственность защищалась в том числе и при помощи *actio Publiciana*.

6. Кроме основных обязательств, вытекающих из сущности договора купли-продажи, т.е. без которых договор не мог существовать, в этих договорах имелись и естественные обязательства. Естественные обязательства считались их обычными и нормальными элементами, если только стороны не договаривались исключить их из своего соглашения. Наибольшее значение среди естественных элементов любой купли-продажи имела гарантия, которую продавец давал покупателю в отношении природных и правовых недостатков продаваемого предмета.

Гарантия продавца в отношении естественных (природных) пороков или скрытых физических недостатков продаваемого предмета регулировалась при помощи специальных эдильских исков (например, *actio aestimatoria*). Эти иски могли использоваться покупателями, получившими от продавца вещь с серьезными скрытыми недостатками. При помощи эдильских исков покупатели могли требовать расторжения договора или снижения цены вещи¹.

Гарантия продавца в отношении правовых недостатков и пороков продаваемого предмета была известна как ответственность за эвикцию. Такая ответственность наступала в том случае, если купленный предмет на основе судебного решения отнимался у покупателя. Такой случай регулировался правилами так называемых *actio auctoritatis*. Право применять данный иск имели покупатели, у которых судебным путем отнималась купленная вещь. Но при этом требовалось наличие условия, что в течение спора требовалась помочь продавца, но он не пожелал ее оказать или, наоборот, выигрывал тяжбу. Такие покупатели после отнятия купленной вещи посредством *actio auctoritatis*, выдвинутой против продавца, получали двойную стоимость проигранной вещи.

7. При договоре купли-продажи могли заключаться и некоторые специальные соглашения в пользу продавца или покупателя. В пользу покупателя могли заключаться, в частности, *ractum displicitiae*. На основании данного пакта покупатель имел право определенное время пользоваться предметом и возвратить его, если предмет ему не подходил.

При помощи ряда других пактов покупатель имел право отказаться от товара, который не соответствовал требуемому качеству, а также в некоторых случаях покупатель мог требовать у продавца выкупа товара в течение определенного срока.

¹ D. 19.5.12.

8. Кроме вышеупомянутых правовых средств защиты прав покупателя и продавца, при договорах купли-продажи использовались специальные иски: *actio empti* и *actio vendicio*. *Actio empti* служила защитой всех прав покупателей, а *actio venditi* – защитой всех прав продавца. Оба иска являлись *actiones bonae fidei*: при вынесении решения судья должен был принимать во внимание все обстоятельства, предшествующие договору и сопровождающие куплю-продажу.

Контракт найма (*locatio conductio*)

Контракт *locatio conductio* по содержанию имел комплексный характер. Этот контракт заключали лица, нуждающиеся во временном пользовании чужими вещами при условии уплаты определенного вознаграждения хозяину вещей. Этот контракт заключали и лица, нуждающиеся в услугах других людей. Последние соглашались оказывать такие услуги за определенное вознаграждение. Наряду с этим, данный контракт заключался также и лицами, вынужденными предоставлять свои способности в распоряжение тех, кто хотел эти способности использовать, при условии выплаты работнику определенного вознаграждения. Соответственно, три вышеназванных варианта договора *locatio conductio* именовались: *locatio conductio rei*, *locatio conductio operis* и *locatio conductio operarum*. Общим для всех этих вариантов было то, что все они являлись консенсуальными и двусторонними договорами о каком-либо предмете (*res*) и о каком-либо вознаграждении (*mehr*). Другими словами, *locatio conductio* был двусторонним договором, устанавливаемым на основе соглашения между *locator* и *conductor*. На основе этого соглашения *locator* обязывался передать какую-либо свою вещь или предоставить в распоряжение свои способности *conductor*. Последний мог пользоваться вещью, или исполнить какую-либо услугу первой, или мог в свою пользу употребить чужие способности.

Характеристики отдельных вариантов *locatio conductio*:

1. Первым вариантом договора *locatio conductio* являлась *locatio conductio rei*, или договор найма вещей. Договор найма вещей являлся консенсуальным и двусторонним и устанавливался согласованным волеизъявлением арендодателя и нанимателя (арендатора). На основе такого соглашения арендодатель предоставлял определенную вещь для временного пользования арендатору при обязательстве последнего хранить эту вещь, пользоваться ею в определенных границах и целях, возвратить вещь в определенный срок неповрежденной и уплатить за пользование вещью определенное вознаграждение.

Предметом договора найма вещей могли быть любые незаменимые, т.е. индивидуально определенные (*in specie*) и непотребляемые вещи. Если речь шла о предметах, определяемых, как правило, *in genere* или как потребляемые вещи, и в то же время было предусмотрено возвращение этих предметов, то договор найма таких вещей считался *locatio*

conductio rei ob pomparam vel ostentationen. Помимо вещей телесных, предметом договора найма могли быть и некоторые права (так называемые нетелесные вещи), например узуфрукт¹.

Вознаграждение, которое арендатор (conductor) должен был уплатить арендодателю (locator), называлось тегх. Вознаграждение могло выплачиваться деньгами или натурой. Источником вознаграждения были проценты от дохода с нанятой вещи. Кроме того, вознаграждение должно было быть certa и vera, т.е. точно определенным или хотя бы определяемым и действительным. Уплата вознаграждения должна была производиться в заранее установленный срок.

Договор найма вещей заключался на определенный срок. Если стороны не согласовали длительность этого срока, то каждая из них могла расторгнуть договор на основе принципа bona fidei. Это означало, что расторжение договора не должно было причинить большой ущерб контрагенту. Если стороны согласовали время действия договора, то он прекращался в предусмотренное время при условии, что до истечения установленного срока хотя бы одна из сторон заявила о расторжении договора. Если ни одна из сторон этого не сделала, то считалось, что существует молчаливое согласие на продолжение договора. В виде исключения договор найма с установленным сроком действия мог прекращаться до истечения этого срока, если стороны приняли такое решение. Основными случаями здесь были следующие: предмет договора погиб или перестал удовлетворять потребностям арендатора; арендодатель произвел отчуждение предмета; арендатор неправильно и в противоречии с условиями договора пользовался предметом; арендатор несвоевременно уплачивал вознаграждения.

Договор найма вещей являлся двусторонним и куммутивным, так как из этого договора проис текали взаимные права и обязанности и арендодателя, и арендатора.

На основании договора locatio conductio rei арендодатель (locator) должен был предоставить вещь в пользование арендатору для того, чтобы достичь тех целей, ради которых заключался договор. Поэтому locator должен был предоставить предмет исправным, т.е. предмет проката должен был обладать качествами, необходимыми для непосредственного пользования им². Арендодатель должен был нести риск случайной гибели вещи и устранить ее недостатки, если они возникали при ее обычном (естественном) использовании. Поскольку арендатор не имел вещно-правовых полномочий в отношении нанятого имущества, а только право держания, то арендодатель должен был защищать нанимателя от лиц, препятствующих ему пользоваться нанятой вещью.

¹ D. 7.1.12.2.

² D. 19.2.15.1.

Арендатор (*conductor*) на основании договора найма вещи должен был исправно уплачивать вознаграждение (*merx*); пользоваться предметом найма лишь в целях, предусмотренных договором; содержать предмет в исправном состоянии и устранивать недостатки, возникающие по его вине или по вине лица, ответственного за это, а после прекращения договора – возвратить предмет арендодателю в исправном состоянии.

Для осуществления взаимных прав и обязанностей арендодатель и наниматель располагали специальными исками: *actio locati* и *actio conducti*. При помощи *actio locati* защищался арендодатель (*locator*) в том случае, когда невыполнение обязательств по договору происходило по вине арендатора. В таких случаях последний нес ответственность в зависимости от величины *culpa levis in abstracto*. Для защиты прав арендатора служил *actio conducti*, который использовался против арендодателей, когда те были виновны по *culpa levis in abstracto*. Оба иска являлись *actiones bonae fidei*.

2. Вторым вариантом договора *locatio conductio* являлось *locatio conductio operis*, или договор подряда.

Договор подряда являлся консенсуальным и двусторонним. Он заключался на основе согласованного волеизъявления заказчика (*locator*) и подрядчика (*conductor*) работы (*opus*). На основании этого договора заказчик поручал подрядчику выполнить какую-либо физическую работу, а последний обязывался за определенное вознаграждение выполнить эту работу.

Дело (*opus*), являющееся предметом договора, состояло в исполнении точно определенной физической работы, необходимой для достижения заранее согласованного результата¹. Например: обработка какого-либо земельного участка или производство какой-либо вещи (постройка дома).

Вознаграждение (*merx*), которое подрядчик получал за выполнение работы, состояло обычно в определенной сумме денег, но могло выдаваться и в натуре, при условии, что вознаграждение должно быть *certa* и *vera*.

Договор подряда был срочным. Работу необходимо было выполнить и сдать в определенный срок. Если стороны не устанавливали срок, то считалось, что работа должна быть выполнена в разумный срок, т.е. за время, обычно необходимое для выполнения подобной работы с учетом ее объема и качества.

Права и обязанности контрагентов по договору соответствовали друг другу (были коррелятивными). Заказчик должен был предоставить подрядчику материал, необходимый для выполнения работ. Данный материал должен был иметь качество, обеспечивающее успешное выполнение

¹ D. 19.2.51.1.

ние работы. Заказчик должен был выдать подрядчику все необходимые инструменты, а также принять произведенную работу, если она соответствовала предусмотренным условиям. Наконец, заказчик должен был уплатить подрядчику предусмотренное вознаграждение. Как правило, уплата вознаграждения совпадала со сдачей выполненной работы.

Подрядчик должен был добросовестно выполнить все работы, а результат работы своевременно предоставить заказчику. В случае недобросовестной работы, профессиональных упущений или просрочки подрядчик нес ответственность как за *culpa in eligendo*, так и за *casus leviores*.

Для защиты прав заказчика использовался *actio locati*, а для защиты прав подрядчика – *actio conducti*.

3. Специальным случаем договора *locatio conductio operis* был так называемый *lex Rhodia de jactu*, или родосский закон о выбрасывании. По предписанию *lex Rhodia*, в случае морской опасности риск гибели вещей падал не только на собственника, чьи вещи были выброшены ради спасения корабля, но также пропорционально распределялся между всеми собственниками товара. Для разделения риска собственники погибших товаров могли выдвигать *actio locati* против капитана корабля. Капитан имел право собирать денежное возмещение у собственников спасенного товара с помощью *actio conducti*.

4. Третьим вариантом договора *locatio conductio* являлся договор найма рабочей силы (услуг) (*locatio conductio operarum*). Договор найма рабочей силы был консенсуальным и двусторонним и устанавливался на основе согласованного волеизъявления нанимавшегося работника (*locator*) и нанимателя (*conductor*). Согласно договору, нанимавшийся предоставлял в распоряжение нанимателя свои рабочие способности, а последний должен был уплатить нанимавшемуся определенное вознаграждение за присвоение результатов его труда.

Договор найма рабочей силы не имел широкого использования в Риме в силу достаточной рабочей силы рабов, наем которых совершался путем *locatio conductio rei*, а также потому, что свободные работники чаще всего работали по договору *locatio conductio operis*, т.е. по подряду.

Форма договора найма рабочей силы не всегда была консенсуальна. В дореспубликанский период данный договор заключался в форме *mancipatio* или в форме *stipulation*. Простым соглашением воль (в консенсуальной форме) он начал заключаться лишь в I в. н.э.

Предметом *locatio operarum* являлась рабочая сила или физическая и интеллектуальная активность работника (органа). Последняя реализовалась в предмете труда, предоставленном работнику нанимателем или работодателем. Вознаграждение за использование рабочих способностей нанятого работника называлось *merx*, или наемной платой. Величина платы утверждалась на основе свободного соглашения

контрагентов¹. Величина вознаграждения регулировалась эдиктом de pretiis rerum venalium Диоклетиана. Плата была certa и vera, но необязательно в денежной форме; она могла быть частично в натуре (в императорское время она почти всегда была в натуральной форме).

Договор найма рабочей силы был срочным договором. Для него даже существовала возможность молчаливого продолжения, если он заключался на определенный срок. Данный договор мог прекращаться и до истечения согласованного срока как по желанию обеих сторон, так и в одностороннем порядке по инициативе работника или работодателя. Работник имел право расторгнуть договор, если работодатель нарушал условия о виде работы нанятого работника. Работодатель был правомочен расторгнуть договор как из-за отсутствия работы, так и из-за недисциплинированности, неспособности, болезни работника или по какой-либо другой оправданной причине.

Наниматель (работодатель) должен был уплатить работнику договорное вознаграждение согласно величине и способу, предусмотренным договором; не привлекать работника для работ, не предусмотренных договором; выдавать плату работнику и за время, когда тот не мог работать по вине нанимателя или внешних сил². По этим обязательствам наниматель нес ответственность в зависимости от величины *culpa levis in abstracta*.

Работник (*locator*) должен был работать в соответствии с условиями договора, т.е. работать так, как этого требовал наниматель, и столько, сколько было принято, а также на месте, определенном договором. Работник был обязан проявить всю свою сообразительность и умение для того, чтобы работать так, как работает добрый, рачительный хозяин. За совершенные упущения он отвечал в зависимости от величины *culpa levis in abstracta*.

Для защиты прав наемного работника использовались *actio locati*, а для защиты прав нанимателя – *actio conducti*.

Договор товарищества (societas)

Термин *societas* в римском праве имел два разных значения: обозначение юридических лиц (*universitates personarum*), а также случайные и договорные объединения, которые устанавливали отношения совместной собственности между своими членами. Такие объединения были известны римскому праву уже во времена Законов XII таблиц³. Данные законы устанавливали свободу основания товариществ. Форма заключения самых ранних товариществ неизвестна. В классическом праве договор товарищества, или *societas*, являлся консенсуальным, двусторонним или многосторонним договором и устанавливался

¹ D. 19.2.23.3.

² D. 19.2.28.

³ Законы XII таблиц 8.27.

согласованным волеизъявлением товарищей (*socii*) создать совместное имущество для определенной деятельности всех членов. Доход, полученный от этой деятельности, делился между участниками товарищества поровну, если товарищи не предусмотрели в своем договоре долей, в которых распределяются выгоды и убытки¹.

Товарищи (*socii*), вступая в товарищество, преследовали определенные цели. В зависимости от цели товарищества делились на два основных вида: товарищества по совместному проживанию и совместной деятельности и производственные товарищества. Товарищества по совместному проживанию и деятельности назывались *societas omnium bonorum*. Они возникали на основе договора товарищей об общности всего настоящего и будущего имущества, а также разделения между ними всего, чем они обладают². Товарищества, основанные только для совместной деятельности (деловые товарищества), возникали как *societas negociactionis* или как *societas unius rei*. *Societas negociactionis* устанавливались в том случае, когда товарищи вносили часть своего имущества для занятия определенным видом хозяйственной деятельности и получения общих доходов от этого вида деятельности. *Societas unius rei* устанавливались на основе соглашения товарищей о выделении части имущества, необходимого для выполнения точно определенной работы с целью получения от этой работы общих доходов.

Societas являлся двусторонним или многосторонним договором. На основе этого договора у товарищей возникали определенные взаимные права и обязанности.

Основной обязанностью каждого товарища являлось внесение в товарищество всего имущества в том случае, если речь шла о товариществе по совместному проживанию и деятельности (*omnium bonorum*). Товарищи могли вносить определенную часть в свое имущество, если речь шла о других видах товариществ. Вклады товарищей для создания имущества товарищества не всегда были материальными (вещевыми). Можно было вносить и некоторые права и даже трудовые способности отдельных товарищей³. Второй обязанностью каждого товарища было участие в управлении и хозяйственной деятельности товариществ. Эту обязанность товарищи должны были выполнять добросовестно, т.к. несли ответственность за каждое упущение по culpa levis in concreto. Третьей обязанностью каждого товарища было представление в распоряжение других товарищей всего дохода, полученного от деятельности. Доход делился согласно договору между всеми

¹ Гай 3.150.

² Гай 3.148; D. 19.2.3.

³ Гай 3.148; D. 19.2.3.

членами товарищества¹. Наконец, четвертой обязанностью каждого товарища было участие в убытках товарищества согласно договору.

Права товарищей соответствовали их обязанностям. Каждый товарищ имел право требовать от других внесения в товарищество договорного имущества, участия в управлении и хозяйственной деятельности товарищества, внесения доходов и возмещения убытков товарищества. Таким образом, каждый товарищ был правомочен заботиться о правильном исполнении договора товарищества посредством требования от всех товарищей добросовестного исполнения своих обязанностей для достижения поставленной цели товарищества – разделения полученного дохода согласно договору.

Для осуществления своих прав каждый товарищ мог использовать *actio pro socio*. *Actio pro socio* являлась *bonae fidei*. Наряду с этим, если речь шла о судебной тяжбе между лицами, объединенными особой дружбой и доверием, судья мог присуждать товарищем к чему-либо лишь в рамках их действительных возможностей, избегая ввергать осужденных в крайнюю бедность². Одновременно, в связи с тем что в этих исках речь шла и о моральных обязанностях, решения по *actio pro socio* приводили и к инфамии (бесчестию).

Договорные товарищества могли заключаться как постоянные, срочные и обусловленные³. Срочные и обусловленные товарищества прекращались по истечении срока или по исполнении условий. И постоянные, и временные (срочные и обусловленные) товарищества прекращались как со смертью товарищем, так и в результате гибели всего имущества товарищества⁴. Кроме того, они могли прекращаться и по соглашению всех членов товарищества, а также при отказе от договора со стороны какого-либо товарища⁵. В последнем случае требовалось, чтобы такое прекращение товарищества не нанесло непредвиденного ущерба другим товарищам. Если ущерба нельзя было избежать, то действовало правило, что недобросовестный товарищ освобождает товарищем от самого себя, но не освобождает себя от них⁶. Это означало, что недобросовестный товарищ, который односторонне расторг договор, не имел права участвовать в разделе дохода товарищества. Но одновременно он был обязан нести всю тяжесть убытков, наносимых своим действием в соответствии с договором.

¹ Гай 3.149; I.3.25.2; Павел 2.16.

² D. 17.2.63.

³ D. 17.2.1.

⁴ D. 17.2.4.1.

⁵ D. 17.2.70.

⁶ D. 17.2.65.3.

Если в связи с прекращением товарищества возникали разногласия по разделу имущества, то применялся иск *de commune dividendo*.

Договор поручения (*mandatum*)

Договор поручения (*mandatum*) являлся консенсуальным и двусторонним неравным договором. По этому договору между доверителем и поверенным устанавливалось соглашение о том, что поверенный в пользу доверителя бесплатно исполнит какой-либо правовой акт, доверенный ему доверителем¹.

Договор поручения мог заключаться как в интересах самого доверителя, третьего лица, так и в общем интересе поверенного и доверителя или поверенного и третьего лица.

Предметом договора поручения являлось исполнение какого-либо правового акта в пользу доверителя. Таким образом, из договора *mandatum* проистекало обязательство *facere*. Деятельность поверенного могла быть как в форме физической, так и в форме интеллектуальной работы². В зависимости от объема и природы работ договоры поручения делились на несколько видов:

– Договор поручения, на основании которого поверенный должен был выполнить все действия, необходимые для правильного управления имуществом доверителя, назывался *mandatum generale*.

– Договор, по которому поверенный должен был совершить точно определенные действия, назывался *mandatum speciale*.

– Договор, по которому поверенный получал указания дать какому-либо лицу определенную сумму денег в долг (при этом доверитель выступал гарантом), назывался *mandatum qualificatum*.

Договор поручения был двусторонне неравным: на основании этого договора устанавливались требования доверителя (*dominus negotii*) и обязанности поверенного.

Основной обязанностью поверенного являлось добросовестное исполнение порученного доверителем. За добросовестное исполнение этой обязанности поверенный нес ответственность по *culpa lata*, а в постклассическом праве – и по *culpa levis in abstracto*³. Второй обязанностью поверенного являлось предоставление доверителю результатов исполненного поручения. Передача результатов доверителю должна была завершаться или традиционным получением вещи, или процессуальным отказом от требований. Это было связано с тем, что договор мандатум являлся договором, по которому устанавливалось т.н. опосредованное исполнение: при исполнении указаний доверителя

¹ Гай 3.155–156; 4.82–87.

² Гай 162; I.3.26.13; D. 17.1.36.1.

³ D. 17.1.27.2.

поверенный не действовал от имени доверителя, но заключал договоры от своего имени и по своему разумению. Поэтому все права и все обязанности на основании заключенных договоров принадлежали поверенному лично. Поэтому после исполнения договора *mandatum* поверенный должен был передать доверителю все приобретенные права¹.

На основании договора *mandatum* поверенный обычно не получал никаких прав, т.к. договор являлся бесплатным договором и выгодным для доверителя. Только в постклассическом праве появилась возможность для поверенного получать определенное, достаточно скромное вознаграждение. В виде исключения, если поверенный при исполнении взятых обязательств терпел убытки, то он имел право требовать от доверителя их возмещения². Для защиты прав доверителя, как и возможных прав поверенного, использовался *actio mandati*. Доверитель защищал свои права посредством *actio mandate directa*, а поверенный – с помощью *actio mandate contraria*. Оба иска являлись *actiones bonae fidei* и приводили к инфамии осужденных лиц.

Отношения между доверителем и поверенным могли разрешаться и до исполнения обязательств поверенным. Это имело место в том случае, когда стороны заранее обговорили такой вариант или когда одна из сторон умерла либо обрела *capitis deminutio*, а также в тех случаях, когда истек срок действия договора. Наряду с этим договор *mandatum* мог быть расторгнут и односторонним отказом какой-либо из сторон. Если договор расторгал поверенный и при этом он знал, что он нанесет ущерб доверителю, то он обязывался возместить этот ущерб.

Особый случай договора *mandatum* возникал при поручении предоставить кредит третьему лицу (*mandatum pecuniae credendae*). В этом случае доверитель реально выступал гарантом должника, т.к. при неуплате долга он отвечал перед поверенным на основе *actio mandati contraria*³.

ГЛАВА 4

ПАКТЫ (РАСТА) КАК ИСТОЧНИКИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§ 1. Понятие и виды пактов

Как было уже отмечено выше, в римском праве для возникновения договорных обязательств было необходимо, чтобы договор заключался в форме, предписанной правом. Соглашения сторон, заключаемые вне рамок предписанных форм, считались *nuda pacta*, или голыми не-

¹ D. 17.1.20.

² D. 17.1.26.6.

³ D. 17.1.6.4.

защищенными пактами, т.е. юридически недействительными соглашениями. Таким образом, пакты являлись неформальными соглашениями, не имевшими исковой защиты.

Но по мере развития хозяйственного оборота происходило отступление от жесткого требования соблюдения установленных законом форм для возникновения обязательств.

Пакты начали получать правовую защиту в преторских эдиктах. Преторы, удовлетворяя потребности текущей хозяйственной практики, своими эдиктами учредили множество соглашений, или пактов, за которыми признавалась возможность правовой защиты. Пакты, получившие правовую защиту (*pacta vestita*), становились источниками обязательств, в отличие от *pacta nuda* (незащищенных пактов). *Pacta vestita*, или защищенные пакты, делились на три основные группы: *pacta adjecta* (дополнительные пакты), *pacta praetoria* (преторские пакты) и *pacta legitima*, или легитимные (императорские) пакты.

§ 2. Дополнительные соглашения (*pacta adjecta*)

Pacta adjecta являлись неформальными, несамостоятельными и дополнительными соглашениями. При помощи этих пактов видоизменялось (модифицировалось) содержание договоров *bonae fidei*, а в постклассическом праве – и содержание договоров *stricti juris*.

Модификация содержания обязательств могла совершаться в момент заключения договора или позднее. Целью модификации могло быть увеличение или уменьшение обязательств, обычно устанавливаемых при заключении договора.

Примером модификации содержания обязательств в сторону увеличения являлось включение в договор о продаже земельного участка условия, что проданный участок не передается немедленно, а остается в течение определенного срока в арендном пользовании продавца¹. Любые модификации содержания обязательства как в сторону увеличения, так и уменьшения обязательств, которые не противоречили правовым нормам, получали правовую защиту. Каждый должник мог отклонить требование кредитора, не учитывающего заключенное соглашение.

§ 3. Преторские пакты (*pacta praetoria*)

Pacta praetoria, или преторские пакты, являлись неформальными соглашениями, защищаемыми преторскими исками. На основе этих пактов возникали самостоятельные обязательства. Наиболее рас-

¹ D. 18.1.75.

пространенными среди преторских пактов являлись: *jus jurandum*, *constitutum* и *recepta*.

Jus jurandum (присяга) применялся достаточно редко. Этот пакт служил способом установления вербальных обязательств вольноотпущенника перед патроном и средством доказательства в тяжбах, в которых спорные вопросы не могли решаться другим способом. В этом случае *jus jurandum* была последним средством завершения спора. Присяга как средство доказательства применялась или на основании предписаний закона, или по решению суда, или по воле сторон. Следует отметить, что только присяга по волеизъявлению сторон представляла собой источник специальных обязательств, которые имели преторскую защиту. Стороны, согласившиеся решать спорные вопросы путем присяги, после принятия такой присяги уже не могли повторно отступить от уже установленных отношений. Присягнув, должник мог воспротивиться иску кредитора, а кредитор для получения от должника обещанного под присягой представления мог использовать *actio de jurejurando*.

Constitutum являлся неформальным соглашением, которое заключалось в подтверждение того, что был выплачен прежний долг, а если этого не произойдет – какое-либо другое, более значительное денежное обязательство. Такое подтверждение мог давать или должник, или какое-либо другое лицо от имени и по поручению должника. При этом прежнее обязательство не погашалось, но кредитор получал право требовать уплаты как прежнего, так и нового долга, утвержденного *constitutum*. Путем *constitutum* устанавливались альтернативные обязательства¹. Обязательства, устанавливаемые путем *constitutum*, защищались посредством *actio pecunia constituta*.

Recepta являлись неформальными соглашениями, по которым устанавливались самостоятельные и новые обязательства. В том числе: *receptum arbitrii*, *receptum argentarii*, *receptum nautarum*, *cauponum et stabulariorum*,

Receptum arbitrii являлся соглашением между судьей (арбитром) и сторонами, предварительно согласившимися решать некий спорный вопрос с помощью избранного судьи². На основании заключенного соглашения этот избранный судья должен был решить спор. Если он не исполнял этого обязательства, то кредитор наказывал его штрафом или конфискацией части имущества.

Receptum argentarii являлся неформальным соглашением между банкирами и клиентами, на основании которого банкиры обязывались отменить их долги. При невыполнении этого обязательства они несли ответственность или перед кредитором клиента, или перед самим клиентом.

¹ D. 13.5.5.

² D. 4.8.3.2.

В Кодификации Юстиниана присяга банкира выплатить чужой долг имела силу только тогда, когда ранее существовало какое-либо обязательство, по которому клиент банкира должен был уплатить своему кредитору. Одновременно присяга не действовала в том случае, когда речь шла о кредитовании банкиром такого клиента, который на основании *receptum argentarii* стал бы кредитором сумм, выплаченных со стороны банкира¹.

Receptum nautarum, cauropum et stabulariorum являлся неформальным соглашением между собственниками кораблей, гостиниц, постоянных дворов и лицами, пользующимися их услугами. Данное соглашение заключалось в том, что вещи, находящиеся в их помещениях, будут ограждены от какого-либо ущерба. Таким образом, вышеизложенные собственники несли ответственность за *custodia*, или *casus minoris*². Считалось, что такое неформальное соглашение должно предшествовать внесению вещей в гостиницы, на корабли и в постоянные дворы. Требования о возмещении ущерба могло направляться в суд в качестве *actio ex receptor*.

§ 4. Легитимные пакты (*pacta legitima*)

Pacta legitima (легитимные акты) являлись неформальными соглашениями, на основе которых возникали самостоятельные обязательства, защищенные правовыми средствами. Эти пакты получили исковую защиту в императорский период Рима на основе конституций императоров.

Наиболее известными легитимными пактами были: *compromissum*, *dotis pollicitatio* и *donatio*.

Compromissum являлся неформальным соглашением, на основании которого контрагенты доверяли решение какого-либо своего спора избранному судье (арбитру) и были обязаны подчиниться вынесенному решению³. В классический период *compromissum* был правомочен только тогда, когда заключался в форме *stipulatio*. При Юстиниане данный пакт был правомочен в отдельных случаях и когда заключался простым соглашением.

Dotis pollicitatio являлся неформальным соглашением между младоженом и лицом, который каким-либо способом обещал выплатить ему приданое. На основании такого обещания младожен имел право требовать выплаты обещанного ему приданого по *condictio ex lege*⁴.

¹ C. 4.18.2.

² D. 4.9.1.1.

³ D. 4.8.11.2.

⁴ C. 5.11.6.

Donatio (соглашение о дарении) стало источником обязательств в императорский период. В то время соглашение сторон о дарении какой-либо вещи без требования дарителем какого-либо возмещения за нее от одаряемого стало защищаться правом.

В древнем и классическом римском праве соглашение о дарении, на основании которого даритель обещал предоставить одаряемому часть своего имущества *cum animum donandi* (с целью проявить щедрость в отношении одаряемого), в результате чего он становился беднее, а одаряемый обогащался, не имело правовой защиты. В ту эпоху дарения совершались или посредством предоставления какой-либо части имущества, или заключением стипуляций, а в некоторых случаях формальным или неформальным прощением долга. Ряд законов устанавливал прямой запрет дарения (например, *lex Cincia*). На основе данного закона дарения допускались лишь в порядке исключения и в ограниченном объеме только между ближайшими родственниками. Нарушение предписания данного закона влекло отмену совершенных дарений. *Lex Calpurnia* запрещал магistrатам принимать подарки от населения провинций. В соответствии с *oratio Antonini* были запрещены дарения между супружами. Но такие дарения могли быть признаны как законные, если даритель умирал до отмены дарения.

В императорский период широко распространился обычай подносить дары императору и христианской церкви. Это вызвало необходимость новых подходов к правовому регулированию дарения. Дарение было признано источником обязательств, как *pactum legitimum*. В этом случае устанавливалось защищаемое право обязательств на основании волеизъявления дарителя совершивший дарение и согласия одаряемого принять этот дар. Но если стоимость дарения превышала 500 золотых, то требовалось соблюдение определенных формальностей. Например, требовалась регистрация, или инсинуация, соответствующим органом власти.

На основании заключенного соглашения о дарении возникало право одаряемого при желании требовать осуществления дарения. Даритель, которому предъявлялось такое требование, имел право на защиту от принуждения предоставления дара в том случае, если это представляло угрозу для существования его или его семьи. Наряду с этим при известных обстоятельствах даритель имел право отмены дарения. К числу таких обстоятельств относилась неблагодарность одаренного, рождение у дарителя после данного обещания ребенка, а также невыполнение одаряемым указаний, данных ему при дарении¹. Право отмены дарения имели и наследники дарителя, если в результате дарения уменьшалась наследуемая ими часть имущества. Такое же право

¹ D. 39.5.18.

имели и кредиторы дарителя в том случае, если дарение, совершенное в пользу определенных лиц, влекло убытки для кредиторов.

ГЛАВА 5 ДЕЛИКТЫ КАК ИСТОЧНИКИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§ 1. Понятие и история возникновения частных деликтов

Термин «*delictum*» имел широкое значение. Он означал всякое противоправное действие, которое влекло за собой или определенное наказание, или какие-либо другие негативные последствия для совершившего такое действие (для деликвента). В зависимости от санкций в отношение деликвента и природы ущерба, вызванного противоправным действием, деликты делились на *delicta privata* и *delicta publica*.

Delicta publica (*crimina*) представляло собой противоправное деяние уголовного характера. Такое действие влекло физическое наказание деликвентов или денежный штраф, выплачиваемый в пользу государственной казны. Обычно *delicta publica* являлись такими противоправными действиями, которые по своим последствиям представляли собой серьезную общественную опасность. В то же время *delicta privata* являлись противоправными нарушениями интересов частных лиц. Эти деликты влекли за собой или возмещение ущерба, или денежный штраф (*roena privata*), который выплачивался деликвентом потерпевшему лицу.

В том случае, если *delicta publica* (*crimina*) влекли за собой только *roena publica*, они не являлись источником обязательств. В древний период при посягательстве на интересы других лиц (если потерпевший и деликвент принадлежали к разным социальным группам), считалось правомерным, что потерпевший и весь его род мстили деликвенту или членам его семьи. В этом случае действовал принцип талиона: око за око, зуб за зуб. Исходя из указанного принципа, потерпевший не имел права требовать от деликвента возмещения ущерба или уплаты *roena privata*. Совершенные деликты порождали не возникновение обязательств, а право на месть.

Система мести постепенно была отменена в силу требований хозяйственных и прочих общественных отношений. По мере развития и усложнения экономической жизни в Риме стало возможным и необходимым избегать опасности мести и заменять ее правовым регулированием. В это время на практике появился договор о примирении (композиции), (что нашло отражение уже в Законах XII таблиц. Данного договора заключали представители потерпевшей социальной группы с другой социальной группой, к которой принадлежал деликвент. На основании данного договора представители потерпевшей социальной группы отказывались от права мести, а представители социаль-

ной группы деликвента обещали предоставить откуп от мести в форме определенного количества материальных ценностей.

На выше охарактеризованном этапе общественного развития деликты (противоправные действия) еще не являлись непосредственным источником обязательств. Непосредственным источником обязательств в то время был договор о композиции в том случае, если право мести прямо происходило из деликта. Так как договор о композиции не должен был заключаться при любом совершенном деликте, то его соглашение зависело от воли сторон. Договор являлся факультативным способом от права мести.

Деликты стали непосредственным источником обязательств только в период так называемой легальной композиции. В этом случае правовыми предписаниями была запрещена месть. Это было связано с тем, что заранее определялось, сколько должен был заплатить деликвент пострадавшему (если противоправные действия нанесли ущерб его правомерным интересам). В этом случае потерпевший не имел права мстить деликвенту, так как право мести на основе закона было заменено требованием заранее установленного возмещения за действительно нанесенный ущерб. Уже по Законам XII таблиц деликты являлись одним из обычных источников обязательств.

§ 2. Структура частных деликтов

В Законах XII таблиц *delicta privata* понималась как противоправное посягательство на интересы римских граждан, что влекло за собой *poena privata*, или возмещение ущерба деликвентом потерпевшему. Для того чтобы возник деликт, требовалось выполнение нескольких условий. Эти условия составляли сущность самого деликта и являлись его структурными частями (элементами). Типичными элементами любого деликта являлись следующие признаки:

1. Деликт возникал в результате совершения какого-либо внешнего действия. Только позже, на классическом этапе, деликтом стало считаться также и воздержание от какого-либо действия. Само намерение осуществить какое-либо действие или воздержаться от какого-либо действия не являлось деликтным действием, если это намерение не было ни сообщено, ни осуществлено.

2. Для деликта требовалось, чтобы предпринятые действия имели определенные последствия. Если эти действия не вызывали никаких последствий, то считалось, что частного деликта не существует, а сами действия оценивались только как попытка совершения чего-либо.

3. Деликт возникал только тогда, когда между совершенными действиями и их последствиями существовала действительная причинная связь (каузальный нексус). Если эта связь была только временной и мнимой, то деликт не возникал.

4. Для возникновения деликта требовалось, чтобы предпринятое действие являлось противоправным, а его последствия наносили ущерб другому лицу. Не являлось деликтным действие, предпринятое каким-либо лицом для осуществления своего определенного права, даже если это действие приводило к ущемлению чужих материальных и нематериальных интересов¹. В классический период к противоправным действиям относились и такие действия, которые данное лицо имело право предпринять, но совершало их не для осуществления своих интересов, а исключительно для нанесения ущерба другому лицу. В то же время не являлись противоправными действия, предпринятые в случае самообороны или крайней нужды, даже если эти действия повлекли за собой повреждение чужого имущества.

5. Для возникновения деликта требовалось, чтобы лицо, совершившее его, знало или могло знать о последствиях своего действия (субъективное осознание противоправности своего действия). Другими словами, для возникновения любого деликта необходима была виновность (ответственность) деликвента. Формами (степенями) ответственности являлись *dolus* (умысел)², *culpa lata* (грубая небрежность) и *culpa levis* (легкая небрежность). В некоторых случаях (прежде всего, в древнем праве) ответственность деликвента не всегда определялась на основании субъективной вины. Так, достаточно частыми были случаи так называемой объективной ответственности. Под этим подразумевалась ответственность за действия, которые вызывали какие-либо негативные последствия, но при этом нельзя было определить, знал ли или мог ли знать исполнитель о последствиях своих действий.

6. Для возникновения частного деликта также требовалось, чтобы он влек за собой или *poena privata*, или возмещение ущерба. *Poena privata* являлась частным штрафом, заранее определенным законом или назначенным судом после совершения деликта. При определении размера частного штрафа не принималось во внимание соотношение между действительной величиной ущерба и денежным возмещением, который деликвент должен был предоставить потерпевшим. Соотношение между действительно нанесенным ущербом и денежным возмещением начало приниматься во внимание только с принятием *lex Aquilia*. С тех пор деликты, ущемляющие имущественные интересы потерпевшего, влекли за собой возмещение причиненного ущерба, как правило, в многократном размере. Деликты, наносившие вред нематериальным ценностям, влекли за собой *poena privata* в форме денежной суммы, определенной законом или судом. Данная денежная сумма служила откупом от права мести и обеспечивала моральную сatisфакцию для потерпевших лиц.

¹ D. 50.17.55.

² Dolus мог быть двояким: предвидение последствий и желание их осуществления.

§ 3. Особенности обязательств из деликтов

Обязательства из деликтов отличались от обязательств из договоров. Эти различия были связаны с тем, что деликты являлись противоправными действиями, которые ущемляли законные интересы римских граждан.

Основными отличиями обязательств из деликтов от договорных обязательств были следующие:

1. Деликтные обязательства являлись непередаваемыми и ненаследуемыми. Это объяснялось тем, что с исчезновением заинтересованных лиц деликтных обязательственных отношений исчезала и необходимость мести.

2. На основе деликтных обязательств возникала солидарная ответственность каждого деликвента (если их было несколько) перед пострадавшим лицом или лицами. Это означало, что на любого из деликвентов могла быть возложена обязанность уплатить всю роена *privata*.

3. Деликтные обязательства являлись ноксальными. Это означало, что *pater familias* нес ответственность за деликты лиц *alieni juris*, рабов и даже животных, так как все эти лица и живые существа находились под его властью¹.

4. Деликтные обязательства (кроме обязательства древнего *jus civile*) действовали в течение одного года, в то время как договорные обязательства могли быть действительными в течение многих лет. Поэтому деликтные обязательства именовались временными, а договорные – постоянными.

5. Деликтные обязательства погашались *ipso jure* и обычным соглашением. Договорные обязательства в таких случаях погашались оре *exceptionis*.

Таким образом, основными чертами деликтных обязательств в отличие от договорных являлись непередаваемость и ненаследуемость, кумулятивность, ноксальность, временность и погашение *ipso jure* обычным *ractum*.

§ 4. Виды частных деликтов

Римские частные деликты классифицировались по двум критериям: по природе наносимого ущерба и по времени своего возникновения.

По критерию природы наносимого ущерба деликты делились на деликты, при которых повреждалось имущество, и деликты, которые причиняли вред здоровью человека, его чести, свободе и морали.

¹ Гай 4.6–9; I.4.6.16–19.

По критерию времени возникновения, деликты делились на деликты по древнему праву (деликты Законов XII таблиц) и деликты, которые регулировались преторским правом.

Деликты по древнеримскому праву

Injuria (оскорбление личности). По Законам XII таблиц *injuria* являлось всякое повреждение чужих материальных и личных ценностей, не влекущих за собой специально установленных санкций¹. Предметом посягательства являлись материальные и личные ценности *pater familias* и его подвластных. Наказанием за это был штраф в 25 ассов.

После появления *lex Aquilia* (III в. до н.э.) содержание древнего деликта *injuria* было разделено на два отдельных деликта: *damnum injuria datum* (все посягательства на материальные ценности *pater familias*); и *injuria* в новом значении (все посягательства на личные и нематериальные ценности, т.е. по сути любое умышленное противозаконное нанесение личной обиды).

Injuria как оскорбление личности регулировался в основном эдиктами преторов. Основными видами *injuria* были следующие: брань, публичное оскорбление, сочинение пасквилей. Вина деликвента определялась по принципу субъективной ответственности. Общего, заранее установленного или определенного наказания не было. Санкция зависела от степени оскорбления личности. В тех случаях, когда действия деликвента были особенно тяжкими и были совершены в неудобное время и в неудобном месте, то и ответственность была повышенной.

Во времена Суллы регулирование деликта *injuria* претерпело изменения. Если потерпевшие были избиты или ранены, или их дом подвергся вторжению, то они имели право, ссылаясь на *lex Cornelia de injuris*, требовать присуждение деликвента к *roena publica*. В этом случае потерпевшие граждане могли защищать свои моральные ценности с помощью *actio injuriarum*, а также могли преследовать деликвента в уголовном порядке. В результате, деликт *injuria* трансформировался в *delictum publicum* или в уголовное дело. Такая альтернатива сохранилась и в постклассическом праве².

Furtum (кражи)

По Законам XII таблиц *furtum* являлся деликтом, заключавшимся в похищении (краже) чужих вещей с целью личного обогащения. Кража могла осуществляться следующими способами:

Furtum manifestum (открытая кража) — это всякое похищение чужого движимого имущества, при котором деликвент был схвачен на месте преступления или непосредственно после похищения вещи. В этом случае собственник вещи имел право убить деликвента, если

¹ Законы XII таблиц 8.4.

² I.4.4.10.

кража совершалась ночью, а днем – в том случае, когда нарушитель оказывал вооруженное сопротивление.

Furtum nec manifestum (тайная кража) – это всякое нападение на чужое имущество посредством тайного уноса чужой движимой вещи.

Furtum conceptum (обнаруженная кража) возникал в том случае, если у какого-либо лица (которое могло и не быть вором) обнаруживалась похищенная вещь.

Furtum oblatum имел место в том случае, когда похищенная вещь подбрасывалась кому-либо и обнаруживалась у этого лица.

Furtum lance et licio – это кража, которая обнаруживалась при ритуальном обыске дома. Такой обыск проводился в том случае, когда подозреваемый препятствовал обычному осмотру своего дома. При таких обстоятельствах собственник украденной вещи не мог войти в дом подозреваемого. Поэтому собственник вещи должен был снять одежду, подпоясаться веревкой и с копьем в руке обойти дом. Если обыск оказывался успешным, то лицо, в чьем доме была обнаружена вещь, нес ответственность за *furtum manifestum* независимо от того, сам ли он украл эту вещь или ему ее подбросили.

Из всех вышеприведенных видов *furtum* к *delicta private* в строгом смысле относились *furtum nec manifestum*, *furtum conceptum* и *furtum oblatum*. За *furtum nec manifestum* назначался штраф в двойном, за *furtum conceptum* и *furtum oblatum* в тройном размере от стоимости похищенной вещи. *Furtum manifestum* и *furtum lance et licio* входили в *delicta publica*, и наказания за них были различными. За *furtum manifestum* устанавливались следующие наказания: если деликт совершался рабом, то его сбрасывали с Тарпейской скалы; если деликт совершали свободные и совершеннолетние лица, то их побивали и обращали в рабов. Если деликт совершали малолетние, то их тоже били и, по решению *pater familias*, их можно было принудить к отработке причиненного ущерба. Аналогичные наказания были предусмотрены и в случае *furtum lance et licio*.

При Сулле произошла дифференциация *furtum* времен Законов XII таблиц на особые виды деликтов. Так появился деликт *rapina* (грабеж), который охватывал наиболее тяжкие виды прежнего *furtum manifestum*. Одновременно исчез *furtum lance et licio*. Вместо него был введен *furtum prohibitum*, или деликт, состоящий в отказе допустить осмотр долга, а также *furtum non exhibitum*, или деликт, состоящий в отказе выдать найденную вещь. Таким образом, все приведенные виды *furtum* в классическое время представляли собой *delicta privata*, так как наказание устанавливалось в форме штрафа, который многократно (в 2–4 раза) превышал стоимость похищенной вещи.

В праве Юстиниана деликт *furtum* делился на *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum*. Все другие выше охарактеризованные виды *furtum* были отменены. За *furtum manifestum* устанавливался штраф в

четырехкратном, а за *furtum nec manifestum* в двойном размере от стоимости вещи. Взыскание штрафов обеспечивалось при помощи *actio furti* и *condictio furtiva*.

Деликты *injuria* и *furtum* были основными видами частных деликтов, предусмотренных Законами XII таблиц. Наряду с этим данный источник регулировал и другие частные деликты: *foenos* (ростовщичество), *tignum junctum* (неправомочное использование чужого материала в собственном строении); *depositum* (утаивание отданной на хранение вещи, продажа чужих вещей, а также нанесение ущерба имуществу подопечного со стороны опекуна или попечителя).

Damnum injuria datum (неправомерное уничтожение или повреждение чужих вещей)

В соответствии с *lex Aquilia*, деликт *injuria* времени Законов XII таблиц был разделен на два отдельных вида: *injuria* (оскорблениe личности) и *damnum injuria datum*, охватывающий все повреждения чужих материальных ценностей, если это не было связано с имущественной выгодой деликвента (например, порубка леса, поджег дома и т.д.).¹

Lex Aquilia состоял из трех глав. Первая глава закона Аквилия предписывала, что за убийство раба и уничтожение рабочего скота деликвент должен выплачивать возмещение в размере максимальной стоимости убитого раба или рабочего скота в течение последнего года. Вторая глава определяла, что если второстепенный кредитор, имея намерение причинить ущерб главному кредитору, прощает долг должнику, то он обязан выплатить прощеный долг кредитору. Третья глава устанавливала, что в случае ранения чужого раба или чужого рабочего скота деликвент должен выплатить возмещение в размере максимальной стоимости раба или животного, которую они имели в тот месяц, когда был нанесен ущерб.

В классическое время злонамеренное прощение долга не входило в состав деликта *damnum injuria datum*, так как пострадавший кредитор мог использовать *actio mandate directa*. С этого времени деликт *damnum injuria datum* охватывал только противоправное нанесение ущерба материальным ценностям без извлечения имущественной выгоды для деликвента.

В соответствии с предписаниями классического права для возникновения деликта *damnum injuria datum* требовалось наличие следующих условий: 1) внешнее воздействие, наносящее ущерб, поэтому если ущерб возникал из-за неосуществления какого-либо действия, то в этом случае речь шла о совершенно другом деликте; 2) наличие непосредственной связи между действием и его последствиями; деликты, возникающие путем опосредованного причинения ущерба, регулиро-

¹ D. 9.2.1.

вались по-другому; 3) действие должно быть противоправным, т.е. запрещенным для деликвента: если деликвент имел право совершить это действие, то деликт не возникал, хотя ущерб мог иметь место; 4) для возникновения данного деликта требовалось также и наличие ответственности деликвента. Деликвенты несли ответственность за всякую слабость и просчет, т.е. отвечали за малейшую небрежность.

Всякое уголовное, противоправное и непосредственно вызывающее ущерб имуществу действие без извлечения имущественной выгоды для деликвента квалифицировалось как *damnum injuria* (аквилианский ущерб) и влекло за собой штраф в размере стоимости причиненного ущерба. Иском при этом служил *actio Aquiliana*.

В праве Юстиниана деликт *damnum injuria datum* остался в целом без изменений. Наиболее важным изменением было лишь указание на то, что свободные лица, которым были нанесены телесные повреждения, могли требовать возмещение согласно предписаниям *lex Aquilia*.

Необходимым условием применения Аквилиевого закона было причинение вреда *injuria*. Существовало требование наличия субъективной вины хотя бы в форме самой легкой неосторожности.

В дальнейшем сфера применения Аквилиевого закона была существенно расширена. Так, защиту на основании данного закона получили залогоприниматели, узуфруктории, добросовестные владельцы и даже лица, имевшие обязательственное право требовать передачи вещи.

Если деликт совершался несколькими лицами, то они несли солидарную ответственность.

Rapina (грабеж)

Rapina, или грабеж, являлся деликтом, введенным в практику в позднереспубликанский период посредством отделения от деликта *furtum manifestum*. В соответствии с эдиктом претора Теренция Лукулла, *rapina* трактовалась как противоправное изъятие чужого имущества при помощи силы, т.е. как квалифицированное воровство. Примером такого деликта являлось отнятие чужих вещей, совершенное бандой деликвентов или с оружием в руках. Против грабителей использовался иск *actio vi bonorum raptorum*. Иск следовало предъявить в течение года с момента преступления. На основе этого иска могло быть вынесено решение о штрафе в четырехкратном размере от стоимости отнятой или поврежденной вещи. Существенным отличием кражи от грабежа являлось отсутствие тайны деяния.

Деликты по преторскому праву

Dolus

Специальный социально-правовой деликт *dolus* возник в I в. до н.э., и его появление связано с деятельностью претора Аквилия Галла. Этот претор разработал правовые средства (*actiones et exceptiones*) для

устранения негативных последствий обманых действий, осуществляемых при заключении договора или в течение срока его действия.

Таким образом, *dolus* являлся частным деликтом, возникающим при обмане контрагентов в момент заключения договора или при недобросовестном отношении к нему в течение срока существования обязательств¹. Для устранения негативных последствий для добросовестного контрагента, а также наказания недобросовестных лиц были введены *exceptiones doli* и *actio doli*. *Exceptiones doli* применялись как средство защиты обманутых лиц, обязанных исполнить принятые обязательства. В случае сделок *bone fidei* можно было применять *exceptiones doli* без специального договора. Различались два вида *exceptiones* (возражений). *Exceptio doli specialis* являлся иском, по которому ответчик сознавался, что обман существовал уже в момент заключения договора. *Exceptio doli generalis* являлся иском, по которому ответчик признавался, что выполнение договора противоречило принципам доброй воли и честности в силу обмана истца в том, что касается действий договора, или в силу несоответствия договора началам *aequitas*².

Обманутые лица, которые исполнили какое-либо обязательство, имели право предъявить *actio doli* в том случае, если можно было доказать, что обязательства возникли из-за обманых действий контрагента, и если эти лица не могли защитить себя каким-либо иным способом. Иск мог быть предъявлен в течение одного года после совершения обмана. В этом случае лицо, совершившее обман, должно было возместить причиненный ущерб, кроме того, это лицо подвергалось бесчестию.

Metus (угроза)

Metus являлся деликтом, состоящим в противоправных действиях физического характера и в противоправных действиях психического характера, а также в угрозах, предназначенных для побуждения какого-либо лица согласиться на нечто, чего он иначе не хотел бы³. Для защиты контрагентов, вынужденных выполнить это нечто, чего они не совершили бы при отсутствии принуждения, претор Октавий ввел *actio quod metus causa* и *exceptiones quod metus causa*.

Actio quod metus causa предъявляли стороны, которые выполнили определенные действия под влиянием угроз. Срок предъявления иска равнялся одному году. В результате предъявления данного иска контрагент, принуждавший другую сторону, должен был выплатить четырехкратную стоимость полученного уже представле-

¹ D. 4.3.1.2.

² D. 44.4.2.5.

³ D. 4.2.1.

ния. Если иск предъявлялся по истечении одного года, то он завершался присуждением штрафа в размере стоимости выполненного представления.

Exceptio quod metus causa имел место в случае неправомочности договора в силу его заключения под влиянием угроз. Право на эту экспенцию имело любое лицо, еще не выполнившее обещанное представление при условии, что это лицо могло доказать, что правовой акт был заключен с противоправными и тяжкими нарушениями из-за угроз со стороны контрагента.

Fraus creditirum

В некоторых случаях должник, пытаясь обмануть кредиторов и сделать невозможным уплату долга, вступал вговор с другими лицами для симулирования сделок или в некоторых случаях дарил им имущество. При указанных обстоятельствах кредиторы могли использовать против недобросовестных должников следующие правовые средства: interdictum fraudatorium, actio Pauliana и restitutio in integrum ob fraudem.

Interdictum fraudatorium защищал кредитора при обманном отчуждении вещественных предметов имущества должника. Любой кредитор имел право возражать против недобросовестного отчуждения вещей из имущества должника и требовать, чтобы отчужденные предметы были возвращены в имущество должника. Если лицо, получившее при указанных обстоятельствах имущество должника, не согласовалось с требованием данного интердикта, то дело рассматривалось судом. В суде кредитор должен был доказать факт совершенного на основе фиктивной сделки отчуждения имущества должника.

Судебное разбирательство в отношении недобросовестного уменьшения имущества должника в результате как отчуждения вещей, так и распоряжения какими-либо правами, регулировалось actio Pauliana. Все кредиторы неплатежеспособного должника имели право на предъявление данного иска. Истец должен был доказать: 1) что сделка, действие которой он опротестовывал, действительно привела к обеднению должника. Обеднение должно было быть результатом действий, совершенных должником на основе этой сделки; 2) что в результате заключенной сделки кредитору был действительно причинен ущерб. Поэтому если должник при указанных обстоятельствах оставался платежеспособным, то иск отклонялся; 3) что должник заключил опротестовываемую сделку, сознавая тот факт, что этим он вредит кредитору; 4) что и контрагенту должника было известно то, что должник поступает fraudem creditorum. Если контрагенту этот факт не был известен, то он отвечал только в размере стоимости своего обогащения. Если кредитор мог доказать существование выше указанных обстоятельств, то суд выносил решение, имеющее целью устраниить все убытки кредитора, вызванные обманными действиями кредитора.

ГЛАВА 6

ОБЯЗАТЕЛЬСТВА КАК БЫ ИЗ ДОГОВОРА (QUASICONTRACTUS) И КАК БЫ ИЗ ДЕЛИКТОВ (QUASIDELICTA)

§ 1. Понятие квазидоговора (квазиконтракта)

Квазиконтракты как источники обязательств впервые упоминаются в Институциях Юстиниана, но и в более ранний период юридическая практика и наука выделяли неделиктовые источники обязательств, отличные от контракта. В общем виде под квазиконтрактами понимаются обязательства, которые возникают между лицами при отсутствии договора. Но в то же время по своей сущности они сходны с обязательствами, возникающими из договоров. Квазиконтракты являлись источниками обязательств, существенно отличающимися от деликтов, более схожих с договорами. Они возникали не из противоправных действий (поэтому имели существенные отличия от деликтов). С договорами они были сходны в силу того, что в одном случае возникали на основании предварительного согласования сторон, или потому, что отношения между сторонами регулировались аналогично отношениям между лицами, вступающими в договорные обязательственные отношения. Основными видами квазиконтрактов являются следующие: ведение чужих дел без поручения (*negotiorum gestio*), обязательство из неосновательного обогащения, случайное сообщество (*communio incidens*) и *legatum i tutela*.

§ 2. Ведение чужих дел без поручения (*negotiorum gestio*)

Negotiorum gestia, или действие в чужом интересе без поручения, являлось квазиконтрактом, который устанавливался между *negotiorum gestor*, или непрошеным исполнителем дел в чужом интересе (неполномочный поверенный), и *dominus negotii*, т.е. лицом, в чью пользу велось дело. Такую деятельность в чужую пользу *negotiorum gestor* предпринимал по собственной инициативе. В таком случае не было предварительного согласия данного лица и оно не принимало на себя каких-либо правовых обязательств. В то же время гестор не имел намерения извлечь для себя какую-либо выгоду, но желал получить за свою деятельность от другого лица достаточное вознаграждение.

Для установления квазиконтракта требовалось наличие следующих условий: 1) чтобы деятельность, выполненная *negotiorum gestor*, была в интересах другого лица. При этом предпринятые действия могли заключаться в общем или частичном распоряжении чужими

правами. Таким образом, данный квазиконтракт не возникал, если речь шла об осуществлении собственных прав; 2) деятельность, выполненная negotiorum gestor, должна была предприниматься по его собственной инициативе и без принятия на себя каких-либо обязательств¹. Если такая деятельность предпринималась по чужой инициативе или в исполнение каких-либо договорных или других обязательств, то квазиконтракт не возникал; 3) деятельность, выполненная negotiorum gestor, должна была быть в пользу dominus negotii². Выгода от выполненной работы оценивалась не объективно, а только на основе субъективной оценки dominus negotii³; 4) работа, выполненная negotiorum gestor, должна была предприниматься с намерением потребовать от dominus negotii возмещения расходов при ведении чужих дел; 5) деятельность negotiorum gestor была бевозмездной (он не получал вознаграждения за свои действия).

На основании negotiorum gestia устанавливались двусторонние неравные обязательства, так как negotiorum gestor исполнял определенную работу, принимая во внимание выгоду для хозяина. За всякую оплошность он отвечал в размере culpa levis in abstracto. Он должен был предоставить хозяину отчет о своей деятельности и передать ему весь полученный доход.

Dominus negotii должен был оплатить negotiorum gestor все расходы, принять обязательства, возникшие в ходе ведения дела, и получить передаваемый доход.

Обязанность оплаты понесенных negotiorum gestor расходов существовала только в том случае, если его действия можно было признать целесообразными с хозяйственной точки зрения и отвечающими интересам dominus negotii. При этом не принимался во внимание достигнутый эффект или результат совершенных действий.

Оценка целесообразности деятельности negotiorum gestor зависела от того, одобрял или нет dominus negotii его действия. Если одобрение имело место, то действовал принцип «одобрение приравнивается к поручению». Такое одобрение являлось основанием для возмещения расходов, понесенных negotiorum gestor.

Если же dominus negotii отказывал в одобрении деятельности negotiorum gestor, то последний не имел права на возмещение понесенных им расходов. Кроме того, он еще был обязан восстановить то положение, в котором находилось имущество dominus negotii до его деятельности.

¹ D. 3.5.3.10.

² D. 3.5.9.1.

³ D. 3.5.9.1.

Но при всех условиях *negotiorum gestor* имел право требовать от *dominus negotii* возврата того имущества и денег, которые последний получил в результате действий *negotiorum gestor*, т.е. возврата неосновательного обогащения.

Для осуществления своих требований *dominus negotii* мог использовать *actio negotiorum gestorum directa*, а *negotiorum gestor* – *actio negotiorum gestorum contraria*.

§ 3. Обязательства из неосновательного обогащения

Основную группу квазиконтрактов составляли случаи неосновательного обогащения. Они регулировались строгими исками (*condiciones sine causa*). На основании этих исков требовалось возвращение вещей лицом, удерживающим их без правового основания. Считалось, что вещи удерживают без правового основания (*sine causa*) те лица, у которых находились чужие вещи, приобретенные непротивоправным путем, но которые не имели права удерживать эти вещи, так как у них не было для этого правовых оснований. Обычно указанная ситуация могла возникнуть на основании заблуждения, на основании нахождения чужих предметов, на основании исполнения непостоянных обязательств и т.д. В этих случаях римские юристы исходили из правила, что, согласно естественной справедливости, «нельзя допускать, чтобы кто-либо обогащался в ущерб другому»¹. Из указанного правила вытекало, что всякое необоснованное владение чужой вещью приводит к возникновению квазиконтракта между собственником и владельцем. Владелец становился обязаненным или возвратить собственнику ту же вещь, или предоставить то же количество того же вида вещей, если речь шла о заменимых предметах. Для осуществления своих требований собственник мог применить кондикционный иск. В зависимости от предмета иска различались следующие виды исков: *condictio certae pecuniae* (иск о возврате определенной денежной суммы), *condictio certae rei* (иск о возврате определенной вещи), *condictio incerti* (иск о возврате другого обогащения).

Разработка теории неосновательного обогащения была завершена при Юстиниане. В Юстиниановой Кодификации содержатся следующие виды неосновательного обогащения: *condictio indebiti* (иск о возврате недолжно уплаченного), *condictio causa data causa non secuta* (иск о возврате предоставления, цель которого не осуществилась), *condictio ex causa furtiva* (иск о возврате полученного вследствие кражи), *condictio ob causa finitam* (иск о возврате в связи с неосуществимостью цели), *condictio ob turpem vel ob injustam causam*, *condictio sine causa*.

¹ D. 50.17.206.

Condictio indebiti

Condictio indebiti служила для защиты лица, уплатившего долг другому, в отношении которого данное лицо не имело долга¹. Ошибочный платеж долга обязывал получившего предмет долга вернуть полученное уплатившему. Для осуществления этого требования и использовалась condictio indebiti. Для успешного использования этой кондикции требовалось, чтобы ни плательщик, ни получатель данной суммы не знали о том, что долг не был установлен. Если плательщик знал о non-existent долга, то считалось, что речь идет о скрытом дарении, а если это знал только получатель, то речь шла о furtum (краже). Уплаченное раньше срока не считалось недолжно уплаченным и не подлежало возврату. В то же время платеж условного долга до наступления условия приравнивался к платежу несуществующего долга. Уплата несуществующего долга должна была быть выполнена ошибочно, в силу простого заблуждения.

Condictio causa data causa non secuta

Condictio causa data causa non secuta использовалась как требование о возвращении вещи лицам, давшим ее кому-либо в обмен на какую-нибудь имущественную выгоду со стороны другого лица, но в отношении их это обязательство не было исполнено. В таком случае лицо, выполнившее определенное предоставление, имело право требовать не только возвращения предоставленной вещи, но и возмещения нанесенного ущерба. Рассматриваемый квазиконтракт возникал при следующих условиях: 1) предоставление определенной имущественной выгоды одним лицом другому (например, передача в собственность определенной вещи, погашение обязательства одного лица в отношении другого); 2) определенная имущественная выгода была предоставлена с конкретной целью, т.е. имеется в виду наступление какого-то события, ради которого и делается предоставление, например передача вещи в качестве приданого в связи с ожидаемым браком; 3) цель, ради которой было совершено определенное предоставление, не осуществлялась.

Если указанные выше условия имели место, то лицо, за счет которого обогатилось другое лицо, имело право на выше указанные кондикционные иски.

Condictio ex causa furtiva

Condictio ex causa furtiva служила для защиты лиц, у которых было что-либо похищено. Она была введена odio furtum – из-за отвращения к ворам. Имущество, полученное посредством кражи, не переходило в собственность вора и могло быть виндицировано собственником. Для облегчения виндикации и использовался рассматриваемый кон-

¹ Гай 3.91.

дикционный иск. Данный иск исходил из факта кражи (деликта), но правовым основанием иска являлось обогащение вора за счет имущества другого лица¹.

Особенностью данного иска является то, что, наряду с объективными моментами (обогащение одного лица за счет другого), присутствует и субъективный момент (недобросовестность обогатившегося должника).

Право на данный иск имело только то лицо, за счет имущества которого обогатился вор, т.е. собственник вещи.

Ответчиком по иску являлся только вор, т.е. лицо, похитившее и без основания удерживающее чужое имущество.

В том случае, если похищенная вещь погибла, можно было требовать денежное возмещение ее стоимости по высшей цене в интервале времени между похищением и присуждением. Кроме того, вор должен был возвратить плоды от вещи, а также возместить потерпевшему не полученный доход из-за кражи вещи.

Condictio ob causa finitam

Condictio ob causa finitam служила для защиты лиц, предоставивших кому-либо некую вещь с точно определенной целью, которая впоследствии оказывалась неосуществленной. На основании данной кондикции можно было требовать возвращения долга (например, из-за неблагодарности, возвращение задатка при расторжении договора купли-продажи и т.д.).

Condictio ob turpem vel ob injustam causam

Condictio ob turpem vel ob injustam causam служила для защиты лица, предоставившего нечто кому-либо, чтобы он не совершил определенное или аморальное дело, которое он и без этого не осмелился бы совершить, или же в случае, когда кто-либо исполнил для другого какое-то обязательство, которое ему было юридически и морально запрещено исполнять. Право использовать эту кондикцию имели лишь лица, которые действительно предоставили нечто при условии, что при передаче вещи или при исполнении определенного действия они сами поступали аморально или противоправно.

Condictio sine causa

Condictio sine causa в общем значении охватывала все другие случаи неосновательного обогащения. В этих случаях кондикционный иск использовался в силу одного факта неосновательного обогащения за чужой счет без ближайшего определения условий иска.

В общем виде указанная кондикция давалась в тех случаях, когда вещи одного лица фактически использовались или перешли к нему в собственность без правового на то основания (например, смешение

¹ D. 12.5.6.

чужих денег с собственными деньгами данного лица). При указанных обстоятельствах собственник не имел возможности использовать виндикационный иск для ее истребования. Поэтому вместо виндикационного иска использовалась рассматриваемая кондикция¹.

§ 4. *Communio incidens*

Communio incidens, или случайное сообщество, могло возникнуть на основании наследства или на основании договора дарения с условием, а также на основании случайного смешивания вещей. С момента возникновения такого объединения между случайными его участниками устанавливались определенные права и обязательства. Права и обязанности случайных товарищей были в основном теми же, что и права и обязанности договорных товарищей (сторон при договоре *societas*), т.е. теми же, что и права и обязанности между собственниками. В то же время в отличие от прав и обязанностей договорных товарищей (договорных совместных собственников) случайные товарищи имели право в любое время потребовать раздела общего имущества (посредством *actio de modo materiae*, если речь шла о случайном смешивании вещей) или при помощи *actio familiae erciscundae* (если речь шла об объединении на основании наследства), или с помощью *actio finium regondorum* (если речь шла о неупорядоченных отношениях при размежевании), а также с помощью *actio de communi dividendo* (в случае объединения, возникшего на основании договора дарения с условием).

§ 5. *Legatum i tutela*

На основании распоряжения наследодателя между наследниками, с одной стороны, и легатарием и фидеикомиссаром, с другой, устанавливались обязательственные отношения, соответствующие понятию «квазиконтракт».

Аналогичные отношения устанавливались и между подопечными, и между опекуном и попечителем.

§ 6. Понятие квазиделикта (*quasi ex delicto*)

Quasidelicta являлись источниками обязательств, во многом схожими с деликтами. Они были выделены в особую систематизированную группу только при Юстиниане². Их главной чертой являлась противо-

¹ D. 12.1.19.1.

² I.3.13.2; 3.17.4.5.

правность. По этому критерию квазиделикты и проистекающие из них обязательственные правоотношения были аналогичны обязательственным отношениям, проистекающим из деликтов. Основными различиями между указанными группами обязательств были следующие:

- деликты не могли возникать, если не существовало вредных последствий, а квазиделикты существовали и при отсутствии таких последствий, но при опасности их возникновения;

- деликты не возникали, если исполнитель не был виновен, а квазиделикты могли существовать и без установленной вины их исполнителя;

- деликты не существовали, если не был известен их исполнитель, а квазиделикты существовали и тогда, когда не был точно определен исполнитель противоправных действий;

- деликты не возникали, если действия совершали не отдающие себе в них отчет лица, животные или вещи, а квазиделикты в этих случаях имели место.

Таким образом, квазиделикты выходили за перечень частных деликтов, известных римскому праву. Наиболее известными среди квазиделиктов являлись: *judex qui litem suam fecit*, *actio de positis vel suspensis*, *actio de effusis vel dejectis*, *actio adversus nautas*, *caupones et stabularios* и *actiones noxales et de pauperie*.

Judex qui litem suam fecit – квазиделикт, вызванный нарушением судьей порядка судебного разбирательства, затрагивавшим интересы сторон. По Законам XII таблиц неправедный судья приговаривался к смертной казни. В классическое и постклассическое время наказания для судей были смягчены. Обычно судья приговаривался к возмещению ущерба. Одновременно ответственность судей была расширена. Судья отвечал даже в случаях, когда причинял какой-либо ущерб сторонам по незнанию. В таком случае считалось, что имеет место квазиделикт, вызванный некомпетентностью судьи. Квазиделикт *si judex qui litem suam fecit* давал возможность потерпевшим лицам требовать возмещения ущерба¹. Объем возмещения определялся по усмотрению судьи, рассматривающего иск потерпевших.

Actio de positis vel suspensis

Actio de positis vel suspensis являлся иском, который мог предъявить любой римский гражданин, заметивший, что на домах у публичной дороги находятся предметы, которые могут упасть и поранить прохожих. В таком случае считалось, что существует квазиделикт: последствия еще не наступили, но существовала опасность их наступления. Лица, виновные в этом, или лица, терпящие опасное состояние своих

¹ I.4.5.

строений, могли быть оштрафованы на десять тысяч сестерций. Эта сумма выдавалась лицу, заметившему опасность и предъявившему иск.

Actio de effusis vel dejectis (иск о вылитом или выброшенном).

Actio de effusis vel dejectis являлся иском, который предъявлял гражданин, раненный какой-либо вещью, сброшенной с дома, если нельзя было установить, кто бросил вещь. В таком случае считалось, что существует квазиделикт и все обитатели дома несли солидарную ответственность по возмещению ущерба (объективная ответственность, независимо от личной вины). Ответственность по данному иску была различна в зависимости от характера причиненного вреда. Так, за повреждение имущества собственник присуждался к выплате двойной суммы причиненного ущерба. Если был убит свободный человек, то штраф составлял 50 тысяч сестерций. Если свободный человек был только ранен, то штрафзыскивался на основании свободной оценки судьи, который должен был принять во внимание все издержки по лечению и все потери заработка потерпевшего лица.

Actio adversus nautas, caupones et stabularios

Actio adversus nautas, caupones et stabularios использовался для возмещения ущерба, который причинял лицам, пользующимся кораблями, гостиницами и постоянными дворами, персоналом этих предприятий. В этих случаях собственники упомянутых предприятий несли ответственность за culpa in eligendo в размере двойной стоимости причиненного ущерба.

Actiones noxales et de pauperie

К квазиделиктам относилась и объективная ответственность pater familias за ущерб, причиненный лицам alienae juris, рабам и животным. Эта ответственность была известна под названием ноксальной, или ответственность de pauperie.

§ 7. Другие источники обязательств

Помимо рассмотренных квазиконтрактов и квазиделиктов, обязательства могли возникать и на основании других фактов, которые не относились ни к квазиконтрактам, ни к квазиделиктам. Обязательственные отношения в этих случаях возникали лишь в силу закона. К таким источникам обязательств относились: обязательства по односторонним обещаниям, обязательства собственников, обязательства владельцев, обязательства между членами семьи и между патроном и клиентом.

Обязательства по односторонним обещаниям

Односторонние обещания, данные неопределенному кругу лиц или направленные определенному лицу, которое еще не получило эти обещания, не являлись источниками обязательств. В виде исключения,

если односторонние обещания были даны в пользу какого-либо храма, в пользу государства или в пользу какого-либо определенного лица, призванного исполнить определенные действия, то односторонние обещания могли быть источниками обязательств.

Односторонние обещания какому-либо храму назывались *votum* (обет). *Votum* состоял в обещании должника при определенном условии выполнить какое-либо действие в пользу храма определенного бога. При таком обещании возникало обязательство, исполнение которого жрецы храма могли требовать судебным путем.

Односторонние обязательства в пользу государства назывались *pollicitatio*. Обещания, данные в связи с выборами или получением какой-либо должности, имели правовую защиту для обеспечения их исполнения.

Защищались правом и односторонние обещания частного лица, в которых содержалось обещание неопределенным лицам, что если они найдут какую-либо вещь или выполнят нечто другое, то получат вознаграждение.

Обязательства собственников

Каждый собственник, который не признавал законных ограничений права собственности (легальных сервитутов), мог быть принужден у правомоченными лицами к воздержанию от каких-либо действий или к предоставлению соседям пользоваться его вещами. В таких случаях при наличии права собственности и на основе установленных ограничений этого права возникали обязательственные отношения между собственником вещи и лицами, заинтересованными в том, чтобы собственник соблюдал определенные обязательства в их пользу, установленные законом.

Обязательства владельцев

Каждый владелец должен был вступать в спор с лицом, которое утверждало, что вещь принадлежит ему или что он имеет на эту вещь определенные права. Владелец, который утверждал, что не владеет спорной вещью, мог быть принужден посредством определенных исков и интердиктов к выдаче вещи и, таким образом, сделать возможным судебное разбирательство. Для решения преюдициального вопроса о том, кто является владельцем вещи, использовались *actio ad exhibendum* и эксгибиционные интердикты. С помощью этих правовых средств определялась пассивная легитимация в судебном споре о собственности.

Обязательства между членами семьи и между патроном и клиентом

В соответствии с предписаниями семейного права, в римской семье существовало много имущественных обязательств между родителями и детьми, между мужем и женой, а также между другими родственниками. Такие обязательства относились, прежде всего, к праву

на расходы, к праву на распоряжение общими вещами и др. Все эти обязательства регулировались не обычными нормами обязательств, а специальными предписаниями, регулирующими имущественные обязательства между лицами, соединенными родственными узами или патронатной связью.

ГЛАВА 7 ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

§ 1. Понятие и виды способов обеспечения обязательств

Для кредиторов обязательственных отношений первостепенное значение имело своевременное и полное исполнение должником возложенных на него обязательств. Существовало два подхода к решению данной задачи. Первый подход состоял в обеспечении обязательств посредством санкций или исков, предусмотренных для защиты кредиторов в каждом отдельном обязательстве. Такой подход мог вызывать определенные трудности для кредиторов в том, что касается своевременности исполнения должником возложенных на него действий, а также в отношении самой способности должника выполнить эти действия. Для преодоления этих трудностей и обеспечения имущественного оборота в римском праве были разработаны и другие способы обеспечения выполнения обязательств. К ним относились разнообразные гарантии полного и своевременного исполнения должником своих обязательств.

Гарантии состояли в предоставлении какой-либо вещи кредитору (реальное обеспечение), в даче специального обещания со стороны должника или какого-либо третьего лица, которое кредитор может использовать в том случае, если основной должник не исполнит своевременно и полно обязательств (персональное обеспечение), а также посредством неустойки.

§ 2. Реальное обеспечение кредитора со стороны должника

Реальное обеспечение кредитора со стороны должника включало договоры о залоге и задаток.

Договоры о залоге (залоговые отношения были рассмотрены при анализе вещных прав) являлись основным вариантом обеспечения кредитора. Такое обеспечение было известно еще в древнеримском праве и сохранилось до времени Юстиниана. Права кредитора на предметы залога, служившие обеспечением своевременного и полного

исполнения обязательства, различались в зависимости от вида договора залога (*fiducia cum creditore*, *pignus* и ипотека).

Задаток. Классическое и постклассическое право заимствовало обычай, который заключался в том, чтобы при договоре купли-продажи одна сторона предоставляла другой какую-либо вещь или небольшую сумму денег как знак того, что договор действительно заключен¹. Предоставленная вещь или сумма денег называлась задатком (*arra*). Предоставление задатка в этом случае подтверждало заключение договора.

Позже задаток получил другое значение: сторона, предоставившая задаток, имела право отказаться от договора, потеряв задаток. В это же время возникло и соответствующее право контрагента, принявшего задаток: он мог отказаться от договора, если возвратит задаток в двойном размере. Постепенно задаток увеличивался в размере. Его выдача или принятие служили уже не только заранее определенным штрафом за неисполнение договора, но и средством обеспечения договора. При исполнении договора задаток включался в сумму оговоренного платежа.

§ 3. Персональное обеспечение кредитора со стороны должника

Персональное обеспечение кредитора со стороны должника включало *stipulatio poenae* (стипуляции по договорной сумме), а также другие способы персонального обеспечения.

***Stipulatio poenae* (неустойка)**

Stipulatio poenae (стипуляции по договорной сумме, или неустойка) представляла собой средство защиты кредиторов, если должник несвоевременно и неполно исполнял обязательства. В этом случае должник принимал на себя обязательство уплатить кредитору определенную сумму в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства². Данный вид стипуляции мог устанавливаться двумя способами: одновременно с главным обязательством и спустя некоторое время с момента заключения главного обязательства. Если стипуляция была в альтернативной форме, то в связи с тем, что одна из альтернатив всегда была тяжелее другой, кредитор мог быть уверен, что должник исполнит более легкую альтернативу, чтобы избежать опасности присуждения к исполнению более тяжелой. Если стипуляция заключалась позже основного обязательства (*ex intervallo*), то становилось условие, что стипуляции будут выполнены при неисполнении главного обязательства.

¹ Гай 3.139.

² Д. 45.1.115.2.

Другие способы персонального обеспечения кредиторов со стороны должника

Кроме stipulationes poenae использовались и другие способы персонального обеспечения кредиторов со стороны должника: stipulationes de usuris, constitutum debiti proprii и jusjurandum.

Stipulationes de usuris (договоры о процентах), будучи присоединенными к договорам займа и к другим кредитным договорам, могли использоваться и как способ обеспечения кредиторов. Величина оговоренных процентов, которые должен был уплатить должник, побуждала его к более быстрому исполнению обязательств.

Constitutum debiti proprii в основном действовал так же, как stipulationes poenae. В преторском пакте в этом случае обговаривалось и альтернативное обязательство: для избежания негативных последствий должник был заинтересован выполнить взятое обязательство.

Jusjurandum (клятва) как средство обеспечения кредиторов использовалась крайне редко. Примером может служить ситуация, когда некое лицо моложе 25 лет клялось, что не потребует restitutio in integrum ob aetatem.

§ 4. Обеспечение кредиторов со стороны третьих лиц

Обеспечение кредиторов со стороны могло осуществляться при помощи договоров поручительства (adpromissio), поручения и обещания, а также посредством интерцессии женщин.

Договоры поручительства (adpromissio)

Договоры поручительства (adpromissio) являлись договорами между кредитором по определенному обязательству и лицами, которые обязывались уплатить долг вместо должника или совместно с ним либо в случае неуплаты долга должником¹. В первом случае поручители занимали место должника и сами должны были уплатить долг (частная интерцессия); во втором случае кредитор мог потребовать уплаты как от главного должника, так и от поручителя (кумулятивная интерцессия). В третьем случае кредитор мог требовать уплаты от поручителя только тогда, когда он не смог добиться уплаты долга от главного должника (субсидиарная интерцессия).

В древнеримском праве широко использовалась интерцессия. В таких случаях поручители гарантировали, что должник будет присутствовать на процессе заключения договора, а в случае его неявки сами отвечали за должника.

Кумулятивная интерцессия (гарантирование чужих обязательств одновременно и солидарно с должником) возникла с появлением стипу-

¹ Гай 3.115.117.

ляции. Древнейшие договоры кумулятивной интерцессии заключались посредством специального ритуала. На его основании кредитор получал право требовать исполнения обязательства или от главного должника, или от поручителя (то есть имела место солидарная ответственность как поручителя, так и должника). При этом поручитель не имел права требовать от кредитора сначала взыскать долг с главного должника. Кроме того, поручитель не имел права регрессного иска к главному должнику. Единственным правом поручителя было право требовать, чтобы его обязательство не было тяжелее обязательств главного должника. Обязательства поручителя являлись строго личными и ненаследуемыми.

Как следует из вышесказанного, положение поручителей при договорах поручительства было весьма тяжелым. Именно поэтому римское законодательство на протяжении республиканского периода постепенно смягчало строгость регулирования поручительства и объем ответственности поручителя.

Так, по *lex Publilia* поручители получали право регресса в отношении главного должника, если уплачивали его долг.

По *lex Furia de sponsu* обязательства поручителя не могли длиться более двух лет. Наконец, *lex Cornelia* устанавливал, что один поручитель в течение года не может поручиться за одного должника на сумму, большую чем 20 тысяч сестерций.

При Юстиниане договор поручительства регулировался совсем другим способом. При договоре поручительства устанавливалась так называемая субсидиарная интерцессия, то есть кредитор мог требовать от поручителя уплаты долга лишь тогда, когда не мог получить его от главного должника. В виде исключения, когда главный должник отсутствовал, можно было судиться непосредственно с поручителями. Последние отвечали за индивидуальную часть требования. Индивидуальная часть определялась с учетом числа присутствующих и отсутствующих поручителей. На основе судебного решения поручители имели право произвести уплату кредитору в течение четырех месяцев. Кроме того, уплатившие поручители имели право регресса как по отношению к главному должнику, так и по отношению к тем поручителям, которые не участвовали в уплате долга кредитору. Это право осуществлялось путем иска (*beneficium cedendarum actionum*).

Обеспечение кредиторов посредством поручения и обещания

Кроме договоров поручительства (*ad promissio*) для обеспечения кредиторов со стороны третьих лиц, использовались поручения (*mandatum qualificatum*) и обещания (*constitutum debiti alieni* и *receptum argentarii*).

Mandatum qualificatum представлял собой поручение, данное поверенному и состоящее в уплате третьему лицу определенной денежной суммы. На основании исполнения такого поручения поверенный ста-

новился кредитором должника, а доверитель получал статус поручителя. Свои права по отношению к доверителю поверенный осуществлял с помощью *actio mandati contraria*.

Constitutum debitum alieni содержал обещание уплатить чужой долг и по своей правовой сущности соответствовал договору поручительства.

Receptum argentarii, или обещание банкира уплатить определенную сумму денег по поручению своего клиента. В частности, такая ситуация имела место в том случае, когда посредством данного платежа погашался денежный долг клиента банкира. По своей правовой природе *receptum argentarii* имел определенное сходство с договором поручительства.

Интерцессия женщин

С обретением женщинами дееспособности возник вопрос об их праве заключать договоры поручительства и брать на себя чужие обязательства. Следует отметить, что по вопросу интерцессии женщинам нельзя было разрешать заключение договоров поручительства. *Senatus consultum Vellaeanum* (46 г. до н.э.) запретил любую интерцессию для женщин. Женщины не были допущены ни к кумулятивной, ни даже к субсидиарной интерцессии. Особо строго им запрещалась молчаливая интерцессия (*intercessio tacita*), т.е. заключение договора от своего имени, но по сути в интересах другого лица.

В виде исключения в праве Юстиниана была допущена интерцессия жены в пользу мужа, но при условии наличия письменной формы интерцессии и в присутствии не менее трех свидетелей.

ГЛАВА 8 НЕИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ДОЛЖНИКА

§ 1. Принципы регулирования ответственности должника за неисполнение обязательства

В римском праве действовал принцип, заимствованный и современными правовыми системами: *pacta sunt servanda* (договоры должны выполняться). Исполнение обязательства считалось в Риме наиболее простым и естественным способом его погашения¹. Поэтому неисполнение должником взятых на себя обязательств могло произойти по двум причинам: не по вине должника (в результате действия непреодолимой силы – *vis maior*) или по вине должника.

¹ Гай 3.168.

Если должник не смог исполнить обязательство в результате непреодолимой силы, то обязательство прекращалось, так как в этом случае имели место объективные факторы, не зависящие от воли сторон. Например, гибель имущества в результате природных или социальных катастроф (как-то: наводнения, грабежи, пожары и т.д.). Как правило, риск гибели вещи и убытки нес собственник.

Если же обязательство было не исполнено по вине должника, то он нес ответственность в зависимости от формы его вины. В римском праве должник отвечал по принципу вины. Римское право прошло эволюцию в регулировании ответственности должника в случае его виновности. В древнейший период должник отвечал своей личностью за неисполнение обязательства (вплоть до лишения жизни). В частности, такие нормы можно найти в Законах XII таблиц. В дальнейшем была установлена имущественная ответственность, т. е. при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств должник должен был возместить кредитору причиненный ему ущерб.

Различались следующие формы вины: *dolus* (умысел, то есть умышленное причинение вреда) и *culpa* (вина, то есть небрежность, неосторожность, неосторожность, неосторожность). В свою очередь, различались степени неосторожности: *culpa lata* (грубая неосторожность), *culpa levis* (легкая небрежность). Различие между ними заключалось в том, что грубая небрежность имела место, когда лицо не понимало того, что понимает обычный, нормальный (средний) человек, а легкая небрежность характеризовала поведение такого лица, которое не проявляло требуемой степени заботливости в соответствии с данным договором (т.е. заботливости, присущей хорошему хозяину).

Должник всегда отвечал за умысел (*dolus*) и за *culpa lata* – грубую неосторожность. Что касается ответственности за легкую неосторожность (*culpa levis*), то она имела место только в отношении тех договоров, в которых были заинтересованы как кредитор, так и должник. Например, договор передачи вещи кредитором должнику в бесплатное пользование.

В то же время в договорах товарищества ответственность товарищей регулировалась *culpa in concreto*. Это означало, что каждый товарищ должен был относиться к общему имуществу товарищества не как обычный хороший хозяин, а так, как он относится к собственным делам и своему собственному имуществу.

§ 2. Просрочка исполнения обязательства (*mora*)

В общем виде под просрочкой понималось нарушение согласованных в договоре сроков исполнения данного обязательства. Различались **просрочка кредитора и просрочка должника**.

Просрочка кредитора (*mora creditoris*)

Просрочка кредитора (*mora creditoris*) наступала, когда кредитор неоправданно отказывал или препятствовал должнику своевременно и полно исполнить его представление. Просрочка кредитора не возникала в том случае, когда предлагаемое исполнение обязательства не соответствовало условиям договора. Например, в том, что касается цены, качества, срока и места. Главными последствиями просрочки кредитора являлось уменьшение обязательства должника. При просрочке кредитор нес ответственность за *dolus* и *culpa lata*. Кроме того, в этом случае должник имел право выбора: он мог исполнить обязательство, оставить предмет договора себе, передать его в храм или в государственный орган. В то же время при *mora creditoris* должник не имел права выбросить предмет представления и таким способом освободиться от обязательства (особенно если речь шла о предметах, требовавших больших расходов по их содержанию). В этом случае должник имел право продать данную вещь и присвоить полученную денежную сумму¹.

Просрочка должника (*mora debitoris*)

Просрочка должника (*mora debitoris*) возникала, когда должник по своей вине не исполнял своевременно взятое обязательство. Степень виновности должника при отдельных обязательствах оценивалась по-разному, т.е. могла быть в форме *dolus*, *culpa lata*, *culpa levis*. Для установления факта просрочки должника, наряду с требованиями доказательства его вины, необходимо было соблюсти следующие условия.

1. Просрочка могла иметь место только в том случае, когда речь шла о защищенных обязательствах, т.е. обязательствах, которые основывались на договорах, деликтах, квазиконтрактах и квазиделиктах.

2. Для наступления просрочки необходимо было, чтобы обязательства были созревшими. Созревшими являлись те обязательства, по которым наступил срок исполнения, поэтому для кредитора не было опасности отклонения его иска. В классический период римского права просрочка должника наступала автоматически с пропуском им указанного в договоре срока исполнения, но в юстиниановский период было введено требование о напоминании со стороны кредитора (*interpellatio*).

Для возникновения просрочки, кроме наступления сроков исполнения и напоминания со стороны кредитора, требовалось, чтобы просрочка произошла без уважительной причины.

3. Просрочка должника вызывала требование кредитора исполнить обязательство. Такое требование кредитора не возникало при обязательствах, проис текающих из кражи; при обязательствах, кредиторами

¹ D. 18.6.1.3.

по которым являлись малолетние, а также при предоставлении свободы путем fideicomissa. Во всех этих случаях должники должны были по своей инициативе исполнить обещанное представление.

4. Для должника, который по своей вине и по требованию кредитора не исполнял обязательства, наступала соответствующая ответственность. Это означало, что должники отвечали в этом случае и за случайную гибель вещи, т.е. отвечали и за действия непреодолимой силы. Наряду с этим должники несли ответственность по возмещению всего ущерба, понесенного кредитором из-за несвоевременного исполнения обязательства. Ущерб включал в себя как действительный (прямой) ущерб, так и упущенную выгоду. Размер упущенной выгоды определялся в каждом случае конкретно, в зависимости от обстоятельств заключения и исполнения договора. Важнейшим последствием просрочки должника являлось право кредитора предъявить иск без риска его отклонения, а также право требовать вынесения судебного решения в отношении как личности должника, так и его имущества.

§ 3. Регулирование возмещения ущерба при неисполнении обязательства

Должник, не исполнивший или ненадлежаще исполнивший обязательство, должен был возместить понесенный кредитором ущерб (вред).

Такая обязанность должника возникала как при нарушении им договорных обязательств, так и в случае совершения им неправомерных действий внедоговорного характера (при совершении деликта).

Римское право прошло эволюцию в том, что касается определения объема понесенного кредитором ущерба. Так, в Институциях Гая возмещение ущерба сводилось к возмещению действительной стоимости вещи, которую должник должен был предоставить кредитору¹. В дальнейшем понятие «возмещение ущерба» стало трактоваться более широко, т.е. стало включать, кроме положительного (прямого) ущерба, также и упущенную выгоду, т.е. недополученные кредитором ценности в силу неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства.

По общему правилу в римском праве признавался только ущерб, находящийся в непосредственной близости самой вещи (т.е. прямой ущерб). Что касается косвенного ущерба, то он возмещался только при наличии умысла или когда контрагент знал о дефекте вещи, но скрыл

¹ Гай 3.212; D. 9.2.22.1.

это от партнера по сделке («если, продавая вещь, продавец знал о пороке и не предупредил, то он должен возместить убыток»).

Что касается определения объема возмещения вреда, то по общему правилу он мог определяться как на основе рыночной стоимости не полученных кредитором вещей, так и на основе учета стоимости вещи при данных конкретных обстоятельствах.

При этом не подлежал возмещению вред, наступивший вследствие безалаберности и нераспорядительности самого потерпевшего. В связи с этим в римских источниках приводится такой пример: определенное лицо закупило пшеницу в пищу своим рабам, но продавец не доставил пшеницу покупателю. В результате рабы покупателя погибли от голода. Покупателю возмещается только стоимость пшеницы, но не стоимость погибших от голода рабов, так как сам покупатель не проявил должной распорядительности, чтобы купить пшеницу в другом месте и спасти рабов от голода.

ГЛАВА 9 РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРЕКРАЩЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

§ 1. Понятие и виды способов прекращения обязательств

Обязательственные отношения являлись отношениями между кредитором и должником, на основании которых кредитор имел право требовать от должника определенного предоставления, а должник обязывался исполнить это предоставление. Поэтому обычный способ прекращения обязательств – это его надлежащее исполнение. В то же время на ранних этапах развития римского права, когда преобладал формализм в виде ритуальных обрядов, одного исполнения обязательства было недостаточно для его прекращения. В этом случае требовалось совершение определенных ритуалов как при возникновении обязательства, так и при его прекращении. В дальнейшем в классический период эти требования постепенно утратили свою силу.

Таким образом, в римском праве существовали следующие основания прекращения обязательств:

- 1) ритуальные способы прекращения обязательства по древнему праву;
- 2) надлежащее исполнение обязательства;
- 3) замена исполнения (*datio in solutum*);
- 4) новация (*novatio*);
- 5) зачет (*compensatio*);
- 6) прощение долга;
- 7) слияние (*confusio*);
- 8) другие способы прекращения обязательств *ipso iure*.

§ 2. Ритуальные способы прекращения обязательства по древнему праву

Обязательства, возникавшие на основе древних формализованных договоров, должны были погашаться соответствующим формализованным способом в соответствии с принципом «ничего нет естественнее того, чтобы однажды возникшие отношения разрешались тем же способом, каким и возникли»¹. Именно поэтому обязательства, устанавливаемые в форме *per aes et libram*, должны были погашаться путем *solutio per aes et libram*, а обязательства, устанавливаемые в форме стипуляций, – путем так называемого *acceptilatio*.

Solutio per aes et libram являлась способом погашения обязательств, при котором применялись те же формальности, как и при заключении формализованных договоров. Даже в классическое время, когда исчезли договоры *per aes et libram*, тем не менее, *solutio per aes et libram* продолжали применяться для гашения обязательств, установленных судебным решением.

Acceptilatio являлась способом погашения обязательств, устанавливаемых путем стипуляций. Должник и кредитор обменивались вопросами и ответами, подтверждавшими исполнение обязательства, и таким образом обязательство погашалось независимо от того, было ли оно исполнено в действительности.

§ 3. Надлежащее исполнение обязательства (*solutio*)

Надлежащее исполнение обязательства являлось наиболее естественным и простым способом его погашения. Это был общий способ погашения обязательств².

Для погашения обязательства путем *solutio* было необходимо соблюдение ряда условий, в том числе:

1. Исполнение обязательства должно было быть произведено лично должником в тех случаях, когда личность должника имела значение для кредитора (например, обязательство художника нарисовать картину). В других случаях исполнение могло произвести и третье лицо, даже против воли должника.

2. Исполнение обязательства должно было быть произведено кредитору или его полномочному представителю. Уплата долга какому-либо другому лицу не погашала обязательственных отношений.

3. Исполнение обязательства должно было производиться в соответствии с его содержанием. Это означало, что должник не имел пра-

¹ D. 50.17.35.

² Гай 3.168.

ва исполнить обязательство по частям без согласия кредитора. Только Юстиниан предписал, что кредитор в определенных обстоятельствах обязан удовлетвориться выплатой по частям или даже неполной выплатой долга (речь шла о выплате долга должниками, обладающими правом на *beneficium competentiae*).

4. Обязательство должно было быть исполнено в установленном договором месте. Если стороны не договорились о месте исполнения, то обязательство должно было быть исполнено по местожительству должника или (по желанию одной из сторон) в Риме. По желанию должника кредитор имел право согласиться и на другое место исполнения.

5. Обязательство должно было быть исполнено в определенное время, которое было установлено в договоре или определялось характером самого обязательства (использовалось понятие так называемых естественных сроков, то есть достаточных для исполнения данного обязательства). Если стороны не установили в договоре время исполнения обязательства, то действовало правило, что обязательство должника возникает в момент заключения договора¹. Если сроки исполнения нельзя было определить ни из договора, ни из характера обязательства, то должник обязан был исполнить обязательство по первому требованию кредитора.

Что касается досрочного исполнения обязательства, то оно допускалось только в том случае, если это соответствовало интересам кредитора (например, досрочный возврат вещи, полученной в бесплатное пользование).

§ 4. Замена исполнения (*datio in solutum*)

В классическом праве допускалось, чтобы с согласия кредитора исполнение обязательства было осуществлено путем замены ранее согласованного предоставления на другое.

В праве Юстиниана, кроме добровольного соглашения сторон о погашении обязательства предоставлением другого предмета, существовало и *datio in solutum necessaria*. *Datio in solutum necessaria* было предусмотрено в пользу задолжавших собственников земли. Эти лица могли вместо уплаты долга наличными деньгами предоставить кредитору земельные участки по цене, утвержденной государственными органами.

§ 5. Новация (*novatio*)

Новация, или обновление долга, являлась верbalным договором, имевшим целью погашение определенного постоянного обязательства

¹ D. 46.3.1–3.

путем создания нового обязательства¹. Таким образом, при каждой новации создавалось новое обязательство взамен погашенного старого. Для того чтобы новация была действительной и достигала поставленной цели, требовалось соблюдение следующих условий:

- а) старое и новое обязательства должны иметь одно и то же представление (один и тот же предмет обязательства);
- б) старое обязательство и новое, которое возникало, должны были чем-то отличаться (требовалось наличие *aliquid novi*). *Aliquid novi* мог быть различным. Он мог состоять в модификации нового обязательства путем установления новых сроков и новых условий, в изменении основания долга или чаще всего замене субъектов обязательственных отношений²;
- в) при каждой новации требовалось волеизъявление сторон погасить старое обязательство установлением нового. Если такое волеизъявление отсутствовало, то происходила кумуляция обязательства. Если волеизъявление не было достаточно четко выражено, то судья мог по своему усмотрению определить, имеется ли новация или нет;
- г) каждая правильно заключаемая новация вызывала два основных последствия: *ipso iure* погашалось старое обязательство со всеми акессорными требованиями и рождалось новое обязательство. Новое обязательство в момент установления полностью отделялось от старого;
- д) особым видом новации являлась так называемая *novatio necessaria*, или необходимая новация. *Novatio necessaria* устанавливалась процессуальным путем. Когда стороны по поводу каких-либо правовых отношений вступали в спор и не могли прийти к согласию, то считалось, что прежние отношения между сторонами погашаются и устанавливаются новые, по которым стороны получают право требовать судебного разбирательства. Новация обязательства в этом случае происходила в судебном процессе.

§ 6. Зачет (*compensatio*)

Зачет – это такой способ погашения обязательства, когда обязательства прекращаются посредством зачета взаимных долгов и требований³. В этом случае стороны по обязательству являются взаимно и должниками, и кредиторами. В результате зачета обязательства автоматически уменьшаются на сумму долга истца ответчику. Зачет как способ прекращения обязательств был введен преторским правом.

¹ Гай 3.176.

² Гай 3.177.

³ D. 16.2.1.

В древнем римском праве зачет мог совершаться только при согласии сторон. В классическом праве существовали и договорная (законная), и судебная формы зачета. Законная форма зачета допускалась в специально предусмотренных случаях (например, в случае компенсации мужу расходов по приданому).

Судебная форма компенсации использовалась достаточно редко. Так, банкир, предъявляя требования к лицам, имевшим у него свои счета, был обязан уменьшить объем своих требований на сумму своего долга этим лицам¹. Со временем Марка Аврелия действовал принцип, что зачет должен был применяться при мелких обязательствах. Поэтому недобросовестно поступает тот, кто судится по тому, что сразу должен вернуть. В Юстиниановскую эпоху практика судебного определения применимости зачета была отменена.

§ 7. Прощение долга

Прощение долга являлось особым способом прекращения обязательства посредством использования специальных правовых форм: pactum de non petendo и transactio.

В случае pactum de non petendo стороны договаривались о непредъявлении требования. Pactum de non petendo являлся неформальным соглашением, при котором кредитор прощал должнику долг целиком, или частично, или временно, или навсегда. Прощение долга имело силу только по отношению к определенному должнику или к другим лицам, которые в связи с этим долгом находились в положении должника.

В случае transactio (мировой сделки) стороны заключали соглашение о взаимных уступках. Такой вариант прощения долга использовался в тех случаях, когда стороны по обязательству сталкивались с трудностями в доказывании своих требований.

§ 8. Слияние (confusio)

Слияние являлось способом прекращения обязательства, при котором обязательство прекращалось в результате совпадения кредитора и должника в одном лице (типичным примером этого является наследование).

§ 9. Другие способы прекращения обязательств (ipso jure)

Кроме выше охарактеризованных, существовали и другие способы погашения обязательств, действующие ipso jure, в том числе:

¹ Гай 4.64.

- а) *contrarius consensus* являлся способом погашения обязательств, возникших из консесуальных договоров¹. Таким способом погашались обязательства, заключенные простым соглашением при условии, что ни одна из сторон еще не приступила к исполнению обязательств. В этом случае достаточно было соглашения о простом прекращении обязательств или отказе от договора. Такой вариант использовался в случае договоров поручения, товарищества, найма рабочей силы;
- б) обязательства погашались и при случайной гибели предмета предоставления. Речь шла об обязательствах, предметом предоставления в которых были незаменимые вещи;
- в) смерть любой из сторон обязательственных отношений погашала деликтные обязательства. В том что касается обязательств договорных, то они погашались только тогда, когда личностные качества умершей стороны имели решающее значение для исполнения договора;
- г) обязательства прекращались и при длительном неисполнении их, т.е. просрочивании. Время просрочки обязательств было различным для разных обязательств. В целом сроки варьировались от одного до тридцати лет.

¹ D. 46.3.80; D. 50.17.35.

РАЗДЕЛ VII

НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

**В результате изучения данного раздела студент
будет знать:**

- понятие наследственного права, субъектов наследственно-правовых отношений и способы наследования;
- порядок наследования по закону в древнем римском праве, классическом и постклассическом праве;
- понятие завещания и особенности его форм в древнем классическом и постклассическом праве;
- характеристику содержания завещания, условия его действительности, недействительности и ничтожности;
- понятие открытия завещания;
- понятие обязательственной доли (необходимого наследства);
- характеристики формально необходимого и материально необходимого наследства;
- понятие принятия наследства и способов его принятия;
- средства защиты наследственных прав;
- понятие сингулярного наследства;
- понятие и виды легатов;
- понятие фидеикомисса и его виды;
- средства защиты легатариев;

будет уметь:

- анализировать источники римского права, регулирующие наследственно-правовые отношения;
- анализировать правовые основания отдельных способов наследования;
- анализировать порядок наследования по закону на разных этапах развития римского права;
- анализировать особенности форм завещания на разных этапах развития римского права;
- анализировать содержание завещания, а также условия его отмены, недействительности и ничтожности в римском праве;
- анализировать содержание и различие между формально необходимым наследственным правом и материально необходимым наследственным правом;
- анализировать различия принятия наследства разными группами наследников, а также порядок урегулирования долгов по наследству;
- анализировать виды правовых средств, использовавшихся для защиты наследственных прав в Древнем Риме;

- анализировать основания установления легатов на разных этапах развития римского права и их виды;
 - анализировать правовое положение и особенности защиты легатариев;
 - анализировать правовой статус фидеикомиссариев;
- будет владеть:**
- навыками сравнительно-правового анализа источников римского частного права, регулирующих наследственно-правовые отношения;
 - методами сравнительно-правового анализа отдельных способов наследования на разных этапах развития римского права;
 - методами анализа способов принятия наследства отдельными группами наследников;
 - методами анализа видов правовых средств защиты наследственных прав;
 - методами сравнительно-правового анализа легатов и фидеикомиссов;
 - навыками применения норм наследственного права для урегулирования конкретных наследственных правоотношений из практики римских семейно-родственных отношений.

ГЛАВА 1

ПОНЯТИЕ НАСЛЕДСТВЕННОГО ПРАВА И НАСЛЕДСТВЕННО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

§ 1. Понятие наследственного права

Под наследственным правом понимается совокупность норм, определяющих судьбу имущества умершего лица, а также порядок перехода этого имущества наследникам, или, другими словами, наследованием называется переход имущества умершего лица к одному лицу или нескольким другим лицам.

Наследственное право развилось с появлением частной собственности, когда орудия и средства производства сосредоточились в руках отдельных *paters familias*. Исторически это совпадает с возникновением государства. Наследственное право является завершением права собственности, так как его появление и формирование отражает высокий уровень развития частной собственности.

§ 2. Наследственно-правовые отношения: основные понятия

В трудах римских юристов нормы наследственного права разрабатывались в качестве способов (оснований) приобретения собственности *mortis causa*, т.е. в случае смерти прежнего собственника. Наследственное право выступало как универсальное, или общее наследование (**универсальная сукцессия или правопреемство**), когда имущество умершего лица целиком переходило к наследникам, и **сингулярная сукцессия, или правопреемство**, когда наследовались отдельные вещи наследодателя (в форме **отказов или легатов**). Поэтому наследственное право являлось собранием правовых предписаний, определяющих универсальную, или сингулярную сукцессию (правопреемство) *mortis causa*.

Наследственно-правовые отношения возникали, когда законный наследник, способный принять наследство, заявлял, что принимает наследство. Одновременно наследник получал все права, которыми владел наследодатель¹.

Наследодатель являлся лицом, которое при жизни могло быть носителем наследственных прав и обязанностей. Этим правом не обладали латины, лица *alieni juris*, а также частные рабы².

¹ D. 50.17.59.

² Ульп. 20.16.

Юридические лица не могли быть наследодателями. Физическое лицо, могущее быть наследодателем, получало этот статус в момент смерти¹.

Наследство и наследственная масса (hereditas) являлись составной вещью, состоящей из имущественных прав и обязанностей наследодателя. Личные и семейные права наследодателя не могли быть предметом наследования.

Статус **наследника** при определенных условиях могло получить любое физическое лицо, даже рабы. Для получения данного статуса физическое лицо должно было быть живым в момент смерти наследодателя. Исключение составляли потомки наследодателя, родившиеся после его смерти.

Юридические лица тоже могли получить статус наследника. Так, частные юридические лица получали этот статус на основании общих предписаний. В постклассический период церковь могла получить статус наследника.

В наследственном праве различаются **открытие наследства и вступление в наследство**.

Наследство открывается в момент смерти наследодателя (т.е. в момент смерти физического лица). С этого момента определенные лица получают право приобрести наследство, но они еще не становятся собственниками имущества наследодателя. Переход прав наследника происходит в момент вступления в наследство, который совпадает с моментом выражения наследником воли принять наследство.

§ 3. Способы (основания) наследования

Наследование имущества умершего лица могло происходить двумя способами: по закону и по завещанию. Наследование по завещанию имело место в том случае, когда наследодатель оставлял завещание, в котором указывал наследников.

Наследование по закону было возможно тогда, когда наследодатель не оставлял завещания или оно было признано недействительным, а также в том случае, когда наследник, указанный в завещании, отказался от наследства.

При этом нормы римского наследственного права не допускали одновременного наследования на основании и закона, и завещания. Это означает, что не допускалось, чтобы одна часть наследственной массы наследовалась по завещанию, а другая — по закону.

¹ D. 18.4.1.

§ 4. Основные этапы развития римского наследственного права

Исторически римское наследственное право в своем становлении прошло четыре этапа:

- наследственное право древнего цивильного права;
- наследование по нормам преторского права;
- наследование по императорскому доюстииниановскому законодательству;
- наследование по нормам юстиниановского права.

Наследование по древнему цивильному праву. На первых этапах римского государства наследование происходило только на основе закона и наследниками являлись все члены агнатской семьи, поэтому наследование по завещанию в ту эпоху не имело места. В дальнейшем в соответствии с Законами XII таблиц существовали уже два основания наследования – наследование по завещанию и наследование по закону, которое имело место в том случае, когда наследодатель умирал, не оставив завещания.

Наследование в классическом праве (по нормам преторского права). Нормы преторского права разработали особый интердикт (*interdictum quorum bonorum*) для ввода во владение наследственным имуществом. В соответствии с этим интердиктом претор предоставлял судебную защиту тем лицам, которые имели право наследования по цивильному праву. В дальнейшем преторские эдикты стали предоставлять защиту и тем лицам, которые по цивильному праву не имели права наследовать, но, с точки зрения претора, были подходящими наследниками (*bonorum possessio cum re*)¹.

Наследование по императорскому доюстииниановскому законодательству. На этом этапе произошло обобщение и закрепление в рамках наследственного права преторской системы наследования.

Наследование по нормам юстиниановского права. В результате юстиниановских реформ в наследственное право были включены нормы, регулирующие так называемое необходимое наследование.

ГЛАВА 2 НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАКОНУ (AB INTESTATE, SUCCESSIO LEGITIMA)

§ 1. Наследование по закону в древнем праве

В древнем римском праве порядок наследования по закону основывался на **агнотическом родстве**. Это означало, что люди считались

¹ Ульп. 28.1; 28.13.

родственниками, потому что жили и трудились под властью одного *pater familias* (домовладыки). В соответствии с Законами XII таблиц существовало три разряда наследников: *sui*, *agnati*, *gentili*.

Первый разряд наследников составляли *heredes sui* («свои» наследники). Это были лица, жившие вместе с *pater familias* и в момент его смерти становившиеся *sui juris* с правом управления имуществом семьи. Эти лица становились наследниками независимо от их воли принять наследство. *Heredes sui* являлись законные и приемные дети *pater familias* и его жена. В виде исключения в число дальних агнитических родственников включались и непосредственные предки, которые вышли из-под власти домовладыки перед смертью *pater familias*. *Heredes sui* этой степени родства делили наследство *per capito*.

Если после наследодателя не оставалось «своих» наследников, то к наследству призывался ближайший по степени агнэтский родственник (*agnatus proximus*).

Второй разряд наследников составляли *agnati proximi*, т.е. ближайшие агнаты умершего. Они устраивали от наследования агнатов более отдаленных степеней. Ближайшими агнатами умершего являлись братья, сестры и мать умершего, состоявшая с его отцом в браке *cum mano*. Агнаты следующих степеней устраняются от наследования при наличии указанных наследников. Все призываемые к наследованию агнаты этой степени родства делили наследство поголовно (*per capito*)¹.

Третий разряд наследников составляли *gentiles* (члены одного с наследодателем рода). Они получали наследство в следующих случаях: когда наследодатель не оставлял завещания, не было *heredes sui* и *agnatus proximus*². Имущество, которое наследовали *gentiles*, могло включать и землю.

К концу республиканского периода этот разряд наследников был упразднен.

§ 2. Наследование по закону в классическом праве

В республиканский период римское общество претерпело глубокие общественно-хозяйственные изменения, в том числе и разложение патриархальной семьи. Семейная собственность была заменена индивидуальной частной собственностью. В силу этого наследование по принципу агнэтского родства потеряло свое значение.

Новый порядок наследования по закону был создан преторами, и он основывался на когнатском (кровном) родстве, отменив фактически предписания Законов XII таблиц.

¹ Гай 3.12.

² Павел 4.8.21; Ульп. 26.5.

В рамках новой системы наследования когнатские родственники не получали статус цивильных наследников (*heres*), но имели лишь статус преторских наследников (*bонorum possessores*). В случае спора с *heres* преторские наследники оставались без наследства, так как их право было «*sine re*», т.е. без защиты. В дальнейшем претор ввел правовые средства (в частности, *exceptio doli generalis*), с помощью которых откланялись иски цивильных наследников. Таким образом, преторские наследники стали защищенными не только против цивильных наследников, но и против всех (*bonorum possessores cum re*)¹. В результате сформировался порядок наследования по закону на основе преторского права.

Данный порядок включал четыре группы наследников.

Первая группа наследников включала «*unde libere*». В нее входили дети наследодателя, как законные, так и приемные, а также ранее эмансициированные дети, до этого не входившие в *heres*. Все эти лица разделяли наследство поголовно (*per capita*). Эмансионированные дети и их потомки предварительно обязаны были присоединить к наследству все то, что приобрели собственным трудом или получили от наследодателя в прошлом².

Вторую по очереди группу наследников в преторском праве составляли «*unde legitime*». К ним относились лица, которые имели право наследования и по Законам XII таблиц, т.е. ближайшие агнатские родственники (*agnatus proximus*) (*sui heredes* наследовали по первому разряду, а право наследования *gentiles* уже прекратилось).

Третью группу наследников составляли «*unde cognate*», т.е. когнатические родственники наследодателя до шестой, а в виде исключения — и седьмой степени родства. Наличие родственников более близкой степени родства исключает родственников более дальней степени родства.

Четвертую группу составляли супруга и дети патрона по отношению к вольноотпущеннику. Сам патрон призывался к наследству либерта по праву агната, уступая его лишь *sui heredes*.

Пятую группу относилась к наследству либерта. *Bonorum possessio* получал патрон его патрона, если таковой имелся.

Шестую группу наследников включала «*unde vir et uxor*», т.е. пережившего супруга в том случае, когда до смерти наследодателя брак был правомочен. В то же время наследственные права пережившего супруга получали силу только в случае отсутствия у покойного кровных родственников.

Седьмую группу преторских наследников составляли родственники патрона, которые могли претендовать на выморочное имущество вольноотпущенника.

¹ D. 50.17.62.

² Ульп. 28.4.

Взаимные наследственные права между матерью и потомками регулировались с помощью *senatus consultum Orphitanum* и *senatus consultum Tertulianum*.

В преторском праве также было установлено преемство призыва к наследству между наследниками разных групп и степеней. Это означало, что если призываемое к наследству лицо отказывалось от наследства, то оно не становилось выморочным, а открывалось следующему по очереди кандидату в наследники.

§ 3. Наследование по императорскому законодательству (постклассическое и Юстиниановское право)

В императорский период Рима когнатический характер наследования, введенный в рамках преторского права, получил дальнейшее закрепление как единственный вариант наследования по закону. Полную реформу законного порядка наследования завершил Юстиниан своими Новеллами 118 и 127.

В результате были установлены пять разрядов (классов) наследников.

Первый разряд наследников составляли нисходящие родственники наследодателя (сыновья, дочери, внуки и т.д.). Потомки одинаковой степени родства делили наследство поголовно, т.е. поровну (*per capita*), а более дальние родственники (внуки и правнуки) могли наследовать на основе репрезентации (*per stirpes*), т.е. **по праву представления**¹.

Нисходящий более близкой степени родства исключал наследование нисходящих более отдаленных степеней (например, дети исключали наследование внуками). В то же время нисходящий родственник более отдаленной степени мог призываться к наследству вместе с более близкими нисходящими родственниками в том случае, если то лицо, через которое этот более отдаленный нисходящий родственник происходил от наследодателя, умерло до открытия наследства (например, призвание к наследству детей и внуков от ранее умерших сына или дочери). Такой способ наследования называется наследованием по праву представления (*per stirpes*).

Одновременно наследование могло осуществляться на основе **наследственной трансмиссии**. При наследственной трансмиссии наследник пережил смерть наследодателя, ему открывается наследство. Но наследник умирает, не успев принять наследство. Возникшее у него право приобрести наследство автоматически переходит по наследству к его наследникам (например, дети, наследующие умершего отца, не успевшего принять наследство своего отца, считаются наследниками не деда, а своего отца).

¹ N. 118.1.

Второй разряд наследников составляли предки наследодателя, т.е. его восходящие родственники – отец, мать, дед, бабка и т.д., а также полноценные братья и сестры и дети ранее умерших братьев и сестер. Более близкие восходящие родственники (мать и отец) исключали более дальних (бабку и деда). В конкуренции с братьями и сестрами отец и мать делили наследство *per capita*. Право наследования по праву представления имели лишь внуки братьев и сестер. Если наследовали одни восходящие, то наследство делилось по линиям отца и матери. Это имело значение, в частности, в том случае, если к наследству призывались не родители, а деды и бабки (дед по отцу, дед и бабка по матери). Наследство при таких обстоятельствах делилось не поровну: половина наследства доставалась деду по отцу, а другая половина – деду и бабке по материнской линии.

Третий разряд составляли неполнородные, т.е. сводные братья и сестры (и дети умерших ранее неполнородных братьев и сестер, наследующих по праву представления). Родственники одной и той же степени родства делили наследство *per capita* с использованием принципа наследования по праву представления.

Четвертый разряд наследников составляли боковые кровные родственники «*collaterales*» без ограничения степеней. При этом более близкие боковые родственники исключали более дальних. Родственники одной и той же степени родства делили наследство *per capita* с использованием принципа наследования по праву представления.

Пятый разряд состоял из мужа и жены (*vir et uxor*). Они, согласно преторскому праву, могли наследовать в последнюю очередь, если не вступил в наследство ни один из наследников из вышеперечисленных очередей.

Одновременно было отдельно урегулировано наследование вдовой без приданого. Жене, не имеющей ни приданого, ни других ценностей, давалось право наследовать вместе с детьми (право так называемого необходимого наследования). В этом случае вдова получала такую же часть наследства, что и дети, но без права распоряжения, а лишь с правом пользования плодами (*usus fructus*).

Если наследниками являлись несколько лиц одной и той же степени родства (например, три сына) и одно из этих лиц не получало своей доли наследства, то эта доля прирастала к долям других одновременно призванных наследников.

Наследство без наследников называлось выморочным (*bonum vacans*) и доставалось государству или корпорации. Такая ситуация могла возникнуть в том случае, когда наследство не было принято ни одним наследником как по завещанию, так и по закону.

На этапе Древнего Рима такое имущество рассматривалось как ничье и могло быть захвачено любым лицом. Но в императорский период выморочное имущество стало переходить государству. Одновременно в период абсолютной монархии муниципальные сенаты, церкви

и монастыри получили преимущественное право на такое выморочное имущество после лиц – членов этих организаций.

ГЛАВА 3 НАСЛЕДОВАНИЕ ПО ЗАВЕЩАНИЮ (SUCCESSIO TESTAMENTARIA)

§ 1. Понятие и условия действительности завещания

Завещание (*testamentum*) – это личное формальное торжественное волеизъявление наследодателя о том, кому достанется и как распределится его имущество в случае смерти¹. Таким образом, завещание по своей сущности – это такое распоряжение лица своим имуществом на случай смерти, которое содержало назначение наследников. Завещание – это односторонний акт (односторонняя сделка). В силу такого одностороннего характера завещания наследодатель вправе односторонне изменить, а также отменить завещание.

Завещание было известно римскому праву со времен Законов XII таблиц. Наследование на основе завещания во многих случаях имело преимущество перед наследованием по закону. Общим правилом было, что наследство одного и того же наследодателя не может одновременно быть наследуемо на основании закона и на основании завещания. Приоритет имели наследники на основе завещания, что зачастую оставляло законных наследников без наследства.

Действительность завещания зависела от соблюдения ряда условий, в том числе: правомочной формы завещания, наличия у наследодателей специальной правоспособности (*testamentifactio activo*); назначение наследника лично завещателем.

Древнейшей формой завещания являлся *testamentum calatis comitiis* – это завещание могло составляться взрослыми римскими гражданами перед *comitia calata* только два дня в году (один в марте, один в мае). Комиссия выносила решение, по которому кто-либо предлагался в наследники наследодателя после его смерти. Следующей формой завещания являлся *testamentum in procintu*. Это было чрезвычайное завещание, которое имели право составлять воины во время войны. В этом случае наследодатель выражал свое волеизъявление перед воинским строем.

В классическом праве многие формальности, которые имели место при составлении завещания в древности, исчезли, и обряд составления завещания заключался в подписании семьью свидетелями². Такая форма завещания была введена преторским правом.

¹ D. 20.1.1.

² Гай 2.119.2.147.

Воины могли составлять завещание без каких-либо формальностей простым волеизъявлением¹.

В постклассическом праве правомочное завещание могло составляться различными способами. Составление частных завещаний характеризовалось соблюдением всех формальностей без участия в этой процедуре государственных органов.

Устная форма завещания имела место в том случае, когда оно излагалось перед семью взрослыми римскими гражданами, специально призванными с этой целью.

Письменное завещание могло быть написано самим наследодателем или под его диктовку другим лицом. Письменное завещание должно было быть подписано и подтверждено печатями семи свидетелей. В письменном завещании не всегда указывались имена наследников. Это могло быть сделано специальным тайным распоряжением.

Среди публичных завещаний были такие завещания, которые характеризовались строгими формальностями и в их составлении участвовали государственные органы. Примером такого завещания было завещание, заявляемое в письменной форме перед соответствующим органом (например, судом), а также завещание, передаваемое на хранение императору.

Кроме того, составлялись и специальные завещания. Обычно это происходило в чрезвычайных обстоятельствах, и для таких завещаний не предусматривалась специальная форма. Примерами таких завещаний являлись завещания, составленные во время чумы (*testamentum pestis tempore conditium*), завещания, составленные в деревне. Для этих видов завещаний не требовалось присутствия определенного числа свидетелей. Для специальных завещаний воинов не требовалось никаких формальностей.

Специальные завещания слепых и глухонемых характеризовались повышенной формальностью. Так, в частности, завещание слепых подписывало определенное лицо, а завещание глухонемых обладало законной силой лишь при наличии подписи самого наследодателя.

Специальная правоспособность наследодателя подразумевала его дееспособность в момент совершения завещания. Поэтому не могли составлять завещание душевнобольные, малолетние, расточители и лица, осужденные за определенные порочащие их преступления.

Требование, чтобы наследник был назначен лично завещателем, означало, что наследодатель должен указать в завещании на определенное лицо (*persona certa*). Лицо, назначенное наследником, должно было обладать *testamentifactio passiva* (т.е. эти лица должны были иметь

¹ D. 29.1.1.

способность быть назначенными наследниками). Такую способность, в частности, не имели лица, которые в момент смерти завещателя еще не были зачленены, а также дети государственных преступников. Во времена Августа ограничивались в роли наследников холостые мужчины и незамужние женщины. Наследник должен был быть прямо назван в завещании, и это должно было быть выражено на латинском языке¹.

На поздних этапах римского государства допускалось назначение наследников на греческом языке.

Наследником могло быть назначено одно лицо или несколько лиц. В завещании можно было не указывать всего имущества, находящегося в собственности завещателя (наследодателя).

В том случае, если кто-либо из назначенных по завещанию наследников не мог или не хотел принять наследство, наследодатель прибегал к многократному назначению наследников, что могло в ряде случаев приводить к увеличению долей наследства отдельных наследников. Первоначально наследник назывался *institutus*. Если он умирал раньше наследодателя или отказывался от наследства, то призывался второй наследник, который назывался *substitutus*.

Завещательная субSTITУЦИЯ могла осуществляться в разных формах:

- вульгарная (нормальная) применялась тогда, когда первоначальный наследник отказывался от наследства или умирал до наследодателя;
- pupillарная субSTITУЦИЯ возникала в том случае, когда второй наследник (*substitutus*) назначался малолетнему наследнику, который не хотел или не мог стать наследником, а также в тех случаях, когда он, став наследником, не был способен составить завещание;
- квазипупиллярная субSTITУЦИЯ имело место в том случае, когда наследник был совершеннолетним, но недееспособным лицом;
- фидеикомиссарная субSTITУЦИЯ представляла собой передачу наследуемого имущества по смерти первого наследника другому лицу (т.е. наследство передавалось от поколения к поколению в рамках одной и той же семьи).

Завещание не должно было содержать отменительного условия. Это объяснялось действием принципа римского наследственного права (*semel heres semper heres*), т.е. лицо, раз ставшее наследником, остается им навсегда.

В некоторых случаях на лицо, назначенное наследником, могло быть возложено выполнение определенных действий, а также лицо могло быть обязано определенным способом использовать имущество, полученное по наследству. В этом случае при нарушении такого обязательства к лицу, не выполнившему вышеуказанные условия,

¹ I. 2.20.34.

могли быть применены меры государственного (административного) принуждения.

Кроме того, в завещании могло содержаться и назначение исполнителя завещания, опекунов и попечителей, освобождение рабов.

§ 2. Отмена недействительных и ничтожных завещаний

Завещание, составленное наследодателем, в любое время могло быть отменено. Отмена могла быть осуществлена различными способами, в том числе уничтожением завещания, составлением нового и т.д.

Недействительными являлись завещания, при составлении которых не были выполнены действия, требуемые для правомочности завещания.

Несуществующими являлись завещания, при составлении которых не была соблюдена требуемая форма, не был назначен наследник или лица, составившие завещание, не обладали *testamentifactio activa*, а лица, назначенные наследниками, не обладали *testamentifactio passiva*.

Ничтожными считались завещания, в которых не были приняты во внимание наследственные права сыновей, дочерей и других необходимых наследников.

§ 3. Открытие завещания

Открытие завещания имело большое значение для лиц, которые становились наследниками. С этого момента становились известны фамилии наследников. Первоначально открытие завещания происходило при свидетелях, а в более поздний период при открытии завещания присутствовали представители государственных органов. Обычно претор читал завещание, а потом оно запечатывалось.

Время чтения завещания не было точно определено, но обычно оно читалось не позднее, чем через год после смерти завещателя.

ГЛАВА 4 НЕОБХОДИМОЕ НАСЛЕДОВАНИЕ

§ 1. Понятие необходимого наследования

Наследственно-правовые отношения в Древнем Риме характеризовались постепенно нарастающим ограничением свободы завещательных распоряжений наследодателя. Так, на ранних этапах римского государства завещатель пользовался неограниченной свободой распоряжения имуществом. Но по мере разложения старой патриархальной семьи стали все более многочисленными случаи, когда завещатели использовали

свою неограниченную свободу завещательных распоряжений в ущерб своим ближайшим родственникам. Это означало, что они передавали свое имущество посредством завещания совершенно посторонним и случайным лицам. Указанные обстоятельства вызвали к жизни ограничения завещательной свободы наследодателя. Ближайшие родственники (*heredes sui*) могли потребовать уничтожения такого завещания, так как оно не учитывало их интересов. В результате начало складываться **необходимое наследственное право**, которое защищало право определенного круга законных наследников требовать уничтожения завещания, в котором не были учтены их права по наследованию. Указанные лица имели право быть по отдельности и поименно упомянутыми в завещании, хотя бы они и были исключены из наследования¹. Таким образом, институт необходимого наследования ограничивал принцип свободы завещания.

§ 2. Этапы становления необходимого наследственного права

В соответствии с древнейшим цивильным правом *sui heredes* (ближайшие родственники) признавались как бы общими с *pater familias* собственниками его имущества. Поэтому они должны были быть или назначены наследниками, или лишены наследства на основе прямого распоряжения наследодателя, т.е. в любом случае они должны были быть упомянуты в завещании. В том случае, когда в завещании они лишились наследства, то наследодатель должен был назвать поименно всех *heredes sui*, лишенных наследства. Если в завещании было указано о лишении их наследства, то они оставались без доли наследства. Если же это требование не было соблюдено, завещание было недействительным полностью или частично. Завещание было недействительным полностью, если такое умолчание о лишении наследства касалось сыновей. Если же указанное требование не соблюдалось в отношении дочери, внуков, это завещание считалось частично недействительным. Это означало, что незаконно неупомянутые в завещании лица участвовали в наследовании с теми лицами, которые были назначены наследниками в завещании наследодателя («прирастали» к таким наследникам). Они получали свою законную долю, если назначенный наследник входил в число ближайших родственников (*sui heredes*). В том случае, когда наследником было назначено постороннее лицо, неупомянутые в завещании лица из числа *sui heredes*.

В дальнейшем юридическая и экономическая практика показали, что вышехарактеризованные требования к завещателю публично назначить ближайших родственников наследниками и прямо лишить их наследства не защищали в достаточной мере их законных интересов.

¹ Ульп. 22.14.

Позже в рамках преторского права были разработаны и введены нормы, предоставлявшие право ближайшим наследникам по закону (интестатным наследникам) получить определенную долю наследства, если не существовало причин для лишения их наследства. В результате этим лицам необходимо было завещать известный минимум имущества (**обязательную долю**). В случае несоблюдения завещателем этого требования наследник, не получивший эту долю, мог предъявить особый иск в связи с тем, что такое завещание нарушает нравственные обязанности. Если суд считал данный иск правомерным, то завещатель мог быть признан психически ненормальным, а завещание недействительным. Такое решение, как правило, выносилось особыми судами, именуемыми центумвиральными.

Поэтому правомочными считались только те завещания, по которым ближайшие наследники по закону получали хотя бы четверть того, что они наследовали бы по закону, если не было бы завещания. Иском, предъявляемым для осуществления права на необходимую долю, являлась *querella inofficiosi testamenti*. Иск основывался на фикции, что наследодатель сумасшедший. Иск предъявляли *liberi*, т.е. дети наследодателя, другие его потомки и в порядке исключения братья и сестры. При помощи *querella inofficiosi testamenti* судились наследники на основе завещания (более подробно данный иск будет охарактеризован в § 7 главы 4). Если судья убеждался, что не существует оправданных причин для исключения их из наследства, то пострадавшие наследники получали *bonorum possessio contra tabulas cum re*.

Преторское право расширило перечень лиц, имевших право на обязательную долю. В частности, такое право получили эмансионированные дети. Позже, в классический период, круг необходимых наследников расширился за счет включения нисходящих и восходящих родственников завещателя (его полнородных и единокровных братьев и сестер). Эти лица имели право на обязательную долю при условии, если наследником в завещании было назначено лицо опороченное.

Каждому из необходимых наследников размер обязательной доли первоначально определялся четвертью той доли, которую данное лицо получило бы при наследовании по закону.

В эпоху Юстиниана завершилось оформление института необходимого наследования. В Новелле 115 были точно определены причины, по которым завещатель мог исключать из наследования необходимых наследников (например, посягательство с их стороны на жизнь наследодателя). Эта доля (*portio debita*) устанавливалась или путем установления наследника в ней, или путем установления легата. Обойденный наследник в случае, если эта доля не была назначена, мог потребовать выдачи ему той части наследуемого имущества, которая ему причиталась при наследовании по закону. В Новелле 18 Юстиниан увеличил

размер portio debita, которая причиталась бы каждому данному наследнику, если эта доля была меньше $\frac{1}{4}$. Portio debita повышалась до $\frac{1}{3}$, если эта доля была больше $\frac{1}{4}$ всего наследства.

В то же время в новеллах Юстиниана содержится исчерпывающий перечень лишения обязательной доли (причинение опасности жизни завещателя, вступление дочери, не достигшей 25 лет, в брак против воли родителей).

Если несколько человек имели право на обязательную долю или в завещании было назначено несколько наследников, то в этом случае каждый из обойденных лиц должен был оспаривать это решение в отношении каждого из наследников в отдельности.

В том случае, когда завещатель частично лишил наследника обязательной доли, последний имел право на иск о «дополнении законной доли».

ГЛАВА 5 ПРИНЯТИЕ НАСЛЕДСТВА

§ 1. Понятие принятия наследства и его условия

Для получения субъективного права наследника было необходима не только физическая смерть наследодателя, но и требовалось, чтобы правильно назначенный наследник был жив и способен получить наследство¹.

Исключением из вышеуказанного правила являлся тот случай, когда наследник рождался после смерти наследодателя (postumus)².

Возникшее субъективное наследственное право не могло быть осуществлено во всех случаях в силу известных правовых ограничений (в частности, в силу законов Julia de maritandis ordinibus и Papia Poppea). По этим законам наследственным правом обладали лица, находящиеся в браке, а лица, имеющие детей, получали долю бездетных. Неспособные к наследованию и недостойные по разным причинам лица (например, из-за убийства наследодателя) теряли наследство, и оно доставалось государству.

В период между открытием наследства и его принятием наследственное имущество не имеет определенного собственника, оно квалифицируется как hereditas jacens («лежачее» наследство, т.е. наследство, ожидающее своего субъекта).

Правовой статус «лежачего» наследства понимался достаточно упрощенно (например, непринятое наследственное имущество рас-

¹ D. 18.4.1.

² Ульп. 22.18; D. 1.5.7.

сматривалось как бесхозное – *res nullius*). Данное бесхозное имущество могло быть захвачено любым лицом, который, провладев им год, становился собственником (хотя в данном случае не было условий для приобретения собственности по давности).

В дальнейшем в республиканский период Рима «лежачее» наследство перестало рассматриваться как бесхозное имущество. В этом случае до принятия наследником данного имущества оно как бы числилось за умершим (данное имущество сохраняет и хранит в себе личность умершего). Данная правовая конструкция, при всей ее иллюзорности и мистическом характере, использовалась в качестве защиты против всевозможных посягательств на «лежачее» наследство.

Момент, когда преемство признавалось установленным, и порядок его установления были неодинаковы для разных категорий наследников.

В римском праве существовала дифференциация порядка определения момента принятия наследства для следующих групп наследников:

- 1) *heredes sui et necessarii*;
- 2) *heredes voluntarii*;
- 3) *hereditas jacens*;
- 4) сонаследники.

§ 2. Heredes sui et necessarii

Heredes sui et necessarii являлись лица, находящиеся в момент смерти наследодателя под его непосредственной властью. Это были лица *alieni juris* и рабы. Эти лица рассматривались как домашние наследники, которые определенным образом уже являлись собственниками наследуемого имущества. В том случае, если они были правильно назначены наследниками, на них переходили все выгоды и бремя наследства¹.

Раб являлся наследником, если был под покровительством своего господина, а также когда наследодатель был в долгах. В этом случае раб должен был платить кредиторам, а если он не мог этого сделать, то он провозглашался инфанным (обесчещенным)².

В дальнейшем в рамках и на основе преторского права *heredes sui et necessarii* могли отказаться от наследства (т.е. имели *jus obstinendi*) и тем самым избежать вышехарактеризованных негативных последствий принятия наследства.

¹ Гай 2.158.

² Гай 2.154.

§ 3. Heredes voluntarii

Heredes voluntarii являлись правильно назначенными наследниками, которые в момент открытия наследства не находились под непосредственной властью наследодателя. Эти лица имели право принять наследство или отказаться от него.

Заявление о принятии наследства могло реализовываться ими несколькими способами. Cretio – это было торжественное заявление о принятии наследства. Обычно оно давалось не позднее ста дней после открытия наследства.

Te heredes voluntarii, которые не должны были давать cretio, могли ограничиться неформальным заявлением о том, что они принимают наследство. Закон не предусматривал определенного срока для такого заявления. На практике оно обычно давалось в течение одного года, так как существовала опасность присвоения данного наследства теми лицами, которые им владели этот срок.

Типичным примером конклюентных действий, выражавших опосредованное волеизъявление наследника, было pro herede gestio.

Heredes voluntarii имели право и не осуществлять наследственные права.

Наследственная трансмиссия или передача наследственных прав (transmissio hereditatis) имела место, когда назначенный наследник умирал после наследодателя, но до заявления о принятии наследства. В этот период наследники умершего лица по закону могли принять наследство, на которое претендовал их предшественник, если он был жив.

В древнейший период Рима наследственная трансмиссия была невозможна. В том случае, если призванный к наследованию наследник по закону не принимал наследство, то оно признавалось бесхозным. В соответствии с нормами преторского права bonorum possession, это имущество предлагалось дальнейшим наследникам. Если наследник по завещанию не принимал наследство до своей смерти, то открывалось наследование по закону. В силу вышесказанного, право на принятие наследства рассматривалось как личное право наследника, которое не передавалось его наследникам.

В дальнейшем жесткость этих положений стала смягчаться. Так, в преторском праве уже допускалось, что если наследник умер, не успев без своей вины принять наследство, то его наследникам может быть предоставлено право принять это наследство (в порядке restitutio in integrum).

В юстиниановскую эпоху этот вышеохарактеризованный подход превратился в общее правило. В соответствии с ним, если смерть наследника последовала в течение года с момента, когда он узнал об открытии для него наследства, то право принять наследство переходило к его наследникам, которые могли это право реализовать в течение еще оставшегося срока.

§ 4. Hereditas jacens

В § 1 была дана характеристика правовой сущности и условий возникновения *hereditas jacens* («лежачего» наследства). В древнем праве вещи наследодателя считались отдельным имуществом и входили в *res nullius*. Собственность на эти вещи осуществлялась оккупацией, если наследники не заявляли о своих правах в течение года (*usucapio hereditatis*).

В классическом и постклассическом праве в период между открытием и принятием наследство считалось принадлежащим особому правовому лицу. Это происходило из вышехарактеризованной фикции, согласно которой наследодатель все еще был жив¹.

§ 5. Сонаследники

Для принятия наследства умершего лица одновременно могли быть призваны несколько лиц, именующихся сонаследниками. В момент получения наследства сонаследники становились совместными собственниками наследства *pro parte indivisa*, т.е. каждый сонаследник имел право собственности на наследуемое имущество в форме квотных, процентных или идеальных долей всего наследства.

Доли наследства отдельных наследников могли изменяться посредством двух способов.

A. *Jus acrescendi* – право приращения. Исходя из принципа, что каждый из сонаследников призван принять наследство от наследодателя, при отпадении кого-либо из сонаследников, а также при отсутствии трансмиссии доли отпавших наследников присоединялись к долям других сонаследников и распределялась между ними поровну². Аналогично в случае отпадения после открытия наследства одного из наследников по закону его доля распределялась между остальными.

B. *Collatio bonorum* – внесение имущества. Посредством этого установления эмансионированные потомки наследодателя, если они хотели участвовать в разделе наследства на равных правах с неэмансионированными лицами, обязывались внести в наследство все приобретенное ими до момента его открытия.

Право Юстиниана предусматривало *collatio bonorum* и для приданого, *donatio propter nuptias* и для других даров, полученных наследниками от наследодателя.

¹ D. 46.1.22.

² D. 32.80.

§ 6. Долги по наследству

К наследникам переходили пропорционально величине их доли в наследстве все требования и долги наследодателя, кроме строго личных требований и долгов. Поэтому наследники были правомочны получить по требованию и обязаны уплатить все долги наследодателя.

Для защиты кредиторов наследодателя была предусмотрена мера, называемая *separatio bonorum* или *beneficium separations*. Необходимость этой меры была вызвана тем, что наследники были обязаны уплатить долги наследодателя и тогда, когда наследство являлось активным, а наследник имел долги. На основании *beneficium* кредитор наследодателя получал гарантию, что наследственное имущество не будет включено в имущество наследников до тех пор, пока долги не будут выплачены полностью.

В том случае, когда пассив наследства (долги наследодателя) превышал активы, наследники получали *jus abstinendi* или *beneficium inventarii*. По *jus abstinendi* *heredes sui* имели право отказаться от наследства. По *jus inventarii* все наследники имели право инвентаризировать (проводить опись) наследства и отвечать по долгам наследодателя лишь в пределах действительной стоимости описанного наследства.

§ 7. Защита наследственных прав

Наследники, вступившие в наследство в соответствии с требованиями закона, располагали тремя видами правовых средств:

А. Для осуществления прав на наследство использовались:

1) *hereditatis petitio* – иск, применяемый *heredes* в случае, если оспаривались их наследственные права;

2) *querella inofficiosi testamenti* – иск по защите необходимых наследников, не упомянутых в завещании или не получивших свою законную долю (*portionem legitimam*). В постклассическом праве необходимые наследники имели право на иск о пополнении необходимой доли (*actio ad suplemendam legitimam*);

3) *interdictum quod bonorum* – посредством этого интердикта преторские наследники защищали свои наследственные права и владение наследственным имуществом. Кроме этого, преторские наследники могли использовать и такие средства защиты, как *exceptio doli generalis*, а также *hereditatis petitio utilis* для защиты своих наследственных прав в том случае, когда наследство не находилось в их руках.

Б. Для осуществления отдельных прав по наследству наследник применял все иски, на которые имел право наследодатель, пока был жив.

С. Распределение наследства между наследниками совершалось при помоши *actio familiae erciscundae*. Это был отдельный иск, при помоши которого регулировались семейные отношения.

ГЛАВА 6

СИНГУЛЯРНОЕ НАСЛЕДОВАНИЕ, ЛЕГАТЫ И ФИДЕИКОМИССЫ

§ 1. Понятие легата

Legatum (отказ) являлся способом сингулярного наследования и односторонним волеизъявлением наследодателя, посредством которого он поручал наследнику выдать из наследуемого имущества третьему лицу (легатарию) определенную вещь или точно определенную денежную сумму.

Легаты были возможны только при завещательном наследовании. Формой установления легатов было их упоминание в завещании или кодициллах.

Первоначально легатария можно было назначить лишь по завещанию после назначения наследников при условии, если не существовало наследников из разряда *sui*¹.

В императорский период (при Августе) легат мог устанавливаться и кодициллами (письменное пожелание наследодателя по распределению наследства), так как кодициллы не соответствовали формам для правомочного завещания. Кодициллы должны были составляться в письменной форме и не содержали назначения универсального наследника. Они имели правовую силу, если наследодатель подтвердил их в завещании.

При Юстиниане произошло смягчение формальных требований в отношении формы кодицилл. Правомочными кодициллами стали считаться те, которые были составлены в устной или письменной форме в присутствии не менее пяти свидетелей.

Предметом легата могли быть все вещи, являвшиеся предметом наследования, и даже те вещи, которые не присутствовали среди оставленных наследодателем.

В то же время установление легатов всегда ограничивалось. Так, уже в Законах XII таблиц предусматривалось, что легат устанавливается лишь при отсутствии наследников *sui*. В дальнейшем в соответствии с *lex Furia testamentaria* (200 год до н.э.) было установлено, что отдельные легаты не должны превышать 1000 ассов. Далее *lex Voconia* (169 г. до н.э.) предписал, что никто из легатариев не мог наследовать больше наследственной доли, чем доли, получаемые наследниками. Наконец, *lex falcidia* установил, что наследодатель должен оставить наследникам хотя бы четвертую часть наследства, а легатарию – не более трех четвертей.

¹ Законы XII таблиц 5.3.

§ 2. Виды легатов

Существовало четыре вида легатов:

1. *Legatum per vindicationem* являлся таким видом легатов, при котором легатарий получал предмет легата в собственность. Обычно это происходило в момент принятия наследства наследниками. Это право легатария защищалось вечным иском *rei vindicatio*.

2. *Legatum per damnationem* считался лучшим видом легата — из имущества могли быть отказаны все вещи, даже чужие. Данный легат не давал легатарию права собственности или какого-либо другого вещного права. При этом легате наследодатель поручал наследнику представить легатарию определенную вещь. Как только наследник заявлял о принятии наследства, легатарий при помощи *actio ex testamento* мог требовать исполнения легата. По этому иску наследник присуждался в исполнению воли наследодателя в отношении легата, где бы ни находилась являвшаяся его предметом вещь.

3. *Legatum sinendi modo* являлся таким видом легата, предметом которого могли быть вещи наследодателя, вещи наследника, но не вещи третьих лиц. Наследник, обремененный таким видом легата, был обязан не препятствовать легатарию самому взять и унести отказанную ему вещь¹.

4. *Legatum per praceptionem*. В отношении содержания данного легата существует две точки зрения. Одни исследователи считают, что по этому легату можно отказывать только имущество наследодателя и при этом кем-либо из завещательных наследников. В соответствии с другой точкой зрения, данный легат являлся подвидом *legatum per vindicationem*.

При Юстиниане все виды легатов были отменены, за исключением легата, который был квалифицирован как фидеикомисс².

§ 3. Правовое положение и защита легатариев

Основываясь на распоряжении наследодателя легатарии имели право требовать от универсальных наследников исполнения того, что им поручил наследодатель. Таким образом, легатарии предъявляли требования, которыми обременялись наследники. Права легатариев устанавливались в момент открытия наследства, но их реализация была обусловлена принятием наследства универсальными наследниками.

Легатарии обладали статусом сингулярных наследников (наследников отдельных вещей). Как таковые они не отвечали за долги

¹ Гай 2.209.

² I. 2.20.2.

по наследству, кроме тех, что обременяли предмет легата. Для защиты своих прав легатарии могли применять *rei vindication* или *actio ex testamento*. Легатарии имели право с помощью *caution legatorum servandorum causa* обеспечить исполнение легата, если существовала опасность, что наследник воспротивится этому. При Юстиниане легатарии могли обезопасить себя путем законной ипотеки на все имущество.

§ 4. Понятие фидеикомисса

Фидеикомисс являлся неформальной просьбой, с которой наследодатель обращался к наследнику и просил его что-либо дать или исполнить третьему лицу за счет получаемого наследства. Неформальная просьба могла быть обращена к легатарию или к другому лицу, которое за вознаграждение что-либо даст или исполнит третьему лицу¹. Лицо, получающее вознаграждение, именовалось фидеикомиссарием, а лицо, к которому была обращена просьба, называлось фидоциарием.

Первоначально такие просьбы не имели юридической силы, наследодатель обращался только к чести наследника (*fides*). Позднее, во времена Империи, была установлена правовая защита фидеикомиссов посредством *cognatio extraordinario*.

Фидеикомисс мог устанавливаться по завещанию, по подтвержденным завещанием кодициллам, а также по неподтвержденным кодициллам.

Предметом фидеикомисса были отдельные вещи наследодателя, вещи третьих лиц и, как исключение, все наследство.

Целью фидеикомисса являлось предоставление правомочий лицам, которые не могли назначаться наследниками или легатариями в силу того, что они не обладали *testamenti factio passive*, или потому, что наследодатель не хотел обременять их пассивным наследством.

Фидеикомисс имел существенное преимущество по сравнению с легатом. Так, он мог быть возложен и на наследника по закону, а также мог быть установлен и ранее, и позже завещания в качестве приложения к нему. Чаще всего он устанавливался при помощи кодициллы (письма на имя наследника).

Постепенно легаты и фидеокомиссы сближались как с точки зрения формы, так и условия их действительности. Юстиниан полностью объединил фидеикомиссы с легатом указом 529 года. В соответствии с этим указом было установлено, что всякий легат, как и всякий фидеикомисс создает для лица, в пользу которого он установлен, обязатель-

¹ Гай 4.53.

ственное требование к наследнику. Это требование обеспечивалось законной ипотекой на наследственное имущество. Указ Юстиниана 531 года окончательно закрепил слияние легатов и фидеикомиссов.

§ 5. Универсальный фидеикомисс (*fideicommissum hereditatis*)

Универсальный фидеикомисс возникал, когда предметом фидеикомисса являлось все наследство. Посредством универсального фидеикомисса завещатель просил наследников предоставить всю наследственную массу фидеикомисарию, в то время как долги по наследству оставались за наследниками. Поэтому наследники пользовались правом *jus abstinendi*, не желая принимать такое наследство. В связи с этим появился обычай, в соответствии с которым фидеикомиссарии путем стипуляции гарантировали наследникам, что возьмут на себя долги по наследству, если наследники примут наследство. Позднее, по сенатусконсульту Требеллианум, универсальные фидеикомиссарии стали наследовать как активы, так и пассивы наследодателя, превращаясь, таким образом, в универсальных наследников. Но и в этом случае существовало условие, что наследство будет принято назначенным наследником. По сенатусконсульту Пагасианум было установлено, что любой наследник имеет право удерживать для себя четверть стоимости наследственной доли и только в этом случае принимать наследство и отвечать за долги по наследству. В дальнейшем появились стипуляции по разделу имущества и долгов между наследниками и универсальным фидеикомиссиарем.

Юстиниан соединил эти предписания, предусмотрев, что наследники имеют право удерживать четверть наследственной доли, а универсальные фидеикомиссарии получали статус *heredes loco*.

§ 6. Семейный фидеикомисс

Семейный фидеикомисс (*fideicommissum familiae relictum*) – это специальный вид фидеикомисса. Он устанавливался в том случае, если наследодатель просил наследника о том, чтобы в случае собственной смерти наследник передал все наследство лицу, обладающему в семье наследника тем же положением, которым обладал сам наследник в семье наследодателя. По сути это являлось фидеикомиссарной субSTITУЦИЕЙ и способом перехода имущества семьи от поколения к поколению.

В этом случае фидеикомиссарий имел право пользоваться только плодами наследства (*usufructus hereditatis*).

§ 7. Дарение в случае смерти (*donatio mortis causa*)

Дарение в случае смерти являлось договором, заключенным между продавцом, находящимся при смерти, и одаряемым, по которому даритель предоставлял одаряемому какую-либо вещь, но сохранял за собой право взять эту вещь обратно, если избегнет смерти или переживет одаряемого.

Для этого договора действовали ограничения, предусмотренные вышеохарактеризованными ограничениями для легатов по *lex Furia*, *lex Voconia* и *lex Falcidia*, а также законами Августа.

Право Юстиниана объединило *donatio mortis causa* с фидеикомиссом и легатом. Формой его заключения стало обещание, данное при пяти свидетелях, о том, что дар будет предоставлен, если одаряемый переживет дарителя. Обещание предоставления дара могло быть отменено.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Авенариус Мартин.* Римское право в России [пер. с нем. Д.Ю. Полдникова]. М.: Академия, 2008.
2. *Бартошек М.* Римское право. М.: Статут, 1985.
3. *Гай. Институции, книги 1–4.* М.: Юристъ, 1997.
4. *Дернбург Г.* Пандекты. Вещное право. М., 1905.
5. *Дигесты Юстиниана, том 1–8.* М., Статут, 2004.
6. *Дождев Д.В.* Римское архаическое наследственное право. М., 1993.
7. *Дождев Д.В.* Римское частное право. М.: ИНФРА М-НОРМА, 2010.
8. *Дождев Д.В.* Основания защиты владения в римском праве. Институт государства и права РАН, М. 1996.
9. *Дождев Д.В.* Римское частное право. Практический курс. М.: Норма, 2009.
10. *Дождев Д.В.* Эволюция власти домовладыки в древнейшем римском праве // Советское государство и право. 1990. № 12.
11. *Дормидонтов Г.Ф.* Система римского права. Вещное право. Казань: Изд. студ., 1913.
12. *Дормидонтов Г.Ф.* Система римского права. Наследственное право. Казань: Изд. студ., 1915.
13. *Дормидонтов Г.Ф.* Система римского права. Обязательное право. Казань: Изд. студ., 1912.
14. *Дыдынский Ф.М.* Институции Гая (текст и перевод). Варшава, 1892.
15. *Зайков А.В.* Римское частное право в систематическом изложении: учебник. М.: Русский Фонд Содействия Образованию и Науке, 2012.
16. *Исаенкова О.В., Демичев А.А., Соловьев Т.В., Ткачева Н.Н.* Иск в гражданском судопроизводстве: сборник / под ред. О.В. Исаенковой. М.: Волтерс Кluвер, 2009.
17. *Kinn T.* История источников римского права. СПб., 1908.
18. *Колотинский Н.Д.* История римского права: Курс лекций. Казань: Типолитография В.В. Вараксина, 1911.
19. *Молева Г.В.* Право на судебную защиту ответчика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1993.
20. *Новицкий И.Б.* Римское право [Текст]: учебник. М.: КноРус, 2011.
21. *Новицкий И.Б., Перетерский И.С.* Римское частное право. М.: Волтерс Кluвер, 2010.
22. Памятники римского права. М.: Зерцало, 1998.
23. *Покровский И.А.* История римского права. Петроград, 1917.
24. *Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяна.* Римское право. М.: Зерцало, 1990.
25. *ДавидР., Спинози К.Ж.* Основные правовые системы современности. М.: МО, 1996.

26. Салогубова Е.В. Основные гражданские процессуальные институты римского права: автореф. дис. канд. юрид. наук. М., 1995.
27. Скрипилев Е.А. Основы римского права. М.: 1998.
28. Тархов В.А. Римское частное право: учеб. пособ. для юрид. вузов. Саратов, 1994.
29. Франк К. Древний Рим. Быт, религия, культура. М.: Центрполиграф, 2006.
30. Франчози Дж. Институциональный курс римского права / отв. ред. Л.Л. Кофанов. М.: Статут, 2004.
31. Хвостов В.М. Система римского права. М.: Спарк, 1996.
32. Чузере Сантильяно. Курс римского частного права. М.: Норма, 2007.
33. Энциклопедический словарь *Брокгауза и Ефрона*. ТР. XXXIIIа. СПб.: Акционерное издательское общество Ф.А. Брокгауз — И. А. Ефрон. 1890—1907.
34. Яковлев В.Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право. М.: Волтерс Клювер, 2010.
35. Buckland W.W. The Roman Law of Slavery. Cambridge, 1908.
36. De Visscher F. “Ius quiririum”, “civitas romana” et nationalité modern. Studi U.E.Paoli. Firenze, 1955.
37. Diosdi G. Contract in Roman law from Twelve Tables to the Glossators. Budapest, 1981.
38. Hanard G. Observations sur l’“adgnatio”. RIDA, 27, 1980.
39. Lévy-Bruhl H. Les origines du mariage “sine manu”. TR, 14, 1935.
40. Macquérion J. Histoire des obligations. Le droit romain. Aix-en-Provence, 1971.
41. Plescia J. The development of the exercise of ownership right in Roman Law. BIDR, 88, 1985.
42. Radin M. Detention at Roman Law. Studi P. Bonfante, III. Milano, 1930.
43. Sturm F. Stipulatio Aquiliana. München, 1972.
44. Smith W. A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, pt. I, London, 1890.
45. Yaron R. Reflectiones on usucapio. TR, 35, 1967.
46. Zimmermann R. The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition. Cape Town, 1990.

Интернет-ресурсы

Российские сайты:

<http://www.allpravo.ru>

<http://www.pravo.eup.ru>

Зарубежные сайты:

<http://www.jura.uni-sb.de/>

<http://iuscivile.com>

<http://ancientrome.ru/ius/library/>

ПРИЛОЖЕНИЕ

Объяснение сокращений

D. – Дигесты Юстиниана.

Например: D. 5.8.7.2 – Дигесты, 5-я книга, 8-й титул, 7-й отрывок (фрагмент), § 2.

Гай 2.1 – Институции Гая, 2-я книга, § 1.

Ulp. Reg. – Ульпиан. “Regulae”.

Plut. – Плутарх.

Tab. – Законы XII таблиц.