

ОПЫТЪ ХАРАКТЕРИСТИКИ ПОНЯТІЙ

AEQUITAS И AEQUUM JUS

ВЪ РИМСКОЙ КЛАССИЧЕСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ.

ИЗСЛѢДОВАНИЕ

В. М. Хвостова,

приватъ-доцента Императорскаго Московскаго Университета.

ДОПОЛНЕНИЯ.

Къ прим. 60. За объясненіе разногласія между юристами нельзя считать замѣчанія Врунса (I. с. стр. 64 сл.), что рѣшеніе Павла вытекаетъ изъ какой-то особой Billigkeit, причѣмъ не указывается, въ чемъ именно эта Billigkeit состоитъ.

Къ прим. 61. Выраженіе Ульпіана въ L. 16 § 4 и L. 18 pr. D. 13, 5 „puto“ не служитъ доказательствомъ самостоятельности этого юриста въ рѣшеніи вопроса. См. Р е г н і с е, Ulpian als Schriftsteller, Sitz. Ber. d. Berl. Akademie, 1885 г., стр. 477 сл.

Къ прим. 74. Сюда относится также L. 4 § 1 D. 2, 13 (объ а. in factum изъ этого эдикта см. L e n e l, Ed. repr. стр. 50 сл.).

Къ прим. 384. Обстоятельное изслѣдованіе v o n T h u r ' a, Actio de in rem verso, 1895 года, вышло въ свѣтъ, къ сожалѣнію, такъ поздно, что мы не могли имъ воспользоваться даже при чтеніи корректуръ. По мнѣнію этого автора, а. de in rem verso является слѣдствіемъ особой природы Liberationsanspruch'a (по терминологіи ф. Тура).

Къ прим. 417. Къ общей характеристикѣ взглядовъ Нерадіа ср. также v. T h u r, op. cit., стр. 276, 292.

Къ прим. 486. При роенitentia, равно какъ при возвратѣ дара по случаю неблагодарности одареннаго (прим. 491) и (также по послѣвласическому праву) по случаю рожденія дѣтей у патрона-дарителя, притязанія о возвратѣ предоставленія установлены правомъ не на основаніи какого бы то ни было общаго принципа, и въ частности не на основаніи постулата aequitatis, согласно которому основательное обогаченіе на чужой счетъ различается отъ не основательнаго, но вопреки этому принципу въ видѣ исключеній на основаніи соображеній, особнхъ для каждой категоріи этихъ случаевъ (напр. чтобы дать дарителю возможность наказать одареннаго за неблагодарность, чтобы не стѣснять лица, сдѣлавшаго предоставленіе, въ свободѣ распоряженія своимъ имуществомъ на случай смерти (роенitentia при m. с. don. (н т. п.); притязаніе о возвратѣ предоставленія мотивируется въ этихъ случаяхъ не тѣмъ, что обогаченіе получено и удерживается совершенно помимо воли лица, на счетъ котораго оно произошло, или несогласно съ одобряемой и признаваемой правомъ волею виновника предоставленія, которая была на лицо при совершеніи предоставленія, но тѣмъ, что на лицо имѣются такіа исключительна обстоятельства и соображенія, въ виду которыхъ право рѣшается предоставить притязаніе о возвратѣ сдѣланнаго предоставленія, несмотря на то, что согласно общему посту-

лату репрессіи неосновательнаго обогащенія удерживаніе его имѣть за собою достаточныя основанія. Иное воззрѣніе высказываетъ Windscheid, Pand. II § 423, 2.

Къ прим. 511 и 512. Наше воззрѣніе по существу подтверждается и выводами в. Th u g'a, op. cit., стр. 161—169.

Къ стран. 263. Къ приведеннымъ отзывамъ Ливія и Тацита слѣдуетъ прибавить: Cicero, de rep. 2, 36. 37. (Decemviri) cum X tabulas summa legum aequitate prudentiaque conscripsissent, in annum posterum decemviros alios subrogaverunt,—qui duabus tabulis iniquarum legum additis conubia—ut ne plebi cum patribus essent inhumanissima lege sanxerunt. (цит. по B r u n s, Fontes, ed. VI стр. 87). Цицеронъ называетъ здѣсь законъ о conubium lex iniqua, ибо установленное этимъ закономъ словное неравенство не могло быть оправдано съ точки зрѣнія безпристрастнаго законодателя, руководящагося соображеніями общаго блага всего гражданскаго общества; онъ называетъ эту норму lex inhumanissima, вѣроятно, въ томъ смыслѣ, что такое постановленіе представлялось плебемъ унижающимъ ихъ человѣческое достоинство.

Къ прим. 579. Cicero, рг. Саес. 28, 81 (прим. 395 выше) ставитъ въ своей риторической фигурѣ выраженія „verum, aequum, utile omnibus“, какъ совершенно равнозначущія, точно такъ же, какъ дальше онъ говоритъ „quo consilio et qua sententia“.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Предварительныя замѣчанія. Общее опредѣленіе понятій *aequitas* и *aequum jus*.

Каждый, кому приходилось имѣть дѣло съ законодательными сборниками Юстиніана, знаетъ, что тамъ очень часто, особенно въ Пандектахъ, встрѣчается мотивировка абстрактныхъ нормъ права и рѣшеній отдѣльныхъ конкретныхъ случаевъ ссылкой на понятіе *aequitas*. Это понятіе постоянно сопровождаетъ римскаго классическаго юриста при его работѣ; оно въ глазахъ классическихъ юристовъ имѣетъ такое большое значеніе при разработкѣ права, что они не затрудняются опредѣлить все право, какъ «*ars boni et aequi*»¹⁾; это опредѣленіе Юстиніанъ помѣщаетъ даже въ началѣ важнѣйшей части своей компиляціи. Свою собственную дѣятельность классическій юристъ прежде всего сводитъ къ отдѣленію *aequum* отъ *iniquum*: «*cujus (т. е. artis boni et aequi) merito quis nos sacerdotes appellet: justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profite mur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*»²⁾).

Принимая во вниманіе обширную разработку, которая выпала на долю римскому праву въ современной юридической литературѣ почти всѣхъ европейскихъ народовъ, можно было бы ожидать, что современные ученые давно уже выяснили достаточно всесторонне и осно-

¹⁾ L. 1 pr. D. 1, 1. Celsus ap. Ulpianum.

²⁾ L. 1 § 1 D. 1, 1 Ulpianus.

Уч. Зап., ст. Хвостова.

вательно, въ чемъ заключается существо *aequitatis*, этого столь дорогаго для римскихъ юристовъ понятія. Однако, насколько намъ извѣстно, дѣло обстоитъ иначе; мы не знаемъ ни одного современнаго изслѣдованія, удѣляющаго этому вопросу должное вниманіе и разрѣшающаго его вполне удовлетворительно. Мы надѣемся доказать это утверждение въ послѣдней главѣ нашей книги.

Между тѣмъ, разрѣшеніе указаннаго вопроса, по нашему мнѣнію, представляетъ интересъ во многихъ отношеніяхъ. Уясненіе того, что понимали римскіе классическіе юристы подъ словами «*aequitas*» и «*ius aequum*», важно не только для правильнаго толкованія тѣхъ фрагментовъ въ нашихъ источникахъ, которые содержатъ въ себѣ ссылку на эти понятія. Путемъ такой работы, намъ кажется, мы можемъ увеличить сумму нашихъ познаній относительно общаго юридико-философскаго міровоззрѣнія классическихъ юристовъ; разработка источниковъ съ этой стороны должна способствовать выясненію воззрѣній римскихъ юристовъ на задачи и свойства права и должна дать иллюстраціи нѣкоторыхъ приемовъ римскихъ юристовъ при разработкѣ права. Далѣе, изслѣдованіе содержанія понятія *aequitatis*, какъ мы надѣемся показать это въ дальнѣйшемъ изложеніи, въ сущности сводится къ изслѣдованію по крайней мѣрѣ одной группы общихъ принциповъ, проникающихъ право, въ ихъ взаимной связи и воздѣйствіи другъ на друга; такого рода работа можетъ бросить новый свѣтъ на нѣкоторые спорные пункты догмы римскаго права. Наконецъ, выясненіе взглядовъ римскихъ юристовъ на существо *aequitatis* должно, думается намъ, само по себѣ имѣть не меньшее значеніе для современной догматической науки права, чѣмъ все прочее наслѣдіе, полученное этой наукой отъ древняго Рима.

Въ виду всѣхъ этихъ соображеній, мы рѣшились избрать предметомъ нашего изслѣдованія выясненіе содержанія понятій «*aequitas*» и «*aequum jus*» въ римской классической юриспруденціи.

Единственнымъ путемъ для разрѣшенія этой задачи является, конечно, детальное изученіе того матеріала, который представляютъ намъ для этой цѣли наши источники. Особенность этого матеріала состоитъ въ слѣдующемъ. Римскіе юристы, какъ извѣстно, не отличались большими способностями къ формулировкѣ общихъ положеній и принциповъ права; чувствуя этотъ свой недостатокъ и зная, какъ опасно въ правѣ всякое положеніе, не вполне точно форму-

лированное, они имѣли достаточно такта, чтобы избѣгать, по мѣрѣ возможности, всякихъ общихъ опредѣленій ³⁾. Поэтому они очень рѣдко формулируютъ также и руководящія ими постулаты *aequitatis*, а, если и дѣлаютъ это, то эта формулировка не всегда бываетъ удачна и не всегда вѣрно передаетъ содержаніе того постулата, который имѣлъ въ виду юристъ. Большею частью римскіе классическіе юристы ограничиваются тѣмъ, что въ оправданіе извѣстнаго конкретнаго рѣшенія или абстрактной нормы они замѣчаютъ, что такого рѣшенія или такой нормы требуетъ *aequitas*. Наша задача поэтому сводится къ изслѣдованію того, какой смыслъ могъ связывать римскій юристъ въ каждомъ подобномъ случаѣ со своей ссылкой на *aequitas*, и къ классификаціи полученныхъ этимъ путемъ отдѣльныхъ постулатовъ *aequitatis*. Послѣдующимъ изложеніемъ мы надѣемся показать, что классификація эта возможна и что, хотя римскіе юристы не оставили намъ опредѣленія понятія *aequitas* и не формулировали отдѣльныхъ постулатовъ справедливости, они тѣмъ не менѣе разумѣли подъ этимъ словомъ понятіе цѣльное и строго опредѣленное.

Такъ какъ предметомъ нашего изслѣдованія является выясненіе того, что понимали подъ словомъ «*aequitas*» римскіе классическіе юристы, то главнымъ матеріаломъ, подлежащимъ нашей обработкѣ, служатъ, естественно, дошедшіе до насъ въ Пандектахъ Юстиніана и инымъ путемъ отрывки изъ сочиненій классическихъ юристовъ. При этомъ мы старались привлечь къ обработкѣ по возможности всѣ тѣ фрагменты изъ названной категоріи нашихъ источниковъ, которые содержатъ въ себѣ ссылку на интересующее насъ понятіе, имѣя въ виду этимъ путемъ, насколько это возможно при общемъ состояніи источниковъ для изученія римскаго права, устранить сомнѣнія въ томъ, не содержитъ ли *aequitas* классическихъ юристовъ еще какихъ нибудь незамѣченныхъ нами элементовъ, которые могли бы повліять на опредѣленіе этого понятія. Наше изложеніе должно проиграть отъ этого въ своей сжатости, но оно должно сдѣлаться въ то же время убѣдительнѣе. Конечно, принимая во вниманіе обширность матеріала, который даютъ намъ источники для разрѣше-

³⁾ L. 202 D. 50, 17. Javolenus. Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset. L. 32 D. 22, 1. L. 1 pr. D. 34, 7. L. 1 D. 50, 17.

нія поставленнаго вопроса, мы не можем ручаться за то, что нѣкоторые ффрагменты не ускользнули отъ нашего вниманія при чтеніи Пандектъ и источниковъ до-Юстиніановскаго права; но такихъ ффрагментовъ во всякомъ случаѣ очень немного сравнительно съ массою матеріала, подвергнутаго нами обработкѣ, и существеннаго вліянія на результатъ изслѣдованія эти ффрагменты оказать не могутъ.

Мы старались также по возможности исчерпать матеріалъ, представляемый въ наше распоряженіе императорскими конституціями первыхъ двухъ съ половиною вѣковъ имперіи, такъ какъ эти конституціи въ сущности также были дѣломъ рукъ тѣхъ же классическихъ юристовъ и потому содержать въ себѣ данныя, не менѣе достойныя нашего вниманія, нежели ффрагменты, взятые изъ Дигестъ. Иное нужно сказать о конституціяхъ позднѣйшаго періода существованія имперіи. Этими конституціями въ нашемъ изложеніи мы будемъ пользоваться сравнительно рѣдко. Это мы дѣлаемъ не на томъ основаніи, что онѣ относятся не къ тому періоду времени, который насъ specially интересуетъ. Мы не думаемъ, чтобы понятіе *aequitas* и отдѣльные постулаты справедливости потерпѣли существенныя измѣненія въ эту эпоху и существенно отличались отъ *aequitas* классическихъ юристовъ. Напротивъ, этотъ позднѣйшій періодъ исторіи римскаго права, какъ извѣстно, довольствовался вообще, главнымъ образомъ, подведеніемъ итоговъ тѣмъ результатомъ, которые получились благодаря творческой дѣятельности предыдущихъ эпохъ, и мало внесъ новыхъ идей въ право, такъ что и *aequitas* не могла сдѣлать большихъ шаговъ въ своемъ развитіи въ теченіе этой эпохи. Причина нашего недовѣрчиваго отношенія къ позднѣйшимъ конституціямъ заключается, напротивъ, въ совершенно обратнаго рода соображеніяхъ. Изъ чтенія этихъ конституцій мы вынесли впечатлѣніе, что въ эту эпоху упадка юридическаго творчества понятіе *aequitas* также много теряетъ въ своей жизненности. Позднѣйшіе императоры не имѣли особенной нужды такъ заботливо мотивировать свои конституціи, какъ императоры первыхъ временъ имперіи, и, въ особенности, какъ классическіе юристы; все практическое значеніе работъ послѣднихъ вѣдъ основывалось, по общему правилу, исключительно на ихъ внутреннемъ достоинствѣ. Отсюда объясняется то явленіе, что позднѣйшіе императоры обращаются съ понятіемъ *aequitas* далеко не такъ бережливо, какъ классическіе юристы; не-

рѣдко они пользуются имъ просто для украшенія своей напыщенной и витиеватою рѣчи, не связывая съ нимъ въ сущности никакого особеннаго смысла. Поэтому мы сочли возможнымъ не загромождать наше изложеніе этимъ матеріаломъ сомнительнаго достоинства. Мы будемъ прибѣгать къ этимъ конституціямъ лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда онѣ содержатъ въ себѣ болѣе или менѣе удачную общую формулировку постулатовъ *aequitatis*; дѣло въ томъ, что эта эпоха обнаруживаетъ гораздо болѣе, если не способности, то склонности къ формулированію общихъ положеній и принциповъ права, чѣмъ эпоха классической юриспруденціи ⁴⁾.

Съ другой стороны мы сочли возможнымъ иногда прибѣгать въ нашемъ изслѣдованіи къ сочиненіямъ Цицерона, такъ какъ та стадія въ развитіи римскаго права, которая приходится главнымъ образомъ на время дѣятельности юристовъ первыхъ 2½ вѣковъ имперіи, въ сущности начинается уже въ эпоху Цицерона ⁵⁾. Въ твореніяхъ послѣдняго, согласно общему ихъ абстрактному философскому направленію, мы находимъ поэтому формулированными нѣкоторые постулаты *aequitatis*, которыми руководились въ своей практической дѣятельности римскіе юристы.

Имѣя своей задачей выясненіе возрѣвній классическихъ юристовъ на *aequitas*, при толкованіи фрагментовъ ихъ сочиненій мы должны, естественно, все время стараться становиться на ихъ точку зрѣнія. Чтобы уяснить себѣ, какое представленіе связывалъ классическій юристъ со своей ссылкой на *aequitas* въ каждомъ данномъ случаѣ, мы должны смотрѣть на всѣ нормы и институты, по поводу которыхъ дѣлается эта ссылка, подъ тѣмъ угломъ зрѣнія, подъ которымъ смотрѣлъ на нихъ въ свое время авторъ комментируемаго фрагмента. Принимая во вниманіе, что римскіе юристы были почти исключительно догматики и что исторіей права, какъ мы ее теперь

⁴⁾ Очень часто напр. въ конституціяхъ позднѣйшихъ императоровъ все значеніе ссылки на *aequitas* сводится въ тому, что она указываетъ на согласіе рѣшенія судьи или притязанія частнаго лица съ существующими нормами права, т. е. равносильна выраженію: законность притязанія или судебного рѣшенія. См. L. 19 pr. C. 4, 21. L. 2 C. 7, 88. L. 31 C. 7. 62. L. 20 C. 6, 2. L. 7 § 2 C. 11, 58. L. 16 § 4 C. 12 37. Такое словоупотребленіе мы встрѣчаемъ уже въ нѣкоторыхъ конституціяхъ начала III вѣка. L. 1 C. 4, 2. L. 4 § 1 C. 6, 6.—Ко всему изложенному ср. Voigt, *Jus naturale, bonum et aequum und jus gentium der Römer*, т. I § 99.

⁵⁾ См. Pernice, *M. A. Labeo*, т. I. стр. 1—6.

понимаемъ, они не занимались и заниматься не могли, мы должны, по общему правилу, и съ ихъ ссылками на *aequitas* связывать догматическое, а не историческое значеніе. Классическій юристъ, приводя напр. *aequitas* въ оправданіе какой нибудь уже давно появившейся въ преторскомъ эдиктѣ статьи, не переносился при этомъ, конечно, въ ту эпоху, когда эта статья впервые появилась въ эдиктѣ, но рассуждалъ о ней съ точки зрѣнія своего времени, какъ о дѣйствующемъ правѣ, и потому имѣлъ въ виду тотъ смыслъ и то значеніе, которое эта статья имѣла въ современномъ ему правѣ.

Намъ остается сказать еще нѣсколько словъ по поводу пользованія современной юридической литературой въ настоящемъ изслѣдованіи. При разработкѣ поставленной темы автору пришлось столкнуться съ рядомъ спорныхъ и не вполне еще выясненныхъ вопросовъ, касающихся почти всѣхъ отдѣловъ системы и исторіи римскаго права. Принимая во вниманіе второстепенное значеніе этихъ вопросовъ для достиженія главной цѣли изслѣдованія и обиліе посвященныхъ ихъ разработкѣ литературныхъ трудовъ, авторъ не считалъ себя обязаннымъ и не почиталъ себя въ силахъ исчерпать всю литературу по этимъ вопросамъ. Авторъ прибѣгалъ къ литературнымъ справкамъ въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ считалъ это необходимымъ, и привлекалъ современную литературу по каждому вопросу въ томъ объемѣ, въ которомъ этого требовала трудность вопроса и его относительная важность для разрѣшенія главной задачи настоящаго труда. Поэтому, дѣлаемая въ теченіе послѣдующаго изложенія ссылки на литературу нигдѣ не имѣютъ въ виду перечислить всѣ, даже важнѣйшіе, литературные труды по каждому вопросу; онѣ сдѣланы лишь для того, чтобы указать, какими именно литературными пособиями пользовался авторъ.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній мы можемъ приступить къ анализу источниковъ, касающихся понятія *aequitas* въ классической юриспруденціи, и къ изложенію результатовъ, къ которымъ привелъ насъ этотъ анализъ. Имѣя въ виду сложность и отвлеченность вопроса, являющагося предметомъ изслѣдованія, и обширность и разнообразіе матеріала, подлежащаго обработкѣ, мы не смѣемъ надѣяться, что въ нашемъ трудѣ мы окончательно и безошибочно разрѣшимъ поставленную проблему. Мы будемъ довольны, если намъ удастся обратить вниманіе на избранную нами тему, являю-

щуюся въ нашихъ глазахъ очень интересной для науки римскаго права, и если нашъ трудъ хоть немного подвинетъ интересующій насъ вопросъ къ его окончательному разрѣшенію. Автору приходилось встрѣчаться при разработкѣ своей темы со многими затрудненіями уже потому, что ему не было извѣстно въ современной литературѣ ни одного другаго труда, написаннаго на ту же тему и по тому же плану; онъ надѣется, что его работа, гдѣ собранъ съ возможно бѣльшей полнотой и подвергнутъ анализу весь наличный матеріалъ источниковъ, касающихся *aequitas* классическаго періода, облегчитъ работу тѣмъ лицамъ, которыя вновь пожелали бы взяться за разработку того же вопроса.

Первый ключъ къ разрѣшенію вопроса о томъ, что понимали классическіе юристы подъ словомъ *aequitas* примѣнительно къ нормамъ права, даетъ намъ значеніе, которое имѣло это слово въ ту же эпоху въ нетехническомъ, неюридическомъ словоупотребленіи. У тѣхъ же самыхъ классическихъ юристовъ мы постоянно встрѣчаемъ выраженія вродѣ слѣдующихъ: *aequae partes sociorum* ⁶⁾, *legatariorum* ⁷⁾, *heredum* ⁸⁾ (равныя части товарищей, легатаріевъ, наслѣдниковъ); *aequae facultates sociorum* ⁹⁾ (равное имущество товарищей); *aequa divisio* или *aequo jure divisio* ¹⁰⁾ (раздѣлъ на равныя доли); *aequa pondera* ¹¹⁾ (гири, вѣсъ которыхъ равенъ вѣсу нормальныхъ гирь того же наименованія); *aequum pretium* ¹²⁾ (сумма денегъ, цѣнность которой равна рыночной цѣнности другаго объекта); *loci iniquitas* ¹³⁾ (неровность мѣста); нарѣчіе *aeque* въ значеніе «равнымъ образомъ» ¹⁴⁾ и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ прилагательныя *aequus*, *iniquus* и соотвѣтственныя существительныя и нарѣчія употребляются для выраженія идеи равенства, уравненія между нѣс-

⁶⁾ L. 6. L. 29 pr. D. 17. 2.

⁷⁾ L. 19 § 2 D. 30.

⁸⁾ L. 67 § 4 D. 31. L. 30 D. 28, 4.

⁹⁾ L. 5 § 1 D. 17, 2.

¹⁰⁾ L. 7 § 1 C. 2, 6. L. 11 C. 3, 36. L. 14 C. eod.

¹¹⁾ L. 18 § 3 D. 4, 3. L. 32 D. 19, 1. L. 15 C. 10, 72. Также *aequae mensurae* L. 18 § 8 D. 19, 2.

¹²⁾ L. 668 D. 80. L. 31 § 4 D. 40, 5. L. 35 § 1 D. 18, 1.

¹³⁾ L. 1 § 4 D. 9, 1.

¹⁴⁾ Напр. Gai Inst. I §§ 68. 128. II §§ 143. 144. 193. 238. III § 97-a. IV §§ 17. 21. 81. 112. 169.

колькими величинами и т. п. Если таково было общее значеніе этихъ словъ, то естественно, что, занимаясь изслѣдованіемъ смысла, который придавали имъ римскіе юристы въ своемъ техническомъ языкѣ, примѣнительно къ нормамъ права, мы должны скорѣе всего ожидать, что и здѣсь слова эти имѣли подобное же значеніе.

И дѣйствительно, послѣдующимъ изложеніемъ мы надѣемся доказать, что такое сходство между техническимъ и нетехническимъ значеніемъ слова *aequitas* существовало. По нашему мнѣнію, *aequitas* римскихъ классическихъ юристовъ въ своемъ техническомъ значеніи есть ничто иное, какъ принципъ равенства всѣхъ гражданъ передъ закономъ. *Jus aequum* есть право, нормы котораго отвѣчаютъ этому принципу; это есть право, передъ лицомъ котораго равны всѣ граждане, которое ко всѣмъ относится одинаково и даетъ всѣмъ одинаковую защиту, не зная лицепріятія. Довольно ясное и прямое подтвержденіе эта наша формула находятъ у Ульпіана. По поводу статьи эдикта *«quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur»* мы читаемъ въ L. 1 pr. D. 2, 2 слѣдующее: *«hoc edictum summam habet aequitatem et sine cuiusquam indignatione justa: quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit.»* Дальше, по изложеніи текста эдикта, Ульпіанъ продолжаетъ въ L. 1 § 1 D. eod.: *«scilicet ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur»*. Мысль Ульпіана, очевидно, заключается въ слѣдующемъ: *aequitas* требуетъ, чтобы нормы права были для всѣхъ гражданъ одинаковы; поэтому, если кто либо установилъ или добился установленія для другаго лица известной нормы, выдавая ее за *aequum jus*, то вполне послѣдовательно съ его же точки зрѣнія, чтобы онъ не протестовалъ противъ примѣненія этой нормы къ нему самому.

Для того, чтобы достигнуть этого состоянія, право должно слѣдовать двумъ частнымъ принципамъ. 1) При выработкѣ нормъ, имѣющихъ своей задачей опредѣлить, въ какихъ размѣрахъ и въ какой формѣ право должно оказывать защиту практическимъ интересамъ гражданъ, и, въ частности, въ какихъ предѣлахъ оно должно предоставлять имъ власть и свободу для удовлетворенія этихъ интересовъ, *jus aequum* должно неизмѣнно придерживаться такого масштаба, который являлся бы одинаково примѣнимымъ ко всѣмъ гражд-

данами и стояли бы выше притязаний отдельных индивидуумов и классов общества. Таким масштабом является общее благо всех граждан, всего общества. Законодатель должен прислушиваться к воззрениям, вырабатывающимся во всей массе общества на гражданские отношения, он обязан присматриваться к тому, какие потребности оборота считаются достойными его внимания в интересах всего общества, и должен в своей деятельности избегать лицемерия.—2) Если законодатель признал необходимым из соображений общего блага предоставить при известных условиях свободу и власть отдельным гражданам для удовлетворения их практических интересов, то он должен позаботиться о том, чтобы нормы права действительно гарантировали гражданам свободу в этой сфере и сделали их волю в этих пределах независимой от воли всех остальных граждан. Другими словами, законодатель должен предоставить каждому гражданину полную независимость в сфере субъективных прав, приобретенных послѣднимъ согласно условиям, выставленным для этого законодателем в согласии с требованиями общего блага всех граждан.

Эти два принципа сводятся к одному общему принципу равенства всех перед законом и составляют содержание понятия *aequitas*. Самое это понятие в речи юристов и народа часто олицетворяется; оно принимает вид силы, стоящей над правом и диктующей ему свои предписания; отсюда все частные принципы, являющиеся слѣдствиями общего понятия, получают название постулатов *aequitatis*, требований справедливости.—Как и всеобщие понятия, имѣющія практическое значение, понятие *aequitas* нашло олицетворение и в римской религии; здѣсь мы встречаемся с особым божеством, именуемым *Aequitas*.

В слѣдующих главах мы разберем подробно два основные принципа или постулата *aequitatis* и постараемся доказать правильность нашего опредѣленія анализомъ относящихся къ нимъ фрагментовъ источниковъ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Первый постулат *aequitatis*. *Aequitas* требует, чтобы право при опредѣленіи того, какія потребности въ какой формѣ должны получить юридическую охрану, стояло выше желаній и притязаній отдѣльныхъ лицъ и классовъ общества, и руководилось соображеніями общаго блага всѣхъ гражданъ.

Прежде чѣмъ заняться детальнымъ анализомъ отдѣльныхъ группъ источниковъ, относящихся къ первому принципу *aequitatis*, мы находимъ нужнымъ сдѣлать общую характеристику этого принципа и частныхъ постулатовъ, изъ него вытекающихъ.

Чтобы быть справедливымъ—*jus aequum*—, право прежде всего должно соблюдать строгую равномерность при опредѣленіи сферы субъективной свободы и власти, предоставляемой отдѣльнымъ гражданамъ для удовлетворенія ихъ интересовъ и потребностей, т. е. при распредѣленіи между гражданами ихъ субъективныхъ правъ, равно какъ и при выработкѣ такого рода юридическихъ нормъ, которыя защищаютъ интересы гражданъ, не устанавливая для нихъ никакихъ субъективныхъ правъ.¹⁵⁾ Граждане вполне основательно могутъ упрекать право въ несправедливости—*iniquitas*—, если обнаруживается, что своими нормами право представляетъ извѣстнымъ индивидуумамъ или классамъ общества большую степень власти и свободы, нежели другимъ, оказываетъ большее покровительство инте-

¹⁵⁾ Мы не знаемъ лучшаго опредѣленія субъективнаго права, какъ слѣдующее: субъективное право есть сфера власти, предоставленная объективнымъ правомъ субъекту для удовлетворенія какого либо признаннаго объективнымъ правомъ интереса. Ср. къ изложенному Regelsberger, Pandekten т. I § 14.

ресамъ своихъ избранниковъ, поощряетъ такимъ образомъ искусственно развитіе однихъ лицъ и классовъ общества на счетъ другихъ и не даетъ этимъ послѣднимъ ничего взамѣнъ. Такое предпочтеніе однихъ членовъ общества передъ другими можетъ быть оправдано съ точки зрѣнія справедливости лишь въ одномъ случаѣ: если оно неизбежно въ интересахъ блага всего общества гражданъ, всѣхъ лицъ и классовъ, его составляющихъ. Отсюда слѣдуетъ, что право, если желаетъ избѣжать упрека въ несправедливости, должно руководиться при распредѣленіи субъективныхъ правъ между гражданами и вообще при опредѣленіи размѣра и рода защиты ихъ интересовъ соображеніями общаго блага всего гражданского общества. Это единственный масштабъ, который даетъ праву возможность при выполнении этой задачи стать выше одностороннихъ и эгоистическихъ интересовъ и притязаній отдѣльныхъ индивидуумовъ, сословій и классовъ общества. Только руководясь этимъ масштабомъ, право можетъ относиться одинаково безпристрастно ко всѣмъ членамъ общества и давать каждому изъ нихъ равную защиту, не оказывая никому неосновательнаго и незаслуженнаго предпочтенія. Право, которое строго и послѣдовательно проводитъ этотъ принципъ, можетъ претендовать на наименованіе «*jus aequum*»; право же, которое забываетъ, что его задачей является забота о благосостояніи всѣхъ гражданъ безъ исключенія, совершаетъ вопіющую *iniquitas* и всѣ его нормы суть *jus iniquum*.

Такимъ образомъ, при выработкѣ своихъ нормъ *jus aequum* должно руководиться соображеніями общаго блага, какъ его понимаетъ въ данную эпоху все общество, вся масса индивидуумовъ, подлежащихъ вѣдѣнію права. Общество всегда имѣетъ при нормальныхъ условіяхъ извѣстныя воззрѣнія на то, что именно должно быть сдѣлано правомъ для достиженія всеобщаго благосостоянія. Чтобы право было справедливымъ, законодатель долженъ постоянно прислушиваться къ голосу общественнаго мнѣнія; съ этимъ мнѣніемъ, а не съ эгоистическими требованіями отдѣльныхъ лицъ или сословій онъ долженъ сообразаться въ своей дѣятельности. Онъ долженъ своими нормами давать защиту только тѣмъ индивидуальнымъ интересамъ, которые всѣмъ обществомъ въ данную эпоху признаются достойными юридической охраны по соображеніямъ общаго блага; съ другой сто-

роны онъ не долженъ оставлять безъ юридической защиты ни одного изъ интересовъ такого рода; наконецъ, если общественное мнѣніе признало извѣстный интересъ достойнымъ вниманія со стороны законодателя, то юридическая охрана должна быть дана ему во всей той мѣрѣ, въ какой она признается необходимой.

Этотъ принципъ долженъ неуклонно соблюдаться какъ тѣми органами, которые завѣдуютъ выработкой новыхъ нормъ и институтовъ права, такъ и тѣми, которые примѣняютъ къ жизни и теоретически разрабатываютъ и развиваютъ наличный запасъ юридическихъ нормъ и институтовъ.

Отсюда источники, касающіеся этого перваго основнаго принципа или постулата *aequitatis*, распадаются на нѣсколько группъ.

Прежде всего мы встрѣчаемъ такого рода фрагменты въ нашихъ источникахъ, въ которыхъ все значеніе ссылки на *aequitas* сводится къ тому, что она указываетъ на соответствіе извѣстной нормы или института съ воззрѣніями общества на юридическія отношенія и потребностями оборота; эти ссылки означаютъ, что данное положеніе права сдѣлано въ согласіи съ интересами общаго блага, какъ ихъ понимаетъ общество въ данный моментъ времени.

Воззрѣнія общества на то, какіе интересы заслуживаютъ защиты съ точки зрѣнія общаго блага и какія мѣры должны быть приняты правомъ для достиженія общаго благосостоянія, съ теченіемъ времени способны измѣняться. Съ усложненіемъ житейскихъ отношеній, съ развитіемъ гражданскаго оборота могутъ возникать новые интересы, новыя потребности, которые прежде были неизвѣстны совсѣмъ или не давали себя чувствовать въ достаточной степени, и потому не были приняты правомъ во вниманіе. Самый анализъ жизненныхъ отношеній, производимый обществомъ и выходящими изъ его же среды юристами, съ теченіемъ времени утончается и совершенствуется; въ оставшихся безъ измѣненія отношеніяхъ могутъ быть отмѣчены особенности, которыя не были замѣтны для неразвитаго наблюдателя, но теперь признаются обществомъ вполне достойными вниманія законодателя. Если право желаетъ остаться вѣрнымъ тому масштабу, котораго, согласно требованію *aequitatis*, оно обязано придерживаться при выработкѣ своихъ нормъ, то оно должно создать новыя нормы, принимающія во вниманіе эти новыя интересы и потребности, защиту которыхъ общество считаетъ необходимымъ для

общаго блага. Въ этомъ смыслѣ мы встрѣчаемъ иногда ссылки на *aequitas* въ оправданіе вновь создаваемыхъ нормъ и институтовъ права.

Съ другой стороны, нерѣдко ссылки на *aequitas* дѣлаются съ тѣмъ же значеніемъ для оправданія реформъ, производимыхъ въ существующихъ уже институтахъ и нормахъ права. По мѣрѣ измѣненія житейскихъ отношеній и взглядовъ на нихъ общества, институты и нормы, которые прежде были вполне пригнаны къ наличному строю оборота, могутъ оказаться въ несоотвѣтствіи съ жизнью, и общественное мнѣніе можетъ признать ихъ не достигающими той цѣли, которую они преслѣдуютъ, не защищающими должнымъ образомъ тѣ интересы, которые они призваны охранять. Чтобы остаться справедливымъ, право должно реформировать эти институты и нормы такъ, какъ того требуютъ соображенія общаго блага.

Если интересъ, для защиты котораго создана была извѣстная норма, съ теченіемъ времени, въ силу измѣненій, происшедшихъ въ строѣ общественныхъ отношеній, исчезнетъ, или если, вслѣдствіе переменъ въ воззрѣніяхъ общества, онъ перестанетъ считаться достойнымъ защиты, то и норма, охраняющая его, согласно *aequitas* должна быть уничтожена.

Наконецъ, изъ того же общаго принципа *aequitatis*, согласно которому законодатель при выработкѣ юридическихъ нормъ, долженъ стоять выше желаній и интересовъ отдѣльныхъ единицъ и не поощрять развитія однихъ членовъ общества на счетъ другихъ въ ущербъ соображеніямъ общаго блага, вытекаетъ еще слѣдующій частный постулатъ *aequitatis*, который имѣютъ въ виду многіе фрагменты нашихъ источниковъ: при распредѣленіи правъ и обязанностей, возникающихъ для нѣсколькихъ участниковъ одного и того же правоотношенія, лица, вырабатывающія абстрактныя нормы права, должны равномерно принимать во вниманіе интересы всѣхъ участниковъ этого правоотношенія.

Мы уже сказали выше, что тѣ органы, которые завѣдуютъ примѣненіемъ существующихъ нормъ права къ жизни, и тѣ лица, которыя теоретически разрабатываютъ и детально развиваютъ существующій легальный элементъ, должны также сообразоваться съ тѣмъ масштабомъ, которымъ обязанъ руководиться законодатель по требованію *aequitatis*. Эти органы и эти лица должны помнить, что право только тогда считается справедливымъ, когда оно охраняетъ всѣ ин-

тересы, заслуживающіе защиты по мнѣнію общества, когда оно защищаетъ только эти интересы и когда каждому интересу оно даетъ защиту въ полной мѣрѣ, какая для него требуется общественнымъ мнѣніемъ. Эти требованія приводятъ лицъ, примѣняющихъ и разрабатывающихъ существующій въ правѣ запасъ нормъ, къ необходимости при своей работѣ уяснять себѣ связь, существующую между каждой нормой и регулируемыми ею жизненными отношеніями, вдумываться въ практическую цѣль каждаго института и нормы, понять идею законодателя, скрывающуюся за буквальной редакціей созданной имъ нормы, и основную мысль, проникающую данный институтъ, природу этого института. Согласно результатамъ, полученнымъ изъ этого анализа, они должны примѣнять нормы права къ отдѣльнымъ случаямъ и развивать ихъ теоретически. Естественно, что при примѣненіи нормъ права къ жизни, анализъ самой нормы долженъ сопровождаться такимъ же детальнымъ анализомъ всѣхъ особенностей того индивидуальнаго отношенія, которое въ данномъ случаѣ подлежитъ разсмотрѣнію юриста. Разъ уяснивши себѣ идею извѣстной нормы, цѣль, ею преслѣдуемую, интересъ, ею защищаемый,—юристъ долженъ примѣнять эту норму ко всѣмъ тѣмъ случаямъ, которые подходятъ подъ ея условія, въ которыхъ на лицо интересъ, охраняемый этой нормой. Напротивъ, если анализъ практическихъ случаевъ, подлежащихъ разсмотрѣнію юриста, приведетъ его къ выводу, что онъ имѣетъ дѣло съ нѣсколькими отношеніями, во многомъ сходными между собою, но въ извѣстной степени отличающимися другъ отъ друга, то онъ долженъ оцѣнить значеніе этихъ различій и рѣшить, возможно ли при ихъ наличности подводить всѣ данныя отношенія подъ одну и ту же норму, не будетъ ли это противно смыслу и цѣли этой нормы. Только для одинаковыхъ случаевъ должны быть одинаковыя нормы,—для различныхъ случаевъ и нормы должны быть различны. Но съ другой стороны, для всѣхъ одинаковыхъ случаевъ, безъ исключенія должны быть одинаковыя нормы: только существенное различіе между нѣсколькими сходными случаями можетъ оправдать примѣненіе къ однимъ изъ нихъ извѣстной нормы и отказъ въ ея примѣненіи къ другимъ; иначе примѣненіе права потеряетъ прочныя опоры и сдѣлается возможнымъ неравное отношеніе права къ отдѣльнымъ гражданамъ, неоправдываемое соображеніями общаго блага; однимъ словомъ, принципы *aequitatis* будутъ нарушены.

Этотъ смыслъ, по нашему мнѣнію, имѣютъ слѣдующія выраженія источниковъ:

Cicero Top. 4. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat.

Idem pro Caecina 21..... omnibus in causis idem valebit, in quibus perspicitur una atque eadem causa aequitatis.

Imp. Iustinianus. L. 3 C. 4, 18. Divi Hadriani epistulam, quae de periculo dividendo inter mandatores et fidejussores loquitur, locum habere et in his qui pecunias pro aliis simul constituunt necessarium est: aequitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo debet. ⁴⁾).

Послѣ всего изложеннаго понятно, почему римскіе юристы, говоря о примѣненіи существующихъ нормъ къ жизни и о детальной разработкѣ ихъ содержанія, дѣлаютъ ссылки на *aequitas* въ слѣдующихъ случаяхъ:

Если они хотятъ указать, что извѣстный случай вполне подходитъ подъ условія данной нормы и что она должна быть примѣнена къ нему, такъ какъ нѣтъ основанія выдѣлять его изъ числа всѣхъ подобныхъ случаевъ.

Если окажется, что авторъ нормы, желая достигнуть съ помощью нея извѣстной практической цѣли, придавъ своей мысли слишкомъ узкую редакцію въ словахъ, такъ что выработанное имъ положеніе права не вполне достигало бы своей цѣли, будучи примѣняемо буквально; въ этихъ случаяхъ область примѣненія нормы приходится расширить за предѣлы буквальной ея редакціи, чтобы осуществить вполне мысль, которую имѣлъ въ виду авторъ ея.

Право, строго придерживающееся общаго принципа *aequitatis* и не желающее заслужить упрека въ шаткости своихъ руководящихъ идей и въ возникающемъ отсюда неравномъ отношеніи къ отдѣльнымъ гражданамъ, даетъ защиту только тѣмъ интересамъ, которые дѣйствительно признаются достойными защиты и каждому интересу даетъ защиту въ томъ объемѣ и въ той формѣ, которая признана для него необходимой. Отсюда ни одна юридическая норма не должна быть примѣняема къ тѣмъ случаямъ, которые хотя и могутъ пока-

⁴⁾ См. также L. 19 inf. C. 6, 50..... in utroque etenim casu, id est sive solverit sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur.

заться подходящими подъ ея условия съ перваго взгляда, но по внимательномъ анализѣ обнаруживаютъ существенныя особенности, такъ что примѣненіе къ нимъ данной нормы можетъ привести или къ защитѣ интереса, совсѣмъ не заслуживающаго охраны, или къ защитѣ даннаго интереса не въ соотвѣтственной формѣ и объемѣ. Поэтому нерѣдко ссылкой на *aequitas* юристъ римскій указываетъ на то, что извѣстная норма по его мнѣнію не должна быть примѣняема къ данному случаю, ибо это будетъ несогласно съ ея условиями и цѣлью, ибо въ этомъ случаѣ нѣтъ на лицо того интереса, который защищается обсуждаемой нормой; или же юристъ въ общей формѣ опредѣляетъ область, за предѣлы которой не должно выходить примѣненіе извѣстной нормы, причемъ иногда указываетъ на необходимость сузить эту область примѣненія нормы сравнительно съ слишкомъ широко формулированной буквальной редакціей ея.

Иногда оказывается, что данная норма формулируетъ лишь одинъ какой-нибудь частный случай проявленія болѣе общаго положенія права, существованіе котораго почему либо не было замѣчено авторомъ этой нормы. Послѣдній, въ замѣвъ того чтобы создать общее положеніе, охватывающее всѣ отношенія, подходящія подъ идею, которой онъ въ сущности долженъ былъ бы руководиться, предусмотрѣлъ лишь одно изъ этихъ отношеній; руководившая имъ идея, другими словами, представилась его уму не въ общей, принципиальной формѣ, а въ слишкомъ частной, конкретной. Если право желаетъ въ этомъ случаѣ остаться вѣрнымъ общему масштабу, который предписывается ему *aequitate*, и дать защиту всѣмъ интересамъ, которые признаны обществомъ достойными юридической охраны, не дѣлая при этомъ неимѣющихъ основанія различій въ формѣ и мѣрѣ защиты, предоставляемой одинаковымъ интересамъ, то оно должно исправить эту ошибку законодателя, лишь только она будетъ замѣчена. Интересъ, получившій извѣстнаго рода защиту въ одномъ случаѣ, долженъ получить ее и въ другихъ случаяхъ, гдѣ онъ является наличнымъ и гдѣ нѣтъ такихъ существенныхъ особенностей, которыя оправдали бы иное отношеніе къ нему законодателя. Отсюда часто римскіе юристы ссылаются на *aequitas* при распространеніи юридическихъ нормъ по аналогіи. Для того, чтобы дать полное выраженіе тому общему положенію права, которое скрывается за слишкомъ конкретно формулированной законодателемъ нормой, они создаютъ

рядъ такихъ же нормъ и для другихъ случаевъ, подходящихъ подъ одну категорію съ случаями, уже предусмотрѣнными законодателемъ. Эта операція отличается отъ той, которую мы характеризовали выше, какъ примѣненіе нормъ свыше предѣловъ буквальной ихъ редакціи, тѣмъ, что здѣсь для развитія идеи, не вполне охваченной умомъ законодателя, создаются совершенно новыя нормы, которыхъ не имѣлъ въ виду создать законодатель, а въ предыдущемъ случаѣ рѣчь шла только о примѣненіи одной и той же нормы въ соответствіи съ мыслью, которой дѣйствительно руководился ея авторъ при ея созданіи.

Существующія въ правѣ нормы нуждаются въ детальной разработкѣ содержанія лежащихъ въ ихъ основаніи идей не только для того, чтобы идеи, не достаточно полно подмѣченныя законодателемъ, получили въ правѣ примѣненіе, соответствующее ихъ значенію, какъ это бываетъ при аналогіи. Не рѣдко на юриспруденцію ложится задача развивать подробно идеи, заключающіяся въ существующемъ запасѣ нормъ и институтовъ, просто для того, чтобы болѣе точно и ясно охарактеризовать содержаніе этихъ идей. При этой разработкѣ наличнаго легальнаго элемента нужно точно выяснитъ, напр., въ какомъ объемѣ возникаютъ изъ данной нормы или института права и обязанности, какимъ лицамъ должны быть предоставлены права, вытекающія изъ нормы, или на какихъ лицъ должны быть возложены узаконенныя ею обязанности, какой объектъ долженъ имѣть извѣстный искъ или *cautio*, какой эффектъ данная норма, изданная и формулированная въ расчетѣ на извѣстное положеніе фактическихъ отношеній, должна произвести при измѣнившемся положеніи этихъ отношеній и т. д. Чтобы право оставалось справедливымъ, т. е. руководясь соображеніями общаго блага, защищало интересы гражданъ согласно господствующимъ въ обществѣ воззрѣніямъ, юриспруденція при развитіи этихъ детальныхъ положеній должна остерегаться измѣнить смыслъ и значеніе развиваемыхъ ею нормъ. Эта работа, какъ мы сказали, должна быть только подробнымъ развитіемъ тѣхъ идей, которыя положены въ основу разрабатываемаго легальнаго элемента и которыя признаны уже соответствующими правильнымъ воззрѣніямъ на требованія общаго блага. Поэтому только при томъ условіи, что юристы, занимаясь этой дѣятельностью, не измѣняютъ характера предоставляемаго въ ихъ распоряженіе законодательнаго матеріала, общество можетъ быть увѣреннымъ, что каж-

дый интересъ, признанный со стороны законодателя и общества достойнымъ защиты, получить эту защиту въ томъ объемѣ и въ той формѣ, которая считается для него необходимой. Отсюда мы встрѣчаемъ ссылки на *aequitas* въ тѣхъ случаяхъ, когда юристъ хочетъ сказать, что извѣстное детальное положеніе, опредѣляющее объемъ правъ или обязанностей, вытекающихъ изъ нормы, объекта иска, размѣръ *cautionis* и т. п., соответствуетъ смыслу разрабатываемой имъ нормы или природѣ даннаго института.

Наконецъ, соотвѣтственно упомянутому выше принципу равномернаго распределенія правъ и обязанностей между нѣсколькими участниками одного и того-же правоотношенія,—говоря о примѣненіи нормъ къ частнымъ случаямъ, мы должны отмѣтить параллельный постулатъ *aequitatis*, который требуетъ отъ органовъ, завѣдующихъ примѣненіемъ нормъ права къ частнымъ практическимъ случаямъ, безпристрастнаго отношенія ко всѣмъ заинтересованнымъ въ процессѣ частнымъ лицамъ. Главнымъ образомъ, *aequitas* требуетъ, чтобы положеніе сторонъ на судѣ было по возможности уравнено, и чтобы лицо, разрешающее ихъ споръ, относилось къ интересамъ обѣихъ сторонъ съ одинаковымъ вниманіемъ.

Таковы тѣ частные постулаты, которые вытекаютъ изъ перваго общаго принципа *aequitatis*.

Въ заключеніе нужно отмѣтить слѣдующее обстоятельство. Изъ того, что *jus aequum* равномерно и безпристрастно распределяетъ между всѣми гражданами права и обязанности, еще не слѣдуетъ, что въ этомъ правѣ не можетъ существовать особыхъ нормъ, примѣняемыхъ исключительно къ извѣстному классу лицъ. Напротивъ, такое *jus singulare* является возможнымъ и въ предѣлахъ *juris aequi*. Необходимо только, чтобы существованіе его оправдалось тѣми же соображеніями общаго блага, какими вообще руководится *aequum jus*.

Поэтому, нерѣдко въ источникахъ сводятся къ *aequitas* такія нормы, которыя созданы только для извѣстнаго класса лицъ.

Такъ, по мѣрѣ расширенія государственной территоріи Рима и территоріи, на которую распространялись его военныя и торговыя предпріятія, продолжительныя отсутствія гражданъ изъ мѣста своего жительства становились все болѣе и болѣе частымъ и обычнымъ явленіемъ. Право подвергло бы величайшей опасности и непрочности весь гражданскій оборотъ, еслибы не приняло во вниманіе этого

явленія; отсюда признаются справедливыми особня нормы права для лицъ, отсутствующихъ безъ оставленія въ мѣстѣ жительства прокуратора; нормы эти дѣлаютъ безвреднымъ отсутствіе, какъ для самого *absens*, если причины, побудившія его къ отъѣзду, не дѣлаютъ его положенія недостойнымъ вниманія законодателя, такъ и для лицъ, оставшихся на мѣстѣ; такъ какъ все это *jus singulare* вызвано соображеніями общаго блага, то оно можетъ быть оправдано *aequitate*, что и дѣлаютъ наши источники.¹⁷⁾

Далѣе къ *aequitas* сводятся особня нормы, выставленныя въ правѣ для лицъ, являющихся въ оборотѣ по своимъ умственнымъ и физическимъ силамъ слабѣе нормальнаго уровня. Равномѣрная защита всѣхъ гражданъ не есть защита абсолютно одинаковая. Защита, даваемая правомъ гражданамъ, должна сообразоваться съ силами отдѣльныхъ категорій лицъ, участвующихъ въ оборотѣ; противнымъ справедливости явилось бы неосновательное поощреніе развитія одного класса общества на счетъ другихъ; но нисколько не противорѣчатъ *aequitati* такія мѣры права, которыя стремятся уравнять положеніе въ оборотѣ лицъ слабыхъ съ положеніемъ лицъ, обладающихъ нормальнымъ уровнемъ силъ, и предупредить возможность эксплуатаціи первыхъ со стороны послѣднихъ.

Въ этомъ именно смыслѣ упоминаетъ объ *aequitas* Гай въ слѣдующемъ фрагментѣ:

«Что женщины совершеннолѣтнія находятся подъ опекой, для этого нельзя подыскать почти никакого достаточнаго основанія; ибо вульгарное оправданіе, состоящее въ томъ, что женщины часто подвергаются обманамъ по своему легкомысію и потому было справедливо, чтобы онѣ были поставлены подъ *auctoritas tutoris*, является скорѣе кажущимся, чѣмъ вѣрнымъ; вѣдь женщины совершенныхъ лѣтъ сами ведутъ свои дѣла и въ нѣкоторыхъ случаяхъ опекунъ лишь для виду даетъ свою *auctoritas*; часто опекунъ принуждается къ этому преторомъ даже противъ своей воли.»¹⁸⁾

¹⁷⁾ L. 33 § 2 D 3, 3. L. 21 § 2. L. 23 § 3 D. 4, 6. L. 30 D. 9, 4 и L 19 pr. D. 39, 2 (L e n e l, Palingonesia, Gaius, 32). L. 4 C 2, 12 (13).—L. 16 (15) § 1 D. 48, 5 (ср. L. 12 pr. D. 48, 2).

¹⁸⁾ Gai Inst. I § 190.

Въ той же *aequitas* сводится норма, позволяющая женщинамъ отказываться отъ *intercessionibus*, принятыхъ ими на себя; «*cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum*», говоритъ *Sctum Vellejanum* въ оправданіе этой нормы; «*opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem multis hujusmodi casibus suppositis et objecitis*», замѣчаетъ тутъ же Ульпіанъ по поводу этого *Sctum*.¹⁹⁾

Своему толкованію эдикта «*de minoribus viginti quinque annis*» Ульпіанъ предпосылаетъ слѣдующее разсужденіе:

L. 1 pr. 4, 4. «Преторъ выставилъ этотъ эдиктъ, въ которомъ онъ принялъ на себя защиту лицъ не достигшихъ 25 лѣтъ, слѣдующей естественной справедливости: вѣдь всѣ знаютъ, что рѣшенія этихъ лицъ бываютъ очень нетверды и непостоянны и что эти лица очень легко подвергаются опасности стать жертвой обмановъ и козней со стороны другихъ лицъ; поэтому-то преторъ обѣщалъ имъ въ этомъ эдиктѣ помощь и содѣйствіе противъ обмановъ»²⁰⁾.

Для того чтобы всѣ эти льготныя нормы достигали своей цѣли, нужно примѣнять ихъ осторожно; иначе можетъ случиться, что льгота приведетъ къ совершенно обратному результату; вмѣсто улучшенія положенія лица, являющагося въ оборотѣ слишкомъ слабымъ, она можетъ еще болѣе ухудшить его:

L. 24 § 1 D. 4, 4. *Paulus*. «Не всегда однако сдѣлки, заключенныя съ *minores*, должны быть лишены силы посредствомъ *in integrum restitutio*, но нужно поступать согласно съ *bonum et aequum*, чтобы не произвести большихъ невыгодъ для лицъ этого возраста, такъ какъ въ противномъ случаѣ никто не захочетъ вступать съ ними въ сдѣлки и у нихъ какъ бы будетъ отнята правоспособность (*commercium*)»²¹⁾.

Въ L. 13 § 1 D. 4, 4 *Лабеонъ* находитъ необходимымъ для оказанія должной помощи лицу, недостигшему 25 лѣтъ, нанести

¹⁹⁾ L. 2 § 1. 2 D. 16, 1.

²⁰⁾ См. также „*ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est*“ въ L. 40 § 1 D. 4, 4. *Ulpianus*.

²¹⁾ Здѣсь *Павелъ* имѣетъ въ виду общій постулатъ *aequitatis*, что область примѣненія каждой нормы должна быть ограничиваема сообразно цѣли этой нормы; объ этомъ постулатѣ рѣчь будетъ ниже (примѣч. 154). См. также L. 19 § 1 C. 4, 21 *Justinianus*... *cum hoc quod pro quibusdam introductum est inferre eis jacturam minime ratione convenit aequitatis*.

ущербъ интересамъ третьяго лица, не вступавшаго въ сдѣлку съ *minor*'омъ и совершенно неповиннаго въ имѣвшей мѣсто *circumscriptio minoris*. Это рѣшеніе Лабеоны мотивируетъ *aequitate*, т.-е. считаетъ его соответственнымъ идеѣ принимаемаго имъ эдикта; однако, изъ другихъ фрагментовъ мы видимъ, что согласно *aequitas* такіа мѣры должны быть принимаемы лишь при полной невозможности иными средствами достигнуть цѣли, преслѣдуемой эдиктомъ, и что во всякомъ случаѣ нужно позаботиться, чтобы третье лицо потерпѣло по возможности менѣе ущерба отъ происшедшаго вторженія въ сферу его благопріобрѣтенныхъ правъ. Такія правила устанавливаются на основаніи *aequitas* и для другихъ льготныхъ мѣръ²²⁾. Здѣсь имѣется въ виду тотъ общій постулатъ *aequitatis*, что эффектъ каждой нормы долженъ быть по возможности ограничиваемъ достиженіемъ ея цѣли безъ нарушенія такого рода интересовъ, которые вообще признаются вполнѣ достойными защиты. Съ этимъ постулатомъ мы будемъ имѣть случай столкнуться ниже.

Послѣ этой общей характеристики перваго основнаго принципа *aequitatis* и частныхъ постулатовъ, вытекающихъ изъ него, мы можемъ перейти къ анализу отдѣльныхъ группъ источниковъ, относящихся сюда.

Наиболѣе ясное и очевидное свидѣтельство о существованіи въ *aequitas* этого общаго постулата, какъ мы его только-что формулировали, содержится между юридическими источниками, текстъ которыхъ не подлежитъ сомнѣнію, одна изъ позднѣйшихъ императорскихъ конституцій. Общее благо, по римской терминологіи, есть *utilitas publica*. Конституція Гонорія и Θεодосія, изданная въ 409 г. и помѣщенная въ Кодексъ Юстиніана (L. 20 § 1 C. 8, 50), прямо указываетъ намъ, что иногда нормы права только потому получаютъ предикатъ «*aequum jus*», что соответствуютъ требованіямъ *utilitas publica*. Въ началѣ этой конституціи установлено, что никто не долженъ задерживать лицъ, возвратившихся изъ плѣна, и требовать отъ нихъ возмѣщенія издержекъ, сдѣланныхъ на ихъ содержаніе; это правило не должно, однако, быть прилагаемо къ тѣмъ лицамъ; продолжаютъ императоры, «относительно которыхъ будетъ доказано,

²²⁾ L. 39 pr. D. 21, 2. Julianus. L. 20 pr. D. 27, 3. Papinianus. L. 66 § 1. D. 21, 2. Pomponius. L. 1 § 10 D. 48. 19. Ulpianus. L. 1 § 2. L. 14. D. 16, 1. Paulus и Julianus.—Ср. М о м м с е н, *Ergörterungen*, II стр. 85.

что они были выкуплены у варваровъ за вознагражденіе; на основаніи соображеній общаго блага является справедливымъ, чтобы они возмѣстили покупателямъ цѣну, уплаченную за ихъ освобожденіе» («*exceptis his, quos barbaribus vendentibus emptos esse docebitur, a quibus status sui pretium propter utilitatem publicam emptoribus aequum est redhiberi*»).

Остальные юридическіе источники, не выражаясь такъ опредѣленно, тѣмъ не менѣе подтверждаютъ своимъ содержаніемъ существованіе этого общаго принципа съ его частнымъ развѣтвленіями.

А. ВЫРАБОТКА НОВЫХЪ НОРМЪ И РЕФОРМА СТАРЫХЪ СОГЛАСНО ТРЕБОВАНИЯМЪ ОБЩАГО БЛАГА.

а) Реформы существующихъ нормъ и общихъ принциповъ, проникающихъ право, и созданіе новыхъ нормъ для приведенія права въ соответствіе съ практическими требованіями оборота и съ воззрѣніями общества на юридическія отношенія.

Относящіяся сюда источники мы раздѣлимъ на двѣ группы; сперва мы рассмотримъ тѣ изъ нихъ, которые говорятъ о реформахъ въ правѣ, дѣлаемыхъ съ тою цѣлью, чтобы придать юридическую защиту всѣмъ интересамъ, признаваемымъ достойными защиты, и лишить охраны интересы, не заслуживающіе покровительства со стороны права; затѣмъ мы перейдемъ къ разсмотрѣнію *aequitatis*, какъ основанія реформъ, которыя совершаются, чтобы ввести защиту каждаго интереса, принимаемаго правомъ подъ свое покровительство, въ тѣ предѣлы, въ которыхъ эта защита является желательной.

1) *Jus aequum* защищаетъ всѣ интересы, признанные достойными защиты согласно требованіямъ гражданскаго и публичнаго оборота и согласно воззрѣніямъ общества на гражданскія и публичныя отношенія, но не покровительствуетъ интересамъ, признаннымъ недостойными юридической охраны.

Строй гражданскаго оборота и воззрѣнія общества на гражданскія отношенія съ теченіемъ времени могутъ измѣняться въ такой

степени, что является необходимой реформа самых основных материальных принципов, проникающих право. Иначе право во всех своих частях может оказаться неудовлетворяющим требованиям общего блага, как его понимает общество послѣ происшедших въ его жизни измѣненій, будетъ отказывать въ защитѣ самымъ уважительнымъ интересамъ и, наоборотъ, брать подъ свое покровительство интересы, совершенно недостойные защиты. Чтобы устранить эту *iniq̄uitas*, нужно ввести въ право новые общіе принципы взамѣнъ старыхъ, отжившихъ свое время. Именно такой переворотъ въ строѣ гражданскихъ отношеній и воззрѣній общества произошелъ въ Римѣ послѣ Пуническихъ войнъ въ сравнительно короткое время. Новое право, созданное для удовлетворенія запросовъ разширившагося и во многихъ отношеніяхъ измѣнившаго свой характеръ оборота, и выработанное въ соотвѣтствіи съ болѣе утонченными воззрѣніями общества, было проникнуто иными общими принципами, чѣмъ старое гражданское право, выросшее на почвѣ законовъ XII таблицъ. Послѣ всего сказаннаго вполне понятно, въ какомъ смыслѣ наши источники сводятъ эти новые принципы къ *aequitas*.

Такъ, къ *aequitas* сводится принципъ, согласно которому должна быть придана юридическая сила т. наз. неформальнымъ сдѣлкамъ. Какъ извѣстно, древнее римское право было насквозь проникнуто формализмомъ. Юридическую защиту получали лишь тѣ договоры и сдѣлки, которые были облечены въ предписанную правомъ, нерѣдко довольно сложную форму. Эта система имѣла, конечно, свои выгоды, облегчая задачи судьи въ распознаваніи того, заключена ли юридическая сдѣлка въ данномъ случаѣ и какая именно, заставляя стороны обратить вниманіе на серьезность совершаемаго ими акта и т. д.; далѣе система эта гармонировала и съ умственнымъ состояніемъ и воззрѣніями древняго общества, которое легче выражало свои мысли и ощущенія въ образной и чувственной формѣ, нежели въ простыхъ словахъ и жестахъ, и находило вполне естественнымъ, чтобы лица, совершающія юридическій актъ, поднимались на высоту, соотвѣтствующую значенію призываемаго ими на помощь права²³⁾. Всѣ эти условія съ теченіемъ времени измѣнились. Способность

²³⁾ См. объ этомъ подробности у Jhering'a, Geist т. III. § 45 сл.

выражать свои мысли развилась, этическое значение формъ было забыто, а неуклюжій механизмъ древнихъ обрядовъ, замедляющій и при многихъ обстоятельствахъ дѣлающій невозможнымъ заключеніе юридическихъ сдѣлокъ, оказался крайне неудобнымъ при быстромъ и широкомъ оборотѣ, гдѣ сдѣлки совершались на каждомъ шагѣ и притомъ постоянно должны были снабжаться юридической силой, ибо заключались онѣ съ лицами мало извѣстными, на совѣсть которыхъ не всегда можно было положиться. Право, желавшее удовлетворить требованіямъ *aequitatis*, должно было принять во вниманіе эти запросы гражданскаго оборота. Устарѣвшій принципъ формализма пришлось откинуть и на мѣсто его поставить новый. Если въ нѣкоторыхъ сдѣлкахъ и признано было полезнымъ узаконить извѣстную опредѣленную форму, то эта форма должна была быть проста, естественна и незатруднительна: она должна была сама собою вытекать изъ существа совершаемаго акта. Поэтому вполне соответствовали *aequitati* такой актъ передачи собственности, какимъ являлась *traditio*: «ибо ничто такъ не согласно съ естественной справедливостью, говорить объ этомъ актѣ Гай, какъ признаніе и соблюденіе воли собственника, желающаго передать другому лицу право на свою вещь»²⁴). По общему же правилу, новому состоянію оборота соответствовало признаніе юридической силы за всякимъ серьезнымъ и непротивнымъ нравственности и нормамъ права соглашеніемъ, независимо отъ того, въ какой внѣшней формѣ оно выразилось. Какъ извѣстно, римское право не успѣло провести этотъ принципъ вполне послѣдовательно и всесторонне, но оно было на пути къ такому состоянію. Этотъ принципъ сводится къ *aequitas* въ слѣдующихъ фрагментахъ.

L. 1 pr. D. 2, 14. *Ulpianus. Hujus edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare?*

L. 1 pr. D. 13, 5. *Idem. Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere*²⁵).

Какъ было замѣчено выше, согласно новому принципъ для дѣй-

²⁴ L. 9 § 3. D. 41, 1=§ 40 J. 2, 1.

²⁵ См. также *conventionis aequitas* въ L. 95 § 4. D. 46, 3. *Papinianus*.

ствительности соглашения безразлично должно быть, въ какой ви́шней формѣ была выражена сторонами воля; нужно только, чтобы стороны поняли другъ друга. Въ новомъ правѣ не всегда требуется даже, чтобы воля была облечена въ какія нибудь слова. Въ этомъ отношеніи новое право также далеко ушло отъ древняго. Основнымъ принципомъ древняго права былъ, по выраженію Іеринга, грубый матеріализмъ. «Законы и понятія грубаго времени таковы, каковы сами люди: грубыя, неотесанныя натуры, которыя видятъ только то, что можетъ быть добыто кулакомъ; если Цицеронъ рисуетъ (*de off. III, 17*) противоположность между закономъ и философіей при разработкѣ одной и той же задачи слѣдующимъ образомъ: *leges tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia*, то онъ надлежащимъ образомъ характеризовалъ въ первыхъ словахъ древнее римское цивильное право. Легко уловимое, ви́шнее, чувственное, бросающееся въ глаза является основной чертой всѣхъ понятій древняго права: повсюду перевѣсъ ви́шней формы проявленія надъ мыслью». ²⁶⁾

Этотъ способъ возрѣнія на всѣ окружающія явленія проявляется въ древнемъ правѣ и при опредѣленіи отношенія слова и мысли. Слово для древняго Римлянина не есть только способъ передачи мыслей; онъ видитъ въ словѣ самую мысль, слово и мысль для него совпадаютъ; здѣсь, какъ и вездѣ, за ви́шнимъ явленіемъ отъ его взгляда ускользаетъ внутреннее содержаніе. Въ юридическихъ актахъ потому, по общему правилу, всякая мысль должна быть выражена въ словахъ и юридическое значеніе имѣть лишь то, что сказано или написано ²⁷⁾. Возрѣнія новаго права гораздо утонченнѣе; оно понимаетъ, что двигателемъ гражданскаго оборота является воля; что эта воля можетъ быть выражена различными способами и что для ея выраженія не всегда необходимо произнесеніе словъ. Согласно этому *aequum jus* часто признаетъ волю выраженной даже въ случаѣ простаго молчанія. Отсюда къ *aequitas* сводятся слѣдующія рѣшенія. Въ *L. 4 § 3 D. 27, 7* Ульпіанъ находитъ справед-

²⁶⁾ Jhering, Geist, III, стр. 424.

²⁷⁾ Jhering, l. c. § 44. Характеристикѣ развитія римскаго права въ этомъ отношеніи посвящена первая книга III тома сочиненія Voigt'a, *Jus naturale etc.* (*Die Principien der Suprematie von Wort oder Wille*).

ливымъ считать поручителями за опекуновъ тѣхъ лицъ, которыя, присутствуя при томъ, какъ опекунъ предложилъ ихъ въ качествѣ *fidejussores*, не противорѣчили этому и дозволили занести свои имена въ *acta publica*: *aequum est, говорить онъ, [eos] perinde teneri, atque si jure legitimo stipulatio interposita fuisset*.—Другое рѣшеніе, принадлежащее тому же Ульпіану, состоитъ въ слѣдующемъ: «Если малолѣтній явился наслѣдникомъ лица, назначившаго инститора, то вполнѣ справедливо, чтобы пупиллъ отвѣчалъ за этого инститора, пока послѣдній остается при отправленіи своихъ обязанностей; вѣдь если опекуны [малолѣтнаго] не желали пользоваться трудами инститора, то они должны бы были устранить его отъ веденія дѣлъ.» (L. 11 pr. D. 14, 3)—Съ духомъ этихъ рѣшеній вполнѣ гармонируютъ многія явленія, съ которыми мы встрѣтимся въ дальнѣйшемъ изложеніи; напр., то обстоятельство, что въ предоставленіи домовладыкой пекулія подвластному юристы усматриваютъ вполнѣ достаточное выраженіе передъ третьими лицами воли домовладыки отвѣчать за сдѣлки подвластнаго въ предѣлахъ этого пекулія.

Такое же измѣненіе руководящаго принципа въ правѣ произошло съ теченіемъ времени и относительно правонарушеній, какъ уголовныхъ, такъ и гражданскихъ. Древнее право и въ этомъ отношеніи стояло на такой же точкѣ зрѣнія, какъ при обсужденіи юридическихъ сдѣлокъ; для грубаго матеріалистическаго воззрѣнія здѣсь также внѣшній фактъ закрывалъ собою внутреннее содержаніе. Для того, чтобы подвергнуть правонарушителя законной карѣ, достаточно, по общему правилу, констатировать внѣшній фактъ, нарушающій чужія права, и объективную причинную связь этого правонарушенія съ дѣйствіемъ правонарушителя. Что же касается до того, была ли у нарушителя правъ преступная воля, проявилъ ли онъ при своемъ дѣйствіи злой умыселъ или вмѣняемую въ вину неосторожность,—этихъ вопросовъ древнее право себѣ не ставитъ. «Какъ дитя бьетъ тотъ камень, о который оно ударилось, и какъ даже взрослый человѣкъ подъ первымъ впечатлѣніемъ боли невольно проявляетъ неудовольствіе и гнѣвъ противъ невинной причины этой боли,—чувство, которое у необразованныхъ и раздражительныхъ людей слишкомъ легко находитъ себѣ проявленіе въ дѣйствіяхъ,—такъ и юридическія воззрѣнія первобытнаго человѣка стоятъ вполнѣ подъ господствомъ испытаннаго огорченія. Неправда оцѣнивается не по

своей причинѣ, а по своему дѣйствию, не по моментамъ въ лицѣ дѣйствующаго субъекта, а исключительно съ точки зрѣнія потерпѣвшаго. Камень попалъ въ него, онъ чувствуетъ боль и боль побуждаетъ его къ мести. Руководилъ ли рукой злой умыселъ, неосторожность или случай,—какое дѣло до этого раздраженнымъ страстямъ? Онѣ требуютъ штрафа и съ невиновнаго²⁸⁾. Это состояніе возрѣній общества отразилось еще на правѣ XII таблицъ. Если это право дѣлаетъ различіе между формами субъективной виновности, то оно знаетъ лишь *dolus* и *casus*; понятіе *culpa* еще не выдѣлилось. Притомъ и это различіе проведено не всегда; есть много деликтовъ, въ которыхъ штрафъ налагается независимо отъ того, есть ли на лицо субъективная вина правонарушителя, и высота штрафа соразмѣрится исключительно со степенью субъективнаго раздраженія потерпѣвшаго²⁹⁾.—Съ теченіемъ времени, однако, право должно было перейти къ совершенно противоположному принципу. Правы общества смягчились, страсти сдѣлались болѣе дисциплинированы и допустили болѣе спокойное и всестороннее обсужденіе правонарушительныхъ дѣствий. Съ другой стороны, способность анализировать внутреннюю сторону явленій развилась и появилась возможность различать за нарушающимъ право дѣяніемъ разные отѣнки воли, вызвавшей это дѣяніе. Образовалось возрѣніе, что не голые внѣшніе факты должны быть караемы правомъ, а преступная воля человѣка, вызвавшая эти факты. Отсюда руководящимъ принципомъ новаго права является положеніе, что юридическая кара лишь тогда умѣстна, когда на ряду съ объективной причинной связью между фактомъ нарушенія права и дѣйствиемъ правонарушителя³⁰⁾, можетъ быть констатирована преступная воля послѣдняго, вызвав-

²⁸⁾ Ihering, das Schuldmoment im röm. Privatrecht, въ *Vermischte Schriften* 1879 г., стр. 163 сл.

²⁹⁾ Ihering, *l. c.* стр. 163 сл. Pernice, *Labeo*, т. II стр. 238 сл. Шулинъ, Учебникъ исторіи Римскаго права, § 87.

³⁰⁾ На отсутствіи объективной причинной связи между замедленіемъ выдачи вещи вълѣдствіе начала процесса и ея погубелью въ теченіе процесса строили Сабиніанни свою теорію, согласно которой гибель вещи *savi* во время между *litis contestatio* и приговоромъ должна освобождать отвѣтника; таковъ смыслъ мотивировки въ *L. 14 § 1 D. 16, 3: quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.* Ср. такое-же выраженіе въ *L. 25 § 4 D. 21, 1.* (прям. 238 ниже).

шая это дѣйствіе. Принципъ этотъ прилагается не только къ уголовнымъ наказаніямъ и штрафамъ въ тѣсномъ смыслѣ, но и къ обязанности возмѣстить ущербъ, нанесенный правонарушительнымъ дѣйствіемъ, ибо возмѣщеніе убытковъ тоже является извѣстнаго рода карой для лица обязаннаго къ нему, уменьшая сумму его имущества. Этотъ принципъ является справедливымъ и сводится источниками къ *aequitas* потому, что онъ соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ общества; только придерживаясь его новое право можетъ давать даннаго рода защиту лишь тѣмъ интересамъ, которые по мнѣнію общества дѣйствительно достойны этой защиты. Сюда относятся слѣдующіе фрагменты.

L. 23 (22) § 3 D. 36, 1. *Ulpianus ... quod si sine facto ejus prolixitate temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit nihil eum praestare, cum culpa careat.*

Необходимость, съ точки зрѣнія *aequitas*, субъективной виновности для того, чтобы подвергнуть кого либо карѣ за произведенное правонарушеніе, выражается также въ заключительныхъ словахъ L. 1 § 2 D. 21, 1. Здѣсь Ульпіанъ имѣетъ въ виду правило, являющееся, строго говоря, исключеніемъ ихъ общаго принципа *aequitatis*, которымъ мы теперь занимаемся; рѣчь идетъ объ отвѣтственности продавца по эдикту эдиловъ за недостатки проданнаго товара; въ интересахъ обезпеченности оборота, эдилы установили въ этомъ случаѣ исключительную отвѣтственность, независимо отъ наличности субъективной виновности продавца, необъявившаго о порокахъ вещи. Ульпіанъ, толкуя этотъ эдиктъ, обнаруживаетъ, что такого рода норма являлась рѣдкимъ исключеніемъ изъ общаго принципа *aequitatis*, тѣмъ, что пытается въ данномъ случаѣ открыть на сторонѣ продавца субъективную виновность; при этомъ онъ, конечно, дѣлаетъ натяжку въ понятіи *culpa*, такъ какъ принужденъ признать ея безусловную наличность въ тѣхъ случаяхъ, когда продавца невозможно упрекнуть, въ виду особыхъ конкретныхъ обстоятельствъ, даже ни въ какой неосторожности; «*nec est hoc iniquum*, говоритъ онъ, *potuit enim ea nota habere venditor*»; мотивъ неправиленъ, потому что продавецъ долженъ отвѣчать и въ томъ случаѣ, если докажетъ, что при самой большой осмотрительности онъ не могъ въ моментъ продажи знать о недостаткѣ товара; но присутствіе этого мотива доказываетъ, что *aequitas* требуетъ по общему правилу для

отвѣтственности за убытки по крайней мѣрѣ упущенія со стороны виновнаго изъ виду такихъ обстоятельствъ, которыя онъ могъ и долженъ былъ бы предусмотрѣть, т. е. виновной неосторожности, если уже не злаго умысла ²¹⁾.

Если какое-либо лицо понесло ущербъ въ своемъ имуществѣ вслѣдствіе такого событія, которое никому не можетъ быть вѣннено въ вину, то эти убытки ни съ кого не могутъ быть взыскиваемы. *Causa a nullo praestantur* (L. 23 D. 50, 17). Помимо субъективной виновности немислима, по общему правилу, обязанность къ возмѣщенію ущерба; возможна лишь обязанность къ возврату неосновательнаго обогащенія, о которой рѣчь будетъ ниже. Отсюда понятно, почему Павелъ замѣчаетъ: «*nes iniquum id esse Pomponius libro 39^o ad edictum scribit*» въ L. 21 D. 6, 1 по поводу слѣдующаго рѣшенія. Рѣчь идетъ о томъ, что рабъ, являющійся предметомъ виндикаціи, убѣжалъ отъ *bonae fidei possessor*'а. Если этотъ рабъ былъ «*integrae opinionis*», такъ что на *b. f. possessor*'ѣ не лежитъ никакой субъективной вины въ недостаточно бдительномъ надзорѣ, то никакой отвѣтственности за убытки, рѣшаетъ юристъ, на отвѣтчика возложено быть не можетъ; самое большее, отъ него можно требовать уступки искомъ, если онъ «*interea eum (т.-е. servum) usuceregat*».

²¹⁾ Ср. по поводу этихъ замѣчаній *Per n i s e, Labeo*, т. II стр. 247—250; также пр. 97 ниже.—Что касается втораго мотива, приводимаго Ульпіаномъ: „*neque [enim del. Mom.] interest emptoris cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate*“, то онъ плохо вяжется съ первымъ и напоминаетъ намъ только что охарактеризованныя воззрѣнія, господствовавшія въ древнемъ римскомъ правѣ. Видно, Ульпіанъ не могъ уловить настоящаго мотива данной нормы, хотя чувствовалъ, что она справедлива.—Съ другими исключительными случаями, когда римское право узаконяетъ отвѣтственность за чужую вину и за собственное дѣйствіе, не содержащее въ себѣ элемента субъективной виновности, мы будемъ имѣть случай столкнуться ниже. Въ современныхъ правахъ количество такихъ случаевъ значительно увеличилось и въ будущемъ, можетъ быть, еще болѣе увеличится. Это не значитъ, однако, что современное право готовится покинуть основную точку зрѣнія римскихъ юристовъ на этотъ вопросъ. Каждый случай отвѣтственности за убытки безъ субъективной вины продолжаетъ оставаться исключеніемъ, нуждающимся въ оправданіи особыми соображеніями. Отказаться отъ требованія субъективной виновности при опредѣленіи послѣдствій правонарушенія, значитъ, по мнѣнію Унгера, отказаться отъ всѣхъ результатовъ добитыхъ прогрессомъ юридическаго исслѣдованія, и лишить тѣмъ случай, въ которыхъ допускаются теперь исключенія изъ общаго принципа, ихъ воспитательнаго значенія. *U n g e r, Handeln auf eigene Gefahr, 2-te Auflage*, стр. 129 сл. Ср. *Th o n Rechtsnorm und subjectives Recht*, стр. 105 сл.

Что касается до видовъ субъективной виновности, то, какъ извѣстно, римскіе юристы различали въ области гражданскаго права *dolus* и *culpa* съ различными оттѣнками послѣдней. Если отвѣтственность за *culpa* наступала лишь при извѣстныхъ условіяхъ, такъ какъ не всегда можно требовать отъ каждаго гражданина вниманія и заботы по отношенію къ чужому имуществу и чужимъ правамъ, то отвѣтственность за *dolus*, какъ за намѣренное и сознательное вторженіе въ чужія права, являлась всеобщою. «*Nec enim aequum est dolum suum quemquam relevari*», говоритъ Ульпіанъ ³²⁾.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда лицу вмѣняется отвѣтственность за различныя степени субъективной вины, *aequitas* новаго права, становящаяся при обсужденіи правонарушеній не исключительно на точку зрѣнія потерпѣвшаго, какъ это дѣлало старое право, но придающая принципиальное значеніе внутреннему моменту воли въ правонарушительномъ дѣяніи, требуетъ, чтобы въ мѣрѣ отвѣтственности дѣлалось различіе, смотря по характеру субъективной виновности правонарушителя, обнаруживаемой въ каждомъ конкретномъ случаѣ. Къ злоумышленному нарушенію чужихъ правъ слѣдуетъ относиться строже, нежели къ неосторожному; делитъ, совершенный въ состояніи раздраженія, долженъ быть караемъ легче, нежели преступленіе, исполненное съ заранѣе обдуманномъ намѣреніемъ ³³⁾.

Въ виду этого къ *aequitas* сводятся слѣдующія рѣшенія, относящіяся частью къ гражданскому, частью къ уголовному праву.

Въ области гражданскаго права признано справедливымъ, чтобы при наличности *dolus* со стороны правонарушителя потерпѣвшему было предоставлено больше льготъ и удобствъ при взысканіи убытковъ, нежели при наличности простой *culpa*. По этому поводу мы находимъ слѣдующее рѣшеніе Цельза. «Прошу тебя, разрѣши воп-

³²⁾ L. 63 § 7 D. 17, 2.

³³⁾ Ср. объ этомъ для гражданско-правовой отвѣтственности *J h e r i n g*, *Schuld-moment*, *Verm. Schr.* стр. 215 сл. *H e s s e*, *Archiv für die civilistische Praxis*, т. 61, стр. 252. *T h o n*, *Rechtsnorm*, стр. 64 сл. *F r. M o m m s e n*, *Beiträge zum Obligationenrecht*, II, стр. 255 сл. При *dolus* наступаетъ для виновнаго *infamia*, не допускаются регрессные иски (L. 1 § 14 D. 27, 3), не дается *a. furti* (L. 14 § 3 D. 47, 2 cf. L. 12 § 1 eod), *praestatio doli* не можетъ быть уничтожена договоромъ (L. 27 § 3 D. 2, 14 cf. L. 27 § 9 eod).

рось, слѣдуетъ ли давать противъ магистратовъ, назначившихъ опекуна, иски въ равныхъ частяхъ по числу магистратовъ, или же бывшій опекаемый можетъ самъ выбрать того изъ магистратовъ, противъ котораго онъ желалъ бы вчинить искъ *in solidum*? Цельзь отвѣчалъ: если магистраты злоумышленно не потребовали отъ опекуна обезпеченія въ пользу опекаемаго, то опекаемому слѣдуетъ дать искъ *in solidum* противъ любого изъ нихъ; если же это произошло вслѣдствіе простой неосторожности магистратовъ, а не злаго умысла, то я полагаю, что справедливѣе дать искъ противъ каждаго изъ нихъ *pro portione*, лишь бы было сохранено имущество опекаемаго³⁴⁾.—Самый размѣръ обязанности къ возмѣщенію убытковъ измѣняется въ зависимости отъ того, какую степень субъективной виновности проявилъ правонарушитель. Наивысшаго размѣра эта обязанность достигаетъ при *dolus malus*; при отсутствіи же злаго умысла отвѣтственность потерпѣвшаго смягчается и въ этомъ отношеніи. Такой смыслъ, думаемъ мы, заключается въ ссылкѣ на *aequitas*, дѣлаемый Павломъ въ концѣ L. 43 D. 19, 1: *plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.*—если сравнить эти слова съ выраженіями того же юриста въ L. 45 § 1 eod.: *in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet*³⁵⁾.

³⁴⁾ L. 7. D. 27, 8.—На тотъ же самый постулатъ *aequitatis*, указываетъ по нашему мнѣнію и Павелъ въ L. 44 § 1 D. 21, 1. Онъ хочетъ сказать, что эдилы допустили такое исключеніе изъ общаго правила въ пользу покупателя, потому что на сторонѣ торговцевъ рабами (*venaliciarii*) въ случаѣ продажи негоднаго раба всего скорѣе можно предполагать *dolus* (*nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum propius est*); это даетъ основаніе нѣсколько усилить ихъ отвѣтственность, согласно справедливости, т. е. предоставить покупателю при процессѣ извѣстныя удобства насчетъ продавцевъ. См. объ этомъ фрагм. *Lenel*, *Edictum perpetuum*, стр. 448. *Brinz*, *Pand. т. II* (3-te Auflage), § 327 прим. 44. *Vangerow*, *Pand. т. III* (7-te Auflage), стр. 306. Иное основаніе для этой нормы старается подыскать *Soehn*, *Lex 44 § 1 de aedil. ed. XXI, 1*. Berlin. 1892 (*Diss. inaug.*), утверждающій, что это положеніе права должно примѣняться ко всѣмъ случаямъ продажи и даже отдачи внайми *regum conrogalium*. Едва-ли, однако, аргументація *C.* можетъ быть признана убѣдительною.

³⁵⁾ Въ этомъ толкованіи L. 43 D. 19, 1 мы слѣдуемъ *Jhering'u* *op. cit.*, стр. 216. *Ср. Keller*, *Pand. т. II*, стр. 65—66. *Hartmann*, *Arch. f. civ. Praxis*,

Два рѣшенія относятся къ области уголовного права. Если обстояательства, при которыхъ совершено преступленіе, указываютъ на то, что преступная воля проявлена была делинквентомъ не въ той степени, которая предполагалась законодателемъ при установленіи кары за данное преступленіе, то и наказаніе должно быть положено въ меньшихъ размѣрахъ, чѣмъ какіе предписаны закономъ. Отсюда Палиніанъ ссылается на *aequitas* по слѣдующему поводу. Ему предложенъ былъ вопросъ, какъ поступить съ мужемъ, который убилъ свою жену, застигнутую имъ *in adulterio*. На это юристъ отвѣтилъ, что право убивать жену въ этомъ случаѣ не предоставлено мужу новыми уголовными законами и потому убійство это должно быть подвергнуто карѣ, установленной *lege Cornelia de sicariis*. Однако, такъ какъ мужъ дѣйствовалъ подъ вліяніемъ *hopestissimus calor*, то по справедливости наказаніе для него должно быть установлено ниже нормы; вмѣсто *roena capitis vel deportatio* можно ограничиться присужденіемъ *usque ad exilium* *).—Наоборотъ, делинквентъ, прибѣгнувшій для совершенія преступленія къ особо опаснымъ средствамъ, заслуживаетъ наказанія, усиленнаго свыше нормы. Такъ, Ульпіанъ находитъ, что тѣхъ *abigeos*, кото-

т. 73, стр. 361.—Общая мысль раздѣляется также *Arnold's*, *Pand.* § 206, прим. 4, х. *Unterholzner's*, *Schuldverhältnisse*, т. I § 131 по *t. f. g. Ungel's*, *Handeln auf eigene Gefahr*, стр. 2 пр. 3.—Замѣчаніе; дѣлаемое по поводу воззрѣнія Іеринга у *Windscheid*, *Pand.* т. II § 258 пр. 14, неосновательно, ибо Іерингъ приводит *L. 43 cit.* только въ подтвержденіе существованія у римскихъ юристовъ общей тенденціи дѣлать различіе въ мѣрѣ отвѣтственности, смотря по размѣру вины; отъ установленія какихъ нибудь общихъ положеній по этому поводу Іерингъ прямо отказывается (стр. 217 цит. соч.). Ту же ошибку въ передачѣ воззрѣнія Іеринга дѣлаетъ и *Derburg*, *Pand.* (3-te Aufl.), т. II § 45 пр. 5, который, впрочемъ, въ общемъ раздѣляетъ мысль Іеринга (прим. 7).—Намъ кажется, что тотъ же принципъ, введенный въ право на основаніи *aequitas*, имѣетъ въ виду имп. *Gordianus*, говоря о должникѣ, совершившемъ *sessio bonorum*, въ *L. 3 C. 7, 72 „cum eum aequitas auxilio exsceptionis tuiat“*. Римскій исполнительный процессъ по гражданскимъ дѣламъ имѣлъ цѣлью не только дать возможное удовлетвореніе имущественнымъ претензіямъ кредиторовъ, но и наказать неплатящаго должника (*infamia, exec. personalis*). *Aequitas* Гордіана указываетъ на потребность сообразовать строгость взыскація съ субъективнымъ настроеніемъ должника. Должникъ, дѣлающій съ своей стороны все возможное для удовлетворенія своихъ кредиторовъ, не заслуживаетъ такого строгаго обращенія, какъ должникъ упорный, не желающій платить. Въ § 40 *J. 4, 6* стоитъ ссыла на *humanitas*.

*) *Collatio, IV, 10, 1. Rein, das Criminalrecht der Römer*, стр. 843, 419.

рые *«cum gladio abigunt»*, вполне справедливо подвергать не обыкновенному наказанию, но выбрасывать ихъ на растерзаніе дикимъ звѣрямъ ²⁷⁾).

Новый примѣръ того, что на основаніи *aequitas* если не вполне уничтожается, то въ значительной степени ослабляется одинъ изъ общихъ принциповъ древняго права, даютъ намъ *a. exercitoria* и *a. institoria*. Какъ извѣстно, древнее римское право не допускало въ принципѣ прямого представительства, т. е. такого, гдѣ послѣдствія сдѣлки, заключенной представителемъ на имя принципала, возникаютъ непосредственно для послѣдняго. Въ этомъ случаѣ древнее право придерживалось болѣе естественнаго воззрѣнія, согласно которому каждый долженъ дѣйствовать самъ за себя, и инстинктивно избѣгало тѣхъ осложнений, которыя произошли бы въ юридическихъ отношеніяхъ съ допущеніемъ представительства и распутываніе которыхъ едва ли было бы подъ силу древнему присяжному судѣ. На ряду съ этимъ дѣйствовало и то обстоятельство, что практическія потребности въ представительствѣ въ ту эпоху были невелики: оборотъ совершался медленно, число заключаемыхъ сдѣлокъ было незначительно; территорія, въ предѣлахъ которой происходилъ оборотъ, не достигала еще большихъ размѣровъ; кромѣ того, права (но не обязанности) можно было приобрѣтать черезъ подвластныхъ. Всѣ эти условія оборота рѣзко измѣнились съ теченіемъ времени. Границы территоріи, на которую распространялся оборотъ, расширились; быстрота оборота и количество заключаемыхъ сдѣлокъ въ значительной степени увеличились. Возрасла и способность къ абстрактному мышленію.—Особенно давалъ себя знать недостатокъ представительства въ области торговли и преимущественно морской. Одинъ и тотъ же предприниматель могъ имѣть нѣсколько торговыхъ заведеній въ разныхъ мѣстахъ, управленіе которыми онъ поручалъ своимъ подвластнымъ или свободнымъ лицамъ (*institores*); одинъ и тотъ же арматоръ (*exercitor*) могъ имѣть нѣсколько кораблей, предоставляя заключеніе сдѣлокъ шкиперамъ ихъ (*magister navis*). При господствѣ строгаго принципа права, сдѣлки этихъ прикащиковъ и шкиперовъ обявывали только ихъ самихъ и третій контрагентъ не могъ обратиться съ искомъ къ ихъ принципалу. Этому контрагенту

²⁷⁾ Collatio, XI, 8, 4-L. 1 § 3 D. 47, 14. R e i n, op. cit., стр. 824.

если онъ желалъ обезпечить свое довѣріе, недостаточно было знать имя и кредитоспособность хозяина торговаго предпріятія или корабля, съ которымъ онъ вступалъ въ сдѣлку; ему нужно было сверхъ того удостовѣриться въ кредитоспособности *institor*'а и *magister*'а *navis*, противъ которыхъ онъ долженъ былъ выступать съ своими исками. Принимая во вниманіе, что торговыхъ фирмъ было сравнительно немного, а отдѣльныхъ *institores* и шкиперовъ кораблей очень много, мы можемъ оцѣнить, какія неудобства вносило это состояніе права въ развитой торговый оборотъ. Практическія потребности оборота настоятельно требовали вмѣшательства законодателя. Такъ какъ право не удовлетворяло потребностямъ, которыя признавались достойными защиты во имя общаго блага, то оно было *jus iniquum*; *aequitas* требовала реформы права. И реформа эта была сдѣлана преторомъ: оставляя *institor*'а и *magister*'а *navis* лично обязанными изъ заключаемыхъ ими сдѣлокъ, онъ далъ на ряду съ этимъ третьимъ контрагентамъ иски противъ принципала—*a. institoria* и *exercitoria*—въ качествѣ *actiones adjectivae qualitatis*. Этимъ путемъ принципъ древняго права не былъ уничтоженъ, но сдѣланъ безвреднымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ былъ всего неудобнѣе, т. е. въ области торговыхъ сдѣлокъ³⁸).—Таково именно содержаніе той *aequitas*, которую Ульпіанъ приводитъ въ оправданіе этихъ двухъ исковъ въ L. 1 pr. D. 14, 1. «Всякій знаетъ, какъ очевидна польза этого эдикта (*de exercitoria actione*). Вѣдь часто мы побуждаемые необходимостью отправиться въ плаваніе, заключаемъ договоры съ шкиперами, не зная о томъ, каково ихъ положеніе и личныя свойства; поэтому справедливо было, чтобы лицо, назначившее шкипера, отвѣчало такъ же, какъ отвѣчаетъ лицо, назначившее *institor*'а въ лавкѣ или промышленномъ заведеніи, ибо больше необходимости вступать въ сдѣлки съ шкиперомъ, нежели съ инститоромъ. Вѣдь обстоятельства дозволяютъ справиться о положеніи инститора и тогда уже вступать съ нимъ въ договоръ; не то бываетъ въ случаѣ договора съ шкиперомъ корабля, ибо въ этомъ случаѣ условія мѣста и времени часто не позволяютъ долго раздумывать»³⁹).

³⁸) О торговомъ характерѣ *a. exercitoria* и *institoria* ср. Вагон, *Abhandlungen aus dem gbm. Civilprozess.*, т. II стр. 183 сл. *Mitteis*, *Stellvertretung*, стр. 23 сл.

³⁹) Ульпіанъ въ этомъ фрагментѣ указываетъ на то, что потребность въ прямомъ искѣ противъ принципала чувствовалась при заключеніи сдѣлки со шкиперомъ въ

Сюда же, намъ кажется, слѣдуетъ отнести ссылку на *aequitas* въ двухъ рескриптахъ императоровъ Діоклетіана и Максиміана, помѣщенныхъ въ Кодексъ Юстиніана, а именно въ L. 8 C. 3, 42 (а. 293) и L. 7 C. 5, 14 (а. 294) ⁴⁰). Въ обоихъ этихъ фрагментахъ узаконяются для двухъ особенныхъ случаевъ на основаніи *aequitas* изъятія изъ общаго принципа римскаго права, согласно которому третье лицо не можетъ непосредственно приобрѣсти искъ изъ договора, состоявшагося между другими лицами, если оно не приняло участія въ этомъ договорѣ даже въ качествѣ лица, представляемаго однимъ изъ контрагентовъ (т. назыв. договоры въ пользу третьяго лица). Первый изъ этихъ фрагментовъ даетъ личный искъ изъ договора третьему лицу въ томъ случаѣ, если вещь его была отдана первымъ контрагентомъ второму въ ссуду или поклажу съ оговоркой о возвратѣ ея собственнику. Во второмъ фрагментѣ *utilis actio* дается внукамъ изъ договора дѣда, который, устанавливая за дочерью приданое, условился, чтобы въ случаѣ ея смерти въ бракѣ приданое это было выдано ея дѣтямъ. Въ этихъ случаяхъ какъ показывается ссылка на *aequitas*, проведеніе строгаго принципа, существующаго въ правѣ, не было бы согласно съ возрѣніями данной эпохи, лишало бы защиты интересы, по мнѣнію общества вполне достойные вниманія законодателя, и такимъ образомъ являлось бы лишнимъ стѣсненіемъ гражданскаго оборота, не имѣющимъ достаточнаго основанія. Мы не можемъ, однако, сказать, насколько являлся для Римлянъ стѣснительнымъ этотъ строгій принципъ права и въ какой мѣрѣ они рѣшились съ нимъ покончить. Все ученіе о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ представляется намъ еще недостаточно выясненнымъ какъ съ теоретической, такъ, въ осо-

еще въ болѣе степенн, нежели при сдѣлкахъ съ инстиниторомъ. Это замѣчаніе вполне правильно и этотъ фактъ, наряду съ нѣкоторыми другими, даетъ поводъ думать, что именно въ области морской торговли, гдѣ потребность была сильнѣе, преторъ рѣшился прежде всего сдѣлать свое нововведеніе, т. е. что *a. exercitoria* возникла раньше, чѣмъ *a. institoria*. Ср. *A s s a g i a z*, *Précis de droit romain*, т. II, стр. 372 прим. 1.—Интересно также въ этомъ фрагментѣ для нашихъ ближайшихъ цѣлей ясное указаніе на тѣсную связь между первымъ принципомъ *aequitatis* и *utilitas*. Ульпіанъ здѣсь оба слова употребляетъ безразлично.

⁴⁰) Ср. также L. 45 D. 24, 3. Впрочемъ, въ этомъ фрагментѣ послѣднія положенія, вѣроятно, интерполированы компиляторами (см. *Karlowa*, *Rechtsgeschäft*, стр. 70 сл.).

бенности, съ исторической стороны ⁴¹⁾. Въ частности нельзя еще считать вполне разрѣшеннымъ вопросъ о томъ, являются ли извѣстные намъ случаи, въ которыхъ римское право давало искъ третьему лицу изъ подобнаго рода договоровъ, только единичными исключеніями изъ господствовавшаго прежде принципа или же въ нихъ нужно видѣть проявленіе какого-либо новаго общаго принципа ⁴²⁾. Во всякомъ случаѣ, если даже послѣднее предположеніе является вѣрнымъ, то въ нашихъ двухъ рѣшеніяхъ проявленіе этого общаго принципа могло быть облегчено тѣмъ обстоятельствомъ, что въ одномъ изъ нихъ рѣчь идетъ о договорѣ, заключаемомъ восходящимъ родственникомъ, который желалъ съ помощью этого договора позаботиться о своихъ нисходящихъ ⁴³⁾, а въ другомъ—цѣлью договора въ пользу 'третьяго лица является возвратъ этому третьему лицу его собственной вещи, которую онъ, притомъ, и помимо этого договора могъ бы вернуть себѣ отъ промиттента только болѣе сложнымъ путемъ, посредствомъ *rei vindicatio* ⁴⁴⁾. Въ обоихъ случаяхъ строгое проведеніе правомъ принципа, не допускающаго исковъ со стороны третьихъ лицъ, могло показаться обществу въ виду этихъ обстоятельствъ особенно вопіюще *iniquitas juris*.

Съ такою же переменною принципомъ права на основаніи *aequitas* мы встрѣчаемся въ области семейнаго и наслѣдственнаго права. Древне-римское право насквозь проникнуто принципомъ агнатства; только агнатское родство принимается во вниманіе правомъ и снабжается юридическими послѣдствіями. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ еще законы XII таблицъ. Но уже въ ту эпоху возрѣнія общества начали мѣняться; въ области нравовъ—*mores*—во многихъ случаяхъ

⁴¹⁾ Ср. по этому поводу *Dogmengeschichte der Verträge zu Gunsten Dritter* у *G a r e i s*, *Verträge zu Gunst. Dritter*, стр. 51 сл.; *W i n d s c h e i d*, *Pandekten*, т. II, §§ 316, 316-а.

⁴²⁾ См. напр. замѣчанія *G a r e i s*'а о теоріи *Brinz*'а (I. с. 103; ср. тамъ-же стр. 212 сл.). Cf. *A s s a g i a s*, *Précis*, т. II стр. 85.

⁴³⁾ Ср. *U n g e r*, *Jahrbuch für Dogm.*, т. X, стр. 40.

⁴⁴⁾ Кромѣ того, въ этомъ случаѣ депонентъ или коммодантъ стояли, вѣроятно, въ такихъ договорныхъ отношеніяхъ съ собственникомъ вещи, которая управомочивала послѣдняго искомъ изъ контракта требовать у нихъ *cessio actionis depositi* *res. commodati*. Отсюда очень недалеко было до предоставленія собственнику прямаго обязат. иска противъ поклаже—или ссудоприимателя, если депонентъ или коммодантъ сдѣлалъ оговорку о возвратѣ вещи собственнику, Ср. *U n g e r*, I. с. стр. 48, *D e r n b u r g*, *Pfandrecht*, т. I, стр. 155.

принимается во вниманіе другой принципъ, именно принципъ когнатскаго родства ⁴⁵⁾. Съ теченіемъ времени агнатская семья все болѣе и болѣе приходитъ въ упадокъ, а когнатскій принципъ, наоборотъ, укрѣпляется въ воззрѣніяхъ общества. Во второй половинѣ республики исключительное проведеніе въ правѣ принципа агнатскаго родства дѣлается уже вполнѣ несогласнымъ съ воззрѣніями общества и съ фактическимъ состояніемъ гражданскихъ отношеній. Этотъ принципъ представляется уже не гармонирующимъ съ жизнью, искусственно созданнымъ. Интересы когнатовъ являются въ глазахъ общества не менѣе, если не болѣе достойными защиты, нежели интересы агнатовъ. Многіе институты права, построенные на принципѣ агнатства, не достигаютъ теперь, по мнѣнію общества, своей цѣли. Чтобы устранить этотъ недостатокъ, необходимо ввести въ нихъ новый принципъ, реформировать ихъ согласно новымъ воззрѣніямъ общества. Этого требуетъ общее благо, т. е. эта реформа необходима съ точки зрѣнія *aequitas*.—Прямую ссылку на *aequitas* для оправданія реформы институтовъ права въ этомъ направленіи мы встрѣчаемъ въ нашихъ источникахъ по поводу института наследованія *ab intestato*. Цѣль этого института, по воззрѣніямъ общества состоитъ въ томъ, чтобы обезпечить переходъ имущества къ ближайшимъ родственникамъ ⁴⁶⁾. Древнее право, согласно проникнувшему ему общему принципу, признавало и въ этомъ случаѣ только агнатское родство. По воззрѣніямъ новаго общества нѣтъ основанія ставить когнатовъ въ худшее положеніе, нежели агнатовъ. Отсюда вполнѣ справедливо произвести соответственную реформу въ правѣ, такъ какъ иначе право не будетъ давать защиты всѣмъ интересамъ, заслуживающимъ вниманія законодателя. Какъ извѣстно, эту реформу произвелъ дѣйствительно преторъ, и теперь намъ понятно,

⁴⁵⁾ См. Voigt, *Jus Naturale*, т. III, § 150.

⁴⁶⁾ Эта общая цѣль, преслѣдуемая институтомъ наследованія *ab intestato*, и есть та *rei aequitas*, о которой упоминаетъ Ульпіанъ (или *divi fratres*? *Lenel, Palingenesia*, *Ulp.* 1101) въ *L. 6 D. 38, 6*. Въ этомъ фрагментѣ содержится рѣшеніе, что *b. pos. intestati* послѣ смерти эманципированнаго отца должна быть предоставлена его сну, оставшемуся подъ властью дѣда, и въ оправданіе приводится „*rei aequitas et causa edicti, quo de b. pos. liberis danda savetur*“. Эту фразу слѣдуетъ передать такъ: „Это вытекаетъ какъ изъ общей идеи, проникающей институтъ наследованія *ab intestato*, такъ и изъ такой-то статьи преторскаго эдикта, созданной въ согласіи съ этой идеей“.

въ какомъ смыслѣ сводятъ ее наши источники къ *aequitas*. Сюда относятся въ частности слѣдующіе фрагменты.

L. 2 D. 38,8. *Gajus*. «Въ этой части эдикта (*unde cognati*) преторъ, побуждаемый естественной справедливостью, объщалъ *bonorum possessio* всѣмъ когнатамъ, которыхъ кровное родство призываетъ къ наслѣдованію, хотя бы по *jus civile* они и не имѣли наслѣдственнаго права.»

L. 6 § 1 D. 37, 1. *Paulus*. Говоря о *bonorum possessio intestati*, юристъ замѣчаетъ, что здѣсь къ наслѣдованію призываются какъ такія лица, которыя имѣютъ *jus legitimum*, такъ и такія, которыя его не имѣютъ «*propter capitis deminutionem. quamvis enim jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem desiderunt sui heredes esse, propter aequitatem tamen rescindit eorum capitis deminutionem praetor.*» ⁴⁷⁾.

Важное принципиальное значеніе для построенія весьма многихъ институтовъ права имѣетъ то обстоятельство, какихъ возрѣній держится общество на понятіе имущества. Есть основанія думать ⁴⁸⁾, что древнее римское общество и римскіе юристы смотрѣли на имущество просто, какъ на совокупность тѣлесныхъ вещей. Такой взглядъ вполне гармонировалъ съ отмѣченнымъ уже нами по другому поводу чувственнымъ, матеріалистическимъ характеромъ возрѣній древняго общества, а также и съ характеромъ древняго оборота: денежное хозяйство въ древнія эпохи существованія Рима было мало развито, кредитъ еще только зарождался; поэтому обязательственныя права не имѣли еще очень важной роли въ имуществѣ, главной составной частью котораго являлась земля; и въ деньгахъ не привыкли еще видѣть общаго масштаба для измѣренія всѣхъ цѣнностей, благодаря примѣненію котораго можно и въ цѣломъ имуществѣ видѣть единую цѣнность, однородную со всѣми остальными цѣнностями, находящимися въ оборотѣ. По мѣрѣ развитія денежнаго хозяйства и по мѣрѣ усиленія привычки всѣ цѣнности измѣрять деньгами, съ одной стороны старое возрѣніе на

⁴⁷⁾ См. также *Gai Inst.* III, 25. *Sed hae juris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.* § 9 J. 3, 1.

⁴⁸⁾ Ко всему послѣдующему ср. *Pernice, Labeo*, т. I, глава „*das Vermögen*“, стр. 310 слл.

имущество уже перестало соответствовать хозяйственному строю жизни, въ которомъ начали встрѣчаться имущества, сплошь или главнымъ образомъ состоящія изъ *res incorporales*; съ другой стороны появился и общій масштабъ, при помощи котораго имущество, какъ цѣлое, можно было приравнять къ прочимъ вещамъ, являющимся предметомъ оборота. Въ виду этихъ причинъ съ теченіемъ времени возрѣнія общества и юристовъ радикально измѣняются. На имущество начинаютъ смотрѣть какъ на особое цѣлое, составляющее единую цѣнность; къ этому цѣлому принадлежатъ не только тѣлесныя вещи, но и обязательственныя требованія и даже долги; это цѣлое, какъ единая цѣнность, не зависитъ отъ перемѣны входящихъ въ его составъ объектовъ; всѣ эти объекты могутъ перемѣниться, но имущество останется тѣмъ же самымъ.—Соответственно такому измѣненію возрѣній на имущество, должны были быть измѣнены и многія нормы права, построенныя примѣнительно къ прежде господствовавшему взгляду. Реформа принципиальнаго положенія и сопутствующія ей перемѣны въ отдѣльныхъ нормахъ соответствовали *aequitati*, ибо только при помощи этой реформы право могло организовать защиту многихъ интересовъ такъ, какъ это соответствовало измѣнившимся возрѣніямъ общества.—Мы имѣемъ въ нашихъ источникахъ лишь одинъ разъ ссылку на *aequitas* по поводу принципиальной реформы, совершившейся въ этомъ направленіи въ римскомъ правѣ и не во всѣхъ пунктахъ проведенной послѣдовательно. Рѣчь идетъ въ этомъ фрагментѣ о перемѣнахъ, которыя соответственно этой принципиальной передѣлкѣ права должны были быть произведены въ области иска *hereditatis petitio*. Такъ какъ объектомъ этого иска являлось имущество и такъ какъ имущество, согласно новымъ возрѣніямъ, рассматривалось, какъ одно цѣлое, независимое отъ смѣны его составныхъ частей, то справедливость требовала опредѣлять объектъ даннаго иска такъ, чтобы съ помощью него можно было вытребовать не только *res hereditariae*, но и цѣны проданныхъ владѣльцемъ наслѣдственныхъ вещей, ибо эти цѣны заступали мѣсто послѣднихъ вещей и продолжали входить въ составъ наслѣдства, остававшагося неизмѣннымъ, несмотря на перемѣну входящихъ въ него объектовъ. Все это изложено достаточно ясно въ *oratio Hadriani*, произнесенной по поводу изданія *Scii Juventiani* и переданной намъ Павломъ въ L. 22 D. 5, 3: «Dis-

picite, patres conscripti, значится здѣсь, numquid sit aequius possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum».

Отъ реформы общихъ принциповъ права перейдемъ къ реформѣ отдѣльныхъ нормъ и институтовъ права. Если окажется, что строгое и послѣдовательное проведение известной нормы приводитъ въ результатъ къ тому, что остается неудовлетвореннымъ какой нибудь интересъ достойный юридической охраны, или наоборотъ къ тому, что юридическую защиту получаютъ такіе интересы, которые ей не заслуживаютъ, то въ этой нормѣ должны быть по требованію *aequitatis* произведены перемѣны, соотвѣтствующія воззрѣніямъ общества на то, что требуется для общаго блага. Въ виду этого мы встрѣчаемъ ссылку на *aequitas* въ слѣдующихъ фрагментахъ.

L. 5 § 17 D. 14, 3 *Ulpianus*. Въ римскомъ правѣ существуетъ норма, согласно которой всякое полномочіе прекращается со смертью лица уполномочившаго; сдѣлки, заключенныя уполномоченнымъ послѣ этого момента, не обязательны для наслѣдниковъ довѣрителя. Однако, подъ влияніемъ практическихъ соображеній римскіе юристы рѣшаются сдѣлать одно ограниченіе въ дѣйствіи этой нормы. Именно, въ той же области, въ которой былъ обойденъ впервые принципъ недопустимости прямаго представительства,—въ области уже известной намъ *a. institoria*—они постановили, что третьи лица, bona fide заключившія съ *institor*'омъ сдѣлки по смерти принципала, должны имѣть *a. institoriam* по поводу этихъ сдѣлокъ къ наслѣдникамъ принципала, хотя бы тѣ, въ моментъ заключенія сдѣлокъ, еще не вступили въ наслѣдство и не успѣли возобновить полномочія *institor*'а. Эта новая норма въ L. 5 § 17 *cit.* сводится къ *aequitas*. Подъ этимъ мотивомъ разумѣется ничто иное, какъ ссылка на практическія потребности торговаго оборота; въ интересахъ развитія этого оборота пужно было отказаться отъ строгаго проведенія общаго правила, вполне естественнаго, чтобы придать заключенію сдѣлокъ съ *institor*'ами характеръ возможно большей обезпеченности и безопасности для публики ⁴¹⁾).

⁴¹⁾ Существуютъ разнообразныя попытки соглашенія L. 5 § 17 D. *cit.* съ L. 17 § 3. *cod.* или же объясненія противорѣчія между ними. Изъ этихъ попытокъ, намъ кажется, наибольшаго одобренія заслуживаетъ предложеніе Faber'a читать въ L. 17 § 3

L. 17 D. 13, 5 Paulus. Этотъ фрагментъ относится къ *a. de pecunia constituta*. Сущность этого иска въ современной литературѣ является весьма спорной. Вгунс⁵⁰⁾ и Лепел⁵¹⁾ считаютъ его за *a. in factum*, предметомъ которой являлось возмѣщеніе убытковъ, происшедшихъ для кредитора отъ неисполненія должникомъ конститута; заключеніе *sponsio et restipulatio dimidiae partis* при этомъ, по мнѣнію Брунса, не было обязательно и зависѣло отъ желанія кредитора⁵²⁾; кредиторъ прибѣгалъ къ этой *sponsio* тогда, когда не считалъ возможнымъ доказать наличности большихъ для себя убытковъ отъ неисполненія конститута должникомъ⁵³⁾. Напротивъ, голландскій ученый Корреуневанде Корпелло⁵⁴⁾ доказываетъ, что въ классическомъ правѣ *a. de pecunia constituta* отличалась отъ обыкновенной *condictio* только тѣмъ, что при ней стороны обязательно⁵⁵⁾ заключали *sponsio et restipulatio dimidiae partes*, тогда какъ при обыкновенной *a. certae creditae pecuniae* (а также и при *condictio triticaria*, по мнѣнію К.) онѣ должны были довольствоваться заключеніемъ *sponsio et restipulatio tertiae partis*.—Мы не имѣемъ возможности вдаваться въ разборъ этихъ противорѣчивыхъ мнѣній. Это не представляется особенно важнымъ для нашихъ непосредственныхъ цѣлей. По обоимъ воззрѣніямъ неисполненіе обязательства, подтвержденнаго посредствомъ *constitutum*,

cit. вмѣсто „*sciens*“—„*nesciens*“, хотя для такого чтенія нѣтъ опоры въ рукописяхъ. Это чтеніе, однако, болѣе соответствовало бы всему остальному тексту L. 17 § 3. „Въ самомъ дѣлѣ, очень странно звучитъ, если говорить: тому, кто сознательно заключилъ сдѣлку съ инстиниторомъ умершаго, это не должно быть вѣнваемо въ вину. Едва ли можно предположить, что римскій юристъ выразилъ бы свою мысль такимъ образомъ, еслибы онъ признавалъ, что здѣсь не имѣетъ значенія незнаніе третьяго контрагента.“ Моштваен, *Ergrterungen*, т. II, стр. 117 прим. 11.—Ср. къ этому *Mittels*, *Stellvertretung*, стр. 29 и 200. *Regelsberger*, *Pandekten*, т. I, стр. 395 прим. 11.—Другое ограниченіе дѣйствія нормы о погашеніи полномочія со смертію довѣрителя, имѣвшее мѣсто въ пользу мандатарія, основано на иномъ постулатѣ *aequitatis*; мы съ нимъ встрѣтимся ниже.

⁵⁰⁾ *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, т. I, стр. 28—130 (1861 г.).

⁵¹⁾ *Edictum perpetuum*, § 97. (1883 г.).

⁵²⁾ *Gai Inst.* IV, 171 говорить „*permittitur*“. Вгунс, *l. c.* стр. 58.

⁵³⁾ Вгунс. *l. c.*, стр. 62.

⁵⁴⁾ *Abhandlungen zum Röm. Staats-und Privatrecht*, bers. von Conrat, Heft 2, стр. 200—354 (1885 г.).

⁵⁵⁾ Выраженію *Gai* „*permittitur*“ нельзя придавать того значенія, которое придаетъ ему Вгунс, думаетъ Корреуне, стр. 209 сл.

должно приводить къ болѣе тяжелымъ для отвѣтчика послѣдствіямъ, нежели неисполненіе обязательства, по поводу котораго можетъ быть предъявлена только простая *condictio certi*.—Для того чтобы эти послѣдствія возникли для отвѣтчика, истецъ долженъ былъ доказать наличность нѣкоторыхъ условій, перечисленныхъ въ эдиктѣ претора, слова котораго переданы намъ Ульпіаномъ въ L. 16 § 2 D. 13, 5 ⁵⁶⁾: «*si appareat (слѣд. чит. paret) eum qui constituit neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetit (stetisse), quo minus fieret, quod constitutum est*». Согласно этому, истецъ, помимо доказательства, что между нимъ и отвѣтчикомъ состоялся вполне дѣйствительный конститутъ, долженъ, для того чтобы подвергнуть должника невыгоднымъ послѣдствіямъ, связаннымъ съ осужденіемъ по *a. de pecunia constituta*, доказать еще слѣдующее: 1) что должникъ до самой *litis contestatio* не заплатилъ своего главнаго долга ⁵⁷⁾; 2) что онъ не выполнилъ также и того обѣщанія, которое составляло предметъ конститута; 3) и что это неисполненіе конститута произошло не вслѣдствіе препятствій со стороны истца. По поводу послѣдняго пункта Ульпіанъ ⁵⁸⁾ объясняетъ намъ, что препятствія эти могутъ быть самаго различнаго рода и что не требуется, чтобы они зависѣли отъ воли истца. Въ этомъ толкованіи нѣтъ ничего страннаго; оно является выводомъ изъ общаго принципа *aequitatis*, съ которымъ мы встрѣтимся ниже, что должникъ, сдѣлавшій съ своей стороны все возможное и нужное для исполненія своего обязательства и не исполнившій его только потому, что кредиторъ не могъ или не хотѣлъ безъ достаточнаго основанія оказать ему своего содѣйствія, не долженъ быть ставимъ правомъ въ худшее положеніе, нежели должникъ, исполнившій обязательство. Въ настоящее время для насъ представляетъ интересъ контроверза, возникшая между юристами по поводу толкованія той же статьи преторскаго эдикта въ другомъ отношеніи. Именно, вопросъ возникъ о томъ, къ какому моменту времени слѣдуетъ относить слова: «*neque fecisse neque per actorem stetisse*», ко времени ли, которое было

⁵⁶⁾ По мнѣнію *Lenel*'а, l. c., стр. 197, это—слова формулы *a. in factum*; по мнѣнію *Korperue*, это—текст *sponsionis et restip. dimidiae partis* (стр. 205).

⁵⁷⁾ Таково значеніе словъ „*neque solvere*“, по мнѣнію *Korperue*, стр. 24^o.

⁵⁸⁾ Въ L. 18 pr. D. 13, 5.

указано въ договорѣ *constitutum*, или же ихъ можно относить и къ болѣе позднему моменту? Ульпіанъ высказался въ пользу первой альтернативы; по его мнѣнію, должникъ только тогда избавляется отъ невыгодныхъ послѣдствій *a. de pecunia constituta*, когда онъ исполнилъ конститутъ или сдѣлалъ все необходимое для его исполненія въ тотъ самый моментъ, который былъ опредѣленъ въ этомъ договорѣ ⁵³⁾. Павелъ держится иного мнѣнія. Онъ говоритъ, что при извѣстныхъ обстоятельствахъ должникъ можетъ избавиться отъ осужденія по *a. de pecunia constituta* и въ томъ случаѣ, если окажется, что онъ сдѣлалъ все необходимое для исполненія (или исполнилъ— это разумѣется само собою) конститута даже по истеченіи момента, установленнаго въ договорѣ, и въ подтвержденіе правильности своего взгляда ссылается на *aequitas*. «*Sed et si alia die offerat, hoc non accipiendi, nec actor accipere voluit, nec ulla causa justa fuit non accipiendi, aequum est succurri reo aut exceptione aut justa interpretati- one, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat: ut illa verba <neque fecisse> hoc significant, ut neque in diem, in quem constituit, fecerit neque postea*». По нашему мнѣнію ⁵⁴⁾, это разно- гласіе между юристами можетъ быть объяснено только чисто исто- рическимъ путемъ. Намъ кажется, что взглядъ Ульпіана является не болѣе, какъ историческимъ переживаніемъ. Ульпіанъ повторилъ въ своемъ комментаріи къ эдикту толкованіе, которое дѣлалось старыми юристами, которое вполнѣ соотвѣтствовало состоянію инсти- тута въ прежнее время и мысли, руководившей престоромъ при ре- дактированіи эдикта, но которое уже не было въ соотвѣтствіи съ состояніемъ института въ эпоху Павла и Ульпіана ⁵⁵⁾. Болѣе само- стоятельный въ своихъ работахъ Павелъ, который проявлялъ болѣе критическое отношеніе къ старой литературѣ ⁵⁶⁾, избѣжалъ этой ошибки и указалъ въ своемъ комментаріи, что подобнаго рода тол-

⁵³⁾ L. 16 § 4. L. 18 pr. D. 13, 5.

⁵⁴⁾ Вгипъ и Корреупе не высказываются совѣтъ объ этомъ вопросѣ.

⁵⁵⁾ Обращения такого рода необдуманнаго заимствованія чужихъ мнѣній со сторо- ны Ульпіана встрѣчаются въ источникахъ нерѣдко. См. напр. Lenel, *Edictum perpetuum*, стр. 227, прим. 6.

⁵⁶⁾ Ср. по этому поводу характеристику Павла и Ульпіана у Krüger, *Ge- schichte der Quellen und Litteratur d. röm. R.*, § 26.

кованіе эдикта ⁶³⁾ не соотвѣтствуетъ современному состоянію конститута и что оно приводитъ потому къ *iniq̄uitas*, оставляя безъ вниманія такіе интересы должника, которые являются вполнѣ достойными защиты. *Aequitas*, по мнѣнію Павла, требуетъ или болѣе правильнаго толкованія эдикта претора или же, если преторъ дѣйствительно думалъ такъ, какъ учатъ другіе толкователи его эдикта, реформы данной статьи эдикта, путемъ включенія въ нее соотвѣтственной *exsertio*.—Эта мысль наша основана на слѣдующихъ соображеніяхъ. *В г и н с* ⁶⁴⁾ доказалъ, что первоначальнымъ случаемъ конститута, на которой и былъ разсчитанъ преторскій эдиктъ и его древнѣйшія толкованія со стороны юристовъ, состоялъ въ томъ, что конституентъ обѣщалъ своему кредитору уплатить въ опредѣленный день по истеченіи опредѣленнаго срока уже зрѣлый долгъ, который кредиторъ имѣлъ право взыскивать съ него тотчасъ-же. *Constitutum* съ такимъ содержаніемъ могло быть исполнено, конечно, только въ моментъ, означенный въ немъ, и преторъ, знавшій при составленіи эдикта только этотъ случай конститута, самъ относилъ слова *peque fecisse neque per actorem stetisse* къ этому моменту; такимъ образомъ толкованіе Ульпіана, заимствованное, вѣроятно, у какого нибудь стараго юриста, соотвѣтствуетъ и буквѣ эдикта, и мысли его составителя. Но Ульпіанъ не подумалъ при этомъ, должно быть, о томъ, что въ его время конститутъ могъ уже имѣть самое разнообразное содержаніе, такъ что значеніе указаннаго въ немъ срока могло быть второстепенное; срокъ могъ быть установленъ исключительно въ интересахъ должника и исполненіе конститута по характеру обѣщаннаго въ немъ дѣйствія вполнѣ было возможно также по истеченіи этого срока ⁶⁵⁾. Принимая все это во вниманіе, Павелъ находитъ, что эдиктъ, если онъ дѣйствительно имѣлъ тотъ смыслъ, въ которомъ его толковали старые юристы, не соотвѣт-

⁶³⁾ Павелъ при этомъ не могъ имѣть въ виду именно толкованія Ульпіана, т. е. комментарий къ эдикту первого написанъ раньше комментарія второго (См. Кг ü-ger, I. c., стр. 207, пр. 30 и стр. 217, прим. 162); между тѣмъ Павелъ, повидимому, возражаетъ кому-то въ *L. 17 cit.* Это служить новымъ доказательствомъ того, что Ульпіанъ въ своемъ толкованіи не былъ оригиналенъ. Помпоній высказывалъ сомнѣнія по поводу контрoверзнаго вопроса (*L. 18 pr. cit.*).

⁶⁴⁾ Цит. соч., стр. 57 сл. Съ Брунсомъ въ этомъ пунктѣ согласенъ и Корреле, стр. 215 сл.

⁶⁵⁾ См. *В г и н с*, стр. 67, 90 сл., 105.

ствуешь состоянію института въ его время и на основаніи *aequitas* предлагаетъ произвести въ немъ указанную реформу. По мнѣнію Павла, право должно предоставить возможность должнику освободиться отъ осужденія по *a. de pecunia constituta* также исполненіемъ конститута по истеченіи означеннаго въ немъ срока, если такое исполненіе является возможнымъ по содержанію конститута. На то, что не всякій конститутъ и по мнѣнію Павла допускаетъ такое исполненіе, указываютъ, между прочимъ, включенныя имъ въ *L. 17 cit.* слова «*pec ulla justa causa fuit non accipiendi*»; *justa causa non accipiendi*, главнымъ образомъ, въ томъ и можетъ состоять, что кредиторъ укажетъ должнику на невозможность исполнить конститутъ по истеченіи срока, сошлетъ на то, что предлагаемое должникомъ послѣ срока предоставленіе есть уже совсѣмъ не то предоставленіе, которое выговорено въ конститутѣ ⁶⁶).

Pauli Sent. Rec. V, 16, 1. Здѣсь также къ *aequitas* сводится ограниченіе, сдѣланное въ существующей въ правѣ нормѣ на основаніи практическихъ соображеній. Именно, по общему правилу, рабовъ нельзя допрашивать въ процессѣ въ качествѣ свидѣтелей ни *pro domino*, ни *adversus dominum*. Однако, говоритъ Павелъ, на основаніи *aequitas* нужно допустить изъ этого правила одно исключеніе и дозволить допрашивать раба *de facto suo*, такъ какъ иначе пришлось бы отказаться отъ выясненія иногда очень важныхъ для рѣшенія процесса фактическихъ обстоятельствъ ⁶⁷).

На тотъ же самый постулатъ *aequitatis*, въ качествѣ основанія для реформы институтовъ и нормъ права сообразно мѣняющимся условіямъ жизни и потребностямъ общества, указываетъ, наконецъ, слѣдующій фрагментъ Институцій Юстиніана. § 5. J. 1, 2: «*Nam cum auctus est populus Romanus in eum modum, ut difficile sit in unum eum convocari legis sanciendaе causa, aequum visum est separatum vice populi consuli*».

L. 25 § 7 D. 42, 8. Venulejus. Въ этомъ фрагментѣ намъ передается, что юристъ Мела требовалъ на основаніи *aequitas* у н и ч т о ж е н і я и с к а, который онъ считалъ безцѣльнымъ и ненужнымъ.

⁶⁶) Ср. по этому поводу *M o m m s e n*, *Beiträge*, т. III стр. 28 слл.

⁶⁷) Ср. *L. 15 C. 9, 41. L. 8 C. 4. 20. Paul. S. R. II, 17, 12 (13). C u j a c i u s*, *Opera* ed. 1758, т. I. стр. 496.

Суть дѣла состоитъ въ слѣдующемъ. Эдиктъ претора содержалъ въ себѣ слѣдующую статью: «*Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoravit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo id quae etiam adversus ipsum, qui fraudem fecerit, servabo*». Изъ этой послѣдней оговорки было выведено заключеніе, что искъ по поводу отчужденія имущества, произведеннаго несостоятельнымъ должникомъ во вредъ кредиторамъ, долженъ быть данъ и противъ самаго несостоятельнаго должника ⁶⁸⁾). Однако, Мела не былъ согласенъ съ такого рода выводомъ и требовалъ отмѣны этого иска. Основывался онъ на томъ, «что ни одинъ искъ изъ раньше совершенныхъ сдѣлокъ (*ex ante gesto*) не дается противъ несостоятельнаго должника послѣ продажи его имущества и что несправедливо давать искъ противъ лица, у котораго взято все имущество». Несправедливость, которую Мела видитъ въ этого рода искѣ, состоитъ въ томъ, что онъ считаетъ его исполнѣ безцѣльнымъ, думаетъ, что на лицо нѣтъ такого интереса, который могъ бы бы быть удовлетворенъ искомъ, вчинаемымъ противъ лица, не обладающаго никакимъ имуществомъ ⁶⁹⁾). Это дѣлается особенно яснымъ, если мы прочтемъ реплику, даваемую Венулеемъ противъ этого мнѣнія Мелы. Венулей говоритъ, что Мела просто невѣрно понялъ мысль, которая руководила юристами, а также—по мнѣнію Венулея—и преторомъ, при установленіи этого иска. Мела думалъ, что юристы установили этотъ искъ противъ несостоятельнаго должника для того, чтобы онъ возмѣстилъ кредиторамъ убытки, которые понесеными отъ сдѣланной *alienatio*;—это было бы дѣйствительно безцѣльно. Но преторъ, говоритъ Венулей, желалъ вовсе не этого. Вводя этотъ искъ, онъ «*non tam emptumentum actionis videtur intueri in eo, qui bonis exutus est, quam roenam*», т. е. онъ просто желалъ дать кредиторамъ возможность наказатъ должника за его *dolus* ⁷⁰⁾. Поэтому юристы,

⁶⁸⁾ Эдиктъ не содержалъ въ себѣ прямого указанія на этотъ послѣдній искъ. См. Lepel, *Edictum perpetuum*, стр. 351 сл.; стр. 399. Assaгіаs, *Précis*, т. II. стр. 946 прим. 1.

⁶⁹⁾ Ср. Paulus L. 7 § 3 D. 4, 4. *Item cum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat.*

⁷⁰⁾ Въ чемъ именно должна была заключаться эта *roena*, является вопросомъ весьма неяснымъ и спорнымъ. См. Bethmann—Hollweg, *Röm. Civilprozess*.

признававшіе допустимость этого иска, вѣрно поняли смыслъ оговорки претора въ эдиктѣ, а самая оговорка эта, даже и при такомъ ея смыслѣ, не представляется нецѣлесообразной и потому противной справедливости.

Въ нѣсколькихъ фрагментахъ мы встрѣчаемся съ тѣмъ же постулатомъ *aequitatis*, приводимымъ въ оправданіе созданія совершенно новыхъ нормъ и институтовъ, которые пополняютъ пробѣлы права и предназначаются для защиты интересовъ, оставленных до сихъ поръ правомъ безъ вниманія.

L. 1 § 1 D. 42, 6. *Ulpianus*. Здѣсь къ *aequitas* сводится институтъ *separatio bonorum*. Онъ состоитъ, какъ извѣстно, въ томъ, что кредиторы умершаго лица могутъ требовать отдѣленія наследственной массы отъ имущества наследника и исключительнаго удовлетворенія своихъ притязаній изъ наследственного имущества, если они опасаются, что имущество самого наследника слишкомъ отягощено долгами, такъ что конкуренція кредиторовъ наследника заставитъ пострадать ихъ интересы. «*Est igitur aequissimum creditores Seji desiderantes separationem audiri impetrareque a praetore, ut separatim quantum cuiusque creditoribus praestetur*», говоритъ по этому поводу Ульпіанъ въ L. 1 § 1 D. *cit.* *Aequitas* состоитъ въ томъ, что удовлетвореніе подобнаго рода требованія кредиторовъ наследодателя является мѣрой весьма полезной въ интересахъ общаго блага, способствующей развитію личнаго кредита. Кредитъ этотъ носилъ бы характеръ слишкомъ рискованный и необезпеченный, если бы лица, оказывающія его, принуждены были каждый разъ наводить справки не только о личности и имуществѣ своего должника, но также и о кредитоспособности его возможныхъ наследниковъ.—Если таково основаніе этого института, то ясно, отчего такая же *separatio bonorum* не была предоставлена кредиторамъ лица, вступившаго въ отягощенное долгами наследство. Этимъ путемъ должникъ пріобрѣтаетъ новые долги, точно также какъ онъ могъ бы увеличить свою задолженность всякимъ инымъ способомъ. Отнимая у него возможность принимать на себя отвѣтственность, сопряженную съ вступленіемъ въ такіа наследства, пра-

т. II, стр. 686. Puchta, Institutionen, т. I, стр. 558. Dernburg, Pandekten т. II, § 145, прим. 16. Assarias, Précis, т. II, стр. 946.

во послѣдовательно должно бы было запретить ему заключать вообще всякіе новые долги. Для такого чрезмѣрнаго ограниченія свободы должника нѣтъ никакого основанія: кредиторы, терпящіе убытки отъ принятія ихъ должникомъ наслѣдства неспособнаго къ платежу, должны пенять сами на себя; зачѣмъ они оказали кредитъ такому лицу ⁷¹⁾).

Мы полагаемъ, что Павелъ намекаетъ на тотъ же постулатъ справедливости въ L. 19 pr. D. 49, 15, гдѣ онъ сводитъ къ *aequitas naturalis jus postliminii*, «*inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum*». Именно, мы читаемъ здѣсь слѣдующее: «*idque naturali aequitate introductum est, ut qui per injuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum jus suum reciperet*». Ходъ мыслей юриста, по нашему мнѣнію былъ слѣдующій. Не въ силу какихъ либо соображеній объ общемъ благѣ даннаго гражданскаго общества и вообще не по доброй волѣ законодателя, но, напротивъ, вопреки желаніямъ общества, которое находить, что прежде всего за всѣми гражданами должна быть обезпечена въ интересахъ общаго блага ихъ свобода ^{71а)}, и подъ давленіемъ чисто фактической необходимости, праву приходится признать потерявшими гражданство и свободу тѣхъ членовъ государства, которые захвачены въ плѣнъ другимъ народомъ, не состоящимъ въ дружественныхъ отношеніяхъ съ Римомъ. Если, такимъ образомъ, нормы съ указаннымъ содержаніемъ не являются сами по себѣ продуктомъ справедливости, то *aequitas naturalis* требуетъ, по крайней мѣрѣ, чтобы дѣйствіе ихъ въ интересахъ общаго блага было по возможности сужено. Если необходимо признать рабомъ римскаго гражданина, попавшаго въ руки враговъ, то справедливо ограничить это рабское состояніе тѣмъ временемъ, пока продолжается фактическая необходимость считаться съ этою властью другаго народа. Лишь только эта необходимость устраняется и плѣнникъ возвращается на родину съ тѣмъ, чтобы не уходить обратно подъ господство враговъ, слѣдуетъ уничтожить послѣдствія плѣна, признанныя закономъ вопреки тому, чего бы желало для себя общество,

⁷¹⁾ L. 1 § 2 D. 42, 6. — Ср. ко всему изложенному Dernburg, Pandekten, т. III, § 170.

^{71а)} См. Pernice, Labeo, т. I стр. 375 сл.

и возстановить бывшего плѣнника въ его прежнихъ правахъ.—На то, что Павелъ дѣйствительно имѣлъ въ виду выразить эту идею, указываетъ употребленное имъ выраженіе: «*per injuriam detineri*». Это выраженіе, строго говоря, является неточнымъ, ибо Римлянинъ, попавшій во власть недружественнаго народа, именно *jure* дѣлается рабомъ (L. 5 § 2 D. 49, 15) и только въ такомъ случаѣ необходимо для него *jus postliminii*^{71b)}; Павелъ выразился такъ совершенно невольно именно потому, что думалъ о нормахъ, признающихъ послѣдствія захвата римлянина народами, не состоящими въ дружбѣ, какъ о явленіи, вызванномъ фактической необходимостью и не соответствующемъ доброй волѣ законодателя и желаніямъ общества.

L. 1 D. 13, 4 Gajus. Если въ обязательствѣ, изъ котораго возникла *actio* съ *intentio certa in jus concepta* или съ *intentio in factum concepta*, было точно опредѣлено мѣсто уплаты, то по существовавшему въ правѣ нормамъ кредиторъ не могъ провести съ успѣхомъ своего иска иначе, какъ вчиняя его въ томъ мѣстѣ, которое было установлено въ обязательствѣ. Если онъ вчинялъ свой искъ въ другомъ мѣстѣ, то проигрывалъ дѣло вслѣдствіе *plus petitio loco* и безвозвратно консумировалъ искъ изъ обязательства. Между тѣмъ, иногда интересъ кредитора провести искъ не въ томъ мѣстѣ, которое было указано въ обязательствѣ, оказывался вполне уважительнымъ. Должникъ могъ не являться въ это мѣсто злонамѣренно или будучи задерживаемъ своими дѣлами. Вчинить противъ него искъ тамъ было бы въ такомъ случаѣ невозможно, ибо формула выдавалась не иначе, какъ въ присутствіи обѣихъ сторонъ. Чтобы устранить *iniquitas*, вытекавшую изъ того, что право не принимало во вниманіе этого интереса кредитора, говоритъ Гай въ L. 1 *cit.*, преторъ создалъ новый искъ — *a. de eo quod certo loco*—, дававшій возможность кредитору привлекать должника къ суду въ любомъ мѣстѣ⁷²⁾.

^{71b)} Ср. В е с h a n n, *Jus postliminii*, стр. 9 сл. „Такъ какъ предположеніемъ взятія въ плѣнъ на войнѣ является *justum bellum* въ противоположность дѣятельности бандитовъ, то и плѣнъ на войнѣ не можетъ быть названъ „*injuria*“ съ формальной точки зрѣнія“.

⁷²⁾ Подобнаго же рода соображенія лежали въ основаніи *vindicatio* и *her. petitio incertae partis*, которыя сводятся къ *aequitas* Ульпіаномъ въ L. 1 § 5 D. 5, 4. См. объ этомъ А с с а г і а з, *Précis*. т. II, § 868. K e l l e r, *Civilprozess* прим. 601.

L. 15 D. 10, 4 Pomponius. Въ этомъ фрагментѣ юристъ, на основаніи *aequitas*, также создаетъ новый искъ, такъ какъ ни одинъ изъ существующихъ не оказывается умѣстнымъ, а интересъ претендента представляется вполне достойнымъ защиты. «Мои цѣнные вещи ⁷³⁾ зарыты на твоёмъ участкѣ и ты не позволяешь мнѣ вырыть ихъ; если ты не тронулъ ихъ съ мѣста, то, какъ говорить Лабео, я не могу вчинить противъ тебя по этому поводу *a. furti* или *a. ad exhibendum*, такъ какъ ты не владѣешь и не пересталъ владѣть *dolo malo*, и такъ какъ возможно даже, что ты и не знаешь о присутствіи этихъ вещей на твоёмъ участкѣ. Однако, не противно справедливости, чтобы мнѣ былъ данъ интердиктъ или искъ: «*ut si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam, tollam, exportem*»; предварительно я долженъ принести присягу, что прошу этого иска *non calumniae causa* ⁷⁴⁾».

Gai Inst. IV, 133. *Exceptiones praejudiciales*, созданныя преторомъ, заполняютъ существенный пробѣлъ права, давая защиту весьма уважительнымъ интересамъ лицъ, привлекаемыхъ къ отвѣтственности въ гражданскомъ процессѣ, т. е. не допуская предрѣшенія очень важныхъ вопросовъ по поводу ничтожныхъ исковъ: «*est enim iniquum per unius rei petitionem universae hereditati praejudicium fieri*» (по реституціи К r ū g e r'а).

Иногда этотъ постулатъ *aequitatis*, требующій, чтобы право не оставляло безъ вниманія ни одного интереса, который долженъ быть снабженъ юридической защитой съ точки зрѣнія общаго блага, приводитъ къ тому, что право принуждено бываетъ ограничить послѣдовательное проведеніе другихъ постулатовъ справед-

⁷³⁾ Слово „*Thensaurus*“ употреблено здѣсь въ нетехническомъ значеніи.

⁷⁴⁾ Подобный же примѣръ созданія *a. in factum* на основаніи *aequitas* мы имѣемъ въ *Collatio*, XII, 7 § 8—*L. 27 § 10 D. 9, 2 Ulpianus*; искъ также предназначенъ для пополненія пробѣла въ нормахъ права.—Сюда же относятся *aequitas* въ *L. 1 § 1 D. 47, 4 Ulpianus*: *haec autem actio... naturalem potius in se, quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio*. Слѣдующія слова: „*Sed natura aequum est non esse impunitum eum etc.*“ имѣютъ такого рода смыслъ: общество привыкло къ тому, чтобы каждое *furtum* подлежало наказанію известнаго рода и считаетъ такого рода мѣры совершенно согласными съ природою вещей; въ данномъ случаѣ нѣтъ никакихъ особенностей, которыя давали бы основаніе дѣлать для него отступленіе отъ общаго порядка; поэтому необходимо пополнить пробѣлы права и создать для даннаго случая норму, удовлетворяющую воззрѣніямъ на него общества.

ливости.—Такъ, мы увидимъ ниже, что однимъ изъ самыхъ основныхъ принциповъ *aequitatis* является предоставленіе каждому субъекту гражданскихъ правъ полной свободы въ пользованіи своими субъективными правами. По общему правилу каждый субъектъ права воленъ пользоваться своими гражданскими правами или не пользоваться, защищать ихъ отъ нападеній или оставлять ихъ безъ защиты, смотря по желанію. Но въ тѣхъ случаяхъ, когда отъ непользованія правомъ или отъ оставленія права безъ защиты страдаютъ интересы другихъ лицъ, достойные вниманія законодателя, эта свобода субъекта права можетъ быть ограничена по всей справедливости. Поэтому мы находимъ у Ульпіана слѣдующее рѣшеніе на основаніи *aequitas*. «Если лицо, фактически находящееся въ рабскомъ положеніи, не позволяетъ вести тяжбу о своихъ правахъ, состоянія, такъ какъ напр. желаетъ нанести обиду себѣ и своему роду, то въ этомъ случаѣ справедливо дать нѣкоторымъ лицамъ право вести за него тяжбу, напимѣръ отцу, который утверждаетъ что сынъ находится въ его власти; если сынъ даже не желаетъ этого, отецъ все таки можетъ вести за него процессъ. Это право должно быть дано отцу даже въ томъ случаѣ, если сынъ не находится подъ его властью, ибо отецъ всегда имѣетъ интересъ въ томъ, чтобы сынъ его не былъ обращенъ въ рабство»⁷⁵⁾.

2) *Jus aequum* защищаетъ каждый интересъ признанный достойнымъ вниманія законодателя, въ той мѣрѣ, въ какой защита этого интереса является необходимою согласно потребностямъ гражданскаго и публичнаго оборота и воззрѣніямъ общества на гражданскія и публичныя отношенія.

Этотъ постулатъ приводитъ къ слѣдующимъ результатамъ. Если оказывается, что состояніе нормъ права лишаетъ лицъ, примѣняющихъ право къ жизни, возможности оказать извѣстному интересу покровительство въ той мѣрѣ, въ какой это согласно съ потребностями общества, то эти нормы должны быть измѣнены или дополнены такъ, чтобы размѣры юридической защиты, предоставляемой данному интересу, увеличились. Наоборотъ, если защита, даваемая

⁷⁵⁾ L. 1 пр. D. 40, 12.

правомъ какому нибудь интересу, слишкомъ велика, такъ что примѣненіе ея заставляетъ оставлять безъ вниманія другіе интересы, признанные также достойными покровительства со стороны законодателя, то размѣры защиты, оказываемой правомъ данному интересу должны быть соответственнымъ образомъ ограничены. Наконецъ, иногда потребность дать извѣстному интересу защиту во всемъ объемѣ, въ которомъ она является необходимой, заставляетъ право ограничивать и стѣснять послѣдовательное проведеніе другихъ постулатовъ *aequitatis*.

Этотъ постулатъ *aequitatis* имѣли мы въ виду выше, когда говорили объ основанныхъ на *aequitas* мѣрахъ, которыя имѣютъ свою цѣлью устранить вредныя послѣдствія, возникающія для интересовъ третьихъ лицъ отъ льготъ, предоставляемыхъ правомъ нѣкоторымъ классамъ участниковъ гражданскаго оборота ⁷⁶⁾.

Далѣе, сюда относятся слѣдующіе фрагменты.

L. 9 pr. D. 39, 2. *Ulpianus*. Этотъ фрагментъ касается *cautio damni infecti*. Какъ извѣстно, римское законодательство не содержитъ въ себѣ прямой нормы, которая бы вмѣняла домовладѣльцамъ въ обязанность поддерживать въ прочномъ состояніи принадлежащія имъ зданія и возлагала на нихъ отвѣтственность за убытки, причиняемые сосѣдамъ паденіемъ пришедшаго въ ветхость строенія ⁷⁷⁾. Потребность защиты этого рода сосѣдскихъ интересовъ существовала въ Римѣ не въ меньшей, если не въ большей еще степени, чѣмъ у насъ ⁷⁸⁾, но удовлетворяло ей право инымъ путемъ. Зако-

⁷⁶⁾ См. выше прим. 22. Въ цитированной тамъ L. 1 § 2 D. 16, 1 Павелъ пытается точнѣе объяснить въ чемъ состоитъ *aequitas*, которую онъ имѣетъ въ виду: «*magis enim ille quam creditor mulierem deserit*». Это былъ бы мотивъ совершенно неудачный и не выдерживающій критики; Павелъ думалъ на самомъ дѣлѣ совсѣмъ иное, и эта неудачная попытка юриста уловить и формулировать мысль, руководившую имъ, лучше всего поясняетъ, почему сами римскіе юристы не оставили намъ почти никакихъ прямыхъ указаній на то, что они понимали подъ словомъ „*aequitas*“.

⁷⁷⁾ Предупрежденіе ушерба отъ паденія домовъ есть наиболѣе важный и, вѣроятно первоначальный случай примѣненія *cautionis damni infecti*; кромѣ того, именно этотъ случай имѣетъ въ виду L. 9 pr. cit; поэтому мы въ послѣдующемъ изложеніи говоримъ лишь объ этомъ случаѣ.

⁷⁸⁾ См. напр. *Juvenal.*, Sat. III, 193—196.

Nos urbem colimus tenui tibicine fultam
Magna parte sui: nam sic labentibus obstat
Villicus, et veteris rimae quum textit hiatum
Securos pendente jubet dormire ruina.

подательная норма съ указаннымъ выше содержаниемъ не гармонировала бы съ римскими воззрѣніями, согласно которымъ каждый гражданинъ долженъ самъ заботиться объ охранѣ своихъ интересовъ, а не уповать на постоянное попеченіе со стороны закона; съ другой стороны ограниченія частной собственности со стороны государства также не были симпатичны Римлянамъ. Въ виду этого право избрало такой путь для удовлетворенія указанной потребности, благодаря которому явилось въ извѣстной степени прикрыто формою договора (хотя и заключаемаго по принужденію) введенное въ сущности ограниченіе свободы собственника, и въ то же время удержанъ былъ въ неприкосновенности принципъ, требующій отъ каждаго гражданина бдительной заботы о своихъ интересахъ. Именно, каждому интересенту предоставлено было право принуждать сосѣда въ случаѣ необходимости къ заключенію стипуляціи, въ которой послѣдній принималъ на себя обязанность вознаградить перваго за убытки, которые онъ понесетъ въ случаѣ паденія сосѣдняго зданія ⁷⁹⁾. Если такой стипуляціи не было заключено, то потерпѣвшій отъ паденія сосѣдняго дома долженъ былъ пенять самъ на себя; право не оказывало ему никакого содѣйствія для возмѣщенія понесеннаго ущерба съ сосѣдняго домовладѣльца.—Казалось бы, что при такомъ порядкѣ, интересы сосѣдей были достаточно ограждены. Однако, это было не такъ, и даже по римскимъ воззрѣніямъ и обычаямъ защита интереса въ описанной формѣ могла оказаться недостаточной. Въ самомъ дѣлѣ, вѣдь могло нерѣдко случаться, что домъ обрушился и нанесъ ущербъ сосѣду своимъ паденіемъ, между тѣмъ какъ нѣтъ на лицо никакихъ данныхъ для того, чтобы приписать незаключеніе стипуляціи собственной небрежностію потерпѣвшаго. Стипуляція могла не быть заключена потому, что между появленіемъ первыхъ видимыхъ признаковъ непрочности зданія и его обваломъ прошло слишкомъ мало времени (*propter angustias temporis*, L. 9 pr. cit), или же потому что по-

⁷⁹⁾ Мы говоримъ только о преторскихъ *cautiones damni infecti*, т. е. намъ неизвѣстно, какимъ путемъ достигалась защита даннаго интереса въ болѣе раннюю эпоху. Вѣроятно, и въ основѣ древнѣйшаго способа лежала аналогичная мысль. См. объ этомъ *В е t h m a n n - H o l l w e g*, *Civilprocess*, т. I, стр. 204; т. II, стр. 731. *В е k k e r*, *Aktionem*, т. I стр. 45 сл.; стр. 66; стр. 195 сл. *К а р р е у н е v a n d e К о р р е l l o*, *Abhandlungen*, стр. 338 прим. 2.

терпѣвшій долго отсутствовалъ *rei publicae causa*. По возрѣніямъ общества и требованіямъ оборота интересъ сосѣда долженъ получить юридическую защиту и въ этомъ случаѣ, а потому существующая въ правѣ охрана интереса должна быть усилена слѣдующимъ образомъ: во всѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій по уважительнымъ причинамъ не могъ заключить *stipulatio damni infecti*, преторъ долженъ обязать собственника обвалившагося дома къ предоставленію *cautio de damno praeterito* на тѣхъ же самыхъ основаніяхъ, на которыхъ онъ *re integra* обязалъ бы его къ предоставленію *cautio damni infecti*, т. е. оставляя за нимъ право освободиться отъ обязанности къ предоставленію *cautio*, отказавшись отъ обрушившагося зданія. Если въ *L. 9 cit.* Юліанъ два раза ссылается на *aequitas* въ оправданіе этого нововведенія, то, намъ кажется, онъ не можетъ имѣть въ виду никакого инаго постулата ея, кромѣ того, которымъ мы теперь занимаемся. Указывая на *aequitas*, Юліанъ въ сущности дѣлаетъ ту же самую ссылку на *utilitas publica*, которую мы находимъ въ концѣ даннаго фрагмента въ словахъ референта Юліановскаго мнѣнія—Ульпіана: «*sententiam Juliani utilitas comprobat*».

Gai III, 39—41. § 1 J. 3, 7. Въ этихъ фрагментахъ къ *aequitas* сводится *bonorum possessio*, введенная преторомъ для патрона при наслѣдованіи либерту, умершему *ab intestato* и оставившему послѣ себя наслѣдниками *suos non naturales*, или умершему съ завѣщаніемъ, въ которомъ онъ также назначилъ наслѣдниками *liberos non naturales*, а патрону удѣлилъ менѣе половины своего имущества. По XII таблицамъ патронъ являлся наслѣдникомъ либерта лишь въ томъ случаѣ, когда либертъ умеръ безъ завѣщанія и не оставилъ послѣ себя никакихъ *sui heredes*. По возрѣніямъ позднѣйшей эпохи этотъ порядокъ заключалъ въ себѣ двоякую *iniquitas*. Во первыхъ, при отмѣченномъ выше ослабленіи агнатскаго принципа казалось уже неосновательнымъ, чтобы *sui non naturales*, не связанные съ либертомъ узами кровнаго родства, вполне исключали изъ наслѣдованія патрона, которому наслѣдодатель обязанъ былъ своей свободой; во-вторыхъ, составленіе при такихъ же условіяхъ либертомъ завѣщанія, въ которомъ онъ не удѣлялъ патрону равной доли съ *liberi non naturales*, являлось въ глазахъ общества злоупотребленіемъ завѣщательной свободой; однимъ словомъ, при прежнихъ законо-

положеніяхъ интересы патрона оказывались защищенными не въ той мѣрѣ, въ какой требовали перемѣнившіяся воззрѣнія общества; слѣдующа нашему постулату *aequitatis*, преторъ создалъ описанный выше институтъ, путемъ котораго довелъ до должной мѣры юридическую охрану интересовъ патрона.

Collatio, XVI, 9, 2. *Ulpianus*. Напротивъ, недостаточной защитой пользовались интересы когнатовъ *ingenui manumissi ab extraneo* при наследственномъ порядкѣ, установленномъ на этотъ случай на основаніи законовъ XII таблицъ. Слѣдующа требованіямъ общественнаго мнѣнія, *viva vox populi*—преторъ—усилилъ на основаніи *aequitas* покровительство интересамъ этихъ лицъ, установивъ такъ назыв. *bonorum possessio unde decem personae quae extraneo manumissori praeferuntur*.

L. 32 (31) D. 48, 5. *Paulus*. Слишкомъ недостаточное покровительство интересу общества, состоящему въ потребности наложенія уголовной кары на *adulter*'а, оказываетъ право, узаконяя, что уголовное преслѣдованіе противъ *adulter*'а можетъ быть начато только до истеченія *quinquennium continuum*. Эта норма даетъ возможность виновному избавиться отъ всякаго судебного преслѣдованія, хотя бы и не было недостатка въ лицахъ, желающихъ возбудить таковое. Возможно, что все это пятилѣтіе истечетъ, пока будетъ тянуться процессъ противъ женщины, бывшей участницей въ данномъ *adulterium*; возможно также, что весь этотъ срокъ посвященъ будетъ обвиненію, которое было кѣмъ нибудь начато противъ *adulter*'а а затѣмъ не доведено до конца или прекращено вслѣдствіе *praevagatio*. Соображенія общаго блага требуютъ усиленія защиты интереса общества и потому Павелъ рѣшаетъ, что «справедливо при вычисленіи этого пятилѣтія исключать то время, которое употреблено было на предшествующее обвиненіе».

Съ уменьшеніемъ размѣра защиты интереса на основаніи *aequitas* мы встрѣчаемся въ L. 4 C. 3, 28, принадлежащей императорамъ Северу и Антонину и изданной въ 208 году. — Мы уже видѣли, что согласно римскимъ воззрѣніямъ наследство умершаго должно было доставаться его ближайшимъ родственникамъ; сперва таковыми считались только агнаты, а затѣмъ въ правѣ получилъ признаніе и когнатскій принципъ. Согласно съ этимъ и на свободу завѣщанія, гарантированную домовладыкѣ законами XII таблицъ, римское об-

щество смотрѣло только, какъ на средство, предоставленное домовладыкѣ для того, чтобы съ помощью его онъ могъ позаботиться о судьбѣ своихъ ближайшихъ родственниковъ наилучшимъ образомъ, принимая во вниманіе всѣ конкретныя обстоятельства; только въ случаѣ отсутствія близкихъ родственниковъ возрѣнія общества не ограничивали эту свободу завѣщателя ⁸⁰⁾. Однако по мѣрѣ упадка нравовъ и ослабленія значенія общественнаго контроля въ Римѣ стали довольно часто встрѣчаться завѣщанія, которыя липали наслѣдства ближайшихъ родственниковъ въ пользу постороннихъ лицъ безъ достаточнаго основанія. Такія завѣщанія въ нашихъ источникахъ нерѣдко получаютъ названіе «*testamentum iniique ordinatum*» ⁸¹⁾; согласно нашему возрѣнію на *aequitas*, выраженіе это слѣдуетъ переводить такимъ образомъ: «завѣщаніе, составленное несогласно съ возрѣніями общества на цѣль этого рода актовъ». Такъ какъ право не содержало въ себѣ никакихъ средствъ для борьбы съ такими завѣщаніями, то интересы ближайшихъ наслѣдниковъ оказались слишкомъ слабо защищенными. Реакція противъ этого состоянія права началась въ практикѣ центумвиральнаго суда, гдѣ выработался своеобразный институтъ, извѣстный подъ именемъ *querela inofficiosi testamenti*. Этотъ институтъ давалъ ближайшимъ родственникамъ ограждать свои интересы отъ несправедливаго игнорирования ихъ со стороны завѣщателя. Но такъ какъ центумвиральный судъ не рѣшался прямо нарушить основной принципъ завѣщательной свободы, узаконенный XII таблицами, то, организовавъ эту защиту интересовъ законныхъ наслѣдниковъ, онъ прибѣгнулъ къ фикціи: завѣщатель, который *inique testamentum ordinavit*, признавался въ состояніи умопомѣшательства, что давало возможность не стѣсняться его завѣщаніемъ. Эта фикція имѣла важныя практическія послѣдствія; она опредѣлила самую форму, въ которой дана была защита интересамъ ближайшихъ наслѣдниковъ. Если судъ, признавшій жалобу этихъ лицъ основательной, прибѣгалъ къ фикціи *cologis insaniae*, то естественнымъ слѣдствіемъ этого должно было быть полное уничтоженіе завѣщанія со всѣмъ его содержаніемъ и открытіе наслѣдо-

⁸⁰⁾ Ср. J h e r i n g, Geist, т. II, стр. 147 сл.

⁸¹⁾ См. L. 5 D. 5, 2, Marcellus; cf. L. 3 C. 3, 28. L. 2. C. 3, 29. pr. I. 2, 18.

ванія *ab intestato* ⁸²⁾. Таковы и были на самомъ дѣлѣ послѣдствія *querelae inofficiosi testamenti* ⁸³⁾. Однако, съ теченіемъ времени организованная въ этой формѣ защита интересовъ законныхъ наслѣдниковъ найдена была чересмѣрно широкой; она частѣе безо всякой нужды задѣвала интересы третьихъ лицъ, какъ напримѣръ легатаріевъ, фидейкоммиссаріевъ, рабовъ, отпущенныхъ въ завѣщаніи на волю и т. п. Интересы этихъ лицъ казались не менѣе достойными юридической защиты, чѣмъ интересы законныхъ наслѣдниковъ. Тѣмъ не менѣе, послѣ того какъ послѣдствія *querelae inofficiosi testamenti* были опредѣлены такъ, какъ указано выше, было довольно трудно, при извѣстномъ римскомъ консерватизмѣ, сдѣлать реформу, дающую возможность обойтись безъ нарушенія интересовъ этихъ третьихъ лицъ. Естественнымъ послѣдствіемъ *querelae* продолжало считаться уничтоженіе назначеній наслѣдниковъ, сдѣланныхъ въ завѣщаніи нелюбовнымъ образомъ; а уничтоженіе назначенія наслѣдника по основному принципу римскаго права вело къ уничтоженію всего завѣщанія. Отсюда понятно, почему право дѣлало сперва очень робкіе шаги для сведенія въ справедливые размѣры этой чересмѣрно широкой защиты интересовъ законныхъ наслѣдниковъ. Одну попытку реформы въ этомъ направленіи содержитъ въ себѣ и упомянутая *L. 4 C. 3, 28*, основывающая свое рѣшеніе прямо на нашемъ постулатѣ *aequitatis*. «Такъ какъ вы на основаніи фидейкоммисса согласно декрету претора ⁸⁴⁾ получили свободу и даже уже родили дѣтей, говорятъ здѣсь императоры, то является несправедливымъ возбуждать теперь споръ о вашей свободѣ, хотя бы послѣ [дарованія вамъ свободы] завѣщаніе вашего господина было объявлено нелюбовнымъ по судебному приговору, состоявшемуся вслѣдствіе жалобы сына завѣщателя» ⁸⁵⁾. Полную защиту интересы

⁸²⁾ Такъ объясняютъ происхожденіе послѣдствій *querelae inofficiosi testamenti* сами римскіе юристы. *L. 13 D. 5, 2. Paulus ad Scaevolam: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente. L. 36 D. 32. Claudius et Scaevola. L. 17 D. 5, 2. Paulus. Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur.*

⁸³⁾ Въ исключительныхъ только случаяхъ, когда *testamentum* уничтожалось лишь *pro parte*, легаты, фидейкоммиссы и *manumissiones*, по крайней мѣрѣ отчасти, сохраняли свою силу. См. *Assarias, Précis*, т. I, § 357 bis.

⁸⁴⁾ См. напр. *L. 26 § 7 D. 40, 5* и сл.

⁸⁵⁾ Ср. *L. 8 § 17. L. 9 D. 5, 2.*

легатаріевъ и фиденкоммиссаріевъ получили только въ правѣ Юстиніана, который въ Nov. 115 cap. 3 § 14 не затруднился нарушить окончательно упомянутый выше принципъ римскаго права и постановилъ, что въ случаѣ отнятія наслѣдства въ завѣщаніи у нисходящихъ наслѣдниковъ безъ уважительныхъ причинъ, должна быть уничтожена лишь *institutio heredis* въ этомъ завѣщаніи, а прочее его содержаніе должно оставаться въ силѣ поскольку оно не сокращаетъ обязательный доли законныхъ наслѣдниковъ.

L. 84 D. 29, 2. Pomponius. L. 4 § 3. Paulus. L. 5. Julianus. D. 37, 4 ⁸⁶). Существуетъ норма, согласно которой *bonorum possessio* не давалась назначеннымъ въ завѣщаніи наслѣдникамъ до тѣхъ поръ, пока не разрѣшится исходъ беременности, заставляющей опасаться, что завѣщаніе окажется ничтожнымъ вслѣдствіе *praeteritio postumi*. Эта норма имѣла, очевидно, своею цѣлью устранить возможность предоставленія наслѣдства не тому лицу, которому оно должно достаться окончательно, что могло бы повести къ необходимости обратной выдачи наслѣдства, слѣдовательно къ излишнему осложненію отношеній по поводу наслѣдства и къ убыткамъ для настоящаго наслѣдника. Несмотря на такую цѣлесообразность нормы, въ результатѣ оказывалось, что при ея строгомъ соблюденіи интересы наслѣдниковъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, являлись недостаточно обезпеченными. Въ завѣщаніи могли быть назначены наслѣдниками такія лица, которые получили бы наслѣдство при всякомъ исходѣ беременности, имѣя право на участіе въ *bon. poss. contra tabulas* въ случаѣ рожденія постума (*filius suus* и *emancipatus*); далѣе, если даже въ завѣщаніи былъ назначенъ *heres extraneus*, то онъ могъ бы получить наслѣдство въ случаѣ, если бы постумъ не родился. Если бы этимъ лицамъ предоставлена была *bonorum possessio* съ самаго момента смерти завѣщателя, то первые во всякомъ случаѣ, а второй при извѣстныхъ обстоятельствахъ передали бы полученное ими наслѣдство въ случаѣ своей смерти своимъ собственнымъ наслѣдникамъ. При существованіи же указанной нормы могло случиться, что эти *scripti heredes* умирали до разрѣшенія вопроса объ исходѣ беременности, и въ такомъ случаѣ ихъ на-

⁸⁶) См. объ этихъ фрагм. Schróder, *Notherbenrecht*, стр. 28 — 33. Windscheid, *Pandekten*, т. III, § 600 пр. 16. Ассаріас, *Précis*, т. I, стр. 1275 сл.

слѣдники теряли всякую возможность пріобрѣсти отырывавшееся наслѣдодателямъ наслѣдство, независимо отъ того, родился ли постумъ или нѣтъ. Для устранения этихъ нежелательныхъ послѣдствій и для должнаго усиленія защиты интереса *scripti heredis*, Папиніанъ въ L. 84. D. cit. рекомендуетъ давать, по крайней мѣрѣ *filio suo* или *emancipato*, которые должны бы были получить наслѣдство при всякомъ исходѣ беременности, *bonorum possessio de ceteralis*, способную переходить и на наслѣдниковъ этихъ лицъ. Юліанъ въ L. 5 cit. идетъ еще дальше, предоставляя наслѣдникамъ этихъ лицъ право испрашивать *bonorum possessio decretalis* даже въ томъ случаѣ, если сами *filii sui* или *emancipatus* умерли, не успѣвши испросить для себя такой *bonorum possessio*. Наконецъ, Павелъ въ L. 4. § 3 cit. уже прямо говоритъ о предоставленіи *filio suo* или *emancipato bonorum possessionis contra tabulas* до разрѣшенія вопроса объ исходѣ беременности и не упоминаетъ о необходимости особаго декрета претора.

L. 44 § 6 D. 23, 2. Paulus. Недостаточно принятыми во вниманіе оказывались интересы дѣтей, рожденныхъ отъ брака сенатора съ извѣстнаго рода женщинами, и самой жены сенатора, въ той главѣ *legis Juliae et Papiae Poppaeae*, которая запрещала этого рода браки. Именно, согласно буквальному тексту закона (см. L. 44 princ. D. 23, 2) выходило, что бракъ сенатора долженъ быть признанъ ничтожнымъ и въ томъ случаѣ, если родители жены послѣ вступленія ея въ бракъ начнутъ заниматься сценическимъ искусствомъ. Павелъ во вниманіе къ интересамъ жены сенатора и дѣтей, рожденныхъ уже отъ этого брака, признаетъ такія послѣдствія закона вполнѣ несправедливыми, поддерживая однако ничтожность брака въ томъ случаѣ, если жена сама по выходѣ замужъ начнетъ *<artem ludicram facere>* (§ 7 тамъ же).

L. 32 pr. D. 15, 1. Ulpianus. По всей вѣроятности на основаніи соображеній чисто формальнаго характера, т. е. въ виду редакціи текста формулы, выставленной въ эдиктѣ⁸¹⁾, юристы римскіе выработали норму, что *a. de peculio annalis*, будучи предъявлена противъ одного изъ сонаслѣдниковъ умершаго господина раба, которому прежде принадлежалъ пекулій, или противъ одного изъ нѣсколькихъ

⁸¹⁾ См. Lenel, *Edictum perpetuum*, стр. 228. Bekker, *Actiones*, т. II, стр. 348.

фруктуаріевъ или *bonae fidei possessores* этого раба, консумируется окончательно и не можетъ быть предъявлена еще разъ противъ другихъ *coheredes, fructuarii* или *bonae fidei possessores*. Противъ этого порядка ничего нельзя было, быть можетъ, возразить съ формальной точки зрѣнія, но Ульпіанъ находилъ его противнымъ *aequitati*, ибо благодаря этой нормѣ интересъ кредитора раба оказывался защищеннымъ правомъ не въ той мѣрѣ, въ какой это соотвѣтствовало воззрѣніямъ общества. Дѣло въ томъ, что общество видѣло въ пекуліи фактическое имущество раба (L. 47 § 6 D. 15,1). Рабъ точно также не могъ имѣть нѣсколькихъ имуществъ, какъ и свободный человѣкъ. Поэтому каждое лицо, вступающее въ сдѣлку съ рабомъ, имѣло право принимать во вниманіе весь пекулій раба, въ чьей бы собственности этотъ пекулій по частямъ ни находился, и по мнѣнію общества могло ожидать удовлетворенія изъ всего фактическаго имущества раба ⁸¹⁾. Между тѣмъ при вчинаніи *a. de peculio appellis* противъ одного изъ собственниковъ пекулія раба, искъ этотъ, въ виду указанной нормы, консумировался всецѣло, а удовлетвореніе истецъ получалъ не изъ всего пекулія, ибо *iudex* на основаніи своего *officium* присуждалъ избраннаго истцомъ отвѣтчика къ уплатѣ лишь въ размѣрахъ той части пекулія, которая находилась въ его обладаніи. Желая дать интересу истца полную защиту, согласную съ воззрѣніями общества на этотъ вопросъ, Ульпіанъ находилъ нужнымъ липшить указанную норму въ данномъ случаѣ всякой практической силы и путемъ *in integrum restitutio* возстановить истцу *actiones* противъ всѣхъ остальныхъ обладателей рабскаго пекулія, *<ut magis eos perceptio, quam intentio liberet>* ⁸²⁾.

⁸¹⁾ Это изложено въ концѣ L. 32 *pr. cit.* См. Kuntze, *Cursus*, § 760,2. Вагон, *Abhandlungen*, т. II, стр. 77.

⁸²⁾ При обыкновенной *a. de peculio* консумиція иска, по которому истецъ лишь *pro parte* былъ удовлетворенъ собственникомъ части рабскаго пекулія, не происходило. Поэтому въ L. 37 § 3 D. 15,1 Юліанъ, дѣлая ссылку на *aequitas*, не имѣлъ въ виду обосновать этимъ никакой реформы въ нормахъ права; онъ просто указываетъ этою ссылкой на то, что устанавливаемая имъ норма является естественнымъ послѣдствіемъ воззрѣній общества на характеръ пекулія, положенныхъ правомъ въ основу всего института. Поэтому этотъ фрагментъ долженъ быть отнесенъ къ другому отдѣлу нашего изложенія, а именно туда, гдѣ говорится о детальномъ развитіи юристами нормъ и институтовъ, существующихъ уже въ правѣ, согласно съ идеями, лежащими въ ихъ основаніи. Keller (см. напр. *Civilprozess*, пр. 934) ви-

L. 3 § 13 D. 43, 29. Въ этомъ фрагментѣ Ульпіанъ также рѣшается сдѣлать ограниченіе въ проведеніи правила о процессуальной консумпціи, такъ какъ иначе оказалась бы вполне недостаточной защита одного очень важнаго интереса и интердиктъ, созданный для его охраны, не достигалъ бы своей цѣли. Рѣчь идетъ здѣсь именно объ *interdictum de homine libero exhibendo*. Имѣя въ виду, что цѣлью этого интердикта является охрана свободы членовъ гражданскаго общества и что это благо, неоцѣнимое на деньги, было бы слишкомъ недостаточно защищено, еслибы отъ отвѣтственности по этому интердикту можно было освободиться, какъ по всѣмъ остальнымъ, уплатой денежной кондемнаціи, Ульпіанъ говоритъ: «Если отвѣтчикъ, будучи осужденъ, предпочтетъ заплатить *litis aestimatio*, вмѣсто того, чтобы выдать [свободнаго] чловѣка [удерживаемаго имъ], то не является несправедливымъ дозволить нѣсколько разъ вчинать противъ него этотъ интердиктъ или тому же самому лицу, безъ включенія эксцепціи, или же другому лицу»⁹⁰).

Мы упомянули выше, что благодаря дѣйствию того постулата *aequitatis*, которыми мы теперь занимаемся, право иногда устанавливаетъ нормы, несогласныя съ общими матеріальными принципами, которыхъ оно придерживается, или съ иными постулатами *aequitatis*. Въ частности, потребность дать извѣстному интересу защиту во всей той мѣрѣ, какая представляется необходимой по состоянію оборота, нерѣдко приводитъ римское классическое право къ нарушенію уже знакомаго намъ общаго принципа, согласно которому никто не долженъ отвѣчать за убытки отъ такихъ дѣйствій, при совершеніи которыхъ не было обнаружено преступной воли, и постулатъ *aequitatis*, съ которыми мы встрѣтимся ниже и согласно которому каждый долженъ отвѣчать лишь за свои соб-

дѣть однако и въ L. 37 § 3 *cit. in integrum restitutio*, но, кажется, безъ достаточнаго основанія. Тѣмъ не менѣе его взгляду слѣдуетъ и Вагон, *Abhandlungen*, т. II стр. 67 слл. Вообще весь вопросъ о процессуальной консумпціи при *actiones adjecticiae qualitatis* принадлежитъ къ числу самыхъ спорныхъ и неясныхъ пунктовъ науки римскаго права; поэтому и наше толкованіе относящихся сюда фрагментовъ можетъ быть сдѣлано лишь съ оговоркою о возможной его неправильности.

⁹⁰) См. объ этомъ *fr. Accariae*, *Précis*, т. II стр. 1206 прим. 1; стр. 1215 Keller, *Civilprozess*, прим. 1160 (1140).

ственные поступки.—Хотя такого рода исключительныя нормы права, сколько намъ извѣстно, не всегда сводятся прямо источниками къ нашему постулату *aequitatis*, но мы тѣмъ не менѣе приведемъ здѣсь нѣкоторыя изъ нихъ. Мы имѣемъ въ виду этимъ путемъ, во первыхъ, болѣе всесторонне характеризовать интересующій насъ теперь постулатъ, а во вторыхъ, выяснитъ надлежащимъ образомъ положеніе въ классическомъ правѣ тѣхъ принциповъ права и постулатовъ справедливости, которые подвергались ограниченію, благодаря дѣйствию этого постулата. За правильность отнесенія сюда этихъ примѣровъ говорить уже то обстоятельство, что нерѣдко источники, изъ которыхъ мы ихъ черпаемъ, если и не содержатъ прямой ссылки на *aequitas*, то мотивируютъ свои рѣшенія *utilitate*, а мы знаемъ уже, что въ сущности ссылка на первый принципъ *aequitatis* и на *utilitas* имѣютъ одинъ и тотъ-же смыслъ.

Такъ, на основаніи этого постулата римское право даже въ классическую эпоху удерживаетъ безусловную отвѣтственность продавца за эвикцію товара, независимо оттого, знаетъ ли онъ, что продаетъ товаръ, не принадлежащій ему, или не знаетъ; продавецъ отвѣчаетъ за интересъ даже въ томъ случаѣ, если бы онъ доказалъ, что при самомъ внимательномъ изслѣдованіи своихъ правъ онъ не могъ бы узнать, что вещь ему не принадлежитъ. Такого рода норма, хотя и несогласна съ общимъ принципомъ отвѣтственности за убытки только въ случаѣ субъективной виновности, является въ высшей степени цѣлесообразной, обеспечивая въ должной мѣрѣ интересы покупающей публики. Если бы на покупателя возложена была обязанность доказывать наличность субъективной вины на сторонѣ продавца, то это практически привело бы къ тому, что въ большинствѣ случаевъ даже виновные продавцы выходили бы безнаказанными изъ процесса. Съ другой стороны при такого рода порядкѣ осторожные покупатели были бы принуждаемы заключать сдѣлки съ большою осмотрительностью, что замедляло бы оборотъ и едва ли было бы въ интересахъ самихъ продавцовъ⁹¹⁾. — Тѣ же самыя

⁹¹⁾ Къ *aequitas* отвѣтственность за эвикцію сводится у Африкана въ L. 46 pr. D. 21, 2: *sed posse me venditorem te de evictione convenire, quia aequum sit eandem causam meam esse, quae futura esset, si tunc usus fructus alienus non fuisset.*

соображенія лежали въ основѣ нормъ эдикта эдиловъ объ отвѣтственности за пороки продаваемыхъ рабовъ и животныхъ; мы видѣли выше, что Ульпианъ пытался неудачно доказать, что эти нормы не противорѣчатъ общему принципу, узаконяющему необходимость субъективной вины для отвѣтственности за убытки, изобрѣтая особаго рода *culpa*, имѣющую будто бы мѣсто постоянно, независимо отъ конкретныхъ особенностей каждаго даннаго случая.—На тѣхъ же соображеніяхъ, наконецъ, основано общее положеніе права, что никто не можетъ освободиться отъ отвѣтственности по заключенному имъ договору, доказывая, что исполненіе этого договора было для него субъективно невозможно уже въ моментъ заключенія контракта и что онъ самъ этого тогда не зналъ ⁹²⁾.—Во всѣхъ этихъ случаяхъ право достигаетъ бѣльшей безопасности и быстроты оборота, безусловно освобождая всѣхъ участниковъ оборота отъ необходимости справляться, имѣютъ ли ихъ контрагенты на лицо всѣ данныя для того, чтобы исполнить въ точности принятую на себя обязанность.

Такая же усиленная мѣра отвѣтственности за убытки, независимо отъ наличности субъективной виновности лица отвѣчающаго, установлена нормами объ обязанности каждаго гражданина предоставлять въ случаѣ нужды *cautio damni infecti*. По предоставленіи этой *cautio*, при наступленіи ожидаемаго несчастія дѣлается только изслѣдованіе о томъ, произошло ли несчастіе отъ такого рода *vitium* дома, сооруженія или предпріятія, которое могло быть устранено лицомъ, предоставившимъ *cautio*, причѣмъ о наличности конкретной *culpa* на сторонѣ этого лица никакого вопроса не возбуждается ⁹³⁾. Наиболѣ важная категорія случаевъ, когда представляется *cautio damni infecti*, именно случаи, въ которомъ эта *cautio* должна дать защиту отъ опасностей, возникающихъ въ силу неудовлетворительнаго состоянія сосѣднихъ построекъ, должна быть сведена именно къ тому постулату *aequitatis*, коимъ мы теперь занимаемся: для удовлетворенія въ должной мѣрѣ важнымъ практическимъ запросамъ оборота, право рѣшилось увеличить

⁹²⁾ См. объ этомъ Windscheid, Pandekten, т. II. § 315 прим. 1—3; § 264 прим. 3—4.

⁹³⁾ L. 18 § 4 D. 39, 2... plus autem (чѣмъ culpa) in stipulationem venit damni infecti. Dernburg, Pandekten, т. I, стр. 588. Brinz, Pandekten, т. I, стр. 672.

охрану сосѣдскихъ интересовъ свыше обыкновенныхъ размѣровъ и сдѣлать изъятіе въ примѣненіи общаго матеріальнаго принципа о необходимости субъективной вины для установленія ответственности за убытки ⁹⁴⁾.

Въ качествѣ примѣровъ нарушенія постулата *aequitatis*, согласно которому каждый долженъ отвѣчать только за себя самого, мы приведемъ два извѣстныхъ преторскихъ иска: *a. de dejectis et effusis* и *a. de recepto nautagarum, sauronum et stabulariorum*. Посредствомъ этихъ исковъ каждый хозяинъ квартиры былъ принужденъ безусловно отвѣчать за убытки, причиненные находящимся на улицѣ лицамъ благодаря тому, что нѣчто было выброшено или выли-то кѣмъ нибудь изъ окна его квартиры; хозяева кораблей и гостинницъ должны были отвѣчать за всякую пропажу и порчу тѣхъ вещей, которыя ввѣрены были имъ путешественниками. Въ обоихъ случаяхъ для установленія ответственности за убытки не возбуждался совсѣмъ вопросъ о томъ, были ли эти лица сами хотя сколько нибудь субъективно виновны въ происшедшемъ правонарушеніи. Ответственность *nautae, saurones* и *stabularii* ограничивалась лишь въ томъ отношеніи, что ихъ освобождала ссылка на *vis maior*, т. е. на такое несчастіе, котораго силы человѣческія отвратить не могли (*cui humana infirmitas resistere non potest*) ⁹⁵⁾. Потребность обезпечить движеніе по улицамъ и положить предѣлъ постояннымъ злоупотребленіямъ лицъ, съ которыми приходилось волею-неволею вступать въ сдѣлки путешественникамъ безъ возможности навести предварительно справки о ихъ благонадежности, заставили увеличить ответственность хозяевъ квартиръ и содержателей гостинницъ и кораблей свыше обычныхъ размѣровъ ⁹⁶⁾. Замѣчательно то, что и въ этихъ случаяхъ, точно также какъ при комментированіи

⁹⁴⁾ Ср. U n g e r, Handeln auf eigene Gefahr, стр. 75 сл. Съ другой категоріей случаевъ *cautio damni infecti* мы встрѣтимся ниже.

⁹⁵⁾ В а г о н, Arch. f. civ. Pragis, т. 78, стр. 287 сл. Впрочемъ содержаніе понятія *vis maior* является въ высшей степени спорнымъ. См. R e g e l s b e r g e r, Pand. т. I, стр. 649, пр. 4 и 5.

⁹⁶⁾ См. по поводу этихъ мотивовъ выраженія самихъ римскихъ юристовъ въ L. 1 § 1. L. 3 § 1 D. 4, 9. L. 1 § 1 D. 9, 3. Тѣ же мотивы лежатъ въ основѣ *actiones in factum*, комментируемыхъ въ L. 7 D. 4, 9 и въ Dig. 47. 5.—Ко всему изложенному ср. B r i n z, Pand. т. II § 269 пр. 41, 42.

эдикта эдиловъ, римскіе юристы никакъ не могутъ забыть не такъ еще давно получившихъ господство въ правѣ принциповъ, согласно которымъ отвѣтственность за убытки и наказаніе должны имѣть мѣсто только въ случаѣ собственной субъективной вины лица, привлекаемаго къ отвѣтственности; они не рѣшаются признать, что въ названныхъ случаяхъ право дѣлаетъ изъятія изъ этихъ общихъ принциповъ, заставляя отвѣчать безразлично за свою и за чужую вину, и стремятся подыскать вездѣ собственную субъективную виновность лица, отвѣчающаго по закону за убытки ⁹⁷⁾

Въ наше время число такихъ случаевъ, въ которыхъ право узаконяетъ исключенія изъ дѣйствія указанныхъ общихъ принциповъ, проникающихъ нормы объ отвѣтственности за убытки, имѣя въ виду этимъ путемъ дать надлежащую защиту какой нибудь практической потребности оборота, значительно увеличилось. Сюда относится, напримѣръ, безусловная отвѣтственность лицъ, принимающихъ промышленные заказы, за вину тѣхъ помощниковъ, услугами которыхъ они пользуются при исполненіи обязанностей, принятыхъ ими на себя по договору, признаваемая если не въ римскомъ, то во многихъ современныхъ правахъ; отвѣтственность желѣзно-дорожныхъ и пароходныхъ обществъ за несчастія, происходящія вслѣдствіе какого либо недостатка въ организаціи движенія и т. п. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ интересы оборота требуютъ, чтобы публика могла рассчитывать на безусловное вознагражденіе ущерба со стороны тѣхъ лицъ, съ которыми она непосредственно вступаетъ въ сношенія и сдѣлки и отъ которыхъ во всякомъ случаѣ только и зависитъ предотвращеніе событій, наносящихъ ущербъ. Такое расширеніе отвѣтственности имѣетъ несомнѣнное воспитательное значеніе, такъ какъ заставляетъ хозяевъ предпріятій, требующихъ привлеченія наемныхъ рабочихъ силъ или имѣющихъ характеръ рискованный, сопряженный съ опасностями для публики, доводить до высшей степени заботливости свой надзоръ за правильнымъ ходомъ предпріятія ⁹⁸⁾.

⁹⁷⁾ L. 7 § 4 D. 4, 9. L. 1 § 6 D. 47, 5. L. 5 § 6 D. 44, 7. L. 6 § 2 D. G, 3. Ср. Pernice, *Labes II*, стр. 247—250.

⁹⁸⁾ Ср. объ этихъ случаяхъ Unger, *Handeln auf eigene Gefahr*, 2te Aufl., стр. 58 сл., 62 сл., 82 сл., 129 сл.

в) Принципъ равномернаго распредѣленія между нѣсколькими участниками извѣстнаго юридическаго отношенія правъ и обязанностей, возникающихъ изъ этого отношенія.

Для того, чтобы право оставалось вѣрнымъ тому принципу *aequitatis*, который требуетъ согласованія юридическихъ нормъ съ интересами общаго блага всѣхъ гражданъ, недостаточно еще одного только созданія нормъ для удовлетворенія всѣмъ нарождающимся серьезнымъ потребностямъ оборота и приведенія нормъ права въ согласіе съ мѣняющимися воззрѣніями общества на сущность юридическихъ отношеній. Если право дѣйствительно хочетъ дать всѣмъ гражданамъ безъ исключенія равную защиту, руководясь соображеніями общаго блага, то оно должно сверхъ того слѣдовать принципу равномернаго принятія во вниманіе интересовъ всѣхъ участниковъ любого правоотношенія, при выработкѣ нормъ, опредѣляющихъ юридическія послѣдствія этого правоотношенія. Нормы эти должны имѣть такое содержаніе, чтобы ни одинъ изъ участниковъ правоотношенія не могъ сказать, что право предоставляетъ другимъ участникамъ больше свободы, большую сферу власти, чѣмъ ему, что оно оказываетъ неосновательное покровительство интересамъ другихъ участниковъ правоотношенія на счетъ его собственныхъ интересовъ. Право должно быть безпристрастно ко всѣмъ гражданамъ; тогда только оно будетъ служить дѣйствительно общему благу и будетъ заслуживать названіе «*jus aequum*».

Мы нигдѣ не нашли въ нашихъ источникахъ общей формулировки этого принципа или постулата *aequitatis*. Но онъ достаточно рельефно обрисовывается во многихъ отдѣльныхъ рѣшеніяхъ классическихъ юристовъ и въ императорскихъ конституціяхъ этой эпохи. Для большей систематичности въ изложеніи мы рассмотримъ эти рѣшенія, раздѣливъ ихъ на нѣсколько группъ, именно, на рѣшенія, относящіяся къ обязательственному, семейному и наслѣдственному правамъ.

Изъ числа источниковъ, касающихся обязательственного права, два относятся къ уплатѣ по обязательству, а именно:

L. 6 § 6 D. 42, 8 Ulpianus. Говоря о сдѣлкахъ, заключенныхъ *in fraudem creditorum*, Ульпіанъ устанавливаетъ, что къ ихъ числу не относится принятіе несостоятельнымъ должникомъ уплаты отъ

своихъ собственныхъ должниковъ; сдѣланныя этими послѣдними уплаты не подлежатъ оспариванію со стороны кредиторовъ insolventis. Въ качествѣ мотива Ульпіанъ, со словъ Лабеоны, замѣчаетъ: «eum enim, quem praeses invitum solvere cogat, impune non solvere iniquum esse». Подъ aequitas, по нашему мнѣнію, разумѣется именно тотъ постулатъ ея, который мы теперь разсматриваемъ. Ульпіанъ хочетъ сказать: если право во вниманіе къ интересамъ кредиторовъ налагаетъ на должниковъ обязанность платить свои долги, то во вниманіе къ интересамъ самихъ должниковъ оно должно открыть имъ соотвѣтствующую возможность освободиться отъ своей обязанности уплатою долга кредитору⁹⁹⁾.

L. 1 pr. D. 46, 3. Ulpianus. Если лицо, задолжавшее другому по нѣсколькимъ обязательствамъ, дѣлаетъ своему кредитору уплату, которая по свойствамъ предоставляемыхъ вещей годится для погашенія любого изъ этихъ обязательствъ, но по количеству не можетъ покрыть ихъ всѣ, и если при этомъ платящій не указываетъ, какой именно долгъ онъ желаетъ погасить совершаемой уплатой, то законъ представляетъ кредитору право самому опредѣлить, какой долгъ долженъ быть покрытъ данной уплатой, но при этомъ вмѣняетъ ему въ обязанность такъ разрѣшать этотъ вопросъ, какъ будто бы дѣло идетъ о покрытіи долга, лежащаго на немъ самомъ¹⁰⁰⁾. Это правило Ульпіанъ называетъ весьма справедливымъ. Дѣйствительно въ немъ очень искусно соглашены интересы обѣихъ сторонъ. Если, съ одной стороны, судьба сдѣланной уплаты ставится въ зависимость отъ рѣшенія кредитора, то, съ другой стороны, у должника отнимается всякая возможность жаловаться на предпочтеніе, отдаваемое правомъ кредитору, такъ какъ его интересамъ при изложенномъ содержаніи нормы это предпочтеніе вредить не можетъ.

Къ институту купли-продажи относятся слѣдующіе фрагменты, содержащіе ссылку на нашъ постулатъ aequitatis:

L. 6 D. 18, 6. Pomponius. «Если я купилъ вино, за исключеніемъ прокисшаго и покрытаго плѣснью, и для меня впоследствии

⁹⁹⁾ Смыслъ L. 6 § 6 D. 42, 8 мы толкуемъ согласно замѣчаніямъ V a n g e r o w'a, Pandekten, т. III, стр. 623. 627.

¹⁰⁰⁾ См. объ этой нормѣ, изъ которыхъ подробности которой являются спорными, Windscheid, Pand., т. II § 343. Dernburg, Pand., т. II § 55 пр. 21 слл. Pfandrecht, т. II, стр. 213 слл. A s s a g i a v. Précis, т. II, стр. 535 сл.

окажется выгоднымъ принять также и прокисшее вино, то, по словамъ Прокула, хотя изъятіе въ договорѣ сдѣлано въ пользу покупателя, тѣмъ не менѣе прокисшее и заплѣсневѣлое вино не должно считаться проданнымъ, ибо было бы противно справедливости не позволять продавцу [потреблять *i n s. M o m t s e n*] или продавать другому лицу тотъ товаръ, къ принятію котораго онъ не можетъ принудить покупателя».

L. 13 § 20 D. 19, 1. Ulpianus ¹⁰¹⁾. Здѣсь мы читаемъ, что если продавецъ представляетъ покупателю возможность пользоваться плодами проданной вещи, то справедливость требуетъ, чтобы на покупателя была возложена соответственная обязанность съ того же момента предоставить продавцу возможность пользоваться процентами съ продажной цѣны.

L. 16 D. 18, 2. Ulpianus. «Императоръ Северъ предписалъ слѣдующее: «Соответственно тому, что покупатель обязанъ возвратить продавцу плоды, полученные имъ съ дома, проданнаго съ оговоркой *<in diem addictio>*, если продавцу были предложены болѣе выгодныя условія продажи, справедливо дозволить и покупателю, въ свою очередь, удержать изъ доходовъ необходимыя издержки, сдѣланныя имъ въ промежуточное время на домъ, а если доходовъ на это не хватитъ, то справедливо дозволить ему требовать уплаты этихъ издержекъ».

L. 26 D. 21, 1. Gajus. При *redhibitio* эдилы установили слѣдующій порядокъ: сперва покупатель долженъ былъ вернуть продавцу купленную вещь, а затѣмъ уже онъ могъ требовать возврата цѣны ¹⁰²⁾. Однако, по мнѣнію Гая, эта норма при извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ оказаться несправедливой, т. е. не будетъ равномерно обезпечивать интересовъ обѣихъ сторонъ. Это имѣетъ мѣсто именно въ томъ случаѣ, если продавецъ оказывается несостоятельнымъ должникомъ, такъ что покупатель, отдавши ему обратно товаръ, будетъ имѣть очень мало шансовъ на обратное полученіе цѣны. При этихъ условіяхъ «лучше устроить дѣло такъ, чтобы покупатель далъ обезпеченіе въ томъ, что онъ вернетъ раба, если въ теченіе опредѣленнаго срока ему будутъ уплачены деньги».

¹⁰¹⁾ См. также L. 2 C. 4, 32 Severus et Anton. L. 16 § 1 D. 22, 1. Paulus.

¹⁰²⁾ L. 25 § 10 D. 21, 1.

Что касается мандата, то здѣсь нашъ постулатъ *aequitatis* приводится въ качествѣ основанія слѣдующаго правила: «*et est aequum, sicut mandante aliquo actionem pacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur*» (т. е. «справедливость требуетъ, чтобы соотвѣтственно обязанности, возложенной на мандатарія, предоставлять манданту иски, приобретенные первымъ на основаніи порученія послѣдняго, мандатарій имѣлъ точно также право требовать отъ манданта, чтобы тотъ освободилъ его отъ обязательствъ, принятыхъ имъ на себя по случаю исполненія мандата») ¹⁰³).

Нѣкоторые юристы (*quidam*) ¹⁰⁴) въ одномъ случаѣ доводятъ даже этотъ постулатъ *aequitatis* въ примѣненіи къ мандату до утробки, такъ какъ хотятъ отнять у мандатарія право, несомнѣнно вытекающее для него изъ договора согласно его смыслу, подъ предлогомъ неравномѣрнаго распредѣленія правъ между контрагентами въ противномъ случаѣ:

L. 3 § 2 D. 17, 1. *Paulus*. «Если я назначаю цѣну [за которую ты долженъ купить для меня что либо], а ты купилъ за большую цѣну, то нѣкоторые юристы отказывали тебѣ въ *a. mandati*, хотя бы ты былъ готовъ отступить отъ требованія излишне заплаченного: ибо несправедливо, чтобы у меня не было иска противъ мандатарія, если онъ не хочетъ, а у него противъ меня былъ искъ, если онъ пожелаетъ».

Это мнѣніе опровергается, согласно воззрѣнію Прокула, въ слѣдующемъ фрагментѣ (L. 4 D. eod.) ¹⁰⁵).

Не менѣе рельефно выступаетъ этотъ постулатъ *aequitatis* въ рѣшеніяхъ, касающихся договора товарищества. Здѣсь *aequitas* требуетъ также безусловной равномѣрности въ распредѣленіи правъ и обязанностей между всѣми товарищами ¹⁰⁶). Если одинъ изъ товарищей выговорилъ, чтобы на счетъ товарищества было дано при-

¹⁰³) L. 45 § 5 D. 17, 1 *Paulus*.

¹⁰⁴) Т. е. *Sabinus* и *Cassius*, какъ это видно изъ *Gai* III, § 161. *J. 3, 26, 8.—Lepel, Palingenesia, Paulus 485 n. 2* думаетъ, что и Павелъ раздѣлялъ это мнѣніе.

¹⁰⁵) См. также фрагменты, цитированные въ прим. 104.

¹⁰⁶) *Ср. L. 2 C. 4, 37. Diocletianus et Maximianus. „Cum in societatis contractibus fides exuberet conveniatque aequitatis rationibus etiam compendia aequaliter inter socios dividi....“*

даное за его дочь, то Папиніанъ считаетъ такой договоръ лишь въ такомъ случаѣ согласнымъ съ *aequitas*, «если онъ заключенъ не исключительно въ пользу дочери одного только изъ товарищей; если подобнаго рода оговорка сдѣлана была взаимно, то не имѣетъ значенія, что только одинъ изъ товарищей на самомъ дѣлѣ имѣлъ дочь» ¹⁰⁷). Если два товарища имѣютъ искъ *pro socio* противъ третьяго и одинъ изъ нихъ удовлетворенъ въ своемъ искѣ сполна, тогда какъ другой не получилъ полного удовлетворенія, вслѣдствіе того, что *socius* (должникъ) «*facere solidum non potest*», то *aequitas* требуетъ, чтобы доли, полученныя обоими товарищами-кредиторами были уравнены посредствомъ *actio pro socio*, «*quia iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi*» ¹⁰⁸). Товарищескій договоръ, на основаніи котораго одинъ изъ товарищей долженъ получать всю выгоду отъ общаго дѣла, а другой, не получая прибыли, долженъ только нести убытки, (т. наз. *societas leonina*) характеризуется Ульпіаномъ, какъ «*iniquissimum genus societatis*» ¹⁰⁹).

Этотъ же постулатъ *aequitatis* имѣетъ въ виду Павелъ въ L. 32 § 9 D. 4, 8, гдѣ рѣчь идетъ о договорѣ *receptum arbitrii*. Извѣстно, что лица, отправленные изъ своихъ провинцій въ Римъ въ качествѣ легатовъ, не могли быть привлекаемы къ суду по поводу сдѣлокъ, заключенныхъ ими *ante legationem*, въ теченіе всего времени, пока они исправляли обязанности легатовъ ¹¹⁰). Согласно съ этимъ, легаты не могли быть принуждаемы подвергаться въ Римѣ *tempore legationis* также и третейскому суду, относительно котораго они заключили компромиссъ *ante legationem*; слѣдовательно, въ этомъ случаѣ преторъ не долженъ былъ принуждать выбраннаго сторонами *arbiter*'а къ постановленію рѣшенія. Не слѣдуетъ ли однако, спрашиваетъ Павелъ, признать это принужденіе третейскаго судьи къ постановкѣ рѣшенія основательнымъ въ томъ случаѣ, если самъ легатъ этого потребуетъ? Въ отвѣтъ на это Павелъ замѣ-

¹⁰⁷) L. 81 D. 17, 2. *Dixi pactum non esse iniquum, utique si non de alterius tantum filia convenit: nam si commune hoc pactum fuit, non interesse, quod alter solus filiam habuit.*

¹⁰⁸) L. 63. § 5 D. 17, 2. *Ulpianus.*

¹⁰⁹) L. 29 § 2 D. 17, 2. Тотъ же постулатъ *aequitatis* въ примѣненіи къ *societas* упоминается еще въ L. 55 D. 17, 2 *Ulpianus* и *Gai* III, 149.

¹¹⁰) L. 2 § 4. L. 24 in f. D. 5, 1.

часть: «*quod prima ratione potest videri iniquum, ut in ipsius potestate sit*». *Iniquitas* заключалась бы въ томъ, что при утвердительномъ рѣшеніи вопроса правъ сторонъ изъ договора *rescriptum arbitri* могли бы показаться неравными: легать имѣлъ бы право требовать принужденія *arbitrator*'а къ исполненію договора, если бы захотѣлъ, а другая сторона лишена была бы этого права ¹¹¹⁾).

Къ тому-же постулату *aequitatis* сводится въ рескриптѣ Севера и Антонина, цитируемомъ Павломъ въ *L. 9 § 5 D. 26, 6*, правило, согласно которому *condictio indebiti* не должна имѣть мѣста, если лицо, сдѣлавшее предоставленіе въ уплату несуществующаго долга, находилось въ неизвинительномъ заблужденіи. Это правило называется императорами справедливымъ, такъ какъ только при его существованіи оказываются равномѣрно принятыми во вниманіе интересы обоихъ участниковъ даннаго отношенія. Въ самомъ дѣлѣ, если, съ одной стороны, является несправедливымъ для лица, сдѣлавшаго уплату, чтобы его предоставленіе удерживалось получателемъ, несмотря на недостиженіе юридической цѣли этого предоставленія ¹¹²⁾, то, съ другой стороны, нужно принять во вниманіе положеніе получателя уплаты. Для этого послѣдняго во всякомъ случаѣ является очень неудобнымъ выдавать назадъ деньги, на которыя онъ смотрѣлъ *bona fide*, какъ на свое достояніе. Было бы слишкомъ одностороннимъ правило, согласно которому мнимый кредиторъ безусловно присуждался бы къ возврату *indebiti soluti*. Для уравненія защиты интересовъ обѣихъ сторонъ право и прибѣгаетъ къ указанному выходу; оно устанавливаетъ, что чѣмъ болѣе оснований имѣеть кредиторъ быть увѣреннымъ въ правильности сдѣланной ему уплаты и чѣмъ меньше самъ должникъ проявилъ, совершая уплату, заботливости о своихъ дѣлахъ, тѣмъ менѣе справедливо требовать назадъ у кредитора полученную сумму; поэтому *repetitio indebiti* должна быть совсѣмъ исключена въ томъ случаѣ, если лицо, сдѣлавшее уплату, находилось въ неизвинительномъ заблужденіи относительно существованія долга ¹¹³⁾).

¹¹¹⁾ Подробный разборъ остальной части фрагмента, для насъ не интересной, см. напр. у *Cujasius, Opera* ed. 1758, т. V, стр. 188 сл.

¹¹²⁾ О постулатѣ *aequitatis*, лежащемъ въ основѣ самой *condictio indebiti*, рѣчь будетъ ниже.

¹¹³⁾ Ср. ко всему сказанному *Witte, Bereicherungsklagen*, стр. 99 сл. *Windscheida, Pandekten*, т. II § 426 пр 14 in fine.

Нѣсколько рѣшеній относятся къ семейному праву.—По вопросу о приданомъ мы имѣемъ въ этомъ смыслѣ ссылку на *aequitas* въ известной *L. 56 § 3 D. 23, 3 Paulus* ¹⁴⁾. Въ этомъ фрагментѣ рѣчь идетъ о правилѣ *impensae necessariae ipso jure minuunt dotem*. Какъ известно, среди классическихъ юристовъ, по крайней мѣрѣ позднѣйшихъ, уже твердо установилось воззрѣнiе на приданое, какъ на *universitas*, т. е. какъ на особую имущественную величину, существованiе которой является независимымъ отъ переменны входящихъ въ ея составъ отдѣльныхъ *res corporales* и *incorporales*. Согласно съ этимъ воззрѣнiемъ, упомянутое выше правило объ *impensae necessariae* понималось вообще въ томъ смыслѣ, что эти издержки могутъ быть взысканы мужемъ съ жены при возвратѣ приданого посредствомъ *retentio* массы имущества, подлежащаго реституци; но оно не должно было вести къ тому, чтобы отдѣльныя вещи, входящiя въ составъ приданого, вслѣдствiе совершенiя на нихъ мужемъ издержекъ, вполнѣ или отчасти теряли свойство *res dotalium*. Это воззрѣнiе, подробно развиваемое Ульпаномъ въ *L. 5 pr. D. 25, 1*, повторяется и Павломъ въ началѣ нашей *L. 56 § 3*.— Однако, изложивъ общее правило, Павелъ указываетъ далѣе, что не всѣ юристы признавали его безусловно и безъ ограниченiй. Такъ, учитель Павла ¹⁵⁾, Сцевола, раздѣляя въ общемъ изложенное воззрѣнiе, находилъ возможнымъ сдѣлать изъятiе изъ общаго правила въ одномъ случаѣ: если мужъ постепенно сдѣлалъ на дotalный участокъ *impensae necessariae* въ такомъ количествѣ, что сумма ихъ наконецъ сдѣлалась равной стоимости самаго участка, то по мнѣнiю Сцеволы участокъ долженъ былъ потерять характеръ *fundus dotalis*, но могъ вновь получить этотъ характеръ, если жена въ теченiе года добровольно представляла мужу сумму произведенныхъ издержекъ. Намъ кажется, что Сцевола пришелъ къ этому рѣшенiю по слѣдующимъ соображенiямъ. Съ одной стороны, онъ не считалъ практически неудобнымъ при данныхъ обстоятельствахъ сдѣлать изъятiе изъ общаго правила, такъ какъ здѣсь не возникало въ резуль-

¹⁴⁾ См. объ этомъ *fragm. Dernburg, Compensation*, 1-е изд., стр. 140 слл. 2, изд., стр. 136 слл. *Czyhlarz, das röm. Dotalrecht*, стр. 285. *Pernice, Laber* т. I, стр. 397 сл. *K a r l o w a, Röm. Rechtsgeschichte*, т. II, стр. 225.

¹⁵⁾ Таковъ смыслъ выраженiя „*Scaevola noster*“. См. *K r ü g e r, Gesch. der röm. Quellen*, стр. 194, пр. 28.

татѣ такого изъятія никакой запутывающей разсчетов communiо. Съ другой стороны, онѣ принималъ во вниманіе слѣдующее: мужъ совершаетъ необходимыя издержки на приданое во исполненіе возложенной на него юридической обязанности ¹¹⁶⁾; исполненіе этой обязанности можетъ оказаться для него весьма тяжелымъ, если сумма необходимыхъ издержекъ на приданое достигаетъ такихъ размѣровъ, какъ въ данномъ случаѣ; поэтому является весьма умѣстнымъ облегчить его положеніе и дать ему возможность вернуть въ этомъ случаѣ сдѣланныя издержки поскорѣе, не ожидая времени реституціи приданого. Такъ какъ женѣ Сцевола предоставлялъ цѣлый годъ для выкупа у мужа своего участка, то онѣ полагалъ, что установленная имъ норма не противорѣчитъ aequitati, т. е. не оказываетъ односторонняго предпочтенія интересамъ мужа насчетъ интересовъ жены.— Однако, Павелъ не такъ взглянулъ на дѣло. Изложивши мимоходомъ особое воззрѣніе Нервы на подлежащее обсужденію правило объ *impensae necessariae* на *dos*, Павелъ переходитъ къ критикѣ мнѣнія своего учителя. Онѣ признаетъ норму, установленную Сцеволой, несправедливой: «*cujus rei, говоритъ онѣ, manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam*». Несправедливость сводится къ слѣдующему: если *fundus*, аргументируетъ Павелъ, съ того момента, какъ сумма издержекъ стала равна его цѣнности, перестаетъ быть *fundus dotalis*, то онѣ можетъ быть отчуждаемъ мужемъ. Возможность же отчужденія участка приводитъ къ тому, что право жены вернуть *fundus* въ массу приданого, предложивъ мужу въ теченіе года сумму сдѣланныхъ издержекъ, теряетъ всякое практическое значеніе. Отчужденный *fundus* уже не можетъ вновь сдѣлаться *fundus dotalis*; остается считать за *dos* сумму денегъ, внесенную женой на покрытіе *impensae*,— но это не будетъ соответствовать ни намѣренію сторонъ, ни мысли самого Сцевола. Отсюда ясно, что норма, установленная Сцеволой, несмотря на то, что авторъ ея руководился совершенно обратными стремленіями, на самомъ дѣлѣ не оказываетъ равномѣрнаго покровительства интересамъ обоихъ сторонъ: предоставленное женѣ для равновѣсія право выкупа на самомъ дѣлѣ оказывается вполне зависимымъ отъ произвола мужа и дѣлается иллюзорнымъ, если мужъ тотчасъ же от-

¹¹⁶⁾ См. напр. L. 4 D. 25, 1.

чудить данный участокъ. Чтобы исправить эту *iniquitas*, правило Сцеволы должно быть дополнено запрещеніемъ мужу отчуждать *fundus* въ теченіе установленнаго въ интересахъ жены годичнаго срока. При наличности такой поправки правило Сцеволы является основательнымъ и справедливымъ, а потому раздѣляется и Павломъ ¹¹⁷⁾.

По поводу отношеній между нѣсколькими опекунами мы встрѣчаемъ слѣдующее рѣшеніе въ L. 1 § 11 D. 27, 3 *Ulpianus*. «Если нѣсколько опекуновъ всѣ вмѣстѣ вели опекунскія дѣла и всѣ имущественно состоятельны, то вполнѣ справедливо, чтобы искъ противъ нихъ былъ раздѣленъ на равныя части по ихъ числу, также какъ это дѣлается при наличности нѣсколькихъ поручителей».

Въ области наслѣдственнаго права къ этому постулату сводится классическими юристами институтъ, извѣстный подъ именемъ *collatio emancipatorum* ¹¹⁸⁾. При наслѣдованіи *ab intestato* или противъ завѣщанія всѣ нисходящіе должны получить отъ претора одинаковую защиту. Однимъ только равномернымъ раздѣломъ между ними наслѣдственной массы эта цѣль еще не была бы достигнута. Нисходящіе, которые были отпущены изъ подъ власти домовладыки, вслѣдствіе эманципаціи получали возможность приобрѣтать свое собственное имущество. Между тѣмъ плоды труда нисходящихъ, оставшихся подъ властью, продолжали поступать въ собственность домовладыки и послѣ его смерти входили въ составъ оставшагося наслѣдства. Эманципированные, будучи допущены къ наслѣдованію, получаютъ часть этихъ приобрѣтеній, сдѣланныхъ подвластными, и уменьшаютъ долю, получаемую послѣдними изъ наслѣдства. Желая быть безпристрастнымъ къ обѣимъ сторонамъ, преторъ узаконяетъ на основаніи нашего постулата *aequitatis*, что и эманципированные должны въ такомъ случаѣ удѣлить съ своей стороны этимъ *suis heredibus* часть

¹¹⁷⁾ По вопросу о томъ, одобряетъ ли Павелъ въ концѣ концовъ мнѣніе „своего Сцеволы“, въ литературѣ существуетъ разногласіе. *Szyhlarz*, I. с. 404 изъ-Регнице, I. с. стр. 398 пр. 56 склоняются къ утвердительному мнѣнію. *Dehnig*, I. с. стр. 144 (1-е изд.) и стр. 139 (2-е изд.). Намъ кажется, что разногласіе это возникло лишь потому, что ни одинъ изъ этихъ писателей не выясняетъ практическихъ соображеній, которыя могли побудить Сцеволу, а за нимъ и Павла къ установленію даннаго изъятія изъ общаго правила.

¹¹⁸⁾ *Coll. XVI, 7, 2. L. 1 pr. D. 37, 6. Ulpianus.*—*Cf. L. 17 C. 6, 20 Leo и L. 12. C. 3, 38 Iustinianus.*

того имущества, которое они сами приобрѣли до смерти домовладыки и которое находилось бы также въ составѣ наслѣдства, если бы они продолжали оставаться подѣ властью отца ¹¹⁹⁾). На подобныхъ же соображеніяхъ была основана и *collatio dotis*. Если замужняя дочь, уменьшающая своею конкуренціей долю другихъ нисходящихъ въ наслѣдствѣ, имѣла случай при жизни отца сдѣлать такое приобретение въ видѣ *dos*, котораго остальные *sui* не могли сдѣлать, то казалось несогласнымъ съ принципомъ равнаго покровительства при наслѣдованіи всѣмъ нисходящимъ оставить за дочерью это преимущество и при раздѣлѣ наслѣдства, получаемого отъ отца ¹²⁰⁾). Въ обоихъ случаяхъ преторъ считалъ оказываемую интересамъ нисходящихъ защиту только въ томъ случаѣ равномѣрной, если она сообразовалась съ имущественнымъ положеніемъ каждаго интересента.

Далѣе, на томъ же принципѣ безпристрастнаго примиренія противоположныхъ интересовъ основана *nova clausula edicti* «*de conjugendis cum emancipato liberis ejus*», о которой Ульпіанъ говорить слѣдующее: «*hoc edictum aequissimum est, ut neque emancipatus solus veniat et excludat nepotes in potestate manentes, neque nepotes jure potestatis objiciantur patri suo*» ¹²¹⁾).

В. БЕЗПРИСТРАСТНОЕ ПРИМѢНЕНІЕ И РАЗРАБОТКА СУЩЕСТВУЮЩИХЪ ВЪ ПРАВѢ НОРМЪ СОГЛАСНО СЪ ИДЕЯМИ, ЛЕЖАЩИМИ ВЪ ИХЪ ОСНОВѢ.

Какъ мы уже указали въ началѣ этой главы, для приведенія права въ полную гармонию съ первымъ основнымъ принципомъ *aequitatis* еще недостаточно, чтобы органы, творящіе новыя по содержанию нормы права и реформирующіе старыя институты и нормы, выполняющія свою работу въ соотвѣтствіи съ требованіями общаго права. Необходимо сверхъ того, чтобы нормы, выработанныя этимъ само

¹¹⁹⁾ Ассаріас, *Précis*, т. I, стр. 1239. Дербург, *Pandekten*, т. III, стр. 280 (3-е изданіе). Шрöder, *Notherbenrecht*, стр. 204 сл.

¹²⁰⁾ Шрöder, *Notherbenrecht*, стр. 208. Дербург, *l. c.* стр. 282.

¹²¹⁾ L. 1 § 1 D 37, 8. См. Дербург, *Pandekten*, т. III § 180 пр. 3. Ассаріас, *Précis*, т. I, стр. 1229. Объ исторіи этой *clausula* Leist, *Bonorum possessio*, т. II, ч. I, стр. 153 сл. Шрöder, *Notherbenrecht*, стр. 126 сл.

путемъ и провѣренныя съ этой точки зрѣнія, примѣнялись ко всѣмъ отдѣльнымъ конкретнымъ случаямъ и подвергались теоретической разработкѣ безпристрастно и въ соотвѣтствіи съ идеями, которыя положили творцы этихъ нормъ въ ихъ основу. Иначе норма, созданная съ наилучшими намѣреніями, въ примѣненіи ея къ практикѣ можетъ быть искажена и приведетъ въ результатѣ къ эффекту неожиданному и нежелательному съ точки зрѣнія общаго блага. Органы, примѣняющіе право къ жизни, должны работать рука объ руку съ органами, занимающимися выработкой новыхъ по содержанию абстрактныхъ нормъ права. Только при этомъ условіи право дѣйствительно будетъ неуклонно придерживаться во всѣхъ рѣшительно случаяхъ одного и того-же общаго масштаба, стоящаго надъ интересами и требованіями отдѣльныхъ лицъ, и равномерно распредѣлитъ между всѣми членами общества ихъ субъективныя права и обязанности.

Относящіяся къ этому постулату *aequitatis* источники мы раздѣлимъ на три группы. Сперва мы рассмотримъ тѣ фрагменты, гдѣ рѣчь идетъ о подведеніи конкретныхъ случаевъ подъ существующія уже въ правѣ нормы и объ исправленіи неудачной редакціи, приданной этимъ нормамъ. Затѣмъ мы сдѣлаемъ анализъ источниковъ, въ которыхъ на основаніи *aequitas* производится детальная разработка содержания существующихъ въ правѣ нормъ, выводятся новыя нормы посредствомъ развитія идей, лежащихъ въ основѣ уже существующихъ нормъ, и создается система размѣщенія нормъ, соотвѣтствующая содержанию располагаемыхъ нормъ. Наконецъ, мы перейдемъ къ источникамъ, указывающимъ на существованіе постулата, согласно которому органы, примѣняющіе право къ жизни, должны безпристрастно относиться къ интересамъ всѣхъ участниковъ подлежащаго ихъ обсужденію правоотношенія и вообще всѣхъ лицъ, заявляющихъ какія либо требованія по поводу примѣненія права къ спорнымъ случаямъ.

а) Подведеніе конкретныхъ случаевъ подъ существующія въ правѣ юридическія нормы. Исправленіе недостатковъ въ буквальной редакціи нормъ согласно идеямъ, лежащимъ въ основѣ этихъ нормъ.

Примѣненіе нормъ и институтовъ права къ отдѣльнымъ случаямъ должно быть организовано, согласно *aequitas*, такимъ образомъ,

чтобы при этомъ дѣйствительно осуществлялись на практикѣ тѣ идеи, которыя въ соотвѣтствіи съ правильно понятыми требованіями общаго блага положены въ основу этихъ нормъ и институтовъ создавшими ихъ законодательными органами. Въ результатѣ такого примѣненія права должны на практикѣ получить защиту извѣстнаго рода только тѣ интересы, которые дѣйствительно признаны достойными этой защиты, и всѣ одинаковые интересы должны быть удостоены одинаковаго рода юридической охраны. Для того чтобы примѣненіе права получило такой характеръ, отъ лицъ, занимающихся этой операціей, требуется выполненіе двоякаго рода дѣятельности. Во первыхъ, каждую норму, которую эти лица находятъ въ дѣйствующемъ правѣ, они должны анализировать относительно ея содержанія; они должны опредѣлить, какая идея лежитъ въ основѣ этой нормы, какую цѣль эта норма преслѣдуетъ, какой именно интересъ ею защищается; они должны установить, достаточно ли точное выраженіе получила идея, руководившая законодателемъ, въ той буквальной редакціи, которую онъ придалъ своей нормѣ; нельзя ли уловить подъ той формой, которую получила норма въ устахъ законодателя, болѣе общей или болѣе широкой идеи, которую самъ авторъ нормы, несомнѣнно, руководился, но не могъ или не умѣлъ надлежащимъ образомъ формулировать, или, наоборотъ, не является ли данная норма, какъ она вышла изъ рукъ ея творца, слишкомъ широкимъ и въ этомъ смыслѣ неудачнымъ образцомъ формулировки болѣе узкой идеи, положенной въ ея основаніи. Произведя этотъ анализъ, лицо, примѣняющее существующія нормы права къ жизни, должно въ своей дальнѣйшей дѣятельности руководиться его результатами; оно должно продолжать работу лица, создавшаго примѣняемую теперь норму права, и на практикѣ поступать согласно идеямъ, руководившимъ этимъ послѣднимъ лицомъ, а не словамъ, въ которыхъ болѣе или менѣе удачно были выражены эти идеи ¹²²). Во вторыхъ, лицо, примѣняющее право къ жизни,

¹²²) О такого рода примѣненія *in integrum restitutio majorum* говорятъ Ульпіанъ въ L. 26 § 9 D. 4, 6. *Haec clausula edicto inserta est necessario: multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singulatim enumerari potuerunt, ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum.*

должно въ каждомъ данномъ случаѣ производить детальный анализъ каждаго жизненнаго отношенія, подлежащаго его обсужденію; оно должно выяснить, къ какому типу принадлежит данное отношеніе и какія въ немъ существуютъ конкретныя особенности; разъ такія будутъ обнаружены, юристъ долженъ рѣшить, являются ли эти особенности достаточно существенными для того, чтобы данное отношеніе не было подведено подъ нормы, существующія для типическаго отношенія, или же онѣ не дѣлаютъ примѣненія къ нему извѣстной общей нормы несогласнымъ съ ея цѣлью и условіями ¹²³⁾.

Въ источникахъ нашихъ мы встрѣчаемъ очень много фрагментовъ, гдѣ рѣчь идетъ о такого рода подведеніи конкретныхъ случаевъ подъ существующія нормы права согласно требованіямъ *aequitatis*. Сперва мы рассмотримъ тѣ изъ нихъ, гдѣ ссылка на *aequitas* дѣлается только для того, чтобы констатировать, что извѣстная норма или искъ являются вполне примѣнимыми къ данному случаю согласно цѣли, ими преслѣдуемой. Затѣмъ мы разберемъ источники, въ которыхъ юристы посредствомъ ссылки на *aequitas* констатируютъ непримѣнимость данной нормы *gesp.* иска къ данному случаю. Наконецъ, мы перейдемъ къ тѣмъ фрагментамъ, гдѣ юристы оправдываютъ съ помощью *aequitas* подведение или неподведение извѣстныхъ случаевъ подъ извѣстную норму вопреки буквальной редакціи этой нормы.

Каждая норма, существующая въ правѣ должна быть примѣняема ко всѣмъ тѣмъ конкретнымъ случаямъ, въ которыхъ констатирована наличность интереса, защищаемаго данной нормой, которые соотвѣтствуютъ условіямъ нормы и цѣли, ею преслѣдуемой. Если ко всѣмъ случаямъ, представляющимся одинаковыми, не примѣняются одинаковыя нормы, то это можетъ быть оправдано лишь при томъ условіи, что законодатель или юристъ, руководясь обычными масштабами, предписываемыми *aequitate*, усмотреть между нѣсколькими подобными случаями существенныя различія, которыя дѣлаютъ нецѣлесообразнымъ установленіе для нихъ юридической защиты въ одинаковой мѣрѣ и въ одинаковой формѣ. Въ противномъ же случаѣ, примѣняя различныя нормы къ одинаковымъ случаямъ, право

¹²³⁾ Ср. L. 5 § 2 D. 25, 3. Ulpianus.... et cum ex aequitate haec res descendit caritateque sanguinis, singulorum desideria perpendi iudicem oportet.

узаконить *iniquitatem*: не всѣ интересы, признанные достойными защиты, получать такую или же не всѣ интересы получать охрану юридическую въ должной мѣрѣ. Нѣкоторые лица будутъ имѣть основаніе жаловаться на то, что законъ ставитъ ихъ въ худшее положеніе, чѣмъ всѣхъ остальныхъ, не имѣя на то достаточнаго основанія. Первую группу источниковъ, которую мы рассмотримъ, составятъ именно тѣ фрагменты, въ которыхъ на основаніи *aequitas* въ положительной формѣ объявляется, что извѣстная норма является по своимъ условіямъ вполне примѣнимой къ данному случаю, или же точно такое рѣшеніе мотивируется отрицательнымъ путемъ, т. е. характеристикой описанной нами только что *iniquitatis*, которая произойдетъ, если къ подлежащему обсужденію случаю не будутъ безъ достаточнаго основанія примѣнены общія нормы, установленныя для всѣхъ такихъ случаевъ. Послѣдняго рода характеръ носить ссылка на *aequitas* въ слѣдующихъ источникахъ.

L. 12 §§ 8. 9. D. 49, 15. *Tryphoninus*. Въ § 8 идетъ рѣчь о такого рода вопросѣ. Какая то ¹²⁴⁾ конституція установила, что рабъ, выкупленный у враговъ изъ плѣна, становится собственностью *redimentis*, пока его не выкупитъ у послѣдняго прежній его римскій собственникъ. На этомъ основаніи можно было бы заключить, что *redimens*, какъ собственникъ раба, не имѣетъ возможности узаконивать послѣдняго, хотя бы, покупая его, не зная, что этотъ рабъ взятъ былъ въ плѣнъ, и думалъ, что онъ принадлежитъ продавцу на правахъ обыкновенной собственности. Противъ такого рѣшенія Трифонинъ аргументируетъ слѣд. образомъ: *«rursus cum constitutio non deteriorem causam redimentium, sed si quo meliorem effecerit, peremi jus bonae fidei emptoris vetustissimum et iniquum et contra mentem constitutionis est»*. Это значить: постановляя такое рѣшеніе, мы усмотрѣли бы въ данной *constitutio*, вопреки ея цѣли и смыслу, препятствіе къ узаконію и потому не примѣнили бы къ данному *bonae fidei emptor*у нормъ объ узаконіи, которыя установлены для всѣхъ остальныхъ *bonae fidei emptores*; такъ какъ ничто, въ томъ числѣ и упомя-

¹²⁴⁾ По предположенію Наве, *Postliminium*, стр. 166, изданная импер. Септیمیемъ Северомъ и Каракаллой; Карлова, *R. Rechtsgeschichte*, т. II, стр. 404 слл. предполагаетъ, что это былъ сенатусконсулътъ, извѣстный подъ именемъ *constitutio Rutiliana*.

нутая конституція, не даетъ достаточнаго оправданія для такого поступка, то въ результатѣ получилась бы только *iniquitas*, состоящая въ томъ, что къ нашему случаю вполнѣ неосновательно не примѣнялись бы нормы, созданныя для всѣхъ подобнаго рода случаевъ, и, кромѣ того, рѣшеніе наше было бы *contra mentem constitutionis*, приводимой въ его оправданіе.—Въ § 9 Трифонинъ разрѣшаетъ другаго рода вопросъ, касающійся того-же случая. Можетъ ли *redemptor* отпустить на волю выкупленнаго имъ у враговъ раба и какой эффектъ должна имѣть такая *manumissio*? Сдѣлается ли рабъ, отпущенный на волю, свободнымъ человѣкомъ, или онъ возвратится подѣ власть своего прежняго собственника? Трифонинъ высказывается противъ второй альтернативы и при этомъ, между прочимъ, приводитъ слѣдующій аргументъ: «*liber erit servus, qui nullo merito suo poterit a domino libertatem consequi? quod est iniquum et contra institutum a majoribus libertatis favorem*». Здѣсь ссылка на *aequitas* имѣетъ такое же значеніе, какъ и въ предыдущемъ параграфѣ. *Redemptor* сдѣланъ въ силу известной намъ *constitutio* собственникомъ раба. Не примѣняя къ нему созданныя для всѣхъ собственниковъ нормы о *manumissio*, мы узаконимъ для даннаго собственника и для даннаго либерта особое, исключительное положеніе: собственникъ никакимъ образомъ не можетъ дать свободы своему рабу, а либертъ становится въ положеніе такого раба, который, несмотря на всѣ свои заслуги, не можетъ получить свободы отъ своего господина. Такъ какъ для такого видѣнія положенія этихъ лицъ изъ подѣ дѣйствія обычныхъ нормъ нельзя усмотрѣть никакого достаточнаго основанія, то опровергнутое рѣшеніе являеть «*jus iniquum*» и, кромѣ того, оно противорѣчитъ *favori libertatis*, издавна уже признаваемому въ правѣ¹²⁵⁾.

L. 30 § 1 D. 9, 2. *Paulus*. Здѣсь Павелъ разбираетъ такого рода случай. Нѣкто убилъ раба, даннаго въ залогъ. Искъ принадлежитъ должнику, собственнику раба; спрашивается, не слѣдуетъ ли дать *actionem utilem* и залоговому кредитору, такъ какъ онъ также можетъ понести убытки отъ убійства раба. Противъ этого является, однако, ар-

¹²⁵⁾ О мѣрахъ, которыя необходимо принять, чтобы ко всѣмъ обладателямъ виновнаго раба примѣнялась одна и таже норма о посягательной отвѣтственности, говорить L. 28 D. 9, 4 *Afric*.

гументомъ слѣдующее соображеніе: «sed hoc iniquum est et domino et creditori eum teneri», т. е. «въ томъ обстоятельствѣ, что убитый рабъ былъ данъ въ залогъ, нѣтъ еще достаточнаго основанія для того, чтобы усиливать отвѣтственность делинквента выше обычной нормы и заставлять его вдвойнѣ отвѣчать за нанесенные убытки». Слѣдуетъ поэтому ограничить отвѣтственность убійцы обычной суммой, но искъ о ней дать прежде всего залоговому кредитору, а по его удовлетвореніи должнику «in id, quod excedit»¹²⁶⁾.

L. 17 D. 37, 4. Ulpianus. Вопросъ состоитъ въ томъ, можетъ ли быть дана bonorum possessio contra tabulas въ слѣдующемъ случаѣ: нѣкто эманципировалъ своего сына, затѣмъ самъ былъ усыновленъ другимъ лицомъ, и умеръ, не упомянувъ своего сына въ завѣщаніи? Юліанъ рѣшилъ, что bonorum possessio contra tabulas въ данномъ случаѣ непримѣнима, ибо сынъ и отецъ принадлежать къ разнымъ familiae. Марцеллъ же находилъ, что всѣ условія, необходимыя для дарованія b. p. c. t., въ данномъ случаѣ на лицо, и потому несправедливо не примѣнять сюда соответствующихъ нормъ эдикта. Основаніемъ для него служили слѣдующія соображенія: «когда сынъ не дается въ усыновленіе, но отецъ самъ себя позволяетъ усыновить, то отецъ не даетъ сыну никакого другаго отца», слѣдовательно сынъ продолжаетъ оставаться нисходящимъ родственникомъ своего отца. Ульпіанъ одобряетъ это рѣшеніе Марцелла¹²⁷⁾.

Въ положительной формѣ ссылка на aequitas дѣлается для мотивировки примѣненія извѣстной нормы къ случаю, въ которомъ обнаружены всѣ условія, требуемыя нормой, въ слѣдующихъ фрагментахъ.

L. 3 § 4 D. 37, 4. Ulpianus. L. 13 § 3 D. eod. Iulianus. Въ этихъ фрагментахъ юристы признаютъ, что bonorum possessio сол-

¹²⁶⁾ См. аналогичное рѣшеніе въ L. 18 § 10 D. 39, 2. Aristo ap. Paulum, а также aequitas въ L. 4 D. 15, 3 Gajus.

¹²⁷⁾ Ср. объ этомъ A s s a g i a s, Précis, т. I, стр. 1276 сл.—Въ томъ же смыслѣ ссылается на aequitas имп. Антонинъ въ L. 9. C. 2, 12 (13): quod verum etiam iniquum est.—Сюда же нужно отнести, кажется намъ, и заключительныя слова L. 60 § 4 D. 23 2: iniquum enim est propter dilationem, quae forte non dolo, sed quae ex necessitate contingit, non excusari vel nuptias impediri excusatione recepta.—См. также iniquitas въ L. 4 § 2 D. 9, 4 Paulus.—О законодательныхъ реформахъ, совершенныхъ съ цѣлью устранить непримѣненіе обычныхъ нормъ къ извѣстнымъ классамъ лицъ безъ достаточнаго основанія, упоминаютъ Gai Inst. I, 84; III, 73.

tra tabulas въ числѣ прочихъ filii умершаго наслѣдодателя должна быть предоставлена также и внуку наслѣдодателя, усыновленному послѣднимъ in locum filii, такъ чтобы этотъ внукъ присоединялся при наслѣдованіи и къ своему отцу на равныхъ съ нимъ правахъ. «Cum sit aequius eum, qui in locum filii adoptatus est, non minus habere, quam si non ex numero nepotum, sed extraneus adoptatus esset», прибавляетъ къ этому рѣшенію Юліанъ, т. е. «такъ какъ то обстоятельство, что усыновлено было не постороннее лицо, а внукъ, не является достаточно существеннымъ для того, чтобы не примѣнять къ этому случаю обычныхъ нормъ». Если же этотъ усыновленный внукъ затѣмъ былъ эманципированъ, замѣчаетъ Ульпіанъ, то вполнѣ справедливо не примѣнять къ нему норму о bonorum possessio filiorum, такъ какъ онъ уже пересталъ быть сыномъ наслѣдодателя.

L. 1 § 11 D. 37, 9. Ulpianus. Спрашивается, можетъ ли быть допущена missio in possessionem ventris nomine въ имущество, оставленное кровнымъ отцомъ nasciturus'а, при слѣдующихъ условіяхъ: нѣкто былъ эманципированъ изъ подъ власти своего отца во время беременности своей жены, такъ что nasciturus долженъ былъ остаться подъ властью дѣда ¹²⁸⁾; затѣмъ умираютъ отецъ и дѣдъ nasciturus'а? На это Юліанъ отвѣтилъ слѣдующее: «rationem non esse, cur venter, quem edictum admittit, repelli debeat (нѣтъ основанія не примѣнять даннаго института къ тому лицу, которое эдиктомъ допускается къ наслѣдованію ¹²⁹⁾): est enim aequissimum (поэтому вполнѣ согласно съ условіями эдикта о missio ventris nomine) partui consuli, qui natus bonorum possessionem accepturus est».

L. 6 D. 37, 6. Celsus. Если дочь умерла во время брака, то согласно существовавшей въ правѣ нормѣ dos profectitia могла быть истребована отъ мужа тѣмъ восходящимъ, который установилъ эту dotem. Спрашивается, можетъ ли эта норма быть примѣнена въ слѣдующемъ случаѣ: умершая женщина получила свое приданое не отъ отца своего, но отъ дѣда, который умеръ еще раньше нея; теперь отецъ на основаніи указанной нормы требуетъ у вдовца возврата

¹²⁸⁾ §. 9 J. 1, 12.

¹²⁹⁾ См. L. 5 § 1. L. 6 D. 38, 6. Leist, въ продолженіи комментарія Glück'a, Serie d. Bücher 37 und 38, т. IV, стр. 22 сл.

ему приданаго. Цельзъ, вопреки Сервію Сульпицію и Лабеоу ¹³⁰⁾, находитъ, что въ этомъ случаѣ на лицо всѣ условія, требуемыя данной нормой, и что потому она должна быть примѣнена согласно *aequitas*. Его аргументація состоитъ въ слѣдующемъ: при данныхъ условіяхъ установителемъ *dotis* должно считать именно отца умершей женщины, потому что дѣдъ далъ приданое за внучкой не ради ея самой, а ради ея отца.—Конечно, съ такого рода аргументаціей можно не соглашаться; но несомнѣнно, что *aequitas*, руководившая Цельзомъ при его рѣшеніи, состояла исключительно въ томъ, что онъ считалъ данный случай, какъ онъ ему представлялся, вполне подходящимъ къ условіямъ обсуждаемой нормы, а потому не видѣлъ основанія не примѣнять къ нему этой нормы ¹³¹⁾.

L. 47 § 1 D. 40, 5. Julianus. Изданное въ 127 г. по Р. X. ¹³²⁾ *Scutum Junctianum* гласило: «*placere, ut si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacumque causa deberent servo, qui mortis tempore ejus, qui rogavit, non fuerit, adesse negabitur, praetor cognoscat; et si in ea causa esse videbitur, ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet: id ita esse pronuntiat*» ¹³³⁾. Въ настоящемъ фрагментѣ Юліанъ находитъ, что это *Scutum* по всей справедливости должно быть примѣнено, если на наследника возложенъ фидеикоммиссъ отпустить на волю чужаго раба, общаго, или такового, на котораго узурфруетъ принадлежить постороннему лицу.

L. 5 §§ 8. 10 D. 39, 1. Этотъ фрагментъ взятъ изъ того отдѣла комментарія Ульпіана къ эдикту, который посвященъ *operis novi nuntiatio*. До сихъ поръ Ульпіанъ говорилъ лишь о тѣхъ случаяхъ *operis novi nuntiationis*, когда нунціатъ «*in suo aedificat*». Въ L. 5 § 8 cit. онъ переходитъ къ другаго рода случаямъ: «*sed et si in aedes nostras quis immitit aut in loco nostro aedificet*», и объявляетъ, что и въ этомъ случаѣ *operis novi nuntiatio* является вполне примѣнимой: «*aequum est nos operis novi nuntiatione jus*

¹³⁰⁾ См. L. 7, 9 D. 23, 3.

¹³¹⁾ Значеніе сѣмки Цельза на *aequitas*, повидному, невѣрно понято у Сзуларз, *Dotalrecht*, стр. 317. Ср. Вештапц, *Dotalrecht*, т. II, стр. 427 сл.

¹³²⁾ А не при Коммодѣ, какъ стоитъ у Шулина, Учебникъ исторіи римск. права, стр. 267. Иначе Юліанъ не могъ бы комментировать этого *Scutum*. См. Крүгер, *Gesch. d. Quellen*, стр. 167 пр. 26.

¹³³⁾ Вгунс, *Fontes juris romani*, ed. V, стр. 184.

postrum nobis conservare». Поэтому онъ въ § 9 одобряетъ схему Педя, которая обнимаетъ и эти случаи, а затѣмъ въ § 10 даетъ оправданіе, почему онъ самъ до сихъ поръ оставлялъ безъ вниманія эти послѣдніе случаи ¹³⁴⁾. Именно, Ульпіанъ замѣчаетъ, что въ этихъ случаяхъ *operis novi nuntiatio* является невыгоднымъ средствомъ защиты права отъ нарушеній: она дѣлаетъ нунціата *possessorio* ома. Гораздо лучше поэтому при такихъ обстоятельствахъ прибѣгать къ чисто фактическому протесту противъ начинаемаго *opus novum* (*prohibere per manum, i. e. lapilli ictum*) или испросить у претора интердиктъ (*uti possidetis*), а если противникъ станетъ продолжать свое предпріятіе, вопреки этому протесту или преторскому запрету,—воспользоваться противъ него въ первомъ случаѣ интердиктомъ *quod vi aut clam*, а во второмъ случаѣ—*judicium* ома изъ интердикта *uti possidetis* на основаніи дѣйствій противника, совершенныхъ *post interdictum redditum*. Оба эти послѣднія средства являются вполне примѣнимыми къ даннымъ случаямъ: «*aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti*» ¹³⁵⁾.

Нѣсколько фрагментовъ устанавливають на основаніи *aequitas* примѣнимость разнаго рода *actionis* къ подлежащимъ обсужденію юристовъ конкретнымъ случаямъ. Такъ, въ L. 3 § 7 D. 10, 4 Ульпіанъ излагаетъ слѣдующій случай: нѣкто, имѣя въ виду вчинить *a. poxalis*, поставленъ въ необходимость видѣть всѣхъ рабовъ отвѣтника, чтобы убѣдиться, дѣйствительно ли виновный рабъ находится въ его обладаніи, или же чтобы узнать имя виновнаго раба; къ этому случаю, по мнѣнію Ульпіана, вполне примѣнима *a. ad exhibendum*: «*nonne aequum est ei familiam exhiberi ut poxium servum adgnoscat?*»—Тѣ же самыя выраженія употребляетъ Ульпіанъ въ L. 14 § 13 D. 11, 7, желая указать, что *a. funeгагіа* является при извѣстныхъ обстоятельствахъ умѣстной даже тогда, когда кто либо похоронилъ завѣщателя вопреки запрету наслѣдника (*nonne aequum est*

¹³⁴⁾ Ср. къ этому В и г с к h a r d, въ прод. коментар. Glück'a Serie d. Bücher 39 und 40, т. I, стр. 126 сл.

¹³⁵⁾ Подробности см. у В и г с к h a r d, *op. cit.* стр. 173—189, которому принадлежатъ изложенное толкованіе L. 5 § 8. 10 *cit.* за исключеніемъ объясненія смысла на *aequitas*.

mihi funerariam competere?).— Въ L. 1 § 5 D. 43, 18 Ульпіанъ ссылкой на *aequitas* оправдываетъ примѣненіе иска объ эвикціи къ тому случаю, когда окажется, что строеніе, проданное вмѣстѣ съ землею, на суперфициарномъ правѣ принадлежитъ третьему лицу.— Въ L. 29 § 6 D. 17, 1 Ульпіанъ рассказываетъ намъ слѣдующій случай. *Sponsor* освободился отъ своей отвѣтственности истеченіемъ двухлѣтняго срока, установленнаго *lege Furia de sponsu* ¹³⁶). Тѣмъ не менѣе онъ уплатилъ послѣ этого долгъ за главнаго должника и готовъ защищать его передъ кредиторомъ. Ульпіанъ замѣчаетъ, что при такихъ условіяхъ *«aequissimum est mandati iudicio eum quod solvit recipere»*, т. е. что онъ не видитъ основанія не давать въ данномъ случаѣ *a. mandati contraria*. Всѣ условія этого иска—мандатъ и добросовѣстное исполненіе его—на лицо, а тотъ фактъ, что *sponsor* освободился отъ юридической обязанности къ уплатѣ, не имѣетъ существеннаго значенія ¹³⁷).— Въ L. 8 § 1 D. 9, 2 Гай признаетъ вполнѣ примѣнимой *a. legis Aquiliae* къ тому случаю, когда возница по слабости силъ своихъ не могъ сдержать своихъ муловъ и они задавили раба. Это не противорѣчитъ идеѣ и условіямъ иска: «не является несправедливымъ, если мы физическую слабость вмѣняемъ въ вину, такъ какъ никто не долженъ браться за такое дѣло, въ которомъ, какъ онъ понимаетъ или долженъ понимать, его физическая слабость будетъ опасна для другихъ лицъ».— Примѣнимость *a. iniuriarum* къ одному частному случаю констатируется Ульпіаномъ въ L. 7 § 2 D. 47, 10. — Въ L. 13 § 9 D. 5, 3 Ульпіанъ находитъ справедливымъ дать противъ лица, купившаго у фиска наслѣдство *«quasi vacantem»*, *tu utilis hereditatis petitio*, которую *Gajus Cassius Longinus* счелъ возможнымъ установить противъ лицъ, пріобрѣтшихъ наслѣдство у незаконныхъ владѣльцевъ, *«ne singulis iudiciis vexarentur»* ¹³⁸).

¹³⁶) Мы слѣдуемъ реституціи этого фрагмента у *Le n e l*, *Palingenesia*, *Ulpian*. 180.

¹³⁷) Примѣнимость *a. mandati directa* на основаніи *aequitas* провозглашается Юліаномъ въ L. 22 § 4 D. 17, 1. О причинахъ сомнѣнія см. *D e g n b u r g*, *Pand.*, т. II, § 115 пр. 5.

¹³⁸) L. 13 § 4 D. 5, 3. См. объ этомъ искѣ *F r a n k e*, *Commentar über den Titel de her. pet.*, стр. 165—172.—Быть можетъ, о примѣнимости *a. negotiorum gestorum directa* идетъ рѣчь въ неясной L. 20 (21) пр. D. 3, 5; принимать здѣсь этотъ искъ (вслѣдъ за *V e s t m a n*’омъ, *Jus postliminii*, стр. 70—72) является во всякомъ

Примѣнимость исполнительнаго процесса къ должникамъ лица, задолжавшаго фиску, если они не отрицаютъ своихъ долговъ, мотивируетъ ссылкой на *aequitas* имп. Гордіанъ въ L. 3 C. 4, 15 (а. 240).

Если, такимъ образомъ, *aequitas* съ одной стороны требуетъ, чтобы каждая норма неизмѣнно была примѣняема ко всѣмъ тѣмъ случаямъ, которые отвѣчаютъ идеѣ, лежащей въ ея основѣ, ибо иначе не всѣ интересы, признаваемые достойными защиты, получать эту защиту въ должной мѣрѣ и надлежащей формѣ, то съ другой стороны съ этимъ постулатомъ корреспондируетъ постулатъ, согласно которому ни одна норма не должна быть примѣняема къ такимъ конкретнымъ случаямъ, которые не вполнѣ отвѣчаютъ ея условіямъ. Подобное слишкомъ широкое примѣненіе нормъ права привело бы также къ *iniquitas*. При такихъ условіяхъ органы, примѣняющіе право къ жизни, оказали бы покровительство такимъ интересамъ, защищать которые законодатель вовсе не желалъ и юридическая охрана которыхъ совершенно не соответствуетъ воззрѣніямъ общества на требованія общаго блага; или же эти органы дали бы защиту извѣстнымъ интересамъ въ неподходящей формѣ, слишкомъ слабую или слишкомъ сильную. Мы имѣемъ поэтому рядъ источниковъ, въ которыхъ, по совершеніи анализа разрѣшаемаго случая и нормы, представляющей на первый взглядъ пригодной для него, юристъ на основаніи *aequitas* объявляетъ, что данная норма, согласно своей цѣли и условіямъ, является непримѣнимой къ данному случаю въ виду его извѣстныхъ особенностей. Нерѣдко при этомъ болѣе или менѣе подробно характеризуется та *iniquitas*, которая произошла бы отъ примѣненія этой нормы къ обсуждаемому случаю.— Такой смыслъ имѣетъ, по нашему мнѣнію, ссылка на *aequitas* въ слѣдующихъ фрагментахъ.

Въ L. 16 D 46, 7 юристъ *Neratius*, ссылаясь на *aequitas*, устанавливаетъ нецѣлесообразность и непримѣнимость гражданскаго процесса въ подлежащемъ его разсмотрѣнію случаѣ. «Я хочу вчинить искъ противъ одного изъ поручителей на основаніи *stipulatio iudicatum solvi*, такъ какъ противникъ не защищается (*ob rem non defensam*); этотъ поручитель готовъ мнѣ уплатить ту сумму, которая

случаѣ болѣе основательнымъ, чѣмъ относитъ данный фрагментъ къ *a. neg. gest. contraria*, какъ дѣлаетъ *H a s e*, *Postlim.*, стр. 114. См. также *Windscheid*, *Pand. т. II § 431 пр. 12. K a r l o w a*, *Rechtsgeschichte*, т. II, стр. 670.

приходится на его долю; въ такомъ случаѣ мнѣ не долженъ быть данъ искъ противъ него. Вѣдь несправедливо беспокоить судомъ или побуждать къ заpirательству того, кто безъ вмѣшательства судебной власти готовъ предоставить такую сумму, больше которой противникъ не въ состояніи будетъ вытребовать съ него посредствомъ процесса»¹³⁾).

Во многихъ фрагментахъ констатируется на основаніи *aequitas* непримѣнимость къ разбираемымъ случаямъ разнаго рода *actiones*.

Такъ, въ L. 14 § 10 D. 11, 7 Уlpіанъ находитъ несогласнымъ съ цѣлью *a. funeraria*, а потому несправедливымъ, давать этотъ искъ такому лицу, которое съ умысломъ слишкомъ бѣдно похоронило умершаго богача и вошло въ расходы лишь для того, чтобы опозорить память умершаго (*incontumeliam defuncti*). — «*Aequitas actionis (injuriarum) omnem metum ejus abolere videtur, ubicumque contra aequum quis venit*», говоритъ Уlpіанъ въ другомъ мѣстѣ (L. 11 § 1 D. 47, 10), и согласно этому не допускаетъ примѣненія *a. injuriarum* въ тѣхъ случаяхъ, когда ясно изъ обстоятельствъ, что потерпѣвшій или вовсе не испыталъ чувства обиды или же удовлетворилъ себя инымъ способомъ, т. е. по истеченіи долгаго времени послѣ нанесенія обиды, по заключеніи *tractum de injuria, transactio* и т. п. Въ L. 1 § 8 D. 25, 4 Уlpіанъ разбираетъ относительно того же иска слѣдующаго рода случай: по просьбѣ мужа была произведена *inspectio ventris mulieris* и результаты получились отрицательные; если окажется, что мужъ побужденъ былъ къ своей просьбѣ или очень сильнымъ желаніемъ имѣть дѣтей или поведеніемъ самой жены, то Уlpіанъ признаетъ вполне справедливымъ не давать женѣ противъ него *a. injuriarum*, такъ какъ на лицо нѣтъ весьма существеннаго условія этого иска, а именно: *animus injuriae faciendae*. Наконецъ, въ L. 18 pr. D. 47, 10 мы читаемъ рѣшеніе Павла, въ которомъ значитъ что противно справедливости примѣнять *a. injuriarum* къ лицу, которое рассказывало въ обществѣ о преступленіяхъ, совершенныхъ другимъ лицомъ; въ такомъ поступкѣ

¹³⁾ Нерацій говоритъ о *sponsores* (L. n e l, Palingen., Nerat. 25), между которыми въ силу *lex Furia* обязательство *in viriles partes dividitur*. — Повтореніе ссылки на *aequitas* въ совершенно подобномъ случаѣ мы имѣемъ въ L. 78 D. 3, 3. Paulus. Si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam solvere, procuratore agente quid fieri oportet? nam iniquum est cogi eum judicium accipere.

нельзя видѣть деликта, дѣянія неодобрительнаго и потому заслуживающаго наказанія; напротивъ *«reccata nocentium nota esse et oportere et expedire»*.—Въ L. 12 (11) § 3 D. 48, 5 Папиніанъ разрѣшаетъ вопросъ о примѣнимости *judicium de moribus mulieris*. Дѣло состоитъ въ слѣдующемъ. Послѣ расторженія брака разводомъ, вслѣдствіе *adulterium* жены, тестъ сперва заявилъ, что онъ возбудитъ противъ невѣстки уголовное преслѣдованіе на основаніи *lex Julia de adulteriis*; но затѣмъ онъ нашелъ, что для него гораздо выгоднѣе вчинить противъ невѣстки *actio de moribus*, обещающую ему денежныя выгоды, а отъ обвиненія уголовного отступить. Возникъ вопросъ, можно ли дать тестю при такихъ обстоятельствахъ испрашиваемую имъ *a. de moribus*? Папиніанъ, принимая во вниманіе, что *a. de moribus* введена для того, чтобы отмстить женѣ за безчестіе, нанесенное ея поведеніемъ дому мужа ¹⁴⁰⁾, рѣшаетъ, что несогласно было бы съ такимъ характеромъ этого иска предоставленіе его тестю, который всѣмъ своимъ образомъ дѣйствій показалъ, что для него дорога не честь его дома, а деньги (*«quae non inique repellatur, qui commodum dotis vindictae domus suae praerogare non erubuit»*) ¹⁴¹⁾.—Въ L. 3 § 7 D. 26, 10 Ульпіанъ, ссылаясь на *aequitas*, устанавливаетъ непримѣнимость *accusationis suspecti tutoris* въ томъ случаѣ, если опека, дающая поводъ къ иску противъ опекуна, уже кончилась, и есть лица, которыя могутъ предъявить къ опекуну *a. tutelae*.—Въ L. 6 § 5 D. 19, 1 Помпоній объявляетъ, что несогласно съ *aequitas* давать покупателю искъ *de evictione* въ томъ случаѣ, если покупатель не могъ приобрести проданнаго ему сервитута потому, что самъ не былъ собственникомъ участка, для котораго хотѣлъ установить сервитутъ.—Въ L. 5 § 18 D. 14, 4 Ульпіанъ рѣшаетъ, толкуя слова эдикта *«cum creditoribus mercis»* ¹⁴²⁾, что нельзя по справедливости примѣнять *a. tributariam* къ тому случаю, когда третье лицо желаетъ вернуть вещь, хотя и попавшую во владѣніе обладателя *mercis*, но продолжающую еще принадлежать третьему лицу на правѣ собственности; такое

¹⁴⁰⁾ *Publica coercitio*. L. 5 pr. D. 23, 4.

¹⁴¹⁾ См. объ этомъ фрагментѣ *Cujacii opera*, ed. 1758, т. IV, стр. 1496 сл. *Karlowa*, *Röm. Rechtsgeschichte*, т. II, стр. 219.

¹⁴²⁾ См. *Lenei*, *Edictum perpetuum*, стр. 216.

примѣненіе *actionis tributoriae* было бы несправедливо, такъ какъ не соотвѣтствовало бы условіямъ этого иска, прямо указаннымъ въ эдиктѣ. Въ L. 5 § 13 D. eod. Ульпіанъ, напротивъ, находитъ, что по эдикту *de actione tributoria* въ конкурсную массу должно быть привлекаемо *praeter merces* также и то *instrumentum*, которое находится въ лавѣ раба; эдиктъ говорить: «*quod ex ea merce erit eove nomine receptum erit*»¹⁴³); *instrumentum* же «*plerumque... ex merce est, immo semper*»; слѣдовательно, эдиктъ исполнѣнъ примѣнимъ и къ этимъ вещамъ.

L. 34 pr. D. 44, 7 Paulus. L. 7 § 1 D. 13, 6 Ulpianus.—L. 17 pr. D. 9, 4 Paulus. L. 81 (80) § 5 D. 47, 2 Papinianus.—Во всѣхъ этихъ фрагментахъ разрѣшаются съ точки зрѣнія *aequitatis* случаи такъ называемой конкуренціи исковъ. Разбираемый нами постулатъ *aequitatis* гласитъ, что каждый искъ долженъ примѣняться лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда это примѣненіе соотвѣтствуетъ цѣли, для которой созданъ искъ, ибо только при этомъ условіи съ помощью даннаго иска будутъ защищаться интересы, дѣйствительно признанные правомъ достойными охраны. Слѣдовательно, если въ рукахъ одного и того же лица скопляется нѣсколько исковъ, преслѣдующихъ одну и ту же цѣль, и взысканіемъ по одному изъ нихъ это лицо удовлетворяетъ въ полной мѣрѣ, допускаемой правомъ, тому интересу, удовлетвореніе котораго преслѣдуется и остальными исками, то вчинаніе этихъ послѣднихъ дѣлается несогласнымъ съ ихъ цѣлью, а потому и несправедливымъ¹⁴⁴).—Повидимому, римскіе юристы не сразу доработались до этого общаго принципа и не сразу подыскали средства для того, чтобы провести его въ правѣ. На нѣсколько стадій развитія указываетъ уже текстъ названной выше L. 34 pr. D. 44, 7. Рѣчь идетъ въ этомъ фрагментѣ о томъ, что нѣкто, не имѣя на то права, подвергъ бичеванію чужаго раба. Изъ этого дѣянія возникло противъ виновнаго два иска: *a. iniuriarum* и *a. legis Aquiliae*. Нѣкоторые юристы, говоритъ Павелъ, думали, что эти два иска стоятъ въ такомъ отношеніи между собой, что вчинаніе (*litis contestatio*) одного консумируетъ другой (*sed quidem altera electa alteram consumi*. L. 34 pr. cit). Это мнѣніе было основано на чисто

¹⁴³) См. L e n e l, op. cit, стр. 216.

¹⁴⁴) Ср. R e g e l s b e r g e r, Pandekten, т. I, стр. 653 сл.

формальныхъ соображеніяхъ и къ *aequitas* никакого отношенія не имѣло. Однако, позднѣйшіе юристы, быть можетъ по почину Лабеопа (L. 15 § 46 D. 47, 10), нашли это мнѣніе неосновательнымъ; нельзя утверждать, что *a. injuriarum* и *a. legis Aquiliae* суть иски *de eadem re* и потому должны консумировать другъ друга: эти иски основаны на двухъ различныхъ деликтахъ, которые, дѣйствительно, оба имѣютъ мѣсто въ данномъ случаѣ. Поэтому съ формальной точки зрѣнія ничто не препятствуетъ взыскивать съ виновнаго посредствомъ обоихъ исковъ. Однако, матеріально такой результатъ, полагали эти юристы, противорѣчить справедливости; въ сущности, въ данномъ случаѣ какъ *a. injuriarum*, такъ и *a. legis Aquiliae* защищаютъ одинъ и тотъ же интересъ собственника, состоящій въ томъ, чтобы третьи лица уважали его право собственности и не наносили ему ущерба и огорченія самовольнымъ обращеніемъ съ объектами этого права; оба эти иска имѣютъ общую, по крайней мѣрѣ, одну основную часть взыскиваемаго съ помощью ихъ предоставленія: возмѣщеніе убытковъ, происшедшихъ для господина отъ бичеванія его раба (*aestimatio damni*). Если интересъ потерпѣвшаго удовлетворенъ уже по одному иску, то является несправедливымъ вторичное удовлетвореніе ему другимъ искомъ. Поэтому юристы эти предлагали судья, производившему *judicium* по *a. injuriarum*, освободить отвѣтчика, если окажется, что истецъ уже получилъ удовлетвореніе по *a. Aquilia*. Это являлось вполне возможнымъ, ибо *a. injuriarum* была *actio in bonum et aequum* *concepta* и судья при постановкѣ рѣшенія могъ свободно руководиться постулатами *aequitatis*. Если же истецъ сперва провель *a. injuriarum* и затѣмъ вчиналь *a. legis Aquiliae*, то юристы эти не видѣли возможности удовлетворить требованіямъ справедливости, такъ какъ *a. legis Aquiliae* была искомъ *stricti juris* и при ней судья не могъ свободно принимать во вниманіе всѣхъ требованій *aequitatis*. Все это рассказано въ слѣдующемъ пассажѣ L. 34 pr. cit: *<alii per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum condemnari eum, qui aestimationem praestitit; sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia>*.—Тѣмъ не менѣе, позднѣйшіе юристы нашли возможность и въ послѣднемъ случаѣ провести въ право требованія справедливости. Это достигалось тѣмъ путемъ, что судья, дѣлавшему разбирательство по вчиненной на первомъ мѣстѣ *a. bonae fidei*, вмѣня-

лось въ обязанность не присуждать отвѣтчика къ предоставленію въ пользу истца, прежде чѣмъ истецъ представитъ *cautio se non acturum altera actione (stricti iuris)*; это была такъ называемая *remissio actionis*. Объ этой процедурѣ упоминаетъ Ульпіанъ въ другомъ изъ названныхъ выше фрагментовъ—L. 7 § 1 D. 13, 6—, гдѣ онъ прямо сводитъ ее къ требованію *aequitatis* ¹⁴⁵⁾. Другимъ средствомъ для достиженія той же цѣли являлось включеніе *exceptiois doli* въ формулу предъявляемой на второмъ мѣстѣ *a. legis Aquiliae* ¹⁴⁶⁾. Такимъ образомъ достигнута была, казалось, желанная цѣль: истецъ теперь никакимъ путемъ не могъ добиться, чтобы одинъ и тотъ же интересъ его былъ удовлетворенъ дважды. Однако и въ этомъ рѣшеніи проблемы оказались свои недостатки. Два иска могли совпадать въ своихъ цѣляхъ, а потому и въ объектѣ предоставленія только отчасти, а отчасти и расходиться. Одинъ искъ могъ давать тому же самому интересу болѣе энергичную охрану, нежели другой. Было бы несправедливо отказывать истцу въ наиболѣе полной защитѣ, которую право находило возможнымъ ему предоставить, только потому, что онъ сперва избралъ для себя болѣе слабое средство защиты. Между тѣмъ, именно къ такому результату приводили нерѣдко два указанныхъ выше средства: *remissio actionis* по требованію судьи, разбивавшаго первый искъ, или включеніе *exceptiois doli* въ формулу втораго иска. Поэтому послѣднимъ словомъ римской юриспруденціи въ этой области было слѣдующее правило: если путемъ проведенія одного изъ исковъ, защищающихъ данный интересъ, истецъ получалъ меньшую сумму, чѣмъ какой онъ могъ добиться посредствомъ втораго изъ конкурентныхъ исковъ, то этотъ послѣдній искъ разрѣшалось вчинать безъ опасенія *exceptio doli* противъ него, но съ условіемъ, чтобы объектомъ иска выставлялось исключительно полученіе излишка, который представляла сумма кондемнаціи по этому иску въ сравненіи съ суммой кондемнаціи по проведенному раньше иску (*amplius*). Практическимъ средствомъ для достиженія

¹⁴⁵⁾ См. еще L. 13 D. 6, 1. L. 36 § 2 D. 5, 3. L. 25 § 5 D. 19, 2. L. 9 § 1 D. 47, 2.

¹⁴⁶⁾ См. Merkel, Ueber den Konkurs der Actionen, стр. 15 сл. — Это средство имѣетъ въ виду Павелъ, когда говоритъ въ L. 34 pr. cit: *sed et haec sententia per praetorum inhibenda est.*

этой цѣли являлась, вѣроятно, *praescriptio* въ формулѣ вчинаемой на второмъ мѣстѣ *actionis stricti juris*. Такое рѣшеніе вопроса и предлагаютъ Павелъ и Ульпіанъ въ обоихъ цитированныхъ выше фрагментахъ, которые содержатъ въ себѣ ссылку на *aequitas*, т. е. въ L. 34 pr. D. 44, 7 in fine и въ L. 7 § 1. D. 13, 6 in fine ⁴⁴⁾. Нѣкоторая разница при проведеніи этого правила обнаруживалась въ томъ случаѣ, если иски, преслѣдующіе въ сущности защиту одного и того-же интереса, возникали для одного и того-же лица противъ разныхъ отвѣтчиковъ. Именно, если иски эти, будучи средствомъ удовлетворить имущественному интересу лица, потерпѣвшаго убытки отъ извѣстнаго правонарушительнаго дѣянія, являлись въ то же время средствомъ наказанія отвѣтчиковъ за совершенный ими деликтъ и возникали противъ всѣхъ отвѣтчиковъ именно, какъ противъ лицъ одинаково виновныхъ въ совершеніи деликта, то въ такого рода случаяхъ искъ давался *in solidum* противъ каждаго изъ виновныхъ и предоставленіе, сдѣланное однимъ, не освобождало остальныхъ, такъ какъ каждый долженъ былъ быть наказанъ за свой деликтъ ⁴⁵⁾ Но возможны были случаи, когда эти соображенія не имѣли мѣста. Могло случиться, что нарушеніе чужаго интереса нѣсколькими лицами не составляло деликта, заслуживающаго наказанія, или же, что иски, возникавшіе противъ виновниковъ деликта, не содержали въ себѣ по воззрѣніямъ юристовъ никакого штрафнаго элемента, но являлись только средствомъ возвращенія полученнаго отъ деликта обогащенія или возмѣщенія убытковъ, или же, наконецъ, что истиннымъ виновникамъ наказуемаго деликта являлось лишь одно лицо, а искъ противъ другаго лица возникалъ

⁴⁴⁾ Основныя мысли предшествующаго изложенія заимствованы въ упомянутой уже книгѣ *Merke l'* а *Ueber den Konkurs der Aktien*, 1877 г. стр. 68—80 (*geschichtliche Entwicklung des Aktienkonkurses*).— Аналогичный случай съравняемымъ выше и ссылку на *aequitas* въ томъ же смыслѣ мы встрѣчаемъ еще въ L. 10 D. 27 9. Право открываетъ пупиллу, участокъ котораго незаконнымъ образомъ отчуждилъ опекунъ, два способа удовлетворенія его интереса.. Пупилла можетъ въ этомъ случаѣ требовать признанія отчужденія ничтожнымъ и прибѣгнуть къ *rei vindicatio*; но онъ можетъ также предъявить личный искъ объ убыткахъ противъ виновнаго опекуна. Если онъ избралъ послѣдній способъ и этимъ путемъ удовлетворилъ своему интересу, то „*vindicatio praedii ex aequitate inhibetur*“ рѣшаетъ Юліанъ въ L. 10 cit.

⁴⁵⁾ См. напр. L. 11 § 2 D. 9, 2. *Dernburg*, *Pandecten*, т. II, стр. 314. *Merke l*, *op. cit.*, стр. 115 сл.

на иных основаниях и служилъ исключительно для удовлетворенія нарушенному имущественному интересу потерпѣвшаго въ извѣстныхъ, иногда ограниченныхъ размѣрахъ, но не для наказанія отвѣтчика въ то-же время. Въ такихъ случаяхъ необходимо было принять во вниманіе то же самое требованіе *aequitatis*, что одинъ и тотъ же интересъ не долженъ быть удовлетворяемъ дважды, и римскіе юристы примѣняли здѣсь такое же правило, какъ въ разобранныхъ нами сначала случаяхъ: потерпѣвшій можетъ требовать наиболѣе энергичной защиты своего интереса, какую ему предлагаетъ право, но большаго требовать не можетъ, и въ наиболѣе энергичной формѣ интересъ его долженъ быть удовлетворенъ только одинъ разъ. Таково содержаніе ссылки на *aequitas* въ L. 17 pr. D. 9, 4 и L. 81 (80) § 5 D. 47, 2, названныхъ нами. выше. Въ первомъ изъ этихъ фрагментовъ мы читаемъ рѣшеніе такого рода. Рабъ, принадлежащій двумъ сособственникамъ, совершилъ деликтъ съ вѣдома одного изъ своихъ господъ. Для потерпѣвшаго возникаетъ два конкуррентныхъ иска, преслѣдующихъ одну и ту-же цѣль: возмѣщеніе понесеннаго ущерба; противъ того изъ сособственниковъ, который не зналъ о деликтѣ, совершаемымъ рабомъ, возможна только обыкновенная *actio poenalis*; для другаго сособственника возникаетъ безусловная обязанность къ полному возмѣщенію ущерба безъ права на *poenae datio*. На основаніи *aequitas* дѣло рѣшается слѣдующимъ образомъ: интересъ истца долженъ быть защищенъ во всемъ объемѣ, въ которомъ защита его допускается правомъ; слѣдовательно, вчинаніе *a. poenalis* противъ *dominus nesciens* не должно освобождать другаго сособственника, если процессъ кончается выдачею виновнаго раба, цѣнность котораго не покрываетъ всей суммы понесенныхъ убытковъ (*iniqum est vilissimi hominis deditioe alterum quoque liberari*). Но съ другой стороны такъ же не справедливо вторично удовлетворять интересу истца, поскольку онъ уже удовлетворенъ черезъ *poenae datio* раба. Поэтому противъ *dominus sciens* допускается искъ о представленіи той суммы, на которую стоимость понесеннаго истцомъ ущерба является выше стоимости выданнаго раба ¹⁴⁹). — Въ L. 81 (80) § 5 с. разбирается слѣдующій случай. Нѣкто заплатилъ *indebitum* лицу, которое ложно выдавало себя за представителя

¹⁴⁹) Ср. объ этомъ фрагм. Merkel, op. cit. стр. 119 сл.

мнимаго кредитора; послѣдній затѣмъ одобрилъ (*ratihabitio*) это полученіе уплаты со стороны *falsus procurator*. Для возврата суммы, неосновательно полученной этими лицами изъ чужаго имущества, мнимый должникъ имѣетъ два иска, *condictionem furtivam* противъ *falsus procurator* и *condictionem indebiti* противъ мнимаго кредитора. Однако, такъ какъ оба иска преслѣдуютъ одну и ту же цѣль, то мнимый должникъ не можетъ претендовать на полученіе кондемпнаціонной суммы по обоимъ сразу. Поэтому, если онъ вернулъ выплаченную имъ сумму посредствомъ *condictio indebiti* отъ мнимаго кредитора, то онъ по справедливости не можетъ сдѣлать никакого употребленія изъ *condictio furtiva*; по справедливости также эта послѣдняя *condictio* можетъ быть дана теперь мнимому кредитору, который въ сущности является при данныхъ условіяхъ лицомъ, истинно потерпѣвшимъ отъ *furtum*; въ силу этого мы и читаемъ въ нашемъ фрагментѣ слѣд. рѣшеніе Папиніана: «*electo Titio (мнимый кредиторъ) non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur.*» ¹⁵⁰⁾.

Слѣдующія рѣшенія относятся къ *exceptiones*.—Въ L. 16 D. 44, 2 Юліанъ говоритъ: «*Evidenter enim iniquissimum est proficere rei iudicatae exceptionem ei, contra quem iudicatum est.*». Первоначальная связь этого положенія намъ неизвѣстна; существуютъ даже сомненія о томъ, къ какому рѣшенію должно являться мотивомъ это изрѣченіе Юліана въ компиляціи Юстиніана ¹⁵¹⁾. Тѣмъ не менѣе ясно, что въ этомъ фрагментѣ Юліанъ высказываетъ протестъ противъ существовавшаго въ его время формалистическаго воззрѣнія на *exceptio rei iudicatae* и утверждаетъ, что она не должна быть примѣняема въ тѣхъ случаяхъ, когда примѣненіе ея не было бы согласно съ ея смысломъ, устанавливаемымъ на основаніи содержанія того судебнаго рѣшенія, которое подало поводъ къ ея возникновенію.—Въ L. 2 § 2 D. 44, 5 Павелъ высказывается о нецѣлесообразности примѣненія *exceptionis operandae libertatis causa* ¹⁵²⁾. При обстоятельствахъ, подлежащихъ обсужденію юриста, примѣненіе этой *exceptio* не соотвѣтствовало бы совершенно ея условіямъ

¹⁵⁰⁾ Объ этомъ фрагм. ср. Merkel, op. cit., стр. 117 сл., стр. 120.

¹⁵¹⁾ Mommsen ad h. l.; Lenel, Palingenesia, Iulian. 688.

¹⁵²⁾ Lenel, Edictum perpetuum, стр. 406.

и привело бы въ результатѣ къ *iniquitas*, т. е. къ отказу въ юридической защитѣ такого интереса патрона, который съ точки зрѣнія общества и претора, создавашаго эксцепцію, являлся вполне достойнымъ покровительства права. «Рабъ обѣщаетъ господину, гласить этотъ фрагментъ, деньги за то, что будетъ отпущенъ на волю, ибо при другихъ условіяхъ господинъ не имѣлъ въ виду давать ему свободы; сдѣлавшись свободнымъ, рабъ обязуется къ уплатѣ обѣщанной суммы денегъ въ формѣ стипуляціи; въ этомъ случаѣ патрону не должна быть противопоставлена эксцепція, если патронъ искомымъ путемъ станетъ добиваться уплаты денегъ, ибо деньги эти были обѣщаны не для отягощенія свободы (*non operandae libertatis causa*). Иначе мы придаемъ къ несправедливому результату: патронъ принужденъ будетъ лишиться и раба, и цѣны его. Деньги считаются обѣщанными *operandae libertatis causa* въ тѣхъ случаяхъ, когда господинъ по собственной инициативѣ отпускаетъ раба на волю и заставляеть его обѣщать себѣ уплату денегъ не для того, чтобы взыскивать ихъ, а для того, чтобы либертъ боялся его и повиновался ему »¹⁵³).

Область примѣненія *in integrum restitutio minorum*, согласно цѣли этого института, опредѣляется въ L. 24 § 1 D. 4, 4, разобранной выше¹⁵⁴).

Подобнаго рода рѣшенія мы имѣемъ также относительно *cautio-nes*.—Преторъ оговорился въ своемъ эдиктѣ¹⁵⁵), что онъ будетъ принуждать къ предоставленію *cautio evicta hereditate legata reddi* только послѣ *causae cognitio*. Павелъ объясняетъ намъ въ L. 4 D. 35, 3, что преторъ сдѣлалъ эту оговорку для того, чтобы имѣть возможность примѣнять данную статью эдикта лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда на лицо имѣется дѣйствительно тотъ интересъ, которому онъ желалъ оказать покровительство: «*nam iniqum erat omnimodo caveri nondum illata controversia (heredi et interdum etiam mota controversia i n s. M o m m s e n) litis, cum possint ei lusoriae minae fieri*».—Такое же точно разсужденіе имѣемъ мы относительно *cautio legatorum servandorum causa* въ примѣненіи ея къ фидеикоммис-

¹⁵³) Ср. *Ulpianus* въ L. 1 § 5 D. 44, 5.

¹⁵⁴) См. прим. 21.

¹⁵⁵) *L e n e l*, *Edictum perpetuum*, стр. 420 пр. 5.

самъ ¹⁵⁶⁾: «Блаженной памяти Пій, говоритъ Ульпіанъ, предписалъ слѣдующее: если очевидно, что фидеикоммиссъ никоимъ образомъ не получить силы, то совершенно несправедливо отягощать наследника излишнею cautione». ¹⁵⁷⁾—Въ L. 24 § 4 D. 39, 2 устанавливается Сервіемъ и Лабеономъ на основаніи aequitas непримѣнимость отвѣтственности изъ stipulatio damni infecti въ такого рода случаяхъ, гдѣ анализъ показываетъ, что damnum произошло не вслѣдствіи vitium aedificii, а благодаря дѣйствию vis major. Въ такихъ случаяхъ нѣтъ на лицо всѣхъ условій отвѣтственности, узаконяемыхъ эдиктомъ. Формула стипуляціи, выставленной въ эдиктѣ, содержала въ себѣ указаніе на damnum vitio aedium factum. ¹⁵⁸⁾

Намъ остается разсмотрѣть еще нѣсколько фрагментовъ, дѣлающихъ ссылку на aequitas въ томъ же смыслѣ, которые относятся къ разнаго рода нормамъ иного содержанія, выработаннымъ различными источниками права.—Pollicitatio, даже сдѣланная въ пользу городской общины, по общему правилу не обязательна (за исключеніемъ pollicitatio ob justam causam и случаевъ opus coeptum). Однако, замѣчаетъ Ульпіанъ въ L. 3 § 1 D. 50, 12, aequitas не допускаетъ, чтобы это правило примѣнялось къ тому случаю, когда кто либо не только сдѣлалъ pollicitatio, но и исполнилъ ее, совершивши передачу обѣщанной вещи municipibus. Въ самомъ дѣлѣ, мы имѣемъ въ этомъ случаѣ уже не простое одностороннее обѣщаніе, но договоръ (traditio), и примѣненіе сюда нормы о pollicitatio было бы противно ея условіямъ.—Эдиктъ претора содержалъ въ себѣ норму, которая, приблизительно, гласила слѣдующее: «Quod cum pupillo contractum erit, si eo nomine non defendetur, ejus rei servandae causa bona ejus possideri jubebo. Si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defenderetur: eos qui bona possident, de possessione decedere jubebo». ¹⁵⁹⁾ По поводу примѣненія этой нормы къ одному конкретному случаю, не отвѣчающему ея условіямъ, мы читаемъ у Ульпіана въ L. 3 pr. D. 42, 4: «Marcellus autem notat perquam iniquum esse, qui nihil cum pupillo contraxit, expectare ejus pubertatem. quae sententia

¹⁵⁶⁾ Объ этомъ см. Lenel, op. cit. стр. 422.

¹⁵⁷⁾ L. 14 § 1 D. 36, 3.

¹⁵⁸⁾ См. Lenel, Edictum perpetuum, стр. 433.

¹⁵⁹⁾ Lenel, Edictum perpetuum, стр. 333.

habet rationem: ideoque cum contractus ex persona patris descendat, dicendum erit non esse exspectandam pupilli pubertatem.— Въ L. 11 § 2 D. 15, 1 Юлианъ ставитъ вопросъ: примѣнима ли норма о правѣ домовладыки на *deductio* изъ *peculium* подвластного суммы своихъ притязаній къ послѣднему въ томъ случаѣ, если подвластный взыскалъ съ должника домовладыки по обязательству и полученную сумму удержалъ у себя? Этотъ вопросъ Юлианъ находитъ возможнымъ разрѣшить въ утвердительномъ смыслѣ лишь при томъ условіи, если домовладыка сдѣлалъ *ratihabitio* взысканія, совершенного подвластнымъ. По поводу этого рѣшенія Ульпианъ дѣлаетъ слѣдующую мотивировку: «*Et puto veram Iuliani sententiam: naturalia enim debita spectamus in peculii deductione: est autem natura aequum liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse*». Мы бы передали смыслъ этихъ словъ Ульпиана слѣдующимъ образомъ: «Юлианъ вполне правъ. Вѣдь поставленный вопросъ въ сущности сводится къ опредѣленію того, примѣнимо ли къ данному случаю понятіе *obligatio naturalis*, ибо при *deductio peculii* во вниманіе принимаются *naturalia debita*. Обращаясь къ этому понятію, мы находимъ, что *naturalis obligatio* между подвластнымъ и домовладыкой возникаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда по установившейся и признанной правомъ природѣ человѣческихъ отношеній возникла бы *obligatio civilis* между лицами, не связанными между собою *patria* или *dominica potestate*. (См. L. 48 § 2 D. eod.)¹⁶⁰⁾ Въ данномъ же случаѣ отсутствія *ratihabitio* по природѣ вещей не возникло бы никакого обязательства между свободными лицами, а потому противно *aequitati* признавать здѣсь и *obligatio naturalis*; это было бы несогласно со смысломъ этого понятія; оно является при указанныхъ обстоятельствахъ непримѣнимымъ». ¹⁶¹⁾—Въ L. 85 (84) D. 28, 5 Павелъ констатируетъ непримѣнимость понятія *heres necessarius* въ обсуждаемомъ имъ случаѣ, такъ какъ анализъ обнаружилъ отсутствіе въ этомъ случаѣ существенныхъ элементовъ этого понятія. «Если рабу отказана въ фидеикомиссѣ свобода, а наслѣдникъ

¹⁶⁰⁾ Объ этомъ рѣчь будетъ еще разъ ниже. Schvanert, *Naturalobligationen*, стр. 158 слл. Mandry, *das germ. Familiengüterrecht*, т. II, стр. 881; т. I, стр. 375 слл.

¹⁶¹⁾ Ср. къ этому фрагменту еще L. 49 § 1 D. 15, 1 и L. 62 D. 46, 3.

Уч. Зап., ст. Хвостова.

назначилъ въ своемъ завѣщаніи того же раба своимъ наследникомъ, давая ему въ то же время свободу, то спрашивается, дѣлается ли этотъ рабъ *heres necessarius*? Какъ гуманность, такъ и соображенія *aequitatis* приводятъ къ тому выводу, что онъ не дѣлается *heres necessarius*; ибо не великое благодареніе получилъ отъ умершаго, благодаря сдѣланному въ завѣщаніи распоряженію о свободѣ, тотъ, кто могъ вытребовать свободу у завѣщателя противъ его воли; нужно сказать даже, что онъ не получилъ никакой выгоды отъ такого распоряженія, но только принялъ благодаря ему свободу, къ представленію которой завѣщатель было обязанъ передъ нимъ». ¹⁶²⁾

Мы замѣтили уже выше, что органы, примѣняющіе нормы права къ жизни согласно справедливости, должны работать рука объ руку съ законодателемъ. Они не должны ограничиваться механическимъ приложеніемъ нормъ права къ практическимъ случаямъ, но обязаны помогать законодателю въ рѣшеніи лежащей на немъ задачи проведенія въ право требованій справедливости. Вслѣдствіе этого, какъ мы видѣли, на этихъ органахъ лежитъ обязанность изслѣдовать цѣль каждой примѣняемой нормы и идею, положенную въ ея основу, и въ своей дѣятельности руководиться результатами такого анализа. Первую и главную опору для такого примѣненія права, естественно, даетъ изученіе той буквальной редакціи въ словахъ, которая придана примѣняемой нормѣ создавшимъ ее источникомъ права. Юристъ прежде всего долженъ постараться примѣнить норму права согласно общепринятому смыслу тѣхъ словъ и выраженій, въ которыхъ она формулирована. Если при этомъ не обнаружится никакихъ данныхъ, которыя дали бы поводъ думать, что редакція примѣняемой нормы не соответствуетъ той мысли, которую хотѣлъ выразить ея творецъ, то, согласно *aequitas*, нѣтъ нужды при примѣненіи этой нормы отступать отъ ея буквальной редакціи. На это требованіе справедливости указываютъ, между прочимъ, слѣдующіе источники.

L. 5 pr. D. 38, 17. Paulus ad Sctum Tertullianum. *Aequissimum visum est omnes filios matri praeferri, etiamsi per adoptionem in*

¹⁶²⁾ Сюда же мы относимъ еще одну императорскую конституцію, именно L. 1 C. 4, 61 Sev. et Ant., гдѣ рѣчь идетъ о непримѣнности нормы, узаконяющей конфискацію раба, неоплаченного пошлиной, къ такому случаю, гдѣ, собственно говоря, нѣтъ объекта конфискаціи, ибо рабъ уже отпущенъ на волю.

familiam relictæ essent.—Текст сенатусконсульта Тертуллиана намъ неизвѣстенъ; надо думать, однако, что комментируемая Павломъ статья его гласила, приблизительно, такъ, какъ передаетъ ее Ульпианъ (Fr. XXVI, 8): «*si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocantur*»; если это такъ, то согласно буквѣ *Scitæ* усыновленные сыновья умершаго должны были также исключать мать умершаго, такъ какъ входили въ число *sui heredes*, о коихъ говорило *Scitum*; въ такомъ случаѣ ссылка Павла на *aequitas* указываетъ лишь на то, что онъ не нашелъ никакихъ оснований отступить отъ текста *Scitæ*. Ульпианъ въ L. 2 § 6 D. eod. выражаетъ ту же мысль совершенно безъ всякихъ оговорокъ и мотивовъ, какъ естественно вытекающую изъ комментируемаго сенатусконсульта.

L. 22 D. 39, 5 Modestinus. *Eum, qui donationis causa pecuniam vel quid aliud promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non debere summae aequitatis est, maxime cum in bonae fidei contractibus donationis species non deputetur.*—Очевидно, Модестинъ представлялъ себѣ текстъ комментируемой имъ нормы (быть можетъ, это была юридическая поговорка) слѣдующимъ образомъ: *in bonae fidei contractibus usurae de mora solutionis debentur* (ср. L. 32 § 2 D. 22, 1). Въ настоящемъ фрагментѣ онъ утверждаетъ на основаніи *aequitas*, что примѣненіе этого правила не должно выходить за предѣлы его редакціи; нѣтъ, по крайней мѣрѣ, никакого основанія правило это, созданное для договоровъ, составляющихъ дѣловой, коммерческой оборотъ, распространять на такую сдѣлку, какъ *donatio*.

Но иногда анализъ текста подлежащей обсужденію нормы въ связи съ анализомъ практическихъ, жизненныхъ отношеній приводитъ юриста къ выводу, что текстъ нормы не вполне соответствуетъ идеѣ, которою руководился ея создатель. Идея эта можетъ быть очень хороша и справедлива, но, разъ она неудачно выражена въ словахъ, примѣненіе нормы согласно ея буквѣ приведетъ къ тому, что право на дѣлѣ будетъ давать защиту интересамъ частныхъ лицъ не въ томъ размѣрѣ и не въ той формѣ, какъ желало общество и законодатель, руководившійся требованіями общаго блага. При такихъ условіяхъ органы, примѣняющіе право къ жизни, должны помочь законодателю; они должны исправить неточную формулировку нормы и привести норму въ соответствіе съ идеей, которую хотѣлъ вы-

разить съ ея помощью источникъ, ея создавшій. Другими словами, органамъ, примѣняющимъ право, на основаніи *aequitas* приходится иногда расширять буквальную редакцію примѣняемой нормы, иногда же суживать сферу приложенія нормы, сравнительно съ ея редакціей въ словахъ.

Редакція нормы можетъ оказаться слишкомъ узка потому, что авторъ ея избралъ для выраженія своей мысли неудачные обороты и слова, имѣющіе болѣе узкій смыслъ, чѣмъ какой отвѣчалъ бы мысли автора, или же потому, что перечисляя случаи, къ которымъ должна быть примѣняема его норма, онъ упустилъ изъ виду назвать еще нѣкоторые случаи, вполне подходящіе къ руководившей имъ идеѣ. Въ этихъ случаяхъ нѣтъ нужды юристамъ для исправленія ошибки законодателя создавать новыя нормы. Они просто должны примѣнять существующую норму къ случаямъ, не отвѣчающимъ условіямъ ея буквальной редакціи, но согласнымъ съ ея смысломъ; они имѣютъ право утверждать, что, хотя авторъ нормы и не назвалъ прямо этихъ случаевъ, но онъ ихъ подразумевалъ, составляя данную норму.— Сюда мы относимъ слѣдующіе источники.

Съ расширеніемъ за предѣлы буквальной редакціи нормъ, содержащихся въ преторскомъ эдиктѣ, имѣемъ мы дѣло въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ, а именно:

L. 9 § 2 D. 2, 13. Paulus. Эдиктъ претора гласилъ: «*Argentariae mensae exercitores ei, qui juraverit non calumniae causa postulare edi sibi, rationem edent adjecto die et consule*»¹⁶³). Въ нашемъ фрагментѣ Павелъ сообщаетъ намъ, что Помпоній находилъ справедливымъ распространить этотъ эдиктъ, говорящій только о банкирахъ (*argentarii*), также и на мѣняль (*nummularii*), «*quia et hi nummularii sicut argentarii et accipiunt pecuniam et erogant per partes, quarum probatio scriptura codicibusque eorum maxime continetur: et frequentissime ad fidem eorum decurritur*». Слѣдовательно, чтобы остаться вѣрнымъ идеѣ претора, слово «*argentarii*» въ эдиктѣ нужно понимать не въ обыкновенномъ видовомъ, а въ родовомъ значеніи, такъ, чтобы оно охватывало всѣхъ лицъ, занимающихся банкирскимъ промысломъ.

¹⁶³) L e n e l, Edictum perpetuum, стр. 51.

L. 2 § 1 D. 14, 5 Ulpianus. Эдиктъ претора содержитъ положеніе: «In eum, qui emancipatus aut exheredatus erit, quive abstinit se hereditate ejus cujus in potestate cum moritur fuerit, ejus rei nomine, quae cum eo contracta erit, cum is in potestate esset, sive sua voluntate sive jussu ejus in cujus potestate erit contraxerit, sive in peculium ipsius sive in patrimonium ejus cujus in potestate fuerit ea res redacta fuerit, actionem causa cognita dabo in quod facere potest» ¹⁶⁴). Ульпіанъ, слѣдую аequitas, находитъ, что causa cognita это постановленіе должно быть распространяемо также на тѣ случаи, когда filius familias станетъ persona sui juris помимо эманципации или будетъ отданъ in adoptionem, а затѣмъ его естественный отецъ умретъ, или когда онъ будетъ назначенъ наслѣдникомъ въ ничтожной части наслѣдства.

L. 3 § 6 D. 37, 5. Преторскій эдиктъ постановлялъ, что въ случаѣ уничтоженія силы завѣщанія, вслѣдствіе agnitio bonorum possessionis contra tabulas, нѣкоторымъ лицамъ должны быть тѣмъ не менѣе выплачены легаты и фидеикомиссы изъ этого завѣщанія ¹⁶⁵), а именно: liberis et parentibus, а также uxori nupuique dotis nomine legatum. Толкуя этотъ эдиктъ, Ульпіанъ выставляетъ положеніе (въ L. 3 § 5 D. eod.), что онъ долженъ быть распространенъ и на тѣ случаи, когда легатъ оставленъ постороннему лицу, на которое возложенъ фидеикомиссъ выдать все полученное «alicui ex liberis parentibusque». Затѣмъ, въ L. 3 § 6 cit., онъ тотчасъ же замѣчаетъ, что сдѣланная имъ поправка недостаточна; по всей справедливости эдиктъ согласно его идеѣ долженъ примѣняться еще въ одномъ случаѣ, непредусмотрѣнномъ въ его редакціи: «hoc amplius et si extraneo relictum sit sub hoc modo, ut alicui ex liberis praestet, aequissimum erit dicere non debere ei praetorem denegare actionem» ¹⁶⁶).

L. 20 § 5 D. 38, 2. Эдиктъ о bonorum possessio contra tabulas liberti долженъ быть примѣненъ по справедливости, полагаетъ Юліанъ, и въ тому случаю, когда либертъ назначилъ своимъ наслѣдникомъ filium naturalem, но возложилъ на него фидеикомиссъ выдать все

¹⁶⁴) L. 2 pr. D. 14, 5. L e n e l, Edictum perpetuum, стр. 222.

¹⁶⁵) L. 1 pr. D. 37, 5.

¹⁶⁶) P e r n i c e, Labeo, т. III, ч. 1, стр. 18 считаетъ L. 3 § 6 cit. произведеніемъ компиляторовъ, но безъ достаточныхъ основаній.

наслѣдство постороннему лицу, и сынъ, противъ своей воли, принужденъ былъ принять и реституировать наслѣдство. Хотя буквально эдиктъ сюда и не примѣнимъ, ибо либертъ назначилъ своимъ наслѣдникомъ *filium naturalem*, но силу эдикта согласно мысли претора нужно распространить и на этотъ случай, такъ какъ матеріально все наслѣдство досталось третьему лицу, и патронъ оказался обойденнымъ въ завѣщаніи вовсе не въ пользу сына либерта ¹⁶⁷⁾.

L. 3 § 2 D. 47, 9 *Ulpianus*. Эдиктъ претора говорилъ: «*In eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse receperisse dolo malo damnive quid in his rebus dedisse dicitur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo, item in servum et familiam iudicium dabo*» ¹⁶⁸⁾. Лабеонъ относится къ этому перечисленію, какъ къ примѣрному только, и находитъ справедливымъ, т. е. согласнымъ съ мыслью претора, распространить этотъ эдиктъ (*ut... huic edicto locus sit*) на тѣ также случаи, когда что либо похищается разбойниками изъ дома или виллы: «*pec enim minus in mari quam in villa per latrunculos inquietamur vel infestari possumus*».

L. 1 § 13 D. 43, 13. *Ulpianus*. Въ преторскомъ эдиктѣ былъ выставленъ слѣдующій интердиктъ: «*Quod in flumine publico ripave ejus factum sive quid in id flumen ripave ejus immissum habes, si ob id aliter aqua fluit, atque uti priore aestate fluit, restituas*» ¹⁶⁹⁾. Хотя преторъ и не упоминаетъ здѣсь о томъ случаѣ, когда «*dolo factum est, quominus haberes*», но, такъ какъ данный интердиктъ есть *interd. restitutorium*, то Лабеонъ считаетъ согласнымъ съ идеей претора примѣнять его и къ этому случаю.

Исправленіемъ неточностей въ эдиктѣ курульныхъ эдиловъ занимаются два фрагмента.

L. 17 § 19 D. 21, 1. *Ulpianus*. Эдиктъ эдиловъ предписывалъ: «*Qui mancipia vendunt, certiores faciant emptores, quid morbi vitiiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit*» ¹⁷⁰⁾. Комментируя эти слова ¹⁷¹⁾, Ульпианъ находитъ нужнымъ отнести

¹⁶⁷⁾ L. 20 § 6 eod. in f. *Lenel*, op. cit. стр. 279 пр. 8.

¹⁶⁸⁾ L. 1 пр. D. 47, 9. *Lenel*, op. cit., стр. 319.

¹⁶⁹⁾ L. 1 § 11 D. 43, 13. *Lenel*, op. cit. стр. 369.

¹⁷⁰⁾ L. 1 § 1. D. 21, 1 *Lenel*, op. cit. стр. 436.

¹⁷¹⁾ *Lenel*, l. c. прим. 6.

къ этому перечню, какъ къ примѣрному, и согласно съ мыслью эдиловъ распространить ихъ предписаніе еще на слѣдующіе случаи: «*si quis talis sit servus, qui omnino manumitti non possit ex constitutionibus, vel si sub poena vinculorum distractus sit a domino vel ab aliqua potestate damnatus vel si exportandus*».—L. 31 § 14 D. 21, 1 Ulpianus. Формула, выставленная въ эдиктѣ курульныхъ эдиловъ на тотъ случай, если подлежащій *redhibitio* рабъ умеръ у покупателя ¹⁷²⁾, предусматривала, точно также какъ главная часть эдикта ¹⁷³⁾ и какъ главная формула ¹⁷⁴⁾, что рабъ этотъ могъ умереть по винѣ «*familiae procuratorisve A-i A-i*». Педій находитъ согласнымъ съ мыслью эдиловъ распространить это постановленіе также на *tutores* и *curatores*, и замѣчаетъ вообще, что «*quibus administratio rerum [permittitur, eorum in s. H a l.] culpam abesse praestare non inique dominum cogi*».

Къ *Senatusconsultum Orphitianum* относится рѣшеніе Папиніана, передаваемое Ульпіаномъ въ L. 1 § 7 D. 38, 17. Этотъ сенатус-консультъ, повидимому ¹⁷⁵⁾, давалъ сыновьямъ законное право наслѣдованія послѣ матери въ томъ случаѣ, если она умерла *intestata*, т. е. безъ завѣщанія. Папиніанъ находитъ, что сенатъ просто употребилъ въ данномъ случаѣ слишкомъ узкое выраженіе, и считаетъ справедливымъ допускать сыновей къ законному наслѣдованію и тогда также, когда мать въ оставленномъ завѣщаніи назначила наслѣдникомъ подъ условіемъ одного изъ своихъ сыновей, а затѣмъ условіе это не наступило.

Съ распространеніемъ сферы примѣненія императорскаго рескрипта имѣемъ мы дѣло въ L. 7 § 10 D. 48, 22. Ulpianus. «Начальникъ провинціи можетъ запрещать пребываніе въ той провинціи, которою онъ управляетъ, но не въ другой; такъ предписывали и братья императоры блаженной памяти. Вслѣдствіе этого происходило, что лицо, сосланное изъ провинціи, гдѣ оно имѣло постоянное мѣстожительство, могло проживать въ той мѣстности, откуда оно было родомъ.

¹⁷²⁾ Ибо къ этой формулѣ относится комментарий Ульпіана въ L. 31 § 14 cit. См. *Lenel*, op. cit., стр. 440 пр. 1.

¹⁷³⁾ *Lenel*, стр. 436.

¹⁷⁴⁾ *Lenel*, стр. 438.

¹⁷⁵⁾ См. рг. J. 3, 4.

Но императоръ нашъ съ отцомъ своимъ блаженной памяти предусмотрѣлъ этотъ случай. Онъ далъ рескриптъ Мэцію Пробу, правителю провинціи Испаніи, по которому предоставляется возможность лицу, управляющему той провинціей, гдѣ кто либо имѣетъ постоянно жительство, запрещать пребываніе и въ той также провинціи, откуда кто либо происходитъ по рожденію. Но справедливымъ является, чтобы подѣ дѣйствіе этого рескрипта подходили также и тѣ лица, которыя совершили какое нибудь преступленіе въ данной провинціи, не будучи даже ея постоянными жителями».

Нерѣдко сами юристы, выставляя въ своихъ сочиненіяхъ какія нибудь положенія, формулируютъ ихъ слишкомъ узко и затѣмъ, замѣчая сдѣланную ошибку, исправляютъ ее, сопровождая поправку ссылкой на *aequitas*. Такъ Ульпіанъ въ L. 1 § 17 D. 16, 3, комментируя слова формулы *actionis depositi in factum conceptae* «*si paret A-m A-m apud N-m N-m mensam argenteam deposuisse*»¹⁷⁶⁾, высказываетъ слѣдующее положеніе: «*si servus meus deposuisset, nihilominus depositi habebam actionem*». Въ L. 1 § 27 тамъ же, дѣлая дополнительныя замѣчанія къ своему комментарий¹⁷⁷⁾, онъ пользуется случаемъ, чтобы исправить это положеніе, найденное имъ недостаточно точно формулированнымъ, и говоритъ: «*Non solum si servus meus, sed et si qui bona fide mihi servit rem deposuerit, aequissimum erit dari mihi actionem, si rem ad me pertinentem deposuit*»¹⁷⁸⁾.

Мы переходимъ теперь къ разсмотрѣнію источниковъ, касающихся обратнаго рода случаевъ, а именно, ограниченія на основаніи *aequitas* сферы примѣненія нормы, буквальная редакція которой оказалась слишкомъ широка по сравненіи съ идеей, положенной въ основаніе нормы. Подобнаго рода явленіе—слишкомъ широкая редакція нормы—встрѣчается въ правѣ сплошь и рядомъ. Дѣло въ томъ, что законодатель никогда не можетъ, выражая свою норму въ словахъ, предусмотрѣть всѣхъ тѣхъ безчисленныхъ особенностей, которыя представляютъ на практикѣ регулируемыя имъ отношенія. Онъ по

¹⁷⁶⁾ L e n e l, op. cit, стр. 230 прим. 15.

¹⁷⁷⁾ L e n e l, op. cit, стр. 231 пр. 1.

¹⁷⁸⁾ То же самое мы видимъ въ L. 53 § 8 D. 30 по сравненію съ § 5 тамъ же и въ L. 24 § 14 D. 40, 5 по сравненію съ § 12 тамъ же. Во всѣхъ случаяхъ обнаруживаются слѣды поспѣшной компилятивной работы Ульпіана.

необходимости ограничивается регламентаціей типическихъ отношеній, предусматриваетъ въ своихъ нормахъ только обычные признаки отношенія, однимъ словомъ облакаетъ свою норму въ широкую абстрактную форму ¹⁷⁹⁾). Отсюда является весьма возможнымъ, что, если практикъ-юристъ будетъ строго держаться буквы, которая получена нормой отъ создавшаго ее источника права, и будетъ принимать во вниманіе лишь тѣ условія, которыя нашли упоминаніе въ текстѣ нормы, то онъ будетъ прилагать ее и къ такимъ случаямъ, которыхъ вовсе не имѣлъ въ виду законодатель при созданіи нормы и подведеніе которыхъ подъ эту норму далеко не соотвѣтствуетъ требованіямъ общаго блага.

Въ нѣсколькихъ относящихся сюда фрагментахъ юристы, совершивши *justam interpretationem* нормы, прямо признають ее непримѣнимой къ извѣстному случаю вопреки слишкомъ широко идущей буквѣ этой нормы. Такъ, въ L. 2 § 8 D. 38, 17 *Ulpianus* говоритъ о *Scitum Tertullianum* слѣдующее: «*sed si sint sui heredes, verum hereditas ad eos non pertinet, videamus, an mater admittatur, ut puta abstinent sui se hereditate: Africanus et Publicius temptant dicere in casum, quo se abstinent sui, matrem venire, ut tunc ei obstant, quotiens rem habent, ne nudum nomen sui heredis noceat matri: quae sententia aequior est*». По нашему мнѣнію весь вопросъ возникъ, вѣроятно, оттого, что *Scitum* содержало въ себѣ выраженіе: «*si tamen ei filio neque suus heres sit etc.*» ¹⁸⁰⁾; такимъ образомъ буквально мать не могла претендовать на полученіе наслѣдства сына, оставившаго *suos heredes*, хотя бы послѣдніе *de facto* не получили наслѣдства; названные юристы, однако, сочли вполне нецѣлесообразнымъ примѣненіе указанной статьи *Sciti* къ этому случаю, гдѣ нѣтъ совсѣмъ на лицо интереса своихъ наслѣдниковъ, защиту котораго преслѣдовало это ограниченіе наслѣдственныхъ правъ матери.—Завѣщаніе, въ которомъ былъ обойденъ молчаніемъ *filius suus*, *ipso jure* дѣлалось ничтожнымъ, такъ что легаты, *libertates* и прочія его распоряженія теряли всякую силу. Это

¹⁷⁹⁾ Никакой законодатель не можетъ перечислить, другими словами, въ своей нормѣ всѣхъ *excusationes* изъ нея, каждая изъ коихъ „*sua aequitate nititur*“. Ср. *Ulpianus* въ L. 1 pr. D. 50, 5.

¹⁸⁰⁾ Ср. сказанное выше по поводу L. 5 pr. D. 38, 17.

правило, по усвоенной позднѣйшими римскими юристами доктринѣ Сабиніанцевъ, не подлежало никакимъ ограниченіямъ. Тѣмъ не менѣе Папиніанъ въ L. 17 D. 28, 3 находитъ нецѣлесообразнымъ примѣненіе его въ слѣдующемъ случаѣ: нѣкто обошелъ въ своемъ завѣщаніи одного сына *in potestate*, но назначилъ наслѣдниками остальныхъ *sui*; наслѣдство по закону открылось всѣмъ братьямъ, но *praeteritus* воспользовался *beneficium abstinendi*. При этихъ условіяхъ, когда самъ *praeteritus* своими дѣйствіями доказалъ, что нѣтъ на лицо его интереса, защищаемаго данной нормой, Папиніанъ находитъ несправедливымъ считать завѣщаніе и возложенные въ немъ на остальныхъ *sui* легаты и *libertates* ничтожными: «*licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebitur*»¹⁸¹⁾.—Согласно нормѣ права, *bonorum possessio contra tabulas liberti* не могла быть предоставлена патрону и его дѣтямъ, если они приняли легатъ или фиденкомиссъ по завѣщанію либерта или согласно его завѣщанію вступили въ наслѣдство. Изложивъ эту норму въ L. 6 § 4 D. 38, 2, Ульпіанъ замѣчаетъ въ слѣдующей непосредственно за этимъ части своего комментарія къ эдикту—L. 8 пр. D. eod.—, что онъ считаетъ однако справедливымъ не примѣнять этого правила въ тѣхъ случаяхъ, когда «*non habuit effectum petitio ejus (t. e. patroni)*»; таковъ напр. тотъ случай, когда патронъ вступилъ въ наслѣдство по завѣщанію либерта, думая, что ему назначена гораздо бѣльшая часть, чѣмъ какую онъ получилъ на самомъ дѣлѣ. Дѣйствительно, если основаніемъ указанной нормы права являлось соображеніе, что «*absurdum videtur licere eidem partim comprobare iudicium defuncti, partim evertere*», какъ говоритъ Гай въ L. 7 D. eod., то при описанныхъ условіяхъ этому соображенію нѣтъ мѣста: вступая въ наслѣдство по завѣщанію либерта, патронъ одобрилъ не дѣйствительное содержаніе послѣдней воли либерта, а ошибочно имъ себѣ представляемое.—Патронъ, либертъ котораго умеръ съ завѣщаніемъ, имѣлъ по преторскому эдикту средство сдѣлать для себя безвредными отчужденія, совершенныя *dolo malo* либертомъ при жизни для сокращенія обязатель-

¹⁸¹⁾ Ср. объ этомъ фрагм. Cola, *Lo stretto diritto e l'equità nel diritto romano*, стр. 22 сл. Accarias, *Précis*, т. I, стр. 876, пр. 2. Voigt, *Jus nat.*, т. III, стр. 377 прим. 679.

ной доли, которая должна была достаться патрону. Для этой цѣли выставлена была въ эдиктѣ а. Fabiana. Но для того, чтобы имѣть право на этотъ искъ, патронъ долженъ былъ, по существующей въ правѣхъ нормѣ, выполнить одно условіе: «онъ долженъ былъ приобрести право на обязательную долю черезъ *agnitio bonorum possessionis contra tabulas liberti*. *Actio Fabiana* содержитъ въ себѣ протестъ противъ воли наслѣдодателя, и, слѣдовательно для нея необходимо должна быть подготовлена юридическая почва сперва черезъ получение *bon. pos. c. t.*»¹⁸²). Однако, въ томъ случаѣ, если либертъ назначилъ патрона наслѣдникомъ *ex asse*, для послѣдняго уничтожается всякая возможность испрашивать *bon. pos. c. tabulas*. При такихъ условіяхъ Ульпіанъ въ L. 3 § 2 D. 38, 5 рѣшается сдѣлать изъятіе изъ общаго правила и вмѣняетъ претору въ обязанность дать а. Fabianam, несмотря на отсутствіе требуемаго указанной нормой условія. Онъ мотивируетъ свое рѣшеніе *aequitate*, т. е. находитъ, что непримѣненіе къ данному случаю нормы о необходимости *b. p. c. t.* не противно смыслу этой нормы. «Вступленіе въ наслѣдство согласно завѣщанію, предпринятое при такихъ обстоятельствахъ, когда не была открыта альтернатива *contra tabulas bonorum possessionis*, не можетъ быть здѣсь толкуемо въ смыслѣ акта, заключающаго въ себѣ отказъ отъ протеста противъ воли либерта»¹⁸³).— По общему правилу, *dies legati cedit* въ моментъ смерти завѣщателя; это правило установлено въ интересахъ легатаріевъ, чтобы лишить наслѣдника возможности своимъ промедленіемъ при *aditio hereditatis* вліять на ихъ права¹⁸⁴). Въ виду такого происхожденія нормы, *aequitas* требуетъ, чтобы она не была примѣняема въ тѣхъ случаяхъ, когда этого требуетъ именно интересъ самихъ легатаріевъ. Таковъ, на примѣръ, слѣдующій случай: рабъ въ завѣщаніи отпущенъ на волю и ему же данъ легатъ въ томъ же завѣщаніи; при этихъ условіяхъ, рѣшаетъ Ульпіанъ, «*aditio heredis legatis moram facit*» (L. 7 § 6 D. 36, 2) и *dies legati cedit* лишь по вступленіи наслѣдника въ наслѣдство; «ибо, такъ какъ рабъ получаетъ свободу не раньше вступленія *heredis* въ наслѣдство, было сочтено вполне справедливымъ,

¹⁸²) Leist, въ прод. комм. Глюка, серія книгъ 37 и 38, т. V, стр. 539 сл.

¹⁸³) Leist, l. c.

¹⁸⁴) L. 5 пр. § 1. L. 7 пр. D. 36, 2.

чтобы и *dies legati sedens* наступалъ не раньше этого момента; дѣло въ томъ, что легатъ былъ бы бесполезенъ, если бы *dies sedens* наступилъ для него раньше, чѣмъ рабъ получилъ свободу» (L. 8 D. 36, 2) ¹⁸⁵⁾.—Общимъ признаніемъ, говоритъ Ульпіанъ въ L. 23 D. 26, 7, пользуется правило, что *tutor*, вчиняя иски вмѣсто опекаемаго, не долженъ предоставлять *cautionem ratam rem pupillum habiturum*. Основаніемъ этого правила служить то соображеніе, что опекунъ, «*rem in iudicium deducit*», т. е. конструируетъ предъявленный искъ и для пупилла ¹⁸⁶⁾. Именно въ виду этого основанія и справедливо, продолжаетъ Ульпіанъ, дѣлать исключенія изъ этого правила, если возникаютъ сомнѣнія, дѣйствительно ли данный истецъ назначенъ былъ опекуномъ или продолжаетъ быть таковымъ, или вѣрно ли ему управленіе дѣлами.—Императоръ Антонинъ Пій въ одномъ изъ своихъ рескриптовъ установилъ слѣдующее правило: если лицо, имѣющее право требовать предоставленія ему *cautiones*, приняло извѣстныхъ *fidejussores*, то оно уже не можетъ вторично требовать установленія новой *cautionis*, подъ предлогомъ, напимѣръ, ненадежности принятыхъ имъ *fidejussores*. Мотивомъ служило для этого рескрипта то соображеніе, что взрослые люди должны быть осмотрительны въ своихъ дѣлахъ и принимать рѣшенія по серьезномъ взвѣшиваніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла ¹⁸⁷⁾. Разсуждая согласно этому мотиву, Папиніанъ въ L. 4 D. 36, 4 ¹⁸⁸⁾ находитъ несправедливымъ буквальное примѣненіе этого рескрипта къ тѣмъ случаямъ, когда *fidejussores* въ моментъ установленія *cautionis* были совершенно благонадежны, но затѣмъ умерли или раззорились, вслѣдствіе несчастнаго случая, котораго нельзя было предвидѣть ¹⁸⁹⁾.

¹⁸⁵⁾ См. также L. 84 D. 31. *C u j a c i u s*, *opera*, т. V, стр. 1133 сл. *Windscheid*, *Pandekten*, т. III § 642, пр. 13. *Assarias*, *Précis*, т. I стр. 1037.

¹⁸⁶⁾ Ср. L. 11 § 7 D. 44, 2.

¹⁸⁷⁾ L. 3 § 3 D. 36, 4 *Ulpianus*.

¹⁸⁸⁾ *Lenel*, *Palingenesia*, Papin. 346.

¹⁸⁹⁾ Сюда же мы относимъ еще слѣд. источники, которыхъ не желаемъ вводить въ изложеніе и безъ того слишкомъ богатое примѣрами: L. 10 § 4 D. 49, 1. L. 7 § 3 D. 4, 5 (ср. текстъ эдикта въ L. 1 § 1 D. eod; о вѣроятныхъ причинахъ такой широкой редакціи эдикта ср. *Lenel*, *Edictum perpetuum*, стр. 94 пр. 10). Интересъ представляетъ L. un. C. 10, 68 (66); примѣненіе нормъ объ обязательности подчиняться избранію *ad munera publica* признается несправедливымъ въ виду смысла этой нормы, который опредѣляется на основаніи соображеній объ *utilitas publica*.

Въ виду того же постулата, къ *aequitas* сводятся иногда *exceptiones*, предлагаемыя для того, чтобы привести въ границы цѣлесообразности дѣйствіе какого нибудь иска, получившаго слишкомъ широкую редакцію.—Такъ, формула иска, возникающаго изъ *rescriptum pautagum sauronum etc.*, гласила, приблизительно, слѣдующимъ образомъ: «*Si paret N-m N-m, cum naveм exerceret, A-i A-i res quibus de agitur salvas fore reseripisse neque restituisse, quanti ea res est, tantae pecuniae, iudex, N-m N-m A-o A-o condemna, s. n. p. a.*»¹⁸⁰⁾. Формула редактирована была въ такихъ общихъ выраженіяхъ, что изъ нея можно было бы вывести отвѣтственность должника по *rescriptum* за гибель ввѣренныхъ ему вещей отъ любой причины. Однако, какъ намъ сообщаетъ Ульпіанъ въ концѣ *L. 3 § 1 D. 4, 9*, Лабеоу напелъ справедливымъ внести въ текстъ формулы *exceptionem* по поводу *vis maior*. Поступая такимъ образомъ, Лабеоу просто хотѣлъ привести текстъ формулы въ соотвѣтствіе съ мыслью претора; создавая данный искъ, преторъ хотѣлъ повысить до возможно большаго предѣла отвѣтственность *pautae* и проч. передъ ихъ контрагентами; онъ хотѣлъ заставить ихъ принимать всевозможныя мѣры, чтобы отвратить погибель и порчу ввѣренныхъ имъ вещей. Если такова была мысль претора, то вполне согласно было съ нею не распространять отвѣтственности этихъ лицъ на такое *damnum*, отвратить котораго не въ состояніи были силы человѣческія при самомъ бдительномъ надзорѣ за ввѣренными вещами¹⁸¹⁾.—Эдиктъ эдиловъ въ интересахъ общаго блага возлагалъ на продавцовъ, выводящихъ на рынокъ рабовъ или скотъ, обязанность знать всѣ дурныя качества своего товара и объявлять о нихъ покупателямъ, угрожая въ противномъ случаѣ безусловной отвѣтственностью, независимо отъ вопроса о субъективной виновности нарушившаго эдиктъ продавца. Мы уже говорили выше¹⁸²⁾, что это постановленіе вызвано было практическими потребностями оборота: эдилы желали облегчить заключеніе торговыхъ сдѣлокъ, избавляя покупателя отъ необходимости очень тщательно изслѣдовать поку-

¹⁸⁰⁾ *Level, Edictum perp.*, стр. 104.

¹⁸¹⁾ Ср. къ этому *Windscheid, Pandekten*, т. II, § 384 прим. 6. Подобнаго же рода соображенія лежатъ въ основѣ *exceptionis*, упоминаемыхъ въ *L. 2 § 1. 8 D. 2, 11 Ulpianus*.

¹⁸²⁾ См. текстъ къ прим. 91 и 92.

наемный товаръ, и сдѣлать рыночный оборотъ болѣе безопаснымъ для покупателей, отнимая у продавцовъ надежду остаться безнаказанными въ случаѣ своей субъективной вины за невозможностью для покупателя доказать ея наличность. Эдиктъ, однако, былъ редактированъ не вполне согласно съ этой идеей, давшей поводъ къ его возникновенію. Изъ его текста можно было вывести заключеніе, что отвѣтственность продавцовъ, не объявившихъ о порокахъ товара, должна имѣть мѣсто даже тогда, когда покупатели знаютъ объ этихъ порокахъ. Такого рода примѣненіе эдикта, конечно, не было бы согласно съ его цѣлью и потому Помпоній въ L. 48 § 4 D. 21, 1 предлагаетъ включить въ эдиктъ на этотъ случай соотвѣтственную *exscriptio* ¹⁹³⁾.

Иногда, наконецъ, той же цѣли—привести текстъ нормы, не знающей исключеній, въ согласіи съ цѣлью, преслѣдуемой нормой,—служили *in integrum restitutiones*.—Такъ, всѣмъ извѣстно строгое правило римскаго права: *bis de eadem re ne sit actio*. Если это правило продержалось въ принципѣ въ теченіе всей эпохи классическихкихъ юристовъ, то, несомнѣнно, только въ виду его практической цѣнности. Оно имѣло свою цѣль заставить каждое лицо, вчиняющее искъ, внимательно изслѣдовать, всѣ ли условія, необходимыя для успѣха иска, на лицо въ моментъ его вчинанія, и такимъ образомъ предупредить обремененіе судебныхъ трибуналовъ исками, недостаточно подготовленными со стороны истцовъ. Но, такъ какъ это правило не знало исключеній, то случалось, что его буквальное примѣненіе простерло бы его дѣйствіе за предѣлы его цѣли и привело бы къ отказу въ защитѣ такимъ интересамъ, которые этого вовсе не заслуживали. Въ этихъ случаяхъ мы встрѣчаемъ нерѣдко въ нашихъ источникахъ *in integrum restitutio* противъ дѣйствія *litis consumptio*, которая два раза сводится къ *aequitas*. Въ обоихъ случаяхъ рѣчь идетъ о возобновленіи иска, прошедшаго неудачно въ первый разъ, вслѣдствіе незнанія со стороны истца такихъ обстоятельствъ, которыя всецѣло касались отвѣтчика и не могли быть обнаружены истцомъ даже при вполне достаточной осмотрительности съ его стороны. Именно, въ L. 1 pr. D. 26, 7 Ульпіанъ сводитъ

¹⁹³⁾ Remitti edictum предлагаетъ Помпоній въ L. 48 § 3 D. 21, 1 по поводу случая также подходящаго подъ букву, но несоотвѣтствующаго мысли эдикта.

къ *aequitas restitutio in integrum* иска, который былъ консумированъ въ процессѣ съ пуилломъ *sub auctoritate* лица, ложно выдававшего себя за опекуна малолѣтняго отвѣтчика, если истецъ не зналъ о ложности этихъ утверждений ¹⁹⁴). Въ *L. 15 D. 44, 7* ¹⁹⁵) Юлианъ говоритъ о слѣдующемъ случаѣ: нѣкто вчинилъ искъ противъ *heres ex testamento* и проигралъ дѣло, вслѣдствіе противопоставленія иску эксценція: *<si non in ea causa sint tabulae testamenti, ut contra eas bonorum possessio dari possit>* ¹⁹⁶). Затѣмъ обойденный въ завѣщаніи *emancipatus* не испросилъ *bonorum possessionem contra tabulas*. Юлианъ находитъ справедливымъ возстановить истцу консумированный искъ противъ *heres ex testamento* ¹⁹⁷).—Въ этомъ же смыслѣ ссылается на *aequitas* въ оправданіе *in integrum restitutionis* имп. Антонинъ въ рескриптѣ, приводимомъ у Марцелла въ *L. 7 pr. D. 4, 1*. «Блаженной памяти Антонинъ, значится здѣсь, слѣдующимъ образомъ отвѣтилъ Марцію Авиллу объ оказаніи помощи лицу, проигравшему дѣло, вслѣдствіе отсутствія: Хотя ничто изъ торжественныхъ дѣйствій не должно быть измѣняемо легко, но нужно оказывать помощь тамъ, гдѣ этого требуетъ очевидная справедливость. Итакъ, если онъ (т. е. лицо, проигравшее дѣло), будучи вызванъ, не далъ отвѣта и поэтому противъ него было сдѣлано обычное постановленіе, а затѣмъ онъ тотчасъ же обратился къ тебѣ, пока ты еще находился на трибуналѣ, то можно думать, что не по винѣ своей онъ отсутствовалъ, а потому что не разслышалъ голосъ глашатая и на этомъ основаніи ему можетъ быть оказана *restitutio in integrum*» ¹⁹⁸).—Наконецъ, къ нашему постулату *aequitatis* сводится также *in integrum restitutio* противъ обычныхъ послѣдствій, сопровождающихъ по преторскому эдикту отвѣтъ на *interrogatio in jure*, въ *L. 11 § 8 D. 11, 1 Ulpianus*.

Примѣръ ссылки на *aequitas* въ томъ случаѣ, когда юристъ находитъ нужнымъ ограничить свое собственное положеніе, форму-

¹⁹⁴) См. объ этомъ эдиктъ *Lenel, Ed. perp.*, стр. 99 сл. *Keller, Civilpr.*, стр. 379 пр. 928. *Windscheid, Pand.* т. I § 118 пр. 19.

¹⁹⁵) И въ параллельной *L. 2 D. 44, 2*.

¹⁹⁶) Объ этой эксценціи см. *Schroder, Notherbenrecht*, стр. 149 сл.

¹⁹⁷) Ср. еще § 33 *J. 4, 6. L. 13 pr. D. 14, 3. L. 1 § 10 D. 15, 2*. — Въ *L. 20 pr. D. 27, 3* можетъ имѣться въ виду иной постулатъ *aequitatis* (см. прим. 22).

¹⁹⁸) Первая фраза рескрипта въ видѣ отдѣльной *regula juris* повторена въ *L. 183 D. 50, 17*.

лированное имъ слишкомъ широко, мы находимъ у того же Ульпиана. Въ L. 64 pr. D. 24, 3 мы читаемъ: «Si vero negotium gerens mulieris non invitae maritus dotalem servum voluntate ejus manumiserit, debet uxori restituere quidquid ad eum pervenit», а въ § 2 eod. слѣдуетъ замѣчаніе: «plane si operae fuerint marito exhibitae, non aestimatio earum, non erit aequum hoc nomine uxori maritum quippiam praestare».

b) Детальная разработка и развитіе тѣхъ законодательныхъ идей, которыя заключаются въ существующемъ легальномъ элементѣ.

Въ настоящемъ отдѣлѣ мы будемъ имѣть дѣло уже не съ простымъ подведеніемъ отдѣльныхъ практическихъ случаевъ подъ существующія въ правѣ нормы и съ исправленіемъ неудачной редакціи этихъ нормъ, не соответствующей мысли, которою руководился ихъ создатель. Здѣсь намъ опять придется, какъ въ началѣ этой главы, говорить о созданіи новыхъ нормъ, доселѣ не существовавшихъ въ правѣ. Разница состоитъ только въ томъ, что въ началѣ этой главы мы имѣли въ виду созданіе такихъ нормъ и институтовъ, которыя вносятъ въ право и новыя идеи, до тѣхъ поръ праву неизвѣстныя и не находившія признанія со стороны законодателя. Нормы же, которыми мы теперь займемся, никакихъ новыхъ идей въ право не вводятъ. Онѣ предназначены къ тому только, чтобы дать болѣе полное и точное выраженіе идеямъ, уже вполне или отчасти подмѣченнымъ и выраженнымъ правообразующими органами.

Мы коснемся здѣсь двухъ операцій, сущность которыхъ была уже охарактеризована въ нашемъ общемъ очеркѣ перваго постулата *aequitatis*. Первая изъ этихъ операцій имѣетъ своею цѣлью дать въ надлежащей полнотѣ юридическое выраженіе идеямъ, недостаточно широко охваченнымъ умомъ законодателя; задача второй состоитъ въ болѣе точномъ описаніи идеи, внесенной законодателемъ въ право, и въ детальной характеристикѣ всѣхъ послѣдствій, возникающихъ изъ ея признанія.

Первая операція носитъ названіе юридической аналогіи. Мы уже упомянули въ началѣ этой главы, что возможны случаи, когда законодатель подмѣчаетъ какую нибудь общую идею лишь въ

ея конкретномъ проявленіи и согласно этому создаетъ юридическую норму съ недостаточно широкимъ содержаніемъ; вмѣсто общаго, абстрактнаго положенія, онъ создаетъ лишь частную, слишкомъ конкретную норму, слѣдую своей недостаточно широкой идеѣ¹⁹⁹). Такъ какъ *aequitas* требуетъ, чтобы юридическую защиту получили всѣ тѣ интересы, которые съ точки зрѣнія общаго блага являются достойными ея, и чтобы формы и размѣры защиты были одинаковы для всѣхъ интересовъ, представляющихся съ той же точки зрѣнія одинаковыми, то задача юристовъ, примѣняющихъ и разрабатывающихъ нормы права, состоитъ въ томъ, чтобы дать идеѣ, слишкомъ узко сознаваемой законодателемъ, подобающую ея значенію сферу примѣненія. Юристы должны, параллельно съ нормой, созданной законодателемъ для одного случая, выработать цѣлый рядъ подобныхъ нормъ для всѣхъ прочихъ однородныхъ случаевъ. Эти нормы всѣ въ совокупности должны проявлять въ правѣ ту общую идею, которой не могъ познать законодатель во всей ея полнотѣ, и сводиться къ тому широкому и болѣе общему положенію права, котораго законодатель не былъ въ состояніи формулировать.

Для этой цѣли юристы должны внимательно вглядываться, какое основаніе побудило законодателя къ созданію извѣстной нормы, и для всѣхъ другихъ случаевъ, въ которыхъ они замѣтятъ наличность того же основанія, создавать на основаніи *aequitas* подобныя же нормы. Интересно по этому поводу сравнить слѣдующее разсужденіе *divi Pii*, которое цитируетъ Ульпіанъ въ *L. 12 § 2 D. 26, 5*: «*Non est novum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut nisi subveniat iis deducantur in egestatem. eligendus itaque erit, qui eos consilio regat: nam aequum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet furiosum faciunt exitum*».

Къ этой первой операціи относятся слѣдующія мѣста нашихъ источниковъ, содержащія въ себѣ ссылку на *aequitas*.

Въ области семейнаго права мы встрѣчаемъ нѣсколько такихъ примѣровъ. — На основаніи *aequitas* Ульпіанъ и Павелъ распространяютъ *privilegium exigendi*, созданное въ правѣ для жены относительно

¹⁹⁹) См. объ этомъ явленіи Ihering, *Geist*, т. III § 39.

Уч. Зап., ст. Хвостова.

ея dos при конкурсѣ надъ имуществомъ мужа, также на sponsa и на minor XII annis, хотя съ ними бракъ еще не заключенъ или не дѣйствителенъ. Дѣло въ томъ, что въ обоихъ послѣднихъ случаяхъ является также наличнымъ то основаніе, по которому дана была привилегія самой женѣ: *interest rei publicae mulieres esse dotatas* ²⁰⁰).—Ульпіанъ, Павелъ и Гай находятъ справедливымъ создать для *debiles, prodigi, surdi, muti* и *fatui* по отношенію къ ихъ *curatores privilegium exigendi*, какое было создано для малолѣтнихъ по отношенію къ ихъ опекунамъ; основаніе для предоставленія привилегіи во всѣхъ этихъ случаяхъ одно и то-же: особый характеръ отношеній между лицами, завѣдующими опекой или попечительствомъ, и лицами опекаемыми. ²⁰¹).—Модестинъ въ L. 20 D. 42, 1 на основаніи *aequitas* даетъ женѣ по отношенію къ искамъ мужа изъ контрактовъ, заключенныхъ во время брака ²⁰²), такое же *beneficium competentiae*, которое конституціей *divi Pii* было установлено въ пользу мужа при такихъ же искахъ со стороны жены (*quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio*); основаніемъ въ обоихъ случаяхъ является *praecedens societas vitae* ²⁰³).— Сюда же относится, какъ намъ кажется, *aequum est* Павла въ L. 21 D. 42, 1. На основаніи особыхъ свойствъ отношенія, изъ котораго возникаетъ искъ ²⁰⁴), право представляетъ мужу и его отцу *beneficium competentiae* противъ *a. rei uxoriae* ²⁰⁵). Возникаетъ вопросъ, не слѣдуетъ ли представить этой льготы также тестю, который привлекается мужемъ къ отвѣтственности на основаніи *dotis promissio*, такъ какъ въ этомъ случаѣ, повидимому, основаніе, изъ котораго вытекаетъ искъ, совершенно аналогично. Павелъ признаетъ, что такая мысль легко можетъ возникнуть: *quod et id aequum esse videtur*. Но затѣмъ онъ указываетъ, что по почину Нерація на дѣло слѣдуетъ смотрѣть иначе. Изъ L. 84 D. 23, 3 мы узнаемъ что Павелъ рѣшилъ предоставить въ этомъ случаѣ тестю указанную привилегію на другомъ основаніи, а именно: въ виду близкихъ

²⁰⁰) L. 17 § 1. L. 18. L. 19 pr. D. 42. 5. cf. L. 5 § 1 C. 6, 61. Leo et Anthemius (a. 473).

²⁰¹) L. 19 § 1—L. 22 pr. D. 42, 5.

²⁰²) *A s s a g i a s*, Précis, т. II, стр. 1126 сл.

²⁰³) L. 52 D. 42, 1 Tryphoninus. L. 17 § 1 D. 24, 3 Paulus.

²⁰⁴) Ср. по этому поводу *A s s a g i a s*, l. c. прим. 2 на стр. 1126.

²⁰⁵) Текстъ L. 21 cit. нужно читать согласно *Lenel, Palingenesia*, Paul. 1766.

родственныхъ отношеній между нимъ и мужемъ дочери, а потому допускалъ *beneficium competentiae* только до тѣхъ поръ, пока эти отношенія существуютъ (*manente adfinitate*); по прекращеніи же родства привилегія могла быть основана лишь на какихъ либо иныхъ обстоятельствахъ особаго характера (*ex persona et causa*).

Въ области наслѣдственнаго права мы также неоднократно встрѣчаемся съ источниками, въ которыхъ *aequitas* приводится въ оправданіе распространенія юридическихъ нормъ по аналогіи. — Въ L. 6 D. 42, 6 Юліанъ находитъ справедливымъ предоставить легатаріямъ *beneficium separationis*, подобное тому, которое въ эдиктѣ было установлено для прочихъ кредиторовъ умершаго ²⁰⁶⁾; впрочемъ, принимая во вниманіе разницу въ характерѣ и основаніи притязаній легатаріевъ и прочихъ кредиторовъ, онъ считаетъ необходимымъ ослабить права, предоставленныя первымъ: *«ut cum creditoribus solidum adquisitum fuerit, legatariis vel solidum vel portio quaeratur»*. — Въ L. 1 pr. D. 37, 12 Ульпіанъ объясняетъ происхожденіе *bonorum possessionis contra tabulas emancipati*, какъ результатъ справедливаго распространенія по аналогіи со стороны претора *bonorum possessionis contra tabulas liberti*. Мы читаемъ здѣсь слѣдующее: *«Emancipatus a parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti patiatur exitum. quod aequissimum praetori visum est, quia a parente beneficium habuit bonorum quaerendorum: quippe si filius familias esset, quodcumque sibi acquireret, ejus emolumentum patri quaereret* (слѣдовательно, основаніе нормы въ обоихъ случаяхъ одно и то же). *et ideo itum est in hoc, ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur»*. Правда, аналогія проведена была здѣсь, какъ и при *separatio bonorum*, не очень строго, и въ подробностяхъ сдѣланы были различія ²⁰⁷⁾. Но это вполне понятно, такъ какъ оба случая, несмотря на существенное сходство, обладаютъ также и важными различіями; отношенія между отцомъ и сыномъ гораздо ближе, нежели между господиномъ и рабомъ, отеческая власть не такъ тяжела и продолжительна, какъ *dominica potestas*, а потому *beneficium*, оказываемое отцомъ сыну, не заслуживаетъ такой большой награды, какъ благодѣяніе, доставляемое госпо-

²⁰⁶⁾ См. L e n e l, *Edictum praetorium*, стр. 349 прим. 8.

²⁰⁷⁾ См. Ш у л я н ъ, *Ист. рим. права*, стр. 486.

диною рабу при отпущеніи послѣдняго на волю. Кромѣ того, *filius emancipatus* есть *persona ingenua* и поэтому является неудобнымъ и несоотвѣтствующимъ возрѣніямъ общества налагать на его свободу дѣйствій такія ограниченія, какія налагаются правомъ на вольноотпущенника ²⁰⁸⁾. — Нормы, подобныя постановленіямъ *edictum Carbonianum (simile Carboniano decretum)*, создаются Юліаномъ по аналогіи на основаніи *aequitas* въ L. 7 pr. D. 37, 10. «Въ *edictum Carbonianum*, очевидно, рѣчь шла только о такихъ лицахъ, которыя естественнымъ путемъ становились *sui heredes*; здѣсь (въ L. 7 pr. cit.) «подобно» этому организуется положеніе лицъ, пріобрѣтшихъ это состояніе искусственнымъ путемъ, черезъ усыновленіе» ²⁰⁹⁾.—Въ L. 6 § 3 D. 36, 1 Ульпіанъ дѣлаетъ рѣшеніе, аналогичное съ постановленіемъ *Scti Pegasiani* ²¹⁰⁾ объ обязательности для *heres fiduciarius* принять наслѣдство и выдать его фиденкоммиссару, для того случая, если фиску достанутся *bona vacantia*, которыя согласно завѣщанію должны быть выданы фиденкоммиссару: «*Si fisco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoscere et fideicommissario restituere, aequissimum erit, quasi vindicaverit, sic fiscum restitutionem facere*» ²¹¹⁾.—Въ L. 54 pr. D. 5, 3 Юліанъ на основаніи *aequitas* находитъ необходимымъ предоставить покупателю всего наслѣдства или его части у фиска такой искъ, «*per quam universa bona persequatur*», точно также, какъ предоставляется *hereditatis*

²⁰⁸⁾ Этотъ послѣдній мотивъ выражается Гаемъ въ L. 2 D. 37, 12. *Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Fabiana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienatio.*

²⁰⁹⁾ *Le i s t.*, въ прод. комм. Гюка, серія книгъ 37 и 38, т. IV, стр. 77 прим. 77.

²¹⁰⁾ Въ подлинномъ сочиненіи Ульпіана данный фрагментъ стоялъ подъ рубрикой „*Ad SC. Pegasianum: ut heres adire cogatur*“. *Le n e l*, *Palinginesia*, т. II, стр. 912.

²¹¹⁾ Послѣднія слова фрагмента мы понимаемъ такъ: „фискъ долженъ реституировать наслѣдство такъ, какъ будто онъ его принял“. *Vindicari fisco* значитъ во многихъ мѣстахъ *confiscari*. L. 21 D. 34, 9. L. 3 § 5 D. 36, 1. L. 28 D. 38, 2. L. 3 pr. § 1, 3 D. 48, 21. L. 3 § 10. L. 14. 35 D. 49, 14 (Heumann, *Handlexicon zu den Quellen d. röm. R.*, 5-е изд., в. v. *vindicare*). Смыслъ фразы тогда состоитъ въ томъ, что нежеланіе фиска *bona agnoscere* въ этомъ случаѣ не имѣетъ значенія; фискъ принуждается принять *bona* и выдать ихъ фиденкоммиссару подобно тому, какъ по *Scutum Pegasianum* принуждается къ этому *heres fiduciarius*. Ср. *V a n g e r o w*, *Pand.*, т. II, стр. 573.—Глосса понимаетъ слово *vindicare* въ смыслѣ „мстить за смерть завѣщателя“; за ней слѣдуетъ и нѣмецкій переводъ *Corpus Jur. Civ.* подъ ред. *Otto, Schilling etc.*

petitio фиденкоммиссару, которому выдано наслѣдство, согласно *Scutum Trebellianum*. Основаніемъ этого рѣшенія является то обстоятельство, что покупатель *bonorum vacantium* или *partium caducarum* у фиска, также какъ фиденкоммиссаръ, которому реституировано все наслѣдство, является во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ въ положеніи, вполне аналогичномъ съ положеніемъ наслѣдника; даже долги наслѣдства переходятъ на него ²¹²).

Къ области вещнаго и обязательственнаго права относятся слѣдующія рѣшенія. — Въ *L. 16 D. 11, 7 (Ulpianus) veteres* распространяютъ по аналогіи на обладателя *dotis* умершей женщины тѣ нормы объ обязанности къ погребенію, которыя первоначально, по видимому, были установлены только по отношенію къ обладателямъ *patrimoniorum* умершихъ лицъ; *«aequissimum enim visum est veteribus mulieres quasi de patrimoniis suis ita de dotibus funerari»*. — Преторскій эдиктъ содержалъ въ себѣ приблизительно норму такого содержанія: *«ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum si liber fecisset consequeretur»* ²¹³). Комментируя этотъ эдиктъ, Ульпіанъ находитъ справедливымъ, чтобы такое же постановленіе создано было и на случай *damnum injuria datum*: *«Si plures serui damnum culpa dederint, aequissimum est eandem facultatem domino dari»* (*L. 1 § 2 D. 47, 6*). — *Vilicus*, т. е. рабъ, управляющій сельскимъ имѣньемъ, не можетъ считаться за *institor*'а, такъ какъ онъ назначенъ не для заключенія торговыхъ сдѣлокъ, а только *«propter fructus percipiendos»*. Однако, если ему дано полномочіе также на продажу продуктовъ имѣнія, то его положеніе дѣлается аналогичнымъ съ положеніемъ *institora*. Хотя онъ и не дѣлается *instиторомъ* ²¹⁴), и *a. institoria*, какъ искъ чисто торговаго характера ²¹⁵), не можетъ быть дана противъ господина изъ заключаемыхъ этимъ *vilicus* сдѣлокъ, но Павелъ находитъ справед-

²¹²) *L. 1 C. 4, 39. L. 41 D. 49, 14*. См. Франске, *Commentar*, стр. 397—402.— Сюда-же мы относимъ еще *L. 3 C. 3, 29 (a. 257)*.

²¹³) *L. 31 D. 9, 4. Lenel, Edictum perpetuum*, стр. 267.

²¹⁴) Онъ не есть *instиторъ*, потому что 1) торговля не есть единственное и даже главное изъ порученныхъ ему занятій, 2) торговля ведется имъ не непрерывно. См. Вагон, *Abhandlungen*, т. II, стр. 189.

²¹⁵) См. выше прим. 38.

ливымъ въ L. 16 D. 14, 3 создать для этого случая искъ аналогичный съ *a. institoria*: «*non erit iniquum ex e m p l o i n s t i t o r i a e a c t i o n e m i n m e c o m p e t e r e*»²¹⁶). — Вообще къ *aequitas* сводятся нерѣдко разныя *actiones ex e m p l o* какого-либо другаго иска, не подходящаго вполнѣ къ условіямъ даннаго случая, и *actiones utiles*. Кромѣ разобраннаго только что фрагмента, мы встрѣчаемъ въ источникахъ довольно много такихъ мѣстъ. Сюда относится, напр., L. 13 § 3 D. 7, 1 *Ulpianus*. «Но если происходитъ споръ между двумя фруктуарами, то, какъ пишетъ Юліанъ въ 38 книгѣ своихъ *Digest*, весьма справедливо, чтобы имъ было дано *quasi communi dividundo iudicium*, или же, чтобы они установили посредствомъ взаимныхъ стипуляцій способъ пользованія своими правами; ибо къ чему, говорить Юліанъ, преторъ будетъ допускать между ними насилія и распри, если онъ можетъ покончить дѣло, пользуясь своей юрисдикціей? Это мнѣніе одобряетъ также Цельзъ въ 20 книгѣ *Digest* и я считаю его вѣрнымъ». — Такое же *utilis communi dividundo iudicium* на основаніи *aequitas* дается въ случаѣ спора между двумя кредиторами, которымъ заложена одна и та-же вещь (L. 7 § 6 D. 10, 3 *Ulp.*), и между нѣсколькими лицами, которымъ дано право пользоваться водой изъ одного и того же водопровода (L. 4 D. 43, 20 *Julianus*)²¹⁷). — L. 1 C. 8, 1 *Imp. Alexander* (a. 224). «Такъ какъ ты утверждаешь, что вслѣдствіе роста корней деревьевъ, посаженныхъ на сосѣднемъ дворѣ Агаангела, фундаменту твоего дома грозитъ опасность, то правитель провинціи долженъ привести дѣло къ состоянію, удовлетворяющему справедливости, создавъ интердиктъ по примѣру другихъ интердиктовъ, существующихъ въ его эдиктѣ, въ которыхъ ясно обнаруживается, что сосѣдь не долженъ терпѣть вреда даже по случаю роста деревьевъ; таковы интердикты «*si arbor in alienas aedes impendebit*», а также «*si arbor in alienum agrum*

²¹⁶) Папиніанъ и Ульпіанъ, какъ извѣстно, пошли еще дальше. *Assagias*, *Précis*, т. II, стр. 373 сл. Ср. *Kuntze*, *Cursus*, § 610. Шулинъ, *Ист. рим. права* стр. 397, пр. 1.

²¹⁷) *Lenel*, *Edictum perpetuum* § 82 думаетъ, что въ эдиктѣ была выставлена особая формула для *utile communi dividundo iudicium*; съ этимъ, намъ кажется, не особенно важутся выраженія L. 13 § 3 D. 7, 1 и L. 4 D. 43, 20 *cit.* Но если догадка *Lenel* вѣрна, то всѣ цитированные въ текстѣ источники говорятъ не о созданіи новыхъ исковъ по аналогіи, а занимаются лишь изслѣдованіемъ вопроса о примѣнимо-сти выставленнаго уже въ эдиктѣ иска къ различнымъ конкретнымъ случаямъ.

impendebit ²¹⁸⁾. Мы имѣемъ въ Дигестахъ еще нѣсколько примѣровъ *interdicta utilia*, основанныхъ на *aequitas* ²¹⁹⁾.—Точно также къ *aequitas* сводится *a. utilis in factum adversus exercitorem* въ случаѣ нанесенія *damnum* не со стороны *nauta*, а со стороны *servus nautae* (L. 7 § 3 D. 4, 9 Ulp.) ²²⁰⁾; *a. in factum ad exemplum actionis ad exhibendum*, если требуется предъявленіе не такихъ вещей, по поводу которыхъ истецъ могъ бы вчинить *judicium directum* (L. 3 § 14 D. 10, 4. Julian. ap. Ulp.) ²²¹⁾; *a. utilis* или *interdictum utile*, даваемое Павломъ въ тѣхъ случаяхъ, когда теченіе воды измѣняется и начинаетъ вредить сосѣду, *a. aquae pluviae arcendae* является непримѣнимой, такъ какъ отсутствуетъ необходимое для нея условіе *manu posere*, а между тѣмъ интересъ терпящаго вредъ сосѣда въ сохраненіи прежняго теченія воды оказывается по соображеніямъ, аналогичнымъ съ тѣми, которыя привели къ созданію *a. aquae pluviae arcendae*, достойнымъ защиты (L. 2 § 5, 6 D. 39, 3. Paulus) ²²²⁾; *repetitio quasi indebiti soluti*, представляемая въ одномъ, совершенно особенномъ случаѣ Сцеволой (L. 6 § 2 D. 42, 5 Paulus).

Намъ остается отмѣтить по поводу юридической аналогіи еще слѣдующее требованіе *aequitatis*. Если юристъ замѣтитъ, что по образцу извѣстной нормы долженъ быть созданъ рядъ нормъ для случаевъ, подобныхъ тому, который предусмотрѣнъ законодателемъ, то это еще не значить, что онъ для всѣхъ этихъ случаевъ долженъ устанавливать нормы, совершенно одинаковыя съ той, которая ему служить образцомъ. Такъ какъ эта работа является развитіемъ идеи, которою руководился законодатель, создавая распространяемую норму, то юристъ долженъ другіе подобные случаи подводить подъ точно такую же норму лишь настолько, насколько это соотвѣтствуетъ идеѣ законодателя. Если въ аналогичныхъ случаяхъ подмѣнены будутъ, помимо

²¹⁸⁾ Въ этой конституціи съ особенною ясностью выражено, въ чемъ состоитъ процессъ юридической аналогіи.

²¹⁹⁾ L. 1 § 7 D. 43, 14 Ulp. L. 1 § 12 D. 43, 12. Labeo ap. Ulp. Ср. также L. 1 § 39 D. 43, 20 Ulp., гдѣ введеніе *interdictum de castello* считается справедливымъ, потому что такіе *interdicta* существовали уже для аналогичныхъ случаевъ.

²²⁰⁾ Lenel, op. cit., стр. 161 сл.

²²¹⁾ Lenel, op. cit., стр. 177 въ нач. *Assagiana*, op. cit., т. II, стр. 878 пр. 1.

²²²⁾ Подробности объ этихъ запутанныхъ и спорныхъ фрагментахъ см. у Вигсканга въ прод. комм. Глава, серія книгъ 39 и 40, т. III, стр. 595 слл.

ихъ сходства съ предусмотрѣннымъ законодателемъ случаемъ, еще и такія существенныя различія, которыя оправдали бы нѣкоторую разницу въ нормированіи ихъ со стороны законодателя, руководящагося постулатами справедливости, то юристъ, при распространеніи нормы по аналогіи, согласно *aequitas* долженъ принять во вниманіе всѣ эти особенности во вновь создаваемыхъ имъ нормахъ. Для одинаковыхъ случаевъ должны быть создаваемы одинаковыя нормы, лишь насколько случаи эти, съ точки зрѣнія *aequitatis*, являются дѣйствительно одинаковыми. — Мы уже видѣли примѣръ примѣненія этого постулата *aequitatis*, когда говорили о предоставленіи *beneficium separationis* легатаріямъ и о *bon. poss. contra tabulas emancipati*. Намъ остается разобрать еще нѣсколько фрагментовъ, содержащихъ въ себѣ ссылку на то же самое требованіе справедливости. Такъ, въ L. 14 § 13 D. 11, 7 Ульпіанъ, слѣдуя мнѣнію Лабеоны, находитъ справедливымъ давать *a. funerariam* въ извѣстныхъ случаяхъ такому лицу, которое похоронило завѣщателя вопреки запрещенію со стороны наслѣдника, и добавляетъ, что, хотя вообще *a. funeraria* построена по образцу *a. negotiorum gestorum*, однако не нужно слишкомъ далеко заходить съ этой аналогіей при обсужденіи этого иска; аналогичныя правила нужно создавать лишь тамъ, гдѣ они являются цѣлесообразными: *«et generaliter puto iudicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget»*. — Сюда же относится L. 16 D. 23, 3 Ульпіанъ²²³⁾. Рѣчь идетъ здѣсь о томъ случаѣ, когда мужу даны въ качествѣ приданаго *res aestimatae*. Вообще такая сдѣлка считается аналогичной съ куплей-продажей: вещи проданы мужу за установленную цѣну, но въ то же время выговорено, что мужъ можетъ сохранить у себя эту цѣну на время брака въ качествѣ *dotis*. Такъ какъ *«aestimatio venditio est»*²²⁴⁾, то, дѣйствительно, многія правила для *dos aestimata* совершенно тождественны съ нормами, относящимися къ *emptio-venditio*, и даже искъ, возникающій для мужа, есть *actio ex empto*²²⁵⁾. Однако, аналогія не должна простираться

²²³⁾ Ср. L. 52 D. eod.

²²⁴⁾ L. 10 § 5 D. 23, 3.

²²⁵⁾ L. 1. 10 C. 5, 12.

слишкомъ далеко. Юристъ долженъ помнить, что все-таки вся сдѣлка есть лишь особый видъ установленія приданого, что она «*non simplex venditio est, sed dotis causa*», какъ выражается наша L. 16 cit.; поэтому многимъ нормамъ онъ долженъ давать иное содержаніе, чѣмъ при обыкновенной куплѣ съ отсрочкой уплаты цѣны²²⁰⁾. Такъ, если *res aestimatae* будутъ эвинцированы у мужа, и онъ получить по этому поводу отъ жены сумму, которая превышаетъ *aestimationem*, то, по расторженіи брака, онъ долженъ предоставить женѣ не одну только сумму *aestimationis*, а все, что онъ получилъ по поводу эвикціи. Если онъ удержитъ у себя излишекъ, то онъ получитъ отъ всей сдѣлки больше, нежели соотвѣтствуетъ идеѣ сдѣлки, т. е. обогатится насчетъ жены безъ достаточнаго основанія для этого съ точки зрѣнія справедливаго законодателя (*ne debeat maritus lucrari ex damno mulieris*)²²¹⁾.

Мы переходимъ ко второй группѣ источниковъ, относящихся къ этому отдѣлу. Въ этихъ источникахъ мы имѣемъ дѣло съ созданіемъ на основаніи *aequitas* такого рода новыхъ нормъ права, которыя имѣютъ своей задачей придать болѣе точное выраженіе идеямъ, содержащимся въ существующемъ запасѣ нормъ и институтовъ. Эти фрагменты источниковъ дѣлятся въ свою очередь на нѣсколько категорій. Въ однихъ изъ нихъ мы встрѣчаемся съ опредѣленіемъ согласно цѣли и смыслу известной нормы, формулированной въ расчетѣ на известное состояніе фактическихъ отношеній, тѣхъ измѣненій, которыя нужно ввести въ эту норму при ея приложеніи къ измѣнившемуся фактическому составу; въ другихъ—рѣчь идетъ объ опредѣленіи размѣра правъ и обязанностей, возникающихъ изъ данной нормы или института, согласно со смысломъ нормы *resp.* природою института; съ выясненіемъ по тѣмъ же даннымъ лицъ, которымъ должны быть предоставлены права или на которыхъ должны быть возложены обязанности изъ известнаго юридическаго положенія; съ установленіемъ

²²⁰⁾ См. C z y h l a r z, *Dotalrecht*, стр. 154.

²²¹⁾ В е с h m a n n, *Dotalrecht*, т. II, стр. 223. C z y h l a r z, *op. cit.*, стр. 157.— Сюда же мы относимъ еще L. 55 D. 40, 4 Marcellus (норма должна быть распространена на *heredis servi* (§ 1), но дальнѣйшее ея распространеніе (§ 2) привести уже къ результатамъ, несогласнымъ съ мыслью законодателя).—L. 1 § 9 D. 47, 10 Ulpianus.

объекта даннаго иска при данныхъ условіяхъ или размѣровъ средства обезпеченія интересовъ отъ нарушенія; наконецъ, мы имѣемъ указаніе въ источникахъ на то, что и система размѣщенія нормъ должна также находиться въ согласіи со смысломъ этихъ нормъ, чтобы болѣе рѣзко отгвнялось содержаніе идей, лежащихъ въ ихъ основаніи ²²⁸⁾.

Къ первой категоріи относится ссылка на *aequitas*, которую мы встрѣчаемъ въ *L. 38 pr. D. 12, 6*, т. е. въ знаменитой *Lex Frater a fratre*. Общее содержаніе этого фрагмента, о которомъ много писали, но которое въ сущности является довольно простымъ, насъ здѣсь не интересуетъ ²²⁹⁾. Для нашихъ цѣлей имѣетъ значеніе лишь небольшая часть фрагмента. Именно, въ концѣ *L. 38 pr. cit.* Ульпіанъ передаетъ намъ слѣдующее рѣшеніе Юліана: онъ постановилъ, что «если сынъ семейства задолжалъ нѣчто постороннему лицу и долгъ съ него былъ взысканъ послѣ смерти отца, то онъ можетъ посредствомъ *judicium familiae erciscundae* столько вытребовать отъ своихъ сонаслѣдниковъ, сколько могъ бы взыскать съ нихъ кредиторъ съ помощью *a. de peculio*»; послѣ этого Ульпіанъ продолжаетъ: «*igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum est, ut ad quantitatem ejus indemnis a coherede praestetur*». Эта ссылка на *aequitas* по нашему мнѣнію, имѣетъ самый простой смыслъ. Ульпіанъ хочетъ ей выразить только слѣдующее: «Юліанъ формулировалъ свое положеніе на тотъ случай, что съ сына семейства долгъ взысканъ уже до раздѣла наслѣдства; если же наслѣдство дѣлится раньше, чѣмъ производится взысканіе долга, то, слѣдуя мысли Юліана, я нахожу нужнымъ создать норму вотъ какого содержанія» ²³⁰⁾.

²²⁸⁾ При разграниченіи этихъ источниковъ отъ тѣхъ, которые отнесены нами въ отдѣлъ о подведеніи конкретныхъ случаевъ подъ юридическія нормы, мы руководились иногда только внѣшней формою, въ которую облекали приеты свои разсужденія; дѣло въ томъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ много критерія для различія подыскать было нельзя и извѣстныя мѣста источниковъ съ одинаковымъ удобствомъ по содержанію своему могли бы быть помѣщены и въ тотъ отдѣлъ, и въ настоящій.

²²⁹⁾ См. объ этомъ *Schwanert, Naturalobligationen*, стр. 319—327. *Bekker Aktionen*, т. II, стр. 352 слл.

²³⁰⁾ Ср. съ этимъ разсужденіемъ о смыслѣ ссылки на *aequitas* *Bekker's* в *Schwanert's* въ мѣстахъ, указанныхъ въ предъидущ. примѣч.

Довольно много источниковъ посвящено далѣе опредѣленію объема правъ и обязанностей, возникающихъ изъ разрабатываемой нормы или института. Мы расположимъ эти источники по отдѣламъ системы гражданскаго и публичнаго права.

Относительно залоговаго права Павелъ въ L. 47 pr. D. 49, 14 рассказываетъ намъ слѣдующее: «Нѣкая Мосхисъ, задолжавшая фиску ²³¹⁾, оставила наслѣдниковъ, у которыхъ, по вступленіи ихъ въ наслѣдство, земли [входяція въ составъ hereditatis] купили Фарія Сенилла и другія лица. Когда [эти покупатели] преслѣдовались [фискомъ] за недоимку, лежавшую на Мосхисъ [на основаніи принадлежавшей фиску законной ипотеки на купленные ими земли] и говорили, что наслѣдники Мосхисъ вполне способны къ платежу и что многія другія лица также купили вещи изъ того же наслѣдства, императоръ счелъ сприведливымъ, чтобы сперва къ отвѣтственности [за долгъ, лежавшій на Мосхисъ] были привлечены наслѣдники, а уже за остальное [чего съ наслѣдниковъ нельзя будетъ взыскать] отвѣчали владѣльцы ея имущества, по возможности всѣ въ совокупности ²³²⁾; такое рѣшеніе и постановилъ императоръ». Aequitas, побудившая императора къ этому рѣшенію, по нашему мнѣнію, состояла въ желаніи его удовлетворить претензіямъ обратившихся къ нему лицъ сообразно съ цѣлью и назначеніемъ залоговаго права, съ природою этого института. Порядокъ, установленный императоромъ, наиболѣе соотвѣтствовалъ характеру залоговаго права, какъ субсидіарнаго средства обезпеченія уплаты по обязательствамъ. Возрѣнія общества уже давно были таковы, но не находили для себя выраженія въ правѣ. Въ данномъ рескриптѣ Септимій Северъ сдѣлалъ первый шагъ къ созданію такъ наз. *beneficium excussionis personalis*, которое впослѣдствіи, какъ общее правило, установлено было Юстиніаномъ въ Nov. 4 cap. 2 ²³³⁾.

²³¹⁾ Всѣ требованія фиска обезпечены законной ипотекой. L. 46 § 3 D. 49, 14.

²³²⁾ Въ переводѣ фразы: „in reliquum possessorem omnem“ мы слѣдуемъ Dernburg's Pfandrecht, т. II, стр. 376: „womöglich alle insgesamt“.

²³³⁾ См. Dernburg, l. c. стр. 376—379. Windscheid, Pandekten, т. I § 235 прим. 19.—Къ залогу относится также L. 16 D. 8, 1. Если залогоприниматель получаетъ *utilem petitionem ipsius fundi*, говоритъ здѣсь Юліанъ, то вполне справедливо, т. е. согласно съ общимъ характеромъ его права, дать ему также *utilem petitionem servitutis* (ср. L. 1 § 5 D. 43, 26) Dernburg, op. c. т. I, стр. 109 т. II, стр. 389.

Довольно много фрагментов посвящено обязательствам. — Такъ въ L. 2 D. 3, 5 Гай сводитъ къ *aequitas* обязанность *negotiorum gestor*'а отвѣчать за *omnis culpa* при веденіи дѣлъ. Онъ хочетъ сказать этимъ, что обязанность эта сама собою вытекаетъ изъ цѣли, преслѣдуемой институтомъ *negotiorum gestio*. Весь институтъ этотъ созданъ во вниманіе къ интересамъ отсутствующихъ лицъ, «*quodum negotia disperire iniquum erat*» (L. 5 pr. D. 44, 7); естественно что *negotiorum gestor*'у необходимо было вмѣнить въ обязанность *diligentiae praestatio*, чтобы сдѣлать институтъ отвѣчающимъ поставленной цѣли. Съ другой стороны, возможны случаи, когда дѣла *absentis* находятся въ особо исключительномъ положеніи, такъ что имъ грозитъ неминуемый ущербъ, если ктонибудь немедленно не возьмется за ихъ веденіе. При такого рода обстоятельствахъ, та же цѣль института требуетъ облегченія условій для веденія чужихъ дѣлъ; является справедливымъ уменьшить отвѣтственность *gestor*'а до степени *doli praestatio*. И дѣйствительно, такую норму для этихъ случаевъ на основаніи *aequitas* установилъ Лабео (L. 3 § 9 D. 3, 5 Ulpianus). — Комментируя эдиктъ объ *a. ad exhibendum*, Ульпіанъ въ L. 9 § 8 D. 10, 4 замѣчаетъ, что по этому иску отвѣтчикъ, отказывающійся повиноваться *pronuntiatio iudicis* и предъявить истцу требуемую имъ вещь, долженъ вознаградить истца въ размѣрѣ «*utilitates, si quae amissae sunt ob hoc, quod non exhibetur vel tardius quid exhibetur*», но не въ размѣрѣ стоимости требуемой вещи, и добавляетъ, что эти *utilitates* могутъ имѣть менѣе значительную цѣнность, чѣмъ самая вещь; въ L. 10 pr. eod., составляющей, вѣроятно, непосредственное продолженіе L. 9 § 8 cit., онъ беретъ примѣръ обратнаго рода, гдѣ сумма *utilitates* должна значительно превышать стоимость вещи²³⁴), и говорить, что тѣмъ не менѣе справедливо, т. е. согласно съ установленнымъ имъ общимъ правиломъ, чтобы и эти *utilitates* были оцѣнены судьей при постановленіи рѣшенія. — Комментируя ту часть эдикта *de actione tributoria*, гдѣ преторъ устанавливалъ, что *tributio* должна быть произведена самимъ домовладыкой²³⁵), Педій ставитъ (L. 7 § 1 D. 14,

²³⁴) Такой смыслъ, по нашему мнѣнію, долженъ имѣть примѣръ Ульпіана: „*sed et si hereditas amissa sit ob hoc, quod servus non exhibetur*“, согласно логической связи двухъ фрагментовъ.

²³⁵) § 37 J. 4, 7. L e n e l, Edictum perpetuum, стр. 217.

4 Ulpianus) вопросъ, имѣеть ли право домовладыка, предоставляя кредиторамъ *peculium vel merces* подлежащаго раба, отказаться отъ совершения *tributio* «*nec hanc molestiam suscipere*»? На основаніи *aequitas*, говоритъ Ульпіанъ, онъ рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно. Очевидно, Ульпіанъ потому признаетъ рѣшеніе Педія справедливымъ, что считаетъ его вполне соответствующимъ мысли преторскаго эдикта: указывая, что *tributio* должна быть совершаема самимъ домовладыкою, преторъ, по мнѣнію этихъ толкователей эдикта, хотѣлъ только избавить домовладыку отъ вмѣшательства въ его дѣла постороннихъ лицъ и дать ему возможность совершить конкурсное производство наиболее удобнымъ для себя образомъ, но вовсе не желалъ принуждать его къ этой дѣятельности помимо его воли только для удобства кредиторовъ.— Относительно той же *a. tributoria* Ульпіанъ на основаніи *aequitas* дѣлаетъ такое постановленіе: если рабъ имѣлъ двѣ лавки въ разныхъ мѣстахъ, то при *tributio* имущество, принадлежащее каждой лавкѣ, должно быть распредѣляемо отдѣльно, такъ чтобы каждый кредиторъ получалъ удовлетвореніе изъ имущества той самой лавки, съ которою онъ вступалъ въ сдѣлки: «*aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius (tabernae) re merceve alii indemnes fiant [alii damnum sentiant de l. M o m m s e n et L e n e l]*» (L. 5 § 16 D. 14, 4). *Aequitas* тутъ состоитъ опять таки въ томъ, что только такое рѣшеніе будетъ согласно съ основной идеей относящагося сюда преторскаго эдикта. Преторъ счелъ нужнымъ считать *merx peculiaris* особымъ цѣлымъ, выдѣляющимся изъ всего остальнаго *peculium* раба и подлежащимъ особымъ нормамъ, очевидно потому, что *merx peculiaris* объединяется и обособляется отъ прочей массы *peculiaris* имущества своимъ назначеніемъ служить особой, опредѣленной цѣли. Если это такъ, то необходимымъ послѣдствіемъ этой основной мысли является подраздѣленіе этой *merx peculiaris* на отдѣльныя массы, коль скоро отдѣльныя части ея также получаютъ особое назначеніе служить особымъ цѣлямъ ²³⁶).—Руководясь смысломъ нормъ эдиктскаго эдикта относительно *redhibitio*, Ульпіанъ пишетъ слѣдующее

²³⁶) Такъ объясняетъ происхожденіе этого правила и Mandry, *das gem. Familiengüterrecht*, т. II, стр. 433—436. Смыслъ положенія Ульпіана, содержащаго въ себѣ ссылку на *aequitas*, Mandry понялъ неправильно.

въ L. 59 pr. D. 21, 1: «если проданный рабъ находится въ такомъ положеніи, что его можно вернуть обратно продавцу согласно эдикту о *redhibitio*, то несправедливо, чтобы продавецъ взыскивалъ цѣну вещи, подлежащей возврату обратно».—Въ L. 25 § 4 D. 21, 1 Педій, слѣдуя *aequitas*, устанавливаетъ, въ какомъ объемѣ возникаютъ обязанности покупателя изъ статьи эдикта *эдилловъ*, заставляющей его при *redhibitio* отвѣчать за вредъ, нанесенной проданной вещи *ex facto procuratoris et familiae*; онъ находитъ согласнымъ съ идеей эдикта, желавшаго посредствомъ *redhibitio* возстановить то состояніе, которое имѣло бы мѣсто, еслибы никакой купли не произошло ²²⁷⁾, чтобы покупатель отвѣчалъ по эдикту только за то *damnum* «*ex facto procuratoris et familiae, quod non fuerit passurus servus, nisi venisset*», т. е. только при наличности причинной связи между фактомъ продажи раба и нанесенія ему ущерба ²²⁸⁾.—Въ двухъ фрагментахъ на основаніи *aequitas* опредѣляются права и обязанности *fidejussoris*. Въ L. 6 D. 2, 11 Гай находитъ несправедливымъ, чтобы *fidejussor* отвѣчалъ за неявку отвѣтчика на судъ, если самъ отвѣтчикъ не можетъ быть за это привлеченъ къ отвѣтственности (*rei publicae causa a fuit*); въ L. 5 D. 16, 2 тотъ-же юристъ считаетъ вполне справедливымъ, чтобы *fidejussor* при взысканіи съ него могъ требовать отъ истца *compensatio* долга съ взаимными требованіями противъ того же истца, принадлежащими, какъ самому *fidejussor*'у такъ и главному должнику. Оба рѣшенія справедливы, потому что являются естественнымъ выводомъ изъ существа института поручительства: поручитель является должникомъ, но отвѣчаетъ только *in subsidium* не за свой долгъ, а за чужой ²²⁹⁾.—Два раза въ нашихъ источникахъ въ *aequitas* сводится норма о т. наз. *purgatio poenae*: Помпоніемъ въ L. 17 (18) D. 18, 6 и Цельзомъ младшимъ въ L. 91 § 3 D. 45, 1. Въ обоихъ случаяхъ ссылка на *aequitas* указываетъ на то, что эта норма вполне согласна съ существомъ *поена*, необходимо вытекаетъ изъ этого понятія. Въ самомъ дѣлѣ. Если *poena debitoris* состоитъ въ виновномъ промедленіи со стороны дол-

²²⁷⁾ См. L. 23 § 7 D. eod.

²²⁸⁾ Ср. W y s s, Haftung für fremde Culpa, стр. 86. См. также выше прим. 30.

²²⁹⁾ Ср. относительно L. 5 D. 16, 2 D e r n b u r g, Compensation, 1-ое изд., стр. 404—407; 2-ое изд. стр. 457—461.

жника исполненія по обязательству, если она является по существу своему длительнымъ правонарушеніемъ, которое постоянно можетъ порождать новыя невыгодныя послѣдствія для должника, то ясно, что самое правонарушеніе прекращается, лишь только должникъ поставилъ дѣло въ такое положеніе, при которомъ дальнѣйшее промедленіе исполненія объясняется лишь нежеланіемъ или невозможностью для кредитора принять предложенное въ надлежащемъ видѣ исполненіе ²⁴⁰⁾, а потому съ этого момента должны прекратиться и невыгодныя для должника послѣдствія промедленія въ уплатѣ по обязательству ²⁴¹⁾. Съ другой стороны, *moa creditoris*, согласно единственному правильному воззрѣнію, состоитъ въ нежеланіи или невозможности для кредитора принять предложенное ему въ надлежащемъ видѣ исполненіе; естественно, что эта *moa* и всѣ ея послѣдствія, невыгодныя для кредитора, должны прекратиться, лишь только основаніе промедленія перейдетъ съ личности кредитора на личность должника; предполагается при этомъ, конечно, что *moa creditoris* путемъ, съ которымъ мы познакомимся ниже, не привела еще должника къ полному освобожденію отъ обязательства (*cum omnia in integro essent* L. 18 (17) *cit.*) ²⁴²⁾.—На основаніи *oratio Марка Аврелія*, *transactio* объ алиментахъ, отказанныхъ въ завѣщаніи, должна быть ничтожна, если совершена безъ *auctoritas praetoris*, а деньги, уплаченныя на основаніи ея, подлежатъ зачету

²⁴⁰⁾ Т. е. когда наступаетъ, по нашему воззрѣнію, *moa accipiendi*; съ этимъ вполнѣ гармонируетъ текстъ L. 17 (18) *cit.* Иначе, конечно вслѣдствіе своего ошибочнаго воззрѣнія на *moa accipiendi*, разсуждаетъ *Mommsen*, *Beiträge*, т. III, стр. 323. Подробности о *moa accipiendi* будутъ изложены ниже.

²⁴¹⁾ Ср. *Mommsen*, I. с. стр. 319; 322 слл.

²⁴²⁾ *Mommsen*, I. с. стр. 338 слл.—Должно быть, старше юристы еще недостаточно отличали *moam debitoris* съ ея своеобразными особенностями отъ всякой иной *culpa* должника (ср. по этому поводу *Wingz, Pand.*, т. II, стр. 288); этимъ и объясняется замѣчаніе *Цельза* въ L. 91 § 3 *cit.*: „esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur“. (Иначе пытается объяснить эти слова *Mommsen*, I. с. стр. 324 пр. 8). Этотъ фактъ дѣлается не особенно удивительнымъ, если принять во вниманіе, какія странныя воззрѣнія на сущность *moae purgatio* еще не такъ давно высказывались въ новой юридической литературѣ (См. *Mommsen*, I. с. стр. 326 слл.). — Мотива страннаго рѣшенія *Лабеона* въ L. 17 (18) D. *cit.* (ср. L. 51 пр. D. 19, 1) *Помпоній* въ своемъ рефератѣ, къ сожалѣнію, не указываетъ. (Ср. догадки *Mommsen*'а, I. с. стр. 340 слл.).

въ сумму алиментовъ, которые уже должны были быть представлены въ силу завѣщательнаго распоряженія до момента разбирательства дѣла о *transactio* ²⁴³). Толкуя эту *oratio*, Ульпіанъ въ L. 8 § 22 D. 2, 15 замѣчаетъ, что зачетъ суммы, уплаченной на основаніи *transactio*, въ *praeterita alimenta* долженъ имѣть мѣсто, какъ въ томъ случаѣ, когда эта сумма меньше суммы недоимочныхъ алиментовъ, такъ и тогда, когда она больше ея. Но что дѣлать въ послѣднемъ случаѣ съ остаткомъ? На это Ульпіанъ отвѣчаетъ: «*sane si is, qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione: in quod factus sit locupletior aequissimum erit in eum dari repetitionem: nec enim debet ex alieno damno esse locuples*». Это значить, что Ульпіанъ находилъ несогласнымъ со смысломъ императорскаго распоряженія оставлять этотъ остатокъ лицу, управомоченному на алименты; императоръ хотѣлъ только сдѣлать такого рода сдѣлки безвредными для интересовъ лицъ, получающихъ алименты; его цѣль достаточно достигалась простымъ отнятіемъ силы у договоровъ, не снабженныхъ одобреніемъ претора, но связывать съ заключеніемъ этихъ сдѣлокъ какого нибудь штрафа для лицъ, обязанныхъ къ представленію алиментовъ, императоръ вовсе не желалъ. Поэтому удержаніе излишка *alimentarius* оумъ приведетъ къ его обогащенію на счетъ другой стороны, и притомъ къ обогащенію, удерживаніе котораго не имѣетъ за собой никакихъ оправданій въ текстѣ закона, т. е. къ такъ называемому неосновательному обогащенію ²⁴⁴).—Къ *aequitas* сводится Папиніаномъ въ L. 95 § 4 D. 46, 3 *obligatio naturalis*. Онъ характеризуетъ это обязательство какъ такое, которое поддерживается исключительно «*vinculo aequitatis*». Какъ извѣстно, теорія *obligationes naturales* далеко еще не вполне удовлетворительно разработана наукой. Поэтому мы не можемъ съ увѣренностью высказаться о томъ, что именно разумѣлъ въ этомъ случаѣ Папиніанъ подъ своею ссылкой на *aequitas*. Мы

²⁴³) L. 7 § 2. L. 8 pr. D. 2, 15.

²⁴⁴) О неосновательномъ обогащеніи вообще рѣчь будетъ ниже.—Witte, *Bereicherungsklagen*, стр. 151 сл. совершенно правъ, указывая, что въ L. 8 § 22 D. 2, 15 не можетъ быть рѣчи о *condictio indebiti*, но имѣется въ виду *cond. ex injusta causa*, ибо *condictio indebiti* въ данномъ случаѣ могла бы быть мотивирована только посредствомъ *error juris*. Въ остальномъ мы считаемъ толкованіе, даваемое Witte для L. 8 § 22 *cit*, неудачнымъ.

позволимъ себѣ только выразить свои соображенія по этому поводу, которыя, намъ кажется, несомнѣнно являются правильными, если правилень одинъ взглядъ на римскія *obligationes naturales*, защищаемый нѣкоторыми авторитетными учеными ²⁴⁵). Согласно этому взгляду, подъ *obligationes tantum naturales*, въ техническомъ смыслѣ этого слова, римскіе юристы понимали такія обязательства, которыя возникали изъ фактическаго состава, по общему правилу способнаго породить обязательственный искъ, но содержащаго въ себѣ въ данномъ случаѣ такое обстоятельство, въ виду котораго право не считало возможнымъ допустить возникновеніе этого иска съ самаго начала, или-же считало необходимымъ признать возникшій съ самаго начала искъ уничтоженнымъ при наступленіи даннаго обстоятельства ²⁴⁶). Въ раннія эпохи развитія римскаго права норма, не допускавшая возникновенія *actionis* изъ такого фактическаго состава, имѣла въ глазахъ юристовъ значеніе положенія, отрицающаго всякія юридическія послѣдствія за этимъ составомъ. *Actio* закрывала собою все остальное содержаніе обязательства и отрицаніе *actionis* равносильно было отрицанію всякаго обязательственнаго эффекта. Съ теченіемъ времени юридическій анализъ подвинулся впередъ; нерѣдко стали возникать сомнѣнія, можно ли придавать такое широкое значеніе запрещенію иска въ каждомъ данномъ случаѣ; возникалъ вопросъ, нельзя-ли, несмотря на норму, не допускающую вчинанія иска, считать данное фактическое отношеніе годнымъ для обоснованія другихъ юридическихъ послѣдствій обязательства, напр. для установленія возможности принять на основаніи этого отношенія уплату, вполне дѣйствительную и не подлежащую возврату. Отвѣтъ на этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ былъ иногда тѣмъ болѣе желателенъ, что практическія потребности оборота во многихъ случаяхъ настоятельно требовали допущенія этихъ послѣдствій для отношеній, лишенныхъ правомъ способности производить обязательственный искъ. Этотъ отвѣтъ могъ быть полученъ только посредствомъ анализа содержанія и основанія тѣхъ нормъ права, которыя не допускали

²⁴⁵) См. наприимѣръ *Schwaneert*, *Die Naturalobligationen des Röm. Rechts*, 1861 г. §§ 9 — 14; *Brinz*, *Pand.*, т. II, стр. 40 сл., особ. 44; *Kuntze*, *Cursus*, §§ 641—645; *Excursus*, стр. 542 сл.

²⁴⁶) *L. 49 § 2 D. 15, 1 ex causa civili computandum est.*

возникновенія иска или уничтожали возникшій уже искъ въ каждомъ данномъ случаѣ. Еслибы какая нибудь изъ этихъ нормъ сама по себѣ признана была несогласной съ воззрѣнiями законодателя на интересы общаго блага, то она должна-бы была быть выброшена за бортъ на основанiи *aequitas*, а данный фактический составъ долженъ-бы былъ получить способность устанавливать полное обязательство. Но, если уничтоженiе нормы, запрещающей возникновенiе иска, оказывалось нежелательнымъ, то съ точки зрѣнiя разсматриваемаго нами теперь постулата *aequitatis* необходимо было въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ изслѣдовать, какая мысль лежала въ основѣ этой нормы и какая цѣль ею преслѣдовалась, и затѣмъ опредѣлить согласно результатамъ этого анализа, какой эффектъ должна производить эта норма. Нужно было выяснитъ, требуетъ-ли идея, лежащая въ основѣ запрета иска, уничтоженiя также и всѣхъ остальныхъ обязательственныхъ послѣдствiй для даннаго фактическаго отношенiя, или же она допускаетъ ихъ возникновенiе; въ случаѣ послѣдней альтернативы, юристъ долженъ былъ изслѣдовать, какiя именно изъ этихъ послѣдствiй не стоятъ въ противорѣчiи съ идеей, приведшей законодателя къ запрещенiю иска. Если, въ концѣ концовъ, юристъ находилъ возможнымъ признатъ за извѣстными отношенiями нѣкоторыя обязательственныя послѣдствiя, кромѣ права кредитора на искъ, то возникала *obligatio naturalis*. Такимъ образомъ, съ этой точки зрѣнiя можно было бы свести *obligationes naturales* именно къ тому постулату *aequitatis*, которымъ мы теперь занимаемся: эти обязательства возникали вслѣдствiе сведенiя эффекта, производимаго нормой, которая запрещала искъ, въ границы, соотвѣтствующiя идеѣ, положенной въ основанiе этой нормы. Если мы приписываемъ такую мысль Папинiану, говорящему о «*vinculum aequitatis*», то этимъ мы не грѣшимъ противъ сдѣланнаго нами въ первой главѣ замѣчанiя о исключительно догматическомъ характерѣ разсужденiй большинства римскихъ юристовъ. Мы не хотимъ сказать, что Папинiанъ намекалъ этими словами на историческое происхожденiе *naturales obligationes*. Дѣло въ томъ, что для Папинiана описанный нами процессъ далеко еще не отошелъ въ область исторiи. Ученiе о натуральныхъ обязательствахъ еще не вполне сложилось даже въ его эпоху. Позднѣйшимъ классикамъ также приходилось часто дѣлать по поводу разныхъ практическихъ вопросовъ такого рода анализъ нормъ, запрещающихъ

возникновение иска, и рассуждать насколько умѣстны въ каждомъ данномъ случаѣ тѣ или другія обязательственныя послѣдствія ²⁴⁷⁾.

Къ области семейнаго права относятся слѣдующія рѣшенія.— Ульпианъ въ L. 7 пр. D. 23, 3 находитъ, что право мужа не реституировать плодовъ, собранныхъ съ приданого во время существованія брака, основано на *aequitas* (*aequitas suggerit*): «*cum enim ipse onera matrimonii sustineat, aequum est eum etiam fructus percipere.*» *Aequitas* здѣсь, очевидно, приведена въ доказательство того, что эта норма вполне соотвѣтствуетъ той цѣли, для которой вообще установлено приданое, той идеѣ, которая проникаетъ этотъ институтъ: *dos* дается мужу для того, чтобы облегчить ему несеніе *onera matrimonii*, и было бы несогласно съ этой цѣлью, а потому «*iniquum*», взыскивать съ него при расторженіи брака плоды, полученные съ приданого. ²⁴⁸⁾—Въ L. 8.9 D. 4, 5 ставится вопросъ о томъ, должны ли погибнуть права жены, вытекающія изъ предоставленной ей *a rei uxoriae*, послѣ *capitis deminutio* жены, въ частности же послѣ ея *emancipatio* со стороны домовладыки ея? На этотъ вопросъ юристы даютъ слѣдующій отвѣтъ:

L. 8 cit. Gajus. *Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest. itaque de dote actio, quia in bonum et aequum concepta est, nihilo minus durat etiam post capitis deminutionem*, L. 9 cit. Paulus. *ut quandoque emancipata agat.*

Мы находимъ, что ходъ мыслей юристовъ въ этихъ фрагментахъ долженъ быть переданъ слѣдующимъ образомъ. Существуютъ

²⁴⁷⁾ См. о состояніи источниковъ, относящихся къ эпохѣ класс. юристовъ, замѣчанія *Assaſias*, *Précis*, т. II, стр. 631.—Ко всему сказанному ср. *Schwanert*, *op. cit.*, стр. 234 слл., 368, 395, 424, 451, 452.—Особенно ясно обнаруживается это происхождение *obl. nat.* на исторіи разработки *Seti Macedoniani*, которое говорило только о недопущеніи *actio* и *restitutio* (L. 1 пр. D. 14, 6); толкуя это постановленіе, юристы создали *obl. naturalis*; къ совершенно инымъ выводамъ привело толкованіе *Seti Vellejani*. *Schwanert*, § 17.

²⁴⁸⁾ *Dos* можетъ быть установлена и на такихъ основаніяхъ, что она не будетъ облегчать мужу несеніе *onera matrimonii*; понятіе *dotis* этимъ не исключается, но несомнѣнно, что при этихъ условіяхъ права, вытекающія для мужа изъ приданого, не воплѣтъ соотвѣтствуютъ идеѣ этого института и въ этомъ смыслѣ такую *dos* можно назвать *dos iniqua*. См. объ этомъ *Czyhlarz*, *Dotalrecht*, стр. 236; 87 слл. *Weschmann*, *Dotalrecht*, т. I, стр. 14. *Windscheid*, *Pandekten*, т. II § 492 пр. 1.

права, которыя основаны на наблюдении за естественнымъ порядкомъ челоѣческихъ отношеній, которыя естественно вытекаютъ изъ строя житейскихъ отношеній. Съ точки зрѣнія *aequitatis*, эти права должны быть признаваемы уничтожившимися лишь тогда, когда это соотвѣтствуетъ природѣ житейскихъ отношеній, т. е. природѣ самихъ этихъ правъ. Права жены на возвратъ приданого, предоставляемыя ей посредствомъ *a. rei uxoriae*, принадлежать именно къ числу такихъ «*obligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur*»; съ другой стороны *a. rei uxoriae* содержитъ въ формулѣ своей ссылку на «*quantum aequius melius*», и, слѣдовательно, при обсужденіи ея свободно можно руководиться требованіями *aequitatis*. Что касается до *capitis deminutio minima*, то этотъ полуотжившій институтъ не представляется глазамъ Гая такимъ же продуктомъ естественнаго строя гражданскихъ отношеній; онъ является созданіемъ *civilis ratio*, институтомъ, не выросшимъ естественно изъ самой жизни, но введеннымъ въ право на основаніи соображеній, ничего общаго съ *natura rerum* не имѣющихъ.—Вопросъ сводится, стало быть, къ тому, соотвѣтствуютъ ли требованіемъ *aequitatis*, т. е. согласно ли съ природою житейскихъ отношеній, лежащихъ въ основѣ *a. rei uxoriae*,—иными словами съ практической цѣлью этого иска, съ его основной идеей,—признать права, предоставляемыя женѣ по ср. *a. rei uxoriae*, уничтоженными, вслѣдствіе вліянія *capitis deminutio*, постигшей жену? Отвѣтъ слѣдуетъ отрицательный. *A. rei uxoriae* введена и с к л ю ч и т е л ь н о въ интересахъ жены; она не переходитъ на ея наслѣдниковъ; если домовладыкѣ жены, остающейся подъ *patria potestas*, и дается право вчинать этотъ искъ «*ad iuncta filiae persona*», то это только необходимая уступка правиламъ о дѣйствіи *patria potestas* на имущественное положеніе подвластныхъ: главнымъ субъектомъ иска является и въ этомъ случаѣ все-таки сама жена. ²⁴⁾ Какое же вліяніе на такого рода право можетъ имѣть *emancipatio* жены? Развѣ она мѣняетъ положеніе жены настолько, чтобы дать основаніе отнять у послѣдней право на возвратъ *dotis*? Развѣ дѣлаются неумѣстными послѣ этого событія тѣ соображенія, по которымъ право вообще предоставило женѣ возможность получить обратно свое приданое по расторженіи бра-

²⁴⁾ C z y h l a r z, op. cit., стр. 45 сл. 302 сл.

ка? Очевидно, нѣтъ. Поэтому природѣ а. геі uxorіае вполнѣ соотвѣтствуетъ, чтобы право на этотъ искъ сохранялось за женой и въ томъ случаѣ, если во время брака ²⁵⁰⁾ или по его расторженіи ²⁵¹⁾ она будетъ эманципирована своимъ домовладѣйкой, «ut quandoque emancipata agat». Это единственное рѣшеніе, согласное съ основною идеей иска и потому съ требованіями aequitatis. ²⁵²⁾ Эти два фрагмента, на нашъ взглядъ, принадлежать къ числу такихъ, въ которыхъ съ наибольшею ясностью въ словахъ самого юриста проявляется содержаніе руководившаго имъ постулата aequitatis и притомъ въ данномъ случаѣ того именно, которымъ мы теперь занимаемся. ²⁵³⁾—Нѣсколько фрагментовъ на основаніи aequitatis опредѣляютъ права опекуна. Такъ, Павелъ находитъ въ L. 17 D. 26, 8, что несправедливо, т. е. несогласно со строемъ всего института опеки и его цѣлью, принуждать опекуна давать малолѣтнему опекаемому свою auctoritas противъ воли: «primum quia iniquum est, etiam si non expedit pupillo, auctoritatem eum praestare, deinde etsi expedit, tutelae iudicio pupillus hanc jacturam consequitur». Съ другой стороны, какъ заявляетъ намъ L. 4 § 1 C. 5, 1 Honorius et Theodosius, несправедливо также давать опекуну такую свободу дѣйствій, чтобы онъ отмѣнялъ распоряженія, сдѣланныя о дѣлахъ малолѣтняго еще умершимъ отцомъ послѣдняго: вѣдь по самому существу опеки опекунъ призванъ заботиться о малолѣтнемъ лишь настолько, насколько этотъ послѣдній лишенъ заботы со стороны своего естественнаго покровителя—отца. ²⁵⁴⁾ Къ имущественнымъ раз-

²⁵⁰⁾ C z u h l a g z, op. cit., стр. 297 пр. 1.

²⁵¹⁾ C z u h l a g z, стр. 802 пр. 7.

²⁵²⁾ Ср. рѣшенія въ L. 42 пр. L. 66 § 2 D. 24, 3 L. 14 пр. D. 35, 2. L. 31 § 2 D. 24, 3.

²⁵³⁾ Къ области dotis относятся еще слѣдующія рѣшенія, опирающіяся на нашъ постулатъ aequitatis: 1) L. 49 § 1 D. 24, 3 Paulus. Fr. Vat. § 94, гдѣ устанавливается норма, соответствующая смыслу и цѣли договора aestimatio dotis. См. по поводу этого рѣшенія C z u h l a g z, op. cit., стр. 296 (иного мнѣнія держится В е с н а н ц, op. cit., т. II, стр. 413); 2) L. 48 D. 46, 3, гдѣ Марцеллъ опредѣляетъ объемъ правъ, которыя получаютъ женою, введенной во владѣніе имуществомъ мужа propter dotem, согласно съ цѣлью этой missio in bona; 3) быть можетъ, сюда же принадлежитъ ссылка на aequitas, дѣлаемая Папиніаномъ въ L. 7 § 1 D. 24, 3; но этотъ фрагментъ до такой степени неясенъ и споренъ въ литературѣ, что мы предпочитаемъ воздержаться отъ всякихъ предположеній по поводу его содержанія.

²⁵⁴⁾ См. также ссылку на aequitas въ L. 1 § 6 D. 3, 1. Ulpianus; здѣсь нѣтъ также выводъ нормы изъ существа института.

счетахъ опекуна съ опекаемымъ относится L. 11 § 1 D. 22, 1. Въ этомъ фрагментѣ Павелъ на основаніи существующихъ нормъ опредѣляетъ размѣръ правъ, возникающихъ для опекаемаго въ одномъ частномъ случаѣ. Вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ: какія права получаетъ пупиллъ при томъ условіи, если опекунъ отдалъ его капиталы подъ проценты разнымъ лицамъ, и съ однихъ получилъ проценты свыше обычной нормы, а отъ другихъ не могъ вернуть даже должныхъ ими капиталовъ. Вопросъ этотъ рѣшается въ томъ смыслѣ, что опекаемый можетъ требовать отъ опекуна возврата всѣхъ своихъ денегъ, но тогда долженъ удовольствоваться обычными процентами и не можетъ претендовать на полученіе *maiores usurae*, которыя были взысканы опекуномъ съ нѣкоторыхъ должниковъ; или же онъ можетъ потребовать отъ опекуна процентовъ во всемъ объемѣ, въ какомъ они были взысканы съ должниковъ, но въ такомъ случаѣ долженъ освободить его отъ отвѣтственности за погибшіе капиталы, т. е. одобрить все его управленіе. *Aequitas* въ этомъ рѣшеніи состоитъ, по нашему мнѣнію, въ томъ, что юристъ нащелъ въ немъ отыскиваемый имъ путь, слѣдуя по которому опекаемый получить отъ опекуна не больше и не меньше того, что ему должно быть предоставлено на основаніи смысла существующихъ абстрактныхъ нормъ права. Эти нормы предписываютъ опекуну: 1) полагать деньги пупилла на проценты не ниже нормальной таксы: процентовъ свыше этой таксы опекунъ не обязанъ искать въ интересахъ опекаемаго; 2) помѣщать эти капиталы въ вѣрныя руки. Было бы несогласно съ этими нормами предоставлять опекаемому право требовать отъ опекуна и выдачи нѣкоторыхъ капиталовъ съ *usurae maiores*, и возмѣщенія всѣхъ остальныхъ капиталовъ съ обычными процентами; это значило бы возложить на опекуна обязанность, превышающую волю законодателя; Павелъ думаетъ, что онъ наилучшимъ образомъ удовлетворитъ идеѣ законодателя, предоставляя опекаемому выборъ въ указанной выше альтернативѣ. ²⁵⁵⁾ Тотъ же

²⁵⁵⁾ L. 11 § 1 D. 22, 1 говоритъ, собственно, о веденіи *doli rei publicae* черезъ *vervius publicus*; но этотъ случай въ данномъ отношеніи нормированъ такъ же, какъ веденіе опеки, что показываютъ заключительныя слова фрагмента.—См. объ этомъ *f. r. Sinteris, Prakt. gem. Civilrecht.* т. III, § 149 пр. 37. Также *Rudorff, das Recht der Vormundshaft*, т. III, стр. 79 сл. *Windscheid, Pand.* т. II § 439 прим. 7.

постулатъ *aequitatis* имѣеть въ виду Ульпіанъ въ L. 6 D. 27, 3, устанавливая, что отвѣтственность отца за опеку, которую ведетъ его подвластный сынъ, должна кончатся съ того момента, когда уничтожается основаніе, побудившее законодателя признать эту отвѣтственность, т. е. *patria potestas* надъ опекуномъ.²⁵⁶⁾—Въ L. 6 § 1 D. 42, 6 Юліанъ постановляетъ рѣшеніе, опирающееся на *aequitas* потому, что оно соотвѣтствуетъ вообще характеру правъ патрона на имущество вольноотпущенника; уже фактъ существованія *actionis Fabianaе* и *Calvisianaе* показывалъ, что вольноотпущенный не долженъ былъ предпринимать по идеѣ законодателя никакихъ дѣйствій по управленію своимъ имуществомъ, которыя могли нанести ущербъ интересамъ патрона.

Къ наслѣдственному праву принадлежатъ слѣдующія рѣшенія²⁵⁷⁾ Гай и Ульпіанъ сводятъ къ *aequitas naturalis* то правило, согласно которому наслѣдство между *sui heredes* дѣлится по закону *in stirpes*²⁵⁸⁾; намъ думается, что *aequitas* указываетъ на согласіе данной нормы съ общою цѣлью института наслѣдованія *ab intestato* — доставить наслѣдство родственникамъ умершаго соразмѣрно съ тѣмъ, насколько близко по родству каждый изъ нихъ стоялъ къ наслѣдодателю.—Въ L. 1 § 8 D. 37, 7 мы встрѣчаемъ рѣшеніе Ульпіана, постановленное на основаніи общей идеи института *dotis collatio*. Какъ мы уже видѣли выше²⁵⁹⁾, цѣлью этого института являлось уничтоженіе всякаго преимущества, которое имѣла выпедная замужъ дочь надъ другими нисходящими, вслѣдствіе полученія прида-

²⁵⁶⁾ Ср. L. 37 § 2 D. 26 7. Rudorff, op. cit., т. III, стр. 51 сл.—Ср. также однородную ссылку на *aequitas* въ L. 43 pr. D. 28, 6; права отца изъ даннаго императорскаго рескрипта и подобныя ему нормы права должны прекратиться съ исчезновеніемъ основанія, которое побудило лицо, издавшее привилегію или норму общаго содержанія, къ предоставленію этихъ правъ: болѣе широкое распространеніе обсуждаемыхъ нормъ приведетъ къ результатамъ, несогласнымъ съ идеей этого лица и нежелательнымъ: „*eternum iniquum incipit fieri beneficium principis, si adhuc id valere dicamus: auferret enim testamenti factionem homini sane mentis.*“

²⁵⁷⁾ Послѣдствія, которыя могутъ возникнуть изъ *successio* вообще, опредѣляются согласно сущности этого понятія въ L. 3 § 2, 7 D. 43. 19 (Lenel, Paling., Ulpian., 1557. Ср. Mommsen ad. h. l.); L. 4 § 27 D. 44, 4 (Lenel, op. cit., Ulp. 1681); L. 6 pr. D. 47, 6; L. 30 pr. D. 4, 6.

²⁵⁸⁾ L. 1 § 4 D. 38, 16 Ulp. Ulp. fragm. XXVI, 2. Gai Inst. III, 7 = Coll. XVI, 2 7.—§ 6 J. 3, 1.

²⁵⁹⁾ См. стр. 75.

наго. Разсуждая согласно этому, Ульпианъ находитъ, что если наслѣдниками ab intestato остаются сынъ и дочь, и отцомъ при жизни еще сдѣлана pollicitatio dotis, но не выполнена, то дочь должна «ex pollicitatione dotis pro parte dimidia fratrem liberare». Замѣчательно, что въ этомъ фрагментѣ Ульпианъ безразлично употребляетъ выраженія: «consequens est» (съ тѣмъ, что «conferre quidem dotem oportet») и «aequius est»; это является новымъ прямымъ аргументомъ въ пользу правильности нашего воззрѣнiя на разбираемый теперь постулатъ aequitatis ²⁶⁰).—Въ L. 3 § 13 D. 37, 10 Ульпианъ, слѣдуя aequitas, такимъ образомъ опредѣляетъ права лица, введеннаго во владѣнiе ex edicto Carboniano: такъ какъ владѣнiе наслѣдствомъ дано этому лицу лишь на время и только для того, чтобы доставить ему commodum possessoris въ будущемъ спорѣ о наслѣдствѣ, то не будетъ соответствовать сущности этого института, если missus станетъ, опираясь на свою bonorum possessio Carboniana; какъ и всякій другой bonorum possessor, вчинать наслѣдственно-правовые иски (hereditatem petere, quasi bonorum possessor Carbonianus, aut singulas res) ²⁶¹).—Сюда же мы относимъ ссылку на aequitas въ L. 13 pr. D. 37, 4. Фрагментъ этотъ, несомнѣнно, интерполированъ; вмѣсто «praestare» въ немъ для классическаго права слѣдуетъ читать «mancipare» (nummo uno) ²⁶²). Въ такомъ случаѣ смыслъ получается слѣдующій. Юлианъ говоритъ, что преторъ, вводя bon. pos. contra tabulas, хотѣлъ сдѣлать emancipatos, обойденныхъ

²⁶⁰) Къ collatio emancipatorum относится L. 50 D. 10, 2 Ulpianus; мысль юриста состоитъ въ томъ, что предоставленiе, дѣлаемое pietatis causa, не заключаетъ въ себѣ никакого предпочтенiя emancipati надъ остальными дѣтьми.

²⁶¹) Тотъ же постулатъ aequitatis имѣетъ въ виду, вѣроятно, L. 7 § 1 D. 37, 9 Ulpianus, текстъ которой сильно испорченъ. Если слѣдовать реституци Mommsen'a (которую принимаетъ и Leist въ прод. комм. Глюка, серiя книгъ 37 и 38, т. IV, стр. 59 сл., 60—63, 93), то смыслъ получается такого рода. На вопросъ, какiя права должны быть предоставлены на основанiи эдикта „de ventre in possessionem mittendo“ ventri, наслѣдственныя права котораго оспариваются, Ульпианъ отвѣчаетъ, что „nec aequum est in tempus pubertatis ventrem vesci de alieno“, т. е. что съ мыслью претора несогласно давать алименты изъ наслѣдства до наступленiя pubertatis; поэтому въ такихъ случаяхъ, сообразно общему смыслу относящихся сюда нормъ эдикта, лучше дать ventri вводъ во владѣнiе на тѣхъ же основанiяхъ, на которыхъ онъ дается ex edicto Carboniano, т. е. cum causae cognitione. (Подробности см. у Leist'a, l. c. Bachofen, Pfandrecht, т. I, стр. 357 сл.).

²⁶²) Schröder, Notherbenrecht, стр. 149. Lenel, Palingenesia, Iulian. 367.

въ завѣщаніи, «*loco hereditum*»; поэтому согласно съ его мыслью (*aequum est*), «чтобы на эманципированнаго перенесены были всѣ права, которыя *scriptus heres* получаетъ, благодаря наслѣдованію». Такъ какъ преторъ не можетъ, однако, доставить своему *bonorum possessor*'у квинтской собственности, то необходимо, развивая его идею, принудить завѣщательнаго наслѣдника для этой цѣли мандипировать *bonorum possessor*'у наслѣдственные участки земли и рабовъ²⁶³).—Такъ какъ универсальный фидейкоммиссарій, по общему смыслу всѣхъ относящихся къ нему нормъ, былъ поставленъ въ положеніе *heredis ex asse* или *pro parte*, то Ульпіанъ находитъ справедливымъ въ *L. 1 § 19 D. 36, 3*, чтобы онъ *pro parte rata* принялъ на себя также обязанность платить легаты, возложенные въ завѣщаніи на наслѣдника²⁶⁴), а Северъ и Антонинъ въ *L. 1 C. 3, 28* высказываютъ, что не противно справедливости давать противъ него *querelam inofficiosi testamenti*, «*ut perinde fideicommissarius teneatur, ac si pro herede aut pro possessore possideat*»²⁶⁵).

Дальнѣйшія рѣшенія касаются нормъ, относящихся къ гражданскому процессу. Въ *L. 13 § 4 D. 4, 8* Ульпіанъ находитъ справедливымъ, т. е. согласнымъ съ цѣлью института, дать *arbiter*'у *ex compromisso* время для размышленія, если онъ поклянется, что споръ сторонъ для него еще не ясенъ.—Въ *L. 1 § 2 D. 2, 12* на основаніи *aequitas* сводится въ границы цѣлесообразности дѣйствіе нормы, узаконяющей при извѣстныхъ обстоятельствахъ обязанность явки на судъ въ неудобное для этого время года.—У *Paulus R. S. II, 1, 1* мы читаемъ о *jusjurandum in jure delatum* слѣдующее:

²⁶³) Согласіе съ идеей, побудившей претора ввести *bonorum possessio contra tabulas*, отмѣчаетъ, по нашему мнѣнію, *L. 1 pr. D. 37, 5*, гдѣ къ *aequitas naturalis* сводится статья эдикта „*de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*“. Ульпіанъ, вѣроятно, хочетъ сказать слѣдующее: такъ какъ преторъ рѣшилъ отнимать силу у извѣстнаго рода завѣщаній на томъ основаніи, что въ нихъ игнорируются интересъ тѣхъ лицъ, о которыхъ прежде всего долженъ былъ по его воззрѣніямъ заботиться наслѣдодатель, то вполне послѣдовательно было съ его стороны оставить въ силѣ такіа распоряженія въ завѣщаніяхъ этихъ, которыя не противорѣчили его воззрѣніямъ на обязанности завѣщателя.

²⁶⁴) См. *Windscheid, Pandekten, т. III, § 667* въ началѣ.

²⁶⁵) Ср. объ этомъ *fragm. Vangerow, Pandekten, т. II, § 478 Anm. 4. Dernburg, Pand., т. III, § 147, 3. Schröder, Notherbenrecht, стр. 399 сл. Windscheid, Pandekten, т. III, § 584 прим. 13 и сл.*

In pecuniariis causis ²⁶⁶⁾ si alter ex litigatoribus iusjurandum deferet, audiendus est: hoc enim et compendio litium et aequitatis ratione provisum est.

Тутъ слова «*aequitatis ratione*» указываютъ на ту мысль, что допущеніе подобнаго способа прекращенія тяжбъ по желанію сторонъ не противорѣчитъ общему характеру гражданскаго процесса и сущности тѣхъ споровъ, которые въ немъ разрѣшаются.—Въ L. 14 § 1 D. 46, 7 Юліанъ находитъ «*non iniquum*» слѣдующее рѣшеніе: если истецъ взыскиваетъ съ *fidejussores* по *cautio iudicatum solvi* сумму своего иска ²⁶⁷⁾ *ob rem non defensam*, то онъ долженъ представить поручителямъ съ своей стороны *cautio dominum priore iudicio absolvi* и этимъ открыть для нихъ возможность предъявить регрессный искъ къ отвѣтчику, не подвергаясь необходимости принять на себя обязанность «*dominum priore iudicio defendere*». Путь, избранный Юліаномъ, дѣйствительно является наиболее простымъ и согласнымъ съ цѣлью *cautio iudicatum solvi*, а потому и справедливымъ.—Наконецъ, мы имѣемъ рядъ фрагментовъ, гдѣ на основаніи *aequitas* опредѣляется эффектъ, производимый *in integrum restitutione maiorum* при разныхъ обстоятельствахъ ²⁶⁸⁾, и одно рѣшеніе Марцелла, относящееся къ порядку принесенія апелляціонныхъ жалобъ (L. 1 § 2 D. 49, 6... *nam instantiam petentis dimissorias constitutiones desiderant. aequum est igitur etc.*).

Къ публичному праву относятся L. 3, 6 D. 27, 8 Iulianus и Ulpianus, L. 3 pr. D. 48, 12 Papirius Justus и L. 2 C. 1, 26 Imp. Alexander (а. 235), гдѣ опредѣляются, какія права и обязанности соотвѣтствуютъ или не соотвѣтствуютъ характеру разныхъ должностей и званій.

Слѣдующая категорія рѣшеній посвящена выясненію вопроса, на какихъ лицъ должны быть возложены обязанности, вытекающія изъ извѣстной нормы права или института, сообразно съ идеей, лежащей въ основаніи нормы, или характеромъ института. Сюда мы относимъ слѣдующіе фрагменты.

²⁶⁶⁾ Т. е. въ гражданскихъ дѣлахъ, въ противоположность къ уголовнымъ. Ср. L. 15 C. 9, 41. Bethmann-Hollweg, Civilprozess, т. II, стр. 576 пр. 21.

²⁶⁷⁾ Bethmann-Hollweg, op. cit., т. II, стр. 532 пр. 32.

²⁶⁸⁾ L. 20. L. 23 § 2. L. 28 § 6 D. 4, 6.

L. 39 § 1 D. 39, 2. Pomponius. Рѣчь идетъ здѣсь о такого рода случаѣ: грозящій паденіемъ домъ находится *in controversia*, т. е. о правѣ собственности на него идетъ споръ. Спрашивается, является ли необходимымъ для лицъ, желающихъ заключить *stipulatio damni infecti*, обращаться за этимъ къ собственнику дома или же обязанность представить *cautio* можно возложить на *possessor'a*. Помпоній рѣшаетъ въ пользу второй альтернативы на томъ основаніи, что *«iniquum est stipulatorem compelli relicto praedio, ex quo damnum vereatur, dominum quaerere»*. На владѣльца должна быть возложена обязанность къ предоставленію *cautio*; въ случаѣ проигрыша дѣла онъ можетъ переложить свою отвѣтственность на настоящаго собственника. Справедливость, которой руководится Помпоній, состоитъ въ томъ, что при иномъ рѣшеніи вопроса онъ погрѣшилъ бы противъ дѣли и характера института *cautio damni infecti*, который не допускаетъ излишнихъ промедленій при исполненіи требованія сосѣда о представленіи ему необходимой гарантіи ²⁶⁹).

L. 11 § 2 D. 25, 2 Ulpianus. Здѣсь мы читаемъ, что съ характеромъ института присяги несогласно принужденіе къ принесенію ея по поводу чужихъ дѣйствій: *«iniquum est de alieno facto alium iurare»* ²⁷⁰).

L. 27 § 8 D. 15, 1. Выше мы видѣли ²⁷¹), что въ основѣ института *rescilium* положена была та идея, что пекулій есть фактическое имущество раба и что, если рабъ имѣетъ нѣсколько пекуліевъ отъ разныхъ лицъ, то всѣ эти отдѣльные пекуліи объединяются въ одно цѣлое передъ третьими лицами. Стало быть, Гай просто разсуждаетъ согласно основной идеѣ института, когда въ настоящемъ фрагментѣ предоставляет контрагенту раба противъ любого изъ сособственниковъ *rescilium commune* искъ *in solidum* съ правомъ добиваться *condemnatio in solidum* и мотивируетъ это рѣшеніе тѣмъ, что *«est iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit»*. Конечно, такое строгое проведеніе аналогіи между пекуліемъ раба и

²⁶⁹) Послѣдствія, которыя Помпоній связываетъ съ отказомъ *possessoris* представить *cautio*, неясны. См. Вигскнард, въ прод. комм. Глюка, серія книгъ 39 и 40, т. II, стр. 333 слл.

²⁷⁰) Ср. Paul. R. S. II, 1, 4.

²⁷¹) Стр. 60.

имуществомъ свободаго челоуѣка являлось возможнымъ лишь тогда, когда сособственники некудія могли предъявлять другъ противъ друга регрессные иски, какъ въ разбираемомъ случаѣ ²⁷²).

Рядъ источниковъ имѣеть въ виду опредѣленіе того, какимъ лицамъ могутъ быть предоставлены права, вытекающія изъ нормы гесп. института, и въ какомъ размѣрѣ эти права должны быть предоставлены каждому изъ нѣсколькихъ управомоченныхъ.

L. 11 D. 39, 2. Ulpianus. Ульпіанъ, на основаніи *aequitas* предоставляетъ залоговому кредитору право требовать *cautio damni infecti*, очевидно потому, что считаетъ это согласнымъ съ цѣлью этого института, находить на сторонѣ кредитора наличность интереса, защищаемаго этимъ средствомъ ²⁷³).

L. 16 D. 47, 10. Paulus. Если правонарушительнымъ дѣяніемъ уничтоженъ предметъ, находящійся въ сособственности, то *a. injugiugum* должна принадлежать всѣмъ сособственникамъ (L. 15 § 49 eod.), но справедливо, т. е. согласно съ цѣлью иска, чтобы осужденіе по иску каждаго изъ нихъ совершалось пропорціонально его долѣ въ *condominium*.

L. 11 pr. D. 36, 4. Hermogenianus. «Если ты, будучи введенъ во владѣніе для сохраненія фидеикоммиссовъ или легатовъ, получишь въ обладаніе также ту вещь, которая оставлена мнѣ черезъ фидеикоммиссъ, то справедливѣе, чтобы я владѣлъ этою вещью, ибо она именно мнѣ отказана, а не ты, такъ какъ ты получилъ владѣніе ею по поводу совершенно другого фидеикоммисса».

L. 57 D. 42. 1 Ulpianus. Здѣсь предоставляется право постановлять исполнѣ дѣйствительныя судебныя рѣшенія лицу, которое уже достигло 18 лѣтъ.

L. 10 D. 47, 12. Papinianus. Во этомъ фрагментѣ *a. sepulcra violati* на основаніи *aequitas* дается *heredi necessario*, который воспользовался *beneficio abstinendi*.

²⁷²) См. объ этомъ Kuntze, *Cursus*, § 760.

²⁷³) Павелъ въ L. 18 pr. D. 39, 2 формулируетъ общее положеніе, нѣмное цѣль разрешить всѣ такого рода вопросы о *cautio damni infecti*. Ульпіанъ же идетъ еще робкими шагами, продолжая отдѣльно разрешать частные вопросы. Объ общемъ развитіи см. Вирсханд, *op. cit.* стр. 273 сл.

L. 1 § 2 D. 37, 9. Ulpianus. Намъ кажется, что и здѣсь имѣется въ виду тотъ же постулатъ справедливости. *Missio in possessionem ventris nomine* обѣщана была въ эдиктѣ на тотъ случай, если *«id, quod in utero erit, inter suos heredes erit»*²⁷⁴). Можно ли предоставить это право также и такому *nasciturus*у, относительно котораго достовѣрно неизвѣстно, будетъ ли онъ по рожденіи *sui heres*? Эдиктъ этого случая не предусматриваетъ. Нужно обратиться къ анализу его основной идеи. Идея претора состояла, очевидно, въ томъ, что, когда дѣло идетъ о наслѣдованіи *sui heredes*, еще не родившихся, лучше рисковать сдѣлать иногда напрасныя издержки изъ наслѣдственной массы (ребенокъ вѣдь можетъ родиться мертвымъ, можетъ произойти *abortus* и т. д.), чѣмъ лишать средствъ къ существованію беременную женщину и такимъ образомъ воспрепятствовать появленію на свѣтъ будущаго обладателя наслѣдства. Если это такъ, то съ идеей претора является согласнымъ допустить къ *missio* и такого *venter*, принадлежность котораго къ *sui* сомнительна. Такого рода смыслъ заключается, по нашему мнѣнію, въ словахъ Ульпіана: *«sed et si incertum sit, aliquo tamen casu [possit existere, quo del. M o m.] qui editur suus futurus sit, ventrem mittemus: ac quius enim est vel frustra nonnumquam impendia fieri quam denegare alimenta ei, qui dominus bonorum aliquo casu futurus est»*.

Нѣсколько фрагментовъ посвящены рѣшенію вопроса о томъ, что должно составлять объектъ извѣстнаго иска согласно съ его цѣлью. Таковы:

L. 38 § 4 D. 22, 1. Paulus. «При *actio Fabiana*, а также и при *actio Pauliana*, съ помощью которой возвращается то, что отчуждено въ ущербъ кредиторовъ, возврату подлежатъ также и плоды; вѣдь преторъ имѣетъ въ виду (съ помощью этихъ исковъ) привести все въ такое состояніе, какъ будто никакого отчужденія не произошло²⁷⁵); поэтому (вм. *quod Моммзенъ чит. quare*) не является несправедливымъ, чтобы были возвращены также плоды

²⁷⁴) L e n e l, Ed. perp., стр. 276.

²⁷⁵) О томъ, откуда Павелъ почерпнулъ свѣдѣнія о намѣреніи претора, см. L e n e l, op. cit., стр. 352.

(ибо и слово «*restituas*», которое употребилъ въ этомъ случаѣ преторъ, имѣеть широкое значеніе)» ²⁷⁶).

L. 19 pr. D. 5, 3. Paulus. Этотъ фрагментъ посвященъ объекту *hereditatis petitio*. Цѣль этого иска состоитъ въ томъ, чтобы доставить наслѣднику все, въ обладаніи чего онъ имѣеть интересъ въ качествѣ *heredis*. Прежде всего поэтому, этимъ искомъ должны быть возвращены *сogroga hereditaria*. Но наслѣдникъ, какъ таковой, имѣеть интересъ въ полученіи не однихъ только вещей, принадлежащихъ къ наслѣдственному имуществу. На него ложится отвѣтственность по всѣмъ обязательствамъ наслѣдодателя, напр., по заключеннымъ послѣднимъ договорамъ *depositum* или *commodatum*. Съ цѣлью *hereditatis petitio* согласно поэтому доставить въ руки наслѣдника также вещи, данныя наслѣдодателю въ ссуду или поклажу: «*sed licet earum [rerum] nomine, quae commodatae vel depositae sunt, nulla sit facile actio, quia tamen periculum earum ad nos [heredes] pertinet, aequum est eas restitui [hereditatis petitione]*» ²⁷⁷).

Три фрагмента согласно *aequitas* устанавливаютъ, какой объектъ должна имѣть *actio rei uxoriae* въ двухъ конкретныхъ случаяхъ. Согласно общей цѣли этого иска, мужъ долженъ возвратить женѣ все то, что онъ получилъ въ качествѣ приданого, но не обязанъ терять въ пользу жены ничего изъ своего собственнаго имущества, если только субъективная виновность не даетъ основанія заставлять его возмѣстить убытки. Слѣдуя этому, Юліанъ, Яволень и Павелъ, по почину Лабеоны, единогласно рѣшаютъ, къ чему должна привести *a. rei uxoriae* при такого рода обстоятельствахъ. Третье лицо *dotem promisit* за женой, а затѣмъ жена сама сдѣлалась наслѣдницею промиттента и потому заняла мѣсто должника по обязательству

²⁷⁶) Опять фрагментъ, въ которомъ съ особенною рельефностью отличено содержаніе постулата *aequitatis*, руководившаго притомъ. — По поводу заключит. словъ фрагмента ср. Lenel, op. cit., стр. 399.

²⁷⁷) См. объ этомъ fr. *F r a n s k e*, *Comm.* стр. 203—205. — О мѣрѣ отвѣтственности по *hereditatis petitio* согласно *aequitas* говоритъ также L. 37 D. 5, 3. *Ulp.* Но въ этомъ фрагментѣ ссылка на *aequitas* указываетъ уже не на соответствіе рѣшенія съ общою цѣлью даннаго иска, а на согласіе его съ положительной нормой *Scti Iuventiani*, ограничившаго отвѣтственность *bonae fidei possessorum hereditatis* предѣлами ихъ обогащенія (L. 25 § 11 D. eod).

установить приданое. Въ этомъ случаѣ съ цѣлью *a. rei uxoriae* согласно, чтобы объектомъ ея являлось только освобождение жены со стороны мужа отъ обязательства, вытекающаго изъ *dotis promissio* но не присужденіе мужа къ выдачѣ женѣ суммы, обѣщанной въ качествѣ *dos*, «*quia nec melius aequius esset* (намекъ на формулу *a. rei uxoriae*), *quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari*»²⁷⁸). Другой случай состоитъ въ томъ, что въ приданое дана была *portio fundi pro indiviso*. Затѣмъ *socius* предъявиль къ мужу *a. communi dividundo*; въ результатѣ процесса весь участокъ присужденъ былъ мужу, на котораго взаимнѣнъ этого возложена была обязанность уплатить сособственнику известную сумму денегъ. При расторженіи брака жена требуетъ возврата приданого. Дѣло *ex aequitate* рѣшается въ томъ смыслѣ, что мужъ долженъ выдать женѣ весь участокъ, присужденный ему, а жена, обязана уплатить ему сумму, предоставленную имъ сособственнику. (L. 78 § 4 D. 23, 3. Tryfoninus). И жена, и мужъ такимъ образомъ получаютъ все то, что они имѣли бы, еслибы никакого брака и установленія приданого между ними не было, и *a. communi dividundo* была предъявлена къ самой женѣ.

Cautio, предоставляемая въ обезпеченіе какого нибудь интереса отъ нарушенія, должна быть организована такъ, чтобы она вполне отвѣчала своей цѣли, т. е. соответствовала дѣйствительно размѣрамъ защищаемаго интереса въ каждомъ данномъ случаѣ. Поэтому, если домовладыкѣ предоставляется *cautio* относительно легата, отказаннаго *incerta die* его подвластному, то, согласно *aequitas*, говорить Ульпіанъ въ L. 1 § 20 D. 36, 3 въ стипуляціи должна быть сдѣлана оговорка: «*si, cum ejus legati dies cedit, in potestate sit*»; «*ceterum si sui juris inveniatur, iniquum esse visum est patri cautum esse, cum alii legatum debeatur*»²⁷⁹).

Не только содержаніе нормъ, выводимыхъ изъ разработки легальнаго элемента, можетъ быть справедливымъ или несправедливымъ, смотря по соответствію этихъ нормъ съ идеями, лежащими въ основѣ интерпретируемаго матеріала; не только редакція нормы, выходящей

²⁷⁸) L. 66 § 7 D. 24, 3. Iavolenus. L. 41 § 4 D. 23, 3. Paulus. Ср. В е с т м а н н, *Dotarrecht*, т. II, стр. 253. С з у л а р з, *Dotarrecht*, стр. 275.

²⁷⁹) См. также рѣшенія въ L. 22 § 10 D. 46, 8 Ulp. и въ L. 1 pr. D. 7, 9 Idem.

изъ усть законодателя или юриста, оцѣнивается съ точки зрѣнія *aequitatis* по соотвѣтствію этой словесной редакціи съ мыслью, руководившею авторомъ нормы; этой же оцѣнкѣ на основаніи *aequitas* подлежитъ также система, въ которой располагаются нормы, входящія въ составъ какого либо законоположенія. Порядокъ размѣщенія нормъ является справедливымъ въ Римскомъ смыслѣ этого слова, если онъ соотвѣтствуетъ значенію и смыслу размѣщаемыхъ нормъ и общей идеѣ, проникающей законоположеніе, въ составъ котораго эти мѣры входятъ. Въ этомъ именно смыслѣ выражается Ульпіанъ въ L. 2 pr. D. 37, 11 слѣдующимъ образомъ: «*Aequissimum ordinem praetor secutus est: voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum*», т. е.: «преоторъ, размѣщая статьи своего эдикта, слѣдовалъ справедливости, ибо руководился смысломъ каждой статьи и отношеніемъ ея къ остальнымъ; вѣдь его желаніе состояло въ томъ, что прежде всего нисходящія получали *b. p. contra tabulas*, а затѣмъ уже, если эта *b. p.* не будетъ испрошена, чтобы соблюдалась послѣдняя воля умершаго; поэтому въ эдиктѣ по справедливости статьи о *bon. pos. secundum tabulas* помѣщены послѣ статей, относящихся къ *b. p. contra tabulas*».

с) Организація судопроизводства съ точки зрѣнія *aequitatis*.

По требованію *aequitatis* нормы, касающіяся гражданскаго процесса²⁹⁰⁾, должны равномерно принимать во вниманіе интересы всѣхъ лицъ, вѣдущихъ споры по гражданскимъ дѣламъ. Въ особенности эти нормы должны организовать порядокъ процесса такимъ образомъ, чтобы за сторонами при производствѣ дѣла были обезпечены равныя права и обязанности, чтобы каждой изъ нихъ была открыта одинаковая возможность защищать свои притязанія и утвержденія. Организуя порядокъ избранія лицъ, которымъ должно быть поручено рѣшеніе споровъ, и регламентируя образъ ихъ дѣйствій во время разбирательства, право должно стараться гарантировать сторонамъ возможно большее безпристрастіе со стороны этихъ лицъ. Наконецъ,

²⁹⁰⁾ Огромное большинство фрагментовъ, относящихся къ этому отдѣлу, касается гражданскаго процесса; поэтому мы будемъ говорить почти исключительно о немъ.

отъ самыхъ органовъ, которые завѣдуютъ примѣненіемъ нормъ права къ спорнымъ отношеніямъ, *aequitas* требуетъ, чтобы въ тѣхъ случаяхъ, когда нормы процессуальныя представляютъ имъ свободу дѣйствія, они также руководились стремленіемъ отнестись къ интересамъ и утвержденіямъ процессуальныхъ противниковъ возможно равноумѣрнѣе и безпристрастнѣе, не зная лицепріятія²⁸¹⁾.—Въ частности упоминаніе объ этомъ постулатѣ *aequitatis* мы встрѣчаемъ въ слѣдующихъ фрагментахъ.

Въ L. 33 § 4 D. 3, 3, комментируя норму преторскаго эдикта, согласно которой слѣдовало, чтобы *<sius nomine quis actionem dari sibi postulet, is eum viri boni arbitrato defendat>* (L. 33 § 3 D. eod.), Ульпіанъ замѣчаетъ: «преторъ счелъ справедливымъ, чтобы тотъ, кто выступаетъ отъ имени другаго лица съ искомъ въ качествѣ прокуратора, принималъ на себя защиту этого лица [по встрѣчнымъ искамъ]». Постановление это относилось къ *procuratores absentium* и къ *actores municipium*²⁸²⁾. *Aequitas*, о которой говоритъ Ульпіанъ, думается намъ, сводилась къ слѣдующимъ соображеніямъ. Если право, хочеть сказать Ульпіанъ, даетъ возможность отсутствующему или недѣеспособному лицу дѣлать свое отсутствіе *resp.* недѣеспособность вполнѣ безвредной для своихъ интересовъ путемъ предоставленія веденія своихъ исковъ прокураторамъ, то и другимъ гражданамъ, имѣющимъ дѣловыя сношенія съ этими лицами, должна быть предоставлена возможность воспользоваться этимъ же средствомъ, чтобы сдѣлать вполнѣ безвредными для своихъ интересовъ отсутствіе *resp.* недѣеспособность этихъ лицъ. Это уравненіе положенія всѣхъ интересентовъ и достигалось изложенной нормой эдикта, вмѣнявшей въ обязанность представителю отсутствующаго истца или *actori municipium* брать на себя *defensio* по искамъ, которые *in vicem* (L. 34 D. eod.) вчинались противъ ихъ *dominus'овъ*²⁸³⁾.

²⁸¹⁾ *Aequitas iudicis* и тому подобныя выраженія въ этомъ смыслѣ встрѣчаются въ слѣд. неочновкахъ. L. 10 pr. D. 5, 2 L. 79 D. 17, 2 L. 30 pr. D. 38, 1. L. 3 § 5 D. 37, 10. L. 1 pr. D. 47, 10 (pr. J. 4, 4). L. 28 § 2 D. 49, 1. L. 2 D. 49, 3. L. 1 pr. D. 49, 13. Fr. Vat. § 10. *Iniqua formula* Gai IV, 57. *Iniqua distributio* L. 3 D. 26, 9. Пристрастное распоряженіе административной власти L. 4 C. 10, 42.

²⁸²⁾ Fr. Vat. 330, 336. Paul. R. S. I, 3, 5 = Consult. 3, 7. L. 5 C. 2, 12 (13).—L. 6 § 3 D. 3, 4. Fr. Vat. 335.

²⁸³⁾ Во многихъ случаяхъ обязанность *procuratoris* истца брать на себя *defensio* своего принципала могла опираться и на другой еще постулатъ *aequitatis*, о кото-

Объ обязанностяхъ магистрата, назначающаго судью для разрѣшенія гражданскаго спора, мы читаемъ слѣдующее:

L. 17 D. 5, 1 Ulpianus. «Юліанъ говоритъ, что если одна изъ тяжущихся сторонъ назначила судью наследникомъ въ цѣломъ своемъ имуществѣ или въ части его, то необходимо назначить другаго судью, ибо справедливости противно, чтобы кто - нибудь былъ судьей въ собственномъ дѣлѣ» ²⁸⁴).

L. 47 D. 5, 1 Callistratus. «Слѣдуетъ остерегаться назначать того судью, котораго именно добивается одна изъ сторонъ: ибо это, согласно рескрипту блаженной памяти Адриана, несправедливо; исключеніе можно допустить только въ случаѣ спеціальнаго разрѣшенія императора, принявшаго во вниманіе особую благонадежность испрашиваемаго судьи».

Точно также не слѣдуетъ допускать по справедливости, чтобы въ процессѣ одна изъ сторонъ въ то же время являлась представителемъ интересовъ другой стороны; поэтому Юліанъ въ L. 20 D. 27, 1 считаетъ необходимымъ, чтобы малолѣтняя сторона, находящаяся подъ опекой, получила другаго опекуна на время спора съ своимъ теперешнимъ tutor'омъ.

При предоставленіи владѣнія объектомъ тяжбы на время веденія процесса одной изъ сторонъ, по справедливости, во вниманіе къ интересамъ другой стороны, нужно возложить на владѣльца обязанность предоставить своему противнику достаточную cautio о возвратѣ вещи въ случаѣ проигрыша процесса ²⁸⁵).

Самое разбирательство фактической стороны дѣла должно быть организовано закономъ такъ, чтобы каждая изъ сторонъ въ одинаковой

ромъ рѣчь будетъ ниже; именно, иногда она вытекала изъ самаго содержанія даннаго полномочія, такъ какъ иначе прокуратор (особенно уполномоченный на веденіе всѣхъ дѣлъ доверителя) не могъ удовлетворить вполне своимъ обязанностямъ изъ даннаго полномочія; но ничто не указываетъ, чтобы разбираемая норма эдикта ограничивалась этими случаями. См. по поводу всего сказаннаго Bethman-Hollweg, *Civilprozess*, т. II, стр. 421, 425. Одной только второй изъ указанныхъ причинъ достаточно, чтобы объяснить обязанность къ defensio, лежавшую на tutores и curatores. Bethman-Hollweg, l. c. стр. 426 „schon vermöge ihres Amtes“. — Иначе пытаются объяснить эту статью эдикта Dernburg, *Compensation*, 2-е изд. стр. 256 пр. 3 (Ср. 1-е изд. стр. 267).

²⁸⁴) См. также L. un. C. 3, 5.

²⁸⁵) Gai Inst. IV, 89. Ср. L. 5 § 29, 30 D. 36, 4 Ulpianus.

степени могла защищать свои интересы и доказывать правильность своих утверждений, а также подвергать критикѣ утверждения противника. Такъ, законъ справедливо даетъ защищающейся сторонѣ возможность явиться на судъ не менѣе подготовленной къ веденію процесса, чѣмъ сторона, возбуждающая процессъ. Мы читаемъ у Ульпіана слѣдующее разсужденіе по поводу института *actionis editio*: «Каждый долженъ сообщить своему противнику искъ, который онъ намѣренъ вчинить противъ него; эта норма является вполне справедливой, такъ какъ благодаря такому сообщенію вчинаемаго иска отвѣтчикъ будетъ знать, долженъ ли онъ уступить или начать споръ, и, если сочтетъ нужнымъ начать споръ, явится къ разбирательству дѣла съ необходимой подготовкой, ибо будетъ знать, какой искъ противъ него предъявленъ» ²³⁶). — *Opus probandi* распределяется закономъ вполне справедливо, если на каждую сторону возлагается обязанность доказывать свои утверждения ²³⁷). — Наконецъ, въ виду того же постулата справедливости законъ долженъ по возможности предупредить постановку окончательныхъ рѣшеній и принятіе окончательныхъ и непоправимыхъ мѣръ противъ одной изъ процессуальныхъ сторонъ, пока она еще не выслушана судомъ. Въ качествѣ мотива къ рескрипту Севера и Антонина, запрещающему присуждать къ уголовному наказанію заочно, Марціанъ прибавляетъ: «*neque enim inaudita causa quemquam dampnari aequitas patitur*» ²³⁸). У Сцеволы же мы находимъ слѣдующее рѣшеніе. «Ты сдѣлалъ постройку; я заявляю судебнымъ порядкомъ, что ты не имѣешь права возводить такую постройку; ты не защищаешься. Владѣніе должно быть перенесено на меня, не затѣмъ, однако, чтобы постройка тотчасъ же была разрушена (ибо было бы несправедливо уничтожать ее немедленно), но затѣмъ, чтобы это было сдѣлано, если въ теченіе извѣстнаго срока ты не вчинишь иска о томъ, что ты имѣешь право возводить такую постройку» ²³⁹).

²³⁶) L. 1 pr. D. 2, 13.—Cf. L. 8 C. 2, 1. Alexander (a. 225). Bethmann-Hollweg, 1. c. стр. 212 сл.

²³⁷) L. 12 D. 22, 3. Celsus.

²³⁸) L. 1 pr. 48, 17. Только въ рѣдкихъ случаяхъ допускались исключенія изъ этого правила. См. Geib, Geschichte des röm. Criminalprozesses, стр. 597 сл.

²³⁹) L. 45 D. 39, 2.

Судья, который руководитъ разбирательствомъ фактической стороны дѣла, долженъ въ теченіе судебного слѣдствія быть въ одинаковой степени внимательнымъ къ интересамъ обоихъ сторонъ. Онъ не долженъ оказывать преимущественнаго довѣрія показаніямъ, которыя клонятся въ пользу той или другой изъ тяжущихся сторонъ, но долженъ безпристрастно взвѣсить правдоподобность противорѣчивыхъ показаній и отдать предпочтеніе тѣмъ, которыя вообще наиболѣе способны возбудить довѣріе къ себѣ незаинтересованнаго лица (L. 13 D. 22, 3 *Caesag poster ap. Celsum*). Каждой изъ сторонъ онъ долженъ предоставлять всѣ указанные ему правомъ способы раскрытія истины, насколько они въ данномъ случаѣ являются цѣлесообразными и нужными для правильнаго рѣшенія процесса (arg. L. 21 D. 11, 1 *Ulp.*).

Окончательное рѣшеніе, постановляемое судьей, также не должно страдать односторонностью. Онъ долженъ стараться предоставить посредствомъ него каждой сторонѣ должное и ни одного изъ участниковъ спора не обидѣть непринятіемъ во вниманіе его уважительныхъ требованій.

Иногда судья вполне удовлетворяетъ этому требованію *aequitatis*, если при постановкѣ рѣшенія онъ правильно истолкуетъ смыслъ того гражданскаго акта, по поводу котораго возникъ процессъ. Примѣръ этого представляетъ намъ L. 88 § 1 D. 35, 2 *Africanus*, содержащая ссылку именно на нашъ постулатъ справедливости ²⁹⁰). Какъ видно изъ сравненія этого фрагмента съ предыдущимъ (L. 88 *рг.*), дѣло заключается въ слѣдующемъ: лицо, обладавшее имуществомъ = 400, оставило завѣщаніе, въ которомъ отказывало кому-то 200 въ видѣ легата и, кромѣ того, возлагало на наследника фидеикоммиссъ выдать другому лицу еще 200 при томъ условіи, однако, если къ завѣщанію его не будетъ примѣнена *lex Falcidia*. Какъ рѣшить это дѣло? Если выдать фидеикоммиссарію 200, то онъ получить не долж-

²⁹⁰) Въ другомъ мѣстѣ мы констатируемъ существованіе особаго постулата *aequitatis*, требующаго толкованія юридическихъ актовъ по моменту воли. Данный же *фрагм.* пришлось отнести въ этотъ отдѣлъ, ибо выраженія Африкана ясно показываютъ, что въ своемъ рѣшеніи онъ имѣлъ въ виду сослаться не на тотъ постулатъ справедливости, а на постулатъ, интересующій насъ теперь: „*et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur*“, говоритъ здѣсь Африканъ.

ное, ибо условіе, при которомъ оставленъ ему фидейкоммиссъ, не наступить: все наслѣдство будетъ исчерпано отказами и къ завѣщанію нужно будетъ примѣнить *lex Falcidia*; если же, наоборотъ, мы постановимъ, что наслѣдникъ долженъ удержать всѣ 200, то мы неосновательно обогатимъ *heres*'а насчетъ фидейкоммиссарія: въ этомъ случаѣ сумма выданныхъ легатовъ будетъ составлять только половину наслѣдства, такъ что *lex Falcidia* не будетъ имѣть мѣста и, слѣдовательно, наступить то условіе, при которомъ долженъ быть выданъ фидейкоммиссъ. То и другое рѣшеніе, по словамъ Африкана, будетъ «*contra voluntatem testatoris*» и, кромѣ того, противъ справедливости, ибо одно изъ нихъ односторонне покровительствуетъ интересамъ фидейкоммиссарія, а другое не менѣе односторонне отдаетъ преимущество претензіямъ наслѣдника. Для справедливаго рѣшенія дѣла нужно постараться выяснить, въ чемъ состояла истинная воля завѣщателя, сдѣлавшаго такое странное распоряженіе. Тогда окажется, что завѣщатель, не знавшій, вѣроятно, точно размѣровъ своего имущества, хотѣлъ сказать лишь слѣдующее: ему желательно было дать одному лицу легатъ въ размѣрахъ 200, а другому такой же фидейкоммиссъ, но въ случаѣ, если размѣры наслѣдства окажутся недостаточными, онъ хотѣлъ, чтобы *quarta Falcidia* уменьшила сумму фидейкоммисса, но не легата. Въ виду этого, справедливый судья заставитъ при данныхъ обстоятельствахъ фидейкоммиссарія удовольствоваться полученіемъ отъ наслѣдника 100, и этимъ путемъ воздастъ каждому должное²⁹¹⁾.

Источники рассказываютъ намъ, что иногда императоры при рѣшеніи частныхъ споровъ по поводу завѣщаній, желая быть справедливыми и примирить интересы обѣихъ тяжущихся сторонъ, дополняли завѣщанія такими статьями, для обоснованія которыхъ на предполагаемой волѣ умершаго не было никакихъ данныхъ ни въ текстѣ завѣщанія,

²⁹¹⁾ Объ этомъ фрагм. см. *Cujasius, Opera*, т. I, стр. 1357. Въ качествѣ практическаго средства для того, чтобы осуществить это рѣшеніе, юристъ предлагаетъ слѣдующее: нужно признать условіе фидейкоммисса наступившимъ, но съ помощью *exceptio doli* заставить фидейкоммиссарія принять на себя весь вычетъ *quartae Falcidiae*. Какова при этомъ была функція *exceptio doli*,—вопросъ очень спорный. См. *Degnburg, Compensatio*, 1-е изд. стр. 227 сл.; 2-е изд., стр. 225 сл. *Weker, Aktionen*, т. II, стр. 24 пр. 37. *Eisele, Compens.*, стр. 77. Также *Pernice, Labeo*, т. II, стр. 126 сл.

ни внѣ его. Именно, въ Ё. 56 (54) D. 36, 1 ²²²) Папиніанъ разбираетъ слѣдующій вопросъ: какія права на наслѣдство получаетъ *heres ex testamento*, на котораго возложенъ фидеикоммиссъ выдать другому лицу все, что останется изъ наслѣдственной массы ко времени смерти наслѣдника (т. наз. *fideicommissum de residuo*)? Самъ Папиніанъ рѣшаетъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что *heres* не отвѣчаетъ ни за какія траты, сдѣланныя имъ изъ наслѣдства, за исключеніемъ тѣхъ, которыя онъ совершитъ *dolo*, специально *«intertvertendi fideicommissi gratia»*. Иного рѣшенія и нельзя было бы постановить, оставаясь на почвѣ завѣщанія, такъ какъ не было никакихъ обстоятельствъ, указывающихъ на то, что воля завѣщателя была иная. Однако, рассказываетъ Папиніанъ, императоръ Маркъ Аврелій, разрѣшая подобнаго рода случай, счелъ возможнымъ внести еще одно ограниченіе въ права наслѣдника. Именно, онъ рѣшилъ, что и добросовѣстно сдѣланныя наслѣдникомъ издержки должны раздѣляться *pro parte rata* между собственнымъ имуществомъ наслѣдника и полученной имъ массой наслѣдства. Къ этому рѣшенію, говоритъ референтъ, императора побудилъ одинъ аналогичный примѣръ и *aequitas*. Последняя состояла, очевидно, въ желаніи императора по возможности согласить въ своемъ рѣшеніи интересы обоихъ претендентовъ на наслѣдство ²²³).

Наконецъ, есть у насъ примѣръ того, что императоръ, слѣдуя нашему постулату *aequitatis*, рѣшаетъ дѣло прямо посредствомъ тенденціознаго толкованія не особенно ясныхъ словъ завѣщательнаго распоряженія, не имѣя при этомъ никакихъ основаній для того, чтобы утверждать, что подобное толкованіе дѣйствительно соответствуетъ волѣ завѣщателя. Сюда относится слѣдующій рассказъ Павла въ L. 76 (74) § 1 D. 36, 1: «Фабій Антонинъ, умирая, оставилъ несовершеннолѣтняго сына Антонина и дочь Гонорату; онъ лишилъ ихъ наслѣдства, назначилъ наслѣдницей мать ихъ, Юлію Валеріану, и поручилъ ей выдать дочери 300 и нѣкоторыя вещи, а все остальное

²²²) Ср. L. 25 § 16 D. 5, 3; также L. 60 (58) § 8 D. 36, 1. L. 70 § 3. L. 71, 72. D. de leg. II (31).

²²³) Юстиніанъ издалъ абстрактную норму права относительно такого рода фидеикоммиссовъ. См. Nov. 108, cap. 1.—По этому поводу ср. Франске, *Сопш.*, стр. 299 сл. Arndts, *Pand.* § 588. Windscheid, *Pand.* т. III, § 665 въ концѣ. A s s a r i a s, *Précis.* т. I, стр. 1121, прим. 4. C u j a c i u s, *Opera*, т. IV, стр. 556 сл.

наслѣдство велѣлъ выдать сыну, когда онъ достигнетъ двадцатаго года отъ роду; если же сынъ умретъ раньше достиженія двадцатаго года, онъ предписалъ выдать это наслѣдство Гоноратѣ. Мать [т. е. жена завѣщателя] умерла затѣмъ безъ завѣщанія, оставивъ обоихъ дѣтей законными наслѣдниками. Послѣ нея умеръ сынъ, который имѣлъ уже полныхъ девятнадцать лѣтъ и вступилъ въ двадцатый годъ, но двадцати лѣтъ еще не достигъ; онъ оставилъ наслѣдницей свою дочь, Фабію Валеріану. Тетка послѣдней потребовала у нея уплаты фиденкоммисса и причитающейся ей [теткѣ] согласно завѣщанію ея отца [т. е. дѣда Фабіи Валеріаны] части наслѣдства [полученнаго Фабіей Валеріаной отъ своего отца], и одержала верхъ въ спорѣ передъ *praeses provinciae*. Опекуны Валеріаны, дочери Антонина, указывали на ея бѣдность и ссылались на конституцію блаженной памяти императора Адріана, въ которой императоръ относительно несенія муниципальныхъ повинностей сдѣлалъ распоряженіе, чтобы годъ, который только что еще началъ истекать для кого-либо, считался законченнымъ. Тогда нашъ императоръ [Септимій Северъ или Каракалла], побуждаемый и чувствомъ справедливости и словами завѣщанія: *«si ad annum vicensimum aetatis»*, произнесъ рѣшеніе противъ истицы, хотя самъ говорилъ, что, какъ ему извѣстно, блаженной памяти императоръ Маркъ [Аврелій] не освободилъ отъ опеки лица, вступившаго въ семидесятый годъ жизни, между тѣмъ какъ мы приводили ему въ доказательство *lex Aelia Sentia* и нѣкоторые другіе аргументы.

Въ результатѣ изслѣдованія гражданскаго спора судьей можетъ оказаться слѣдующее. Требованіе истца является въ глазахъ судьи вполне основательнымъ, но обнаруживается, что отвѣтчикъ, въ свою очередь, имѣетъ противъ истца также вполне зрѣлое требованіе и равномѣрно настаиваетъ на его немедленномъ удовлетвореніи со стороны истца. Если судья въ данномъ процессѣ предоставлена достаточная свобода дѣйствій, то онъ долженъ, слѣдуя *aequitati*, позаботиться о томъ, чтобы въ рѣшеніи его были приняты во вниманіе одинаково интересы обѣихъ сторонъ. Это сдѣлать можно только путемъ такого рѣшенія, согласно которому взаимныя притязанія сторонъ должны быть удовлетворены въ одно и то-же время. Иначе либо тотъ, либо другой изъ процессуальныхъ противниковъ будетъ вправѣ жаловаться на *iniquitas* судьи. Для этой цѣли средствомъ является взаимный

учетъ двухъ противопоставляемыхъ требованій. Конечно, примѣненіе этого способа обусловлено однородностью взаимныхъ требованій. Такимъ образомъ, институтъ *compensatio* основанъ на *aequitas* и въ частности на томъ ея постулатѣ, которымъ мы занимаемся въ настоящее время. Таковъ, думается намъ, смыслъ словъ L. 6 C. 4, 31 Imp. Alexander: «*compensationis aequitatem jure postulas: non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, aequum est, quam petitioni mutuae responsum fuerit*»²⁹⁴).

Хотя и не та-же самая, но аналогичная идея лежитъ въ основѣ цѣлой группы рѣшеній, которыя современными изслѣдователями объединяются подъ рубрикой «компенсация обоюдной вины» (*culpaе compensatio*). Подкладкой всѣмъ этимъ рѣшеніямъ служить, на нашъ взглядъ, одна и та-же общая мысль. Справедливый судья, по римскому воззрѣнію, можетъ требовать и отъ сторонъ въ процессѣ справедливости другъ къ другу. Онъ не можетъ признать справедливымъ съ точки зрѣнія самой процессуальной стороны такого требованія, которое эта сторона основываетъ на необходимости по закону для ея противника воздерживаться отъ извѣстнаго рода поведенія по отношенію къ ней, если окажется, что сама сторона, предъявляющая это требованіе, не находила нужнымъ, въ свою очередь, избѣгать точно такого же образа дѣйствій по отношенію къ другимъ лицамъ. Каждое лицо должно помнить, что по справедливости правила поведенія должны быть одинаковы для всѣхъ; чего кто-либо не требуетъ отъ самого себя, того онъ не долженъ требовать и отъ другихъ; если данное лицо признаетъ для самого себя справедливымъ извѣстный образъ дѣйствій, то ему нечего жаловаться на то, что

²⁹⁴) Ср. L. 1 C. 5, 21. — *Aequitas compensationis* упоминается еще въ § 30 I. 4, 6 conf. Gai IV, 61. L. 18 D. 16, 2 Papinianus. L. 36 D. 26, 7 Idem (объясненіе выраженія „*merum jus compensationis*“ у Dernburg, 1-е и 2-е изд., стр. 3; 311 сл.) L. 15 D. 34, 9 (объ этомъ fragm. Dernburg въ Arch. f. civ. Praxis, т. 47 (1864 г.), стр. 306 сл.) L. 5 C. 4, 31. Alexander.—Объ основномъ принципѣ компенсаціи подобнымъ же образомъ выражается Dernburg, Comp. 1-е изд., стр. 371 сл., 376, 462 (2-е изд., стр. 361). — Конечно, въ основѣ компенсаціи взаимныхъ требованій лежитъ не одна только указанная идея, но и другіе принципы, вродѣ формулированнаго въ L. 3 D. 16, 2. Однако, намъ кажется, что, когда источники сводятъ компенсацію эту къ *aequitas*, то они имѣютъ въ виду ту мысль, которая приписана имъ въ текстѣ, ибо выраженія L. 6 C. 4, 31 болѣе соответствуютъ этой мысли, чѣмъ всякой другой. Ср. однако Leist, Civil. Studien, т. IV, стр. 241.

другія лица слѣдуютъ въ своемъ поведеніи точно такому-же образу дѣйствій. Идея, какъ видно, совершенно аналогичная съ той, которой придерживалось римское право и въ другихъ случаяхъ, при выработкѣ юридическихъ нормъ. Слѣдуетъ припомнить только упомянутую въ концѣ первой главы нашего труда статью эдикта: *«quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur»* и *aequitas*, къ которой сводитъ эту статью Ульпіанъ. На существованіе подобнаго же рода постулата и для претензій, исковымъ путемъ заявляемыхъ частными лицами другъ противъ друга, указываетъ разсужденіе того-же Ульпіана по поводу обвиненія въ *adulterium*, предъявленнаго противъ жены мужемъ, который также не отличался въ своей жизни чистыми нравами: *«periculum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat»* (L. 14 (13) § 5 D. 48, 5)²⁵⁵). Если такого рода несправедливая просьба предъявлялась въ гражданскомъ процессѣ, то справедливый судья отказывалъ въ осужденіи отвѣтчика на основаніи нея; въ этомъ и состоитъ общая черта всѣхъ тѣхъ случаевъ, которые мы объединяемъ подъ именемъ случаевъ компенсации обоюдной вины. Въ изложенномъ примѣрѣ, касающемся *adulterium*, дѣло идетъ объ уголовномъ процессѣ и въ результатѣ, несмотря на несправедливость обвиненія съ точки зрѣнія обвинителя, компенсации вины тѣмъ не менѣе не происходитъ, а только устанавливается, что при данныхъ обстоятельствахъ слѣдуетъ наказать и мужа, и жену. Изъ этого видно, что компенсация обоюдной вины ограничивалась предѣлами гражданского процесса. Это — весьма понятно; въ томъ, чтобы виновныя лица несли наказанія за свои уголовныя деликты, заинтересованъ не только частный обвинитель, но и все общество; этого рода деликты разсматриваются, какъ посягательства противъ всего юридическаго порядка; поэтому, при обсужденіи ихъ нельзя становится на точку зрѣнія одного только частнаго обвинителя.

Всѣ случаи, которые должны быть подведены подъ понятіе компенсации обоюдной вины, мы находимъ возможнымъ раздѣлить на двѣ категоріи, существенно другъ отъ друга отличающіяся.

²⁵⁵) См. также говорящую не о деликтахъ и правонарушеніяхъ L. 34 § 7 D. 12, 2 Ulp. *aequissimum enim hoc facit (praetor), cum non deberet displicere condicio iurijurandi ei, qui detulit.*

Первую категорию составляют тѣ случаи, въ которыхъ два лица по поводу одного и того-же юридическаго отношенія ²⁹⁶⁾ одинаково виновнымъ образомъ нарушили юридическія нормы и при этомъ оба взаимно дѣйствовали противъ субъективныхъ правъ или противъ интересовъ другъ друга. При такихъ условіяхъ судья долженъ признать несправедливымъ искъ, который каждый изъ участниковъ даннаго правоотношенія вздумалъ бы предъявить противъ другаго участника, по поводу виновныхъ дѣйствій послѣдняго. Безразличнымъ является при этомъ то обстоятельство, возникаетъ ли изъ этого отношенія при этихъ условіяхъ искъ для одной только стороны, или для обѣихъ вмѣстѣ. Безразличной является также величина суммы иска, который долженъ возникнуть въ послѣднемъ случаѣ для каждой стороны. Во вниманіе принимается лишь то, проявили ли обѣ стороны одинаковую степень виновности другъ противъ друга, требуетъ ли одинъ изъ противниковъ отъ другаго такого поведенія, котораго не находитъ нужнымъ требовать отъ себя самого. Этимъ и отличается компенсация обоюдной вины отъ обыкновенной компенсаціи двухъ взаимныхъ требованій. Отсюда слѣдуетъ, что въ описанныхъ случаяхъ все юридическое отношеніе, по поводу котораго обѣ стороны одинаково виновнымъ образомъ дѣйствовали другъ противъ друга, ни для одного изъ участниковъ не можетъ породить гражданскаго иска по поводу вины другаго участника. Это положеніе передается афоризмомъ: «*cum par delictum est duorum, semper operatur petitor et melior habetur possessoris causa*» (L. 154 D. 50, 17 *Ulpianus*), или же кратко выражается слѣдующимъ образомъ: «*paria delicta mutua pensatione dissolvuntur*» (L. 39 D. 24, 3 *Papinianus*) ²⁹⁷⁾.— Въ оправданіе такого отношенія къ случаямъ первой категоріи компенсаціи обоюдной вины Лабеонъ ссылается еще на одно соображеніе справедливости. Въ L. 4 § 13 D. 44, 4 *Ulpianus* мы читаемъ: «*Marcellus ait ad-*

²⁹⁶⁾ Мы не пали въ источникахъ примѣровъ того, чтобы компенсація вины двухъ лицъ другъ противъ друга наступала въ тѣхъ случаяхъ, когда каждый изъ противниковъ имѣетъ искъ по поводу вины другаго, но при этомъ вина обонхъ лицъ проявилась не по поводу одного и того-же юридическаго отношенія. Такъ напр., двѣ *actiones legis Aquiliae*, хотя бы основаны были на одинаковой степени виновности обонхъ делинквентовъ, не могутъ взаимно уничтожить другъ друга по правиламъ о *culpaе compensatio*.

²⁹⁷⁾ Ср. L. 3 § 3 D. 2, 10... *ab utraque parte dolo compensando*. L. 57 § 3 D. 18, 1.

versus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi²⁹⁸). Чтобы понять эту аргументацию Лабеоны, нужно припомнить, что по римским воззрѣніямъ, какъ мы уже имѣли случай упомянуть, каждый гражданскій искъ, возникающій на основаніи виновнаго поведенія какого-либо лица противъ другаго, считается средствомъ наказанія отвѣтчика даже тогда, когда онъ своимъ предметомъ имѣетъ чистое возмѣщеніе убытковъ²⁹⁹). Опираясь на это соображеніе, Лабеоны находить, что судья, если бы не сдѣлалъ *compensatio culpaе* въ случаяхъ первой категоріи, самъ бы погрѣшилъ противъ нашего постулата *aequitatis*, предписывающаго ему равное отношеніе къ обѣимъ сторонамъ, а не только далъ бы удовлетвореніе притязанію, которое представляется несправедливымъ съ точки зрѣнія самого истца. Въ самомъ дѣлѣ, допустимъ, что все данное отношеніе, имѣвшее мѣсто между взаимно виновными лицами, въ результатѣ одинаково виновной дѣятельности обоихъ участниковъ привело къ убыткамъ только для одного изъ нихъ, такъ что только для него и можетъ возникнуть искъ объ убыткахъ; судья, присуждая другую сторону къ уплатѣ по такому иску, далъ бы ей поводъ жаловаться на то, что по справедливому праву и передъ справедливымъ судьей она одна оказалась наказанной и притомъ къ прямой денежной выгодѣ своего противника, получившаго взысканную съ нея сумму, тогда какъ виновны были обѣ стороны одинаковымъ образомъ. Еслибы, далѣе, судья удовольствовался простымъ зачетомъ взаимныхъ требованій, возникающихъ для обѣихъ сторонъ изъ такого правоотношенія, то, въ случаѣ неравной величины понесенныхъ каждой стороной убытковъ, результатъ получился бы тотъ же самый: разницу исковыхъ суммъ уплатила бы только одна сторона и, слѣдовательно, только она явилась бы, по римскимъ воззрѣніямъ, наказанной за *communis malitia*.—Есть основаніе думать, что въ римскомъ классическомъ правѣ замѣчаются уже слѣды иной идеи, которая плохо вяжется съ воззрѣніями Лабеоны на функцію исковъ

²⁹⁸) Cf. L. 36 D. 4, 8. Marcianus.

²⁹⁹) См. Arndts, Pandekten, § 98 прим. g. h. i.

о возмѣщеніи убытковъ, а именно слѣды идеи, что въ гражданскомъ правѣ долженъ отсутствовать штрафной элементъ ³⁰⁰⁾; но несомнѣнно, что не только Лабеоны въ разобраннымъ фрагментѣ смотрѣли на иски объ убыткахъ, какъ на средство наказанія, но подобный же взглядъ повторяется и многими другими классическими юристами ³⁰¹⁾. — Мы имѣемъ въ источникахъ лишь нѣсколько примѣровъ случаевъ первой категоріи, гдѣ дѣлается *compensatio culpaе*. Если истецъ *dolo* препятствуетъ отвѣтчику, предоставившему *cautio in iudicio sisti*, явиться на судъ, а отвѣтчикъ равномѣрно *dolo* мѣшаетъ явѣ на судъ истца, то «*neutri eorum praetor succuri debet, ab utraque parte dolo compensando*» (L. 3 § 3 D. 2, 10 Iulianus). Если лица, заключающія покупку дома, оба знаютъ, что этотъ домъ сгорѣлъ и оба обманываютъ другъ друга, то изъ этого отношенія также ни одна сторона не можетъ съ успѣхомъ предъявить иска противъ другой «*dolo inter utramque partem compensando*». (L. 57 § 3 D. 18, 1 Paulus. L e n e l, Paling. Paul. 1116). Если оба товарища «*pari negligentia*» нанесли убытки товарищескому имуществу, то ни одинъ изъ нихъ не считается обязаннымъ передъ другимъ «*ipso jure compensatione negligentiae facta*». (L. 10 pr. D. 16, 2) ³⁰²⁾. Если на судѣ оказывается, что поводъ къ разводу своимъ поведеніемъ подали въ одинаковой степени какъ жена, такъ и мужъ, то ни одинъ изъ супруговъ не можетъ добиться осужденія другаго по *judicium de moribus*, «*paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur*» (L. 39 D. 24, 3. Papinianus) ³⁰³⁾.

³⁰⁰⁾ См. объ этомъ Ihering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht (Verm. Schriften, стр. 219 сл.; ср. стр. 289 сл.).

³⁰¹⁾ Источники цитированы у Agndts'a, см. выше прим. 299.

³⁰²⁾ Мы не можемъ согласиться съ выводами, которые Demelius, Jahrb. f. Dogmatik, т. 5, стр. 53—56 дѣлаетъ изъ этого фрагмента. Во второй части фрагмента яристъ, по нашему мнѣнію, могъ просто выразиться недостаточно подробно; *compensatio culpaе* могло здѣсь не имѣть мѣста просто потому, что тотъ изъ товарищей, который „*ex re communi aliquid percipit*“ могъ при этомъ быть субъективно совершенно невиновенъ, не проявить ни *dolus*, ни *culpa*.

³⁰³⁾ Не имѣть ли въ виду компенсаціи взаимной вины также Юліанъ въ L. 7 § 3 D. 48, 24, которую слѣдуетъ сопоставить съ L. 22 § 2 eod. Venulejus? Такъ, видимо, думала глосса (Gl. aut excerptioem ad L. 21 § 2 cit.), за которой слѣдуетъ v. D u h n, Arch. f. civ. Praxis, т. 48, стр. 50 сл., стр. 55. Однако, эту мысль слѣдуетъ отвергнуть уже потому, что дѣйствіе, совершенное *vi*, не можетъ компенсироваться съ дѣйствіемъ *clam*, какъ совершенно разнородное, и наоборотъ. Кроме

Въ послѣднемъ фрагментѣ Папиніанъ замѣчаетъ между прочимъ: *«id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicetur»*. Эта мысль лежитъ въ основѣ рѣшеній, какъ относящихся къ первой категоріи случаевъ *culprae compensatio*, такъ и имѣющихъ въ виду вторую категорію этихъ случаевъ. Эти случаи второй категоріи состоятъ въ слѣдующемъ. Два лица по поводу одного и того же правоотношенія нарушаютъ виновнымъ образомъ юридическія нормы, но при этомъ направляютъ свои правонарушенія не другъ противъ друга, но одно изъ нихъ или даже оба они поступаютъ вопреки нормамъ, ограждающимъ интересъ какого нибудь третьяго лица, или же, не нарушая интересовъ какого бы то ни было отдѣльнаго частнаго лица, дѣйствуютъ вообще противъ признаннаго правомъ гражданскаго порядка. Если затѣмъ одно изъ этихъ лицъ предъявляетъ къ другому гражданскій искъ, основывающійся на фактѣ нарушенія этимъ послѣднимъ въ данномъ гражданскомъ отношеніи нормъ права, то такой искъ, какъ несправедливый, не подлежитъ удовлетворенію. Примѣръ этого рода компенсаціи обоюдной вины мы находимъ въ одномъ рѣшеніи Павла. Эдиктъ претора устанавливалъ штрафной гражданскій искъ для лица, совершавшаго *in jus vocatio*, противъ того, кто силою помѣшаетъ этому предпріятію. Ульпіанъ, слѣдуя Офілію, полагалъ, что этотъ искъ не долженъ быть данъ тому лицу, которое совершало *in jus vocatio* также вопреки нормамъ эдикта (L. 1 § 2

того, при такомъ объясненіи правила было бы совершенно непонятно упоминаніе въ L. 7 § 3 *cit.* о „*stagna et necessaria causa*“. Вѣрнѣе, намъ кажется, видѣть въ L. 22 § 2 D. 43, 24 безусловное разрѣшеніе самопомощи противъ сооруженій, сдѣланныхъ *vi aut clam* въ предѣлахъ владѣнія лица, разрушающаго эти сооруженія (ср. L. 29 § 1 D. 9, 2), а въ L. 7 § 3 D. *eod.* разрѣшеніе самоуправнаго разрушенія строеній, сдѣланныхъ противозаконно во владѣніи иного лица, въ случаяхъ нетерпимыхъ отлагательства (ср. L. 10 § 16 D. 42, 8). Объ этомъ мы еще упомянемъ въ третьей главѣ.—Ср. объ этихъ фрагментахъ Stölzel, Jahrb. f. Dogm., т. 8, стр. 167 сл. Ihering, *ibidem*, т. 15, стр. 407 сл. Dernburg, Pand. т. I, § 284, пр. 23. Pernice, *Labeo* т. II, стр. 84 сл. Bekker, *Aktionen*, т. I, стр. 47, пр. 7.—Bekker, *Aktionen*, т. I, стр. 172 неправильно относитъ къ ученію о компенсаціи обоюдной вины правило „*vim vi repellere licet*“. Неодуманіе Voigt'a, *Ius nat.*, т. III, прим. 812 по поводу правила о *purgatio morae* объясняется его невѣрнымъ взглядомъ на *mora creditoris*; при послѣдовательной смѣнѣ *mora debitoris* и *mora creditoris* немисливо прилагать правило о компенсаціи обоюдной вины уже потому, что *mora creditoris* не есть вина; объ этомъ ниже.

D. 2, 7). Павелъ прибавляетъ слѣдующую мотивировку къ этому рѣшенію: «nam cum uterque contra edictum faciat, et libertus qui patronum vocat, et is qui patronum vi eximat: deteriore tam an loco libertus erit, qui in simili delicto petitoris partes sustinet. Eadem aequitas est in eo, qui alio quam quo debuerat in jus vocabitur: sed et fortius dicendum est non videri vi eximi eum, cui sit jus ibi non conveniri». (L. 2 D. 2, 7).— Та же идея лежитъ въ основѣ правила, недопускающаго вчинанія *condictio ob turpem vel injustam causam* въ случаѣ *turpitude* обѣихъ сторонъ: не можетъ основывать своего иска на фактѣ нарушенія нормъ права (или *boni mores*) другими лицами тотъ, кто въ томъ же правоотношеніи также виновнымъ образомъ нарушилъ нормы права (или *boni mores*); напрм., лицо, давшее деньги судѣ для того, чтобы его подкупить, не можетъ требовать даннаго обратно (L. 3. L. 4 pr. § 1. L. 8 inf. D. 12, 5. L. 5 pr. D. 12, 7) ³⁰⁴).

Само собою разумѣется, что справедливый судья не можетъ удовлетворить двумъ требованіямъ стороны, которыя взаимно исключаютъ другъ друга по своему содержанию ³⁰⁵).

Если судья постановилъ несправедливое рѣшеніе, несмотря на всѣ мѣры, принятыя противъ этого закономъ и лицами, назначающими судью, то на его *iniquitas* можно аппеллировать ³⁰⁶).

При конкурсномъ производствѣ нашъ постулатъ *aequitatis* обнаруживается въ той нормѣ права, согласно которой всѣ обыкновенные кредиторы, участвующіе въ конкурсѣ, должны быть удовлетворены равномѣрно изъ конкурсной массы ³⁰⁷).

³⁰⁴) О другихъ случаяхъ, которые нѣкоторыми исследователями также включаются въ ученіе о компенсаціи обоюдной винн, рѣчь будетъ ниже.

³⁰⁵) L. 39 D. 38, 1. L. 1 C. 6, 2. Cf. *Regelsberger*, *Pand.* т. I, стр. 655 пр. 8. *Merkel*, *Ueber den Konkurs d. Aktionen*, стр. 133 сл.

³⁰⁶) L. 1 pr. D. 49, 1 *Ulp.* L. 9 D. 2, 8. *Gajus*. Но ср. L. 27 § 2 D. 4, 8 *Ulp.*

³⁰⁷) L. 6 § 2 D. 42, 5 *Paulus*... *quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solverit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri, aut communicandum, quod acceperisti*. Объ этомъ фрагментѣ см. *Vangerow*, *Pandekten*, т. III, стр. 625 сл.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Второй постулат *aequitatis*. *Aequitas* требует, чтобы право предоставляло каждому субъекту полную самостоятельность и независимость въ сферѣ субъективныхъ гражданскихъ правъ, которыя приобрѣтены имъ на основаніи нормъ, выработанныхъ въ соотвѣтствіи съ требованіями общаго блага всѣхъ гражданъ.

Въ предыдущей главѣ мы убѣдились въ томъ, что справедливое право опредѣляетъ размѣръ юридической защиты, которая должна быть даваема интересамъ лицъ, составляющихъ гражданское общество, и форму, въ которой эта защита представляется каждому признанному правомъ интересу, сообразуясь съ требованіями общаго блага. Мы видѣли, что для этой цѣли законодатель долженъ принимать во вниманіе практическія потребности, удовлетвореніе которыхъ признается полезнымъ не съ точки зрѣнія какого либо отдѣльнаго лица, но въ интересахъ всего гражданского оборота, и долженъ руководиться тѣми воззрѣніями на природу гражданскихъ отношеній, которыя соотвѣтствуютъ умственному и нравственному развитію общества въ данную эпоху. Согласно этимъ требованіямъ, справедливое право опредѣляетъ, между прочимъ, при какихъ условіяхъ и въ такихъ предѣлахъ членамъ гражданского общества должна быть предоставлена свобода и власть для удовлетворенія ихъ потребностей, т. е. другими словами, каковы должны быть условія для приобрѣтенія субъективныхъ гражданскихъ правъ и къ какимъ послѣдствіямъ должно вести для субъекта приобрѣтеніе каждаго изъ этихъ правъ. Подъ вліяніемъ того постулата *aequitatis*, къ которому мы переходимъ въ настоящей главѣ, въ право въ сущности никакихъ новыхъ идей не вносится. Онъ является необходимымъ дополненіемъ

перваго постулата и, слѣдуя ему, законодатель и лица, примѣняющія нормы права къ жизни, въ сущности только продолжают и совершенствуют ту работу, которая сдѣлана уже ими на основаніи перваго постулата *aequitatis*, съ которымъ мы имѣли дѣло во второй главѣ.

Именно, нашъ второй постулатъ требуетъ, чтобы органы, создающіе и примѣняющіе нормы права, не отнимали одной рукой того, что они даютъ другой. Если они признали, что съ точки зрѣнія общаго блага гражданамъ при извѣстнаго рода условіяхъ можетъ быть предоставлена свобода и власть въ извѣстныхъ границахъ, то они должны позаботиться о томъ, чтобы какъ при созданіи, такъ и при примѣненіи къ жизни всякаго рода нормъ права, не появлялось такого рода абстрактныхъ юридическихъ положеній и рѣшеній по частнымъ случаямъ, которыя бы дѣлали возможнымъ для однихъ лицъ въ обществѣ подъ покровительствомъ права стѣснять и ограничивать эту свободу дѣйствій, предоставленную правомъ въ принципѣ другимъ лицамъ. Право только тогда будетъ справедливымъ, когда оно во всѣхъ мельчайшихъ случаяхъ гарантируетъ членамъ гражданского общества полную свободу и независимость отъ всѣхъ другихъ лицъ въ сферѣ субъективныхъ гражданскихъ правъ, приобретаемыхъ на основаніи условій, которыя содержатся въ нормахъ, опредѣлившихъ размѣры и форму защиты интересовъ отдѣльныхъ лицъ соответственно съ практическими запросами гражданского оборота и воззрѣніями общества на юридическія отношенія ^{307a}).

Изъ этого общаго постулата *aequitatis*, въ свою очередь, вытекаетъ нѣсколько частныхъ положеній. Мы находимъ возможнымъ, именно, раздѣлить всѣ относящіяся сюда источники на четыре группы, согласно четыремъ основнымъ положеніямъ. Эти положенія состоятъ въ слѣдующемъ.

Справедливое право по мѣрѣ возможности предупреждаетъ вторженія лицъ, находящихся подъ его вѣдѣніемъ, въ сферу чужихъ субъективныхъ правъ; если такое вторженіе тѣмъ не менѣ со-

^{307a}) Ср. къ этому Cic. de off. II, 22, 78 и 79. *Labefactant... aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet... Quam autem habeat aequitatem, ut agrum multis annis aut etiam saeculis ante possessum, qui nullum habuit, habeat, qui autem habuit, amittat?*

стоится, то оно изглаживаетъ его вредныя послѣдствія для потерпѣвшаго и не допускаетъ виновнаго извлекать выгоды изъ своего дѣянія.

Справедливое право заставляетъ каждого члена гражданскаго общества отвѣчать только за самого себя; при иныхъ условіяхъ принципъ самостоятельности каждого въ сферѣ своихъ субъективныхъ правъ сдѣлался бы иллюзорнымъ. *Jus aequum* должно остерегаться такихъ нормъ или рѣшеній, которыя бы допустили, чтобы одни граждане получили юридическую возможность переложить на другихъ невыгодныя послѣдствія своихъ собственныхъ актовъ воли или ущербы отъ такихъ несчастныхъ случаевъ, которые исключительно касаются ихъ лично.

Справедливое право предоставляетъ каждому лицу возможность пользоваться своими субъективными гражданскими правами въ своихъ личныхъ интересахъ. Оно, по общему правилу, не даетъ возможности никому требовать отъ другихъ лицъ совершенія имущественныхъ тратъ въ чужихъ интересахъ. Каждый участникъ гражданскаго оборота можетъ требовать отъ другихъ лицъ предоставленія имущества только въ тѣхъ случаяхъ, когда это согласно съ заранѣе выраженной волею этихъ послѣднихъ лицъ, и въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ такое требованіе оправдывается содержаніемъ выраженной этими лицами воли.

Наконецъ, справедливое право содержитъ въ себѣ необходимыя средства для устраненія неосновательнаго обогащенія однихъ лицъ насчетъ другихъ во всѣхъ случаяхъ, когда таковое обогащеніе наступаетъ. Мы увидимъ въ своемъ мѣстѣ, что этотъ принципъ репрессіи неосновательнаго обогащенія является въ сущности результатомъ взаимодействія двухъ главныхъ постулатовъ *aequitatis*. Онъ является слѣдствіемъ проведенія въ право постулата независимости и самостоятельности каждого въ сферѣ своихъ субъективныхъ гражданскихъ правъ, но этотъ постулатъ иногда не можетъ быть проводимъ вполнѣ послѣдовательно, такъ какъ это является несовмѣстимымъ съ практическими потребностями оборота или же стоитъ въ противорѣчій съ воззрѣніями на гражданскія отношенія, соотвѣствующими умственному и нравственному развитію общества.

Это насъ приводитъ къ послѣднему общему замѣчанію, которое мы находимъ нужнымъ сдѣлать при характеристикѣ втораго общаго

принципа *aequitatis*. Мы уже видѣли отчасти во второй главѣ и замѣтимъ также при разборѣ источниковъ въ настоящей главѣ, что всѣ частныя положенія, вытекающія изъ втораго постулата справедливости, иногда терпятъ ограниченія въ своемъ послѣдовательномъ проведеніи подъ вліяніемъ практическихъ соображеній общаго блага. Это вполне понятно, ибо, какъ мы замѣтили выше, этотъ постулатъ является въ сущности лишь дополненіемъ перваго и стоитъ къ нему въ служебномъ отношеніи. Руководясь имъ, органы, вырабатывающіе и примѣняющіе къ жизни нормы права, только совершенствуютъ тѣ положенія, которыя созданы имъ въ соотвѣтствіи съ требованіями общаго блага, какъ оно понимается въ данной моментъ времени, но не поступаютъ въ разрѣзъ съ этими требованіями для сохраненія стройности воздвигаемаго ими зданія.

Мы переходимъ теперь къ анализу источниковъ, которые, по нашему мнѣнію, содержатъ въ себѣ ссылку на второй общій постулатъ *aequitatis*, причемъ расположимъ эти фрагменты по порядку охарактеризованныхъ выше четырехъ частныхъ положеній или постулатовъ, вытекающихъ изъ этого общаго постулата.

А. ПРЕДУПРЕЖДЕНІЕ ПРАВОНАРУШЕНІЙ И УСТРАНЕНІЕ ВРЕДНЫХЪ ПОСЛѢДСТВІЙ ОТЪ СОСТОЯВШИХСЯ ПРАВОНАРУШЕНІЙ.

а) *Jus aequum* должно содержать въ себѣ такія нормы, которыя по возможности предупреждаютъ самое совершеніе правонарушеній, и должно избѣгать нормъ такого содержанія, которыя давали бы поводъ надѣяться на возможность безнаказаннаго нарушенія чужихъ правъ.

На этомъ основаніи къ *aequitas* сводится обязанность, возлагаемая на cadaго субъекта права, защищать свои права съ помощью суда, но не прибѣгать къ самоуправству для осуществленія своихъ притязаній. Такъ, по поводу interdicta *quod legatorum* мы читаемъ у Ульпіана въ L. 1 § 2 D. 43, 3 слѣдующее: *<etenim aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis, sed ab herede petere; redigit igitur ad heredes per hoc interdicitum>*

tum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde [deinde K r u g e r] legatarii possint eum convenire». Основаніе подобнаго рода нормы понятно: при самоуправномъ осуществленіи правъ субъектъ легко можетъ подъ вліяніемъ раздраженія перейти границы дозволеннаго и подъ предлогомъ защиты своихъ правъ нарушить чужія безъ достаточнаго основанія.³⁰⁸⁾—Какъ извѣстно, это правило допускаетъ ограниченія только въ нѣкоторыхъ случаяхъ; такъ, правомъ дозволяется самозащита отъ нападеній со стороны другихъ лицъ, которыя насильственно желаютъ произвести измѣненіе въ наличномъ порядкѣ фактическихъ отношеній³⁰⁹⁾; далѣе допускается самоуправное уничтоженіе сооружений, vi aut clam воздвигнутыхъ въ предѣлахъ владѣній лица, прибѣгающаго къ самоуправству³¹⁰⁾; наконецъ, дозволяется самоуправное осуществленіе юридическихъ притязаній и въ другихъ случаяхъ, если, не прибѣгая къ этому пути, лицо рискуетъ понести важныя и непоправимыя потери (ex magna et necessaria causa)³¹¹⁾.

Объ институтѣ negotiorum gestio мы читаемъ у Гая въ L. 5 пр. D. 44, 7 слѣдующее: «Такого рода нормы установлены потому, что очень часто люди отправляются въ чужіе края, имѣя въ виду вернуться обратно въ самомъ непродолжительномъ времени, и вслѣдствіе этого никому не поручаютъ заботиться о своихъ дѣлахъ, а потомъ въ силу непредвидѣнныхъ обстоятельствъ по необходимости отсутствуютъ дольше, чѣмъ предполагали; несправедливо было допустить, чтобы имущество ихъ было расхищено, а оно несомнѣнно было бы расхищено, если бы тотъ, кто желалъ бы взяться за веденіе дѣлъ отсутствующаго, не имѣлъ никакого иска о полезныхъ издержкахъ, сдѣланныхъ имъ изъ своего

³⁰⁸⁾ См. L. 29 § 1 D. 9, 2 Ulpianus. Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni injuria agere Proculus scribit: debuisti enim mecum jus mihi non esse protectum habere agere: nec esse aequum damnum me pati rescissis a te meis tignis.

³⁰⁹⁾ Regelsberger, Pandekten, т. I, стр. 675 сл.

³¹⁰⁾ L. 29 § 1 D. 9, 2 cit. in fine, которую мы находимъ нужнымъ (см. выше прим. 303) толковать въ связи съ L. 22 § 2 D. 43, 24. Ср. Regelsberger, I. с. стр. 676 прим. 5.

³¹¹⁾ L. 10 § 16 D. 42, 8. Regelsberger, I. с. Сюда же мы присоединяемъ L. 7 § 3 D. 43, 24, о которой также шла рѣчь въ прим. 303; подъ ссылкой на aequitas разумѣется, конечно, въ такомъ случаѣ первый постулатъ aequitatis.

имущества на чужія дѣла, или если бы тотъ, дѣла котораго завѣдывались другимъ лицомъ, не имѣлъ права вчинить иска противъ лица, вмѣшавшагося въ его дѣла». ³¹²⁾—Мѣру, предупреждающую весьма вѣроятное нарушение чужихъ правъ, узаконяють на основаніи *aequitas* императоры Антонинъ и Веръ; въ L. 21 § 3 D. 49, 1 намъ разсказывается, что эти императоры признали справедливой секвестрацію плодовъ спорнаго участка по принесеніи апелляціи на судебное рѣшеніе, ибо были основанія думать, что апелляція принесена побѣжденнымъ въ первой инстанціи лицомъ только для того, чтобы замедлить исполненіе рѣшенія.—Трифонинъ полагаетъ, что онъ остается вѣрнымъ требованію справедливости, чтобы право не облегчало и не поощряло своими нормами совершенія правонарушений, только при слѣдующемъ разрѣшеніи возникшаго у него по поводу договора *depositum* вопроса: «Грабитель, разсказываетъ онъ въ L. 31 § 1 D. 16, 3, отдалъ вещи, похищенныя у меня, на сохраненіе Сею, который не зналъ о преступленіи, совершенномъ депонентомъ; долженъ ли Сей вернуть эти вещи грабителю или мнѣ? если мы примемъ во вниманіе только лицо, дающее на сохраненіе, и лицо, принимающее поклажу, самихъ по себѣ, то добросовѣстность сведется къ тому, чтобы ввѣренную вещь получилъ обратно тотъ, кто ее далъ; если-же мы пожелаемъ быть въ нашемъ рѣшеніи справедливыми, сообразуясь со всѣми обстоятельствами даннаго случая, т. е. примемъ во вниманіе интересы всѣхъ лицъ, которыхъ касается эта сдѣлка, то вещи эти должны быть возвращены мнѣ, у котораго онѣ отняты самымъ преступнымъ образомъ». «*Et probo hanc esse justitiam, заключаетъ свое разсужденіе Трифонинъ, quae saum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justiore repetitione*».—Тотъ же постулатъ *aequitatis* приводитъ Юліанъ въ оправданіе нормы, согласно которой легать долженъ быть принуждаемъ *judicium accipere* по поводу вещей, которыя онъ купилъ или по другому поводу получилъ во владѣніе *tempore legationis*: «*aliter enim potestas dabitur legatis sub hac specie res alienas domum auferendi*» (L. 25 D. 5. 1) ³¹³⁾.

³¹²⁾ См. подобное же разсужденіе объ опекунахъ въ L. 1 pr. D. 27, 4 Ulpianus.

³¹³⁾ См. также разсужденіе Нерація въ L. 17 D. 6, 2: «*Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio „si ea res possessoris non sit“*».

Такъ какъ съ принципами *aequi juris* несогласны дѣйствія, которыя виновнымъ образомъ совершаются для нарушенія чужихъ правъ или достойныхъ защиты интересовъ, то вполне естественнымъ является слѣдующее правило: *aequitas* не допускаетъ, чтобы такого рода правонарушительныя дѣйствія имѣли для лицъ, виновныхъ въ ихъ совершении, какія либо выгодныя послѣдствія. Это правило имѣютъ въ виду классическіе юристы въ нѣсколькихъ рѣшеніяхъ.

Такъ, къ *aequitas* сводятся рѣшенія, согласно которымъ *actio rei uxoriae*, по общему правилу въ эпоху классическихъ юристовъ не даваемая наслѣдникамъ жены, должна быть имъ представлена въ нѣкоторыхъ случаяхъ; именно, по мнѣнію Помпонія (слѣдующаго за Прокуломъ) искъ этотъ долженъ быть данъ наслѣдникамъ, если мужъ убьетъ свою жену для того, чтобы поживиться ея приданымъ: *non enim aequum est virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere* (L. 10 § 1 D. 24, 3)¹¹⁴; по мнѣнію Марцелла наслѣдникъ долженъ имѣть *a. rei uxoriae* въ томъ случаѣ, если мужъ оказался виновенъ въ томъ при реституціи приданаго жены (L. 57 D. 24, 3 *in f.*).—Въ L. 10 § 1 D. 2, 4 Ульпанъ сообщаетъ намъ, что тотъ же Марцеллъ признаетъ справедливымъ слѣдующее рѣшеніе: если при продажѣ рабыни было выговорено, что она должна сдѣлаться свободною, «*si prostituta esset*», и затѣмъ въ наступленіи этого условія оказался виновенъ самъ продавецъ, то вопреки общему правилу онъ не долженъ получить права патроната надъ этою женщиной.

Нашъ постулатъ *aequitatis* можетъ привести законодателя даже къ противодѣйствію такимъ актамъ, которые, строго говоря, падаютъ въ сферу субъективныхъ правъ дѣйствующаго лица. Именно, съ точки зрѣнія *aequi juris* нельзя пользоваться своими правами исключительно для того, чтобы этимъ путемъ нанести ущербъ интересамъ другихъ лицъ, достойнымъ вниманія законодателя. На этомъ основаніи въ L. 13, 15 D. 29, 4 Гай сводитъ къ *aequitas* постановленія эдикта «*si quis omissa causa testamenti etc.*».

Если, несмотря на всѣ принятія правомъ мѣры предупрежденія, нарушеніе чужихъ правъ было произведено дѣйствіемъ какого ни-

¹¹⁴) Въ Юстиниановомъ правѣ этотъ фрагментъ можетъ быть отнесенъ только къ *pactum de lucranda dote* (V e c h m a n n, *Dotalrecht*, т. II, стр. 437 пр. 1; стр. 441) и такъ его, дѣйствительно, толкуетъ г л о с с а.

будь лица, то *aequum jus* требуетъ, чтобы вредныя послѣдствія такого дѣйствія были изглажены и чтобы потерпѣвшему были возмѣщены всѣ его убытки. Однако, какъ мы имѣли случай указать выше, хотя всякое нарушеніе чужихъ правъ дѣйствіемъ другаго лица является несогласнымъ съ *aequitas*, отвѣтственность за убытки не наступаетъ въ классическомъ правѣ при наличности одной только причинной связи между дѣйствіемъ одного лица и нарушеніемъ правъ другаго лица. Такъ какъ эта отвѣтственность ведетъ къ уменьшенію имущества правонарушителя и такимъ образомъ является не только средствомъ удовлетворенія потерпѣвшаго, но и наказаніемъ для лица, нарушившаго чужія права, то признано было цѣлесообразнымъ требовать для ея наступленія наличности у правонарушителя субъективной виновности при совершеніи дѣйствія противъ чужихъ правъ

На этотъ постулатъ *aequitatis* указываетъ Ульпіанъ, сводя къ справедливости искъ объ убыткахъ, установленный преторомъ противъ того, кто *<dolo malo impedit aliquem iudicio sisti>* (L. 1 pr. D. 2, 10), *interdictum de vi* (L. 1 § 1 D. 43, 16), отвѣтственность за убытки домовладыки, злоумышленно уничтожившаго права кредиторовъ подвластнаго на а. *de in rem verso* (L. 10 § 6 D. 15, 3), или оказавшагося виновнымъ въ *dolus* при реституціи приданнаго, полученнаго имъ за женою подвластнаго (L. 36 D. 15, 1). Этимъ же постулатомъ руководятся въ своихъ рѣшеніяхъ и другіе юристы. ³¹⁵⁾

Иногда послѣдствія вторженія въ область чужихъ субъективныхъ правъ изглаживаются съ помощью *in integram restitutio*, которая въ этихъ случаяхъ сводится также два раза къ нашему постулату *aequitatis*. ³¹⁶⁾

b) Каждый долженъ держать свое слово и отвѣчать за свои рѣшенія. Свободная переменна рѣшеній является допустимой съ точки зрѣнія *aequitatis* до тѣхъ поръ, пока рѣшеніе лица не было выражено

³¹⁵⁾ См. L. 8 § 8 D. 20, 6. Marcianus. Potest tamen dici, cum Titii dolus in eam re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat, iniquissimum esse ludificari eum. L. 43 D. 40, 12. Imp. Hadrianus. ap. Pomponium.

³¹⁶⁾ L. 7 § 1 D. 4, 1. L. 23 § 1, 2 D. 4, 2 Ulpianus (cf. princ. h. l.: compulsum... inique indebitum solvisse...).

имъ въ серьезной формѣ передъ третьими лицами, такъ что эти послѣднія имѣли право положиться на него и сообразовать съ нимъ свои поступки. Съ этихъ же поръ лицо должно быть связано выраженной имъ волею и не можетъ ее мѣнять и односторонне отказываться отъ соблюденія разъ изъявленнаго рѣшенія. Справедливый законодатель долженъ принять въ свой кодексъ такого рода нормы не только потому, что онѣ отвѣчаютъ серьезнымъ практическимъ запросамъ общественной жизни, ибо безъ договорнаго права не можетъ развиваться и прогрессировать гражданскій оборотъ, но и потому, что въ противномъ случаѣ ни одинъ субъектъ права не окажется вполне самостоятельнымъ и независимымъ въ предоставленной ему законодателемъ согласно съ соображеніями общаго блага сферѣ гражданскихъ правъ. Вся его свобода и автономія въ этой сферѣ сдѣлается иллюзорной, если каждое третье лицо будетъ свободно въ перемѣнѣ рѣшеній, серьезно выраженныхъ имъ передъ нашимъ субъектомъ правъ и въ недержаніи данныхъ послѣднему и принятыхъ послѣднимъ общаній. Недержаніе слова является такимъ же вторженіемъ въ область чужой сферы правъ, какъ насиліе, тайное похищеніе имущества и т. п. грубые способы нарушенія чужихъ правъ. Нормы, узаконяющія необходимость оставаться вѣрнымъ разъ выраженному серьезно рѣшенію и исполнять договоры, заключенные съ другими лицами, сводятся поэтому источниками къ тому постулату справедливости, которымъ мы теперь занимаемся.

L. 3 § 1 D. 4, 8. Ulpianus. «Хотя преторъ никого не заставляетъ принимать на себя роль третейскаго судьи, ибо въ этихъ вопросахъ каждый является вполне свободнымъ и независимымъ, но, если кто либо разъ принялъ на себя эту роль, то преторъ полагаетъ, что это лицо должно стараться и заботиться о выполненіи возложенной на него задачи; это преторъ дѣлаетъ не потому только, что онъ стремится положить конецъ тяжбамъ [практическая потребность оборота], но и потому, что не должны подвергаться обманамъ тѣ, которые избрали это лицо, какъ добросовѣстнаго человека, посредникомъ между собою. Представъ себѣ, что третейскій судья, нѣсколько разъ выслушавши объясненія сторонъ, обнаруживъ сокровенныя обстоятельства каждой изъ сторонъ и открывъ ихъ дѣловыя тайны, отказывается отъ произнесенія рѣшенія или изъ партійности, или вслѣдствіе подкупа, или изъ какихъ либо иныхъ

соображений; кто станет отрицать, что преторъ поступает вполнѣ справедливо, если считаетъ себя обязаннымъ вмѣшаться въ это дѣло и заставить третейскаго судью выполнить ту услугу, которую онъ принялъ на себя?»³¹⁷⁾.

Fr. Vat. 153. «Кто обѣщаль отцу малолѣтняго взяться за опеку, тотъ не получаетъ *excusatio*, ибо является несправедливымъ, что не даны [отцомъ] другіе опекуны».

Мы полагаемъ, что къ нашему постулату *aequitatis* должны быть сведены еще слѣдующія рѣшенія.

L. 31 § 17 D. 21, 1 Ulpianus. «Если проданный рабъ возвращенъ назадъ (*redhibitio*), то для полученія обратно цѣны, уплаченной за него, дается *actio in factum*; при обсужденіи этого иска не возбуждается вопросъ о томъ, дѣйствительно ли рабъ находился въ состояніи, которое оправдываетъ его *redhibitio*, но принимается во вниманіе лишь то, была ли совершена на самомъ дѣлѣ его *redhibitio*, и не безъ основанія: вѣдь было бы несправедливо, чтобы продавецъ, послѣ того какъ, принимая обратно раба, онъ призналъ, что рабъ этотъ подлежитъ *redhibitioni*, затѣмъ возбуждалъ вопросъ, долженъ ли этотъ рабъ быть возвращенъ обратно, или не долженъ; не возбуждается также вопросъ о времени, т. е. возвращенъ ли рабъ въ теченіе закономъ предписаннаго срока».

L. 9 D. 27, 10 Negatius: «Если сенатъ дозволилъ назначать кураторовъ для продажи имущества извѣстныхъ лицъ³¹⁸⁾, то онъ не дозволилъ кредиторамъ совершать *bonorum venditio* такого лица, хотя бы кредиторы по предоставленіи этой льготы затѣмъ пожелали совершить *bonorum venditio*: ибо, если до принятія окончательнаго рѣшенія (*re integra*) въ ихъ власти выбирать тотъ или другой путь, то, по избраніи одного способа, они должны считать несуществующимъ для себя другой способъ. Тѣмъ болѣе справедливо соблюдать это правило, если даже назначенъ уже кураторъ для продажи имущество [т. к. при этихъ условіяхъ рѣшеніе кредиторовъ является несомнѣнно принятымъ и выраженнымъ въ серьезной, дѣловой формѣ], хотя бы этотъ кураторъ умеръ, не окончивъ своего дѣла;

³¹⁷⁾ Ср. точно такое же разсужденіе Павла въ L. 17 § 3 D. 13, 6, не сопровождаемое только ссылкой на *aequitas*.

³¹⁸⁾ См. объ этомъ Keller, *Civilprozess* (5-е изд.) стр. 424.

ибо въ такомъ случаѣ долженъ быть вновь назначенъ другой кураторъ и т. д.» (остальная часть рѣшенія къ нашему постулату справедливости не относится).

L. 5 C. 8, 15 (16). Imp. Diocletianus et Maximianus (a. 286). «Если вещь, данная въ залогъ въ то время, когда она еще не принадлежала къ имуществу должника, затѣмъ начинаетъ принадлежать къ его имуществу, то очевидно, что обыкновенный искъ о залогѣ не можетъ быть данъ, но *aequitas* приводитъ къ тому, что легко дается *utilis persecutio exemplo pignoratitiae*». Было бы несправедливо «допускать, чтобы залогодатель отрицалъ теперь свою волю установить залогъ и къ первому обману прибавлялъ еще вторую неправду— невозобновленіе раньше изъявленной воли»¹¹⁹⁾.

Если лицо, заключившее договоръ съ другимъ лицомъ, виновнымъ образомъ не выполняетъ принятой имъ на себя обязанности, то *aequitas* требуетъ, чтобы это лицо принуждено было возмѣстить контрагенту всѣ убытки, происшедшія для послѣдняго отъ недержанія первымъ своего слова.

L. 14 § 2 D. 13, 5. Ulpianus. «Если кто-либо заключилъ конститутъ, въ которомъ онъ обѣщаль предоставить за себя въ качествѣ поручителя извѣстное лицо, то онъ, какъ и въ другихъ случаяхъ, отвѣчаетъ за исполненіе своего слова; такъ пишетъ и Помпоній.... Какое рѣшеніе постановить, если лицо [поручительство котораго было обѣщано], умерло раньше, [тѣмъ приняло на себя поручительство]? Если должникъ былъ *in mora*, то справедливо, чтобы онъ, какъ конститутентъ, предоставилъ кредитору его интересъ или же другое, не менѣе надежное лицо въ качествѣ поручителя; если же никакой *mora* съ его стороны не было, то я склоненъ полагать скорѣе, что онъ не отвѣчаетъ». — При обсужденіи этого рѣшенія мы должны имѣть въ виду, что *mora debitoris*, о которой здѣсь идетъ рѣчь, является виновнымъ нарушеніемъ со стороны должника своей обязанности изъ

¹¹⁹⁾ Dernburg, Pfandrecht, т. I, стр. 286. — Ср. съ этимъ L. 21 § 5 D. 4, 8 Papin. ap. Ulp.: „quod si per eum factum est, aequissimum esse cogi eum a praetore sequens recipere“. — Нашъ постулатъ имѣетъ въ виду еще слѣдующіе источники: L. 7 § 10 D. 2, 14 Ulp.: „iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, hoc iterum conatur destruere“. L. 12 C. 2, 3. L. 36 C. 2, 4. Exceptio pacti и *jurisjurandi* въ § 3, 4 J. 4, 13. Эготъ постулатъ долженъ привѣяться и къ фиску. L. 50 D. 49, 14. L. 2 C. 10, 5.

заклученной obligatio и что отвѣтственность должника за casus послѣ того есть только частное послѣдствіе общаго принципа, согласно которому должникъ обязанъ возмѣстить кредитору всѣ убытки, понесенные послѣднимъ вслѣдствіе этой вины должника ³²⁰).

На нашъ постулатъ aequitatis, требующій исполненія даннаго слова («aequum est fidem implere»), ссылается Ульпіанъ разъ по поводу такого договора, изъ котораго, строго говоря, согласно основнымъ принципамъ права никакого иска возникать не могло, ибо онъ заключенъ былъ съ лицомъ, не имѣющимъ возможности прибрѣтать для себя никакихъ правъ и выступать стороною въ процессъ, т. е. съ рабомъ. Въ jus aequum классическаго періода проглядываетъ идея, что и слово, данное рабу, слѣдуетъ держать. Именно, ссылку на aequitas въ указанныхъ выше словахъ дѣлаетъ Ульпіанъ въ L. 4 § 8 D. 40, 1 по поводу института redemptio suis nummis, получившаго признаніе въ одной epistola divorum fratrum (L. 4 pr. D. eod.). Суть института состоитъ въ томъ, что рабъ можетъ заключить съ какимъ-либо третьимъ лицомъ договоръ о выкупѣ его у собственника на средства самого раба. Если третье лицо совершить эту покупку и рабъ возмѣститъ ему его издержки, то рабъ можетъ добиваться судебнымъ порядкомъ отъ своего новаго господина отпущенія его на волю на основаніи состоявшагося соглашенія, и покупатель раба долженъ подчиниться этому требованію, ибо «aequum est fidem contractus implere». Уступка нарушаемымъ принципамъ права выражается въ томъ, что рабу не дается настоящая actio, а ему позволяется только «consistere cum domino suo, cujus in fidem confugit, et queri, quod ab eo non manumittatur» (L. 5 pr. D. eod.) ³²¹).

Если обѣ стороны, участвовавшія въ соглашеніи, не желаютъ соблюдать его, то aequitas требуетъ, чтобы онѣ обѣ были освобождены отъ обязанности держать данное другъ другу слово ³²²).

³²⁰) См. Mommsen, Beiträge, т. III, § 20 (особ. стр. 197); т. I, § 23. Windscheid, Heidelb. Krit. Zeitschr., т. II, стр. 129 сл.; Pand. § 280, 2. Brinz, Pand. т. II, стр. 301.

³²¹) См. объ этомъ Kuntze, Die Obligationen und Jus extraordinarium, стр. 190 сл.; 326, пр. 17 (1886 г.) Cursus § 369. Voigt, Jus nat. т. III, стр. 870. прим. 665; т. IV, 1, стр. 17. Bekker, Aktionen, т. II, стр. 195, пр. 11.

³²²) L. 14 C. 2, 4 Diocl. et Max. (a 290). Si diversa pars contra placitum agere nititur, aequitatis ratio suadet refusa pecunia, cum et tu hoc desideras, causam ex integro agi.

В. ПРИНЦИПЪ ОТВѢТСТВЕННОСТИ КАЖДАГО ЧЛЕНА ОБЩЕСТВА ТОЛЬКО ЗА САМОГО СЕБЯ.

а) Здѣсь прежде всего мы встрѣчаемся съ любопытнымъ правиломъ, касающимся предѣловъ отвѣтственности, которая устанавливается нормами права по поводу убытковъ, наносимыхъ дѣйствіями однихъ лицъ имуществу другихъ. Какъ мы уже видѣли, по общему правилу отвѣтственность эта возникаетъ лишь при совершеніи дѣйствій злоумышленныхъ и при извѣстныхъ обстоятельствахъ также неосторожныхъ, но возможны случаи, когда законъ вмѣняетъ въ обязанность субъекту отвѣчать за убытки, возникшіе отъ его дѣйствія, независимо отъ того, была ли на лицо при совершеніи этого дѣйствія какая бы то ни было степень субъективной виновности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ отвѣтственности за убытки изучаемый нами теперь постулатъ справедливости приводитъ къ слѣдующему правилу. Отвѣтственность за убытки, возникшіе вслѣдствіе извѣстнаго дѣйствія даннаго лица (безразлично виновнаго или невиновнаго), по справедливости должна простираться лишь такъ далеко, пока причинная связь между наступившими убытками и дѣйствіемъ отвѣчающаго за нихъ по закону лица не будетъ прервана такого рода умышленнымъ или неосторожнымъ дѣйствіемъ самого потерпѣвшаго или (въ нѣкоторыхъ случаяхъ по крайней мѣрѣ) третьяго лица, безъ котораго дальнѣйшіе убытки не наступили бы и при наличности котораго въ связной цѣпи причинъ и слѣдствій самъ потерпѣвшій или третье лицо являются ближайшими виновниками наступленія дальнѣйшихъ убытковъ. Поступая инымъ образомъ въ подобныхъ случаяхъ, право заставило бы первое лицо отвѣчать не только за свои дѣйствія, но и за поступки потерпѣвшаго или третьяго лица.—Это правило приводитъ къ тому, что отвѣтственность за убытки иногда совсѣмъ не возникаетъ, или же ограничивается извѣстными предѣлами. Нѣкоторыя изъ относящихся сюда рѣшеній прямо сводятся къ *aequitas*.

Возьмемъ сперва тѣ случаи, въ которыхъ отвѣтственность за убытки по закону должна возникнуть по поводу виновнаго дѣйствія одного лица по отношенію къ интересамъ другаго. Таковы случаи отвѣтственности на основаніи *lex Aquilia*. Мы имѣемъ въ нашихъ источникахъ примѣры, что эта отвѣтственность совсѣмъ не возни-

каеть, ибо причинная связь между неосторожнымъ дѣйствіемъ одного лица противъ другаго сразу прерывается собственно неосторожностью потерпѣвшаго ущербъ лица. Такъ, если *tonsor* (брадобрѣй) помѣстился для своихъ операций въ людномъ мѣстѣ, гдѣ его постоянно могли толкнуть, то онъ совершилъ неосторожность по отношенію къ своимъ кліентамъ; но и самъ кліентъ, поручившій себя услугамъ *tonsoꝛis* въ такомъ мѣстѣ, является не менѣе неосторожнымъ къ самому себѣ; если въ результатѣ *tonsoꝛ* дѣйствительно поранить своего кліента, получивъ толчекъ отъ проходящихъ, то онъ не отвѣчаетъ за убытки; причинная связь прервана съ самаго начала неосторожностью самого кліента; будь послѣдній осторожнымъ въ достаточной степени, — онъ всецѣло предотвратилъ бы наступленіе постигшаго его ущерба (*L. 11 pr. D. 9, 2 Ulp.*). — Примѣръ простаго ограниченія отвѣтственности за нанесенные убытки на основаніи тѣхъ же соображеній мы имѣемъ въ *L. 30 § 4 D. 9, 2*. Нѣкто нанесъ рану рабу, который затѣмъ умеръ; лицо, виновное въ нанесеніи раны отвѣчаетъ лишь за пораненіе, а не за убійство, разъ окажется, что рабъ не умеръ бы, если бы его господинъ заботливо отнесся къ его лѣченію. — Перерывъ причинной связи дѣйствіемъ третьяго лица мы встрѣчаемъ въ *L. 52 pr. D. eod.*: при тѣхъ же условіяхъ, какъ и въ предыдущемъ примѣрѣ, рабъ, раненый не смертельно, умираетъ по винѣ несвѣдующаго врача, приглашеннаго для его лѣченія.

Другой примѣръ такого-же рода, гдѣ отвѣтственность за убытки, нанесенные виновнымъ дѣйствіемъ, не возникаетъ совсѣмъ, ибо причинная связь съ самаго начала прерывается виновнымъ дѣйствіемъ третьяго лица, мы имѣемъ въ *L. 5 D. 27, 8*. Здѣсь Юліанъ, ссылаясь на *aequitas*, постановляетъ слѣдующее рѣшеніе. Если одинъ изъ двухъ опекуновъ, которые раздѣлили между собою управленіе дѣлами опеки, былъ назначенъ со стороны магистрата безъ представленія *cautionis* и затѣмъ умеръ, не оставивши наслѣдниковъ, то ближайшимъ виновникомъ убытковъ, происшедшихъ для пупилла въ результатѣ всего этого, Юліанъ считаетъ не магистрата, но втораго опекуна, который допустилъ безъ протеста своего товарища, не предоставившаго обезпеченія, къ *administratio*. Поэтому противъ втораго опекуна, а не противъ магистрата пупиллъ долженъ по справедливости вчинать свой искъ. Если же на сторонѣ втораго опекуна

не было вины, то ближайшим виновником убытковъ является магистратъ, и Юлианъ даетъ искъ противъ него (L. 3 D. eod.).

Такие же примѣры мы встрѣчаемъ по поводу отвѣтственности за убытки, нанесенные другимъ лицамъ дѣйствіями, при которыхъ закономъ не требуется наличности субъективной виновности, какъ условія отвѣтственности. — Мы увидимъ ниже, что по римскому праву мандантъ обязанъ былъ возмѣстить мандатарію всѣ рѣшительно убытки и издержки, которые мандатарій понесъ при исполненіи мандата и которые стоятъ въ тѣсной причинной связи съ возложеніемъ на него порученія (*damnum quod mandato imputatur*). Однако, если въ эту причинную связь замѣшивается собственная неосторожность или умыселъ мандатарія, то мандантъ не обязанъ возмѣщать тѣхъ убытковъ, которые не наступили бы въ случаѣ отсутствія *culpa* или *dolus* мандатарія. Мы имѣемъ два рѣшенія по этому поводу, содержащія въ себѣ ссылку на *aequitas*.

L. 67 D. 46. 1 *Paulus libro tertio ad Neratium, Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus injuria judicis damnatus es: nihil tibi praestabitur jure mandati, quia injuriam, quae tibi facta est, repes te manere, quam ad alium transferre aequius est, scilicet si culpa tua injustae damnationis causam praebuisti.* ³²³⁾

L. 8 § 8 D. 17, 1 *Ulpianus* содержитъ другую ссылку на *aequitas* въ томъ же самомъ смыслѣ, но говорить только о *dolus* мандатарія. ³²⁴⁾

Такого же рода рѣшенія мы имѣемъ по поводу отвѣтственности за эвикцію. Эта отвѣтственность, которая наступаетъ, какъ мы видѣли выше, помимо изслѣдованія вопроса о субъективной виновности продавца, отчуждившаго не принадлежащую ему вещь, не распро-

³²³⁾ *Lenel, Palingenesia, Paulus 1047* предполагаетъ и, по нашему мнѣнію, вполне основательно, что предъ словами „*scilicet etc*“ выпала *inscriptio: Paulus notat*. Въ подтвержденіе стоитъ только сравнить текстъ другихъ фрагментовъ изъ того же сочиненія Павла, сопоставленныхъ у *Lenel*. Въ такомъ случаѣ подозрѣнія *Mommsen's, Ergrterungen, т. II, стр. 65 прим. 9* объ интерполяціи этого фрагмента являются неосновательными. Въ смыслѣ Павла подъ *aequitas* нужно понимать именно нашъ постулатъ; *Нерацій* думалъ иначе, или же недостаточно ясно выразилъ свою мысль.

³²⁴⁾ Ср. также L. 62 (61) § 7 D. 47, 2, о которой подробно рѣчь будетъ ниже; тамъ будетъ сказано также о значеніи дѣйствій третьихъ лицъ въ этомъ случаѣ.

страняется на тѣ убытки, которыхъ не понесетъ бы покупатель въ случаѣ должной осторожности съ своей стороны. ³²⁵⁾—Далѣе, есть примѣры, относящіеся къ отвѣтственности продавца за пороки вещи; по общему правилу при *redhibitio* продавецъ обязанъ возстановить покупателя въ то положеніе, въ которомъ послѣдній находился бы, если бы никакой купли-продажи не состоялось ³²⁶⁾; однако, онъ не долженъ вознаграждать покупателя за такого рода ущербъ, понесенный послѣднимъ вслѣдствіе покупки, который не наступилъ бы при наличности достаточной осмотрительности самого покупателя въ своихъ поступкахъ послѣ совершенія купли ³²⁷⁾.

Въ полной гармоніи съ этимъ находится и то обстоятельство, напр., что отвѣтственность по эдикту эдиловъ не наступаетъ совсѣмъ, если покупатель при заключеніи купли зналъ о порокахъ покупаемаго товара, т. е. былъ самъ *in dolo*, или же дѣйствовалъ *dissoluta negligentia*. ³²⁸⁾ Если мы въ L. 48 § 4 D. 21, 1 тѣмъ не менѣе усмотрѣли ссылку не просто на нашъ постулатъ *aequitatis*, а на практическую цѣль, которою руководились эдилы при изданіи своихъ постановленій ³²⁹⁾, то это сдѣлано было по слѣдующимъ соображеніямъ. Эдилы отступили въ своемъ эдиктѣ подъ вліяніемъ чисто практическихъ стремленій отъ того общаго принципа, что никто не отвѣчаетъ за дѣйствія, не содержащія въ себѣ элемента субъективной виновности. Поэтому, безъ разсмотрѣнія цѣли, преслѣдуемой ихъ постановленіями, нельзя было дать отвѣта и на вопросъ, долженъ ли продавецъ отвѣчать въ случаѣ знанія покупателя о порокахъ товара или его *lata negligentia* въ этомъ отношеніи; эдилы вѣдь могли въ этомъ случаѣ также отступить отъ общихъ принциповъ права; и дѣйствительно, анализъ практическихъ цѣлей, преслѣдуемыхъ постановленіями эдиловъ, привелъ напр., къ тому, что только *dissoluta ignorantia* покупателя при вступленіи въ договоръ уничтожаетъ отвѣтственность продавца; требовать отъ покупателя

³²⁵⁾ L. 11 § 12 D. 19, 1. L. 45 § 1 D. eod. L. 29 § 1. L. 56 § 3. L. 66 pr. D. 21, 2. L. 1 C. 4, 64.—Ср. аналогичное рѣшеніе въ L. 22 § 4 D. 13, 7.

³²⁶⁾ L. 23 § 7 D. 21, 1.

³²⁷⁾ L. 23 § 8 D. 21, 1. Ср. ко всему изложенному *M o m m s e n*, Beiträge, т. III стр. 157—159.

³²⁸⁾ *Wind s c h e i d*, Pand., т. II, § 393 пр. 6.

³²⁹⁾ См. выше прим. 192 сл.

diligentia diligentis viri вовсе не входило въ расчетъ эдиловъ, а потому было бы немислимо допускать здѣсь ссылку продавца на то, что ближайшей причиною покупки негоднаго товара служила *culpa levis* самого покупателя, т. е. отсутствіе этой *diligentia diligentis*, и на этомъ основаніи освобождать продавца.

Нѣкоторыя выраженія источниковъ даютъ намъ основаніе думать, что изложенное правило не примѣнялось въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, нанесшее убытки, дѣйствовало *dolo*, а лицо потерпѣвшее поступало только неосторожно. Въ такого рода случаяхъ правонарушитель отвѣчаетъ за наступившій отъ его дѣйствія ущербъ въ полномъ размѣрѣ, независимо отъ того, что потерпѣвшій могъ при должной осмотрительности предотвратить наступленіе этого ущерба вполне или отчасти ³³⁰). Это объясняется стремленіемъ римскихъ юристовъ увеличить вообще возможно болѣе отвѣтственность за *dolus*; это стремленіе не въ одномъ только данномъ отношеніи приводило ихъ къ отказу примѣнять общія правила къ случаямъ злона-мѣреннаго нарушенія чужихъ правъ; выше мы уже имѣли случай коснуться этого явленія ³³¹).

Подводитъ разобранное нами правило подъ рубрику компенсаціи обоюдной вины, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые современные писатели ³³²), является совершенно неосновательнымъ уже потому, что, если небрежность лица, терпящаго убытки, къ своимъ собственнымъ интересамъ и называется въ источникахъ также <*culpa*>, то во всякомъ случаѣ она не можетъ быть названа виною въ томъ же самомъ смыслѣ, какъ небрежность къ чужимъ интересамъ лица, наносящаго своимъ дѣйствіемъ убытки другому лицу; первое лицо своею небрежностью не нарушаетъ ни нормъ права, ни даже добрыхъ

³³⁰) См. L. 9 § 4 D. 9, 2 in f.: „qui tamen data opera in eum jaculatus est, utique Aquilia tenebitur“, L. 45 § 1 D. 19, 1 in f. „in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet“.

³³¹) См. выше прим. 33 слл.—L. 9 § 4 cit. L. 28 § 1 L. 52 § 1 D. 9, 2 и § 4 J. 4, 3, поскольку въ нихъ не упоминается прямо о *dolus* лица, нанесшаго ущербъ, къ нашему вопросу совсѣмъ не относится; фактической составъ разбираемыхъ здѣсь случаевъ таковъ, что при наличности неосторожности на сторонѣ потерпѣшаго здѣсь возможенъ со стороны лица, нанесшаго ущербъ, только *dolus* или же полное отсутствіе субъективной вины, а потому и всякаго основанія для отвѣтственности за убытки по *lex Aquilia*. См. Demelius, Jahrb. f. Dogm. т. 5, стр. 59 сл.

³³²) Напр. Demelius въ только что упомянутой (прим. 331) статьѣ.

правовъ. Во вторыхъ, давать такое названіе правилу, проявляющемуся въ только что рассмотрѣнныхъ нами рѣшеніяхъ, неумѣстно, такъ какъ мы видѣли, что нерѣдко въ этихъ случаяхъ лицо, нанесшее своимъ дѣйствіемъ ущербъ другому, отвѣчаетъ и помимо всякой субъективной вины съ своей стороны. Наконецъ, какъ мы видѣли въ L. 52 pr. D. 9, 2 и въ L. 5 D. 27, 8, наше правило примѣняется также въ случаяхъ перерыва причинной связи дѣйствіемъ третьяго лица; здѣсь дѣлается уже совершенно немислимымъ говорить о компенсаціи обоюдной вины (*culpaе compensatio*) потерпѣвшаго и нанесшаго ущербъ лица, въ какомъ бы смыслѣ мы не вздумали принимать слово «вина» или «*culpa*». Въ источникахъ, сколько намъ извѣстно, выраженіе «*culpaе compensatio*» по поводу разобранныхъ нами въ данномъ мѣстѣ рѣшеній не встрѣчается ³³³).

b) Первая группа рѣшеній, разобранныхъ нами, основана, такимъ образомъ, на той мысли, что всякое лицо, отвѣчающее за свои дѣйствія, должно изглаживать лишь тѣ послѣдствія, которыя на самомъ дѣлѣ стоятъ въ причинной связи съ дѣйствіемъ, дающимъ поводъ къ возникновенію отвѣтственности. Слѣдующія группы рѣшеній указываютъ на то, что юридическая отвѣтственность, по справедливости, должна вообще имѣть мѣсто только по поводу дѣйствій самого лица отвѣчающаго. *Aequitas* не допускаетъ, чтобы для кого либо возникала юридическая отвѣтственность по поводу дѣйствій, совершенныхъ безъ его участія другими лицами ³³⁴).—Обратимся сперва къ рѣшеніямъ, касающимся отвѣтственности за правонарушенія.

Невыгодныя послѣдствія, связанные по закону съ нарушеніемъ юридическихъ нормъ, должны наступать по требованію *aequitatis* для

³³³) *Demelius*, l. c., стр. 67 сл. дѣлаетъ еще одну ошибку; онъ пытается объяснить всѣ эти случаи „компенсаціи вины“ по его выраженію тѣмъ, что при наличности данныхъ обстоятельствъ потерпѣвшій самъ желалъ наступленія понесеннаго ущерба, но не примѣненіемъ установленнаго нами постулата *aequitatis*, согласно которому каждый долженъ отвѣчать только за себя и свои дѣйствія; конечно, объявленіе *Demelius*'а является вполне непримѣнимымъ къ тѣмъ случаямъ, когда потерпѣвшій дѣйствовалъ только небрежно. Ср. *Heesse*, *Archiv f. civ. Praxis*, т. 61, стр. 254. *Pegnise*, *Sachbeschädigungen*, стр. 58 сл. *Labeo*, т. II, стр. 36 пр. 16.

³³⁴) Ср. общую сентенцію въ L. 5 D. 22, 6 *Terentius Clemens*. *Iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius quam suam nocere vel ignorantiam alterius alii profuturam*. L. 37 D. 19, 1 *Paulus*.—*Plautus*, *Trin.* II, 4, 187. *Aequum videtur, quin, quod peccarim... potissimum mihi id obsit*.

того именно лица, которое совершило дѣйствія, противорѣчащія предписаніямъ и запретамъ объективнаго права. Никто не долженъ по общему правилу отвѣчать за правонарушительныя дѣйствія, совершенныя безъ его участія другими лицами, и невыгодныя послѣдствія, наступающія по закону въ результатѣ совершенія такихъ дѣйствій, не должны задѣвать правъ и интересовъ лицъ, непричастныхъ къ правонарушенію. Съ этимъ постулатомъ справедливости должны сообразоваться какъ органы, вырабатывающіе абстрактныя нормы права, такъ и органы, примѣняющіе право къ жизни. Отступать отъ этого постулата справедливости и узаконять отвѣтственность за чужую вину *aequum jus* можетъ лишь тогда, когда этого настоятельно требуютъ практическія нужды оборота; примѣры этого мы уже видѣли выше. Но во всякомъ случаѣ, область примѣненія такихъ исключительныхъ нормъ, разъ онѣ по настоятельной нуждѣ признаны законодателемъ, должна ограничиваться тѣми предѣлами, въ которыхъ отвѣтственность за чужую вину является для общаго блага неизбѣжной. Въ этомъ смыслѣ мы имѣемъ слѣдующее рѣшеніе по поводу уже извѣстной намъ *a. de effusis et dejectis*.

L. 5 § 2 D. 9, 3. *Ulpianus. Interdum tamen, quod sine captione actoris fiat, oportebit praetorem aequitate motum in eum potius dare actionem, ex cujus cubiculo vel exedra dejectum est, licet plures in eodem cenaculo habitent* ³⁵⁾).

Ссылку на этотъ постулатъ *aequitatis*, согласно которому каждый долженъ отвѣчать только за свои правонарушительныя дѣйствія, мы встрѣчаемъ въ довольно многихъ фрагментахъ. — Въ L. 36 pr. D. 40,5 *Marcianus* рѣшаетъ, что *pupillus* не долженъ терять патроната надъ вольноотпущеннымъ, если даже опекунъ его *data opera* отказался явиться для предоставленія свободы, отказанной рабу въ *fideicommissis*, «*quia et iniquum est facto tutoris, qui forsitan soluendo non sit, pupillum damno adfici, et senatusconsulto [Rubriano] non continetur alius quis, quam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem*». — Ту же самую ссылку на возможность неспособности къ платежу истиннаго виновника событія, по поводу котораго возникаетъ отвѣтственность, дѣлаетъ Павелъ въ слѣдующемъ случаѣ: *Ursejus Ferox* излагаетъ рѣшеніе *Прокула*, согласно которому

³⁵⁾ Ср. также L. 2 § 9 D. 50, 8. L. 45 § 9 D. 49, 14.

Уч. Зап., ст. Хвостова.

а. aquae pluviae arcendae можетъ быть вчинаема противъ каждаго изъ сособственниковъ *fundi communis ex quo aqua poset*, такъ что и *socius*, не виновный въ перемѣнѣ теченія воды, можетъ быть принужденъ къ восстановленію прежняго теченія на свой счетъ, съ тѣмъ чтобы онъ затѣмъ взыскалъ свои издержки посредствомъ а. *communiundi dividundo* съ виновнаго сособственника: самъ *Ferox*³³⁶⁾ замѣчаетъ по этому поводу, что ему, однако, кажется лучшимъ ограничить отвѣтственность невиннаго собственника одною *patientiae praestatio*: «*et est iniquum, замѣчаетъ къ этому рѣшенію Павелъ, eum, qui non fecit, id restituere oportere, quoniam communi dividundo agere potest: quid enim fiet, si socius ejus soluendo non fuerit?*» (L. 11 § 2 D. 39, 3). — Въ L. 14 § 3 D. 4, 2 мы читаемъ по поводу а. *quod metus causa in quadruplum* противъ лица, обогатившагося отъ произведеннаго другимъ лицомъ насилія, слѣдующее замѣчаніе Ульпіана: «*ne cuiquam iniquum videatur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur*»; очевидно, Ульпіанъ сдѣлалъ это замѣчаніе, желая отвратить отъ эдикта упрекъ въ томъ, что такой крупный штрафъ долженъ падать по его предписанію на лицо невинное, по поводу дѣянія другаго лица; Ульпіанъ указываетъ, что эдиктъ налагаетъ на отвѣтчика этотъ штрафъ за его собственную вину — отказъ возратить потерпѣвшему то, что у него отнято. — Въ L. 7 пр. D. 48, 20 Павелъ слѣдующимъ образомъ рассуждаетъ о конфискаціи имущества, какъ о видѣ наказанія за преступленія. «Естественный разумъ, говоритъ онъ, въ качествѣ молчаливаго какъ бы закона признаетъ за дѣтьми право на наслѣдство, оставляемое родителями, призывая дѣтей какъ бы къ должному преемству въ правахъ (вслѣдствіе чего дѣти получаютъ даже въ *jus civile* названіе «своихъ наслѣдниковъ» и не могутъ быть исключены изъ этого преемства по произволу отца, если они не заслужили того);

³³⁶⁾ По *Bugckhardt*'у, въ прод. комм. Глюка, серія кнѣгъ 39 и 40, т. III. стр. 476 сл., наоборотъ, слова „*si cum uno dominorum — actionem habet*“, принадлежатъ *Ferox*'у, а на нихъ *Прокулъ* дѣлаетъ замѣчаніе: „*sed sibi magis placeat — a quo opus factum sit*“. Однако *Ferox* жилъ, повидимому, позже *Прокула*, и не *Прокулъ* дѣлалъ замѣчанія на сочиненія *Ferox*'а, а наоборотъ. См. *Lenel, Palingenesia*, т. II, р. 1245 „*auctorum et librorum index chronologicus*“, *Kruger, Gesch. d. Quellen*, стр. 160.

поэтому высказано было воззрѣніе, что вполне справедливо и въ томъ также случаѣ, когда судебный приговоръ въ наказаніе отнимаетъ у родителей имущество, принимать во вниманіе интересы дѣтей, чтобы эти послѣднія, не будучи ни въ чемъ виноваты, не несли на себѣ тяжкаго наказанія за чужой проступокъ и не подвергались опасности впасть въ величайшую нищету». — Если, по случаю нарушенія какой-либо нормы, возникаетъ обязанность возмѣстить ущербъ, то эта обязанность должна по справедливости ложиться на то именно лицо, которое совершило правонарушеніе. Согласно съ этимъ Павелъ въ L. 4 D. 43, 5, говоря объ *interdictum de tabulis exhibendis*, выражается слѣдующимъ образомъ: «*S sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum: aequum enim est ipsum ex suo delicto teneri, non pupillum*», т. е. «если завѣщаніе находилось у пупилла и вслѣдствіе злоумышленнаго поступка опекуна перестало находиться у него, то интердиктъ долженъ быть данъ противъ самого опекуна; ибо справедливо, чтобы онъ самъ отвѣчалъ за свой деликтъ, а не пупиллъ». — Въ L. 8 § 8, 9 D. 20, 6 *Marcellianus* разбираетъ такого рода случай. Залоговый кредиторъ далъ должнику согласіе на отчужденіе заложеннаго участка, причемъ въ этомъ согласіи заключался молчаливый отказъ его отъ залоговаго права^{*)}). Затѣмъ покупатель участка сдѣлался наслѣдникомъ должника, который умеръ, не уплативъ долга, и подвергается обязательственному иску со стороны кредитора. Спрашивается, можетъ ли кредиторъ требовать теперь также осуществленія своего залоговаго права на томъ основаніи, что предметъ этого права очутился въ рукахъ наслѣдника должника? На это юристъ отвѣчаетъ, что такое требованіе, если оно мотивировано только тѣмъ, что обладатель участка есть наслѣдникъ должника, который отдалъ этотъ участокъ въ залогъ, несправедливо, потому что не оправдывается нормами, на которыя ссылается кредиторъ: наслѣдникъ получилъ данный участокъ «*non jure successionis, sed alio jure*». Однако въ обстоятельствахъ дѣла можно найти другаго рода опору для притязаній кредитора; именно, изъ этихъ обстоятельствъ

^{*)} *Dernburg, Pand., т. I, § 292. пр. 8. Pfandrecht. т. II, стр. 552 сл. Windscheid, Pand., т. I, § 248 пр. 6.*

можно вывести то заключеніе, что должникъ во всемъ этомъ отношеніи дѣйствовалъ *dolo*: онъ не имѣлъ въ виду серьезной продажи, какъ увѣрялъ кредитора, а хотѣлъ только освободить свою вещь отъ залога и лишить кредитора возможности получить съ него сумму долга. Поэтому, кредиторъ могъ бы сослаться на постулатъ *aequitatis*, запрещающій злонамѣренное вторженіе въ область чужихъ субъективныхъ правъ. Тѣмъ не менѣе и при этихъ соображеніяхъ не всегда можно дать удовлетвореніе данному притязанію кредитора, продолжаетъ юристъ въ § 9. Если окажется, что покупатель участка (а нынѣ—наслѣдникъ должника) уже успѣлъ въ свою очередь заложить этотъ участокъ другому лицу и еще не уплатилъ ему своего долга, то возстановленіе прежняго залоговаго права для кредитора на слѣдодателя не будетъ соответствовать справедливости, ибо приведетъ къ убыткамъ для новаго залоговаго кредитора. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ Марціанъ, ссылаясь на *aequitas*, имѣетъ въ виду тотъ ея постулатъ, о которомъ, у насъ рѣчь идетъ теперь. Онъ хочетъ сказать, что если кредиторъ наслѣдодателя будетъ основывать свои требованія на *dolus* послѣдняго, то онъ долженъ возмѣщать свои потери съ того лица, на которое перешла имущественная личность виновнаго, но не съ третьяго лица, стоящаго въ сторонѣ отъ всего происшедшаго между наслѣдникомъ и первымъ кредиторомъ³²⁸).

с) Рассмотрѣнное нами требованіе *aequitatis* примѣняется не къ одной только отвѣтственности за правонарушенія. — Выше мы видѣли, что по справедливости каждый обязанъ держать свое слово и отвѣчать за рѣшенія, выраженные имъ въ серьезной дѣловой формѣ передъ третьими лицами. Здѣсь намъ нужно добавить къ этому, что отвѣтственность возникаетъ для каждаго, согласно *aequitas*, только за свои собственныя рѣшенія такого рода. За рѣшенія, принятые

³²⁸ Ср. объ этомъ фрагментѣ *Leist. Civilistische Studien*, т. IV, стр. 230 сл. *Degnburg, Pfandrecht*, т. II, стр. 557. — Къ тому же постулату *aequitatis* относятся еще слѣдующія рѣшенія: L. 31 § 9 D. 21, 1 Pomponius. L. 38 § 1 D. 26, 7 и L. 12 D. 46, 6 Papinianus. L. 10 D. 26, 10 Idem. L. 12 § 6 D. 50, 8 Papir. Iustus. L. 17 pr. D. 9, 4 Paulus (*illud iniquum est eum, qui jussit servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum patiatur*). L. 7 C. 8, 27. То-же самое нужно сказать, вѣроятно, о ссылкѣ на *aequitas* въ L. 1 C. 5, 17 *Imp. Alexander* (а. 229); впрочемъ, смыслъ этого фрагмента не совсѣмъ ясенъ и въ литературѣ споренъ. См. *Weschnapp, Dotalrecht*, т. II, стр. 176. *Czyhlarz, Dotalrecht*, стр. 83.

другими лицами, по общему правилу никто не отвѣчаетъ. Другими словами это требованіе *aequitatis* можетъ быть выражено слѣдующимъ образомъ. Каждый субъектъ правъ вполне свободенъ принимать всякаго рода рѣшенія въ области своихъ субъективныхъ правъ и отвѣчаетъ за эти рѣшенія своимъ имуществомъ, но на сферу субъективныхъ правъ, т. е. субъективной свободы и власти, предоставленныхъ другимъ лицамъ, дѣйствіе его распоряженій не должно распространяться помимо воли послѣднихъ.

Поэтому, если заходить вопросъ о передачѣ однимъ лицомъ своихъ правъ другому, эта передача должна имѣть эффектъ лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ передаваемые права дѣйствительно принадлежать передающему. Съ *aequitas* вполне согласно правило, по которому *«nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet»*. Мы имѣемъ по этому поводу слѣдующее рѣшеніе Юліана, трижды повторяемое въ Дигестахъ: «Ты купилъ у Тиція участокъ, говоритъ Ульпіанъ въ L. 4 § 32 D. 44, 4, который принадлежалъ на правахъ собственности Семпронію, и этотъ участокъ былъ тебѣ переданъ, а ты заплатилъ за него покупную цѣну; затѣмъ Тицій сдѣлался наслѣдникомъ Семпронія и тотъ же участокъ продалъ и передалъ Мэвію; Юліанъ утверждаетъ, что справедливѣе, чтобы преторъ защищалъ тебя [а не Мэвія], на слѣдующемъ основаніи: если бы самъ Тицій посредствомъ иска требовалъ отъ тебя выдачи участка, то онъ проигралъ бы дѣло, вслѣдствіе противопоставленія ему *exceptio in factum* или *exceptio doli mali*; съ другой стороны, если-бы онъ самъ владѣлъ участкомъ и ты предъявилъ бы противъ него *a. Publicianam*, то противъ его *exceptio dominii «si non suus esset»*, ты пользовался бы репликой; такимъ образомъ ясно, что Тицій вторично продалъ [Мэвію] участокъ, который уже не входилъ въ составъ его имущества (*quem in bonis non haberet*)»³³⁹).

Если третьи лица сочли нужнымъ сдѣлать полезныя издержки на чужое имущество безъ порученія со стороны его владѣльца, то послѣдній на основаніи постулата справедливости, требующаго репрессіи неосновательнаго обогащенія, при полученіи своего имущества обратно долженъ вознаградить третьихъ лицъ за совершенныя ими

³³⁹) См. также L. 72 D. 6, 1 Ulp. L. 2 D. 21, 3. Pomponius.—Ср. также *aequitas* въ L. 9 § 2. L. 10 pr. D. 39, 3.

impensae utiles въ размѣрахъ своего наличнаго обогащенія отъ нихъ. Однако, нашъ постулатъ *aequitatis* заставляетъ внести ограниченія въ это правило. Обогащающійся собственникъ имущества долженъ возмѣщать сдѣланныя третьими лицами безъ его согласія *impensae utiles* лишь въ такомъ размѣрѣ, въ которомъ онъ самъ могъ бы по состоянiю своихъ средствъ допустить совершенiе издержекъ на свои вещи; въ противномъ случаѣ, право заставило бы его отчуждать свои вещи или входить въ долги только потому, что другимъ лицамъ пришла охота дѣлать въ его вещахъ разныя улучшенiя. Это было бы несправедливо; такія рѣшенiя другихъ лицъ могутъ влiять на права нашего собственника лишь въ той мѣрѣ, въ какой они совпадаютъ съ его собственными желанiями, прямо имъ выраженными или же предполагаемыми на основанiи достаточныхъ данныхъ. Все это изложено въ L. 8 D. 25, 1 Paulus и L. 25 D. 13, 7 Ulpianus.

Подобнаго же рода соображенiя о несправедливости принуждать собственника помимо его воли отчуждать свои вещи по ихъ рыночной цѣнѣ выражаются юристами по поводу *jusjugandum in litem*. «Опекунъ не желаетъ выдать опекаемому, достигшему *pubertatis*, вещь послѣдняяго, находящуюся у него въ рукахъ; спрашивается, говоритъ Марцеллъ въ L. 8 D. 12, 3, долженъ ли опекунъ быть присужденъ къ уплатѣ стоимости вещи или же къ уплатѣ суммы, установленной посредствомъ присяги истца (*jusjugandum in litem*)? Я отвѣчалъ: несправедливо оцѣнивать сумму иска по рыночной цѣнѣ вещи, такъ какъ и неповиновенiе судѣ должно быть наказано, и цѣна вещи должна быть назначена по волѣ ея собственника; поэтому истцу должна быть предоставлена возможность *in litem jugare*». Еще яснѣе та же мысль выражена Павломъ въ L. 9 D. 25, 2 по поводу *a. gum amotatum*; мотивомъ для *jusjugandum in litem* въ этомъ случаѣ юристъ прямо приводитъ слѣдующее положенiе: «*non enim aequum esse invitum suo pretio res suas vendere*»³⁴⁰).

Точно также никто не долженъ имѣть права заставить другое лицо отказаться вполнѣ или отчасти отъ осуществленiя принадлежащаго послѣднему права требованiя или же принудить кредитора отсрочить

³⁴⁰) Вставка слова „*nisi*“ передъ „*suo pretio*“, предлагаемая Моммсен'омъ, намъ кажется излишней; выраженiе „*suo pretio*“ представляется намъ вполнѣ аналогичнымъ съ русскимъ „по своей цѣнѣ“.

взысканіе по обязательству, на основаніи котораго вѣритель уже можетъ по закону заявлять свои притязанія объ удовлетвореніи.—Поэтому, если кредиторы умершаго должника въ общемъ собраніи постановили взыскивать съ наслѣдниковъ только часть суммы своихъ требованій, то является несправедливымъ, рѣшаетъ Павелъ въ L. 58 § 1 D. 17, 1, чтобы поручитель, данный должникомъ одному изъ вѣрителей, на основаніи этого рѣшенія кредиторовъ, утвержденного преторомъ, могъ противопоставлять *exsertio* иску своего вѣрителя, если этотъ послѣдній не принималъ участія въ данномъ собраніи кредиторовъ и сдѣланномъ тамъ постановленіи.—Если должникъ, умирая, въ своемъ завѣщаніи назначилъ наслѣдникомъ раба, поставивши однако это назначеніе въ зависимость отъ наступленія какого-нибудь условія, то кредиторы, говоритъ тотъ же Павелъ въ L. 4 D. 42, 5, могутъ вполне справедливо требовать, чтобы это распоряженіе не стѣсняло ихъ въ осуществленіи ихъ правъ по отношенію къ наслѣдственной массѣ; для огражденія ихъ интересовъ юристы считаютъ возможнымъ установить извѣстный срокъ и, если по его истеченіи рабъ не сдѣлается наслѣдникомъ, поступить съ наслѣдственной массой такъ, какъ будто рабъ вовсе не былъ назначенъ наслѣдникомъ ³⁴⁾).

Никто не долженъ отвѣчать, согласно нашему постулату *aequitatis*, за обязательства, заключенныя другими лицами. Это требованіе справедливости ясно выражено въ конституціи императора Зенона: L. un. C. 11, 57 (56). *Grave est et non solum legibus, verum etiam aequitati naturali contrarium, pro alienis debitis alios molestari.*

³⁴⁾ Въ L. 28 § 2 D. 28, 5 *Pomponius* подобное правило устанавливается на случай назначенія всякаго другаго наслѣдника подъ условіемъ.— Сюда же, намъ кажется, можетъ быть отнесена ссылка на *aequitas* въ L. 77 § 31 D. 31. *Iniquitas*, о которой говоритъ здѣсь *Павиніанъ*, состоитъ въ томъ, что *Maevius* своимъ завѣщаніемъ въ сущности хотѣлъ заставить *Тидіа* отказаться отъ *фиденкоммисса*, оставленнаго ему *Сеємъ*, ибо *quarta Falcidia*, не можетъ служить уплатой долга; *Maevius* рассчитываетъ при этомъ, вѣроятно, на невозможность для *Тидіа* отвергнуть пріятіе наслѣдства по завѣщанію и предпочесть наслѣдованіе по закону въ виду эдикта: „*si quis omissa causa testamenti etc.*“. Подробное толкованіе фрагмента см. у *Cujacius*, *Orega*, ed. 1758, т. IV, стр. 1174 сл. (ср. *Degnburg*, *Arch. fr. civ. Pragis*, т. 47, стр. 297, пр. 12). *Pernice*, *Labeo*, т. III, стр. 19, пр. 2 считаетъ этотъ фрагментъ интерполированнымъ.

idcirco hujusmodi iniquitates contra omnes vicinos perpetrari modis omnibus prohibemus ³⁴²).

Наконецъ, нашъ постулатъ справедливости имѣеть въ виду Юліанъ, постановляя слѣдующее рѣшеніе: если изъ двухъ товарищей одинъ запретилъ negotiorum gestor'у веденіе дѣлъ, то это запрещеніе только его и освобождаетъ отъ отвѣтственности по а. neg. gestorum, но не другаго socius'a, который, съ своей стороны, не сдѣлалъ никакой prohibitio, такъ какъ <illud esse iniquum eum, qui non prohibuit, alieno facto liberari> ³⁴³).

с) Jus aequum заставляетъ каждаго отвѣчать только за самого себя. Интересные выводы изъ этого постулата aequitatis дѣлають римскіе классическіе юристы по поводу вопроса объ исполненіи обязательствъ ³⁴⁴).— Очень часто исполненіе обязательства невозможно для должника безъ содѣйствія кредитора. Спрашивается, какъ поступать въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ съ своей стороны имѣеть возможность къ исполненію своей обязанности и готовъ ее исполнить, а кредиторъ не хочетъ или не можетъ сдѣлать необходимыя съ его стороны дѣйствія, безъ которыхъ исполненіе обязательства невозможно?

Нельзя говорить въ этихъ случаяхъ о правѣ должника требовать отъ кредитора принятія исполненія по обязательству ³⁴⁵) или же о правѣ его добиваться альтернативно принятія герр. освобожденія отъ обязательства ³⁴⁶). Эти конструкціи не имѣють за собою никакихъ теоретическихъ основаній; если кредиторъ приобрѣлъ обязательствен-

³⁴²) См. также aequitas въ L. 19 D. 17, 1 Ulp. Изъ обязательствъ, заключенныхъ рабомъ сверхъ предѣловъ принятой на себя его господиномъ отвѣтственности, искъ противъ господина не возникаютъ.

³⁴³) L. 7 (8) § 3 D. 3, 5 Ulpianus.—Ср. также еще § 10 J. 3, 1 „quod ideo sic placuit, quia iniquum erat esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrum ad liberos ejus an ad agnatos“.

³⁴⁴) Въ слѣдующемъ изложеніи мы примыкаемъ къ выводамъ Kohler'a въ его статьѣ Annahme und Annahmeverzug, Jahrb. f. Dogmatik, т. 17, стр. 261—424 (1879 г.). Kohler'у принадлежитъ заслуга принципиальной мотивировки правильнаго взгляда на т. наз. mora accipiendi, который, впрочемъ, высказывался и раньше (см. Mommsen, Beiträge, т. III, стр. 163, пр. 6.). Ближе къ Kohler'у стоятъ Brinz, Pandekten, т. II, § 275 прим. 17. См. также Arndts, Pand. § 251, пр. 9.

³⁴⁵) Таково воззрѣніе Madai, Wolff'a, Demelius'a См. Mommsen, l. c. стр. 34 сл. Kohler, l. c., стр. 265 сл.

³⁴⁶) См. Windscheid, Pand. т. II § 845, пр. 10. Kohler, l. c., стр. 270 сл.

ное право противъ другаго лица, то онъ воленъ пользоваться или не пользоваться этимъ правомъ по произволу, такъ же какъ и всякимъ другимъ своимъ имущественнымъ правомъ; давать должнику право требовать отъ кредитора принятія предлагаемаго исполненія «значить ставить надъ нимъ опекуна, которой бы охранялъ собственные интересы кредитора, слѣдилъ бы затѣмъ, чтобы кредиторъ пользовался своими имущественными силами и эксплуатировалъ принадлежащія ему юридическія блага»³⁴⁷⁾. Не является также допустимой и мысль о правѣ должника требовать принятія или освобожденія; источники наши ничего не знаютъ о такомъ правѣ, а говорятъ, скорѣе противное³⁴⁸⁾. Обѣ указанныя конструкціи приводятъ даѣе къ тому, что сторонники ихъ при обсужденіи поставленнаго выше вопроса прежде всего обращаютъ вниманіе на то, есть ли въ каждомъ данномъ случаѣ на лицо нарушение кредиторомъ лежащей на немъ будто бы обязанности (соотвѣтствующей праву должника) и, если есть, то рѣшаются допускать возникновеніе для него какихъ либо невыгодныхъ послѣдствій отъ этого будто бы нарушенія чужихъ правъ лишь при наличности субъективной вины съ его стороны³⁴⁹⁾. Источники наши безусловно несогласны съ такимъ выводомъ, что окончательно доказываетъ неправильность этихъ конструкцій. Анализъ источниковъ показываетъ, что для возникновенія невыгодныхъ для кредитора послѣдствій въ случаѣ непринятія имъ надлежащимъ образомъ предложеннаго исполненія не требуется даже того, чтобы непринятіе уплаты вызвано было актомъ воли со стороны кредитора³⁵⁰⁾.

Съ правильной точки зрѣнія поставленный выше вопросъ долженъ быть рѣшенъ слѣдующимъ образомъ. Такъ какъ *jus aequum* заставляетъ cadaго отвѣчать только за себя, то слѣдуетъ считать вполнѣ удовлетворившимъ всѣмъ требованіямъ справедливаго права

³⁴⁷⁾ Kohler, l. c., стр. 268.

³⁴⁸⁾ L. 4 pr. C. 5, 56. Pupillus agere vobiscum actione tutelae compelli non potest. Ср. Мошзев, l. c., стр. 134, пр. 3. Kohler, l. c., стр. 271.

³⁴⁹⁾ Такъ разсуждаютъ Madai и Wolff, см. Мошзев, l. c., стр. 134.— Близко стоитъ Voigt, Jus Nat., т. III, § 80; о его конструкціи будетъ рѣчь ниже.

³⁵⁰⁾ Это — замѣчаніе противъ взгляда самого Мошзев'а въ указ. соч. Анализъ источниковъ, подтверждающій сказанное въ текстѣ, сдѣланъ Kohler'омъ въ назв. статьѣ. Ср. Мошзев, l. c., стр. 163 сл. Важнѣйшихъ источниковъ мы будемъ имѣть случай коснуться ниже.

того должника, который, имѣя возможность исполнить свое обязательство, являлся къ кредитору съ полной готовностью произвести уплату въ надлежащей формѣ, въ надлежащее время и въ надлежащемъ мѣстѣ. Если исполненіе не состоялось только потому, что кредиторъ не хотѣлъ или не имѣлъ возможности оказать необходимаго для этого содѣйствія съ своей стороны, то *aequum jus* не имѣетъ основанія ставить такого должника въ худшее положеніе, чѣмъ въ какомъ онъ стоялъ бы въ случаѣ принятія предложеннаго имъ исполненія. Конечно, при такомъ рѣшеніи вопроса окажется, что, согласно нормамъ права, кредиторъ нерѣдко принужденъ будетъ терпѣть различныя невыгодныя и нежелательныя для него послѣдствія отъ непринятія предложенной уплаты, хотя бы онъ нисколько не былъ субъективно виноватъ въ этомъ непринятіи и невозможность принять уплату возникла даже помимо его воли ³⁵¹). Однако, такого рода явленіе настолько же не противорѣчитъ справедливости, насколько не является ей противнымъ тотъ фактъ, что собственникъ несетъ на себѣ убытки, если онъ не былъ въ состояніи извлечь хозяйственную выгоду изъ предмета своего права собственности. Если мы считаемъ вполне справедливымъ, напр., что собственникъ фруктоваго сада несетъ на себѣ ущербъ отъ того, что тяжкая болѣзнь помѣшала ему собрать и продать плоды, которые безвозвратно погибли во время его болѣзни, то не менѣе справедливо, чтобы не для должника, а для кредитора возникали невыгоды и убытки вслѣдствіе того, что существующее между этими лицами обязательство не можетъ быть эксплуатировано своевременно со стороны кредитора ³⁵²).

На этомъ основаніи во всѣхъ такого рода случаяхъ *jus aequum* должно указать должнику средство для того, чтобы онъ могъ вполне освободиться отъ лежащей на немъ обязанности безъ содѣйствія кре-

³⁵¹) Но этого явленія нельзя описывать такъ, какъ дѣлаетъ Windscheid, Pand., т. II, § 345, пр. 10, а именно, что право слагаетъ съ должника возникшія для него, вслѣдствіе непринятія уплаты, невыгоды и перелагаетъ ихъ на невиннаго кредитора; право, напротивъ, не допускаетъ возникновенія для должника невыгодъ. Невѣрная передача факта и мѣшаетъ Windscheid'у правильно взглянуть на дѣло.

³⁵²) Ср. Kohler, l. c. стр. 268 сл. 409 слл. По поводу этого не безынтересно сравнить ссылку на *aequitas* въ L. 4 D. 44, 3 Javolenus. „esset iniquissimum ex conditione actorum obligationes reorum extendi, per quos nihil factum est. quominus cum his agi posset“.

дителя, которое ему не оказывается. Самым простым и естественным решением этой проблемы на первый взгляд является следующее: должник обязан сделать с своей стороны все то, что возможно выполнить без содействия кредитора, а затем может оставить все сделанное на произволь судьбы и считать себя освобожденным от всякой ответственности по обязательству. Римское право, повидимому, принципиально стояло именно на этой точке зрения. Если покупатель в срок не берет проданного ему товара, то продавец может оставить его на улице и совершенно не заботиться больше о своей обязанности из договора купли—продажи³⁵³); иногда, смотря по обстоятельствам, продавец может прибегнуть даже к еще более неприятному для покупателя образу действий; если он продал вино и нуждается в опорожнении бочек, в которых оно хранится, а покупатель в срок не является для принятия товара, то продавец может прямо вылить вино на землю³⁵⁴). Однако, этого рода средства для освобождения должника от своей обязанности являются непрактичными, так как могут вести к уничтожению без особой нужды экономических ценностей. Кроме того, хотя разрешение такого рода поступков должнику является вполне последовательным, но право не имеет нужды слишком жестоко третировать кредитора, а потому ничем не погрешить против своих принципов, если, не ухудшая существенно положения должника, примет меры и для того, чтобы потери кредитора от неприятия уплаты во время не были чрезмерно велики. Поэтому более развитое право возлагает на должника в обязанность оказывать больше внимания интересам кредитора и сообразоваться с ними при освобождении себя от обязательства без его содействия, насколько интересы кредитора могут быть ограждены принятием мер, необременяющих значительно должника. Так, в случае, если кредитор не принимает предложенной ему должником уплаты денежного долга, должник в классическом римском праве не освобождается уже оставлением принесенных денег на улице перед домом кредитора и т. п. способами, которые знает в большом

³⁵³) L. 13 (12)—L. 15 (14) pr. D. 18, 6 и ввиду, должно быть, именно такого рода случай. Мошнев, I. с. т. III, стр. 309 сл. Kohler, I. с. стр. 288 сл.

³⁵⁴) L. 1 § 3. 4 D. 18, 6. Мошнев, I. с. Kohler, I. с. стр. 297. Соответственные примеры изъ Германскаго права у Kohler'a, стр. 290 сл.

разнообразіи Германское право; ему вѣдѣется въ обязанность отдѣлать эти деньги въ какое либо помѣщеніе, запечатать и положить на храненіе у себя или у третьяго лица; пока должникъ не возьметъ назадъ своего депозита, онъ можетъ считать себя освобожденнымъ отъ обязательства ³⁵⁵). Точно также и выливаніе вина на землю, бывшее общимъ правиломъ у «*veteres*», не представляется Ульпіану и Помпонію дѣйствіемъ особенно похвальнымъ; Ульпіанъ предлагаетъ продавцу прибѣгать къ этой мѣрѣ не раньше, какъ по извѣщеніи объ этомъ покупателя, а, если возможно, совѣтуетъ и совсѣмъ не выливать вина, а лучше сохранять его на счетъ и за страхъ покупателя или «*vendere vinum bona fide*» ³⁵⁶).

Пока должникъ еще не успѣлъ воспользоваться указаннымъ ему въ правѣ способомъ для полного освобожденія себя отъ обязательственной отвѣтственности, или если онъ, по похвальнымъ соображеніямъ, не хочетъ имъ воспользоваться, то онъ продолжаетъ оставаться должникомъ. Однако, съ того момента какъ предложенное должникомъ въ надлежащемъ видѣ исполненіе не было принято кредиторомъ, *jus aequum* не имѣетъ основанія ставить должника въ худшее положеніе, чѣмъ въ какомъ онъ находился бы въ случаѣ принятія исполненія, и поэтому не должно допускать для него возникновенія тѣхъ невыгодъ, которыя связываются съ неисполненіемъ обязательства, и должно предоставить ему всѣ выгоды, которыя возникаютъ въ случаѣ исполненія. Въ этомъ и состоитъ институтъ т. наз. *morae creditoris* или *morae accipiendi*. ³⁵⁷)

Послѣ всего изложеннаго нетрудно видѣть, что слѣдующіе источники подъ ссылкой на *aequitas* разумѣютъ именно тотъ постулатъ ея, которымъ мы теперь занимаемся:

L. 4 § 1 D. 13, 4. Здѣсь Ульпіанъ считаетъ согласнымъ съ *aequitas*, чтобы судья освободилъ должника, привлеченнаго по *a. de eo quod certo loco*, если выяснится, что должникъ «*obtulit vel deposuit pecuniam*» въ томъ мѣстѣ, гдѣ было обѣщано ея предоставленіе. Если при этомъ отъ должника, даже въ случаѣ *depositio*, требуется «*cautio de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est*», то

³⁵⁵) Подробности у *Mommsen*'а l. c. § 32. *Kohler*, l. c. стр. 304 слл. §§ 5. 6.

³⁵⁶) L. 1 § 3. 4. D. 18, 6 cit. L. 8 D. 33, 6.

³⁵⁷) См. *Kohler*, l. c. § 13.

это объясняется тѣмъ, что должникъ по освобожденіи его отъ суда имѣлъ полную возможность взять свое depositum назадъ, прежде чѣмъ имъ завладѣетъ кредиторъ, тогда какъ послѣдній при absolutio должника лишался возможности вторично предъявить противъ него искъ объ уплатѣ; этому иску противопоставлена была бы excerptio rei judicatae. ³⁵⁸⁾

L. 72 pr. D. 46. 3. Марцеллъ обсуждаетъ въ этомъ фрагментѣ слѣдующій случай. Лицо, задолжавшее по obligatio generis, выдѣлило изъ своего имущества генерическія вещи, нужныя для уплаты по обязательству, и принесло ихъ къ кредитору, но послѣдній не принялъ предложенной уплаты, хотя не имѣлъ для этого объективнаго основанія, т. е. не могъ сослаться на негодность предложеннаго исполненія ни въ какомъ отношеніи. ³⁵⁹⁾ Затѣмъ должникъ безъ всякаго dolus или culpa lata съ своей стороны ³⁶⁰⁾, потерялъ эти вещи, выдѣленные имъ для погашенія обязательства. Хотя она oblatio и не уничтожила еще обязательства, а по общему правилу генерическій предметъ всегда погибаетъ за страхъ должника, но при данныхъ обстоятельствахъ Марцеллъ считаетъ должника освобожденнымъ погибелю вещей. Должникъ въ этомъ случаѣ сдѣлалъ для исполненія обязательства все, чего отъ него можетъ требовать aequum jus; поэтому его положеніе не должно быть хуже, чѣмъ оно было бы въ случаѣ принятія исполненія; а такъ какъ послѣ принятія данныя вещи погибли бы за страхъ кредитора, то jus aequum должно признать то же самое и при наличныхъ обстоятельствахъ. ³⁶¹⁾ Если aequum jus заставляетъ должника отвѣчать за dolus и culpa lata по отношенію къ предмету обязательства даже послѣ oblatio, то это не противорѣчитъ указанному принципу, ибо такая отвѣтственность должна имѣть мѣсто всегда. ³⁶²⁾—Все это выражено Марцелломъ въ слѣдующихъ словахъ: «etenim non est ae-

³⁵⁸⁾ Kohler, l. c. стр. 836.

³⁵⁹⁾ Такъ слѣдуетъ понимать слова „sine justa causa“. Mommsen, l. c. стр. 412 Ср. также Windscheid, Pand., т. II, § 345 пр. 9 и даже v. Scheu, Мора Creditoris, стр. 78.

³⁶⁰⁾ Таковъ смыслъ словъ „sine sua culpa“. Mommsen, l. c. стр. 301 пр. 7.

³⁶¹⁾ См. объ этомъ Kohler, l. c. стр. 394 сл.

³⁶²⁾ Mommsen, l. c. стр. 286, Windscheid, l. c., § 346 пр. 2. Cf. Kohler, l. c. стр. 398 сл.

quum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset.»

L. 28 § 1. L. 29 D. 26, 7. Тотъ же Марцеллъ полагаетъ, что tutor, сдавшій опекаемому по достиженіи послѣднимъ совершеннолѣтія отчетъ въ управленіи дѣлами и предложившій ему уплату по всѣмъ возникшимъ изъ administratio обязательствамъ, въ случаѣ непріянія опекаемымъ предложенной суммы не обязанъ болѣе платить процентовъ съ нея, «nam periculum est eum cui forte post viginti annos vel amplius in mentem venit tutelam rescere, etiam usuras postulare». Ульпіанъ, однако, поправляетъ Марцелла въ томъ отношеніи, что признаетъ теченіе процентовъ прекратившимся не со дня oblatio, а со дня depositio. Это разногласіе объясняется, конечно, тѣмъ, что оба юриста различно смотрѣли на значеніе процентовъ: Марцеллъ видѣлъ въ нихъ вознагражденіе кредитора за то, что онъ не пользовался своимъ капиталомъ, а Ульпіанъ смотрѣлъ на проценты, какъ на плату должника за пользованіе чужимъ капиталомъ. ³⁶³⁾

L. 19 § 9 D. 19, 2. Здѣсь Ульпіанъ рассказываетъ слѣдующее: «Нѣкто нанялъ себѣ писца и затѣмъ умеръ; на просьбу писца императоръ Антонинъ и блаженной памяти Северъ постановили слѣдующее рѣшеніе: «Такъ какъ по твоимъ словамъ за тобою не было никакихъ препятствій къ предоставленію услугъ, составляющихъ предметъ договора, Антонію Аквилѣ, то справедливо, чтобы договоръ былъ исполненъ, если ты въ томъ же году не получилъ наемной платы отъ другаго лица».

Изъ слѣдующей непосредственно L. 19 § 10, равно какъ и изъ всей редакціи L. 19 § 9, мы вправѣ заключить, что въ этомъ фрагментѣ рѣчь идетъ безразлично какъ о томъ случаѣ, когда наследники могли принять услуги, но не хотѣли, такъ и томъ, когда они не были въ состояніи безъ всякой вины съ своей стороны принять исполненіе по обязательству. ³⁶⁴⁾ Поэтому конструировать искъ пис-

³⁶³⁾ Kohler, l. c. стр. 382 сл. Ср. Mommsen, l. c., стр. 288 сл. Windscheid, l. c. § 364 пр. 7.

³⁶⁴⁾ Это признается, кажется, единогласно. Mommsen, Beiträge, т. I, стр. 357. Windscheid, Pand., т. II, § 401 пр. 7. Kohler, l. c. § 11. Brinz, Pand., т. II § 278 пр. 10 и т. д.

ца, какъ искъ объ интересѣ ³⁶⁵⁾, является противнымъ всѣмъ правиламъ о возмѣщеніи ущерба. Искъ писца есть искъ не объ интересѣ, а о предоставленіи ему выговоренной имъ заработной платы. ³⁶⁶⁾ Дозволеніе писцу произвести взысканіе по этому иску оправдывается въ нашемъ фрагментѣ прямо тѣмъ постулатомъ *aequitas*, которымъ мы теперь занимаемся. Если рабочій все время былъ готовъ и имѣлъ возможность исполнить свою обязанность, но исполненіе не было принято нанимателемъ произвольно или даже непроизвольно, то съ точки зрѣнія *ius aequum* рабочій сдѣлалъ все то, чего отъ него можно требовать; поэтому онъ не долженъ стоять въ худшемъ положеніи, чѣмъ въ случаѣ принятія отъ него услугъ, и получаетъ искъ объ уплатѣ ему обѣщаннаго вознагражденія, хотя исполненіе договора съ его стороны уже не можетъ быть вновь потребовано кредиторомъ, ибо за истеченіемъ срока найма стало невозможнымъ. Кредиторъ, конечно, въ этомъ случаѣ несетъ убытки и, быть можетъ, безъ всякой вины съ своей стороны, но мы видѣли уже выше, что въ этомъ нѣтъ ничего несправедливаго. ³⁶⁷⁾

Однако, если рабочій не долженъ быть поставленъ при данныхъ условіяхъ въ худшее положеніе, чѣмъ при наличности исполненія, то нѣтъ основанія ставить его и въ лучшее. Поэтому то императоры въ *L. 19 § 9* признаютъ нужнымъ, чтобы писецъ вычелъ изъ выговоренной имъ съ умершаго нанимателя платы ту сумму, которую онъ заработалъ въ свободное отъ исполненія перваго договора

³⁶⁵⁾ Это дѣлаетъ *M o n t z e n*, I. c., стр. 56 сл.; т. III стр. 422 сл.

³⁶⁶⁾ Такъ смотрѣлъ на него уже *Windscheid*, въ рецензіи на книгу *M o n t z e n*'а (*Heidlb. krit. Zeitschrift*, т. II, стр. 138 сл.), но не могъ принципиально мотивировать рѣшенія съ этой точки зрѣнія.

³⁶⁷⁾ Мы не понимаемъ, какъ можетъ согласить съ этимъ случаемъ *В и н д ш е й д* свое замѣчаніе въ *Pand.*, т. II § 345 пр. 11: „Болѣ основательной кажется ссылка на то, что притязаніе должника противъ вѣрителя, обусловленное (въ своемъ существованіи или осуществимости) исполненіемъ, можетъ быть безо всякихъ околичностей осуществлено, если кредиторъ не принимаетъ исполненія даже безъ вины съ своей сторонѣ (§ 400 *Nota* 14, § 401 *Nota* 7, т. е. то самое примѣчаніе, гдѣ говорится о *L. 19 § 9 cit.*). Но здѣсь вѣритель не терпитъ никакого ущерба, т. к. ему стоять лишь протянуть руку, для полученія предоставленія должника. Если же для должника дѣйствіе безъ его вины стало невозможнымъ (это мы и имѣемъ въ *L. 19 § 9*, прибавимъ мы съ своей стороны), то ему, какъ я думаю, можетъ быть дано притязаніе на предоставленіе вѣрителя именно въ томъ только случаѣ, если послѣдній по своей винѣ не принялъ предложеннаго исполненія.“ (?)

время; въ случаѣ принятія отъ него исполненія первымъ нанимателемъ онъ этого заработка не могъ бы сдѣлать. ³⁶⁸⁾ Кроме того, изъ суммы выговореннаго вознагражденія должны быть вычтены входящая въ него плата за матеріалъ и прочія издержки, которыя рабочій долженъ бы былъ сдѣлать въ случаѣ принятія исполненія. ³⁶⁹⁾

Въ заключеніе замѣтимъ, что вся изложенная выше теорія, основаніе которой положилъ Kohler, въ примѣненіи ея къ *modus creditoris* подвергнута была въ недавнее время, если не талантливой, то старательной критикѣ въ книгѣ v. Scheu «*Begriff und Wesen der Mora Creditoris*» (1884 г.). Не имѣя возможности вдаваться въ подробный разборъ этой книги, мы укажемъ только на главные основанія, не позволяющія намъ согласиться съ замѣчаніями и возрѣшеніями автора этой книги. Соглашаясь съ Kohler'омъ въ томъ, что невозможно говорить о правѣ должника требовать отъ кредитора принятія обязательства, или альтернативно принятія *gesr.* освобожденія отъ долга ³⁷⁰⁾, von Scheu пытается на другихъ началахъ конструировать реквизитъ субъективной виновности кредитора при *modus accipiendi*. По его мнѣнію ³⁷¹⁾, право, исходя изъ общаго принципа «*alterum non laedere*», возлагаетъ на кредитора обязанность не нарушать интереса должника въ своевременномъ освобожденіи отъ обязательства, отказываясь принять отъ него исполненіе. Изъ этой нормы для должника не возникаетъ къ кредитору никакого притязанія (*Anspruch*), а потому здѣсь нельзя говорить ни о какомъ субъективномъ правѣ должника по отношенію къ кредитору. Но на кредиторѣ лежитъ, во всякомъ случаѣ, юридическая обязанность, *modus creditoris* можетъ быть мыслима только, какъ нарушеніе этой

³⁶⁸⁾ Нѣсколько иначе мотивируетъ это постановленіе Kohler, l. c., стр. 367.

³⁶⁹⁾ Kohler, l. c. стр. 369.—Въ томъ же смыслѣ, какъ и L. 19 § 9 cit., слѣдуетъ понимать L. 38 pr. D. eod.—Рѣшеніе, дѣлаемое въ L. 4 D. 1, 22 на случай отставки легата, объясняется или особыми соображеніями публично-правоваго характера (Windscheid, *Heidlb. krit. Zeitschr.*, т. II, стр. 189), или же тѣмъ, что въ этомъ случаѣ *comites* должны были тотчасъ же найти себѣ работу у новаго легата (Puntschart, *die fundamentalen Rechtsverhältnisse*, стр. 421 сл.)—O L. 38 § 1 D. 19, 2. L. 1 § 13 D. 50, 13. L. 11 C. 4, 6 см. Puntschart, l. c., стр. 422 сл. Mommsen, *Beitr.*, т. I, стр. 360 сл. Pernice, *Labeo*, т. III, стр. 305 сл.

³⁷⁰⁾ Стр. 27.

³⁷¹⁾ См. § 15, 16 указ. соч. Идея эта, впрочемъ, была уже, повиднмому, высказана Voigt'омъ, *Jus. nat.*, т. III пр. 886, но послѣдній выражается въ этомъ случаѣ ужъ слишкомъ кратко.

обязанности, а за неисполнение обязанности обязанное лицо по общему правилу должно быть подвергаемо невыгоднымъ послѣдствіямъ лишь при наличности субъективной вины на его сторонѣ.— Принципіально, такая мотивировка не является недопустимой; юридическая обязанность можетъ существовать безъ соотвѣтствующаго ей субъективнаго права ³⁷²⁾). Но *v. Scheu* не доказалъ, что римскіе юристы въ основу своей теоріи о *moa creditoris* полагали дѣйствительно этотъ принципъ. Однимъ изъ главныхъ аргументовъ *Kohler*'а противъ воззрѣнія, согласно которому при *moa accipiendi* требуется субъективная вина кредитора, является ссылка на то, что римское право предоставляло должнику даже средства полного освобожденія его отъ обязательства безъ содѣйствія кредитора (*Erfüllungssurrogate*) независимо отъ того, былъ ли кредиторъ субъективно виновенъ въ непріятіи предложеннаго исполненія. Этотъ аргументъ нашъ авторъ пытается устранить доказательствомъ того, что ни *expositio* предмета обязательства, ни даже *depositio* (по крайней мѣрѣ въ классич. правѣ) не освобождаютъ должника отъ обязательственной отвѣтственности ³⁷³⁾). Несостоятельность этихъ разсужденій *v. Scheu*'я показалъ самъ *Kohler* ³⁷⁴⁾).—Ссылку на рѣшеніе въ *L. 19 § 9 D. 19, 2*, очень важное для правильнаго пониманія института *moa creditoris*, *v. Scheu* думаетъ устранить замѣчаніемъ, что къ *moa creditoris* этотъ фрагментъ не относится ³⁷⁵⁾). Это—очень плохой аргументъ. Если *L. 19 § 9 D. 19, 2* и не говоритъ о *moa creditoris*, то она касается тѣмъ не менѣе очень близко стоящаго положенія права и даетъ надлежащую опору для сужденія о томъ, какъ относились римскіе юристы къ должнику, который не можетъ выполнить своего обязательства по причинамъ, лично касающимся кредитора. Если *v. Scheu* хотѣлъ сдѣлать свои соображенія доказательными, то онъ долженъ бы былъ объяснить, какія причины могли побудить римскихъ юристовъ слѣдовать при обсужденіи *moa creditoris* не тому принципу, который положенъ въ основаніи рѣшенія въ *L. 19 § 9 cit* и параллельныхъ ей мѣстахъ.—*Kohler* ссылается, далѣе, на *L. 18 pr. D. 13, 5. v. Scheu*

³⁷²⁾ Ср. напр. *Regelsberger, Pand.*, т. I, стр. 80.

³⁷³⁾ Стр. 29—55.

³⁷⁴⁾ *Arch. f. civ. Praxis*, т. 69, стр. 168 сл. (1885 г.).

³⁷⁵⁾ Стр. 74, пр. 2.

Уч. Зап. ст. Хвостова.

желаетъ объяснить это рѣшеніе особой природой договора *constitutum*. Эта особая природа конститута, по мнѣнію нашего автора, состоитъ въ томъ, что исполненіе конститута будто бы возможно лишь въ опредѣленный моментъ, означенный въ этомъ договорѣ, и что потому «о *moга* въ техническомъ смыслѣ, какъ на сторонѣ вѣрителя, такъ и на сторонѣ должника, при римскомъ конститутѣ не можетъ быть и рѣчи, какъ и при всѣхъ тѣхъ обязательствахъ, исполненіе которыхъ не можетъ быть промедлено, а лишь разъ навсегда не произведено» (стр. 76). Во-первыхъ, мы видѣли уже выше ³⁷⁶⁾, что этого сказать о конститутѣ въ его развитомъ видѣ нельзя; *v. S c h e u*, ссылающійся на стр. 65 указанной выше статьи *B r u n s' a* о конститутѣ, долженъ былъ прочесть эту статью цѣликомъ. Во-вторыхъ, если бы даже замѣчаніе *v. S c h e u*'а было вѣрно и *moга* при конститутѣ являлась невозможной ³⁷⁷⁾, то тѣмъ не менѣе въ рѣшеніи Ульпіана проявляется общій принципъ, который мы защищаемъ и который вполне послѣдовательно долженъ быть приложенъ и къ тѣмъ договорамъ, въ которыхъ *moга creditoris* является возможной. — Относительно *L. 3 § 4 D. 19, 1*, которая говоритъ уже прямо о *moга creditoris*, *v. S c h e u* ограничивается повтореніемъ утвержденія *M o m m s e n' a*, что этотъ фрагментъ «совсѣмъ не задается цѣлью исчерпать всѣ условія, требуемыя для наличности *moга creditoris*» ³⁷⁸⁾. — Въ связи съ своимъ воззрѣніемъ на *moга creditoris*, *v. S c h e u* находитъ возможнымъ обосновать исключеніе отвѣтственности должника послѣ *oblatio* за *culpa levis* принципомъ *culpaе compensatio*; это вполне послѣдовательно приводитъ нашего автора къ тому выводу, что, если кредиторъ, не принимая исполненія, дѣйствовалъ *dolo*, то должникъ долженъ быть освобожденъ и отъ отвѣтственности за *dolus* по отношенію къ предмету обязательства ³⁷⁹⁾; нечего и говорить о томъ, что источникамъ нашимъ подобное правило совершенно неизвѣстно ³⁸⁰⁾.

³⁷⁶⁾ Прим. 64 слх.

³⁷⁷⁾ Мы видѣли выше, что, дѣйствительно, такого воззрѣнія держится тотъ юристъ, сочиненіями котораго не достаточно осмотрительно пользовался въ данномъ случаѣ Ульпіанъ.

³⁷⁸⁾ Стр. 77, пр. 4.

³⁷⁹⁾ Стр. 122, пр. 3.

³⁸⁰⁾ Намъ думается, что нашъ поступать *aequitatis*, согласно которому каждый долженъ отвѣчать только за самого себя, положенъ также въ основу толкованія завѣщательнаго распоряженія въ *L. 34 § 4 D. 31. Modestinus*.

d) Ответственность за сделки, заключенныя другими лицами, и за правонарушенія, ими совершенныя, при одномъ только условіи не противорѣчить нашему постулату, требующему, чтобы каждое лицо отвѣчало только за самого себя. Это бываетъ именно въ тѣхъ случаяхъ когда кто-нибудь самъ явилъсь передъ третьими лицами на свой страхъ дѣйствія какого-либо другаго лица. Заставляя при этихъ условіяхъ отвѣчать за чужія дѣйствія, право въ сущности вмѣняетъ только въ обязанность лицу, принявшему на себя гарантію, держать свое собственное слово. Въ этомъ смыслѣ въ нашихъ источникахъ нерѣдко сводится къ *aequitas* отвѣтственность домовладыки по нѣкоторымъ *actiones adjectitiae qualitatis* за юридическія сделки, заключенныя ихъ подвластными или свободными помощниками. — Такъ, вполне гармонируютъ съ принципомъ отвѣтственности каждого только за самого себя *a. quod jussi* и *a. exercitoria* и *institoria*. *Iussus*, какъ извѣстно, состоитъ въ томъ, что домовладыка прямо даетъ порученіе третьему лицу вступить въ извѣстную сделку съ подвластнымъ; естественно, что въ такомъ порученіи можно видѣть молчаливую гарантію домовладыки за исполненіе всѣхъ обязанностей, которыя возникнутъ для подвластнаго, вслѣдствіе заключенія этой сделки ³⁸¹). При *a. institoria* и *exercitoria* воля принципала подчиниться юридическимъ послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ сделокъ, заключенныхъ свободнымъ или подвластнымъ инститоромъ или шкиперомъ корабля, выражается въ самомъ фактѣ назначенія этого лица на такую должность, которая необходимо по самому существу своему ведетъ къ заключенію сделокъ, обязывающихъ принципала; совершая такое назначеніе принципалъ тѣмъ самымъ вызываетъ третьихъ лицъ къ заключенію сделокъ съ его помощниками подъ его отвѣтственностью ³⁸²). Поэтому мы читаемъ объ *a. institoria* и *exercitoria*, съ которыми мы уже имѣли разъ дѣло, какъ съ исками, удовлетворяющими важной практической потребности оборота, слѣдующее:

³⁸¹) См. Windscheid, Pand. т. II, § 482, пр. 6.

³⁸²) Windscheid, l. c., пр. 7. Ср. Mandry, Familiengüterrecht, т. II, стр. 215, 545. Вагон, Abhandlungen, т. II, стр. 37. Соответственно съ этимъ отвѣтственность на основаніи *a. institoria* и *exercitoria* имѣла мѣсто лишь тогда, когда третья лица вступали въ сделку съ инститоромъ „cum contemplatione domini“. Mitteis, Stellvertretung, стр. 25 сл.; 308 сл. Regelsberger, Pand., т. I, стр. 590, пр. 6.

Gai IV, 71. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem in eum dari.

«Quoque» Гая показываетъ, что эта ссылка на *aequitas* относится также и къ *a. quod jussu*, о которой рѣчь была за нѣсколько строкъ раньше въ § 70; тамъ было сказано: «*inprimis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur*».

Точно также, заставляя домовладыку отвѣчать по *a. de peculio* за долги изъ юридическихъ сдѣлокъ подвластнаго въ размѣрахъ даннаго имъ *peculii*, право только принуждаетъ домовладыку выполнить молчаливо данное имъ третьимъ лицамъ обѣщаніе. Если домовладыка выдѣлила подвластному часть своего имущества съ тѣмъ, чтобы оно являлось въ глазахъ третьихъ лицъ фактическимъ имуществомъ этого подвластнаго, то этимъ самымъ онъ выразилъ передъ третьими лицами свою готовность отвѣчать этою частью своего имущества за всѣ сдѣлки, которыя подвластный заключить по поводу нея ³⁸³). Соотвѣтственно съ этимъ мы читаемъ въ § 10 Inst. 4, 6:

Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit praetor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, aequum tamen esset peculio tenus, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum, condemnari eos ³⁸⁴).

Само собою разумѣется, что во всѣхъ этихъ случаяхъ отвѣтственность домовладыки или принципала должна быть ограничена предѣлами принятой имъ на себя передъ третьими лицами гарантіи:

³⁸³) Вагон, I. с. стр. 36 сл. Ср. Мандру, I. с. стр. 210 сл. 364 сл.; по воззрѣнію послѣдняго отвѣтственность домовладыки *a. de peculio* также только потому справедлива, что опирается на волю самого домовладыки.

³⁸⁴) Къ *aequitas* сводится указанныя *a. adjectitiae qualitatis* еще въ L. 1 pr. D. 14, 3. L. 1 pr. D. 14, 5. § 2-a I. 4, 7. — Въ L. 13 (14) D. 3, 5 просто указывается на применимость *a. de peculio* къ данному случаю. — *A. de in rem verso* также сводится къ *aequitas* въ L. 1 pr. D. 14, 5; но при настоящемъ состояніи литературы объ этомъ искѣ невозможно высказаться, относится ли онъ сюда же, не дѣлая спеціальнаго изслѣдованія. Вагон, I. с. стр. 37 сл. высказываетъ увѣренность, что въ основѣ этого иска лежитъ та же самая идея, какъ и въ основѣ *a. de peculio*.

L. 11 § 5 D. 14, 3 Ulpianus. *Conditio autem praepositionis servanda est: quid enim si certa lege vel interventu cujusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est.*

Не менѣе справедливой является отвѣтственность за вину другихъ лицъ, при наличности гарантіи за ихъ поведение; при этомъ условіи не противорѣчитъ воззрѣніямъ общества также, несогласная съ ними вообще, отвѣтственность каждаго за убытки, нанесенные другимъ лицамъ собственнымъ дѣйствіемъ, не содержащимъ въ себѣ элемента субъективной виновности. Поэтому при тѣхъ же *a. institoria* и *exercitoria* мы встрѣчаемся съ безусловной отвѣтственностью *dominus'a* за всякую *culpa*, допущенную инсигоромъ или шкиперомъ при веденіи ввѣренныхъ имъ дѣлъ³³⁵); вѣдь, вызывая третьихъ лицъ вступать въ дѣловыя сношенія съ этими лицами, *dominus* тѣмъ самымъ выразилъ передъ публикой гарантію въ томъ, что она можетъ полагаться на его помощниковъ, какъ на него самого. То же самое рассужденіе приводитъ къ отвѣтственности домовладыки, давшего *jussus*, за вину подвластнаго относительно сдѣлки, заключенной съ нимъ на основаніи этого *jussus*, и къ отвѣтственности его за вину обладателя *pecunia* при веденіи *peculiarium* дѣлъ³³⁶). — Точно также въ силу молчаливо принятой на себя гарантіи при заключеніи договора является справедливой усиленная отвѣтственность (*свыше culpa praestatio*) со стороны *horgrearius*³³⁷) и со стороны должника, получившаго по договору *res aestimatae*³³⁸).

е) Чѣмъ-то вродѣ компромисса между двумя постулатами справедливости, повидимому, представлялась классическимъ юристамъ пок-

³³⁵) L. 1 § 10 D. 14, 1. L. 5 § 8 — 10 D. 14, 3. L. 5 § 8 D. 44, 4. *Mitteis, Stellvertretung*, стр. 295 сл. *Dernburg, Pand. II*, § 88, пр. 6 (L. 1 § 2 D. 14, 1, цитируемая у D., сюда не относится).

³³⁶) На деликты подвластнаго *a. de peculio* не распространяется, ибо такой гарантіи въ представленіи *pecunia* видѣть нельзя. Доказательства изъ негодниковъ см. у *Wys'sa, Haftung für fremde Culpa*, стр. 166 сл. См. также L. 4 § 17 D. 44, 4 *neque enim esse aequum servi dolum amplius domino nocere, quam in quo opera ejus esset usus.*

³³⁷) *Windscheid, Pand.*, т. II, § 401, пр. 2 (молчаливый договоръ) ср. *Brinz, Pand.*, т. II, § 269, пр. 42 in f.

³³⁸) *Windscheid, l. c.* § 264, пр. 9. *Baron, Arch. f. civ. Praxis*, т. 78, стр. 276 (интерпретація договора).

сальная отвѣтственность. Въ эпоху классиковъ возрѣнія на эти искъ были таковы. Главнымъ объектомъ а. похали было возмѣщеніе убытковъ, а похасе datio считалась лишь факультативнымъ средствомъ, чтобы избавиться отъ этой отвѣтственности за убытки³⁸⁹⁾. Принципиально обязаннымъ къ возмѣщенію убытковъ являлся самъ подвластный, даже если онъ былъ рабъ³⁹⁰⁾, а искъ объ убыткахъ давался противъ домовладыки, пока продолжалась власть послѣдняго надъ виновнымъ. Такимъ образомъ, въ сущности право заставляло домовладыку отвѣчать за чужую вину. Этимъ оно удовлетворяло постулату aequitatis, согласно которому каждое лицо, потерпѣвшее убытки отъ виновнаго вторженія въ область его правъ, должно было имѣть возможность изгладить эти убытки; такъ какъ раба въ судъ совсѣмъ привлечь нельзя, а съ подвластнаго сына, не имѣющаго своего имущества, ничего нельзя взыскать³⁹¹⁾, то право рѣшалось дать искъ по поводу обязательствъ изъ деликтовъ, лежащихъ на этихъ лицахъ, черезъ посредство ихъ домовладыки. Однако, такъ какъ домовладыка принуждался подобнаго рода порядкомъ отвѣчать за чужую вину, что тоже противно справедливости, то право давало ему возможность выдать потерпѣвшему самого виновнаго и такимъ образомъ свалить отвѣтственность на этого послѣдняго.—Мы, конечно, не хотимъ сказать, что такого рода соображенія привели римское право къ выработкѣ похальныхъ исконъ; намъ думается только, что такой смыслъ имѣетъ слѣдующая фраза классическаго юриста Гая, старавшагося мотивировать эту форму отвѣтственности съ точки зрѣнія дѣйствовавшаго въ его время права:

Gai IV, 75. Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut injuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut poxae dedere. erat enim iniquum nequitiam eorum

³⁸⁹⁾ Изъ этого не слѣдуетъ только еще непременно, что и въ другія эпохи между litis aestimatio и poxae datio было такое-же отношеніе, какъ это утверждаетъ Karlowa, Rechtsgechichte, т. II, стр. 105. Ср. W y s s, op. cit., стр. 7—47. Bekker, Aktionen. т. I, стр. 186, пр. 4. Ihering, Geist, т. I, стр. 131. Kuntze, Excuse, стр. 567 сл.

³⁹⁰⁾ L. 14 D. 44, 7. L. 16 D. 33, 8 Karlowa, op. cit., т. II стр. 106 сл.

³⁹¹⁾ См. объ этомъ Karlowa, op. cit., т. II, стр. 91 сл.

ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse ³²²).

Если домовладыка самъ является своею *scientia* причастнымъ къ деликту подвластнаго, то онъ отвѣчаетъ уже за собственную свою вину, и потому лишается права на *poenae datio* ³²³).

С. ПРИНЦИПЪ АВТОНОМНОСТИ ВОЛИ КАЖДАГО СУБЪЕКТА ПРАВЪ ВЪ ЕГО ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ СФЕРѢ.

а) Принципъ *aequitatis*, къ которому мы теперь приступаемъ, является не болѣе, какъ положительнымъ выраженіемъ той же самой идеи, которая въ отрицательной формѣ выражается двумя только что разсмотрѣнными принципами. Если *jus aequum* запрещаетъ вторженія однихъ лицъ въ сферу субъективныхъ правъ, принадлежащихъ другимъ, если оно заставляетъ каждого отвѣчать за свои собственные дѣйствія и не допускаетъ никого нести на себѣ послѣдствія событій, касающихся исключительно другихъ лицъ, то это все дѣлается лишь потому, что это право желаетъ, чтобы въ отведенной каждому члену общества сферѣ гражданскихъ правъ господствовала только воля субъекта этихъ правъ. Право, предоставляющее каждому свободу и власть въ извѣстныхъ границахъ и на извѣстныхъ условіяхъ, должно заботиться о томъ, чтобы эта свобода и власть не оказались призрачными, вслѣдствіе неудачнаго содержанія прочихъ нормъ права.

Итакъ, пріобрѣтая на основаніи нормъ *aequi juris* субъективныя гражданскія права, каждое лицо должно быть увѣрено, что законъ сдѣлаетъ его вполне автономнымъ въ этой сферѣ правъ. Если оставить въ сторонѣ отвѣтственность за правонарушенія и еще нѣкоторые случаи исключительнаго характера, въ которыхъ обязанность пожертвовать частью своего имущества или личнымъ трудомъ въ пользу другихъ лицъ за эквивалентъ или безъ него возникаетъ помимо воли субъекта, на основаніи предписанія закона, вызваннаго

³²²) Cf. § 2 J. 4, 8. L. 62 (61) § 5 D. 47, 2 licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus est. L. 2 pr. D. 9, 4.

³²³) L. 2, 5 D. 9, 4.

извѣстными соображеніями общаго блага (напр. L. 5 § 13 D, 25, 3), то можно установить слѣдующій общій принципъ *aequitatis*: по общему правилу, справедливыми признаются только тѣ требованія частныхъ лицъ о предоставленіи имъ другими лицами имущества или личныхъ услугъ, которыя основаны на согласіи, заранее выраженнымъ этими послѣдними лицами въ серьезной юридической формѣ; и только въ тѣхъ предѣлахъ соотвѣтствуютъ эти требованія справедливости, въ какихъ они оправдываются этимъ согласіемъ³⁹⁴). — Въ наиболѣе общей формѣ этотъ принципъ *aequitatis* выраженъ въ слѣдующихъ двухъ фрагментахъ, относящихся къ институту *pecuniarum*.

L. 15 pr. D. 43, 26. Pomponius. «Высшая справедливость требуетъ, чтобы каждый могъ пользоваться нашимъ имуществомъ лишь настолько, насколько мы желаемъ ему дозволить это».

L. 2 § 1, 2 D. eod. Ulpianus. «Этотъ интердиктъ (*de pecuniarum*)... содержитъ въ себѣ естественную справедливость; ибо по природѣ справедливо, чтобы ты пользовался моею щедростью только до тѣхъ поръ, пока я этого хочу, и чтобы я могъ взять назадъ [то, что я тебѣ предоставилъ въ пользованіе пекарно], когда воля моя измѣнится».

Конечно, воля субъекта правъ должна быть вполнѣ свободна отъ внутреннихъ пороковъ, чтобы явиться по справедливости основаніемъ обязанностей этого субъекта передъ третьими лицами. Не можетъ породить юридической обязанности воля, выраженная подъ вліяніемъ принужденія, обмана или существеннаго заблужденія. Отсюда въ § 1 J. 4, 13 къ *aequitas* сводятся *exceptiones doli, metus* и *erroris causa*.

Согласно со всѣмъ сказаннымъ, для того, чтобы опредѣлить въ какихъ размѣрахъ вытекаютъ для каждаго лица юридическія обязанности изъ совершенныхъ имъ актовъ *inter vivos*, является необходимымъ съ точки зрѣнія *aequum jus* изслѣдовать, какого содержанія волю выразило данное лицо, совершая данный юридическій актъ. *Aequitas* требуетъ, чтобы всѣ юридическіе акты *inter vivos* толковались юристами по моменту воли, которая руководила заключаю-

³⁹⁴) Ср. L. 59 § 1 D. 23, 9 Marcellus: *nam obligari mulieris debitorem ita aequum est, si accipere id ipsum quod ei debetur vir potest.* Также *iniquitas* въ L. 13 § 5 D. 20, 1 (Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 296) сл.) и L. 47 § 1 D. 49, 14.

щими ихъ частными лицами и была выражаема этими лицами съ помощью этихъ актовъ ³⁹⁵). Мы имѣемъ въ нашихъ источникахъ довольно большое количество фрагментовъ, гдѣ съ помощью ссылки на *aequitas* юристы указываютъ именно на эту идею. Фрагменты эти относятся какъ къ одностороннимъ сдѣлкамъ *inter vivos*, такъ и къ двустороннимъ или къ договорамъ.

Къ односторонней сдѣлкѣ *inter vivos*, а именно къ *aditio hereditatis*, относятся три фрагмента. Во всѣхъ нихъ ссылка на *aequitas* указываетъ, какъ намъ кажется, только на соответствие или несоответствие извѣстныхъ притязаній третьихъ лицъ къ *heres* у съ волею, которая выражена послѣднимъ посредствомъ вступленія въ наслѣдство при обстоятельствахъ даннаго случая.

Именно, прежде всего мы относимъ сюда ссылку на *aequitas* въ *Scutum Trebellianum*. Какъ извѣстно, этотъ сенатусконсультъ сдѣлалъ излишними тѣ *sponsiones* и *restipulationes*, которыя до тѣхъ поръ по необходимости заключались между наслѣдникомъ, отягченнымъ фидеикоммиссомъ *hereditatis*, и лицомъ, управомоченнымъ на получение этого фидеикоммисса, для той цѣли, чтобы освободить перваго отъ отвѣтственности по искамъ, предъявляемымъ противъ наслѣдства, и обезпечить послѣднему пользованіе исками, принадлежащими къ наслѣдственной массѣ. Это *Scutum* содержало въ себѣ, какъ намъ передаетъ Ульпіанъ въ L. 1 § 2 D. 36, 1, слѣдующія слова: «*Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his [eas lites ser. M o m.] eos subire, in quos jus fructusque transferrentur, potius quam cuique periculosam esse fidem suam: placuit etc.*» Намъ кажется, что слова эти имѣютъ слѣдующій смыслъ: своимъ вступленіемъ въ наслѣдство при данныхъ обстоятельствахъ *heres* показавъ, что онъ желаетъ исполнить только нравственную обязанность по отношенію къ наслѣдодателю, выполнить актъ довѣрія, порученный ему наслѣдодателемъ; поэтому третьи лица, имѣющія иски къ наслѣдству, и фидеикоммиссаръ никоимъ образомъ не могутъ сослаться на эту *aditio*, чтобы выводить изъ

³⁹⁵) Ср. Cic. pro Caec. 28, 81 *Id verum, id aequum, id utile omnibus esse spectari, quo consilio et qua sententia, non quibus quidque verbis esset actum.* de Inv. П, 48, 143.

нея обязанность heredis отвѣчать по этимъ искамъ; точно также фидеикоммиссаръ не можетъ требовать отъ heres'a веденія споровъ по искамъ, принадлежащимъ наслѣдству; всѣ эти обязанности aequum jus должно безъ всякихъ околичностей снять съ такого heres'a, чтобы aditio hereditatio дѣйствительно не обязывала его ни къ чему иному, какъ къ тому, на что онъ выразилъ свое согласіе, т. е. къ исполненію fides, и не влекла для него никакихъ иныхъ жертвъ имуществомъ или личнымъ трудомъ. — Въ L. 46 (44) § 1 D. eod. Марцеллъ рѣшаетъ, что фидеикоммиссаръ partis hereditatis можетъ требовать отъ heres'a предоставленія ему всего того, что входитъ въ составъ отказанной ему части наслѣдства, но ни въ какомъ случаѣ не какой либо личной дѣятельности heredis для увеличенія этой имущественной массы; «*ne aequum erit alterius, sicut dixegim, procuratorum constitui*», мотивируетъ Марцеллъ: несправедливо это требованіе было бы, очевидно, потому, что для него нѣтъ никакихъ опоръ въ волѣ, выраженной наслѣдникомъ посредствомъ aditio hereditatis.—По общему правилу aditio hereditatis обязываетъ наслѣдника платить легаты, возложенные на него, лишь въ томъ размѣрѣ, въ какомъ ихъ сумма не превышаетъ суммы доставшагося ему наслѣдственного имущества. Однако, если изъ обстоятельствъ вступленія въ наслѣдство можно вывести, что heres согласился къ большому предоставленію въ пользу легатаріевъ, то послѣдніе могутъ предъявить къ нему требованія въ размѣрѣ, оправдываемомъ выраженной имъ волею³⁶⁾.

Изъ всего сказаннаго не слѣдуетъ, конечно, что право не можетъ опредѣлить правъ и обязанностей, возникающихъ изъ aditio hereditatis, въ нѣкоторыхъ случаяхъ и отношеніяхъ инымъ образомъ, такъ что размѣръ ихъ не будетъ соответствовать дѣйствительной волѣ heredis. Мы уже упоминали, что всѣ принципы aequitatis, которыми мы занимаемся въ настоящей главѣ, допускаютъ разнообразныя ограниченія, разъ только эти ограниченія являются необходимыми съ точки зрѣнія общаго блага.

Дальнѣйшая группа источниковъ относится къ договорамъ. На основаніи aequitas, т. е. посредствомъ выясненія смысла соглашенія,

³⁶⁾ Такъ мы толкуемъ рѣшеніе Папиніана въ L. 70 § 1 D. 31, вслѣдъ за Windscheid, Pandekten, т. III § 634 прим. 9. Brinz, Pandekten, т. III, § 416 пр. 3.

состоявшегося между сторонами, юристъ опредѣляетъ, чего могутъ требовать стороны въ силу этого соглашенія другъ отъ друга при наличномъ стеченіи обстоятельствъ. Самый процессъ опредѣленія содержанія договора по моменту воли контрагентовъ характеризуется одинъ разъ Палиніаномъ какъ «*factum ex aequitate interpretari*»²⁹⁷).

Что касается правилъ для толкованія договоровъ²⁹⁸), то по ихъ поводу мы встрѣчаемъ ссылку на *aequitas* лишь въ одномъ фрагментѣ. Изъ этого фрагмента слѣдуетъ, что юристъ, обсуждая договоръ, долженъ толковать слова, употребленныя контрагентами, прежде всего по ихъ общепринятому смыслу, который обыкновенно придается имъ въ переговорахъ, подобныхъ подлежащимъ его обсужденію, если нѣтъ никакого основанія думать, что въ данномъ случаѣ контрагенты связывали съ этими словами иной смыслъ.

L. 18 pr. D. 21, 1 Gajus. «Если продавецъ что либо утверждалъ относительно раба, и покупатель жалуется на то, что утвержденія эти были невѣрны, то онъ [покупатель] можетъ выступить съ искомъ о расторженіи договора (*judicium redhibitorium*) или съ искомъ объ уменьшеніи цѣны (*judicium aestimatorium*), т. е. съ *a. quanto minoris*; напр., если продавецъ утверждалъ, что рабъ настойчивъ, трудолюбивъ, проворенъ, бдителенъ, или можетъ, благодаря своей способности къ хозяйству, приобрести пекулій, а онъ окажется на самомъ дѣлѣ легкомысленнымъ, дерзкимъ, вялымъ, сонливымъ, лѣнивымъ, неповоротливымъ, прозорливымъ. Однако, все это нужно понимать въ томъ смыслѣ, чтобы то, что утверждаетъ продавецъ, требовалось отъ него не строго, а съ извѣстной умѣренностью; такъ, напр., если онъ увѣрялъ, что рабъ постояненъ, то нельзя требовать отъ него совершенной твердости и постоянства, какъ отъ философа, а если продавецъ увѣрялъ, что рабъ трудолюбивъ и бдителенъ, то нельзя требовать отъ него непрерывной работы и днемъ, и ночью; но всего этого можно требовать умѣренно и согласно справедливости. То же самое нужно предполагать и относительно другихъ утверженій, которыя слѣлалъ продавецъ».

²⁹⁷) L. 81 D. 17, 2. *Ceterum si numeratam dotem pater defuncta in matrimonio filia reciperasset, reddi pecuniam societati debuisse, pactum ex aequitate sic nobis interpretantibus.*

²⁹⁸) Объ этомъ подробности у Voigt'a, *Ius Nat.*, т. III, §§ 27, 28.

Теперь мы приступимъ къ изложенію тѣхъ рѣшеній, гдѣ, по нашему мнѣнію, слова *aequum* и *iniquum* имѣютъ значеніе: «согласно *res.* несогласно со смысломъ состоявшагося договора», или же подобный этому смыслъ.

Въ L. 9 § 3 D. 2, 15 Ульпіанъ прямо заявляетъ, что противно справедливости примѣнять мировую сдѣлку къ тѣмъ искамъ, которыхъ стороны не имѣли въ виду при заключеніи *transactio* ²³³⁾.— Въ L. 13 § 17 D. 19, 1 Ульпіанъ передаетъ намъ слѣдующее рѣшеніе Цельза. Обсужденію подлежитъ договоръ купли-продажи такого содержанія: А продалъ В *«fundī, quem cum Titio communem habebat, partem suam»*. До исполненія договора продавцемъ послѣдній былъ принужденъ своимъ сособственникомъ, Тиціемъ, принять *judicium communi dividundo*, которое можетъ кончиться приговоромъ судьи различнаго содержанія на основаніи *adjudicatio*, содержащейся въ формулѣ иска. Спрашивается, какое содержаніе должно получить исполненіе договора при данныхъ обстоятельствахъ, согласно смыслу этого договора? Смысл соглашенія, состоявшагося между сторонами, нужно понимать слѣдующимъ образомъ: если А продаетъ В свою *pars pro indiviso* въ общемъ участіи, то это значить, что А обязуется предоставить В то же самое юридическое положеніе въ данной *communio*, которое за собой утверждаетъ самъ А. А, слѣдовательно, долженъ отвѣчать передъ В лишь за то, что ему принадлежитъ въ *communio* указанная имъ часть, и долженъ выдать В все то, что онъ самъ *bona fide* получаетъ на основаніи обладанія этой частью. Если повтому, между А и *Titius* происходитъ, до исполненія договора съ В, *judicium communi dividundo*, въ которомъ подтверждается, что А дѣйствительно обладаетъ той частью въ *communio*, которую онъ назвалъ своему покупателю, то обязанности А, какъ продавца, сводятся къ тому, чтобы онъ выдалъ В все, что самъ получаетъ на основаніи *adjudicatio*. Что касается *evictionis praestatio*, то она должна распространяться также лишь на ту часть *communio*, на которую А приписывалъ себѣ право; за то, что *socius*

²³³⁾ Заключительныя слова фрагмента по уничтоженіи глоссъ слѣдуетъ читать такъ: „*tantum in his transactio obest, quamvis major XXV annis eam interposuit, de quibus actum probetur: nam iniquum est peremi pacto id, de quo cogitatum non docetur*“. (M o m m s e n ad h. l. L e n e l, Palingenesia, Ulp. 2301).

его действительно имѣть право на другую часть, А не ручался; поэтому отвѣтственность его за другую часть по справедливости, ограничивается лишь всеобщей обязанностью къ *doli praestatio*. Все это юристъ обобщаетъ слѣдующимъ образомъ: «*aequum est enim (т. е. согласно со смысломъ состоявшагося договора) eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividando*» ⁴⁰⁾.—Въ L. 2 § 18 D. 18, 4 *Ulpianus* мы читаемъ о договорѣ *venditio hereditatis* слѣдующее: «Если кто либо наследуетъ своему должнику, то онъ, вслѣдствіе *confusio*, перестаетъ быть кредиторомъ; но, если онъ продалъ наследство, то является вполне справедливымъ, чтобы покупатель занялъ мѣсто наследника, и поэтому отвѣчалъ передъ продавцомъ наследства.... однако, только при томъ условіи, что по поводу этого долга возможенъ вообще искъ противъ наследника, такъ чтобы противъ покупателя не вчинались иски на тѣхъ основаніяхъ, на которыхъ вообще нельзя предъявлять исковъ къ наследнику». По всему строю фрагмента ясно, что *Ульпіанъ*, ссылаясь на *aequitas*, хочетъ указать на смыслъ состоявшагося между сторонами договора; это дѣлается несомнѣннымъ, если сравнить то, что говоритъ *Ульпіанъ* о смыслѣ и цѣли договора *venditio hereditatis* въ *princ.* того же фрагмента ⁴¹⁾.—Въ

⁴⁰⁾ Ср. также L. 7 § 13 D. 10, 3, гдѣ къ такому же рѣшенію прибавлено: „*haec eadem et in mandati ceterisque hujus generis judiciis servantur*“; подъ этими послѣдними *judicia* нужно понимать, конечно, *judicia bonae fidei* (см. также *M o m t s e n*, *Beiträge*, т. I, стр. 39, пр. 4); въ *judicia stricti juris* судья болѣе связанъ буквою соглашенія и не можетъ съ такою свободою рѣшать дѣло по смыслу договора.—Неправильно, по нашему мнѣнію, толкованіе этихъ фрагментовъ у *M o m t s e n*'а, *Ergörterungen*, т. I, стр. 90, 108, 114; *Beiträge* т. I, стр. 99, 899; *Windscheid*, *Pand.*, т. II, § 264, пр. 6; при свободномъ толкованіи смысла договора исполненіе договора о продажѣ *partis pro indiviso* нельзя считать сдѣланнымъ невозможнымъ по раздѣлѣ участка; въ этомъ случаѣ возникаетъ только вопросъ, въ чемъ должно состоять исполненіе согласно смыслу соглашенія.

⁴¹⁾ Повидному, и въ L. 2 § 3 in f. D. eod: „*sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit*“ *Ульпіанъ* своей ссылкой на *aequitas* не желалъ выразить ничего другаго (Ср. также *M o m t s e n*, *Beiträge*, т. III, стр. 106). И действительно, если вѣкто покупаетъ наследство, спустя значительное время по вступленіи въ него наследника, то въ случаѣ сомнѣнія мы имѣемъ основаніе предполагать, что онъ согласился одобрить тѣ перемѣны въ состояніи наследственной массы, которыя произошли благодаря управленію этой массы наследникомъ *sine dolo malo* послѣдняго (L. 21 D. eod: *at cum hereditas venit, tacite hoc agi videtur, ut, si quid tamquam heres feci, id praestem emptori, quasi illius negotium agam*

L. 9 pr. D. 19, 2 Ульпианъ признаетъ, что *«aequissimum est absolvi locatorem»*, если онъ, за невозможностью предоставить нанимателю домъ, дѣйствительно сданный въ наймы, предлагаетъ ему *«aliam habitationem non minus commodam»*; очевидно, Ульпианъ предполагаетъ, что по смыслу договора наниматель не стоялъ за получение непременно того самаго дома, о которомъ шла рѣчь въ договорѣ, и въ предоставленіи другаго дома видитъ не *datio in solutum*, а настоящую *solutio*, согласно смыслу договора ⁴⁰²). — Нѣсколько рѣшеній относятся къ области стипуляціи. Хотя это—контрактъ *stricti iuris*, при обсужденіи котораго судья не такъ свободенъ отъ буквы соглашенія, какъ при договорахъ *bonae fidei*, но и здѣсь до извѣстной степени признается возможнымъ руководиться такими обстоятельствами, на которыя слова стипуляціи не указываютъ, но которыя опредѣляютъ, тѣмъ не менѣе, смыслъ состоявшагося соглашенія и позволяютъ дополнить его букву. Въ частности, мы имѣемъ рѣшенія, въ которыхъ устанавливается, что преторъ и *iudex* при обсужденіи исковъ изъ стипуляцій должны руководиться также той матеріальной сдѣлкой, которая подала поводъ сторонамъ заключить формальный договоръ—стипуляцію. Такъ, если стипуляція о предоставленіи извѣстной суммы денегъ заключена для обезпеченія займа, который долженъ былъ состояться между контрагентами и не состоялся, то преторъ обязанъ *ex aequitate* включить въ формулу иска по требованію промиттента *exceptioem doli* (Gai, IV § 116a cf. § 2 J. 4, 13). Если стипуляція *«decem dari spondes»* заключена для обезпеченія уплаты цѣны за купленнаго раба, и затѣмъ рабъ этотъ былъ возвращенъ покупателемъ обратно на основаніи эдикта эдилловъ, то по этой стипуляціи, согласно ея смыслу, такъ же точно не должно было допускаться взысканіе, какъ и по *a. venditi* въ подобномъ случаѣ (L. 59 pr. D. 21, 1); поэтому преторъ долженъ по справедливости вставить въ фор-

L. 2 § 1 eod. in fine); но изъ этого не слѣдуетъ еще само собою, что въ такомъ одобреніи *administratio* наследника содержится также согласіе признать сдѣланныя имъ изъ наследства даренія: даренія вѣдь, по общему правилу, къ *administratio* не относятся (см. L. 16 C. 5, 37. L. 12. 17 D. 27, 10. L. 18 D. 40, 1). Поэтому мы не считаемъ основательнымъ упрекъ, который косвенно дѣлаетъ Ульпиану *De p. b. u. g.*, Pand., т. III, § 168 пр. 9.

⁴⁰²) Ср. L. 60 pr. D. 9, 2. *M o n t s e n*, *Beiträge*, т. I, стр. 381, пр. 16. Ссылку на смыслъ соглашенія мы усматриваемъ также въ L. 9 § 1 D. 19, 2.

муду эксценцію: <quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est.> (L. 14 D. 44, 1 Alfenus Varus).— Еще одинъ примѣръ того, какъ преторъ ex aequitate сводитъ притязанія изъ стипуляціи въ размѣры, соответствующіе смыслу соглашенія, видимъ мы въ L. 10 § 1 D. 2, 14 Ulpianus ⁴⁰³⁾ и въ L. 4 § 7 D. 44, 4 Labeo ap. Ulp. — Къ толкованію смысла стипуляціи, заключенной съ поручителемъ (fidejussio), относятся слѣдующія рѣшенія. Если fidejussor поручился <in omni causa> за лицо, вступающее въ договоръ locatio conductio rei въ качествѣ нанятого, то <aequum videtur, говоритъ Павелъ въ L. 54 pr. D. 19, 2, ipsum quoque agnoscere onus usurarum (ex mora), ac si ita fidejussisset: <in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?> vel ita: <indemnem me praestabis?> ⁴⁰⁴⁾ Если fidejussor поручился за minor XXV annis при такихъ условіяхъ, что контрагентъ minoris зналъ о возрастѣ послѣдняго и именно на этомъ основаніи потребовалъ отъ него поручительства, то несправедливо, говоритъ Ульпіанъ въ L. 13 pr. D. 4, 4, распространять данную minori in integrum restitutio также и на его поручителя, а скорѣе слѣдуетъ, согласно aequitas, лишить самого fidejussor'a регресса противъ minor'a ⁴⁰⁵⁾.

Съ толкованіемъ смысла выданной росписки мы имѣемъ дѣло въ L. 20 D. 14, 3 Scaevola. <Здѣсь инститоръ, исполняя свои обязанности, но не упоминая объ этомъ, а отъ своего имени, выдалъ долговую росписку; юристъ рѣшаетъ: не говоря о томъ, что эта росписка не обосновываетъ юридической обязанности (вслѣдствіе отсутствія стипуляціонной формы), было бы несправедливо заставлять инститора отвѣчать на основаніи нея уже потому, что онъ хотѣлъ этой роспиской засвидѣтельствовать не свой собственный домъ, а домъ банка> ⁴⁰⁶⁾.

b) Aequum jus, какъ мы сказали, придерживается того принципа, что каждое лицо является полнымъ хозяиномъ въ сферѣ своихъ субъективныхъ гражданскихъ правъ. Эти права предоставляются

⁴⁰³⁾ Ср. L. 12 § 2 D. 23, 4. Merkel, Konkurs der Aktionen, стр. 27 сл.

⁴⁰⁴⁾ Ср. объ этомъ Mommsen, Beiträge, т. III, стр. 277 сл.

⁴⁰⁵⁾ Ср. Paul. S. R. I, 9 § 6. L. 51 pr. D. 3, 3. L. 89 D. 29, 2. L. 95 § 3 D. 46, 3. L. 1, 2 C. 2, 23.

⁴⁰⁶⁾ Mittels, Stellvertretung, стр. 150.

частнымъ лицамъ въ качествѣ средствъ для удовлетворенія ихъ личныхъ потребностей, и потому право должно обезпечить за каждымъ лицомъ свободу пользоваться ими такъ, какъ потребуютъ его личные интересы и какъ это будетъ согласно съ его личною волею. На этомъ основаніи мы встрѣчаемъ ссылку на *aequitas* въ слѣдующихъ случаяхъ.

Если объективное право, въ видѣ исключенія разрѣшаетъ одному частному лицу произвести вторженіе въ сферу правъ другого лица, такъ какъ иначе является невозможнымъ оказать защиту интересу перваго лица, являющимся въ глазахъ законодателя вполне достойнымъ покровительства, то оно должно принять мѣры къ тому, чтобы подобное вторженіе въ область чужихъ правъ не нанесло никакого ущерба субъекту этихъ правъ. Было бы противно справедливости принуждать этого послѣдняго дѣлать изъ своего имущества жертвы въ чужихъ интересахъ. Сюда относятся, въ частности, нѣкоторые случаи *cautio damni infecti*. *Cautio* эта, какъ мы уже имѣли случай замѣтить выше, налагаетъ на промиттента обязанность возмѣстить стипулянту безусловно извѣстнаго рода ущерба, которыхъ опасается стипулянтъ. Этого рода отвѣтственность устанавливается правомъ въ виду нашего постулата справедливости на сторонѣ такихъ лицъ, которымъ по особымъ соображеніямъ разрѣшается произвести извѣстнаго рода дѣятельность въ предѣлахъ имущества, принадлежащаго третьимъ лицамъ, ни въ чемъ субъективно не виновнымъ передъ ними; именно, *jus aequum* предписываетъ, чтобы лицо, воспользовавшееся своимъ правомъ произвести даннаго рода дѣйствія въ предѣлахъ чужаго имущества, предоставило владѣльцу этого имущества *cautio damni infecti* по поводу ущерба, который можетъ возникнуть для послѣдняго изъ этихъ дѣйствій. Одинъ изъ этихъ случаевъ мы имѣемъ въ разобранной нами въ началѣ второй главы (стр. 50) *L. 15 D. 10, 4*, гдѣ одному лицу дозволяется искать вещи, зарытыя на землѣ другаго, но съ безусловнымъ обязательствомъ вознаградить послѣдняго за всѣ убытки, которые возникнутъ для него отъ этихъ поисковъ. Другую ссылку на *aequitas* въ томъ же смыслѣ мы имѣемъ въ *L. 4 § 2 D. 39, 3*; здѣсь Юліанъ рѣшаетъ, что лицо, занимающееся восстановленіемъ теченія воды на землѣ невиновнаго въ его перемѣнѣ сосѣда, должно согласно *aequitas* предоставить послѣднему

cautio damni infecti ⁴⁰⁷⁾.—Точно такого же рода идея заключается, на нашъ взглядъ, въ постановленіяхъ *legis Rhodiae de jactu*: если во время опасности для спасенія корабля и груза разрѣшается пожертвовать вещами, принадлежащими одному изъ грузоотправителей, то справедливо предоставить послѣднему средства возмѣстить понесенные убытки, поскольку они пошли на пользу не ему, а другимъ лицамъ. Къ *aequitas* сводятся эти постановленія въ L. 2 pr. D. 14, 2 Paulus (*aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent*) и въ L. 5 § 2 D. eod. Hermogenianus ⁴⁰⁸⁾.

Подобный же смыслъ заключаетъ въ себѣ ссылка на *aequitas* въ L. 65 (63) § 7 D. 36, 1 и L. 15 § 5 D. eod. Въ первомъ изъ этихъ фрагментовъ Гай устанавливаетъ, что принужденіе *heredis fiduciarii* согласно *scutum Pegasianum* принять наслѣдство для того, чтобы получить силу возложенный на него *fideicommissum hereditatis*, должно быть допускаемо лишь тогда, когда это принятіе не связано для *heres fiduciarius* ни съ какими имущественными издержками или съ затратой труда и не повлечетъ къ умаленію его правъ на гражданскую честь; если же вступленіе въ наслѣдство сопряжено съ необходимостью выполнить условіе, связанное съ *turpitudinis*, *difficultas* или *impedimentum*, то *«aperte iniquum est cogi eum (heredem) explere eam (condicionem) alterius gratia»*. Во второмъ фрагментѣ Ульпанъ устанавливаетъ, что лишь тѣ лица могутъ претендовать на то же самое право по отношенію къ *heres fiduciarius*, на которыхъ могутъ перейти иски по поводу наслѣдства: *«neque enim aequum est ad hoc quem compelli adire hereditatem, ut emolumentum quidem hereditatis refundat, ipse vero oneribus hereditatis obstrictus relinquatur»*.

с) Такъ какъ *jus aequum* предоставляетъ каждому гражданину субъективныя гражданскія права для удовлетворенія его личныхъ потребностей съ помощью даваемой этими правами власти, то оно предполагаетъ, что каждый субъектъ правъ будетъ пользоваться сво-

⁴⁰⁷⁾ Ср. L. 5 D. eod. — По этому поводу cf. U n g e r, *Handeln auf eigene Gefahr*, стр. 13 пр. 16. В и г с к h a g d, въ прод. комм. Глюка, серія кн. 39 и 40, т. II, стр. 48.

⁴⁰⁸⁾ Если при давнихъ обстоятельствахъ кто либо уничтожаетъ или отчуждаетъ свое собственное имущество, то такой случай относится, конечно, уже не сюда.

ими гражданскими правами въ своихъ личныхъ интересахъ. Это отражается, именно, на толкованіи извѣстнаго рода договоровъ между частными лицами. Если кто либо обѣщался оказать другому лицу услугу своимъ трудомъ или извѣстнаго рода имущественнымъ предоставленіемъ, и притомъ услугу безвозмездную, исключительно въ интересахъ его контрагента, то, за отсутствіемъ особыхъ оговорокъ, *jus aequum* предполагаетъ, что лицо, обѣщающее эту услугу, ограничило свое обѣщаніе исполненіемъ только тѣхъ именно дѣйствій, о которыхъ шла рѣчь между контрагентами; что оно не согласилось нести на себѣ никакихъ иныхъ имущественныхъ жертвъ въ интересахъ своего контрагента; что обѣщанная услуга должна быть совершена имъ за счетъ и страхъ его контрагента. *Jus aequum* не презюмируетъ никакой дѣятельности исключительно въ чужихъ интересахъ; насколько эта дѣятельность прямо не обѣщана, она считается юридически не должной. Таковъ смыслъ правила: «*iniquum est damnosum cuique esse officium suum*». Правило это установлено Юліаномъ ⁴⁰⁾ и за нимъ повторяется Гаемъ. ⁴¹⁾ Мы имѣемъ слѣдующіе образчики примѣненія этого правила въ нашихъ источникахъ:

Въ L. 7 D. 29, 3 Гай устанавливаетъ, что если кто либо согласился быть свидѣтелемъ при завѣщаніи и исполнилъ это обѣщаніе, то послѣ этого нельзя принуждать его рѣшительно ни къ какимъ жертвамъ по поводу оказанной услуги; такъ, при вскрытіи завѣщанія не онъ долженъ быть приглашенъ къ явкѣ на мѣсто нахождения завѣщанія, а завѣщаніе должно быть послано къ нему, «*quippe saepe cum magna captione a rebus nostris revocamur et est iniquum damnosum cuique esse officium suum*».

Лицо, принимающее на себя роль третейскаго судьи также оказываетъ безвозмездную услугу (*officium*) своимъ контрагентамъ. ⁴¹⁾ Въ полной гармоніи со всѣмъ вышесказаннымъ Лабеоу рѣшаетъ, что преторъ не долженъ принуждать такого *arbiter* къ выполненію

⁴⁰⁾ L. 62 (61) § 5 D. 47, 2. Хотя фрагментъ этотъ взятъ изъ сочиненія Африкана, но послѣдній здѣсь, по обыкновенію, только реферируетъ мнѣніе Юліана. Krüger, *Gesch. d. Quellen*, стр. 177 пр. 26.

⁴¹⁾ L. 7 D. 29, 3. Ср. Krüger, *l. c.*, стр. 185 прим. 20.

⁴²⁾ L. 3 § 1 D. 4, 8.

объзанной услуги, когда ему мѣшаетъ «*occupatio negotiorum pro-
prioium*». ⁴¹¹⁾

Второй разъ нашъ принципъ со словъ его установителя—Юліана—приводится Африканомъ въ L. 62 (61) § 5 D. 47, 2 въ примѣненіи къ договору мандата. Изъ этого фрагмента мы имѣемъ право заключить слѣдующее. По мнѣнію Юліана, мандатарій, при отсутствіи прямыхъ оговорокъ въ мандатѣ, принимая на себя безвозмездное исполненіе какого либо порученія въ интересахъ манданта, согласно *aequitas* долженъ считаться согласившимся только на предоставленіе манданту извѣстнаго рода личной дѣятельности, о которой шла рѣчь въ договорѣ, но не нанесеніе какихъ бы то ни было имущественныхъ ущербовъ въ интересахъ довѣрителя. Весь рискъ предпріятія и всѣ издержки, съ нимъ связанныя, должны разсматриваться, какъ принятыя на себя мандантомъ. Иными словами, мандантъ, по мнѣнію Юліана, долженъ по справедливости отвѣчать передъ мандатаріемъ за всякій имущественный ущербъ, который возникнетъ для мандатарія вслѣдствіе того, что мандантъ далъ ему извѣстнаго рода порученіе.—Мы надѣемся показать, что такого рода воззрѣніе раздѣлялось и другими позднѣйшими классиками; начало этой доктрины замѣтно еще въ сочиненіяхъ Прокула и Мелы ⁴¹²⁾; но до Юліана теорія эта не была еще, повидимому, твердо установлена, ибо, какъ мы увидимъ, Нерацій держался иного воззрѣнія.

Теорія эта приводитъ къ слѣдующимъ частнымъ результатамъ:

Мандантъ обязанъ, прежде всего, возмѣстить мандатарію всѣ издержки, которыя совершены послѣднимъ для исполненія или по поводу исполненія принятаго на себя порученія. Для этого не требуется даже, чтобы издержки эти дѣйствительно оказались полезными для манданта: онѣ возмѣщаются также и въ томъ случаѣ, если исполненія порученія невозможно было довести до конца (L. 56 § 4 D. 17, 1 *Papinianus*); взятыя взаймы для манданта деньги погибаютъ въ рукахъ мандатарія за страхъ манданта (L. 17 pr. D. 15, 3 *Africanus*); послѣдствія рѣшенія, постановленнаго *injuria judicis* противъ манданта по тяжбѣ, веденіе которой поручено было мандатарію, несетъ на себѣ мандантъ (L. 8 § 8 D. 17, 1 *Ulpianus*. L.

⁴¹¹⁾ L. 15 D. 4, 8 *Ulpianus*.

⁴¹²⁾ L. 26 § 8 D. 17, 1. *Mela ap. Paulum*. L. 83 D. 46, 8 *Proculus*.

67 D. 46, 1 Paulus). Мало того: мандатарій не долженъ даже платить по обязательствамъ, въ которыя онъ вошелъ для манданта, и можетъ принудить послѣдняго принять отвѣтственность по этимъ обязательствамъ на себя, а будучи осужденъ по поводу иска, вчиненнаго противъ него на основаніи даннаго ему мандата, можетъ предъявить къ манданту *actionem contrariam* еще до совершения уплаты по *condemnatio* (L. 45 pr. § 4 D. 17, 1 Paulus. L. 38 § 1 D. 17, 1 Marcellus. L. 6. 10 C. 4, 35). Къ *aequitas* сводится возмѣщеніе издержекъ мандатарія въ L. 46 § 6 D. 3, 3 Gajus.

Такъ какъ мандатарій не долженъ нести никакого ущерба отъ исполненія мандата, то издержки возмѣщаются ему съ процентами, которые онъ потерялъ, употребляя свои капиталы на нужды манданта. Это правило также сводится къ *aequitas* Ульпіаномъ въ L. 12 § 9 D. 17, 1.

На томъ же основаніи мандатарію возмѣщаются всѣ траты, сдѣланныя имъ для исполненія порученія по отмѣнѣ мандата, оставшейся неизвѣстной ему. Павелъ указываетъ въ качествѣ мотива къ этому правилу на собраніе: «*ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum*» (L. 15 D. 17. 1) ⁴³⁾. То же самое имѣетъ мѣсто въ случаѣ расторженія мандата смертью манданта. Гай, въ оправданіе этого правила, помимо *utilitas*, ссылается на то, что «*alioquin justa et probabilis ignorantia damnum mihi adferret*». ⁴⁴⁾

Но не только издержки, сдѣланныя для или по поводу исполненія мандата, должны быть возмѣщены мандатарію. Послѣдній не долженъ нести вообще никакихъ убытковъ, вслѣдствіе принятія имъ на себя порученія. Поэтому ему возмѣщаются всѣ остальные понесенные имъ ущербы, если они стоятъ въ причинной связи съ возложеніемъ на него даннаго порученія мандантомъ. Господствующее до сихъ поръ въ литературѣ мнѣніе совершенно неправильно требуетъ для возникновенія этой послѣдней отвѣтственности манданта наличности на его сторонѣ субъективной вины. ⁴⁵⁾ Мы установили,

⁴³⁾ Ср. также *aequitas* у Proculus L. 82 D. 46, 3 и Africanus L. 38 § 1 eod. О послѣднихъ фрагментахъ Lotmar, Causa стр. 103 слл.

⁴⁴⁾ Gai. III, 160. См. также § 10 J. 3, 26 L. 26 pr. § 1 D. 17, 1 Paulus, который прямо ссылается на автора общаго правила—Юліана. L. 19 § 3 D. 39, 5 Ulpianus.

⁴⁵⁾ См. Windscheid, Pandekten, т. II § 378 пр. 16; § 410 пр. 8; § 430. Dernburg, Pfandrecht, т. I, 162 и Pandekten, т. II § 116 пр. 14 и 15. Асса-

что отвѣтственность манданта за всё вообще потери мандатарія (*abesse pecuniam*) ⁴⁴⁶, вытекаетъ изъ такого основанія, которое дѣлаетъ совершенно неумѣстнымъ установленіе для даннаго случая этого условія. Намъ остается только показать, что дѣйствительно классическіе юристы, по крайней мѣрѣ послѣ Юліана, руководились тѣмъ же самымъ общимъ принципомъ при обсужденіи отвѣтственности манданта за этого рода ущерба, который они клали въ основу обязанности манданта къ возмѣщенію издержекъ мандатарія.

Объ этихъ именно ущербахъ говорить названная уже нами нѣсколько разъ L. 62 (61) § 5 D. 47, 2, въ которой содержится общій принципъ *aequitatis*, установленный Юліаномъ и разбираемый нами въ настоящее время. Въ этомъ фрагментѣ излагается слѣдующее рѣшеніе. Если А далъ В мандатъ купить для него извѣстнаго опредѣленнаго раба, и затѣмъ этотъ рабъ, будучи приобрѣтенъ мандатаріемъ, обокралъ его, то, по мнѣнію Юліана, А долженъ возмѣстить В всё убытки отъ этого событія: *«nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam per servum plus damni evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse»*. Изъ этой мотивировки ясно слѣдуетъ, что отвѣтственность манданта должна возникать, по мысли Юліана, помимо всякой субъективной вины съ его стороны. На это указываютъ также и слова, помѣщенные въ началѣ фрагмента: *«justissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset»*. Если, тѣмъ не менѣе, въ концѣ фрагмента юристъ начинаетъ говорить о *culpa mandantis*, то эта *culpa* есть ничто иное, какъ двойникъ той, которую, какъ мы видѣли во второй главѣ, римскіе юристы любили изобрѣтать, комментируя всякіе иные случаи отвѣтственности за убытки помимо субъективной вины лица отвѣчающаго. Что юристъ въ данномъ случаѣ, упоминая о *culpa mandantis*, вовсе не думалъ установить этимъ ре-

gias, Précis т. II, стр. 370 пр. 2, стр. 369 пр. I (этотъ писатель, впрочемъ, высказывается несовсѣмъ увѣренно). Grndts, Pandekten, § 293 и т. д.

⁴⁴⁶) Grinz, Pand. т. II, § 334 пр. 41. Ср. Lenel, Edictum perpetuum, стр. 236 пр. 5.

квизита субъективной виновности, это ясно уже изъ того, что онъ признаетъ безусловную наличность этой culpa при данныхъ обстоятельствахъ, не заботясь объ анализѣ дѣйствительнаго настроенія воли манданта: «nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit», говоритъ Юліанъ.—Изъ сочиненій Павла мы узнаемъ однако, что до Юліана твердо установленной теоріи между юристами по этому вопросу не существовало; въ L. 26 § 7 D. eod. Павелъ передаетъ намъ рѣшеніе Нерація по поводу того же случая, который разбирается въ L. 62 (61) § 5 cit; изъ этого рѣшенія ясно, что Нерацій допускалъ отвѣтственность манданта за ущербы, понесенные мандатаріемъ вслѣдствіе принятія на себя мандата и не являющіеся издержками на исполненіе мандата, лишь въ случаѣ dolus манданта (не говоря, конечно, объ отвѣтственности ноксальной). Мы уже имѣли случай заподозрить Нерація въ томъ, что онъ имѣлъ особыя воззрѣнія на отвѣтственность манданта, при разборѣ L. 67 D. 46, 1 (см. выше, прим. 323). Мы видѣли, что въ этомъ послѣднемъ фрагментѣ Павелъ въ своихъ примѣчаніяхъ къ Нерацію исправилъ воззрѣніе этого юриста; насколько мы знаемъ вообще доктрину, которой придерживался Павелъ относительно отвѣтственности манданта (см. цитированные въ предыдущемъ изложеніи фрагменты изъ сочиненій Павла), намъ представляется невѣроятнымъ, чтобы тотъ юристъ въ данномъ случаѣ былъ согласенъ съ мнѣніемъ Нерація. Онъ просто излагаетъ въ L. 26 § 7 cit. воззрѣніе Нерація на обсуждаемый вопросъ, но ничѣмъ не намекаетъ на согласіе свое съ этимъ воззрѣніемъ. Быть можетъ, фрагментъ этотъ былъ какъ нибудь неудачно измѣненъ компиляторами; во всякомъ случаѣ, является недопустимой мысль, чтобы тотъ-же самый Павелъ, который, говоря объ издержкахъ мандатарія, былъ такъ милостивъ къ нему, исправлялъ ошибки Нерація и провозглашалъ вообще, что мандатарій не долженъ «damno officii», въ данномъ случаѣ совершенно непослѣдовательно ограничить отвѣтственность манданта слушаемъ его scientia, т. е. dolus⁴¹⁷).

⁴¹⁷) Мандатъ, при заключеніи котораго мандантъ впередъ даетъ сумму, необходимую для его исполненія (Witte, Bereicherungsklagen, стр. 180) или же отношеніе, подобное мандату (Assaricus, Précis, т. II, стр. 415 сл.) и потому подлежащее тѣмъ же правиламъ, мы имѣемъ въ L. 5 § 8 D. 12, 4; подъ ссылкой на aequitas Ульпіанъ разумѣетъ здѣсь, вѣроятно, нашъ принципъ: „iniquum est officium suum etc“. Впрочемъ, вопросъ о толкованіи L. 3 и L. 5 D. 12, 4 является спорнымъ. См. напр. Bekker, Aktionen, стр. 128 сл.

Изъ всего изложеннаго не слѣдуетъ, однако, что позднѣйшіе клас-
 сики признавали манданта отвѣтственнымъ передъ мандатаріемъ за
 всякій рѣшительно ущербъ, который понесенъ послѣднимъ и стоитъ
 въ причинной связи съ принятіемъ имъ на себя и исполненіемъ ман-
 дата. Отвѣтственность манданта, доведенная до такихъ предѣловъ,
 была бы слишкомъ велика и являлась бы умѣстной лишь при на-
 личности на его сторонѣ тяжкой вины—*dolus*. Если несправедливо
 было считать мандатарія принявшимъ на себя рискъ по исполненію
 мандата, то, съ другой стороны, манданта справедливо было признать
 взявшимъ на себя гарантію лишь за тѣ убытки, наступленіе кото-
 рыхъ стоитъ въ тѣсной причинной связи съ самымъ содержаніемъ
 даннаго имъ порученія, а не является обстоятельствомъ, которое,
 хотя и возникло при совершеніи порученія, но по характеру своему
 представляется событіемъ совершенно побочнымъ, которое легко
 могло имѣть мѣсто и помимо всякаго принятія на себя чужаго по-
 рученія потерпѣвшимъ отъ него лицамъ. Этого рода мысль, на нашъ
 взглядъ, хотѣлъ выразить Павелъ, когда въ L. 26 § 6 D. 17, 1,
 излагая уже свою собственную доктрину, онъ говоритъ, что ман-
 дантъ не обязанъ вознаграждать мандатарія за такіе ущербы, кото-
 рые *«magis casibus quam mandato imputantur»*. Определить границу
 между тѣми и другими ущербами посредствомъ болѣе точныхъ пра-
 вилъ намъ представляется невозможнымъ; это дѣло *officium iudicis*
 въ каждомъ данномъ случаѣ ⁴¹⁾.

Какъ мы имѣли случай говорить выше, отвѣтственность манданта
 не распространяется на тѣ убытки и издержки, которые хотя и воз-
 никли для мандатарія по случаю возложенія на него порученія, но

⁴¹⁾ Unger, *Handeln auf fremde Gefahr*, Jahrb. f. Dogm. т. 33 (1894 г.), стр. 327 сл. предлагаетъ для этихъ двухъ категорій ущербовъ названія: *damnum ex causa* и *damnum ex occasione mandati*.—Вообще въ этой статьѣ Unger проводитъ ту же самую теорію объ отвѣтственности манданта, которая изложена въ текстѣ. См. также Ihering, *Jahrb. f. Dogm.*, т. 4, стр. 37. Невзе, *Zur Lehre von dolus und culpa*, Archiv. f. civ. Praxis, т. 61, стр. 280 сл. Моммсен, *Ergörterungen*, т. II, стр. 58 сл. Послѣдній писатель предлагаетъ еще одно ограниченіе отвѣтствен-
 ности манданта, для котораго, однако, въ источникахъ опоры нѣтъ никакихъ и ко-
 торое, какъ справедливо замѣтилъ Unger (стр. 381 сл.), сдѣлало-бы отвѣтствен-
 ность манданта вполне иллюзорной.—Koppel, *Haftung des Auftragsgeber für zu-
 fälligen Schaden* (Inauguraldissert.) 1886 г., въ остальномъ слѣдующій за Момм-
 сеномъ, правильно усматриваетъ основаніе отвѣтственности манданта въ прин-
 ципѣ *„iniqum est officium suum etc.“* и въ безвозмездности мандата.

не имѣли бы мѣста, если бы онъ самъ не помогъ ихъ наступленію злонамѣренно или неосторожно ⁴¹⁹).

Такимъ же officium, какъ mandatum для мандатарія, является и depositum для депозитарія. Поэтому къ этому контракту долженъ быть примѣняемъ тотъ же принципъ справедливости. Это намъ, дѣйствительно, прямо засвидѣтельствовано въ той же самой L. 62 (61) § 5 cit. Одно изъ частныхъ приложений этого принципа aequitatis къ depositum мы находимъ въ L. 12 pr. D. 16, 3 Pomponius, содержащей въ себѣ ссылку на справедливость.—Что касается L. 31 D. 13, 7, принадлежащей тому же автору, что и L. 62 (61) § 5 cit. и взятой изъ того же мѣста его сочиненій (liber octavus quaestionum), то ее можно согласить съ послѣдними фрагментами только тѣмъ путемъ, который предлагаетъ уже глосса: <est ergo idem quantum ad eum qui scienter dat> ⁴²⁰).

Такимъ же officium является, далѣе, дѣятельность коммоданта, дающаго другому лицу въ безвозмездное пользованіе свою вещь ⁴²¹). Коммодантъ, слѣдовательно, также не долженъ терпѣть никакого ущерба отъ своей услужливости. Что нашъ принципъ примѣнялся и къ этому договору, на это указываетъ рѣшеніе Ульпіана въ L. 5 § 12 D. 13, 6. сопровождаемое ссылкой на aequitas. Точно также на этомъ принципѣ должна быть основана обязанность коммодатарія на свой счетъ и своими силами доставить отданную въ ссуду вещь обратно по окончаніи пользованія ею ⁴²²). Но нашъ принципъ,

⁴¹⁹) Прим. 323 выше. Impendia bona fide facta (Windscheid, Pand., § 410, пр. 16) суть такія издержки, которыя произведены мандатаріемъ такъ, что его нельзя упрекнуть въ совершеніи ихъ съ сознаніемъ ихъ ненужности (т. е. dolo) или съ недостаточной осмотрительностью и заботливостью (прежде всего къ самому себѣ, ибо издержки эти во всякомъ случаѣ падаютъ на мандатарія и даже при полной его bona fides могутъ остаться на вещь, напр., при неспособности манданта къ платежу). О необходимости дѣлать тѣ или нныя издержки мандатарій судить съ своей точки зрѣнія, а не съ точки зрѣнія личнаго вкуса манданта. (См. Вгизъ, Pand., т. II, § 334 пр. 41).—Что касается до вины не самого мандатарія, а третьяго лица, которая замѣшивается въ цѣль причинъ и слѣдствій, то рискъ этой вины можетъ оказаться лежащимъ на мандантѣ, какъ это видно, напр., изъ L. 67 D. 46, 1 и даже изъ самой L. 62 (61) § 5 cit; все зависитъ отъ содержанія мандата.

⁴²⁰) Gl. „eadem“ ad L. 31 cit. Моммзенъ, Ergörterungen, т. II, стр. 70. Коррел, op. cit., стр. 28.

⁴²¹) L. 17 § 3 D. 13, 6.

⁴²²) См. Windscheid, Pand., т. II § 262, пр. 4. Dernburg, Pand. т. II § 90, пр. 11.

повидимому, не былъ проведенъ при коммодатѣ во всѣхъ своихъ консеквенціяхъ. Именно, мы должны бы были ожидать на сторонѣ коммодатарія признанія безусловной гарантіи за всякую погибель или порчу ввѣренной ему вещи, стоящую въ тѣсной причинной связи съ содержаніемъ состоявшагося договора о пользованіи вещью. На самомъ же дѣлѣ мы встрѣчаемся лишь съ обязанностью коммодатарія къ *diligentiae praestatio*. Правда Гай говоритъ объ *exactissima diligentia* (L. 1 § 4 D. 44, 7) и о *diligentia diligentissimi patris familiae* (L. 18 pr. D. 13, 6) и Ульпіанъ также указываетъ, что заботливость коммодатарія къ ввѣреннымъ вещамъ должна достигать наивысшей степени (L. 5 § 4 D. 13, 6),—но дальше этого юристы, повидимому, не идутъ. По крайней мѣрѣ, мы не знаемъ ни одного фрагмента, изъ котораго бы слѣдовало, что классическіе юристы склонны были когда либо приписать коммодатарію отвѣтственность за *casus*, помимо прямой или косвенной оговорки объ этомъ въ контрактѣ (напр. *aestimatio rei*), и чтобы они дѣлали для коммодата различіе между *damnum quod commodato imputabitur*, и *damnum quod casibus imputabitur* ⁴²³).

Въ заключеніе прибавимъ, что указанныя правила не могутъ быть безусловно распространяемы на тѣ случаи, когда одно лицо беретса оказать другому услугу за вознагражденіе. Въ этихъ случаяхъ нѣтъ рѣчи, по общему правилу, о дѣятельности въ чужомъ интересѣ, а потому и вопросъ о принятіи на себя издержекъ и риска, связаннаго съ исполненіемъ договора, тѣмъ или другимъ контрагентомъ долженъ быть разрѣшаемъ на основаніи иныхъ соображеній ⁴²⁴).

⁴²³) Вагон, Arch. f. civ. Прага, т. 78, стр. 203 сл. пытается доказать, что отвѣтственность коммодатарія за ввѣренную ему вещь лыходила за предѣлы *culpa praestatio*; но онъ руководится при этомъ иными принципиальными соображеніями, и аргументація его изъ источниковъ слаба.

⁴²⁴) Едва ли можно согласиться съ Унгер'омъ, l. c., стр. 324 сл., что въ современномъ правѣ только что рассмотрѣнныя правила должны быть примѣняемы также къ поклажѣ или мандату, совершаемымъ за вознагражденіе. См. также выводы, которые дѣлаетъ Мотшаепъ въ указ. выше сочиненіи изъ изложенной доктрины для *negotia onerosa*. Есть въ источникахъ намеки, позволяющіе думать, что даже Римское право, для котораго мандатъ принципиально всегда оставался *officium*, несмотря на выговоренное *salarium*, допускало обезужденіе обратныхъ требованій мандатарія, получающаго вознагражденіе, съ нѣсколькой иной точки зрѣнія, чѣмъ при отсутствіи вознагражденія. См. L. 20 § 1 C. 4, 35 cf. L. 10 § 9 D. 17, 1. Ср. также самъ Мотшаепъ, Beiträge, т. I, стр. 86.

d) Если основнымъ принципомъ *aequitatis* является положеніе, что въ сферѣ субъективныхъ гражданскихъ правъ, по общему правилу, единственною распорядительницею должна являться воля ихъ субъекта при сдѣлкахъ *inter vivos*, то и судьба этихъ правъ по смерти ихъ субъекта съ точки зрѣнія *aequum jus*, должна, прежде всего, зависѣть отъ предначертанной воли умершаго ихъ обладателя. При регулированіи судьбы имущества послѣ смерти субъекта господствующее мѣсто въ Римскомъ правѣ всегда отводилось завѣщанію ⁴²⁵⁾. Правда, завѣщательная свобода съ теченіемъ времени подверглась болѣе или менѣе значительнымъ ограниченіямъ формальнаго и матеріальнаго характера, но указанный принципъ остался въ силѣ въ теченіе всей исторіи Римскаго права. Отсюда, по общему правилу, только тѣ притязанія на имущество лица, умершаго съ исполнѣ дѣйствительнымъ завѣщаніемъ и воспользовавшагося своей завѣщательной свободой въ предѣлахъ, установленныхъ для нея закономъ, являются согласными съ *aequitas*, которыя основаны на высказанной или предполагаемой волѣ завѣщателя (мы не говоримъ, конечно, о притязаніяхъ лицъ, получившихъ право требованія къ наследодателю еще при его жизни). Требованія же, противныя волѣ завѣщателя, являются въ этихъ случаяхъ противными и нашему принципу *aequitatis*, признающему, что чужимъ имуществомъ вопреки волѣ субъекта его никто распорядиться не можетъ ⁴²⁶⁾.

На этомъ основаніи является справедливымъ при опредѣленіи размѣра, который должны имѣть притязанія разныхъ лицъ на наследство такого завѣщателя, выяснять каждый разъ, каково истинное содержаніе воли завѣщателя, выраженной въ томъ завѣщательномъ распоряженіи, на которое ссылается данный претендентъ. На слова, въ которыхъ завѣщатель выразилъ свою послѣднюю волю, *aequum jus* классическаго періода смотритъ, въ соотвѣтствіи съ воззрѣніями, до которыхъ поднялся въ эту эпоху умственный уровень общества, лишь какъ на средство болѣе или менѣе удачно проявить во внѣ волю говорящаго. Не словамъ, а волѣ субъекта

⁴²⁵⁾ Quint. declam., 308. Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem. Dernburg, Pand., т. III, § 54, пр. 4.

⁴²⁶⁾ Таковъ смыслъ ссылки на *aequitas* въ L. 37 D. 40, 5 Ulpianus. L. 41 D. 38, 2 Papinianus. L. 7 § 4 D. 33, 4 Idem (См. объ этомъ fr. Beschmann, *Dotalrecht*, т. II, стр. 288. Cujacii, Opera, т. IV, стр. 480 сл.).

правъ нужно придавать рѣшающее значеніе. Словами, употребленными завѣщателемъ, нужно руководиться, принимая ихъ въ употребительномъ смыслѣ, связываемомъ съ ними, только до тѣхъ поръ, пока какія либо обстоятельства не дадутъ серьезнаго повода усумниться въ ихъ полнотѣ или точности. Лишь только обнаруживаются такого рода обстоятельства, аequitas требуетъ, чтобы воля завѣщателя была опредѣляема помимо употребленныхъ имъ словъ, такъ же на основаніи всѣхъ прочихъ данныхъ для сужденія о ней ⁴²⁷⁾.

Фрагменты, въ которыхъ согласно съ аequitas выясняется истинный смыслъ завѣщательныхъ распоряженій и на этомъ основаніи рѣшаются разные частные вопросы, мы раздѣлимъ на три группы.

1) Одинъ разъ въ нашихъ источникахъ ссылка на аequitas дѣлается для того, чтобы показать, что юристъ не находитъ никакихъ данныхъ для отступленія отъ буквы завѣщанія, и считаетъ заявленные ему сомнѣнія заинтересованныхъ лицъ недостаточно серьезными; другими словами, юристъ предполагаетъ, что воля завѣщателя осталась бы неизмѣнной, если бы эти сомнѣнія заявлены были ему самому. Именно, въ L. 61 D. 35, 1 Ульпіанъ постановляетъ слѣдующее: «Если мужъ оставилъ женѣ легатъ <ad tempus liberorum>, то можно сомнѣваться, думалъ ли завѣщатель о тѣхъ только дѣтяхъ, которыя при жизни его будутъ рождены по совершеніи завѣщанія, или же и о тѣхъ, которыя родятся послѣ его смерти, послѣдовавшей при существованіи брака; однако, справедливо, чтобы легатъ оставался въ силѣ, родится ли ребенокъ при жизни мужа или по его смерти» ⁴²⁸⁾.

2) Редакція завѣщательнаго распоряженія въ словахъ можетъ оказаться недостаточно полною, такъ что она не даетъ отвѣтъ на всѣ вопросы, возникающіе при приведеніи завѣщанія въ исполненіе. Въ этомъ случаѣ является необходимымъ дополнить завѣщательныя рас-

⁴²⁷⁾ Этого рода мысль, думается намъ, хотѣлъ выразить Гай въ L. 16 D. 35, 1. In his, quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono et aequo interpretationem capere: ea vero, quae ex ipso testamento orerentur, necesse est secundum scripti (stricti cum B. v. c. M o m.) juris rationem expedire. Вообще же объ этомъ фрагментѣ можно высказывать лишь догадки. Ср. о немъ glossa, ad h. l. Voigt Jus Nat. т. III, стр. 352, пр. 689; т. IV, 3, стр. 418.

⁴²⁸⁾ Мы слѣдуемъ реституціи M o m e n'а, ad. h. l.

поряженія путемъ выясненія воли завѣщателя на основаніи данныхъ, заключающихся въ завѣщаніи или внѣ его.—Если общій рабъ назначенъ былъ со стороны одного изъ сособственниковъ наслѣдникомъ несовершеннолѣтнему сыну этого послѣдняго, но не былъ выкупленъ у другаго сособственника ни завѣщателемъ, ни его сыномъ, то «*aequitatis ratio suggerit*» (т. е. согласно съ предполагаемой волей завѣщателя), рѣшаетъ Ульпіанъ въ L. 18 pr. D. 28, 6, чтобы рабъ этотъ, при наступленіи условія его субституціи, самъ предложилъ другому сособственнику соответствующую часть своей цѣны и такимъ образомъ получилъ свободу и наслѣдство.—Завѣщатель назначилъ наслѣдниками свою мать и ея брата, которыхъ онъ былъ должникомъ; онъ возложилъ на нихъ порученіе выдать третьему лицу то, что останется отъ наслѣдства по ихъ смерти, но ничего не упомянулъ о своемъ долгѣ по отношенію къ нимъ. Наслѣдники истратили изъ порученнаго наслѣдства сумму, превышающую сумму долга. Исходя, очевидно, изъ того соображенія, что каждому лицу свойственно прежде всего заботиться объ уплатѣ своихъ долговъ кредиторамъ, а затѣмъ уже о проявленіи своей щедрости къ нимъ, и что поэтому естественнѣе всего признавать оставленное наслѣдство предназначеннымъ прежде всего для погашенія лежащаго на наслѣдодателѣ долга передъ наслѣдниками, юристъ признаетъ, что на основаніи *aequitas* слѣдуетъ при данныхъ обстоятельствахъ считать долгъ уже уплаченнымъ (L. 82 (80) D. 36, 1 *Claudius ad Scaevolam*).

3) Завѣщательныя распоряженія могутъ быть дополняемы, измѣняемы и даже совсѣмъ отменяемы на основаніи предполагаемой воли завѣщателя, если оказывается, что они составлены на основаніи ложнаго представленія со стороны завѣщателя о какихъ-нибудь существенныхъ фактахъ, или если обстоятельства при исполненіи завѣщанія слагаются не такъ, какъ ожидалъ завѣщатель.—Такъ, дополнить завѣщательное распоряженіе на основаніи *aequitas* приходится въ слѣдующемъ случаѣ, который обсуждается въ L. 53 pr. D. 31 *Terentius Clemens*. Нѣкто возложилъ на одного изъ наслѣдниковъ обязанность выдать своей женѣ легатъ взаменъ *dotis*, возврата которой имѣла право требовать жена. Однако, при исполненіи завѣщанія оказалось, что жена не хочетъ брать легата, но требуетъ выдачи ей *dotis*. Спрашивается, кто изъ наслѣдниковъ долженъ уплатить ей *dotem*? Юліанъ рѣшаетъ: «*cum aut suo jure aut iudicio*

mariti contenta esse debeat, aequum esse eum, a quo ei maritus aliquid pro dote legaverat, usque ad quantitatem legati onus aeris alieni sustinere reliqua parte dotis ab heredibus [omnibus in s] ei praestanda». -- Завѣщательное распоряженіе совсѣмъ лишается примѣненія въ виду вновь открывшихся обстоятельствъ въ L. 3 § 17 D. 29, 5 Ulpianus. Завѣщатель былъ лишенъ жизни преступнымъ образомъ. Нѣкоторые изъ его рабовъ убѣжали тотчасъ же послѣ его смерти и потому до вскрытія завѣщанія не могли быть подвергнуты *quaestio*, которая должна имѣть мѣсто въ такихъ случаяхъ по предписанію *Scutum Silanianum*. Если по открытіи завѣщанія окажется, что убѣжавшіе рабы отпущены въ немъ на волю, то это не препятствуетъ подвергнуть ихъ по возвращенію пыткѣ и эвентуально наказанію, установленному для рабовъ, которые не оказали помощи своему господину, «*nam est aequissimum ultioni dominorum non obistere indulgentiam ipsorum*», т. е. такъ какъ надо думать, что самъ завѣщатель не сдѣлалъ бы подобнаго распоряженія, если бы зналъ, какъ будутъ вести себя его рабы при грозящей ему опасности. -- Завѣщательное распоряженіе примѣняется въ измѣненномъ видѣ, такъ какъ обнаруживается, что завѣщатель имѣлъ ложное представленіе о нѣкоторыхъ существенныхъ обстоятельствахъ. Это мы имѣемъ въ слѣдующихъ случаяхъ. Завѣщатель отказалъ кому-либо известную сумму и возложилъ посредствомъ *фидейкоммисса* на легатарія обязанность предоставить меньшую сумму другому лицу. Затѣмъ оказалось, что въ завѣщаніи оставлено было больше легатовъ, чѣмъ допускается на основаніи *lex Falcidia*, и потому легатарій, отягощенный *фидейкоммиссомъ*, получилъ отъ наслѣдника не всю отказанную ему сумму. Спрашивается, можетъ ли онъ въ свою очередь уменьшить пропорціонально сумму возложеннаго на него *фидейкоммисса*? *Нерацій*, *Гай*, *Мэціанъ*, *Виндій*, *Марцеллъ* и *Павель* согласно рѣшаютъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что *фидейкоммиссъ* можетъ быть уменьшенъ, хотя бы сумма, достающаяся легатарію по вычетѣ *quarta Falcidia* хватала на уплату всего *фидейкоммисса*. Всѣ юристы ссылаются при этомъ на *aequitas* ⁴²⁹). Очевидно, они руководятся тѣми соображеніями, что завѣщатель не зналъ самъ хорошо величины сво-

⁴²⁹) L. 65 (63) § 12 D. 36, 1. *Neratius* ap. *Gajum*. L. 43 § 3 D. 35, 1. *Neratius* ap. *Paulum*. L. 32 § 4 D. 35, 2 *Vindius* ap. *Maecianum*. L. 5 D. 35, 8. *Marcellus*

его имущества и назначалъ сумму фиденкоммисса соразмѣрно съ суммой легата; если бы онъ зналъ, что сумма легата будетъ уменьшена, то воля его соответствовало бы также соответственное измѣненіе суммы фиденкоммисса ⁴³⁰). Напротивъ, Сцевола рѣшаетъ этотъ вопросъ въ одномъ случаѣ иначе: если либерту оставленъ участокъ съ тѣмъ, чтобы изъ его доходовъ выдавать Памфилѣ алименты въ определенномъ размѣрѣ (ежегодно 10 при доходахъ съ участка = ежегодно 60), то, въ случаѣ сокращенія размѣровъ легата на основаніи *lex Falcidia*, алименты должны быть предоставляемы въ полномъ размѣрѣ, лишь бы только доходовъ легатарія съ участка хватало на ихъ покрытіе, «*nisi alia mens testatoris probaretur*» ⁴³¹). Намъ кажется, однако, что въ данномъ случаѣ нельзя видѣть принципиальнаго несогласія Сцеволы съ мнѣніемъ другихъ юристовъ ⁴³²). Напротивъ это разногласіе только доказываетъ, на нашъ взглядъ, что юристы при обсужденіи этого вопроса вообще становились на точку зрѣнія предполагаемой воли наследодателя. Въ самомъ дѣлѣ, въ случаѣ Сцеволы есть такія особенности, которыя оправдываютъ предположеніе, что воля завѣщателя въ этомъ случаѣ не измѣнилась бы, даже если бы онъ узналъ о сокращеніи суммы оставленнаго имъ либерту легата. Если вообще можно думать, что назначая предоставленія, которыя должны сдѣлать легатаріи другимъ лицамъ, завѣщатель сообразовался съ суммами, которыя отказаны имъ легатаріямъ, и уменьшилъ бы предоставленія легатаріевъ при уменьшеніи достоящихся имъ самимъ суммъ, то при назначеніи алиментовъ завѣщатель, вѣроятно, главное вниманіе обращалъ на размѣры потребностей алиментарія и едва ли въ расчетъ его входило дѣлать алименты недостигающими своей цѣли въ случаѣ примѣненія *legis Falcidiae* къ легатамъ ⁴³³).—Умирая, нѣкто въ кодицилѣ возложилъ нѣсколько фиденкоммиссовъ на

⁴³⁰) Ср. также Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung, стр. 141 сл.

⁴³¹) Scaevola, L. 21 § 1 D. 33, 1 и L. 25 § 1 D. 35, 2.

⁴³²) Тамъ, повидимому, думаетъ Windscheid, l. c.

⁴³³) Измѣненіе содержанія легата на основаніи *aequitas* имъ имѣемъ также въ L. 71 § 3 D. 30 (cf. § 4 eod). Но тутъ едва ли юристъ руководится предполагаемой волей завѣщателя; скорѣе всего данное рѣшеніе является продуктомъ стремленія юриста примирить интересы наследника, представляющіеся ему уважительными, съ интересами легатарія, при всякомъ отсутствіи данныхъ для того, чтобы судить о волѣ завѣщателя, которому, вѣроятно, неавѣстны были обстоятельства, приводимыя наследникомъ. Ср. къ этому фр. еще L. 14 § 2 D. 82. L. 61 D. 85, 2.

двоюродную сестру по матери, которую считалъ своей единственной наслѣдницей по закону. По смерти его оказалось, что эта *consobrina* должна раздѣлить наслѣдство пополамъ съ другимъ наслѣдникомъ, одинаково близкимъ къ наслѣдодателю по степени родства. Такъ какъ фидеикоммиссы были возложены на нее въ предположеніи, что она получитъ все наслѣдство, то теперь сумма фидеикоммиссовъ по справедливости, рѣшаетъ Папиніанъ въ L. 77 § 29 D. 31, уменьшается въ той мѣрѣ, въ какой это предположеніе не оправдалось, т. е. на половину.—Нѣкто оставилъ городской общинѣ легатъ съ тѣмъ, чтобы изъ доходовъ съ него ежегодно устраивались общиной извѣстныя игры въ память жертвователя, такъ какъ былъ исполнѣ увѣренъ, что эти игры могутъ быть устраиваемы въ данномъ городѣ. По смерти его оказалось, что такого рода игры въ данной общинѣ не могутъ быть устраиваемы. Спрашивается, какъ поступить съ легатомъ? Такъ какъ воля завѣщателя состояла въ томъ, чтобы данная сумма употреблена была на чествованіе его памяти, то несправедливо оставить ее въ пользу наслѣдниковъ. Справедливѣе всего, чтобы при участіи наслѣдниковъ и представителей общины былъ опредѣленъ другой способъ, путемъ котораго деньги эти могутъ привести къ достиженію желаемой наслѣдодателемъ цѣли, т. е. къ прославленію его памяти въ этой городской общинѣ, рѣшаетъ Модестинъ въ I. 16 D. 33, 2.

D. ПРИНЦИПЪ РЕПРЕССИИ НЕОСНОВАТЕЛЬНОГО ОБОГАЩЕНІЯ.

Въ гражданскомъ и торговомъ оборотѣ обогащеніе однихъ лицъ насчетъ другихъ далеко не составляетъ явленія нежелательнаго и ненормальнаго; напротивъ, стремленіе получить такое обогащеніе является одной изъ главныхъ пружиныхъ этого оборота. Но для того, чтобы обогащеніе насчетъ другаго лица не противорѣчило *aequitati*, необходимо, по общему правилу, соотвѣтствіе этого обогащенія съ волею того лица, насчетъ котораго оно произошло. Это правило является не болѣе, какъ дальнѣйшимъ развитіемъ того общаго положенія *aequitatis*, что въ сферѣ гражданскихъ субъективныхъ правъ автономной является воля ихъ субъекта; подобно тому, какъ нельзя, по общему правилу, предъявлять къ другимъ лицамъ требованій о

совершении ими предоставлений имущества или личных услуг, не основываясь на заранее выраженномъ этими лицами согласіи, такъ точно нельзя удерживать у себя имущественнаго приращенія, полученнаго изъ имущества другихъ лицъ, если такое удержаніе не можетъ быть обосновано на волю этихъ послѣднихъ лицъ. Обогащеніе изъ чужаго имущества, полученное и удерживаемое несогласно съ волею того лица, насчетъ котораго оно произошло, не признается основательнымъ обогащеніемъ и подлежитъ возврату. Нужно добавить, однако, что этотъ общій принципъ допускаетъ ограниченія. Иногда въ интересахъ общаго блага, подъ вліяніемъ извѣстныхъ практическихъ соображеній, право допускаетъ удерживаніе обогащенія, несмотря на то, что это несогласно съ волею лица, насчетъ котораго оно произошло. Главнымъ образомъ это имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда оказывается, что примѣненіе общаго принципа вызвало бы необезпеченность и непрочность оборота, затормозило бы его развитіе. Съ другой стороны, возможны случаи, когда право не считаетъ обогащенія, полученнаго изъ имущества другаго лица, основательнымъ, хотя удерживаніе его не является противнымъ серьезно выраженной волѣ лица, потерпѣвшаго ущербъ; въ виду извѣстныхъ соображеній этическаго или иного характера право отказывается въ этихъ случаяхъ признать волю лица, насчетъ котораго получено обогащеніе, достаточнымъ основаніемъ для его окончательнаго присвоенія.

Таково общее содержаніе постулата *aequitatis*, который былъ формулированъ Помпоніемъ въ слѣдующей формѣ:

Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores ³⁴⁾.

Хотя это положеніе и не даетъ намъ вполне опредѣленнаго понятія о томъ, что такое неосновательное обогащеніе, однако нельзя

³⁴⁾ L. 206 D. 50, 17. Cf. L. 14 D. 12, 6 Pomponius; здѣсь повторяется то же правило, но не съ такою точностью. Въ L. 6 § 2 D. 23, 3 (*quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*) формула Помпонія относится не къ одному только неосновательному обогащенію и также недостаточно точна. Попытки формулировать нашъ постулатъ дѣлаютъ также Celsus (jun.) L. 32 D. 12, 1 in f. и Papinianus L. 66 D. 12, 6 (L. en l., Paling. Papin. 148). — Наиболее древняя формула, однако безъ упоминанія объ *aequitas*, принадлежитъ еще „*veteribus*“: L. 6 D. 12, 5 Ulpianus. *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

считать его и ошибочнымъ. Помпоній здѣсь совершенно правильно указываетъ, что обогащеніе на чужой счетъ, полученное безъ достаточнаго основанія въ глазахъ права (*injuria*), должно подлежать, по требованію *aequitas* репрессіи. Онъ не указываетъ въ своей формулѣ только того, что именно требуется правомъ, чтобы обогащеніе считалось имѣющимъ достаточное основаніе ⁴³⁵⁾.

Репрессія состоитъ въ этихъ случаяхъ въ томъ, что обогащеніе, полученное однимъ лицомъ насчетъ другаго безъ достаточнаго основанія, не можетъ быть удерживаемо и подлежитъ возврату. Для этой цѣли *jus aequum* должно предоставить лицу потерпѣвшему извѣстныя юридическія средства противъ лица обогатившагося (иски, экцепціи и т. д.). Предметомъ, подлежащимъ возврату, считается, по общему правилу, та имущественная цѣнность (опредѣляемая посредствомъ общаго измѣрителя цѣнностей, т. е. посредствомъ денегъ), которая неосновательно перешла изъ имущества одного лица въ имущество другаго, но не та сумма, на которую уменьшилась отъ этого перехода имущество потерпѣвшаго ⁴³⁶⁾. Это обогащеніе можетъ состоять или въ томъ, что масса имущества лица обогатившагося получила положительное приращеніе, или же въ томъ, что насчетъ лица потерпѣвшаго она избѣжала уменьшенія; достаться лицу обогатившемуся оно можетъ самыми разнообразными путями ⁴³⁷⁾. Въ полномъ согласіи съ извѣстными намъ уже общими принципами, обязанность вернуть обогащеніе не должна приводить къ уменьшенію собственнаго имущества лица обогатившагося, если на немъ нѣтъ никакой субъективной вины; поэтому обязанность эта вполне уничтожается, если полученное обогащеніе погибаетъ всецѣло въ рукахъ обогатившагося безъ его вины, или же сумма предоставленія обогатившагося лица сокращается при частичной гибели обогащенія вслѣдствіе несчастнаго случая ⁴³⁸⁾.

⁴³⁵⁾ Если *Windscheid*, *Pand.* т. II, § 421, пр. 1 и *Witte*, *Bereicherungsklagen*, стр. V находятъ выраженія Помпонія въ L. 206 *cit.* слишкомъ широкими и неправильными, то это объясняется тѣмъ, что они не обращаютъ должнаго вниманія на слово „*injuria*“. Ср. *Kuntze*, *Excursus*, стр. 566. *Dernburg*, *Pand.* т. II, § 138, пр. 14. *Brinz*, *Pand.*, т. II, § 300, пр. 11.

⁴³⁶⁾ L. 26 § 12 D. 12, 6. L. 65 § 7 *ead.* *Witte*, *op. cit.* стр. 141. *Windscheid*, *op. cit.* § 424, пр. 4.

⁴³⁷⁾ Подробности у *Windscheid*, *op. cit.* § 421.

⁴³⁸⁾ Иного мнѣнія для *condictiones sine causa* въ томъ случаѣ, когда предоставленіе потерпѣвшаго состояло въ генерическихъ вещахъ, держится *Englebert* и за Уч. Зап., ст. Хвостова.

Въ послѣдующемъ изложеніи мы рассмотримъ важнѣйшіе случаи, въ которыхъ римское классическое право руководилось нашимъ постулатомъ *aequitatis*, для того, чтобы на отдѣльныхъ фактахъ показать правильность нашей общей характеристики этого постулата. При этомъ мы, слѣдуя общему плану нашей работы, удѣлимъ особенное вниманіе тѣмъ фрагментамъ источниковъ, которые содержатъ въ себѣ, по нашему мнѣнію, прямую ссылку на нашъ постулатъ справедливости.

Всѣ эти случаи можно раздѣлить на двѣ категоріи: 1) Во-первыхъ, неосновательное обогащеніе на чужой счетъ можетъ быть доставлено кому либо дѣйствіемъ самого потерпѣвшаго. 2) Оно можетъ быть получено благодаря дѣйствію самого обогатившагося или благодаря инымъ причинамъ, независящимъ ни отъ одного изъ заинтересованныхъ лицъ.

I. Обогащеніе доставлено обогатившемуся дѣйствіемъ самого потерпѣвшаго. При этомъ условіи обогащеніе тѣмъ не менѣе можетъ оказаться не имѣющимъ достаточнаго основанія и потому подлежащимъ возврату. Это бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда удержаніе этого обогащенія не согласно съ волей потерпѣвшаго, которая лежала въ основѣ дѣйствій его, производившихъ въ результатъ обогащеніе другаго лица, а съ другой стороны право не имѣетъ достаточныхъ мотивовъ для того, чтобы лишить потерпѣвшаго юридическихъ средствъ къ возврату этого обогащенія, несмотря на такое содержаніе его воли; 2) когда право по какимъ либо соображеніямъ отказывается признать серьезно выраженную волю потерпѣвшаго ущербъ лица достаточнымъ основаніемъ для удержанія полученнаго обогащенія.

A. Удерживаніе обогащенія не можетъ быть оправдываемо волею самого потерпѣвшаго въ слѣдующихъ случаяхъ:

нимъ *Witte*, *op. cit.*, стр. 139 сл.; ср. *B r i n z*, *op. cit.*, § 302 пр. 59. Но это возрѣніе не вяжется съ тѣмъ постулатомъ *aequitatis*, на которомъ основаны эти кондикціи, и не оправдывается источниками. См. о толкованіи „*tantundem repetitur*“ въ *L. 25 D. 19, 5*; *L. 7 D. 12, 6*; *L. 1 C. 4, 5 V a n g e r o w*, *Pand.*, т. III § 625, пр. 3. Также *W i n d s c h e i d*, *Pand.* § 424, пр. 8. *A r n d t s*, *Pand.* § 341, пр. 9. *P f e r s c h e*, *Bereicherungsklagen*, стр. 139 сл. Ср. также замѣчанія самого *Witte* по поводу обязанности вернуть *pretium*, извлеченное изъ продажи чужой вещи (*op. cit.*, стр. 332).

1) Не вступая ни въ какую двустороннюю юридическую сдѣлку съ другимъ лицомъ (слѣдовательно, и не имѣя въ виду совершить *donatio*), нѣкто совершаетъ безъ порученія траты на имущество послѣдняго или же на имущество, принадлежащее ему сообща съ послѣднимъ лицомъ. Эти траты на чужое или общее имущество могутъ быть сдѣланы во первыхъ *сi n а p i s o b l i g a n d i*, т. е. при ихъ совершеніи терпящій ущербъ можетъ имѣть въ виду и желать, чтобы его траты были возмѣщены тѣмъ лицомъ, имущество котораго вслѣдствіе нихъ обогащается. Въ этихъ случаяхъ воля потерпѣвшаго не можетъ быть признаваема достаточнымъ основаніемъ для окончательнаго удерживанія полученнаго обогащенія лицомъ обогатившимся и *aequitas* требуетъ, чтобы обогащеніе было возвращено.

Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ трать на чужое имущество *сi n а p i s o b l i g a n d i* римское право возлагало на обогатившагося обязанности въ большихъ размѣрахъ, чѣмъ этого требовало бы неуклонное проведеніе нашего постулата справедливости. Именно, римскіе юристы и преторъ руководились тою мыслью, что иногда въ интересахъ самого владѣльца имущества, на которое совершаются траты другимъ лицамъ безъ порученія хозяина, необходимо по возможности болѣе поощрять такое веденіе его дѣлъ постороннимъ лицомъ безъ порученія. Сюда относятся, въ частности, случаи т. наз. *negotiorum gestio*. Мы уже имѣли случай коснуться выше, разбирая смыслъ ссылки на *aequitas* въ L. 5 p r. D. 44,7, тѣхъ соображеній, которыми сами римскіе юристы объясняютъ возникновеніе этого института. Они утверждаютъ, что для лица, уѣхавшаго на долге и не оставившаго прокуратора, является очень выгоднымъ, если кто либо возьмется за веденіе его дѣлъ безъ мандата; но такъ какъ этого поступка нельзя ожидать отъ лица, не увѣреннаго въ томъ, что ему будутъ возмѣщены всѣ издержки на веденіе чужихъ дѣлъ, то въ интересахъ самого *dominus negotiorum* нужно дать *gestor*'у такой искъ, которымъ онъ могъ бы вернуть себѣ всѣ свои траты въ ихъ истинномъ размѣрѣ, а не въ размѣрѣ обогащенія *dominus*'а отъ нихъ. Соответственно этому мы видимъ, что по *a. negotiorum gestorum contra* *gratia* *gestor* возмѣщаетъ свои издержки въ томъ объемѣ, въ которомъ онѣ уменьшили его собственное имущество, а не въ томъ только, въ которомъ онѣ увеличили имуще-

ство *dominus a negotiorum* ⁴³⁾, и может вернуть ихъ даже въ томъ случаѣ, когда онѣ, безъ вины гестора, не привели въ результатѣ ни къ какому обогащенію для *dominus a* ⁴⁴⁾.

По аналогіи съ *a. negotiorum gestorum contraria* построена *a. fideiactio*, даваемая лицу, похоронившему кого либо, не будучи къ этому обязаннымъ, но и не имѣя на это порученія отъ обязанныхъ лицъ ⁴⁵⁾. *Animus obligandi*, въ принципѣ, является также существеннымъ условіемъ этого иска ⁴⁶⁾. Но такъ какъ въ основѣ *a. fideiactio* лежатъ также особыя соображенія религіознаго и полицейскаго характера, то аналогія съ *a. negotiorum gestorum*, какъ мы уже имѣли случай говорить объ этомъ и какъ мы еще увидимъ ниже, проведена здѣсь не вполне послѣдовательно.

Нерѣдко издержки, обогащающія другое лицо, дѣлаются *cum animo obligandi* лицами, состоящими въ договорныхъ отношеніяхъ съ лицами обогащающимися, и возмѣщаются посредствомъ исковъ изъ контракта. Размѣръ возмѣщенія издержекъ зависитъ въ этихъ случаяхъ отъ рода издержекъ и отношенія ихъ къ общему содержанію договора.

Спеціальными исками для возмѣщенія издержекъ на общее имущество, которыхъ сособственникъ не могъ ограничить своею частью имущества и по необходимости долженъ былъ распространить на части своихъ товарищей, являются *a. communi dividundo* и *familiae ergiscundae*. Для наличности этихъ исковъ требуется также *animus obligandi* со стороны лица, дѣлающаго издержки. Если не является основательнымъ ограничивать эти иски возмѣщеніемъ однихъ *impen- sae necessariae* ⁴⁷⁾, то съ другой стороны, принимая во вниманіе общее нерасположеніе римскаго права къ *condominium*, нельзя допустить, чтобы при возмѣщеніи этихъ издержекъ дѣлались отступ-

⁴³⁾ Brinz, Pand. § 321 пр. 37 и 38.

⁴⁴⁾ Brinz, l. c. прим. 39. Windscheid, Pand. т. II § 430 пр. 22. Assarias, Précis, т. II, стр. 429 пр. 1 сл. Ср. Leist, Civil. Stud., т. II, стр. 159. По аналогичнымъ соображеніямъ иски о полномъ возмѣщеніи издержекъ предоставляются опекунамъ и попечителямъ. Windscheid, Pand. т. II, § 438 пр. 11 сл.

⁴⁵⁾ См. о ней Brinz, Pand., т. II § 321a.

⁴⁶⁾ Brinz. l. c. прим. 5.

⁴⁷⁾ Assarias, Précis, т. II, стр. 432 пр. 1. Windscheid, Pand., т. II § 449 пр. 10. Ср. Dernburg, Pand. т. I, § 197 пр. 9; т. III § 176 пр. 12. Brinz, § 323 пр. 20.

ленія отъ общихъ правилъ о репрессіи неосновательнаго обогащенія ⁴⁴).

Ссылку на нашъ принципъ *aequitatis* по поводу *a. familiae ergiscundae* мы встрѣчаемъ въ слѣдующихъ фрагментахъ:

L. 44 § 8 D. 10, 2. Paulus. «Если два сонаслѣдника согласно завѣщанію обязаны были поставить статую и при бездѣйствіи одного изъ нихъ другой соорудить эту статую, то не является несправедливымъ, говоритъ Юліанъ, дать *judicium familiae ergiscundae*, чтобы часть издержекъ, которая будетъ опредѣлена по добросовѣстной оцѣнкѣ, была предоставлена [однимъ сонаслѣдникомъ другому]».

L. 25 § 19 D. eod. Ulpianus. «Если сынъ, защищая отца, былъ осужденъ и уплатилъ при жизни отца или послѣ смерти, то справедливѣе сказать, что онъ имѣетъ право требовать возврата части своихъ издержекъ отъ сонаслѣдника въ *familiae ergiscundae judicium*».

A. negotiorum gestorum contraria, иски о раздѣлѣ имущества и *a. fupnegaria* давались по поводу издержекъ также и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, совершающее траты въ чужихъ интересахъ *cum animo obligandi*, заблуждалось въ лицѣ *dominus'a negotiorum* или сособственника общаго имущества. Это обстоятельство не являлось въ глазахъ римскихъ юристовъ достаточнымъ основаніемъ даже для того, чтобы отступать отъ особыхъ правилъ возмѣщенія издержекъ, выработанныхъ вообще для *negotiorum gestio*. Для примѣненія этихъ правилъ достаточно было, чтобы *negotiorum gestor* имѣлъ *animus obligandi* по отношенію къ *dominus'у negotiorum*, хотя бы должно принималъ за такового не то лицо, которое слѣдовало, чтобы онъ дѣйствовалъ въ интересахъ этого *dominus'a*, а не въ своихъ (объ этомъ позже), и чтобы онъ сознавалъ, что ведетъ чужое дѣло, а не свое ⁴⁵).— Мы имѣемъ ссылку на *aequitas* по поводу *a. neg. gestorum contraria*, даваемой при этихъ обстоятельствахъ, въ L. 44

⁴⁴) Случай, аналогичный съ совершеніемъ издержекъ на общее имущество, мы имѣемъ въ L. 22 pr. D. 39, 2 (ср. L. 9 § 5. L. 10 eod.), содержащей въ себѣ ссылку на нашъ поступать *aequitatis*. Подробности объ этомъ фрагм. у Burkhard въ урод. комм. Глюка, серія книгъ 39 и 40, т. II, стр. 407—445.

⁴⁵) См. L. 5 § 1. L. 5 § 10 (L. 6 § 8) L. 14 § 1. L. 29 D. 10, 3. Brinz, Pand. т. II. § 321 пр. 42; § 323 пр. 17. Ср. Windscheid, Pand. II, § 431, пр. 8, 9 § 480 пр. 25. Witte, op. cit., стр. 8 пр. 4. Zimmermann, Aechte und unächte neg. gestio, стр. 33 сл.

(45) § 2 D. 3, 5 Ulpianus. «Тицій уплатилъ деньги кредиторамъ наслѣдства, полагая, что наслѣдницей умершаго является по завѣщанію сестра его. Хотя онъ сдѣлалъ это, думая, что ведетъ дѣла сестры, но на самомъ дѣлѣ онъ велъ дѣла сыновей умершаго, которые, уничтоживъ по суду завѣщаніе умершаго, явились законными наслѣдниками своего отца. Такъ какъ справедливо, чтобы Тицій не терпѣлъ ущерба, то рѣшено, что онъ можетъ взыскать [свои издержки съ сыновей умершаго] посредствомъ *a. neg. gestorum*».

Въ двухъ фрагментахъ на основаніи постулата *aequitatis*, требующаго репрессіи неосновательнаго обогащенія, даются *actiones utiles* для возмѣщенія издержекъ, сдѣланныхъ на *negotium commune*, такъ какъ *actiones directae* оказываются непримѣнными. Эти случаи состоятъ въ слѣдующемъ: 1) Одно изъ лицъ, призванныхъ къ наслѣдству, до вступленія въ наслѣдство похоронило завѣщателя на свой счетъ по приказанію претора; оно не можетъ предъявить къ сонаслѣдникамъ *a. familiae erciscundae*, ибо сдѣлало издержки еще не будучи наслѣдникомъ, рѣшаетъ Ульпіанъ въ L. 49 D. 10, 2; однако, «*aequum erit utilem actionem ei adversus coheredem dari deficiente directo iudicio familiae erciscundae, ne in damno moretur*». 2) Одинъ изъ сособственниковъ раба, привлеченный по *actio de peculio*, уплатилъ сполна, рассчитывая, конечно, получить часть своихъ издержекъ отъ другаго сособственника, соразмѣрно принадлежащей послѣднему части *peculium commune*; затѣмъ *res peculiares* погибли у этого сособственника: «*nihilominus utile erit iudicium communi dividendo ad recipendam partem pecuniae: alioquin iniquum fore si tota ea res ad damnum ejus, qui iudicium acciperit, pertineat, cum utriusque domini periculum in rebus peculiaris esse debet*», рѣшаетъ Африканъ въ L. 9 D. 10, 3.

Въ предыдущемъ изложеніи неоднократно было указываемо, что *a. negotiorum contraria*, хотя и опирается на принципъ неосновательнаго обогащенія, но въ виду извѣстныхъ юридико-политическихъ соображеній даетъ возможность вернуть, помимо наличнаго обогащенія *dominus'a negotiorum*, вообще все, что «*abest*» изъ имущества *gestor'a*, вслѣдствіе тратъ на дѣла *dominus'a*. Однако, есть случаи, въ которыхъ является нецѣлесообразнымъ примѣнять къ этому иску указанныя правила о его предметѣ и въ которыхъ *a. neg. gest. contraria* является поэтому въ роли обыкновеннаго иска о возвратѣ

обогащенія. Это бываетъ, именно, при слѣдующихъ обстоятельствахъ: 1) *Negotiorum gestor* берется за веденіе чужихъ дѣлъ *cum animo obligandi*, но побуждается къ этому не желаніемъ дѣйствовать въ интересахъ *dominus'a negotiorum*, а стремленіемъ познаться самому отъ веденія чужихъ дѣлъ (*depraedandi causa*); въ наказаніе за это размѣръ его обязанностей увеличивается до предоставленія *casus*, а къ *a. neg. gestorum contraria*, вчиняемой такимъ *gestor'омъ*, является совершенно неосновательнымъ примѣнять льготныя правила, созданныя для поощренія веденія чужихъ дѣлъ, и объектомъ ея является простой возвратъ наличнаго обогащенія ⁴⁴⁾). 2) *Negotiorum gestio* предпринимается относительно дѣлъ лица, недостигшаго *pubertas*; послѣднее отвѣчаетъ лишь въ размѣрѣ своего наличнаго обогащенія, если *gestor* дѣйствовалъ *sine auctoritate tutoris* ⁴⁵⁾). Основаніемъ этого правила является, вѣроятно, то соображеніе, что обязательство *dominus'a negotiorum* возмѣститъ издержки въ полномъ объемѣ есть не *obligatio ex re*, къ принятію которой на себя способенъ пушилъ *sine tutoris auctoritate*, но *obligatio ex persona*, необходимымъ условіемъ которой является *animus obligandi gestor'a*, направленной на лицо, способное къ принятію на себя отвѣтственности по обязательствамъ вообще; при отсутствіи этого условія, *a. neg. gest. contraria* возможна лишь постольку, насколько ея объектъ будетъ основываться исключительно на постулатѣ репрессіи неосновательнаго обогащенія ⁴⁶⁾).

Возможны случаи, когда *gestor* имѣетъ вообще *animus obligandi*, но направляетъ его сознательно ⁴⁷⁾ не на *dominus negotiorum*, который долженъ обогатиться изъ совершаемыхъ *gestоромъ* издержекъ,

⁴⁴⁾ L. 5 § 5 (L. 6 § 3) D. 3, 5. Brinz, § 321 пр. 48. Windscheid, § 431, пр. 17. Accarias, т. II, стр. 429 пр. 2. Vangerow, т. III, стр. 506. Не нужно отождествлять такого *malae fidei gestor'a* съ *m. f. possessor'омъ* чужаго имущества, дѣлающимъ на него издержки; у послѣдняго нѣтъ *animus obligandi* по отношенію къ собственнику вещи; поэтому, какъ увидимъ ниже, его права, по общему правилу, не простираются дальше *jus retentionis*. Windscheid, т. I § 195 пр. 4. Witte, ор. cit., стр. 22 сл. Доводы *Zimmermann'a*, ор. cit., стр. 27 сл. не убѣдительны.

⁴⁵⁾ L. 2 C. 2, 18 (19). L. 36 (37) D. 3, 5. L. 14 (15) D. 3, 5. Не служить доказательствомъ приводимая *Windscheid'омъ*, § 430 пр. 24 L. 5 § 2 (L. 6 пр.) D. 3, 5, ибо она допускаетъ иное объясненіе. См. Brinz, § 321 пр. 47.

⁴⁶⁾ *Karlowa*, *Röm. Rechtsgeschichte*, т. II, стр. 674 сл.

⁴⁷⁾ А не по заблужденію, какъ въ прим. 445.

а на какое либо третье лицо. При такихъ условіяхъ гесторъ можетъ требовать полнаго возмѣщенія своихъ издержекъ путемъ *a. neg. gestorum* или *a. mandati contraria* только съ этого третьяго лица. Противъ самого же *dominus'a negotiorum* гесторъ, хотя и получаетъ искъ въ случаѣ необходимости, но этотъ искъ можетъ быть основанъ лишь исключительно на постулатѣ репрессіи неосновательнаго обогащенія. Таково содержаніе ссылки на *aequitas* въслѣдующихъ фрагментахъ: 1) *L. 14 § 15 D. 11, 7 Ulpianus*. Нѣкто по мандату малолѣтняго, данному *sine tutoris auctoritate*, похоронилъ наследодателя. Онъ не имѣетъ *a. funerariae* противъ наследника, ибо его *animus obligandi* по отношенію къ этому лицу отсутствовалъ совершенно. Но, такъ какъ онъ не можетъ взыскать своихъ издержекъ и съ пупилла (мандать, данный послѣднимъ, ничтоженъ), то ему дается *a. funeraria utilis* противъ обогащеннаго его дѣйствіями *heres'a*, *«lucragi enim heredem iniquum est»*. 2) *L. 6. 7 D. 16, 1. Ulpianus* и *Papinianus*. *Fidejussores* поручились за *defensor'a* отсутствующаго лица на основаніи мандата его матери и принуждены были уплатить. Эти поручители не имѣютъ регресса противъ манданта (матери), *«sed non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per senatusconsultum constituitur irrita et repudia fidejussoris liberatur»* ⁴⁵⁰).

Мы переходимъ теперь къ той категоріи случаевъ, когда издержки на чужое или общее имущество совершаются лицами, не имѣющими *animus obligandi* ни къ какому другому лицу. Это возможно прежде всего тогда, когда, дѣлая издержки на чужія вещи, лицо считаетъ самого себя единственнымъ собственникомъ того имущества, на которое дѣлаются траты, или же когда оно сознательно относится (*mala fide*) къ чужому имуществу, какъ къ своему собственному. Если затѣмъ настоящій собственникъ имущества этого (*resp.* другой со-собственникъ общаго имущества) вернетъ послѣднее (*resp.* свою часть) въ свои руки, то издержки, сдѣланныя прежнимъ владѣльцемъ, могутъ обогатить его насчетъ послѣдняго ⁴⁵¹) и обогатить не-

⁴⁵⁰) Ко всему изложенному см. *Windscheid*, § 431, пр. 6, 11. *Brinz*, § 321, 2 лит. d. f. Сюда же относится еще случай въ *L. 5 § 8 (L. 6 § 6) D. 3, 5. Brinz*, l. c. лит. e. Ср. *Witte*, стр. 37 сл.

⁴⁵¹) Но могутъ и не обогатить; это зависитъ отъ свойства издержекъ (*impensae voluptuariae*, по общему правилу, не возмѣщаются именно потому, что онѣ не обогащаютъ собственника имущества; на этомъ и основано, въ сущности, ихъ различіе

основательно, ибо лицо, совершившее ихъ, вовсе не желало сдѣлать этимъ путемъ безвозмезднаго предоставленія собственнику имущества, и право не имѣетъ основанія узаконить удерживанія этого обогащенія помимо воли лица потерпѣвшаго. Однако, въ этихъ случаяхъ римскіе юристы не считали возможнымъ дать потерпѣвшему и с к а о возвратъ неосновательнаго обогащенія. Исходя изъ того соображенія, что лицо, совершившее траты, при данныхъ обстоятельствахъ «*nominem obligare voluit*»⁴⁵²⁾, они нашли возможнымъ удовлетворить постулату репрессіи неосновательнаго обогащенія только тѣмъ путемъ, что предоставляли потерпѣвшему *jus retentionis* по поводу издержекъ при реституціи собственнику имущества или вещи, на которую сдѣланы были *impensae*⁴⁵³⁾.—Между прочимъ это правило изложено въ сопровожденіи ссылки на нашъ постулатъ *aequitatis* въ слѣдующихъ фрагментахъ:

L. 48 D. 6, 1 *Papinianus*. «Издержки, сдѣланныя добросовѣстнымъ владѣльцемъ на участокъ, оказавшійся впоследствии чужимъ, не могутъ быть взыскиваемы имъ ни съ того, кто подарилъ ему участокъ, ни съ собственника участка, но возмѣщаются при включеніи въ формулу *exceptiois doli* на основаніи *aequitatis* посредствомъ *officium judicis*».

L. 14 § 1 D. 10, 3 *Paulus*. Здѣсь рѣчь идетъ объ издержкахъ, сдѣланныхъ на общій участокъ сособственникомъ, который считалъ себя единственнымъ собственникомъ, и постановляется, что эти издержки, «*aequitate ipsius judicii (communi dividundo)*» могутъ быть удержаны при раздѣлѣ участка съ остальными сособственниками⁴⁵⁴⁾.

отъ *impensae utiles*. L. 10 D. 25, 1. L. 29 D. 6, 1), или-же оттого, что послѣ совершенія полезныхъ издержекъ прошло столько времени, что онъ уже не возвышаетъ цѣнности вещи, на которую сдѣланы. *Arg. L. 38 D. 6, 1.*

⁴⁵²⁾ L. 14 § 1 D. 10, 3 *Paulus*. L. 29 eod. in f. *Idem*. Ср. въ этому *Köhler, Jahrb. f. Dogm.*, т. 17, стр. 377 сл. *Assarinas, Précis*, т. II, стр. 427 въ прим. 2. т. I, стр. 648, пр. 4. *Pfersche, op. cit.*, стр. 85.

⁴⁵³⁾ Издержки на чужое имущество: L. 38 D. 12, 6. L. 14 D. 44, 4. L. 48 D. 6, 1; На общее имущество: L. 14 § 1. L. 29 D. 10, 3.

⁴⁵⁴⁾ Неясной является фраза: „*quae cum ita sint, rectissime dicitur etiam impenditorum nomine utile judicium dari debere mihi in socium etiam manente rei communiōne*“. Языкъ фразы этой подозрителенъ. Въ виду L. 29 пр. D. 10, 3, принадлежащей тому же Павлу, и соответствующаго L. 14 § 1 *cit.* мѣста *Базиликъ* можно,

Посредствомъ своего *jus retentionis* лицо, сдѣлавшее издержки, возмѣщало ихъ только въ размѣрахъ дѣйствительнаго обогащенія отъ нихъ собственника имущества, точно также какъ это имѣло мѣсто при всѣхъ вышеназванныхъ искахъ, основанныхъ исключительно на постулатѣ репрессіи неосновательнаго обогащенія.

По этому поводу существовали слѣдующія общія правила. Необходимыя издержки, которыя и самъ собственникъ долженъ бы былъ сдѣлать для сохраненія въ цѣлости своего имущества, возмѣщались вполнѣ во всемъ томъ объемѣ, въ которомъ онѣ добросовѣстно сдѣланы были потерпѣвшимъ. Обогащеніе собственника отъ этихъ издержекъ въ томъ и состоитъ, что, вслѣдствіе нахождения его имущества въ чужихъ рукахъ, онѣ были сдѣланы не изъ его кармана, а изъ средствъ держателя вещи ⁴⁵⁵). Полезныя же издержки возмѣщались въ томъ объемѣ, въ которомъ онѣ еще возвышали цѣнность вещи для собственника ея въ моментъ *litis contestatio* ⁴⁵⁶). Ни въ какомъ случаѣ тѣ и другія издержки не должны быть возмѣщаемы въ бѣльшемъ размѣрѣ, чѣмъ въ какомъ онѣ уменьшили имущество потерпѣвшаго ⁴⁵⁷). Издержки, сдѣланныя для культуры участка (*quarendorum colendorum conservandorumque fructuum gratia* L. 36 § 4 D. 5, 3), и вообще *modicae impensae*, относящіяся *ad praesentis temporis utilitatem* (L. 3 § 1, L. 12, 13, 16 D. 25, 1), «*naturali ratione*» ⁴⁵⁸) зачитываются въ сумму достающихся владѣльцу плодовъ чужаго участка и полученныхъ отъ его обладанія выгодъ; если же

однако, съ увѣренностью сказать, что въ этой фразѣ не заключается разрѣшенія особаго иска о сдѣланныхъ на общую вещь издержкахъ. Gluck, *Comm.* т. 11, стр. 153—165, слѣдуя за Petrus Duijsenа, предлагаетъ читать въ этой фразѣ „*potius ne*“, причемъ „*ne*“ должно имѣть значеніе „*ne quidem*“. (Ср. Paulus въ L. 13 § 1 D. 11, 1; L. 31 (33) пр. D. 27, 1 „*pec me movet*“; L. 21 § 1 D. 25, 2; L. 2 D. 6, 1; Coll. 16 § 3).— Witte, *op. cit.*, стр. 10 сл. пытается объяснить эту фразу, не измѣняя ея текста, такъ: Павелъ хочетъ сказать, что *jus retentionis* до расторгненія *communiois* можетъ быть осуществяемо во всѣхъ случаяхъ, когда возникаетъ *communio div. judicium*, кто бы ни начиналъ этого *judicium*: лицо-ли, сдѣлавшее издержки, или его противникъ. Ср. Windscheid, § 449, пр. 10 *in. f.*

⁴⁵⁵) L. 4 D. 25, 1. Accarias, *Precis*, т. II, стр. 830, пр. 2. Leist, *Civil. Stud.* т. II, стр. 47 сл.

⁴⁵⁶) L. 38 D. 6. 1 „*usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est*“. L. 29 § 2 D. 20, 1. Leist, *op. cit.*, стр. 51 сл.

⁴⁵⁷) L. 38 *cit.* „*et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est*“.

⁴⁵⁸) Ср. L. 18 § 2 D. 13, 6. L. 7 § 2 D. 7, 1. L. 18 D. 7, 8.

эти издержки превышают сумму собранных плодов, то *bonae fidei possessor* вообще может удерживать их, насколько онъ обогащаютъ еще собственника участка ⁴⁵⁾; *bonae fidei possessor hereditatis*, согласно *Sctum Inventianum*, о которомъ рѣчь будетъ сейчасъ, могъ вернуть излишекъ этихъ издержекъ надъ плодами сполна и безусловно ⁴⁶⁾.

Исключеніе изъ этихъ правилъ дѣлалось для *malae fidei possessor*: ему не давалось относительно *impensae utiles* даже *jus retentionis*; такъ какъ онъ зналъ, что совершаетъ издержки на чужую вещь, то долженъ приписать своей собственной оплошности безвозвратную потерю ихъ съ того момента, какъ вещь, на которую онъ были сдѣланы, вернется къ своему настоящему собственнику; однако, за нимъ сохраняется *jus tollendi* ⁴⁶⁾.

Особые правила примѣнялись въ этомъ отношеніи къ *hereditatis petitio*. Издержки, сдѣланныя на наследственные вещи, возмѣщались какъ *bonae fidei*, такъ и *malae fidei possessor*'у *hereditatis* въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ это соотвѣтствовало бы только что изложеннымъ правиламъ. Это исключеніе объясняется вліяніемъ особыхъ правилъ, установленныхъ для *hereditatis petitio* въ *Sctum Inventianum*. Если этотъ сенатусконсультъ постановилъ, что *«omne lucrum est auferendum tam bonae fidei possessori, quam praedoni»* (L. 28 D. 5, 3), то, съ другой стороны, согласно его общей тенденціи *bonae fidei possessor* не долженъ былъ также терпѣть никакого ущерба отъ своей ошибки въ правахъ на наследство и долженъ былъ отвѣчать по *hereditatis petitio* лишь *«in id dumtaxat, in quo locupletior factus est»*. (L. 25 § 11 D. eod.). На этомъ основаніи *jus retentionis* для такого владѣльца наследства было расширено на *impensae voluptuariae*, такъ какъ и эти издержки уменьшали обогащеніе *b. f. possessoris hereditatis*, а также на *impensae utiles*, которыя

⁴⁵⁾ L. 48 D. 6, 1. „scilicet si fructum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admessa compensatione superfluum sumptuum meliorem praedio facto dominus restituere cogitur“. Cf. L. 65 pr. eod. (*usurae novae* приравниваются къ издержкамъ, сдѣланнымъ для полученія плодовъ, и на нихъ по аналогіи распространяются тѣ-же правила, которыя установлены для этихъ издержекъ).

⁴⁶⁾ L. 37 D. 5, 3. См. объ этомъ фрагм. прим. 276 выше.

⁴⁶⁾ § 30, 32, 33 J. 2, 1. L. 7 § 12. L. 9 § 1, 2 D. 41, 1. L. 37 D. 6, 1. Gai II, 76. L. 5, 11, 16 C. 3, 32.

уже не увеличивали цѣнности наслѣдства въ моментъ его реституціи ⁴⁶²). Что же касается расширенія *juris retentionis malae fidei possessoris* на *impensae utiles*, то оно явилось, вѣроятно, простымъ рефлексомъ увеличенія правъ добросовѣстнаго владѣльца: юристы хотѣли и при *hereditatis petitio* соблюсти ту-же самую пропорцію между правами обѣихъ категорій владѣльцевъ, каковая существовала при *rei vindicatio* ⁴⁶³).

Обогащеніе другому лицу можно доставить своимъ дѣйствіемъ противъ своей воли, но *sine animo obligandi*, также путемъ выполненія по заблужденію юридической обязанности, которая затѣмъ оказывается лежащей на другомъ лицѣ, если только такое исполненіе чужой обязанности въ результатѣ по необходимости освобождаетъ отъ нея обязанное лицо. Если при обсужденіи издержекъ, сдѣланныхъ по заблужденію на чужія вещи, юристы римскіе могли свободно проводить свой общій принципъ, что не можетъ имѣть иска тотъ, кто *«neminem sibi obligare voluit»*, и ограничивать права потерпѣвшаго однимъ *jure retentionis*, то въ случаяхъ, къ которымъ мы теперь переходимъ, *jus retentionis* не всегда оказывалось приложимымъ. Если совершеніе издержекъ на чужую вещь по самой природѣ этого дѣйствія связано съ держаніемъ той вещи, на которую дѣлаются издержки, то того же нельзя сказать объ исполненіи за другое лицо лежащей на немъ юридической обязанности. Исполнить чужую юридическую обязанность, считая ее за свою собственную, и обогатить лицо обязанное освобожденіемъ отъ нея могло и такое лицо, которое не имѣетъ въ своихъ рукахъ никакихъ вещей, принадлежащихъ обогатившемуся и пригодныхъ для осуществленія на нихъ *juris retentionis*. Одинъ примѣръ такого рода мы имѣемъ въ источникахъ:

L. 14 § 11 D. 11, 7. Ulpianus. Si quis, dum se heredem putat, patrem familias funeraverit, funeraria actione uti non potest, quia non hoc animo fecit quasi alienum negotium gerens: et ita Trebatius et Proculus putat. puto tamen et ei ex causa daudam actionem funerariam.

Ничто въ этомъ фрагментѣ не указываетъ на то, что ложный наследникъ имѣлъ въ своихъ рукахъ, совершая похороны, хоть одну наслѣд-

⁴⁶²) L. 38 D. 5, 3.

⁴⁶³) Павелъ въ L. 38 cit. ссылается на *benignitas*.

ственную вещь. Считая себя наследникомъ, лицо могло отдать послѣдній долгъ наследодателю, еще не заручившись держаніемъ какихъ бы то ни было предметовъ изъ наследственной массы. Затѣмъ является настоящій наследникъ и завладѣваетъ наследствомъ, не имѣя нужды предъявить никакого иска къ лицу, совершившему похороны. Возмѣщать свои издержки посредствомъ *jus retentionis* является для мнимаго наследника совершенно невозможнымъ. Тѣмъ не менѣе старые юристы—Требацій и Прокуль—лучше соглашались оставить мнимаго наследника безъ всякой помощи, чѣмъ нарушить свой излюбленный принципъ. Ульпіанъ дѣйствуетъ смѣлѣе и даетъ искъ.—Разъ искъ былъ предоставленъ при такого рода условіяхъ, являлось уже неосновательнымъ лишать болѣе сильнаго средства защиты и такихъ лицъ, которыя по заблужденію освободили другихъ отъ исполненія лежащихъ на послѣднихъ юридическихъ обязанностей и при этомъ имѣли въ своихъ рукахъ какія либо вещи обогащеннаго ими лица; послѣднее обстоятельство имѣло при данныхъ условіяхъ случайный характеръ и не могло служить основаніемъ для того, чтобы отказывать этимъ лицамъ въ искѣ, предоставленномъ точно также на основаніи исполненія чужой юридической обязанности лицамъ, не имѣющимъ въ своихъ рукахъ никакого имущества обогащеннаго лица. Поэтому Африканъ, Папиніанъ и Павелъ даютъ и въ такого рода случаяхъ *a. negotiorum gestorum contrariam* и *a. fideiarnam*, сохраняя за лицами, исполнившими чужую обязанность, въ то же время *jus retentionis*, предоставленное имъ еще прежними юристами ⁴⁴⁾.

Въ аналогичномъ положеніи съ *bonae fidei possessor*’омъ чужой вещи, дѣлающимъ на нее издержки, находится мужъ, когда онъ совершаетъ издержки на приданое жены. Мы не имѣемъ при этомъ въ виду *impensae necessariae*, къ которымъ примѣнялись во мно-

⁴⁴⁾ L. 48 (49) in f. D. 3, 5. Africanus. L. 50 § 1 D. 5, 8 Papinianus. L. 32 pr. D. 11, 7 Paulus. Къ такимъ же выводамъ на основаніи этихъ источниковъ приходитъ Vangerow, Pand., т. III, стр. 504 сл. Въ общемъ же вопросъ о толкованіи этихъ рѣшеній является спорнымъ. Слишкомъ узкую сферу примѣненія искамъ, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, даютъ Assaglia, Précis, т. II, стр. 427 пр. 2. Witte, op. cit., стр. 28 сл. Dernburg, Pand., т. II, § 128 пр. 5. Напротивъ, слишкомъ широкіе выводы дѣлаетъ изъ этихъ фрагментовъ Windscheid, Pand. т. II, § 481 пр. 18. Zimmernann, op. cit., стр. 65—95. Pfersche, op. cit., стр. 84.

гихъ отношеніяхъ особыя правила, неизвѣстно еще въ какой связи стоящія съ нашимъ постулатомъ *aequitatis*, но *impensae utiles*, возмѣщеніе которыхъ прямо сводится Марціаномъ къ *aequitas* (L. 5 D. 33, 4 in f.). Совершая эти издержки, мужъ не имѣетъ намѣренія обязать къ ихъ возмѣщенію кого бы то ни было; въ моментъ ихъ совершенія нѣтъ даже на лицо такого субъекта, который могъ бы явиться должникомъ по такому обязательству⁴⁶⁵). Однако, если эти издержки въ моментъ реституціи приданаго еще увеличиваютъ цѣнность *dotis*, то справедливость требуетъ, чтобы ихъ сумма была возмѣщена мужу, такъ какъ если онъ не имѣлъ въ виду никого ими обязать, то онъ не желалъ также и никого ими обогатить. Если принять во вниманіе отсутствіе у мужа *animus obligandi* при совершеніи этихъ тратъ, то мы должны ожидать, что права его по поводу *impensae utiles* ограничиваются тѣмъ же *jure retentionis*, которое принадлежало *bonae fidei possessor*'у по поводу издержекъ на чужія вещи. И дѣйствительно, есть основаніе думать, что таково было состояніе права въ эпоху классическихъ юристовъ. *Actio mandati contraria* и *a. neg. gestorum contraria* повидимому впервые введена была для этихъ случаевъ Юстиніаномъ⁴⁶⁶).

Въ заключеніе этого отдѣла мы находимъ нужнымъ сдѣлать слѣдующее замѣчаніе. Во всѣхъ случаяхъ, о которыхъ мы говорили до сихъ поръ, обязанность возмѣстить траты на чужія дѣла въ ихъ полномъ объемѣ или въ размѣрахъ наличнаго обогащенія *dominus*'а *negotiorum* возникаетъ исключительно на основаніи дѣйствія лица, потерпѣвшаго ущербъ, безъ всякаго участія въ этомъ воли лица обогатившагося. Поэтому *jus aequum* должно принять мѣры къ тому, чтобы эта обязанность вернуть неосновательное обогащеніе не привела въ результатъ къ стѣсненію обогатившагося лица въ пользованіи и распоряженіи своимъ собственнымъ имуществомъ. Какъ мы уже нѣсколько разъ замѣчали, въ этомъ отношеніи воля cadaго субъекта правъ должна быть автономна и судьба имущества cadaго лица должна быть независима отъ рѣшеній и дѣйствій посто-

⁴⁶⁵) См. Czychlarsz, *Dotalrecht*, стр. 346; ср. стр. 278.

⁴⁶⁶) L. 5 § 5 D. 5, 18 (*a nostra auctoritate*): Czychlarsz, *op. cit.*, стр. 386.—L. 7 § 16 D. 24, 3 Czychlarsz считаетъ интерполированной (стр. 847 пр. 12). Согласно съ этимъ истолковывается и общій смыслъ L. 5 D. 33, 4 на стр. 466.—См. также Assaгias, *Précis*, т. II, стр. 904, пр. 1.

ронныхъ лицъ. Такія мѣры дѣйствительно были приняты римскимъ классическимъ правомъ. Проявленіе указанной идеи мы видимъ, въ частности, въ слѣдующихъ правилахъ:

Обязанность *dominus'a negotiorum* къ полному возмѣщенію издержекъ гестора на его дѣла совсѣмъ не возникаетъ въ томъ случаѣ, если онъ прямо запретилъ данному гестору братья за веденіе его дѣлъ. Нѣкоторые классическіе юристы желали, правда, дать гестору въ этихъ случаяхъ искъ о возмѣщеніи неосновательнаго обогащенія, но такіе корифеи юриспруденціи, какъ Юліанъ, Помпоній и Павелъ отказывали такому гестору во всякомъ искѣ и ихъ мнѣнію послѣдовалъ Юстиніанъ ⁴⁶⁷). Только для *a. funeraria* иногда (*ex causa*) дѣлалось исключеніе; но этотъ искъ имѣлъ, какъ уже было указано, не вполне чисто правовой характеръ; въ его основѣ лежали также соображенія религіознаго и полицейскаго характера ⁴⁶⁸).—При отсутствіи же запрета, для возникновенія *a. negotiorum gestorum* требуется, чтобы гесторъ взялся за веденіе чужихъ дѣлъ при такихъ обстоятельствахъ, когда его *gestio* является дѣйствительно полезной для *dominus'a negotiorum*, и чтобы въ совершеніи всѣхъ тратъ онъ сообразовался съ тѣмъ, какія траты и въ какихъ размѣрахъ могъ бы позволить себѣ самъ *dominus negotiorum* при наличномъ состояніи его имущества и при наличномъ характерѣ веденія дѣлъ имъ самимъ; другими словами, какъ самая *gestio*, такъ и отдѣльныя дѣйствія гестора, если послѣдній желаетъ имѣть по поводу нихъ *a. neg. gest. contrariam*, должны соответствовать предполагаемой волѣ хозяина имущества ⁴⁶⁹).

Подобнаго же рода правила мы имѣемъ и для средствъ, имѣющихъ своею цѣлью возмѣстить только неосновательное обогащеніе. Такъ, обязательство собственника вещи возмѣстить сдѣланныя на нее ея держателемъ *impensae necessariae* возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если издержки эти являются необходимыми именно съ точки

⁴⁶⁷) L. 7 (8) § 3 D. 3, 5. L. 40 D. 17, 1. L. 24 C. 2, 18 (19). Accarias, Précis, т. II стр. 425.

⁴⁶⁸) L. 14 § 13 D. 11, 7. Dernburg, Pand. II § 122 пр. 19 и 20. Windscheïd, § 430 пр. 20.

⁴⁶⁹) L. 8 (9) D. 3, 5: quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi. L. 9 (10) § 1. L. 42 (43) D. eod. и др. См. ко всему Windscheïd, Pand., § 430 прим. 16, 16a, 17. Dernburg, Pand., т. II, § 122 пр. 13—17.

зрѣнія собственника ⁴⁷⁰). То же самое нужно сказать и объ *impensae utiles*. *bonae fidei possessor* имѣеть по поводу этихъ издержекъ *jus retentionis* лишь настолько, насколько ихъ могъ бы произвести самъ собственникъ вещи и притомъ тотъ самый, которому вещь принадлежитъ въ данный моментъ ⁴⁷¹). Мужу Павелъ предоставляетъ право возврата *impensae utiles* на *dos* лишь въ томъ случаѣ, когда онъ испросилъ согласіе жены на совершеніе этихъ издержекъ ⁴⁷²); требовать этого отъ мужа можно вполне основательно, такъ какъ предполагается, что для мужа не является неудобнымъ испрашивать на совершеніе всякихъ издержекъ согласія жены. Залоговый кредиторъ, по рѣшенію Ульпіана, возмѣщаетъ полезныя издержки, сдѣланныя имъ на заложенную вещь безъ порученія должника, въ томъ лишь размѣрѣ, въ которомъ самъ должникъ могъ бы позволить себѣ ихъ совершеніе ⁴⁷³). Въ случаѣ несоотвѣтствія произведенныхъ издержекъ съ предполагаемою волею собственника размѣръ ихъ возмѣщенія уменьшается ⁴⁷⁴) или же по ихъ поводу предоставляется только *jus tollendi*, насколько осуществленіе этого права не нанесетъ вреда вещамъ, принадлежащимъ обогатившемуся лицу ⁴⁷⁵).

2) Одно лицо предоставленіемъ ⁴⁷⁶) изъ своего имущества увеличиваетъ имущество другого лица, вступая или имѣя въ виду вступить въ какую либо двустороннюю юридическую сдѣлку съ послѣднимъ, и затѣмъ оказывается, что удерживаніе этого предоставленія лицомъ обогатившимся является несогласнымъ съ волею лица, сдѣлавшаго предоставленіе. Въ такихъ случаяхъ часто полученное обогащеніе признавалось неосновательнымъ и подлежащимъ

⁴⁷⁰) *Arg. L. 1 § 3 D. 25, 1... si aedificium ruens, quod habere mulieri utile erat, refecerit... L. 3 pr.... necessarias impensas fecisse videtur.* Намъ кажется, что въ этомъ отношеніи не должно быть разницы между *impensae necessariae* на *dos* и такими же издержками на чужія вещи.

⁴⁷¹) *L. 38 D. 6, 1. Celsus.*

⁴⁷²) *L. 8 D. 25, 1.*

⁴⁷³) *L. 25 D. 13, 7.*

⁴⁷⁴) *L. 25 D. 13, 7 cit.*

⁴⁷⁵) *L. 38 D. 6, 1 cit. Cp. L. 3 § 4 D. 15, 3 (cf. L. 3 § 2 eod). L. 5 pr. eod.* Ко всему вышесказанному см. *Leist, Civ. St., т. II, стр. 46, 54 сл. 110.*

⁴⁷⁶) Которое можетъ быть сдѣлано само посредствомъ юридической сдѣлки или же путемъ совершенія чисто фактическаго дѣйствія. *Becker, System des hentigen Pandektenrechts, § 100.*

возврату, но это бывало не всегда. Въ частности слѣдуетъ различать здѣсь двѣ категоріи случаевъ.

а) Предоставленіе, сдѣланное при заключеніи двусторонней юридической сдѣлки, подлежитъ возврату, какъ неосновательное обогащеніе, въ томъ случаѣ, если не достигается главная и непосредственная цѣль, которой хотѣло достигнуть путемъ этого предоставленія лицо, его совершившее. Но при этомъ безусловно требуется, чтобы не достигнута была именно главная цѣль предоставленія, тѣсно съ нимъ связанная и опредѣляющая тотъ юридическій характеръ, который должно было имѣть предоставленіе въ рукахъ получающаго его лица. Почему въ этомъ случаѣ предоставленіе подлежитъ возврату,—это понятно. Удерживаніе его не можетъ быть оправдываемо волею лица, которое его сдѣлало; если бы это лицо знало до совершенія предоставленія, что это предоставленіе не достигнетъ своей непосредственной цѣли, то оно совсѣмъ бы его не сдѣлало. Съ другой стороны, право обыкновенно не имѣетъ въ подобныхъ случаяхъ никакого основанія узаконять удерживаніе предоставленія вопреки волѣ лица, его сдѣлавшаго ⁴⁷⁷⁾.—Эта цѣль, опредѣляющая юридическій характеръ, который должно имѣть предоставленіе въ рукахъ получателя, въ современной наукѣ ⁴⁷⁸⁾ носить названіе «causa» совершаемаго предоставленія. Causae эти могутъ быть весьма разнообразны. Господствовавшее прежде дѣленіе ихъ на три категоріи: causa credendi, solvendi и donandi ⁴⁷⁹⁾ не можетъ быть признано удовлетворительнымъ, ибо нѣкоторыя causae могутъ быть подведены подъ эту схему лишь съ большой натяжкой ⁴⁸⁰⁾.—Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы представимъ примѣрный перечень этихъ цѣлей для того, чтобы дать объясненіе относящимся сюда фрагментамъ нашихъ

⁴⁷⁷⁾ Если такое основаніе имѣется, то право требовать возврата сдѣланнаго предоставленія можетъ быть по справедливости отнято у потерпѣвшаго и въ этихъ случаяхъ. См. стр. 71 выше.

⁴⁷⁸⁾ О римской терминологіи см. Lotmar, Ueber causa im Röm. Recht (1875 г.), стр. 32 сл.

⁴⁷⁹⁾ Изъ новѣйшихъ ученыхъ этого дѣленія придерживается напр. Brinz, Pand., т. IV, стр. 239.

⁴⁸⁰⁾ См. Windscheid, Voraussetzung, стр. 89; 97 сл. Pand., т. I, § 98 пр. 1. Regelsberger, Pand., т. I § 167 пр. 3. Bekker, System, § 100, 101. Derburg, Pand., т. I § 95 пр. 3. Witte, Bereicherungskl., стр. 57. Lotmar, къ Brinz'y l. c. Ueber Causa, стр. 79 сл.

Уч. Зап., ст. Хвостова.

источниковъ, ссылающихся на *aequitas*, и въ то же время выяснить по возможности всесторонне установленное нами общее положеніе ⁴⁸¹⁾.

1) Предоставленіе можетъ быть сдѣлано для той цѣли, чтобы съ его помощью была уничтожена какая нибудь юридическая обязанность, которая предполагается уже существующей или же имѣеть возникнуть въ будущемъ для самого предоставляющаго или для какого либо третьяго лица по отношенію къ получателю. Цѣль эта можетъ не осуществиться по разнымъ причинамъ. Можетъ случиться, напримѣръ, что обязанность, существованіе которой предполагалось при совершеніи предоставленія, на самомъ дѣлѣ не существуетъ или имѣеть не то содержаніе, которое ей ошибочно приписывалось лицомъ, сдѣлавшимъ предоставленіе. Въ такомъ случаѣ это лицо приобретаетъ *condictio indebiti* противъ получателя о возвратѣ его неосновательнаго обогащенія.

L. 66 D. 12, 6 Papinianus. *Haec condictio (indebiti) ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa apprehenditur, revocare consuevit* ⁴⁸²⁾.

2) Совершеніе предоставленія является необходимымъ условіемъ возникновенія какого нибудь права и предоставленіе дѣлается именно для приобрѣтенія этого права. Такъ напр., предоставленіе можетъ быть сдѣлано для того, чтобы приобрѣсти право требованія къ получателю, которое по закону не можетъ возникнуть помимо совершенія этого предоставленія; если, несмотря на сдѣланное предоставленіе, желаемое право требованія тѣмъ не менѣе не возникаетъ, то предоставленіе можетъ быть вытребовано назадъ путемъ иска о возвратѣ неосновательнаго обогащенія. Возникающая въ данномъ случаѣ *condictio* ⁴⁸³⁾ сводится къ *aequitas* въ слѣдующемъ фрагментѣ.

⁴⁸¹⁾ Ср. къ послѣдующему Windscheid, *Voraussetzung*, стр. 11 сл. 88 сл. Pand., т. I, § 98 пр. 1; т. II §§ 426, 427. Witte, *op. cit.*, стр. 58 сл.

⁴⁸²⁾ Вѣроятно также къ *condictio indebiti* относится ссылка на *aequitas* въ L. 5 § 2 D. 25, 1. Если это такъ, то Ульпіанъ, должно быть, хотѣлъ сказать этой ссылкой, что онъ считаетъ *cond. indebiti* вполне применимой къ данному случаю по его условіямъ. Впрочемъ, смыслъ фрагмента не можетъ считаться вполне выясненнымъ. См. о немъ Beschnapp, *Dotalrecht*, т. II, стр. 277. Czychlarsz, *Dotalrecht*, стр. 289 сл. Jhering, *Jahrbuch, f. Dogm.*, т. 16, стр. 247 сл. Dernburg, *Compensation*, 2-е изд., стр. 140 сл.

⁴⁸³⁾ Въ старой литературѣ, по почину J. h. Conradi, принято было называть этотъ искъ „*condictio Juventiana*“. См. Gluck, *Comm.*, т. 12, стр. 23 сл.

L. 32 D. 12, 1. Celsus. «Если ты попросилъ займы денегъ у меня и у Тиція и я далъ приказаніе моему должнику обязать передъ тобою въ формѣ стипуляціи, а ты заключилъ съ нимъ стипуляцію, считая его должникомъ Тиція, то обязуешься ли ты передо мною? Вопросъ является сомнительнымъ, такъ какъ ты никакой сдѣлки со мною не заключилъ; впрочемъ, я склоненъ думать, что ты обязался передо мною, но не потому, что между нами состоялся договоръ займа (ибо для этого непременно требуется соглашеніе сторонъ), а потому, что мои деньги перешли къ тебѣ, и согласно съ *bonum et aequum*, чтобы ты ихъ мнѣ возвратилъ»⁴⁸⁴).

Предоставленіе можетъ быть сдѣлано, далѣе, для того, чтобы получить какое либо право, пріобрѣтеніе котораго въ завѣщаніи поставлено въ зависимость отъ совершенія даннаго предоставленія (предоставленіе *condicionis implendae causa*). Цѣль предоставленія можетъ оказаться недостигнутой, потому что, напр., самое завѣщаніе оказалось ничтожнымъ.

L. 26 D. 5, 2 Ulpianus. «Нѣкто былъ назначенъ подъ условіемъ: «если онъ отпуститъ на волю раба Стиха» и дѣйствительно отпустилъ Стиха на волю; послѣ манумиссіи завѣщаніе было объявлено *injustum* или *inofficiosum*; справедливость требуетъ оказать помощь этому лицу, чтобы оно получило отъ отпущеннаго на волю цѣну его, какъ раба, и такимъ образомъ не теряло раба понапрасну»⁴⁸⁵).

Та же самая цѣль предоставленія можетъ оказаться недостигнутой, далѣе, потому что оказывается, что лицо, сдѣлавшее предоставленіе, уже получило искомое право инымъ путемъ.

⁴⁸⁴) Конецъ фрагмента говорить о возвратѣ денегъ, тогда какъ обогащеніе въ данномъ случаѣ состоитъ въ пріобрѣтеніи права требованія. По этому поводу см. замѣчанія Lotmar'a, *op. cit.* стр. 115.

⁴⁸⁵) Отнять свободу у либерта является недопустимымъ. „*Revocandae libertatis potestatem non habes*“, говоритъ L. 4. C. 2, 20. Ср. аналогичныя рѣшенія въ L. 23 § 1 D. 37, 14; L. 47 D. 40, 4. Windscheid, *Vogauweise zung*, стр. 63 сл.—Строго говоря, въ этомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи объ исполненіи условія въ формѣ двусторонней юридической сдѣлки съ обогащающимся; тѣмъ не менѣе мы помѣщаемъ этотъ фрагментъ въ настоящей отдѣлѣ, ибо, какъ намъ кажется, юристъ, дѣлая данное рѣшеніе, приравнивалъ эту манумиссію къ такого рода случаямъ, когда одно лицо *condicionis implendae causa* дѣлаетъ другому предоставленіе, а послѣднее лицо принимаетъ это предоставленіе *cond. impl. causa*; случай этотъ настолько ненормаленъ, что, строго говоря, здѣсь вообще не можетъ быть рѣчи даже объ обогащеніи другаго лица предоставленіемъ: рабъ, принявъ свободу, не былъ еще лицомъ въ юридич. смыслѣ.

L. 3 § 7 D. 12, 4. Ulpianus. «Но если рабъ, которому въ завѣщаніи было приказано для пріобрѣтенія свободы дать наслѣднику десять, получилъ по кодицилу свободу безусловно, и, не зная объ этомъ, далъ наслѣднику десять, то можетъ ли онъ требовать обратно данное? Цельзъ передаетъ, что по мнѣнію Цельза, отца его, данное не можетъ быть требуемо обратно; однако, самъ Цельзъ (сынъ), побужденный естественной справедливостью, думаетъ, что требовать обратно данное является возможнымъ; это послѣднее мнѣніе вѣрнѣе».

3) Предоставленіе дѣлается для той цѣли, чтобы получатель его въ свою очередь произвелъ въ пользу лица, сдѣлавшаго предоставленіе, какое нибудь эквивалентное предоставленіе. Если получатель затѣмъ отказывается совершить ожидаемое отъ него дѣйствіе, то предоставленіе теряетъ въ его рукахъ тотъ характеръ, который оно должно было имѣть, и подлежитъ возврату, какъ неосновательное обогащеніе.

L. 65 § 4 D. 12, 6. Paulus. Quod ob rem datur ex bono et aequo habet repetitionem: veluti si dem tibi ut facias, nec feceris ⁴⁴⁶).

4) Предоставленіе можетъ быть сдѣлано для той цѣли, чтобы оно помогало получателю нести onera matrimonii (dotis causa). Цѣль не достигается, если, напр., ожидаемый бракъ не состоится.

5) Предоставленіе должно служить для получателя обезпеченіемъ доказательства какого либо юридическаго факта, устанавливающаго или прекращающаго право требованія (напр. росписка о полученіи денегъ взаймы, объ уплатѣ займа), или же обезпеченіемъ взысканія по какому либо требованію (заключеніе стипуляціи). Цѣль предоставленія не достигается, если напр. юридическій фактъ, о которомъ

⁴⁴⁶) Правило, что *condictio causa data n. v.* уничтожается, если взаимное предоставленіе стало невозможнымъ безъ вины получателя, является ограниченіемъ послѣдовательнаго проведенія идеи, лежащей въ основѣ этого иска, и возникло подъ влияніемъ появленія *a. praescriptis verbis*. Windscheid, Vorgauss., стр. 178 сл. Witte *op. cit.*, стр. 104 сл. Pernice, Labeo, т. III, I, стр. 301 сл. Ассаріа, Précis, т. II, стр. 415.—*Jus poenitentiae* при *contractus innominati* не имѣетъ ничего общаго съ нашимъ постулатомъ *aequitas*, и, быть можетъ, впервые создано было только компиляторами. Точно также не сюда относится *jus poenitentiae* при *m. c. donatio*. Ср. объ этомъ Pernice, *op. cit.*, стр. 260 сл. Windscheid *op. cit.*, стр. 165 сл. Pand. II, § 321 пр. 11. Witte, стр. 109 сл. Brinz, Pand. т. II, стр. 539. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, т. II, стр. 771 сл. Bekker, Aktionen, т. I, стр. 126 сл. Ассаріа, l. c. Pfersche, *op. cit.*, стр. 151 сл.

заранѣе выдано было средство доказательства, не возникает или если обезпечиваемое требованіе окажется не существующимъ.

6) Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ есть одна общая черта: виновникъ предоставленія при наличности всѣхъ указанныхъ цѣлей не имѣетъ въ виду проявить къ получателю своей щедрости. Ббльшею частью, лицо, совершающее предоставленія, руководится въ этихъ случаяхъ соображеніями своей собственной хозяйственной выгоды; оно дѣлаетъ свое предоставленіе въ нѣкоторыхъ изъ этихъ случаевъ прямо для того, чтобы получить отъ своего контрагента эквивалентъ, имѣющій хозяйственное значеніе, или же ставить свое предоставленіе въ тѣсную и неразрывную связь съ полученнымъ имъ отъ него раньше предоставленіемъ, имѣющимъ хозяйственное значеніе; если иногда виновникъ предоставленія не ожидаетъ отъ своего контрагента никакого эквивалента въ хозяйственномъ смыслѣ, то онъ видитъ въ своемъ предоставленіи средство добыть этотъ эквивалентъ изъ другого источника. Если же, наконецъ, и въ перечисленныхъ случаяхъ лицо, дѣлающее предоставленіе, иногда желаетъ путемъ этого предоставленія проявить свою щедрость (напр. установленіе dotis не самой женой), то не на получателя лично направлена эта щедрость. Отъ этихъ цѣлей рѣзко отличается та, къ разсмотрѣнію которой мы теперь переходимъ. Именно, нерѣдко при совершеніи предоставленія, его виновникъ не желаетъ проявить съ своей стороны никакого хозяйственнаго расчета; его предоставленіе должно служить по его мысли средствомъ для проявленія его щедрости лично къ получателю. Непосредственная и главная цѣль, которую онъ преслѣдуетъ своимъ предоставленіемъ, состоитъ въ томъ, чтобы увеличить имущество получателя и выразить этимъ свое благоволеніе къ нему⁴⁴⁷⁾. Такая цѣль предоставленія носитъ на-

⁴⁴⁷⁾ Ср. Regelsberger, Pand. I, стр. 612 сл. Windscheid, Pand. т. II, § 365 пр. 4. За этою главною цѣлью можетъ скрываться масса дальнѣйшихъ; напр. даритель можетъ путемъ совершаемаго даренія желать отблагодарить своего контрагента за какую нибудь услугу, можетъ надѣяться склонить его къ обратному даренію и т. д. Но мы не можемъ согласиться съ тѣмъ взглядомъ, согласно которому эти цѣли и являются при дареніи главными и непосредственными цѣлями предоставленія. См. именно Lepel, Arch. f. civ. Praxis, т. 74, стр. 280 сл. (1891 г.); т. 79, стр. 62 сл. (1892 г.). Въ остальномъ эти статьи Ленеля содержатъ много мыслей, къ которымъ присоединяемся и мы въ нашемъ изложеніи.

звание *donandi causa*. Недостижение этой цѣли также могло давать поводъ къ иску о возвратѣ неосновательнаго обогащенія. Именно цѣль, преслѣдуемая предоставленіемъ *donandi causa*, несомнѣнно не осуществлялась, если одаряемый отказывался принять дареніе, какъ таковое; сдѣланное ему заранѣе предоставленіе могло быть при такихъ обстоятельствахъ возвращено назадъ путемъ *condictio sine causa* ⁴³³). Далѣе, искъ можетъ возникать вслѣдствіе недостиженія цѣли, при наличности т. наз. въ юстиніановомъ правѣ и въ современной наукѣ *donatio sub modo* ⁴³⁴). Въ одной категоріи случаевъ такой *donatio* даритель даетъ своему намѣренію обогатить одаряемаго строго ограниченное, узкое содержаніе: онъ хочетъ своимъ предоставленіемъ обогатить получателя, но только въ известномъ, указанномъ имъ самимъ направленіи; даритель, именно, дѣлаетъ оговорку, что его контрагентъ, хотя и долженъ воспользоваться подаркомъ въ своихъ интересахъ, но можетъ сдѣлать изъ него лишь предписанное со стороны дарителя употребленіе. Если одаряемый употребитъ полученное обогащеніе для иной цѣли, то оно подлежитъ возврату ⁴³⁵). Въ другихъ случаяхъ *donationis sub modo* мы имѣемъ слѣдующее: здѣсь даритель преслѣдовалъ при совершеніи своего предоставленія сразу двѣ цѣли, а именно: онъ хотѣлъ отчасти просто обогатить одаряемаго, отчасти же добиться отъ него совершенія известныхъ дѣйствій въ свою пользу, въ пользу третьяго лица или въ интересахъ общаго блага (причемъ эти дѣйствія не должны быть эквивалентомъ сдѣланнаго подарка). Такъ какъ обѣ эти цѣли были неразрывно связаны между собою дарителемъ, то при недостиженіи послѣдней изъ нихъ весь даръ подлежитъ возврату. Къ *aequitas* сводится искъ о возвратѣ неосновательнаго обогащенія въ этомъ случаѣ въ L. 2 C. 4, 6 Imp. Alexander (a. 227) ⁴³⁶).

b) Удерживаніе предоставленія, сдѣланнаго по поводу двусторонней юридической сдѣлки, можетъ оказаться несогласнымъ съ волею его

⁴³³) Regelsberger, op. cit., стр. 613. Dernburg, Pand. т. II, стр. 286.

⁴³⁴) О терминологіи классическихъ юристовъ см. Pernice, Labeo, т. III, 1, стр. 12 сл.

⁴³⁵) L. 2 § 7 D. 39, 5.

⁴³⁶) См. также L. 3. 8 C. 4, 6. L. 3 C. 8, 54 (55).—Иски о возвратѣ дара по неблагородности, появившіяся впрочемъ уже не въ классическую эпоху (*Aesagias*, т. I, стр. 793 сл.), основаны на нихъ соображеніяхъ.

виновника также и въ томъ случаѣ, когда обнаружится ложность мотивовъ (лежащихъ въ прошедшемъ), которыми руководилось лицо, совершая свое предоставленіе, или-же не достигнута будетъ какая-либо второстепенная, отдаленная цѣль, которую преслѣдовало это лицо при своемъ предоставленіи. Эти мотивы и второстепенныя цѣли могутъ также имѣть такое большое значеніе для виновника предоставленія, что онъ не сдѣлалъ бы предоставленія, если бы зналъ заранее о ложности мотивовъ своихъ или о неосуществимости своихъ цѣлей. Тѣмъ не менѣе, право не принимаетъ во вниманіе, по общему правилу, при обсужденіи сдѣлокъ *inter vivos* ни мотивовъ, ни второстепенныхъ цѣлей⁴²⁾. Причиной такого явленія служитъ забота права о прочности и обезпеченности гражданскаго оборота. Право подвергло бы этотъ оборотъ величайшей опасности, если бы, увлекаясь одностороннимъ покровительствомъ интересамъ лицъ, отъ которыхъ исходятъ предоставленія, ставило бы прочность и надежность приобрѣтеній въ зависимость отъ всѣхъ мотивовъ и цѣлей, которыми руководились виновники предоставленій. Если даже подобные мотивы и цѣли были сообщены этими лицами своимъ контрагентамъ, то послѣдніе не могутъ знать, по общему правилу, насколько существенъ тотъ или другой мотивъ, та или иная цѣль для лица, совершающаго предоставленіе, въ данномъ конкретномъ случаѣ; того же нельзя сказать о главныхъ цѣляхъ предоставленій, о ихъ *causae*.—Кромѣ того, многія изъ второстепенныхъ цѣлей сами по себѣ не годятся для того, чтобы право могло принимать ихъ достиженіе или недостиженіе во вниманіе. Право должно оперировать на болѣе или менѣе твердыхъ и прочныхъ основаніяхъ; между тѣмъ, опредѣленное и рѣшительное сужденіе о томъ, достигнута ли извѣстная второстепенная цѣль, преслѣдуемая лицомъ, которое совершаетъ предоставленіе, иногда по самому свойству этой цѣли является невозможнымъ для юриста. То же самое нужно сказать и о многихъ мотивахъ. Такъ напр., каждый даритель при совершеніи подарка всегда имѣетъ какую-нибудь дальнѣйшую цѣль, для которой онъ хочетъ увеличить имущество одаряемаго и руководится какимъ-либо мотивомъ. Онъ желаетъ, напр., помочь одаряемому въ нуждѣ или отблагодарить его за оказанную

⁴²⁾ Regelsberger, Pand., т. I, § 167, III; § 148, II. Dernburg, Pand., т. I, §§ 94, 95.

услугу. Затѣмъ можетъ оказаться, что нужда одаряемаго вовсе не такъ велика, какъ думалъ даритель, или что предоставленныя одареннымъ услуги оказаны были вовсе не изъ тѣхъ побужденій, которыя предполагались дарителемъ; въ виду этого второстепенная цѣль даренія съ точки зрѣнія дарителя является недостигнутой, геср. мотивы даренія представляются ложными. Судить объ этомъ, однако, можетъ лишь самъ даритель; другимъ лицамъ, если они желаютъ составить свое сужденіе объ этомъ, нужно стать на специальную, индивидуальную точку зрѣнія дарителя; между тѣмъ это именно и является, обыкновенно, невозможнымъ для юриста: юристъ, съ одной стороны, не имѣетъ права придавать рѣшающаго значенія голословнымъ заявленіямъ дарителя, а съ другой стороны, лишенъ возможности, по общему правилу, сдѣлать провѣрку этихъ утвержденій въ каждомъ данномъ случаѣ; поэтому онъ и не долженъ брать подъ свою защиту подобныхъ второстепенныхъ цѣлей и мотивовъ. Эти мотивы и цѣли суть для права «невѣсомыя величины», съ которыми оно считается не можетъ⁴³⁾. Конечно, не при однихъ только дареніяхъ второстепенныя цѣли и мотивы могутъ имѣть такое содержаніе. — Отказываясь давать иски о возвратѣ неосновательнаго обогащенія въ указанныхъ случаяхъ, право руководится такимъ образомъ вѣскими соображеніями. Лица, совершающія предоставленія, не могутъ жаловаться на несправедливость такого отношенія права къ ихъ второстепеннымъ цѣлямъ и мотивамъ, такъ какъ это отношеніе оправдывается соображеніями общаго блага всего гражданскаго общества. Притомъ, право не отнимаетъ у этихъ лицъ возможности придать всѣмъ своимъ цѣлямъ и мотивамъ рѣшающее значеніе для судьбы предоставленія: имъ стоитъ только показать контрагенту важность этихъ мотивовъ и цѣлей и сдѣлать возможнымъ для юриста болѣе или менѣе основательное сужденіе о нихъ посредствомъ облеченія ихъ въ форму суспензивнаго или резолютивнаго условія, оговорки о правѣ отступить односторонне отъ договора при извѣстныхъ обстоятельствахъ и т. п. побочной статьи договора, которая, конечно, должна быть акцептована другимъ контрагентамъ, чтобы имѣть юридическое значеніе⁴⁴⁾.

⁴³⁾ „Imponderabilien des Rechtes“ — выраженіе Ленея въ статьяхъ, указанныхъ въ прим. 487.

⁴⁴⁾ Къ инымъ результатамъ приходитъ Windscheid въ своей книгѣ „die Lehre des röm. Rechts v. d. Voraussetzung“ (1850), въ Pand., т. I § 97—100 и въ статьѣ,

В. Въ случаяхъ, къ которымъ мы теперь приступаемъ, нельзя сказать, что удерживаніе сдѣланнаго предоставленія не можетъ быть оправдано волею лица, которое сдѣлало это предоставленіе. Но въ виду особыхъ обстоятельствъ, сопровождающихъ переходъ обогащенія въ этихъ случаяхъ, право отказывается признать эту волю достаточнымъ основаніемъ для удерживанія обогащенія и дозволяетъ лицу, уменьшившему свое имущество сдѣланнымъ предоставленіемъ, во всякое время вытребовать назадъ данное. Искъ о возвратѣ обогащенія носитъ въ этихъ случаяхъ названіе *condictio ob turpem vel injustam causam* ⁴⁵⁾. Сюда относятся въ частности слѣдующіе случаи: 1) Предоставленіе сдѣлано для выполненія даренія, несогласнаго съ условіями *legis Cinciae* ⁴⁶⁾.— 2) Предоставленіе сдѣлано подъ вліяніемъ принужденія ⁴⁷⁾.— 3) Предметомъ предоставленія являются незаконные про-

помѣщенной въ Arch. f. civ. Pragis, т. 78, стр. 161—202 (1892). W. при двустороннихъ сдѣлкахъ *inter vivos* желаетъ придать такое же значеніе, какое имѣетъ *causa*, простымъ мотивамъ и второстепеннымъ цѣлямъ предоставленій, не облеченнымъ въ форму условія (ясно выражено это, напр., въ Pand., т. I § 78, пр. 2). Если контрагентъ въ сдѣлкѣ *inter vivos* зналъ, что изъявленіе воли сдѣлано ему подъ „*Vogausssetzung*“, содержаніемъ которой является простой мотивъ, и что оно не было бы сдѣлано, если бы другая сторона знала о ложности своей *Vogausssetzung*, то этого достаточно, по мнѣнію W., чтобы признать возможными *conditiones sine causa* и *exceptiones* въ случаѣ дѣйствительной ложности *Vogausssetzung*. Для доказательства этого положенія *Windscheid*, ни въ своей монографіи, ни въ Пандектахъ, ни въ новой статьѣ не привелъ достаточно убѣдительныхъ данныхъ изъ источниковъ, а *de lege ferenda* теорія эта является, какъ показано, неудобной для оборота. См. объ этомъ нѣсколько разъ уже упомянутыя статьи *Ленеля*. Также *Regelsberger*, Pand., т. I, стр. 6 (5 сл. *Degnburg*, Pand., т. I, стр. 270 сл. *Bekker*, System § 119 и объ этомъ *Lenel* въ послѣдней изъ цит. статей. — Что теорія W. не соответствуетъ воззрѣніямъ римскихъ юристовъ на основаніе исковъ о возвратѣ обогащенія *sine causa*, доказываетъ также *Repnice, Labeo*, т. III, 1, стр. 252, 283—290, 64. — Второстепенныя цѣли и мотивы предоставленія могутъ, однако, имѣти извѣстное юридическое значеніе въ нихъ отношеніяхъ. *Lotmar, Ueber Causa* стр. 69—74.

⁴⁵⁾ Нужно замѣтить, впрочемъ, что при *condictio ob turpem causam*, такъ же какъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ *cond. ob inj. c.* отвѣтственность обогатившагося имѣетъ особенности. Именно, въ этихъ случаяхъ обогатившійся считается обязаннымъ не принимать доставляемаго ему обогащенія или тотчасъ же возвратитъ принятое; пока онъ удерживаетъ обогащеніе у себя, онъ поэтому *semper in mora est* и отвѣчаетъ даже за случайную гибель полученнаго. L. 7 C. 4, 7.

⁴⁶⁾ L. 21 § 1 D. 39, 5. L. 5 § 5 D. 44, 4. *Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte*. т. II, стр. 587.

⁴⁷⁾ L. 7 D. 12, 5 *Sp. Witte*, *op. cit.*, стр. 42.

центы ⁴⁹⁸), долгъ изъ запрещенной игры ⁴⁹⁹), адвокатскій гонораръ свыше дозволеннаго размѣра ⁵⁰⁰). — 4) Обогащающійся принимаетъ предоставленіе вообще для такого рода цѣли, что полученіе имущественнаго предоставленія является съ его стороны поступкомъ противнымъ добрымъ нравамъ и праву. При такихъ обстоятельствахъ сдѣланное предоставленіе можетъ быть вытребовано назадъ, хотя бы получатель съ своей стороны исполнилъ то дѣйствіе, къ которому обязался, принимая предоставленіе. Мы уже знаемъ, что право на искъ теряется, вслѣдствіе *compensatio* обоюдной вины, если лицо, сдѣлавшее предоставленіе, само погрѣшило этимъ противъ *jus* или *boni mores* ⁵⁰¹).

Особый характеръ носятъ предписанія относительно *transactio* объ алиментахъ, совершенной безъ соблюденія законныхъ условій. Мы видѣли, что предоставленное на основаніи такой *transactio* зачитывается въ *alimenta debita*, а излишекъ возвращается посредствомъ *condictio ex injusta causa* ⁵⁰²).

При предоставленіи изъ запрещенной *donatio inter vivos et uxorem* репрессія права такъ энергична, что даже *traditio*, совершенная на основаніи этой сдѣлки, не получаетъ юридическаго эффекта; поэтому обогащеніе (если не говорить о переходѣ владѣнія) можетъ наступить здѣсь лишь по потребленіи доставленнаго предмета, т. е. въ силу дѣйствій самого обогащеннаго, не составляющихъ деликта ⁵⁰³).

II. Обогащеніе на чужой счетъ досталось обогатившемуся вслѣдствіе его собственнаго дѣйствія, которое является деликтомъ или же не имѣетъ такого характера, вслѣдствіе дѣйствій третьяго лица или вслѣдствіе случая; при этомъ, удерживаніе обогащенія не можетъ быть основано на волѣ потерпѣвшаго и право не имѣетъ повода узаконить его удерживанія вопреки волѣ послѣдняго.

А. Дѣйствіе обогатившагося, доставившее ему обогащеніе на чужой счетъ, является деликтомъ или вообще виновнымъ нарушеніемъ

⁴⁹⁸) L. 26 § 1 D. 12, 6.

⁴⁹⁹) L. 1 C. 3, 43.

⁵⁰⁰) L. 23 § 1 D. 12, 6.

⁵⁰¹) L. 1—5, L. 8, 9 D. 12, 5.

⁵⁰²) Выше прим. 243.

⁵⁰³) L. 5 § 18. L. 6 D. 24, 1.

правъ и защищаемыхъ закономъ интересовъ потерпѣвшаго. Въ такихъ случаяхъ, какъ мы видѣли, по общему правилу, обязанность виновнаго не ограничивается возвратомъ обогащенія, полученнаго имъ на чужой счетъ. Однако, при извѣстныхъ обстоятельствахъ обязанность виновнаго опредѣляется на основаніи изслѣдуемаго нами теперь принципа *aequitatis*, а именно:

1) Это бываетъ въ томъ случаѣ, когда искъ объ убыткахъ покрывается истеченіемъ установленной для него краткой давности. Обогащеніе, полученное делинквентомъ, и послѣ этого срока продолжаетъ оставаться неосновательнымъ и подлежитъ возврату ⁵⁰⁴). Къ *aequitas* сводится искъ объ обогащеніи въ этомъ случаѣ въ *L. 10 § 24 D. 42, 8. Ulpianus. Haec actio post annum de eo, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit. iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: ideoque lucrum ei extorquendum putavit. sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in quod ad eum pervenit dolove malo ejus factum est, quo minus perveniat ⁵⁰⁵).*

2) Если делинквентъ умираетъ и его имущественно-правовая личность продолжаетъ жить въ лицѣ его наслѣдниковъ, то римскіе юристы находили невозможнымъ, обыкновенно, налагать на послѣднихъ обязанность къ полному возмѣщенію убытковъ, нанесенныхъ кому либо виновнымъ правонарушеніемъ со стороны наслѣдодателя; обогащеніе же, доставшееся имъ отъ этого правонарушенія, находилось у нихъ *sine justa causa* и подлежало возврату ⁵⁰⁶).

⁵⁰⁴) Формулировались иски объ обогащеніи въ этихъ случаяхъ различно: 1) *quod pervenit. L. 10 § 24 D. 42, 8. L. 1 pr. D. 42, 16 cf. Fr. Vat. § 312*; 2) *quanto locupletior factus est. L. 28 D. 4, 8—V o i g t, Jus Nat., т. III, стр. 674* на основаніи *L. 28 cit.* предполагаетъ, что съ теченіемъ времени послѣдняго рода оцѣнка во всѣхъ этихъ искахъ замѣнила одѣнку *in id quod pervenit.*—3) *in simplicium* формулированы иски въ *L. 1 pr. D. 3, 6. L. 4 C. 3, 41. Gai II, 209. L. 1 pr. D. 47, 9. L. 1 pr. D. 39, 4.—L. 4 pr. D. 47, 8. L. 14 § 1 D. 4, 2. L. 4 C. 2, 20.*

⁵⁰⁵) Слова „*qui lucrum sensit ex fraude*“ указываютъ, что юристъ въ этомъ случаѣ думалъ только о самомъ *fraudator* и виновномъ его сообщникѣ. Въ адиктѣ объ *interdictum fraudatorum* годовымъ срокомъ былъ ограниченъ только искъ противъ этихъ лицъ. См. *Le n e l., Ed. perp., стр. 898 сл.*—Ср. также *L. 28 D. 4, 8.*

⁵⁰⁶) „*Wahrhafte conditio ex injusta causa*“, по выраженію *P e r n i c e, Labeo, т. III, 1, стр. 286.*—Иски эти формулированы также *in quantum pervenit* или *quanto locupletiores facti sunt. V o i g t, op. cit., стр. 568, 572, 675 сл.*—*A. legis Aquiliae*

В. Обогащеніе досталось обогатившемуся вслѣдствіе деликта, совершеннаго третьимъ лицомъ, при чемъ самъ обогатившійся въ этомъ деликтѣ не участвовалъ виновнымъ образомъ. По общему правилу, лицо, потерпѣвшее отъ деликта, могло обращаться со своимъ искомъ только къ делинквенту, его наслѣдникамъ и сообщникамъ; полученное делинквентомъ отъ правонарушенія обогащеніе переходило въ руки третьихъ лицъ, не участвовавшихъ въ деликтѣ, на основаніи какой нибудь юридической сдѣлки, которая и являлась для послѣднихъ достаточнымъ основаніемъ, оправдывающимъ удерживаніе ими въ своихъ рукахъ обогащенія. Однако, бывали случаи, когда являлось возможнымъ сказать, что обогащеніе получено послѣдними лицами непосредственно изъ деликта виновнаго лица. При такихъ обстоятельствахъ обогащеніе подлежало возврату, какъ неосновательное. Сюда относятся, между прочимъ, слѣдующіе случаи:

Юридическое лицо ⁵⁰⁷⁾, *puillus* и *fugiosus* ⁵⁰⁸⁾, и мандантъ ⁵⁰⁹⁾ обязаны были вернуть обогащеніе, полученное ими отъ деликта ихъ представителя (законнаго или добровольнаго) при веденіи ихъ дѣлъ.

Домовладыка обязанъ былъ (помимо ноксальной отвѣтственности *in residuum* L. 4 D. 13, 1) выдать обогащеніе, полученное имъ отъ деликта, совершеннаго безъ его участія подвластнымъ. При этомъ, если подвластный обращалъ обогащеніе изъ своего деликта

по мнѣнію большинства рим. юр., не дается совсѣмъ противъ *heredes* (Voigt прим. 1118), также какъ и всѣ *actiones civiles ex delicto* (arg. L. 35 pr. D. 44, 7. Voigt, стр. 675 сл.); *a. bonae fidei* по поводу правонарушенія дается противъ наслѣдниковъ *in solidum*. (Voigt, стр. 635).—Особое положеніе занимаетъ *condictio furtiva*: будучи, строго говоря, искомъ о возмѣщеніи убытковъ, она носитъ на себѣ и черты иска объ обогащеніи и, какъ *a. quasi ex contractu*, дается противъ наслѣдниковъ *in solidum*. L. 7 § 2. L. 9 D. 13, 1. См. о ней Windscheid, Pand. т. II § 425 пр. 2—4. Ср. Vandegow, Pand., т. III § 679 пр. 2. Assarías, Précis, т. II, стр. 477 сл. Вагон, Abhandlungen, I стр. 27 сл.; 73 сл.—*A. rerum amotarum*, въ общемъ приравниваемая къ *cond. furtiva* (L. 21 § 5. L. 6 § 4 D. 25, 2), дается противъ наслѣдниковъ въ размѣрахъ обогащенія (L. 3 C. 5, 21).—Осужденію подвергается весь разбираемый принципъ рим. права Jhering, Verm. Schr., стр. 228 сл.

⁵⁰⁷⁾ L. 15 § 1 D. 4, 8. L. 4 D. 43, 16.

⁵⁰⁸⁾ L. 3 D. 26, 9. L. 15 D. 4, 8. L. 13 § 7 D. 19, 1. L. 21 § 1 D. 15, 1. L. 3 § 1 D. 14, 4. L. 4 § 28 D. 44, 4.

⁵⁰⁹⁾ L. 21 § 1 D. 15, 1. L. 15 § 2 D. 4, 8.

въ свой пекулій, то это фактическое имущество, вообще не отвѣчающее за деликты своего фактическаго господина ⁵¹⁰⁾, являлось въ размѣрахъ обогащенія обязаннымъ quasi ex contractu, и искъ въ этихъ размѣрахъ давался противъ отца, какъ а. de peculio ⁵¹¹⁾. Если же обогащеніе поступило въ личное имущество домовладки, то послѣдній являлся отвѣтственнымъ въ размѣрахъ своего обогащенія по а. directa (condictio ex injusta causa) ⁵¹²⁾. Къ нашему постулату aequitatis сводятся эти нормы въ

L. 3 § 12 D. 15, 1 Ulpianus. Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat. an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur: et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam: idem Labeo probat, quia iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune. nam et circa rerum amotarum actionem filiae familias nomine in id quod ad patrem pervenit competit actio de peculio.

Непосредственно приобрѣтеннымъ благодаря чужому деликту можно считать также обогащеніе, bona fide полученное на основаніи отчужденія, сдѣланнаго in fraudem creditorum; деликтъ должника противъ кредиторовъ состоитъ именно въ совершеніи этого чужденія ⁵¹³⁾.

Въ одномъ относящемся къ этому же отдѣлу случаѣ на основаніи нашего постулата aequitatis дается in integrum restitutio утраченнаго иска:

L. 3 § 1 D. 2, 10. Julianus. Plane si is, qui dolo fecerit, quominus in iudicio sistatur, solvendo non fuerit, aequum erit adversus ipsum reum restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur.

⁵¹⁰⁾ L. 58 D. 50, 17.

⁵¹¹⁾ L. 6 § 12 D. 42, 8. L. 3 § 12 D. 15, 1. L. 19 D. 18, 1. L. 30 пр. D. 19, 1. L. 3 § 4 D. 25, 2. Эти предѣлы отвѣтственности соблюдались и при furtum, такъ что а. de peculio по поводу furtum подвластнаго не влекла за собой такой отвѣтственности домовладки, какую повлекла бы condictio furtiva противъ самогo делинквента. См. объ этомъ Witte, op. cit., стр. 288, 287 сл. Mandry, das gem. Familiengüterrecht, т. II, стр. 234—244. W y s s, Haftung f. fremde Culpa, стр. 50—53. V a n g e r o w, Pand., т. III § 679 пр. 2. B a r o n, Abhandlungen, т. II, стр. 22 сл. A s s a r i a s, Précis, т. II, стр. 953 пр. 1.

⁵¹²⁾ L. 1 § 15, 19, 20. L. 16 D. 43, 16. L. 6 § 12 D. cit. L. 1 § 5 D. 25, 5. L. 29 D. 18, 1. L. 4 D. 13, 1. L. 3 § 4. L. 5 D. 25, 2.

⁵¹³⁾ Windscheid, Pand. § 468 прим. 24.

При *a. quod metus causa* мы встрѣчаемъ важную особенность; этотъ искъ давался въ размѣрахъ обогащенія даже противъ такихъ лицъ, которыя посредствомъ новаго юридическаго акта, не стоящаго ни въ какой связи съ *metus*, приобрѣли *bona fide* обогащеніе, полученное другимъ лицомъ вслѣдствіе примѣненія *metus* ⁵¹⁴). Ульшанъ объясняетъ это правило особенностью самаго деликта, изъ котораго получено обогащеніе: *nam cum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur ut designet, quis si metum vel vim adhibuit*. Вѣроятно, это правило выработано было просто подъ влияніемъ желанія оказать наиболѣе энергичную репрессію насильственнымъ вторженіямъ въ чужое имущество путемъ предупрежденія всякихъ расчетовъ на возможность безнаказаннаго обогащенія съ ихъ помощью ⁵¹⁵).

С. Обогащеніе получено вслѣдствіе случая или вслѣдствіе дѣйствій самого обогатившагося *resp.* третьяго лица, которыя не являются деликтами. Сюда принадлежатъ слѣдующія рѣшенія.

1) Если владѣніе чужими вещами досталось вслѣдствіе того, что рѣчное теченіе принесло эти вещи съ участка собственника на участокъ владѣльца, то является возможной *condictio possessionis* ⁵¹⁶).

2) Рабъ, подаренный женою мужу, покупаетъ вещь на деньги мужа и тѣмъ приобретаетъ собственность на вещь женѣ, ибо она продолжаетъ оставаться собственницей раба, а мужъ не имѣетъ на него даже *bonae fidei possessionis* ⁵¹⁷).— Рабъ, находящійся *in usufructu* или въ рукахъ *b. f. possessoris*, вопреки нормамъ права, устанавливающимъ порядокъ распределенія выгодъ отъ дѣйствій раба между его собственникомъ и указанными лицами ⁵¹⁸), приобретаетъ своему собственнику обязательство *ex re fructuarii resp. b. f. possessoris* или *ex operis suis* ⁵¹⁹).

⁵¹⁴) См. *Assagias*, *Précis*, т. II, стр. 985.

⁵¹⁵) См. объ обстоятельствахъ, при которыхъ введенъ искъ, *Assagias*, *op. cit.*, стр. 927 сл.; ср. также стр. 934, особ. прим. 1.

⁵¹⁶) L. 4 § 2 D. 12, 1. Нѣкоторые писатели относятъ, впрочемъ, этотъ *fr.* къ случаямъ перехода собственности черезъ *avulsio*. *Witte*, *op. cit.*, стр. 334 сл. *Voigt*, *Conditiones ob causam*, стр. 749 (цит. у *Windscheid*, *Pand.*, т. I § 190 пр. 1).

⁵¹⁷) L. 19 пр. § 1 D. 24, 1.

⁵¹⁸) *Gai* II, 91. 92 III, 164. 165. L. 25 § 7 D. 7, 1. § 1. 2 J. 3, 28.

⁵¹⁹) L. 39 D. 45, 3. См. *Karlowa*, *Röm. Rechtsgesch.*, т. II, стр. 102 сл. Cf. L. 24 пр. D. 10, 3.— 0 L. 24 § 1 D. 19, 1 см. *Witte*, *op. cit.*, стр. 312 сл. *Wind-*

3) Неосновательнымъ обогащеніемъ считается и подлежитъ возврату выгода, полученная кѣмъ либо отъ веденія чужихъ дѣлъ, изъ *res communis* и изъ пограничной полосы земли, которая по восстановленіи границы оказывается принадлежащей другому лицу. По этому случаю мы встрѣчаемъ ссылки на *aequitas* въ

L. 2 D. 3, 5. Gajus. *Aequum est... eo nomine condemnari, quidquid... ex his negotiis retinet.*

L. 4 § 1 D. 10, 1. Paulus. *Quid enim, si quis aliquam utilitatem ex eo loco percipit? non inique damnatio eo nomine fiet.*

A. *neg.gestorum directa* по поводу обогащенія *gestor'a* дается на основаніи *aequitas* даже тогда, когда *gestorъ* заблуждался въ личности настоящаго *dominus'a negotiorum*.

L. 10 D. 5, 4. Papinianus (по рестит. *M o m m s e n'a ad h. l.*) «*nam etsi negotiorum actio sit ei, cujus nomine perceptum est, ei cuius ea res est perceptum alieno nomine restitui aequum est.*»

4) Добросовѣстный владѣлецъ продаетъ чужую вещь, составляющую объектъ его *b. f. possessio*, и затѣмъ эта вещь погибаетъ у покупателя или узукапируется послѣднимъ; добросовѣстный владѣлецъ потребляетъ самъ эту вещь и обогащается отъ этого потребленія⁵²⁰). Въ этихъ случаяхъ собственникъ вещи несетъ потерю, которую онъ не можетъ изгладить путемъ *rei vindicatio*. Этой потерѣ собственника соотвѣтствуетъ съ другой стороны выгода, полученная отъ гибели вещи *bonae fidei possessor'омъ*; въ случаѣ потребленія вещи выгода эта получается вслѣдствіе того же событія, которое дѣлаетъ невозможнымъ вещный искъ собственника; въ случаѣ же отчужденія выгода эта окончательно приобрѣтается добросовѣстнымъ владѣльцемъ съ момента гибели вещи у новаго приобрѣтателя, ибо съ этого момента дѣлается невозможнымъ искъ послѣдняго объ эвикціи. Такимъ образомъ при данныхъ обстоятельствахъ добросовѣстнаго владѣльца можно считать обогатившимся на

scheid, Zwei Fragen aus der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Programm, Leipzig 1878, стр. 13 сл.

⁵²⁰) Хотя источники прямо не говорятъ о послѣдняго рода случаяхъ (ибо упоминаемая ими *conspicatio* денегъ не есть въ сущности реальное потребленіе), но распространеніе на нихъ разбираемыхъ нами правилъ является вполнѣ послѣдовательнымъ. См. также Ihering, Jahrb. f. Dogm., т. 16, стр. 317. Windscheid, цит. программа, стр. 4.

счетъ ущерба, понесеннаго собственникомъ въ своемъ имуществѣ. Если этотъ *possessor bonae fidei* владѣль вещь на основаніи *verus titulus*, то его обогащеніе признавалось основательнымъ и не подлежало возврату. Если же, напротивъ, *bona fides* владѣльца не опиралась ни на какой дѣйствительный титулъ, если онъ былъ т. наз. *possessor cum titulo putativo*, то одна *bona fides* сама по себѣ не признавалась достаточнымъ основаніемъ для удерживанія обогащенія, и собственникъ вещи могъ потребовать его возвращенія искомъ, который у разныхъ юристовъ и въ разныхъ случаяхъ получалъ неодинаковыя названія. «Не безъ противорѣчія, говоритъ Брицъ ⁵²¹⁾, допустили *titulus putativus* къ узукатиі, не безъ противорѣчія и различія къ *Publiciana*; для приобрѣтенія плодовъ, кажется, онъ продолжалъ считаться недостаточнымъ; нѣтъ поѣтому ничего удивительнаго, что онъ не казался достаточно сильнымъ для того, чтобы отнять у собственника суррогатъ его вещи». Римскіе юристы притомъ имѣли вѣскія основанія юридико-политическаго свойства, чтобы дѣлать такое различіе между *usucapio* и *a. Publiciana* съ одной стороны, и нашимъ искомъ объ обогащеніи съ другой. Если расширеніе области примѣненія *usucapio* могло только повести къ бѣльшей прочности оборота, если предоставленіе владѣльцу *cum titulo putativo* относительной защиты посредствомъ *a. Publiciana* не грозило ущербомъ ничьимъ интересамъ, достойнымъ вниманія законодателя, и не вело ни къ какимъ осложненіямъ оборотныхъ отношеній; то, съ другой стороны, чрезмѣрное расширеніе области нашего иска объ обогащеніи на *b. f. possessores cum titulo vero* повело бы къ большой путаницѣ въ отношеніяхъ продавцовъ и покупателей и грозило бы большой опасностью для прочности оборота, не говоря уже о массѣ практическихъ затрудненій, которыя встрѣтились бы при проведеніи этого иска на практикѣ противъ такого рода добросовѣстныхъ владѣльцевъ ⁵²²⁾. Эти соображе-

⁵²¹⁾ Pandekten, т. II, стр. 532.

⁵²²⁾ Весьма нелегко было бы разрѣшить вопросы: противъ кого изъ цѣлаго ряда *b. f. possessores*, послѣдовательно смѣнявшихъ другъ друга, можетъ быть предъявленъ данный искъ? если вещь съ теченіемъ времени мѣняла свою цѣнность и вслѣдствіе этого (или даже помимо этого условія) была отчуждаема разными владѣльцами за неодинаковую цѣну, то гдѣ предѣлъ для иска собственника объ обогащеніи? и т. п. См. Ihering, l. c., стр. 287 слл.

ня, полагаемъ мы, могли побудить римскихъ юристовъ признать неосновательнымъ обогащеніе, полученное при данныхъ обстоятельствахъ, только для *b. f. possessores cum titulo putativo* ⁵²³).

5) При нормальномъ ходѣ вещей каждое лицо должно знать объ-емъ принадлежащихъ ему правъ и обязанностей. Хотя заблужденіе въ этомъ отношеніи само по себѣ еще не составляетъ вины, но оно имѣетъ известное юридическое значеніе. Именно, если кто нибудь

⁵²³) На сторонѣ изложеннаго въ текстѣ воззрѣнія стоятъ, главнымъ образомъ *Ihering*, *Jahrb. f. Dogm.*, т. 16, стр. 230—318. *Brinz*, *Pand.*, т. II, § 302 пр. 8—10, *Witte*, *op. cit.*, стр. 327 сл. *Zimmermann*, *op. cit.*, стр. 43 сл. *Deuburg*, *Pfandrecht*, т. II, стр. 195 сл. Противоположное же воззрѣніе, по которому обогащеніе, полученное при данныхъ условіяхъ, должно быть возвращено собственнику всякимъ *b. f. possessorum*, защищается, гл. обр., *Windscheid*’омъ въ его программѣ, указ. выше въ пр. 519, и *Pand.*, т. II § 422 пр. 8. Ср. также *Deuburg*, *Pand.*, т. I, § 225 пр. 25. Особо стоятъ *Pfersche*, *op. cit.*, стр. 69 сл.; 72 сл.; объ его теоріи *Вагон*, *Krit. VJSchr.*, N. F. т. 7, стр. 243 сл.—Внутреннія основанія, заставляющія насъ стать на точку зрѣнія *Ihering*’а, изложены въ текстѣ. О главномъ аргументѣ, приводимомъ самимъ *Ihering*’омъ (*pretium enim hominis non ex re, sed propter negotiationem percipitur. L. 21 D. 18, 4*), слѣдуетъ сказать, что онъ одинаково применимъ и къ *b. f. possessor sine titulo* и потому не можетъ быть основаніемъ данной нормы. *Brinz*, *l. c.* пр. 8 in f. *Windscheid*, *Pand.*, *l. c.* пр. 8 п. 3.—Состояніе источниковъ по нашему вопросу слѣдующее: *L. 18 D. 12, 1. L. 23 D. 12, 1. L. 30 pr. in f. D. 19, 1. L. 48 (49) D. 3, 5* (1-й случай). *L. 1 C. 4, 52* имѣютъ въ виду *b. f. possessor’s cum titulo putativo*, съ чѣмъ соглашается и *Windscheid* (программа, стр. 5 сл.). *L. 1 C. 4, 52* говорить несомнѣнно о *b. f. possessor*, т. е. иначе узаканія проданной имъ вещи была бы невозможна; съ другой стороны, выраженіе „*nullo iure manitum*“ заставляетъ думать о *tit. putativus* (такъ и *Windscheid*, *l. c.* стр. 6). *A. utilis* собственника въ *L. 12 § 1 D. 20, 5* вообще очень загадочна: она не обусловлена гибелью вещи у покупателя; принимая во вниманіе, что подъ залогомъ *rei alienae* въ нѣсколькихъ фрагментахъ разумѣется залогъ такой вещи, совершаемый сознательно (*Brinz*, *l. c.* пр. 8), мы можемъ предполагать, что этотъ *fragm.* относится къ *m. f. possessor’у* (см. объ немъ еще *Windscheid*, *l. c.* стр. 7 сл.).—Съ другой стороны, если изъ *L. 67 D. 23, 3* нельзя сдѣлать надежныхъ выводовъ по нашему вопросу (см. *Windscheid*, *l. c.*, стр. 22 и *Brinz*, *l. c.*), то *L. 17 D. 46, 3* скорѣе всего служить доказательствомъ, что искъ объ обогащеніи противъ *poss. b. f. cum titulo vero* былъ невозможенъ; возраженія противъ этого *Windscheid*’а, *l. c.*, стр. 18—21 мало убѣдительны.—Наконецъ, довольно вѣскимъ аргументомъ является и то соображеніе, что Римляне не принимали во вниманіе эту кондикцію при редактированіи *stipulatio de evictione* и что въ *Corpus Juris* сохранилось вообще лишь малое число фрагментовъ, относящихся къ этому иску, тогда какъ онъ нуждался бы въ болѣеи разрабѣткѣ, если бы былъ допущенъ противъ *b. f. poss. cum titulo vero* (см. пр. 522). См. *Ihering*, *l. c.* стр. 287 сл.

начинает процессъ противъ предъявленнаго къ нему притязанія, будучи вполне убѣжденъ въ своей правотѣ, то онъ долженъ быть всетаки готовъ къ тому, что процессъ можетъ быть рѣшенъ противъ него и онъ будетъ принужденъ удовлетворить притязанію своего противника. Если бы онъ не заблуждался въ объемъ своихъ правъ, то онъ былъ бы обязанъ, какъ добросовѣстный человѣкъ, удовлетворить своего противника тотчасъ же по предъявленіи послѣднимъ своего требованія. Поэтому, если фактъ его заблужденія будетъ констатированъ впоследствии судебнымъ рѣшеніемъ, то всякое обогащеніе, полученное имъ только потому, что онъ не тотчасъ же удовлетворилъ своего противника и, по заблужденію о размѣрѣ своихъ правъ, заставилъ его вести процессъ, считается неосновательнымъ обогащеніемъ на чужой счетъ и подлежитъ возврату. Эту мысль выражаетъ:

L. 17 § 1 D. 6, 1 Ulpianus. *lucrum enim ex eo homine, qui in lite esse coererat, facere non debet.*

На этомъ основаніи, напр. такой отвѣтчикъ *bonae fidei* долженъ реституировать истцу право собственности на виндицируемый у него предметъ, если онъ закончилъ *usucapio* этого предмета уже послѣ начала процесса (L. 35 D. 50, 16).—Мы имѣемъ два фрагмента, въ которыхъ эта обязанность къ возврату обогащенія, полученнаго отъ веденія процесса, прямо сводится къ нашему постулату *aequitatis*:

L. 28 § 7 D. 22, 1 Paulus. «Если я имѣю искъ для полученія того, что мнѣ не принадлежало, напр. а. *ex stipulatu*, то я не получу плодовъ, хотя бы промиттенъ былъ *in mora*; если же судебный процессъ уже началъ, то Сабинъ и Кассій на основаніи *aequitas* думаютъ, что плоды, собранные послѣ начала процесса, должны быть предоставлены, для того чтобы была реституирована *causa*; я считаю это мнѣніе правильнымъ»⁵²⁴).

L. 17 D. 6, 1. Ulpianus. «Юліанъ въ 6-ой книгѣ *Digeste* пишетъ: если я куплю раба, принадлежавшаго Мэвію, у Типція, а затѣмъ, въ то время какъ Мэвій искомъ требуетъ у меня этого раба, продамъ его и покупатель убьетъ его, то справедливо, чтобы я реституировалъ Мэвію цѣну»⁵²⁵).

⁵²⁴) Cf. L. 2 D. eod.

⁵²⁵) Нужно предполагать, что проданный рабъ еще не былъ переданъ покупателю. *Zimmermann*, *op. cit.*, стр. 52 сл.—Ср. *Mommsen*, *Ergörterungen*, т. I, стр. 112 сл. *Windscheid*, программа, стр. 14. *Ihering*, I, с., стр. 286.

Такъ какъ положеніе сторонъ въ процессѣ по природѣ вещей является неравнымъ: отвѣтчикъ имѣетъ *commodum possessionis*, то право, на основаніи постулата справедливости, требующаго одинаковаго покровительства интересамъ обѣихъ сторонъ при организаціи судопроизводства, возлагаетъ на добросовѣстнаго отвѣтчика обязанность относиться къ объекту иска, какъ къ чужому имуществу, и примѣнять къ нему должную степень заботливости. Отсюда, между прочимъ, возникаетъ обязанность отвѣтчика сохранять и полученное имъ вслѣдствіе веденія процесса обогащеніе, такъ какъ оно можетъ оказаться неосновательнымъ и подлежащимъ возврату. — Что касается обязанностей лица, которое заставило противника вести процессъ, зная о своей неправотѣ, то уже самое допущеніе съ его стороны процесса есть деликтъ, а потому всѣ его обязанности опредѣляются съ иной точки зрѣнія⁵²⁶).

6) Въ случаѣ приобрѣтенія собственности посредствомъ *accessio* или *specificatio*, произведенной не собственникомъ вещи переработанной или превращенной въ *res accessoria*⁵²⁷), наши источники даютъ лицу, потерявшему право собственности, а. *utilem in rem*⁵²⁸), а. *utilem*⁵²⁹), а. *in factum*⁵³⁰). Этимъ искамъ съ другой стороны противопоставляется *res a vindicatio* лица, приобрѣтшаго собственность указаннымъ путемъ⁵³¹); это послѣднее лицо можетъ противопоставлять этимъ искамъ *exceptioem doli* объ издержкахъ, какъ это имѣетъ мѣсто при *rei vindicatio*⁵³²). Всѣ эти данныя заставляютъ насъ склониться въ пользу того воззрѣнія, согласно которому эти иски не являются исками о возвратѣ неосновательнаго обогащенія, но созданы просто для замѣны *rei vindicationis*; бывшей собствен-

⁵²⁶) См. объ этомъ Windscheid, Pand., т. I, § 124. Dernburg, Pand., т. I, стр. 302 сл. 527 сл. Во всему изложенному ср. также Mommsen, Beiträge, т. II, стр. 28—32; Erläuterungen, т. I, стр. 5 сл.

⁵²⁷) Если переходъ собственности въ случаѣ *accessio* произведенъ самимъ потерпевшимъ *sine animo obligandi*, то онъ имѣетъ, согласно съ изложеннымъ выше, лишь *jus retentionis*. (§ 30, 32, 33 J. 2, 1. Gai II, 76, 77. L. 23 § 4 D. 6, 1. L. 7 § 12. L. 9 pr. § 1 D. 41, 1), а *m. f. possessor* лишается и этого средства. Witté, op. cit., стр. 5. Ihering, l. c. стр. 246 сл.

⁵²⁸) L. 5 § 3 D. 6, 1.

⁵²⁹) L. 29 § 1. L. 36 D. 24, 1. § 34 J. 2, 1. Gai II, 78. L. 9 § 2 D. 41, 1.

⁵³⁰) L. 23 § 5 D. 6, 1.

⁵³¹) L. 9 § 2 D. 41, 1.

⁵³²) Witté, op. cit., стр. 307.

никъ переработанной или присоединенной вещи лишается при данныхъ условіяхъ этого вещнаго иска вѣдь не въ силу реальной гибели своей вещи *in substantia*, а вслѣдствіе того, что право по особымъ юридико-политическимъ соображеніямъ рѣшилось перенести собственность на эту вещь на другое лицо, помимо воли прежняго *dominus'a* ⁵³³⁾.

7) Залоговый кредиторъ продаетъ заложенную вещь и покрываетъ выручкой сумму своего требованія; лица, производящія взысканіе, берутъ *pignus in causa iudicati cartum* и обращаютъ выручку отъ его продажи на покрытіе взысканія. Затѣмъ въ томъ и другомъ случаѣ вещь эвикцируется у покупателя, но послѣдній не имѣетъ иска объ эвикции къ залоговому кредитору *resp.* къ лицамъ, совершившимъ продажу *pignoris in causa iudicati carti*. При такихъ условіяхъ, Трифонинъ (*L. 12 § 1 D. 20, 1*) въ первомъ случаѣ даетъ покупателю *a. utilem* противъ залогодателя «*ne ex aliena iactura lucrum sibi adquirat*», а во второмъ случаѣ Гермогеніанъ (*L. 74 § 1 D. 21, 2*) предоставляетъ покупателю противъ лица, надъ которымъ совершено взысканіе, *a. ex empto* «*non quanti interest, sed de pretio dumtaxat ejusque usuris habita ratione fructuum, scilicet si hos ei qui evicit restituere non habebat necesse*». Слѣдуетъ замѣтить,

⁵³³⁾ Ср. объ этомъ Witte, *op. cit.*, стр. 305 сл. Ihering, *l. c.*, стр. 246, 248. Pfersche, *op. cit.*, стр. 54 сл. — Что касается *condictio*, упоминаемой у Гая, II, 79 *in f.*, то ясно, что Гай имѣетъ въ виду *cond. furtivam*, ибо здесь заключительный *passus* прибавленъ лишь въ поясненіе *infructus* Прокуліанцевъ, дававшихъ искъ этотъ въ случаѣ *respecificatio*. *Quidam* *possessores* суть, несомнѣнно, не всѣ *b. f. possessores*; кто они? — вопросъ, который трудно рѣшить. Witte, *op. cit.*, стр. 329 думаетъ, что это — *possessores sine titulo*. Ihering *l. c.*, стр. 251 сл. видитъ здѣсь упоминаніе о *raptores*, о рабѣ въ случаѣ *Dig. 47, 4* и т. п.—§ 26 I. 2, 1 также имѣетъ въ виду *cond. furtivam*, какъ это ясно изъ *Theoph. ad. h. l.*, причемъ совершенно загадочнымъ является положеніе, дающее этотъ искъ противъ „*quique alii possessores*“ (чтеніе это также засвидѣтельствовано Теофиломъ). Ihering, *l. c.*, стр. 253 сл.—Witte, стр. 309 сл. полагаетъ, однако, (вопреки Теофилу), что *condictio* здѣсь въ смыслѣ *comptitorum* означала не *s. furtivam*, но и не *s. sine causa*, а вообще всякій личный искъ, и слѣдовательно можетъ быть отнесена къ *rei vind. utilis* (ср. § 15 I. 4, 6. § 8 I. 4, 7).—Во всякомъ случаѣ эти фрагменты не даютъ достаточной опоры для построенія особаго иска объ обогащеніи. Если читать въ § 26 I. *cit.* „*quibusque*“ и понимать подъ *condictio—s. sine causa*, то въ результатъ мы получимъ норму, согласно которой *b. f. possessor* долженъ отвѣчать передъ собственникомъ вещи даже тогда, когда эта вещь погибла у него и не оставила ему никакого обогащенія. Ihering, *l. c.*, стр. 254.

что въ L. 12 § 1 cit. юристъ имѣеть въ виду, вѣроятно, *m. f. possessorem* ⁵³⁴). — L. 12 § 1 cit. мотивируетъ свое рѣшеніе, повидимому, ссылкой на нашъ постулатъ *aequitatis* (*ne ex aliena iactura etc.*). Весьма возможно, что дѣйствительно въ обоихъ этихъ случаяхъ юристы руководились, давая эти иски, принципомъ неосновательнаго обогащенія. Должникъ при изложенныхъ обстоятельствахъ несомнѣнно обогащается на счетъ покупателя, ибо деньгами послѣдняго погашенъ долгъ, лежащій на первомъ; при этомъ, удерживаніе этого обогащенія послѣ эвикціи вещи не соотвѣтствуетъ ни волѣ покупателя, ни тенденціи нормъ права, освобождающихъ продавцовъ въ этихъ случаяхъ отъ *evictionis praestatio* въ виду ихъ исключительнаго положенія, а вовсе не *in odium emptoris* или *in favorem debitoris*. Однако, юристы не характеризуютъ достаточно ясно искомъ, даваемыхъ ими въ этихъ случаяхъ, а потому мы можемъ лишь догадываться о идеяхъ, положенныхъ въ ихъ основу ⁵³⁵). — Вообще весь этотъ вопросъ не былъ окончательно выясненъ римскими юристами. Ульпіанъ въ L. 38 D. 21, 2, ссылаясь на *aequitas*, хочетъ помочь покупателю въ случаѣ эвикціи купленной имъ у залоговаго кредитора вещи путемъ уступки ему со стороны послѣдняго лица *actionis pignoratitiae contrariae* противъ залогодателя. Однако, этотъ искъ уже и въ рукахъ самаго залогопринимателя является при данныхъ условіяхъ погашеннымъ и не имѣеть никакого содержанія ⁵³⁶).

⁵³⁴) См. выше прим. 523. Ссылка на *aequitas* въ этомъ фрагментѣ указываетъ лишь на то, что *ius aequum* не удовлетворяетъ вторично интереса, разъ уже удовлетвореннаго въ достаточной степени.

⁵³⁵) Windscheid, программа, стр. 81 видитъ здѣсь иски объ обогащеніи (также какъ и Dernburg, *Pfandrecht*, т. II, стр. 191 сл.), но признаетъ темной конструкцію, которую имѣли въ виду авторы цит. фрагментовъ. — Понятку объяснить, почему юристы въ подобныхъ случаяхъ стремились дать имѣсто *condictio* объ обогащеніи другіе иски, дѣлаетъ Pernice, *Labeo*, т. III, 1, стр. 237, пр. 4.

⁵³⁶) См. Dernburg, *Pfandrecht*, т. II, стр. 194. *Pand.*, т. I, § 282, пр. 7. *Glossa ad. h. l.*

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Понятіе *aequitas* въ исторической перепентивѣ. Отношеніе между *jus aequum* и *jus naturale*.

Мы не имѣемъ въ виду представить въ настоящей главѣ очерка историческаго развитія понятія *aequitas* у Римлянъ; это не входитъ въ нашу задачу, которая ограничивается характеристикой воззрѣній на *aequitas* римскихъ классическихъ юристовъ. Но именно для полнаго достиженія этой послѣдней цѣли намъ необходимо сказать теперь нѣсколько словъ по поводу слѣдующаго вопроса. Если *aequitas* римскихъ классическихъ юристовъ имѣла дѣйствительно то значеніе, которое мы ей приписали, т. е. обозначала принципъ равенства всѣхъ предъ закономъ въ смыслѣ равномерной оцѣнки законодателемъ притязаній и интересовъ каждаго члена общества по одному и тому-же масштабу общаго блага, то можно ли утверждать, что съ точки зрѣнія римскихъ юристовъ это понятіе слѣдуетъ считать исключительною принадлежностью только классическаго права, или же, напротивъ, нужно рѣшить, что самъ по себѣ принципъ *aequitatis* является свойственнымъ римскому праву и въ болѣе древнемъ его состояніи?

Отвѣтъ напрашивается самъ собою. Да, конечно, *aequitas*, не является отличительною чертою права классическаго періода. Мы знаемъ, что древнѣйшій кодексъ римскаго права — законы XII таблицъ — созданъ былъ для уравниенія положенія передъ закономъ, по крайней мѣрѣ гражданскимъ и уголовнымъ, обоихъ важнѣйшихъ классовъ общества, патриціевъ и плебеевъ⁵³⁷). Задачею законовъ XII таблицъ являлось также установленіе права равнаго для гражданъ, равномерная организація защиты интересовъ всѣхъ членовъ

⁵³⁷) См. напр. Krüger, *Gesch. d. Quellen*, стр. 8, пр. 4. Padelletti-Cogliolo, *Storia del diritto Romano*, стр. 104, пр. h.

общества на основаніи требованій общаго блага всей гражданской общины, но не блага одного лишь патриціанскаго сословія. Руководящимъ принципомъ этого древняго права являлась, слѣдовательно, та же самая *aequitas*, которая опредѣляла содержаніе нормъ классическаго права. Последнее выросло изъ перваго и разницы въ основномъ принципѣ, опредѣляющемъ дѣятельность законодателя, между двумя системами права не было. Мы не можемъ привести прямого подтвержденія этой мысли изъ сочиненій самыхъ римскихъ юристовъ, но можемъ сослаться на слова Ливія и Тацита; мы не имѣемъ никакого основанія думать, что эти писатели грѣшатъ противъ техническаго, юридическаго употребленія словъ *aequitas*, *aequum jus* и т. п., когда первый изъ нихъ говоритъ, что законы XII таблицъ были изданы, для того чтобы *aequare libertatem* (Liv. III, 31) или *aequare jura* (III, 34), а второй прямо называетъ ихъ *«finis aequi juris»* (Tac. Ann. III, 27).

Но установленіемъ этого положенія наша задача еще не оканчивается. Если мы констатировали, что *aequitas* была руководящимъ принципомъ римскаго права, по крайней мѣрѣ съ эпохи изданія XII таблицъ, то это еще не значитъ, что съ этимъ понятіемъ не произошло никакихъ перемѣнъ въ теченіе времени съ этой эпохи и до эпохи дѣятельности классическихъ юристовъ.

Если сравнить состояніе римскаго права и римской жизни въ періодъ до пуническихъ войнъ съ тѣмъ состояніемъ, которое право и жизнь приняли въ періодъ классической юриспруденціи, то разница обнаружится огромная и во многихъ отношеніяхъ. Въ сравнительно короткій періодъ времени въ жизни римскаго народа и въ его правѣ произошелъ радикальный переворотъ. Существенно измѣнился въ теченіе немногихъ столѣтій строй житейскихъ отношеній. Гражданскій оборотъ, прежде ограничивавшійся внутренними предѣлами небольшой гражданской общины и ближайшими сосѣдними территоріями, принялъ міровой характеръ; не только предѣлы территорій, на которую распространялся оборотъ, расширились, но и быстрота оборота увеличилась въ значительной степени. Сельскій бытъ смѣнился развитою городскою жизнью. Мѣсто натуральнаго хозяйства, почти или совсѣмъ не знающаго чеканныхъ денегъ, заняло хозяйство денежное. Немалому измѣненію подвергся также строй семейныхъ отношеній; агнатская семья, составлявшая одинъ изъ базисовъ древняго граж-

данскаго строя, постепенно была почти вытѣснена семьей когнатской. — Переѣмна постигла, далѣе, самыя воззрѣнія общества на гражданскія отношенія. Общество стало способно къ болѣе тонкому анализу наблюдаемыхъ имъ явленій. Мѣсто прежнихъ материалистическихъ и чувственныхъ воззрѣній заняли идеи болѣе утонченныя. Мы уже отмѣтили въ своемъ мѣстѣ одно послѣдствіе этого умственного прогресса общества, которое имѣло огромное значеніе для дальнѣйшаго развитія права, а именно выработку правильнаго представленія объ отношеніи, существующемъ между волею и ея проявленіемъ во внѣ. Въ результатѣ появленія правильныхъ воззрѣній на этотъ предметъ общество стало становиться на иную точку зрѣнія при обсужденіи дѣйствій частныхъ лицъ и актовъ законодательной власти. Если прежде внѣшній фактъ закрывалъ собою вызвавшую его волю, то теперь по ясно сознаваемому принципу на первый планъ выдвигалась при юридической оцѣнкѣ фактовъ скрывающаяся за ними воля. — Умственный прогрессъ общества отразился и на приемахъ разработки права; эти приемы стали научнѣе и утонченнѣе. Право начало представляться лицамъ, занимающимся его разработкою, не агрегатомъ разрозненныхъ нормъ, подлежащихъ анализу и интерпретаціи, но органическимъ и систематическимъ цѣлымъ, проникнутымъ извѣстными общими принципами. — Соответственно съ умственнымъ прогрессомъ движеніе впередъ проявляется и въ области нравовъ. Нравы общества смягчаются и дисциплинируются, что обнаруживается, между прочимъ, въ переходѣ гражданскаго права отъ системы возмездія за правонарушенія, выражавшейся въ установленіи штрафовъ за каждую гражданскую неправду, къ болѣе умѣренной и гуманной системѣ возмѣщенія убытковъ⁵³⁸). — Самая разработка права переходитъ въ инныя руки. Юриспруденція, прежде являвшаяся занятіемъ понтифовъ, получаетъ свѣтскій характеръ. Роль закона при развитіи гражданскаго права съ теченіемъ времени дѣлается все менѣе и менѣе значительной. Выработанная въ связи съ новыми условіями жизни новая форма гражданскаго процесса допускаетъ претора и юристовъ занять первое мѣсто въ ряду источниковъ гражданскаго права. Положеніе присяжнаго судьи также мѣняется: его функціи по необходимости расширяются и право дать

⁵³⁸) См. объ этомъ I hering, Verm. Schriften, стр. 156—176; 221 слл.

ему больше простора принимать во внимание при разборѣ дѣла интересы и притязанія обѣихъ процессуальныхъ сторонъ; процессъ теряетъ свой односторонній характеръ, довольно рѣзко выраженный въ древнемъ правѣ ⁵³⁹). — Самое количество нормъ права увеличилось. Причиной этого было не только появленіе новыхъ институтовъ, предназначенныхъ для удовлетворенія новымъ потребностямъ развивающагося оборота, и не только указанное выше измѣненіе приѣмовъ разработки права юристами. Въ правѣ постепенно появляется цѣлый рядъ доголѣ почти неизвѣстныхъ ⁵⁴⁰) нормъ, именно нормъ т. наз. диспозитивныхъ, предназначенныхъ для восполненія пробѣловъ, которые остались неурегулированными волею частныхъ лицъ при заключеніи какой-либо юридической сдѣлки. Это явленіе стоитъ въ тѣсной связи съ измѣненіемъ въ положеніи лицъ, рѣшающихъ гражданскіе споры. Прежде эти лица могли обсуждать предъявляемыя на ихъ разсмотрѣніе юридическія сдѣлки лишь согласно тѣмъ пунктамъ, которые прямо указаны были сторонами при ихъ заключеніи. При развившемся оборотѣ явилось невозможнымъ требовать, чтобы стороны предусматрѣли, заключая сдѣлку, всѣ детальныя вопросы, которые могутъ возникнуть по ея поводу. Необходимо было дать судѣ возможность пополнять пробѣлы въ распоряженіяхъ сторонъ, а въ руководство ему создать соотвѣтственную систему нормъ, которыя не являются обязательными для лицъ, заключающихъ юридическія сдѣлки, но вступаютъ въ силу при отсутствіи доказательствъ противной воли этихъ лицъ.

Если въ правѣ и въ жизни общества произошли такія серьезныя измѣненія, то это не могло остаться, конечно, безъ вліянія на понятіе *aequitas*. Ограничивая нашу задачу однимъ только установленіемъ исторической перспективы для нашего понятія, мы укажемъ лишь на то, въ какихъ именно направленіяхъ способно было мѣняться это понятіе при движеніи впередъ права и жизни.

Во первыхъ, что касается самой формулировки понятія *aequitatis*, сознательнаго опредѣленія того, что такое *aequitas* вообще и какое содержаніе должны имѣть вытекающіе изъ нея частныя принципы,

⁵³⁹) См. Ihering, *Geist*, т. III, 1, §§ 50 — 52. Voigt, *Jus nat.* т. III, стр. 505 сл.; § 82.

⁵⁴⁰) Ihering, *Geist*, т. II, стр. 300 сл.

то эта работа является подь силу, конечно, только очень развитому умственно обществу. Римскіе юристы конца республики и первых вѣковъ имперіи, несомнѣнно, являлись болѣе способными къ этой работѣ, нежели ихъ предшественники. Однако, какъ мы это видѣли въ предыдущихъ главахъ, они не пошли дальше болѣе или менѣе удачной формулировки нѣкоторыхъ отдѣльныхъ постулатовъ *aequitatis*. Хотя въ рѣшеніяхъ своихъ они подь *aequitas* и разумѣли строго ограниченное понятіе, но, сколько намъ извѣстно, никто изъ нихъ не сдѣлалъ ни малѣйшей попытки описать и точно опредѣлить въ словахъ это понятіе. Еще менѣе совершенна была формулировка этого понятія въ прежнее время и, несомнѣнно, была такая эпоха, когда для принципа *aequitatis*, уже существовавшаго въ чувствахъ народа, не было выработано точнаго имени, когда этотъ принципъ не выдѣлился еще вполне въ сознаніи народа изъ другихъ главныхъ принциповъ, проникающихъ право⁵⁴⁾. — Несомнѣнно, далѣе, что способными къ измѣненію являются по мѣрѣ развитія общества отдѣльные постулаты, вытекающіе изъ общаго принципа равенства всѣхъ передъ закономъ. Мы видѣли только что, какая масса отдѣльныхъ принциповъ выводилась классическими юристами изъ того положенія, что справедливое право должно предоставить каждому члену гражданскаго общества полную самостоятельность и независимость въ отведенной ему сферѣ субъективныхъ правъ. Само собою разумѣется, что эти тонкіе принципы, въ основѣ которыхъ лежитъ та мысль, что только волею каждаго субъекта опредѣляется судьба его гражданскихъ правъ, не могли быть извѣстны въ той же самой формѣ древнему праву, которое еще не умѣло дѣлать правильнаго и яснаго различія между волею и актомъ ея внѣшняго проявленія. Мы видѣли, далѣе, что *aequitas* классическаго періода требовала отъ органовъ, завѣдующихъ примѣненіемъ существующаго легальнаго элемента къ жизни и теоретической его разработкой, чтобы они продолжали работу органовъ, вырабатывающихъ этотъ легальный элементъ; примѣненіе права къ жизни должно было основываться не на буквѣ закона, а на мысли законодателя; эта мысль могла быть развиваема и дополняема при примѣненіи права на практикѣ, а бук-

⁵⁴⁾ Нѣкоторыя данныя объ исторіи формулировки понятія *aequitas* и ея отдѣльныхъ постулатовъ находятся въ I томѣ соч. Voigt'a, *Jus naturale etc.*

вальная редакція каждой нормы должна была приводиться въ соотвѣтствіе съ идеей законодателя. *Aequitas* древняго права такого требованія къ органамъ, примѣняющимъ и разрабатывающимъ нормы права, выставить не могла; причиной этого служило какъ то явленіе, что отношеніе между словами законодателя и его мыслью еще не выяснилось отчетливо въ сознаніи народа, такъ и то обстоятельство, что въ ту эпоху нельзя было ожидать полнаго довѣрія народныхъ массъ къ лицамъ, завѣдующимъ примѣненіемъ права къ практикѣ и его разработкой⁵⁴²). Эти лица поэтому, въ принципѣ, должны были ограничиваться механическимъ подведеніемъ частныхъ случаевъ подъ установленныя законодателемъ нормы права по возможности общаго содержанія и являлись связанными тѣми словами, въ которыхъ законодатель выразилъ свою мысль. Правда, уже древніе юристы въ своей *interpretatio* вносили въ нормы права дополненія и поправки, *de facto* соотвѣтствующія нашему постулату *aequitatis*; но они дѣлали это робко, прикрываясь буквой интерпретируемаго закона и стараясь показать, что никакого дополненія и исправленія въ нормахъ права они на самомъ дѣлѣ не совершили⁵⁴³).—Далѣе слѣдуетъ замѣтить, что по мѣрѣ увеличенія самага количества нормъ права, въ особенности по мѣрѣ расширенія области права путемъ принятія имъ въ себя элемента диспозитивныхъ нормъ, несравненно расширилась и сфера примѣненія въ правѣ постулатовъ *aequitatis*. Многіе изъ этихъ постулатовъ уже по одной только этой причинѣ могли получить должное значеніе въ глазахъ юристовъ и найти надлежащее развитіе лишь въ новомъ римскомъ правѣ⁵⁴⁴). Такое же значеніе для развитія постулатовъ *aequitatis* имѣло и отмѣченное нами выше расширеніе полномочій судьи въ гражданскомъ процессѣ, которое дало ему возможность одновременно принимать во вниманіе взаимныя притязанія и интересы обѣихъ сторонъ. — Наконецъ, по мѣрѣ умственного прогресса общества и развитія способности къ ана-

⁵⁴²) См. объ этомъ Ihering, Geist, т. II, 1, стр. 94 сл.

⁵⁴³) См. Ihering, Geist, т. II, 2, стр. 455 сл. О положеніи судьи въ древнемъ процессѣ см. также *ibid.* т. II, 1, стр. 109 сл.

⁵⁴⁴) Ср. къ этому L. 2 § 8 D. 44, 7 Gajus. Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet. Gai III, 137; § 5 J. 3, 24. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare.

лизу жизненныхъ отношеній увеличивается и способность юристовъ проводить постулаты *aequitatis* въ право вполне послѣдовательно и всесторонне.—Въ виду всѣхъ этихъ переменъ, которыя должны были постигнуть понятіе *aequitas* со времени XII таблицъ, дѣлается весьма яснымъ, почему это понятіе именно только въ юриспруденціи классическаго періода ясно обрисовывается въ сочиненіяхъ юристовъ и начинаетъ играть большую роль въ ихъ дѣятельности.

Если такимъ образомъ, самое содержаніе понятія *aequitas* способно было измѣняться съ теченіемъ времени, то въ еще большей степени подлежали измѣненіямъ матеріальныя нормы, составляющія *aequum jus*. Измѣненіе условій жизни и оборота, измѣненіе возрѣвнїи общества на гражданскія отношенія 'неизбѣжно должно было вести къ тому, что нормы *aequi juris*, являющіяся результатами одного и того-же постулата *aequitatis*, въ разныя эпохи получали различное содержаніе. Примѣровъ этого мы видѣли достаточное количество въ предшествующемъ изложеніи.

Этотъ послѣдній фактъ, что *jus aequum* не остается неизмѣннымъ съ теченіемъ времени, не скрылся отъ наблюдательности римскихъ юристовъ. Мы читаемъ у Ульпіана слѣдующее:

L. 2 D. 1, 4. In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu aequum visum est.

Эти слова ясно показываютъ, что Ульпіанъ вполне усвоилъ себѣ возрѣвнїе, согласно которому нормы права, долго считавшіяся справедливыми (*jus, quod diu aequum visum est*), затѣмъ могутъ быть признаны несправедливыми ⁵⁴⁾.

Но, такъ какъ органы, вырабатывающіе и примѣняющіе нормы права, не всегда могутъ угнаться за требованіями развивающейся жизни и приноровить къ нимъ согласно *aequitas* юридическія положенія, то въ правѣ могутъ оказаться нормы, не соответствующія *aequitati*.

L. 1 § 1 D. 44. 4 Paulus. Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

⁵⁴⁾ Обращаемъ вниманіе на то, что Ульпіанъ въ этомъ фрагментѣ опять употребляетъ слова *aequitas* и *utilitas* совершенно безразлично.

L. 66 D. 50, 17 Iulianus. Desinit debitor esse is, qui pactus est exceptionem justam nec ab aequitate naturali abhorrentem.

Если нормы права по своему содержанию не соответствуют требованиям аequitatis, то этот недостаток долженъ быть исправленъ. Нормы, существующія въ правѣ, должны быть реформированы согласно аequitas; отсюда къ аequitas сводятся вообще всѣ эксцепціи, реплики и дуплики, выставленныя въ преторскомъ эдиктѣ противъ узаконенныхъ уже actiones ⁵⁴⁶). Съ другой стороны, на основаніи аequitas могутъ быть пополняемы пробѣлы права. Все это приводитъ къ тому, что наши источники нерѣдко ставятъ рядомъ jus и аequitas, какъ двѣ системы юридическихъ нормъ, взаимно дополняющія одна другую ⁵⁴⁷).—Приведеніе нормъ права въ согласіе съ требованиями аequitatis является поэтому важнѣйшей задачей органовъ, занимающихся выработкой и примѣненіемъ права.

L. 90 D. 50, 17 Paulus. In omnibus quidem, maxime tamen in jure аequitas spectanda est ⁵⁴⁸).

Нерѣдко право, не желая встать въ коллизію съ аequitas, не устанавливаетъ никакихъ абстрактныхъ нормъ по поводу извѣстныхъ вопросовъ и предоставляетъ разрѣшеніе ихъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ тому, что подскажетъ аequitas лицу, примѣняющему право къ жизни ⁵⁴⁹).

Приведеніе права въ согласіе съ требованиями аequitatis является дѣломъ нелегкимъ. Возможны ошибки.

L. 91 § 3 D. 45, 1 Paulus. Esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit [Celsus adolescens], erratur.

Съ идеальной точки зрѣнія, конечно, никакихъ противорѣчій между jus и аequitas не должно быть. Въ этомъ смыслѣ нужно понимать выраженія источниковъ, вродѣ слѣдующихъ.

⁵⁴⁶) Gai IV, 116, 126, 127. pr. J. 4, 18. pr. § 1 J. 4, 14. L. 12 D. 44, 4. См. также § 2 J. 3, 9.

⁵⁴⁷) L. 52 § 3 D. 2, 14. L. 25 D. 1, 3 L. 2 D. 50, 18. L. 3. 4. 8 C. 2, 1. L. un C. 4, 4. L. 2 § 5 D. 39, 3 и т. д. Cic. Top. 7, 31. 5, 28.

⁵⁴⁸) Ср. L. 1 pr. § 1 D. 1, 1. Jus est ars boni et aequi.

⁵⁴⁹) L. 8 § 1 D. 10, 1. § 20 J. 4, 6.—L. 1 pr. D. 9, 3. § 1 J. 4, 5.—L. 42 D. 21 I. § 1 J. 4, 9.—L. 17 § 2 D. 47, 10.—L. 3 pr. L. 10. D. 47, 12.—L. 6 D. 50, 18 pr. J. 4, 5.—§ 31 J. 4, 6.—L. 71 § 2 D. 30.—L. 14 pr. D. 44, 3.

Cic. Top. 2, 9. Jus civile est aequitas constituta iis, qui ejusdem civitatis sunt, ad res suas obtinendas.

Fr. Dositheum § 1. Sunt etiam qui tradiderunt [jus civile] constitutam aequitatem esse.

Для полноты нашего анализа источниковъ, касающихся понятія aequitas, намъ остается бросить взглядъ на то, въ какомъ отноше- нии, по воззрѣнiямъ классическихъ юристовъ, jus aequum должно стоять къ jus naturale.

Ученiе о jus naturale, возникшее въ римской юриспруденци подъ несомнѣннымъ влiянiемъ стоической философи, сводится въ общихъ чертахъ къ слѣдующему. Жизнь человѣческаго общества, при всемъ многообразiи возникающихъ между людьми отношений, регулируется извѣстными неизмѣнными законами, которые установила ratio naturalis, проникающая весь мiръ. Какъ субъекты, такъ и объекты юридическихъ отношений имѣютъ извѣстную природу, подчинены дѣй- ствию извѣстныхъ общихъ законовъ, а потому такимъ законамъ подлежатъ и отношенiя, возникающiя между субъектами по поводу объектовъ. Естественное право есть именно то право, которое со- отвѣтствуетъ этимъ естественнымъ законамъ человѣческихъ отно- шенiй, которое находится въ полной гармонiи съ познаваемой че- ловѣческимъ разумомъ природою вещей. Такъ какъ природа вещей всегда и вездѣ одна и та-же, то естественное право является пра- вомъ, общимъ для всѣхъ людей и народовъ⁵⁴⁹⁾ и неизмѣннымъ для всѣхъ временъ⁵⁵⁰⁾.

Эта теорiя естественнаго права привела въ результатъ къ тому, что у римскихъ юристовъ сознательнымъ научнымъ приѣмомъ при разработкѣ права сдѣлалось изученiе природы вещей. Они заботи- лись о томъ, чтобы создаваемые ими нормы права не противорѣчили, но по возможности стояли въ полной гармонiи съ результатами, къ которымъ приводитъ совершаемый ими анализъ человѣческой при-

⁵⁴⁹⁾ Gai I, 1. 189. L. 1 pr. D. 41, 1.

⁵⁵⁰⁾ § 11 J. 1, 2.—См. о jus naturale классической юриспруденци Voigt, Jus. Nat. т. I, §§ 52—57. Hildebrand, Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie, т. I § 143 сл. Maine, Ancient law, fifth edition гл. III. Боголю- бовъ, Значенiе общенароднаго гражданскаго права, глава II. K. üger, Gesch. d. Quellen, § 17. Kuntze, Coursus § 43, Excuse, стр. 41 сл. Шульцъ, Учебникъ, § 27. Muirhead, Histor. introduction to the priv law of Rome, стр. 298—301.

реды, природы объектов, на которые распространяются юридическія отношенія, и природы самих этихъ отношеній⁵⁵¹⁾. Нѣтъ ничего удивительнаго, поэтому, что воззрѣнія на природу юридическихъ отношеній, лицъ и вещей, которыя вырабатывались у юристовъ, служили для нихъ немаловажнымъ базисомъ для опредѣленія того, какія нормы права являются соответствующими общему благу и потому справедливыми. За той нормой, которая гармонировала въ глазахъ юриста съ естественными законами отношеній, установленными благодаря *ratio naturalis*, существовала презумпція ея справедливости. Отсюда понятно, что очень часто нормы *ius aequi* и *ius naturalis* оказывались совпадающими⁵⁵²⁾ и что часто юристы для опредѣленія того, что справедливо и что нѣтъ, прибѣгали къ изслѣдованію *naturae rerum*⁵⁵³⁾. Изъ этого однако не слѣдуетъ, что нормы *ius aequi* всегда должны были совпадать съ *natura rerum* и что *ius aequum* есть ничто иное, какъ другое названіе для *ius naturale*. *Ius aequum*, какъ мы видѣли, есть право, созданное для извѣстнаго народа и для извѣстной эпохи; оно должно сообразоваться съ требованіями общаго блага всего гражданскаго общества на данной территоріи и въ данное время; для этой цѣли оно должно считаться съ практическими запросами извѣстнаго, опредѣленнаго гражданскаго оборота и съ умственнымъ и нравственнымъ состояніемъ даннаго общества. Поэтому, какая либо норма права можетъ представляться уму юриста вполне соответственной съ вѣчною и неизмѣнною *natura rerum*, какъ онъ ее себѣ рисуетъ, но она не будетъ составлять *ius aequum*, если только существуютъ напр. такіе практическіе запросы оборота, подлежащаго разсмотрѣнію юриста, которые непремѣнно должны быть удовлетворены правомъ съ точки зрѣнія общаго блага, но только посредствомъ установленія нормъ, негармонирующихъ съ *natura rerum*. Не одной только природою вещей долженъ руководиться юристъ, вырабатывающій и примѣняющій нормы права по требованію *aequitatis*. Мы видѣли не мало такихъ примѣровъ въ предыду-

⁵⁵¹⁾ См. по этому поводу Боголюбовъ, *op. cit.*, гл. VI.

⁵⁵²⁾ Отсюда и выраженія, вродѣ „*aequitas naturalis*“ и т. п. L. 1 pr. D. 2, 14 L. 1 pr. D. 4, 4. L. 3 § 7 D. 12, 4. L. 14 D. 12, 6. L. 1 pr. D. 18, 6. L. 1 pr. D. 37, 5. L. 2 D. 38, 8. L. 1 § 4 D. 38, 16. L. 9 § 3 D. 41, 1. L. 2 § 2 D. 43, 26. L. 1 § 1 D. 44, 4. L. 19 pr. D. 49, 15. L. 66 D. 50, 17.

⁵⁵³⁾ См. напр. L. 8, 9. D. 4, 5 (выше стр. 181 сл.).

щемъ нашемъ изложеніи. Такъ, едва ли юристу могло представляться согласнымъ съ природой жизненнаго отношенія, дающаго реальную подкладку институту полномочія, узаконеніе отвѣтственности наследниковъ довѣрителя за акты, совершенные уполномоченнымъ послѣ смерти довѣрителя; тѣмъ не менѣе *jus aequum*, подѣ влияніемъ указанныхъ нами въ своемъ мѣстѣ соображеній, признавало возможною *a. institoriam* для третьихъ лицъ именно по поводу такихъ актовъ уполномоченнаго лица-инститора (см. выше стр. 40). Едва ли, да и тѣ, устанавливаемая справедливымъ правомъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ отвѣтственность за чужую вину являлась выводомъ изъ вѣчной и неизмѣнной *natura gentium* и т. д. Намъ нѣтъ нужды увеличивать числа этихъ примѣровъ. Мы приведемъ только тѣ мѣста источниковъ, которыя прямо указываютъ на то, что и для самихъ римскихъ юристовъ отсутствіе полнаго тождества между *jus aequum* и *jus naturale* не составляло секрета. Сюда мы относимъ прежде всего слѣдующій фрагментъ изъ сочиненій Трифонина.

L. 31 pr. D. 16, 3. «Добросовѣстность, требуемая при контрактахъ, должна быть обсуждаема на основаніи высшей справедливости. Но должны ли мы оцѣнивать эту справедливость только по одному *jus gentium* или же примѣнительно къ правиламъ гражданскимъ и преторскимъ? Такъ напр., лицо, обвиняемое въ уголовномъ преступленіи, дало тебѣ на сохраненіе сто; затѣмъ это лицо отправлено было въ ссылку, а его имущество конфисковано; должны ли быть возвращены эти сто ему самому или же предоставлены въ казну? Если мы примемъ во вниманіе только *jus naturale* и *gentium*, то сто должны быть возвращены тому, кто далъ ихъ; если же принять въ соображеніе *jus civile* и законный порядокъ, то сумма должна быть предоставлена въ казну: вѣдь лицо виновное передъ государствомъ должно страдать также и отъ нужды, для того чтобы другіе, имѣя передъ собою такой примѣръ, не рѣшались совершать злодѣяній».

Позднѣйшіе юристы, какъ напр. Ульпіанъ ⁵⁵⁴⁾, Флорентинъ ⁵⁵⁵⁾, Трифонинъ ⁵⁵⁶⁾ и Марціанъ ⁵⁵⁷⁾, единогласно признаютъ, что раб-

⁵⁵⁴⁾ L. 4 D. 1, 1. L. 82 D. 50, 17.

⁵⁵⁵⁾ L. 4 § 1 D. 1, 5.

⁵⁵⁶⁾ L. 64 D. 12, 6.

⁵⁵⁷⁾ L. 2 D. 40, 11. § 2 J. 1, 2 (См. Voigt, Jus Nat., т. I, стр. 567 сл.).

ство является неогласнымъ съ *jus naturale*, по которому «*omnes liberi nascuntur*». Если бы *jus naturale* и *jus aequum* совпадали принципиально, то эти юристы и ихъ современники, державшіеся, вѣроятно, этого же взгляда на рабство, который начало свое ведетъ отъ стоической философіи⁵⁵⁸⁾, не могли бы ни въ какомъ случаѣ сослаться на *aequitas* по поводу нормъ, касающихся отношеній между рабами и господами. Если бы рабство въ принципѣ не могло быть институтомъ, согласнымъ съ *aequitas*, то такіа ссылки являлись бы совершенно неумѣстными. Однако, мы ихъ находимъ часто и притомъ замѣчаемъ, что *aequitas* не всегда приводитъ къ рѣшеніямъ, благоприятнымъ для рабовъ. Самъ императоръ Маркъ Аврелій, извѣстный приверженецъ стоической философіи, толкуя о юридическихъ вопросахъ, рѣшался признавать притязанія раба на предоставление ему свободы соотвѣтствующими *aequitas* только въ той мѣрѣ, въ которой они оправдывались волею умершаго господина раба⁵⁵⁹⁾. Ульпіанъ признаетъ справедливымъ, чтобы рабъ, отпущенный на волю *cond. implendae causa*, уплатилъ своему бывшему господину цѣну своей свободы, если цѣль *manumissio* оказалась недостигнутой⁵⁶⁰⁾. Мэціанъ на основаніи *aequitas* ограничиваетъ сферу примѣненія одного очень выгоднаго для рабовъ правила, облегчающаго имъ полученіе свободы⁵⁶¹⁾. Юліанъ признаетъ справедливымъ ограниченіе свободы либерта въ распоряженіи своимъ имуществомъ на основаніи правъ патрона⁵⁶²⁾. Ульпіанъ приводитъ конституцію

⁵⁵⁸⁾ См. напр. Seneca, Ep. 31, 10. Wallon, Histoire de l'esclavage, т. III, стр. 14—50. Troplong, de l'influence du Christianisme, стр. 70 слл. Voigt, Jus nat., т. IV, 1, стр. 48 слл.

⁵⁵⁹⁾ L. 37 D. 40, 5. Требованіе наследниковъ задержать предоставленіе свободы рабу до сдачи имъ отчета, какъ ясно видно изъ рескрипта, только потому признано, знается несправедливымъ, что оно не оправдывается распоряженіями завѣщателя-послѣдній далъ свободу безусловно; въ противномъ случаѣ, требованіе наследниковъ было бы справедливо. См. выше пр. 426.—Императоръ сосылается еще на *humanitas*; въ этой ссылкѣ мы уже можемъ видѣть отголосокъ стоической доктрины; *humanitas* осудила бы и распоряженія завѣщателя, если бы они имѣли не такой характеръ, какъ въ данномъ случаѣ, но это не помѣшало бы, чтобы требованія наследниковъ при такомъ условіи явились вполне согласными съ *jus aequum*, ибо опирались бы на совершенно дѣйствительную юридически волю завѣщателя.

⁵⁶⁰⁾ L. 26 D. 5, 2. Ср. Павелъ въ L. 2 § 2 D. 44, 5; *alioquin iniquum est dominum et servo carere et pretio ejus*.

⁵⁶¹⁾ L. 55 D. 40, 4.

⁵⁶²⁾ L. 6 § 1 D. 42, 6.

Антоина Пиа, изъ которой слѣдуетъ, что возможны справедливыя наказанія рабовъ со стороны ихъ господъ ⁵⁶³⁾ и т. д. Рабство, конечно; уже не соответствовало гуманнымъ воззрѣнiямъ лучшей части римскаго общества въ эпоху имперiи; къ этой части общества принадлежали и юристы. Но, какъ люди съ практическимъ складомъ ума, они понимали, что отмѣна рабства, произведенная внезапно, далеко не соответствовала бы общему благу тогдашняго гражданскаго общества, ибо весь строй его былъ рассчитанъ на существованiе рабства, и едва ли было бы въ интересахъ даже всей массы рабовъ. Поэтому рабство, несогласное съ идеальнымъ, теоретическимъ *jus naturale*, продолжало считаться институтомъ *juris aequi*, и юристы довольствовались только тѣмъ, что понемногу улучшали положенiе рабовъ тамъ, гдѣ отъ этого не пострадалъ бы существенно весь гражданскiй оборотъ, а могъ только выиграть.

Съ *jus naturale* совпадаетъ лишь такое *jus aequum*, которое существуетъ только въ теорiи и является столь же неизмѣннымъ для всѣхъ временъ и народовъ, какъ само *jus naturale*.

L. 11 D. 1, 1. Paulus. *Jus pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum et bonum est jus dicitur, ut est jus naturale.*

Ясно, что Павелъ имѣлъ въ виду при этомъ не то *jus aequum*, которое дѣйствительно прилагается на практикѣ; онъ говоритъ о правѣ, которое «*semper aequum et bonum est*». Напротивъ *aequum jus*, создаваемое для пракческаго примѣненiя въ данной мѣстности и въ данную эпоху, можетъ расходиться, по замѣчанiю самого Павла, съ требованiями *rationis naturalis*:

L. 85 § 2 D. 50, 17. Paulus. *Quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio juris moratur, justis decretis res temperanda est* ⁵⁶⁴⁾.

Въ результатѣ мы можемъ установить слѣдующее положенiе. *Jus aequum* получаетъ это названiе не въ силу какихъ либо материальныхъ принциповъ, проникающихъ входящiя въ его составъ нормы,

⁵⁶³⁾ L. 2 D. 1, 6 *vel durius habitos, quam aequum est.*

⁵⁶⁴⁾ Ср. по поводу всего вопроса также Боголюбовъ, *op. cit.*, стр. 216—221.— См. также Cic. *Top.* 23, 90: *aequitatis loci... cernuntur bipertito: et natura et instituto.*

и не въ силу соответствія этихъ нормъ съ какой либо неизмѣнной природою человѣческихъ отношеній. Право признается за *jus aequum* тогда, когда его нормы соответствуютъ принципу *aequitatis*, принципу чисто формальнаго содержанія, предписывающему, чтобы право относилось одинаково ко всѣмъ гражданамъ, давало одинаковое покровительство всѣмъ, не проявляя такого предпочтенія однихъ лицъ на счетъ другихъ, которое не стояло бы въ гармоніи съ требованиями общаго блага. Изъ этого общаго принципа вытекаетъ рядъ частныхъ постулатовъ, содержаніе и относительное вліяніе которыхъ на право мѣняется согласно прогрессу, совершающемуся въ умственномъ и нравственномъ развитіи общества, и измѣненіямъ, постигающимъ характеръ и размѣры гражданскаго оборота. Подъ вліяніемъ тѣхъ же причинъ слагающихся на основаніи однихъ и тѣхъ же постулатовъ *aequitatis* нормы права также могутъ получать въ различныхъ эпохи неодинаковое содержаніе. Самый же принципъ *aequitatis*, какъ принципъ, требующій равенства всѣхъ передъ закономъ, т. е. опредѣленія защиты, даваемой интересамъ каждаго члена общества, по одному и тому же масштабу—соображеніямъ блага всего общества, долженъ быть по воззрѣніямъ римскихъ юристовъ путеводною звѣздою законодателя во всѣ эпохи существованія и развитія права.

Въ заключеніе, еще одно замѣчаніе. Если мы поставимъ вопросъ о томъ, на чемъ основывается предъявляемое гражданами къ законодателю требованіе, чтобы онъ относился безпристрастно и равно ко всѣмъ лицамъ, подлежащимъ его вѣдѣнію, то отвѣтъ не труденъ. Это требованіе основано на томъ, что всѣ лица въ данномъ обществѣ смотрятъ на себя, какъ на одинаковыхъ по самой природѣ членовъ одного общаго цѣлаго, и что каждое лицо поэтому считаетъ себя вправе ожидать отъ законодателя оцѣнки своихъ личныхъ притязаній и интересовъ по тому же масштабу, который прилагается законодателемъ къ притязаніямъ и запросамъ всѣхъ остальныхъ лицъ въ томъ же обществѣ (т. е. по масштабу общаго блага). Такая одинаковая для всѣхъ оцѣнка индивидуальныхъ желаній и притязаній со стороны законодателя и есть *aequitas*. — Но изъ той же самой основной идеи, что всѣ лица въ обществѣ одинаковы по своей человѣческой природѣ и одинаково достойны вниманія законодателя, можетъ быть сдѣлано еще и другое заключеніе. Именно, на

18*

этомъ основаніи къ законодателью можетъ быть предъявлено требованіе, чтобы онъ предоставилъ всѣмъ лицамъ въ обществѣ безусловно одинаковую мѣру свободы и правъ или, по крайней мѣрѣ, не принималъ въ составъ объективнаго права такихъ нормъ, которыя представляются суровыми, чрезмѣрно ограничиваютъ свободу и унижаютъ человѣческое достоинство отдѣльныхъ лицъ, хотя бы созданія подобныхъ нормъ настоятельно требовали соображенія общаго блага. Такого рода принципъ не есть римская *aequitas* и въ источникахъ ему, скорѣе всего, соответствуетъ названіе *humanitas*. Прогрессъ въ гуманитарныхъ воззрѣніяхъ, конечно, имѣетъ значеніе при опредѣленіи того, что именно въ каждую эпоху соответствуетъ общему благу, но принципиально въ содержаніе римской *aequitatis* *humanitas* не входитъ. Этому вопросу мы коснемся еще разъ ниже.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Характеристика современной литературы по вопросу объ опредѣленіи понятія aequitas въ римской юриспруденціи.

Въ настоящей главѣ мы имѣемъ въ виду познакомить читателя съ тѣми выводами по разрабатываемому нами вопросу, къ которымъ до сихъ поръ пришла современная юридическая литература. Само собою разумѣется, что мы ограничимъ нашъ обзоръ только тѣми писателями, которые занимаются именно римскимъ понятіемъ aequitas, а не современнымъ философскимъ понятіемъ справедливости. Мы разберемъ всѣ извѣстныя намъ сочиненія, специально посвященныя римской aequitas и появившіяся въ нашемъ столѣтіи. Такихъ книгъ очень немного. Сверхъ того, мы коснемся отзывовъ, которые сдѣланы по нашему предмету въ нѣкоторыхъ руководствахъ и монографіяхъ, специально посвященныхъ изслѣдованію иныхъ вопросовъ. Однако, въ этой послѣдней области мы ограничимся передачею лишь тѣхъ изъ извѣстныхъ намъ воззрѣній, которыя показались намъ наиболѣе характерными. Литературы объ aequitas, появившейся до начала нашего столѣтія, мы совсѣмъ не будемъ касаться, ибо правильныя воззрѣнія на сущность историческаго процесса образованія права вообще начинаютъ слагаться лишь съ начала нашего вѣка, а помимо этого условія невозможно и думать объ удовлетворительномъ рѣшеніи вопроса о существованіи римской aequitas. Очеркъ прежде высказанныхъ воззрѣній сдѣланъ въ книгѣ Альбрехта, о которой рѣчь слѣдуетъ.

Литература XIX столѣтія объ aequitas римскихъ юристовъ открывается небольшою (90 стр.) брошюрой А л ь б р е х т а (Albrecht), вышедшей въ 1834 г., подъ названіемъ «Die Stellung der römischen

Aequitas in der Theorie des Civilrechts mit Rücksicht auf die zeitgemässe Frage der Codification». Эта брошюра имѣетъ не столько исторически-научный характеръ, сколько характеръ памфлета, написаннаго по поводу вопроса, который въ то время, какъ и теперь, являлся злобой дня въ юридической литературѣ Германіи, именно по поводу вопроса о составленіи гражданского кодекса. Не раздѣляя воззрѣній «какого-нибудь Савиньи» (стр. 80) на несвоевременность составленія кодекса гражданского права для Германіи, Альбрехтъ указываетъ на то, что одного кодекса, какъ бы онъ хорошъ ни былъ, далеко не достаточно для устраненія существующихъ въ судебной практикѣ недостатковъ. Изъ числа этихъ послѣднихъ самымъ важнымъ является слѣдующій: Современные автору практическіе юристы въ Германіи проявляютъ слишкомъ большую склонность рѣшать каждый подлежащій ихъ обсужденію случай непременно на основаніи какого-нибудь специально для него формулированнаго уже положенія права; на каждый вопросъ они стремятся найти вполне готовый отвѣтъ въ законѣ, или, въ крайнемъ случаѣ, въ юридической литературѣ, и боятся сдѣлать малѣйшій самостоятельный шагъ. Такъ какъ, однако, ни одно законодательство, даже самое детальное, и ни одна литература не можетъ нормировать всѣхъ конкретныхъ случаевъ со всѣми ихъ особенностями, то такая тенденція юристовъ, призывающихъ право къ жизни, приводитъ къ весьма вреднымъ результатамъ для практики и теоріи, пріучая только толковать съ большими натяжками буквы существующихъ юридическихъ нормъ, неосмотрительно обобщать постановленія, созданныя для индивидуальныхъ случаевъ (стр. 78), и вообще призывая нормы права къ жизни, не заботясь о ихъ практическихъ цѣляхъ и внутреннемъ содержаніи. Съ правильной точки зрѣнія задача юриста должна быть иная. Онъ долженъ всегда помнить, что каждый законодательный кодексъ есть произведеніе рукъ человеческихъ, и потому произведеніе несовершенное; что находящіяся въ немъ нормы разсчитаны на отношенія типическія, да и эти отношенія онѣ не регулируютъ исчерпывающимъ образомъ. Поэтому при рѣшеніи конкретныхъ случаевъ юристъ долженъ по возможности стараться индивидуализировать (стр. 1; 81) каждую норму права, а при отсутствіи нормъ пополнять пробѣлы законодательства на основаніи общихъ принциповъ права. Юристъ долженъ постоянно производить

работу, которую Альберхтъ означаетъ выраженіемъ: «*aequae jus facti*» (стр. 13 сл.; стр. 69). «*Aequitas, aequabilitas, aequum jus*, отъ *aequum*, намекаетъ именно на истинное отношеніе между *jus* и *factum* и на правильное уравненіе (*Abmessen*) между обоими понятіями» (стр. 13). Юристъ, слѣдовательно, долженъ прежде всего ясно представить себѣ весь фактический составъ, подлежащій его обсужденію, а затѣмъ примѣнить къ нему находящійся въ его распоряженіи запасъ юридическихъ нормъ такъ, чтобы эти нормы вполнѣ соответствовали констатированнымъ фактическимъ отношеніямъ (стр. 71). Такого рода образъ дѣйствій судьи и есть *aequitas* въ римскомъ смыслѣ этого слова (стр. 16).

Вообще, понятіе *aequitas* должно быть опредѣляемо въ двоякомъ смыслѣ. 1) Въ субъективномъ смыслѣ *aequitas* есть «образъ дѣйствій постановляющаго рѣшенія судьи, согласно которому послѣдній при наличности сомнительныхъ законовъ или при отсутствіи положительныхъ нормъ примѣняетъ въ первомъ случаѣ двусмысленные законы, а во второмъ — общіе принципы права не иначе, какъ въ возможно большемъ соответствіи со всѣми обстоятельствами и отношеніями, сопровождающими каждый единичный случай;сообразно этимъ особенностямъ единичнаго случая онъ и интерпретируетъ сомнительныя нормы права» (стр. 61 сл.). 2) Въ объективномъ смыслѣ подъ *aequitas* слѣдуетъ понимать «совокупность юридическихъ нормъ, которыя найдены и примѣнены на практикѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда неопредѣленность положительныхъ законовъ дѣлаетъ возможными различныя толкованія или отсутствіе положительныхъ законовъ дѣлаетъ необходимымъ рѣшеніе по общимъ принципамъ права, и притомъ найдены — при условіи заботливаго сопоставленія данныхъ фактовъ и производныхъ юридическихъ нормъ — путемъ интерпретаціи, аналогіи и общей абстракціи» (стр. 62). — На вопросъ, откуда почерпаются эти общіе принципы права, къ которымъ нужно прибѣгать при отсутствіи положительныхъ законовъ, мы встрѣаемъ у нашего автора слѣдующій отвѣтъ: это тѣ самыя положенія, «о которыхъ источники говорятъ, что они, какъ *naturalia iura, aequi omnes gentes peraeque servantur*» (стр. 16). «*Naturalis ratio* есть общій источникъ абстракціи, а *aequitas* есть само абстрагированное» (стр. 25). «Слѣдовательно, *jus naturale* и *jus aequum* для Альберхта есть одно и то же (ср. также стр. 28; 30 сл.). — Кроме того, мы

встрѣчаемъ на стр. 26 бѣглое замѣчаніе, что «*aequitas* часто употребляется въ источникахъ въ одномъ значеніи съ *utilitas*», изъ котораго однако нашъ авторъ никакого дальнѣйшаго употребленія не дѣлаетъ.

Таковы общія идеи книги Альбрехта. Въ доказательство того, что онъ правильно окрестилъ именемъ *aequitas* описанный только что «образъ дѣйствій судьи» и «совокупность юридическихъ нормъ», Альбрехтъ сопоставляетъ на стр. 35—40 нѣсколько фрагментовъ изъ сочиненій Цицерона и классическихъ юристовъ, а на стр. 42—59 даетъ довольно обстоятельный очеркъ воззрѣній на существо *aequitatis*, высказываемыхъ новѣйшими юристами, начиная съ Аккурсія и кончая ближайшими предшественниками автора.—На стр. 18—22 Альбрехтъ высказывается о неправильности отождествленія римской *aequitas* и нѣмецкой *Billigkeit*. Съ этимъ послѣднимъ понятіемъ современное словоупотребленіе, по мнѣнію Альбрехта, связываетъ идею моральной, христіанской справедливости; справедливость въ этомъ смыслѣ есть удовлетвореніе мягкимъ, человѣчнымъ требованіямъ христіанской морали, приводящее къ отступленію отъ строгихъ и холодныхъ предписаній права. Эта справедливость является, такимъ образомъ, понятіемъ совершенно несоединимымъ съ нормальнымъ примѣненіемъ права и покровительствующимъ судейскому произволу, тогда какъ римская *aequitas* есть необходимое условіе для правильной постановки правосудія. Германской *Billigkeit* въ современномъ смыслѣ этого слова соотвѣтствуютъ у Римлянъ, по словамъ Альбрехта, выраженія *humanitas*, *officium pietatis*, *benignitas* etc.

Обращаясь къ критикѣ произведенія Альбрехта, мы должны замѣтить слѣдующее. Альбрехтъ имѣлъ въ виду не обстоятельное изслѣдованіе существа римской *aequitas*, а составленіе брошюры для чисто практическихъ цѣлей. Этимъ только и можно объяснить, что онъ рѣшаетъ поставленный вопросъ о значеніи, которое связывали римскіе юристы со словомъ *aequitas*, съ помощью крайне скуднаго матеріала источниковъ. Онъ довольствуется выпиской нѣсколькихъ десятковъ фрагментовъ; многіе изъ нихъ взяты изъ сочиненій Цицерона—писателя неюридическаго, отзывы котораго могутъ имѣть лишь второстепенное значеніе; большинство-же приводимыхъ фрагментовъ, принадлежащихъ юристамъ, имѣютъ такое неопредѣленное содержаніе, что изъ нихъ однихъ, строго говоря, никакого вывода по данному

вопросу сдѣлать нельзя. Не подтверждаютъ эти источники въ достаточной степени и того опредѣленія *aequitatis*, которое дѣлаетъ Альбрехтъ.— Что касается самаго воззрѣнія Альбрехта на римскую *aequitas*, то оно также страдаетъ многими важными недостатками. Во-первыхъ, Альбрехтъ неправильно отождествляетъ *jus aequum* и *jus naturale*. Объ этомъ намъ нечего распространяться, ибо вопросъ этотъ былъ уже рассмотрѣнъ въ четвертой главѣ. Во-вторыхъ, Альбрехтъ все время въ своей книгѣ говоритъ объ *aequitas* только, какъ о руководящемъ принципѣ для судьи, разрѣшающаго гражданскіе споры. Между тѣмъ *aequitas*, по римскимъ воззрѣніямъ, должна сопровождать и законодателя, вырабатывающаго абстрактныя нормы права, и юриста, теоретически ихъ разрабатывающаго, въ ихъ дѣятельности. Слѣдовательно, опредѣленіе Альбрехта неполно и односторонне. Въ-третьихъ, если внести даже эти поправки въ опредѣленіе Альбрехта, т. е. вмѣсто судьи подставить законодателя и юристовъ, занимающихся примѣненіемъ и разработкою права, а вмѣсто *ratio naturalis*, какъ источника, откуда черпается матеріалъ для нормъ *aequi juris*, помѣстить строй гражданского оборота съ его практическими запросами и умственныя и нравственныя воззрѣнія, господствующія въ обществѣ въ данную эпоху, то и при этихъ условіяхъ опредѣленіе Альбрехта оказалось бы неправильнымъ. *Jus aequum* оказалось бы тогда охарактеризованнымъ не главными своими признаками, имѣющими первостепенное и принципиальное значеніе, а признаками вторичными и производными. Несомнѣнно, *jus aequum*, чтобы давать всѣмъ гражданамъ равную защиту, согласную съ требованіями общаго блага, должно соотвѣтствовать правовоззрѣнію даннаго народа въ данную эпоху и строю его гражданского оборота. Но, тѣмъ не менѣе, не потому оно получаетъ имя *jus aequi*, что оно соотвѣтствуетъ условіямъ юридической жизни данной эпохи, а потому, что оно для всѣхъ гражданъ равно, ко всѣмъ относится съ одинаковымъ безпристрастіемъ. Альбрехтъ, по нашему мнѣнію, жестоко ошибся, производя юридическое значеніе слова *aequitas* отъ выраженія *aequare jus facto*, которое, притомъ, сколько намъ извѣстно, если и относится къ какой-нибудь латыни, то, во всякомъ случаѣ, не къ латыни классическихъ юристовъ.

Черезъ годъ по выходѣ въ свѣтъ брошюры Альбрехта, въ 1835 г., появилась посвященная нашему же вопросу программа проф. Ш и л-

линга (F. A. Schilling), озаглавленная «De aequitatis notione, ex sententia juris Romani recte definienda». Эта программа, еще меньшая по объему, нежели брошюра Альбрехта (13 стр.), составила затѣмъ съ небольшими измѣненіями стр. 37—40 второго тома «Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des röm. Privatrecht», вышедшаго въ 1837 г.—Aequitas, по мнѣнію Шиллинга, есть «идеальный источникъ права, руководящій принципъ для законодательства и правосудія» (Inst., стр. 37). Основное значеніе слова aequitas есть равенство, равномѣрность (aequalitas, aequabilitas, convenientia, justa ratio ac proportio, Gleichheit, Gleichmässigkeit, Ebenmass). Въ частности, въ юридическомъ языкѣ aequitas получаетъ слѣдующія пять значеній. 1) Это слово означаетъ иногда (и это значеніе наиболѣе близко къ первоначальному и главному смыслу слова) *Rechtsgleichmässigkeit*, т. е. «соотвѣтствующее правиламъ естественной справедливости одинаковое отношеніе къ одинаковымъ случаямъ» (Inst., стр. 37 ср. Progr., стр. 5). Въ этомъ смыслѣ aequitas нерѣдко ставится вмѣсто *justitia* или замѣняется словомъ *aequabilitas*. — 2) Второе значеніе слова aequitas есть *Rechtssangemessenheit*, т. е. «соотвѣтствіе случая, отношенія или юридическаго средства защиты съ духомъ права» (Inst., стр. 37 ср. Progr. стр. 7); при этомъ во вниманіе принимается какъ естественное, такъ и положительное право. Отсюда aequitas иногда означаетъ самый смыслъ и духъ права (*Geist des Rechts, mens ac sententia juris*) въ противоположность къ буквѣ юридическихъ нормъ.— 3) Далѣе aequitas употребляется для обозначенія «*Vergünftmässigkeit des Rechts*», т. е. согласія положительнаго права съ идеальнымъ правомъ или съ *jus naturale* и *gentium* (Inst., стр. 38 ср. Progr. стр. 8). Въ этомъ значеніи слово aequitas часто сопровождается предикатомъ *naturalis* и употребляется иногда взаимно выражений *jus naturale* или *jus gentium*.— 4) Въ примѣненіи къ дѣятельности судьи aequitas означаетъ «*Vergünftmässigkeit in der Rechtspflege*, т. е. разумное взвѣсиваніе и принятіе во вниманіе особыхъ обстоятельствъ каждаго случая или отношенія при отправленіи правосудія, и соблюденіе правильнаго отношенія между индивидуальностью подлежащаго рѣшенію случая и духомъ примѣняемой къ нему юридической нормы» (Inst., стр. 38 ср. Progr. стр. 10). Въ этомъ смыслѣ aequitas присис-

вается самимъ магистратамъ и судьямъ. Главный недостатокъ книги Альбрехта, замѣчаетъ здѣсь намъ авторъ, состоитъ въ томъ, что онъ обратилъ вниманіе лишь на это значеніе слова *aequitas* (Prog. стр. 11).—5) Наконецъ, *aequitas* имѣетъ у римскихъ юристовъ и то значеніе, которое безусловно отвергаетъ за нею Альбрехтъ, а именно употребляется въ смыслѣ современной *Billigkeit*, т. е. «примиренія строгаго права съ моральными принципами и съ естественнымъ чувствомъ права» (Inst., стр. 39, Prog. стр. 11 сл.). Поэтому *aequitas* часто противоплагается *stricto juri*. Иногда, впрочемъ, *aequitas* въ этомъ значеніи ставится и рядомъ съ *ius* (какъ теперь: *Recht und Billigkeit*).

Во многихъ случаяхъ, слово *aequitas* имѣетъ въ источникахъ неопредѣленное значеніе и можетъ одинаково удобно подходить подъ всѣ отмѣченныя рубрики (Inst., стр. 39 ср. Prog. стр. 13).—Далѣе Шиллингъ отмѣчаетъ, что у Цицерона слово *aequitas* нерѣдко имѣетъ значеніе, выходящее за предѣлы юридическихъ отношеній⁵⁶⁵).—Прилагательное «*aequum*» имѣетъ иногда въ источникахъ нетехническое значеніе, но чаще употребляется въ одномъ изъ указанныхъ выше пяти юридическихъ значеній слова *aequitas*, нерѣдко въ сопровожденіи прилагательнаго «*bonum*» (Inst. стр. 39 сл.).

Шиллингъ несомнѣнно пошелъ дальше Альбрехта въ своихъ выводахъ; онъ не такъ одностороненъ, какъ Альбрехтъ. Привлеченный къ обработкѣ матеріалъ источниковъ у Шиллинга несравненно больше, чѣмъ у Альбрехта. Тѣмъ не менѣе, и Шиллингъ далеко не исчерпалъ всѣхъ тѣхъ данныхъ, которые представляютъ наши источники для выясненія сущности понятія *aequitatis*, и обработалъ собранное имъ фрагменты далеко не такъ тщательно, какъ они того заслуживаютъ. Впрочемъ Шиллингъ самъ оговаривается въ началѣ своей Программы, что онъ не можетъ взять на себя задачи прослѣдить значеніе ссылки на *aequitas* во всѣхъ отдѣльныхъ случаяхъ, гдѣ она встрѣчается, хотя и считаетъ такую работу интересной и поучительной.—Самое содержаніе выводовъ Шиллинга является далеко неудовлетворительнымъ. Правда, Шиллингъ исправилъ ошибку Альбрехта, ограничивающаго дѣйствіе принципа *aequitatis* сферою дѣятельности судьи. Онъ избѣжалъ также и неправильнаго отождествле-

⁵⁶⁵) Напр. въ Топ. 23, 90. de part. orat. 37, 130. Inst., стр. 39 ср. Prog., стр. 12.

нія *jus aequum* съ *jus naturale*; эти права совпадаютъ, по Шиллингу, лишь иногда (см. 2-е и 3-е значеніе слова *aequitas*). Далѣе Шиллингъ правильно указалъ на то, что главное и принципиальное значеніе слова *aequitas* есть равенство. Но капитальнымъ недостаткомъ всего изложенія Шиллинга является то обстоятельство, что пять отдѣльныхъ значеній слова «*aequitas*», насчитываемыхъ имъ, не поставлены ни въ какую связь ни между собою, ни съ указаннымъ главнымъ значеніемъ этого термина. Отсюда, понятіе *aequitas* въ изложеніи Шиллинга теряетъ всякое единство и лишается всякой жизненности. Вообще все, написанное нашимъ авторомъ объ *aequitas*, имѣетъ видъ скорѣе статьи для словаря къ источникамъ римскаго права, нежели научнаго изслѣдованія о содержаніи и значеніи въ римской юриспруденціи принципа *aequitatis*⁵⁶⁶). — Что касается полемики Шиллинга съ Альбрехтомъ по поводу того, можно ли отождествлять германское понятіе *Billigkeit* съ римскою *aequitas*, то здѣсь, въ сущности, каждый изъ противниковъ правъ только отчасти. Шиллингъ правъ въ томъ смыслѣ, что вновь создаваемое при прогрессѣ въ нравственныхъ и умственныхъ воззрѣніяхъ общества *jus aequum* часто оказывается—что вполнѣ естественно—болѣе мягкимъ и гуманнымъ нежели старое «*jus, quod diu aequum visum est*». Альбрехтъ же является правымъ въ томъ смыслѣ, что эта черта гуманности и мягкости далеко не является необходимымъ и отличительнымъ признакомъ *juris aequi*. Это право можетъ быть и очень строгимъ; если того требуютъ интересы юридической жизни, то оно можетъ быть во многихъ отношеніяхъ даже строже, нежели то право, которое примѣнялось прежде и которое могло быть признано за *jus iniquum* именно вслѣдствіе своей излишней мягкости. Что касается источниковъ, приводимыхъ Шиллингомъ въ защиту своего взгляда, то противоположенію *aequitatis* и *stricti juris*, встрѣчаемому, напр., въ L. 8 C. 3, 1 Constantinus и въ L. 8 C. 3, 42 Diocletianus, врядъ ли можно придавать то значеніе, которое связываетъ съ нимъ Шиллингъ⁵⁶⁷). Ссылка же на такого писателя какъ Допа-

⁵⁶⁶) И дѣйствительно, Нейцшапъ въ своемъ *Handlexicon zu den Quellen d. R. R. s. v. aequitas* съ большимъ удобствомъ воспользовался брошюрой Шиллинга.

⁵⁶⁷) Прежде всего замѣтимъ слѣдующее: изъ L. 8 C. 3, 1 нельзя еще вывести, что *jus strictum* есть система права, во всѣхъ отношеніяхъ противоположная *juris aequi*. Этотъ фрагментъ есть часть большой конституціи (см. изд. Крюгера) и дол-

tus⁵⁶⁸), не может имѣть большого значенія при опредѣленіи терминологіи классическихъ юристовъ.

Въ 1838—1841 годахъ по нашему вопросу мимоходомъ высказались три корифея тогдашней цивилистики въ Германіи, Савиньи, Пухта и Кирхульфъ.—По воззрѣнію Савиньи (Savigny), изложенному въ § 15 перваго тома его «System des heutigen röm. Rechts» (см. также § 22 not. r), aequitas есть понятіе тождественное съ ratio naturalis и является элементомъ въ правѣ, общимъ для всѣхъ народовъ и основаннымъ на общей природѣ человѣчества; ему противоположается jus strictum или ratio juris, какъ элементъ специальный и національный. Въ этомъ общемъ элементѣ права проявляется «признаніе всюду равнаго достоинства и свободы человѣка», причемъ свобода эта получаетъ юридическую охрану путемъ узаконенія соответствующихъ институтовъ со всѣми практическими послѣдствіями, вытекающими изъ ихъ природы и назначенія (стр. 55). — Пухта (Puchta) въ своихъ Pandekten § 21 опредѣляетъ сущность справедливаго права (jus aequum) такимъ образомъ: это право принимаетъ

жесть быть толкуемъ въ связи съ общимъ ея содержаніемъ. — Кромѣ этихъ двухъ фрагментовъ, относящихся къ послѣ-классическому періоду, намъ не извѣстно ни одного, гдѣ strictum jus противопоставилось бы aequo juri. Въ классическомъ правѣ встрѣчается лишь противопоставленіе aequitatis и „subtilitas juris“ (L. 17 D. 28, 3) или „occasio juris“ (L. 1 § 1 D. 44, 4. L. 32 pr. D. 15, 1. Coll. 16, 9, 2). Читеніе L. 16 D. 35, 1 является сомнительнымъ. Самый терминъ „strictum jus“ классиками извѣстенъ: см. напр. L. 67 § 1 D. 23, 2. L. 30 D. 13, 5. Actio stricti juris (judicii) L. 5 § 4 D. 12, 3. L. 3 § 2 D. 13, 6. Stricta interpretatio и utilitas L. 20 § 2 D. 8, 2. Stricta ratio и utilitas publica L. 43 D. 11, 7. Strictum jus и humanitas L. 86 pr. D. 29, 2.—Далѣе, иодъ strictum jus, согласно правильному воззрѣнію (Windscheid, Pand. I § 46 пр. 4—7. Assaгias, Précis, II, § 871 сл. Vangerow, Pand. I, § 139 и т. д.), слѣдуетъ понимать не вообще строгое право, какъ думаетъ Шиллингъ, а право, проникнутое началомъ формализма и несвободнаго положенія судьи. Подобнаго рода нормы не противорѣчатъ aequitati, поскольку онѣ согласны съ потребностями и воззрѣніями эпохи. Если источники наши иногда отмѣчаютъ несогласіе между strictum jus и aequitas или utilitas publica, то это неудивительно, ибо несвобода судьи по старому праву часто не соответствовала потребностямъ новой эпохи. Съ другой же стороны, мы имѣемъ источники, гдѣ возникновеніе а. stricti juris прямо сводится къ требованію aequitatis. L. 65 § 4. L. 66 D. 12, 6.

⁵⁶⁸) Donat. in Terent. Adelphi I, 1, 26. Inter jus et aequitatem hoc interest: Jus est quod omnia recta et inflexibilia exigit, aequitas est quae de iure multum remittit. Кромѣ указанныхъ источниковъ Шиллингъ приводитъ въ подтвержденіе своего пятаго значенія слова aequitas еще L. 7 pr. D. 4, 1 и L. 183 D. 50, 17. L. 32 pr. D. 15, 1. L. 2 § 5 D. 39, 3. L. 1 C. 1, 14. Cic. de Orat. I, 56.

во вниманіе, когда это не противорѣчитъ общему благу, индивидуальныя различія отдѣльныхъ лицъ и отношеній и тѣмъ устраняетъ неудобства, проистекающія отъ слишкомъ общаго содержанія, которое въ принципѣ имѣютъ нормы права, равныя для всѣхъ лицъ и отношеній. — Въ Institutionen, томъ I § 73 и 85 онъ различаетъ для римскаго права два рода aequitatis. Во-первыхъ, aequitas есть внутренній, оживляющій элементъ всякаго права и является руководящимъ принципомъ для каждаго, кто желаетъ правильно познавать и примѣнять право. О содержаніи этого принципа Пухта не высказывается (§ 73). Во-вторыхъ, aequitas naturalis въ отличіе отъ aequitas civilis есть принципъ juris gentium. Здѣсь она является выраженіемъ новаго правосознанія народа, «обращеннаго болѣе къ сущности, чѣмъ къ формѣ» (§ 85).—Наконецъ, К и р у л ь ф ъ (Kierulff) въ своей «Theorie des gemeinen Civilrechts» т. I, стр. 18 — 25 видитъ сущность нашего понятія въ слѣдующемъ. Aequitas есть принципъ, противопологающійся stricto juri. Тогда какъ при системѣ stricti juris, проникающей древнее римское право, судья былъ связанъ при примѣненіи закона буквою, въ которой выражена каждая норма права ея авторомъ, а при рѣшеніи дѣла на основаніи частнаго акта—буквальной редакціей этого акта,—при господствѣ aequitatis судья обязанъ выяснять истинную волю законодателя или частныхъ лицъ и на основаніи нея рѣшать подлежащіе его разсмотрѣнію вопросы. «Право есть то, что соотвѣтствуетъ истинной, хотя бы и не выраженной волѣ того, отъ кого исходить норма, —jus aequum» (стр. 22). Такимъ образомъ судья въ своей дѣятельности, при господствѣ aequitatis, развиваетъ содержаніе тѣхъ идей, которыя положены въ основаніе существующихъ въ правѣ нормъ; иногда онъ расширяетъ эти нормы за предѣлы ихъ буквальной редакціи, а иногда суживаетъ сферу ихъ примѣненія. Но aequitas не есть ни въ какомъ случаѣ ни нѣмецкая Billigkeit, ибо въ принципѣ ея задачей вовсе не является смягченіе строгости нормъ права, ни принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ, который иногда въ источникахъ называется aequabilitas (стр. 24 сл.).

Въ 1856 появился I-ый томъ обширнаго сочиненія Ф о й г т а (Voigt) «Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer», носящій специальное заглавіе «die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum etc.», а въ 1871 — 1875 г. вышелъ въ свѣтъ

III-й томъ того же труда, посвященный изученію «des strictum jus und aequum et bonum der Römer». Наконецъ, въ самое новѣйшее время тотъ же авторъ въ I-мъ томѣ своей «Röm. Rechtsgeschichte», вышедшей въ 1892 г., посвятилъ вопросу объ «aequum et bonum» § 16, занимающій стр. 162 — 174 этого тома. Судя по названіямъ своимъ, всѣ указанныя сочиненія должны стоять въ близкомъ отношеніи къ нашей темѣ, ибо чего же можно ожидать прежде всего отъ ученаго, посвятившаго нѣсколько обширныхъ томовъ изученію «aequum et bonum», какъ не точной и основательной характеристики того, что понимали Римляне подъ словомъ aequitas? Однако, Фойгтъ именно этимъ ожиданіямъ въ своемъ трудѣ не отвѣчаетъ.

Собственно опредѣленію понятія aequitas, которымъ мы исключительно занимаемся въ нашемъ изслѣдованіи, Фойгтъ посвящаетъ лишь 22 страницы въ своей монографіи (Jus. nat., т. I, стр. 11—33) и нѣсколько страницъ въ Rechtsgeschichte. При этомъ онъ не производитъ спеціальнаго анализа источниковъ для разрѣшенія поставленнаго вопроса, но идетъ путемъ совершенно апіорнымъ, отправляясь отъ нѣмецкаго понятія Billigkeit.

По мнѣнію Фойгта, aequitas Римлянъ и нѣмецкая Billigkeit суть понятія въ принципѣ тождественныя. Всякій народъ во всякую эпоху своего существованія вырабатываетъ извѣстныя воззрѣнія на то, каково должно быть содержаніе юридическихъ нормъ, которыми онъ управляется, и эти воззрѣнія составляютъ «юридическія убѣжденія» (Rechtliche Ueberzeugung) народа. Существующія въ данной странѣ юридическія нормы, которыя составляютъ объективное право даннаго народа, могутъ являться согласными съ этимъ правовоззрѣніемъ народа или стоять съ нимъ въ противорѣчій. Право или норма, гармонирующія съ народными юридическими воззрѣніями, называются справедливыми (Billiges Recht, aequum jus). Самое согласіе или несогласіе права съ этими воззрѣніями составляетъ aequitas или ini-
quitas juris. (Jus nat., т. I, стр. 18. Rg., стр. 162).

Если развитіе права идетъ нормальнымъ путемъ, то юридическія нормы являются обыкновенно въ принципѣ согласными съ правовоззрѣніемъ народа; по мѣрѣ постепеннаго измѣненія юридическихъ воззрѣній мѣняются въ томъ же направленіи и нормы права. При этихъ условіяхъ ini-
quitas права можетъ обнаружиться лишь при прижвненіи нормъ права къ отдѣльнымъ частнымъ случаямъ, и вотъ

по какой причинѣ. Юридическія нормы всегда по необходимости носятъ абстрактный характеръ; онѣ регулируютъ юридическія отношенія, сообразуясь съ типическими признаками послѣднихъ и игнорируя многочисленныя индивидуальныя ихъ особенности, такъ какъ эти особенности, большею частью, являются въ глазахъ законодателя второстепенными, маловажными и при своемъ разнообразіи не могутъ быть всѣ приняты во вниманіе даже въ самомъ подробномъ кодексѣ. Однако, при примѣненіи абстрактныхъ нормъ къ практикѣ, иногда такой второстепенный индивидуальный признакъ конкретнаго отношенія, не принятый во вниманіе законодателемъ, in specie можетъ оказаться очень важнымъ по правовоззрѣнію народа; примѣненіе къ этому отношенію юридической нормы въ данномъ ея абстрактномъ видѣ можетъ явиться нежелательнымъ; юридическія воззрѣнія народа могутъ потребовать отъ лица, примѣняющаго право, умѣнья приспособить эту норму именно къ наличному единичному отношенію и избѣжать той iniquitas, которая возникла бы при буквальномъ и строгомъ приложеніи къ нему права.

Такимъ образомъ, при нормальномъ ходѣ вещей главное значеніе aequitatis сводится къ тому, что она является руководящимъ принципомъ для лицъ, рѣшающихъ спорныя отношенія на основаніи нормъ права, и требуетъ отъ нихъ принятія во вниманіе всѣхъ индивидуальных особенностей каждаго отдѣльнаго случая. — Таковъ именно былъ, по мнѣнію Фойгта, ходъ развитія права въ Германіи. Это обстоятельство и привело къ тому, что нѣмецкая наука привыкла только указаннымъ образомъ смотрѣть на Billigkeit, и это же воззрѣніе примѣняла и къ римской aequitas. — Однако, по отношенію къ римской aequitas, такой взглядъ является неправильнымъ. У Римлянъ aequitas имѣла гораздо бѣльшее значеніе, и это вполнѣ объясняется нѣкоторыми особенностями исторіи римскаго права.

Нужно принять во вниманіи двѣ такихъ особенности. Одной изъ нихъ является упорный консерватизмъ Римлянъ, которые не любили ломки въ правѣ и сохраняли юридическіе институты, разъ выработанные, даже тогда, когда они уже переставали соответствовать духу времени. Вторая особенность состоитъ въ томъ, что самый духъ римскаго народа въ эпоху пуническихъ войнъ рѣзко и быстро измѣнился, юридическія воззрѣнія и потребности народа стали иныя. Въ силу этихъ причинъ, въ извѣстный періодъ своей исторіи Римляне

ощутили рѣзкую противоположность между своими юридическими воззрѣніями и существующими нормами права. Старое право оказалось *jus strictum*, системой *rigoris*, и нужно было отыскать новое право, *jus bonum et aequum*. *Iniquitas* права выразилась въ несогласіи самыхъ абстрактныхъ нормъ и институтовъ права, и даже основныхъ принциповъ права съ юридическимъ міровоззрѣніемъ общества. *Aequitas* требовала уже не только приспособленія абстрактныхъ нормъ права къ конкретнымъ случаямъ, но радикальнаго измѣненія нормъ и принциповъ права въ соотвѣтствіи съ духомъ новаго времени.

Эти реформы въ правѣ должны были произойти въ нѣсколькихъ направленіяхъ; эти направленія Фойгтъ называетъ принципами или постулатами *aequitatis* и насчитываетъ для развитой *aequitas* классическаго періода пять такихъ принциповъ (*Jus nat.* т. I § 66; *Rg.*, стр. 164 сл.). Подробной характеристикѣ этихъ принциповъ и исторіи ихъ проникновенія въ право римскаго народа посвященъ обширный III томъ монографіи Фойгта. Эти принципы или постулаты *aequitatis* состоятъ въ слѣдующемъ.

1. Принципъ соблюденія тѣхъ обязанностей, которыя налагались на участниковъ гражданскаго оборота добрыми нравами.

2. Принципъ свободы изъявленія воли отъ установленной положительнымъ закономъ формы и вообще преобладанія «волеопредѣленія» (*Willensbestimmung*) надъ «волеизъявленіемъ» (*Willenserklärung*). Эти два принципа Фойгтъ въ III томѣ (см. § 1 этого тома) соединяетъ въ одинъ общій принципъ, получающій имя: «принципъ преобладанія воли надъ словомъ». Суть дѣла состоятъ въ томъ, что древнее римское право — *rigor* — устанавливало для каждаго юридическаго акта опредѣленную словесную форму; въ словѣ, хотя бы оно не стояло въ гармоніи съ волею говорящаго, оно видѣло элементъ, дающій акту юридическую силу, и не обращало вниманія на *error*, *dolus* или *vis*, которые могли оказать вліяніе на волю лица, совершающаго юридическій актъ. Въ противоположность этому новое римское право — *jus aequum et bonum* — постепенно приходитъ къ признанію любаго внѣшняго акта, въ которомъ можетъ съ надлежащей ясностью выразиться во внѣ воля, достаточною формою для юридической сдѣлки; оно видитъ въ волѣ, а не въ словѣ элементъ, дающій силу юридическому акту, и придаетъ должное значеніе *dolus*, *error* или *vis*, если они оказали вліяніе на волю уста-

новителя этого акта.—Тѣмъ же принципомъ преобладанія воли надъ словомъ опредѣляется въ новомъ правѣ отношеніе юриста къ буквѣ юридической нормы, примѣняемой имъ къ жизни или развиваемой теоретически.

3. Принципъ репрессіи несправедливаго вторженія въ чужое имущество (т. III § 67; ср. т. I, стр. 350 п. 3).—Этотъ принципъ, въ свою очередь, распадается на три принципа, а именно: а) Запретъ неправомѣрнаго нарушенія имущественныхъ интересовъ другихъ лицъ въ контрактныхъ, квази-контрактныхъ и вещно-правовыхъ отношеніяхъ. При этомъ требуется отъ виновнаго наличность какого либо дѣйствія или упущенія, нарушающаго интересы другаго лица и наносящаго *in specie* имущественные убытки послѣднему; дѣйствіе это или упущеніе должно представляться по воззрѣніямъ общества неправомѣрнымъ и на сторонѣ дѣйствующаго должна быть субъективная виновность; репрессія состоитъ въ возмѣщеніи ущерба, имѣвшаго мѣсто въ каждомъ данномъ случаѣ, при чемъ масштабомъ оцѣнки этого ущерба является или *quanto minoris res est* или же болѣе тонкое *quantum interest*.—Въ древнемъ правѣ этому принципу соответствуетъ совершенно иной. Древнее право или система *rigoris*, по терминологіи нашего автора, не знаетъ возмѣщенія убытковъ въ этомъ видѣ, а вмѣсто того выставляетъ «принципъ репрессіи неправомѣрнаго способнаго нанести ущербъ дѣйствія интересента въ контрактныхъ, квази-контрактныхъ и вещныхъ правоотношеніяхъ, поскольку съ послѣдними связываются предоставленія обязательственнаго характера». (*Jus. nat.*, т. III, стр. 495). Предметомъ репрессіи является *temeritas litigii*, т. е. неправомѣрное пользованіе средствами судебной защиты, при чемъ на сторонѣ виновнаго не требуется субъективной вины, а на сторонѣ потерпѣвшаго—наличности дѣйствительнаго имущественнаго ущерба; репрессія состоитъ въ наложеніи штрафа—*poena*—, опредѣляемаго съ помощью абстрактныхъ масштабовъ, какъ *quantum res est*, *duplum rei* etc.—б) Принципъ репрессіи неосновательнаго обогащенія одного изъ интересентовъ на счетъ другаго въ не деликтныхъ отношеніяхъ. Предметомъ репрессіи является обогащеніе, посредствомъ котораго имущество одного лица увеличилось на счетъ имущества другаго, при чемъ для таковаго перехода имущества не оказывается основанія, которое достаточно бы оправдало его въ глазахъ общества; это происходитъ или по-

тому, что сдѣлка, которой оборотъ привыкъ придавать значеніе достаточнаго основанія для обогащенія однихъ лицъ на счетъ другихъ, совсѣмъ отсутствуетъ или страдаетъ какимъ либо порокомъ, или-же потому, что при данномъ обогащеніи отсутствуетъ самый способъ приобрѣтенія правъ. Репрессія состоитъ или въ *restitutio in integrum* или же въ предоставленіи извѣстныхъ реиперсекюторныхъ средствъ потерпѣвшему для возврата полученнаго на его счетъ другимъ лицомъ обогащенія, или же, наконецъ, въ отнятїи юридической силы у извѣстнаго фактическаго состава.—с) Принципъ двусторонности при оцѣнкѣ имущественныхъ интересовъ во избѣжаніе неправомѣрнаго нанесенія имущественнаго ущерба и неправомѣрнаго обогащенія (т. III, § 82). Сущность этого принципа состоитъ въ томъ, что въ каждомъ правоотношеніи должно приниматься во вниманіе лицомъ, его обсуждающимъ, не только притязаніе лица управомоченнаго, но и взаимное притязаніе лица обязаннаго, а также относительно обоихъ этихъ притязаній не только интересъ управомоченнаго лица, но и интересъ его противника (стр. 505, т. III). Въ противоположность этому, по системѣ *rigoris* процессуальная астіо обнимаетъ собою только одностороннее притязаніе истца; въ ея рамкахъ нѣтъ мѣста для взаимнаго притязанія отвѣтчика. При обсужденіи иска во вниманіе принимается только интересъ истца.

4. Принципъ, согласно которому право должно принимать во вниманіе всѣ индивидуальныя особенности конкретныхъ отношеній, подлежащихъ регулированію юридическими нормами (*Jus. nat.*, т. I, стр. 350).—Однимъ изъ частныхъ послѣдствій этого принципа является тенденція права сдѣлать положеніе гражданскаго судьи болѣе свободнымъ. Право начинаетъ выставлять въ своихъ нормахъ не абсолютно опредѣленныя по объему и содержанію понятія, но относительныя, возлагая на судью задачу опредѣлять ихъ объемъ и содержаніе согласно особенностямъ каждаго случая, подлежащаго его разсмотрѣнію. Приговоръ судьи въ новомъ правѣ, проникнутомъ этими тенденціями, является не голымъ рѣшеніемъ о правѣ или неправѣ сторонъ, какимъ онъ представляется по системѣ *rigoris*, но содержитъ въ себѣ также оцѣнку съ экономической стороны предоставленія, возлагаемаго на отвѣтчика въ силу рѣшенія вопроса о правѣ или неправѣ. — Этотъ специальный принципъ, вытекающій изъ

другаго болѣе общаго, Фойгтъ называетъ принципомъ арбитражной и связанной когниціи судьи (т. III § 66).

5. Принципъ преобладанія когнатскаго родства надъ агнатскимъ.

Таково содержаніе принципа *aequitatis* въ эпоху классической юриспруденціи по мнѣнію Фойгта.

Что касается отношенія между *jus aequum* и *jus naturale*, то воззрѣнія на это Фойгта приблизительно совпадаютъ съ нашими. Ясно выражено соотношеніе между этими системами права, говорить Фойгтъ, лишь у Павла въ L. 11 D. 1, 1 ср. съ L. 85 § 2 D. 50, 17. О воззрѣніяхъ прочихъ юристовъ можно судить только на основаніи употребляемыхъ ими иногда выраженій, какъ *naturalis aequitas*, *jure naturae aequum* и т. п. (См. т. I §§ 89 сл.). Павелъ же признаетъ извѣстное родство между двумя системами: *jus naturale* есть право, *quod semper aequum et bonum est*. И это вполне понятно. «*Aequitas*, какъ *lex boni et aequi*, есть въ извѣстной степени только эхо *legis naturae*: *lex naturae*, эта *ratio*, присущая *naturae* *genum*, воспринимается и познается умозрѣніемъ и такъ воспроизводится въ духѣ человѣка; въ силу этого она является заповѣдью внутренняго голоса и такимъ образомъ превращается въ *aequitas*; поэтому послѣдняя есть лишь субъективный коррелятъ *legis naturae* и носимый въ душѣ человѣка образъ *legis naturae*» (*Jus nat.*, т. I, стр. 320).—Однако, тождество между *jus aequum* и *jus naturale* не всегда имѣетъ мѣсто. *Jus naturale* знаетъ только абсолютно истинныя нормы, остающіяся неизмѣнными для всѣхъ временъ и народовъ, тогда какъ *jus aequum* содержитъ въ себѣ и нормы относительной цѣнности, приспособленныя къ данной эпохѣ и къ даннымъ мѣстнымъ условіямъ. Поэтому между *jus naturale* и *jus aequum* возможны противорѣчія; совпадаютъ безусловно лишь *jus naturale* и *jus, quod semper aequum et bonum est*. (*Jus nat.*, т. I, стр. 367 сл.).

Фойгтъ несомнѣнно пошелъ дальше своихъ обоихъ предшественниковъ, посвятившихъ спеціальныя изслѣдованія нашему понятію, Альбрехта и Шиллинга. Его воззрѣніе на *aequitas* является не такимъ одностороннимъ, какъ воззрѣніе Альбрехта, и понятіе *aequitatis* у Фойгта выглядит цѣльнѣе и жизненнѣе, нежели у Шиллинга. Фойгтъ, далѣе, стоитъ при разрѣшеніи своихъ задачъ на исполнѣ исторической точкѣ зрѣнія, чего также не замѣчается у

двухъ его предшественниковъ. Онъ положилъ массу труда на составленіе своей обширной монографіи и собралъ въ ней много цѣннаго матеріала. Тѣмъ не менѣе, для разрѣшенія нашего специальнаго вопроса о томъ, что разумѣли классическіе юристы подъ именемъ *aequitatis*, Фойгтъ не даетъ почти ничего. Приступая къ изслѣдованію *juris boni et aequi* у Римлянъ, Фойгтъ не позаботился путемъ старательнаго изученія всего матеріала, находящагося въ источникахъ, установить, что собственно нужно понимать подъ терминомъ *jus aequum* въ словоупотребленіи римскихъ юристовъ. Свое общее разсужденіе о томъ, что такое *aequitas*, въ началѣ I тома своей монографіи, Фойгтъ не сопровождаетъ ни одной цитатою изъ источниковъ. Говоря же о своихъ 5 постулатахъ *aequitatis* классическаго періода, онъ сопоставляетъ сравнительно небольшое число фрагментовъ (т. I, §§ 70—74). Но, во-первыхъ, эти фрагменты далеко не исчерпываютъ всего матеріала, даваемого намъ источниками. Во-вторыхъ, въ ихъ число Фойгтъ безъ всякихъ колебаній включаетъ и такіе, которые говорятъ о *humanitas, benignitas* и т. п. понятіяхъ; сперва слѣдовало бы доказать, что эти понятія суть синонимы съ понятіемъ *aequitatis*. Въ-третьихъ, и это—главное, Фойгтъ не проанализировалъ даже собраннаго имъ матеріала съ достаточнымъ стараніемъ. Онъ не задалъ себѣ вопроса, почему изслѣдуемый имъ принципъ получилъ у римскихъ юристовъ именно названіе *aequitas*. Если бы онъ предложилъ себѣ этотъ вопросъ, то, быть можетъ, онъ убѣдился бы, что суть этого принципа состоитъ не въ томъ, къ чему онъ сводится въ монографіи Фойгта. Но такъ какъ Фойгтъ ничего этого не сдѣлалъ, то онъ внакъ при опредѣленіи *aequitas* въ ту же самую ошибку, о которой мы имѣли уже случай говорить по поводу произведенія Альбрехта. Опредѣляя *aequitas*, какъ соотвѣтствіе права съ юридическими убѣжденіями народа, онъ охарактеризовалъ это понятіе не первичными и главными его признаками, а вторичными, менѣе существенными. Соотвѣтственно этому опредѣленію, и пять принциповъ *aequitatis* у Фойгта имѣютъ отчасти не формальный характеръ, свойственный постулатамъ справедливости, а матеріальный. Характеризуя подробно эти постулаты и прослѣживая очень детально исторію ихъ проникновенія въ право, Фойгтъ не столько пишетъ исторію принципа *aequitatis*, сколько описываетъ тѣ процессы, путемъ которыхъ право, при перемѣнѣ

условіи жизни общества, приходило въ соотвѣтствіе съ требованіями *aequitatis*.—Въ первомъ томѣ у Фойгта, какъ это нами указано въ своемъ мѣстѣ, собраны нѣкоторыя данныя по исторіи научной формулировки понятія *aequitatis* у Римлянъ. Но и этими данными Фойгтъ не воспользовался такъ, какъ бы это слѣдовало, опять таки въ виду его общей капитальной ошибки въ планѣ всего изслѣдованія. Такъ, напр., существуетъ нѣсколько очень интересныхъ пассажей въ сочиненіяхъ Цицерона, гдѣ онъ не менѣе ясно, чѣмъ Ульшанъ въ цитированной нами во главѣ нашего анализа источникѣ L. 1 рг. § 1 D. 2, 2, указываетъ на то, что принципъ *aequitatis* есть въ сущности принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ. Сюда относятся напр.:

de Off. II, 12, 41, 42. Quum premeretur inops multitudo ab iis qui majores opes habebant, ad unum aliquem confugiebant virtute praestantem; qui quum prohiberet injuria tenuiores, aequitate constituenda summos cum infimis pari jure retinebat. Eademque constituendarum legum fuit causa, quae regum. Jus enim semper quaesitum est aequabile: neque enim aliter esset jus.

de Off. II, 23, 83. Eaque est summa ratio et sapientia boni civis, commoda civium non divellere, atque omnes aequitate eadem continere ⁵⁶⁹).

Однако, изъ этихъ фрагментовъ Фойгтъ не вывелъ для себя никакого поученія. Онъ видитъ въ нихъ отраженіе особой Цицероновской доктрины, заимствованной послѣднимъ у греческихъ философовъ и ничего общаго не имѣющей съ *aequitas* въ словоупотребленіи юристовъ; онъ даже не находитъ нужнымъ говорить объ этихъ фрагментахъ въ главной части своего изложенія, но пренебрежительно отсылаетъ ихъ въ приложения, гдѣ они фигурируютъ въ отдѣлѣ, озаглавленномъ: «Ueber den rechtsphilosophischen Begriff der *aequitas* bei Cicero» (т. I, стр. 529—541; ср. стр. 35).

Несмотря на всѣ указанные недостатки, возрѣніе Фойгта на *aequitas*, кажется, можно назвать господствующимъ въ современной нѣмецкой литературѣ. По крайней мѣрѣ оно повторяется К р ю г е-

⁵⁶⁹) См. также pro Quinctio 14, 45. Quis tamen nobis ista jura tam aequa describit? Quis hoc statuit, quod aequum sit in Quinctium, id iniquum esse in Naevium? Это мѣсто почему-то у Фойгта съ двумя приведенными въ текстѣ не сооставлено; оно помѣщено въ т. I, стр. 38.

ромъ ⁵⁷⁰⁾ и Беккеромъ ⁵⁷¹⁾. Въ сущности ничто иное читаемъ мы и у Виндшейда ⁵⁷²⁾ и Регельсбергера ⁵⁷³⁾ въ учебникахъ Пандектъ, хотя у послѣдняго есть намеки на то, что въ понятіи справедливости присутствуетъ идея равенства ⁵⁷⁴⁾.

Новую попытку къ характеристикѣ понятія *aequitas* мы встрѣчаемъ въ сочиненіи Гильдебранда (Hildebrand), озаглавленномъ «*Geschichte und System der Rechts-und Staatsphilosophie*» 1860 г. Въ I томѣ (и единственномъ) этого труда Гильдебрандъ посвящаетъ понятію *aequitas* въ Римской классической юриспруденціи §§ 150—152.

Гильдебрандъ не удовлетворяется тѣмъ опредѣленіемъ *aequitatis*, которое онъ находитъ у Фойгта. Это опредѣленіе онъ считаетъ слишкомъ широкимъ и слишкомъ формальнымъ. Онъ признаетъ, что есть доля правды въ опредѣленіи Фойгта, потому что при нормальномъ ходѣ вещей, тѣмъ лучше право приспособляется къ прогрессирующимъ воззрѣніямъ общества, тѣмъ оно обыкновенно дѣлается справедливѣе. Но не потому именно право получаетъ названіе *ius aequi*, что оно является согласнымъ съ юридическими воззрѣніями даннаго общества въ данную эпоху, думаетъ нашъ авторъ. Суть дѣла заключается совсѣмъ въ иномъ и понятіе *aequitas* носить не формальный, а матеріальный характеръ.

Право каждаго народа, говоритъ Гильдебрандъ, непременно проходитъ двѣ стадіи своего развитія въ качественномъ отношеніи. «Въ началѣ развитія права дѣйствіе главной задачи права—установленіе порядка общежитія—проявляется настолько односторонне, что доминирующей точкой зрѣнія является формальное построеніе жизнен-

⁵⁷⁰⁾ *Geschichte der Quellen* (1888 г.), стр. 125. „Такимъ образомъ у римскихъ юристовъ *aequitas* не есть опредѣленный, единый принципъ; она означаетъ у нихъ прогрессъ въ правообразованіи, цѣлый комплексъ новыхъ основныхъ положеній, противопоставляемый древнему праву, которое не отвѣчало социальнымъ воззрѣніямъ ихъ времени и не удовлетворяло полнѣе развитишемуся обороту“.

⁵⁷¹⁾ *Aktionen* (1873 г.), т. II, стр. 270 „...въ очень многихъ случаяхъ *aequitas* можетъ быть передана, какъ современное убѣжденіе народа...“ См. также *Ernst und Scherz* *ib. uns. Wiss.* (1892 г.), стр. 52 сл.

⁵⁷²⁾ *Pand* (6-ое изд. 1887 г.), т. I, § 28.

⁵⁷³⁾ *Pand* (1893 г.), т. I, § 11.

⁵⁷⁴⁾ „*Das Gerechtigkeitsgefühl fordert von der Rechtsbildung zur Festigung des Gemeinzustands durchgreifende, über das Sonderinteresse hinwegschreitende Maßnahmen...*“ (стр. 64).

ныхъ отношеній. Лишь позднѣе, если право съ этой точки зрѣнія получило послѣдовательное развитіе, беретъ перевѣсъ надъ формальной точкой зрѣнія стремленіе къ матеріальной справедливости, а именно къ точному согласованію юридическихъ формъ съ моментами, дѣйствующими въ жизненныхъ отношеніяхъ, напр. естественными, экономическими, этическими, и право, удовлетворяющее этой потребности, въ противоположность къ праву съ строго формальнымъ характеромъ, получаетъ названіе справедливаго—*aequum*» (стр. 623). Такимъ образомъ, *aequitas* есть «принципъ приближенія къ матеріальной справедливости (*materielle Gerechtigkeit*), какъ руководящая мысль новаго правообразованія, противопоставяемаго строго-формальному гражданскому праву» (стр. 624).— Нужно различать *aequitas* въ ея проявленіи въ законодательствѣ и въ судопроизводствѣ, т. е. *legislatorische* и *judiciale aequitas*. Въ первомъ отношеніи *aequitas* проявляется, главнымъ образомъ, тройко: 1) какъ матеріальная справедливость касательно воли субъекта, полагающая центръ тяжести при обсужденіи законовъ и дѣйствій частныхъ лицъ на моментъ воли, а не на моментъ проявленія воли во внѣ; 2) какъ матеріальная справедливость касательно объекта права, требующая соответственнаго жизненнымъ отношеніямъ распределенія выгодъ и убытковъ; 3) какъ матеріальная справедливость касательно юридическихъ отношеній, возводящая естественныя и нравственныя основанія правъ и обязанностей на степень юридическихъ.—*Judiciale aequitas* проявлялась въ слѣдующемъ. Судьѣ было дано больше простора въ его дѣятельности, чтобы онъ могъ изслѣдовать, что можетъ быть потребовано и что должно быть предоставлено интересентами на основаніи полного принятія во вниманіе всѣхъ моментовъ юридическаго отношенія, по доброй совѣсти (стр. 624 сл.).

Aequitas занимаетъ, по воззрѣнію Гильдебранда, посредствующее положеніе между идеальнымъ *jus naturale*, какъ абсолютнымъ юридическимъ порядкомъ, приложимымъ ко всѣмъ временамъ и народамъ, и дѣйствующимъ *jus civile*. Она заимствуетъ постулаты матеріальной справедливости изъ *jus naturale* и вводитъ ихъ въ *jus civile*. Поэтому нормы *juris aequi* всегда совпадаютъ съ *jus naturale*, отчего эти два понятія очень часто приравниваются другъ къ другу римскими юристами (стр. 625 сл.).

Въ виду всего этого ошибается Фойгтъ, если говорить, что только право, согласное съ возрѣніями общества въ данную эпоху, есть *jus aequum*. Право есть *jus aequum*, если оно удовлетворяетъ требованіямъ «*materielle Gerechtigkeit*», хотя бы народъ еще не понималъ истинности этихъ требованій. Если бы явился въ древнемъ Римѣ законодатель, головой стоящій выше своего времени, и сразу ввелъ вмѣсто древняго цивильнаго права то право, до котораго Римляне доработались гораздо позднѣе, то его произведеніе также должно бы было получить имя *juris aequi*, хотя бы оно не было вовсе согласно съ юридическими возрѣніями общества, современнаго законодателю (стр. 622).

Такимъ образомъ Гильдебрандъ въ сущности отождествляетъ *jus aequum* и *jus naturale*. *Jus aequum* въ его глазахъ есть *jus naturale*, получившее реальное бытіе, принявшее видъ дѣйствующаго, положительнаго права. Само же *jus naturale*, какъ его характеризуетъ нашъ авторъ, есть органическое цѣлое правовыхъ принциповъ и юридическихъ нормъ, которые образуютъ естественный строй человѣческаго общежитія (стр. 605). Нормы эти и принципы вѣчны и неизмѣнны и соответствуютъ матеріальной справедливости (стр. 607 сл.).

Судя по цитатамъ, которыя мы встрѣчаемъ у Гильдебранда, этотъ писатель воспользовался лишь тѣмъ матеріаломъ для установленія нашего понятія, который указанъ въ I-омъ томѣ сочиненія Фойгта. Въ этомъ отношеніи нашъ авторъ, слѣдовательно, ничего новаго не вноситъ въ разработку предмета.—Что же касается содержанія его возрѣній, то намъ нѣтъ нужды входить здѣсь въ его подробный разборъ. Мы уже въ четвертой главѣ и въ настоящей, при критикѣ теоріи Альбрехта, показали, насколько можетъ быть правильно отождествленіе *juris aequi* съ *jus naturale*. Гильдебрандъ, несомнѣнно, правъ, говоря, что въ возрѣніяхъ Фойгта на *aequitas* есть лишь доля правды; но мы, съ своей стороны, прибавимъ, что эта доля правды у Фойгта значительно больше, нежели та частица истины, которая заключается въ соображеніяхъ самого Гильдебранда. Этотъ писатель стоитъ очень далеко отъ пониманія живаго и практическаго принципа римской *aequitas*. Изъ чисто практическаго понятія, руководившаго дѣятельностью наименѣе доктринерныхъ юристовъ въ свѣтѣ, *aequitas* превращается у Гильдебранда въ какой-то школьный, фи-

лософскій принципъ, ничего общаго не имѣющій съ живою дѣйствительностью, со строемъ и потребностями существующаго оборота. Мы, конечно, не ошибемся, если скажемъ, что Гильдебрандовскій законодатель, появившись дѣйствительно въ Римѣ и создавши право, не отвѣчающее практическимъ потребностямъ современнаго ему оборота и непонятное обществу по своимъ руководящимъ идеямъ, потерпѣлъ бы жестокое фiasco, и созданная имъ система права ни въ какомъ случаѣ не была бы признана за *jus aequum*, какой бы естественной она не представлялась ея автору.

Довольно близко къ разобранной только что теоріи стоитъ воззрѣніе на *aequitas*, высказанное Мэнномъ въ его извѣстномъ сочиненіи о древнемъ правѣ⁵⁷⁵). По мнѣнію Мэна, *aequitas* есть та черта, которая является общею между исторически развившимся *jus gentium* и составлявшимъ теоретическое вѣрованіе римскихъ юристовъ *jus naturale*. Въ области *juris gentium* принципъ *aequitatis* проявляется въ нивелированіи (*levelling*) различій, узаконенныхъ гражданскимъ правомъ при регулированіи жизненныхъ отношеній, а въ области *juris naturalis* его дѣйствіе сводилось къ сглаживанію аномалій въ нормахъ права, къ сообщенію имъ характера простоты и симметричности. Ни въ какомъ случаѣ, думаетъ Мэнъ, нельзя видѣть въ *aequitas* принципа равенства въ правѣ, тождественнаго или подобнаго принципу *ισότης* въ греческой философіи. — *Jus aequum* и *jus naturale* является тождественными также и по воззрѣнію Шуллана⁵⁷⁶). — Извѣстное матеріальное содержаніе вкладываетъ, по видимому, въ понятіе *aequitas* также и туманный Кунтце. Онъ понимаетъ подъ *aequitas* совокупность «новыхъ творческихъ импульсовъ», которые поднимаютъ состояніе права надъ *juris subtilitas*: если при *juris subtilitas* связь институтовъ права съ основной идеею права и связь отдѣльныхъ нормъ права съ юридическими институтами является связью чисто «логическаго рода», то при господствѣ *aequitatis* эта связь получаетъ «свободный органическій характеръ»; система права исходитъ въ послѣднемъ случаѣ «хотя вообще изъ данныхъ фундаментовъ (*strictum jus*), но однако за ихъ предѣлы»⁵⁷⁷).

⁵⁷⁵) *Ancient law*, изд. 5 (1874 г.), стр. 58—61.

⁵⁷⁶) Учебникъ исторіи римскаго права (вѣи. изд. 1886 г.), § 28.

⁵⁷⁷) См. *Institutionen*, (2-ое изд., 1879 г.), § 20; *Excursus*, (2-ое изд., 1880 г.) стр. 21 сл., 340 сл.

Особое воззрѣніе на содержаніе нашего понятія встрѣчаемъ мы въ IV-омъ томѣ сочиненія Лейста (Leist) «*Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse*», носящемъ специальное названіе «*Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechtes*» и появившемся въ 1877 году. Хотя Лейсть пишетъ книгу не специально о римскомъ правѣ, а о вопросахъ общей теоріи гражданского права, но онъ исходитъ почти вездѣ и въ особенности при опредѣленіи понятія *aequitas*, изъ римскаго права, почему мы привлекаемъ его трудъ въ нашъ литературный очеркъ.

Лейсть хочетъ опредѣлить въ своей книгѣ сущность тѣхъ элементовъ, которые вообще подлежатъ вѣдѣнію науки права, установить значеніе каждаго изъ нихъ и указать каждому соответствующее мѣсто. Такихъ элементовъ онъ насчитываетъ пять: легальный, логическій, гипостатическій, историческій и философскій. Для насъ интересъ представляетъ гипостатическій элементъ. Этимъ именемъ Лейсть называетъ совокупность гипостазей, т. е. основъ юридическаго порядка у каждаго народа (§ 29). Существуетъ пять такихъ гипостазей. 1) *Naturalis ratio*. Объясненію того, что такое *naturalis ratio* и какой смыслъ имѣетъ это выраженіе у римскихъ юристовъ, посвящена большая часть книги Лейста (стр. 1—155). По мнѣнію нашего автора «*naturalis ratio* есть... реальное въ социальныхъ отношеніяхъ; и притомъ—въ противоположность къ... *regum* или *rei natura*, которая означаетъ только фактически существующее,—*naturalis ratio* означаетъ точнѣе: органически-реальное, т. е. реально данное въ организмѣ социальныхъ отношеній и, какъ такое, познаваемое человѣческимъ разумомъ. Другими словами, *naturalis ratio* есть не только фактическая *natura* (*regum*), но познанный разумомъ порядокъ реальной *natura*» (стр. 8). 2) *Civilis ratio*. Подъ этимъ элементомъ слѣдуетъ разумѣть то, «что дано въ гражданствѣ и національномъ сообществѣ» (стр. 168). 3) *Utilitas*. Для цѣлаго ряда нормъ мотивомъ, опредѣляющимъ ихъ содержаніе, является исключительно достиженіе какой нибудь опредѣленной цѣли. Это право, основанное на *utilitas*, не всегда есть *jus singulare*, являющееся исключеніемъ изъ какой либо *ratio naturalis* или *civilis*, но образуется въ очень широкомъ видѣ также и рядомъ съ правомъ, основаннымъ на этихъ *rationes* (§ 32). 4) *Das voluntare Element*. Первые три гипостазиса права стоятъ объективно надъ индивидуумомъ;

эта же четвертая основа или матерія права есть творческая сила самого индивидуума, человѣка, которая именно въ сферѣ частно-правовыхъ отношеній между людьми создаетъ неисчерпаемый матеріалъ для права (§ 33). 5) Наконецъ, пятой гипостазью права является *aequitas* (§§ 34—36). *Aequitas* есть нѣчто совершенно отличное отъ *genum natura*, *naturalis ratio*, *utilitas* и отъ *das voluntate Element*. Она является особою составною частью гипостатическаго элемента. Понятіе *aequitas* можно установить только путемъ анализа его примѣненія во всѣхъ возможныхъ частныхъ случаяхъ у римскихъ юристовъ. Этого именно не сдѣлалъ Фойгтъ въ своемъ сочиненіи, касающемся *juris aequi*, почему въ догматическомъ отношеніи трудъ его не привелъ въ сущности ни къ какимъ результатамъ (стр. 192, пр. 2).

Римскіе юристы, утверждаетъ Лейбъ, часто совершенно безразлично (*prolisce*) употребляютъ выраженія «*aequum* и *humanum*». Это подтверждается, если прослѣдить примѣненіе этихъ понятій въ отдѣльныхъ случаяхъ. Исходя изъ этого факта, мы можемъ опредѣлить *aequitas*, какъ «гуманность въ области социальнаго порядка (*die Humanität im Gebiete der socialen Ordnung*)» (стр. 192). «Гуманность есть понятіе, которое существуетъ столько же времени, сколько и родъ человѣческой. Человѣкъ съ самыхъ раннихъ поръ признаетъ въ другомъ человѣкѣ себѣ подобнаго. Что всѣ люди подобны другъ другу, что человѣкъ организованъ иначе, чѣмъ звѣрь,—это покоится на реальномъ порядкѣ природы (*reale Naturordnung*), на *naturalis ratio*» (стр. 193 сл.). Несмотря на всѣ различія въ социальномъ положеніи людей, на различія въ природныхъ способностяхъ, въ полѣ, услугѣхъ, прилежаніи, счастіи отдѣльныхъ индивидуумовъ,—несмотря на все это, даже самый грубый человѣкъ видитъ во всякомъ другомъ человѣкѣ своего брата, и внутренній голосъ говоритъ ему: «ты человѣкъ, слѣдовательно ты долженъ со всѣми тебѣ подобными обходиться человѣчно». «Такимъ образомъ, мы получаемъ понятіе «человѣчности», «гуманности», которая по необходимости есть чувство «равенства» (*Gleichheitsgefühl*), т. е. *aequitas*» (стр. 194).

Aequitas, такимъ образомъ, вовсе не есть правосознаніе народа. Напротивъ, она постоянно стоитъ надъ правомъ и производитъ его оцѣнку. Она существовала и проявляла свое дѣйствіе съ самаго

возникновѣнія права и непрестанно совершенствуется и развивается по мѣрѣ прогресса общества. Она не имѣетъ цѣлью уравненія всѣхъ людей и ихъ правъ (Gleichmachung), но одинаково человѣчно е отношеніе со стороны права ко всѣмъ людямъ, при всемъ неравенствѣ житейскихъ отношеній и юридическаго положенія отдѣльныхъ лицъ (gleichmenschliche Behandlung Aller unter dem Recht) (стр. 196).

Отсюда ясно, что aequitas не всегда является въ видѣ benignitas; такъ какъ она должна ко всѣмъ относиться безпристрастно (suum cuique tribuere), то отъ нея требуется достаточно строгое отношеніе ко всему дурному; существуетъ, слѣдовательно, и строгая aequitas.

Римскіе юристы, благодаря своей тонкой разработкѣ aequitatis, возвели особое грандіозное зданіе цивилистической нравственности (civilistische Sittlichkeit). Немногое здѣсь содержатъ въ себѣ дѣйствительно новообразованія, существованіе которыхъ нужно свести къ особо свободному положенію римскихъ юристовъ, имѣвшихъ возможность въ силу *jus respondendi* создавать совершенно новое право. Въ остальныхъ случаяхъ они оперируютъ на почвѣ существующаго положительнаго права. Они разрабатываютъ aequitas въ трехъ направленіяхъ: въ направленіи оцѣнки индивидуальности и достоинства личностей; въ направленіи объективнаго уравненія того, что противорѣчитъ принципу aequitatis въ отношеніяхъ между людьми; и въ направленіи примѣненія права къ отдѣльнымъ случаямъ въ духѣ aequitatis⁵⁷⁸⁾. Я называю эти три направленія, говорить Лейбъ, die subjectivschätzende, die objectivschätzende и die rechtanwendende Aequität (стр. 198). Нѣмецкое выраженіе Billigkeit относится исключительно къ rechtanwendende Aequität.

Ни современному судѣ, ни современной юриспруденціи нельзя отказывать въ правѣ примѣнять aequitas въ томъ смыслѣ, какъ ее примѣняли Римляне, если только оставить въ сторонѣ вышеупомянутыя совершенно новыя положенія, выработанныя римскими юри-

⁵⁷⁸⁾ Считаю необходимымъ привести нѣмецкій текстъ этихъ тяжелыхъ и неясныхъ фразъ: „Sie bauen die Aequität nach drei Richtungen aus: nach der Richtung der Schätzung der Individualität und des Werthes der Persönlichkeiten; nach der der objectiven Ausgleichung des in den Verhältnissen dem Aequitätsgedanken Widersprechenden; und nach der der Rechtsdurchführung im Sinne der Aequität.“.

стами въ силу ихъ *jus respondendi*. (Это—по терминологіи источниковъ—*aequitas naturalis* въ тѣсномъ смыслѣ въ противоположность къ *aequitas civilis*. L. 1 § 1 D. 47, 4). *Aequitas* есть элементъ, оживляющій право нравственной теплотой, который постоянно долженъ поддерживаться въ своемъ дѣйствіи. «Большое значеніе, которое имѣетъ *aequitas*, какъ самостоятельный гипостатическій элементъ, она можетъ сохранить лишь при томъ условіи, если юриспруденція будетъ умѣть формулировать ее всегда въ томъ духовно свободномъ и въ то же время консервативномъ смыслѣ, который является отличительной чертой римской разработки *aequitatis*» (стр. 201).

Въ подтвержденіе правильности своихъ взглядовъ на существо *aequitatis* Лейстъ не дѣлаетъ тщательнаго и полнаго анализа всѣхъ рѣшеній, содержащихъ въ себѣ ссылку на наше понятіе, хотя самъ считаетъ этотъ путь единственнымъ, ведущимъ къ цѣли. Онъ ограничивается тѣмъ, что прилагаетъ въ концѣ своей книги, какъ онъ самъ выражается, «хрестоматию» относящихся сюда источниковъ, случайно имъ собранныхъ и расположенныхъ по отдѣльнымъ постулатамъ *aequitatis*, какъ ихъ понималъ Лейстъ. Сюда входятъ не только фрагменты, ссылающіеся на *aequitatis*, но и такіе, гдѣ содержится указаніе на *humanitas*, *benignitas*, *natura rerum* и т. п. понятія. Пояснительный комментарий къ этимъ фрагментамъ почти совсѣмъ отсутствуетъ. Мы передаемъ дальше сущность этихъ постулатовъ *aequitatis* въ почти буквальномъ переводѣ.

A. *Subjectivschätzende Aequität*. 1) Устраненіе *dolus* и знанія другихъ лицъ. Чужой *dolus* не долженъ мнѣ вредить или приносить выгоду. 2) *Grave est fidem fallere; fides contractus*. 3) Отвѣтственность за то и притязанія соотвѣтственно тому, что гармонируетъ съ предположеніями и отношеніями другаго лица. 4) Отвѣтственность за собственные *facta* или за раньше сдѣланныя распоряженія. 5) Согласіе между собственнымъ знаніемъ существенныхъ обстоятельствъ или обязанностью ихъ знать, и дѣйствіемъ. 6) Принятіе во вниманіе вѣроятной воли въ тѣхъ случаяхъ, когда прежнее положеніе вещей не можетъ быть воспроизведено. 7) До наступленія какого нибудь отношенія, обусловливающаго отвѣтственность, никто не несетъ никакого ущерба. 8) Фактическое заблужденіе извинительно, тогда какъ *error juris* не извиняется. 9) Притязаніе на полученіе того, что должно быть тотчасъ же возвращено,

не дозволяется. 10) Изъ собственнаго деликта никто не долженъ извлекать никакой выгоды, также какъ изъ деликта домохадцевъ. 11) Неодобрение *calliditatis* и *protrevitatis* даже въ тѣхъ случаяхъ, когда нормы права отсутствуютъ, или еще должны быть изданы, или когда точка зрѣнія *bonae fidei* является недостаточной. 12) Защищаемое или покровительствуемое положеніе извѣстныхъ лицъ или отношеній. 13) Возможная неприкосновенность индивидуальной свободы и произвольныхъ движеній (*der Einzelfreiheit und der activen Spontaneität*) личности. 14) *Aequitas* на основаніи *naturalis ratio* (напр. реформа порядка наслѣдованія *ab intestato*).

B. Objectivschätzende Aequität. 1) Общее положеніе: *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiozem*. 2) Равенство эвентуальностей. За выгоду изъ отношенія слѣдуетъ принимать на себя связанные съ нимъ расходы и вообще присоединяющееся *damnum* и *onus*, и наоборотъ: если кто либо долженъ нести *damnum* изъ извѣстнаго отношенія, то онъ долженъ принимать участіе и въ *lucrum*. 3) При коллизіи двухъ юридическихъ притязаній, покрывающихъ другъ друга вполнѣ или отчасти, матеріально тождественное не можетъ быть осуществлено дважды. Наоборотъ, тѣ притязанія, которыя взаимно не покрываются, должны быть по требованію *aequitatis* разъединяемы. 4) Стоящія въ связи обстоятельства должны быть рассматриваемы отдѣльно отъ другихъ, къ нимъ не принадлежащихъ. 5) Положеніе «*casum sentit dominus*» въ его воздѣйствіи на обязательственныя отношенія. 6) Противопоставленіе (*Gegenstellung*) вещей и ихъ цѣны. 7) Правомочіе на вещь *ex pretio soluto*. Вознагражденіе деньгами за частичныя правомочія на вещи. Необходимость реституировать цѣлую вещь замѣнивъ ея части (составляющей первоначальный объектъ долга) требуетъ уравненія въ деньгахъ. 8) Матеріальное покрытіе притязанія (*pro soluto esse*) черезъ цѣнность, полученную изъ чужаго имущества, или черезъ эквивалентъ предоставленія. Наоборотъ: покрытіе потерь изъ имущества цѣною. 9) Льготное *jus singulare* для уравненія цѣнности вещи и цѣны (L. 2 C. 4, 44). 10) Матеріальное значеніе *restituere* (L. 38 § 4 D. 22, 1). 11) Лицо, вполнѣ удовлетворенное въ своемъ притязаніи, не можетъ болѣе осуществлять формально обоснованныхъ правъ и должно уступить свои остальные права, относящіяся сюда же, но для него бесполезныя, лицу, про-

изведшему удовлетвореніе. 12) Внутреннее различіе матеріально-собственнаго приобрѣтенія отъ приобрѣтенія черезъ вступленіе въ права другаго лица. Противоположеніе двухъ различныхъ основныхъ принциповъ *aequitatis* (L. 8 § 7—10 D. 20, 6).

C. *Rechtanwendende Aequität*. 1) Общія положенія. а) Равно-распредѣляющая справедливость сдѣлалась совершенно необходимою частью нашего юридическаго порядка, съ тѣхъ поръ какъ въ индо-европейской семьѣ народовъ по мѣрѣ усиленія государства на мѣсто самозащиты выступила все прочтѣе и детальнѣе организуемая юридическая охрана со стороны общества, берущаго подъ свою гарантію примѣненіе права. б) Тогда какъ въ *civilis ratio* находитъ свое выраженіе преимущественно національный элементъ, въ правопримѣняющей *aequitas* развивается та нивелирующая тенденція, которая затѣмъ сообщается вообще всему праворазвитію. Всякая гуманность, всякое чувство равенства по необходимости дѣйствуютъ космополитически. в) Правопримѣняющая *aequitas* прежде всего обращаетъ вниманіе на то, чтобы дѣла были вообще начинаемы судебнымъ порядкомъ. д) Съ другой стороны *aequitas* должна способствовать возможному уменьшенію числа процессовъ. е) Вообще все примѣненіе права должно совершаться со справедливымъ безпристрастіемъ и, гдѣ нѣтъ никакихъ основаній противъ этого, со снисхожденіемъ (*Benignität*). ф) Гдѣ, однако, *aequitas* вступаетъ въ противорѣчіе съ положеніями *naturalis ratio* или положительнаго права, тамъ необходима помощь полномочнаго магистрата или законодателя. 2) Строгая *aequitas* въ противоположность къ *benignitas* въ узкомъ смыслѣ... Главная руководящая мысль строгой *aequitas* состоитъ въ слѣдующемъ: что случилось бы со мною при извѣстныхъ обстоятельствахъ, то я могу примѣнить и къ другимъ при тѣхъ же обстоятельствахъ; и наоборотъ: того, къ чему я не могу быть принужденъ, я не могу вынуждать отъ другаго лица, или: къ чему я не могу съ своей стороны юридически принудить, то не должно считаться и для обязанной стороны существующимъ (юридически—принудительнымъ) отношеніемъ. 3) Снисходительное (*benigne*) толкованіе законовъ и фактовъ. 4) *Arbitrium boni viri*; судейское *arbitrium*; безпристрастіе судьи. 5) Особенно покровительственная аргументація для установленія или улучшенія исковой защиты (отсюда иногда *aequum* въ значеніи законодательно - желательнаго, цѣлесообразнаго). 6) Иски,

специально построенные на *bonum* и *aequum*. 7) Юридическая защита должна быть обращена против тѣхъ лицъ, противъ которыхъ она направлена прежде всего (*von vorn herein*). Если отпадаетъ то лицо, противъ котораго прежде всего направлена юридическая защита, то эта защита можетъ принять совсѣмъ иной видъ, будучи организуема противъ преемника правъ того лица. 8) Никакой юридической защиты раньше времени. Развитие потребности въ *cautiones* относительно будущаго времени. 9) Допущеніе защиты и эксцепцій. 10) Компенсация. Основой ея является правопрямляющая *aequitas*: признаніе нашего интереса, въ случаѣ если мы имѣемъ взаимное требованіе, лучше не платить, чѣмъ требовать обратно. 11) *Obligatioes naturales* (последнее слово о которыхъ еще не сказано наукой). 12) Распредѣленіе *onus probandi* (L. 12, 13 D. 23, 3). 13) Провизорныя мѣропріятія; дѣйствія, предписанныя властью, въ противоположность къ совершеннымъ произвольно (L. 21 § 3 D. 49, 1. L. 49 D. 10, 2). 14) Гуманность въ исполненіи судебныхъ рѣшеній.

Обращаемся къ критикѣ теоріи Лейста.—Прежде всего, мы должны замѣтить, что своей «хрестоматіей», содержаніе которой мы только что изложили, Лейстъ вовсе не доказалъ, по нашему мнѣнію, правильности своего возрѣнія на *aequitas*. Нѣкоторые изъ постулатовъ *aequitatis* подмѣнены имъ вѣрно; бѣольшая же часть представляется намъ совершенно неясной въ той редакціи, которую имъ придалъ Лейстъ. На объяснительный текстъ въ своей хрестоматіи Лейстъ поспешилъ. Отсюда подчасъ очень трудно понять, въ чемъ состоитъ какой-либо постулатъ, отмѣченный авторомъ. Связь отдѣльныхъ постулатовъ между собою является нерѣдко весьма трудно уловимой. Сущность трехчленнаго дѣленія *aequitatis* неясно характеризована въ текстѣ книги и не очень много помогаетъ ея уясненію также изученіе «хрестоматіи». Соответственно этому и связь, существующая между каждой изъ трехъ частей хрестоматіи и общимъ понятіемъ *aequitatis*, какъ его формулируетъ Лейстъ, въ изложеніи нашего автора является совершенно невыясненной. Лейстъ жестоко ошибся, по нашему мнѣнію, думая своей беспорядочно набросанной хрестоматіей подтвердить выставленное имъ опредѣленіе *aequitatis*, и этимъ нужно объяснить, конечно, тотъ фактъ, что всѣ соображенія Лейста объ *aequitas* прошли почти совершенно незамѣченными въ нѣмецкой литературѣ. — Матеріала, содержащагося въ источни-

кахъ для установленія понятія *aequitas*, Лейстъ далеко не исчерпалъ. Онъ цитируетъ около 250 мѣстъ, содержащихъ въ себѣ ссылку на *aequitas*, тогда какъ ихъ въ однихъ Дигестахъ свыше 450.— Въ составъ обрабатываемаго матеріала привлечены, далѣе, фрагменты, ссылающіеся на *humanitas*, *benignitas* и т. д. Нужно было-бы прежде доказать, что это—понятія, тождественныя съ *aequitas*. Хотя Лейстъ и утверждаетъ, что въ источникахъ *humanitas* и *aequitas* употребляются *promiscue*, но это такъ и остается голымъ утвержденіемъ. Мы, съ своей стороны, можемъ замѣтить только, что въ тѣхъ фрагментахъ, гдѣ одновременно цитируется *humanitas* и *aequitas*, эти понятія представляются раздѣльными и предъявляющими къ юристу требованія различнаго содержанія. Таковы выраженія Павла въ L. 85 (84) D. 28, 5 (стр. 97 выше) и имп. Марка Аврелія у Ульпіана въ L. 37 D. 40, 5 (см. объ этомъ фрагментѣ прим. 559 выше); если выраженіе *<durum est>* равносильно съ *<inhumanum est>*, то сюда же нужно отнести также L. 13 D. 23, 3 *Caesar noster ap. Celsum* и L. 77 § 29 D. 31 *Papinianus*. Если можно *aequitas* ставить въ связь съ какимъ-либо понятіемъ, то только съ *utilitas*, насколько подъ нею разумѣется общее благо, а не *utilitas singulorum* (напр., *fisci* въ L. 47 § 1 D. 49, 15). Это нами и сдѣлано: въ тѣхъ случаяхъ, когда въ одномъ и томъ же фрагментѣ называются оба эти понятія, они дѣйствительно или прямо ставятся въ тѣсную связь между собою, или же употребляются *promiscue* ⁵⁷⁹⁾. Это приводитъ насъ къ последнему замѣчанію. Самая формула, избранная Лейстомъ для опредѣленія понятія *aequitas*, предоставляется намъ очень неудачной. Если *aequitas* есть принципъ формальнаго равенства всѣхъ передъ закономъ въ смыслѣ одинаково безпристрастнаго отношенія законодателя къ притязаніямъ всѣхъ членовъ общества, то такъ и нужно было бы ее опредѣлить. При характеристикѣ же ея словами *<гуманность въ области соціального порядка>* въ умѣ читателя невольно

⁵⁷⁹⁾ L. 20 § 1 C. 8, 50. (стр. 21) L. 2 D. 1, 4. (прим. 544) L. 33 § 2 D. 3, 3. (пр. 17) L. 1 pr. D. 14, 1. (пр. 39) L. 9 pr. D. 39, 2. (стр. 54) L. 5 pr. D. 44, 7. L. 1 C. 10, 68 (пр. 189). Ср. также *Auct. ad Herennium* II, 13, 20. *Ex aequo et bono jus constat, quod ad veritatem et utilitatem communem videtur pertinere. Fr. Do-sitheum* 1. *Quod enim bonum et aequum est omnium utilitati convenit.* (Huschke, *Jurisp. antejust.* стр. 425). Текстъ послѣдняго фрагмента не является, впрочемъ, вполне надежнымъ; см. о немъ *Voigt, Jus nat.*, I стр. 617 — 630.— Ср. съ этимъ замѣчаніемъ Лейста, l. c., стр. 179.

возникаетъ представленіе о принципѣ, требующемъ матеріальнаго уравниенія правъ всѣхъ членовъ общества и отсутствія въ правѣ нормъ строгихъ и унижающихъ человѣческое достоинство. Хотя Лейстъ и увѣряетъ, что бываетъ и строгая справедливость, но это не вяжется со словами, употребленными въ его общей формулѣ. На стр. 197 своей книги Лейстъ говоритъ, пытаясь точнѣе передать свое воззрѣніе на наше понятіе, что «*aequitas* есть не нивелированіе, не уравниеніе человѣческихъ отношеній и предоставленій (*Verhältnisse und Leistungen*), но провѣрка всѣхъ отношеній съ безпристрастной точки зрѣнія одинаковости и равноцѣнности человѣческой природы». Въ этихъ словахъ можно видѣть намекъ на тѣ два различныя требованія, которыя, какъ мы сказали въ концѣ четвертой главы, могутъ быть предъявлены къ законодателю на основаніи факта равенства всѣхъ членовъ общества по ихъ человѣческой природѣ. Но Лейстъ именно, только намеками и ограничивается. Онъ недостаточно развилъ свою мысль и не выяснилъ точно, въ чемъ состоится «провѣрка всѣхъ отношеній съ безпристрастной точки зрѣнія одинаковости и равноцѣнности человѣческой природы» и ея отличіе отъ «нивелированія и уравниенія человѣческихъ отношеній и предоставленій».

Изъ числа новѣйшихъ романистовъ мы знаемъ только одного, который высказываетъ въ общихъ чертахъ совершенно правильный взглядъ на сущность римской *aequitas*. Именно, Герингъ въ I-ой ч. II-го т. своего «*Geist des röm. Rechts*»⁵³⁰) § 29 слѣдующимъ образомъ высказывается о нашемъ понятіи. Римская *aequitas*, по его мнѣнію, есть ничто иное, какъ принципъ равенства всѣхъ передъ закономъ. «Равенство передъ закономъ предписывается идеей справедливости (*der Gerechtigkeit*); что одинаково по своей природѣ, къ тому долженъ одинаково относиться и законъ» (стр. 90). Это равенство передъ закономъ понимается Римлянами такъ, что оно не должно стѣснять свободы, не должно мѣшать развитію естественныхъ неравенствъ въ положеніи отдѣльныхъ гражданъ. Право равное для всѣхъ не создаетъ только и с к у с т в е н н ы хъ неравенствъ, т. е. не содержитъ нормъ, которыя поощряютъ развитіе однихъ лицъ и классовъ общества насчетъ другихъ. Разъ только спеціальныя нормы для отдѣльныхъ лицъ и классовъ общества не

⁵³⁰) Первое изданіе этого сочиненія появилось въ 1852—1865 гг. Мы цитируемъ по 4-му—5-му изд. 1880—1891 г.

обуславливаются внутренними различіями въ ихъ естественномъ положеніи и не вызываются благомъ всего государства, то эти нормы не имѣютъ доступа въ справедливое право (стр. 90, 96).— «Древнее римское право стремится не меньше, чѣмъ новое, къ установленію равенства (*aequum jus, aequitas*)» (стр. 90 сл.). Если же, тѣмъ не менѣе, древнее право часто является въ глазахъ позднѣйшихъ римскихъ поколѣній несправедливымъ (*summum jus summa injuria*), такъ что даже позднѣйшее право усваиваетъ выраженіе «*aequum jus*» только для себя, то это объясняется многими причинами. Съ теченіемъ времени измѣнился строй жизненныхъ отношеній; то, что прежде могло считаться одинаковымъ, теперь должно было по необходимости подлежать разнымъ нормамъ. Далѣе, по мѣрѣ прогресса развивалась также способность различать одинаковое отъ неодинаковаго, чувство справедливости сдѣлалось тоньше (стр. 91). Наконецъ, древнее римское право часто сознательно избѣгало всякихъ изыятій изъ общихъ нормъ; боясь установить ненавистное народу искусственное неравенство, оно закрывало иногда глаза на естественныя неравенства тамъ, гдѣ они были, право находилось подъ чрезмернымъ господствомъ абстрактной нормы и не давало судѣ никакого простора при ея примѣненіи (стр. 92 сл.).

Мы не имѣемъ почти ничего возразить противъ этой теоріи Іеринга. Главнымъ недостаткомъ въ изложеніи этого ученаго является почти полное отсутствіе доказательствъ изъ источниковъ въ подтвержденіе того, что Римляне подъ словомъ *aequitas* разумѣли дѣйствительно принципъ формальнаго равенства всѣхъ передъ закономъ, какъ его охарактеризовалъ Іерингъ. Іерингъ цитируетъ лишь извѣстное намъ мѣсто Цицерона *Top. 4: aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat*, упомянутыя въ 4-й главѣ выраженія Тацита и Ливія по поводу законовъ XII таблицъ, и въ качествѣ motto къ своей главѣ о принципѣ равенства ставитъ пассажъ изъ *Cic. de off. II, 12, 41, 42*, приведенный нами при разборѣ теоріи Фойгта. Но, во-первыхъ, всѣ эти выраженія названныхъ писателей имѣютъ слишкомъ общій характеръ; во-вторыхъ, всѣ они принадлежатъ не юристамъ. Наша работа привела насъ, въ сущности, къ тѣмъ же результатамъ, къ которымъ пришелъ Іерингъ, но мы надѣемся, что эти выводы являются въ нашей монографіи достаточно обоснованными детальнымъ изученіемъ юридическихъ источниковъ и такимъ образомъ вос-

полняютъ серьезный пробѣлъ въ современной литературѣ по римскому праву.

Намъ остается сказать въ заключеніе объ одной книгѣ, въ недавнее время (1888 г.) появившейся на итальянскомъ языкѣ и, судя по заглавію, касающейся близко избранной нами темы. Эта книга принадлежитъ перу адвоката *Federico de Cola* и носить названіе «*Lo stretto diritto e l'equità nel diritto romano*». Однако, несмотря на такое многообъщающее заглавіе, книга эта не содержитъ ровно никакихъ данныхъ по нашему вопросу. Она является, въ сущности, довольно элементарной компиляціей неопредѣленнаго содержанія. На первыхъ страницахъ авторъ опредѣляетъ роль *aequitatis* въ правѣ слѣдующимъ образомъ: *aequitas* руководитъ судьей въ томъ случаѣ, если примѣняемая имъ къ частному случаю норма не предусматриваетъ существенныхъ особенностей этого случая и должна быть приноровлена къ нимъ; отъ законодателя *aequitas* требуетъ измѣненія нормъ права въ случаѣ ихъ несовершенства. Никакими доказательствами изъ источниковъ это опредѣленіе не сопровождается. — Дальнѣйшее изложеніе раздѣлено на три части. Въ первой, которая носитъ названіе: «*Lo stretto diritto e l'equità nella interpretazione delle leggi, e nel loro progressivo sviluppo*», мы находимъ рядъ случайно выбранныхъ примѣровъ, которые должны иллюстрировать процессъ смягченія римской юриспруденціей слишкомъ формальныхъ нормъ права. Тутъ мы встрѣчаемъ, напр., изложеніе спора Сабиніанцевъ и Прокуліанцевъ о судьбѣ *a. poxalis* въ случаѣ перехода виновнаго раба въ собственность потерпѣвшаго, исторію возникновенія *a. Publiciana in rem*, характеристику четырехъ формъ легата и исторію ихъ сліянія и т. п. Замѣчательно, что почти ни въ одномъ изъ этихъ примѣровъ мы не встрѣчаемъ ссылки источниковъ на *aequitas*, какъ на основаніе излагаемой реформы въ правѣ. — Во второй части мы встрѣчаемъ элементарно изложенную исторію развитія римской системы контрактовъ. — Въ третьей и послѣдней намъ предлагается исторія римскаго гражданскаго процесса въ неменѣе краткомъ и элементарномъ изложеніи. — Для какой цѣли предназначалъ авторъ этотъ трудъ, — остается для насъ загадкой. Это не элементарный учебникъ исторіи римскаго права, но также и не научная монографія съ опредѣленнымъ предметомъ для самостоятельнаго изслѣдованія.

О Г Л А В Л Е Н И Е.

Стран.

ГЛАВА I. Предварительныя замѣчанія. Общее опредѣленіе понятій <i>aequitas</i> и <i>aequum jus</i>	1
ГЛАВА II. Первый постулатъ <i>aequitatis</i> . <i>Aequitas</i> требуетъ, чтобы право при опредѣленіи того, какія потребности и въ какой формѣ должны получать юридическую охрану, стояло выше желаній и притязаній отдѣльныхъ лицъ и классовъ общества, и руководилось соображеніями общаго блага всѣхъ гражданъ.....	10
А. Выработка новыхъ нормъ и реформа старыхъ согласно требованіямъ общаго блага.....	22
В. Безпристрастное приимѣненіе и разработка существующихъ въ правѣ нормъ согласно съ идеями, лежащими въ ихъ основѣ.	75
ГЛАВА III. Второй постулатъ <i>aequitatis</i> . <i>Aequitas</i> требуетъ, чтобы право предоставляло каждому субъекту полную самостоятельность и независимость въ сферѣ субъективныхъ гражданскихъ правъ, которыя приобрѣтены имъ на основаніи нормъ, выработанныхъ въ соотвѣтствіи съ требованіями общаго блага всѣхъ гражданъ. .	159
А. Предупрежденіе правонарушеній и устраненіе вредныхъ послѣдствій отъ состоявшихся правонарушеній	162
В. Принципъ отвѣтственности каждаго члена общества только за самого себя	171
С. Принципъ автономности воли каждаго субъекта правъ въ его гражданско-правовой сферѣ	199
Д. Принципъ репрессіи неосновательнаго обогащенія	223
ГЛАВА IV. Понятіе <i>aequitas</i> въ исторической перспективѣ. Отношеніе между <i>jus aequum</i> и <i>jus naturale</i>	262
ГЛАВА V. Характеристика современной литературы по вопросу объ опредѣленіи понятія <i>aequitas</i> въ римской юриспруденціи	277

О П Е Ч А Т К И.

<i>Стр.</i>	<i>Строка:</i>	<i>Напечатано:</i>	<i>Следуетъ:</i>
7	4 снизу	L. 668 D. 30	L. 66 D. 30.
8	16 св.	quisue	quisque
20	6 "	objecitis	objectis
30	9 "	relevari	relevare
41	11 "	Kорреуне	Kарреуне
47	19 "	separatsim	separatim
55	12 "	possessio... personae	possessio... personae
72	2 св.	derlen	der
80	2 "	ноксальной	ноксальной
84	20 св.	actionis	actiones
87	13 "	incont umeliam	in contumeliam
89	5 св.	quidem	quidam
91	1 "	praetorum	praetorem
108	15 св.	cautiones	cautionis
126	6 "	эдиловъ	эдиловъ
135	9 св.	eteinm	etenim
144	9 св.	нѣры	нормы
169	5 св.	нмѣрегъ	нмѣють
179	11 св.	С	Si
207	10 св.	домъ, а домъ банка	долгъ, а долгъ банка
211	11 св.	нанесеніе	на песеніе
219	8 "	такъ же	также
235	8 св.	sumptuum	sumptum
235	9 "	fructum	fructuum
253	20 св.	чужденія	отчужденія
257	19 св.	L. 1 C. 4, 52	L. 1 C. 4, 51
258	16 "	L. 28 § 7	L. 38 § 7
260	14 св.	L. 12 § 1 D. 20, 1	L. 12 § 1 D. 20, 5.
269	1 "	Julianus	Marcellus
282	9 "	aequabūttas	aequabilitas
285	6 "	Bechts	Rechts

