НАТУРАЛЬНЫЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

ПО РИМСКОМУ ПРАВУ.

Изслѣдованіе

Venjamin Nikolaevich Khvostov

В. М. Хвостова,

приватъ-доцента Императорскаго Московскаго Университета.

МОСКВА.

Университетская типографія, Страстной бульваръ.

1898.

Изъ „Ученыхъ Записокъ“ Императорскаго Московскаго Университета,
отдѣлъ Юридическій.

NOV 4 1920

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

ГЛАВА I. Предметъ изслѣдованія. Литература вопроса... 1
ГЛАВА II. Натуральныя обязательства раба 63
I. Обязательство, по которому рабъ является должникомъ своего господина... 102
II. Обязательство, по которому господинъ является должникомъ своего раба..... 127
III. Обязательство, по которому рабъ является должникомъ третьяго лица..... 146
IV. Обязательство, по которому рабъ является кредиторомъ третьяго лица... 162
ГЛАВА III. Натуральныя обязательства подвластнаго сына..... 170
I. Обязательственныя отношенія подвластнаго сына къ третьимъ лицамъ, къ домовладыкѣ и къ другимъ подвластнымъ того же домовладыки 170
II. Senatusconsultum Macedonianum.. 214
ГЛАВА IV. Натуральныя обязательства лицъ, состоящихъ подъ опекой или подъ попечительствомъ 266
I. Impuberes.. 266
II. Mulieres..... 305
III. Furiosi..... 306
IV. Prodigi 314
V. Minores XXV annis..... 316
ГЛАВА V. Натуральныя обязательства, которыя возникаютъ изъ договоровъ, не удовлетворяющихъ формальнымъ условіямъ..... 327
I. Pactum nudum 327
II. Promissio post mortem..... 352
ГЛАВА VI. Натуральныя обязательства, въ основѣ которыхъ лежатъ требованія морали или приличія..... 353
I. Operae officiales либерта..... 353
II. Натуральная обязанность къ предоставленію приданаго или алиментовъ..... 359
III. Натуральная обязанность къ уплатѣ легатовъ и фидеикомиссовъ..... 364
IV. Obligatio naturalis ad remunerandum..... 368
V. Натуральная обязанность къ подаркамъ между родственниками и къ предоставленію наслѣдства..... 373
VI. Обязанность платить проценты..... 375
VII. Beneficium competentiae и actio de peculio..... 378

Стр.

ГЛАВА VII. Натуральныя обязательства въ результатѣ предъявленія иска и постановки судебнаго рѣшенія 383
ГЛАВА VIII. Натуральныя обязательства въ результатѣ capitis deminutio . 411
I. Capitis deminutio minima 412
II. Capitis deminutio media и maxima 417
ГЛАВА IX. Натуральныя обязательства, какъ результатъ уничтоженія иска въ наказаніе кредитора 422
ГЛАВА X. Натуральныя обязательства въ результатѣ confusio 432
I. Confusio между кредиторомъ и должникомъ 432
II. Confusio между должникомъ и поручителемъ 440
ГЛАВА XI. Натуральныя обязательства въ результатѣ истеченія исковой давности 447
I. Классическое право 448
II. Послѣклассическая эпоха 464
ГЛАВА XII. Результаты. Общее ученіе о натуральныхъ обязательствахъ. Данныя источниковъ объ исторіи института 469
I. Послѣдствія, связанныя съ натуральными обязательствами 469
II. Виды натуральныхъ обязательствъ 482
III. Исторія института 494
Приложеніе. Actio и exceptio 507

ОПЕЧАТКИ.

На стр. 2 прим. 2 пропущено: Unger въ Grünhut's Zeitschrift, т. XV (1888 г.), стр. 371 — 380 (австрійское право). — На стр. 161 прим. 368 вмѣсто: „пр. 16 — 17“ — слѣдуетъ чит.: „стр. 442“ — На стр. 215 пр. 146 слѣдуетъ чит.: „adhibuisset“ вмѣсто: „abhibuisset“. — На стр. 249 прим. 262 послѣ „L. 7 pr. § 1“ пропущено: „(fidejussio за заемъ сына упоминается здѣсь Юліаномъ только въ качествѣ обезпеченной ore exceptionis)“. — На стр. 325 строка 1 св. слѣд. чит.: „Антонинъ“. — На стр. 416 строка 30 св. вмѣсто: „позднѣйшихъ юристовъ“ слѣд. чит.: „классическихъ юристовъ“.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Предметъ изслѣдованія. Литература вопроса.

Подъ именемъ натуральныхъ обязательствъ—obligationes naturales—въ техническомъ смыслѣ этого выраженія въ современной литературѣ Римскаго права разумѣются отношенія, лишенныя исковой защиты, но способныя вызывать иныя послѣдствія, свойственныя обязательственному праву.

Одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей въ избранной нами области слѣдующимъ образомъ отзывается о натуральныхъ обязательствахъ по римскому праву. Натуральное обязательство представляется ему «однимъ изъ самыхъ позднихъ и самыхъ важныхъ созданій юридическаго генія въ древности, однимъ изъ самыхъ изящныхъ и самыхъ величественныхъ явленій на міровой сценѣ античной юридической жизни, однимъ изъ интереснѣйшихъ произведеній римской юриспруденціи». «Оно является тончайшимъ, изящнѣйшимъ выраженіемъ понятія обязательства и, будучи разсматриваемо съ культурно-исторической стороны, однимъ изъ гуманнѣйшихъ, благороднѣйшихъ созданій Рима» [1]).

Изученіе института натуральныхъ обязательствъ по римскому праву имѣетъ, главнымъ образомъ, историческій интересъ. Во первыхъ, не зная этого рода обязательствъ, мы не можемъ себѣ составить яснаго представленія о многихъ очень важныхъ въ историческомъ отношеніи институтахъ римскаго права. Именно, очень большую роль играли натуральныя обязательства въ отношеніяхъ ра-

---

[1]) Kuntze, die Obligationen und das jus extraordinarium (1886 г.), стр. 193 и 204.

бовъ съ ихъ господами и съ третьими лицами; точно также характеръ отеческой власти и отношеній между домовладыкой и подвластными дѣтьми въ классическую эпоху вполнѣ выясняется только въ связи съ ученіемъ о натуральныхъ обязательствахъ; извѣстную роль играетъ этотъ институтъ и въ ученіи о вліяніи гражданскаго процесса на матеріальное право въ классическую эпоху и т. д. Во вторыхъ какъ увидимъ ниже, натуральныя обязательства всецѣло являются продуктомъ дѣятельности классическихъ юристовъ. Знакомство съ этимъ институтомъ можетъ до извѣстной степени выяснить намъ пріемы и методъ этихъ юристовъ при разработкѣ нормъ права.

Меньше интереса представляетъ нашъ вопросъ съ точки зрѣнія современной догматики гражданскаго права. Въ чисто практическомъ отношеніи, въ смыслѣ матеріала, который можетъ быть полезенъ при толкованіи и примѣненіи нормъ нынѣ дѣйствующихъ гражданскихъ законодательствъ, римскія постановленія о неисковыхъ обязательствахъ имѣютъ мало значенія. Хотя и современныя права европейскихъ народовъ знаютъ обязательства, лишенныя исковой защиты, но тѣмъ не менѣе снабженныя извѣстными юридическими послѣдствіями [2]), однако область примѣненія нашего института теперь гораздо уже, чѣмъ въ древнемъ Римѣ. Важнѣйшіе случаи натуральныхъ обязательствъ, извѣстные римскимъ юристамъ, съ точки зрѣнія современнаго права являются устарѣлыми: рабство теперь исчезло, строй семьи измѣнился въ сторону признанія бо́льшей самостоятельности подвластныхъ дѣтей въ имущественномъ отношеніи; неизвѣстна современному праву римская capitis deminutio и консумпція иска въ результатѣ litis contestatio. Тѣ же неисковыя обязательства, которыя знаетъ современное право, являются отчасти неизвѣстными праву римскому.—Больше интереса предста-

---

[2]) См. объ этомъ Kuntze, op. cit. стр. 204 сл. Ryck, die Lehre v. Schuldverhältnisse nach gem. deutsch. Recht (1883 г.), стр. 46 слл. Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse (по новому Германскому Уложенію; 1897 г.), стр. 26 слл. Guigou, des obligations naturelles en droit romain et en droit français (1893 г.), стр. 136 слл. Moscato, le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno (1897 г.), стр. 48 слл. Анненковъ, Система русскаго гражданскаго права т. III (1898 г.), стр. 18 слл. Голевинскій, О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, (1872 г.), стр. 161 слл.

ляетъ знакомство съ римскими натуральными обязательствами въ чисто теоретическомъ отношеніи. Изученіе существа обязательственныхъ отношеній, лишенныхъ исковой защиты, важно для правильнаго конструированія какъ понятія о субъективномъ гражданскомъ правѣ и юридической обязанности вообще, такъ и объ обязательственномъ правѣ въ частности.

Римскія натуральныя обязательства имѣютъ обширнѣйшую литературу. Приступая къ обзору этой литературы, мы должны сдѣлать одну важную оговорку. О натуральныхъ обязательствахъ по римскому праву писали почти всѣ болѣе или менѣе извѣстные пандектисты съ самаго начала научной разработки источниковъ римскаго права и до нашего времени. Поэтому мы не можемъ задаваться мыслью исчерпать всю литературу нашего предмета. Для литературы до XIX столѣтія мы ограничимся характеристикой воззрѣній на натуральныя обязательства нѣсколькихъ важнѣйшихъ представителей разныхъ эпохъ и направленій въ нашей наукѣ. Литературу же настоящаго столѣтія мы постараемся представить съ бо́льшею полнотой.

Въ глоссѣ мы находимъ слѣдующее ученіе. Нужно различать три рода объективнаго права. 1) Jus naturale, общее для всѣхъ живыхъ существъ (Gl. ad pr. J. 1, 2); въ другомъ мѣстѣ это право обозначается именемъ instinctus naturae; изъ него возникаютъ разныя обязанности, въ томъ числѣ обязанность къ благодарности—ad antidora; исполненіе этихъ обязанностей есть donatio (Gl. ad L. 5 D. 1, 1 и ad L. 25 § 11 D. 5, 3).—2) Jus gentium, общее для всѣхъ людей; по этому праву и рабъ есть лицо; иначе оно также называется jus naturale (Gl. ad L. 5 D. 1, 1; ad pr. J, 1, 2).—3) Jus civile, свойственное только извѣстной данной общинѣ гражданъ (Gl. ad pr. J. 1, 2).—Всѣ обязательства, если не считать уже упомянутыхъ obligationes ex instinctu naturae, дѣлятся на три вида: 1) Obligationes tantum civiles, основанныя только на jus civile; онѣ лишены всякаго эффекта; сюда относится напр. обязательство, противъ котораго имѣетъ мѣсто exceptio pacti de non petendo. 2) Obligationes tantum naturales, которыя основаны на jus gentium s. naturale (т. е. на правѣ, общемъ для всѣхъ людей); онѣ исключаютъ требованіе обратно сдѣланной по нимъ уплаты. 3) Obligatio simul utraque есть обязательство, основанное и на jus

civile, и на jus gentium; оно снабжено искомъ; къ нему относится опредѣленіе обязательства въ pr. J. 3, 13 (Gl. ad h. l. и ad L. 84 § 1 D. 50, 17).

По существу то же самое ученіе, но только усложненное новыми раздѣленіями и подраздѣленіями и съ нѣсколько иною терминологіей, мы находимъ у постглоссаторовъ. Въ качествѣ образчика изложимъ теорію одного изъ видныхъ представителей этого направленія—Бартола (1314—1357 г.). Въ его комментаріи ad L. 5 D. 1, 1 (Opera omnia, ed. Venetiis, 1603 г., т. I, fol. 8) читаемъ слѣдующее. Obligatio naturalis сама по себѣ не вызываетъ иска, если не снабжена санкціей со стороны jus civile (§ 18). Это обязательство бываетъ двухъ родовъ: оно покоится или на ratio naturalis, или на instinctus naturae. Послѣдняго рода обязательство имѣетъ ограниченный эффектъ: если по нему сдѣлана уплата въ результатѣ заблужденія, то эта уплата должна быть возвращена; если же уплата сдѣлана сознательно, то она считается за remuneratio и возврату не подлежитъ. Натуральныя обязательства, основанныя на ratio naturalis, дѣлятся въ свою очередь на двѣ категоріи. Во-первыхъ, они могутъ быть заключены ad obligandum, и тогда имѣютъ различныя послѣдствія, смотря по тому, какъ къ нимъ относится jus. 1) Если натуральное обязательство «approbatur a jure», то оно имѣетъ полный эффектъ; 2) если оно «nec reprobatur nec approbatur», то оно способно къ компенсаціи, къ обезпеченію залогомъ и поручительствомъ, къ погашенію уплатой. Во-вторыхъ, эти обязательства могутъ быть заключены ad liberandum. Въ этомъ случаѣ значеніе ихъ также бываетъ различно. 1) Если такое обязательство «approbatur a lege», то въ результатѣ наступаетъ уничтоженіе того обязательства, по поводу котораго оно заключено, согласно L. 58 D. 2, 14; 2) если «ei lex resistit», то его эффектъ опредѣляется согласно L. 7 § 14 D. eod.; 3) если «lex ei non resistit nec assistit», то примѣняется L. 27 § 2 D. eod. (§ 11).—Obligationes civiles также дѣлятся на двѣ категоріи. Различаются, во-первыхъ, obl. civiles effectu. Сюда относятся четыре контракта: obl. verborum, obl. litterarum (по J. 3, 21), contractus emphyteuticus и sponsalitia largitas (§ 14). Для такихъ обязательствъ jus civile есть causa immediata. Но бо́льшая часть обязательствъ покоится на jus gentium; эти обязательства суть obliga-

tiones naturales effectu. Ихъ causa immediata есть consensus. Они дѣлаются obligationes civiles «approbatione». Въ подобномъ случаѣ obligatio naturalis выступаетъ въ сопровожденіи obl. civilis и получаетъ полный эффектъ, т. е. снабжается искомъ. Поэтому глосса и говоритъ, что обязательство имѣетъ duas radices; во вниманіе къ этимъ двумъ основамъ обязательства въ L. 47 D. 46, 1 сказано: «obligatio tota» (§ 12; ср. также § 18).—Что касается jus gentium, то Бартолъ и это право дѣлитъ на duae partes; есть pars juris gentium, «quae procedit ex ratione naturali»; по этому праву рабъ считается за лицо, которое можетъ обязываться naturaliter; но есть также jus gentium, которое «procedit ex usu gentium»; по этому праву рабъ «potest dici nullus» и обязываться не можетъ. Такимъ образомъ, только первое jus gentium совпадаетъ съ jus naturale. Къ этому различію Бартола приводитъ L. 64 D. 12, 6. (§§ 9. 10).

Переходимъ къ французской элегантной школѣ, представителями которой для насъ будутъ служить Дуаренъ, Куяцій и Донеллъ.

Дуаренъ (1509—1559 г.) въ толкованіи in tit. Dig. 12, 6, cap. VI и in tit. Dig. 44, 7 cap. II (Opera omnia, ed. 1579 г. т. II стр. 74 слл.; т. I стр. 1386 сл.) учитъ слѣдующимъ образомъ. Obligatio naturalis основана на naturalis ratio или на aequitas. Если ей придана исковая защита со стороны jus civile, то она обращается въ obl. civilis. Однако, такая vis agendi придана не всѣмъ натуральнымъ обязательствамъ, а только нѣкоторымъ «ad rem publicam tuendam necessariis» (т. I, 1387). Если же натуральное обязательство не признано legibus и потому не снабжено искомъ, а получило только нѣкоторыя цивильныя послѣдствія «ex moribus potius et interpretatione prudentum», то оно остается на степени obl. naturalis. Для того, чтобъ опредѣлить въ какомъ случаѣ и съ какими именно цивильными послѣдствіями возникаетъ такая obl. naturalis, мы должны обращаться къ ratio naturalis и aequitas, т. е. главнымъ образомъ къ философіи [3]). Философскія соображенія приводятъ

[3]) Ср. Duarenus ad L. 127 D. 45, 1 (т. I стр. 1487). Quum species aliqua proponitur, in qua quaeritur, an quis naturaliter obligatus sit, nec ne? considerandum est, quid verisimiliter responsurus sit Aristoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens et in philosophia eruditus, magis quam quid legibus et jure civili constitutum sit.

автора къ тому выводу, что obl. naturalis ad remunerandum по L. 25 § 11 D. 5, 3 не есть натуральное обязательство въ настоящемъ смыслѣ: дѣло въ томъ, что для признанія натуральнаго обязательства необходима, несмотря на отсутствіе иска, наличность «necessaria praestatio» со стороны участниковъ; этого нѣтъ въ данномъ случаѣ, ибо постыдно для разумнаго человѣка добиваться взаимнаго подарка.—Лежащее въ основѣ натуральныхъ обязательствъ jus naturale обыкновенно въ источникахъ отожествляется съ jus gentium. Однако слѣдуетъ различать два вида juris gentium: primaevum и secundarium. Только первое совпадаетъ съ j. naturale. Согласно этому j. gentium sive naturale всѣ рождаются свободными, а потому ему извѣстны натуральныя обязательства рабовъ. Согласно jus gentium secundarium, напротивъ, введено рабство; съ точки зрѣнія этого права рабъ совсѣмъ не можетъ обязываться. Въ L. 64 D. 12, 6 j. gentium разумѣется въ смыслѣ secundarium, а въ L. 84 § 1 D. 50, 17—въ смыслѣ primaevum.

У Куяція (1522—1590 г.) мы не находимъ подробнаго трактата о натуральныхъ обязательствахъ, а лишь нѣсколько экскурсовъ по этому поводу, которые не всегда согласуются между собою. Такъ, толкуя L. 10 D. 44, 7 (Opera omnia, ed. Prati 1838 г., т. VI стр. 1358 сл.), Куяцій проводитъ слѣдующую мысль. Всѣ обязательства суть или civiles, или naturales. Obl. civiles суть въ то же время и naturales s. juris gentium и защищаются исками (напр. emptio venditio). Obligationes naturales не всегда бываютъ въ то же время цивильными обязательствами; obl. tantum naturalis, которая основывается на одной только aequitas или jus gentium, иска не порождаетъ; ея послѣдствіями являются исключеніе condictio indebiti или способность служить основой для поручительства; если же obl. naturalis получаетъ исковую защиту, то она обращается въ obligatio naturalis et civilis.—Въ одномъ изъ толкованій Куяція къ L. 84 D. 50, 17 (Opera, т. VI стр. 2177) мы находимъ, однако, примѣръ искового обязательства, не имѣющаго опоры въ jus naturale s. gentium, и основаннаго только на jus civile.—Сталкиваясь съ L. 32 D. 50, 17, Куяцій (Opera, т. VI стр. 1877 сл.; стр. 2021 сл.) значительно мѣняетъ свою теорію. Рабъ можетъ обязываться naturaliter, такъ какъ по естественному праву всѣ люди равны. Но это обязательство раба опирается исклю-

чительно на jus naturale. На jus gentium оно основано быть не можетъ, ибо рабство само по себѣ есть институтъ juris gentium: въ глазахъ этого права рабъ «nullus est». Такимъ образомъ, между лишенными иска обязательствами приходится различать такія, которыя основаны только на jus gentium и не получили признанія въ jus civile, и такія, которыя вытекаютъ изъ jus naturale.—Толкуя L. 84 § 1 D. 50, 17 (Opera, т. VI стр. 1918 сл.; ср. стр. 2078 сл.), Кунцій отмѣчаетъ, что есть и такія неисковыя обязательства, которыя основаны на jus gentium и прямо отвергаются въ jus naturale; таково, напр., обязательство либерта предоставлять патрону operas officiales; патронатъ, такъ же какъ и рабство, есть институтъ исключительно juris gentium, несогласный съ j. naturale.

Обстоятельный трактатъ о натуральныхъ обязательствахъ мы находимъ у Донелла (1527—1591 г.) въ его Commentarii de jure civili, liber XII, c. 7 (ed. Norimbergae 1824 г., т. 7). По Донеллу слѣдуетъ различать три категоріи обязательствъ: obl. civilis nuda, obl. naturalis и obl., «quae utramque continet». Oblig. civilis nuda производитъ искъ, который парализуется эксцепціей преторскаго права. Она не содержитъ въ себѣ натуральнаго обязательства, ибо противополагаемая ей эксцепція основана на aequitas s. jus naturale. Obl. naturalis есть принудительная обязанность къ уплатѣ, основанная на aequitas s. jus naturale, но не получившая иска отъ цивильнаго права. Aequitas, jus naturale или jus gentium есть право, которое естественный разумъ установилъ для всѣхъ людей и народовъ. Наконецъ, obl. civilis justa есть обязательство, совмѣщающее въ себѣ и obl. naturalis, и obl. civilis; оно снабжено искомъ со стороны jus civile, т. е. собственнаго права римскаго народа.—Всѣ три рода обязательствъ подходятъ, по мнѣнію Донелла, подъ общее опредѣленіе понятія «obligatio» въ pr. J. 3, 13. Дѣло въ томъ, что и obl. naturales tantum содержатъ въ себѣ извѣстную, хотя не полную, necessitas, т. е. даютъ средства принужденія противъ должника, хотя не такія дѣйствительныя, какъ искъ. Такая necessitas имѣется также въ obl. tantum civilis: если должникъ не противопоставитъ при litis contestatio своей эксцепціи иску кредитора, то онъ будетъ осужденъ. Въ виду, однако, несовершенства защиты, эти два вида обязательствъ должны быть охарактеризованы, какъ obl. imperfectae, въ противоположность къ obligationes per-

fectae, которыя снабжены искомъ, не парализованнымъ эксцепціей.— Вопросъ о томъ, когда имѣетъ мѣсто obl. naturalis, разрѣшается ex causa et origine. Хотя обыкновенно obl. naturalis познается по ея послѣдствіямъ, но такое заключеніе правильно лишь тогда, когда уже по causa констатировано возникновеніе обязательства.—Obl. naturales возникаютъ или causa sola, или causa simul et contrahentis persona. Causa sola онѣ возникаютъ, когда основаніе ихъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ порождать по цивильному праву иска, какихъ бы лицъ оно ни касалось (nuda pactio, обязат. либерта къ operae officiales и т. п.). Causa simul et persona устанавливается obl. naturalis, если она возникаетъ изъ отношенія способнаго производить искъ по цивильному праву, но въ данномъ случаѣ состоявшагося между такими лицами, что свойства одного изъ нихъ препятствуютъ возникновенію иска (обязат. рабовъ, pupilli s. t. a., сдѣлки между отцомъ и подвластными сыновьями и т. д.).—Не признаетъ Донеллъ за настоящее обязательство obl. ad remunerandum: дѣло въ томъ, что обратный подарокъ считается за donatio, а не за debiti solutio; слѣдовательно, одаренный не принуждается къ его совершенію никакимъ правомъ, даже натуральнымъ. Если источники говорятъ здѣсь о «naturaliter obligari» и «beneficii debitor», то они имѣютъ въ виду не ratio naturalis какъ основу натуральныхъ обязательствъ въ техническомъ смыслѣ, а «sensus et affectus, omnibus hominibus a natura insitus» и состоящій въ естественномъ стремленіи порядочнаго человѣка быть благодарнымъ за оказанную услугу.—Юридическій эффектъ obl. tantum naturalis по Донеллу состоитъ, прежде всего, въ soluti retentio и compensatio, и затѣмъ въ способности этого обязательства быть основой для constitutum, новаціи, а также снабженныхъ исками залога и поручительства.

Представителемъ практическаго направленія въ Германіи XVII вѣка можетъ для насъ служить Лаутербахъ (1618—1678). Въ своемъ Collegium theorico—practicum, lib. 44 tit 7, §§ 3—14 (ed. Tubingae, 1715 г. т. III стр. 640 слл.) этотъ юристъ дѣлитъ всѣ обязательства съ точки зрѣнія ихъ causa efficiens, т. е. смотря по объективному праву, порождающему обязательственную связь, на obligationes simplices, основанныя или на одномъ jus civile, или на одномъ jus naturale (j. gentium), и на obl. mixtae. 1) Simplex natu-

ralis obligatio дѣлится въ свою очередь на obl. perfecta или plena и imperfecta или minus plena. Obl. naturalis imperfecta есть связь, основанная только на aequitas naturalis и не снабженная никакой принудительной силой. Такова обязанность къ ἀντίδωρα, обязанность помогать бѣднымъ и т. п. Obligatio plena naturalis имѣетъ принудительную силу по j. gentium, но не по j. civile. Таково обязательство изъ контракта раба или изъ nudum pactum. Подобныя обязательства не снабжены искомъ, такъ какъ они не получили его отъ j. civile. Смотря по отношенію къ нимъ этого послѣдняго права, они дѣлятся на двѣ категоріи. Obl. naturalis approbata получаетъ отъ jus civile извѣстный эффектъ: soluti retentio, exceptio, compensatio и способность служить опорой для конститута, новаціи, залога и поручительства. Obligatio naturalis reprobata по спеціальному предписанію цивильнаго права сдѣлана «inefficax ad exigendum»; таковы, напр., обязательства женщинъ contra Sctum.—2) Simplex civilis obligatio основана на цивильномъ правѣ, но противна aequitas naturalis. Подобнаго рода обязательства дѣлаются такими или съ самаго начала (договоръ, заключенный подъ вліяніемъ dolus, metus, error), или-же только впослѣдствіи (цивильный долгъ, прощенный nudo pacto). Такое обязательство производитъ ipso jure искъ, парализуемый exceptione.—3) Obligatio mixta (названная такъ по аналогіи съ упоминаемой въ источникахъ actio mixta) основана и на jus civile, и на jus naturale. Въ источникахъ это обязательство по преимуществу называется obl. civilis; оно порождаетъ actio civilis. Obligatio mixta бываетъ или vere mixta, или ficte sive praesumptive mixta. Obl. vere mixta дѣйствительно основана на jus utrumque; таковы обязательства изъ реальныхъ и консенсуальныхъ контрактовъ. Obl. praesumptive mixta есть такое обязательство, гдѣ vinculum naturale только фингируется; таково, напр., обязательство, возникающее изъ неправильнаго осудительнаго рѣшенія. Obl. mixta порождаетъ искъ, если только jus civile по соображеніямъ publicae utilitatis не сочтетъ нужнымъ парализовать этого иска эксцепціей; въ такомъ случаѣ остается obl. naturalis (mutuum contra Sctum Macedonianum).

Къ нидерландской школѣ относятся Шультингъ и Вестенбергъ.

Ант. Шультингъ (1659—1734 г.) оставилъ намъ особую dis-

sertatio de naturali obligatione (въ его Comm. Academicae, т. I стр. 1—38). По мнѣнію этого юриста, jus бываетъ трояное: 1) jus mere naturale sive gentium, 2) jus mere civile, 3) jus ex utroque concretum. Jus naturale есть врожденный людямъ законъ, написанный Богомъ въ ихъ сердцахъ; этотъ законъ прежде всего повелѣваетъ почитать Бога, а затѣмъ—не нарушать требованій общественнаго порядка. Изъ послѣдняго повелѣнія вытекаютъ частные принципы естественнаго права: «ne videlicet innocentem laedamus, fidem ut servemus, gratiam benemerito rependamus; nobismet ipsis, proli, consanguineis, aliisque benefaciamus» (стр. 5, ср. стр. 29 прим. c. d. e.). Санкціей этого закона служатъ Божескія награды за его исполненіе и мученія при жизни и за гробомъ въ случаѣ его нарушенія [1]). Гражданскій законодатель всегда долженъ соблюдать главную заповѣдь естественнаго права, касающуюся гражданскаго общества (salutem communem), но въ частностяхъ можетъ и отступать отъ lex naturae, насколько этого требуютъ условія времени и мѣста (стр. 5).—Сообразно съ изложеннымъ, обязывать насъ можетъ или sola naturalis aequitas, или sola civilis ratio et subtilitas, или utrumque simul. Отсюда обязательства дѣлятся на obligationes naturales, civiles и mixtae; по существу, хотя и не по названіямъ, дѣленіе это знакомо и римскимъ юристамъ. Наибольшую силу, конечно, имѣетъ obl. mixta, защищаемая вполнѣ дѣйствительнымъ искомъ.—Obligatio naturalis есть «juris naturae vinculum, quo ad aliquid praestandum constringimur» (стр. 8). Такъ какъ законъ, установляющій натуральныя обязательства, находится въ насъ самихъ, то мы можемъ узнать о существованіи такого обязательства не иначе, какъ обращаясь къ нашему разуму. Ни въ какой внѣшней санкціи земной власти натуральныя обязательства для своего бытія не нуж-

[1]) Это jus naturale является совершенно тожественнымъ съ jus gentium; поэтому неправильно дѣленіе обязательствъ на natu..les tantum, j. gentium tantum, naturales et j. gentium, выставленное нѣкоторыми учеными (стр. 5; стр. 7, 8 слл.). Существованіе j. naturale, общаго людямъ и животнымъ, Ш. отрицаетъ (стр. 10). Онъ предостерегаетъ также отъ дѣлаемаго иногда смѣшенія status naturalis, который предшествовалъ появленію положительнаго права, съ j. naturale; въ этомъ смѣшеніи повинны и римскіе юристы, когда они, вслѣдъ за стоиками, говорятъ: „quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt“ (стр. 12; стр. 19 сл.).

даются (стр. 9). Впрочемъ, если положительное право прямо объявляетъ извѣстное обязательство вполнѣ ничтожнымъ, то въ подобномъ случаѣ не слѣдуетъ признавать даже «naturale vinculum», ибо повиноваться свѣтскому законодателю, какъ бы Божьему служителю, предписываетъ намъ совѣсть. На этомъ основаніи Шультингъ исключаетъ изъ числа натуральныхъ обязательствъ, напр., intercessio mulieris или незаконную мировую сдѣлку объ алиментахъ (стр. 12 сл.).—Хотя бытіе натуральныхъ обязательствъ опредѣляется, главнымъ образомъ, нормами juris naturalis, но свои судебныя (in foro) послѣдствія они получаютъ отъ положительнаго права. Послѣднее можетъ придать имъ и очень слабыя, и довольно важныя послѣдствія; оно не даетъ имъ только иска. Соотвѣтственно съ этимъ obl. naturales дѣлятся на efficaciores или pleniores (obl. ex nudo pacto, obl. либерта къ operae officiales, obl. servi передъ третьими лицами и господиномъ, а также господина передъ рабомъ и т. д.) и inefficaces (obl. къ ἀντιδωρα, обязанности ex pietate, obl. contra Sctum Macedonianum).

I. O. Вестенбергъ (нѣмецъ въ Голландскомъ университетѣ; 1667—1737 г.) говоритъ о натуральныхъ обязательствахъ въ своей «dissertatio juridica prima de causis obligationum» (Opera omnia curante Jungio, т. I ч. 2, стр. 59—71). — Право, учитъ В., бываетъ jus divinum и humanum; первое дѣлится на innatum и revelatum. Jus divinum innatum, или иначе jus naturale (resp. jus gentium) есть совокупность принциповъ, вложенныхъ Богомъ въ сердца всѣхъ людей, даже язычниковъ, и познаваемыхъ разумомъ и совѣстью. Изъ этихъ врожденныхъ принциповъ вытекаетъ obligatio juris naturalis относительно Бога и ближнихъ. Мы должны почитать Бога и повиноваться Ему, а также обязаны совершать все то, что необходимо для сохраненія человѣческаго общежитія, и воздерживаться отъ дѣйствій вредныхъ въ общественномъ отношеніи. Послѣдняго рода обязанности возникаютъ для насъ потому, что Богъ создалъ человѣка существомъ, способнымъ вести счастливую жизнь только въ обществѣ себѣ подобныхъ. Въ частности, обязанности къ себѣ и ближнимъ сводятся къ тому, что человѣкъ долженъ сохранять себя самого, любить и воспитывать своихъ дѣтей, приносить ближнему пользу, насколько это возможно безъ вреда для себя, и

не вредить никому безъ вины со стороны послѣдняго; сюда же относится обязанность держать данное слово даже относительно враговъ, разбойниковъ, еретиковъ и обязанность къ благодарности.—Jus divinum revelatum дѣлится на три категоріи. Jus morale содержится въ 10 заповѣдяхъ и только тѣмъ отличается отъ j. naturale, что послѣднее заключается въ сердцахъ людей, тогда какъ первое объявлено Богомъ на горѣ Синаѣ. Jus ceremoniale относится къ богослужебнымъ обрядамъ Іудеевъ и не имѣетъ значенія для христіанъ. Jus forense касается политическаго управленія Іудеевъ и важно лишь, поскольку объясняетъ и защищаетъ нормы 10 заповѣдей.—Jus civile есть то право, которое устанавливаетъ себѣ каждый свободный народъ. Изъ него возникаетъ obligatio, въ силу которой подданные въ каждомъ государствѣ являются обязанными къ знанію права и къ повиновенію его предписаніямъ. Jus civile Romanorum состоитъ почти всецѣло изъ предписаній натуральнаго права и хорошо согласуется съ jus divinum; поэтому оно вошло въ обычай большинства Европейскихъ странъ. Въ этомъ правѣ обязательства дѣлятся на obl. mere naturales, mere civiles и mixtae (открыто, впрочемъ, это дѣленіе въ законахъ не формулировано). Obligatio mere naturalis есть связь, основанная на aequitas, благодаря которой мы такъ принуждаемся что-либо дать или сдѣлать, что по этому поводу иска къ намъ не возникаетъ (гл. IV § 6). Эти обязательства бываютъ двухъ родовъ: obl. mere naturalis inefficax или minus plena вызываетъ весьма слабыя послѣдствія (такова obl. къ ἀντίδωρα, изъ ничтожнаго завѣщанія, къ уплатѣ легатовъ безъ вычета, пупилла s. t. a., расточителя etc.); obl. naturalis efficax или plenior производитъ всѣ послѣдствія, допускаемыя при obl. mixta, кромѣ иска (§ 22); таково, напр., обязательство изъ nudum pactum. Obligatio mere civilis даетъ искъ, который можетъ быть обезсиленъ эксцепціей; это обязательство получаетъ значеніе, если эксцепція не заявлена на судѣ. Obligatio mixta основана на jus civile и aequitas и производитъ вполнѣ дѣйствительный искъ; она является смѣшанной или на самомъ дѣлѣ, или же только презумптивно (неправильное осудит. рѣшеніе; obl. litterarum Юстин. права).

На рубежѣ между XVIII и XIX столѣтіемъ стоитъ книга о натуральныхъ обязательствахъ нѣмецкаго юриста А. Д. Вебера

(1753—1817 г.). Эта книга [5]) выдержала пять изданій, изъ которыхъ первое появилось въ 1784 г., а послѣднее (посмертное) въ 1825 году (мы пользовались послѣднимъ). Авторъ является приверженцемъ школы естественнаго права. По его опредѣленію, всякая обязанность есть моральная необходимость что либо сдѣлать или чего-нибудь не дѣлать, установленная законами (§ 2). Эти законы распадаются на право положительное (bürgerliches Recht) и натуральное (Naturrecht). Подъ именемъ натуральнаго права разумѣются тѣ законы о правахъ и обязанностяхъ людей, которые могутъ быть познаны однимъ здравымъ разумомъ (стр. 79 прим. 2). Натуральное право не знаетъ принудительныхъ обязанностей къ Богу; ему извѣстны только обязанности человѣка къ самому себѣ и къ ближнимъ. Принудительныя обязанности (Zwangspflichten), которыя покоются на правѣ здраваго разума, написанномъ, по словамъ ап. Павла, въ сердцахъ людей, называются натуральными обязательствами. Противоположность имъ составляютъ обязательства цивильныя, основанныя на положительномъ правѣ (§ 3). Хотя упоминать о натуральныхъ обязательствахъ въ положительномъ правѣ и не безполезно — этимъ уничтожается субъективность въ воззрѣніяхъ людей на содержаніе велѣній естественнаго разума (§ 3)—, но и непредусмотрѣнныя положительнымъ правомъ обязательства, которыя имѣютъ принудительную силу по праву натуральному, должны быть принимаемы во вниманіе судами. Суды не должны и не могутъ обходиться безъ пополненія положительнаго права нормами натуральнаго права (§ 41). Такимъ образомъ, принудительная обязанность натуральнаго права имѣетъ полный исковой эффектъ, даже не будучи санкціонирована въ правѣ положительномъ. Это соотвѣтствуетъ принципамъ римскаго, каноническаго и германскаго права (§§ 43—47). Къ числу такихъ обязанностей относятся слѣдующія. 1) Натуральныя обязанности человѣка, какъ такового, поскольку онѣ не противорѣчатъ положительнымъ законамъ даннаго общества. 2) Обязанности, вытекающія изъ природы государства. 3) Обязанность повиноваться положительнымъ законамъ государства. Изъ послѣдняго положенія слѣдуетъ,

[5]) Ея полное заглавіе: Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung. Mit einer vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie der Verbindlichkeit überhaupt.

что всѣ обязанности, основанныя на цивильномъ правѣ, будутъ въ то же время и натуральными, ибо граждане въ силу Naturrecht должны повиноваться положительному праву. Однако, натуральныя обязанности такого рода простираются не дальше содержанія даннаго положительнаго закона, на которомъ онѣ основаны (§ 54) [6]).— Впрочемъ, положительное право можетъ по особымъ соображеніямъ или совсѣмъ лишить силы натуральную обязанность, или оставить для нея только ограниченный эффектъ. Въ послѣднемъ случаѣ мы получаемъ obligatio naturalis въ техническомъ смыслѣ слова (§ 55).— Положительное право можетъ измѣнять и отмѣнять нормы натуральнаго права только въ тѣхъ предѣлахъ, насколько это соотвѣтствуетъ законамъ разума и полномочіямъ, предоставленнымъ законодателю по общественному договору, который составляетъ основу всякой государственной власти. Въ силу этого недѣйствительны, напр., законы, уничтожающіе право гражданъ на существованіе или ограничивающіе ихъ свободу болѣе, чѣмъ требуетъ общее благо (§ 57 сл.).—Далѣе авторъ разсматриваетъ натуральныя обязательства, которыя совсѣмъ запрещены положительнымъ правомъ (азартныя игры, ростовщичество, сдѣлки недѣеспособныхъ лицъ, пріобрѣтеніе недвижимостей иностранцами и т. п.). Въ этихъ случаяхъ, по общему правилу, не остается никакой натуральной обязанности, такъ какъ всѣ граждане уже по натуральному праву должны повиноваться запретамъ положительнаго права. Но, если запретъ сдѣланъ въ интересахъ одного только должника (сдѣлки недѣеспособныхъ лицъ), то остается на совѣсти должника обязанность, которую, впрочемъ, суды въ принципѣ должны игнорировать (§§ 61—77).—Если положительное право не запрещаетъ вполнѣ извѣстной натуральной обязанности, а только лишаетъ ее полной судебной защиты, то возникаетъ натуральное обязательство съ ограниченнымъ эффектомъ. Такое обязательство можетъ возникнуть съ самаго начала (nuda pacta, обязат. раба, обязат. между домовладыкой и подвластнымъ сыномъ, benef. competentiae и т. д.) или же только спустя извѣстное время послѣ совершенія обязательственнаго

---

[6]) Поэтому, напр., нѣтъ натуральной обязанности платить легаты по завѣщанію, въ которомъ не соблюдена форма: завѣщаніе есть институтъ положительнаго права и изъ него вытекаютъ обязанности лишь настолько, насколько оно удовлетворяетъ требованіямъ полежит. права (стр. 150—153).

акта (обязательство, по которому истекла исковая давность; цессія вопреки lex Anastasiana. §§ 90—94).—Отъ обязанностей, которыя по натуральному праву являются принудительными (Zwangspflichten) и потому снабжены исками, если исковая защита прямо не отнята у нихъ положительнымъ правомъ, Веберъ отличаетъ такія обязанности, которыя по натуральному праву не считаются снабженными средствами внѣшняго принужденія: несовершенныя (unvollkommene) обязанности, долги совѣсти (Liebes-или Gewissenspflichten). Этимъ обязанностямъ не соотвѣтствуютъ права другихъ лицъ. (§§ 39—40). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ положительное право придаетъ и этимъ обязанностямъ принудительную силу (§ 49); иногда оно даетъ на основаніи такихъ обязанностей возраженіе противъ иска (обязанность либерта къ orcae officiales и т. п.); въ нѣкоторыхъ же случаяхъ положительное право снабжаетъ ихъ даже исками (обязанность отца къ установленію приданаго; обязанность родителей и дѣтей къ алиментамъ. §§ 98—100).

Не представляетъ большого интереса латинская диссертація Лельевра (Lelièvre) на тему «Quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum» (1826 г.). Конечный выводъ автора (стр. 71) сводится къ слѣдующему. «Есть (натуральныя) обязательства, которыя не имѣютъ никакого эффекта; есть и другія натуральныя обязательства, которыя нѣкоторыми послѣдствіями снабжены, а другихъ лишены; нѣкоторыя натуральныя обязательства допускаютъ только прибавленіе акцессорныхъ правоотношеній, но не вызываютъ прямыхъ послѣдствій; только часть ихъ не лишена никакихъ послѣдствій истиннаго и полнаго цивильнаго обязательства.—Сверхъ того, изъ значенія слова «naturalis» ясно, что это слово употребляется относительно несовершеннаго права, въ отрицательномъ или умаляющемъ смыслѣ, или же указываетъ на фактъ; такимъ образомъ, натуральное обязательство по мнѣнію Римлянъ есть обязательство, которое не имѣетъ вполнѣ опредѣленнаго значенія, иногда обладаетъ большею силой, иногда—меньшею».—Въ томъ же году Франке (Francke, въ Civilistische Abhandlungen, № 2) намѣчаетъ слѣдующую теорію въ самыхъ общихъ чертахъ (стр. 66 слл.). Подъ именемъ obligatio naturalis въ римскомъ правѣ разумѣется троякаго рода понятіе. 1) Obl. naturales суть тѣ исковыя обязательства, которыя опираются на jus gentium, т. е. коренятся въ самой человѣческой

природѣ и должны имѣть мѣсто въ правахъ всѣхъ народовъ. Имъ противополагаются obl. civiles, основанныя на спеціально-римскомъ правѣ. Первыя могутъ быть заключаемы лицами, не имѣющими права римскаго гражданства. 2) Тѣмъ же именемъ иногда называются officia pietatis, Liebespflichten, исполненіе которыхъ всегда ожидается отъ справедливаго и честнаго человѣка. Если что-либо предоставлено во исполненіе такой обязанности, даже подъ вліяніемъ заблужденія въ ея принудительной силѣ, то право не дозволяетъ требовать даннаго обратно, ибо такое требованіе противно добрымъ нравамъ. 3) Наконецъ, obl. naturales суть и такія обязательства, которыя вызываютъ всѣ послѣдствія обыкновеннаго обязательства, кромѣ иска. Иногда, впрочемъ, у такого обязательства, по особымъ причинамъ, отнимаются и нѣкоторыя изъ остальныхъ послѣдствій. Иска имъ не дано благодаря несоблюденію при ихъ заключеніи должной формы (pacta nuda) или по особому предписанію закона о данномъ случаѣ (Sctum Macedonianum) или по иной причинѣ (истеченіе давности).—Въ 1827 г. вышла книга Рейнгардта (C. F. Reinhardt), озаглавленная «Die Lehre des römischen Recht v. d. Verbindlichkeit im Allgemeinen und v. d. natürlichen Verbindlichkeit insbesondere». Главнымъ недостаткомъ почти всѣхъ существующихъ въ его время теорій объ obligationes naturales у Римлянъ авторъ считаетъ то обстоятельство, что эти теоріи стремятся объяснить римское понятіе съ помощью современныхъ представленій о естественномъ правѣ (Naturrecht) (§ 14). Этотъ ложный пріемъ долженъ быть оставленъ. Согласно совѣту Шеллинга, каждое положительное право слѣдуетъ изучать безъ всякихъ предвзятыхъ идей. Нужно составить себѣ представленіе о характерѣ минувшей эпохи и затѣмъ пытаться постигнуть ея право, не задаваясь вопросами о примѣнимости его въ современной практикѣ.— Соотвѣтственно съ этимъ, Р. прежде всего стремится выяснить, что понимали сами римскіе юристы подъ именемъ jus naturale? Исходя изъ разсужденія Ульпіана въ L. 1 § 3 D. 1, 1, авторъ рѣшаетъ, что j. naturale у Римлянъ есть юридическое отношеніе всѣхъ живыхъ существъ другъ къ другу; часть этого права, обнимающая отношенія разумныхъ существъ, есть jus gentium, которое и соотвѣтствуетъ современному естественному праву (§ 19). Jus naturale и jus gentium являются источниками для jus civile. Послѣднее есть

ничто иное, какъ j. naturale или j. gentium, примѣненное къ мѣстнымъ и личнымъ отношеніямъ каждаго отдѣльнаго народа (§ 21). Ни одинъ римскій юристъ никогда не думалъ признавать обязательною какую либо норму, неизвѣстную положительному римскому праву, только потому, что она соотвѣтствуетъ jus naturale или j. gentium. Отношеніе положительнаго права къ естественному у Римлянъ сводится къ тому, что преторъ и юристы стремились по возможности сблизить jus civile съ j. naturale и gentium. Посредствующимъ моментомъ въ этомъ сближеніи являлась aequitas naturalis.—Подъ именемъ naturalis obligatio римскіе юристы всегда разумѣютъ только такія обязательства, которыя производятъ какое-либо дѣйствіе по положительному праву. Никогда это имя не дается вполнѣ ничтожнымъ обязательствамъ. Нѣкоторыя изъ этихъ obl. nat. производятъ полный исковой эффектъ по положит. праву; онѣ называются также именемъ obligationes civiles. Другія же снабжены только ограниченнымъ эффектомъ по положительному праву; это, по преимуществу, obl. naturales. Существеннымъ признакомъ ихъ является, что добровольно сдѣланная уплата не можетъ быть потребована обратно. Кромѣ того, такія обязательства могутъ быть обезпечены поручительствомъ и залогомъ.

Ученыхъ, которые писали о натуральныхъ обязательствахъ по Римскому праву, начиная съ 30-хъ годовъ нашего столѣтія, мы можемъ раздѣлить на четыре группы.

Къ первой группѣ отнесемъ тѣхъ писателей, которые сводятъ неисковыя обязательства со всѣми ихъ послѣдствіями къ области jus gentium или jus naturale въ противоположность къ jus civile. Въ большинствѣ случаевъ въ основѣ этихъ ученій лежитъ предположеніе, что jus gentium само по себѣ не можетъ дать обязательству исковой защиты: для этого нужна санкція цивильнаго права; впрочемъ, это предположеніе раздѣляется не всѣми учеными данной группы.

Прежде всего, заслуживаетъ вниманія теорія Бюхеля (Büchel) въ его Civilrechtliche Erörterungen т. II ч. 1 (1836 г.). Здѣсь мы находимъ слѣдующее. Выраженіе «obligatio naturalis» имѣетъ въ источникахъ различный смыслъ. 1) Этимъ именемъ означается всякое обязательство, имѣющее основу въ jus gentium, а не въ jus proprium civium Romanorum, безотносительно къ его дѣйствію; сюда

подходятъ и обязательства, снабженныя искомъ. 2) Далѣе, такъ называются обязанности, основанныя на jus naturale не въ смыслѣ jus gentium, а въ смыслѣ «jus, quod natura omnia animalia docuit», т. е. всѣ обязанности, вытекающія изъ pietas; при этомъ опять является безразличнымъ, снажены ли онѣ искомъ или принадлежатъ къ простымъ officia pietatis (стр. 58 сл.). 3) Naturalis obligatio въ техническомъ смыслѣ имѣется тамъ, гдѣ ipso jure обязательство потеряло силу, но благодаря такому основанію, которое признано только въ jus civile, а не въ jus gentium; въ этомъ случаѣ разрушается лишь цивильная основа искового обязательства, а основа натуральнаго права или juris gentium остается въ силѣ (стр. 29; стр. 58). Въ результатѣ обязательство теряетъ искъ, но порождаетъ эксцепцію; ipso jure такое обязательство дѣйствовать не можетъ, такъ какъ оно покоится только на jus gentium или на aequitas; ipso jure оно ничтожно и проявляетъ свою силу въ эксцепціи, какъ способъ выраженія начала aequitatis (стр. 61). Если обязательство теряетъ силу не ipso jure, а ope exceptionis, то оно лишается одного только иска въ томъ случаѣ, когда эксцепція введена in odium creditoris; эксцепція, установленная in favorem debitoris, отнимаетъ у обязательства всякій эффектъ, такъ что оно обращается въ obligatio inefficax, inutilis, quasi nulla (стр. 29; стр. 34). Въ первомъ случаѣ мы получаемъ также обязательство съ ограниченнымъ эффектомъ. Но это—не obl. naturalis въ точномъ смыслѣ слова, ибо при данныхъ условіяхъ obl. civilis не уничтожена ipso jure: ipso jure она остается дѣйствительною. Такимъ образомъ, если и эти обязательства называются въ источникахъ также obligationes naturales, то только въ виду того, что по своему эффекту они похожи на настоящія obl. naturales. Въ случаѣ неполнаго уничтоженія обязательства ipso jure мы имѣемъ obl. naturalis и по основѣ, и по эффекту; въ случаѣ же уничтоженія иска съ помощью exceptio in odium creditoris мы получаемъ натуральное обязательство только по эффекту, а не по основѣ (стр. 59 сл.). Къ первой категоріи относятся обязательства изъ nudum pactum, изъ сдѣлокъ пупилла s. t. a., изъ сдѣлокъ раба, изъ сдѣлокъ между домовладыкой и подвластными, послѣ cap. dem. minima. Ко второй категоріи принадлежатъ заемъ противъ Sctum Macedonianum, обязательство, обезсиленное вслѣдствіе эдикта о jus iniquum и т. п.

Очень близко къ теоріи Бюхеля стоитъ ученіе о натуральныхъ обязательствъ которое излагаетъ въ 1843 году Пфордтенъ [7]).— Къ jus gentium сводятъ неисковыя обязательства также Мейерфельдъ [8]), Унтергольцнеръ [9]), Рено [10]), Геймбахъ [11]) и др. Мы не будемъ останавливаться подробно на этихъ писателяхъ, въ ученіяхъ которыхъ мало оригинальнаго.

Пухта говоритъ о натуральныхъ обязательствахъ въ своихъ Пандектахъ (первое изданіе 1838 г.; мы цитируемъ по 8-му), Лекціяхъ (Vorlesungen; первое изданіе, посмертное, 1847 сл. года; мы цитируемъ по 5 изд.) и Институціяхъ (первое изданіе 1841 — 1847 г.; мы цитируемъ по 9-му). Въ Пандектахъ (§ 237 пр. a) и Лекціяхъ (т. II стр. 44; 47 сл.) Пухта учитъ, что obl. civiles основаны на jus civile, a obl. naturales на jus gentium или naturalis aequitas.—Нѣсколько иное читаемъ мы въ Институціяхъ (т. II стр. 335); здѣсь авторъ объясняетъ намъ, что цивильныя обязательства суть обязательства, признанныя въ jus civile, т. е. возникшія на такомъ основаніи, которое извѣстно только цивильному праву или же принято цивильнымъ правомъ изъ jus gentium. Первоначально, римское право знало только такія обязательства; они пользовались полною исковою защитой, если только какое-либо особенное условіе въ ихъ фактическомъ составѣ не помѣшало возникновенію иска съ самаго начала или не уничтожило иска впослѣдствіи.—Слово «naturalis», по объясненію, даваемому въ Институціяхъ, не означаетъ непремѣнно того, что обязательство коренится въ jus gentium; «naturalis» имѣетъ, прежде всего, отрицательное значеніе: натуральныя обязательства суть тѣ, которыя не основаны на цивильномъ правѣ;

---

[7]) L. de Pfordten, de obligationis civilis in naturalem transitu, стр. 1—16.

[8]) Meyerfeld, die Lehre v. d. Schenkungen, т. I (1835 г.) стр. 339.

[9]) Unterholzner, quellenmässige Zusammenstellung der Lehre d. röm. R. v. d. Schuldverhältnisse, т. I (1840 г.), стр. 13 сл.

[10]) Renaud, въ Arch. f. die Civil. Praxis, т. 29 (1846 г.) стр. 437 сл.

[11]) Heimbach въ Weiske's Rechtslexicon, т. 7 (1847 г.). По его мнѣнію, obl. naturales суть: 1) исковыя обязательства, принадлежащія къ j. gentium, т. е. примѣнимыя къ перегринамъ (стр. 418 сл.); 2) обязательства, снабженныя исковомъ по j. gentium, но потерявшія таковой при принятіи ихъ въ jus civile (стр. 466 сл.).—Именемъ naturale debitum означаются иногда Liebespflichten, гдѣ требованіе обратно предоставленія было бы turpitudo (стр. 457 сл.).

они покоются часто на jus gentium, но могутъ быть основаны и на jus honorarium (стр. 335, 336). Обязательства, основанныя на jus gentium, въ древнее время не имѣли никакого юридическаго значенія. Они могли являться лишь матеріальною основой для цивильныхъ обязательствъ: соглашеніе черезъ прибавленіе къ нему causa civilis обращалось въ obligatio. На этой почвѣ развилось ученіе о томъ, что обязательства juris gentium, не получившія санкціи отъ цивильнаго права, могутъ быть базисомъ для акцессорныхъ правоотношеній; сюда была впослѣдствіи прибавлена способность производить эксцепцію и быть основаніемъ для дѣйствительной уплаты. Когда эти послѣдствія прочно установились, то и самое имя «obligatio naturalis» получило иное значеніе: имъ стали означать вообще неисковое обязательство, въ томъ числѣ и obligatio civilis, потерявшую искъ; въ послѣднемъ случаѣ говорили: «naturalis obligatio manet».—Нѣкоторыя изъ obl. naturales получили съ теченіемъ времени искъ по преторскому эдикту и сдѣлались obl. honorariae; впрочемъ, есть и такія obl. honorariae, которыя не коренятся въ jus gentium и являются obl. naturales лишь въ томъ смыслѣ, что онѣ—не цивильныя обязательства.—Къ неисковымъ obl. naturales относятся и такія, которыя опираются на философское jus naturale: таково обязательство господина передъ рабомъ (стр. 336). — Во всѣхъ трехъ сочиненіяхъ (Inst. стр. 334 и 336; Pand. § 237 пр. e. Vorles. стр. 45) Пухта отъ натуральныхъ обязательствъ отличаетъ моральныя обязанности, т.-е. совсѣмъ неюридическія отношенія. Если эти обязанности именуются naturales obligationes или naturalia debita, то неумѣстными являются въ этихъ названіяхъ слова obligatio или debitum; слово же «naturalis» указываетъ здѣсь на то, что отношеніе лежитъ вообще за предѣлами права. Впрочемъ, въ случаѣ исполненія такой обязанности, право не даетъ cond. indebiti: не сообщая обязанности средствъ юридическаго принужденія, право въ то же время не желаетъ поощрять ея нарушенія.

У Эрклебена (Erxleben) въ его книгѣ Condictiones sine causa, ч. I (1850 г.), стр. 118—152 мы находимъ ученіе, довольно близкое къ теоріи Пухты. По мнѣнію Э., римляне сводили все право къ двумъ источникамъ: часть его—jus civile—является продуктомъ особыхъ воззрѣній на право отдѣльнаго даннаго народа и особаго развитія и строя его государственной организаціи; другая

часть—jus gentium s. naturale—составляетъ продуктъ ratio naturalis, которая равномѣрнымъ образомъ вліяетъ на жизнь всѣхъ народовъ и образованіе ихъ права. Jus civile является всегда и принципіально положительнымъ правомъ, которое утверждено авторитетомъ государственной власти и должно быть примѣняемо органами государства; напротивъ, jus naturale есть, прежде всего, только извѣстное «правообразовательное стремленіе», нравственное требованіе: оно получаетъ юридическую силу только послѣ признанія его въ юридическомъ сознаніи даннаго народа. Съ теченіемъ времени многія положенія juris naturalis принимаются въ положительномъ правѣ; эту силу имъ сообщаетъ признаніе со стороны обычая, эдикта магистратовъ или закона. Но полное признаніе дается нормамъ juris naturalis лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда оно можетъ быть согласовано съ особымъ строемъ римскаго правоваго организма. Такимъ путемъ появились нѣкоторыя исковыя обязательства, матеріально коренящіяся въ j. gentium, но признанныя въ то же время въ j. civile или honorarium. Есть, однако, съ другой стороны много такихъ случаевъ, когда по естественному воззрѣнію на право несомнѣнно должно возникать юридически связующее обязательство, но положительный строй римскаго права препятствуетъ возникновенію таковаго. Сюда относятся nuda pacta, сдѣлки рабовъ, сдѣлки недѣеспособныхъ лицъ, сдѣлки между лицами, объединенными отеческой властью. Наконецъ, сюда же принадлежатъ тѣ случаи, когда обязательство по цивильному праву теряетъ силу, вслѣдствіе такихъ обстоятельствъ, которыя по натуральному праву не должны бы были его разрушать (cap. dem. minima, jus iniquum etc.). Такого рода основанія разрушаютъ только цивильный элементъ обязательства и оставляютъ въ силѣ натуральный. Во всѣхъ этихъ случаяхъ съ точки зрѣнія цивильнаго права нѣтъ никакого юридическаго обязательства; но оно есть съ точки зрѣнія права натуральнаго или естественнаго воззрѣнія на право. Поэтому, если должникъ даже по ошибкѣ уплатитъ по такому обязательству, ему не дается cond. indebiti, которая исключается ipso jure, ибо сама опирается на bonum et aequum и понятіе «indebitum» обсуждается при ней по естественному воззрѣнію на право. Вслѣдъ за признаніемъ soluti retentio на основаніи такихъ обязательствъ, послѣднія стали считаться способными и къ новаціи, конституту, компенсаціи, обезпе-

ченію залогомъ и поручительствомъ. — По примѣру Пухты Э. отличаетъ отъ натуральныхъ обязательствъ тѣ случаи, когда искъ о возвратѣ сдѣланнаго представленія не допускается въ виду требованій морали.

Самымъ видным представителемъ разсматриваемаго направленія является, несомнѣнно, Савиньи (Savigny). Онъ излагаетъ подробно свои воззрѣнія въ «Obligationenrecht, т. I (1851 г.) §§ 5—14.—Савиньи ставитъ obl. naturalis римскаго права въ тѣсную связь съ существующей въ этомъ правѣ противоположностью между jus civile и jus gentium. (System I стр. 419. Obligat. I стр. 23). Jus gentium въ языкѣ римскихъ юристовъ онъ считаетъ тожественнымъ съ jus naturale. (System I стр. 113; 417 слл.). — Что касается противоположности между jus civile и jus gentium, то ея значеніе очень существенно и сводится къ слѣдующему. Каждое положительное право является продуктомъ раскрытія народнаго духа. (Стр. 14). Но духъ даннаго народа есть лишь частное проявленіе общечеловѣческаго духа. Соотвѣтственно съ этимъ въ содержаніи каждаго положительнаго права слѣдуетъ различать два элемента: нормы, свойственныя только одному народу, и нормы, встрѣчающіяся одинаково у многихъ народовъ. (Syst. I стр. 21; § 15). Jus gentium или naturale и jus civile римскаго права являются лишь спеціальнымъ историческимъ примѣненіемъ этого различія общаго и національнаго элемента въ правѣ; впрочемъ категоріи jus gentium и jus civile не вполнѣ тожественны съ понятіями общаго и національнаго элемента. (Syst. I стр. 112 пр. г.). Jus civile есть положительное право, примѣнимое только къ римскимъ гражданамъ и латинамъ и къ недвижимостямъ въ Италіи. (Syst. I стр. 114). Оно содержитъ въ себѣ элементы чисто національные, но рядомъ съ ними также много общенародныхъ. Такъ напр., большинство контрактовъ принадлежатъ вмѣстѣ и къ jus civile, и къ jus gentium. (Syst. стр. 111; ср. стр. 112). Jus gentium, для выработки котораго дали толчокъ все болѣе усиливающіяся сношенія съ перегринами (Syst. I стр. 109 сл.; 111 сл.), есть также положительное право, исторически сложившееся (Syst. I стр. 113); оно примѣнимо ко всѣмъ людямъ, которые не вполнѣ безправны, и къ недвижимостямъ въ Италіи и въ провинціяхъ (Syst. I стр. 114). Это право содержитъ въ себѣ общенародные элементы и представляется Римлянамъ

выраженіемъ naturalis rationis, т. е. присущаго человѣческой природѣ общаго правосознанія; необходимымъ слѣдствіемъ отсюда считалась неизмѣнность этого права. Впрочемъ, отдѣльныя положенія juris gentium съ этой стороны провѣркѣ не подвергались (Syst. I стр. 110; стр. 113). Такъ какъ jus gentium было такимъ-же положительнымъ правомъ, какъ и jus civile, и примѣнялось практически, то jus civile не могло не вліять на jus gentium. Поэтому договоръ, запрещенный въ гражданскомъ правѣ (напр. долгъ изъ игры или ростовщическіе проценты), не производитъ даже naturalis obligatio (Syst. I стр. 115 сл.).— Различіе между obligationes civiles и naturales, по воззрѣнію Савиньи, имѣетъ тройкое значеніе: оно относится или къ происхожденію обязательствъ, или къ обязательственной правоспособности лицъ, или къ степени дѣйствительности обязательствъ (Oblig. I стр. 23). По отношенію къ происхожденію, обязательства дѣлятся на такія, которыя основаны на jus gentium, и на такія, которыя происходятъ изъ jus civile. Впрочемъ, большинство обязательствъ juris gentium признаны и въ jus civile. Слѣдовательно, мы получаемъ въ результатѣ три класса обязательствъ: обязательства, признанныя и въ jus civile, и въ jus gentium, обязательства, основанныя только на jus civile, и обязательства, основанныя только на jus gentium. (Oblig. I стр. 24). Къ jus gentium принадлежатъ всѣ обязательства, которыя покоются не на произвольныхъ предписаніяхъ, но на ratio naturalis, естественномъ элементѣ права; сюда относятся въ частности три основанія возникновенія обязательства: 1) свободная воля должника (договоръ); 2) неосновательное обогащеніе изъ чужаго имущества; 3) правонарушеніе, поскольку искъ изъ деликта имѣетъ предметомъ возмѣщеніе убытковъ. (Oblig. I стр. 26). Обязательства juris civilis имѣютъ всѣ такой характеръ, что удовлетворительное юридическое состояніе мыслимо и безъ нихъ, такъ что они не являются неизбѣжными. (Oblig. I стр. 28).—По отношенію къ личной правоспособности, обязательства дѣлятся на такія, которыя доступны только римскимъ гражданамъ, и такія, которыя могутъ быть заключаемы и перегринами. Всѣ обязательства juris gentium доступны перегринамъ. Обязательства juris civilis въ принципѣ доступны только римскимъ гражданамъ; однако, изъ этого правила было сдѣлано нѣсколько исключеній по чисто практическимъ соображеніямъ (Oblig. I стр. 29—33).—Наконецъ, по отношенію къ

дѣйствительности, обязательства дѣлятся на исковыя (civiles) и неисковыя (naturales). Къ числу исковыхъ (такихъ огромное большинство) относятся всѣ obl. juris civilis и тѣ obl. juris gentium, которыя признаны въ jus civile и потому снабжены искомъ. Нѣкоторыя же обязательства juris gentium въ силу какого либо недостатка въ своемъ составѣ не получили признанія со стороны jus civile и потому были лишены иска. Эти обязательства по преимуществу называются въ источникахъ obl. naturales, потому что они суть только naturales (Oblig. I стр. 34 — 36). Однако, названіемъ nat. obl. иногда означаются и исковыя обязательства во вниманіе къ ихъ происхожденію (Oblig. I стр. 38—41). Савиньи признаетъ, что его схема похожа на схему старыхъ писателей, дѣлившихъ обязательства на mere civiles, mere naturales и mixtae. Но онъ отвергаетъ это старое дѣленіе, 1) потому что эта терминологія чужда римскимъ юристамъ; 2) потому что по этой схемѣ jus civile и jus gentium представляются совершенно самостоятельными областями, не вліяющими другъ на друга; между тѣмъ, по ученію Савиньи, обѣ эти системы связаны въ одно практическое цѣлое и взаимно вліяютъ другъ на друга. Вліяніе jus gentium на jus civile сказывается напр. въ томъ, что договоръ juris civilis обезсиливается, если онъ заключенъ подъ вліяніемъ dolus; вліяніе juris civilis на jus gentium проявляется въ томъ, что напр. долгъ изъ игры не производитъ даже obl. naturalis; вообще принудительные законы цивильнаго права принимаются во вниманіе и въ jus gentium (Obl. I стр. 41—44; стр. 108 сл.).—Практическое значеніе неисковаго натуральнаго обязательства состоитъ въ томъ, что оно способно привести къ совершенію предоставленія должникомъ, если фактическія обстоятельства складываются такъ, что можно обойтись безъ иска объ исполненіи (Oblig. I стр. 45). Въ частности obl. nat. способны вызывать слѣдующія послѣдствія: 1) исключеніе condictio indebiti даже при solutio per errorem; 2) compensatio; 3) deductio изъ пекулія; 4) поручительство; 5) constitutum; 6) залогъ; 7) novatio (Oblig. I стр. 45—50). Каждая oblig. nat. по общему правилу можетъ вызывать всѣ эти послѣдствія, если только особая природа даннаго обязательства не исключаетъ нѣкоторыхъ изъ нихъ. (Oblig. I стр. 51). Недостатки, благодаря которымъ эти обязательства не получили признанія въ jus civile и потому не

имѣютъ исковой защиты, состоятъ въ слѣдующемъ. 1) Несоблюденіе формы при установленіи обязательства. 2) Недостаточная правоспособность или дѣеспособность сторонъ (правоотношенія между домовладыкой и подвластнымъ, господиномъ и рабомъ, рабомъ и третьими лицами, обязат. изъ сдѣлокъ пупилла s. t. a., изъ займа подвластнаго contra Sc. Macedonianum). 3) Строгая консеквенція цивильнаго права, не признанная въ jus gentium (confusio, наступившая при принудительномъ вступленіи въ наслѣдство, cap. dem. minima). 4) Особыя нормы исковаго права (absolutio injusta, истеченіе исковой давности, истеченіе процессуальной давности, jus iniquum; Oblig. I стр. 52—100).—Кромѣ того, Савиньи особо выдѣляетъ двѣ obl. nat. съ весьма ограниченнымъ значеніемъ: онѣ приводятъ только къ soluti retentio, но не могутъ вызывать иныхъ послѣдствій, благодаря неопредѣленности своего содержанія (obl. nat. жены къ установленію приданаго и либерта къ предоставленію operae officiales; Oblig. I стр. 100—103). При обязанности къ remuneratio источники говорятъ объ obligatio въ фактическомъ, а не юридическомъ смыслѣ. При уплатѣ легатомъ безъ вычета quarta Falcidia существуетъ лишь та особенность, что сознательное совершеніе ея не считается дареніемъ (Oblig. I, стр. 103—106).—Въ заключеніе Савиньи выставляетъ слѣдующее общее правило: обязательство, недѣйствительное и по jus civile, и по jus gentium не имѣетъ никакой силы. Это правило примѣняется какъ къ случаямъ недѣйствительности исковаго обязательства ipso jure, такъ и къ тѣмъ, когда исковое обязательство теряетъ силу на основаніи эксцепціи: если эксцепція согласна съ основами juris gentium (naturalis rationis или aequitatis), то она не оставляетъ даже натуральнаго обязательства (Oblig. I стр. 115; System, V стр. 378); для эксцепціи изъ Setum Vellejanum создана была искусственная naturalis aequitas, такъ какъ не считали согласнымъ съ цѣлью этой часто цивильной эксцепціи оставить въ силѣ obl. nat. mulieris intercedentis (Oblig. I стр. 119 сл.).

Въ 1861 году появилось обстоятельное изслѣдованіе на французскомъ языкѣ Машелара (Machelard), подъ заглавіемъ «Des obligations naturelles en droit romain».—По ученію этого писателя, подъ именемъ натуральныхъ обязательствъ римляне разумѣютъ двоякаго рода понятіе: 1) исковыя обязательства, основанныя на jus gentium и доступныя римскимъ гражданамъ и перегринамъ;

среди исковыхъ обязательствъ натуральныхъ больше, чѣмъ цивильныхъ (стр. 3—10); 2) неисковыя обязательства, которыя составляютъ исключеніе изъ общаго правила. Послѣднее значеніе термина obligatio naturalis слѣдуетъ признать техническимъ и господствующимъ (стр. 12). Главнымъ критеріемъ наличности неисковой obligatio naturalis является возможность совершить по ней уплату, которая не считается за дареніе, а есть настоящая debiti solutio (стр. 525). Относительно возможности уплаты сила натуральнаго обязательства бываетъ двоякая. 1) Есть такія обязательства, при которыхъ уплата считается сдѣланной со связующей силою даже тогда, когда она произведена подъ вліяніемъ заблужденія: платящій считалъ себя обязаннымъ по исковому обязательству. Въ подобныхъ случаяхъ obl. naturalis производитъ свои послѣдствія независимо отъ воли должника (стр. 527. 533). Иногда сила nat. obl. возрастаетъ еще больше: уплата можетъ наступить даже независимо отъ всякаго дѣйствія со стороны должника; это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда кредитору предоставлено jus retentionis и jus compensationis (стр. 533 сл.). Право на компенсацію есть самое сильное послѣдствіе, которое можетъ быть связано съ неисковымъ обязательствомъ (стр. 19). 2) Но есть и весьма слабыя obl. naturales; уплата по нимъ можетъ быть сдѣлана только сознательно и добровольно и въ такомъ случаѣ не считается за дареніе; но заблужденіе должника въ характерѣ обязательства, которое онъ считалъ за исковое, даетъ ему право на возвратъ сдѣланнаго предоставленія. Такое значеніе имѣетъ, напримѣръ, debitum naturale должника, несправедливо признаннаго по суду свободнымъ отъ всякаго долга (стр 527; стр. 287). Французское право знаетъ натуральныя обязательства только въ этомъ послѣднемъ смыслѣ (стр. 528). Въ случаяхъ этой категоріи возможной является не одна только добровольная уплата, но и всякое добровольное обезпеченіе уплаты, съ помощью поручительства, залога, конститута, новаціи.— Несмотря на существованіе такого рѣзкаго различія въ послѣдствіяхъ натуральныхъ обязательствъ первой и второй группы, авторъ считаетъ всѣ obl. naturales однородными и выводитъ ихъ изъ одного источника; различаются онѣ лишь по силѣ своихъ послѣдствій. Каждое отдѣльное обязательство можетъ быть неспособно къ нѣкоторымъ изъ тѣхъ послѣдствій, которыя вообще допустимы при исковыхъ обязательствахъ (стр. 534 сл.; стр. 20; стр. 524). Машеларъ

не считаетъ нужнымъ дѣлать различіе между натуральными и моральными обязательствами, которое дѣлаетъ, напр., Пухта; онъ полагаетъ, что такого рода различіе способно только запутать вопросъ (стр. 282—285). Равнымъ образомъ онъ отвергаетъ дѣлаемое Шванертомъ и Гольціусомъ (о теоріяхъ этихъ писателей сказано будетъ ниже) различіе между obligatio naturalis и debitum naturale. Въ томъ и другомъ случаѣ нашъ авторъ видитъ наличность юридическаго обязательства, способнаго къ погашенію уплатой (стр. 529—532).—Что касается происхожденія натуральныхъ обязательствъ, то М. рѣшительно высказывается въ пользу теоріи, основывающей ихъ на jus naturale, и объявляетъ себя противникомъ воззрѣній Гольціуса и Шванерта. Система послѣднихъ писателей, требующихъ для натуральнаго обязательства наличности causa civilis, является очень удобной въ практическомъ отношеніи; при этихъ условіяхъ мы начинаемъ находиться на вполнѣ опредѣленной почвѣ и избавляемся отъ шаткаго jus naturale, границы котораго до сихъ поръ твердо не установлены. Тѣмъ не менѣе, система эта несогласна съ источниками (L. 49 § 2 D. 15, 1, по мнѣнію Машелара, стр. 543 сл., относится только къ рабскому пекулію) и потому должна быть оставлена. Нужно отказаться отъ мысли опредѣлить твердыми правилами, въ какихъ случаяхъ и съ какимъ эффектомъ возникаютъ натуральныя обязательства. Разрѣшая этотъ вопросъ, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ принимать во вниманіе, что̀ именно является достаточнымъ по правиламъ честности и добросовѣстности для возникновенія долга. Этимъ путемъ шли римскіе юристы, которые такъ часто противопоставляютъ право въ настоящемъ смыслѣ слова тому, что они называютъ aequitas. Эта aequitas служитъ базисомъ для j. naturale, а слѣдовательно, и для натуральныхъ обязательствъ (стр. 538—9).—Исковыя obl. naturales также основаны на принципахъ, общихъ всѣмъ народамъ и покоющихся на разумѣ; съ этой точки зрѣнія и онѣ опираются на jus naturale (стр. 547 сл.).—Впрочемъ, нужно замѣтить, что Машеларъ въ качествѣ источника исковыхъ натуральныхъ обязательствъ не всегда называетъ j. naturale и aequitas; иногда въ этой роли является у него j. gentium, приложимое къ перегринамъ (стр. 30 86, 267, 418, 493).

Почти одновременно съ книгою Машелара появилось другое

французское изслѣдованіе по нашему вопросу; мы разумѣемъ книгу Массоля (Massol) «De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit Français»; первое изданіе этой книги вышло въ 1858 г., а второе, дополненное обширной «introduction», въ 1862 г. (мы цитируемъ по послѣднему изданію).—Массоль находитъ нужнымъ дѣлать строгое различіе между натуральными обязательствами и моральными. Онъ считаетъ проведеніе этого различія въ подробностяхъ самымъ существеннымъ пунктомъ своего труда [12]). Это различіе онъ устанавливаетъ какъ для римскаго, такъ и для французскаго права; вообще, въ противоположность къ Машелару, онъ полагаетъ, что между французскимъ и римскимъ правомъ нѣтъ принципіальныхъ различій въ отношеніи къ обязательствамъ, лишеннымъ иска [13]).

Подъ именемъ натуральныхъ обязательствъ (obl. naturelles) авторъ разумѣетъ обязательства, которыя опираются на положительное право, дѣйствующее у разныхъ народовъ (jus gentium), но въ правѣ извѣстнаго даннаго народа не получили полнаго признанія (стр. 6; стр. 2 сл.; стр. 4; introd. стр. XI). Если такое обязательство, основанное на jus gentium, не упоминается совсѣмъ законодательствомъ даннаго народа, то оно получаетъ полную силу. Если же оно не одобряется этимъ положительнымъ правомъ, то это можетъ означать или полное ничтожество его съ юридической стороны, или же только ограниченіе его силы. Въ послѣднемъ случаѣ мы имѣемъ натуральное обязательство (стр. 3—4). Обязательство, коренящееся въ jus gentium и въ то-же время имѣющее полную силу по праву даннаго народа, становится obligatio civilis и не представляетъ для насъ никакого особаго интереса (стр. 7; стр. 28 сл.). Obligation naturelle имѣетъ значеніе юридической связи. Ея критеріемъ служитъ то, что она составляетъ часть имущества кредитора и только неспособна производить искъ или служить для compensatio ex dispari causa (стр. 7 сл.); compensatio ex dispari causa считается авторомъ непримѣнимой къ неисковымъ обязательствамъ: она привела бы здѣсь къ несправедливымъ резуль-

---

[12]) Préface, стр. I; introduction (ко 2-му изд.), стр. V.

[13]) Доказательству этой мысли посвящена вся вторая половина книги Массоля, стр. 217—336; см. въ особенности стр. 218 слл.; стр. 335 сл.

татамъ (стр. 66 сл.). Составляя юридическій долгъ, эта obl. naturelle погашается настоящею уплатой, которую ни въ коемъ случаѣ нельзя считать за дареніе (стр. 42 сл.; стр. 47 сл.). Какъ юридически дѣйствительное обязательство, натур. обязательство является частью имущества кредитора и потому можетъ быть предметомъ цессіи и легата (стр. 45 сл.). Наконецъ, натуральное обязательство можетъ быть подкрѣплено съ помощью поручительства, залога, корреалитета, конститута. Оно можетъ быть предметомъ и средствомъ новаціи (стр. 50—60). Возможность всѣхъ этихъ послѣдствій приводитъ иногда къ тому, что уплата по натуральному обязательству можетъ быть вынуждена кредиторомъ помимо воли должника. Такими средствами принужденія къ уплатѣ являются: 1) compensatio ex eadem causa, 2) обезпеченіе долга со стороны третьяго лица безъ вѣдома должника, 3) распространеніе залоговаго права, установленнаго въ обезпеченіе какого-либо другаго долга, на натуральныя требованія того же кредитора, необезпеченныя залогомъ (стр. 8 пр. 1., introd. стр. XXII сл.; стр. 65).—Однимъ изъ основныхъ положеній Массоля является его утвержденіе, что всѣ натуральныя обязательства способны вызывать одни и тѣ же послѣдствія (introd. VI—X; стр. 32; стр. 111; стр. 184 и т. д.).—Выводя натуральныя обязательства изъ jus gentium въ смыслѣ положительнаго права, примѣняющагося у разныхъ народовъ, Массоль неоднократно высказывается противъ мысли, что obl. naturales можно опирать на jus naturale, т.-е. на право, записанное въ сердцахъ людей и независимое отъ положительной санкціи (стр. 24; стр. 3; стр. 115 пр. 1).—Рѣзко отличаются отъ этихъ натуральныхъ обязательствъ обязательства моральныя. Если первыя вытекаютъ изъ положительнаго права (jus gentium) и носятъ строго юридическій характеръ, то послѣднія стоятъ внѣ права; они опираются исключительно на велѣнія морали, голосъ совѣсти, и не имѣютъ значенія юридической связи (стр. 3; стр. 4; стр. 8; introd. стр. XI). Для юриста они представляютъ лишь тотъ интересъ, что уплата, сдѣланная по нимъ, не можетъ быть требуема обратно даже въ томъ случаѣ, когда она была совершена подъ вліяніемъ error juris, и что они могутъ являться мотивомъ къ заключенію юридическаго обязательства (стр. 8 сл.). Тѣмъ не менѣе, уплата, сдѣланная по такимъ obl. morales, не считается уплатой долга; долга въ юридическомъ смыслѣ здѣсь не существуетъ. Упла-

та считается за дареніе (liberalité). Она является дареніемъ даже тогда, когда ее вызвало ошибочное убѣжденіе платящаго въ томъ, что долгъ его юридически обязателенъ. Такое заблужденіе въ правѣ не исключаетъ наличности дарения. Для дарения достаточно того, чтобы законодатель могъ основательно презюмировать animus donandi. Въ данномъ же случаѣ законодатель разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: лицо несомнѣнно сдѣлало бы свое предоставленіе, даже еслибы оно не находилось въ этотъ juris и не считало себя юридически обязаннымъ; тогда оно по доброй совѣсти признало бы себя связаннымъ officio pietatis и исполнило бы подобный долгъ. Другими словами, ссылка лица, совершившаго предоставленіе, на то, что оно добровольно не исполнило бы своего officium pietatis, не принимается правомъ во вниманіе (introd. стр. XXXI; стр. 38 сл.).— Не имѣя юридическаго значенія, моральное обязательство не можетъ быть предметомъ новаціи и основаніемъ поручительства, залога, конститута (introd. стр. XII слл.; стр. 50 сл.; 8 сл.; 59). Оно не входитъ въ составъ имущества (стр. 42 слл.).

Къ этой же группѣ писателей, основывающихъ неисковыя обязательства со всѣми ихъ юридическими послѣдствіями на j. gentium или на j. naturale, относятся Келлеръ [14]), Зинтенисъ [15]), Молиторъ [16]), Майнцъ [17]), Ортоланъ [18]) и фанъ Веттеръ [19]).

Переходимъ ко второй группѣ ученыхъ. Характерная черта воззрѣній авторовъ, относящихся къ этой группѣ, состоитъ въ слѣдующемъ. Они не выводятъ неисковыхъ обязательствъ изъ jus naturale или jus gentium, но и вообще не считаютъ возможнымъ относить ихъ къ какому либо праву. Неисковыя обязательства, по мнѣ-

---

[14]) Keller, Pandekten, 2 е изд. 1866 г., т. I § 226.

[15]) Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, 3-е изд. 1869 г., т. II стр. 6 слл.

[16]) Molitor, les obligations en droit romain, 2-е изд. 1866 г., т. I стр 34 слл. (особ. см. стр. 38; 48; 63 слл.).

[17]) Maynz, Cours de droit romain, 4-е изд. 1877 г. т. II § 193.

[18]) Ortolan, législation romaine, 9-е изд 1875 г., т. III §§ 1184 и 1793—1808.

[19]) van Wetter, les obligations en droit romain, т. I стр. 218—253 (1883 г.).

нію этихъ писателей, совсѣмъ не являются юридическими отношеніями и лежатъ внѣ области права.

Къ этой группѣ относится, прежде всего, Христіансенъ (Christiansen), напечатавшій въ 1844 г. книгу подъ заглавіемъ «Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti». Основныя положенія этой книги, насколько она касается предмета нашего изслѣдованія, состоятъ въ слѣдующемъ. На obligatio naturalis обыкновенно смотрятъ, какъ на видъ юридическаго обязательства: его считаютъ за ослабленное юридическое обязательство, лишенное иска, но защищенное эксцепціей. Этотъ взглядъ, по утвержденію автора, совершенно неправиленъ; принудительная обязанность можетъ возникнуть только на почвѣ положительнаго права; въ этомъ смыслѣ, однако, мы не можемъ констатировать въ obligatio naturalis наличности никакой юридической связи: здѣсь нѣтъ принудительной обязанности должника къ исполненію. Совершеніе solutio зависитъ вполнѣ отъ произвола должника. Если же solutio совершена, то защита, даваемыя для ея спокойнаго удержанія, есть защита уже исполненной nat. obl., а не средство для того, чтобы вынуждать ея исполненіе. Истинное юридическое обязательство можетъ быть также снабжено защитою въ формѣ только возраженія, а не иска; но для этого оно должно имѣть соотвѣтственное содержаніе: оно должно возникать при такихъ фактическихъ условіяхъ, которыя дѣлаютъ для кредитора возможнымъ добиться исполненія обязательства въ формѣ защиты противъ иска должника; таково jus retentionis; здѣсь мы дѣйствительно имѣемъ истинное обязательство, защищаемое только при помощи возраженія. Но разница между возраженіемъ, служащимъ для того, чтобы побудить должника къ исполненію, и возраженіемъ, охраняющимъ силу уже произведеннаго исполненія, весьма велика: если кредиторъ не воспользуется перваго рода возраженіемъ, то онъ теряетъ всякое средство добиться исполненія по своему требованію (выдача вещи должнику, несмотря на jus retentionis); если же кредиторъ по ошибкѣ не защититъ себя въ спокойномъ обладаніи уплатой, полученной по obl. nat. (полученной въ формѣ solutio или compensatio, ибо compensatio по существу есть тоже solutio; см. стр. 21), то онъ имѣетъ cond. indebiti, чтобы вернуть обратно полученную отъ должника уплату. Такимъ образомъ при obl. naturalis нельзя замѣтить юридическаго харак-

тера obligatio ни въ одинъ моментъ, ни до наступленія защиты въ формѣ эксцепціи, ни послѣ: раньше она не проявляется, какъ принудительная обязанность, а эксцепція защищаетъ уже исполненную, слѣдовательно уже не существующую obligatio (стр. 23).—Не будучи юридическимъ обязательствомъ въ смыслѣ отношенія, обязывающаго должника принудительно къ исполненію, obl. nat. имѣетъ лишь то общее съ юридическимъ обязательствомъ, что въ ней на лицо извѣстный объективно распознаваемый вызовъ воли должника къ дѣйствію. Этотъ вызовъ можетъ самъ исходить только отъ чьей либо воли. При юридическихъ обязательствахъ вызовъ этотъ исходитъ отъ воли закона (стр. 83). При натуральныхъ обязательствахъ онъ исходитъ или отъ воли самого обязаннаго лица (natur. obl. ex pacto nudo, servi, pupilli, наслѣдника къ полной уплатѣ легатовъ свыше мѣры legis Falcidiae; стр. 87—90), или же онъ исходитъ отъ общей воли (ein allgemeiner Wille), которая, во всякомъ случаѣ, даже не будучи волею закона, стоитъ надъ волею отдѣльныхъ лицъ (стр. 90—91). Съ этой послѣдней точки зрѣнія мы должны отмѣтить два класса натуральныхъ обязательствъ. 1) Есть такія натуральныя обязательства, которыя никогда не были признаны закономъ и значеніе которыхъ покоится исключительно на признаніи ихъ общею волею, не имѣющей характера воли закона. Сюда относятся всѣ обязанности, вытекающія изъ приличія и pietas (стр. 91—96). 2) Далѣе, есть обязательства, которыя имѣли юридическую силу, но потеряли ее, вслѣдствіе exceptio perpetua, сохранивъ, однако, значеніе натуральныхъ обязательствъ. Въ сущности, въ каждомъ юридическомъ обязательствѣ есть obligatio naturalis (стр. 84—87), даже когда оно покоится на такомъ основаніи, которое само по себѣ, безъ открытаго признанія его закономъ, не могло бы по однимъ естественнымъ соображеніямъ вызвать натуральнаго обязательства. Вѣдь воля закона уже есть воля, вызывающая должника къ дѣятельности; стало быть, при ея наличности мы имѣемъ то условіе, которое необходимо для бытія натуральнаго обязательства (§ 21, стр. 84). Obl. naturalis можетъ остаться въ силѣ и тогда, когда такое юридическое обязательство, не содержащее въ себѣ самомъ (если оставить въ сторонѣ санкціонирующую его волю закона) натуральныхъ элементовъ, парализовано эксцепціей; эксцепція можетъ знаменовать только отнятіе у этого обязательства юридической

силы (стр. 96—99).—Изъ всего изложеннаго ясно, что нельзя выводить всѣхъ натуральныхъ обязательствъ изъ jus gentium. Къ j. gentium сводятся, дѣйствительно, нѣкоторыя исковыя обязательства, causa которыхъ въ большинствѣ правъ получила признаніе. Относительно-же большей части обязательствъ, лишенныхъ иска, скорѣе можно предположить, что они въ большинствѣ правъ не получили юридическаго признанія. Вообще слово «naturalis» въ названіи этихъ обязательствъ указываетъ только на неюридическую, чисто фактическую ихъ природу; они—res facti, а не juris (стр. 115—118).—Не будучи юридическимъ обязательствомъ, obl. naturalis допускаетъ только добровольное исполненіе со стороны должника. Solutio здѣсь мыслима только, какъ дѣйствіе должника, заключающее въ себѣ признаніе съ его стороны обязательства, и только при этомъ условіи она защищается правомъ, какъ solutio (стр. 119; 36; 82). Для наличности такой solutio, помимо личной способности должника къ отчужденію (стр. 119—121), требуется воля должника, направленная на признаніе натуральнаго обязательства. Эта воля безусловно налична въ томъ случаѣ, когда должникъ платитъ, зная, что онъ обязанъ только натурально (стр. 122—126). Если должникъ ошибочно считаетъ себя обязаннымъ къ уплатѣ юридически, то заблужденіе его не имѣетъ значенія, разъ есть на лицо натуральный долгъ. Въ данномъ случаѣ вѣдь есть causa solutionis: должникъ хотѣлъ уплатить долгъ и долгъ имъ уплаченъ; онъ ошибся только въ квалификаціи долга, принявъ простое натуральное обязательство за юридическое. Въ его дѣйствіи можно видѣть признаніе долга, а ошибка въ квалификаціи этого долга значенія не имѣетъ (стр. 126—130).—Такимъ образомъ obligatio naturalis можетъ быть исполнена только добровольно. Какъ согласить съ этимъ то обстоятельство, что на основаніи такого обязательства возможна compensatio? Соглашеніе достигается очень простымъ путемъ: compensatio при натуральныхъ обязательствахъ допускается только въ тѣхъ случаяхъ, когда она можетъ быть основана на волѣ самого должника, т.-е. лишь тогда, когда воля должника сдѣлать уплату проявилась уже при самомъ возникновеніи натур. обязательства: такова напр. obligatio ex nudo pacto; заключая ее, должникъ согласился платить; если затѣмъ уплата послѣдовала въ силу compensatio, то вторичнаго выраженія воли должника сдѣлать уплату не требуется.

При всѣхъ остальныхъ натуральныхъ обязательствахъ, которыя не покоются на волѣ должника, compensatio недопустима (стр. 136—141).

Довольно сходными съ воззрѣніями Христіанзена являются тѣ мысли о натуральныхъ обязательствахъ, которыя проводитъ Шейрль (Scheurl) въ статьѣ, помѣщенной въ Jahrbücher für die Dogmatik, т. 7 (1864 г.), стр. 318—355 [20]) Здѣсь Шейрль отказывается отъ выраженнаго имъ въ прежнее время воззрѣнія [21]), согласно которому obligationes naturales являются продуктомъ болѣе утонченнаго, болѣе развитаго права, jus aequum въ противоположность къ jus strictum. Въ настоящей статьѣ Шейрль склоненъ считать появленіе мысли о томъ, что искъ не является существеннымъ элементомъ какого бы то ни было права, признакомъ не утонченности, но напротивъ вырожденія юриспруденціи (стр. 322). Гдѣ справедливость требуетъ созданія новаго права, тамъ долженъ быть для него созданъ и искъ. Если искъ не создается, то это значитъ, что и удовлетвореніе потребности въ немъ не считается справедливымъ (стр. 323).—Римскія obl. naturales, лишенныя иска, поэтому и не являются ни въ какомъ смыслѣ юридическими отношеніями. Онѣ только по формѣ суть обязательства, а на самомъ дѣлѣ таковыми не являются (стр. 324 сл.). Въ этихъ obl. naturales нѣтъ не только никакого права требованія на сторонѣ кредитора, но и никакой юридической обязанности должника (стр. 333 сл.). Онѣ представляются обязательствами только съ точки зрѣнія неразвитаго юридически и въ этомъ смыслѣ естественнаго пониманія; поэтому онѣ и названы obl. naturales (стр. 354). Воззрѣніе на нихъ юриспруденціи состоитъ въ томъ, что, считаясь съ требованіемъ времени придать силу этимъ обязательствамъ, она объявила ихъ «признаваемыми» (anerkennbare) отношеніями (стр. 355). Это значитъ, что юриспруденція считаетъ возможнымъ для должника добровольно признать существованіе такого рода неюридической, но соотвѣтствующей общественнымъ воззрѣніямъ обязанности, и выполнить ее именно, какъ обязанность. Въ такомъ случаѣ онъ не можетъ требовать обратно даннаго, какъ не должнаго, даже ссыла-

---

[20]) Дополненіемъ къ этой статьѣ служитъ рецензія Шейрля на книгу Шванерта въ Kritische Vierteljahrschrift, г. VI (1864 г.), стр. 489—530.

[21]) Въ Heidelberger kritische Zeitschrift, т. I (1853 г.) стр. 501 сл.

ясь на свое заблужденіе, заставившее его считать исполненную обязанность за юридическую. Получатель при подобныхъ условіяхъ отвѣтитъ ему: «хотя твоя обязанность и не была юридической, но она была признаваемой и ея исполненіе съ твоей стороны дало твоей уплатѣ для меня юридическое значеніе уплаты долга» (стр. 327—331). Точно также формами добровольнаго признанія неюридической обязанности являются акцессорныя правоотношенія: поручительство, новація, конститутъ, залогъ. Что касается deductio и compensatio, то онѣ вытекаютъ изъ права кредитора, привлекаемаго къ отвѣтственности натуральнымъ должникомъ, требовать отъ послѣдняго признанія своей натуральной обязанности (стр. 331—333).—Такой характеръ носятъ obl. naturales рабовъ, обязательства между лицами, связанными отеческой властью, обязательства, остающіяся послѣ capitis deminutio и litis contestatio. Во всѣхъ этихъ случаяхъ мы имѣемъ на лицо всю внѣшнюю форму обязательственныхъ актовъ, изъ которыхъ, однако, не могутъ возникнуть юридическія отношенія, благодаря вліянію нормъ, не принадлежащихъ къ обязательственному праву [22]) и притомъ уже несимпатичныхъ обществу, предназначенныхъ къ исчезновенію при дальнѣйшемъ развитіи права, но еще не отмѣненныхъ (стр. 334—340). Натуральныя обязательства могли появиться въ этихъ случаяхъ только благодаря особымъ свойствамъ римскаго права и его развитія: это право никогда не ускоряло органическаго развитія институтовъ «скрытыми силами», но и не тормозило его. Болѣе свободно развивающееся законодательство должно въ такихъ случаяхъ прямо давать искъ (стр. 353). Поэтому натуральныя обязательства являются «въ общемъ продуктами оставшагося незаконченнымъ развитія римскаго права, завершеніе котораго привело бы къ тому, что имъ дано было бы значеніе цивильныхъ обязательствъ» (стр. 319).—Отъ этихъ «настоящихъ» (echte) натуральныхъ обязательствъ слѣдуетъ отличать «ненастоящія» (unechte), которыя въ практическомъ своемъ эффектѣ совершенно однохарактерны съ пер-

[22]) Въ этомъ нельзя не замѣтить отголоска ученія Гольціуса и Шванерта о необходимости causa civilis. Это проявляется и въ отношеніи Шейрля къ obl. nat. ex nudo pacto, которую онъ отвергаетъ на стр. 344 слл. Ср. Krit. VJSchr. т. VI стр. 499.

выми, по теоретически не являются натуральными обязательствами въ смыслѣ сдѣланной выше характеристики. Сюда Шейрль относитъ obl. изъ Sctum Macedonianum, обязательство изъ эдикта о jus iniquum и изъ decretum divi Marci (стр. 340; 343). Здѣсь мы имѣемъ настоящія обязательства, которыя по общимъ правиламъ могли бы дать искъ, но лишены его въ силу особаго предписанія закона, находящагося въ полномъ соотвѣтствіи съ возврѣніями общества и потребностями эпохи. Юриспруденція нашла возможнымъ истолковать эти запретительныя нормы права въ смыслѣ отнятія только права на искъ и компенсацію, и такимъ образомъ приравнять и эти случаи къ obl. naturales (стр. 342 сл.). Нормы права съ такимъ значеніемъ возможны и въ современныхъ законодательствахъ. Но изъ за нихъ не стоитъ удерживать въ силѣ самую категорію натуральныхъ обязательствъ, какъ особый институтъ дѣйствующаго права (стр. 353 сл.; стр. 319).

Къ этой же группѣ писателей мы должны причислить Ласковича, который не признаетъ въ натуральномъ обязательствѣ ни права требованія, ни юридической обязанности [23]), и Аккаріа, который ставитъ эти обязательства вообще внѣ области права [24]).

Къ третьей группѣ мы относимъ писателей, которые слѣдующимъ образомъ описываютъ воззрѣнія римскихъ юристовъ на натуральныя обязательства. Эти обязательства получаютъ свой эффектъ отъ того же самаго положительнаго права, на которомъ основана сила цивильныхъ обязательствъ. Но они не считаются за настоящія обязательства въ юридическомъ смыслѣ. Они представляются юристамъ фактомъ съ юридическимъ значеніемъ, отношеніями полуюридическими.

---

[23]) Laskowicz, de vi ac natura obligationis naturalis (diss. inaug. 1870 г.), стр. 62 и 101.

[24]) Accarias, Précis de droit romain (4 изд. 1891 г.), т II стр. 8„... non seulement de telles obligations n'appartiennent pas à la législation primitive..., mais... toujours elles restèrent en dehors du droit proprement dit".—Авторъ другого новаго французскаго учебника—Girard, Manuel de droit romain (1897 г.), стр. 620 сл. ограничивается замѣчаніемъ, что obl. nat. въ смыслѣ неисковыхъ обязательствъ являются созданіемъ классич. юристовъ; первоначально это имя давалось исковымъ обязательствомъ, относящимся болѣе къ jus naturale, чѣмъ къ civile, а затѣмъ оно сдѣлалось техническимъ для неисковыхъ, хотя иногда означаетъ моральный долгъ, исполненіе котораго есть donatic (стр. 621 пр. 5).

Наиболѣе видным представителемъ этого направленія является авторъ послѣдней по времени въ Германіи обстоятельной монографіи о римскихъ натуральныхъ обязательствахъ, Шванертъ (Schwanert). Въ своей книгѣ «die Naturalobligationen des Römischen Rechts», вышедшей въ 1861 году, этотъ писатель доказываетъ слѣдующія положенія. Безусловно ошибочною является теорія, выводящая натуральныя обязательства изъ jus gentium въ отличіе отъ jus civile для объясненія ихъ ограниченнаго юридическаго эффекта. Отношеніе у Римлянъ между jus gentium и jus civile совсѣмъ иное. Дѣло въ томъ, что въ каждомъ правѣ можно различить такія нормы, которыя сами собою вытекаютъ изъ фактическаго уклада общественныхъ отношеній, изъ природы вещей, и такія, которыя явились въ результатѣ національныхъ особенностей даннаго народа, какъ бы имъ созданы. Первыя составляютъ jus gentium, а вторыя jus civile. Относительно юридической силы тѣ и другія нормы совершенно одинаковы и составляютъ одну общую систему права. Различать же нормы того и другого рода можно во всякомъ правѣ, даже въ самомъ древнемъ. Но въ Римѣ это различіе стало дѣлиться лишь въ позднѣйшія эпохи, когда достаточно развилась юридическая теорія. При этомъ часто смѣшивалась естественность нормы съ примѣнимостью ея въ правахъ разныхъ народовъ. Къ проведенію этого различія юристовъ побуждала, главнымъ образомъ, практическая цѣль: опредѣлить, какіе институты доступны перегринамъ и какіе должны примѣняться только къ римскимъ гражданамъ.—Во всякомъ случаѣ отношеніе между jus civile и j. gentium не можетъ быть утилизировано для объясненія того, почему одни обязательства снабжены искомъ, а другія лишены исковой защиты. Сторонники подобнаго воззрѣнія должны видѣть въ jus gentium не часть положительнаго права, а нѣчто, лежащее внѣ его предѣловъ, естественное право (Naturrecht). Самое имя: obl. naturalis не даетъ повода выводить эти обязательства изъ j. gentium; natura или naturalis далеко не всегда синонимы съ jus gentium. При сведеніи obl. naturalis къ j. naturale источники желаютъ отмѣтить только, что содержаніе и характеръ этихъ обязательствъ отличаются нѣкоторыми особенностями (стр. 38—45).—Что касается исковыхъ обязательствъ, то они, говоритъ Шванертъ (стр. 68—93), очень рѣдко называются въ источникахъ obligationes naturales. Когда же

это случается, то предикатъ «naturalis» указываетъ не на принадлежность обязательства къ jus gentium, а на строго реальный характеръ того событія, которое приводитъ къ возникновенію обязательства. Это событіе представляется обязующимъ уже само по себѣ, независимо отъ того, какъ къ нему относится право (стр. 231).— Переходя къ анализу неисковыхъ obl. naturales, Шванертъ считаетъ нужнымъ, прежде всего, отдѣлить отъ нихъ сходные, но не тожественные съ ними случаи, т. наз. naturalia debita, въ которыхъ нѣтъ обязательственной causa и которые никогда не именуются «obligationes» (стр. 97). Эти naturalia debita имѣютъ свое основаніе внѣ предѣловъ права, въ особой ratio naturalis или въ jus naturale, отличномъ отъ положительнаго права (стр. 95; 121; 153 сл.; 98). Это j. naturale даетъ поводъ къ возникновенію нѣкоторыхъ нормъ положительнаго права; такъ, оно принимается во вниманіе при обсужденіи понятія indebitum въ condictio indebiti. Исключеніе cond. indebiti въ случаѣ уплаты и является единственнымъ юридическимъ слѣдствіемъ этихъ debita naturalia. Ихъ значеніе для права проявляется не до исполненія, а уже послѣ исполненія (стр. 223). Сюда относится обязанность либерта къ operae officiales и naturale debitum изъ pactum nudum. Obligatio naturalis изъ такого pactum не возникаетъ. — Что касается настоящихъ obligationes naturales, то онѣ содержатся въ каждой obligatio civilis, и потому могутъ остаться, послѣ того какъ цивильное обязательство теряетъ исковую защиту (стр. 156 сл.). Общее между obl. civilis и naturales состоитъ въ томъ, что и obl. naturalis можетъ покоиться только на causa civilis, т. е. на какой-либо вполнѣ дѣйствительной сдѣлкѣ, которая признана въ правѣ способною устанавливать обязательства (L. 49 § 2 D. 15, 1; стр. 160; 162). Если эта сдѣлка не удовлетворяетъ тѣмъ особымъ условіямъ, которыя требуются для появленія actio (правоспособность и способность къ процессу контрагентовъ), или если возникшая actio по какой-либо причинѣ теряется, то изъ сдѣлки возникаетъ obl. naturalis (стр. 236—242). Эта obligatio тѣмъ отличается отъ naturale debitum, что она имѣетъ юридическое значеніе и до ея добровольнаго исполненія, еще какъ существующее правоотношеніе (стр. 223). Значеніе ея состоитъ въ томъ, что она является достаточною causa для исполненія и что ея исполненіе можетъ быть обезпечено разными акцес-

сорными правоотношеніями (стр. 187—222). Всѣ эти слѣдствія удачно объединяются формулой Бринца, по которой натуральныя обязательства способны къ исполненію, но не къ иску (стр. 222—225). Но obl. naturalis тѣмъ отличается отъ obl. civilis, что она не даетъ кредитору никакого притязанія, никакого субъективнаго права. Она есть фактъ, но фактъ правовой, который устанавливаетъ юридическое debere на почвѣ положительнаго права (стр. 228—230). Отсутствіе иска равносильно здѣсь отсутствію всякаго притязанія и всѣхъ средствъ принудить должника къ уплатѣ: obl. naturalis способна только къ добровольному исполненію ея должникомъ (стр. 225). Поэтому, здѣсь невозможна interpellatio и mora debitoris, а также exceptio, какъ средство осуществленія права; если допущена компенсація, то только потому, что она въ позднѣйшемъ правѣ считается лишь за ссылку кредитора на полученное уже имъ удовлетвореніе, а въ болѣе раннемъ выполнялась съ помощью exceptio doli. т. е. въ формѣ ссылки не на право отвѣтчика, а на dolus истца; въ exceptio doli нельзя видѣть средства осуществленія права отвѣтчика (стр. 173 сл.; 216; 218; 235; 223 сл.). Наконецъ, такъ какъ obl. naturalis не даетъ субъективнаго права, то заинтересованное въ ея исполненіи лицо въ источникахъ не называется кредиторомъ (стр. 166 сл.), а цессія признается невозможною (стр. 174—186).—Самое названіе «obligatio naturalis» объясняется тѣмъ, что у Римлянъ слово «naturalis» означаетъ вообще фактическое въ противоположность къ юридическому—«civilis». Obl. naturalis, лишенная иска, есть obligatio только благодаря факту обязательственной сдѣлки и имѣетъ юридическія слѣдствія лишь настолько, насколько обязательственный актъ самъ по себѣ обосновываетъ правоотношеніе между сторонами. Этотъ фактъ самъ по себѣ, по своему содержанію, имѣетъ юридическое значеніе (стр. 231 сл.).—Naturalis obligatio является чистымъ продуктомъ юриспруденціи (стр. 3). Въ ея основѣ лежитъ ratio и aequitas, если подъ именемъ ratio разумѣть юридическую консеквенцію и широко развитое понятіе обязательства, а подъ aequitas—возврѣніе на обязательство, которое обнимаетъ все его юридическое значеніе въ противоположность къ strictum jus, разсматривающему обязательство лишь со стороны правомочія (стр 243; стр. 233—235; стр. 232). Съ j. naturale эти obligationes naturales не стоятъ ни въ какой связи (стр. 96; 98;

231 пр. 17; 245 пр. 3; 483 сл.).—Не всѣ натуральныя обязательства способны вызывать одинаковыя послѣдствія (стр. 238; 483 и 485).

Къ этой же категоріи писателей мы должны отнести Арндтса, который также видитъ въ натуральныхъ обязательствахъ наличность юридической обязанности безъ соотвѣтственнаго права требованія [25]). Къ ней же принадлежитъ Рикъ (Ryck); въ своей книгѣ «die Lehre von den Schuldverhältnisse nach gemeinem deutschen Recht» (1883 г.), стр. 14—51, этотъ писатель дѣлаетъ очеркъ натуральныхъ обязательствъ по римскому праву. Въ виду, главнымъ образомъ, L. 84 § 1 D. 50, 17. Рикъ считаетъ несомнѣнной связь naturalis obligatio съ jus gentium, если послѣднее понимать въ смыслѣ jus naturale или ratio naturalis. Ratio naturalis, какъ основаніе натуральнаго обязательства, есть по Римскому воззрѣнію часть юридическаго порядка, на ряду съ положительнымъ правомъ, и является понятіемъ съ весьма опредѣленнымъ содержаніемъ. Такимъ образомъ, старыя теоріи совершенно правильно ставили въ связь натуральныя обязательства съ ratio naturalis. Неправильно въ этихъ теоріяхъ было лишь обоснованіе эффекта этихъ обязательствъ, т. е. утвержденіе, что radix naturalis самъ по себѣ производитъ всѣ послѣдствія обязательства и только для возникновенія иска необходимъ radix civilis. Jus gentium или naturalis ratio имѣютъ только абстрактное, теоретическое значеніе и не могутъ вызвать для обязательства никакихъ практическихъ послѣдствій (стр. 14—18). Практическій эффектъ натуральныя обязательства получаютъ отъ положительнаго права, и притомъ отдѣльныя обязательства не въ одинаковой степени. Въ этомъ отношеніи основательна оппозиція новыхъ ученыхъ (Бринца, Гольціуса) старой теоріи. Однако, эти ученые дѣлаютъ сами противоположную ошибку: считая необходимой для появленія практическаго эффекта натуральныхъ обязательствъ санкцію положительнаго права, они заявляютъ, что obl. naturalis есть вообще обязательство положительнаго права. Между тѣмъ источники прямо указываютъ, что съ точки зрѣнія положительнаго права obl. naturalis не есть обязательство. Такимъ образомъ, слѣдуетъ различать

---

[25]) Arndts, Pandekten (13 изд. 1886 г), § 217: „wenn auch streng genommen keine Forderung, doch eine Schuldverbindlichkeit".

вопросъ о понятіи и объ эффектѣ натуральнаго обязательства (стр. 18—21). Натуральныя обязательства признаются положительнымъ правомъ, какъ фактъ (L. 41 D. 15, 1), и притомъ фактъ, имѣющій юридическое значеніе. Ихъ значеніе сводится къ тому, что они могутъ составлять достаточную фактическую подкладку для разныхъ самостоятельныхъ юридическихъ сдѣлокъ, которыя для своего существованія требуютъ наличности обязательственнаго отношенія, какъ факта. Таковы, напр., solutio, compensatio, novatio и т. п. (стр. 26—32).—Отъ obl. naturales, которыя во всякомъ случаѣ опираются на юридическую основу—naturalis ratio, слѣдуетъ отличать моральныя обязанности (officia pietatis). Юридическое значеніе послѣднихъ сводится къ тому, что онѣ исключаютъ condictio indebiti при уплатѣ per errorem (стр. 45 сл.; 25 сл.). Отъ моральныхъ обязанностей отличаются похвальные мотивы предоставленій, значеніе которыхъ состоитъ въ томъ, что они исключаютъ понятіе даренія, если предоставленіе сдѣлано по нимъ сознательно (стр. 46).

Власса къ (Wlassak) также учитъ, что, по мнѣнію римскихъ юристовъ (которое, впрочемъ, онъ не считаетъ вполнѣ правильнымъ) натуральныя обязательства являются фактомъ съ юридическими послѣдствіями. Именно, въ своей книгѣ «Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen im Zeitalter der klassischen Juristen», вышедшей въ 1884 г., Власса къ старается доказать, что все римское гражданское право въ эпоху классическихъ юристовъ по источникамъ своего происхожденія дѣлилось только на двѣ массы: jus civile и jus honorarium (стр. 35—42). Онъ не признаетъ на ряду съ этими массами третьей (стр. 51 слл.) ни въ видѣ jus extraordinarium, какъ думаютъ Рудорффъ и Кунце, ни въ видѣ jus naturale[26]). По поводу jus naturale онъ поставленъ въ необходимость коснуться вопроса объ obl. naturales. Римскіе юристы нерѣдко упоминаютъ о нихъ рядомъ съ obl. civiles и honorariae и тѣмъ заставляютъ думать, что они признаютъ третью систему права, рядомъ съ jus civile и honorarium, которая и служитъ основой для obl. naturales. Власса къ однако съ такимъ выводомъ не согласенъ. Въ этихъ мѣстахъ трехчленное дѣленіе обязательствъ

---

[26]) Ср. однако къ этому Wlassak, Röm. Processgesetze, т. I стр. 218—220 (прим. 31) 1888 г.

является лишь потому, что обыкновенно противопоставляемое неисковому обязательству—obl. naturalis — обязательство исковое—obl. civilis—разбито здѣсь на два свои подвида: цивильное и преторское обязательство. Противополагая же вообще неисковое обязательство исковому и называя первое именемъ debitum naturale, юристы просто хотятъ этимъ отмѣтить, что въ ихъ глазахъ истинно юридическимъ отношеніемъ является только исковое обязательство, а неисковое есть отношеніе, не признанное ни въ преторскомъ, ни въ цивильномъ и вообще въ положительномъ правѣ. Фактическую природу неисковаго обязательства отмѣчаетъ и Ульпіанъ въ L. 41 D. 15, 1. Ту же самую мысль выражаютъ римскіе юристы, когда сводятъ obl. naturales къ jus naturale. Jus naturale у Римлянъ не есть положительное право, такъ же, какъ и «естественное право» новаго времени. Говоря, что obligatio основана на jus naturale, юристы хотятъ сказать, что она не имѣетъ юридическаго характера, есть obligatio tantum naturalis (стр. 43—47).— Однако могутъ возразить, что obl. naturalis вызываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія. Какъ же это примирить съ ея неюридическимъ характеромъ? Влассакъ отвѣчаетъ на это, что послѣдствія, признанныя за naturalis obligatio, покоятся или на jus civile, или на jus honorarium, такъ что одна и та же obligatio naturalis можетъ быть снабжена и тѣми, и другими послѣдствіями (стр. 47; стр. 43). Такимъ образомъ, въ сущности слѣдовало бы сводить obl. naturalis или къ jus civile, или къ jus honorarium. Такъ, hypotheca, преторскій институтъ, и въ примѣненіи къ nat. obl. остается основанной на преторскомъ правѣ; fidejussio есть институтъ juris civilis, такъ что и способность obl. naturalis служить базисомъ для fidejussio покоится на jus civile. Soluti retentio есть норма цивильнаго права, такъ какъ исключаемая ipso jure condictio indebiti есть цивильный искъ (стр. 49 сл.).—Такъ какъ римскіе юристы не додумались до такой конструкціи натуральныхъ обязательствъ, какую предлагаетъ Влассакъ, то ихъ теорію должно считать «не столько за неправильную, сколько за неточную и недостаточную». Юристы эти, сводя неисковыя обязательства къ jus naturale, хотѣли отмѣтить не положительныя послѣдствія этихъ обязательствъ, а то, чего имъ недоставало, т. е. отсутствіе иска. Принимая во вниманіе этотъ недостатокъ, заключали о томъ, что эти обязательства не

признаются положительнымъ правомъ, т. е. имѣютъ исключительно естественно правовую основу. «Такъ какъ отсутствіе иска есть именно то, что́ отличаетъ эти обязательства отъ другихъ, то юристы и не задумывались при образованіи своей теоріи принимать во вниманіе только этотъ признакъ. Односторонность ихъ точки зрѣнія, конечно, была бы замѣчена ими самими, если бы практическій интересъ принудилъ ихъ задаться вопросомъ о юридической основѣ положительныхъ послѣдствій, которыя признаны и за натуральнымъ долгомъ» (стр. 48). Правильный путь къ отысканію настоящей конструкціи указалъ, по мнѣнію Влассака, Беккеръ (о его теоріи рѣчь будетъ ниже).

Близко къ писателямъ этой группы стоитъ Перницъ (Pernice). Въ своемъ сочиненіи M. A. Labeo, т. III, ч. I (1892 г.), стр. 253—258. Перницъ говоритъ, что натуральное обязательство есть полюридическое отношеніе (ein halbrechtliches Ding), разработанное римскою юриспруденціей, главнымъ образомъ, подъ вліяніемъ Юліана. Важнѣйшимъ послѣдствіемъ натуральнаго обязательства является soluti retentio. Авторъ высказываетъ предположеніе, не развилось ли ученіе о naturales obligationes раба и пупилла подъ вліяніемъ способности этихъ лицъ заключать сдѣлки по сакральному праву.

Писатели четвертой группы относятъ натуральное обязательство къ такому же положительному праву, къ которому относятся и obligationes civiles. Съ точки зрѣнія этихъ ученыхъ obligatio naturalis въ догматическомъ отношеніи есть такое же обязательство, какъ и цивильное, но только въ силу извѣстныхъ соображеній надѣленное со стороны законодателя меньшими практическими послѣдствіями. Нѣкоторые изъ писателей этой группы прямо говорятъ, что для кредитора по натуральному обязательству возникаетъ «неисковое притязаніе» (klagloser Anspruch). Становясь на историческую точку зрѣнія, писатели этой группы иногда констатируютъ извѣстную связь между jus naturale и натуральными обязательствами. Но эта связь рисуется имъ иначе, нежели писателямъ первой группы. Jus naturale обыкновенно не является для нихъ синонимомъ съ jus gentium и никогда не представляется имъ особою системой права съ какимъ-либо непосредственнымъ практическимъ значеніемъ. Оно служитъ только резервуаромъ, откуда почерпаются нормы дѣйствующаго положительнаго

права. Историческая связь извѣстной нормы съ ученіемъ о jus naturale ничего не мѣняетъ въ ея характерѣ, какъ нормы положительнаго права. Практическій эффектъ, поэтому, натуральныя обязательства получаютъ въ большемъ или меньшемъ объемѣ отъ того же положительнаго права, на которомъ основанъ эффектъ всѣхъ вообще обязательствъ.

Основу этому направленію, которое въ настоящее время насчитываетъ много послѣдователей, кладетъ голландскій романистъ Гольціусъ (Holtius) своимъ рефератомъ, прочитаннымъ въ Голландской Королевской Академіи Наукъ 29 января 1844 г. Этотъ рефератъ переведенъ на нѣмецкій языкъ и помѣщенъ въ сборникѣ статей того же автора подъ заглавіемъ «Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts» (1852 г.). Вотъ основныя положенія этой статьи. Современная доктрина естественнаго права, говоритъ Гольціусъ, оказала большое вліяніе на образованіе usus modernus pandectarum; новѣйшія понятія постоянно подкладывались учеными подъ разсужденія римскихъ юристовъ. Это отразилось и на ученіи романистовъ объ obligationes naturales. У римлянъ этотъ институтъ не стоялъ ни въ какой связи съ естественнымъ правомъ.—Изслѣдуя римскую доктрину объ obl. nat., мы должны прежде всего устранить L. 84 § 1 D. 50, 17, которая никакого отношенія къ неисковымъ obl. naturales не имѣетъ. Здѣсь «natura debet» равносильно съ «jure gentium debet» и, какъ указываютъ слова «dare oportet», весь фрагментъ относится къ исковымъ обязательствамъ, основаннымъ на jus gentium, т. е. къ mutuum, commodatum, depositum и т. п. (стр. 3—5).—Если неисковыя oblig. naturales называются такимъ именомъ, то слово naturalis здѣсь указываетъ, съ одной стороны, на несовершенство ихъ, недостаточный эффектъ, а съ другой стороны, на фактъ присутствія въ нихъ обязующаго дѣйствія, которое лишь въ данномъ случаѣ лишено полнаго юридическаго эффекта. Вполнѣ аналогично значеніе выраженій: naturalis cognatio и naturalis possessio (стр. 5—6).—При каждой naturalis obligatio требуется наличность такого фактическаго состава, который по jus civile способенъ производить обязательственный эффектъ, но въ данномъ случаѣ, въ силу какого-либо препятствія, не вызываетъ исковой защиты. Поэтому ни въ какомъ случаѣ нельзя считать nudum pactum за основаніе натуральнаго обязательства. Что ка-

сается «naturaliter debere» въ L. 5 § 2 D. 46, 3, то терминъ «debere» означаетъ не только обязательство, но и вообще обязанность. Такимъ образомъ, naturale debitum есть чисто моральная обязанность, которая можетъ исключать condictio indebiti (стр. 6—16).—Въ качествѣ obligationes naturales остается шесть случаевъ: 1) obl. servi, 2) обязательства между лицами, объединенными отеческой властью, 3) obl. pupilli, 4) obl. filii familias contra Sc. Macedonianum, 5) obl. mulieris contra Sc. Vellejanum. 6) случаи, гдѣ обязательство уничтожено просто въ силу дѣйствія цивильнаго права [26]) (напр. L. 61 D. 36, 1).—Нельзя согласиться съ мнѣніемъ, по которому exceptio peremptoria иногда оставляетъ въ силѣ obligationem naturalem Единственный безспорный случай изъ числа тѣхъ, которые включаются въ эту категорію, есть Sctum Macedonianum. Но здѣсь obl. naturalis есть результатъ толкованія, которое было дано юристами тексту Сенатусконсульта; это обязательство имѣетъ мѣсто независимо отъ того, устраняется ли искъ на практикѣ черезъ exceptio или черезъ denegatio actionis (стр. 17—22).—Causa civilis есть необходимый реквизитъ для наличности nat. obl. Это положеніе находитъ себѣ открытое подтвержденіе въ L. 49 § 2 D. 15, 1 (стр. 22 сл.). — Источники нерѣдко въ случаяхъ, гдѣ на лицо несомнѣнно имѣется натуральное обязательство, говорятъ объ obligatio nulla, inutilis и т. п. Это обстоятельство показываетъ, какъ незначительно было практическое дѣйствіе натуральныхъ обязательствъ въ глазахъ римскихъ юристовъ. Въ самомъ дѣлѣ, soluti retentio не есть необходимый признакъ obl. nat.; она возможна и при простой моральной обязанности; кромѣ того, она не при всякой obl. nat. имѣетъ мѣсто (она не доказана при obl. nat. pupilli и не имѣетъ мѣста при Sc. Vellejanum). Остальныя послѣдствія, связанныя съ obl. naturalis, случайны и не имѣютъ большого значенія. Pignus (или hypotheca) несомнѣнно допускается при o. n., но еще не доказано, что оно не ограничивается только jure retentionis. Compensatio допускалась лишь ex eadem causa. Наконецъ, constitutum не имѣетъ большого значенія: это—новое признаніе долга,

---

[26]) По поводу послѣдней фразы правильно замѣчаетъ Schwanert, op. cit. стр. 47 сл., что здѣсь Гольціусъ какъ-бы возвращается къ старому воззрѣнію, различавшему въ обязательствѣ цивильный и натуральный элементы.

которое получаетъ силу лишь тогда, когда сдѣлано по устраненіи препятствій, помѣшавшихъ возникновенію иска изъ obl. naturalis (стр. 26—31).—Если принять во вниманіе, что и эти послѣдствія связаны не со всѣми натуральными обязательствами въ одинаковой степени, то это даетъ намъ лишній аргументъ въ пользу чисто положительной природы этихъ обязательствъ: никакихъ общефилософскихъ соображеній въ ихъ основѣ не лежало; моральныя соображенія играли незначительную роль (стр. 24 сл.; стр. 32).—Въ виду всего изложеннаго, практическое значеніе натуральныхъ обязательствъ для современнаго права является очень невеликимъ (стр. 32—37).

Подобныя же мысли въ 1845 г. развиваетъ другой голландскій юристъ Опцоомеръ (Opzoomer) въ своей латинской диссертаціи «Dissertatio juridica inauguralis de naturali obligatione». Задача автора состоитъ въ томъ, чтобъ указать, какъ должно быть конструировано понятіе натуральнаго обязательства согласно современнымъ воззрѣніямъ на право, и дать судьѣ опорныя точки для рѣшенія вопроса, въ какихъ случаяхъ слѣдуетъ признавать наличность натуральнаго обязательства (стр. 1—3).—Авторъ рѣшительно возстаетъ противъ того, чтобы выводить obl. naturalis непосредственно изъ естественнаго права. Право вообще есть система внѣшнихъ условій, необходимыхъ для совершествованія человѣка, въ отличіе отъ морали, которая является системою внутреннихъ условій, способствующихъ достиженію той же цѣли (стр. 15). Jus naturale есть идеальное право, какъ оно представляется уму человѣческому, когда онъ отрѣшается въ созерцаніи права отъ условій времени и мѣста. На практикѣ примѣнять это идеальное право невозможно: только путемъ медленнаго прогресса человѣчество можетъ къ нему приближаться. Въ каждую же данную эпоху народъ дѣлаетъ для себя обязательными нормы естественнаго права не въ ихъ абсолютной чистотѣ, а только въ томъ видѣ, въ какомъ онъ при данной степени своего культурнаго прогресса способенъ понимать эти нормы и на практикѣ имъ слѣдовать. Такимъ образомъ, положительное право есть тоже самое jus naturale, взятое въ границахъ времени и мѣста; положительное право есть органъ juris naturalis (стр. 29). Jus naturale поэтому прежде всего требуетъ безусловнаго подчиненія гражданъ положительному праву, т. к. послѣднее есть

его органъ (стр. 36). Но въ то же время оно указываетъ и тотъ путь, по которому положительное право должно идти впередъ, по мѣрѣ культурнаго прогресса всего народа (стр. 36—42). Органами, которыми выражается представленіе народа о содержаніи натуральнаго права въ каждый данный моментъ и снабжается принудительною силой, является сперва обычай, а затѣмъ законъ: законодательная власть дѣйствуетъ на основаніи народнаго порученія, которое у нея можетъ быть отнято народомъ (стр. 21—29). При такого рода отношеніи между правомъ положительнымъ и естественнымъ дѣлается совершенно немыслимымъ допускать въ судахъ ссылку на естественное право рядомъ съ правомъ положительнымъ. Если положительное право есть само естественное право, приспособленное къ условіямъ мѣста и эпохи, то ссылаться на чистое естественное право значитъ ссылаться на такое идеальное право, которое еще не можетъ быть примѣняемо; если же законодатель признаетъ, что оно можетъ быть примѣняемо и въ данную эпоху, то этимъ самымъ онъ указываетъ, что установленное имъ положительное право должно быть отмѣнено, поскольку оно несогласно съ естественнымъ правомъ, которое признано годнымъ для немедленнаго примѣненія (стр. 30—35). Слѣдуетъ принять во вниманіе и ту необезпеченность въ примѣненіи права, которая возникла бы, если бы судьямъ дозволено было рядомъ съ писаными законами руководиться еще и своими субъективными представленіями о содержаніи естественнаго права (стр. 33; стр. 2). Опдоомеръ полагаетъ, что съ установленіемъ законодательной власти даже обычное творчество должно прекратиться: реформированіе права должно производиться законодательными органами, которые зорко слѣдятъ за прогрессомъ народной жизни (стр. 36 слл.).—Установивъ эти общія посылки, авторъ дѣлаетъ изъ нихъ естественный выводъ, что и obl. naturalis опирается не на какое-либо jus naturale, примѣняемое рядомъ съ jus civile, а исключительно на положительное право. Основаніе ея дѣйствія то же самое, что и основаніе исковыхъ обязательствъ. Obl. naturalis есть обязательство положительнаго права, стѣсненное въ своемъ дѣйствіи. Римляне знали три категоріи такихъ обязательствъ. 1) Обязательство получаетъ съ самаго начала ограниченный эффектъ, но и этого эффекта оно не имѣло бы, если бы онъ не былъ придавъ ему особою нормой права (obl. ex nudo pacto). 2) Обяза-

тельство съ самаго начала имѣетъ ограниченный эффектъ, ибо его дѣйствіе ограничено спеціальною нормой права; если бы этой нормы не было, обязательство получило бы полный эффектъ, такъ какъ подпало бы подъ дѣйствіе общихъ нормъ права (обязательство ex Scto Macedoniano). 3) Обязательство съ самаго начала имѣло полный эффектъ, но затѣмъ утеряло его, сохранивъ силу натуральнаго обязательства (стр. 47—48). - Въ современномъ правѣ Опцоомеръ насчитываетъ лишь обязательства второй и третьей категоріи. Въ каждомъ данномъ случаѣ вопросъ о наличности натур. обязательства рѣшается путемъ анализа той нормы, которая ограничиваетъ эффекта обязательства. Если окажется, что эта норма уничтожаетъ только искъ, то слѣдуетъ признать, что прочія послѣдствія обязательства остаются въ силѣ (стр. 55—57).—Опцоомеръ полагаетъ, что его теорія вполнѣ подтверждается тѣми практическими рѣшеніями объ obl. naturales, которыя мы находили у римскихъ юристовъ. Если же въ своихъ теоретическихъ разсужденіяхъ эти юристы и сводятъ oblig. naturalis къ jus naturale, то это объясняется только несовершенствомъ ихъ воззрѣній на отношеніе между правомъ естественнымъ и положительнымъ. Для насъ эти теоретическія построенія римлянъ не имѣютъ значенія. Лишь только дѣло доходило до самаго содержанія нормъ, касающихся натуральныхъ обязательствъ, практическій тактъ не позволялъ римскимъ юристамъ извлекать изъ своего ложнаго теоретическаго ученія всѣхъ возможныхъ консеквенцій (стр. 52 сл.).—Самое названіе «obligatio naturalis» не содержитъ въ себѣ никакого намека на jus naturale: слово «naturalis» на языкѣ римскихъ юристовъ указываетъ на отношенія, лишенныя полнаго юридическаго эффекта (стр. 53).—Въ заключеніе Опцоомеръ останавливается на разборѣ ученія Христіанзена. Прежде всего, онъ обращаетъ вниманіе на нелогичность основного положенія: натуральное обязательство не есть юридическій долгъ; soluti retentio опирается только на добровольное признаніе indebiti, наличность котораго не исключается заблужденіемъ. Одно изъ, двухъ, говоритъ Опцоомеръ, или воля уплатить indebitum уничтожена заблужденіемъ, или нѣтъ. Если она не уничтожена, то намъ нѣтъ нужды прибѣгать къ naturalis obligatio для оправданія soluti retentio: мы имѣемъ тогда donandi causa, на которую не вліяетъ заблужденіе въ мотивахъ. Если же мы не можемъ опирать soluti retentio на волю

уплатить indebitum, то мы должны признать obl. nat. за юридическую causa praeterita для solutio (стр. 59 слл.). — Юридическій характеръ obl. nat. нельзя отрицать на томъ основаніи, что должника невозможно принудить къ исполненію. Obl. naturalis и до уплаты существуетъ, какъ основаніе для будущей solutio. Уже въ это время ея существованіе проявляется въ томъ, что по ея поводу возможно установленіе акцессорныхъ правъ. Вообще, право и обязанность здѣсь существуютъ, но только до уплаты не производятъ иногда никакого эффекта. Послѣ уплаты кредиторъ получаетъ soluti retentio: противъ третьихъ лицъ онъ ссылается на свое право собственности, а противъ самаго должника—на causa praeterita naturalis obligationis (стр. 60—61).—При exceptio compensationis и pacti de non petendo кредиторъ ссылается на еще существующее натуральное обязательство; совершенно неправильно воззрѣніе Христіанзена на эти эксцепціи: такъ, еслибы компенсація была равносильна съ уплатой, то она уничтожала бы искъ цивильнаго кредитора не ope exceptionis, а ipso jure (стр. 63).—Что воля должника при исполненіи натуральнаго обязательства не при чемъ, на это указываетъ возможность компенсаціи: кредиторъ по натуральному обязательству помимо воли своего должника можетъ стать его должникомъ. Если Христіанзенъ и это послѣдствіе стремится свести къ волѣ должника, то его попытка неудачна: онъ долженъ прибѣгать уже къ волѣ, выраженной не при уплатѣ, а при заключеніи обязательства (стр. 65).—Подъ общія опредѣленія обязательства у римскихъ юристовъ obligationes naturales не подходятъ, потому что при этихъ опредѣленіяхъ имѣются въ виду нормальныя, а не исключительныя явленія (стр. 66 сл.).

Начало разсматриваемому направленію въ Германіи положилъ Бринцъ (Brinz) своей критической статьей по поводу «Obligationenrecht» Савиньи, помѣщенной въ его Kritische Blätter civilistischen Inhalts № 3 (1853 г.). Здѣсь Бринцъ, не будучи знакомъ съ статьей Гольціуса (см. его собственное заявленіе на стр. 59 сл.), приходитъ по существу къ однохарактернымъ заключеніямъ.—Бринцъ начинаетъ свой этюдъ съ анализа отдѣльныхъ натуральныхъ обязательствъ, приведенныхъ у Савиньи, и между прочимъ высказывается категорически противъ существованія obl. naturalis ex nudo pacto, за исключеніемъ pactum de usuris (стр. 14—27). Далѣе,

онъ доказываетъ, что jus gentium, положенное въ основу неисковыхъ обязательствъ у Савиньи, во всякомъ случаѣ не есть положительное право, а скорѣе отвлеченная ratio naturalis. Бринцъ не склоненъ принимать ни той, ни другой основы (стр. 28—37).—Свою собственную теорію Бринцъ самъ сводитъ къ семи положеніямъ: 1) Натуральныя обязательства суть такія же обязательства, какъ и цивильныя; нѣтъ ни одного натуральнаго обязательства, которое бы не встрѣчалось какъ цивильное. 2) Натуральныя обязательства, какъ и цивильныя, относятся столько же къ jus civile, сколько къ jus gentium. О принадлежности обязательства къ той или другой системѣ права рѣшаетъ не искъ или его отсутствіе, а содержаніе и форма обязательства. 3) Есть натуральныя обязательства, которыя возникаютъ, какъ таковыя, и есть такія, которыя возникаютъ цивильными, а затѣмъ обращаются въ натуральныя. 4) Если обязательства возникаютъ въ качествѣ натуральныхъ, то они возникаютъ совершенно такъ, какъ и цивильныя; недостатокъ, мѣшающій имъ получить исковую защиту, заключается въ личныхъ свойствахъ кого-либо изъ участниковъ. 5) Гдѣ натуральное обязательство является остаткомъ отъ имѣвшаго до сихъ поръ мѣсто цивильнаго, тамъ цивильное обязательство можетъ быть погашено (getilgt), но во всякомъ случаѣ не исполнено (erfüllt). 6) Основаніемъ, въ силу котораго неисковыя обязательства до извѣстной степени снабжены эффектомъ, какъ натуральныя, является вездѣ ratio или aequitas. Подъ именемъ ratio Бринцъ разумѣетъ духовную силу, которая воспринимаетъ существующее и выводитъ изъ него необходимыя послѣдствія. Подъ именемъ aequitas онъ понимаетъ противовѣсъ очевидному неравенству, которое по случайному стеченію обстоятельствъ вызвано правомъ (стр. 45). 7) Всѣ послѣдствія натуральнаго обязательства авторъ считаетъ возможнымъ свести къ формулѣ: натуральныя обязательства способны къ погашенію уплатой, но не къ иску (zahlbar, nicht klagbar). — Въ заключеніе Бринцъ высказываетъ предположеніе, что нѣкоторыя натуральныя обязательства сложились безъ участія юриспруденціи и были юристами только подмѣчены; сюда относятся обязательства рабовъ, имѣющихъ пекулій, по которымъ издавна возможна была deductio, solutio и обезпеченіе черезъ sponsores. Остальныя натуральныя обязательства были выведены (deducirt) или прямо созданы (producirt) юристами

на почвѣ существовавшихъ нормъ права. Юриспруденція сдѣлала уплату, возможную фактически, допустимою юридически, т. е. обратила factum въ jus. (стр. 58) [17]).

На той же точкѣ зрѣнія стоитъ Беккеръ въ своей статьѣ о натуральныхъ обязательствахъ, напечатанной въ 1860 г. въ Jahrbücher des gemeinen Deutschen Rechts, т. IV стр. 386—407. Беккеръ доказываетъ, что не всѣ неисковыя обязательства стоятъ въ связи съ jus naturale. Эти обстоятельства можно раздѣлить на три группы: 1) такія, которыя никогда не были снабжены искомъ (напр. рабскія обязательства); 2) обязательства, теряющія искъ въ силу спеціальнаго предписанія закона (напр. Sctum Macedonianum); 3) обязательства, возникшія съ исковою силою, но утратившія искъ вслѣдствіе событій, которыя разрушили только способность ихъ къ иску (стр. 389). Изъ этихъ обязательствъ къ jus naturale можно свести только обязательства первой категоріи. Яснѣе всего эта связь при рабскихъ обязательствахъ. Они были выработаны самою жизнью, какъ неисковыя обязательства съ извѣстнымъ эффектомъ, а впослѣдствіи сведены юристами къ положенью, что по натуральному праву и рабы правоспособны (стр. 393 слл.). Остальныя категоріи натуральныхъ обязательствъ не стоятъ ни въ какой связи съ jus naturale. Имъ дано имя «naturales obligationes» только въ виду ихъ ограниченнаго эффекта: это имя уже привыкли соединять съ обязательствами, лишенными исковой защиты, но надѣленными извѣстными послѣдствіями (стр. 398 сл.). Всѣ послѣдствія натуральныхъ обязательствъ основаны на jus civile; поэтому

---

[17]) Въ своемъ Lehrbuch der Pandekten (2-е изд.), т. II, 1879 г. Бринцъ нѣсколько видоизмѣняетъ свою теорію. Онъ считаетъ нат. обяз. близкимъ по типу къ исковому обязательству, но не столько видомъ (Art), сколько разновидностью (Abart) обязательства (стр. 28 сл.; 40). Названіе свое эти обязательства получили во вниманіе къ несовершенству ихъ послѣдствій, но самыя послѣдствія ихъ основаны на jus civile (§ 219 пр. 20, 21). Б. оставляетъ здѣсь свою прежнюю формулу: „zahlbar, nicht klagbar“, ибо искъ возможенъ и при obl. naturales и имѣетъ здѣсь такой же случайный характеръ, какъ и остальныя послѣдствія (стр. 50 сл.). Вслѣдъ за Шванертомъ Б. считаетъ необходимымъ реквизитомъ для бытія нат. обяз. causa civilis (стр. 44 сл.). Отъ obl. naturales онъ отличаетъ „Officialansprüche“, не имѣющія causa civilis и основанныя на causa pietatis, и моральныя обязанности, не вызывающія обязательственныхъ послѣдствій (§§ 222—3).

нельзя разлагать всѣ обязательства вообще на элементъ натуральный и цивильный (стр. 400 слл.). Не всѣ натуральныя обязательства снабжены одинаковыми послѣдствіями (стр. 402 слл.). Эти обязательства суть также actiones въ смыслѣ Цельза (L. 51 D. 44, 7), т. е. они содержатъ въ себѣ притязанія; но эти притязанія не снабжены прямою исковою защитой и защищаются непрямымъ путемъ въ разномъ объемѣ (стр. 404 сл.) [28]).

Къ этой же группѣ писателей относится Виндшейдъ (Windscheid). Въ своемъ Lehrbuch des Pandektenrechts, т. II (по 6-му изд. 1887 г.) § 287 этотъ знаменитый пандектистъ сводитъ неисковыя обязательства къ различію между юридическимъ и естественнымъ воззрѣніемъ. Это—обязательства естественнаго воззрѣнія, получившія отъ положительнаго права извѣстное, хотя и не полное признаніе. Виндшейдъ несогласенъ съ утвержденіемъ Шванерта, что эти обязательства порождаютъ обязанность безъ соотвѣтствующаго права; по мнѣнію В., право не знаетъ такихъ обязанностей, которымъ бы не соотвѣтствовали субъективныя права на другой сторонѣ (§ 287 пр. 6).—Близко стоитъ Дернбургъ (Dernburg). Въ его Pandecten, т. II (по 5 изд. 1897 г.) § 4 мы читаемъ. «Дѣло идетъ здѣсь о противоположности между гражданскимъ обществомъ и государствомъ. Извѣстныя обязанности пользуются въ обществѣ уваженіемъ отчасти во вниманіе къ торговой репутаціи и кредиту, отчасти какъ постулаты нравовъ и приличія, тогда какъ государство на основаніяхъ, относящихся къ области юридической политики, закрываетъ имъ путь къ иску. Эти обязательства, слѣдовательно, чужды государству; однако оно принуждено признать извѣстное дѣйствіе такихъ т. наз. натуральныхъ обязательствъ на свои установленія». Хотя эти обязательства лишены иска, тѣмъ не менѣе они имѣютъ юридическій эффектъ и остаются обязательствами [29]).

---

[28]) Въ своей статьѣ „Ueber das Verhältniss von Actio zu Obligatio", помѣщенной въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 9 (1870 г.), Беккеръ доказываетъ, что въ точномъ смыслѣ слова у Римлянъ obligari=actione teneri (стр. 385 слл.); obl. naturalis не есть поэтому настоящая obligatio, но и здѣсь имѣется связанность должника, снабженная извѣстными средствами принужденія, хотя и непрямыми (стр. 399 слл.). Въ Aktionen, т. 2 (1873 г.). Беккеръ прямо называетъ нат. обязат. неисковымъ притязаніемъ (стр. 13; стр. 252)

[29]) Настоящими обязательствами считаютъ obl naturales, повидимому, и Hartmann; по крайней мѣрѣ, въ своей книгѣ „die Obligation" (1875 г.), стр.

Пферше (Pfersche), въ своей монографіи «die Bereicherungsklagen» (1883 г.) является противникомъ всего института натуральныхъ обязательствъ. Онъ считаетъ затруднительнымъ вывести какое либо общее понятіе объ obl. naturalis. Само названіе указываетъ лишь на то, что въ основѣ каждаго случая лежитъ естественное воззрѣніе, признающее при данныхъ обстоятельствахъ наличность нравственной обязанности или долга приличія. Но такъ какъ не всѣ нравственныя обязанности снабжены юридическими послѣдствіями, то этотъ признакъ имѣетъ только историческое значеніе, а съ догматической точки зрѣнія не представляетъ интереса. Съ этой точки зрѣнія интересны лишь отдѣльныя юридическія послѣдствія, признанныя положительнымъ правомъ за обязательствами, лишенными иска (стр. 185 сл.). Эти послѣдствія различны въ разныхъ случаяхъ (стр. 127). Большинство изъ относящихся сюда юридическихъ нормъ Пферше находитъ возможнымъ въ любомъ законодательствѣ редактировать безъ всякаго упоминанія о натуральныхъ обязательствахъ. Лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ считаетъ мыслимымъ конструировать общее понятіе «неисковаго притязанія». Эта конструкція возможна при наличности слѣдующихъ условій: 1) содержаніе обязанности должно быть вполнѣ опредѣленно; 2) должно быть вѣроятнымъ желаніе законодателя вызвать исполненіе дѣйствія (стр. 190 сл.).

Подробно останавливается на римскихъ obligationes naturales Кунце (Kuntze) въ своей книгѣ «die Obligationen im römischen und heutigen Recht und das jus extraordinarium des rom. Kaiserzeit» (1886 г.) [39]). Кунце опредѣляетъ обязательство, какъ власть юридически воздѣйствовать на чужую волю, которая связана передъ кредиторомъ для извѣстнаго цѣннаго кредитору результата (стр. 97). Обязательство въ стадіи своего осуществленія противъ должника производитъ притязаніе (стр. 89 п. 3).—Кунце не согласенъ съ мнѣніемъ Влассака, который утверждаетъ, что натуральное обязательство есть отношеніе, не признанное вообще положительнымъ

---

130 слл. онъ требуетъ, чтобы общее опредѣленіе обязательства способно было охватывать и натуральныя обязательства.

[39]) Ср. также его Cursus, 2 изд. 1879 г. §§ 334; 641—645. Excurse, 2 изд., 1880 г., стр. 372 слл.; 542 сл.

правомъ, и не считаетъ j. naturale римскихъ юристовъ за право. По мнѣнію К. невозможно допускать, чтобы отношеніе, связанное съ юридическими послѣдствіями, не было основано на положительномъ правѣ (стр. 253 сл.). Натуральное обязательство снабжено юридическими послѣдствіями. Если римскіе юристы часто не рѣшаются признать въ немъ obligatio, то это объясняется тѣмъ, что они привыкли отожествлять въ своемъ обычномъ словоупотребленіи obligatio и actio и самая догма о naturales obligationes развилась (по почину Лабеона) лишь съ большими затрудненіями и постепенно; въ послѣднее время классической юриспруденціи въ наличности этого института уже не сомнѣваются (стр. 193), но догма его едва ли вполнѣ выработана (стр. 239), а юристы республиканскаго періода совсѣмъ еще не знакомы съ этимъ понятіемъ (стр. 192).— Съ догматической стороны obl. naturalis представляется Кунце неисковымъ обязательствомъ, т. е. правомъ, производящимъ неисковое притязаніе. Это притязаніе внѣ суда можетъ проявляться въ напоминаніи, установленіи залоговъ, поручительства, въ новаціи, а процессуально оно проявляется въ формѣ exceptio compensationis (стр. 86 сл.). Къ цессіи однако это притязаніе неспособно (стр. 242 пр. 4).—Съ исторической точки зрѣнія натуральное обязательство характеризуется тѣмъ что оно стоитъ въ связи съ доктриной римскихъ юристовъ о jus naturale (стр. 193—5). Jus naturale есть идеальное право, получившее, однако, положительное значеніе благодаря дѣятельности юристовъ (стр. 340). Это право является третьимъ наслоеніемъ въ системѣ римскаго права: jus strictum знаетъ только римскихъ гражданъ, jus gentium создано для всѣхъ свободныхъ людей на римской территоріи, jus naturale принимаетъ во вниманіе и рабовъ (стр. 341—347; 195). Obligatio naturalis есть, прежде всего, рабское обязательство. Правоотношенія рабовъ вызвали его къ жизни и составили главный случай примѣненія этого понятія (стр. 195). Параллельно съ obl. serviles развиваются натуральныя обязательства изъ сдѣлокъ подвластныхъ сыновей между собою и съ домовладыкой (стр. 202). Вторую категорію нат. обязат. составляютъ случаи, когда исковое обязательство обращается въ неисковое въ силу извѣстнаго событія (потеря иска въ наказаніе, cap. dem. minima, absolutio injusta). Третью категорію составляютъ обязательства, придуманныя лишь для конструктивныхъ цѣлей, чтобы

служить формальнымъ базисомъ для удовлетворенія практическимъ потребностямъ иного рода (obl. nat. при confusio, obl. nat. pupilli, obl. nat. post litis contestationem; стр. 203).

Въ самомъ концѣ 1897 г. вышла небольшая (51 стр.) брошюра Френцеля (Frenzel) «Ueber die Entstehung des röm. Rechtsbegriffs naturalis obligatio». Авторъ утверждаетъ здѣсь, что римскіе юристы были знакомы въ сущности съ двумя понятіями: иногда они говорятъ о натуральномъ обязательствѣ, какъ о чисто юридической величинѣ, т. е. какъ объ абстрактномъ отношеніи, мыслимомъ независимо отъ его хозяйственной подкладки и снабженномъ юридическими послѣдствіями въ области положительнаго права (стр. 1—9); иногда же натуральное обязательство у нихъ означаетъ явленіе, лежащее внѣ области права: долгъ, основанный на требованіяхъ общественной морали (на jus gentium, naturalis ratio, naturalis aequitas; стр. 10—25). Въ первомъ случаѣ юристы говорятъ предпочтительно объ obligatio naturalis, а во второмъ—о debitum naturale (стр. 21). Иногда то и другое понятіе смѣшиваются въ одномъ и томъ-же рѣшеніи (напр. L. 95 § 4 D. 46, 3; стр. 26 слл.).—Сверхъ того, иногда obl. nat. означаетъ исковое обязательство; въ этомъ случаѣ предикатъ «naturalis» указываетъ, большею частью, на реальную, доступную и неразвитому юридически уму подкладку обязательств. отношенія (стр. 27—30).—Авторъ полагаетъ, что исходною точкой развитія института неисковыхъ обязательствъ было debitum naturale въ смыслѣ моральной, бытовой обязанности. Изъ него подъ вліяніемъ чисто психологическихъ законовъ незамѣтно для сознанія римскихъ юристовъ выросло искусственное понятіе о юридической obl. nat. Дальше эта obl. nat. была разработана и развита уже сознательною дѣятельностью юристовъ (см. особ. стр. 51).—Все это иллюстрируется на примѣрѣ натуральныхъ обязательствъ раба (см. стр. 39 слл.). Подъ вліяніемъ чисто бытовыхъ условій, явилось воззрѣніе, что противно добрымъ нравамъ и честности требовать обратно уплату, совершенную по сдѣлкамъ съ рабами. Condictio indebiti исключалась на основаніи aequitas въ смыслѣ неюридическихъ соображеній. Такъ какъ подобные случаи на практикѣ встрѣчались довольно часто и юристы мало-по-малу привыкли къ такому исключенію cond. indebiti, то soluti retentio по сдѣлкамъ раба въ концѣ концовъ обратилась для

нихъ въ неопровержимую догму. Не было болѣе нужды мотивировать ее ссылкой на добрые нравы. Въ виду этого съ теченіемъ времени происхожденіе нормы изъ добрыхъ нравовъ было забыто; въ исключеніи cond. ind. стали видѣть просто юридическое послѣдствіе, связанное съ долгомъ раба. Долгъ раба представлялся юристамъ юридическимъ отношеніемъ и только имя его «naturale debitum» указывало на его происхожденіе изъ неюридической моральной обязанности. Это имя, однако, также вскорѣ измѣнилось. Юристы стали сопоставлять получившій юридическое значеніе долгъ раба съ понятіемъ obligatio, находя, что эти двѣ величины имѣютъ общія черты. Такъ появилась уже чисто юридическая obligatio naturalis. Она отличается въ представленіи юристовъ отъ obl. civilis только отсутствіемъ исковой защиты. Затѣмъ съ этой obl. nat. на почвѣ уже вполнѣ сознательнаго процесса соединены были и иныя обязательственныя послѣдствія, кромѣ иска, признанія которыхъ требовали интересы оборота.—Въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ натуральное обязательство не пошло дальше состоянія моральнаго debitum naturale. На этой ступени остановилось, напр., debitum либерта къ operae officiales. Причиной, по мнѣнію автора, было то обстоятельство, что юристамъ рѣдко приходилось имѣть дѣло съ этими обязательствами (стр. 47).—Бывало иногда и такъ, что уже готовое юридическое понятіе obl. nat. примѣнялось юристами къ такимъ случаямъ, гдѣ были на лицо обязательственныя послѣдствія безъ иска, хотя никакой связи съ общественною моралью въ этихъ случаяхъ не наблюдалось. Таково рѣшеніе въ L. 61 pr. D. 36, 1 (стр. 47 слл.).—Римскіе юристы выработали общее понятіе объ обязательствѣ, лишенномъ иска, и говорятъ о немъ иногда, не имѣя въ виду какого либо конкретнаго случая натуральнаго обязательства (напр., L. 1 pr. D. 46, 2). Но они не успѣли выработать общей теоріи натуральнаго обязательства, равно какъ и точно опредѣлить его отношеніе къ цивильному (стр. 48 слл.).—Авторъ подошелъ, по нашему мнѣнію, довольно близко къ истинѣ. Главнымъ недостаткомъ его историческихъ построеній является то, что они основаны почти исключительно на умозаключеніяхъ изъ самаго названія debitum naturale или obligatio naturalis (стр. 32 слл.). Для окончательнаго рѣшенія поставленной задачи слѣдовало бы внимательно изучить источники, извлечь изъ нихъ всѣ указанія на ходъ истори-

ческаго развитія, какія тамъ находятся, и на этомъ уже строить свои заключенія. При такого рода методѣ положенія автора являлись бы болѣе обоснованными и, вѣроятно, содержаніе ихъ тоже было бы нѣсколько иное.

Къ этой же группѣ писателей относится Москато (Moscato), авторъ появившейся также въ 1897 г. итальянской диссертаціи «Le obbligazioni naturali nel diritto romano e nel diritto moderno». Этотъ юристъ признаетъ существованіе jus naturale (по Римской терминологіи также jus gentium), какъ идеальнаго и неизмѣннаго права, вытекающаго изъ высшихъ принциповъ разума и справедливости. Положительное право стремится къ этому идеалу, но никогда не принимаетъ въ себя нормъ натуральнаго права во всей ихъ чистотѣ: законодательные органы каждаго народа всегда должны считаться съ требованіями цѣлесообразности, мѣняющимися въ зависимости отъ условій мѣста и времени. Въ силу этого нужно различать обязательства трехъ родовъ: чисто натуральныя, чисто цивильныя и смѣшанныя. Натуральныя обязательства основаны на jus naturale, но получили отъ положительнаго права извѣстную, хотя и неполную санкцію: съ ними связаны многія послѣдствія обязательства, но имъ не дано иска. Эти obl. nat. нужно отличать отъ obbligazioni riprovate, которыя совсѣмъ отвергнуты положительнымъ правомъ и потому не имѣютъ никакого юридическаго эффекта (стр. 3—6). Съ другой стороны, натуральныя обязательства отличаются отъ долговъ моральныхъ или долговъ совѣсти. Законодатель не долженъ вторгаться въ область морали; поэтому онъ не дѣлаетъ исполненія этихъ долговъ обязательнымъ. Но, не желая поощрять безнравственныхъ требованій о возвратѣ предоставленія, удовлетворяющаго моральному долгу, онъ не даетъ въ этихъ случаяхъ cond. indebiti даже при ссылкѣ виновника предоставленія на error juris, какъ на побудительную причину предоставленія. Эти моральные долги сопряжены только съ soluti retentio, тогда какъ эффектъ натуральныхъ обязательствъ шире (допускается даже compensatio ex dispari causa; стр. 40 сл.). Другое различіе заключается въ основаніи: моральные долги основаны на требованіяхъ этики; натуральныя обязательства имѣютъ въ основѣ тѣ же событія, которыя порождаютъ обязательства цивильныя (контракты, деликты, quasi-contractus и quasi delicta). Положительное право не можетъ дать исковой защиты моральнымъ долгамъ въ силу ихъ внутренней природы. На-

туральнымъ же обязательствамъ оно отказываетъ въ искѣ лишь по соображеніямъ чисто практическимъ (стр. 6 — 12). — Римское право по мнѣнію автора знало и моральные долги (обязанность жены къ установленію приданаго, брата къ предоставленію алиментовъ сестрѣ), и натуральныя обязательства (стр. 13—15). Послѣднія были настоящими обязательствами и входили въ составъ имущества (стр. 30 слл.). Исторія права сводится къ тому, что число натуральныхъ обязательствъ сокращается на счетъ цивильныхъ: натуральныя обязательства постепенно снабжаются исковой защитой. Первымъ случаемъ obl. nat. было nudum pactum, которому преторъ придалъ извѣстный юридическій эффектъ, отказавъ ему однако въ исковой защитѣ (стр. 17 сл.).

Очень близкими къ теоріи Москато являются воззрѣнія, проводимыя въ трехъ французскихъ диссертаціяхъ на нашу тему. Всѣ три озаглавлены одинаково: «Des obligations naturelles en droit romain et en droit français»; первая изъ нихъ появилась въ 1868 г. и принадлежитъ де Віенну (de Vienne); вторая относится къ 1880 г. и принадлежитъ Буше (Boucher); третья, вышедшая въ 1893 г., написана Гигу (Guigou). Всѣ эти юристы, подобно Москато, считаютъ неисковыя oblig. naturales за обязательства, имѣющія свою основу въ идеальномъ jus naturale; свой практическій эффектъ они получаютъ, однако, отъ положительнаго права и потому являются въ результатѣ обязательствами положительнаго права. Отъ этихъ юридическихъ обязательствъ съ ограниченнымъ эффектомъ авторы названныхъ диссертацій отличаютъ обязательства моральныя, основанныя на требованіяхъ этики.

Въ русской литературѣ болѣе или менѣе опредѣленныя сужденія объ основаніяхъ и юридической природѣ натуральныхъ обязательствъ по римскому праву высказываются, сколько намъ извѣстно, лишь въ монографіи Голевинскаго «О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, 1872 г.» и въ учебникахъ Митюкова (Курсъ римскаго права, 1883 г.), Азаревича (Система римскаго права, т. II, 1888 г.) и Загурскаго (Элементарный учебникъ римскаго права, кн. II, 1894 г.) [31]). — У Голевинскаго (стр.

[31]) Не римскому праву спеціально посвящена помѣщенная въ Журн. гражд. и угол. права 1881 г., № 2, стр. 41—51 замѣтка Евецкаго, который видитъ въ натуральныхъ обязательствахъ отношенія полуюридическія, возникающія въ результатѣ столкновенія между матеріальнымъ и формальнымъ элементомъ въ правѣ.

156 сл.) мы читаемъ: «Римское дѣленіе обязательствъ на гражданскія, которыхъ исполненіе могло быть требуемо посредствомъ иска, и на естественныя, т. е. лишенныя права на искъ, было основано, какъ извѣстно, на томъ, что Римляне изъ общаго права, имѣющаго своимъ источникомъ общечеловѣческое чувство справедливости и неизмѣнныя условія общественнаго быта (jus gentium), выдѣлили особыя юридическія нормы, созданныя духомъ и государственною жизнью римскаго народа (jus civile). Обязательства, заключавшія въ себѣ всѣ условія, требуемыя этимъ послѣднимъ правомъ (jus civile), признавались обязательствами гражданскими (obl. civiles); обстоятельства-же, которымъ недоставало такихъ условій, но которыя, не имѣя въ себѣ ничего неправомѣрнаго, были признаваемы in jure gentium, почитались обязательствами естественными (obligationes naturales)». «Естественныя обязательства возникали изъ неформальныхъ договоровъ (nuda pacta), или же изъ недостатка самостоятельности субъекта (alieni juri subjectio). Сверхъ того, къ обязательствамъ естественнымъ причислялись обязательства, которыя при своемъ возникновеніи имѣли гражданскій характеръ, но впослѣдствіи утратили право иска, продолжая однако существовать передъ лицомъ естественной справедливости».— Азаревичъ (стр. 67 сл.) видитъ въ obl. naturalis «такія отношенія естественнаго пониманія, которыя въ положительномъ правѣ не получаютъ полнаго признанія, но регулируются имъ только съ извѣстной стороны, въ извѣстныхъ признакахъ, и по стольку имѣютъ характеръ правоотношеній». Имъ противополагались, со одной стороны, «отношенія естественнаго пониманія», которыя вовсе игнорируются положительнымъ правомъ и въ систему права не входятъ; съ другой стороны, отношенія, получившія въ положительномъ правѣ полное признаніе. Отъ естественныхъ обязательствъ авторъ отличаетъ, далѣе, обязательства моральныя, при которыхъ не допускается repetitio послѣ добровольнаго ихъ выполненія; «тутъ очевидно нѣтъ никакого обязательства, ни кредитора, ни должника, а признается лишь извѣстная сила за выполненіемъ». «Отъ нравственныхъ обязанностей слѣдуетъ отличать уважаемые, достойные всякаго признанія, мотивы, по которымъ производится выплата (напр. misericordia, pietatis intentio, affectio). Тутъ также исключается понятіе даренія и не дается право на возвратъ» (стр. 74 сл.).— Загурскій думаетъ (стр. 143 сл.), что

«основаніе obl. naturales—не jus civile, а jus gentium.... Какъ это объяснить? Извѣстно, что обязательства произошли частью изъ jus civile, частью изъ jus gentium; послѣднія составляютъ большинство среди обязательствъ. Обязательства ex jure gentium были признаны jus civile и это признаніе выразилось въ снабженіи obligationes ex jure gentium исками; нѣкоторыя изъ этихъ обязательствъ оказались, вслѣдствіе разныхъ причинъ, недостаточными и неполучившими санкціи juris civilis и этотъ отказъ выразился въ лишеніи ихъ исковой охраны,— вотъ эти-то послѣднія обязательства ex jure gentium и называются по преимуществу obl. naturales или naturales tantum».

Ясно, что Голевинскій и Загурскій должны быть отнесены къ первой изъ намѣченныхъ нами группъ писателей, тогда какъ Азаревичъ принадлежитъ къ четвертой. Что касается Митюкова, то онъ (стр. 214—6), повидимому, въ общемъ придерживается теоріи Шванерта, не называя, однако, этого писателя; трудно рѣшить, является ли простой неточностью въ передачѣ воззрѣній Шванерта или сознательнымъ отступленіемъ отъ его теоріи то обстоятельство, что Митюковъ говоритъ и по поводу неисковыхъ обязательствъ о «требованіи вѣрителя»; Шванертъ отрицаетъ наличность права кредитора при obligatio naturalis.

Нашъ обзоръ литературныхъ воззрѣній законченъ. Изъ него выяснилось, что въ сущности соглашенія по вопросу объ основаніи и юридическомъ характерѣ натуральныхъ обязательствъ по римскому праву еще не достигнуто. Правда, въ послѣднія десятилѣтія стало господствующимъ воззрѣніе писателей четвертой группы, по которому obligationes naturales являются обязательствами положительнаго права, такими-же по существу, какъ и обязательства исковыя, но съ ограниченнымъ эффектомъ. Это воззрѣніе и намъ представляется наиболѣе правильнымъ. Однако между представителями этого направленія замѣчаются еще разногласія въ деталяхъ и подробностяхъ.

Сверхъ того, ясно, что съ 1861 года, когда во Франціи вышла книга Машелара, а въ Германіи появилось изслѣдованіе Шванерта [32]), не было напечатано ни одной обстоятельной монографіи

[32]) Книгу Массоля мы не упоминаемъ, ибо этотъ авторъ далеко не исчерпываетъ въ своей монографіи всего матеріала источниковъ, да и обращеніе его съ использованнымъ матеріаломъ большею частью оставляетъ желать лучшаго.

по нашему вопросу. Дальнѣйшая литература состоитъ изъ болѣе или менѣе сжатыхъ экскурсовъ въ руководствахъ и монографіяхъ на другія темы, изъ журнальныхъ статей и однохарактерныхъ съ ними брошюръ, и, наконецъ, изъ французскихъ, нѣмецкихъ и итальянскихъ докторскихъ диссертацій. Всѣ эти произведенія не разрабатываютъ вопроса съ надлежащей полнотой, въ смыслѣ утилизаціи матеріала, содержащагося въ источникахъ и литературѣ.

Все это дѣлаетъ, по нашему мнѣнію, весьма своевременнымъ новый обстоятельный пересмотръ вопроса. Опытъ подобнаго пересмотра и должно составить настоящее изслѣдованіе.

Мы ставимъ себѣ задачу чисто историческую: возстановить доктрину о натуральныхъ обязательствахъ римскаго классическаго и Юстиніанова права. Эту задачу мы постараемся разрѣшить, насколько намъ дозволяетъ это сдѣлать не вездѣ полный матеріалъ источниковъ. Не преслѣдуя никакихъ практическихъ цѣлей, мы будемъ остерегаться нарушать чистоту историческаго очерка рѣшеніемъ такихъ вопросовъ о подробностяхъ римской теоріи, по которымъ мы въ источникахъ не находимъ никакихъ указаній. Самые источники мы постараемся изучать въ исторической перспективѣ, принимая во вниманіе, какому автору и въ какую эпоху принадлежитъ каждое данное рѣшеніе. Дѣлая строгое различіе между правомъ эпохи Юстиніана и эпохи классическихъ юристовъ, мы постоянно будемъ заботиться объ возстановленіи классическаго текста подлежащихъ нашему анализу мѣстъ изъ Corpus Juris Civilis, объ очищеніи этихъ мѣстъ отъ интерполяцій и о выясненіи ихъ положенія и значенія въ подлинныхъ сочиненіяхъ юристовъ. Только этимъ путемъ можно придти къ настоящему пониманію какъ права классической эпохи, такъ и значенія и характера перемѣнъ, произведенныхъ въ немъ въ послѣдующее время и особенно въ періодъ кодификаціонныхъ работъ Юстиніана.

Принимая во вниманіе, что римскіе юристы работали, главнымъ образомъ, надъ отдѣльными случаями натуральныхъ обязательствъ и почти не занимались построеніемъ общаго ученія о натуральныхъ обязательствахъ, мы пойдемъ этимъ же путемъ въ нашемъ изслѣдованіи. Въ ближайшихъ главахъ мы сдѣлаемъ детальный историко-догматическій анализъ всѣхъ отдѣльныхъ случаевъ obligatio naturalis, извѣстныхъ источникамъ, съ тѣмъ, чтобы уже въ заключительной

главѣ извлечь изъ этого анализа данныя для построенія общей теоріи и исторіи нашего института. Этотъ путь считаетъ единственно правильнымъ Бринцъ [33]); ему же слѣдуетъ въ своей цѣнной монографіи Машеларъ.

Такимъ образомъ, въ слѣдующихъ главахъ мы разсмотримъ отдѣльныя натуральныя обязательства. При этомъ сперва (гл. II—VI) мы займемся тѣми обязательствами, которыя съ самаго начала возникаютъ лишенными исковой защиты; затѣмъ мы перейдемъ (гл. VII—XI) къ обязательствамъ, возникающимъ съ характеромъ исковыхъ, но теряющихъ исковую защиту впослѣдствіи въ результатѣ какого-либо событія; наконецъ, послѣдняя глава (XII) будетъ содержать въ себѣ общіе догматическіе и историческіе выводы изъ всего предыдущаго изслѣдованія.

---

[33]) Kritische Blätter, № 3. стр. 12 сл.; стр. 28.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Натуральныя обязательства раба.

Исходной точкой развитія института рабства у римлянъ является положеніе, что рабъ (servus) есть не субъектъ, а объектъ права; рабъ считается за res corporalis [1]) и принадлежитъ къ числу res mancipi [2]). Другими словами, рабъ не относится къ числу правоспособныхъ существъ, съ которыми имѣетъ дѣло право. Для права его человѣческая личность не имѣетъ никакого значенія; при этомъ безразлично, идетъ ли рѣчь о цивильномъ правѣ, болѣе древнемъ и суровомъ, или же о правѣ новѣйшей формаціи—преторскомъ. Этотъ принципъ въ существѣ признается и формулируется классическими юристами даже самаго позднѣйшаго времени. Не только для Гая [3]) и Венулея [4]), но и для Павла, Ульпіана и Марціана servile caput nullum jus habet [5]), servi ne quidem omnino jure civili neque jure praetoris neque extra ordinem computantur [6]), pro nullis habentur [7]). Рабство приравнивается къ смерти [8]). Эти положенія повторяются и въ Институціяхъ Юстиніана [9]), равно какъ у толкователя и одного изъ составителей ихъ—Θеофила [10]).

---

[1]) Gai II, 13.

[2]) Ulp. XIX, 1.

[3]) Gai III, 176.

[4]) L. 12 § 4 D. 48, 2. Venul. 2 jud. publ.

[5]) L. 3 § 1 D. 4, 5. Paul. 11 ed.

[6]) L. 7 D. 48, 10. Marcian. 2 inst.

[7]) L. 1 pr. D. 28, 8. Ulp. 60 ed. L. 20 § 7 D. 28, 1. Ulp. 1 Sab. L. 32 D. 50, 17. Ulp. 43 Sab.

[8]) L. 20 D. 50, 17. Ulp. 4 Jul. Pap. L. 59 § 2 D. 35, 1. Ulp. 13 Jul. Pap.

[9]) § 4 J. 1, 16.

[10]) Theoph. ad § 3 J. 3, 29.

Слѣдуетъ замѣтить, что такое положеніе раба въ глазахъ закона не является слѣдствіемъ того, что рабъ имѣетъ надъ собою господина, что надъ нимъ существуетъ dominica potestas. Рабъ является простымъ безправнымъ объектомъ даже въ томъ случаѣ, когда у него нѣтъ никакого господина; такой servus sine domino (напр. servus derelictus) есть всетаки servus; его положеніе благодаря одному только исчезновенію власти надъ нимъ, такъ же мало выигрываетъ, какъ и положеніе любого животнаго или неодушевленнаго предмета, отъ котораго собственникъ отказался [11]).

Изъ указаннаго общаго принципа въ римскомъ правѣ были выведены всѣ практическія послѣдствія, къ которымъ этотъ принципъ долженъ приводить. Эти послѣдствія сохраняютъ свою силу въ эпоху классическихъ юристовъ и излагаются въ ихъ сочиненіяхъ.

Въ публичномъ правѣ рабъ не имѣетъ рѣшительно никакого значенія: онъ не могъ быть магистратомъ и даже вступать въ армію [12]).

Гражданское право также въ принципѣ не принимаетъ во вниманіе раба, какъ человѣческую личность. Поэтому рабъ не можетъ имѣть въ глазахъ права семьи, родственныхъ связей и семейныхъ правъ, напр. patria potestas надъ своими дѣтьми [13]). Онъ не обладаетъ также и никакими имущественными правами: servus nihil suum habere potest; въ этомъ отношеніи, впрочемъ, его положеніе аналогично съ положеніемъ всѣхъ подвластныхъ лицъ [14]). Все, что пріобрѣтаетъ рабъ, онъ пріобрѣтаетъ своему господину [15]) и притомъ «confestim», такъ что пріобрѣтеніе не считается принадлежащимъ самому рабу ни одинъ моментъ [16]).

---

[11]) См. напр. L. 38 § 1 D. 9, 4. L. 8 D. 41, 7. L. 36 D. 45, 3. L. 23 pr. D. 40, 12. L. 3 pr. § 1 D. 15, 1. Pernice, Labeo т. I стр. 112.

[12]) См. Accarias, Précis ч. I стр. 99 сл.

[13]) Ulp. XII, 3. L. 7 D. 33, 8. Modest. 6 reg. L. 46 D. 1, 7. Ulp. 4 Jul. Pap.

[14]) Gai II, 87, 96.

[15]) Gai I, 52. II. 87. III, 114. L. 6 § 2 D. 7, 1. Gai 7 ed prov. L. 53 D. 41, 1. Pompon. (такъ Schulting, Lenel) l. 14 Qu. Muc. § 1 J. 1, 8. L. 45 pr. D. 45, 1. Ulp. 50 Sab.

[16]) L. 79 D. 29, 2. Ulp. 2 Jul. Pap.

Рабъ, принципіально, не можетъ заключать никакихъ юридическихъ сдѣлокъ, изъ которыхъ для него самого возникали бы права или обязанности относительно его господина или третьихъ лицъ. Отсюда, въ принципѣ, рабъ не можетъ быть ни должникомъ, ни кредиторомъ своего господина на основаніи какой либо юридической сдѣлки. Это намъ неоднократно повторяютъ классическіе юристы разнаго времени. Такъ, diversae scholae auctores у Гая говорятъ вообще о подвластныхъ: «quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus» [17]). Намуза приводитъ положеніе Сервія Сульпиція Руфа: «dominus servo nihil debere potest» [18]). Подобныя выраженія встрѣчаются и у позднѣйшихъ юристовъ; Гай говоритъ, имѣя въ виду впрочемъ actio noxalis: «nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est obligatio nasci potest» [19]); въ другомъ мѣстѣ у того же юриста читаемъ, что стипуляція, заключенная между подвластнымъ и домовладыкою, «inutilis est» и что «servus... ipsi, cujus juri subjectus est, obligari non potest» [20]). Павелъ приравниваетъ куплю-продажу, заключенную между рабомъ и господиномъ, къ emtio suae rei и заключаетъ, что въ этомъ случаѣ «non est emtio» [21]). Ульпіанъ замѣчаетъ вообще (по поводу operarum jurata promissio), что «in personam servilem nulla cadit obligatio» [22]). Институціи Юстиніана повторяютъ слова Гая о ничтожности стипуляціи между рабомъ и господиномъ [23]).—Точно также рабъ не дѣлается кредиторомъ и должникомъ третьихъ лицъ, вступая съ ними въ юридическія сдѣлки. По крайней мѣрѣ, въ этомъ смыслѣ выражаются даже юристы позднѣйшаго времени. Такъ, Гай въ упомянутомъ уже мѣстѣ своихъ Институцій [24]) говоритъ, что рабы изъ стипуляцій «obligari non

---

[17]) Gai II, 244.

[18]) L. 40 § 3 D. 35, 1 Javol. 2 post. Lab.

[19]) Gai IV, 78.

[20]) Gai III, 104.

[21]) L. 14 § 3 D. 18, 2. Paul. 2. Sab.

[22]) L. 7 pr.—§ 2 D. 38, 1 + L. 22 pr. D. 50, 17 Ulp. 28 Sab. Lenel, Ulp. 2702. Въ этой формѣ во всемъ послѣдующемъ изложеніи дѣлаются ссылки на Lenel, Palingenesia juris civilis, 2 тома. 1889 г.

[23]) § 6 J. 3, 19.

[24]) Gai III, 104.

possunt› не только передъ своимъ господиномъ, ‹sed ne alii quidem ulli›. То же самое положеніе implicite выражено у Сцеволы [25]); у Павла читаемъ: ‹servus... ex contractibus non obligatur› [26]); Ульпіанъ въ видѣ общаго правила провозглашаетъ: ‹nec servus quidquam debere potest nec servo potest deberi› [27]), ‹servus civiliter non obligatur› [28]).

Рабъ не пріобрѣтаетъ никакихъ обязательственныхъ правъ и на основаніи совершенныхъ противъ него недозволенныхъ дѣйствій. Деликты, состоящіе въ нарушеніи имущественныхъ правъ, невозможны противъ раба уже потому, что онъ самъ не имѣетъ никакихъ имущественныхъ правъ. Если же недозволенное дѣйствіе третьяго лица направлено противъ личности раба, то и въ этомъ случаѣ оно не считается деликтомъ противъ раба. Оно вызываетъ гражданско-правовыя послѣдствія лишь настолько, насколько оно нарушаетъ права господина раба. Такимъ образомъ, a. legis Aquiliae дается только въ томъ случаѣ, если нанесенное рабу поврежденіе причиняетъ убытокъ его господину [29]); injuria имѣетъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если дѣйствіе обидчика раба ‹aperte ad contumeliam domini respicit›, но ‹servis ipsis quidem nulla injuria fieri intellegitur› [30]). Поэтому иски изъ всѣхъ дѣяній направленныхъ противъ личности раба, пріобрѣтаются господину раба и остаются за нимъ послѣ отчужденія раба и отпущенія его на волю [31]). Что касается деликтовъ самого господина противъ раба, то они съ точки зрѣнія гражданскаго права немыслимы: если господинъ наноситъ какое либо оскорбленіе или поврежденіе рабу, то это является просто поврежденіемъ собственнаго имущества; такой поступокъ не считается гражданскимъ деликтомъ; даже послѣ manumissio или alienatio раба ни либертъ, ни новый господинъ не имѣютъ иска по этому поводу къ старому господину [32]). Съ точки зрѣнія публичнаго права, конечно, такіе

[25]) L. 30 D. 44, 7. Scaev. 1 resp.

[26]) L. 43 D. 44, 7 Paul. 72 ed

[27]) L. 41 D. 15, 1 Ulp. 43 Sab.

[28]) L. 14 D. 44, 7 Ulp. 7 disp.

[29]) Gai III, 210. pr. J. 4, 3.

[30]) § 3. 4 J. 4, 3.

[31]) L. 56 D. 44, 7. Pompon. 20 Qu Muc. Исключеніе составляетъ cond. furtiva, уничтожающаяся при manumissio или alienatio servi L. 10 § 2 D. 13, 1.

[32]) § 6 J. 4, 8.

поступки господъ съ рабами могутъ представляться нежелательными. И дѣйствительно, императорское законодательство принимаетъ мѣры противъ чрезмѣрной жестокости господъ по отношенію къ рабамъ, но при этомъ иногда въ качествѣ мотивовъ ссылается не на соображенія гуманности, не на признаніе человѣческой личности за рабомъ, но на то, что «saevitia vel fames vel intolerabilis injuria» не въ интересѣ самихъ господъ [33]).

Если рабъ самъ совершаетъ какой либо частный деликтъ противъ третьяго лица, то въ классическомъ правѣ по поводу всякаго delictum privatum раба [34]) потерпѣвшій получаетъ actio noxalis противъ лица, у котораго рабъ находится in potestate [35]) въ моментъ litis contestatio. Путемъ этого иска потерпѣвшій можетъ вытребовать альтернативно [36]) или возмѣщеніе ущерба, или выдачу головой виновнаго раба.—Actiones noxales были извѣстны уже праву XII таблицъ [37]). Происхожденіе ихъ относится, по всей вѣроятности, еще къ эпохѣ частной мести: потерпѣвшій первоначально требовалъ выдачи себѣ провинившейся передъ нимъ вещи для расправы съ нею; съ появленіемъ легальныхъ композицій господину вещи предоставлена была возможность выкупить свою вещь уплатою litis aestimatio. Такимъ образомъ, первоначально, главнымъ объектомъ иска считалась noxae datio. Впослѣдствіи бытовыя условія измѣнились; вкусъ къ частной мести исчезъ и наибольшее значеніе въ глазахъ каждаго истца получила litis aestimatio; съ этихъ поръ на noxae datio стали смотрѣть лишь какъ на смягчающее условіе иска, дозволяющее избавиться отъ главной отвѣтственности, которая имѣетъ своимъ предметомъ уплату litis aestimatio. Въ этомъ состояніи мы застаемъ actiones noxales въ эпоху классическихъ юристовъ [38]).

---

[33]) L. 2 D. 1, 6. Rescr. divi Pii ap. Ulp. 8 off. proc. Pernice, Labeo, I, 114 сл.—Ко всему вышеизложенному см. Schwanert, Naturalobl. стр. 257 слл.

[34]) Girard, Nouv. revue hist.. 1887 г. стр. 415. Онъ-же, Manuel élémentaire de dr. rom. 1897 г., стр. 658.

[35]) Что такое potestas въ этомъ случаѣ см. Girard, N. r.h. стр. 427 сл. Manuel, стр. 659.

[36]) См Girard. N. r. h. стр. 439 слл. Manuel стр. 660.

[37]) Gai IV, 76.

[38]) Ср. къ сказанному Girard, N. r. h. 1888 г., стр. 36 слл.

Было бы ошибочно видѣть въ основѣ actiones noxales мысль о томъ, что рабы являются такими же человѣческими личностями, какъ и свободные люди, и могутъ поэтому обязываться своими деликтами. Творцамъ системы ноксальныхъ исковъ была чужда эта мысль о признаніи за рабомъ человѣческой личности. Система эта создалась въ ту эпоху, когда чувство мести искало себѣ удовлетворенія относительно всякаго предмета, причинившаго потерпѣвшему непріятное ощущеніе. Поэтому ноксальные иски даны были не только по поводу деликтовъ, совершенныхъ рабами, но и по поводу вреда, нанесеннаго животными. Близко къ нимъ по своему строю и принципу стоитъ даже отвѣтственность за вредъ, причиняемый неодушевленною вещью (cautio damni infecti) [39]). Такимъ образомъ, ноксальная отвѣтственность господина не только не является знакомъ признанія за рабомъ человѣческой личности, но скорѣе свидѣтельствуетъ о приниженіи его на одну ступень съ прочими предметами человѣческаго обладанія [40]).

Но если такова была отправная точка зрѣнія римскаго права, то это еще ничего не предрѣшаетъ относительно воззрѣній классическихъ юристовъ. Эти послѣдніе могли усмотрѣть разницу въ положеніи раба и животнаго и констатировать способность раба имѣть волю и лично обязываться деликтами. Такого рода поворотъ въ воззрѣніяхъ дѣйствительно совершился. Произошелъ онъ слѣдующимъ образомъ. Въ силу правила: «noxa caput sequitur» [41]) ноксальный искъ давался противъ всякаго лица, во власть котораго попадалъ рабъ къ моменту вчинанія иска. Послѣдовательно этотъ искъ данъ былъ и противъ самого виновнаго раба, если къ моменту litis contestatio онъ оказывался свободнымъ, т. е. самъ становился субъектомъ potestas надъ собою [42]). Такимъ образомъ, вольноотпущенный теперь отвѣчаетъ исковымъ путемъ за деликтъ, совершенный имъ въ рабскомъ состояніи; въ этомъ состоитъ уже

---

[39]) См. Bekker, Aktionen, I стр. 194 слл.

[40]) Ср. Pernice, Labeo I стр, 127. Girard, Manuel, стр. 90.

[41]) Gai IV, 77. L. 43 D. 9, 4. Pompon. 8 epist. L. 2 pr. D. 2, 9, Paul. 6 ed. L. 1 C. 3, 41 Alex. § 5 J. 4, 8.

[42]) L. 4 C. 4, 14. Gordianus. О томъ что „sui juris“ равносильно „suae potestatis“, т.-е обладанію властію надъ самимъ собою, см. Pernice, Labeo I стр. 111 пр. 1: см. также стр. 119 пр. 26.

существенное отличіе раба отъ животнаго. Отсюда недалеко до мысли, что рабъ и въ состояніи servitus является уже лично обязаннымъ, вслѣдствіе своего противозаконнаго дѣянія, и только не можетъ быть привлеченъ въ гражданскій судъ, благодаря своему рабскому состоянію [43]). И дѣйствительно, есть указанія на то, что римскіе юристы признали личное обязательство раба изъ деликтовъ. Они считали раба обязаннымъ и притомъ не въ смыслѣ res obligata (подобно напр. связанности заложенной вещи) [44]), но въ смыслѣ настоящаго обязательства лица. На это ясно указываютъ разсужденія юристовъ даже ранней классической эпохи по поводу тѣхъ случаевъ, когда рабъ совершилъ деликтъ по приказанію своего господина. Можно ли въ этомъ случаѣ дать искъ противъ вольноотпущеннаго? Лабеонъ рѣшалъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ, приводя въ качествѣ мотива то положеніе, что рабъ не обязанъ повиноваться господину во всемъ (nec in omnia servus domino parere debet) [45]). Отъ раба, такимъ образомъ, требуется разсужденіе; онъ не имѣетъ права ссылаться на то, что онъ былъ слѣпымъ орудіемъ въ рукахъ господина. Другими словами, его деликтъ лично ему вмѣняется въ вину, какъ и свободному человѣку, лично его обязываетъ. По исчезновеніи препятствія къ иску, это обязательство раба получаетъ исковую защиту, такъ какъ actio noxalis превращается въ a. directa и дается противъ бывшаго раба лично. Личное обязательство раба изъ деликта можно, такимъ образомъ, разсматривать, какъ obligatio civilis, снабженную искомъ: до отпущенія обязаннаго лица на волю искъ по поводу его обязательства дается противъ господина, который является въ качествѣ defensor'a настоящаго должника [46]), а послѣ manumissio искъ дается противъ самого должника. Очевидно, такую конструкцію отношенія и представлялъ себѣ юристъ Ульпіанъ, когда онъ писалъ l. 7-mo disputationum: «Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumit-

---

[43]) Объ этомъ см. ниже.

[44]) Такъ думаетъ напр. Bekker, Aktionen I, стр. 188 пр. 8.

[45]) L. 17 § 7 D. 47, 10 Labeo ap. Ulp. 57 ed. Ср. однако L. 2 § 1 D 9, 4. Celsus ap. Ulp. 18 ed.

[46]) Если у виновнаго раба нѣтъ никакого господина (напр. servus derelictus), то искъ невозможенъ и остается ducere servum jussu praetoris. Girard, N. r. h., 1887 г. стр. 426.

tantur, obligati remanent» [47]). Если, такимъ образомъ, классики признали, что рабъ, вообще неправоспособный, можетъ цивильно обязываться изъ гражданскихъ деликтовъ, то такое исключеніе для деликтовъ можетъ быть объяснено вліяніемъ въ этомъ отношеніи на гражданское право уголовнаго. Дѣйствительно, уголовной отвѣтственности рабы подлежали издавна и состояніе виновнаго въ рабствѣ не только не считалось основаніемъ для того, чтобы оставлять его безнаказаннымъ, но даже вело къ увеличенію наказанія; иногда рабское состояніе виновнаго заставляло налагать на него иное наказаніе, чѣмъ какое было установлено для свободныхъ лицъ, въ виду непримѣнимости къ рабу наказанія послѣдняго рода (напр. имущественный штрафъ). [48]).

Если рабъ совершалъ деликтъ противъ своего господина, то никакого иска не возникало съ самаго начала. Искъ не былъ нуженъ въ этомъ случаѣ, потому что господинъ раба могъ самъ съ нимъ расправиться, не прибѣгая къ суду [49]). Существованіе для господина возможности въ каждый данный моментъ расправиться съ провинившимся противъ него рабомъ, находящимся у него in potestate, достаточно объясняетъ намъ и тотъ фактъ, что по поводу деликта такого раба dominus не получалъ иска даже въ случаѣ отчужденія раба или отпущенія его на волю [50]). Для объясненія этой нормы нѣтъ нужды прибѣгать къ тому чисто формальному полоѣенію, которымъ пользуется въ этомъ случаѣ Ульпіанъ: «neque enim actio quae non fuit ab initio oriri potest [postea ins. Mom.] adversus hunc furem» [51]). Точно такимъ же путемъ объясняется и

---

[47]) L. 14 D. 44, 7.

[48]) См. Walter, Gesch. d. röm. Rechts, II, стр. 480. — Ко всему изложенному ср. Machelard, op. cit. стр. 159. Pernice, Labeo, I, стр. 118 слл. Accarias, Précis de droit romain (4-me ed. 1891 г.), II, стр. 1045 сл. Kuntze, Oblig. und jus extraord, стр. 198 сл. Такимъ образомъ, мы должны признать правильнымъ выводъ, который относительно obl. ex. delicto дѣлаетъ изъ L. 14 cit. Schwanert, Naturalobl. стр. 245, и неосновательными возраженія противъ этого у Scheurl, Krit. VJ Schr. т. VI стр. 511.

[49]) L. 17 pr. D. 47, 2. Ulp. 39 (29 Lenel) Sab. L. 1 § 1 D. 47, 4. Ulp. 38 ed. ut servum se coerceri. Gai IV, 78. § 6 J. 4, 8. L. 6 C. 4. 14, Diocl. et Max.: domi eos conveni. Kuntze. Obl. u. jus extr., стр. 200.

[50]) Gai IV, 78. L. 1 § 1 D. 47, 4 cit.

[51]) L. 17 § 1 D. 47, 2. Ulp. 29 Sab. См. Kuntze, op. cit. стр. 200.

восторжествовавшая къ концу классическаго періода доктрина Сабиніанцевъ, согласно которой a. noxalis вполнѣ уничтожается, если виновный рабъ въ періодъ времени между совершеніемъ деликта и вчинаніемъ иска находился хоть короткое время in potestate у потерпѣвшаго [52]).—Но было два исключенія изъ указаннаго правила, по которому деликтъ раба противъ господина не даетъ послѣднему никакихъ исковъ. 1) Если рабъ совершилъ furtum у своего господина, находясь въ бѣгствѣ, то Помпоній призналъ возможнымъ дать господину искъ противъ того лица, которое bona fide владѣетъ этимъ бѣглымъ рабомъ. Въ качествѣ мотива къ этому рѣшенію Ульпіанъ приводитъ то соображеніе, что господинъ бѣглаго раба, хотя и считается за его possessor ad usucapionem, но не отвѣчаетъ за его деликты по actiones noxales, «quasi non sit in ejus potestate (servus)» [53]).—2) Если servus communis совершитъ furtum у одного изъ своихъ собственниковъ, то послѣдній можетъ взыскать часть своихъ убытковъ съ другого посредствамъ a. communi dividundo [54]).

Послѣднимъ интереснымъ для насъ слѣдствіемъ общаго принципа о полной неправоспособности раба является норма, что рабъ не можетъ вести процессовъ ни въ качествѣ истца, ни въ качествѣ отвѣтчика. И притомъ эти процессы невозможны не только между рабомъ и его господиномъ [55])—въ этомъ отношеніи положеніе раба аналогично съ положеніемъ подвластнаго сына, не имѣющаго peculium castrense [56]),—но они невозможны также между рабомъ и третьимъ лицомъ. Юліанъ прямо говоритъ: «servus convenire vel conveniri non potest» [57]); Гай замѣчаетъ: «cum servo nulla actio est» [58]). Если судья по ошибкѣ постановитъ осудительное судебное

---

[52]) Gai IV, 78. § 6 J. 4, 8.—Къ этому ср. Girard, N. r. h. стр. 419. Manuel, стр. 600. Accarias, Précis II стр. 1049 сл.

[53]) L. 17 § 3 D. 47, 2 Ulp. 39 Sab. cf. L. 21 C. 6, 2.

[54]) L. 41 D. 9, 4 Jul. 2 Urs. Fer. L. 62 (61) pr. D. 47, 2. Afr. 8 quaest. Ср. Mandry, Familiengüterrecht, т. I, 357.

[55]) L. 7 D. 48, 10. Marcian. 2 inst. L. 6 C. 4, 14. Diocl. et Max.

[56]) L. 4 D. 5, 1 Gai 1 ed. prov. Cf. L. 16 D. 47, 2. Paulus 7 Sab. L. 8 pr. D. 2, 4. Ulp. 5 ed.

[57]) L. 13 D. 2, 11 Jul. 55 dig.

[58]) L. 107 D. 50, 17. Gai 1 ed. prov. О первонач. связи см. Lenel, Gai. 67.

рѣшеніе въ процессѣ, гдѣ въ качествѣ отвѣтчика участвуетъ рабъ, то это рѣшеніе не имѣетъ силы [59]).

Всѣ изложенныя до сихъ поръ нормы являются послѣдовательнымъ выводомъ изъ одного общаго принципа, гласящаго, что рабъ есть вещь, объектъ, а не субъектъ права. Единственнымъ свѣтлымъ пятномъ, нарушающимъ однообразіе набросаннаго нами мрачнаго фона, являлась до сихъ поръ только констатированная нами способность раба по мнѣнію классиковъ лично обязываться изъ деликтовъ. Подъ вліяніемъ уголовнаго права эта способность признана была юристами и въ гражданско-правовыхъ отношеніяхъ.

Но на самомъ дѣлѣ нормы классическаго права о юридическомъ положеніи рабовъ далеко не такъ однообразны, какъ это можетъ представляться изъ сказаннаго до сихъ поръ. Нарисованная выше картина является правильной развѣ только для болѣе раннихъ эпохъ развитія римскаго права. Положеніе, что рабъ есть вещь, объектъ права, не легко провести въ жизни вполнѣ послѣдовательно. Его ложность должна все болѣе и болѣе обнаруживаться по мѣрѣ развитія культуры.

Жизнь должна была показать, что рабъ, хотя бы онъ по происхожденію и былъ иноземецъ, есть все-таки такое же человѣческое существо, какъ и его господинъ [60]). И эта идея не могла не отразиться на состояніи права. Проведенія ея въ право требовали прежде всего интересы самихъ господъ. Въ самомъ дѣлѣ, если рабъ есть объектъ права, обладающій въ отличіе отъ прочихъ вещей человѣческими свойствами, то въ интересахъ самихъ рабовладѣльцевъ нормы права должны быть построены такъ, чтобы они могли извлекать выгоду и изъ этихъ человѣческихъ свойствъ предметовъ своего обладанія, изъ существованія у послѣднихъ разумной воли. Такимъ

---

[59]) L. 3 § 8 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. L. 6 C. 3, 1. Gordianus.

[60]) Рабъ въ смыслѣ человѣка (безотносительно къ вопросу о правоспособности) именуется въ источникахъ „persona“; L. 215 D. 50, 16. L. 22 pr. D. 50, 17. Gai I § 120. 121. 123. 139. Savigny, System, II стр. 33 пр. е. Если же слово „persona“ употребляется въ смыслѣ существа правоспособнаго, то рабу отказываютъ въ этомъ наименованіи; Nov. Theod. Tit. 17. Ср. Theoph. ad § 3 J. 3, 29.

образомъ, уже подъ вліяніемъ чисто эгоистическихъ стремленій господствующихъ классовъ, должны были проникнуть въ право нормы, свидѣтельствующія о признаніи за рабомъ человѣческой личности. Съ другой стороны, съ теченіемъ времени развитіе гуманитарной философіи должно было привести къ болѣе или менѣе рѣзкой критикѣ самаго института рабства. За рабами, какъ за людьми, въ ихъ собственныхъ интересахъ философія, а подъ ея вліяніемъ и право, должны были признать наличность субъективныхъ правъ и обязанностей въ извѣстномъ размѣрѣ, допустимомъ съ точки зрѣнія практическихъ подробностей тогдашней жизни римскаго общества. Особенно смѣлыхъ шаговъ въ этомъ послѣднемъ направленіи мы, впрочемъ, не должны ожидать, такъ какъ римскіе юристы были слишкомъ трезвыми и разсудочными политиками для того, чтобы пускаться въ смѣлыя реформы подъ вліяніемъ чисто философскихъ соображеній. Однако, нѣкоторые шаги были ими сдѣланы и въ этомъ направленіи.

Въ дальнѣйшемъ изложеніи мы бросимъ взглядъ на тѣ реформы, которыя произошли въ сторону признанія человѣческой личности за рабами какъ подъ вліяніемъ стремленія усилить производительную силу рабскаго труда въ интересахъ самихъ господъ, такъ и подъ вліяніемъ соображеній гуманности. Это приведетъ насъ и къ ближайшему предмету нашего изслѣдованія — натуральнымъ обязательствамъ раба.

Уже очень рано интересами самихъ владѣльцевъ рабовъ вызвана была къ жизни слѣдующая норма, содержащая въ себѣ признаніе человѣческой личности за рабомъ. Мы видѣли уже выше, что рабъ все пріобрѣтаетъ для своего господина. Чѣмъ шире эта пріобрѣтательная способность раба, тѣмъ выгоднѣе, конечно, становится обладаніе рабомъ. Признаніе за рабомъ присущей ему по природѣ человѣческой личности ведетъ необходимо къ значительному расширенію пріобрѣтательной способности раба, сравнительно съ такою же способностью напр. домашнихъ животныхъ. Именно, рабъ, какъ человѣкъ, способенъ имѣть разумную волю, принимать рѣшенія по вопросамъ, касающимся гражданскаго оборота. Признаніе этой естественной способности за рабомъ со стороны права приводило бы къ тому, что рабъ становился бы лицомъ, способнымъ къ заключенію юридическихъ сдѣлокъ, надѣлялся бы дѣеспособностью въ этомъ

отношеніи. Такъ какъ всѣ пріобрѣтенія раба, въ томъ числѣ и пріобрѣтенія его изъ такихъ сдѣлокъ, должны поступать къ его господину, то въ интересахъ послѣдняго лежало признаніе за рабомъ такой дѣеспособности. Это признаніе дало бы только возможность болѣе широко эксплуатировать естественныя силы и способности раба: рабъ былъ бы полезенъ господину не только путемъ совершенія для него чисто фактическихъ услугъ, но и посредствомъ заключенія для него пріобрѣтательныхъ юридическихъ сдѣлокъ. Интересы рабовладѣльцевъ, такимъ образомъ, слишкомъ очевидны, чтобы не быть сознанными безъ особыхъ усилій мысли. А такъ какъ и подмѣтить способность раба къ заключенію сдѣлокъ также не было затруднительно, то мы и встрѣчаемся съ нормою права, признающей за рабами дѣеспособность къ пріобрѣтательнымъ сдѣлкамъ, уже въ довольно раннюю эпоху. Такая дѣеспособность рабовъ не подлежитъ никакому сомнѣнію въ эпоху Плавта [61]) и есть основаніе думать, что она признана была за рабами еще раньше, можетъ быть до XII таблицъ [62]). Такъ какъ дѣеспособность признана за рабами только въ интересахъ господъ и всѣ пріобрѣтенія рабовъ поступаютъ къ ихъ господамъ, то эта дѣеспособность зависитъ въ своихъ размѣрахъ всецѣло отъ того, насколько она можетъ быть полезна господину раба. Рабъ и въ смыслѣ дѣеспособнаго къ пріобрѣтательнымъ сдѣлкамъ существа остается орудіемъ въ рукахъ своего господина. Его дѣеспособность опредѣляется по личности господина, которому рабъ служитъ [63]). Поэтому дѣеспособность къ сдѣлкамъ

---

[61]) Plautus, Rudens 5, 3, 28 сл.: quod servo meo promisisti, meum esse oportet.

[62]) Основаніемъ такого мнѣнія служитъ соображеніе, что пекулій не является новымъ институтомъ въ эпоху Плавта. Mandry, Familiengüterr., т. II, стр. 25. Если бы положеніе о томъ, что statuliber можетъ выполнить условіе изъ средствъ своего пекулія, дѣйствительно содержалось въ XII таблицахъ (какъ это думаетъ Pernice, Labeo т I стр. 124), то это доказывало бы существованіе рабскихъ пекуліевъ, а слѣдовательно, и дѣеспособности рабовъ въ эпоху уже до XII таблицъ. См. Pernice, op. cit, стр. 112 сл. Но именно это утвержденіе является недоказаннымъ. Mandry, op. cit, стр. 24 сл. Точно такъ же не вполнѣ надежнымъ является разсказъ древнихъ писателей объ отнятіи въ 269 г. а. u. c. пекулія у Sp. Cassius, на который также ссылается Pernice, op. cit. стр. 124. См. Mandry, op. cit. стр. 24.—Именно въ качествѣ пріобрѣтательнаго орудія рабъ причисляется, благодаря своей дѣеспособности къ сдѣлкамъ, къ числу personae въ L. 6 § 2 D. 7, 1 Gai. 7 ed. prov. Ср. выше прим. 60.

[63]) Соотвѣтственно съ этимъ мы и читаемъ у Theoph. ad pr. J. 3, 17: οἱ οἰκέται

отсутствуетъ у раба, который не имѣетъ господина (напр. servus derelictus) [64]). Поэтому, далѣе, ничтожными остаются тѣ юридическія сдѣлки раба, которыя не имѣютъ никакого интереса для его господина, какъ напр. adstipulatio [65]). Сверхъ того, рабы не имѣютъ доступа къ отправленію officia civilia: давая рабу testamenti factio въ томъ смыслѣ, что онъ можетъ быть назначаемъ наслѣдникомъ въ завѣщаніи и такимъ образомъ пріобрѣтать наслѣдство своему господину, юристы отказываютъ рабу въ testamenti factio въ смыслѣ способности быть свидѣтелемъ при составленіи завѣщаній и мотивируютъ этотъ отказъ тѣмъ, что рабъ вообще не имѣетъ значенія лица въ глазахъ права [66]). Наконецъ, закрытымъ для рабовъ оставался доступъ къ такимъ сдѣлкамъ, которыя по формѣ своей предполагали способность являться стороной на судѣ, какова напр. in jure cessio [67]).

Въ тѣсной связи съ признаніемъ за рабами дѣеспособности къ пріобрѣтательнымъ сдѣлкамъ стоитъ развитіе весьма важнаго для нашихъ цѣлей обычая давать рабамъ п е к у л і й. Подъ именемъ пекулія Римляне разумѣютъ совокупность цѣнностей, юридически принадлежащихъ домовладыкѣ, но по его волѣ выдѣленныхъ фактически изъ его patrimonium и предоставленныхъ въ самостоятельное завѣдываніе подвластнаго лица. Пекулій могъ даваться рабу или свободному подвластному и составлялъ хотя и не юридическое, но фактическое имущество этихъ лицъ: это былъ комплексъ цѣнностей, объединенныхъ тѣмъ, что онѣ фактически предназначены

ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσπότων χαρακτερίζονται. P e r n i c e, op. cit. стр. 112.

[64]) L. 36 D. 45, 3 L. 17 pr. D. 48, 19. L. 73 § 1 D. 45, 1. G i r a r d, Manuel, стр. 91 пр. 5. A c c a r i a s, Précis т. I стр. 105; послѣдній писатель допускаетъ возникновеніе obl. naturalis для servus sine domino. См. также S c h w a n e r t стр. 289 сл. S a v i g n y, System. т. II, стр. 35; 419. S c h e u r l въ Krit. VJ Schr. т. VI. стр. 513. Однако, въ подкрѣпленіе этого положенія названные писатели не могутъ привести ни одного указанія источниковъ.

[65]) Gai III, 114.

[66]) L. 20 § 6 D. 28, 1. A c c a r i a s, Précis т. I стр. 99 сл. Ср. M a c h e l a r d, Les obl. nat. стр. 157 сл. S c h w a n e r t, стр. 260 пр. 42. Ниже примѣчаніе 224.

[67]) Gai II, 96. Vat. Fr. 51. M a n d r y, op. cit. I, 64. P e r n i c e, op. cit стр. 120. Ср. M a c h e l a r d, op. cit. стр. 156.

были служить удовлетворенію жизненныхъ цѣлей ихъ подвластнаго обладателя. Такъ какъ эти цѣнности юридически принадлежали домовладыкѣ, то онѣ не могли составлять patrimonium подвластнаго; но въ виду того, что фактически онѣ представлялись совершенно въ томъ же отношеніи къ своему подвластному обладателю, въ какомъ стоитъ patrimonium къ своему юридическому хозяину, эти цѣнности въ совокупности получаютъ характеристику «quasi patrimonium servi (filii)», «veluti proprium patrimonium servi» [68]).— Рабскій пекулій имѣлъ въ хозяйственной жизни Рима большое значеніе. Получая пекулій, рабъ могъ самостоятельно завѣдывать имъ, заключать по поводу его различныя сдѣлки и даже заводить съ его помощью какое-либо торговое или ремесленное предпріятіе. Такимъ образомъ, господа, предоставляя пекулій своимъ рабамъ, получали возможность пользоваться ихъ хозяйственною инціативой. Всѣ пріобрѣтенія раба на счетъ пекулія шли, конечно, въ пользу господина, такъ какъ юридически пекулій раба оставался принадлежащимъ господину. Но фактически пріобрѣтенія ex re peculiari поступали въ пекулій сами собою, такъ что для этого увеличенія пекулія уже не требовалось особаго согласія господина [69]).—Господинъ, конечно, имѣлъ право, когда ему угодно отнять у раба данный ему пекулій [70]). Но на самомъ дѣлѣ господа рѣдко пользовались этою возможностью безъ уважительныхъ причинъ. Напротивъ, по общему правилу, они относились къ пекуліямъ, какъ къ собственному имуществу раба, и даже нерѣдко встрѣчались случаи, что рабы соглашались со своими господами о выкупѣ на свободу за извѣстную сумму, предоставленную господину рабомъ изъ своего пекулія [71]). Съ теченіемъ времени выработалась норма, согласно которой рабъ, отпущенный на свободу въ завѣщаніи подъ условіемъ предоставленія какому-либо лицу извѣстной суммы денегъ, могъ выполнить это условіе на средства своего пекулія [72]). Пекулій обыкновенно оставлялся за рабомъ при

---

[68]) L. 47 § 6 D. 15, 1. Paul. 4 Plaut. L. 39 eod. Florent. 11 inst.— Mandry, op. cit § 53.

[69]) Mandry, op. cit. § 62.

[70]) О такихъ отношеніяхъ упоминается уже у Плавта. Poenulus IV, 2, 21. Trinumus II, 4, 31 сл.

[71]) Girard, Manuel, стр. 93 пр. 2.

[72]) L. 3 § 1, 7, 8. L. 13 § 1. L. 17. L. 31 § 1 D. 40. 7. Mandry, op. cit. т. II стр. 24 сл.

его отпущеніи на волю inter vivos, такъ что въ пользу такого оставленія сложилалась даже юридическая презумпція [73]). Плиній младшій дозволялъ своимъ рабамъ отказывать другъ другу свои пекуліи на случай смерти, т. е. совершать нѣчто вродѣ завѣщанія [74]).

Обладаніе пекуліемъ есть также знакъ признанія за рабомъ человѣческой личности: только человѣкъ можетъ владѣть имуществомъ, хотя бы только фактическимъ [75]). Рабскіе пекуліи уже несомнѣнно существуютъ въ эпоху Плавта и, по всей видимости, не являются тогда новостью; точно время ихъ появленія опредѣлить невозможно [76]).

Имѣя большое фактическое значеніе для положенія рабовъ, появленіе пекулія на первыхъ порахъ мало мѣняетъ въ ихъ юридическомъ положеніи. Именно, по отношенію къ пріобрѣтательнымъ сдѣлкамъ дѣеспособность раба продолжаетъ опредѣляться ex persona domini и личная воля раба поставлена въ довольно узкія границы. Сдѣлка раба всегда считается заключенной въ пользу господина, и отъ воли раба не зависитъ измѣненіе въ направленіи ея эффекта. Напр., если рабъ стипулируетъ, то является вполнѣ безразличнымъ, заключаетъ ли онъ стипуляцію на свое имя, на имя господина или даже безлично [77]); если рабъ заключаетъ стипуляцію спеціально для того, чтобы самому стать кредиторомъ изъ нея, то такая стипуляція не имѣетъ силы [78]); рабъ можетъ заключать такія сдѣлки, которыя не были бы дѣйствительны, еслибы рабъ заключалъ ихъ въ качествѣ свободнаго человѣка, такъ какъ въ его лицѣ нѣтъ необходимыхъ условій для этихъ сдѣлокъ: достаточно, чтобы эти условія имѣлись въ лицѣ господина; такъ, рабъ можетъ пріобрѣсти земельный сервитутъ, если только его господинъ является собственникомъ сосѣдняго участка [79]). Но всего рѣзче проявляется положеніе, что рабъ черпаетъ свою дѣеспособность къ сдѣлкамъ ex persona domini въ

---

[73]) Обратная презумпція существовала на случай manumissio testamento. См. объ этомъ Pernice, Labeo I стр. 148 сл.

[74]) Plin. Ep. 80, 4; цитировано у Girard, op cit стр. 93 пр. 2.

[75]) Mandry, op. cit. т. II, стр. 14; стр. 37.

[76]) Mandry, op. cit. т. II, стр. 22 слл.

[77]) L. 1 pr. L. 15 D. 45, 3.

[78]) L. 38 § 6 D. 45, 1. L. 38 D. 45, 3.

[79]) L. 2 D. 33, 3. L. 7 § 1. L. 17 D. 45, 3. L. 19 D. 8, 3.

томъ, что со всякою перемѣною въ лицѣ господина раба или съ отпущеніемъ раба на волю всѣ сдѣлки, заключенныя рабомъ, имѣющимъ пекулій, теряютъ свою связь съ рабомъ; ихъ эффектъ (безотносительно къ obligationes naturales, о которыхъ рѣчь будетъ ниже) остается прикрѣпленнымъ къ личности того господина раба, подъ властью котораго онѣ были заключены [80]), или же уничтожается [81]); но онъ не переходитъ самъ собою ни на самого вольноотпущеннаго [82]), ни на новаго пріобрѣтателя раба; и это правило имѣетъ силу даже въ тѣхъ случаяхъ, когда рабъ отпускается на волю или отчуждается со своимъ пекуліемъ [83]).—Сравнительно больше значенія имѣетъ личная воля раба при заключеніи сдѣлокъ въ томъ случаѣ, когда рабъ этотъ есть servus communis, т. е. принадлежитъ нѣсколькимъ хозяевамъ; въ этомъ случаѣ, въ силу практической необходимости, самому рабу предоставлено рѣшать, въ пользу какого изъ его хозяевъ должно поступить то, что пріобрѣтается изъ заключенной рабомъ сдѣлки [84]); такой рабъ можетъ даже заключать сдѣлки между своими хозяевами [85]).

Новое и весьма важное измѣненіе вноситъ въ положеніе рабовъ преторскій эдиктъ. По общему правилу, рабы могли совершать только чисто пріобрѣтательныя сдѣлки, доставляя съ ихъ помощью новыя цѣнности въ имущество своихъ господъ. Если же они заключали сдѣлки иного характера, которыя имѣли своею цѣлью наложить на нихъ обязанности, то эти сдѣлки не имѣли эффекта. Самихъ рабовъ онѣ не обязывали въ виду ихъ неправоспособности, но онѣ не обязывали и господъ этихъ рабовъ; общимъ принципомъ служило положеніе: melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest [86]). Общій принципъ этотъ, равно какъ и выводимое

---

[80]) L. 1 § 30. L. 11 D. 16, 3.

[81]) L. 58 § 3 D. 17, 2.

[82]) Non solet servo proficere si quid in servitute egit post libertatem. L. 1 § 30 D. 16, 3. L. 7 § 18 D. 2, 14.

[83]) Ко всему изложенному см. Pernice. Labeo, т. I стр. 145—149.

[84]) L. 5—7 D. 45, 3.

[85]) L. 8 § 2 D. 46, 4. — См. Pernice, l. c. стр. 120. Что касается остальныхъ нормъ, въ которыхъ по мнѣнію Pernice, op. cit. стр. 139 слл. сказывается признаніе личности раба, то о нихъ см. Mandry, op. cit. т. II стр. 123 слл.

[86]) L. 133 D. 50, 17. L. 1 § 15 D. 43, 16.

изъ него правило, что своими сдѣлками рабы не обязываютъ своихъ господъ, оставался въ силѣ и въ позднѣйшемъ правѣ [87]). Но преторъ установилъ весьма важныя исключенія изъ этого правила: по эдикту сдѣлки подвластныхъ, въ томъ числѣ и рабовъ, при извѣстныхъ условіяхъ могли обязывать ихъ господъ къ уплатѣ: взысканіе съ господъ производилось или въ полномъ объемѣ, или въ ограниченныхъ предѣлахъ; явились actiones adjecticiae qualitatis, которыя давались противъ господъ по поводу обязывающихъ актовъ, заключенныхъ рабами. Такимъ образомъ, за рабами признана была дѣеспособность и къ заключенію сдѣлокъ, налагающихъ обязанности на ихъ господъ.

Эта преторская реформа вызвана была, конечно, не вниманіемъ къ интересамъ самого раба, не стремленіемъ поднять значеніе его человѣческой личности въ правѣ. Сами классическіе юристы видятъ въ основѣ всѣхъ actiones adjecticiae qualitatis слѣдующій принципъ aequitatis: «aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri» [88]). Другими словами, справедливость требовала, чтобы господа, которые пользуются способностью рабовъ заключать пріобрѣтательныя сдѣлки съ 3-ми лицами, несли на себѣ и обязанности изъ заключенныхъ рабами сдѣлокъ. Справедливость состоитъ здѣсь во вниманіи къ третьимъ контрагентамъ раба: если рабу дается способность вступать въ сдѣлки съ ними, то справедливо, чтобы эта способность признана была за нимъ не только, насколько того требуетъ интересъ его господина, но и въ интересахъ третьихъ лицъ. Однако признать за рабомъ способность обязывать господина всѣми своими сдѣлками также было немыслимо: это дало бы возможность рабу растрачивать по своему произволу имущество своего господина, т. е. въ корнѣ подрывало бы самую власть господина надъ рабомъ. Поэтому возможность взысканія съ господина изъ сдѣлки раба возникаетъ лишь при наличности извѣстныхъ условій и въ извѣстныхъ предѣлахъ. Соотвѣтственно съ этимъ для каждой изъ actiones adj. qualitatis приводятся свои особыя соображенія

---

[87]) § 10 J. 4, 6.

[88]) L. 1 D. 14, 3. Ulp. 28 ed. Paul. II, 8, 1. Ср. также L. 17 § 4, 5 D. 14, 3 Paul. 30 ed. L. 1 § 15 D. 14, 1. Ulp. 29 ed.

справедливости, имѣющія цѣлью согласить интересъ самого господина съ интересомъ третьихъ контрагентовъ раба [89]). Можно сказать вообще, что господинъ отвѣчаетъ изъ сдѣлокъ раба сообразно тому, въ какихъ размѣрахъ и въ какой формѣ онъ самъ желаетъ пользоваться пріобрѣтательною способностью раба или же фактически получаетъ отъ нея выгоду даже помимо своей воли. Такъ, при наличности jussus или praepositio господинъ отвѣчаетъ по сдѣлкамъ раба, совершеннымъ въ предѣлахъ jussus или praepositio, въ полномъ объемѣ (in solidum). Господинъ, предоставляющій рабу фактическое имущество—пекулій, принуждается къ уплатѣ долговъ раба въ предѣлахъ этого имущества: пекулій такъ же долженъ отвѣчать за долги своего фактическаго обладателя, какъ patrimonium отвѣчаетъ за долги своего хозяина [90]); только за деликты противъ 3-хъ лицъ это quasi patrimonium servi не отвѣчаетъ въ виду существованія ноксальной отвѣтственности [91]). Наконецъ, въ случаѣ обогащенія изъ сдѣлки раба домовладыка отвѣчаетъ по этой сдѣлкѣ въ предѣлахъ своего обогащенія; для этого служитъ actio de in rem verso [92]).

Несомнѣнно, введеніе actiones adj. qualitatis въ концѣ концовъ выгодно было и для самихъ владѣльцевъ рабовъ. Установленіе отвѣтственности послѣднихъ по обязательствамъ, заключеннымъ рабами, увеличило кредитъ рабовъ въ глазахъ третьихъ лицъ. Съ ними теперь можно было при наличности извѣстныхъ условій безъ особаго риска вступать во всякаго рода сдѣлки, а это дало возмож-

---

[89]) Въ моей книгѣ „Опытъ характеристики понятій aequitas и aequum jus“ (1895 г.), стр. 195 слл. выдвинуты только эти послѣдніе принципы aequitatis. Объ интересахъ 3-хъ лицъ сказано примѣнительно къ a. exercitoria и institoria на стр. 33 сл.

[90]) § 10 J. 4, 6. Ср. мою Aequitas стр. 196. — Способность обязывать господина своими сдѣлками de peculio не зависитъ отъ того, предоставлена ли рабу libera administratio или нѣтъ; libera administratio имѣетъ значеніе лишь для совершенія тѣхъ сдѣлокъ, которыя должны переносить на другихъ лицъ, уничтожать или уменьшать права, входящія въ составъ patrimonium. Такія сдѣлки ничтожны, если совершаются рабомъ, который не имѣетъ libera administratio. См. Mandry. op. cit. т. II § 61 (особ. стр. 88 и стр. 114).

[91]) Mandry, op. cit. т. II стр. 233. Поэтому и въ эдиктѣ объ a. de peculio упоминается лишь „negotium“. Lenel, Ed. perp. стр. 220

[92]) Ко всему изложенному ср. Mandry, op. cit. § 71.

ность рабамъ начинать такого рода предпріятія, о которыхъ они безъ этого условія не могли мечтать. Въ результатѣ расширилась, такимъ образомъ, эксплуатація рабскаго труда. Съ другой стороны, конечно, нововведеніе претора значительно увеличило фактическую самостоятельность рабовъ въ управленіи ввѣреннымъ имъ имуществомъ [93]). Что касается времени появленія этихъ постановленій эдикта, то его съ точностью опредѣлить невозможно. Actiones adjecticiae qualitatis извѣстны юристамъ конца республики—Сервію, Офилію, Алфену, Туберону,—но, вѣроятно, возникли еще задолго до ихъ эпохи [94]).

Таковы были нормы римскаго права, признававшія человѣческую личность раба подъ вліяніемъ интересовъ самихъ господъ или третьихъ лицъ, вступающихъ въ сдѣлки съ рабами. Намъ нужно теперь бросить взглядъ на явленія иного порядка. Въ Римѣ существовали издавна нормы, которыя выдвигали человѣческое достоинство раба во вниманіе къ природѣ самого раба и независимо отъ какихъ либо чисто хозяйственныхъ соображеній.

Прежде всего здѣсь нужно отмѣтить тотъ фактъ, что римское jus sacrum издавна признавало въ рабѣ человѣка. Рабъ считался способнымъ ко многимъ сдѣлкамъ сакральнаго права. Оставаясь вещью, объектомъ права въ глазахъ свѣтскаго закона, онъ по сакральному праву былъ субъектомъ права, какъ и свободный Римлянинъ [95]). Конечно, рабъ не могъ совершать confarreatio и участвовать въ актахъ, въ которыхъ дѣйствуетъ магистратъ римскаго народа, каковы evocatio и auspicatio. Но онъ былъ способенъ ко многимъ другимъ сдѣлкамъ сакральнаго права, которыя вызывали исключительно сакральныя послѣдствія, какъ напр. къ votum, dedicatio, jusjurandum, mortui illatio. Эти сдѣлки, по общему правилу, никакими послѣдствіями свѣтскаго характера не надѣлены; исковъ и судебнаго принужденія онѣ не порождаютъ [96]). Такъ, рабъ можетъ

---

[93]) Ср. Girard, Manuel, стр. 93.

[94]) См. объ этомъ Mandry, op. cit. § 72. Girard, op. cit. стр. 644 пр. 3.

[95]) См. ко всему послѣдующему Pernice, Zum römischen Sacralrecht II, въ Sitzungsberichte der Berliner Akademie der Wissenschaften, 1886 года, стр. 1173—1182.

[96]) См. о нихъ Pernice въ Sitz. Ber. 1885 г. стр. 1146 сл.

принимать на себя сакральную обязанность изъ votum; въ классическую эпоху требуется, чтобы votum раба для своей дѣйствительности было подкрѣплено чрезъ auctoritas domini [97]). На основаніи такого votum рабъ можетъ еще до отпущенія на волю совершить обѣщанную имъ божеству dedicatio.—Далѣе, рабъ можетъ установить для себя сакральную обязанность (religione teneri) передъ третьимъ лицомъ или передъ господиномъ посредствомъ присяги—jusjurandum promissorium. Большую роль играла въ Римѣ jurata operarum promissio, т. е. клятвенное обѣщаніе раба предоставлять своему господину извѣстныя услуги послѣ отпущенія на волю. Если такое клятвенное обѣщаніе дано было рабомъ, то затѣмъ рабъ былъ сакрально обязанъ повторить его послѣ manumissio въ формѣ присяги или стипуляціи и тогда патронъ получалъ противъ него даже особый искъ объ исполненіи обѣщанія [98]).—Точно также и рабу можетъ быть сдѣлано jusjurandum promissorium, налагающее сакральную обязанность на присягнувшаго. Такую присягу, напр. о дарованіи свободы, могъ приносить даже господинъ рабу [99]).—Мѣсто погребенія раба считалось за locus religiosus [100]).—Съ согласія своего господина рабъ могъ дѣлаться членомъ сакральныхъ коллегій, не исключая даже такихъ, въ которыхъ членами состояли и свободныя лица, какъ напр. collegia tenuiorum [101]).

Въ свѣтскомъ правѣ классической эпохи также появляются заявленія о человѣческой личности раба, дѣлаемыя подъ вліяніемъ соображеній гуманности. Древніе писатели свидѣтельствуютъ о томъ, что обращеніе господъ съ рабами въ концѣ республики и во время имперіи значительно ухудшилось сравнительно съ предыдущей эпохой. Рабовъ стало гораздо больше и соотвѣтственно съ этимъ ихъ стали цѣнить меньше, обращались съ ними не лучше, чѣмъ со ско-

---

[97]) L. 2 § 1 D. 50, 12.

[98]) L. 44 D. 40, 12. L. 2 § 1 D. 38, 1. L. 15 § 1. L. 37 pr. D. eod. Ср. Machelard op. cit. стр. 163. Accarias, Précis, т. II стр. 20 сл.—Ниже глава VI, пр. 3.

[99]) Plaut. Poen. 1, 2, 148.

[100]) Это знаменовало собою, по словамъ Pérnice, l. c. стр. 1179, не только признаніе за рабомъ человѣческой личности, но и причисленіе его къ римскому народу.

[101]) L. 3 § 2 D. 47, 22.

томъ. Съ другой стороны, исчезла и прежняя простота жизни самихъ владѣльцевъ рабовъ, которая въ былое время приводила къ тому, что немногочисленные рабы въ каждомъ хозяйствѣ раздѣляли и занятія, и столъ, и жилище своихъ господъ. Измѣнились и источники рабства: если прежде главнымъ источникомъ рабства былъ плѣнъ на войнѣ, то теперь рабы пополнялись путемъ рожденія отъ рабынь; если прежде въ число рабовъ попадали главнымъ образомъ члены родственныхъ Риму и близкихъ народовъ, то теперь контингентъ рабовъ пополнялся часто изъ числа дикихъ и отдаленныхъ отъ Рима народностей; все это не могло не сказаться въ ухудшеніи фактическаго положенія рабовъ [102]). Вызываемые этими причинами дикіе эксцессы въ обращеніи господъ съ рабами заставляли лучшую часть общества отнестись съ участіемъ къ положенію рабовъ и вызывали естественную реакцію въ области философскихъ ученій. Подъ вліяніемъ собственныхъ разсужденій римскихъ мыслителей, а также благодаря изученію стоической философіи, является въ Римѣ проповѣдь о томъ, что и рабъ есть человѣкъ [103]). Это ученіе проникаетъ и въ сочиненія юристовъ. Подъ вліяніемъ изученія той же стоической философіи римскіе юристы классической эпохи усвоили себѣ доктрину, что на ряду съ положительнымъ правомъ—jus civile—существуетъ еще идеальное право—jus naturale,—установленное божественнымъ разумомъ, который проникаетъ весь міръ. Не имѣя власти и чувствуя практическую невозможность отмѣнить институтъ рабства въ положительномъ правѣ, юристы отдаютъ свою дань гуманитарнымъ тенденціямъ философіи тѣмъ путемъ, что провозглашаютъ въ своихъ сочиненіяхъ принципъ: хотя положительное право, не выключая отсюда и jus gentium, признаетъ рабство, но естественное право его не знаетъ. Такого рода заявленія мы встрѣчаемъ у многихъ юристовъ позднѣйшей классической эпохи:

---

[102]) См. къ этому Wallon, Histoire de l'èsclavage (2-е изд. 1879 г), т. II стр. 212 слл. Jhering. Geist d. röm. R. т. II стр. 172 слл. Marquardt, Privatleben der Römer (2-е изд. 1886 г.), т. I стр. 175 — 195. Girard, Manuel, стр. 90 сл ; 94 сл.

[103]) См. Accarias, Précis т. I стр. 101 сл. Wallon, op. cit. т. III, стр. 19 сл.

Florentinus l. 9 inst. L. 4 pr. D. 1, 5. Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. § 1. Servitus est constitutio juris gentium, quo quis dominio alieno contra naturam subicitur.

Tryphoninus l. 7 disputationum. L. 64 D. 12, 6... libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est...

Ulpianus l. 1 instit. L. 4 D. 1, 1. Manumissiones quoque juris gentium sunt. est autem manumissio de manu missio, id est datio libertatis: nam quamdiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est, manumissus liberatur potestate. quae res a jure gentium originem sumpsit, utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. et cum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi.

Idem l. 43 ad Sabinum. L. 32 D. 50, 17. Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur: non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt.

Marcianus l. 1 instit. L. 2 D. 40, 11... illis enim utique natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt... [104]).

Эти гуманитарныя ученія философіи отразились не на однихъ только теоретическихъ разсужденіяхъ юристовъ, подобныхъ только что приведеннымъ. Они привели и къ практическимъ послѣдствіямъ, отразившись на содержаніи свѣтскаго законодательства времени первыхъ императоровъ, и на практическихъ работахъ юристовъ.

Изъ законодательныхъ мѣръ, которыя могутъ быть поставлены въ связь съ этими гуманитарными идеями, извѣстны lex Petronia, запрещавшая безъ разрѣшенія магистрата посылать рабовъ

---

[104]) У Марціана же, по мнѣнію Voigt'a, Jus. nat. т. I стр. 567 слл., взять и § 2 J. 1, 2, гдѣ читаемъ: jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur.

на борьбу съ дикими звѣрями; edictum Claudii, дававшій свободу тѣмъ больнымъ и старымъ рабамъ, которые были оставлены господами безъ помощи; конституція А. Пія, запрещающая безъ основанія умерщвлять собственныхъ рабовъ; другая конституція того же императора, которая постановляла, что если рабъ прибѣгнулъ отъ притѣсненій господина ad fana deorum vel ad statuas principum, то господинъ долженъ его продать [105]). Уже выше было указано [106]), что нѣкоторыя изъ этихъ мѣръ въ самомъ текстѣ закона были мотивированы интересами самихъ господъ. Кромѣ того, несомнѣнно, что одной изъ побудительныхъ причинъ къ ихъ принятію было и соображеніе о безопасности всего государства: опытъ показалъ, что огромная масса рабовъ, раздраженныхъ дурнымъ обращеніемъ господъ, можетъ представлять не малую опасность для всего государства [107]). Но есть прямыя указанія и на то, что гуманитарныя идеи тогдашней философіи также не остались безъ вліянія на появленіе этихъ законовъ. Такъ, введенное Антониномъ Піемъ право прибѣжища ad fana deorum въ текстѣ самого закона мотивировано ссылкою на интересы господъ. Тѣмъ не менѣе, именно относительно этого закона мы имѣемъ свидѣтельства классиковъ, изъ которыхъ видно, что онъ въ сущности санкціонировалъ лишь то право рабовъ, которое выводилось тогдашними философами изъ природы раба, какъ существа одухотвореннаго [108]). Такимъ образомъ, на этомъ законѣ отразилось вліяніе и того, и другого фактора: какъ гуманитарныхъ ученій, такъ и чисто практическихъ соображеній.

---

[105]) См. Accarias, Précis т. I стр. 102 сл. Wallon, op. cit. т. III стр. 56 сл. Шулинъ, Учебникъ исторіи римскаго права, стр. 260 сл. Girard, Manuel стр. 94. Эти законы, несомнѣнно, примѣнялись на практикѣ. Константинъ вынужденъ былъ даже ограничить слишкомъ суровое ихъ примѣненіе: не слѣдуетъ считать убійцею раба господина, который подвергъ раба жестокому наказанію, такъ что рабъ умеръ, спустя извѣстный промежутокъ времени. L. 1 C. 9, 14. Accarias l. c. стр. 103 пр. 1.

[106]) См. прим. 33.

[107]) На это обращаетъ вниманіе Savigny, System т. II, стр. 33.

[108]) Seneca, de clem. 1, 18. Servis ad statuam confugere licet: cum in servum omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune jus animantium vetet, quia ejusdem naturae est cujus tu. Это было писано еще до изданія соотвѣтственнаго закона. См. Pernice, Labeo, т. I стр. 116 сл. Ср. Accarias, Précis, т. I стр. 103.

Далѣе въ императорское время было предоставлено рабамъ право въ нѣкоторыхъ случаяхъ вести процессы со своими господами. Правда, рабы не могли вчинать противъ господъ обыкновенныхъ actiones въ порядкѣ процесса per formulas, но они могли тягаться съ ними въ порядкѣ административной cognitio extra ordinem. Такое право дано было рабу, который желалъ добиться предоставленія ему libertas fideicommissaria [109]); рабу, который заключилъ договоръ, называемый redemtio suis nummis [110]) и т. д. [111]).

Въ области юриспруденціи теоретическое ученіе о томъ, что по jus naturale всѣ люди свободны, также отразилось съ практической стороны.

Такъ, классическая юриспруденція признаетъ, что, хотя браки рабовъ и не являются настоящими браками съ точки зрѣнія положительнаго права, но однако изъ нихъ возникаетъ между рабами родство и свойство, cognatio и affinitas. И притомъ эти родственныя связи раба имѣютъ практическое значеніе: возникшее еще въ теченіе рабскаго состоянія родство или свойство должно приводить къ невозможности браковъ между соотвѣтственными лицами по отпущеніи ихъ на волю. Это положеніе выведено было подъ исключительнымъ вліяніемъ изложенной доктрины естественнаго права. На это намекаетъ уже самое имя, даваемое рабскому родству: cognatio naturalis [112]). Мало того: говоря объ упомянутомъ выше юридическомъ значеніи рабскаго родства и свойства, юристъ Павелъ прямо ссылается на jus naturale, какъ на основу своего разсужденія [113]).

Подобныя же гуманитарныя идеи отражаются, конечно, и въ томъ, что классическіе юристы въ своихъ рѣшеніяхъ, касающихся рабства, очень часто оперируютъ съ понятіемъ: «favor libertatis».

---

[109]) L. 44 D. 40, 5.

[110]) L. 4, 5. D. 40, 1.

[111]) См. объ этомъ Bekker, Aktionen т. II, стр. 194 сл. Kuntze, Oblig. und jus extraord., стр. 189—192.

[112]) L. 10 § 4. 5 D. 38, 10. Paulus l. sing. de grad. Cognatus, говоритъ здѣсь юристъ „naturale nomen est. Non parcimus his nominibus, id est cognatorum, etiam in servis“.

[113]) L. 14 § 2. 3 D. 23, 2. Paulus l. 35 ed. „quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est“. Ср. къ изложенному Kuntze, Obl. und j. extraord., стр. 194 сл.

При помощи этого понятія свободно толкуются и примѣняются завѣщательныя распоряженія, дающія свободу рабамъ [114]), нарушаются строгія консеквенціи юридическихъ нормъ, чтобы сохранить за рабомъ разъ полученную имъ свободу [115]), отдается предпочтеніе назначенной въ завѣщаніи manumissio передъ установленнымъ въ томъ же завѣщаніи легатомъ того же раба [116]), толкуются въ благопріятномъ для раба смыслѣ противорѣчивыя судебныя рѣшенія [117]), не дается силы компромиссу de liberali causa, «quia favor libertatis est ut majores judices habere debeat» [118]).

Съ jus naturale оперируетъ Лабеонъ, толкуя одинъ эдиктъ, имѣющій отношеніе къ вопросу о способности раба обязываться. Содержаніе эдикта сводится къ слѣдующему. Если рабъ получилъ свободу по завѣщанію своего господина, то это завѣщательное распоряженіе вступаетъ въ силу лишь послѣ aditio hereditatis; до тѣхъ поръ рабъ остается въ рабскомъ состояніи. Онъ можетъ во время лежанія наслѣдства совершать какое-либо правонарушеніе относительно массы наслѣдства. Искъ противъ него изъ этого правонарушенія, строго говоря, не можетъ возникнуть, такъ какъ правонарушеніе совершено рабомъ по отношенію къ вещамъ, которыя до сихъ поръ принадлежали его господину, а въ данный моментъ принадлежатъ лежачему наслѣдству, которое представляетъ изъ себя хозяина раба. Изъ правонарушеній же раба противъ господина иски, какъ мы знаемъ, не могутъ возникать. Невозможна здѣсь, въ виду отсутствія у виновнаго раба настоящаго хозяина, въ смыслѣ физическаго лица, и расправа съ рабомъ домашними средствами, рекомендуемая въ подобныхъ случаяхъ нашими источниками [119]). Такимъ образомъ, рабъ долженъ остаться безнаказаннымъ. Чтобъ избѣжать этого резуль-

---

[114]) L. 28 pr. D. 40, 7. Javol. 6 Cass. L. 17 § 2 D. 40, 4. Julian. 42 dig. L. 20 § 3 D. 40, 7 Jul. ap. Paul. 16 Plaut. L. 4 § 6 D. 40, 7 Paul. 5 Sab. L. 26 pr. 40, 5. Ulp. 5 fideic.

[115]) L. 29 D. 40, 4. Scaev. 23 dig.—L. 12 § 9 D. 49, 15 Tryphon. 4 disp. L. 71 pr. D. 29, 2. Ulp. 61 ed.

[116]) L. 14 D. 31. Paul. 4 Vitell.

[117]) L. 30 D. 40, 12. Jul. 5 Minic. Lenel, Jul. 875.

[118]) L. 32 § 7 D. 4, 8. Paul. 13 ed. Сюда же относится, вѣроятно, L. 122 D. 50, 17 Gai 5 ed. prov. Lenel, Gai 117.

[119]) См. выше стр. 70 сл.

тата, преторъ ввелъ на этотъ случай особый искъ, который вступившій въ наслѣдство heres могъ предъявить къ бывшему рабу, получившему въ моментъ aditio hereditatis свободу. Лабеонъ [120]) отмѣчаетъ то нарушеніе правилъ цивильнаго права, которое сдѣлано въ этомъ эдиктѣ; искъ дается здѣсь противъ либерта по поводу деликта, который совершенъ еще въ рабскомъ состояніи противъ господина и потому не могъ обосновать никакого иска, даже a. noxalis, которая бы съ отпущеніемъ раба на волю превратилась въ a. directa. Въ качествѣ мотива къ такому положенію эдикта Лабеонъ приводитъ aequitas naturalis, natura aequum esse, т. е. ссылается на то самое jus naturale, которое уравниваетъ рабовъ со свободными. «Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intellegit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit». Это разсужденіе юриста служитъ намъ доказательствомъ того, что по воззрѣнію классиковъ рабъ могъ быть субъектомъ юридическихъ обязанностей на основаніи jus naturale [121]).

Это приводитъ насъ къ главному предмету нашего изслѣдованія: къ натуральнымъ обязательствамъ рабовъ. Классическіе юристы признаютъ, что рабы могутъ быть кредиторами и должниками по неисковымъ obligationes naturales и что они могутъ стоять въ такого рода обязательственныхъ отношеніяхъ какъ съ третьими лицами, такъ и со своими господами.

Несомнѣнно, что въ этомъ ученіи опять и съ особенною силою сказывается признаніе за рабами человѣческой личности. Рабы надѣляются здѣсь извѣстной правоспособностью, и притомъ не только способностью быть субъектами юридическихъ обязанностей, но и способностью имѣть права.

Мы видѣли, что вообще нормы, выдвигающія впередъ человѣ-

---

[120]) L. 1 § 1 D. 47, 4. Ulp. 38 ed.

[121]) Ср. къ изложенному Kuntze, op. cit. стр. 196 сл.; стр. 198; стр. 200.

ческую личность раба, складывались у Римлянъ подъ вліяніемъ двоякаго рода факторовъ: отчасти подъ вліяніемъ соображеній чисто практическихъ, хозяйственныхъ: объ интересѣ самихъ владѣльцевъ рабовъ, третьихъ лицъ, вступающихъ съ рабами въ сдѣлки, и даже безопасности всего государства; отчасти же подъ вліяніемъ гуманитарныхъ ученій философовъ. Спрашивается, какому изъ этихъ факторовъ обязана своимъ происхожденіемъ теорія римскихъ юристовъ о натуральныхъ обязательствахъ раба?

Намъ кажется, что образованіе ученія о натуральныхъ обязательствахъ раба вызвано было и тѣмъ, и другимъ факторомъ. Взаимодѣйствіе этихъ факторовъ сводилось къ слѣдующему. Установленіе въ преторскомъ эдиктѣ actio de peculio вызвало вопросъ о счисленіи самой суммы пекуліарнаго имущества, такъ какъ суммой пекулія tempore condemnationis опредѣлялся размѣръ присужденія господина раба по этому иску. Въ такомъ же исчисленіи нуждался пекулій раба и тогда, когда рабъ отпускался на свободу подъ условіемъ совершить предоставленіе въ пользу какого-либо лица; какъ уже было упомянуто выше [122]), съ теченіемъ времени выработалась норма, что рабъ можетъ condicioni parere на счетъ своего фактическаго имущества — пекулія. Такъ какъ пекулій издавна разсматривался, какъ имущество, служащее фактически особымъ жизненнымъ цѣлямъ самого раба и потому фактически обособленное отъ прочаго имущества господина, то уже въ довольно раннюю эпоху принято было фактически причислять къ пекулію тѣ права требованія, которыя рабъ пріобрѣлъ сдѣлками по поводу пекулія (ex re peculiari) противъ третьихъ лицъ и противъ господина. При исчисленіи объема пекулія для опредѣленія суммы condemnatio de peculio, а также и для опредѣленія суммы, изъ которой statuliber могъ condicioni parere, принимались во вниманіе эти права требованія, которыя считались входящими въ составъ пекулія и увеличивающими его сумму. Съ другой стороны, если рабъ что-либо фактически задолжалъ господину или господинъ что-либо заплатилъ по поводу сдѣлки раба съ 3-мъ лицомъ, будучи принужденъ къ этому искомъ de peculio, то считали необходимымъ при исчисленіи размѣровъ пекулія принимать во вниманіе и получающіеся въ результатѣ фактическіе долги раба госпо-

---

[122]) Въ прим. 62.

дину. Эти долги должны были уменьшать сумму пекулія при его счисленіи и такой вычетъ при счетѣ пекулія назывался deductio de peculio (обратно съ computatio in peculium, имѣвшей мѣсто относительно требованій раба).

Такимъ образомъ, самый фактъ существованія отвѣтственности по a. de peculio заставлялъ въ интересахъ третьихъ лицъ, вступающихъ въ сдѣлки съ рабомъ, и господина раба считаться съ фактическими долгами и требованіями раба. И долги, и требованія на первыхъ порахъ, какъ мы увидимъ ниже, имѣли значеніе лишь счетныхъ единицъ при опредѣленіи размѣровъ пекулія. Какъ юристы, такъ и все общество привыкли говорить о долгахъ и требованіяхъ раба, о debitores и creditores servi, но не связывали съ этимъ никакого иного значенія, кромѣ вышеуказаннаго. Менѣе всего видѣли въ этихъ долгахъ и требованіяхъ какія бы то ни было права и обязанности раба въ юридическомъ смыслѣ. Согласно съ этимъ не являлось мысли связывать съ этими долгами и требованіями раба какихъ-либо иныхъ послѣдствій, кромѣ того, что они служили счетными единицами при опредѣленіи размѣровъ пекулія.

Однако, этого рода фактическіе долги и требованія обратили на себя вниманіе болѣе позднихъ юристовъ съ другой точки зрѣнія. Мало-по-малу въ сознаніи юристовъ укоренялась догма, что «jure naturali omnes liberi nascuntur». Мы уже видѣли, разсматривая одно рѣшеніе Лабеона [123]), какъ это ученіе само собою приводило къ выводу, что по натуральному праву рабы правоспособны. Это ученіе привело и въ нашемъ вопросѣ къ тому же выводу. Сперва юристы подъ вліяніемъ своей доктрины стали говорить о «debitum naturale» по отношенію къ рабу; затѣмъ у нихъ появляется терминъ «obligatio naturalis». Рабъ признанъ способнымъ пріобрѣтать обязательственныя права и вступать въ долги по jus naturale и эти-то его натуральные долги и требованія и принимаются съ давнихъ поръ правомъ во вниманіе при счисленіи пекулія. Разъ была, такимъ образомъ, констатирована юридическая природа этихъ отношеній раба съ господиномъ и третьими лицами, разъ права и обязанности раба были объявлены юридическими, уравнены въ этомъ отношеніи съ правами и обязанностями свободныхъ лицъ,— явилась возмож-

[123]) Въ L. 1 § 1 D. 47, 4. Выше стр. 87 сл.

ность свободнѣе оперировать съ ними и придавать имъ иныя послѣдствія, кромѣ тѣхъ, которыя приданы были имъ старымъ правомъ, еще не сознававшимъ юридическаго характера этихъ отношеній и видѣвшимъ въ нихъ только чисто фактическія данныя, пригодныя исключительно для подсчета суммы пекулія.

Если таковъ былъ ходъ развитія нашего ученія, то ясно, что въ образованіи этого ученія принимали участіе оба выдвинутые нами фактора. Интересъ третьихъ кредиторовъ и господъ заставилъ придать обязательственнымъ отношеніямъ раба чисто фактическое, такъ сказать, бухгалтерское значеніе при счисленіи суммы фактическаго имущества раба. Гуманитарныя же идеи, ученіе о jus naturale, дали возможность возвести эти отношенія на степень юридическихъ и соотвѣтственно расширить послѣдствія, которыя ими вызываются.

Намъ остается подтвердить изложенныя соображенія о ходѣ историческаго процесса показаніями нашихъ источниковъ.

Эти источники, несмотря на скудость содержащихся въ нихъ историческихъ данныхъ, даютъ намъ достаточныя точки опоры.

Прежде всего, изъ нихъ слѣдуетъ, что уже юристы конца республиканскаго періода, каковы Servius Sulpicius, Tubero, Alfenus Varus, знакомы съ счетнымъ значеніемъ обязательственныхъ отношеній раба и говорятъ въ смыслѣ чисто фактическихъ отношеній, о томъ, что «servo debetur», «servus debet»; имъ извѣстны «debitores servi» и т. п.

Такъ, Servius Sulpicius въ своихъ сочиненіяхъ занимается вопросомъ о deductio de peculio того, что рабъ задолжалъ господину, а также о computatio in peculium того, что господинъ долженъ былъ рабу или получилъ отъ лицъ, задолжавшихъ пекулію. Это намъ ясно показываютъ слѣдующія выдержки изъ сочиненій Ульпіана.

L. 9 § 2 D. 15, 1. Ulp. l. 29 ed. Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. § 3. Huic definitioni Servius adjecit et si quid his debeatur qui sunt in ejus potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.

L. 17 D. 15, 1. Ulp. l. 29 ed. Изъ этого фрагмента видно, что Сервій занимался вопросомъ о deductio de peculio и въ томъ случаѣ, когда рабъ въ своемъ пекуліи имѣлъ раба (vicarius) и вы-

дѣлилъ этому рабу также пекулій; возникалъ вопросъ о томъ, какъ быть съ deductio, если этотъ викарій вступаетъ въ сдѣлки съ господиномъ раба и съ самимъ рабомъ, въ составъ пекулія котораго онъ входитъ. Тутъ же (въ концѣ) упоминается и о computatio in peculium: пекулій викарія считается увеличеннымъ на тѣ суммы, которыя викарію задолжалъ фактически обладающій имъ рабъ.

L. 3 § 2 D. 40, 7 Ulp. l. 27 Sab. Ссылаясь на Сервія, Ульпіанъ объясняетъ здѣсь, что, если рабъ желаетъ исполнить возложенное на него условіе для полученія свободы на счетъ отказаннаго ему пекулія (peculium legatum), то къ этому пекулію должно быть причислено то, что господинъ былъ долженъ рабу, и то, что господинъ взыскалъ или долженъ взыскать съ 3-хъ лицъ, фактически задолжавшихъ пекулію; если господинъ (heres) не платитъ пекулію своего долга или не хочетъ взыскивать съ 3-хъ должниковъ, то этимъ самымъ онъ становится въ просрочку по предоставленію рабу свободы (moram libertatis servus patitur). Мнѣніе Сервія раздѣлялъ Лабеонъ, а Кассій постановилъ тоже самое рѣшеніе на случай, когда пекулій не былъ отказанъ рабу.—Такимъ образомъ, мы имѣемъ здѣсь свидѣтельство о томъ, что Сервій зналъ computatio in peculium и того, «quod servo debetur» со стороны господина, и того, что господинъ долженъ взыскать съ «extranei debitores».

Alfenus Varus знакомъ съ тѣмъ, что рабъ можетъ изъ своего пекулія credere и deponere и что онъ можетъ получить уплату отъ должниковъ по этимъ сдѣлкамъ; эта уплата дѣлается должниками и послѣ того, какъ рабъ проданъ или отпущенъ на волю, вполнѣ правомѣрно, если только должники раба не знаютъ о manumissio или alienatio. Но это рѣшеніе не мотивируется тѣмъ, что рабъ имѣетъ какое либо собственное право требованія къ должникамъ. Оно мотивируется соображеніями объ интересахъ 3-хъ должниковъ; если они совершаютъ сдѣлку съ рабомъ, которому предоставленъ пекулій, то они имѣютъ право предполагать, что этому рабу позволено также и принимать платежи по такимъ сдѣлкамъ; это полномочіе раба прекращается съ отчужденіемъ раба и отпущеніемъ его на волю; но добросовѣстное незнаніе объ отнятіи полномочія въ этомъ случаѣ точно такъ же не должно вредить должникамъ, какъ не вредитъ имъ незнаніе объ отмѣнѣ всякаго вообще полно-

мочія къ полученію уплаты, даже даннаго свободному лицу. Такимъ образомъ, освобожденіе должниковъ уплатой рабу послѣ его отчужденія или манумиссіи объясняется не на основаніи признанія за рабомъ натуральнаго права требованія, а на основаніи нормы объ отмѣнѣ всякаго полномочія къ принятію уплаты [124]).

Все это изложено въ L. 35 D. 46, 3. Alfenus Varus l. 2 dig. a Paulo epit.

Наконецъ, Туберонъ знакомъ съ deductio de peculio, что показываетъ его извѣстное опредѣленіе пекулія:

L. 5 § 4 D. 15, 1. Ulp. l. 29 ed. Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus l. 6-to dig. refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.

Съ другой стороны, есть свидѣтельства источниковъ, которыя доказываютъ, что ранніе юристы еще не называютъ эти фактическія отношенія рабовъ именемъ «naturalia debita» и «naturales obligationes» и что они не придаютъ имъ иного значенія, кромѣ того, что ставятъ ихъ въ счетъ при исчисленіи пекулія.

Въ этомъ отношеніи наше вниманіе обращаетъ на себя, прежде всего, одно мѣсто изъ сочиненій юриста Яволена, жившаго во второй половинѣ I-го и въ началѣ II-го вѣка по Р. Х. [125]).

L. 40 § 3 D. 35, 1. Iavolenus l. 2 ex poster. Labeonis [126]). Dominus servo aureos quinque [H. S. V Iavol.] ejus [rationis ejus Mom.] legaverat: «heres meus Sticho servo meo, quem testamento iberum esse jussi, aureos quinque [H. S. V Iavol.], quos [quae Iavol.] in tabulis debeo, dato». nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum, et eo jure utimur.

Изъ этого разсужденія Яволена мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы. 1) Ясно, что въ эпоху Сервія и его ученика Намузы общество уже настолько освоилось съ фактическими обязательственными отношеніями между рабомъ и господиномъ, что въ общежитіи

---

[124]) См. объ этомъ Regelsberger, Pand. § 163 пр. 10.

[125]) Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 162.

[126]) Lenel, Javolenus, 186.

мыслимы были даже легаты, имѣющіе своимъ предметомъ то, что господинъ задолжалъ своему рабу. 2) Но не менѣе ясно, что юристы того времени, какъ напр. Сервій, которыхъ мы уже заставали за зачетомъ подобнаго рода долговъ между рабомъ и господиномъ въ пекулій въ качествѣ активныхъ и пассивныхъ величинъ, не рѣшаются придать этимъ величинамъ какое либо иное значеніе, кромѣ чисто бухгалтерскаго. Они не считаютъ долгъ господина рабу юридическимъ долгомъ и отказываютъ упомянутому легату въ признаніи на томъ основаніи, что «dominus servo nihil debere potuisset». 3) Ко времени Яволена было уже всѣми признано, что долгъ господина рабу составляетъ имѣющее юридическое значеніе debitum naturale и что онъ, какъ и всякій долгъ юридическій, можетъ быть предметомъ легата. Что это не было личнымъ мнѣніемъ только самого Яволена, показываютъ слова: «et eo jure utimur» [127]).

Другое относящееся сюда мѣсто взято изъ сочиненій Павла. Собственно, въ Дигестахъ Юстиніана мы имѣемъ два фрагмента, по содержанію стоящихъ въ тѣсной связи между собою, хотя и заимствованныхъ изъ разныхъ сочиненій Павла. Но можно думать, что и у самого Павла въ libri ad Neratium, откуда взятъ второй фрагментъ, содержаніе обоихъ фрагментовъ было изложено въ связи: дѣло въ томъ, что второй фрагментъ самъ по себѣ немыслимъ, если ему не предпослано введеніе, аналогичное по содержанію съ первымъ фрагментомъ, помѣщеннымъ въ Дигестахъ и взятымъ тамъ изъ liber 9 ad edictum, откуда вообще сдѣланы были выдержки для даннаго титула Дигестъ; кромѣ того, и въ Дигестахъ въ первомъ фрагментѣ Павелъ ссылается на Нерація [128]).

---

[127]) Нѣсколько иначе толкуетъ это мѣсто K u n t z e, Obl. und jus extr., стр. 201, который видитъ, однако, въ немъ указаніе на сравнительно позднее возникновеніе понятія о deb. naturale раба.—Совершенно отвергаетъ значеніе историческаго указанія за L. 40 § 3 D. 35, 1 M a n d r y, op. cit. т. I стр. 371 пр. 4, впрочемъ, безъ всякихъ доказательствъ.—Предположенія самого M a n d r y, l. c. стр. 344 объ исторіи образованія натуральныхъ обязательствъ раба также ничѣмъ не доказываются. Это относится и къ предположеніямъ B r i n z'a въ Krit. Blätter, III стр. 50 сл. Довольно близки къ истинѣ догадки F r e n z e l'я, Ueber die Entstehung d. röm. Rechtsbegriffs nat. obl. (1897 г.), стр. 39 сл.

[128]) Въ этомъ смыслѣ см. и L e n e l, Paulus 1031.—Поэтому нельзя читать и толковать L. 17 (18) D. 3, 5 отдѣльно отъ L. 18 (19) pr. eod., какъ это дѣлаетъ P e r n i c e, Labeo I стр. 152; см. противъ его толкованія также M a n d r y, op. cit II, стр. 185 пр. 20.

L. 17 (18) D. 3, 5. Paulus l. 9 ad ed. Proculus et Pegasus bonam fidem eum, qui in servitute gerere coepit, praestare debere ajunt: ideoque quantum, si alius ejus negotia gessisset, servare potuisset, tantum eum, qui a semet ipso non exegerit, negotiorum gestorum actione praestaturum, si aliquid habuit in peculio cujus retentione id servari potest [potuit scr. Mom.]. idem Neratius.

L. 18 (19) pr. D. 3, 5. Idem l. 2 ad Neratium. Adquin natura debitor fuit etiamsi in peculio nihil habuit, et [si postea habuit] [129]) sibi postea solvere debet in eodem actu perseverans: sicut is, qui temporali actione tenebatur, etiam post tempus exactum negotiorum gestorum actione id praestare cogitur.

Въ этихъ фрагментахъ рѣчь идетъ о слѣдующаго рода случаѣ. Рабъ взялся за веденіе дѣлъ какого либо лица безъ порученія и затѣмъ, получивъ свободу, продолжаетъ это веденіе дѣлъ. Прокулъ и Пегазъ отмѣчаютъ, что такой gestor обязанъ вести дѣла съ обычною добросовѣстностью, требуемой отъ gestor'a. Поэтому на немъ лежитъ обязанность произвести, если возможно, взысканія съ должниковъ хозяина дѣлъ; безусловно онъ долженъ уплатить свои собственные долги хозяину дѣлъ [130]). Примѣняя это правило къ данному случаю, юристъ приходитъ къ слѣдующему выводу. Если gestor задолжалъ что либо хозяину дѣлъ, еще будучи рабомъ, то противъ его собственника для хозяина дѣлъ возникала по поводу этого долга a. de peculio; этотъ искъ въ качествѣ a. de peculio annalis дается и послѣ выхода раба на свободу противъ его бывшаго господина или его наслѣдниковъ [131]); но эти послѣдніе путемъ retentio изъ выдаваемаго рабу при отпущеніи на волю пекулія или путемъ cautio defensum iri могутъ возложить матеріально отвѣтственность за этотъ долгъ на вольноотпущеннаго [132]). Имѣя это въ

[129]) Эти слова „si postea habuit" содержатся не во всѣхъ спискахъ; см. Mommsen ad h. l. Поэтому, ихъ лучше считать за неудачную глоссу; этого требуетъ смыслъ и даже языкъ фрагмента.

[130]) Объ этой обязанности gestor'a см. L. 5 (6) § 14 (12). L. 7 (8) pr. D. 3, 5. Accarias, II стр. 428 пр. 2. Molitor, Oblig. т. II, стр. 167. Unterholzner, Schuldverh. II стр. 605 сл.

[131]) См. Mandry, op. cit, т. II, стр. 194 сл.; стр. 415. Lenel, Ed. perp. стр. 221 и 226; Kuntze, Excurse, стр. 580. Ниже прим. 357—360.

[132]) См. объ этомъ Mandry, l. c. стр. 195 къ прим. 20. Kuntze, l. c. прим. 15. Accarias, Précis, т. II стр. 1039 пр. 4 въ концѣ. L. 1 § 7 D. 15, 2. L. 18 D. 33, 8.

виду, юристы рѣшаютъ, что gestor въ данномъ случаѣ долженъ уплатить хозяину дѣлъ свой долгъ въ томъ размѣрѣ, въ которомъ этотъ долгъ могъ быть удержанъ изъ его пекулія лицами, привлеченными по a. de peculio annalis. Съ этимъ рѣшеніемъ соглашается и Нерацій. Эти старые юристы, со включеніемъ Нерація, имѣютъ въ виду, такимъ образомъ, только пекуліарную исковую отвѣтственность, которая косвеннымъ образомъ перелагается на самого вольноотпущеннаго. Имъ не приходитъ въ голову мысль, что на самомъ вольноотпущенномъ могутъ лежать какіе либо долги, возникшіе для него еще въ состояніи рабства. Въ этомъ отношеніи Павелъ дѣлаетъ поправку: онъ заявляетъ, что, если даже въ пекуліи ничего не было, такъ что a. de peculio была невозможна, тѣмъ не менѣе рабъ былъ «natura debitor» и этотъ долгъ лежитъ и на вольноотпущенномъ; слѣдовательно, и въ этомъ случаѣ gestor долженъ уплатить свой натуральный долгъ хозяину дѣлъ. Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что по поводу этого долга нельзя предъявить къ вольноотпущенному иска: вѣдь долженъ же платить долгъ такой gestor, который былъ обязанъ передъ хозяиномъ дѣлъ ю a. temporalis, хотя бы давность иска, существовавшаго противъ него, истекла и принужденіе къ уплатѣ сдѣлалось невозможнымъ [133]).

Изъ этого рѣшенія слѣдуетъ: 1) что Павелъ обращаетъ вниманіе на существованіе debitum naturale раба въ такомъ случаѣ, въ которомъ старымъ юристамъ, со включеніемъ Нерація, и не приходило въ голову говорить о немъ; 2) что Павелъ сообщаетъ даже этому натуральному долгу косвеннымъ образомъ исковую защиту въ формѣ a. neg. gestorum—въ томъ случаѣ, если должникъ, по достиженіи свободы, становится gestor'омъ своего кредитора; 3) что по мнѣнію Павла добросовѣстность—bona fides—требуетъ отъ должника уплаты по неисковымъ натуральнымъ обязательствамъ.

Нужно замѣтить, однако, что значеніе разобраннаго мѣста источниковъ для нашихъ цѣлей сильно ослабляется слѣдующимъ соображеніемъ. Рѣшеніе Павла въ L. 18 (19) pr. cit., если не формально, то матеріально противорѣчитъ приводимому тѣмъ же юристомъ въ непосредственно прилегающей L. 18 (19) § 1 D. eod. рѣшенію

---

[133]) Относительно послѣдняго см. еще L. 7 (8) pr. D. 3, 5 in fine. Unterholzner op. cit., стр. 606 пр. п. Ниже глава XI прим. 33.

Сцеволы, по которому вольноотпущенникъ — gestor не отвѣчаетъ за свою gestio въ теченіе рабства. Правда, въ L. 18 (19) pr. Павелъ говоритъ не о дѣятельности gestor'a во время рабства, а объ обязанности его, уже будучи на свободѣ, погашать лежащія на на немъ и въ это время, хотя возникшія еще въ теченіе рабства, debita naturalia. Но, если вдуматься въ дѣло поглубже, то окажется, что рѣшеніемъ своимъ въ L. 18 (19) pr. Павелъ становится въ противорѣчіе съ L. 18 (19) § 1 eod. Въ самомъ дѣлѣ: вѣдь и изъ neg. gestio, совершаемой въ теченіе рабства, должно возникнуть для раба — gestor'a debitum naturale относительно хозяина дѣлъ; примѣняя послѣдовательно принципъ, выраженный въ L. 18 (19) pr. cit., мы придемъ къ тому выводу, что вольноотпущенникъ можетъ быть принужденъ по a. negotiorum gestorum contraria къ уплатѣ и этого debitum; въ результатѣ мы его заставимъ отвѣчать за всю gestio in servitute. Это будетъ противно какъ мнѣнію Сцеволы, передаваемому и, повидимому, раздѣляемому самимъ Павломъ въ L. 18 (19) § 1 cit., такъ и мнѣнію другихъ юристовъ поздней эпохи, которые заставляли отвѣчать gestor'a—вольноотпущенника за gestio in servitute лишь въ исключительныхъ случаяхъ [134]).

Остается поэтому допустить, что въ L. 18 (19) § 1 cit. Павелъ самъ опровергаетъ то, что̀ было имъ сказано только что передъ этимъ. Это было бы очень странно, еслибы L. 18 (19) pr. и L. 18 (19) § 1 дѣйствительно взяты были изъ одного и того же сочиненія Павла, какъ это заставляетъ думать ихъ текстъ, помѣщенный въ Дигестахъ Юстиніана. Но есть основаніе предполагать, что L. 18 (19) § 1 cit., несмотря на свою inscriptio въ Дигестахъ, взята была не изъ lib. 2 ad Neratium, откуда заимствована L. 18 (19) pr., а изъ l. 9 ad edictum, составляя непосредственное продолженіе взятой оттуда же L. 17 (18) cit. [135]). Въ такомъ случаѣ, мы получаемъ слѣдующее: компиляторы Дигестъ дѣлали для титула «de neg. gestis» выдержки изъ l. 9 ad edictum Павла; замѣтивши, что тамъ въ соотвѣтственномъ мѣстѣ отсутствуетъ замѣчаніе о naturale debitum,

---

[134]) См. L. 16 (17) D. 3, 5. Ulp. l. 35 ad ed. Cf. L. 37 § 1 D. 26, 7. См. ниже прим. 200; пр. 361.

[135]) См. Lenel ad Paul. 1032. Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 171 пр. 60 въ концѣ.

которое Павелъ сдѣлалъ въ l. 2 ad Neratium, они поспѣшили пополнить свое извлеченіе изъ l. 9 ad edictum этимъ мѣстомъ изъ комментарія Павла къ Нерацію, не думая о томъ, соотвѣтствуетъ ли это замѣчаніе дальнѣйшему изложенію Павла въ l. 9 ad edictum [136]).

Остается рѣшить вопросъ, почему же самъ Павелъ не внесъ въ l. 9 ad edictum того замѣчанія о debita naturalia, которое онъ дѣлаетъ въ l. 2 ad Neratium? Такъ какъ намъ совершенно неизвѣстно время составленія libri ad Neratium и ихъ хронологическое отношеніе къ libri ad Edictum [137]), то мы можемъ сдѣлать двоякое предположеніе. 1) Если libri ad edictum написаны позже, чѣмъ libri ad Neratium, то умолчаніе въ нихъ о debita naturalia и помѣщеніе здѣсь, вмѣсто этого, мнѣнія Сцеволы, изложеннаго выше, указываетъ, что Павелъ подъ вліяніемъ знакомства съ ученіемъ Сцеволы отступился отъ своего прежняго мнѣнія, изложеннаго въ примѣчаніи къ Нерацію. 2) Если, напротивъ, libri ad Neratium написаны позже, чѣмъ libri ad edictum, то помѣщеніе въ нихъ замѣчанія о debita naturalia свидѣтельствовало бы о томъ, что Павелъ пожелалъ оставить ученіе Сцеволы и расширить отвѣтственность либерта. Вѣроятнѣе первое въ виду того соображенія, что едва ли Павелъ ограничился бы въ L. 18 (19) pr. такой краткой и голословной замѣткой о debita naturalia, еслибы дѣло шло о принятіи мнѣнія, идущаго въ разрѣзъ съ ученіемъ такихъ авторитетовъ, какимъ для Павла является Scaevola noster [138]).

---

[136]) Такого рода опрометчивость со стороны компиляторовъ есть явленіе довольно обычное. См. о ихъ дѣятельности Krüger, Gesch. d. Quellen стр. 330 сл. и, гл. обр., H. Appleton, Les interpol. dans les Pandectes (1895 г.), стр. 220 сл. C. Appleton, Histoire de la compensation (1895 г.), стр. 21 сл.

[137]) См. Fitting, Alter d. Schr. стр. 44 (приводимая здѣсь l. 18 (19) § 1 D. 3, 5 нами отнесена въ l. 9 ad ed.). Krüger, Gesch. d. Qu., стр. 205 пр. 13.

[138]) Machelard, Les obl. nat. стр. 183 сл. (ср. стр. 162 пр. 1) также обращаетъ вниманіе на противорѣчіе между L. 18 (19) pr. и § 1. Но онъ пытается объяснить это противорѣчіе тѣмъ, что Павелъ въ L. 18 (19) pr. излагаетъ мнѣніе Нерація, которое въ L. 18 (19) § 1 опровергаетъ авторитетомъ Сцеволы. Съ этимъ нельзя согласиться: въ L. 18 (19) pr. говоритъ не Нерацій, а Павелъ; мнѣніе Нерація совпадало съ ученіемъ Прокула и Пегаза, какъ показываетъ L. 17 (18) cit; въ L. 18 (19) pr., которая начинается словами „adquin“, Павелъ, очевидно, дѣлаетъ свое замѣчаніе къ тексту Нерація. Libri ad Neratium, какъ показываютъ отрывки изъ нихъ, дошедшіе до насъ (см. Lenel, Paulus

Если все изложенное правильно, то L. 17 (18) и L. 18 (19) pr. cit теряютъ для насъ всякую цѣну. Молчаніе старыхъ юристовъ объ nat. debitum можно было бы объяснить тѣмъ, что въ данномъ случаѣ объ этомъ debitum вовсе и говорить не слѣдовало. Но у насъ сохраняются выводы изъ прежде разобранной L. 40 § 3 D. 35, 1. Этотъ фрагментъ даетъ достаточныя доказательства того, что старые юристы не возводили еще фактическія обязательственныя отношенія раба на степень debita naturalia.

Терминъ «obligatio naturalis» по отношенію къ обязательствамъ раба впервые встрѣчается у Помпонія и Юліана, а за ними и у Гая. Именно, Юліанъ, реферируемый Африканомъ [139]), говоритъ объ obligatio naturalis, которая для раба возникаетъ изъ сдѣланнаго имъ у третьяго лица денежнаго займа; онъ отличаетъ эту obl. naturalis раба отъ обязательства, лежащаго на его господинѣ въ силу a. de peculio annalis, и допускаетъ возможность установленія за него поручительства (fidejussio); это обязательство продолжаетъ лежать на рабѣ по отпущеніи его на волю.— Помпоній (вѣроятно, l. 22 ad edictum [140]) говоритъ также о томъ, что «naturaliter etiam servus obligatur» [141]); въ качествѣ послѣдствій этого обязательства онъ приводитъ 1) то, что уплата, сдѣланная за раба 3-мъ лицомъ, или сдѣланная рабомъ изъ пекулія при наличности libera administratio, или, наконецъ, сдѣланная рабомъ при отпущеніи на волю [142]), не подлежитъ возврату; 2) то, что за это обязательство возможно поручительство [143]). Какъ показываетъ упоминаніе объ уплатѣ изъ

1020—1048), состояли изъ текста сочиненія Нерація (какого именно—неизвѣстно; см. Krüger, op. cit. стр. 171) и примѣчаній къ нему Павла.

[139]) L. 21 § 2 D. 46, 1. Africanus l. 7 quaestion. До словъ „retro quoque etc.“, какъ показываютъ выраженія „ait“ и затѣмъ „putavit“, за которымъ слѣдуетъ косвенная рѣчь, Африканъ по обычаю реферируетъ Юліана. См. Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 177 пр. 26.

[140]) См. Lenel, Pompon. 689.

[141]) L. 13 pr. D. 12, 6. Paul. 10 Sab.

[142]) Текстъ L. 13 pr. cit. слѣдуетъ читать, конечно, согласно эмендаціи Моммзена: vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, vel ex peculio etc. Ср. объ этомъ Mandry, Familiengüterr., т. II, стр. 95, пр. 11. Machelard, op. cit. стр. 182 пр. 1.

[143]) Упоминаніе о pignus принадлежитъ уже Павлу. Помпоній останавливался на fidejussio и дѣлалъ по этому поводу еще нѣсколько замѣчаній (L. 2 D. 46, 1). См. въ этомъ смыслѣ Lenel, Pompon. 689.

пекулія при наличности libera administratio, Помпоній думалъ не объ обязательствѣ раба передъ господиномъ, а объ обязательствѣ его передъ 3-мъ лицомъ [144]). Тотъ же Помпоній l. 4 ad Qu. Mucium [145]) устанавливаетъ важное общее правило по поводу натуральныхъ обязательствъ между рабомъ и господиномъ; эти обязательства возникаютъ только въ такихъ случаяхъ, въ которыхъ возникли бы обязательства между свободными лицами; для ихъ возникновенія необходима causa civilis.—Наконецъ, у Гая [146]) мы впервые находимъ упоминаніе объ obligatio naturalis между рабомъ и господиномъ и о возможности установить за обязательство раба передъ господиномъ поручительство.

Такимъ образомъ, въ эпоху Юліана установилось уже въ главныхъ чертахъ ученіе объ obligatio naturalis раба. Намъ остается доказать послѣднюю часть нашихъ утвержденій, а именно: что эта догма о правоспособности раба къ натуральнымъ обязательствамъ возникла въ связи и подъ вліяніемъ ученія о томъ, что jure naturali omnes liberi nascuntur.

На это у насъ также имѣются свидѣтельства самихъ классическихъ юристовъ.

Прежде всего, это удостовѣряетъ то самое мѣсто изъ сочиненій Трифонина, которое уже нами было цитировано при изложеніи доктрины классическихъ юристовъ о несогласіи института рабства съ jus naturale. Полностью это мѣсто гласитъ:

L. 64 D. 12, 6. Tryphoninus l. 7 disput. Si quod dominus servo debuit manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale adgnovit debitum: ut enim libertas naturali jure continetur et dominatio ex gentium jure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est.

---

[144]) При solutio раба господину едва ли требовалась libera administratio, такъ какъ здѣсь не совершается переноса правъ изъ patrimonium domini въ patrimon. другого лица. Ср. Mandry, Familiengüterr., т. II, стр. 88 (выше прим. 90). О libera administratio и не упоминаетъ относящаяся сюда L. 10 § 7 D. 15, 2 (см. ниже пр. 187). На то же указываетъ и упоминаемое Павломъ pignus; установить залога своему господину рабъ не могъ, какъ это мы увидимъ ниже.

[145]) L. 49 § 2 D. 15, 1.

[146]) Gai III, 119a.

Ясно, что Трифонинъ ставитъ здѣсь активное debitum naturale раба противъ господина въ тѣсную связь съ jus naturale: рабъ правоспособенъ по jus naturale, которое не знаетъ власти надъ рабами, введенной по jus gentium; поэтому господинъ можетъ быть натурально обязанъ передъ нимъ [147]); а такъ какъ при обсужденіи condictio indebiti понятіе о debitum «naturaliter intelligenda est», то эта condictio не должна имѣть мѣста, если господинъ своей уплатой даже по заблужденію погасилъ лежащее на немъ по отношенію къ рабу debitum naturale.

Другое свидѣтельство содержитъ въ себѣ также цитированное уже выше по тому же самому поводу мѣсто изъ l. 43 ad Sabinum Ульпіана [148]), если только разбирать это мѣсто въ связи съ другимъ фрагментомъ изъ того же сочиненія Ульпіана [149]), который, по всей видимости, непосредственно и былъ связанъ съ первымъ фрагментомъ въ подлинномъ текстѣ Ульпіановскаго комментарія [150]). Оба мѣста гласятъ слѣдующее:

L. 41 cit. Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et, si quid inde in rem domini versum est, in dominum actio datur.

L. 32 cit. Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt [151]).

Ходъ разсужденія Ульпіана, нѣкоторые члены котораго, очевидно, пропущены въ компиляціи, былъ, повидимому, такой. Сперва Ульпіанъ указывалъ на то, что съ точки зрѣнія jus civile (подъ которымъ онъ, очевидно, понимаетъ вообще положительное право,

---

[147]) Трифонинъ, подобно Марціану, различаетъ три системы права: jus naturale, jus gentium, jus civile. См. Voigt, Jus nat. т. I, стр. 449 сл. Боголѣповъ, Значеніе общенар. права, стр. 96 сл; стр. 116.

[148]) L. 32 D. 50, 17.

[149]) L. 41 D. 15, 1.

[150]) Оба фрагмента поставлены въ связь между собою у Ленеля Ulp. 2899.

[151]) Такой порядокъ текстовъ найтъ кажется естественнѣе принятаго у Ленеля l. c.

со включеніемъ преторскаго; это ясно изъ упоминанія дальше о преторскихъ a. de peculio и de in rem verso) обязательственныя отношенія раба представляются чисто фактическими; никакихъ правъ и обязанностей для самого раба они не порождаютъ, но служатъ основой исковъ для и противъ господина раба. Это — точка зрѣнія старыхъ юристовъ, съ которой мы недавно познакомились. Затѣмъ Ульпіанъ переходилъ, вѣроятно, къ вопросу о правоспособности рабовъ къ obligationes naturales и по этому-то поводу и заявлялъ, что рабы неспособны быть субъектами права только по jus civile; по jus naturale они правоспособны. Если это предположеніе правильно, въ чемъ едва ли можно сомнѣваться, то мы имѣемъ указаніе на то, что и Ульпіанъ выводилъ натуральныя обязательства раба изъ jus naturale [152]).

Познакомившись въ общихъ чертахъ—насколько допускаетъ состояніе нашихъ источниковъ — съ исторіей возникновенія самаго понятія о рабскихъ obligationes naturales, мы можемъ перейти къ анализу юридическихъ нормъ о натуральныхъ обязательствахъ раба, выработанныхъ классическими юристами.

I. Прежде всего займемся натуральнымъ обязательствомъ, по которому рабъ является должникомъ своего господина.

Въ смыслѣ чисто фактическаго отношенія между рабомъ и господиномъ, это обязательство, какъ указано было выше [153]), извѣстно уже Сервію Сульпицію, который говоритъ о томъ, что «servus domino debet», и о deductio по поводу такихъ долговъ. Аналогичныя выраженія встрѣчаются и у многихъ другихъ юристовъ ранней и поздней эпохи: у Туберона, Пегаза (aes alienum), Педія, Прокула, Атилицина, Цельза, Юліана (aes alienum), Помпонія, Гая, Павла, Ульпіана (aes alienum) [154]).

---

[152]) Ср. толкованіе L. 64 cit. и L. 32 cit. у Machelard, стр 190 сл.

[153]) L. 9 § 2, 3 D. 15, 1. L. 17 D. 15, 1. Стр. 91 сл.

[154]) L. 5 § 4 D. 15, 1. Pedius и Celsus ap. Ulp. 29 ed. L. 8 pr. D. 33, 8. Pegasus apud Ulp. 25 Sab. (т. к. heres оказалъ кредитъ statulibero „interim“, то, стало быть, онъ былъ его господиномъ въ моментъ заключенія сдѣлки). L 9 § 4 D. 15, 1. Pedius ap. Ulp. 29 ed. L. 17 D. 15, 1. Proculus, Atilicinus, Servius ap. Ulp. 29 ed. L. 6 pr. § 1 D. 33, 8. Julian., Celsus ap. Ulp. 25 Sab. L. 30 pr.

Объ obligatio naturalis или debitum naturale въ этомъ случаѣ говорятъ слѣдующія мѣста источниковъ:

Gai III, 119a. Fidejussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fidejussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.

L. 11 § 2 D. 15, 1 Ulp. 29 ed. Sed si a debitore dominico servus exegerit, an domini debitorem se fecerit, quaeritur: et Julianus l. 12 dig. non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset quod exactum est: eadem et in filio familias dicenda erunt. et puto veram Juliani sententiam: naturalia enim debita spectamus in peculii deductione: est autem natura aequum liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse.

Въ § 1 J. 3, 20 воспроизведено выписанное выше замѣчаніе Гая съ тою только разницей, что компиляторы въ концѣ вмѣсто «in id quod sibi debeatur» для большей точности поставили: «in id quod sibi naturaliter debetur». Наконецъ, Θеофилъ говоритъ о натуральномъ обязательствѣ раба передъ господиномъ въ двухъ мѣстахъ своей парафразы [155])

Спрашивается, какія послѣдствія могло вызывать натуральное обязательство раба передъ господиномъ?

Строго говоря, не послѣдствіемъ натуральнаго обязательства раба, а лишь отправной точкой, фактическимъ поводомъ для конструированія этого понятія является deductio de peculio [156]). Мы уже видѣли, что deductio de peculio предшествовала появленію конструкціи натуральныхъ обязательствъ раба, какъ долговъ послѣд-

---

D. 19, 1. Jul. ap. Afric. 8 quaest. (ait). L. 12 D. 14, 4 Jul. 12 dig. (dominus — creditor servi). L. 10 D. 33, 8. Pompon. 7 Sab. L. 4 § 1, 2 D. 15, 1. Pompon. 7 Sab. L. 49 § 1, 2 D. 15, 1. Pompon. 4 Qu. Muc. L. 10 § 7 D. 15, 3. Pomp. ap. Ulp. 29 ed. Gai III, 119a. L. 8 § 1 D. 10, 3. Paul. 23 ed. L. 9 § 6 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. и т. п.

[155]) Theoph. ad § 1 J. 3, 20; ad § 3 J. 3, 29.

[156]) Подобнымъ образомъ высказывается также Machelard стр. 173 сл. Иначе Schwanert, стр. 269; Pernice, op. cit. стр. 154; Mandry op cit. т. I стр. 379.

няго въ юридическомъ смыслѣ, и дала базисъ для этой конструкціи.— Deductio de peculio состоитъ въ томъ, что господинъ, когда онъ привлекается къ отвѣтственности за долги раба, имѣющаго пекулій, посредствомъ a. de peculio, присуждается только въ размѣрахъ чистаго пекулія, т. е. за вычетомъ пекуліарныхъ долговъ. Такъ какъ пекуліарнымъ пассивомъ считаются только долги раба господину, а не долги его третьимъ лицамъ, которые самымъ созданіемъ для нихъ a. de peculio противъ господина поставлены были въ совершенно особое положеніе [157]), то и дедукція узаконена только по поводу требованій лица, отвѣчающаго по a. de peculio, къ рабу—фактическому обладателю пекулія [158]). Вычетъ долговъ раба господину изъ пекулія въ воззрѣніяхъ римскихъ юристовъ такъ тѣсно связанъ съ самымъ понятіемъ пекулія, какъ имущества, что они съ давнихъ поръ включали этотъ вычетъ въ опредѣленіе пекулія:

L. 5 § 4 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus l. 6 dig. refert, quod servus domini permissu separatum a rationibus domini habet, deducto inde si quid domino debetur.

Это право на дедукцію даетъ господину большое преимущество передъ всѣми остальными кредиторами раба. Въ самомъ дѣлѣ, господинъ вычитаетъ изъ пекулія свои требованія къ рабу въ полномъ размѣрѣ, тогда какъ на удовлетвореніе прочихъ кредиторовъ поступаетъ лишь остатокъ, если таковой получится, при чемъ между отдѣльными кредиторами не дѣлается конкурса, но рѣшаетъ принципъ praeventionis [159]). Иныя правила примѣнялись лишь въ томъ случаѣ, когда рабъ при посредствѣ извѣстной части своего пекулія—merx peculiaris—съ разрѣшенія или съ вѣдома господина заводилъ торговое предпріятіе; въ этомъ случаѣ господинъ долженъ былъ удовлетворять свои притязанія къ merx peculiaris въ равномъ размѣрѣ съ притязаніями третьихъ кредиторовъ (a. tributoria) [160]). При обыкновенномъ же пекуліи господинъ несомнѣнно имѣлъ предпочтеніе

---

[157]) См. объ этомъ Mandry, op. cit. т. II, § 57, особ. стр. 51; стр. 400. Ср. однако къ этому главу III прим. 99—108.

[158]) О нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ см. ниже прим. 333 сл.

[159]) См. Mandry, op. cit., т. II, стр. 391—394.

[160]) См. объ этомъ Mandry, op. cit., т. II, §§ 86—88.

передъ третьими кредиторами. Въ этомъ смыслѣ Лабеонъ и Ульпіанъ прямо говорятъ о privilegium deductionis [161]).

Римскіе юристы пытались юридически конструировать и мотивировать эту привилегію господина, и нѣкоторыя изъ этихъ попытокъ извѣстны намъ.

Такъ, Педій въ оправданіе того, что господинъ вычиталъ сполна свои требованія къ рабу, ссылается на то, что:

non est verisimile dominum id concedere servo in pecuIium habere, quod sibi debetur [162]).

Педій былъ, повидимому, близокъ къ истинѣ. Именно въ такихъ соображеніяхъ находила себѣ, вѣроятно, оправданіе въ глазахъ общества дедукція господина. «И безъ того являлось отклоненіемъ отъ строгаго права, что домовладыка отвѣчаетъ за долги подвластнаго. Онъ доставляетъ этимъ подвластному кредитъ, который, помимо этого, положеніе послѣдняго не создало бы ему. Долги подвластнаго домовладыкѣ представляются придатками къ пекулію сверхъ первоначально предоставленнаго объема, являются ли они въ формѣ займа, кредитованной покупной цѣны или еще какой-либо иной. Отсюда вытекаетъ простое слѣдствіе, что, для того чтобы свести пекулій къ его первоначальному составу, необходимо предварительно вычесть эти долги. Это воззрѣніе однако является возможнымъ лишь до тѣхъ поръ, пока обладатель пекулія еще стоитъ въ извѣстной связи съ домовладыкою. Разъ эта связь фактически разрушена, какъ напр., когда сынъ открываетъ собственное торговое дѣло, такъ что сверхъ того вмѣшиваются и принципы торговаго права, которые придаютъ болѣе вѣское значеніе Fides, то домовладыка долженъ подлежать тѣмъ же правиламъ, какъ обыкновенный кредиторъ» [163]).

Другіе юристы выставили иныя конструкціи. Нерѣдко въ источникахъ встрѣчается мотивировка дедукціи тѣмъ, что «praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur» [164]), или тѣмъ, что

---

[161]) L. 5 § 7 D. 14, 4 Labeo ap. Ulp. 29 ed. L. 1 pr. eod. Ulp. 29 ed. Ср L. 52 D. 15, 1. Paulus 5 quaest. Pernice, Labeo, т. I, стр. 131 пр. 75. О послѣднемъ фрагментѣ см. Mandry, op. cit. т. II, стр. 393.

[162]) L. 9 § 4 D. 15, 1. Pedius ap. Ulp. 29 ed.

[163]) Pernice, l. c. стр. 132. Подобнымъ же образомъ разсуждаетъ Mandry, op. cit. т. II, стр. 396 и прим. 15.

[164]) L. 9 § 2, 5. D. 15, 1. Servius ap. Ulp. 29 ed.

господинъ раба «quasi sibi solvit, cum quis agere de peculio conatur» [165]).

Эти замѣчанія правильны въ томъ смыслѣ, что они оправдываютъ поступокъ господина, который, пользуясь своимъ правомъ на дедукцію, вздумалъ бы дѣйствительно взять изъ пекулія цѣнности на ту сумму, которой достигаютъ его требованія къ рабу, и фактически присоединить ихъ къ своему имуществу для своего удовлетворенія. Въ такомъ поступкѣ не заключалось бы ademtio peculii, по поводу которой третьи кредиторы могли бы говорить о dolus домовладыки [166]). Но эти замѣчанія грѣшатъ въ томъ отношеніи, что они даютъ поводъ думать, будто бы самая дедукція по существу стоитъ въ такой ademtio peculio, въ такомъ sibi solvere [167]).

Такое заключеніе о существѣ дедукціи было бы, однако, совершенно неправильно. Дедукція сама по себѣ есть ничто иное какъ счетная операція; она состоитъ въ томъ, что при исчисленіи суммы наличнаго пекулія, для опредѣленія размѣровъ condemnatio по a. de peculio, изъ денежной стоимости наличнаго пекуліарнаго актива вычитается денежная же стоимость [168]) долговъ пекулія домовладыкѣ, отвѣчающему по a. de peculio. Сама по себѣ дедукція не содержитъ въ себѣ уплаты вычитаемаго долга или отнятія какихъ-либо цѣнностей изъ наличнаго пекулія. Практически это сказывается въ томъ, что дедукція, какъ таковая, не погашаетъ долга раба господину, такъ что этотъ долгъ вторично можетъ быть предметомъ дедукціи, если только съ дедукціей не была связана господиномъ соотвѣтственная ademtio peculii [169]).

Въ виду сказаннаго нельзя толковать буквально тѣхъ мѣстъ источниковъ, которые, говоря о deductio de peculio, указываютъ, что долги раба господину «ipso jure peculium minuunt» [170]). Сама

---

[165]) L. 9 § 4 D. 15, 1 in f. Ulp. 29 ed.

[166]) Mandry l. c. стр. 398.

[167]) Такъ, повидимому, учитъ, ссылаясь на эти выраженія источниковъ, Schwanert, стр. 221, ср. стр. 271: „zugleich aber liegt dann in der deductio eine Befriedigung für den dominus“. См. также Machelard, стр. 174.

[168]) Mandry, l. c. стр. 389.

[169]) L. 11 § 3 D. 15, 1. Neratius, Nerva, Julianus ap. Ulp. 29 ed. Mandry, l c. стр. 390, стр. 397.

[170]) См. напр. L. 30 pr. D. 19, 1. Afric. 9 quaest. L. 4 § 3 D. 15, 1. Pomp. 7 Sab. ср. съ L. 9 § 6 D. 15, 1 Ulp. 29 ed. L. 47 § 5 D. 15, 1. Paulus 4 Plaut.

по себѣ deductio не уменьшаетъ пекулія въ томъ смыслѣ, что она не изъемлетъ изъ него ни одной вещи [171]). Приведенныя же выраженія только указываютъ на то, что юристы считали deductio de peculio долговъ раба, какъ пекуліарнаго пассива, естественно вытекающей изъ самого существа пекулія, какъ имущества (universitas) [172]).

Право на дедукцію имѣетъ каждое лицо, которое является отвѣтчикомъ по actio de peculio, т. е. господинъ раба; его наслѣдники; господинъ, отчуждившій раба и т. п. [173]) Господинъ можетъ deducere не только тѣ требованія, которыя онъ пріобрѣлъ противъ раба непосредственно, но и тѣ, которыя онъ пріобрѣлъ черезъ посредство другихъ своихъ подвластныхъ [174]). Точно также господинъ можетъ deducere на основаніи тѣхъ obligationes naturales, которыя онъ пріобрѣлъ, наслѣдуя третьему кредитору раба [175]). Безразлично, возникло ли требованіе въ то время, когда рабъ находился подъ властью лица, совершающаго дедукцію, или же раньше этого времени. Поэтому покупатель раба можетъ deducere тѣ требованія, которыя онъ пріобрѣлъ къ нему до его покупки [176]); наслѣдникъ господина раба дедуцируетъ требованія, возникшія у него противъ раба до наслѣдованія [177]).

Такова deductio de peculio, имѣющая мѣсто при привлеченіи господина раба къ отвѣтственности по a. de peculio. Къ аналогичнымъ послѣдствіямъ приводитъ существованіе долговъ раба, имѣющаго пекулій, передъ господиномъ въ тѣхъ случаяхъ, когда господинъ отказываетъ въ своемъ завѣщаніи пекулій рабу, отпускаемому на волю, или же когда господинъ въ своемъ завѣщаніи отказываетъ кому-либо раба, вмѣстѣ съ его пекуліемъ (peculium legatum); рѣже упоминается о легатѣ одного только пекулія третьему лицу [178]).

---

[171]) L. 11 § 4 D. 15, 1. Mandry, l. c. стр. 391.

[172]) См. Dernburg, Compensation (2-ое изд.), стр. 118. Koschembahr-Lyskowski, Exceptionen, стр. 33, пр. 57.

[173]) Mandry, l. c. стр. 385.

[174]) L. 9 § 3 D. 15, 1. L. 6 pr. D. 33, 8. Mandry, l. c. стр. 383.

[175]) L. 56 pr. – § 2 D. 35, 2. Marcel. 22 dig. и Scaevola къ нему.

[176]) L. 11 § 8 D. 15, 1, L. 47 § 4 D. 15, 1.

[177]) L. 9 § 5 D. 15, 1 in f. L. 6 § 5 D. 33, 8. Mandry, l. c. стр. 384.

[178]) См. Mandry, op. cit. стр. 181.

Въ этихъ случаяхъ упомянутый выше принципъ, по которому долги пекулія господину считаются составною частью пекулія, его пассивомъ, приводитъ къ тому, что юристы не могутъ даже представить себѣ легатъ пекулія иначе, какъ «deducto aere alieno». Если бы завѣщатель вздумалъ отказать пекулій «non deducto aere alieno», то такая оговорка, строго говоря, не должна была имѣть значенія, «quia contra naturam legati sit» [179]). Вычета долговъ можно было избѣжать, только дѣлая предметомъ легата отдѣльныя res peculiares, а не peculium, какъ цѣлое имущество [180]).

По поводу peculium legatum особенно часто источники говорятъ, что долги пекулія господину «deminuunt peculium» [181]). Въ данномъ случаѣ эти выраженія имѣютъ даже практическое значеніе. Дѣло въ томъ, что peculium legatum истребуется легатаріемъ у наслѣдника съ помощью виндикаціоннаго иска и вычетъ долговъ изъ пекулія достигается при этомъ тѣмъ путемъ, что право собственности на res peculiares считается перешедшимъ на легатарія лишь въ тѣхъ размѣрахъ, въ какихъ стоимость этихъ вещей превышаетъ сумму долговъ пекулія господину раба. Въ остальномъ размѣрѣ собственность на эти вещи сохраняется за наслѣдникомъ. Такимъ образомъ легатарій можетъ виндицировать лишь partes pro indiviso пекуліарныхъ вещей. [182]). Если сумма долговъ пекулія господину неизвѣстна, то легатарію приходится предъявлять judicium com. dividundo или же vindicatio incertae partis [183]).

Если рабъ отчужденъ съ пекуліемъ, то продавецъ, передавая раба, можетъ сдѣлать retentio по поводу долговъ пекулія продавцу. Если же онъ выдаетъ пекулій цѣликомъ, то онъ можетъ предъявить

---

[179]) L. 6 § 1 D. 33, 8. Ulp. 25 Sab. Однако, Ульпіанъ даетъ въ концѣ концовъ на основаніи этой оговорки exceptio doli противъ виндикаціи наслѣдника.

[180]) L. 10 D. 33, 8. Pompon. 7 Sab.—Mandry, т. II, стр. 48, 184, 191.

[181]) L. 6 pr. § 1, 4 D. 33, 8. Ulp. 25 Sab. L. 8 pr. § 1 D. eod. Ulp. 25 Sab. L. 9 § 1 D. eod. Paul. 4 Sab. L. 8 § 1 D. 10, 3. Paul. 23 ed. и т. д.

[182]) Это прямо говорятъ цитированныя въ пр. 181 L. 6 pr. D. 33, 8 „deminui singula corpora pro rata debebunt"; ср. § 1, § 3 той же lex; L. 8 pr. D. 33, 8. Mandry, l. c. стр. 192; стр. 33, стр. 34 сл. Dernburg, Compensation (2-ое изд.) стр. 121—126.

[183]) L. 8 § 1 D. 10, 3. Объ этомъ послѣднемъ искѣ см. Accarias, Précis т. II, § 863. Keller, Civilpr., прим. 601.

даже condictio indebiti или a. venditi «quasi plus debito solverit» [184]). Въ этомъ случаѣ продавца лишаютъ возможности прибѣгнуть къ deductio, если онъ привлекается по actio de peculio [185]).

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію настоящихъ послѣдствій натуральнаго обязательства, по которому рабъ является должникомъ своего господина.

Поскольку послѣдствія эти касаются самого раба, слѣдуетъ различать состояніе во время существованія рабства и состояніе по выходѣ раба изъ подъ власти.

Во время нахожденія должника подъ властью послѣдствія его натуральнаго обязательства передъ господиномъ немногочисленны по отношенію къ самому рабу лично, но они все-таки существуютъ. Именно, рабъ можетъ сдѣлать solutio своего долга господину изъ средствъ пекулія. Хотя такого рода уплату нельзя поставить на одну линію съ уплатою, которую господинъ получаетъ отъ 3-хъ лицъ, такъ какъ юридически пекулій раба принадлежитъ самому же господину, но на этомъ основаніи нельзя однако отрицать всякое юридическое значеніе за такой уплатой [186]). Именно, значеніе уплаты проявляется въ томъ что она исключаетъ собою понятіе о versio in rem domini: если рабъ, будучи натуральнымъ должникомъ господина, дѣлаетъ какое-либо предоставленіе въ patrimonium послѣдняго, то versio in rem не считается сдѣланной постольку, поскольку рабъ былъ должникомъ господина; дѣло въ томъ, что господинъ не считается обогатившимся отъ предоставленія раба, насколько оно только покрываетъ натуральный долгъ послѣдняго, а обогащеніе является необходимымъ условіемъ для возникновенія versio in rem (nam... adversus lucrum videtur subventum) [187]). Далѣе, уплата эта должна

---

[184]) L. 30 pr. D. 19, 1. Jul. ap. Afr. 8 quaest. L. 11 § 7 D. 15, 1. Jul ap. Ulp. 29 ed. См. Mandry, Pecul. duplicis juris въ Zeitschr. f. Rechtsgesch., т. VIII (1869 г.), стр. 412. Pernice, Labeo т. I, стр. 393.

[185]) L. 11 § 6, 7 D. 15, 1. Mandry въ Zeitschr. f. R. G. VIII, стр. 412; Familiengütter. т. II, стр. 387.

[186]) Какъ это дѣлаетъ Schwanert, стр. 268.

[187]) L. 10 § 7 D. 15, 3. Pompon. ap. Ulp. 29 ed. Точно такъ же и fidejussor servi или вообще любое третье лицо, уплативши за раба его господину, получаютъ не a de in rem verso, a a. mandati de peculio. L. 3 § 7 D. 15, 1. Jul. ap. Ulp. 29 ed. См. Dernburg, Pandekten, т. II, § 14 пр. 8.— Mandry,

погасить натуральное обязательство и освободить напр. тѣхъ поручителей, которые были за него установлены [188]).

Соотвѣтственно съ этимъ, если господинъ, основываясь на своемъ правѣ совершить deductio de peculio, сопровождаетъ ее фактическимъ отнятіемъ изъ пекулія соотвѣтствующихъ размѣру долга цѣнностей, то этимъ онъ также погашаетъ натуральный долгъ раба [189]). Если въ составѣ наслѣдства, получаемаго господиномъ раба или вообще лицомъ, отвѣчающимъ по a. de peculio, имѣется обязательство, по которому рабъ наслѣдника былъ должникомъ наслѣдодателя, то наслѣдникъ, преимущественно передъ всѣми пекуліарными кредиторама раба, удовлетворяетъ себя по этому обязательству въ размѣрахъ пекулія mortis temporе, и полученная сумма зачитается in Falcidiam [190]). Если, отпуская раба на волю, господинъ отнимаетъ у него пекулій, то, сообразно всему вышеизложенному, натуральные долги раба господину должны считаться погашенными настолько, насколько сумма пекуліарнаго актива хватаетъ на ихъ покрытіе [191]).

Familiengütter., т. I, стр. 379 признаетъ возможность уплаты домовладыкѣ со стороны подвластнаго, но не достаточно оттѣняетъ ея юридическое значеніе.—Какъ указываетъ Pernice, Labeo т. I, стр. 157 сл. слѣды признанія, что уплата раба господину имѣетъ значеніе, встрѣчаются уже у Лабеона (L. 8 § 5 D. 33,8); Лабеонъ еще не зналъ obl. nat. раба, но на его рѣшеніи отразился особый характеръ сдѣлки, по поводу которой состоялась уплата (favor libertatis). Послѣднее обстоятельство отмѣчаетъ и Pernice (ср. ниже прим. 238).

[188]) Подтвержденія изъ источниковъ мы привести не можемъ, но это само собою слѣдуетъ, разъ только доказано юридическое значеніе такой уплаты; а это сдѣлано въ прим. 187; см. также прим. 189 и 190.

[189]) L. 11 § 3 D. 15, 1. См. выше прим. 169. См. также retentio въ L. 30 pr. D. 19, 1 (выше прим. 184).

[190]) L. 56 pr.—§ 2 D. 35, 2 Marcellus 22 dig. cf. L. 2 § 6 D. 18, 4.

[191]) Въ этомъ смыслѣ должно понимать L. 5 C. 4, 14 Gordianus. Болѣе широкихъ выводовъ, подобно Pernice, l. c. стр. 156, изъ нея дѣлать нельзя объ этомъ ниже.—Иногда господинъ раба получаетъ по поводу натуральнаго долга раба даже a. de peculio. Именно, если рабъ находится въ узуфруктѣ, то господинъ его можетъ предъявлять по поводу его долговъ a. de peculio къ узуфруктуару, если рабъ у самого господина не имѣетъ пекулія или же имѣетъ пекулій, недостаточный для покрытія долга; въ подобномъ же случаѣ и узуфруктуаръ можетъ имѣть a. de peculio противъ собственника раба. L. 19 § 2. L. 20 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. и Paul. 30 ed. Далѣе покупатель раба можетъ предъявить a. de pecu-

По отпущеніи на волю, если только долгъ не былъ погашенъ черезъ ademtio peculii, либертъ остается натурально обязанъ передъ своимъ господиномъ [192]). Онъ можетъ теперь, конечно, уплатить свой долгъ. Кромѣ того, источники намъ указываютъ на возможность путемъ novatio обратить этотъ долгъ въ исковое обязательство [193]). Далѣе, либертъ можетъ, несомнѣнно, обезпечить уплату по своей obl. naturalis установленіемъ залога, такъ какъ у него теперь является собственное имущество, изъ котораго и можетъ быть выдѣлена вещь для отдачи ея въ залогъ господину.

Что касается иска, то, по общему правилу, онъ остается невозможнымъ для господина даже послѣ отпущенія должника на волю [194]). Впрочемъ, у юристовъ замѣчается тенденція давать противъ вольноотпущенника искъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ.

Именно, они допускаютъ вчинаніе actio doli противъ либерта, который путемъ обмана или нарушенія довѣрія добился своей manumissio. Рѣшенія эти, конечно, объясняются своеобразнымъ характеромъ actio doli; юристы прибѣгаютъ къ этому иску въ тѣхъ случаяхъ, когда справедливость настоятельно требуетъ возмѣщенія убытковъ, наступившихъ отъ злонамѣреннаго поступка, а между тѣмъ никакого другого иска для этой цѣли не существуетъ ни про-

---

lio къ продавцу раба, если только пекулія, который имѣетъ рабъ у самаго покупателя, не хватаетъ на покрытіе долга; долгъ раба покупателю долженъ возникнуть до покупки раба. L. 47 § 4 D. 15, 1. Jul. ap. Paul. 4 Plaut. L. 11 § 8 D. 15, 1. Jul. ap. Ulp. 29 ed. L. 27 § 6 D. 15, 1. Jul. ap. Gajum 9 ed. prov.—См. къ этому Mandry въ Zeitchr. f. R. G, т. VIII, стр. 386; стр. 411. Но не относится сюда L. 29 D. 15, 1, которая цитируется вмѣстѣ съ предшествующими у Mandry, Familiengüterrecht, т. I, стр. 374, ибо здѣсь рѣчь идетъ о рабѣ, который былъ отпущенъ въ завѣщаніи на волю и, слѣдовательно, ни одного момента не принадлежалъ сонаслѣднику-кредитору.

[192]) Argum. L. 38 § 1 D. 12, 6.

[193]) L. 1 § 4 D. 44, 5 Ulp. l. 76 ed. Si manumisero eum servum qui negotia mea gesserat in servitute, deinde stipulatus ab eo fuero, quod negotia mea gesserit, quidquid ob eam rem, si tunc liber fuisset, eum mihi dari oporteret, id dari, deinde ex stipulatu agam, non summoveri me exceptione: neque enim oneratum se hoc homine potest queri libertus, si lucrum abruptum ex re patroni non faciat. Ср. къ этому L. 49 § 1 D. 15, 1. Ниже прим. 207.

[194]) L. 1 C. 4, 14 Severus (a. 196).

тивъ самого виновнаго, ни противъ иного лица, или же существующій искъ остается безъ результатовъ (напр. благодаря несостоятельности отвѣтчика) [195]). Этотъ искъ юристы и даютъ иногда противъ либерта, за неимѣніемъ другого средства возмѣстить убытки съ него или съ какого либо иного лица. Такъ въ L. 7 pr. D. 4, 3 Юліанъ даетъ a. de dolo противъ либерта въ томъ случаѣ, когда господинъ minor XXV annis, побужденный лживыми совѣтами раба, продалъ раба съ пекуліемъ третьему лицу, потерпѣвъ при этомъ убытокъ, а покупатель, который не участвовалъ въ обманѣ, отпустилъ раба на волю. Такъ какъ restitutio in integrum противъ дарованія свободы невозможна и невозможенъ также искъ противъ добросовѣстнаго покупателя, то юристъ рѣшается дать a. de dolo противъ либерта, не смущаясь тѣмъ, что dolus произошелъ еще in servitute.— Въ другомъ случаѣ Помпоній и Ульпіанъ даютъ a. de dolo противъ либерта по поводу недержанія имъ слова, даннаго въ рабствѣ (L. 7 § 8 D. 4, 3). Именно, рабъ обѣщался уплатить господину за свою manumissio извѣстную сумму денегъ и въ подкрѣпленіе этого обѣщанія далъ за себя exromissor'a (reus) [196]). Этому exromissor'у онъ обѣщалъ, однако, снять съ него отвѣтственность, лишь только получитъ свободу. По достиженіи свободы либертъ отказывается исполнить обѣщаніе, данное exromissor'у. Помпоній, повидимому, склоненъ былъ дать бывшему господину a. de dolo противъ либерта. Ульпіанъ отвергаетъ это рѣшеніе, такъ какъ господинъ сохраняетъ свой искъ противъ exromissor'a, но даетъ exromissor'у a. de dolo противъ либерта; если же exromissor окажется неспособнымъ къ платежу, то онъ согласенъ дать a. de dolo и самому господину. Такимъ образомъ, здѣсь a. de dolo дается по поводу неисполненія либертомъ обѣщанія, даннаго еще въ рабствѣ. Это не значитъ, однако, что этимъ самымъ придана исковая сила этому обѣщанію: тогда дана была бы a. ex stipulatu; юристы прибѣгаютъ къ a. de dolo только потому, что послѣдній искъ невозможенъ; основаніемъ иска служитъ совершенное либертомъ нарушеніе довѣрія, fraus съ его стороны.

Въ случаяхъ, подобныхъ первому изъ разобранныхъ, когда рабъ

---

[195]) См. объ этомъ P e r n i c e, Labeo т. II, 1 (изд. 2-ое), стр. 200; стр. 204.

[196]) См. о такомъ exromissor (reus) L. 104 D. 45, 1. L. 37 § 8 D. 38, 1.

обманомъ добился отъ господина моложе 25 лѣтъ отпущенія на волю, позднѣйшее право, повидимому, допускаетъ также расправу съ виновнымъ либертомъ въ порядкѣ cognitio extra ordinem [197]). Въ случаѣ же, подобномъ второму, когда либертъ отказался, достигши свободы, подтвердить своему господину въ формѣ стипуляціи обѣщаніе предоставить ему вознагражденіе за отпущеніе на волю, сдѣланное еще въ рабствѣ, императоръ Александръ Северъ нашелъ возможнымъ дать a. in factum [198]). Этотъ искъ, одинаково съ даваемой Ульпіаномъ и Помпоніемъ a. de dolo, основанъ, конечно, также на нарушеніи довѣрія со стороны либерта, на его fraus.

Такимъ образомъ, въ основу исковъ, даваемыхъ Ульпіаномъ, Помпоніемъ и Александромъ Северомъ можно, по крайней мѣрѣ, съ формальной точки зрѣнія подложить fraus, совершенную отвѣтчикомъ уже по полученіи свободы. Того же нельзя сказать объ a. de dolo, даваемой Юліаномъ, и о cognitio extra ordinem, допущенной въ подобныхъ случаяхъ позднѣйшими конституціями; здѣсь единственной опорой иска противъ либерта является dolus послѣдняго во время рабства.

Обобщать эти рѣшенія и давать на нихъ основаніи искъ господину по поводу всякаго деликта или всякой сдѣлки, которую заключилъ съ нимъ вольноотпущенникъ, еще будучи рабомъ, мы не имѣемъ никакого основанія, въ виду того, что все время здѣсь идетъ рѣчь о такихъ своеобразныхъ средствахъ защиты, какъ a. doli, cognitio extra ordinem, a. in factum (которая могла быть дана и въ единичномъ случаѣ). Обобщеніе было бы тѣмъ болѣе непозволительно, что въ основу рѣшенія Ульпіана и Помпонія (въ L. 7 § 8 cit.) положена, какъ указано уже выше, fraus со стороны либерта, т. е. поступокъ, совершенный по достиженіи свободы; рѣшенія же, которыя не предполагаютъ для возникновенія иска противъ либерта ничего, кромѣ обмана, dolus'a, совершеннаго еще рабомъ, (т. е. L. 7 pr. D. 4, 3; L. 2 и 3 C. 2, 30 (31), всѣ относятся къ manumissio, произведенной господиномъ моложе 25 лѣтъ и могутъ быть поставлены въ связь съ favor libertatis, что придаетъ имъ уже совершенно исключительный характеръ. Въ самомъ дѣлѣ,

---

[197]) См. L. 2, 3. C. 2, 30 (31).

[198]) L. 3 C. 4, 14.

всѣ эти рѣшенія относятся къ случаямъ отпущенія рабовъ на волю; во всѣхъ нихъ прямо отмѣчается, что разъ данная свобода считается неотъемлемой; противъ нея невозможна даже in integrum restitutio propter minorem aetatem. Но, если юристы favore libertatis создали такую догму о неотмѣнимости данной свободы, то они считаютъ себя обязанными по справедливости позаботиться о томъ, чтобы дать какое-либо иное средство возмѣстить убытки господину, который произвелъ manumissio или продажу раба, отпущеннаго затѣмъ на волю, будучи побужденъ къ этому обманомъ раба, или же господину, который не получилъ отъ либерта того вознагражденія за дарованіе свободы, которое либертъ обѣщалъ ему, еще будучи рабомъ. Средствомъ для этого и является a. doli, a. in factum, cognitio extra ordinem, которыя, такимъ образомъ, всѣ стоятъ въ связи съ favor libertatis, дѣлающимъ manumissio неотмѣняемой въ глазахъ юристовъ [199]).

Еще въ одномъ случаѣ источники наши допускаютъ искъ господина противъ либерта по поводу сдѣлки послѣдняго, заключенной въ состояніи рабства (ex ante gesto). Именно, если рабъ являлся negotiorum gestor'омъ своего господина и продолжаетъ gestio по полученіи свободы, то онъ отвѣчаетъ по a. neg. gestorum лишь за свою gestio послѣ полученія свободы; за свои дѣйствія въ состояніи рабства онъ, по общему правилу, не отвѣчаетъ; но, если нѣкоторыя изъ этихъ дѣйствій такъ тѣсно связаны съ дѣйствіями, предпринятыми въ состояніи свободы, что не могутъ быть отдѣлены отъ нихъ при отдаваніи отчета въ веденіи дѣлъ, то на либерта возлагается отвѣтственность и за нихъ [200]). Такимъ образомъ, здѣсь

---

[199]) На эту связь нашихъ рѣшеній съ favor libertatis, сколько намъ извѣстно еще никто не обращалъ вниманія. Вообще же о разобранныхъ рѣшеніяхъ ср. Pernice, Labeo, т. II, 1 стр. 205, пр. 1; стр. 217 пр. 1; стр. 222 пр. 7. Accarias, Précis т. II, стр. 21 и 22. Schwanert, стр. 271 сл. Savigny, System т. II, стр. 428 сл. Mandry, Familiengüterr., т. I, стр. 382.

[200]) L. 16 (17) D. 3, 5 Ulp. 35 ed. L. 18 (19) § 1 D. 3, 5 Scaev. ap. Paul. и L 37 § 1 D. 26, 7 Papin. 11 quaest. излагаютъ все это относительно веденія дѣлъ 3-го лица; но то же самое примѣнимо и къ веденію дѣлъ господина; L. 21 C. 2, 18 (19). — Ср. Mandry, op. cit. т. I, стр. 382. Schwanert, стр. 267. Machelard, стр. 162 пр. 1. Savigny, System, т. II, стр. 427. Ср. также выше прим. 134; ниже прим. 361.

посредствующимъ элементомъ въ дарованіи иска является всетаки дѣятельность, имѣвшая мѣсто по полученіи свободы. Исключительный характеръ рѣшенія ясенъ самъ собою.

Наши источники упоминаютъ также о тѣхъ послѣдствіяхъ, которыя натуральное обязательство раба господину можетъ вызвать относительно третьихъ лицъ. Сюда относится, во первыхъ, уплата за раба: третьи лица могутъ платить господину долгъ раба и эта уплата не составляетъ versio in rem domini [201]). Во вторыхъ, за раба возможно поручительство 3-хъ лицъ въ формѣ fidejussio: такъ какъ рабъ всѣ иски изъ своихъ сдѣлокъ пріобрѣтаетъ господину, то онъ можетъ даже самъ заключить для господина стипуляцію со своимъ fidejussor'омъ [202]). Относительно sponsio и fidepromissio въ эпоху Гая существовало сомнѣніе: возможны ли эти виды поручительства въ обезпеченіе стипуляцій рабовъ и перегриновъ [203]). Если fidejussor уплатитъ за раба, то онъ имѣетъ къ господину не actio de in rem verso, a a. mandati de peculio [204]). Наконецъ, третьи лица могутъ выступать въ роли expromissores раба, т. е. путемъ novatio освобождать его отъ долга [205]).

Познакомившись съ послѣдствіями натуральнаго обязательства раба передъ господиномъ, насколько эти послѣдствія указаны въ источникахъ, перейдемъ къ вопросу объ основаніяхъ, которыя порождаютъ такое обязательство.

Въ этомъ отношеніи мы находимъ, во первыхъ, общее правило для взаимныхъ обязательствъ между рабомъ и господиномъ въ L. 49 § 2 D. 15, 1. Pompon. 4 Qu. Muc. Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas

---

[201]) L. 3 § 7 D. 15, 1. Julian. ap. Ulp. 29 ed. Юристъ говоритъ объ уплатѣ за подвластнаго сына, но его слова могутъ быть распространены и на уплату за раба; относительно fidejussio юристъ это прямо отмѣчаетъ.

[202]) Gai III, 119a. L. 70 § 3 D. 46, 1. Gai 1 de v. o. L. 56 § 1 D. 46, 1. Paul. 15 quaest. § 1 J. 3, 20 Theoph. ad h. l.

[203]) Gai III, 119.

[204]) L. 3 § 7 D. 15, 1 cit.

[205]) L. 104 D. 45, 1 Javol. 11 Cass. L. 37 § 8 D. 38, 1. Paul. 2 Jul. et Pap. L. 7 § 8 D. 4, 3. Pomp. ap. Ulp. 11 ed.

referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.

Непосредственнымъ продолженіемъ этого мѣста въ подлинномъ сочиненіи Помпонія являлась:

L. 26 D. 39, 5. Pompon. 4 Qu. Muc. Nuda ratio non facit aliquem debitorem: ut puta quod donare libero homini volumus licet referamus in rationes nostras debere nos, tamen nulla donatio intellegitur. (Lenel, Pompon. 234).

Отсюда ясно, что обязательства между рабами и господами возникаютъ на основаніи causa civilis, т. е. на основаніи тѣхъ событій, которыя вообще по положительному праву могутъ вести къ возникновенію обязательствъ. Подъ словомъ «civilis» Помпоній здѣсь разумѣетъ вообще положительное право, точно такъ же, какъ Ульпіанъ напр. въ L. 32 D. 50, 17 (выше стр. 101 сл.) подъ jus civile разумѣетъ всякое положительное право въ противоположность къ jus naturale [206]).—Эти causae civiles, разъ онѣ имѣютъ мѣсто между рабомъ и господиномъ, не приводятъ только къ возникновенію исковыхъ обязательствъ, въ остальномъ же онѣ вызываютъ обязательства того же объема и содержанія, какъ и между свободными лицами.

L. 49 § 1 D. 15, 1. Pompon. 4 Qu. Muc. Si ignorante me servus meus negotia mea administraverit, tantidem debitor mihi intellegetur, quanti tenebatur, si liber negotia mea administrasset [207]).

Устанавливая свое общее правило, Помпоній тутъ же приводитъ (въ L. 49 § 2 и L. 26 citt.) примѣръ сдѣлки, которая не можетъ установить obl. naturalis между рабомъ и господиномъ на томъ основаніи, что она не установитъ обязательства и между свободными лицами; такимъ примѣромъ служитъ простая запись господина въ свои книги о томъ, что онъ долженъ своему рабу, при чемъ этой записи не предшествовало ни mutuum, ни какая либо иная causa debendi; такого рода запись не составляетъ литтеральнаго контракта.

---

[206]) Ср. Pfordten, Abhandlungen, стр. 170 сл.

[207]) Ср. также L. 1 § 4 D. 44, 5. Ulp. 76 ed. (выше прим. 193).— L. 62 D. 46, 3 Paul. 8 Plaut... quia incipit debere hic heredi quasi negotiorum gestorum vel mandati actione. Ср. Mandry, op. cit. т. I, стр. 378.

ни потому не порождаетъ obl. naturalis [208]). Тотъ же примѣръ упоминаетъ Ульпіанъ l. 25 ad Sabinum (L. 6 § 4 D. 33, 8), ссылаясь на мнѣніе Пегаса, Нервы и Атилицина [209]).

Съ другой стороны, мы встрѣчаемъ въ источникахъ много примѣровъ разнаго рода сдѣлокъ, которыя заключаются между рабомъ и господиномъ и порождаютъ натуральные долги раба господину. Вообще о контрактахъ упоминаетъ Ульпіанъ l. 29 ed. [210]); далѣе мы встрѣчаемъ упоминанія о mutuum [211]), stipulatio [212]), negotiorum gestio [213]), locatio conductio operarum [214]). Относительно negotiorum gestio правильное замѣчаніе дѣлаетъ Mandry [215]); для actio negotiorum gestorum contraria со стороны господина, повидимому, не требуется обычныхъ субъективныхъ условій этого иска: ни animus obligandi со стороны gestor'a, ни utiliter gestum по отношенію къ рабу. По

---

[208]) Ср. Schwanert, стр. 159 сл. Mandry, op. cit. т. I, стр. 376.

[209]) Еще одинъ примѣръ находимъ въ L. 11 § 2 D. 15, 1 Ulp. 29 ed.; если рабъ получилъ уплату съ должниковъ господина, то онъ самъ дѣлается по этому поводу должникомъ своего господина лишь при томъ условіи, что господинъ совершитъ ratihabitio. Мотивируетъ, впрочемъ, это рѣшеніе Ульпіанъ своеобразно: долги раба господину должны быть „naturalia debita", а потому условія ихъ возникновенія должны соотвѣтствовать натуральной справедливости; послѣдняя же не допускаетъ возникновенія долга раба при отсутствіи ratihabitio.

[210]) L. 9. § 6 D. 15, 1.

[211]) L. 37 § 3 D. 15, 1 (толкованіе этого мѣста см. у Mandry, Zeitschr. f R. G. VIII, стр. 384 пр. 1).

[212]) L. 11 § 1 D. 15, 1 Ulp. 29 ed. (si quid domino servus pro debitore expromiserat... si pro libertate quid domino expromisit). L. 56 D. 15, 1. Paul. 2 Ner. (servus meus pro debitore meo expromisit). L. 56 § 1 D. 46, 1 Paul. 15 Quaest. (domino a servo stipulato fidejussor acceptus tenetur). Это показываетъ неправильность замѣчанія Pernice, Labeo т. I, стр. 155, который утверждаетъ, что отъ сдѣлокъ, устанавливающихъ обязательство между рабомъ и господиномъ, требовалось, чтобы онѣ „также фактически производили положительное измѣненіе въ состояніи имущества" (напр. mutuum въ противоположность къ простой стипуляціи). Этого не доказываетъ ни L. 11 § 2 D. 15, 1, ни L. 38 § 2 D 15, 1, ни остальные фрагменты, цитированные у Pernice l c. (L. 49 § 2 D. 15, 1. L. 9 § 1 eod. L. 126 § 2 D. 45, 1).

[213]) L 49 § 1 D 15, 1. L. 62 D. 46, 3. L. 13. C. 4, 26. L. 9 § 6 D. 15, 1. L. 11 § 2 eod.—L. 9 § 7, 8 D. 15, 1. L. 11 pr. § 1 § 5. L. 22, 23 D. 15, 1. L. 16 D. 33, 8.

[214]) L. 37 § 3 D. 15, 1. См. выше пр. 211.

[215]) Familiengüterr., т. I, 377; т. II, стр. 382.

крайней мѣрѣ, источники нигдѣ не упоминаютъ объ этихъ условіяхъ и даютъ искъ на основаніи всякой траты господина по поводу дѣлъ раба. Названный писатель объясняетъ это тѣмъ, что 1) интересы господина и раба совпадаютъ и сплетаются гораздо тѣснѣе, нежели интересы свободныхъ лицъ; 2) воля раба имѣетъ меньшее значеніе по отношенію къ господину, чѣмъ воля свободнаго dominus negotiorum относительно gestor'a, благодаря существованію dominica potestas надъ рабомъ.

Совершенно неправильнымъ представляется намъ мнѣніе другого писателя—Machelard'a,—который полагаетъ, что stipulatio, заключенная рабомъ, не имѣла значенія въ качествѣ стипуляціи, а разсматривалась, какъ pactum, и въ этой формѣ считалась основаніемъ натуральнаго обязательства [216]). Главнымъ основаніемъ для этого утвержденія служитъ тотъ фактъ, что expromissio, сдѣланная рабомъ за третье лицо, не производила новаціи и не освобождала третье лицо [217]). Между тѣмъ, если такая expromissio была совершена ex re peculiari, то она порождала противъ господина раба a. de peculio и лицо, за которое рабъ expromisit, могло защищаться отъ иска своего кредитора посредствомъ exceptio pacti conventi [218]). Если же expromissio сдѣлана была рабомъ господину за какого-либо должника послѣдняго, то она, не освобождая этого должника, даетъ возможность господину совершать deductio de peculio и тогда долгъ 3-го лица становится nomen peculiare [219]). Изъ этого Machelard, повидимому, заключаетъ слѣдующее: stipulatio раба не считается за стипуляцію и потому не можетъ произвести новаціи; но она, какъ простое pactum, порождаетъ натуральный долгъ раба и потому можетъ служить основаніемъ для exceptio pacti, если совершена ex causa peculiari, и для дедукціи со стороны господина. Послѣднимъ аргументомъ служитъ то обстоятельство, что по указанію Гая существовали сомнѣнія о томъ, могутъ ли sponsor и fidepromissor

---

[216]) Oblig. naturelles, стр. 167 сл. См. также Accarias, Précis т. II, стр. 49 сл. Аргументы у этого второго писателя тѣ же самые; объ adstipulatio раба см. выше прим. 65.

[217]) Gai III, 176, 179.

[218]) L. 30 § 1 D. 2, 14. Jul. ap. Gai 1 ed. prov.

[219]) L. 56 D. 15, 1. Paulus 2 Ner.

обязываться по поводу сдѣлки раба [220]); основаніемъ отрицательнаго рѣшенія, думаетъ Machelard, служитъ то, что sponsor и fidepromissor могутъ вступаться лишь за verborum obligationes, а стипуляціи раба этого значенія не имѣютъ [221]).

Всѣ эти доводы являются неубѣдительными. Дѣйствительно, expromissio раба не имѣетъ значенія новаціи и не освобождаетъ должника, за котораго вступается рабъ. Но это вытекаетъ изъ того, что рабу вообще не дозволяется «officio intercessoris fungi». Поэтому не имѣетъ силы даваемый имъ мандатъ, чтобы кто-либо уплатилъ кредитору третьяго лица [222]), или принятіе имъ на себя fidejussio за долги третьяго лица [223]). Основаніемъ этого правила служитъ, вѣроятно, то соображеніе, что intercessio есть officium civile et publicum, недоступное не только рабамъ, но и женщинамъ [224]). Въ виду этого intercessio рабовъ была, по общему правилу, объявлена ничтожною, такъ что изъ нея не только не возникала a. de peculio, но и самъ рабъ не обязывался [225]). Однако, въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ это является необходимымъ для пекуліарнаго оборота (ex re peculiari), признано было, что expromissio раба, его fidejussio или mandatum объ уплатѣ обосновываютъ a. de peculio противъ господина [226]); если рабъ expromisit своему господину за должника послѣдняго, то господину дано было право deducere de peculio [227]). Самъ третій должникъ, за котораго рабъ expromisit,

---

[220]) Gai III, 119. Выше прим. 203.

[221]) Machelard, стр. 173 пр. 1.

[222]) L. 3 § 6 D. 15, 1 Jul. ap. Ulp. 29 ed.

[223]) L. 19 D. 46, 1 Minic. ap. Jul. L. 20 D. 46, 1 Javolen. 13 epist. L. 47 § 1 D. 15, 1. Sabin. ap. Paul. 4 Plaut. L. 3 § 5 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. cf. L. 3 § 9 eod. L. 5 C. 4, 26.

[224]) L. 2 D. 50, 17. L. 2 § 1 D. 16, 1 cf. officium intercessoris въ L. 3 § 6 cit. (пр. 222). Выше прим. 66. Ср. Mandry, op. cit. т. II, стр. 135 сл. Объясненіе Ѳеофила ad § 3 J. 3, 29, конечно, не можетъ претендовать на научную цѣнность: оно въ сущности ничего и не объясняетъ. См. объ этомъ Schwanert, стр. 294.

[225]) L. 20 D. 46, 1 cit... cum servus fidejussionis nomine obligari non possit.

[226]) L. 30 § 1 D. 2, 14. L. 19 D. 46, 1. L. 47 § 1 D. 15, 1. L. 3 § 5, 6. D. 15, 1. Ср. L. 94 § 3 D. 46, 3 in fine.

[227]) L. 56 D. 15, 1.

не освобождался, однако, и въ этомъ случаѣ [228]); только въ виду того, что въ фактѣ заключенія стипуляціи его кредитора съ рабомъ можно было видѣть pactum de non petendo между кредиторомъ и его старымъ должникомъ, этотъ послѣдній получалъ exceptio pacti conventi противъ кредитора [229]). Всѣ эти факты вовсе не доказываютъ того, что стипуляція раба не считалась за стипуляцію; они обнаруживаютъ только, что за стипуляціей раба intercedendi causa не признавалась сила производить новацію и даже устанавливать obl. naturalis раба; далѣе, что, если такая стипуляція заключена была рабомъ ex re peculiari, то, не пріобрѣтая силы новирующей стипуляціи, она тѣмъ не менѣе порождала a. de peculio и, конечно, натуральное обязательство раба; наконецъ, что такое же значеніе натуральнаго обязательства, дающаго почву для дедукціи, она имѣла, будучи заключена между рабомъ и господиномъ. Никакихъ намековъ на то, что стипуляція раба считалась за pactum, въ этихъ положеніяхъ не содержится. Exceptio pacti conventi въ L. 30 § 1 D. 2, 14 вытекаетъ не изъ стипуляціи кредитора съ рабомъ, а изъ pactum, которое считается молчаливо заключеннымъ между кредиторомъ и его старымъ должникомъ [230]).—Если нѣкоторые юристы эпохи Гая не допускали sponsio и fidepromissio по поводу обязательства раба, то это можетъ быть объяснено и безъ помощи мнѣнія Machelard'a о неспособности рабовъ вступать въ obligationes verborum. Быть можетъ, тутъ дѣйствовала явившаяся у юристовъ этого времени мысль, что эти способы поручительства, принадлежащіе къ старому строгому праву, вообще могутъ быть примѣнимы лишь къ обязательствамъ римскихъ гражданъ. По крайней мѣрѣ, Гай въ соотвѣтственномъ мѣстѣ (III, 119) указываетъ на сомнѣнія не только по поводу сдѣлокъ рабовъ, но и по поводу перегриновъ; послѣдніе же и по мнѣнію Machelard'a могли, однако, обязываться verbis (за исключеніемъ формы «spondesne? spondeo») [231]).

Такимъ образомъ, аргументы Machelard'a не выдерживаютъ критики. Съ другой же стороны, источники ничѣмъ не показыва-

---

[228]) L. 30 § 1 D. 2, 14. L. 56 D. 15, 1.

[229]) L. 30 § 1 D. 2, 14 и къ этому H. Krüger, Beiträge zur Lehre v. d. exceptio doli, I Heft, 1892 г. стр. 156—159.

[230]) См. Krüger въ указанномъ мѣстѣ (пр. 229).

[231]) Gai III, 93. Machelard, стр. 172 сл.

ють намъ, чтобы они разсматривали стипуляцію раба не какъ стипуляцію. Они не только вездѣ говорятъ о stipulatio и promissio servi, но упоминаютъ даже о недоступной для перегрина формѣ sponsio, какъ о вполнѣ доступной для раба [232]); сверхъ того, источники говорятъ и объ acceptilatio, совершенной рабомъ какъ для того, чтобы уничтожить honorariae actiones, si quae sunt adversus dominum, такъ и для того, чтобы самого себя accepto liberare [233]).

Нѣсколько разъ встрѣчается въ источникахъ выраженіе: «pacisci pro libertate», причемъ отмѣчается даже, что по поводу этой сдѣлки можетъ быть сдѣлана рабомъ господину вполнѣ дѣйствительная уплата изъ пекулія и установлена expromissio третьяго лица [234]). Но и это явленіе не даетъ намъ права заключать, что въ отношеніяхъ между рабомъ и господиномъ pactum заступало мѣсто стипуляціи. Если въ указанныхъ мѣстахъ источниковъ дѣйствительно идетъ рѣчь о pactum, то это объясняется исключительнымъ характеромъ самаго соглашенія. Вѣдь соглашеніе касается свободы, а потому при созданіи относящихся къ нему нормъ большое значеніе играетъ favor libertatis. Уже XII таблицъ содержали въ себѣ норму, которая имѣла своею цѣлью облегчить рабамъ выкупъ на свободу [235]). Работая на почвѣ этого закона, юриспруденція создала положеніе, что рабъ, отпущенный въ завѣщаніи на свободу подъ условіемъ сдѣлать имущественное предоставленіе кому нибудь, можетъ выполнить это условіе на счетъ своего пекулія; это положеніе извѣстно уже классическимъ юристамъ ранней эпохи [236]). Императоры Маркъ

---

[232]) L. 12 § 1 D. 45, 2. Venul. 2 stip. Подъ „obligatum“ разумѣется здѣсь обязанное искомъ лицо; натуральное обязательство не отрицается, что доказываетъ и допущеніе a. de peculio, и сопоставленіе раба съ pupillus sine tut. auct.

[233]) L. 8 § 4 D. 46, 4. Ulp. 48 Sab.

[234]) L. 104 D. 45, 1. Javol. 11 Cass. L. 6 D. 40, 1. Alfen. Varus 4 dig. L. 8 § 5 D. 33, 8 Ulp. 25 Sab. L. 7 § 8 D. 4, 3 Ulp. 11 ed.

[235]) Bruns, Fontes, XII Tab. VII, 12. Ulp. 2, 4. Sub hac condicione liber esse jussus „si decem milia heredi dederit“, etsi ab herede abalienatus sit, emptori dando pecuniam ad libertatem pervenit: idque lex XII tab. jubet.

[236]) Его знаетъ уже Кассій (L. 3 § 2 D. 40, 7) и Сабинъ (L. 13 § 6 D. 5, 3). Лабеонъ и Сервій у Ульпіана (L. 3 § 2 D. cit.) имѣютъ въ виду лишь случай peculium statulibero legatum. См. также L. 3 § 1, 7, 8. L. 13 § 1. L. 17. L. 31 § 1 D. 40, 7. Выше примѣчаніе 62.

Аврелій и Веръ допустили даже искъ раба противъ господина въ порядкѣ cognitio extra ordinem по поводу договора, именуемаго redemtio suis nummis [237]). Ничего поэтому не было бы удивительнаго, еслибы договоръ раба съ господиномъ о выкупѣ на свободу считался порождающимъ натуральное обязательство противъ раба даже въ томъ случаѣ, когда онъ заключенъ былъ въ видѣ простого безформеннаго соглашенія. Мы должны, однако, отмѣтить тотъ фактъ, что дѣйствительность уплаты раба по такому договору признавали уже Алфенъ Варъ и Лабеонъ, т. е. юристы, которымъ еще не было извѣстно понятіе о натуральномъ обязательствѣ раба [238]). Изъ этого слѣдуетъ, что вообще положенія о связующей силѣ подобныхъ соглашеній, а, слѣдовательно, и о формѣ ихъ, сложились подъ вліяніемъ favor libertatis, совершенно независимо отъ выработки ученія о натуральныхъ обязательствахъ. Поэтому изъ нихъ и нельзя дѣлать никакихъ выводовъ для построенія теоріи этихъ послѣднихъ. Нормы, касающіяся договоровъ о свободѣ, носятъ вполнѣ сингулярный характеръ [239]).

Намъ остается разсмотрѣть вопросъ, возникаетъ ли для раба obligatio naturalis передъ господиномъ изъ тѣхъ деликтовъ, которые онъ совершаетъ противъ господина? Выше уже мы видѣли [240]), что по поводу этихъ деликтовъ господинъ, по общему правилу, не имѣетъ никакихъ исковъ и не получаетъ иска противъ виновнаго даже по выходѣ его на волю. Есть одно мѣсто въ источникахъ, гдѣ, повидимому, даже отрицается возникновеніе всякой obligatio изъ такого деликта; Гай пишетъ слѣдующее [241]): «sed et si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est, obligatio nasci potest».

---

[237]) Выше прим. 110.

[238]) L. 6 D. 40, 1 и L. 8 § 5 D. 33, 8 cit. Ср. выше прим. 187.

[239]) Къ сказанному ср. Pernice, Labeo т. I, стр. 157 сл. Mandry, op. cit. т. I, стр. 377 сл. Послѣдній писатель обращаетъ вниманіе и на то, что выраженію „pacisci pro libertate“ нельзя придавать особенно большаго значенія: можетъ быть, рѣчь идетъ о соглашеніяхъ въ формѣ стипуляціи. По крайней мѣрѣ, въ L. 2 § 2 D. 44, 5 по поводу такого же договора говорится прямо о стипуляціи.

[240]) Стр. 70 сл.

[241]) Gai IV, 78.

Мотивируется все это въ источникахъ тѣмъ, что господинъ и безъ того имѣетъ возможность и право домашними средствами наказать виновнаго раба.

Однако, самый деликтъ все-таки считается совершеннымъ. Сообщая правило о невозможности иска, Ульпіанъ начинаетъ, тѣмъ не менѣе, свое изложеніе словами: «servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur» [242]). Въ Институціяхъ Юстиніана значится: «qui in parentium vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiant, furtum quidem illis faciunt et res in furtivam causam cadit nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur, sed furti actio non nascitur, quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci» [243]).

Соотвѣтственно съ этимъ мы находимъ въ источникахъ намекъ и на то, что деликты раба порождаютъ для него натуральное обязательство предъ господиномъ. По крайней мѣрѣ, для этого обязательства существуетъ фактическая основа въ томъ смыслѣ, что деликтъ раба принимается во вниманіе при счисленіи пекулія. По поводу него господинъ можетъ совершать deductio de peculio. Это намъ засвидѣтельствовано относительно furtum и damnum injuria datum.

L. 4 § 3 D. 15, 1. Pomponius l. 7 Sab. Sed saepe fit, ut ignorante domino incipit minui servi peculium, veluti cum damnum domino dat servus aut furtum facit.

L. 9 § 6 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. Sive autem ex contractu quid domino debeat sive ex rationum reliquis, deducet dominus. Sed et si ex delicto ei debeat, ut puta ob furtum quod fecit, aeque deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est id solum quod domino abest, an vero tantum, quantum, si alienus servus commisisset, id est, cum furti poenis? Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur.

L. 9 § 1 D. 33, 8. Paulus 4 Sab. Si conservum suum vulneraverit servus et viliorem fecerit, Marcellus non esse dubitandum deduci ex peculio, quod domino interesset (nam quid interest, con-

---

[242]) L. 17 pr. D. 47. 2.
[243]) § 12 (13). J. 4, 1.

servum vulneret an scindat aliquid vel frangat an subripiat? quo casu sine dubio minuitur peculium), sed non ultra simplum [244]).

Изъ приведенныхъ мѣстъ ясно также, что соображеніе о возможности господину наказать раба домашними средствами отразилось и на теоріи натуральнаго обязательства раба изъ деликта противъ господина. Именно, обязательство изъ деликта раба возникаетъ не въ объемѣ штрафнаго иска, но только въ размѣрѣ возмѣщенія убытковъ [245]): всякій элементъ наказанія виновнаго долженъ исчезнуть изъ этого обязательства, ибо наказаніе достигается иными средствами [246]).

Такимъ образомъ, приведенное выше замѣчаніе Гая (IV, 78) о невозможности obligatio между рабомъ и господиномъ слѣдуетъ понимать только объ исковыхъ обязательствахъ; самъ Гай въ другомъ мѣстѣ (L. 27 § 1 D. 15, 1 cit.) признаетъ возникновеніе натуральнаго долга изъ деликта раба противъ господина; да и самый текстъ всего фрагмента указываетъ, что Гай думалъ только о невозможности иска между рабомъ и господиномъ [247]).

---

[244]) См. также L. 27 § 1 D. 15, 1. Gajus 9 ed. prov. L. 30 pr. D. 19, 1. Jul. ap. Afr. 8 quaest. Эти мѣста показываютъ, 1) что heres domini можетъ сдѣлать deductio по поводу деликта раба противъ наслѣдственной массы, совершеннаго во время лежанія наслѣдства; 2) что продавецъ раба cum peculio можетъ по поводу деликта, который рабъ совершилъ противъ него еще до traditio, сдѣлать retentio de peculio, или, если пекулій выданъ полностью, предъявить cond. indebiti.

[245]) L. 9 § 6 D. 15, 1 cit.: „ipsa furti aestimatio sola deducetur", а не „cum furti poenis". L. 9 § 1 D. 33, 8 cit.: „quod domino interesset . sed non ultra simplum". L. 30 pr. D. 19, 1 cit. „eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus".

[246]) Ср. ко всему M a n d r y. op. cit. т. I, стр. 354—359.

[247]) Недостаточность аргумента изъ Gai IV, 78, повидимому, чувствуетъ и S c h w a n e r t., который на стр. 252—257 старается доказать, что изъ деликта раба противъ господина не возникаетъ даже натуральнаго долга. Но и остальные аргументы S c h w a n e r t'a слабы. 1) Онъ обращаетъ вниманіе на то, что юристы отсылаютъ господина въ этихъ случаяхъ къ расправѣ съ рабомъ домашними средствами, и заключаетъ отсюда, что все отношеніе не имѣло юридическаго значенія. Однако, фактическая расправа господина съ рабомъ въ глазахъ юристовъ исключаетъ лишь возможность юридическаго притязанія взыскать штрафъ съ раба, но не затрогиваетъ значенія деликта, какъ юридическаго основанія для требованія о возмѣщеніи убытковъ. 2) Онъ думаетъ, что въ данномъ случаѣ не было рѣчи о настоящей deductio, такъ какъ источники говорятъ о „minui peculium". Это

Что касается прекращенія натуральныхъ обязательствъ раба предъ господиномъ, то въ этомъ отношеніи указаніе намъ даетъ, во-первыхъ, та же самая L. 49 § 2 D. 15, 1, которой мы пользовались, разсматривая вопросъ о возникновеніи этихъ обязательствъ. Въ самомъ дѣлѣ, если для возникновенія обязательства требуется causa civilis, то естественно предположить, что обычные способы погашенія обязательствъ примѣняются также къ натуральнымъ обязательствамъ раба. Выше мы уже имѣли случай говорить объ одномъ изъ этихъ способовъ, именно о solutio [248]).

Кромѣ того, источники намъ называютъ еще нѣкоторые особенные способы прекращенія натуральнаго долга раба господину, которые немыслимы при обязательствахъ между свободными лицами. Сюда относятся: 1) извѣстная уже намъ ademtio peculii, совершаемая во время существованія рабства или при отпущеніи раба на волю, и аналогичная съ нею retentio de peculio, дѣлаемая лицомъ, которое отчудило раба вмѣстѣ съ его пекуліемъ [249]); 2) remissio debiti со стороны господина, которая можетъ быть совершена въ видѣ односторонняго акта (согласіе раба не требуется) и безформенно [250]).

Въ заключеніе долженъ быть разсмотрѣнъ еще одинъ принципіальный вопросъ: предполагаетъ ли натуральный долгъ раба господину наличность пекулія у перваго и долженъ ли этотъ долгъ стоять въ связи съ пекуліемъ (быть ex causa peculiari)?

Pernice [251]) выражаетъ мнѣніе, что обязательство между рабомъ и господиномъ «по существу отличается отъ обязательствъ, которыя связываютъ раба относительно третьихъ лицъ, тѣмъ, что

выраженіе, дѣйствительно, стоитъ въ L. 9 § 1 D. 33, 8; L. 4 § 3 D. 15, 1. Но оно встрѣчается также по поводу deductio, совершенной на основаніи натуральныхъ долговъ раба изъ юридическихъ сдѣлокъ (См. L. 47 § 5 D. 15, 1 Paulus 4 Plaut.) и имѣетъ совсѣмъ не то значеніе, которое придаетъ ему Schwanert (выше прим. 172).

[248]) Прим. 187 и 201.

[249]) См. выше пр. 189 и 190; прим. 184.

[250]) L. 4 § 1 D. 15, 1. Pompon. 7 Sab. ср. L. 4 pr. eod. L. 6 § 1 D. 33, 8 Ulp. 25 Sab. Ср. L. 4 § 5 D. 15, 1 (si servo donasset debitum dominus).— Ко всему сказанному ср. Mandry, op. cit. т. I, стр. 383 сл.

[251]) Labeo т. I, стр. 156.

оно стоитъ въ самой опредѣленной связи съ пекуліемъ. Оно является только теоретическимъ слѣдствіемъ изъ практически давно существовавшаго зачета требованій и долговъ въ особое имущество (раба). Результатомъ этого воззрѣнія является то, что натуральное обязательство должно считаться погашеннымъ, если пекулій болѣе не находится въ рукахъ раба». Подтвержденіе этой послѣдней мысли Перницъ видитъ въ L. 5 C. 4, 14 и L. 38 D. 12, 6.

Однако противъ этого воззрѣнія собраны весьма основательныя возраженія у послѣдующаго изслѣдователя этого вопроса,— Mandry [252]). Этотъ ученый обращаетъ вниманіе на слѣдующія обстоятельства. 1) Что долгъ раба не долженъ непремѣнно стоять въ связи съ пекуліемъ, это показываютъ разныя рѣшенія источниковъ. Такъ, источники признаютъ, что долгъ раба возникаетъ, если господинъ уплатитъ litis aestimatio по предъявленной къ нему на основаніи деликта раба actio noxalis [253]). Далѣе, источники указываютъ, что господинъ иногда по поводу долга раба можетъ предъявить даже a. de peculio [254]); между тѣмъ, a. de peculio (какъ доказываетъ Mandry въ другомъ мѣстѣ) [255]) не предполагаетъ никакой связи, обязывающей сдѣлки раба съ его пекуліемъ. Наконецъ, самыя послѣдствія натуральнаго обязательства раба предъ господиномъ не ограничиваются зачетомъ этихъ обязательствъ въ пекулій, что дѣлаетъ a priori невѣроятнымъ подобный реквизитъ для ихъ возникновенія. 2) Источники упоминаютъ о томъ, что господинъ можетъ оказать кредитъ рабу, совсѣмъ не имѣющему пекулія; они не отрицаютъ возникновенія въ этомъ случаѣ долга раба, но только отмѣчаютъ, что господинъ при этихъ условіяхъ не можетъ дѣлать deductio (и ademtio peculii), а потому можетъ понести матеріальный ущербъ [256]).

---

[252]) Familiengüterrecht, т. I, стр. 373—375; т. II, стр. 153 пр. 1; стр. 157.

[253]) L. 16 pr. D. 33, 8 Jul. ap. Afr. 5 quaest. „quidquid... pro capite servi praestitum sit, in eo debitorem eum domini constitui". L. 11 pr. D. 15, 1. Ulp. 29 ed.

[254]) См. выше прим. 191.

[255]) Familiengüterrecht, т. II, стр. 130 сл.; стр. 358 сл.

[256]) L. 38 § 2 D, 15, 1 Jul. ap. Afr. 8 quaest.— Мы оставляемъ въ сторонѣ аргументы Mandry изъ существованія долга на основаніи pactum pro libertate; выше было показано, что этотъ договоръ получилъ свою разработку

Что касается источниковъ, на которые ссылается Pernice, то они мысли этого писателя не подтверждаютъ. L. 38 D. 12, 6, о которой рѣчь будетъ въ слѣдующей главѣ, показываетъ, что, если кредиторъ подвластнаго сына по натуральному обязательству получитъ часть его пекулія, то долгъ погашается въ результатѣ удовлетворенія кредитора полученной массой пекулія не сполна, а лишь въ размѣрѣ доставшейся кредитору суммы пекуліарнаго имущества. Въ этомъ же смыслѣ слѣдуетъ, очевидно, толковать и L. 5 C. 4, 14 [257]).

II. Мы переходимъ теперь къ обратному случаю съ только что разсмотрѣннымъ, именно: къ натуральному обязательству, по которому господинъ является должникомъ своего раба.

Въ источникахъ мы находимъ два раза упоминаніе о такомъ обязательствѣ. Во-первыхъ, Яволенъ въ извѣстномъ уже намъ рѣшеніи [258]), вопреки мнѣнію Сервія и Намузы, признаетъ, что господинъ можетъ отказать въ завѣщаніи свое naturale debitum отпускаемому на волю рабу. Во-вторыхъ, Трифонинъ въ рѣшеніи, также уже разобранномъ выше [259]), сообщаетъ, что господинъ можетъ уплачивать свое naturale debitum рабу послѣ manumissio послѣдняго, и что возможность возникновенія такихъ долговъ по отношенію къ рабу объясняется фактомъ правоспособности рабовъ по jus naturale.

Напротивъ, сомнительно, чтобы можно было относить сюда третье мѣсто, которое иногда толкуется также въ смыслѣ разсужденія о долгѣ господина рабу, а именно:

L. 14 D. 44, 7. Ulpianus l. 7 disputat. Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus

---

независимо отъ выработки теоріи натуральнаго обязательства раба, а потому и ссылка на него недостаточно убѣдительна. См. выше прим. 238—239. Оставляемъ мы въ сторонѣ и L. 18 (19) pr. D. 8, 5, цитируемую у Mandry, такъ какъ этотъ фрагментъ не относится къ долгамъ раба господину (см. о немъ выше стр. 95 сл.).

[257]) См. выше прим. 191.— Несуществованіе связи между натуральными долгами раба господину и пекуліемъ предполагаетъ также Schwanert, стр. 271 и Machelard стр. 164 сл.; стр. 181.

[258]) L. 40 § 3 D. 35, 1. Текстъ его и толкованіе см. выше стр. 93 сл.

[259]) L. 64 D. 12, 6. Текстъ и толкованіе см. выше стр. 100.

autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.

Savigny [260]) считаетъ нужнымъ отнести слова «et obligant» къ обязательству, по которому рабъ является кредиторомъ своего господина; соотвѣтственно съ этимъ, онъ предлагаетъ въ приводимомъ Ульпіаномъ примѣрѣ добавлять въ умѣ къ слову «servo» мѣстоименіе: «meo». Но это толкованіе должно быть отвергнуто. Ульпіанъ, редактируя это мѣсто своего сочиненія, видимо, вовсе не думалъ объ обязательственныхъ отношеніяхъ между рабомъ и господиномъ, а имѣлъ въ виду только столкновенія раба съ третьими лицами. Это показываетъ уже тотъ фактъ, что, говоря объ обязательствахъ изъ деликтовъ, онъ безъ всякихъ оговорокъ заявляетъ о наличности obligatio civilis, которая продолжаетъ лежать на рабѣ послѣ его manumissio; между тѣмъ, эта obl. civilis можетъ быть конструирована единственно въ случаѣ деликта раба противъ третьяго лица [261]).

Если наше толкованіе L. 14 cit. правильно, то оказывается, что въ источникахъ нѣтъ ни одного мѣста, которое бы говорило объ obligatio naturalis господина предъ рабомъ; упоминается лишь о «debitum naturale». Какъ мы увидимъ ниже, это не случайность, а результатъ того, что долги господина рабу, дѣйствительно, имѣли слишкомъ небольшое юридическое значеніе, такъ что и не было нужды конструировать здѣсь «obligatio naturalis».

Упоминаніе о томъ, что «dominus servo debet» въ смыслѣ чисто

---

[260]) System т. II, стр. 423 пр. e; см. также стр. 419.

[261]) См. выше прим. 47; ср. прим. 49 и 50.—Ульпіанъ не говоритъ прямо „ex delictis civiliter obligantur et, si manumittantur, obligati remanent“; но онъ имѣетъ въ виду obl. civilis: это ясно изъ послѣдующихъ словъ: „ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter etc.“; видно, что въ этихъ словахъ есть противоположеніе тому, что было сказано выше.—Ср. къ сказанному о толкованіи L. 14 D. 44, 7 Machelard, стр. 186 сл. Schwanert, стр. 282 сл. Mandry, op. cit. т. I, стр. 95 пр. 8.—Предположеніе Scheurl'a Krit. VJSchr. т. VI, стр. 513, что слово „obligant“ относится къ контрактамъ безхозяйныхъ рабовъ, является недоказаннымъ и мало вѣроятнымъ въ виду сказаннаго въ прим. 64.

фактическаго отношенія, мы встрѣчаемъ уже у Сервія Сульпиція Руфа [262]).

Займемся, прежде всего, вопросомъ о послѣдствіяхъ, которыя могъ вызвать натуральный долгъ господина предъ рабомъ.

О послѣдствіяхъ, которыя возникаютъ еще во время существованія рабства, источники наши говорятъ чрезвычайно мало. Именно, мы находимъ только слѣдующія свѣдѣнія объ этихъ послѣдствіяхъ:

1) Если господинъ что либо долженъ рабу, то этотъ долгъ принимается во вниманіе при счисленіи суммы пекулія; масса пекулія считается увеличенной тѣми требованіями, которыя рабъ имѣетъ противъ своего господина (imputatio или computatio in peculium) [263]).

Эту computatio in peculium, впрочемъ, нельзя считать настоящимъ послѣдствіемъ натуральнаго обязательства, ибо она имѣетъ интересъ только для третьихъ кредиторовъ раба, преслѣдующихъ господина путемъ a. de peculio, и появилась въ правѣ раньше, чѣмъ было конструировано юристами самое понятіе натуральнаго обязательства раба.

Практическое значеніе computatio in peculium сильно ослабляется слѣдующимъ соображеніемъ. Хотя долги господина рабу вообще возникаютъ на основаніи такой же causa civilis, какъ и долги раба господину [264]), но только при томъ дальнѣйшемъ условіи, если dominus пожелаетъ сдѣлаться должникомъ своего раба; только при этомъ условіи долгъ господина рабу зачитывается въ массу пекулія. Это прямо говоритъ намъ:

L. 7 § 6 D. 15, 1. Ulpianus 29 ed. Sed et id quod dominus sibi debet in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit

---

[262]) L. 3 § 2 D. 40, 7. Ulp. 27 Sab. См. выше стр. 92.

[263]) L. 7 § 6 D. 15, 1 Ulp. 29 ed. L. 9 § 1 D. eod. Neratius 2 resp. ap. Ulp. 29 ed. L. 4 § 1 D. 15, 1 Pompon. 7 Sab.

[264]) L. 49 § 2 D. 15, 1. Pomp. 4 Qu. Muc. Соотвѣтственно съ этимъ упоминается о mutuum (L. 49 § 2 cit.), о тратахъ на нужды господина изъ пекулія (L. 7 § 6 D. 15, 1; L. 6 § 4 D. 33, 8; L. 3 § 2 D. 40, 7), о взысканіи господиномъ съ третьихъ должниковъ пекулія (L. 7 § 6 cit; L. 9 § 1 D. 15, 1), о locatio conductio (L. 37 § 3 D. 15, 1; L. 16 D. 15, 3), объ emtio venditio (L. 8 § 4 D. 33, 8; L. 11 § 8; L. 12 D. 14, 3); отвергается достаточность одной записи въ книги безъ всякой предварительной causa debendi (L. 49 § 2 D. 15, 1; L. 6 § 4 D. 33, 8).

et dominus ei debitor manere voluit aut si debitorem ejus dominus convenit. quare si forte ex servi emtione evictionis nomine duplum dominus exegit, in peculium servi erit conversum, nisi forte dominus eo proposito fuit, ut nollet hoc esse in peculium servi [265]).

Такимъ образомъ, господинъ можетъ заключить съ рабомъ любую сдѣлку, изъ которой для него возникъ бы долгъ, еслибы онъ заключалъ ее со свободнымъ лицомъ, но тѣмъ не менѣе не сдѣлаться даже натуральнымъ должникомъ раба, если этого не пожелаетъ [266]). Признакомъ желанія господина стать должникомъ раба могла служить, напримѣръ, соотвѣтственная запись его въ свои книги; запись въ книги, какъ неоднократно свидѣтельствуютъ источники, принимается во вниманіе, если ей предшествуетъ какая-либо causa debendi civilis [267]).

Разумѣется, если господинъ заключалъ съ рабомъ сдѣлки и не желалъ остаться должникомъ по нимъ, то это могло нанести ущербъ пекулію, уменьшить его сумму. Такой поступокъ господина, если онъ шелъ во вредъ интересамъ кредиторовъ пекулія, конечно, вызывалъ примѣненіе нормъ, существовавшихъ относительно злоумышленнаго уменьшенія или уничтоженія пекулія (dolo adimere) [268]).

Въ полномъ согласіи со всѣмъ вышеизложеннымъ стоитъ и то положеніе, что деликты господина противъ раба и его пекулія не составляютъ основанія для возникновенія debitum господина.

L. 9 pr. D. 15, 1 Ulp. 29 ed. Sed si damnum servo dominus

---

[265]) Послѣднія слова относятся уже къ другому вопросу: къ зачисленію въ пекулій уплатъ, полученныхъ отъ третьихъ должниковъ ex causa peculiari; такія уплаты сами собою причисляются къ пекулію; не требуется особой положительной воли господина; но, конечно, достаточно нежеланія господина, чтобы это причисленіе не наступило; соотвѣтственно съ этимъ, въ началѣ фрагмента стоитъ: „si voluit“, а въ концѣ „nisi eo proposito fuit, ut nollet“. См. ниже пр. 382.

[266]) На это явленіе обращаетъ вниманіе и Pernice, Labeo, т. I, стр. 155 пр. 6.

[267]) См. прим. 264 въ концѣ.—Подтвержденіе содержащагося въ L. 7 § 6 cit. положенія о необходимости воли господина стать должникомъ раба для возникновенія фактическаго долга господина рабу содержитъ также разсужденіе Сцеволы въ L. 23 § 1 D. 33, 8, о которомъ см. ниже стр. 137 сл.

[268]) См объ этомъ Mandry, op. cit. т. II, § 84.

dederit, in peculium hoc non imputabitur, non magis quam si subripuerit.

Едва ли можно предположить, чтобы dominus, который повреждаетъ пекуліарныя вещи или, въ особенности, ихъ похищаетъ, пожелалъ стать, вслѣдствіе этого, должникомъ раба. Впрочемъ, для исключенія деликтовъ изъ числа основаній, вызывающихъ возникновеніе debitum господина передъ рабомъ, есть и другая причина. Именно: едва ли можно считать деликтъ господина относительно пекуліарныхъ вещей за causa civilis: эти вещи принадлежатъ господину и, нанося имъ поврежденіе или отбирая ихъ у раба, господинъ въ сущности только распоряжается своею собственностью. Вѣдь господинъ имѣетъ право даже на полное отнятіе пекулія у раба, если пожелаетъ этого.

Конечно, и въ этомъ случаѣ третьи кредиторы могутъ притянуть господина къ отвѣтственности на основаніи нормъ о злоумышленномъ уменьшеніи пекулія [269]).

2) Такимъ образомъ источники отмѣчаютъ намъ, что зачисленіе въ пекулій долга господина возможно лишь при наличности воли господина стать должникомъ раба. Съ другой стороны, они не только не выдвигаютъ впередъ никакихъ иныхъ послѣдствій этихъ обязательствъ, но прямо указываютъ на невозможность одного изъ послѣдствій obligationis naturalis, именно поручительства.

L. 56 § 1 D. 46, 1 Paulus 15 quaest. Item si filius a patre vel servus a domino stipuletur, nec fidejussor acceptus tenetur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus. ex diverso ergo patre a filio vel domino a servo stipulato fidejussor acceptus tenetur.

Невозможность установленія поручительства за долгъ господина рабу мотивируется тѣмъ, что это было бы поручительство «pro eodem et eidem». Такого рода мотивировка мыслима только въ томъ случаѣ, если не считать раба способнымъ пріобрѣтать какія-либо права для себя лично. Въ такомъ случаѣ, дѣйствительно, обязательство, пріобрѣтенное рабомъ противъ господина, въ сущности должно пріобрѣтаться самому же господину и поручительство за него немыслимо. Но такова, какъ мы видѣли, была точка зрѣнія

---

[269]) Ср. къ этому Mandry, op. cit. т. II, стр. 154 сл. Pernice, Labeo т. I, стр. 155. Schwanert, стр. 259.

только цивильнаго права. Съ точки зрѣнія jus naturale рабы могли быть самостоятельными субъектами правъ и обязанностей. Относительно обязанностей, какъ мы уже видѣли, точка зрѣнія натуральнаго права была принята римскими юристами: на раба могло ложиться натуральное обязательство, по которому онъ становился должникомъ своего господина; это послѣдовательно приводило къ тому, что господинъ могъ получать и поручителей за долгъ раба, что̀ говорится даже въ разбираемомъ фрагментѣ. Точно такъ же юристы должны были бы допустить поручительство за долгъ господина рабу, еслибъ они думали, что рабъ можетъ пріобрѣтать самостоятельныя натуральныя права противъ господина; искъ противъ такого поручителя принадлежалъ бы, конечно, господину, но самый долгъ поручителя считался бы пекуліарнымъ и взысканное съ поручителя увеличивало бы пекуліарную массу. Если, тѣмъ не менѣе, юристы не допускаютъ мысли о возможности поручительства за долгъ господина рабу, то это является яснымъ свидѣтельствомъ того, что, по ихъ мнѣнію рабъ не имѣлъ никакого самостоятельнаго права требованія къ господину, даже натуральнаго. Точка зрѣнія juris naturalis, проведенная относительно обязанностей раба предъ господиномъ, не была примѣнена къ обязательствамъ, по которымъ рабъ долженъ являться кредиторомъ господина. Это казалось, вѣроятно, слишкомъ большимъ посягательствомъ на власть господина надъ личностью раба [270]).

3) Наконецъ, источники намъ указываютъ еще въ одномъ отношеніи на слабое значеніе обязательствъ господина передъ рабомъ. Вообще emtio venditio между господиномъ и рабомъ считается возможной и принимается во вниманіе при computatio peculii и при опредѣленіи versio in rem. [271]). Однако, если нѣкто продалъ кому-либо вещь съ оговоркой, именуемой «in diem addictio» [272]), то совершенная затѣмъ отчуждателемъ продажа той же вещи собственному рабу не считается достаточнымъ основаніемъ, чтобы продавецъ могъ отступиться отъ первой продажи, «quia non est emtio».

---

[270]) См. къ этому Pernice, Labèo, т. I стр. 156 пр. 11.

[271]) L. 8 § 4 D. 33, 8. L. 11 § 8. L. 12. D. 14, 3.

[272]) Т. е. подъ условіемъ, что сдѣлка будетъ дѣйствительна лишь въ томъ случаѣ, если въ теченіе извѣстнаго срока не явится болѣе выгодный покупатель.

Этотъ случай приравнивается къ тому, когда продавецъ второй разъ продалъ вещь по заблужденію ея собственнику, и противополагается тому, когда вторая продажа заключена съ pupillus sine auct. tutoris или даже съ чужимъ рабомъ, котораго продавецъ считалъ свободнымъ [273]). Основаніе такого отношенія къ продажѣ собственному рабу, какъ къ причинѣ наступленія in diem addictio, заключается, вѣроятно, въ слѣдующихъ соображеніяхъ: 1) Господинъ не считался въ достаточной мѣрѣ обязаннымъ передъ своимъ рабомъ такой продажей, ибо его обязательство даже для computatio peculii возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ пожелаетъ быть должникомъ раба. 2) Главнымъ же образомъ, вліяло то соображеніе, что вещь, продаваемая рабу, не выходила изъ patrimonium господина. Фактической раздѣльности пекулія отъ остального patrimonium domini въ отношеніи къ обязательствамъ господина передъ рабомъ не придавалось юридическаго значенія въ такой мѣрѣ, чтобы признать, что при продажѣ вещи собственному рабу произошло то, о чемъ говорилось въ самомъ текстѣ in diem addictionis: «ut res a domino abeat» [274]). На это соображеніе указываетъ и самый текстъ разбираемаго рѣшенія: здѣсь продажа вещи собственному рабу ставится на одну доску съ продажею вещи ея собственнику: въ послѣднемъ случаѣ также не происходитъ того, «ut res a domino abeat» [275]).

Всѣ эти данныя въ совокупности приводятъ насъ къ слѣдующему выводу. Во время существованія рабской власти единственнымъ послѣдствіемъ долга господина рабу остается зачисленіе этого долга въ сумму пекулія при опредѣленіи размѣровъ condemnatio de peculio. Эта computatio peculii, однако, какъ мы видѣли выше, существовала еще до появленія теоріи натуральныхъ обязательствъ и потому не указываетъ еще на то, что рабъ, по воззрѣніямъ юристовъ, могъ считаться натуральнымъ кредиторомъ своего господина. Напротивъ, какъ показываютъ остальные источники, никакихъ рѣшительно послѣдствій, которыя связываются вообще съ натуральными обязательствами, долгъ господина рабу не вызывалъ. Такимъ обра-

---

[273]) L. 14 § 3. D. 18, 2. Paulus 5 Sab.

[274]) L 1 D. 18, 2.

[275]) Ср. къ этому Mandry, op. cit. т. I, стр. 153. Pernice, Labeo I, стр. 156 пр. 11. Schwanert, стр. 298 сл. Savigny, System, т. II, стр. 423 сл.

зомъ, этотъ долгъ остался до самаго конца развитія классическаго права въ своемъ первоначальномъ положеніи чисто фактической счетной единицы. Никакого представленія о самостоятельномъ правѣ требованія раба къ господину съ нимъ не связывалось. И дѣйствительно, оба извѣстныя намъ упоминанія римскихъ юристовъ о «debitum naturale» господина передъ рабомъ и о его послѣдствіяхъ (L. 40 § 3 D. 35, 1. L. 64 D. 12, 6) относятся ко времени, когда рабъ уже отпущенъ на волю [276]). Съ этого только момента юристы считаютъ возможнымъ говорить о debitum naturale господина къ бывшему рабу.

Если, такимъ образомъ, значеніе долга господина рабу въ теченіе рабства ограничивается одной только computatio in peculium, да и то лишь при наличности воли господина быть должникомъ раба (фактически), то дѣлается весьма понятнымъ, что источники упоминаютъ только о долгахъ господина рабу, имѣющему пекулій, и что всѣ подобные, долги упоминаемые въ источникахъ, возникаютъ ex causa peculiari [277]). Дѣло въ томъ, что и долги третьихъ лицъ рабу зачитаются въ его пекулій только въ томъ случаѣ, если возникаютъ ex causa peculiari [278]).

Едва ли можно видѣть также въ томъ, что господинъ признаетъ себя должникомъ раба, актъ достаточный для установленія рабскаго пекулія (concessio peculii). Въ виду невозможности какого-либо принужденія противъ господина, такого рода актъ нельзя считать за naturalis datio, т. е. за фактическое предоставленіе рабу какихъ-либо цѣнностей. Между тѣмъ, такая naturalis datio требуется для установленія пекулія [279]).

Послѣ отпущенія раба на волю долгъ господина пріобрѣтаетъ бо́льшее значеніе. Съ этого момента юристы уже называютъ его «debitum naturale» и указываютъ на нѣкоторыя послѣдствія, вызы-

---

[276]) Объ этомъ времени говоритъ даже и L. 14 D. 44, 7, если ее относить къ этому случаю, что мы не считаемъ возможнымъ дѣлать (стр. 127 сл. выше).

[277]) Доказательства см. у Mandry, op. cit. т. I, стр. 158 — 161; т. II, стр. 157.

[278]) Mandry, op. cit. т. II, § 62.

[279]) Mandry, op. cit. т. II, стр. 66; въ этомъ смыслѣ Mandry толкуетъ и L. 4 § 1 D. 15, 1.—Иначе Schwanert, стр. 288.

ваемыя имъ и имѣющія уже не исключительно счетное значеніе, но самостоятельное юридическое значеніе для самого либерта.

Въ качествѣ такихъ послѣдствій намъ названы слѣдующія:

1) Бывшій господинъ можетъ уплатить свое debitum naturale либерту и не можетъ взять своей уплаты обратно; она считается уплатою debitum, имѣющею достаточное значеніе, чтобъ исключать condictio indebiti, хотя бы совершена была подъ вліяніемъ ложной мысли о существованіи искового долга [280]).

2) Господинъ можетъ, давая рабу въ завѣщаніи свободу, дѣлать предметомъ особаго легата свое «naturale debitum» этому рабу. Въ такомъ случаѣ рабъ, конечно, долженъ получить actio ex testamento на основаніи легата объ уплатѣ ему суммы натуральнаго долга [281]). Причиной возникновенія иска является, конечно, легатъ, а не «naturale debitum», которое лишь опредѣляетъ содержаніе легата.

Больше никакихъ послѣдствій для этого «naturale debitum» намъ не указано.

Въ частности, мы не можемъ считать доказаннымъ утвержденія, что, если пекулій отказанъ господиномъ либерту, то въ составъ peculium legatum входятъ долги господина рабу сами собою, даже если не было о нихъ сдѣлано особой оговорки въ легатѣ. Такое утвержденіе защищаетъ Mandry [282]). Основанія, приводимыя этимъ ученымъ, являются, однако, слабыми.

Есть два мѣста источниковъ, которыя прямо говорятъ, что долги господина рабу не входятъ въ составъ peculium legatum.

L. 6 § 4 D. 33, 8 Ulpianus l. 25 Sab. Sicut autem aes alienum, hoc est quod debetur domino, minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo augere debet. Sed huic sententiae adversatur rescriptum imperatoris nostri et patris ejus, quod ita est: «Cum peculium servo legatur, non etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, quam se in rationem domini

---

[280]) L. 64 D. 12, 6. Tryphon. 7 disp.

[281]) L. 40 § 3 D. 35, 1. Javol. 2 poster. Lab.

[282]) Op. cit. т. II, стр. 188—191. Подобное же мнѣніе выражаетъ Schwanert, стр. 287 сл., но безъ всякихъ уже аргументовъ. То же относится и къ Machelard, ст. 189 сл.

impendisse dicit». Quid tamen si haec voluntas fuit testatoris? cur non possit consequi? certe compensari debet hoc quod impendit cum eo quod domino debetur. An et quod dominus scripsisset se servo debere, peculio legato cederet? Pegasus negat; idem Nerva: et cum Gnaeus Domitius filiae suae peculium quod ejus esset legasset, et annuum, quod ei solitus erat dare, biennio non dedisset, sed in rationibus suis rettulisset filiae se debere quinquaginta, Atilicinus existimavit legato non cedere, quod verum est, quia consonat rescripto.

§ 20 I. 2, 20. Peculium autem nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. idem rescripserunt peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecuniae, quam in rationes dominicas impendit.

Выписанное мѣсто изъ Ульпіана мы толкуемъ слѣдующимъ образомъ. Ульпіанъ, прежде всего, ставитъ вопросъ: слѣдуетъ ли къ отказанному пекулію точно такъ же причислять сумму долговъ господина рабу, какъ долги раба господину изъ него вычитаются? На этотъ вопросъ Ульпіанъ отвѣчаетъ отрицательно и ссылается въ подтвержденіе такого мнѣнія на рескриптъ Септимія Севера и Каракаллы, который содержалъ въ себѣ отрицательное рѣшеніе по относящемуся сюда частному вопросу: слѣдуетъ ли включить въ легатъ пекулія то, что господинъ задолжалъ рабу по случаю тратъ, сдѣланныхъ на его дѣла рабомъ? Этотъ рескриптъ упоминается и въ цитированномъ мѣстѣ Институцій Юстиніана [283]). Далѣе, Ульпіанъ спрашиваетъ: нельзя ли, однако, причислить долгъ господина къ пекулію хоть въ томъ случаѣ, когда господинъ прямо упомянулъ объ этомъ долгѣ, отказывая пекулій? Этотъ вопросъ Ульпіанъ рѣшаетъ утвердительно и указываетъ даже тотъ путь, при посредствѣ котораго можно практически осуществить такое распоряженіе господина: «certe compensari debet hoc etc». Именно, мы знаемъ, что долги раба господину уменьшаютъ peculium legatum, такъ что легатарій можетъ виндицировать лишь части пекуліарныхъ вещей, со-

[283]) Что долги господина рабу по общему правилу не причисляются къ пекулію, отказанному рабу, отмѣчаетъ также и Accarias, Precis. т. I, стр. 1071; что дѣлается съ этими долгами, если пекулій отказанъ 3-му лицу, объ этомъ источники не говорятъ, и мнѣніе Accarias ни на чемъ не основано.—Ср. также Pernice, Labeo, т. I стр. 384.

отвѣтственно тому проценту, въ которомъ стоимость актива пекулія относится къ суммѣ долговъ раба господину. Если же господинъ отказалъ рабу и свои долги пекулію, то соотвѣтственно съ этимъ должна увеличиться доля пекуліарныхъ вещей, которую легатарій истребуетъ съ помощью своей vindicatio peculii. Такимъ образомъ, compensatio, о которой говоритъ Ульпіанъ, есть просто счетная операція [284]). Наконецъ, Ульпіанъ ставитъ вопросъ: а подлежитъ ли такому же зачету съ долгами пекулія и то, что господинъ не былъ на самомъ дѣлѣ долженъ рабу, но только занесъ въ свои книги подъ видомъ долга? Этотъ вопросъ Ульпіанъ рѣшаетъ ссылкой на отрицательное мнѣніе Пегаза, Нервы и Атилицина и прибавляетъ, что это мнѣніе вѣрно, «quia consonat rescripto». Этими послѣдними словами Ульпіанъ хотѣлъ сказать только, что рѣшеніе названныхъ юристовъ, которые не допускаютъ причисленія къ легату фиктивныхъ долговъ господина, тѣмъ болѣе правильно, что, согласно рескрипту, даже настоящіе долги господина къ нему не причисляются, если господинъ особо о нихъ не упомянулъ, отказывая пекулій.

Такимъ образомъ, изъ разобраннаго фрагмента слѣдуетъ, что долги господина лишь въ томъ случаѣ причисляются къ легату пекулія, если это прямо оговорено въ текстѣ легата.

Съ этимъ вполнѣ согласуется рѣшеніе Сцеволы въ

L. 23 § 1 D. 33, 8. Scaevola l. 15 dig. Testamento codicillisve servos manumisit et peculia legavit. et de Sticho ita cavit: «Stichum servum meum liberum esse volo eique volo dari decem aureos et quidquid ex ratione loculorum meorum habet: rationes autem heredibus meis dari volo. His omnibus, quos hoc testamento manumisi, peculia sua concedi volo». quaesitum est, an, quod amplius rationi loculorum in mortis diem erogavit Stichus ex peculio suo, ab heredibus recipere debeat, cum ex consuetudine domus esset, ut quidquid amplius ex suo in ratione loculorum erogasset, dominica ratio ei deberet atque exsolveret. respondit secundum ea, quae propter consuetudinem proponerentur, id quoque peculio legato contineri, quod et [ei scr. Mom.] dominica ratio deberet et solita erat reddere».

Завѣщатель распорядился, чтобы отпущенные имъ на волю

---

[284]) Въ подобномъ же значеніи подсчета см. слово „compensare“ напр. еще въ L. 9 § 8 D. 15, 1.

рабы получили свои пекуліи; относительно же раба Стиха онъ прибавилъ, кромѣ того, что этотъ рабъ долженъ получить еще 10 золотыхъ; далѣе, онъ обязанъ отдать наслѣдникамъ отчетъ въ веденіи дѣлъ господина и имѣетъ право получить отъ нихъ то, что ему задолжала касса господина (quidquid ex ratione loculorum meorum habet)[285]). Возникъ вопросъ, слѣдуетъ ли причислять къ легату то, что касса господина задолжала Стиху по поводу тратъ на дѣла господина? При этомъ выяснено было, что господинъ вообще имѣлъ обыкновеніе считать себя должникомъ Стиха на основаніи такихъ тратъ и выплачивать ихъ Стиху. Принимая это во вниманіе, Сцевола рѣшаетъ, что долгъ господина Стиху долженъ быть причисленъ къ peculium legatum. Причиной сомнѣнія служило, очевидно, то обстоятельство, что наслѣдники господина не желали платить Стиху суммы этого долга; они, можетъ быть, ссылались на то, что господинъ рабу вообще ничего не можетъ быть долженъ, а потому не можетъ и отказывать своего долга. Мы видѣли, что такъ разсуждали Сервій и Намуза, мнѣніе которыхъ отвергаетъ Яволенъ въ L. 40 § 3 D. 35, 1. А можетъ быть, наслѣдники не соглашались включить въ число долговъ господина рабу, упоминаемыхъ въ завѣщаніи, только долги, возникающіе изъ тратъ раба на дѣла господина. Какъ бы то ни было, Сцевола нашелъ, что такая оговорка въ завѣщаніи имѣетъ полную силу и что траты раба на дѣла господина подъ нее подходятъ: если господинъ имѣлъ обыкновеніе считать себя должникомъ Стиха на основаніи тратъ, которыя Стихъ дѣлалъ на его дѣла, то, слѣдовательно, эти траты подходятъ подъ смыслъ оговорки, сдѣланной завѣщателемъ о своихъ долгахъ Стиху; если же господинъ прямо упомянулъ о своихъ долгахъ Стиху въ завѣщаніи, то эти долги должны быть причислены къ peculium legatum.

Такимъ образомъ и Сцевола причисляетъ долгъ господина къ легату пекулія лишь при наличности особой оговорки объ этомъ долгѣ въ завѣщаніи. Его рѣшеніе, слѣдовательно, вполнѣ совпадаетъ съ рѣшеніемъ Ульпіана.

Mandry толкуетъ эти мѣста источниковъ иначе. По его мнѣнію, императорскій рескриптъ, цитируемый Ульпіаномъ и Институ-

---

[285]) Ср. L. 20 D. 14, 3 Scaev. 5 dig: „habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas Maias“.

ціями Юстиніана, не основывался ни на какомъ общемъ принципѣ, а содержалъ въ себѣ только jus constitutum, которое не допускало включенія въ peculium legatum лишь одного вида долговъ господина: долговъ его, возникшихъ вслѣдствіе тратъ подвластнаго на его дѣла. Мотивировка «quod verum est, quia consonat rescripto» содержитъ въ себѣ отрицательный отвѣтъ на вопросъ о томъ, можно ли этотъ долгъ изъ тратъ подвластнаго на дѣла домовладыки включить въ пекулій, хотя бы при наличности особой воли завѣщателя; этотъ вопросъ Ульпіанъ рѣшаетъ отрицательно на томъ будто бы основаніи, что и старые юристы не принимали во вниманіе воли завѣщателя въ аналогичномъ случаѣ: когда они не включали въ peculium legatum того, что господинъ «scripsit se debere servo».

Все это толкованіе очень натянуто; текстъ Ульпіана ясно показываетъ, что вопросъ о включеніи долга въ пекулій при наличности voluntas testatoris этотъ юристъ рѣшилъ утвердительно и указалъ даже способъ реализаціи этой voluntas (compensatio). То же самое рѣшеніе призналъ и Сцевола, мнѣніе котораго Mandry считаетъ высказаннымъ до появленія рескрипта и несогласнымъ съ мнѣніемъ Ульпіана. Было бы, однако, слишкомъ страннымъ, если бы компиляторы допустили внесеніе противорѣчивыхъ рѣшеній въ такой короткій титулъ, какъ Dig. 33, 8 de peculio legato (въ немъ всего 26 фрагментовъ, изъ которыхъ только L. 6, 8 и 23 можно назвать длинными). Если это такъ, то и слова «quod verum est, quia consonat rescripto» не могутъ имѣть смысла, который влагаетъ въ нихъ Mandry, но указываютъ именно на принципіальное значеніе того рѣшенія, которое содержится въ рескриптѣ. Наконецъ, Mandry не объясняетъ намъ, на чемъ могло основываться jus constitutum, которое бы исключало только одну категорію долговъ господина изъ зачисленія въ пекулій, и притомъ исключало бы ее, даже несмотря на наличность противоположной воли завѣщателя.

Въ результатѣ мы должны выставить положеніе: долги господина рабу только въ томъ случаѣ причисляются къ peculium legatum и должны быть выплачены при выдачѣ пекулія либерту-легатарію, если господинъ объ этомъ особо распорядился въ завѣщаніи.

Мы не можемъ ставить въ связь съ ученіемъ о «naturalia debita» господина рабу нормы, касающіяся statuliber'a. Именно, еще

Сервій и Лабеонъ рѣшали, что, если рабъ отпущенъ въ завѣщаніи на свободу подъ условіемъ совершенія имущественнаго предоставленія какому-либо лицу, то онъ можетъ выполнить это условіе на счетъ отказаннаго ему пекулія и при этомъ воспользоваться даже тѣмъ, что его бывшій господинъ или наслѣдники послѣдняго задолжали пекулію; поэтому, если heres не платитъ statuliberо того, «quod ei ex ratione dominica debetur», то онъ «moram libertatis facit». Кассій, а за нимъ и Ульпіанъ постановили то же самое рѣшеніе на случай, когда рабу даже не былъ отказанъ пекулій [286]). Подобнымъ же образомъ Павелъ рѣшаетъ, что statuliber, которому отказанъ пекулій, можетъ выполнить условіе, состоящее въ предоставленіи наслѣднику десяти, путемъ зачета (compensatio) такой же суммы, которую ему долженъ наслѣдникъ [287]). Конечно, настоящей принудительной компенсаціи въ процессѣ здѣсь не имѣется въ виду, ибо statuliber самъ не имѣетъ никакихъ исковъ противъ наслѣдника своего господина и не подлежитъ исковой отвѣтственности передъ наслѣдникомъ. Подъ словомъ «compensatio» разумѣется простая счетная операція съ пекуліемъ. Если дѣло идетъ о выполненіи условія, возложеннаго на statuliber'а, то пекулій сосчитывается такъ же, какъ и при вчиненіи a. de peculio: къ нему причисляются фактическіе долги господина и statuliber'у достаточно отказаться отъ этихъ долговъ на сумму, равную возложенному на него предоставленію, чтобы условіе считалось выполненнымъ [288]). Какъ бы то ни было, изложенныя рѣшенія даютъ поводъ думать, что еще въ теченіе рабства рабъ можетъ пользоваться своими натуральными требованіями къ господину такъ, что исполненіе этихъ требованій получаетъ до извѣстной степени принудительный характеръ. Если господинъ не хочетъ по предложенію раба платить по этимъ требованіямъ, то рабъ получаетъ свободу, такъ какъ считается исполнившимъ условіе. Эта норма на первый взглядъ какъ будто противорѣчитъ общей картинѣ, нарисованной нами выше: согласно выше-

---

[286]) L. 3 § 2 D. 40, 7. Ulp. 4 Sab.

[287]) L. 20 § 2 D. 40. 7. Paulus l. 16 Plaut.—Въ обоихъ случаяхъ наслѣдникъ является господиномъ раба, ибо рабъ до уплаты еще не получаетъ свободы.

[288]) См. въ этомъ смыслѣ Windscheid, Pand. т. II, § 288 пр. 7 и 12. Близко стоитъ Appleton, Histoire de la compensation, стр. 67, пр. 3; стр. 56, пр. 5; стр. 449 сл. Иначе смотритъ на L. 20 § 2 cit. Schwanert, стр. 217.

сказанному, значеніе долговъ господина рабу въ теченіе рабства ограничивается зачетомъ ихъ въ пекулій для опредѣленія суммы кондемнаціи по a. de peculio. Но на самомъ дѣлѣ это наше положеніе должно остаться въ силѣ даже и при существованіи изложенной нормы о правахъ статулибера. Вѣдь и въ этомъ случаѣ прежде всего происходитъ причисленіе долговъ господина къ суммѣ пекулія. Аномалія состоитъ лишь въ томъ, что рабъ можетъ воспользоваться существованіемъ этихъ долговъ даже противъ воли господина для полученія свободы. Но это аномальное положеніе, какъ и всѣ нормы, касающіяся полученія рабами свободы, развилось совершенно независимо отъ теоріи натуральныхъ обязательствъ. Мы уже имѣли случай говорить объ этомъ [289]). Предоставляя рабу право воспользоваться своими фактическими требованіями противъ господина для полученія свободы, юристы вовсе не соединяли съ этимъ мысли о томъ, что рабъ не только фактически, но и юридически, хотя бы съ точки врѣнія jus naturale, является кредиторомъ своего господина. Они просто дѣйствовали favore libertatis, расширяя, по мѣрѣ возможности, постановленіе, существовавшее еще въ XII таблицахъ [290]), и не задавались вопросомъ о юридической конструкціи создаваемыхъ ими нормъ. Поэтому изложенныя рѣшенія, какъ относящіяся къ совершенно исключительной области, гдѣ даже иски между рабомъ и господиномъ не считались невозможными [291]), не даютъ намъ матеріала для того, чтобы судить объ отношеніи римскихъ юристовъ къ сознательно конструируемымъ ими debita naturalia господина передъ рабомъ. Многія изъ этихъ рѣшеній и принадлежатъ юристамъ такой отдаленной эпохи, когда не существовало еще никакихъ представленій о debita naturalia между рабомъ и господиномъ—Сервію, Лабеону и Кассію.

Намъ остается разсмотрѣть еще одно рѣшеніе, которое на первый взглядъ можетъ быть поставлено въ связь съ debita naturalia, существующими между бывшимъ господиномъ и его рабомъ, отпущеннымъ на волю, а именно:

L. 1 § 18 D. 42, 6. Ulpianus 64 ed. Item sciendum est ne-

---

[289]) См. выше стр. 113 сл.; 121 сл.

[290]) Выше прим. 235 и 236.

[291]) Выше прим. 237.

cessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, si non attigerit bona patroni, in ea causa sit, ut ei quidquid postea adquisierit separetur: sed et si quid ei a testatore debetur.

Рѣчь идетъ здѣсь о рабѣ, который въ завѣщаніи своего господина отпущенъ на волю и назначенъ наслѣдникомъ. Такой рабъ дѣлается heres necessarius, т. е. онъ становится свободнымъ и наслѣдникомъ помимо своей воли. Римляне пользовались этой нормой, главнымъ образомъ, тогда, когда наслѣдство было чрезмѣрно обременено долгами. Чтобы отклонить отъ своего имени infamia, которая падаетъ на должника, неспособнаго уплатить кредиторамъ, наслѣдодатель въ подобномъ случаѣ назначалъ своимъ наслѣдникомъ отпускаемаго въ томъ же завѣщаніи на волю раба. Этотъ рабъ становился наслѣдникомъ помимо своей воли, конкурсъ производился на его имя и infamia падала на него. Преторъ, однако, смягчилъ положеніе такого раба, предоставляя ему право на separatio bonorum. Отъ infamia либертъ спастись не могъ, но онъ могъ, по крайней мѣрѣ, если не вмѣшивался въ дѣла наслѣдства, сохранить въ цѣлости свое собственное имущество, которое онъ пріобрѣлъ послѣ выхода на волю. Разъ либертъ испрашивалъ separatio bonorum, это имущество не смѣшивалось съ наслѣдственной массой и не шло на удовлетвореніе кредиторовъ послѣдней [292]). Объ этой-то separatio bonorum и говоритъ Ульпіанъ, прибавляя въ концѣ, что съ ея помощью либертъ сохранитъ даже тѣ требованія, которыя онъ имѣлъ противъ самого завѣщателя; эти требованія будутъ спасены отъ уничтоженія ихъ вслѣдствіе confusio.

Спрашивается, о какихъ требованіяхъ говоритъ здѣсь Ульпіанъ? Неужели о тѣхъ долгахъ, которые лежали на господинѣ по отношенію къ пекулію раба? Но какой же смыслъ былъ бы въ ихъ сохраненіи, разъ для этихъ долговъ по отпущеніи раба на волю въ качествѣ послѣдствій намъ указаны лишь возможность уплаты со стороны господина, легата долга и включенія долга въ отказанный пекулій? Уплаты господинъ теперь произвести не можетъ, а легатъ долга или пекулія и невозможенъ по отношенію къ рабу, который является единственнымъ наслѣдникомъ господина, и во всякомъ случаѣ,

---

[292]) См. Gai II, 153—155.

еслибы и былъ возможенъ, долженъ бы былъ удовлетворяться лишь по уплатѣ долговъ наслѣдства изъ остатка, котораго, однако, въ настоящемъ случаѣ получиться не можетъ. Предоставлять же рабу на основаніи этого текста добиваться уплаты натуральнаго долга господина принудительнымъ путемъ въ формѣ иска или хоть компенсаціи мы не имѣемъ права: это бы было чрезвычайно сильнымъ и неслыханнымъ послѣдствіемъ натуральнаго обязательства раба, на которое ни въ данномъ текстѣ, ни во всѣхъ остальныхъ нѣтъ ни малѣйшаго указанія.

Остается поэтому лишь одинъ выходъ: отнести слова Ульпіана къ исковымъ требованіямъ либерта противъ наслѣдственной массы, которыя могли возникнуть уже по полученіи имъ свободы. Такія требованія мыслимы; именно, источники знакомятъ насъ, по крайней мѣрѣ, съ однимъ случаемъ такого рода: если рабу какимъ либо третьимъ лицомъ былъ оставленъ условный легатъ въ завѣщаніи, гдѣ наслѣдникомъ былъ назначенъ его господинъ, и условіе легата наступило уже по выходѣ легатарія на свободу, то легатъ долженъ быть выплаченъ либерту господиномъ. Таково, по крайней мѣрѣ, было мнѣніе сабиніанцевъ, восторжествовавшее въ позднѣйшемъ правѣ [293]). Относительно такого рода требованія къ наслѣдственной массѣ либертъ дѣйствительно стоялъ наравнѣ съ прочими кредиторами наслѣдодателя, а потому это требованіе при separatio bonorum должно было сохраняться отъ дѣйствія confusio. Либертъ могъ предъявить или вещный искъ, если легатъ былъ per vindicationem, или обязательственный, если онъ былъ per damnationem [294]).

Такимъ образомъ, упоминаемая Ульпіаномъ separatio bonorum не имѣетъ никакого отношенія къ debita naturalia, существующимъ между рабомъ и господиномъ.

Результаты нашего изслѣдованія сводятся къ тому, что обязательство господина передъ рабомъ вообще получило у римлянъ весьма небольшое развитіе. Во время существованія dominica potestas, если оставить въ сторонѣ нормы о statuliber, развившіяся внѣ всякой связи съ ученіемъ о натуральныхъ обязательствахъ, зна-

---

[293]) Gai II, 244, § 32 J. 2, 20.

[294]) Ср. къ изложенному Machelard, стр. 192—194. Accarias Précis т. I, стр. 921 пр. 2.

ченіе обязательствъ господина сводится къ тому, что при опредѣленіи величины condemnatio по a. de peculio эти обязательства принимаются во вниманіе; возникаютъ они, впрочемъ, лишь при наличности желанія господина быть должникомъ своего раба. Въ виду того, что это послѣдствіе само по себѣ никакого значенія для раба лично не имѣетъ, будучи создано въ интересѣ его кредиторовъ еще до появленія ученія о натуральныхъ обязательствахъ, а другими послѣдствіями юристы не находили возможнымъ снабжать долги господина рабу въ теченіе рабства, юристы и не конструируютъ для господина никакого «naturale debitum» къ рабу, пока послѣдній еще находится подъ dominica potestas. Послѣ отпущенія раба на волю долгъ господина, до той поры имѣвшій только чисто фактическое значеніе счетной единицы, снабжается уже новыми послѣдствіями, созданными въ интересахъ самого раба. Именно, господинъ можетъ уплатить этотъ долгъ либерту и уплата не подлежитъ condictio indebiti, даже будучи сдѣлана по заблужденію въ существованіи искового долга. Далѣе, господинъ можетъ сдѣлать свое debitum naturale предметомъ особаго легата либерту или же распорядиться о его причисленіи къ peculium legatum. Эти послѣдствія были достаточны для того, чтобы на ихъ основаніи говорить о имѣющемъ для самого раба юридическое значеніе долгѣ господина къ рабу. Но они были недостаточны, чтобы конструировать право требованія раба къ господину, говорить о настоящемъ обязательствѣ, хотя бы лишенномъ иска и выводимомъ изъ jus naturale. Отсюда, наши юристы и послѣ отпущенія раба на волю говорятъ только о «debitum naturale» господина, но не объ «obligatio naturalis», по которой либертъ являлся бы кредиторомъ своего бывшаго господина [295]).

Такъ какъ фактической подкладкою этого debitum naturale, получающаго юридическое значеніе для раба лишь послѣ его manumissio, остается тотъ долгъ, который еще при существованіи dominica potestas имѣлъ значеніе счетной единицы при computatio peculii, то и послѣ manumissio мыслимы лишь такія debita naturalia, которыя во время рабства возникли ex causa peculiari по желанію

---

[295]) Подробно разница между debitum naturale и obligatio naturalis выяснена будетъ въ главѣ XII.

господина. Только такіе долги могутъ быть, по указанію источниковъ, предметомъ завѣщательныхъ распоряженій въ пользу либерта [296]); только они могутъ быть и предметами дѣйствительной solutio. Но, съ другой стороны, нѣтъ никакого основанія утверждать, что эти debita naturalia лежатъ на господинѣ предъ либертомъ лишь въ томъ случаѣ, если либертъ сохраняетъ свой пекулій. О необходимости такого реквизита источники ничего не говорятъ; и уплата debiti, и legatum debiti упоминается въ нихъ внѣ всякой связи съ вопросомъ о томъ, достался ли либерту его рабскій пекулій или нѣтъ [297]). И логическія соображенія также убѣждаютъ насъ въ ненужности этого реквизита: вѣдь debitum naturale господина есть самостоятельный долгъ послѣдняго, основанный на томъ, что по jus naturale господинъ можетъ обязываться даже предъ рабомъ; положеніе juris naturalis не было проведено римскими юристами въ этомъ случаѣ вполнѣ послѣдовательно, но ничто не заставляетъ насъ думать, что они ставили существованіе натуральнаго долга господина либерту, который и безъ того не могъ возникнуть иначе, какъ ex causa peculiari, еще въ зависимость отъ того, сохранилъ ли либертъ свой пекулій. Это значило бы, что юристы напр. лишили бы господина права дѣлать либерту legatum debiti, если онъ не оставилъ либерту всего пекулія, или, при наличности того же условія, сочли бы за дареніе уплату долга, которая была бы сдѣлана господиномъ въ полномъ сознаніи о несуществованіи у либерта иска противъ него [298]).

---

[296]) См. разнообразныя выше L. 6 § 4. L. 23 § 1. D. 33, 8.

[297]) См. L. 64 D. 12, 6 и L. 40 § 3 D. 35, 1.

[298]) Иного мнѣнія Pernice, Labeo I, стр. 156 и Mandry, op. cit. т. I, стр. 161—164. Основанія, приводимыя Перницомъ, опровергнуты уже выше стр. 126 сл. Что же касается Mandry, то L. 3 § 2 D. 40, 7, на которую ссылается этотъ писатель, какъ указано выше, не стоитъ въ связи съ ученіемъ о naturalia debita, да она и помимо этого едва ли годится для подтвержденія его мысли. Что же касается L. 64 D. 12, 6, то объ этомъ источникѣ Mandry замѣчаетъ, что здѣсь предполагается оставленіе пекулія у либерта, которое составляетъ общее правило при манумиссіяхъ. Однако, если принять во вниманіе, что пекулій по общему правилу оставлялся лишь при manumissio inter vivos а не mortis causa (Pernice, Labeo т. I стр. 148), то объясненіе Mandry уже не можетъ быть примѣнено къ L. 40 § 3 D. 35, 1, гдѣ рѣчь идетъ о рабѣ, получающемъ сво-

III. Гораздо бо̀льшее развитіе у классическихъ юристовъ получилъ третій случай натуральнаго обязательства раба, а именно: натуральное обязательство, по которому рабъ является должникомъ какого-либо третьяго лица.

Упоминанія объ «obligatio naturalis» въ этомъ случаѣ встрѣчаются въ источникахъ сравнительно очень часто. Первый разъ о ней упоминаетъ Юліанъ, рѣшеніе котораго реферируется Африканомъ l. 7 quaestionum [298]). Юліанъ, говоря здѣсь о naturalis obligatio раба предъ третьимъ кредиторомъ, отмѣчаетъ, что она сохраняется послѣ manumissio раба и должна быть отличаема отъ обязательства господина de peculio, и знаетъ возможность установленія за нее поручительства и совершенія по ней уплаты. Далѣе, объ этомъ обязательствѣ упоминаетъ Помпоній, цитируемый у Павла l. 10 ad Sabinum.

L. 13 pr. D. 12, 6. Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine ejus solvat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, [vel] ex peculio, cujus liberam administrationem habet, repeti non poterit: et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pigneraticia reddenda est.

Выше мы уже имѣли случай отмѣтить, почему мы относимъ это мѣсто только къ обязательствамъ раба предъ третьими ли-

---

боду въ завѣщаніи; Maudry вообще этотъ фрагментъ упускаетъ изъ виду (такъ же какъ Schwanert и Machelard, которые имъ не пользуются при разборѣ ученія о долгѣ господина рабу). L. 14 D. 44, 7, упоминаемая у Mandry, относится къ обязательствамъ между рабомъ и 3-мъ лицами. L. 20 § 2 D. 40, 7, подобно L. 3 § 2 D. eod., стоитъ внѣ связи съ ученіемъ о натуральныхъ обязательствахъ. Остальные источники, цитируемые у Mandry,—L 38 pr. D. 12. 6 и L. 20 § 1. L. 25 § 19 D. 10, 2 относятся къ filius familias и не содержатъ въ себѣ аргументовъ въ пользу воззрѣнія Mandry. См. объ этихъ источникахъ главу III, прим. 118 - 121.—При счисленіи размѣровъ пекулія по поводу вчиняемой къ наслѣдникамъ господина a. de peculio annalis долги господина рабу, конечно, присчитываются къ пекулію (arg. L. 38 § 2 D. 12, 6); но эта computatio in peculium создана въ интересахъ 3-хъ кредиторовъ еще раньше развитія ученія о naturalia debita господина рабу и не стоитъ въ связи съ нормами объ этихъ nat. debita, признанныхъ въ интересахъ раба. Ср. главу III, пр. 117 и 118.

[298]) L. 21 § 2 D. 46, 1. См. объ этомъ фрагментѣ выше, прим. 139.

цами [300]). Мы объяснили тогда также, что Помпоній въ своемъ разсужденіи останавливался на fidejussio, а замѣчаніе о возможности залога принадлежитъ уже его референту—Павлу [301]).

Дальнѣйшія упоминанія мы находимъ у Гая, который также разсуждаетъ о поручительствѣ за это обязательство раба [302]), у Сцеволы, который признаетъ, что это обязательство можетъ переходить на наслѣдниковъ кредитора [303]), у Папиніана, который заботится объ разграниченіи обязательства раба отъ обязательства господина de peculio [304]). Павелъ, помимо указанной уже L. 13 pr. D. 12, 6, говоритъ о «natura debere» раба третьему кредитору еще въ извѣстномъ намъ также мѣстѣ о negotiorum gestio, гдѣ онъ дѣлаетъ неудачную поправку къ мнѣнію старыхъ юристовъ—Прокула, Цегаза и Нерація [305]). Obligatio naturalis имѣется имъ въ виду, конечно, и въ слѣдующемъ мѣстѣ:

Paulus R. S. II, 13, 9. Servus si mutuam pecuniam servitutis tempore acceperit, ex ea obligatione post manumissionem conveniri non potest.

Къ обязательствамъ между рабомъ и третьими лицами относится, какъ указано было выше, выраженіе Ульпіана l. 7. disputationum, что рабы «ex contractibus... civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant» [306]). Далѣе, какъ мы также имѣли случай отмѣтить, по всей вѣроятности и l. 43 ad Sabinum Ульпіанъ говорилъ объ натуральныхъ обязательствахъ между рабомъ и третьими лицами; сообщивъ, что съ точки зрѣнія положительнаго права сдѣлки рабовъ съ третьими лицами только даютъ фактическую основу для исковъ господина и противъ послѣдняго, онъ затѣмъ перешелъ къ jus naturale и, вѣроятно, указывалъ, что съ точки зрѣнія jus naturale рабы получаютъ самостоятельныя права и обязанности изъ этихъ сдѣлокъ [307]).

---

[300]) См. прим. 144.

[301]) См. прим. 143.

[302]) Gai III, 119-a.

[303]) L. 56 pr.—§ 2 D. 35, 2 Marcellus 22 dig.

[304]) L. 50 § 2 D. 15, 1. Papin. 9 quaest.

[305]) L. 18 (19) pr. D 3, 5. См. выше стр. 94 сл.

[306]) L. 14 D. 44, 7. См. выше стр. 128.

[307]) L. 41 D. 15, 1 въ связи съ L. 32 D. 50, 17. Lenel Pp. 2889. См. выше стр. 101 сл.

Наконецъ, Институціи Юстиніана заимствуютъ у Гая его разсужденіе о поручительствѣ за обязательство раба предъ третьими лицами [308]); объ этомъ обязательствѣ распространяется также комментаторъ Институцій Θеофилъ [309]).

Иногда юристы просто говорятъ о «debitum servi», о томъ, что «servus extraneo debet» [310]).

Нѣкоторые изъ названныхъ юристовъ, какъ напримѣръ Гай, Павелъ и Ульпіанъ, въ другихъ мѣстахъ своихъ сочиненій, съ которыми мы уже познакомились, очень категорически утверждаютъ, что рабъ не можетъ обязываться (obligari) предъ третьими лицами [311]). Спрашивается, чѣмъ объяснить подобное явленіе? Намъ кажется наиболѣе правильнымъ слѣдующее объясненіе, которое мы находимъ у Mandry по поводу обязательствъ между домовладыкой и подвластнымъ сыномъ [312]): «этотъ образъ выраженій на ряду съ признаніемъ натуральныхъ долговъ лучше всего объясняется, если мы будемъ исходить изъ того, что въ болѣе раннее время недѣйствительность сдѣлокъ inter patrem et filium была безусловной, въ это время было формулировано правило и формулированное такимъ образомъ правило—безъ вниманія къ происшедшему съ теченіемъ времени измѣненію права—удержалось и примѣнялось вездѣ, гдѣ только не было рѣчи именно о натуральномъ долгѣ» [313]).

---

[308]) § 1 J. 3, 20.

[309]) Theoph. ad § 1 J. 3, 20 и ad § 3 J. 3, 29.

[310]) См. напр. L 9 § 4, 5 D. 15, 1. L. 6 § 5. L. 8 pr. D. 33, 8. L. 19 § 4 D. 39, 5. L. 7 § 4 D. 15, 3.

[311]) Gai III, 104. L. 43 D. 44, 7. Paul. 72 ed. См. выше прим. 24 и 26. Ульпіанъ выражется такимъ образомъ по поводу сдѣлокъ между рабомъ и господиномъ, изъ которыхъ онъ самъ же признаетъ возникновеніе для раба натуральнаго долга. Ср. L 22 pr. D. 50, 17 (выше прим. 22) съ L. 11 § 2 D. 15, 1 (выше стр. 103).

[312]) Familiengüterrecht, т. I стр. 367; ср. стр. 343.

[313]) Ср. другое объясненіе напр. у Savigny, System т. II, стр. 425, прим. h. „По буквѣ нѣкоторыхъ мѣстъ можно бы было думать, что здѣсь не возникаетъ для раба никакой obligatio, даже naturalis. Однако эти мѣста вполнѣ объясняются не рѣдкимъ и въ иныхъ случаяхъ словоупотребленіемъ, по которому naturales obligationes обозначаются, какъ ненастоящія обязательства, такъ что при наличности ихъ отрицается существованіе вообще obligationis... Obligatio тогда имѣетъ значеніе, равное съ искомостью (Klagbarkeit)".

Обратимся къ разсмотрѣнію послѣдствій, которыя способна вызывать разсматриваемая нами obligatio naturalis раба предъ третьимъ лицомъ.

Прежде всего нѣсколько замѣчаній отрицательнаго характера. Actio de peculio, даваемая по поводу сдѣлки раба съ третьими лицами противъ домовладыки, не является послѣдствіемъ obligatio naturalis раба. Римскіе юристы неоднократно предостерегаютъ отъ смѣшенія обязательства господина de peculio и натуральнаго обязательства раба Это различіе оттѣнено въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ:

L. 21 § 2 D. 46, 1. Africanus l. 7 quaestionum. Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fidejussorem accepi. si quidem in eam obligationem fidejubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait [Julianus]: sin vero in naturalem suam, potius ut nihil agatur; non enim intellegi posse, ut quis pro se fidejubendo obligetur [314]).

L. 50 § 2 D. 15, 1 Papinianus l. 9 quaestionum. Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest et [ideo del. Mom.], qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.

И Юліанъ, и Папиніанъ отличаютъ obligatio naturalis servi отъ obligatio domini de peculio; первый отмѣчаетъ, что либертъ можетъ ручаться за послѣднюю obligatio, но не за свою собственную; второй указываетъ, что послѣ litis contestatio по a. de peculio натуральное обязательство раба остается въ полной силѣ и за него возможно установленіе поручительства [315]).

Настоящее отношеніе между натуральнымъ обязательствомъ раба и обязательствомъ господина de peculio рисуетъ намъ Ульпіанъ l. 43 ad Sabinum, если только правильно высказанное нами уже предположеніе о полномъ содержаніи того мѣста въ этомъ сочиненіи, изъ котораго въ Дигестахъ Юстиніана мы находимъ лишь

---

[314]) См. объ этомъ fr. прим. 299 выше.

[315]) См. также L. 35 D. 46, 1 Paulus 2 Plaut.

два разбитыхъ куска (L. 41 D. 15, 1 и L. 32 D. 50, 17) [316]). По нашему предположенію Ульпіанъ начиналъ свое разсужденіе съ того, что сообщалъ слѣдующее: сдѣлка раба съ третьими лицами съ точки зрѣнія jus civile (въ смыслѣ положительнаго права вообще) является простымъ фактомъ, который только порождаетъ для господина искъ противъ третьихъ лицъ и налагаетъ на господина преторское обязательство предъ третьими лицами, защищаемое черезъ a. adjecticiae qualitatis (L. 41 D. 15, 1). Упомянувъ затѣмъ объ отношеніи къ рабамъ естественнаго права (L. 32 D. 50, 17), Ульпіанъ, вѣроятно, заканчивалъ тѣмъ, что отмѣчалъ возникновеніе для самого раба активныхъ и пассивныхъ натуральныхъ обязательствъ изъ той самой фактической основы. Такое разсужденіе вполнѣ правильно рисовало бы намъ отношеніе между этими двумя обязательствами: одинъ и тотъ же фактическій составъ порождаетъ здѣсь два обязательства: обязательство раба, незащищенное искомъ, и обязательство господина de peculio; содержаніе послѣдняго въ общемъ совпадаетъ съ содержаніемъ обязательства подвластнаго [317]), но взысканіе по нему ограничивается размѣромъ наличнаго къ моменту кондемнаціи пекулія. Обязательство раба основано на jus naturale, т. е. является результатомъ работы юристовъ, а obligatio domini—на jus honorarium, которое создало actiones adjecticiae qualitatis [318]).

На такое отношеніе указываетъ и formula actionis de peculio, насколько намъ позволяютъ ее возстановить источники. Эта формула, по всей вѣроятности, содержала такъ называемую перестановку лицъ [319]); въ intentio упоминался подвластный, а condemnatio редактирована была на имя домовладыки. Intentio была редактирована in jus или in factum, сообразно формулѣ того иска, который вытекалъ бы изъ сдѣлки раба противъ него самого, еслибы рабъ былъ свободенъ; при сдѣлкахъ раба intentio in jus, кромѣ того,

---

[316]) См. объ этомъ выше стр. 101 сл.; прим. 307.

[317]) См. напр. о вліяніи mora на обязательство господина Mandry. op. cit. т. II стр. 281 сл.

[318]) См. о конструкціи этихъ обязательствъ Mandry, op. cit. т. II § 76.

[319]) Съ этимъ выводомъ Келлера согласенъ и Mandry op. cit. т. II, стр. 256—258.

должна была содержать въ себѣ фикцію «si liber esset» [320]). Condemnatio содержала въ себѣ ограниченіе: «dumtaxat de peculio» [321]): Такимъ образомъ, a. de peculio, даваемая по поводу depositum, заключеннаго рабомъ Стихомъ, должна имѣть приблизительно слѣдующій видъ:

Quod A-s A-s apud Stihum, qui in N-i N-i potestate est, mensam argenteam deposuit, q. d. r. a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex jure Quiritium, A-o A-o dare facere oporteret ex fide bona, ejus judex N-m N-m A-o A-o dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N-i N-i factum est, quo minus peculii esset, vel si quid in rem N-i N-i inde versum est, condemna s. n. p. a. [322]).

Однако, между этими двумя обязательствами есть связь, весьма понятная, такъ какъ оба они возникаютъ изъ одного и того же фактическаго состава (negotium servi) и содержаніе одного изъ нихъ обусловлено содержаніемъ другого. Именно, источники намъ показываютъ, что нѣкоторые способы погашенія обязательствъ уничтожаютъ и то, и другое обязательство. Такъ, solutio, исходящая отъ господина, можетъ уничтожить и обязательство господина de peculio, и натуральное обязательство раба, если она сдѣлана in solidum [323]); acceptilatio, совершаемая рабомъ, уничтожаетъ не только долгъ раба, но и долгъ господина [324]).

Помпоній l. 31 ad Sabinum заходитъ даже такъ далеко, что признаетъ освобожденіе поручителей, данныхъ за натуральное обязательство раба, на основаніи litis contestatio по a. de peculio противъ господина:

---

[320]) Это защищаетъ Lenel, Edictum perpetuum, стр. 209 сл.; стр. 225 противъ Mandry op. cit. II, 259 сл., предполагавшаго однообразную intentio in factum во всѣхъ случаяхъ.

[321]) Это доказываетъ Lenel, Ed. perp. стр. 223 сл. противъ Bekker, Aktionen, т. II стр. 341 сл. Противъ Bekker'a, хотя съ помощью иныхъ аргументовъ, выступаетъ и Mandry op. cit. т. II, стр. 364—372.

[322]) Lenel, Ed. perp. стр. 225. Ср. ко всему сказ. еще Girard, Manuel, стр. 645 пр. 1—3, стр. 648 пр. 1.

[323]) См напр. L. 38 § 2 D. 46, 3 Afric. 7 quaest.

[324]) L. 8 § 4 D. 46, 4 Ulp. 48 Sab... idem erit et in servo dicendum: nam et servus accepto liberari potest et tolluntur etiam honorariae actiones, si quae sunt adversus dominum.

L. 21 § 4 D. 44, 2. Si pro servo meo fidejusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicata.

Krüger [325]) ставилъ это мѣсто въ связь съ спеціальной функціей exceptionis rei judicatae; онъ предполагалъ въ фактическомъ составѣ, изслѣдуемомъ Помпоніемъ, наличность освободительнаго рѣшенія по a. de peculio. Натянутость этого толкованія уже отмѣчена Bekker'омъ [326]): оно вноситъ въ текстъ источника то, чего въ немъ нѣтъ. Правильнѣе думать, что Помпоній имѣлъ въ виду litis contestatio и что компиляторы замѣнили въ его изложеніи ссылку на exceptio rei in judicium deductae упоминаніемъ объ exceptio rei judicatae.

Но въ такомъ случаѣ оказывается, что Помпоній со своимъ рѣшеніемъ стоялъ въ противорѣчіи съ Папиніаномъ и Юліаномъ. Первый (въ L. 50 § 2 D. 15, 1, выписанной выше) отмѣчалъ, что obligatio naturalis servi «non deducitur in judicium», если предъявлена a. de peculio, и что за нее можно устанавливать вновь поручительство; послѣдовательно предположить, что и ранѣе установленные за обязательство раба поручители не освобождаются въ этомъ случаѣ съ точки зрѣнія Папиніана. Юліанъ говоритъ объ освобожденіи поручителей за раба въ томъ случаѣ, если господинъ, осужденный по a. de peculio, уплатилъ долгъ; слѣдовательно, онъ не считалъ поручителей освобожденными благодаря одной litis contestatio съ господиномъ раба [327]). Такимъ образомъ, юристы не были согласны относительно рѣшенія этого вопроса.

Нѣсколько иной фактическій составъ имѣетъ предъ собою Proculus l. 7 epistularum. Здѣсь мы читаемъ:

L. 84 D. 46, 3. Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fidejussores ejus respondit. At si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fidejussores ejus recte legisti.

О какихъ поручителяхъ говоритъ здѣсь Прокулъ: о поручите-

---

[325]) Processualische Consumtion (1864 г.), стр. 200 сл.

[326]) Actionen. т. II стр. 351; ср. т. I стр. 321.

[327]) L. 38 § 2 D. 46, 3. Afric. 7 quaest. Ср. Bekker, Akt. II стр. 351; I стр. 321.

лахъ за obligatio naturalis servi или же за obligatio domini de peculio? Беккеръ находитъ, что выраженіе Прокула: «fidejussores ejus» двусмысленно, такъ какъ «ejus» можетъ быть отнесено и къ рабу и къ господину, но самъ высказывается за отнесеніе этого слова къ рабу [328]). Мы не считаемъ этого толкованія правильнымъ. Дѣло въ томъ, что въ эпоху Прокула едва ли были уже извѣстны какъ натуральныя обязательства раба, такъ въ особенности поручители за нихъ; первое упоминаніе о поручительствѣ за obl. naturalis принадлежитъ Юліану, который заботливо мотивируетъ возможность такой fidejussio, и Помпонію [329]). Слѣдовательно, Прокулъ могъ имѣть въ виду только поручителей за obligatio domini de peculio; поэтому съ его точки зрѣнія и выраженіе «fidejussores ejus» не было двусмысленно: «ejus» могло означать только «domini». Такимъ образомъ, Прокулъ рѣшаетъ, что поручители за господина не освобождаются благодаря вчиненію a. de peculio, но освобождаются вслѣдствіе уплаты, сдѣланной рабомъ изъ пекулія. Основаніе этого, рѣшенія понятно: если предположить, что пекулія въ моментъ condemnatio не хватило на покрытіе всего долга, то искъ противъ господина и не могъ вполнѣ удовлетворить кредитора; напротивъ, уплата раба производилась in solidum [330]) и потому вполнѣ покрывала собою долгъ. Соотвѣтственно съ этимъ искъ de peculio могъ быть повторяемъ уже противъ самого господина нѣсколько разъ при послѣдующемъ увеличеніи пекулія, пока кредиторъ не удовлетворялся вполнѣ [331]). А разъ это такъ, то тѣмъ болѣе нельзя было считать поручителей за господина освобожденными вслѣдствіе одной litis contestatio съ господиномъ: не консу-

---

[328]) Aktionen т. I, стр. 321. См. также Machelard, стр. 181. Schwanert, стр. 262 пр. 46.

[329]) L. 16 § 3, 4 D. 46, 1. L. 13 pr. D. 12, 6. L. 2. D. 46, 1. См. главу XII.

[330]) Съ точки зрѣнія Прокула, уплата эта, вѣроятно, также дѣлалась только для погашенія долга господина; см. прим 335.

[331]) См. L. 30 § 4 D. 15, 1 Ulp. 29 ed L. 26 § 1. D. 12, 2. Cassius ap. Paul. 28 ed.—Mandry op. cit. т. II, стр. 367 сл. пытается объяснить эти рѣшенія тѣмъ, что въ нихъ разумѣется restitutio in integrum иска, и этимъ желаетъ опровергнуть соотвѣтствующее нашему толкованіе Bekker'a, Aktionen. т. II, стр. 343 - 344. Однако, на restitutio in integrum нѣтъ въ источникахъ и намека, и замѣчаній Беккера Mandry не опровергъ на стр. 372. См. въ смыслѣ Bekker'a также и Lenel, Ed. perp. стр. 227 пр. 2.

мируя иска противъ самого господина, вчинаніе actionis de peculio еще менѣе должно было консумировать искъ противъ поручителей за господина [332]). Такимъ образомъ, по мнѣнію Прокула вчинаніе a. de peculio не консумируетъ иска даже противъ поручителей за самого dominus'a. Прокулъ стоитъ, слѣдовательно, ближе къ Папиніану и Юліану, нежели къ Помпонію.

По поводу долговъ раба предъ третьими лицами въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ источники упоминаютъ о deductio de peculio. Именно, Ульпіанъ l. 29 ad edictum рѣшаетъ, что господинъ раба, отвѣчая по a. de peculio, можетъ вычитать изъ пекулія не только долги раба по отношенію къ самому господину, но и то, что рабъ задолжалъ лицамъ, находящимся подъ опекой и попечительствомъ господина, или лицамъ, дѣла которыхъ ведетъ господинъ. Мотивируется это рѣшеніе слѣдующимъ образомъ: тотъ, кто ведетъ чужія дѣла въ качествѣ опекуна, попечителя или gestor'a, обязанъ уплатить хозяину этихъ дѣлъ свои собственные долги; слѣдовательно, онъ обязанъ уплатить и долги раба, принадлежащаго ему; отсюда и возникаетъ его право deducere эти долги ex peculio; эта deductio (конечно, въ связи съ сопровождающей ее ademtio peculii, насколько это нужно для покрытія долга) равносильна уплатѣ долга; въ сущности, господинъ считается уплатившимъ за раба изъ своего имущества и затѣмъ совершившимъ deductio de peculio на основаніи того требованія къ рабу, которое для него самого возникло изъ этой уплаты [333]).—Далѣе, если третій кредиторъ раба станетъ наслѣдникомъ тому, кто отвѣчаетъ по a. de peculio annalis (предполагается, что рабъ уже умеръ), то онъ можетъ deducere de peculio долги, которые лежали на рабѣ по отношенію къ нему [334]).—Мы уже неоднократно замѣчали, что сама по себѣ deductio de peculio не является въ строгомъ смыслѣ слова послѣдствіемъ натуральнаго

---

[332]) Не зная еще поручителей за obl. naturalis раба, Прокулъ не могъ дѣлать того различія въ отвѣтственности поручителей за господина и за раба, которое дѣлаетъ, напр., Павелъ въ L. 35 D. 46, 1, и могъ принимать, что поручители за господина отвѣчаютъ in solidum, такъ какъ и съ самого господина путемъ послѣдовательнаго предъявленія иска можно взыскать solidum.

[333]) L. 9 § 4 D. 15, 1.—См. къ этому Mandry, op. cit. т. II, стр 383 сл. стр. 401.

[334]) L. 9 § 5 D. 15, 1 in fine Julianus ap. Ulp. 29 ed.

обязательства раба: она не была выведена юристами изъ созданнаго ими понятія о натуральномъ обязательствѣ раба, но, напротивъ, появленіе ея предшествовало признанію этого понятія.

Настоящимъ послѣдствіемъ натуральнаго обязательства раба предъ третьимъ кредиторомъ является возможность совершать на его основаніи уплату — solutio,—которая не подлежитъ возврату съ помощью condictio indebiti (solutum non repetitur) [335]). Эта уплата можетъ быть сдѣлана въ теченіи рабства, во первыхъ, самимъ рабомъ изъ пекулія; но для этого рабъ долженъ имѣть libera administratio peculii [336]); безъ этой libera administratio рабъ не можетъ отчуждать никакихъ цѣнностей изъ имущества господина, а потому предпринятый имъ для уплаты долга переносъ собственности на деньги, входящія въ составъ пекулія, не имѣетъ силы и деньги эти подлежатъ виндикаціи господина; правда, въ случаѣ consumptio, сдѣланной bona fide, собственность считается перешедшей на получателя и solutio, сдѣланная рабомъ, который не имѣетъ libera administratio, вступаетъ въ силу [337]). Кромѣ того, уплата за раба можетъ быть сдѣлана и какомъ либо третьимъ лицомъ [338]).

Для погашенія своего натуральнаго долга рабъ можетъ совершать не только solutio, но и acceptilatio [339]).

Совершать novatio рабъ можетъ только при наличности libera administratio, если онъ желаетъ, чтобы его novatio имѣла значеніе для a. de peculio противъ господина [340]). О дѣйствіи же novatio

---

[335]) L. 13 pr. D. 12, 6. Pompon ap. Paul. 10 Sab. Papin. 9 quaest. L. 50 § 2 D. 15, 1.—Прокулъ въ L. 84 D. 46, 3, разобранной выше (стр. 152 сл.) не имѣетъ въ виду, вѣроятно, solutio, которая дѣлается рабомъ для погашенія своей obligatio naturalis; въ его время solutio дѣлалась только для погашенія obligatio domini de peculio, единственно тогда извѣстной

[336]) L. 13 pr. D. 12, 6 cit.

[337]) L. 31 § 1 D. 12, 1 въ связи съ L. 48 pr. D. 15, 1. См. также главу III, прим. 241.—Ср. къ сказанному Mandry, op. cit. т. II, стр. 95–98. Schwanert стр. 261. Machelard. стр. 180 сл.

[338]) L. 13 pr. D. 12, 6 cit.

[339]) L. 8 § 4 D. 46, 4. См. выше прим. 321.

[340]) L. 34 pr. D. 46, 2. Gai 3 v. o. L. 21 D. 12, 2. Gai 5 ed. prov. См. Mandry, op. cit. т. II, стр. 89.

только на obl. naturalis самого раба мы не имѣемъ свѣдѣній изъ источниковъ [341]).

Если рабъ имѣетъ libera administratio, то онъ можетъ обезпечить свой натуральный долгъ, отдавая кредитору въ залогъ какую либо вещь, принадлежащую къ пекулію. Точно также и третьи лица могутъ установлять залогъ за его обязательство [342]).

За obligatio naturalis раба возможно поручительство. Это послѣдствіе упоминается Помпоніемъ l. 22 ad Sabinum [343]); въ этой же книгѣ сочиненія Помпонія стояло, вѣроятно, и другое упоминаніе этого юриста о поручительствѣ за натуральный долгъ раба, цитируемое Павломъ l. 10 ad Sabinum [344]). L. 31 ad Sabinum Помпоній высказывалъ извѣстное уже намъ мнѣніе свое, что искъ противъ поручителей за раба консумируется при вчинаніи a. de peculio противъ господина [345]). Мы видѣли, что другіе юристы этого мнѣнія не раздѣляли [346]). Далѣе о поручителяхъ за обязательство раба предъ третьими лицами упоминаетъ Гай [347]), Юліанъ [348]), Папиніанъ [349]), Павелъ, который отмѣчаетъ, что поручители раба остаются обязанными «etiamsi nihil in peculio sit», такъ какъ они, въ отличіе отъ поручителей за obligatio domini de peculio, поручаются in solidum [350]); съ этой fidejussio мы встрѣчаемся также въ Институціяхъ Юстиніана и у Θеофила [351]).

Въ одномъ случаѣ кредиторъ раба можетъ даже воспользо-

---

[341]) Ср. объ этомъ Schwanert стр. 263.

[342]) L. 13 pr. D. 12, 6. Paulus l. 10 Sab. Mandry, l. c. стр. 91. Schwanert стр. 262. Machelard, стр. 181, 182. Подъ a. utilis pigneraticia Павелъ разумѣетъ a. utilis quasi Serviana (Machelard, стр. 181 пр. 1), которая дается, вѣроятно, противъ господина, не какъ a. de peculio, ибо вещные иски не давались de peculio (Mandry, op. cit. т. II, стр. 230 сл.).

[343]) L. 2 D. 46, 1. Что Помпоній имѣетъ здѣсь въ виду поручителей за obligatio naturalis раба, это ясно изъ упоминанія рядомъ о pupillus (конечно, sine tut auct). См. гл. IV прим. 122.

[344]) L. 13 pr. D. 12. 6 (Lenel, Pompon. 689).

[345]) L. 21 § 4 D. 44, 2. См. выше стр. 152

[346]) Выше стр. 152.

[347]) Gai III, 119-a.

[348]) L. 38 § 2 D. 46, 3 Afr. 7 quaest.

[349]) L 50 § 2 D. 15, 1.

[350]) L. 35 D. 46, 1 Paulus 2 ad Plaut.

[351]) § 1 J. 3, 20 и Theoph. ad h. l.

ваться его натуральнымъ долгомъ для настоящей процессуальной компенсаціи. Объ этомъ намъ сообщаетъ Павелъ.

L. 9 pr. D. 16, 2 Paulus l. 32 ad ed. Si cum filio familias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur.

Юристъ имѣетъ въ виду тотъ случай, когда съ рабомъ заключенъ двусторонній обязательственный договоръ (въ данномъ случаѣ societas). Иски изъ этого договора по общему правилу пріобрѣтаются господину; обязанности на господина не ложатся въ полномъ объемѣ: онъ за раба отвѣчаетъ лишь de peculio, а самъ рабъ, хотя и обязывается in solidum, но не можетъ быть принужденъ къ уплатѣ искомъ. Павелъ рѣшаетъ, однако, что, если господинъ вчинитъ искъ изъ контракта раба, то отвѣтчикъ можетъ предъявить къ зачету не обязательство domini de peculio, возникшее по поводу даннаго контракта раба, а натуральное обязательство самого раба ex eadem causa и, такимъ образомъ, добиться отъ господина уплаты сполна, а не въ размѣрахъ пекулія. Юристъ, слѣдовательно, нарушаетъ здѣсь обычныя границы отвѣтственности господина за долги раба, заставляя его отвѣчать за нихъ сполна. Основаніе рѣшенія состоитъ, конечно, въ томъ, что долгъ раба возникъ изъ того же контракта, какъ и взыскиваемый господиномъ долгъ третьяго лица (ex eadem causa). Двустороннее обязательство есть одно цѣлое и потому юристу кажется слишкомъ несправедливымъ дать одной сторонѣ возможность требовать изъ него уплаты сполна, лишая въ тоже время другую сторону всякаго средства добиться уплаты свыше извѣстныхъ предѣловъ. Такъ какъ искомъ для этой цѣли (т. е. in solidum) снабдить натуральное обязательство раба юристъ не рѣшается, то онъ даетъ, по крайней мѣрѣ, соотвѣтственное средство защиты противъ иска другой стороны. Такимъ образомъ, compensatio на основаніи натуральнаго долга раба третьему лицу допущена Павломъ лишь ex eadem causa и мы не имѣемъ права придавать болѣе широкую сферу примѣненія этому послѣдствію, которое до извѣстной степени дѣлаетъ для господина обязательной уплату по натуральнымъ долгамъ раба сверхъ размѣровъ наличнаго пекулія [352]).

---

[352]) См. Appleton, Histoire de la compensation, стр. 65. Въ цитируемой у Bekker, Aktionen т. II, стр. 120 пр. 32 L. 7 § 4 D 15, 3 рѣчь идетъ

Источники не даютъ намъ основанія думать, чтобы возможно было constitutum господина по поводу натуральнаго долга раба третьему лицу [353]).

Натуральные долги раба третьимъ лицамъ могутъ переходить на наслѣдниковъ кредитора; они остаются въ силѣ, если кредитору наслѣдуетъ лицо, отвѣчающее de peculio, и зачитываются in Falcidiam [354]).

Обратимся теперь къ тѣмъ послѣдствіямъ натуральнаго обязательства раба предъ третьими лицами, которыя дѣлаются возможными по отпущеніи должника на волю.

Искъ противъ либерта остается попрежнему въ принципѣ невозможенъ.

L. 2 C. 4, 14. Imp. Antoninus. Creditoribus tuis, qui tibi in servitute mutuam pecuniam crediderunt, nulla adversus te actio competit, maxime cum peculium tibi non esse legatum proponas [355]).

На основаніи послѣдней оговорки цитированной конституціи Schwanert утверждаетъ, что либертъ, по крайней мѣрѣ, въ одномъ случаѣ отвѣчалъ за свои натуральные долги исковымъ путемъ: если при отпущеніи на волю ему былъ оставленъ его пекулій, то противъ него будто бы давалась actio annalis de peculio [356]). Это утвержденіе, однако, неправильно. Actio annalis de peculio въ эдиктѣ обѣщана была на случай прекращенія господской или отеческой власти надъ обладателемъ пекулія только противъ самого бывшаго

не о судебной compensatio, а о зачетѣ, состоявшемся по взаимному соглашенію; я покупаю у раба hereditatem, но отъ уплаты выговоренной цѣны освобождаюсь за то, что я прощаю ему его долги мнѣ (см. Windscheid, Pand. II § 351, 2); на это указываютъ слова „licet nihil solvi.“ Такого рода взаимное прощеніе долговъ могло, конечно, совершаться и между рабомъ и третьимъ кредиторомъ; впрочемъ, на сторонѣ раба для этого слѣдуетъ предполагать libera peculii administratio, которая требуется для всякаго отчужденія пекуліарныхъ цѣнностей. Schwanert стр. 264.

[353]) L. 2 D. 13, 5 говоритъ о constitutum filii nomine; но сынъ обязывается civiliter.

[354]) L. 56 pr.—§ 2 D. 35, 2. Marcellus 22 dig. и Scaevola къ нему. Ср. выше пр. 175 и 190

[355]) См. также Paullus R. S. II, 13, 9. L. 18 (19) § 1 D. 3, 5 (выше прим. 134) L. 21 § 1 D. 16, 3 inf.

[356]) Schwanert, стр. 265 сл.

домовладыки или его универсальныхъ преемниковъ въ томъ размѣрѣ, въ какомъ пекулій сохранялся у нихъ [357]). Соотвѣтственно съ этимъ, a. annalis не давалась противъ самого либерта [358]). Сомнѣнія у юристовъ возникали только въ томъ случаѣ, когда рабъ отпускался на волю въ завѣщаніи и пекулій ему отказывался въ видѣ легата. При этихъ условіяхъ юристамъ казалось невозможнымъ давать actionem annalem противъ наслѣдника, ибо у него пекулія не оставалось, и они по необходимости, безъ опоры въ буквѣ эдикта, давали этотъ искъ противъ либерта. Отголосокъ этого мнѣнія сохранился, между прочимъ, и въ послѣднемъ замѣчаніи цитированной конституціи [359]). Однако впослѣдствіи это мнѣніе было оставлено; рѣшено было, что a. de peculio annalis должна даваться и въ этомъ случаѣ противъ наслѣдниковъ домовладыки; пекулій можно было считать у нихъ наличнымъ, такъ какъ, выдавая его рабу, они получали эквивалентъ въ видѣ освобожденія своего отъ обязательства, наложеннаго на нихъ легатомъ пекулія. Однако наслѣдникамъ предоставлено было право потребовать съ либерта, получающаго пекулій, cautio defensum iri и, такимъ образомъ, матеріально переложить на него тягость пекуліарныхъ долговъ [360]).

Есть только два исключительныхъ случая, когда либертъ исковымъ путемъ принуждается отвѣчать за сдѣлки, заключенныя еще въ рабствѣ. Но въ обоихъ случаяхъ посредствующимъ звеномъ служатъ дѣйствія, предпринятыя либертомъ уже по достиженіи свободы. Именно, 1) мы уже знаемъ, что либертъ, который началъ веденіе чужихъ дѣлъ въ рабствѣ и продолжаетъ его, получивъ свободу, отвѣчаетъ по a. negotiorum gestorum, по крайней мѣрѣ, за тѣ свои дѣйствія въ теченіе рабства, которыя невозможно отдѣлить отъ дѣйствій, совершенныхъ въ состояніи свободы [361]); 2) если рабу

---

[357]) См. о текстѣ эдикта Lenel, Ed. perp. стр. 221, стр. 226.

[358]) Mandry, op. cit т. II, стр. 175, стр. 415.

[359]) См. также L. 1 § 7 D. 15, 2. L 1 § 10 D. 33, 4. L. 9 § 2 D. 14, 4.

[360]) L. 1 § 7 D. 15, 2. L. 18 D. 33, 8.—См. къ изложенному Pernice, Labeo т. I, стр. 151—153. Mandry, въ Zeitschr. f. R G., т. VIII стр. 400 сл.; Familiengüterrecht, т. II, стр. 194—196.

[361]) L. 16 (17) D. 3, 5 Ulp. 35 ed. L. 37 § 1 D. 26, 7 Papin. 11 quaest. О неудачной попыткѣ Павла въ L. 18 (19) pr. D. 3, 5 рѣчь уже была выше стр. 97 сл. См. также прим. 200.

дана была на храненіе вещь и онъ продолжаетъ хранить ее послѣ отпущенія на волю, то противъ него имѣетъ мѣсто a. depositi. Основаніемъ иска является, конечно, то обстоятельство, что рабъ хранитъ у себя вещь и послѣ manumissio. Это храненіе есть достаточное основаніе для предъявленія къ либерту a. depositi о выдачѣ вещи [362]).

Долгъ раба третьему лицу послѣ отпущенія его на волю практически проявляется въ deductio de peculio. Именно, Юліанъ рѣшаетъ, что право на эту deductio должно быть предоставлено даже такому кредитору раба, отпущеннаго на волю, который никогда этого раба подъ своею властью не имѣлъ. Дѣло въ томъ, что кредиторъ раба можетъ сдѣлаться наслѣдникомъ его господина и, въ случаѣ manumissio раба, отвѣчать по actio de peculio annalis. Эта отвѣтственность по общему правилу сопровождается правомъ на deductio. Въ данномъ случаѣ, однако, наслѣдникъ могъ не имѣть раба ни одного момента подъ своею властью: если рабъ отпущенъ въ завѣщаніи на волю безусловно (pure), то онъ дѣлается свободнымъ въ моментъ вступленія наслѣдника въ наслѣдство. Тѣмъ не менѣе Юліанъ считаетъ возможнымъ и такому наслѣднику предоставить право на дедукцію. То же самое рѣшеніе примѣняется въ случаѣ, если рабъ былъ въ завѣщаніи кому-либо отказанъ pure. Эти рѣшенія раздѣляетъ и Ульпіанъ [363]). Соотвѣтственно съ этимъ, Ульпіанъ признаетъ l. 25 ad Sabinum, что, если пекулій отказанъ рабу, отпущенному на волю въ завѣщаніи безусловно, то легатъ долженъ считаться уменьшеннымъ на всю сумму долговъ, которые лежали на обладателѣ пекулія по отношенію къ наслѣднику, хотя послѣдній никогда не былъ господиномъ раба [364]).

Либертъ, обладающій собственнымъ имуществомъ, можетъ совершить уплату своего натуральнаго долга третьему кредитору изъ своихъ средствъ [365]). Онъ можетъ путемъ exprомissio обратить свой

---

[362]) L. 21 § 1 D. 16, 3. Trebatius ap. Paul. 60 ed. Schwanert, стр. 267 сл.

[363]) L. 9 § 5 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. См. Mandry, Familiengüterrecht, т. II, стр. 385.

[364]) L. 8 § 1 D. 33, 8.

[365]) L. 13 pr. D. 12, 6. Pomp. ap. Paul. 10 Sab. L. 83 D. 46, 3. Pompon. 14 var. lect. L. 21 § 2 D. 46, 1. Jul. ap. Afr. 7 quaest. Cf. L. 19 § 4 D. 39, 5 Ulp. 76 ed.

натуральный долгъ въ исковой [366]). Несомнѣнно, что онъ можетъ теперь обезпечивать свой долгъ установленіемъ за него залога изъ собственнаго имущества и установлять за него поручителей.

Юліанъ, цитируемый у Африкана l. 7 quaestionum, разсматриваетъ вопросъ: можетъ ли самъ либертъ выступать поручителемъ за обязательство изъ даннаго ему in servitute займа? Онъ рѣшаетъ этотъ вопросъ слѣдующимъ образомъ: за свою obligatio naturalis, которая остается въ силѣ и послѣ manumissio, либертъ не можетъ быть поручителемъ; но онъ можетъ выступать въ качествѣ поручителя за obligatio domini, по поводу которой существуетъ actio de peculio annalis. Это рѣшеніе приводитъ Юліана къ вопросу: а что будетъ въ томъ случаѣ, если либертъ станетъ наслѣдникомъ своего поручителя? Въ этомъ случаѣ, по мнѣнію Юліана, должны остаться въ силѣ и «causa fidejussionis», изъ которой для либерта возникаетъ теперь цивильное обязательство, и натуральное обязательство самого либерта; практическое значеніе послѣдняго состоитъ въ томъ, что, въ случаѣ гибели цивильнаго обязательства [367]), натуральный долгъ сохранится, какъ основаніе, исключающее repetitio soluti; стеченіе же двухъ цивильныхъ обязательствъ въ подобномъ случаѣ было бы невозможно.—Продолжая изслѣдованіе, начатое Юліаномъ, Африканъ самъ (это показываетъ прямая рѣчь), рѣшаетъ, что и въ случаѣ наслѣдованія поручителя либерту на наслѣдникѣ соединяются два обязательства: полученная по наслѣдству obligatio naturalis и собственная obligatio civilis [368]).

Послѣднее замѣчаніе Африкана показываетъ намъ, что римскіе юристы признавали переходъ натуральнаго долга либерта третьимъ лицамъ на универсальныхъ преемниковъ либерта.

Что касается возникновенія натуральныхъ обязательствъ раба предъ третьими лицами, то изъ числа ихъ основаній исключаются, конечно, всѣ деликты; эти послѣдніе обосновываютъ, какъ мы знаемъ, для третьяго лица a. noxalis, которая по отпущеніи раба на волю дается противъ самого либерта. На основаніи этой послѣдней нормы

---

[366]) L. 19 § 4 D. 39, 5 Ulp. 76 ed.

[367]) Почему оно можетъ погибнуть, см. Machelard, стр. 176 сл.

[368]) L. 21 § 2 D. 46. 1. Afric. 7 quaest. Текстъ выписанъ ниже въ главѣ X пр. 16 - 17.

Ульпіанъ въ извѣстной намъ L. 14 D. 44, 7 конструируетъ даже исковое обязательство раба изъ деликтовъ, совершаемыхъ имъ противъ третьихъ лицъ.

Съ другой стороны мы находимъ въ источникахъ указанія на многіе контракты и квази-контракты, которые приводятъ къ возникновенію долговъ раба третьимъ лицамъ [369]). Наличность пекулія у раба для возникновенія его натуральнаго долга третьему лицу не требуется. Павелъ прямо говоритъ, что рабъ «natura debitor fuit etiamsi nihil in peculio habuit» [370]); въ другомъ мѣстѣ тотъ же юристъ допускаетъ fidejussio in solidum за обязательство самого раба, «etiamsi nihil in peculio sit» [371]). Обладаніе пекуліемъ въ моментъ кондемнаціи необходимо было для осужденія господина по a. de peculio; но и въ этомъ случаѣ долгъ раба не долженъ былъ основываться непремѣнно на causa peculiaris [372]).

Объ особыхъ правилахъ, которыя были установлены по поводу intercessio раба, мы уже имѣли случай говорить выше [373]).

IV. Мы переходимъ къ четвертому возможному случаю, именно: къ натуральному обязательству, по которому рабъ является кредиторомъ третьяго лица.

Наши источники нерѣдко упоминаютъ о третьихъ должникахъ рабовъ; мы встрѣчаемся въ нихъ съ выраженіями, вродѣ «debitores servi» и «id quod servo ab extraneo debetur» и т. п. Эти выраженія понадаются уже у старыхъ юристовъ, каковы Сервій, Кассій [374]),

---

[369]) Mutuum. L. 21 § 2 D. 46, 1. Paul. R. S. II, 13, 9. L. 19 § 4 D. 39, 5. L. 8 § 1 D. 33, 8. L. 83 D. 46, 3. Emtio venditio. L. 14 § 3 D 18, 2. Negotiorum gestio. L. 18, 19 pr. D. 3, 5. Mandatum L. 19. D. 17, 1. Depositum и commodatum. L. 2. D. 46, 1. Societas. L. 9 pr. D. 16, 2. Promissio servi. L. 12 § 1 D. 45, 2 (см. выше прим. 232.)

[370]) L. 18 (19) pr. D. 3, 5 Paul. 2 Ner.

[371]) L. 35 D. 46, 1. Paul. 2 Plaut. — Въ L. 19 D. 17, 1 Помпоній, вѣроятно, приводилъ случай, гдѣ рабъ, имѣющій пекулій, не обязывалъ господина de peculio, но самъ обязывался naturaliter; рабъ, конечно, имѣетъ пекулій, иначе самый вопросъ объ искѣ противъ господина былъ бы слишкомъ тривіаленъ; на то, что Помпоній предполагалъ наличность obl. naturalis раба, а можетъ быть и упоминалъ о ней, указываетъ положеніе отрывка въ подлинномъ сочиненіи Помпонія. См. Lenel, Pompon. 690 пр. 3, Ulp. 2900 пр. 4.

[372]) См. объ этомъ Mandry, op. cit. т. II, стр. 130 сл.; стр. 358 сл.

[373]) См. выше стр. 119 сл.

[374]) L. 3 § 2. D. 40, 7 Ulp. 27 Sab.

Лабеонъ [375]); равнымъ образомъ встрѣчаемъ мы ихъ у такихъ позднихъ юристовъ, какъ Павель [376]) и Ульпіанъ [377]).

Какъ мы уже знаемъ, такія выраженія сами по себѣ, особенно въ устахъ юристовъ до-Юліановской эпохи, не даютъ еще намъ права заключать о томъ, что юристы эти признавали въ лицѣ раба какія-либо самостоятельныя права требованія къ третьимъ кредиторамъ. Мы знаемъ, что по общему правилу всѣ пріобрѣтенія раба, въ томъ числѣ и права требованія изъ его сдѣлокъ, поступаютъ въ patrimonium его господина, ни на минуту не принадлежа самому рабу. Господинъ тотчасъ же дѣлается субъектомъ правъ изъ сдѣлокъ раба [378]). Такимъ образомъ, изъ обязательственныхъ сдѣлокъ раба съ третьими лицами возникаютъ исковыя права требованія господина противъ третьихъ лицъ. Предполагать, что рядомъ съ этимъ возникаютъ въ теченіе рабства еще и натуральныя права требованія для раба [379]), мы не имѣемъ никакого основанія, разъ источники намъ этого прямо не говорятъ. Въ самомъ дѣлѣ, было бы довольно странно, еслибы лицо, заключая извѣстную сдѣлку съ свободнымъ, пріобрѣтало только одного кредитора, а заключая туже сдѣлку съ чужимъ рабомъ, становилось сразу должникомъ двухъ лицъ: цивильнымъ должникомъ господина и натуральнымъ должникомъ раба.

Источники нигдѣ не упоминаютъ о томъ, что въ теченіе рабства изъ сдѣлокъ раба съ третьими лицами возникаютъ натуральныя права требованія для самого раба. Поэтому мы имѣемъ право толковать упоминанія о «debitores servi» и т. п. въ иномъ смыслѣ, именно: видѣть въ нихъ только указанія на извѣстную чисто фактическую связь обязательствъ третьихъ лицъ, возникающихъ изъ сдѣлокъ раба, съ личностью самого раба. Это толкованіе дѣлается тѣмъ болѣе вѣроятнымъ что выраженія такого рода встрѣчаются совершенно одинаково не только у новыхъ юристовъ, но и у та-

---

[375]) L. 3 § 2 D. 40, 7 cit. L. 7 § 5 D. 15, 1 Ulp. 29 ed.

[376]) L. 48 § 1 D. 15, 1. Paul. 17 Plaut.

[377]) L. 7 § 6 D. 15, 1 и источн. въ прим. 374 и 375.

[378]) См. выше прим. 15, 16.

[379]) Какъ это дѣлаетъ, напр., Schwanert, стр. 284 сл.

кихъ старыхъ, какъ Сервій, Лабеонъ и Кассій, которые врядъ ли были знакомы вообще съ понятіемъ натуральнаго обязательства.

Эта фактическая связь проявляется, прежде всего, въ томъ, что сдѣлка, изъ которой возникаетъ право требованія господина, заключается рабомъ. Рабъ есть дѣеспособное лицо, которое выступаетъ контрагентомъ въ сдѣлкѣ. Хотя дѣеспособность его и признана лишь въ тѣхъ размѣрахъ, въ какихъ она можетъ имѣть интересъ для господина (ex persona domini), и потому отъ раба не зависитъ, напримѣръ, перенести право изъ сдѣлки на какое-либо иное лицо вмѣсто своего господина [380]), но контрагентомъ въ сдѣлкѣ остается всетаки онъ самъ и всѣ чисто фактическія условія заключенія сдѣлки обсуждаются по его личности. Напримѣръ, въ случаѣ купли-продажи, совершенной рабомъ безъ спеціальнаго порученія господина о покупкѣ именно данной вещи, имѣетъ значеніе знаніе или незнаніе самого раба-покупателя объ извѣстныхъ свойствахъ товара, а не его господина [381]).

Далѣе, связь эта проявляется въ томъ, что при счисленіи величины фактическаго имущества раба—его пекулія—для опредѣленія суммы кондемнаціи de peculio во вниманіе принимаются всѣ долги третьихъ лицъ пекулію. Именно, требованія изъ тѣхъ сдѣлокъ, которыя рабъ заключилъ съ третьими лицами для пекулія и въ объективной связи съ пекуліемъ (ex causa peculiari), хотя и пріобрѣтаются юридически господину, но фактически причисляются къ пекулію. Иски изъ этихъ сдѣлокъ вчинаетъ, конечно, господинъ; но взысканное съ должниковъ считается поступившимъ въ пекулій. Для этого не нужно каждый разъ особой concessio со стороны господина; достаточно, чтобы господинъ не выразилъ иной воли [382]).

Имѣя libera peculii administratio, рабъ можетъ совершать различные юридическіе акты по поводу этихъ долговъ третьихъ лицъ, причисленныхъ къ пекулію. Всѣ эти акты отражаются на требованіи господина къ должникамъ, но такого рода ихъ значеніе основано на полномочіи, данномъ самимъ господиномъ и состоящемъ въ

---

[380]) См. выше прим. 77—78.

[381]) L. 12 D. 18, 1. Pomp. 31 Qu. Muc. L. 2 D. 44, 6 Ulp. 6 fidei.

[382]) L. 7 § 5—7. L. 9 § 1 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. Выше прим. 265. См. Mandry, op. cit. т. II, § 62.

предоставленіи libera administratio. Такимъ образомъ, получивъ libera administratio, рабъ можетъ заключать по поводу причисленныхъ къ пекулію требованій господина pactum de non petendo [383]), transactio [384]), онъ можетъ delegare debitorem [385]), можетъ jurare, deferre и referre jusjurandum [386]), наконецъ, можетъ принимать уплату отъ должниковъ [387]). Требуется только, чтобы подобныя сдѣлки совершались не donandi animo [388]).

Въ одномъ случаѣ рабъ, еще во время существованія dominica potestas, можетъ воспользоваться долгомъ третьяго лица господину, причисленнымъ къ пекулію, въ своихъ личныхъ интересахъ. Именно, когда statuliber хочетъ исполнить условіе полученія свободы на средства своего пекулія, то для этой цѣли онъ можетъ употребить и суммы, взысканныя наслѣдникомъ господина съ этихъ должниковъ; если наслѣдникъ не хочетъ взыскивать съ нихъ, то statuliber «moram libertatis patitur» [389]). Но это правило, какъ мы уже неоднократно замѣчали, создано favore libertatis и ничего общаго съ ученіемъ о натуральныхъ обязательствахъ не имѣетъ [390]).

Если, такимъ образомъ, ясно, что во время существованія рабства юристы не признавали наличности у рабовъ самостоятельныхъ правъ требованій къ третьимъ лицамъ, то иначе дѣло обстояло послѣ отпущенія раба на волю. Именно, по крайней мѣрѣ, одинъ изъ классическихъ юристовъ—Ульпіанъ отмѣчаетъ, что съ этого момента либертъ можетъ имѣть натуральное право требованія къ третьему лицу. Въ l. 7 disputationum (L. 14 D. 44, 7) Ульпіанъ говоритъ: «ex contractibus autem [servi] civiliter non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor». Выше уже были изложены тѣ основанія, которыя заставляютъ насъ отнести все это

---

[383]) L. 28 § 2. L. 29 D. 2, 14. L. 52 § 26 D. 47, 2.

[384]) L. 52 § 26 D. 47, 2.

[385]) L. 48 § 1 D. 15, 1 въ связи съ L. 34 pr. D. 46, 2.

[386]) L. 20—25 D. 12, 2.

[387]) L. 21 cf. L. 20 D. 12, 2. L. 24 D. 23, 3. L. 3. C. 8, 42 (43).

[388]) L. 52 § 26 D. 47, 2. L. 28 § 2 D. 2. 14. L. 34 pr. D. 46, 2. - Ко всему сказанному см. Mandry, op. cit. т. II, стр. 89, 93, 107 сл.

[389]) L. 3 § 2 D 40, 7.

[390]) См. выше стр. 140 сл.

мѣсто къ сдѣлкамъ раба не съ господиномъ, а съ третьими лицами [391]). Возможно, что Ульпіанъ упоминалъ объ этихъ натуральныхъ требованіяхъ къ третьимъ лицамъ, возникающихъ для раба при его отпущеніи на волю, и въ недошедшемъ до насъ полностью мѣстѣ изъ L. 43 ad Sabinum, гдѣ онъ сперва объяснялъ, что сдѣлки раба съ третьими лицами съ точки зрѣнія jus civile имѣютъ значеніе лишь фактической основы для исковъ господина, а затѣмъ переходилъ къ опредѣленію отношенія къ рабамъ juris naturalis [392]).

Въ качествѣ послѣдствія этой obligatio naturalis Ульпіанъ называетъ намъ только одно: третье лицо можетъ уплатить свой долгъ либерту.

Иныхъ упоминаній объ этой obligatio naturalis мы не имѣемъ. Однако есть рѣшенія, которыя дозволяютъ намъ опредѣлить, по крайней мѣрѣ, въ чемъ состояли тѣ нормы объ уплатѣ со стороны третьихъ лицъ либерту, которыя могли дать Ульпіану матеріалъ для конструированія obligatio naturalis либерта.

Мы уже говорили, что вообще рабъ можетъ принимать уплаты отъ должниковъ господина только при наличности libera peculii administratio. Но рядомъ съ этимъ существовала и другая норма, созданная въ интересахъ третьихъ лицъ — должниковъ. Именно: должникъ считался управомоченнымъ платить рабу всякій долгъ, вытекающій изъ сдѣлки, которая заключена была съ должникомъ именно этимъ рабомъ. При этомъ, безразлично, заключалъ ли рабъ эту сдѣлку ex causa peculiari или повинуясь спеціальному приказанію господина. Это право должника дѣлать уплаты данному рабу продолжается даже послѣ отпущенія раба на волю или отчужденія его, лишь бы должникъ не зналъ объ отчужденіи или manumissio раба, т. е. объ отнятіи у раба полномочія къ полученію уплатъ [393]). До сихъ поръ мы имѣемъ дѣло съ нормами, которыя существуютъ вообще относительно полномочій къ полученію уплаты; третье лицо

---

[391]) См. выше стр. 128.

[392]) L. 41 D. 15, 1 въ связи съ L. 32 D. 50, 17. См. выше стр. 101 сл., пр. 316.

[393]) L. 18 D. 46, 3 Ulp. 41 Sab. L. 32 D. eod. Jul. 13 dig. L. 35 D. eod. Alf. Var. 2 dig. a Paulo epit. L. 27 pr. D. 2, 14 Paul. 3 ed. Cf. L. 11 D. 16, 3 Ulp. 41 Sab. L. 19 D. 46, 3 Pomp. 21 Sab. Ср. Mandry, op. cit. т. II, стр. 94.

можетъ освобождаться уплатой такому уполномоченному, пока оно не знаетъ объ отмѣнѣ полномочія [394]). Если либертъ по отпущеніи на волю принимаетъ уплаты, то онъ получаетъ ихъ для господина, а не для себя; на это указываетъ замѣчаніе юриста, что въ случаѣ принятія уплаты intervertendi causa либертъ совершаетъ furtum у господина [395]). Но есть случай, когда либертъ можетъ получить уплату для себя, а не для господина. Именно, Юліанъ и Ульпіанъ упоминаютъ о томъ, что должникъ ex causa peculiari освобождается уплатой либерту и въ томъ случаѣ, если онъ, зная объ отпущеніи раба на волю, не знаетъ, что пекулій у него отнятъ [396]). Это даетъ намъ основаніе заключить, что уплата пекуліарныхъ должниковъ либерту вполнѣ дѣйствительна, если пекулій при manumissio оставленъ либерту. Едва ли можно думать, что и въ этомъ случаѣ либертъ долженъ принимать уплату для господина и, удерживая ее у себя, совершитъ furtum [397]). Скорѣе, въ оставленіи пекулія за либертомъ мы можемъ видѣть согласіе господина предоставить либерту окончательно, вмѣстѣ съ пекуліарными вещами, и уплаты отъ третьихъ должниковъ, долги которыхъ причислены были къ пекулію. Въ такомъ случаѣ мы получаемъ данныя для опредѣленія того, что разумѣлъ Ульпіанъ подъ активной obligatio naturalis servi manumiss къ третьимъ лицамъ: эта obligatio состоитъ въ правѣ либерта, которому оставленъ при manumissio пекулій, получать уплаты съ пекуліарныхъ должниковъ и удерживать ихъ у себя.

Разумѣется, либертъ имѣетъ право не только на полученіе уплаты по этимъ обязательствамъ, но и на совершеніе новаціи и прощенія долга, а также на принятіе отъ должниковъ поручителей и залоговъ [398]). Въ виду возможности всѣхъ этихъ послѣдствій Ульпіанъ и говоритъ въ L. 14 D. 44, 7 объ активной obligatio

---

[394]) См. выше прим. 124. На это указываютъ и сами цитированные въ предыд. прим. фрагменты.

[395]) L. 18 D. 46, 3 cit.

[396]) L. 18 D. cit. L. 32 D. cit.

[397]) Этого не принимаетъ во вниманіе Scheurl, Krit. VJ Schr. т. VI, стр. 512.

[398]) Compensatio на основаніи obligatio naturalis въ источникахъ классич. эпохи упоминается лишь, какъ compensatio ex eadem causa; см. главу XII.

naturalis бывшаго раба. Мы видѣли, что долгъ господина либерту, имѣвшій гораздо меньшія послѣдствія, юристы такъ не называютъ, они говорятъ лишь о «debitum naturale» господина либерту.

Тѣмъ не менѣе obligatio либерта остается только натуральнымъ неисковымъ правомъ требованія, потому что иска противъ своихъ должниковъ либертъ даже при concessio peculii не получаетъ. Искъ сохраняется за господиномъ и пріобрѣтается либерту лишь въ случаѣ цессіи его со стороны господина [399]). Если пекулій отказанъ либерту въ завѣщаніи господина, то либертъ имѣетъ actio ex testamento, чтобы вынудить у наслѣдника уступку иска [400]).

Сохраняя искъ, господинъ, конечно, можетъ и безъ суда получать уплаты отъ должниковъ и совершать съ ними сдѣлки, измѣняющія или уничтожающія ихъ долги. При manumissio inter vivos либертъ, повидимому, не имѣетъ по поводу такихъ распоряженій господина никакого иска къ послѣднему. За исключеніемъ этого обстоятельства и отсутствія иска у либерта противъ должника, положеніе, устанавливающееся при concessio peculii до уступки исковъ господиномъ либерту, сходно съ тѣмъ положеніемъ, которое имѣетъ мѣсто при обыкновенной cessio nominis отъ одного кредитора другому, пока цессіонаръ не сдѣлаетъ соотвѣтственнаго извѣщенія должника о происшедшей cessio. И въ этомъ случаѣ цедентъ сохраняетъ за собой право получать уплату съ должника и производить всякаго рода сдѣлки по поводу уступленнаго права требованія [401]). Имѣлъ ли либертъ, которому при manumissio inter vivos уступленъ пекулій, до cessio actionis со стороны господина какое-либо средство предотвратить такіе поступки послѣдняго, мы не знаемъ. При peculium legatum либертъ съ помощью иска ex testamento могъ, конечно, вытребовать у наслѣдниковъ не только уступку исковъ, но и выдачу уплаты, полученной ими съ должниковъ, а также вознаградить себя за убытки, послѣдовавшіе отъ про-

---

[399]) L. 53 D. 15, 1. Paul. 11 quaest.

[400]) L. 19 § 1 D. 33, 8. Papin. 7 resp. ср. съ L. 5 D. 33, 8 Paul. 4 Sab.

[401]) См. Windscheid, Pand. т. II, § 331 пр. 1—9. Это служитъ отвѣтомъ на замѣчаніе Scheurl'я l. c. стр. 512 сл., что одновременное существованіе obl. civilis и obl. naturalis ex eadem causa мыслимо лишь, какъ корреальное обязательство.

щенія долга наслѣдниками и тому подобныхъ невыгодныхъ сдѣлокъ, совершенныхъ ими [402]).

Въ результатѣ мы приходимъ къ слѣдующему выводу: obligationes naturales, по которымъ третье лицо является должникомъ, не могутъ принадлежать рабу; однако онѣ возникаютъ для либерта, если ему оставленъ пекулій при отпущеніи его на волю, но не уступлены въ то же время иски противъ должниковъ пекулія [403]). Мы наблюдаемъ здѣсь извѣстный параллелизмъ со вторымъ изъ разсмотрѣнныхъ случаевъ рабскихъ обязательствъ: debitum naturale господина также возможно не по отношенію къ рабу, а только по отношенію къ либерту, при чемъ фактической подкладкой для него служитъ то обязательственное отношеніе, которое durante servitute установилось между господиномъ и рабомъ, но имѣло значеніе исключительно счетной единицы при опредѣленіи размѣровъ пекулія.

Такимъ образомъ, во время существованія dominica potestas рабъ можетъ быть только субъектомъ самостоятельныхъ обязанностей изъ obligationes naturales, но не правъ требованія. Для послѣднихъ онъ создаетъ своими дѣйствіями во время рабства лишь фактическую основу; послѣ manumissio на этой основѣ можетъ возникнуть naturale debitum господина либерту и активная obligatio naturalis либерта къ третьему должнику.

---

[402]) См. Windscheid, Pand. т. III, § 647 пр. 6; на случай, если наслѣдникъ не зналъ о легатѣ, см. тамъ-же прим. 10.

[403]) Въ литературѣ существуютъ самыя разнообразныя воззрѣнія на obligatio nat., изъ которой рабъ является кредиторомъ 3-яго лица. Нѣкоторые авторы отрицаютъ существованіе такого обязательства и во время рабства, и послѣ manumissio. См. Savigny. System т. II, стр. 419. Scheurl, l. c. стр. 511—513. Это, однако, несогласно съ правильнымъ толкованіемъ L. 14 D. 44, 7. Относительно приведенной у Savigny L. 7 § 18 D 2, 14 правильно замѣчаетъ Schwanert, стр. 283, что p. de non pet. не порождаетъ обязательств. права. Если оно устанавливаетъ какое либо право, то развѣ только отрицательное (см. ниже гл. V, пр. 29, 30). Толкованіе L. 7 § 18 cit. см. у Krüger, Beitr. z. Lehre v. d. exceptio doli (1892 г), стр. 110 сл.—Другіе придаютъ этому обязат. чисто фактическое значеніе. См. Mandry, op. cit. I, 95. Machelard, 187 сл. Въ такомъ случаѣ юристы говорили бы только о debitores servi, но не объ obl. nat.—Третьи, наконецъ, признаютъ obl. nat. и въ теченіе рабства. Schwanert, 273—285. Но такой obl. nat. durante servitute источники не знаютъ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Натуральныя обязательства подвластнаго сына.

I. Подвластный сынъ семейства имѣетъ то общее съ рабомъ, что онъ также находится «in potestate» домовладыки [1]). Но на этомъ сходство положенія и останавливается. Между рабомъ и filius familias есть та существенная разница, что рабъ, какъ мы видѣли, есть res corporalis и потому составляетъ для господина объектъ права собственности, тогда какъ подвластный сынъ есть съ точки зрѣнія права лицо и власть надъ нимъ есть не dominium, а особое личное право: «patria potestas». Соотвѣтственно съ этимъ мы читаемъ у Павла l. sing ad legem Fufiam Caniniam (L. 215 D. 50, 16): «Potestatis» verbo plura significantur: in persona magistratuum imperium; in persona liberorum patria potestas; in persona servi dominium.

Подвластный сынъ есть лицо въ глазахъ права, т. е. онъ считается способнымъ быть субъектомъ права. Это проявляется, прежде всего, въ сферѣ государственнаго права. Filius familias обладаетъ всѣми политическими правами римскаго гражданина и можетъ свободно ихъ осуществлять: онъ можетъ быть магистратомъ, подаетъ голосъ въ комиціяхъ, несетъ военную службу, можетъ быть присяжнымъ судьей; «nam quod ad jus publicum attinet non sequitur jus potestatis» [2]). На этомъ основаніи и въ области гражданскаго

---

[1]) L. 1 § 5 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. Potestatis verbum communiter accipiendum est tam in filio quam in servo. L. 1 § 4 D. 14, 4 Ulp. 29 ed.

[2]) L. 14 D. 36, 1. Hermogen. 2 juris epit. L. 13 § 5 D. eod. Ulp. 4 fideic. — L. 9 D. 1, 6 Pompon. 16 Qu. Muc. L. 12 § 3 D. 5, 1 Paul. 17 ed. L. 77 D. eod. Afr. 3 quaest. L. 78 D. eod. Paul. 16 Plaut. — A c c a r i a s. Précis т. I, стр. 186 сл.

права онъ допускается къ officia, которыя несутъ на себѣ римскіе граждане: напр., онъ можетъ быть опекуномъ [3]). Рабъ опекуномъ быть не можетъ, пока не получитъ свободы [4]). Далѣе, подвластный сынъ обладаетъ jure connubii. Правда, для вступленія въ бракъ онъ нуждается въ согласіи своего домовладыки [5]), но брачный договоръ заключаетъ онъ самъ. Право отеческой власти надъ дѣтьми, происшедшими изъ его брака, онъ пріобрѣтаетъ своему домовладыкѣ [6]), но manus надъ его женою принадлежитъ ему самому [7]) и только отступаетъ на второй планъ передъ patria potestas, которую имѣетъ надъ его женою его домовладыка [8]).

Равнымъ образомъ, filius familias обладаетъ и наиболѣе насъ здѣсь интересующимъ jure commercii. Онъ можетъ быть субъектомъ имущественныхъ гражданскихъ правъ и обязанностей.

Внѣ всякаго сомнѣнія стоитъ для классической эпохи способность сына семейства обязываться предъ третьими лицами. Своего домовладыку сынъ семейства, въ принципѣ, не можетъ обязывать своими дѣйствіями [9]), но самъ является должникомъ третьихъ лицъ какъ изъ деликтовъ, такъ и изъ контрактовъ. Filius familias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur. (Gai 3 ed. prov. L. 39 D. 44, 7) [10]). Эта способность обязываться была признана за подвластными сыновьями, кажется, уже въ очень давнее время, задолго до классической эпохи [11]).

---

[3]) Pernice, Labeo т. I, стр. 158 сл.—pr. J. 1, 14. L. 7 D. 26, 1.

[4]) Accarias, т. I, стр. 331.

[5]) Accarias, т. I, стр. 205 сл.

[6]) Gai I, 127, 135. Такъ Karlowa, Röm Rechtsg т. I, стр. 84 противъ Pernice, l. c. стр. 159.

[7]) Gai II, 159. Ulp. XXII, 14 Coll. 16, 2, 3.

[8]) Pernice, l. c стр. 159. Karlowa, l. c. стр. 84 сл.

[9]) L. 8 § 4 D. 46, 4 Ulp. 48 Sab. Filius familias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat.

[10]) Во всякомъ случаѣ неточными являются слова Павла l. 72 ed. „Obligari potest pater familias suae potestatis pubes compos mentis“ (L. 43 D. 44, 7). Mommsen ad. h. l. ставитъ ихъ въ связь съ L. 2 § 1 D. 50, 12, о которой рѣчь будетъ ниже Lenel, Paul. 797 не даетъ матеріала для сужденія о смыслѣ словъ Павла.

[11]) По крайней мѣрѣ, противоположный взглядъ, проводимый у Mandry, Familiengüterrecht т. I, стр. 340 сл., не обставленъ убѣдительными аргументами.

Обязательства подвластныхъ передъ третьими лицами возникаютъ изъ тѣхъ же основаній, изъ какихъ возникаютъ обязательства лицъ sui juris. Основаніемъ для нихъ можетъ служить какъ контрактъ и деликтъ, такъ и variae causarum figurae (obl. quasi ex contractu и quasi ex delicto) [12]). Разница между подвластнымъ и свободнымъ въ этомъ отношеніи весьма незначительна. Именно, изъ votum подвластный сынъ обязуется лишь при наличности auctoritas patris [13]); эта норма объясняется первоначальнымъ сакральнымъ характеромъ этой сдѣлки: отецъ заинтересованъ былъ въ томъ, чтобы сынъ не имѣлъ возможности навлечь на себя гнѣвъ боговъ за неисполненіе обѣта, даннаго имъ безъ вѣдома отца [14]). Далѣе, является весьма вѣроятною примѣнимость къ filii familias существующаго для рабовъ правила, согласно которому деликты, не принадлежащіе къ разряду facinora atrociora, не должны вмѣняться въ вину подвластному, если онъ совершаетъ ихъ по приказанію домовладыки [15]). Ограничена была особымъ постановленіемъ Сената, о которомъ рѣчь будетъ ниже, способность подвластныхъ обязываться ex mutuo (Sctum Macedonianum). Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить, что несовершеннолѣтніе подвластные не могли имѣть опекуновъ, а домовладыка ихъ не имѣлъ права совершать свойственную опекунамъ auctoritatis interpositio; поэтому filii familias impuberes не могли цивильно обязываться изъ своихъ сдѣлокъ, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда для impubes цивильное обязательство могло возникнуть безъ auctoritas tutoris (обогащеніе пекулія отъ сдѣлки) [16]).

См. Pernice, l. c. стр. 103 сл. Karlowa, l. c. стр. 91 сл. Въ пользу Mandry см. однако Eisele, Beitr. z. röm. Rechtsgeschichte (1896 г.), стр. 187 сл.

[12]) L. 57 pr. D. 5, 1. Ulp. 41 Sab. Mandry, op. cit. т. I, стр. 350 сл.

[13]) L. 2 § 1 D. 50, 12. Ulp. 1 disp.

[14]) См. Karlowa, l. c. стр. 92. Pernice, Labeo т. I, стр. 105 сл. Sitzungsberichte d. Berl. Ak., 1886 г. стр. 1171. Иначе Mandry, l. c. стр. 343; стр. 360.

[15]) Такъ Mandry, l. c. стр. 352 сл. О самой нормѣ см. главу II, прим. 45.

[16]) L. 141 § 2 D 45, 1. Gai 2 v. o. Pupillus licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen, si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur: pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si pater familias obligari solet. § 10 J. 3, 19. Mandry, l. c. стр. 346 сл.

Изъ обязательствъ сына предъ третьими лицами кредиторы имѣютъ искъ противъ обязаннаго сына; это цивильныя, а не натуральныя обязательства.

L. 57 D. 5, 1. Ulpianus l. 41 ad Sab. Tam ex contractibus, quam ex delictis in filium familias competit actio [17]).

Разсмотримъ въ отдѣльности послѣдствія, возникающія изъ обязательствъ подвластнаго ex delicto, ex contractu et variis causarum figuris.

Изъ совершенныхъ деликтовъ подвластный сынъ обязуется самъ civiliter, такъ что противъ него возникаетъ искъ. Но, кромѣ того, въ классическую эпоху деликтъ подвластнаго сына, наравнѣ съ деликтомъ раба, является основаніемъ и ноксальной отвѣтственности домовладыки [18]). Юстиніанъ сообщаетъ намъ, что къ его времени noxae datio уже не примѣнялась къ сыновьямъ и дочерямъ семейства, сохранивъ силу только для рабовъ [19]). Вѣроятно, это произошло потому, что съ теченіемъ времени личной отвѣтственности подвластныхъ за свои деликты оказалось вполнѣ достаточно для удовлетворенія потерпѣвшихъ. Дѣло въ томъ, что a. judicati на основаніи присужденія сына по деликтному иску давалась de peculio, если у сына было peculium profecticium [20]); при наличности peculium castrense и quasi-castrense возможенъ былъ исполнительный процессъ относительно этого имущества, считавшагося свободной собственностью подвластнаго [21]); не является невѣроятнымъ, что по поводу деликтныхъ исковъ даже въ классическую эпоху была допущена личная экзекуція противъ подвластнаго, не имѣющаго

---

[17]) См. также L. 39 D. 44, 7. Gai 3 ed. prov. L. 9 § 1 D. 16, 2 Paul. 32 ed. L. 21 pr. D. 16. 3 Paul. 60 ed. L. 45 D. 15, 1. Paul. 61 ed. L. 5 D. 13, 1 Paul. 9 Sab. L. 3 § 12 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. L. 10 § 2 D. 46, 1. Ulp. 7 disp. L. 5 pr. D. 14, 5. Paul. 30 ed. L. 1 § 42 D. 16, 3 Ulp. 30 ed. Къ этому ср. историч. замѣчанія у Mandry, op. cit. т. I, стр. 184 сл.

[18]) Gai I, 140; IV, 75 и 79. L. 3 § 4 D. 43, 29 Ulp. 71 ed. Coll. II, 3 Papin. 2 defin. Cf. L. 5 § 5 D. 44, 7 Jul. ap. Gai 3 aur.

[19]) § 7 J. 4, 8. Какъ указываетъ Mandry, op. cit. т. II, стр. 617, дѣло идетъ не о Юстиніановомъ постановленіи, но объ отмѣняющемъ норму обычаѣ.

[20]) L. 3 § 11 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. L. 35 D. 9, 4. Ulp. 41 Sab. L. 57 D. 5, 1 Ulp. 49 Sab.

[21]) L. 7 D. 49, 17. Ulp. 22 ed. Cf. L. 52 § 5 D. 47, 2 Ulp. 37 ed.

свободнаго имущества, если отецъ не желалъ принять на себя отвѣтственность по a. noxalis [22]).

Если подвластный сынъ заключаетъ обязывающій его контрактъ или квази-контрактъ [23]) съ третьимъ лицомъ, то возможны различныя послѣдствія. Во-первыхъ, этотъ подвластный можетъ имѣть peculium profecticium. Въ такомъ случаѣ кредиторъ, рядомъ съ искомъ противъ самого сына, получаетъ еще a. de peculio противъ домовладыки. Самъ сынъ обязуется изъ своей сдѣлки in solidum [24]), а домовладыка отвѣчаетъ въ размѣрахъ пекулія. Такимъ образомъ, третій кредиторъ имѣетъ двухъ должниковъ, отвѣчающихъ псковымъ путемъ,—сына in solidum и отца de peculio [25]). Личное обязательство сына является, конечно, вполнѣ независимымъ отъ обязательства отца de peculio; оно сохраняетъ силу и по отнятіи у сына пекулія [26]); если сыну моложе 25 лѣтъ дается restitutio in integrum, то она, по общему правилу, не касается отца, отвѣчающаго de peculio [27]). Съ другой стороны, отвѣтственность отца de peculio возникаетъ по поводу всякихъ долговъ сына, имѣющаго peculium profecticium, ex contractibus и quasi ex contractibus. Для этого не требуется, чтобы долгъ стоялъ въ связи съ пекуліемъ. Поэтому a. de peculio даётся по поводу долговъ, возникшихъ раньше установленія пекулія [28]), и равнымъ образомъ для долговъ, заключенныхъ во время существованія пекулія, не требуется causa peculiaris [29]). Такъ какъ сынъ есть persona, правоспособный гражданинъ, то для него не существуетъ и того ограниченія относительно

---

[22]) Такъ думаетъ Mandry, op. cit, т. I, стр. 406 и 411; т. II, стр. 618 на основаніи L. 32—35 D. 9, 4. Но, какъ сознаетъ и самъ M., эти источники ненадежны, т. к. въ нихъ можно подозрѣвать интерполяціи. См. Lenel, Ulp. 2873. Jul. 922. Callistr. 67. Pompon. 664.

[23]) О квази деликтахъ см. Mandry, op cit. т. II, стр. 233 пр. 4.

[24]) L. 18 § 5 D. 10, 2 Ulp. 19 ed. L. 30 § 3 D. 15. 1 Ulp. 29 ed.

[25]) L. 44 D. 15, 1 Ulp. 63 ed. L. 1 § 3 D. 13, 5 Ulp. 27 ed.

[26]) L. 45 D. 15, 1. Paul. 61 ed. — Впрочемъ, если искъ, предъявленный противъ сына, доведенъ до litis contestatio, то въ случаѣ смерти сына „in patrem lis transfertur dumtaxat de peculio". L. 56 D. 5, 1 Ulp. 41 Sab.

[27]) L. 3 § 4 D. 4, 4 Ulp. 11 ed.

[28]) L. 27 § 2 D. 15, 1. Gai 9 ed. prov. Mandry, op. cit. т. II, стр. 133.

[29]) Mandry, l. c. стр. 134 сл.

возможности intercessio за третьихъ лицъ, которое, какъ мы знаемъ существовало для рабовъ [30]).

По прекращеніи отеческой власти смертью отца для наслѣдниковъ домовладыки, «penes quos peculium est», продолжается въ теченіе года отвѣтственность по a. de peculio annalis. Эта отвѣтственность лежитъ на нихъ даже въ томъ случаѣ, когда весь пекулій отказанъ его бывшему держателю сыну [31]). Въ то же время остается въ силѣ и отвѣтственность in solidum, лежащая на самомъ сынѣ [32]). Между этими исками противъ наслѣдниковъ домовладыки и противъ бывшаго подвластнаго сына устанавливается слѣдующее отношеніе. Вообще obligatio de peculio наслѣдниковъ домовладыки при взысканіи занимаетъ первое мѣсто. Если бывшій подвластный привлеченъ кредиторомъ къ отвѣтственности, то онъ присуждается in solidum, хотя бы и не былъ назначенъ наслѣдникомъ отца; его отвѣтственность можетъ быть смягчена только чрезъ beneficium competentiae, о которомъ рѣчь будетъ ниже. Но онъ имѣетъ средства для того, чтобы матеріально переложить свою отвѣтственность, впрочемъ не свыше размѣровъ пекулія, на наслѣдниковъ домовладыки, которые подлежатъ отвѣтственности по a. de peculio annalis. Именно, 1) бывшій подвластный можетъ потребовать отъ кредитора, вчинившаго противъ него искъ in solidum, уступки принадлежащихъ кредитору actiones de peculio annales противъ наслѣдниковъ домовладыки [33]); 2) если самъ бывшій подвластный является однимъ изъ наслѣдниковъ своего домовладыки, то онъ можетъ при раздѣлѣ наслѣдства praecipere peculium въ размѣрахъ, необходимыхъ для покрытія долга [34]), для чего имѣетъ a. familiae erciscundae къ сонаслѣдникамъ [35]). Напротивъ, если отецъ

---

[30]) См. главу II, стр. 119 сл.; прим. 66. Mandry, l. c. стр. 135 сл.

[31]) L. 1 § 7 D. 15, 2. L. 18 D. 33, 8. Гл. II, прим. 131; прим. 360.

[32]) L. 30 § 3 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. L. 38 pr. D. 12, 6. Afric. 6 quaest. L. 18 § 5 D. 10, 2 Ulp. 19 ed.

[33]) L. 18 § 5 D. 10, 2. Ulp. 19 ed.

[34]) L. 38 pr. in f. D. 12, 6. Jul. ap. Afr. 9 quaest. L. 20 § 1 D. 10, 2. Ulp. 19 ed.

[35]) L. 38 pr. in f. D. 12, 6. L. 18 § 5 D. 10, 2. L. 30 § 3 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. L. 13. C. 3, 36. Diocl. et Maxim. Ср. Mandry, op cit. т. II, стр. 176—178. Pfordten, Abhandlungen, стр. 179 сл. Schwanert, стр. 323—325. Machelard, стр. 141 сл.

отказалъ подвластному сыну пекулій, не назначая его наслѣдникомъ, то, по воззрѣнію позднѣйшихъ юристовъ, по a. de peculio annalis продолжаютъ отвѣчать наслѣдники домовладыки. Но они могутъ въ этомъ случаѣ матеріально сложить всю отвѣтственность на легатарія, потребовавъ у него при выдачѣ ему отказаннаго пекулія предоставленія cautio defensum iri [36]). Если кредиторъ подвластнаго сына самъ, въ качествѣ наслѣдника домовладыки своего должника, получитъ пекулій должника или часть его, то, соотвѣтственно сказанному выше, онъ долженъ потерять свой искъ къ должнику въ размѣрахъ доставшейся ему изъ пекулія суммы имущества [37]). Если къ такому кредитору-наслѣднику домовладыки должника другой кредиторъ предъявляетъ a. de peculio annalis, то онъ можетъ совершить deductio de peculio по поводу долга передъ нимъ бывшаго обладателя пекулія [38]). Равнымъ образомъ deductio de peculio по поводу долга подвластнаго сына третьему лицу совершается при существованіи patria potestas въ томъ случаѣ, когда третье лицо, являющееся кредиторомъ, состоитъ подъ опекой или попечительствомъ домовладыки должника или когда домовладыка должника ведетъ дѣла этого кредитора [39]).

Въ случаѣ emancipatio сына, имѣющаго пекулій, кредиторы послѣдняго, во первыхъ могутъ предъявить искъ противъ самого эманципированнаго, при чемъ послѣдній пользуется beneficio competentiae (объ этомъ см. ниже) [40]). Сверхъ того, бывшій домовладыка остается обязаннымъ по a. de peculio annalis [41]). Какое вліяніе имѣетъ при этомъ то обстоятельство, что пекулій отнимается у сына или окончательно оставляется за нимъ [42]), этого намъ источники не объясняютъ [43]).

---

[36]) См. главу II, прим. 132; прим. 360.

[37]) Argum. L. 38 pr. D. 12, 6 въ нач.

[38]) L. 9 § 5 D. 15, 1. Jul. ap. Ulp. Глава II, прим. 334.

[39]) L. 9 § 4 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. Глава II, прим. 333.

[40]) См. Mandry, т. I, стр. 414 сл. Ниже гл. VIII пр. 17.

[41]) L. 1 pr. § 1, 4 D. 15, 2. Ulp. 29 ed.

[42]) Послѣднее предполагается, если только отецъ открыто не отнялъ пекулія у эманципируемаго сына. Vat. f. 260. Papinianus. Mandry, II, стр. 197 сл.

[43]) Mandry, т. II, стр. 203 сл. полагаетъ, что отецъ отвѣчаетъ de peculio даже въ случаѣ уступки пекулія сыну, но можетъ регрессировать къ сыну путемъ condictio sine causa.

Таковы послѣдствія обязательствъ сына предъ третьими лицами ex contractibus и quasi ex contractibus въ случаѣ, если сынъ имѣетъ peculium profecticium. Но сынъ можетъ и не имѣть такого имущества. При такомъ условіи кредиторы сына должны ограничиваться, если нѣтъ основаній еще для какой-либо a. adjecticiae qualitatis противъ домовладыки, своими исками къ самому подвластному сыну. Какое же практическое значеніе могутъ имѣть эти иски? Въ теченіе существованія отеческой власти эти иски противъ сына имѣютъ большую цѣну для кредитора только въ томъ случаѣ, если должникъ имѣетъ peculium castrense или приравненное къ нему peculium quasi castrense. Относительно этого имущества сынъ разсматривается, какъ paterfamilias, и оно подлежитъ обращенію на покрытіе взысканій всякихъ кредиторовъ сына, даже такихъ, претензіи которыхъ возникли внѣ всякой связи съ peculium castrense vel quasi castrense [44]). При этомъ, какъ miles, сынъ семейства можетъ пользоваться beneficio competentiae [45]). Если у сына нѣтъ такого свободнаго имущества, то condemnatio по иску, предъявленному къ нему, остается возможной [46]), но является весьма сомнительнымъ, допускалось ли въ классическую эпоху какое-либо исполненіе судебнаго рѣшенія до выхода подвластнаго изъ подъ patria potestas. Объ имущественной экзекуціи надъ такимъ подвластнымъ не можетъ быть и рѣчи, ибо, какъ увидимъ ниже, онъ все пріобрѣтаетъ отцу и потому не располагаетъ собственнымъ имуществомъ. Примѣненіе же къ нему личной экзекуціи также невѣроятно по разнымъ соображеніямъ. 1) Такая экзекуція совершенно шла бы въ разрѣзъ съ patria potestas; ея узаконеніе дало бы возможность подвластнымъ, вступая въ долги предъ третьими лицами, наносить ущербъ правамъ домовладыки надъ личностью должника. 2) Какъ увидимъ ниже, по окончаніи отеческой власти бывшій подвластный отвѣчаетъ по искамъ своихъ кредиторовъ «in quantum facere potest», т. е. свободенъ отъ executio personalis. Такое смягченіе было бы непонятно, если бы уже во время существованія отеческой власти сынъ подлежалъ неограниченной личной

---

[44]) L. 7 D. 49, 17. Ulp. 33 ed.

[45]) L. 6 pr. D. 42, 1.

[46]) L. 10 § 2 D. 46, 1 Ulp. 7 disp. L. 5 pr. D. 14, 5 Paul. 30 ed.

экзекуціи [47]). Такимъ образомъ, кредиторы должны были ограничиться тѣмъ, что по ихъ иску противъ подвластнаго постановлялось рѣшеніе, а для его исполненія [48]) ожидать того времени, когда должникъ выйдетъ изъ-подъ власти и будетъ обладать собственнымъ имуществомъ. Послѣ освобожденія отъ власти должникъ, впрочемъ, пользуется противъ своихъ кредиторовъ, оставшихся отъ времени отеческой власти, beneficio competentiae. Это beneficium введено преторскимъ эдиктомъ для всякаго бывшаго подвластнаго, если только онъ не получилъ по наслѣдству или на основаніи универсальнаго фидеикоммисса достаточной части отцовскаго имущества [49]).

Помимо иска противъ сына, имѣющаго peculium castrense, третій кредиторъ имѣетъ еще одно средство, чтобы добиться въ теченіе отцовской власти уплаты in solidum, а не въ размѣрахъ пекулія. Именно, если онъ вступитъ въ двусторонній контрактъ съ сыномъ, то право изъ этого контракта чрезъ сына пріобрѣтаетъ домовладыка, а обязанности, по общему правилу, in solidum лежатъ только на сынѣ. Но, если отецъ предъявитъ искъ изъ такого контракта къ третьему кредитору, то тотъ при помощи compensatio ex eadem causa можетъ добиться своего удовлетворенія in solidum [50]).

---

[47]) См. объ этомъ Machelard, стр. 104 сл. Mandry, т. I. стр. 404 сл. Pernice, Labeo т. I, стр. 167. Karlowa, op. cit. т. II, стр 91.—Huschke, Darlehn, стр. 149 прим. 2 въ принципѣ допускаетъ exec. personalis противъ сына, но ставитъ ее въ зависимость отъ cognitio praetoris.

[48]) Если у подвластнаго не было pec. profecticium; a. judicati по поводу всякой condemnatio filii, даже изъ деликтовъ, дается de peculio. L. 3 § 11 D. 15, 1. Ulp. 29 ed. L. 35 D. 9, 4 Ulp. 41 Sab.

[49]) L. 2 pr. D. 14, 5 Ulp. 29 ed. Lenel, Ed. perp. стр. 222. Подробности объ этомъ см. у Mandry, т. I, стр. 417 сл. Основаніемъ нормы M. считаетъ слѣдующія соображенія: отвѣтственность должника въ полномъ объемѣ казалась несправедливой, 1) пот. что пріобрѣтательная сила подвластнаго до сихъ поръ служила отцовскому имуществу и потому подвластный не успѣлъ пріобрѣсти своего имущества, 2) пот. что надежда на пріобрѣтеніе въ будущемъ отцовскаго имущества или части его являлась фактической подкладкой способности обязываться въ теченіе отеческой власти. Поэтому benef. comp. не дается только при наслѣдованіи отцу, а не при иномъ пріобрѣтеніи имущества (стр. 419; стр. 424). Иначе думаетъ напр. Pernice, Labeo I, стр. 167 сл

[50]) L. 9 pr. D. 16, 2. Paul. 32 ed. Ср. Mandry, op. cit. т I, стр. 147—149. Ниже пр. 61.

Относительно поручительства за обязательства подвластнаго сына предъ третьими лицами слѣдуетъ отмѣтить одну особенность. Если подвластный сынъ становится наслѣдникомъ своего кредитора, то онъ пріобрѣтаетъ наслѣдство своему отцу; тѣмъ не менѣе отецъ не считается за heres; таковымъ остается подвластный. Поэтому поручители за долгъ его умершему кредитору освобождаются, такъ какъ подвластный, какъ heres, представляетъ собою личность умершаго, а между тѣмъ нельзя «pro eodem apud eundem debere» [51]).

Долгое время весьма спорнымъ между учеными былъ вопросъ о томъ, могла ли цивильно обязываться предъ третьими лицами наравнѣ съ подвластнымъ сыномъ также и подвластная дочь (filia familias) въ эпоху существованія пожизненной опеки надъ женщинами sui juris? Подвластная дочь такого опекуна не имѣла, а отецъ ея не могъ давать auctoritas по поводу ея сдѣлокъ съ третьими лицами. Слѣдуетъ ли изъ этого, что подвластная дочь даже по достиженіи pubertas не могла обязываться предъ третьими кредиторами совсѣмъ, или же, напротивъ, что совершеннолѣтняя подвластная дочь тѣмъ отличалась отъ mulier sui juris, что свободно могла обязываться предъ третьими лицами? Послѣднее мнѣніе еще въ 1840 г. обстоятельно защищалъ Савиньи [52]). Но въ наше время споръ можетъ считаться покончennымъ не въ пользу Савиньи: Штудемундовское чтеніе Gai III, 104 показываетъ, что въ эпоху существованія tutela mulierum filiae familias не обязывались civiliter изъ своихъ сдѣлокъ съ третьими лицами [53]).

Чтобы покончить съ вопросомъ о долгахъ подвластнаго сына третьимъ кредиторамъ, намъ остается познакомиться съ тѣмъ, какія перемѣны въ эту область внесло появленіе въ послѣклассическую

---

[51]) L. 34 § 8 D. 46, 3 Julian. 54 dig. См. Mandry, т. I, стр. 116 сл.— Ср. Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte, стр. 165 сл.

[52]) System т. II, стр. 430—442. См. также Schwanert, стр. 316. Нерѣшительно Machelard, стр. 108 сл. Противъ Savigny выступилъ Mandry, т. I, стр. 347—350.

[53]) См. въ этомъ смыслѣ Cohn, Beiträge zur Bearb. d. Röm. R., H. 2 (1880 г.), стр. 317—321; Accarias, т. II, стр. 47 пр. 2 Karlowa, Röm. Rechtsgesch., т. II, стр. 92. Eisele, Beitr. z. röm. R. G., (1896 г.) стр. 188. Соотвѣтственно съ этимъ L. 141 § 2 D 45, 1 слѣдуетъ считать интерполированной: вмѣсто „filia familias impubere“ стояло, вѣроятно, „filia fam. vel pubere vel impubere.“ Lenel, Gai 513.

эпоху новыхъ видовъ имущества подвластныхъ, т. е. такъ наз. bona adventicia [54]). Источники не даютъ намъ прямыхъ указаній въ этомъ отношеніи. Но вопросъ не трудно рѣшить, принимая во вниманіе общій характеръ этихъ новыхъ видовъ имущества подвластныхъ. Bona adventicia regularia стоятъ въ собственности подвластнаго, но въ то же время являются предметомъ узуфрукта и управленія домовладыки. Эти права домовладыки не допускаютъ, чтобы bona adv. regularia въ теченіе отеческой власти были предметомъ имущественной экзекуціи по искамъ третьихъ лицъ къ сыну. Иное слѣдуетъ сказать о bona adventicia irregularia; это вполнѣ свободное имущество подвластнаго сына, которое является такимъ же годнымъ объектомъ для имущественной экзекуціи, какъ peculium castrense и quasi-castrense [55]).

Итакъ, сынъ семейства, въ отличіе отъ раба, могъ являться субъектомъ защищеннымъ искомъ обязательственныхъ обязанностей. Сходство его положенія съ положеніемъ раба проявляется въ иномъ: именно, сынъ семейства, подобно рабу, не можетъ имѣть въ классическую эпоху, по общему правилу, никакого активнаго имущества: все, что онъ пріобрѣтаетъ, за немногими исключеніями, поступаетъ въ имущество домовладыки.

Gai II, 87. Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest... [56]).

Но и въ этомъ отношеніи сходство съ рабами скорѣе внѣшнее, нежели внутреннее. Рабъ, какъ мы знаемъ, по первоначальному юридическому воззрѣнію есть вещь, а не лицо, и это является главною причиной, почему онъ не можетъ обладать собственнымъ имуществомъ. Мы видѣли, что и способность заключать пріобрѣта-

---

[54]) О peculium castrense и quasi castrense уже было сказано выше.

[55]) Такъ рѣшаютъ вопросъ Schwanert, стр. 333 и стр. 338. Windscheid, Pand. т. II, § 517 пр. 15 и 21. Fritz, Arch. f. civ. Praxis т. XI, 1828 г. стр. 27; стр. 29. Иначе рѣшаетъ относительно bona adv. regularia Dernburg, Pandecten т. III, стр. 68 (по 5 изд.). Ср. къ этому стр. 187.

[56]) См. также Ulp. XIX, 18. Vat. fr. 51 Paul. l. 1. Manual.

тельныя сдѣлки для господъ была признана за рабами лишь съ теченіемъ времени по мѣрѣ развитія оборота, въ интересахъ самихъ господъ. Напротивъ, сынъ семейства есть римскій гражданинъ; онъ обладаетъ jure commercii, способенъ обязываться и, въ принципѣ, способенъ быть субъектомъ гражданскихъ правъ. Онъ обладаетъ manus надъ своею женой, онъ, какъ увидимъ ниже, иногда обладаетъ и самостоятельными имущественными правами. Но существующая надъ нимъ patria potestas ставитъ эту его правоспособность къ услугамъ домовладыки: онъ, по общему правилу, можетъ пользоваться ею не для себя лично, а для домовладыки [57]). Поэтому, нужно думать, что способность совершать для домовладыки пріобрѣтательныя сдѣлки признана была за подвластными сыновьями издавна и она, вѣроятно, даже послужила прообразомъ для созданія аналогичнаго положенія относительно рабовъ [58]).

Такимъ образомъ, неспособность подвластныхъ сыновей имѣть свое имущество не является результатомъ ихъ неправоспособности, но есть послѣдствіе существующей надъ ними отеческой власти. У всѣхъ индоевропейскихъ народовъ въ древнее время семья организована такъ, что управленіе имуществомъ семьи принадлежитъ домовладыкѣ. Римляне придали этой основной идеѣ то юридическое выраженіе, что всѣ пріобрѣтенія членовъ семьи концентрируются въ рукахъ домовладыки; онъ собственникъ и полный хозяинъ всего, находящагося въ семьѣ, и никто изъ подвластныхъ ничего своего имѣть не можетъ. Получилась власть очень энергичная, односторонняя и отношеніе въ высшей степени простое по конструкціи. Всѣ эти черты вполнѣ гармонируютъ съ общимъ характеромъ древнеримскаго публичнаго и гражданскаго права [59]).

Что касается условій пріобрѣтенія черезъ подвластныхъ дѣтей, то они въ общихъ чертахъ сводятся къ тому, что здѣсь абстрактная способность къ пріобрѣтенію обсуждается по личности домовладыки; дѣеспособность—по личности подвластнаго; конкретныя

---

[57]) Такъ Pernice, Labeo т. I, стр. 106 сл. 110 сл. Karlowa, op. cit. т. II, стр. 83.

[58]) Такъ Karlowa, op. cit. т. II, стр. 85 противъ Mandry, op. cit. т. I, § 7.

[59]) См. къ этому Mandry, op cit. т. I, § 6 въ связи съ Karlowa, op. cit. т. II, стр. 83 сл. 90 сл. Также Pernice, Labeo т. I, стр. 107—110.

условія для пріобрѣтенія правъ въ сдѣлкахъ inter vivos—по личности домовладыки, въ сдѣлкахъ mortis causa—по личности подвластнаго, которому лично оказывается honor въ предсмертномъ распоряженіи; наконецъ, фактическія обстоятельства, сопровождающія заключеніе сдѣлки (error, dolus, metus, знаніе и незнаніе), по общему правилу, разсматриваются только въ лицѣ подвластнаго. Воли подвластнаго совершить пріобрѣтеніе для отца не требуется, точно такъ же какъ и отецъ пріобрѣтаетъ черезъ подвластнаго даже помимо своей воли и вѣдома. Самое пріобрѣтеніе совершается confestim, такъ что подвластный ни на одинъ моментъ не дѣлается субъектомъ пріобрѣтаемаго отцу права [60]).

Описаннымъ образомъ сынъ семейства пріобрѣтаетъ домовладыкѣ изъ своихъ сдѣлокъ всякія имущественныя права, въ томъ числѣ и права требованія противъ третьихъ лицъ. Слѣдовательно, если сынъ семейства заключаетъ обязательственную сдѣлку съ третьимъ лицомъ, то кредиторомъ изъ этой сдѣлки явится его отецъ; послѣдній будетъ имѣть и искъ противъ должника. Самъ сынъ никакихъ правъ изъ заключенной сдѣлки не получаетъ. Если заключенъ былъ двусторонній обязательственный договоръ, то права изъ этого договора также пріобрѣтаются отцу, тогда какъ обязанности, если не было налицо условій возникновенія actiones adjecticiae qualitatis, падаютъ исключительно на сына, противъ котораго третій кредиторъ можетъ вчинать искъ in solidum. Впрочемъ, какъ мы уже имѣли случай замѣтить [61]), если домовладыка вздумаетъ предъявить къ третьему контрагенту искъ, пріобрѣтенный имъ изъ такого договора сына, то въ силу compensatio ex eadem causa онъ принуждается принять во вниманіе обязанность сына изъ того же контракта въ полномъ объемѣ. Равнымъ образомъ, третій контрагентъ пользуется противъ иска домовладыки эксцепціей non adimpleti contractus, опирающейся на обязательство, возникшее изъ даннаго контракта для сына [62]).

---

[60]) См. къ этому Karlowa, op. cit. т. II, стр. 87—89. Mandry, op. cit. т. I, §§ 7—9; 14—18.

[61]) Выше прим. 50.

[62]) L. 31 § 1 D. 12, 1 in fine. Paul. 17 Plaut. L. 57 pr. D. 21, 1. Paul. 5 quaest. L. 31 § 8 D. 21, 1 Marc. ap. Ulp. 1 ed. aed.

Домовладыка пріобрѣтаетъ не только цивильныя обязательства изъ сдѣлокъ сына, но и натуральныя, лишенныя исковой защиты. Мы имѣемъ на это прямыя указанія источниковъ.

1) L. 9 § 2, 3 D. 15, 1 Ulp. 29 ed. Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo egisse creditur.—Huic definitioni Servius adjecit et si quid his debeatur, qui sunt in ejus potestate, quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.

Въ послѣднихъ словахъ рѣчь идетъ о пріобрѣтеніи господиномъ требованій, принадлежащихъ его подвластнымъ противъ его же раба. Эти требованія, конечно, могутъ быть только натуральными.

2) L. 38 pr. D. 12, 6. Julianus ap. Afric. l. 9 quaest. Здѣсь примѣняется то же положеніе къ обязательствамъ между двумя подвластными сыновьями одного и того же домовладыки. Мы еще вернемся къ этому фрагменту [63]).

Что касается деликтовъ, совершаемыхъ третьими лицами противъ подвластнаго сына, то и изъ нихъ, по общему правилу, искъ пріобрѣтается домовладыкѣ.

Разумѣется, если подвластный сынъ имѣетъ peculium profecticium, то во время существованія отеческой власти устанавливается такая же фактическая связь пріобрѣтенныхъ имъ для отца ex causa peculiari требованій къ третьимъ лицамъ съ пекуліемъ сына, какую мы констатировали для рабскаго пекулія [64]). Именно, эти требованія причисляются къ массѣ пекулія при опредѣленіи ея размѣровъ; имѣя libera administratio, сынъ можетъ совершать по ихъ поводу различные юридическіе акты; если при emancipatio сыну оставленъ его пекулій, то онъ можетъ окончательно удерживать въ своихъ рукахъ уплату, полученную отъ третьихъ должниковъ пекулія, хотя иски противъ нихъ получаетъ лишь по cessio со стороны домовладыки; при peculium legatum бывшій подвластный можетъ искомъ

---

[63]) См. къ этому вопросу Mandry, op. cit. т. I, стр. 93 сл. Machelard, стр. 134; 145. Нельзя ссылаться, подобно Pfordten, Abhandlungen, стр. 156. на L. 59 D. 2, 14, ибо не доказано, возникаетъ ли obl. nat. изъ nudum pactum; см. объ этомъ главу V.

[64]) См. гл. II, стр. 164.

изъ легата вынудить эту cessio у обремененнаго легатомъ наслѣдника.

Но отличіе подвластнаго сына отъ раба относительно пріобрѣтенія обязательственныхъ требованій къ третьимъ лицамъ практически проявляется въ томъ, что онъ еще въ теченіе отеческой власти можетъ вчинать, вмѣсто отца, безъ полномочія, нѣкоторые отдѣльные обязательственные иски, а также быть кредиторомъ по обязательствамъ, входящимъ въ составъ цѣлыхъ массъ имущества, принадлежащихъ лично ему. Количество этихъ массъ собственнаго имущества подвластнаго сына значительно увеличилось въ послѣклассическую эпоху.

Что касается права подвластнаго сына вчинать нѣкоторые иски вмѣсто отца, то объ этомъ мы знаемъ слѣдующее. Со времени Юліана признано было, что въ случаѣ крайней нужды, если домовладыка почему либо лишенъ былъ фактической возможности немедленно предъявить искъ самъ или чрезъ представителя, а между тѣмъ сынъ былъ серьезно заинтересованъ въ такомъ немедленномъ вчинаніи иска, сыну слѣдуетъ дозволить предъявлять отъ имени отца деликтные иски, causa которыхъ возникла въ лицѣ сына. Подвластный при этомъ являлся предполагаемымъ представителемъ отца. Ульпіанъ рѣшается при наличности тѣхъ же условій распространить это правило и на иски изъ контрактовъ [65]). Однако, вопросъ этотъ окончательно не былъ разрѣшенъ юристами, ибо Сцевола въ подобномъ случаѣ предлагаетъ помочь сыну extra ordinem, но не упоминаетъ объ utile judicium, предлагаемомъ Ульпіаномъ и Юліаномъ [66]). Конечно, все взысканное этимъ путемъ должно поступить въ имущество отца [67]).

Еще раньше выработки указанныхъ нормъ юристами, право пыталось удовлетворить той же потребности инымъ путемъ. Это привело къ тому, что нѣкоторые отдѣльные иски было дозволено подвластному сыну предъявлять suo nomine, т. е. не въ качествѣ предполагаемаго представителя отца, но какъ бы на основаніи собствен-

---

[65]) L. 18 § 1 D. 5, 1. Julian. ap. Ulp. 23 ed.

[66]) L. 17 D. 12, 1 Scaevola ap. Ulp. 1 disp.

[67]) Ср. ко всему изложенному Mandry, op. cit. т. I, § 26. Girard, Manuel, стр. 136 пр. 2.

наго права. Начало, вѣроятно, положено было тѣмъ, что преторскій эдиктъ особо санкціонировалъ для подвластнаго сына самостоятельную a. injuriarum suo nomine на случай, если отецъ не въ состояніи будетъ лично или черезъ прокуратора вчинить искъ по поводу обиды, нанесенной сыну [68]). Далѣе, уже Сабинъ, вѣроятно также только въ случаѣ крайней нужды, дозволялъ сыну вчинать suo nomine interdictum quod vi aut clam. Ульпіанъ приводитъ это рѣшеніе Сабина, комментируя только-что изложенное постановленіе эдикта объ a. injuriarum, что̀ указываетъ на однородность конструкціи даваемаго Сабиномъ сыну интердикта съ установленной для него a. injuriarum. [69]). Этотъ interdictum quod vi aut clam, suo nomine вчинаемый сыномъ семейства, извѣстенъ также Юліану и Павлу [70]). Далѣе, по почину Юліана, подвластный сынъ могъ вчинать suo nomine actiones depositi и commodati [71]). Вѣроятно, при этомъ онъ пользовался существующими для этихъ исковъ formulae in factum [72]. Наконецъ, Ульпіанъ, комментируя l. 57 ad edictum ту же норму объ a. injuriarum, предлагаетъ давать сыну suo nomine и actio in factum по случаю нарушенія правилъ объ in jus vocatio [73]).—Взысканное по этимъ искамъ, конечно, поступало въ имущество домовладыки, такъ что они лишь по формѣ являлись нарушеніемъ принципа, что подвластный не можетъ имѣть ничего своего [74]).

Нѣсколько особо стоитъ querela inofficiosi testamenti. Ея особенность состоитъ въ томъ, что здѣсь искъ принадлежитъ только самому сыну и уже отъ его имени вчинается отцомъ [75]), тогда какъ

---

[68]) L. 17 § 10 D. 47, 10. Ulp. 57 ed. Lenel, Ed. perp. стр. 324.

[69]) L. 19 D. 43, 24. Sabin. ap. Ulp. 57 ed. Lenel, Ulp. 1367 ср. 1362—1366. Pernice, Labeo, т. I, стр. 163 сл. Смыслъ рѣшенія Лабеона въ L. 13 § 1, 2 D 43, 24 Ulp. 71 ed. остается сомнительнымъ см. Pernice, l. c. стр. 161 сл.

[70]) L. 9 D. 44, 7. Paul. 9 Sab.

[71]) L. 19 D. 16, 3 Ulp. 17 ed. L. 9 D. 44, 7. Paul 9 Sab.

[72]) Gai IV, 47. Такъ объясняется L. 13 D. 44, 7 Ulp. 1 disp. См. Mandry, op. cit. т. I, стр. 215 сл. 217 сл. Girard, Manuel, стр. 136 пр. 2; ср. Pernice, l. c. стр. 165.

[73]) L. 12 D. 2, 4 Lenel, Ulp. 1366.

[74]) Mandry, op. cit. т. I. стр. 226.

[75]) L 8 pr. D. 5, 2. Papin. ap. Ulp. 15 ed. L. 22 pr. § 1—3 D. eod. Tryphon. l. 17 disput.

въ прежде разобранныхъ случаяхъ иски сына suo nomine конкурируютъ съ собственными исками отца. Объясняется эта особенность querela тѣмъ, что этотъ искъ основанъ на непринятіи завѣщателемъ во вниманіе родственныхъ отношеній, которыя существуютъ между нимъ и именно подвластнымъ сыномъ лично. Конечно, въ случаѣ нужды и этотъ искъ сынъ могъ вчинать самъ, но взысканное также поступало въ имущество отца [76]).

По прекращеніи отеческой власти право вчинать a. injuriarum остается за сыномъ [77]); то же самое относится, вѣроятно, и къ другимъ искамъ, которые сыну въ случаѣ нужды въ теченіе отеческой власти дозволялось вчинать proprio nomine, за исключеніемъ только a. depositi и commodati, если въ нихъ заинтересованъ былъ самъ отецъ [78]).

Извѣстное участіе въ обязательственномъ правѣ домовладыки къ третьему лицу предоставлено подвластной дочери семейства нормой права, по которой отецъ можетъ распоряжаться принадлежащей ему a. de dote о возвратѣ приданаго, которое было установлено за его подвластною дочерью, не иначе, какъ съ согласія дочери [79]).

Переходимъ теперь къ самостоятельному имуществу подвластныхъ дѣтей и его вліянію на способность подвластныхъ быть кредиторами третьихъ лицъ.

Если подвластный сынъ имѣетъ peculium castrense или quasi-castrense, т. е. имущество, относительно котораго онъ разсматривается, какъ pater familias, то, конечно, онъ является кредиторомъ по тѣмъ обязательствамъ съ третьими лицами, которыя по содержанію принадлежатъ къ этимъ массамъ имущества. Онъ свободно вчинаетъ иски противъ этихъ своихъ должниковъ [80]).—Обладая bona adventicia irregularia, сынъ семейства также можетъ сдѣлаться кредиторомъ третьихъ лицъ по обязательствамъ, стоящимъ въ связи съ этимъ имуществомъ. Спрашивается, можетъ ли онъ вчинать иски къ третьимъ лицамъ, являющимся его должниками въ этомъ случаѣ?

---

[76]) Mandry, op. cit. т. I, стр. 225—227.

[77]) L. 17 § 22 D. 47, 10 Ulp. 57 ed.

[78]) Mandry, l. c. стр. 267 сл.

[79]) См. объ этомъ Mandry, op. cit т. I, стр. 319 сл.

[80]) Ср. Schwanert, стр 329.

Источники по этому поводу дают намъ только одно, притомъ весьма неясное указаніе: именно, Юстиніанъ въ L. 8 § 1-а C. 6, 61, говоря о пріобрѣтеніяхъ, дѣлаемыхъ сыномъ противъ воли отца и потому поступающихъ въ массу bona adventicia irregularia, замѣчаетъ: «et filius simili modo in agendo et pulsando solus habeat et detrimentum et commodum, necessitate per officium patri imponenda tantummodo filio consentire vel agenti vel fugienti, ne judicium sine patria voluntate videatur consistere». Такимъ образомъ, Юстиніанъ требуетъ согласія отца, если сынъ выступаетъ истцомъ или даже отвѣтчикомъ (vel fugienti) въ процессахъ, касающихся bona adventicia irregularia. Впрочемъ, это согласіе можетъ быть вынуждено у отца (necessitate per officium patri imponenda). Въ этомъ постановленіи, прежде всего, бросается въ глаза то, что сынъ нуждается въ согласіи отца, даже выступая въ качествѣ отвѣтчика. Мы видѣли, что уже по классическому праву подвластнаго сына, не обладающаго никакимъ собственнымъ имуществомъ, можно было привлекать въ судъ въ качествѣ отвѣтчика, не требуя для этого согласія отца. Къ чему же Юстиніанъ требуетъ этого согласія въ данномъ случаѣ, обращая его притомъ въ простую фикцію, такъ какъ оно можетъ быть вынуждено? [81]). Далѣе, не выясняется намъ, для веденія какихъ именно процессовъ сынъ нуждается въ согласіи отца: для всѣхъ вообще процессовъ, возникающихъ по поводу управленія bona adventicia irregularia, или же только для процессовъ, касающихся самого пріобрѣтенія сыномъ этого имущества? Большинство современныхъ пандектистовъ рѣшаютъ этотъ вопросъ въ послѣднемъ смыслѣ, но надо сознаться, что текстъ L. 8 C. cit. не даютъ намъ никакихъ опоръ въ этомъ отношеніи: выписанныя выше слова Юстиніана редактированы въ очень общихъ выраженіяхъ, а дальше въ этой конституціи все время говорится не только о порядкѣ пріобрѣтенія bona adventicia irregularia, но и объ управленіи уже пріобрѣтеннымъ имуществомъ [82]).—Если сынъ обладаетъ bona adven-

[81]) На это обращаетъ вниманіе Savigny, System. т. II, стр. 97 пр. m

[82]) См. L. 8 § 1 C. cit.: „patre autem nolente res filii gubernare etc.“; все изложеніе съ § 4 посвящено вопросамъ объ управленіи уже пріобрѣтеннымъ имуществомъ.—См. объ этомъ Sintenis, Civilr., т. III, стр. 151 пр. 50 (по 3-му изд.). Vangerow § 237 пр. 2, 2. Windscheid, Pand. т. II, § 517 пр. 23. Съ другой стороны напр. Puchta, Vorlesungen, т. II, стр. 309 (по 5-му изд.).

ticia regularia, то иски противъ третьихъ лицъ, долги которыхъ стоятъ въ связи съ этимъ имуществомъ, вчинаетъ не сынъ, а отецъ, которому принадлежитъ управленіе этимъ имуществомъ; взысканное поступаетъ въ собственность сына, но подлежитъ узуфрукту отца [83]). И здѣсь возникаетъ одинъ спорный вопросъ: нуждается ли отецъ при вчинаніи этихъ исковъ въ согласіи взрослаго сына, собственника bona adventicia regularia. Дѣло въ томъ, что Юстиніанъ въ той же конституціи (L. 8 § 3 C. 6, 61) продолжаетъ: «ubi autem in unum voluntas eorum concurrit, et pater usumfructum et filius habeat proprietatem, et in agentibus et in fugientibus pater quidem suscipiat actiones et moveat, cujuscumque aetatis filius inveniatur, adhibeatur autem etiam filiorum consensus, nisi adhuc in prima sunt aetate constituti vel longe absunt, sumptibus videlicet a patre propter rerum incrementa faciendis». Здѣсь опять намъ не выяснено, о какихъ процессахъ говоритъ Юстиніанъ: о тѣхъ только, которые возникаютъ по поводу самого пріобрѣтенія bona adventicia, или же о тѣхъ, которые ведутся по поводу пріобрѣтеннаго имущества съ лицами, вступившими въ какое-либо соприкосновеніе съ этимъ имуществомъ подвластнаго сына. Юстиніанъ не даетъ намъ въ своей конституціи никакой опоры для рѣшенія этого вопроса. Поэтому одни изъ современныхъ ученыхъ утверждаютъ, что въ процессахъ по поводу пріобрѣтенія наслѣдства, которое должно составить adventicia regularia, надлежитъ видѣть только реализацію пріобрѣтенія наслѣдства, часть самаго акта пріобрѣтенія; слѣдовательно, думаютъ они, Юстиніанъ требуетъ согласія сына только для этихъ процессовъ, какъ вообще для пріобрѣтенія наслѣдства, открывающагося сыну и составляющаго его adventicia regularia [84]). Другіе возражаютъ на это, что «нельзя было бы понять, почему сынъ, который долженъ дать согласіе при вступленіи въ наслѣдство, опять долженъ соглашаться на процессы, возникающіе вслѣдствіе уже состоявшагося принятія, еслибы такое согласіе не являлось общимъ правиломъ», и потому учатъ, что согласіе совершеннолѣтняго и не находящагося въ долговременномъ отсутствіи сына необходимо для всѣхъ вообще

---

[83]) pr. J, 3, 28.

[84]) Vangerow, l, c. стр. 440. Brinz, Pand. т. III, § 464 пр. 6. Windscheid, Pand. т. II, § 517 пр. 7.

процессовъ, которые отецъ ведетъ по поводу adventicia regularia [85]). Намъ кажется, что и этотъ вопросъ, по причинѣ неясной редакціи Юстиніановой конституціи, долженъ остаться открытымъ.

Ознакомившись съ обязательственными отношеніями подвластнаго сына къ третьимъ лицамъ, мы можемъ теперь заняться непосредственно уже касающимся ученія о натуральныхъ обязательствахъ вопросомъ о такихъ же отношеніяхъ между подвластнымъ и его домовладыкой и между двумя подвластными одного и того же домовладыки.

Мы имѣемъ въ источникахъ указанія на то, что вообще всякія обязательства между отцомъ и подвластнымъ сыномъ невозможны.

Gai IV, 78. Nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest.

Это относится какъ къ такимъ обязательствамъ, по которымъ отецъ долженъ явиться должникомъ сына [86]), такъ и къ такимъ, по которымъ сынъ долженъ сдѣлаться обязаннымъ предъ отцомъ [87]). Это засвидѣтельствовано намъ и относительно разныхъ отдѣльныхъ видовъ обязательственныхъ сдѣлокъ [88]).

Съ другой стороны источники указываютъ, что между отцомъ и подвластнымъ сыномъ не можетъ быть и никакихъ судебныхъ тяжбъ, ибо «non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsis agere possumus» [89]).

Основаніе этихъ правилъ коренится, конечно, въ общемъ ха-

---

[85]) Puchta, Pand. § 436 пр. g. Sintenis, l. c. стр. 146 пр. 35. Arndts, § 432 пр. 4. Dernburg, III, § 34 пр. 8. Изъ нихъ Sintenis толкуетъ L. 8 § 1-a C. cit. въ ограничит. смыслѣ (выше стр. 187), а L. 8 § 3 cit. въ расширительномъ. Напротивъ Windscheid, II, § 517 пр. 23 учитъ, что оба эти мѣста необходимо должны имѣть одинъ и тотъ же смыслъ.

[86]) Gai II, 244... quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione, quam pure debere possumus.

[87]) Gai III, 104. Item inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler, qui juri meo subjectus est

[88]) Emtio—vend tio. L. 2 pr. D. 18, 1. Ulp. 1 Sab. L. 14 § 3 D. 18, 2, Paul. 5 Sab. Stipulatio. L. 15 § 1, 2 D. 49, 17. Papin. 35 quaest. Gai III, 104.— Cf. donatio въ L. 11. L. 17. C. 8, 53 (54).

[89]) L. 16 D. 47, 2 Paulus. l. 16 Sab.—См. также L. 4 D. 5, 1 Gajus l. ed prov. L. 11 D. 5, 1 Marc. ap. Ulp. 12 ed.

рактерѣ имущественнаго положенія сына. Мы знаемъ уже, что всякое пріобрѣтеніе сына въ принципѣ поступаетъ къ отцу; это правило приводитъ къ тому, что сынъ не можетъ быть кредиторомъ отца: его право требованія къ отцу было бы пріобрѣтено самому отцу и тотъ явился бы кредиторомъ самого себя [90]). Съ другой стороны, это правило имѣетъ своимъ фактическимъ послѣдствіемъ то, что сынъ въ классическую эпоху въ принципѣ не обладаетъ никакимъ имуществомъ и вся его рабочая сила стоитъ къ услугамъ отца. Если третьи лица, являющіяся кредиторами подвластнаго сына, съ помощью своихъ исковъ къ подвластному должнику могутъ надѣяться оказать хоть косвенное давленіе на отца и побудить его, въ интересахъ спасенія добраго имени сына, уплатить его долги, то отецъ самъ не можетъ имѣть никакого интереса въ искахъ противъ сына: онъ съ ихъ помощью не можетъ добиться отъ сына ничего такого, чего онъ не можетъ потребовать уже въ силу своей власти безъ всякаго иска. Вотъ почему иски отца противъ сына считались юридически немыслимыми, какъ несогласующіеся съ наличностью отеческой власти истца надъ отвѣтчикомъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ признавалась немыслимой и obligatio, по которой бы сынъ являлся должникомъ отца. Для старыхъ юристовъ идея обязательства совпадала съ идеей иска. Во время этихъ юристовъ, вѣроятно, и сложились правила о невозможности обязательствъ между отцомъ и подвластнымъ, повторявшіяся затѣмъ по привычкѣ и новыми юристами въ тѣхъ случаяхъ, когда рѣчь не касалась прямо натуральныхъ обязательствъ, признанныхъ позже [91]).

Однако, на этихъ правилахъ развитіе не остановилось. Дѣло въ томъ, что подвластные сыновья такъ же, какъ и рабы, могли имѣть peculium profecticium, по поводу котораго для третьихъ кредиторовъ возникала a. de peculio противъ отца. Для опредѣленія суммы кондемнаціи по этому иску приходилось вычислять сумму наличнаго пекулія; при этомъ принимались во вниманіе и тѣ обязатель-

---

[90]) Ср. Mandry, op. cit. т. I, стр. 153 сл.

[91]) Ср. Mandry, op. cit. т. I, стр. 367 — 369. — О старыхъ попыткахъ объясненія невозможности обязательствъ между отцомъ и подвластнымъ, въ особенности о т. наз. единствѣ лицъ (Personeneinheit), см. подробно у Pfordten. Abhandlungen, стр. 115—136.

ственныя отношенія, которыя фактически существовали между домовладыкой и сыномъ—обладателемъ пекулія. Относительно того, «quod filius debet patri» и «quod pater debet filio» имѣла мѣсто такая же deductio de peculio и computatio in peculium, какая совершалась при счисленіи массы рабскаго пекулія [92]). Если на этой почвѣ, какъ мы видѣли выше, римскіе юристы создали для господина натуральное право требованія къ рабу и naturale debitum предъ либертомъ, то тѣмъ болѣе они должны были признать наличность naturalis obligatio въ отношеніяхъ между отцомъ и его подвластнымъ сыномъ, который выгодно отличается отъ раба тѣмъ, что онъ не есть вещь, а есть правоспособное лицо, римскій гражданинъ.

И это признаніе было совершено. Правда, прямое упоминаніе объ obligatio naturalis между отцомъ и свободнымъ подвластнымъ мы имѣемъ только въ одномъ мѣстѣ источниковъ, именно въ L. 38 pr. § 1, 2. D. 12, 6, къ разбору которой мы и должны приступить.

Слѣдуетъ замѣтить, что L. 38 cit. говоритъ не только о натуральныхъ обязательствахъ между отцомъ и подвластнымъ сыномъ, но и объ обязательствахъ, заключенныхъ между двумя подвластными одного и того же домовладыки. Однако, какъ показываетъ самое содержаніе этого фрагмента, нѣтъ нужды выдѣлять этотъ случай особо: дѣло въ томъ, что, если двое подвластныхъ одного домовладыки заключаютъ между собою обязательственную сдѣлку, то право требованія изъ нея необходимо пріобрѣтается домовладыкѣ, какъ вообще все то, что̀ пріобрѣтено подвластнымъ; слѣдовательно, по такой сдѣлкѣ домовладыка дѣлается кредиторомъ одного изъ своихъ подвластныхъ, и между отцомъ и сыномъ возникаетъ такая же obligatio naturalis, какая возникла бы изъ непосредственной сдѣлки между отцомъ и сыномъ, налагающей на сына обязательственную отвѣтственность предъ отцомъ [93]).

---

[92]) L. 9 § 4 D. 15, 1. Pedius ap. Ulp. 29 ed. L. 10 D. 33, 8 Pompon. 7 Sab. L. 38 § 1, 2 D. 12, 6, Afr. 9 quaest

[93]) Отцу пріобрѣтаются чрезъ сына и oblig. naturales. Объ этомъ сказано выше (пр. 63).—См. также въ этомъ смыслѣ Pfordten, стр. 160. Machelard. стр. 134 сл. Mandry, т. I, стр. 384.—Schwanert, стр. 321 сл., который не признаетъ возникновенія права требованія изъ obligatio naturalis, прибѣгаетъ къ очень длинному и натянутому объясненію, почему obl. nat. одного брата

Обратимся теперь къ толкованію упомянутаго фрагмента. Текстъ его гласитъ:

L. 38 D. 12, 6. Africanus l. 9 quaestionum. Frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an repetere possit. respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum familiae erciscundae reciperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coherede praestetur: porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. 1. Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset. 2. Contra si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur, quod, si exraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur. eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset.

Прежде всего, нѣсколько словъ объ авторахъ этого рѣшенія. Все выписанное разсужденіе заимствовано компиляторами изъ сочиненія Африкана l. 9 quaestionum. Хотя имя Юліана упоминается здѣсь только одинъ разъ (въ срединѣ princ.), тѣмъ не менѣе не слѣдуетъ думать, что Юліану принадлежитъ только та мысль, по поводу которой Африканъ прямо цитируетъ его имя. Напротивъ,

---

передъ другимъ причисляется въ L. 38 pr. cit. къ наслѣдственной массѣ, остающейся послѣ домовладыки.

по господствующему среди современныхъ ученыхъ мнѣнію, quaestiones Африкана въ бо́льшей своей части состоятъ только изъ передачи рѣшеній его учителя—Юліана. То же самое имѣемъ мы и въ данномъ фрагментѣ. Какъ показываетъ слово «respondit» и слѣдующая за нимъ косвенная рѣчь, все содержаніе princ. и § 1 взято Африканомъ у Юліана. Послѣднему принадлежатъ рѣшенія, касающіяся пассивной obl. nat. сына предъ отцомъ. Только въ § 2, относящемся къ активной obl. nat. сына къ отцу, начинается прямая рѣчь и, слѣдовательно, излагаются мысли самого Африкана. Что касается оборота «quam Julianus probaret» въ princ., то это есть просто передача въ рефератѣ Африкана словъ Юліана: «quam probarem» [94]).

Отсюда слѣдуетъ, что первымъ юристомъ, которому принадлежитъ дошедшее до насъ упоминаніе о пассивной obligatio naturalis сына предъ отцомъ, былъ Юліанъ; активное же обязательство сына къ отцу конструировано Африканомъ на почвѣ, подготовленной изслѣдованіями Юліана; какъ мы увидимъ, въ § 2 Африканъ старается просто сдѣлать новый шагъ на пути, проложенномъ его учителемъ.

Въ principium разсматриваемаго фрагмента рѣчь идетъ о слѣдующемъ случаѣ. Между двумя подвластными одного домовладыки состоялась сдѣлка займа. Какъ видно изъ словъ «si non minus ex peculio suo ad fratrem suum pervenisset», братъ, который взялъ деньги въ займы, т. е. является должникомъ по займу, обладалъ пекуліемъ. Затѣмъ домовладыка умираетъ; оба брата являются его наслѣдниками, вѣроятно въ равныхъ частяхъ. Спрашивается, что дѣлать въ томъ случаѣ, если братъ-должникъ уплатитъ теперь по заблужденію [95]) свой долгъ изъ займа другому брату? возможна ли condictio indebiti по поводу этой уплаты? Юристъ отвѣчаетъ, что отвѣтъ на этотъ вопросъ зависитъ отъ двоякаго рода обстоятельствъ.

---

[94]) См. объ авторѣ L. 38 pr. D. 12, 6 въ этомъ смыслѣ Mommsen, Zeitschr. f. Rechtsgesch., т. IX, стр. 91 пр. 28. Кромѣ того, вообще о quaestiones Africani ср. Karlowa, Röm. R. G. т. I, стр. 713 сл. Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 177 пр. 26.

[95]) Безъ наличности заблужденья не могло быть вопроса о condictio indebiti. Это заблужденье мыслимо въ данномъ случаѣ и какъ error facti. См. Machelard, стр. 137.

1) Condictio indebiti во всякомъ случаѣ возникаетъ относительно той части долга, въ которой братъ, взявшій въ займы, сталъ наслѣдникомъ своего отца. Это рѣшеніе понятно послѣ тѣхъ замѣчаній, которыя мы сдѣлали выше по поводу обязательствъ между двумя подвластными одного домовладыки. Кредиторомъ по обязательству, которое возникло изъ займа, сталъ не братъ-заимодавецъ, а его домовладыка. Стало быть, натуральное требованіе изъ займа вошло въ составъ наслѣдства, оставленнаго домовладыкой, и, подобно всѣмъ наслѣдственнымъ требованіямъ, раздѣлилось между наслѣдниками. Слѣдовательно, братъ-заемщикъ въ своей наслѣдственной долѣ самъ сталъ кредиторомъ по натуральному обязательству, по которому онъ до сихъ поръ былъ должникомъ отца. Поэтому въ размѣрахъ этой наслѣдственной доли его натуральное обязательство погашается черезъ confusio и въ этихъ размѣрахъ сдѣланная по нему уплата подлежитъ возврату путемъ condictio indebiti при наличности извинительнаго заблужденія [96]).—2) Condictio indebiti можетъ возникнуть, далѣе, и относительно второй части натуральнаго обязательства. Именно, юристъ считаетъ и эту часть погашенной въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ братъ-заимодавецъ, наслѣдуя отцу, получилъ въ составѣ прочаго наслѣдства часть пекулія, находившагося въ теченіе отеческой власти въ рукахъ брата-заемщика. Мотивируетъ это положеніе юристъ слѣдующимъ образомъ. Онъ ссылается на извѣстную уже намъ норму [97]), согласно которой при наличности у третьихъ кредиторовъ сына иска in solidum противъ самого сына и actio annalis de peculio противъ наслѣдниковъ его домовладыки, предпочтеніе всегда отдается пекуліарной отвѣтственности: если сынъ-должникъ является однимъ изъ наслѣдниковъ своего отца, то, въ случаѣ взысканія съ него кредиторомъ долга, онъ можетъ путемъ a. fam. erciscundae потребовать отъ наслѣдниковъ, чтобы они ему уплатили то, что съ нихъ самихъ третій кредиторъ могъ бы взыскать путемъ a. de peculio; при дѣленіи же наслѣдства до уплаты долга (re integra) справедливо раздѣлить пекулій такъ, чтобы сынъ-должникъ могъ погасить свой долгъ изъ пекулія Если

---

[96]) Ср. въ этомъ смыслѣ Pfordten, стр. 174 сл. Bekker, Aktionen, т. II, стр. 354. Machelard, стр. 135 сл. О мнѣніи Schwanert'a см. выше пр. 93.

[97]) См. выше прим. 33—35.

все это признано для отношеній сына-должника къ третьему кредитору, то тѣмъ болѣе слѣдуетъ примѣнять подобныя правила къ отношеніямъ должника съ своимъ собственнымъ братомъ, заключаетъ юристъ. Этимъ путемъ получается слѣдующій выводъ: если долгъ подвластнаго третьему кредитору преимущественно падаетъ на пекулій, то точно также преимущественно изъ пекулія должно быть удовлетворено и натуральное обязательство, которое сперва лежало на обладателѣ пекулія предъ его домовладыкой, а теперь лежитъ на немъ, хотя и не въ полномъ объемѣ, предъ сонаслѣдникомъ въ имуществѣ домовладыки. Слѣдовательно, если этотъ сонаслѣдникъ получилъ часть пекулія должника въ составѣ наслѣдства, то въ размѣрахъ этой части онъ долженъ считать свое требованіе уничтоженнымъ. Притомъ здѣсь имѣетъ значеніе не квота пекулія, полученная кредиторомъ, а сумма пекуліарнаго имущества: все время юристъ проводитъ аналогію съ отвѣтственностью по a. de peculio annalis, а эта отвѣтственность опредѣляется суммой пекулія наличной въ моментъ постановки рѣшенія. Такой смыслъ естественнѣе всего придавать и словамъ юриста: «si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset» [98]).

Самое погашеніе обязательства благодаря полученію кредиторомъ части пекулія должника по мнѣнію современныхъ ученыхъ является также результатомъ своего рода confusio [99]). Эти ученые разсуждаютъ слѣдующимъ образомъ: натуральные долги сына домовладыкѣ, если должникъ обладаетъ пекуліемъ, считаются за пассивъ пекуліарнаго имущества. Они тѣсно и принципіально связаны съ пекуліемъ, какъ съ фактическимъ patrimonium должника. Эта связь служитъ основаніемъ права домовладыки совершать deductio de peculio по поводу этихъ долговъ при вчинаніи противъ него a. de peculio; эта же связь проявляется въ томъ, что peculium legatum для римскихъ юристовъ немыслимо иначе, какъ «deducto aere alieno», при чемъ подъ aes alienum разумѣются именно

---

[98]) Такъ Pfordten, стр. 177. Machelard, стр. 137 сл. Schwanert, стр. 325 Mandry, т. II, стр. 180. Иначе Bekker, l. c. стр. 354.

[99]) См. въ этомъ смыслѣ Pfordten, стр. 176 сл. Schwanert, стр. 325 сл. Machelard, стр. 138 сл. Sintenis, Civilrecht, т. III, § 142 пр. 19. Bekker, l. c. стр. 354 сл. Mandry, т. II, стр. 180; ср. т. I, стр. 883.

долги обладателя пекулія домовладыкѣ [100]). Слѣдовательно, изъ сдѣлки подвластнаго съ другимъ подвластнымъ того же домовладыки или съ домовладыкой прежде всего возникаетъ отвѣтственность пекулія передъ домовладыкой и уже затѣмъ личная отвѣтственность обладателя пекулія in solidum. Эта отвѣтственность пекулія такъ тѣсно связана съ обладаніемъ массой пекуліарнаго имущества, что она сама собою переходитъ на всякаго, кто получаетъ въ свои руки эту массу. Поэтому въ данномъ случаѣ, если одинъ изъ сонаслѣдниковъ получаетъ въ числѣ прочаго наслѣдства и часть пекулія сонаслѣдника—должника, то въ размѣрахъ этой части пекулія на него переходитъ и отвѣтственность за долгъ, лежавшій на пекуліи передъ домовладыкой. Такимъ образомъ, этотъ сонаслѣдникъ jure hereditario получилъ часть натуральнаго требованія домовладыки къ обладателю пекулія, но въ тоже время, получивъ по наслѣдству часть пекулія, принялъ на себя въ извѣстныхъ предѣлахъ пекуліарную отвѣтственность за этотъ же самый долгъ. Въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ унаслѣдованная часть натуральнаго требованія и унаслѣдованная часть пекуліарной отвѣтственности соотвѣтствуютъ другъ другу, должна произойти confusio.

Едва ли можно, однако, согласиться съ этимъ разсужденіемъ. 1) Оно предполагаетъ, что при сношеніяхъ обладателя пекулія съ домовладыкой точно такъ же, какъ при сношеніяхъ его съ третьими лицами, возникаютъ какъ бы два обязательства: одно обязательство in solidum лежитъ на самомъ подвластномъ обладателѣ пекулія и неразрывно связано съ его личностью; другое—въ предѣлахъ пекулія лежитъ на самомъ пекуліи и переходитъ на всякаго пріобрѣтателя пекулія. Прямо это воззрѣніе, сколько намъ извѣстно, никѣмъ не высказано, но, на нашъ взглядъ, безъ него немыслимо все изложенное выше разсужденіе о confusio. Для такого воззрѣнія о двойной отвѣтственности предъ домовладыкой, однако, источники не даютъ никакихъ опоръ.—2) Напротивъ, есть прямое указаніе источниковъ на то, что они подобной confusio, благодаря полученію кредиторомъ части пекулія, не знаютъ. Въ самомъ дѣлѣ, еслибы вслѣдствіе обладанія массой пекулія со стороны наслѣдника домовладыки—кредитора пекулія—должна была наступать confusio по тѣмъ тре-

---

[100]) См. главу II, стр. 104, 107 сл. Mandry, т. II, стр. 46—49.

бованіямъ, которыя домовладыка имѣлъ къ обладателю пекулія, то эта confusio несомнѣнно наступала бы и въ случаѣ peculium legatum. Въ самомъ дѣлѣ, если пекулій отказанъ домовладыкой кому либо, то до выдачи его легатарію онъ всетаки пріобрѣтается сперва наслѣднику, вмѣстѣ со всѣмъ наслѣдственнымъ имуществомъ. Слѣдовательно, требованія къ пекулію, унаслѣдованныя отъ домовладыки, должны бы были погаситься въ лицѣ наслѣдника уже тѣмъ самымъ, что онъ въ составѣ наслѣдства получилъ пекулій и вмѣстѣ съ нимъ унаслѣдовалъ пекуліарную отвѣтственность. Послѣ передачи пекулія легатарію можно бы было говорить о возстановленіи долговъ пекулія домовладыкѣ, погашенныхъ было confusione, но не просто о вычетѣ ихъ изъ массы пекулія, какъ это дѣлаютъ источники, совсѣмъ и не упоминающіе о возможности confusio въ этомъ случаѣ. (L. 6 pr. § 4. 5. L. 7. L. 8 pr. D. 33, 8). Намъ могутъ возразить на это, что пекулій у Римлянъ отказывался въ формѣ legatum per vindicationem [101]), а при этого рода легатѣ объектъ легата ни на минуту не пріобрѣтался наслѣднику, но прямо поступалъ въ собственность легатарія [102]); отсюда можно было бы заключить, что и пекулій, отказанный такимъ образомъ, не считался ни одинъ моментъ принадлежавшимъ наслѣдникамъ домовладыки, а потому и не могла произойти confusio на основаніи промежуточнаго обладанія имъ со стороны наслѣдниковъ. Однако, во-первыхъ, согласно получившему преобладаніе мнѣнію Сабиніанцевъ, это правило о legatum per vindicationem относится только къ легатамъ безусловнымъ; легаты условные до наступленія условія считаются собственностью наслѣдника и лишь по наступленіи условія безъ обратной силы дѣлаются собственностью легатарія [103]); слѣдовательно, confusio должна бы была наступить, по крайней мѣрѣ, при легатѣ пекулія подъ условіемъ; источники, однако, не считаютъ нужнымъ выдѣлить особо этотъ случай. Во-вторыхъ, самая форма legatum per vindicationem примѣнялась классическими юристами къ легату пекулія лишь по старой памяти: она не соотвѣтствовала уже объекту легата съ тѣхъ поръ, какъ выработано было

---

[101]) См. Mandry, т. II, стр. 192 сл.

[102]) L. 80 D. 31. L. 65 D. 47, 2. Accarias, Précis т. I, стр. 1024.

[103]) См. Accarias, l. c. стр. 1026.

понятіе объ имуществѣ, какъ о комплексѣ правъ и обязанностей разнаго рода, а не о суммѣ тѣлесныхъ вещей, и это понятіе примѣнено было къ пекулію. Поэтому, едва ли римскіе юристы перенесли на легатъ пекулія всѣ правила, выработанныя относительно виндикаціоннаго легата отдѣльныхъ вещей. Едва ли они думали, что при безусловномъ легатѣ пекулія отказанный пекулій сразу пріобрѣтается легатарію, ни на минуту не оставаясь въ имуществѣ наслѣдника. Напротивъ, они представляли себѣ дѣло такъ, что на наслѣдникѣ лежитъ обязательство выдать пекулій легатарію и что отъ этого обязательства онъ освобождается его передачею. На это прямо указываетъ намъ окончательное рѣшеніе спора, существовавшаго между юристами о томъ, кто долженъ нести отвѣтственность за долги отказаннаго пекулія передъ третьими лицами: наслѣдникъ или легатарій [104]). Споръ былъ рѣшенъ въ томъ смыслѣ, что за долги принципіально долженъ отвѣчать наслѣдникъ: хотя онъ и передалъ пекуліарныя вещи легатарію, но пекулій все-таки остался у него, ибо, выдавая эти вещи, онъ освободился отъ лежащаго на немъ обязательства уплатить легатъ пекулія (quia tradendo id legatario se liberavit. L. 1 § 7 D. 15, 2). Особенность легата пекулія состоитъ только въ томъ, что пекуліарныя вещи легатарій истребуетъ не обязательственнымъ искомъ, а виндикаціей; это—остатокъ стараго воззрѣнія на пекулій, какъ на сумму тѣлесныхъ вещей; но онъ имѣетъ и обязательственный искъ ex testamento, напр. для того, чтобы добиться уступки ему правъ требованія къ третьимъ лицамъ, принадлежащихъ къ пекулію, а также для того, чтобы взыскать съ наслѣдника то, что онъ самъ задолжалъ пекулію; эти послѣдніе долги, значитъ, также не погашаются confusione (L. 5 D. 33, 8. L. 19 § 1 D. eod.) [105]).—Авторъ L. 38 pr. D. 12, 6 также держался того взгляда, что при peculium legatum унаслѣдованный heres'омъ отъ домовладыки права требованія къ обладателю пекулія не погашаются confusione, вслѣдствіе промежуточнаго обладанія пекуліемъ со стороны наслѣдника. Именно, юристъ говоритъ здѣсь, между прочимъ, о томъ случаѣ, когда пекулій брата, взявшаго нѣчто взаймы у другого, сдѣланъ предметомъ praelegatum въ пользу

---

[104]) Объ этомъ спорѣ см. главу II, стр. 159.

[105]) См. главу II, пр. 400. Mandry, т. II, стр. 188 сл.

бывшаго фактическаго обладателя пекулія. Юристъ рѣшаетъ, что въ этомъ случаѣ въ пользу другого брата дѣлается «deductio hujus debiti». Конечно, и въ этомъ случаѣ дедукція касается только той части натуральнаго требованія, которая не уничтожена confusione уже вслѣдствіе наслѣдованія брата—должника домовладыкѣ—кредитору по займу. Но другой confusio, которая бы наступила вслѣдствіе того, что братъ, обремененный прелегатомъ, временно все-таки обладалъ частью пекулія, юристъ не знаетъ. Напротивъ, изъ его выраженій ясно, что въ этомъ случаѣ онъ предполагаетъ вычетъ всей части долга, которая осталась послѣ confusio, наступившей вслѣдствіе наслѣдованія, изъ пекулія. Матеріалъ для вычета въ этомъ случаѣ представитъ не весь пекулій, ибо прелегатъ пекулія дѣйствителенъ лишь относительно той части пекулія, которая не досталась легатарію уже jure hereditario [106]).—Всѣ эти данныя заставляютъ насъ отвергнуть мысль о confusio, какъ объ основаніи погашенія второй части натуральнаго долга въ случаѣ L. 38 pr. D. 12, 6. Долги обладателя пекулія домовладыкѣ составляютъ пассивъ пекулія не въ томъ смыслѣ, что есть особая отвѣтственность пекулія за эти долги, переходящая на каждаго пріобрѣтателя пекулія, а въ томъ только смыслѣ, что лишь эти долги принимаются во вниманіе при опредѣленіи суммы чистаго пекулія и что они предпочтительно передъ долгами третьимъ кредиторамъ должны быть удовлетворяемы изъ пекулія, пока пекулій фактически или юридически находится въ имуществѣ не самого домовладыки или его универсальныхъ преемниковъ, а иного лица, т. е. въ рукахъ сына или брата, какъ фактическихъ обладателей пекуліарнаго имущества, въ рукахъ легатарія, какъ юридическаго обладателя имущества. Это свойство этихъ долговъ и служитъ основаніемъ права домовладыки на дедукцію [107]); оно же лежитъ и въ основѣ правилъ, регулирующихъ судьбу пекуліарныхъ долговъ домовладыкѣ при легатѣ пекулія. Лишь только домовладыка или его наслѣдники фактически окончательно (т. е. безъ обязательства передать пекулій легатарію) соединяютъ въ своихъ рукахъ пекулій съ остальнымъ своимъ имуществомъ, то

---

[106]) См. Windscheid, Pand. III, § 627 пр. 3, 4. Pfordten, стр. 178 сл. Machelard, стр. 139 сл. Schwanert, стр. 326 сл.

[107]) См. главу II, пр. 163.

они должны считать себя удовлетворенными и въ тѣхъ натуральныхъ требованіяхъ, которыя они имѣли къ обладателю пекулія. Удовлетворенными они считаются, конечно, лишь въ тѣхъ предѣлахъ, въ какихъ актива пекулія хватаетъ на покрытіе этихъ долговъ обладателя пекулія домовладыкѣ. Въ остальныхъ предѣлахъ натуральный долгъ бывшаго обладателя пекулія остается въ силѣ. Такимъ образомъ, и въ L. 38 pr. D. 12, 6, когда наслѣдникъ домовладыки получаетъ часть натуральнаго требованія наслѣдодателя и въ тоже время часть пекулія, принадлежавшаго должнику по этому требованію, то погашеніе его натуральнаго требованія вполнѣ или отчасти этою частью пекулія не есть результатъ какой либо confusio, а есть просто послѣдствіе матеріальнаго удовлетворенія кредитора этой частью пекулія. Не съ confusio слѣдуетъ сопоставлять это погашеніе долга, а скорѣе съ такимъ способомъ погашенія обязательства, какъ уплата долга. Въ пекуліи кредиторъ долженъ искать преимущественнаго удовлетворенія по своимъ натуральнымъ требованіямъ къ обладателю пекулія, унаслѣдованнымъ отъ домовладыки послѣдняго. Для доказательства этой мысли юристъ и дѣлаетъ длинное сопоставленіе съ тѣмъ случаемъ, когда обладатель пекулія задолжалъ третьему лицу.—Сообразно съ этимъ, кредиторъ бывшаго обладателя пекулія не считается удовлетвореннымъ, если попавшая въ его руки часть пекулія составляетъ предметъ прелегата: тогда онъ можетъ вычесть все свое требованіе изъ массы пекуліарнаго имущества, являющейся объектомъ легата. Этотъ вычетъ онъ произведетъ и въ томъ случаѣ, если пекулій отказанъ не его бывшему обладателю, а третьему лицу, не потому, что пекулій сопровождается особой отвѣтственностью за пекуліарные долги, которая переходитъ на всякаго пріобрѣтателя пекулія, а потому, что кредиторы лица, обладавшаго пекуліемъ, какъ домовладыка, такъ и третьи лица, и притомъ домовладыка и его наслѣдникъ предпочтительно предъ третьими лицами—должны искать своего удовлетворенія прежде всего въ пекуліи, а затѣмъ уже въ лично принадлежащемъ бывшему обладателю пекулія имуществѣ. Удовлетвореніе кредитора пекуліемъ въ L. 38 pr. D. 12, 6 стоитъ, такимъ образомъ, на одной линіи съ тѣмъ случаемъ, напр., когда домовладыка еще во время существованія власти надъ обладателемъ пекулія со-

вершитъ ademtio peculii для покрытія своего натуральнаго требованія къ обладателю пекулія [108]).

Изложенныя соображенія даютъ намъ возможность понять и смыслъ того рѣшенія, которое мы находимъ въ § 1 разбираемой нами L. 38 D. 12, 6. Здѣсь юристъ говоритъ о томъ случаѣ, когда самъ домовладыка далъ нѣчто взаймы сыну, обладающему пекуліемъ. Изъ такой сдѣлки возникла obligatio naturalis, по которой отецъ былъ кредиторомъ своего подвластнаго. Юриста интересуетъ вопросъ, остается ли въ силѣ эта obligatio naturalis, если отецъ эманципируетъ сына, и подлежитъ ли поэтому возврату или нѣтъ уплата, сдѣланная сыномъ отцу послѣ эманципаціи? Юристъ рѣшаетъ вопросъ слѣдующимъ образомъ. Еслибы послѣ эманципаціи подвластнаго обладателя пекулія третій кредиторъ этого подвластнаго предъявилъ къ отцу a. annalis de peculio, то отецъ могъ бы deducere de peculio тѣ долги, которые лежали предъ нимъ на обладателѣ пекулія. Это значитъ, что фактическая основа натуральнаго обязательства — его значеніе, какъ счетной единицы при опредѣленіи величины пекулія, — остается послѣ эманципаціи. А разъ остается эта фактическая основа, то слѣдуетъ признать, что остается въ силѣ (manere) и натуральное обязательство, какъ отношеніе, вызывающее послѣдствія лично касающіяся сына. Поэтому уплата, сдѣланная сыномъ послѣ эманципаціи, не подлежитъ возврату. Однако, и къ этому рѣшенію юристъ прибавляетъ оговорку: уплата только тогда не подлежитъ возврату, когда отецъ выдалъ пекулій сыну при эманципаціи. Если же онъ удержалъ его у себя, то въ размѣрахъ удержаннаго пекулія обязательство сына погашено. Погашеніе и въ этомъ случаѣ является результатомъ удовлетворенія отца пекуліемъ, а не confusio [109]).

---

[108]) См объ этомъ главу II, пр. 189.

[109]) Ученые, упомянутые въ прим. 99, чтобы оставаться послѣдовательными, должны принимать и въ этомъ случаѣ confusio, такъ какъ съ прекращеніемъ фактической раздѣльности пекулія отъ прочаго имущества домовладыки пекуліарная отвѣтственность за долги, принимаемая имъ, должна перейти на домовладыку и уничтожиться confusione. Однако, о confusio въ этомъ случаѣ говорятъ только Pfordten, стр 169; 183 и Sintenis l. c. Machelard, стр. 143 говоритъ, что отецъ является „indemnisé par la conservation du pécule". Неопредѣленно выражается Schwanert, стр 313, ссылаясь на Pfordten, стр. 169. Mandry,

Кромѣ deductio de peculio и soluti retentio, долгъ сына предъ отцемъ можетъ вести, конечно, и къ другимъ послѣдствіямъ, аналогичнымъ съ тѣми, которыя вызываетъ долгъ раба передъ господиномъ. Изъ этихъ послѣдствій въ нашихъ источникахъ прямо упомянуто о возможности для третьихъ лицъ выступать поручителями за сына передъ отцомъ. Объ этомъ говоритъ Юліанъ у Ульпіана [110]) и Павелъ [111]).

Мы переходимъ къ § 2 разбираемой нами L. 38 D. 12, 6. Здѣсь Африканъ въ добавленіе къ переданнымъ имъ въ pr. и § 1 выводамъ Юліана излагаетъ намъ свои соображенія на тотъ случай, если подвластный сынъ оказалъ кредитъ своему домовладыкѣ. Юриста интересуетъ опять вопросъ: что будетъ, если отецъ уплатитъ взятую имъ взаймы сумму сыну послѣ его эманципаціи? Condictio indebiti можетъ быть допущена лишь при отсутствіи naturalis obligatio, по которой сынъ является кредиторомъ отца. Спрашивается, существуетъ ли такая активная obligatio naturalis на сторонѣ эмансипированнаго сына? Для разрѣшенія этого вопроса Африканъ идетъ по тому же пути, которому слѣдовалъ въ аналогичномъ случаѣ его учитель Юліанъ. Если, говоритъ онъ, третье лицо—кредиторъ обладателя пекулія—по эманципаціи послѣдняго предъявитъ къ бывшему домовладыкѣ actio annalis de peculio, то при счисленіи суммы пекулія будутъ приняты во вниманіе и тѣ требованія, которыя обладатель пекулія имѣлъ къ домовладыкѣ: они будутъ присчитаны къ пекулію. Такимъ образомъ и послѣ эманципаціи требованія подвластнаго къ домовладыкѣ сохраняютъ фактическое значеніе счетной единицы пекулія. А такъ какъ это ихъ значеніе и является той фактической основой, на которой юриспруденціей возведенъ былъ весь институтъ натуральныхъ обязательствъ между подвластными и домовладыками, то и въ данномъ случаѣ мы можемъ признать наличность obligatio naturalis сына къ отцу, разъ сохраняется въ силѣ ея фактическая основа. Поэтому уплата, сдѣланная отцомъ, не подле-

---

т. II, стр. 202 прямо говоритъ, что „in den aus irgend welchem Grunde zurückbehaltenen Peculiarwerthen hat eben der Hausvater die Befriedigung für seine Deductionsforderung".

[110]) L. 3 § 7 D. 15, 1. Ulp. 29 ed.

[111]) L. 56 § 1 D. 46, 1 in f. Paulus 15 quaest. O L. 34 § 8 D. 46, 3 см. выше прим. 51.

жить возврату. Точно также, если уплату произведетъ сыну, лишенному наслѣдства, посторонній наслѣдникъ домовладыки, то и эта уплата вполнѣ дѣйствительна. Почему въ послѣднемъ случаѣ юристъ предполагаетъ filius exheredatus,—это понятно: если бы сынъ былъ назначенъ наслѣдникомъ отца, то долгъ отца ему, по крайней мѣрѣ въ размѣрахъ pars hereditaria сына, былъ бы уничтоженъ чрезъ confusio.

Въ этомъ своемъ разсужденіи юристъ употребляетъ выраженіе «manere naturalem obligationem». Это даетъ поводъ думать, что по мнѣнію Африкана активная obligatio naturalis сына къ отцу возникаетъ еще во время нахожденія сына подъ властью и только сохраняется въ силѣ по его эманципаціи. Такого рода положеніе вещей содержало бы въ себѣ большую аномалію: вѣдь, находясь подъ властью отца, сынъ все пріобрѣтаетъ отцу, въ томъ числѣ и натуральныя права требованія; слѣдовательно, отцу онъ долженъ былъ бы пріобрѣсти и натуральное право требованія къ самому отцу, а это привело бы къ confusio и полному уничтоженію этого права требованія съ самого начала его существованія [112]). Поэтому, естественнѣе было бы допустить, что упоминаемая Африканомъ активная obligatio naturalis сына къ отцу, подобно извѣстному уже намъ naturale debitum господина рабу, возникаетъ впервые лишь по выходѣ управомоченнаго лица изъ-подъ власти обязаннаго лица, хотя фактической основой для нея служитъ отношеніе, возникшее еще во время существованія власти. И дѣйствительно, мы имѣемъ указанія на то, что едва ли римскіе юристы склонны были признавать наличность активной obligatio naturalis на сторонѣ сына во время существованія власти: именно, они считаютъ совершенно немыслимымъ поручительство предъ подвластнымъ сыномъ за долгъ отца, хотя вполнѣ признаютъ возможнымъ поручительство третьихъ лицъ за долгъ подвластнаго сына предъ отцомъ [113]). Это заставляетъ насъ думать, что во время существованія отеческой власти по воззрѣнію юристовъ не могло быть рѣчи объ активной naturalis obligatio сына къ отцу, какъ объ особомъ правѣ сына, признанномъ за послѣднимъ

---

[112]) См. по этому поводу недоумѣнія Pfordten'a, стр. 155 сл. Mandry, т. I, стр. 94.

[113]) L. 56 § 1 D. 46, 1 Paulus 15 quaest. См. главу II, пр. 271.

во вниманіе къ его собственной личности. Въ это время обязательственное отношеніе, которое должно бы было сдѣлать сына кредиторомъ отца, имѣло лишь фактическое значеніе счетной единицы пекулія, признанное за нимъ въ интересахъ кредиторовъ лица, обладающаго пекуліемъ. Послѣ же прекращенія отеческой власти на этой фактической основѣ возникаетъ активное натуральное обязательство бывшаго подвластнаго къ бывшему домовладыкѣ. Совершенно аналогичнымъ образомъ, если подвластный сынъ выступитъ въ качествѣ adstipulator'a, то въ теченіе отеческой власти право изъ adstipulatio не возникаетъ, отношеніе находится in pendenti; но по выходѣ изъ-подъ власти на этой фактической основѣ, заложенной еще во время нахожденія подъ властью, для бывшаго подвластнаго возникаетъ самостоятельное право требованія [114]). Точно также для сына, по выходѣ его изъ-подъ власти, можетъ возникнуть actio furti противъ третьяго лица на почвѣ фактическаго состава, совершившагося еще во время нахожденія его подъ властью [115]).

Въ виду всего этого, мы находимъ возможнымъ не придавать большаго значенія слову «manere» въ разсужденіи Африкана. Быть можетъ, это выраженіе было употреблено юристомъ просто потому, что онъ его нашелъ у своего прообраза—Юліана (см. § 1 разбираемаго фрагмента) и неосторожно повторилъ его и въ своемъ собственномъ разсужденіи, гдѣ оно оказывается не вполнѣ точнымъ [116]).

Африканъ не объясняетъ намъ, долженъ ли остаться пекулій у эманципированнаго сына для того, чтобы онъ считался натуральнымъ кредиторомъ домовладыки, или же это обстоятельство въ данномъ случаѣ безразлично? Намъ кажется, что, если видѣть въ obligatio naturalis самостоятельное право требованія сына къ отцу, установленное юристами въ интересахъ самого сына, то едва ли будетъ послѣдовательно признавать за сыномъ это право требованія

---

[114]) Gai III, 114. Mandry, т. I, стр. 93.

[115]) L. 59 (58) D. 47, 2. Jul. 4 Urs. Fer. Mandry, т. I, стр. 268.

[116]) Machelard, стр. 146 сл.; 150 также допускаетъ возникновеніе натуральнаго обязательства отца передъ сыномъ лишь съ момента прекращенія отеческой власти. Mandry, т. I, стр. 160 сл. указываетъ, что во время существованія власти натуральные долги домовладыки подвластному имѣютъ значеніе лишь для computatio peculii.

лишь въ томъ случаѣ, когда онъ сохраняетъ при эманципаціи свой пекулій. Сдѣлка, стоявшая въ связи съ пекуліемъ, является фактической основой для этого права требованія. Во время существованія власти пекулій считается увеличеннымъ на ту сумму, которую задолжалъ бы отецъ подвластному изъ этой сдѣлки, если бы она заключена была между лицами, не связанными властью. Такого рода счисленіе пекулія продолжается и по выходѣ обладателя пекулія изъ-подъ власти для опредѣленія размѣровъ кондемнаціи по actio de peculio annalis; это понятно: въ теченіе года, пока можетъ быть предъявленъ этотъ искъ, положеніе кредиторовъ бывшаго обладателя пекулія относительно ихъ иска къ домовладыкѣ опредѣляется такъ, какъ будто пекуліарныя отношенія не перестали существовать. Но самостоятельное право требованія бывшаго обладателя пекулія къ домовладыкѣ на фактической почвѣ пекуліарнаго отношенія возникаетъ, какъ мы видѣли, лишь въ моментъ прекращенія власти. Оно признано юристами въ личныхъ интересахъ этого бывшаго обладателя пекулія. Счетное значеніе обязательственнаго отношенія съ домовладыкой для пекулія дало юристамъ только толчекъ для образованія ученія о натуральномъ правѣ требованія подвластнаго къ домовладыкѣ. Но само по себѣ оно ничего общаго съ этимъ натуральнымъ правомъ требованія не имѣетъ: оно существуетъ только въ интересахъ третьихъ кредиторовъ бывшаго обладателя пекулія [117]). Такимъ образомъ, хотя и послѣ эманципаціи пекулій продолжаетъ считаться увеличеннымъ на ту сумму, которую задолжалъ бы отецъ изъ сдѣлки, заключенной съ подвластнымъ, еслибы заключилъ ее съ постороннимъ лицомъ, но самое натуральное право требованія

---

[117]) Еслибы computatio in peculium представлялась юристамъ послѣдствіемъ натуральнаго обязательства, которое связано съ пекуліемъ и переходитъ на каждаго обладателя пекуліарной массы, то она не имѣла бы мѣста въ томъ случаѣ, когда пекулій эмансипированнаго сына сохраняется въ рукахъ отца и къ послѣднему предъявляется a. de peculio annalis: натуральное обязательство пріобрѣлось бы отцу вмѣстѣ съ фактическимъ присоединеніемъ пекулія къ остальному patrimonium отца, и, такъ какъ должникомъ по нему является самъ отецъ, то погасилось бы confusione, такъ что о computatio in peculium не могло бы быть рѣчи. Африканъ въ L. 38 § 2 D. 12, 6 учитъ насъ совсѣмъ иному. Отсюда слѣдуетъ, что computatio in peculium не является для него результатомъ натуральнаго обязательства, кредиторомъ по которому является всякій пріобрѣтатель пекулія.

на почвѣ этой сдѣлки возникаетъ въ лицѣ эманципированнаго сына, причемъ безразлично, остался ли за нимъ пекулій или нѣтъ. Если отецъ оставляетъ пекулій за собою и затѣмъ уплачиваетъ эманципированному сыну свой натуральный долгъ, то эта уплата будетъ вполнѣ дѣйствительна и не будетъ считаться за дареніе; сумма кондемнаціи по a. de peculio annalis уменьшится на сумму сдѣланной эманципированному сыну уплаты. Если отецъ, умирая, вздумаетъ сдѣлать предметомъ легата сыну, у котораго онъ отнялъ пекулій, свой натуральный долгъ этому сыну, то такой легатъ будетъ вполнѣ дѣйствителенъ [118]).

Новымъ доказательствомъ правильности нашей мысли служитъ слѣдующее рѣшеніе:

L. 25 § 19 D. 10, 2 Paulus 23 ed. Si filius cum patrem defenderet condemnatus solverit vel vivo eo vel post mortem, potest aequius dici habere petitionem a coherede in familiae erciscundae judicio.

Рѣчь идетъ здѣсь о слѣдующемъ случаѣ. Сынъ принялъ на себя защиту по иску, по которому отвѣтчикомъ долженъ былъ явиться его отецъ, былъ осужденъ и уплатилъ по судебному рѣшенію. Такимъ образомъ онъ выступилъ въ роли negotiorum gestor'a своего отца и совершилъ траты на имущество послѣдняго. Юристъ рѣшаетъ, что, если этотъ сынъ по смерти отца явится однимъ изъ наслѣдниковъ послѣдняго, то часть своихъ издержекъ на дѣла отца онъ можетъ взыскать съ сонаслѣдника путемъ a. familiae erciscundae. При этомъ безразлично, уплатилъ ли онъ за отца еще при жизни послѣдняго, т. е. еще находясь подъ его властью, или же уже послѣ смерти отца. Въ послѣднемъ случаѣ для сына возникло цивильное право требованія къ наслѣдственной массѣ, которое и ложится въ основу actio familiae erciscundae. Въ первомъ же случаѣ a. fam. erc. можетъ опираться только на натуральное право требованія, которое у сына возникаетъ въ моментъ выхода его изъ-подъ власти къ наслѣдникамъ отца, на почвѣ сдѣлки, заключенной имъ съ отцомъ еще во время нахожденія его подъ властью. И въ этомъ случаѣ юристъ ничего не говоритъ о сохраненіи пекулія за сыномъ: очевидно, это вовсе не необходимое условіе для возникновенія натуральнаго требованія

[118]) Argum. L. 40 § 3 D. 35, 1. См. гл. II, пр. 281; также пр. 298.

бывшаго подвластнаго къ отцу или его наслѣдникамъ. Мало того: у насъ есть основанія думать, что въ данномъ случаѣ сынъ могъ и не имѣть никакого пекулія, и свои траты на имущество отца совершилъ не на счетъ пекулія. Дѣло въ томъ, что въ разобранномъ рѣшеніи юристъ допускаетъ чрезвычайно сильныя послѣдствія для натуральнаго требованія бывшаго подвластнаго къ домовладыкѣ: это требованіе получаетъ косвенную исковую защиту; хотя прямого иска по его поводу не существуетъ, но уплата по немъ можетъ быть вынуждена путемъ a. fam. erciscundae. Чѣмъ объяснить такія сильныя послѣдствія?

На это проливаетъ свѣтъ другое рѣшеніе, принадлежащее юристу Ульпіану:

L. 20 § 1 D. 10, 2 Ulp. 19 ed. Si filius familias jussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum praecipere: sed et si in rem patris vertit, idem placet, et si de peculio [sit actio, eatenus ins. Mom.] peculium praecipiet: et ita imperator noster rescripsit.

Ульпіанъ говоритъ о томъ случаѣ, когда сынъ civiliter обязался предъ третьимъ лицомъ на основаніи jussus patris, или же когда онъ сумму, полученную отъ принятія на себя такого цивильнаго обязательства, in rem patris vertit [119]). Въ обоихъ этихъ случаяхъ цивильное обязательство, по которому онъ самъ in solidum отвѣчаетъ предъ третьимъ кредиторомъ, принято имъ на себя исключительно въ интересахъ отца. Поэтому въ обоихъ случаяхъ при раздѣлѣ отцовскаго наслѣдства сынъ-сонаслѣдникъ можетъ вытребовать себѣ сумму, необходимую для покрытія этого долга. Средствомъ для этого послужитъ, конечно, a. familiae erciscundae. Основаніемъ рѣшенія является, разумѣется, то соображеніе, что несправедливо заставлять бывшаго подвластнаго исковымъ путемъ отвѣчать третьимъ кредиторамъ изъ своего собственнаго имущества за долги, заключенные исключительно въ интересахъ отца.

Вѣроятно, такого рода фактическій составъ имѣетъ въ виду юристъ и въ L. 25 § 19 cit. Онъ предполагаетъ, что подвластный сынъ vivo patre уплатилъ за отца на тѣхъ же началахъ, на какихъ онъ уплатилъ бы за него, ставъ свободнымъ—post mortem patris. По крайней мѣрѣ, оба эти случая юристъ рѣшаетъ одинаково, не

---

[119]) Третій случай насъ теперь не интересуетъ: о немъ см. выше прим. 34.

дѣлая между ними никакого различія. Другими словами, онъ предполагаетъ, что въ обоихъ случаяхъ сынъ потратился на отца изъ своихъ собственныхъ средствъ. Слѣдовательно, уплачивая vivo patre, сынъ взялъ деньги не изъ своего peculium profecticium; а такъ какъ peculium castrense въ данномъ случаѣ не предполагается, другого же имущества сынъ въ классическую эпоху пріобрѣсти не могъ, то остается предположить, что дѣло идетъ объ уплатѣ за отца, сдѣланной съ помощью денегъ, взятыхъ подвластнымъ сыномъ взаймы у третьяго лица. Такая уплата за отца будетъ въ томъ смыслѣ уплатой изъ собственныхъ средствъ сына, что по поводу взятыхъ взаймы денегъ сынъ civiliter отвѣчаетъ предъ третьимъ кредиторомъ, независимо отъ a. adjecticiae qualitatis, которая для послѣдняго можетъ возникнуть противъ отца [120]). Въ этомъ случаѣ соображенія справедливости, о которыхъ мы только-что говорили по поводу L. 20 § 1 D. cit., и приводятъ къ необходимости дать сыну при раздѣлѣ отцовскаго наслѣдства регрессъ къ сонаслѣднику.

Еслибы сынъ сдѣлалъ уплату за отца изъ своего пекулія, т.-е. въ сущности изъ имущества, юридически принадлежащаго его домовладыкѣ, то, конечно, юристы не сочли бы нужнымъ давать сыну регрессъ въ формѣ иска противъ сонаслѣдниковъ въ имуществѣ отца. Такимъ образомъ, L. 25 § 19 и L. 20 § 1 D. 10, 2 выясняютъ намъ двѣ вещи: 1) натуральное требованіе къ отцу настолько независимо отъ существованія пекулія у сына, являющагося кредиторомъ, что оно можетъ возникнуть даже для такого сына, который не обладалъ пекуліемъ совсѣмъ; 2) если сынъ въ интересахъ отца принялъ на себя исковую отвѣтственность предъ третьими лицами, то возникшее по этому поводу натуральное право требованія его къ отцу принимается во вниманіе при раздѣлѣ отцовскаго наслѣдства, разъ сынъ является въ немъ сонаслѣдникомъ, и получаетъ косвенную исковую защиту при посредствѣ a. familiae erciscundae [121]).

Въ отношеніяхъ раба съ господиномъ фактическіе составы, о

---

[120]) Sctum Macedonianum въ данномъ случаѣ непримѣнимо, ибо заемъ сдѣланъ въ интересахъ отца. См. Windscheid, Pand. т. II, § 373 пр. 11.

[121]) Ср. объ этомъ Sintenis, Civilrecht, т. III, § 142 пр. 20. Mandry, т. I, стр. 163 сл. Pfordten, стр. 204 - 207. O L. 6 § 4 D. 33, 8, на которую ссылается Mandry, см. главу II, стр 135 сл.

которыхъ идетъ рѣчь въ L. 20 § 1 и L. 25 § 19 cit., не могутъ возникнуть, ибо рабъ не можетъ обязаться передъ третьими лицами civiliter, т.-е. такъ, чтобы противъ него возможенъ былъ искъ со стороны этихъ третьихъ кредиторовъ. Поэтому мы не имѣемъ права распространять на рабовъ и тѣхъ выводовъ, которые нами добыты изъ этихъ источниковъ.

Вѣроятно, имѣя въ виду возможность такихъ сильныхъ послѣдствій для натуральнаго требованія сына къ бывшему домовладыкѣ, Африканъ и называетъ его именемъ «naturalis obligatio». Мы знаемъ уже, что рабу относительно господина римскіе юристы такой naturalis obligatio не предоставляли; они считали возможнымъ говорить только о «naturale debitum» бывшаго господина къ либерту [122]).

Что касается основаній возникновенія натуральныхъ требованій бывшаго подвластнаго къ бывшему домовладыкѣ, то фактической подкладкой для нихъ служатъ, большею частью, сложившіяся уже во время существованія власти пекуліарныя отношенія, тѣ чисто фактическія требованія сына къ отцу, которыя durante potestate причисляются къ пекулію. О нихъ нужно сказать то же, что было сказано о такого же рода долгахъ господина рабу: для нихъ нужна causa civilis и, сверхъ того, желаніе домовладыки стать должникомъ подвластнаго [123]); деликты домовладыки противъ вполнѣ подчиненнаго его власти сына не составляютъ основанія для натуральныхъ обязательствъ [124]). Но изъ разсмотрѣнія L. 25 § 19 D. 10, 2 въ связи съ L. 20 § 1 D. eod. мы убѣдились, что иногда обязательственное притязаніе къ бывшему домовладыкѣ на основаніи сдѣлки съ нимъ совершенной еще во время существованія власти, можетъ возникнуть для бывшаго подвластнаго и не ex causa peculiari. Въ этомъ положеніе свободнаго подвластнаго отличается отъ положенія раба. Въ такихъ случаяхъ едва ли нужна спеціальная воля отца стать должникомъ сына для того, чтобы фактическая основа для возникновенія натуральнаго требованія послѣ прекращенія власти считалась вполнѣ завершенной.

---

[122]) См. главу II, стр. 144.

[123]) См. главу II, стр. 129 сл.

[124]) Mandry, т. II, стр. 154 сл. Schwanert, стр. 305 сл.

Долги подвластнаго домовладыкѣ, такъ же какъ и долги раба господину, возникаютъ ex causa civili [125]), но независимо отъ того, обладаетъ ли должникъ пекуліемъ и стоитъ ли долгъ въ матеріальной связи съ пекуліемъ [126]). Деликты сына противъ отца даютъ основу для натуральнаго обязательства къ возмѣщенію ущерба [127]).

Намъ остается сдѣлать нѣсколько заключительныхъ замѣчаній, чтобы покончить съ обязательственными отношеніями между отцомъ и подвластнымъ сыномъ.

Еще въ классическомъ правѣ признана была для подвластнаго сына возможность въ нѣкоторыхъ случаяхъ выступать противъ отца съ притязаніями въ порядкѣ не обыкновеннаго гражданскаго процесса, но административной cognitio extra ordinem. Такъ, подобнаго рода право предоставлено было подвластнымъ по поводу притязаній ихъ объ алиментахъ и объ установленіи приданаго [128]). Мы знаемъ, что право возбуждать такіе процессы extra ordinem иногда предоставлялось даже рабу по отношенію къ его господину.

Точно также еще въ классическую эпоху начали появляться впервые нѣкоторые виды самостоятельнаго имущества подвластныхъ сыновей семейства. Какъ извѣстно, этотъ процессъ кончился тѣмъ, что въ Юстиніановомъ правѣ бо́льшая часть пріобрѣтеній сына составляетъ уже его собственное имущество, которое только иногда находится въ узуфруктѣ и управленіи домовладыки (bona adventicia regularia). Эта перемѣна въ имущественномъ положеніи подвластныхъ не могла не отразиться на обязательственныхъ отношеніяхъ между ними и домовладыками ихъ.

Классическимъ юристамъ извѣстна изъ этихъ массъ имущества подвластныхъ одна—такъ наз. peculium castrense. Мы имѣемъ ясныя указанія источниковъ на то, какъ складывались обязательственныя отношенія между отцомъ и его подвластнымъ, обладающимъ peculium castrense.

---

[125]) Глава II, стр. 115.

[126]) Глава II, стр. 125 сл.

[127]) Глава II, стр. 122 сл. Ср. Schwanert, стр. 303 и къ этому гл. II, пр. 247.

[128]) См. Maudry, т. I, §§ 28—30. Girard, Manuel, стр. 133. Bekker, Aktionen, т. II, стр. 194 сл.

Сынъ семейства разсматривается относительно своего peculium castrense какъ pater familias [129]). Поэтому между нимъ и его домовладыкой возможны вполнѣ дѣйствительныя обязательства, снабженныя исковою защитой даже во время существованія отеческой власти [130]). Сынъ можетъ дѣлаться цивильнымъ должникомъ отца по всѣмъ обязательственнымъ сдѣлкамъ, которыя стоятъ въ связи съ peculium castrense [131]). Что касается delicta privata, то, прежде всего, сынъ отвѣчаетъ предъ отцомъ за деликты, совершенные противъ отца рабами его peculium castrense; эта отвѣтственность стоитъ въ тѣсной связи съ обладаніемъ peculium castrense и отецъ имѣетъ въ этихъ случаяхъ обычныя actiones noxales къ сыну [132]). За свои собственные деликты противъ отца, строго говоря, сынъ, какъ обладатель военнаго пекулія, цивильно не долженъ былъ отвѣчать, такъ какъ эти деликты его ни въ какой связи съ peculium castrense не стоятъ; но, принимая во вниманіе, что въ военномъ пекуліи подвластный имѣетъ фондъ, изъ котораго фактически можетъ вознаградить своего домовладыку за понесенный имъ ущербъ, юристы рѣшались въ этомъ случаѣ не стѣсняться строгою логическою послѣдовательностью и согласіемъ съ основнымъ принципомъ своей теоріи объ отвѣтственности сына, какъ обладателя военнаго пекулія, предъ домовладыкой, и давали домовладыкѣ противъ сына actiones utiles по поводу деликтовъ послѣдняго [133]).—Отецъ также могъ являться цивильнымъ должникомъ сына, обладающаго военнымъ пекуліемъ. Это относится, прежде всего, къ сдѣлкамъ, стоящимъ въ матеріальной связи съ peculium castrense: напр. къ двустороннимъ договорамъ съ отцомъ, по которымъ свое предоставленіе сынъ обязуется сдѣлать изъ peculium castrense, къ займу, который сынъ даетъ отцу изъ peculium castrense, къ тратамъ на дѣла отца изъ этого пекулія [134]), къ стипуляціямъ ex causa peculii castrensis [135]), къ

---

[129]) L. 2 D. 14, 6. Ulp. 64 ed.

[130]) L. 4 D. 5, 1 Gai. 1 ed. prov.

[131]) L. 2 pr. D. 18, 1 Ulp. 1 Sab. L. 15 § 2 D. 49, 17 Papin. 35 quaest.

[132]) L. 52 § 4 D. 47, 2. Ulp. 37 ed.

[133]) L. 52 § 5 D. 47, 2. Ulp. 37 ed.

[134]) L. 2 D. 18, 1 Ulp. 1 Sab. L. 42 § 3 D. 29, 2. Ulp. 4 disput. L. 10 § 2 D. 46, 1 Ulp. 7 disp.

[135]) L. 15 § 1 D. 49, 17 Papin. 34 quaest.

сдѣлкамъ, которыя заключаетъ съ домовладыкой servus peculii castrensis [136]). Далѣе, это относится ко всѣмъ деликтамъ домовладыки, которые наносятъ ущербъ составнымъ частямъ военнаго пекулія сына [137]).

По существу уже къ послѣ-классической эпохѣ относится образованіе такъ наз. peculium quasi-castrense, которое по отношенію къ интересующему насъ вопросу должно быть вполнѣ приравнено къ pec. castrense [138]).

Что касается вліянія, которое оказало на обязательственныя отношенія между домовладыкой и подвластнымъ появленіе еще двухъ новыхъ массъ собственнаго имущества подвластныхъ: bona adventicia regularia и irregularia, то объ этомъ источники наши не даютъ намъ ровно никакихъ свѣдѣній. Отсюда понятно, что вопросъ этотъ рѣшается современными учеными на основаніи однихъ только апріорныхъ соображеній и является весьма спорнымъ. Нѣкоторые ученые, какъ напр., Brinz и Sintenis, полагаютъ, что въ качествѣ обладателя этихъ массъ имущества подвластный не могъ вступать въ цивильныя обязательства съ домовладкой. Для Sintenis'а главнымъ аргументомъ служитъ полное молчаніе о такого рода обязательствахъ въ нашихъ источникахъ [139]). Brinz опирается на слѣдующія соображенія: при peculium castrense, по его мнѣнію, способность сына вступать въ цивильныя обязательства съ домовладыкой покоилась на особомъ пожалованьи; такъ какъ такого пожалованья для bona adventicia irregularia сдѣлано не было, то въ качествѣ обладателя этого имущества сынъ не долженъ почитаться имѣющимъ эту способность; по отношенію же къ adventicia regularia «сынъ не только лично, но и имущественно оставался подъ отеческою властью», и потому здѣсь еще менѣе имѣемъ мы основаній признавать за нимъ способность вступать въ цивильныя обязательства съ домовладыкой [140]).—Напротивъ, другіе ученые, какъ

---

[136]) L. 15 § 3 D. 49, 17. Papin. 34 quaest.

[137]) L. 52 § 6 D. 47, 2 Ulp. 37 ed.—Ко всему изложенному ср. Pfordten, стр. 142 - 144. Schwanert, стр. 328—332. Sintenis, Civilrecht, т. III, § 142 пр. 3 - 6. Brinz, Pand. т. III, § 462.

[138]) Pfordten, стр. 144. Schwanert, стр. 328. Sintenis, l. c. Brinz, l. c. пр. 44.

[139]) Sintenis, Civilrecht т. III, § 142 пр. 8.

[140]) Brinz, Pand. т. III, стр. 657 сл. ср. стр. 635 (по 2-му изд.).

Schwanert и Arndts, полагаютъ, что, въ качествѣ обладателя bona adventicia irregularia, сынъ могъ заключать съ отцомъ цивильныя обязательства, такъ какъ онъ распоряжается этимъ имуществомъ такъ же свободно, какъ и военнымъ пекуліемъ. Что касается adventicia regularia, то здѣсь мы имѣемъ совсѣмъ иное: собственность на это имущество признана была за подвластнымъ сыномъ не для того, чтобы сдѣлать его имущественно независимымъ отъ отца въ теченіе существованія власти,—этому противорѣчитъ узуфруктъ и право управленія, данное отцу,—но только съ тою цѣлью, чтобы это имущество неприкосновенно сохранялось для даннаго сына на время послѣ расторженія власти. Поэтому относительно bona adventicia regularia слѣдуетъ допускать возможность лишь натуральныхъ обязательствъ между подвластнымъ и домовладыкой [141]).—Наконецъ, есть писатели, которые считаютъ возможнымъ принять возникновеніе цивильныхъ обязательствъ между отцомъ и сыномъ относительно обѣихъ массъ имущества, какъ adv. regularia, такъ и adv. irregularia. Сюда относится, напр., Pfordten и Windscheid. Послѣдній исходитъ изъ того, что въ результатѣ развитія римскаго права подвластный сынъ въ принципѣ признанъ былъ способнымъ обладать имуществомъ, за исключеніемъ лишь нѣкоторыхъ особыхъ случаевъ. Поэтому только небрежности компиляторовъ слѣдуетъ приписать отсутствіе въ Юстиніановыхъ сборникахъ указаній на возможность возникновенія между отцомъ и сыномъ цивильныхъ обязательствъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда сынъ и отецъ вступаютъ между собою въ обязательственныя отношенія, за немногими исключеніями [142]). Подобнымъ же образомъ разсуждаетъ и Pfordten [143]). Въ виду полнаго отсутствія опорныхъ точекъ въ нашихъ источникахъ, мы должны признать этотъ вопросъ открытымъ.

Если обязательственное отношеніе возникло между двумя подвластными одного и того же домовладыки, то въ случаѣ наличности у должника peculium castrense или quasi-castrense онъ обязуется civiliter. Право требованія причисляется или къ bona adventicia

---

[141]) Schwanert, стр. 334—340. Arndts, Pand. § 435.

[142]) Windscheid, Pand. т. II, § 519 пр. 5 ср. § 289 пр. 27.

[143]) Abhandlungen, стр. 145 сл.

брата, cui debetur, или же, если и этотъ послѣдній имѣетъ peculium castrense vel quasi и обязательство возникло ex causa castrensi, входитъ въ составъ этихъ массъ имущества брата, cui debetur. Что касается обязательствъ, возникшихъ между подвластными, изъ которыхъ должникъ или оба участника имѣютъ bona adventicia, то вопросъ о послѣдствіяхъ этихъ обязательствъ находится въ тѣсной связи съ вопросомъ о послѣдствіяхъ обязательствъ между самимъ домовладыкой и его подвластнымъ, обладающимъ bona adventicia; именно, невозможно по состоянію источниковъ сказать положительно, возникнутъ ли въ этихъ случаяхъ цивильныя или натуральныя обязательства. Эти обязательства, во всякомъ случаѣ, поступятъ въ составъ bona adventicia брата, cui debetur, и потому наслѣдованіе братьевъ домовладыкѣ не будетъ оказывать на нихъ того вліянія, о которомъ говорилось въ L. 38 pr. D. 12, 6 [144]).

II. Есть одинъ случай, когда подвластный сынъ изъ сдѣлки, заключенной съ третьимъ лицомъ, въ силу сингулярной нормы права обязывается не civiliter, а только naturaliter. Мы разумѣемъ денежный заемъ, сдѣланный подвластнымъ сыномъ несогласно съ предписаніями, содержащимися въ Senatusconsultum Macedonianum.

Ульпіанъ сообщаетъ намъ самый текстъ этого Sctum.

L. 1 pr. D. 14, 6. Ulp. l. 29 ad ed. Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: «Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur. ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri» [145]).

Это значитъ: «Принимая во вниманіе, что Macedo, въ числѣ прочихъ причинъ своего злодѣянія, вытекавшихъ изъ его

---

[144]) См. объ этомъ Pfordten, стр. 151. Schwanert, стр. 340.

[145]) Ср. къ этому еще Pauli R. S. II, 10, 1. § 7. J. 4, 7. Theoph. ad h. l.

испорченнаго характера, ссылался на свои долги, а также и то, что лица [146]), оказывающія кредитъ ненадежнымъ должникамъ [147]) (чтобы не сказать болѣе) [148]), часто даютъ возможность предаваться порочной жизни, сенатъ постановляетъ, чтобы никакому лицу, которое даетъ деньги взаймы подвластному сыну, не давалась actio и petitio даже послѣ смерти родственника, подъ властью котораго находился должникъ, дабы знали лица, вознаграждающія себя теперь непозволительнымъ образомъ [149]) за рискъ процентами [150]), что они не могутъ ожидать превращенія долга какого либо подвластнаго сына въ надежное обязательство [151]) по смерти домовладыки должника».

Такимъ образомъ, сенатъ постановилъ, что лицо, давшее подвластному сыну деньги взаймы, не должно было имѣть иска по этому поводу даже по выходѣ должника изъ подъ отеческой власти, вслѣдствіе смерти домовладыки.

Для опредѣленіи времени, когда былъ изданъ этотъ Сенатусконсультъ, мы имѣемъ слѣдующія данныя. 1) Старѣйшія изъ извѣстныхъ намъ толкованій къ нему принадлежатъ юристамъ конца перваго и начала второго вѣка: Нерацію и Цельзу [152]). 2) Suetonius, Vita Vesp. c. 11 сообщаетъ намъ слѣдующее: «Vespasianus auctor Senatui fuit decernendi, ne filiorum familias faeneratoribus exigendi

---

[146]) Субъектомъ въ первомъ предложеніи: „cum inter... abhibuisset“ является подвластный сынъ, по имени Macedo; во второмъ предложеніи: „et saepe... crederet“ субъектъ мѣняется: рѣчь идетъ о заимодавцахъ. См. Dückers, de Scto Macedoniano, 1866 г., стр. 7. Keller, Instit., стр. 112. Rudorff, Röm. R. G., т. I, стр. 123 пр. 9. Huschke, Darlehn (1882 г.) стр. 154.

[147]) Такъ мы переводимъ „incertis nominibus“ вслѣдъ за Huschke, l. c. стр. 154 пр. 2 Ср. Dückers, l. c. стр. 8. Brinz, Pand. т. II. стр. 482 пр. 2. Совершенно особенно стоитъ толкованіе Dietzel, das Sctum Macedonianum (1856 г.) стр. 70 пр. 2; см. о немъ Dückers, стр. 11.

[148]) О словахъ „ne quid amplius diceretur“ см. Huschke, l. c. стр. 154. Dückers, стр. 9. Brinz, l. c. Keller, l. c.

[149]) „Pessimo exemplo“ см. у Heumann, Handlexicon, s. v. Exemplum, c.

[150]) Ср. Huschke, l. c. стр. 154.

[151]) Huschke, стр. 154 пр. 3.

[152]) L. 7 pr. D. 14, 6 Ulp. 29 ed. L. 5 § 8 D. 23, 3 Ulp. 31 Sab. (Neratius l. 1 et. 2 resp. Lenel, Ner. 74; Ner. 147; Celsus 276 пр. 1: l. 4 responsorum?). Mandry, т. I, стр. 433.

crediti jus utquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem». Очевидно, Свѣтоній говоритъ здѣсь именно о томъ Сенатусконсультѣ, текстъ котораго намъ сообщаетъ Ульпіанъ. Такимъ образомъ, время изданія нашего Сенатусконсульта должно быть отнесено къ правленію Веспасіана (69—79 г. по Р. Х.).—3) Нѣкоторую путаницу въ этотъ вопросъ вноситъ, однако, замѣчаніе, которое мы находимъ у Тацита; послѣдній въ Ann. 11, 13 сообщаетъ объ императорѣ Клавдіи: «lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum filiis familias pecuniam darent». Является вопросъ: говоритъ ли Тацитъ о томъ же самомъ законѣ, о которомъ разсказываетъ Свѣтоній, или же о другомъ законѣ, который былъ изданъ по тому же поводу за нѣсколько лѣтъ до появленія Веспасіановскаго постановленія? Едва ли можно думать, что Тацитъ имѣетъ въ виду другой законъ; о такой lex Claudia намъ ничего не сообщаютъ другіе источники, хотя до насъ дошло много отрывковъ изъ комментаріевъ юристовъ къ Sctum Macedonianum; кромѣ того, странно было бы, если бы такой законъ существовалъ, что въ самомъ текстѣ Сенатусконсульта, гдѣ постановленіе сената подробно мотивируется, ничего не говорится о немъ: Sctum Vellejanum, напр., содержало въ себѣ указаніе на прежнюю практику. Наконецъ, непонятно было бы, почему въ такой короткій срокъ понадобилось издать два постановленія съ аналогичнымъ содержаніемъ. Если же Тацитъ говоритъ о томъ же самомъ постановленіи, что и Светоній, то мы, несомнѣнно, должны отдать предпочтеніе указаніямъ Светонія въ виду ихъ бо́льшей точности: Светоній правильно называетъ самый источникъ нормы (постановленіе сената, а не lex lata, какъ у Тацита) и точнѣе передаетъ содержаніе постановленія; наконецъ Светоній пишетъ о данномъ Сенатусконсультѣ въ особой главѣ, спеціально посвященной законодательной дѣятельности Веспасіана, тогда какъ Тацитъ упоминаетъ о постановленіи Клавдія случайно, описывая погодно событія его царствованія. Все это заставляетъ насъ думать, что скорѣе всего, слѣдуетъ признать не вполнѣ точными свѣдѣнія о lex Claudia, сообщаемыя намъ Тацитомъ [153]).

---

[153]) См. въ этомъ смыслѣ Mandry, т. I, стр. 433 — 436. — О попыткѣ P. Faber'a согласить показанія Тацита и Светонія тѣмъ, что оба писателя говорятъ объ одномъ и томъ же Сенатусконсультѣ, который былъ изданъ въ

Какъ указываетъ самъ сенатъ въ текстѣ своего постановленія, ближайшимъ поводомъ къ изданію Сенатусконсульта послужило преступленіе нѣкоего сына семейства Macedo, который, будучи притѣсняемъ своими кредиторами и не имѣя возможности удовлетворить ихъ, вслѣдствіе отсутствія собственнаго имущества, рѣшился убить своего домовладыку, чтобы ускорить моментъ полученія отцовскаго наслѣдства [154]). Мы уже видѣли выше [155]), что едва ли можно считать примѣнимой къ сыновьямъ семейства durante potestate даже executio personalis по поводу заключенныхъ ими долговъ предъ третьими лицами. Поэтому не страхъ предъ этой executio могъ тяготить подвластныхъ сыновей, обременившихъ себя долгами въ большомъ количествѣ. Достаточнымъ побужденіемъ для такихъ лицъ желать скорѣйшей смерти домовладыки служило уже то обстоятельство, что они могли находить себѣ кредитъ, находясь подъ отеческой властью, лишь съ трудомъ и на тяжелыхъ условіяхъ: каждый кредиторъ считался съ

царствованіе Клавдія при консульствѣ Веспасіана, см. Dückers, стр. 4.— Большинство ученыхъ полагаетъ, что Тацитъ и Светоній говорятъ о разныхъ законахъ и различно пытаются объяснить, въ чемъ заключалась разница между этими законами и чѣмъ было вызвано появленіе второго изъ нихъ. См Unterholzner, Schuldverhältnisse т. I, стр. 147 пр. b. Rudorff, l. c. стр. 122 пр. 7. Dietzel, стр. 70 пр. 1. Machelard, стр. 110. Schwanert, стр. 341 пр. 13. Keller, стр. 111. Ryck, въ Arch f. civ. Praxis, т. 53 (1870 г.), стр. 94. Dückers, стр. 5. Dernburg, Pand. т. II, § 88 пр. 5. Преобладающее мнѣніе сводится къ тому, что lex Claudia касалась лишь займовъ, заключенныхъ прямо на время смерти домовладыки.—Huschke, стр. 151 сл. думаетъ, что lex Claudia была уголовнымъ закономъ; она установила poena publica для тѣхъ лицъ, которыя подъ тяжелыми процентами оказывали подвластнымъ кредитъ in mortem parentum; такъ какъ эта poena publica фактически не примѣнялась, то была принята въ Sctum Macedonianum болѣе дѣйствительная мѣра противъ такого рода сдѣлокъ. Нельзя не отмѣтить, что Tac. Ann. 11, 13 даетъ очень мало точекъ опоры для всѣхъ этихъ сужденій о содержаніи lex Claudia.

[154]) См. также разсказъ у Theoph. ad § 7 J. 4, 7. Предположеніе, что Macedo былъ не сынъ семейства, а ростовщикъ (см. Donellus, Com. de jure civ. l. XII, c. 24, § 4; Dietzel, стр. 70 пр. 1), основано на неправильномъ переводѣ текста Scti (выше прим. 146), и теперь почти всѣми оставлено. См. Unterholzner, стр. 147 пр. a. Rudorff, R. R. G. I, стр. 123 пр. 9. Schwanert, стр. 432 пр. 2. Machelard, стр. 111 пр. 1. Dückers, стр. 6 сл. Keller, стр. 112. Ryck, стр. 94. Mandry, т. I, стр. 436. Huschke, стр. 152. Brinz, т. II, стр. 481 пр. 1.

[155]) Прим. 47.

тѣмъ, что взысканіе по обязательству фактически ему придется отложить до времени выхода должника изъ подъ власти, если только у послѣдняго не было пекулія; кромѣ того, возникалъ рискъ, что и послѣ выхожденія изъ подъ власти у должника почему-либо можетъ не оказаться имущества, достаточнаго для покрытія долговъ [156]).

Эта occasio legis объясняетъ намъ, отчасти, какія цѣли преслѣдовалъ сенатъ, издавая свое постановленіе: онъ дѣйствовалъ въ интересѣ домовладыкъ, желая оградить ихъ отъ тѣхъ моральныхъ непріятностей и даже отъ опасности для ихъ жизни, которыя возникали въ результатѣ чрезмѣрной задолженности ихъ подвластныхъ третьимъ лицамъ.

Но это не являлось единственною цѣлью сената. Самъ сенатъ словами: «saepe materiam peccandi malis moribus praestaret etc.», указываетъ на другое соображеніе, лежащее въ основѣ его постановленія. Сенатъ желаетъ бороться съ распущенностью нравовъ подвластныхъ сыновей семействъ: не обладая собственнымъ имуществомъ, они легкомысленно относятся вообще къ имущественнымъ тратамъ и легко поддаются увлеченью бросать деньги на разгульный образъ жизни; для этого они находятъ удобное средство въ томъ кредитѣ, который имъ оказываютъ ростовщики; правда, условія этого кредита очень тяжелы, но что за дѣло до этого людямъ, которые не привыкли разсчитывать своихъ тратъ и которые знаютъ, что часъ расплаты наступитъ не немедленно, а по полученіи ими отцовскаго наслѣдства, представляющагося имъ въ большинствѣ случаевъ значительнѣе, чѣмъ оно есть. Такимъ образомъ, въ основѣ Сенатусконсульта лежатъ также соображенія общественной морали: борьба съ распущенностью нравовъ, а не только стремленіе оградить интересы домовладыкъ.

Средствомъ для достиженія поставленныхъ цѣлей сенатъ выбралъ отнятіе всякихъ исковъ по поводу займа, даннаго подвластному, у его кредитора. Это уничтоженіе иска направлено, стало быть, не къ облегченію долговой отвѣтственности сыновей семейства, а къ тому, чтобы удержать заимодавцевъ отъ оказанія имъ кредита. Эту мысль въ сущности и хотятъ выразить наши источ-

---

[156]) Ср. къ этому Dückers, стр. 24; Brinz, т. II, стр. 483 пр. 3 in fine.

ники, когда они говорятъ, что постановленіе Scti Macedoniani введено «in odium ejus cui debetur» [157]), что благодаря ему должники «ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit» [158]).

О настоящей poena creditorum въ смыслѣ наказанія за преступленіе здѣсь, конечно, нѣтъ рѣчи; отнятіе иска есть мѣра, которая должна прекратить самое оказываніе кредита подвластнымъ сыновьямъ, но не служить наказаніемъ за это оказываніе кредита. Постановленіе сената носитъ, такимъ образомъ, полицейскій, предупредительный, а не уголовный, карательный характеръ [159]).

Sctum Macedonianum было тщательно обработано римскими юристами. Опираясь на цѣль, которую преслѣдовалъ сенатъ, юристы стараются выяснить въ деталяхъ тѣ границы, въ которыхъ должно примѣняться его постановленіе, и тѣ послѣдствія, къ которымъ должно приводить примѣненіе Сенатусконсульта. Между прочимъ, они приходятъ къ тому заключенію, что примѣненіе Scti не уничтожаетъ вполнѣ обязательства, возникающаго изъ запрещеннаго займа: остается въ силѣ obligatio naturalis подвластнаго сына предъ

---

[157]) L. 40 pr. D. 12, 6 Marcian. 3 reg.

[158]) L. 9 § 4 D. 14, 6. Ulp. 29 ed.

[159]) См. въ этомъ смыслѣ Unterholzner, стр. 148 пр. с. Dückers, стр. 11 сл. Особенно Mandry, т. I, стр. 439 сл. Brinz, т. II, стр. 482 пр. 3. Односторонне указываютъ только на интересъ домовладыки Machelard, стр. 111. Ryck, стр. 95.—Въ смыслѣ карательной мѣры склоненъ понимать Sct. Macedonianum Huschke, стр. 154 сл. въ связи съ своими воззрѣніями на lex Claudia (см. выше прим. 153).—Особо стоитъ Dietzel, стр. 16—22; 31 сл. По его мнѣнію, основаніе Scti не полицейское, а юридическое; онъ изданъ во вниманіе къ тому, что въ моментъ заключенія сдѣлки должникъ неспособенъ обладать собственнымъ имуществомъ, и по тенденціи стоитъ близко къ эдикту о benef. compet. бывшихъ подвластныхъ; кромѣ того, онъ желаетъ охранить домовладыкъ отъ a. de peculio, что, впрочемъ, дѣлается опять-таки въ интересахъ подвластныхъ, къ которымъ будто бы домовладыка, отвѣчающій de peculio, имѣетъ регрессъ (стр. 32). Эта теорія не отличается ясностью лежащей въ основѣ ея мысли, построена отчасти на неправильныхъ посылкахъ, и не можетъ объяснить многихъ нормъ, выведенныхъ римскими юристами изъ толкованія Scti. Поэтому она единогласно осуждена послѣдующими учеными. См. Dückers, стр. 15 сл. Ryck, стр. 96. Mandry, т. I, стр. 437 сл.; стр. 432 пр. 1 Huschke, стр. 153 пр. 3. Windscheid, Pand. т. II, § 373 пр. 1 in fine.

третьимъ кредиторомъ. Это и заставляетъ насъ заняться изученіемъ Sctum Macedonianum въ настоящемъ изслѣдованіи.

Разсмотримъ сперва тѣ условія, при наличности которыхъ, по мнѣнію римскихъ юристовъ, долженъ былъ примѣняться Сенатусконсультъ, а затѣмъ уже перейдемъ къ изученію послѣдствій, возникающихъ благодаря его примѣненію.

Что касается условій примѣненія Сенатусконсульта. то они сводятся къ слѣдующему.

Такъ какъ сенатъ не имѣлъ въ виду вводить наказанія за ростовщичество, а только желалъ преградить сыновьямъ семейства возможность получать взаймы деньги, которыя давали бы имъ возможность вести распутную жизнь, то безразличной является въ данномъ случаѣ личность кредитора. Sctum примѣняется и въ томъ случаѣ, когда кредиторомъ будетъ лицо, на которое не можетъ пасть подозрѣніе въ ростовщичествѣ, наприм., civitas [160]). Не имѣетъ значенія также и то, дается ли заемъ подъ проценты или безъ процентовъ [161]).

Должникъ непремѣнно долженъ быть подвластнымъ; сенатъ запрещаетъ давать взаймы «filio familias». Нетрудно объяснить, почему сенатъ имѣлъ въ виду только подвластныхъ дѣтей: эти послѣднія видятъ въ отцѣ ту причину, которая мѣшаетъ имъ обладать собственнымъ имуществомъ и препятствуетъ находить кредитъ; напротивъ, эманципированныя дѣти могутъ имѣть собственныя средства и во всякомъ случаѣ нахожденіе отца въ живыхъ ихъ въ этомъ не стѣсняетъ; сверхъ того, они вступаютъ въ долги уже подъ собственною неограниченною и немедленною отвѣтственностью, и это должно служить достаточною гарантіей того, что ихъ долги не будутъ сдѣланы болѣе неразумно, чѣмъ вообще дѣлаются долги лицами sui juris [162]). Исходя изъ того соображенія, что для цѣлей Scti важно только состояніе должника подъ властью [163]), юристы истолковали выраженіе Scti «filio familias» въ томъ смыслѣ, что не имѣютъ

---

[160]) L. 15 D. h. t. Rescr. Severi et Ant. apud Marcian. 14 inst. Ср. Dückers, стр. 29. Mandry, т. I, стр. 447.

[161]) L. 7 § 9 D. h. t. Ulp 29 ed.

[162]) Ср. Dückers, стр. 24 сл.

[163]) А не изъ общихъ принциповъ. См. Dietzel, стр 85.

значенія полъ подвластнаго [164]) и степень родства его съ домовладыкой [165]); Sctum примѣняется и къ усыновленнымъ дѣтямъ [166]). Если неизвѣстно, находится ли заемщикъ подъ властью или нѣтъ (напр., въ случаѣ плѣна домовладыки), то вопросъ о примѣненіи Scti остается перѣшеннымъ до прекращенія сомнѣнія, но въ промежуточное время искъ кредитору не дается [167]). Вообще же вопросъ о томъ, данъ ли заемъ во время существованія отеческой власти или нѣтъ, рѣшается по времени numeratio pecuniae, а не по времени, наприм., заключенія стипуляціи о возвратѣ денегъ [168]); какъ мы увидимъ ниже, при толкованіи вопросовъ, касающихся самой сдѣлки займа, юристы все время стоятъ на матеріальной точкѣ зрѣнія: запрещена сенатомъ именно та сдѣлка, которая доставляетъ подвластному наличныя деньги. Соотвѣтственно съ этимъ рѣшается вопросъ о томъ, какъ слѣдуетъ примѣнять Sctum, если подвластный не является единственнымъ должникомъ въ результатѣ кредитной сдѣлки. Sctum примѣняется, если данныя взаймы деньги были предоставлены именно подвластному; онъ не примѣняется, если деньги эти предоставлены были выступившему рядомъ съ нимъ должнику sui juris. Такъ, если главнымъ должникомъ является homo sui juris, a filius familias только выступаетъ поручителемъ за него, но на самомъ дѣлѣ даваемыя взаймы деньги вручаются подвластному, то Sctum имѣетъ мѣсто; эксцепція противъ иска дается и подвластному, и свободному должнику [169]).—Никакая dignitas не избавитъ подвластнаго сына отъ примѣненія къ нему Sctum Macedonianum. Только въ томъ случаѣ, если въ моментъ займа подвластный должникъ обладалъ peculium castrense, классическіе юристы считаютъ возможнымъ не примѣнять къ займу Сенатусконсульта [170]), такъ какъ относительно рес. castrense

---

[164]) L. 9 § 2 D. h. t. Ulp. 29 ed. Толкованіе этого мѣста, приводящее его въ связь съ тѣмъ, что filiafamilias вообще civiliter не обязывается, см. у Mandry, т. I, стр. 349.

[165]) L. 14 D. h. t. Jul. 12 dig. L. 6 § 1 C. h. t. 4, 28 Imp. Philip. A. et Phil. C. § 7 J. 4, 7.

[166]) L. 1 § 2 D. h. t. Ulp. 29 ed.

[167]) L. 1 § 1, 2 D. h. t. Ulp. 29 ed.

[168]) L. 3 § 4 D. h. t. Ulp. 29 ed. L. 4. 6 eod. Scaev. 2 quaest. L. 5 eod. Paul. 3 quaest.

[169]) L. 7 pr. D. h. t. Julian. ap. Ulp. 29 ed.

[170]) L. 1 § 3 D. h. t. Ulp. 29 ed. Правильно замѣчаетъ Ryck, стр. 101,

«сыновья семейства «vice patrum familiarum funguntur» [171]). Размѣръ отвѣтственности въ этомъ случаѣ ограничивается предѣлами peculium castrense, вѣроятно, въ моментъ совершенія взысканія [172]). Необходимо ли было, чтобы заемъ былъ сдѣланъ in causam castrensem. источники намъ не говорятъ. Возможно, что этотъ вопросъ былъ спорнымъ. Во всякомъ случаѣ, Юстиніанъ въ L. 7 § 1 C. h. t. [173]) рѣшилъ его въ слѣдующемъ смыслѣ: если заемъ дѣлается подвластнымъ сыномъ, находящимся на военной службѣ, то онъ всегда долженъ считаться сдѣланнымъ in causas castrenses и не подлежать Сенатусконсульту. Такимъ образомъ, теперь заемъ, сдѣланный a filio familias milite, долженъ считаться дѣйствительнымъ, независимо отъ того, обладалъ ли должникъ въ моментъ займа военнымъ пекуліемъ или нѣтъ и для какой именно цѣли онъ сдѣлалъ заемъ. Взысканіе должно производиться съ должника въ теченіе отцовской власти, вѣроятно, попрежнему въ размѣрахъ castrense peculium, наличнаго къ моменту взысканія; если же должникъ вышелъ изъ подъ власти къ моменту взысканія, то онъ долженъ отвѣчать, вѣроятно, in solidum [174]). О вліяніи на примѣненіе Scti того, что подвластный обладаетъ peculium quasi-castrense или bona adventicia, источники намъ ничего не сообщаютъ [175]).

Сенатъ запрещаетъ «mutuam pecuniam dare». Спрашивается, въ какомъ смыслѣ понимать эти слова? Ясно, во-первыхъ, что рѣчь

что здѣсь самое возникновеніе отвѣтственности поставлено въ зависимость отъ обладанія должникомъ pec. castrense.

[171]) L. 2 D. h. t. Ulp. 64 ed.

[172]) Такъ толкуетъ L. 2 cit. Ryck, стр. 101 противъ Dückers, стр. 116 сл., какъ намъ кажется, на убѣдительныхъ основаніяхъ. См. также Huschke, стр. 176.

[173]) Это, повидимому, одна изъ quinquaginta decisiones. Brinz, т. II, стр. 483 пр. 6.

[174]) Ср. къ этому Brinz, т. II, стр. 483 пр. 6. Huschke, стр. 169 сл. стр. 175 сл. Ryck, стр. 112 сл. Dietzel, стр. 22—26. Dückers, стр. 118 сл. Windscheid, Pand, т. II, § 373 пр. 6.

[175]) См. объ этомъ Donellus, Comm., l. XII, c. 24 § 11 (pec. quasi castrense). Unterholzner, т. I, стр. 150 пр. a. Dietzel, стр. 150 сл. Schwanert, стр. 344 пр. 11 и 12. Sintenis, Civilr. т. II, стр. 523 пр. 48. Dückers, стр. 119 сл. Ryck, стр. 101. Huschke, стр. 176 сл. Brinz, т. II, стр. 484 пр. 11—12 Windscheid, т. II, § 373 пр. 6 in f.

идетъ не обо всякомъ вообще займѣ, а только о займѣ денегъ. Это вытекаетъ, прежде всего, изъ самой буквы закона: если бы сенатъ хотѣлъ запретить заемъ вообще всѣхъ res fungibiles, то достаточно было бы сказать: «mutuum dare»; прибавленіе слова «pecuniа» свидѣтельствуетъ само по себѣ о желаніи сената ограничить свое постановленіе однимъ только видомъ займа, именно займомъ денегъ. Въ этомъ смыслѣ мы имѣемъ и рѣшеніе Ульпіана [176]). Такое толкованіе согласно и съ цѣлью разсматриваемаго постановленія: деньги въ силу своей экономической природы являются самымъ удобнымъ средствомъ для совершенія безразсудныхъ тратъ; сверхъ того, и лицъ, которыя были бы склонны пользоваться увлеченіями юношей и ссужать имъ капиталы для удовлетворенія порочныхъ наклонностей, легче всего найти именно среди людей, занимающихся помѣщеніемъ денегъ въ кредитныя операціи [177]). Сенатъ, не желая чрезмѣрно ограничивать способности подвластныхъ участвовать въ оборотѣ, удовольствовался тѣмъ, что затруднилъ для нихъ совершеніе только самыхъ опасныхъ долговъ. Впрочемъ, если взаймы даются не деньги, а иныя res fungibiles лишь съ тѣмъ, чтобы обойти постановленіе сената (in fraudem legis), то Sctum примѣняется и къ такого рода займамъ [178]).—Сенатъ запрещаетъ сдѣлку займа. Но, по толкованію юристовъ, не всякій заемъ подлежитъ Scto, и не одинъ только заемъ въ формальномъ смыслѣ ему подлежитъ. Запрещены тѣ кредитныя сдѣлки, въ которыхъ обязанность должника состоитъ въ отдачѣ суммы денегъ, полученной имъ отъ кредитора [179]). Самый искъ кредитора можетъ быть и не condictio ex mutuo, а напр., a. ex stipulatu. Требуется только, чтобы въ основѣ этой a. ex stipulatu лежала совершенная раньше numeratio pecuniae подвластному должнику [180]). Точно также и всякая другая обязательственная сдѣлка, какъ напр., emtio-venditio, locatio conductio, можетъ

---

[176]) L. 7 § 3 D. h. t Ulp. 29 ed. (юристъ ссылается на букву закона). Ср. Donellus, Com. l. XII c. XXIV, § 18. Dückers, стр. 29 сл.

[177]) Ср. Donellus, l. c. Dückers, стр 31 сл. Dietzel, стр. 71. Ryck, стр. 97. Mandry, т. I, стр. 453.

[178]) L. 7 § 3 D. cit

[179]) L. 4 D. h. t. Scaev. 2 quaest. quia quod vulgo dicitur filio familias credi non licere, non ad verba referendum est. sed ad numerationem.

[180]) L. 6 D. h. t. Scaev. 2 quaest.

подлежать Сенатусконсульту, если она совершается in fraudem legis и цѣлью своею имѣетъ установить обязательство подвластнаго вернуть ту pecunia numerata, которая фактически при помощи этой сдѣлки была доставлена въ распоряженіе должника [181]). Съ другой стороны, если съ помощью стипуляціи было установлено обязательство подвластнаго уплатить извѣстную сумму денегъ, даже съ процентами, но въ основѣ этой стипуляціи не лежала numeratio pecuniae должнику кредиторомъ, а напр., старый долгъ того же должника ex alia causa, то Сенатусконсультъ не примѣняется: такая сдѣлка не предоставляетъ въ распоряженіе должника наличныхъ денегъ [182]). Точно также не подлежитъ Сенатусконсульту стипуляція novandi causa, заключенная съ подвластнымъ по поводу займа, даннаго другому лицу [183]).—Чтобы сдѣлка была займомъ, подлежащимъ запрету Scti, необходимо, чтобы деньги перешли въ собственность должника; если заимодавцемъ является лицо, неспособное къ совершенію отчужденій имущества (напр., pupillus s. t. a.), то запрещеннаго займа не происходитъ; переданныя должнику деньги могутъ быть виндицируемы и Sctum Macedonianum этой виндикаціи не препятствуетъ [184]).

Дальнѣйшее условіе примѣненія Сенатусконсульта состоитъ въ слѣдующемъ. Sctum не примѣняется, если заемъ, сдѣланный подвластнымъ сыномъ, употребленъ на нужды отца, если въ результатѣ его является versio in rem patris [185]). Нетрудно объяснить, почему римскіе юристы установили такое положеніе: сенатъ желалъ воспрепятствовать совершенію подвластными такихъ займовъ, которые бы могли дать возможность подвластнымъ совершать легкомы-

---

[181]) L. 3 § 3 in f. D. h. t. Ulp. 29 ed. L. 7 pr. D. h. t. Jul. ap. Ulp. 29 ed.

[182]) L. 3 C. 4, 27. Sev. et Ant. (a. 198). L. 3 § 3 D. h. t.

[183]) L. 13 D. h. t. Jul. ap. Gai 9 ed. prov. — Ср. ко всему изложенному Donellus, l. c. §§ 15—17; 20. Dietzel, 73—84. Dückers, стр. 32—36. Ryck, стр. 99 сл. Mandry. т. I, стр. 450 сл. Huschke, стр. 156 сл. Brinz, т. II, стр. 484 - 486.

[184]) L. 3 § 2 D. h. t. Ulp. 29 ed. — Возможна ли condictio въ случаѣ, если данные nummi будутъ потреблены? Намъ кажется, правильное рѣшеніе даетъ Mandry, т. I, стр. 487. Ср. Dückers, стр. 136 сл.

[185]) L. 7 § 12 D. h. t. Julian. ap. Ulp. 29 ed.

сленныя траты, вести распутную жизнь. Если же заемъ сдѣланъ при такихъ условіяхъ, что очевидна его польза для самого домовладыки должника, то въ немъ нѣтъ никакой опасности ни для добрыхъ нравовъ вообще, ни для домовладыки въ частности; было бы, слѣдовательно, несогласно съ идеей законодателя подводить и такого рода случаи подъ дѣйствіе Сенатусконсульта. Съ формальной точки зрѣнія юристы, повидимому, оправдывали свое положеніе тѣмъ, что сенатъ запрещаетъ «filio familias mutuam pecuniam dare»; въ данномъ случаѣ можно сказать, что на самомъ дѣлѣ деньги даны не подвластному, а его домовладыкѣ [186]). Вопросъ о томъ, есть ли въ извѣстномъ случаѣ versio in rem patris, исключающая примѣненіе Сенатусконсульта, рѣшается по тѣмъ же правиламъ, которыя выработаны для actio de in rem verso [187]). Въ частности замѣтимъ, что и заемъ, сдѣланный для удовлетворенія собственныхъ потребностей сына, можетъ составлять versio in rem patris, если окажется, что отецъ удовлетворилъ бы этимъ потребностямъ изъ своихъ средствъ, не будь сдѣланъ подвластнымъ заемъ [188]). Въ остальныхъ случаяхъ заемъ для удовлетворенія собственныхъ потребностей подвластнаго не составляетъ versio in rem patris; такъ, заемъ, сдѣланный подвластнымъ для уплаты своего долга третьему лицу, подлежитъ Scto Macedoniano, хотя бы подвластный, уплативъ свой долгъ съ помощью взятыхъ взаймы денегъ, освободилъ отца отъ отвѣтственности по a. de peculio [189]). Въ этомъ случаѣ заемъ считается увеличившимъ пекулій сына, т.-е. его собственное фактическое имущество, а не имущество отца. Всякое же увеличеніе пекулія само по себѣ не составляетъ versio in rem patris [190]).

---

[186]) См. „patri enim non sibi accipit“ въ L. 7 § 12 cit. Ср. Mandry, т. I, стр. 464 сл.

[187]) См. Mandry, т. I, стр. 463 сл. Ryck. стр. 111. Dückers, стр 158. Huschke, стр. 168. Windscheid, т. II, § 373 пр. 11.

[188]) L. 7 § 13 D. h. t. L. 47 § 1 D. 46. 3. L. 2, 5 C. 4, 28.

[189]) Argum. L. 11 D. 15, 3.

[190]) L 9 § 2 D. h. t. Ulp. 29 ed. Не составляетъ versio in rem patris уплата подвластнымъ своего пекуліарнаго долга отцу. L. 7 § 12 D. h. t. Ulp. 29 ed.—L. 7 § 14 D. h. t. относится, конечно, къ уплатѣ сыномъ долговъ, лежащихъ на отцѣ. См. Windscheid, т. II, § 373 пр. 11; Dernburg, т. II, § 88 пр. 13; можетъ быть, правильными являются соображенія Huschke, стр. 166 сл.

Мы видѣли, что Sctum Macedonianum постановлено въ интересахъ домовладыкъ и въ интересахъ общественной морали. Интересы домовладыкъ могутъ страдать отъ займовъ, совершаемыхъ подвластными, лишь въ томъ случаѣ, когда эти займы заключаются безъ вѣдома домовладыки, такъ какъ, зная о займѣ, который заключаетъ подвластный, домовладыка по общему правилу можетъ помѣшать его заключенію. Съ другой стороны, и общество можетъ быть спокойно относительно такого рода сдѣлокъ подвластныхъ, если онѣ совершаются съ вѣдома домовладыкъ: естественно видѣть въ домовладыкѣ ближайшаго блюстителя нравственности подвластныхъ и не считать займы послѣдникъ, заключенные съ вѣдома домовладыкъ, сдѣланными для безнравственныхъ цѣлей. Таковы были, вѣроятно, тѣ соображенія, которыя привели римскихъ юристовъ къ выводу, что Сенатусконсультъ не долженъ примѣняться, если заемъ заключенъ подвластнымъ съ вѣдома домовладыки. Въ текстѣ Scti это положеніе не имѣетъ опоры; оно должно основываться на изслѣдованіи юристами практической цѣли, преслѣдуемой сенатомъ [191]).—Такимъ образомъ, Сенатусконсультъ не примѣняется, если заемъ совершается подвластнымъ съ вѣдома отца. Въ частности, сюда входятъ, во-первыхъ, тѣ случаи, когда подвластный заключаетъ заемъ по порученію отца съ тѣмъ, чтобы тотъ самъ in solidum отвѣчалъ за этотъ заемъ; таковы случаи заключенія займа jussu patris [192]) или на основаніи

о порчѣ, происшедшей въ текстѣ этого мѣста.—Противъ мнѣнія Ryck'a стр. 114 сл., что всякій заемъ сына на свои неотложныя нужды не подлежитъ Scto, см. общія соображенія Mandry, т. I, стр. 454 сл. Ссылка Ryck'a на упоминаніе въ L. 5 C. 4, 28 объ a. de peculio не доказываетъ того, что этотъ фрагментъ не относится къ versio in rem patris: въ случаѣ такой versio in rem Sctum cessat и кредиторъ вчинаетъ a. de peculio vel si quid inde in rem N-i N-i versum est. См. Mandry, т. I, стр. 488. Thur, a. de in rem verso, стр. 136 сл. Windscheid, т. II, § 373 пр. 15. О L. 7 § 14 D. h. t, приводимой Ryck'омъ, сказано выше.

[191]) Ср. къ этому Windscheid, т. II, § 373 пр. 9. Mandry, т. I, стр. 456 сл. Dückers, стр. 103.—Dietzel, стр. 52 сл. хочетъ и это положеніе объяснить не „полицейскими", но „юридическими" соображеніями. Это приводитъ его къ натяжкамъ въ толкованіи текстовъ: scientia отца по Dietzel'ю всегда должна содержать въ себѣ voluntatem сдѣлать долгъ своимъ собственнымъ.

[192]) L. 12 D. h. t. Paul. 30 ed. „sed si jusserit etc".

назначенія подвластнаго institor'омъ въ торговомъ заведеніи отца [193]); противъ отца возникаютъ изъ займа сына, какъ actiones adj. qualitatis in solidum, actio quod jussu и a. institoria. Во-вторыхъ, сюда принадлежатъ и тѣ случаи, когда домовладыка только такъ или иначе выразилъ свое согласіе на то, чтобы сынъ совершилъ заемъ, не желая, однако, обязывать самого себя этимъ займомъ in solidum [194]). Въ этомъ случаѣ противъ отца, въ качествѣ a. adj. qualitatis, можетъ быть дана только a. de peculio [195]). Согласіе отца на заемъ, совершаемый подвластнымъ, можетъ быть выражено и послѣ заключенія займа въ видѣ ratihabitio; въ такомъ случаѣ, на основаніи decisio Юстиніана [196]), заемъ долженъ считаться съ самаго начала заключеннымъ съ вѣдома отца. Слѣдовательно, онъ имѣетъ полную силу; отвѣчаетъ не только отецъ, но и сынъ, его поручители и залоги [197]). Эта ratihabitio можетъ имѣть также двоякое значеніе: отецъ можетъ объявить, что онъ самъ желаетъ in solidum отвѣчать по займу подвластнаго, или же только удовольствоваться выраженіемъ согласія на заемъ, дѣлаемый подвластнымъ, безъ принятія на себя полной отвѣтственности за него [198]). О наличности послѣдующаго согласія отца на заемъ можно заключать изъ конклюдентныхъ дѣйствій, напр. изъ уплаты отцомъ части долга подвластнаго изъ займа, изъ установленія имъ поручителей за этотъ долгъ. Такъ рѣшали еще классическіе юристы [199]). Иногда признакомъ согласія отца можетъ служить даже его молчаніе [200]). Если отецъ уполномочилъ подвластнаго предъ третьими лицами къ совершенію займовъ у послѣднихъ, то неизвѣстная этимъ лицамъ отмѣна полно-

---

[193]) L. 7 § 11 D. h. t. Ulp. 29 ed. „si ipse pater eum praeposuisset mercibus suae".

[194]) L. 12 D. cit. „Si tantum sciente patre". L. 7 § 11 D. cit „vel peculiarem exercere passus est". L. 4 C. h. t. Къ этому Mandry, т. I, стр. 459.

[195]) См. Dückers, стр. 105, 108 сл. Ryck, стр. 110 пр. 42. Mandry, т. I, стр. 488.

[196]) L. 7 pr. C. h, t.

[197]) Donellus, Comm. l. XII c. XXVII § 11. Dückers. стр. 110 сл. — Несочувственно относится къ этому рѣшенію Юстиніана Huschke, стр. 161 сл.

[198]) См. Dückers, 107 сл. Ryck, стр. 108 сл.

[199]) L. 7 § 15 D. h. t. Ulp. 29 ed. L. 9 § 3 in f. D. h. t. Ulp. 29 ed.

[200]) L. 16 D. h. t. Paulus 4 resp.

ночія не должна имъ вредить [201]); это рѣшеніе постановлено, конечно, въ интересахъ третьихъ лицъ, вступающихъ въ сдѣлки съ подвластными, и въ основѣ его лежитъ мысль аналогичная съ тою, которая привела юристовъ къ подобному же заключенію относительно отмѣны полномочія на полученіе уплаты отъ третьихъ лицъ [202]).

Сенатусконсультъ имѣетъ своею цѣлью удержать третьихъ лицъ отъ оказыванія кредита подвластнымъ сыновьямъ семейства. Эта цѣль достигается путемъ установленія невыгодныхъ послѣдствій въ видѣ потери иска для лицъ, нарушившихъ запретъ Сенатусконсульта. Хотя эти невыгодныя послѣдствія и не являются въ сущности наказаніемъ, налагаемымъ за деликтъ [203]), а служатъ лишь средствомъ для того, чтобы обезпечить достиженіе полицейской цѣли Сенатусконсульта, тѣмъ не менѣе и съ этой точки зрѣнія необходимо считаться при примѣненіи Scti съ субъективнымъ настроеніемъ кредиторовъ подвластныхъ сыновей. Римскіе юристы находили, что Сенатусконсультъ хотѣлъ только предостеречь отъ заключенія извѣстныхъ сдѣлокъ съ подвластными тѣхъ лицъ, которыя знаютъ о состояніи должника подъ властью, и въ то же время стремился къ тому, чтобы заставить каждаго заимодавца осторожно относиться къ личности должника и принимать доступныя ему мѣры для удостовѣренія того, что должникъ не находится подъ отеческою властью. Если же кредиторъ не **зналъ**, что должникъ его есть лицо alieni juris, и **незнаніе его можетъ быть оправдано**, то Sctum не должно къ нему примѣняться. Это положеніе, повидимому, впервые установилъ Юліанъ [204]). — Недостаточно, впрочемъ, одного незна-

---

[201]) L. 12 D. h. t. Paulus 30 ed.

[202]) См. главу II, пр. 124 и 394.—Ryck, стр. 111 сл. Dückers, стр. 106. Mandry, т. I, стр. 460. Huschke, стр. 161.

[203]) Въ такомъ случаѣ изъятія изъ Sctum, основанныя на субъективномъ настроеніи кредиторовъ, были бы шире; „было бы необыкновенной и въ другихъ случаяхъ не встрѣчающейся строгостью наказывать потерею иска за простую неосторожность.“ Mandry, т. I, стр. 446.

[204]) L 19 D. h. t. Pompon. 7 var. lect. Julianus scribit exceptionem Scti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filium familias esse eum cui credat. — Ср. къ сказанному Mandry, т. I, стр. 446. Dückers, стр. 143.—На точкѣ зрѣнія штрафа стоитъ Huschke, стр. 171. – Особое мнѣ-

нія кредитора о томъ, что его должникъ—подвластный; нужно, чтобы это незнаніе являлось извинительнымъ, напр., чтобы оно опиралось на отношеніе къ должнику всего общества или магистратовъ [205]). Minor aetas или impubertas кредитора являются обстоятельствами, оправдывающими незнаніе [206]). Обманъ со стороны должника не имѣетъ самостоятельнаго значенія, т. е. самъ по себѣ не лишаетъ еще должника эксцепціи изъ Sctum Macedonianum: вѣдь Сенатусконсультъ изданъ не во вниманіе къ подвластному, а въ интересахъ домовладыки и въ виду требованій общественной морали; поэтому поведеніе сына не играетъ существенной роли при его примѣненіи; нельзя самому подвластному дать въ руки средство устранить норму, изданную не въ его вовсе интересахъ [207]). Обманъ подвластнаго имѣетъ значеніе лишь въ томъ случаѣ, когда кредиторъ имѣлъ достаточное основаніе повѣрить ложнымъ утвержденіямъ должника [208]).—Если по займу является два кредитора, то Sctum примѣняется даже тогда, когда хоть одинъ изъ этихъ кредиторовъ зналъ о нахожденіи должника подъ властью [209]). Основано это рѣшеніе, какъ намекаетъ самъ авторъ

ніе высказываетъ и здѣсь Dietzel, стр 21, 26 сл. Sctum изданъ во вниманіе къ тому, что должникъ во время заключенія займа не способенъ обладать имуществомъ; слѣдовательно (?), онъ не долженъ примѣняться если должникъ publice считался за paterfamilias. Правильно замѣчаетъ Dückers, стр. 148: „non magis omnium singulorum nec magistratuum, quam unius viri falsa existimatione effici potest, ut aliquis, qui jure patrimonium habere non possit, possit habere".

[205]) L. 3 pr. § 1 D. h. t. Ulp. 29 ed. „non vana simplicitate deceptus, nec juris ignorantia". L. 1 C. h. t. „credidisse... justa ratione". L. 2 C. eod. „sui juris esse publico videretur".

[206]) L. 3 § 2 D. h. t. Ulp. 29 ed.

[207]) Dückers, стр. 143; 145 сл. Mandry, т. I, 446.—Иначе Dietzel: стр. 29 сл. Ryck, стр. 120 сл. и Huschke, стр. 190 сл. Но L. 10 D. 42, 1 (cf. L. 4 § 1 D. 14, 5) занимается лишь вопросомъ о томъ, имѣетъ ли мѣсто benef. competentiae для подвластнаго, прибѣгнувшаго къ обману, и рѣшаетъ этотъ вопросъ отрицательно, не вдаваясь вовсе въ описаніе тѣхъ условій, при которыхъ обманъ можетъ устранить exceptionem Scti Macedoniani. — L. 4 § 14 D. 44, 4 рѣшаетъ вопросъ о томъ, допустима ли вообще replicatio doli противъ exco Scti Macedoniani; однако эта replicatio можетъ быть основана и на иного рода dolus (dolus generalis L 2 § 5 D. eod).

[208]) L. 1 C. h. t.

[209]) L. 7 § 7 D. h. t. О конструкціи перваго изъ упомянутыхъ здѣсь случаевъ (alius mutuum dedit, alius stipulatus est) см. мнѣнія Dietzel, стр. 91 сл. Dückers'a, стр. 149 сл. Mandry, т. I, стр. 447 сл.

его (severius dicendum est), на томъ, что юристы желали какъ можно строже примѣнять норму Сенатусконсульта и предупредить возможность ея обхода съ помощью подстановки въ сдѣлку третьихъ лицъ [210]). Когда въ сдѣлкѣ являются корреальными должниками два подвластныхъ и кредитору извѣстно нахожденіе подъ отеческой властью только одного изъ нихъ, то вопросъ рѣшается слѣдующимъ образомъ: если деньги даны кредиторомъ именно тому изъ подвластныхъ, котораго онъ считалъ за лицо sui juris, то Sctum cessat; если же деньги получены подвластнымъ, состояніе котораго подъ властью извѣстно кредитору, то Sctum примѣняется [211]).

Обращаемся теперь къ разсмотрѣнію тѣхъ послѣдствій, къ которымъ приводитъ примѣненіе Scti Macedoniani при описанныхъ условіяхъ.

Сенатъ опредѣляетъ невыгодныя послѣдствія для лица, которое оказало кредитъ подвластному contra Sctum Macedonianum, въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur». Точный смыслъ словъ actio и petitio въ отдѣльности неясенъ и составляетъ предметъ споровъ между учеными [212]). Но общее значеніе постановленія понятно: невыгодныя послѣдствія для кредитора состоятъ въ невозможности для него исковымъ путемъ добиться уплаты по заключенному обязательству.

Этотъ результатъ достигнутъ былъ, однако, не тѣмъ путемъ, что самая сдѣлка займа, заключенная contra Sctum, объявлена была ничтожной ipso jure. Сенатъ только возложилъ на магистрата, завѣдующаго юрисдикціей, обязанность или denegare actionem [213]), или включать въ формулу иска exceptio [214]), если окажется, что сдѣлка,

---

[210]) Ryck, стр. 118 сл. Mandry, т. I, стр. 448 сл. Dückers, стр. 148 сл.

[211]) L. 7 § 8 D. h. t. Въ послѣднемъ случаѣ exco дается и другому подвластному, если онъ имѣетъ регрессъ. См. объ этомъ ниже по поводу fidejussio. Иначе думаетъ Donellus, Comm. l. XII c. XXVI § 9 in f. Ср. Dückers, стр. 148.

[212]) См. Donellus, Comm l. XII c. XXV § 4. Dückers, стр. 36 сл. Ryck, стр. 102. Mandry, т. I, стр. 487. Huschke, стр. 175.

[213]) См. напр. L. 1 § 1. L. 7 § 6 D. h. t.

[214]) См. напр. L. 7 pr. § 1, 4 D. h. t.

изъ которой выводитъ свое притязаніе истецъ, нарушаетъ предписанія Scti. Вѣроятнѣе всего, что denegatio actionis или вставка въ формулу эксцепціи, согласно общимъ правиламъ, существующимъ для эксцепцій, производилась лишь по просьбѣ отвѣтчика [215]). Особенность данной эксцепціи составляетъ лишь то обстоятельство, что если отвѣтчикъ не противопоставилъ ея иску изъ займа, то онъ можетъ еще воспользоваться ею противъ actio judicati [216]). Самая эксцепція, повидимому, въ album претора не была внесена [217]). Почему сенатъ избралъ этотъ путь оказыванія репрессіи (чрезъ посредство претора, съ точностью опредѣлить невозможно. Быть можетъ, сенатъ оказалъ предпочтеніе репрессіи въ формѣ эксцепціи передъ провозглашеніемъ сдѣлки ничтожной ipso jure потому, что этотъ путь болѣе отвѣчалъ тенденціи постановленія не «exonerare debitorem», а только создать неудобное положеніе для кредитора, нарушающаго запретъ [218]). А можетъ быть сенатомъ руководили и иныя соображенія, которыя могли носить даже чисто случайный характеръ [219]).

Exceptio Scti Macedoniani можетъ быть противопоставляема иску изъ займа, во-первыхъ, самимъ подвластнымъ сыномъ. Онъ имѣетъ эту эксцепцію какъ во время отеческой власти, такъ и по ея прекращеніи [220]); хотя сенатъ прямо говоритъ только о случаѣ смерти отца, но юриспруденція распространила это постановленіе и на всѣ прочіе способы прекращенія отеческой власти [221]). Далѣе, этой эксцепціей можетъ пользоваться домовладыка подвластнаго, заклю-

---

[215]) Вѣдь мотъ же долженъ уплатить свой долгъ вполнѣ дѣйствительнымъ образомъ, несмотря на exco Scti Macedoniani (объ этомъ ниже); почему же онъ не могъ опустить exco противъ предъявленнаго къ нему иска? Это, конечно, не значитъ, что для всякаго будущаго отвѣтчика допустимо было также совершеніе заранѣе отказа отъ эксцепціи. Въ этомъ смыслѣ см. Dückers, 43 сл. Ryck, стр. 103. Mandry, т. I, стр. 468 сл. Huschke, стр. 174.

[216]) L. 11 D. h. t. Jul. ap. Ulp. 29 ed. См. объ этомъ Dückers, 43; Mandry, т. I, стр. 489, Huschke, стр. 175.

[217]) См. Lenel, Ed. perp. стр. 218 пр. 6.

[218]) См. выше прим. 215. На этомъ настаиваетъ Mandry, т. I, стр. 468 сл.; на стр. 467 сл. этотъ писатель основательно полемизируетъ съ иными возрѣніями, высказанными Krüger'омъ и Schwanert'омъ.

[219]) См. Lenel, Ueber Ursprung und Wirkung d. Exceptionen, стр. 51 сл.

[220]) § 7 J. 4, 7. L. 7 § 4, L. 11 D. h. t

[221]) L. 7 § 5 D. h. t. Ulp. 29 ed. L. 1 § 2 D. eod.

чившаго заемъ, противъ предъявляемой къ нему a. de peculio [221]). О другихъ искахъ adjecticiae qualitatis противъ домовладыки въ данномъ случаѣ не можетъ быть рѣчи, потому что, разъ есть основаніе для ихъ возникновенія (jussus, praepositio, versio in rem patris), то въ то же самое время въ силу этого основанія и заемъ подвластнаго перестаетъ быть contra Scium [223]). Мы уже знаемъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже a. de peculio возможна противъ домовладыки на основаніи займа подвластнаго, заключеннаго не противъ Сенатусконсульта [224]). Эксцепціей могутъ пользоваться наслѣдники сына, если послѣдній умираетъ, уже будучи pater familias [225]), и, конечно, также наслѣдники отца. О правѣ на эксцепцію, принадлежащемъ интерцедентамъ должника, мы скажемъ въ другомъ мѣстѣ.—Эксцепція противопоставляется каждому лицу, вчинающему искъ по поводу займа, заключеннаго подвластнымъ. Мы знаемъ уже, что она противопоставляется не только иску того лица, которое совершило numeratio денегъ подвластному, но даже и искамъ корреальныхъ совѣрителей [226]). Эксцепціи подлежатъ также иски, предъявляемые наслѣдниками первоначальныхъ кредиторовъ и цессіонарами [227]). Есть данныя думать, что эксцепція имѣетъ мѣсто не только противъ иска изъ займа или изъ сопровождавшей его стипуляціи, но и противъ иска, который опирается на фактъ обогащенія должника взятыми взаймы деньгами [228]).

Что касается силы эксцепціи, возникающей ex Scto Macedoniano, то она является ограниченной: эксцепція дѣлаетъ невозможнымъ принудительное взысканіе долга исковымъ путемъ, но оставляетъ obli-

---

[222]) L. 6 C. h. t. L. 9 § 3 D. h. t. § 7 J. 4, 7.

[223]) Ср. Mandry, т. I, стр. 487 сл.

[224]) См. прим. 190 въ концѣ; прим. 195.

[225]) L. 7 § 10 D. h. t.

[226]) См. выше прим. 209.

[227]) L. 7 § 6 D. h. t. Non solum ei, qui mutuum dedisset, sed et successoribus ejus denegauda est actio. О положеніи делегатаріевъ сказано будетъ ниже.

[228]) L. 9 § 2 D. h. t. См. объ этомъ фрагментѣ выше прим. 164 и 190. Единственный случай, когда, быть можетъ, возникалъ искъ изъ неосновательнаго обогащенія, не подлежавшій эксцепціи, имѣлъ мѣсто при займѣ, даннымъ вполнѣ недѣеспособнымъ лицомъ (infans, furiosus), если деньги были консумированы должникомъ. См. Mandry, т. I, стр. 487—Ср. вообще къ изложенному Donellus, Comm. l. XII c. XXV. § 5. Dückers, стр. 42 сл.; стр. 48.

gatio naturalis, изъ которой solutum non repetitur. Первое упоминаніе объ этой obligatio naturalis мы находимъ у Помпонія l. 22 ad Sabinum (tit. de condictione; см. Lenel, Pompon. 691).

L. 19 pr. D. 12,6. Si poenae causa ejus cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest.

Хотя Помпоній здѣсь не упоминаетъ прямо о Sctum Macedonianum, но внѣ всякаго сомнѣнія стоитъ, что онъ имѣлъ въ виду между прочимъ и даже главнымъ образомъ это постановленіе. Это дѣлается яснымъ изъ сравненія выписаннаго отрывка съ слѣдующими разсужденіями другихъ юристовъ.

L. 9 § 4 D. 14, 6. Ulpianus l. 29 ad edictum. Et hi tamen qui pro filio familias sine voluntate patris ejus intercesserunt, solvendo non repetent: hoc enim et divus Hadrianus constituit et potest dici non repetituros. atquin perpetua exceptione tuti sunt: sed et ipse filius [scil. exceptione tutus est], et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit [229]).

L. 40 pr. D. 12, 6. Marcianus l. 3 regularum. Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem ejus causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatusconsulto de intercessionibus: ubi vero in odium ejus cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit.

Ясно, что въ обоихъ фрагментахъ юристы въ качествѣ единственнаго примѣра эксцепціи, созданной для репрессіи противъ кредитора, могутъ привести лишь exceptio Scti Macedoniani. Несомнѣнно, что и Помпоній имѣлъ въ виду эту эксцепцію.

Далѣе, obligatio naturalis ex Scto Macedoniano упоминается у Венулея l. 2 stipulationum.

L. 18 D. 14, 6. Creditorem filii familias mortuo eo fidejussorem accipere non posse Iulianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis

---

[229]) Поиски исправленія этого мѣста въ стилистическомъ отношеніи см. у Huschke, стр. 183; Mommsen, ad h. l.

aut naturalis supersit, cui fidejussor accedat: plane a patre ejus actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat, fidejussorem recte accipi.

Венулей намекаетъ, что на самомъ сынѣ до его смерти лежала obligatio naturalis. Юліанъ, на котораго ссылается Венулей, повидимому, объ obligatio naturalis въ этомъ случаѣ не упоминалъ: по крайней мѣрѣ, этого выраженія мы не находимъ въ дошедшихъ до насъ отрывкахъ изъ сочиненій Юліана, на которые, вѣроятно, и ссылается Венулей [230]).

Наконецъ, эту obligatio naturalis называетъ Павелъ l. 30 ad edictum.

L. 9 § 5 D. 14, 6 Ulp. 29 ed. Quamquam autem solvendo non repetant (сынъ и интерцеденты сына),

L. 10 D. eod. Paulus 30 ed. quia naturalis obligatio manet...

Спрашивается, на какомъ основаніи юристы допустили существованіе этой obligatio naturalis?

Конечно, никакого отношенія къ этому вопросу не имѣетъ то обстоятельство, что въ данномъ случаѣ обязательство теряетъ искъ не ipso jure, а ope exceptionis. Есть обязательства, ipso jure лишенныя иска и тѣмъ не менѣе получившія силу натуральныхъ обязательствъ (наприм., obl. nat. послѣ litis contestatio въ judic. legit., послѣ capitis deminutio), и наоборотъ, обязательства, теряющія исковую защиту чрезъ противопоставленіе иску эксценціи и въ то же время не имѣющія значенія даже натуральныхъ обяза-

---

[230]) Именно: L. 11 D. 46, 1 Julianus 12 dig. и L. 12 D. eod. Jul. 43 dig. (Lenel, Julian. 190 и 605. Ed. perp. стр. 304 пр. 8). Слова „nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent", несмотря на смыслъ, вкладываемый въ нихъ Венулеемъ, не доказываютъ того, что самъ Юліанъ признавалъ вслѣдъ за Помпоніемъ наличность obl. naturalis для подвластнаго сына: его слова имѣютъ, по нашему мнѣнію, такой смыслъ: на отцѣ не лежитъ никакого самостоятельнаго обязательства, которое давало бы основаніе для actio civilis или honoraria противъ него; о переходѣ же на него обязательства съ умершаго сына не можетъ быть рѣчи, уже потому одному, что послѣ подвластнаго сына не возникаетъ наслѣдованія; лежало ли на самомъ сынѣ какое-либо обязательство, — объ этомъ Юліанъ не говоритъ; поставленный вопросъ о возможности fidejussio рѣшается окончательно и безъ разрѣшенія этого второго вопроса. Еслибы Юліанъ признавалъ obl. nat. за подвластнымъ, то едва ли онъ умолчалъ бы объ этомъ, при новизнѣ въ его время самаго понятія объ obl. nat. Но Юліанъ просто воспроль-

тельствъ (наприм. exco doli или metus, exco Scti Vellejani [231]). Мы должны, слѣдовательно, искать какого либо иного основанія.

Самыя слова Сенатусконсульта не ставятъ препятствія къ признанію naturalis obligatio: сенатъ говоритъ только объ исключеніи actio petitioque, но не остальныхъ послѣдствій обязательства. Однако, сами по себѣ эти слова не могли привести къ созданію obligatio naturalis. Дѣло въ томъ, что и Sctum Vellejanum содержало въ себѣ также буквально только запрещеніе petitio и actio [232]); это не помѣшало юристамъ вывести, что въ данномъ случаѣ не остается никакой obligatio naturalis и что «totam obligationem senatus improbat» [233]).

Изслѣдуя правила, установленныя юристами по поводу Sctum Macedonianum, мы видѣли, что юристы все время опираются не только на слова этого постановленія, но также, и притомъ главнымъ образомъ, на внутреннюю его тенденцію, на ту цѣль, которую преслѣдовалъ сенатъ. И въ данномъ случаѣ рѣшающимъ моментомъ были соображенія юристовъ о цѣли Сенатусконсульта. Эти соображенія привели ихъ къ установленію разныхъ послѣдствій для эксцепціи изъ Sctum Macedonianum и для эксцепціи изъ близкаго по времени Sctum Vellejanum. Юристы разсуждали такъ. Sctum Vellejanum имѣетъ въ виду интересы самихъ интерцедирующихъ женщинъ; слѣдовательно, соотвѣтственно съ его цѣлью нужно освобождать женщинъ отъ всѣхъ послѣдствій принятыхъ ими на себя вопреки Сенатусконсульту обязательствъ; нужно exonerare debitorem, не оставляя для него даже obligatio naturalis. Напротивъ, Sctum Macedonianum имѣетъ въ виду не интересы подвластнаго—должника по займу; этотъ Сенатусконсультъ стремится удержать третьихъ лицъ отъ оказыванія кредита подвластнымъ и дѣлаетъ это въ интересахъ домовладыкъ и общественной морали; такъ какъ сенатъ въ этомъ

зовался нормою о несуществованіи hereditas послѣ сына, чтобы не вдаваться въ разсмотрѣніе этого новаго вопроса объ obl. naturalis подвластнаго сына ex Scto Macedoniano. См. ниже прим. 262.

[231]) Правильно отмѣчаетъ это напр., Dietzel, стр. 138 сл. См. также Birkmeyer, die Exceptionen in b. f. judiciis (1874 г.), стр. 55. Lenel, op. cit. стр. 118. Koschembar—Lyskowski, die Theorie der Exceptionen nach klass. röm. R. (1893 г.) стр. 111.

[232]) См. L. 2 § 1 D. 16, 1.

[233]) L. 16 § 1 D. 16, 1. Jul. l. 4 Urs. Fer.

случаѣ вовсе не хочетъ «exonerare debitorem», издаетъ норму не «in favorem debitoris», а только «in odium creditoris», то ничто не препятствуетъ считать должника все таки обязаннымъ изъ его сдѣлки, а кредиторовъ наказывать лишь той потерей исковъ, о которой прямо говоритъ сенатъ. Что юристы дѣйствительно разсуждали такимъ образомъ,—это намъ прямо показываютъ замѣчанія Помпонія, Ульпіана и Марціана въ выписанныхъ выше L. 19 pr. и L. 40 pr. D. 12, 6 и въ L. 9 § 4 D. 14, 6. Противъ выставленнаго тамъ дѣленія эксцепцій на exceptiones in favorem debitoris и in odium creditoris нельзя ничего возражать, поскольку оно относится къ exco Scti Macedoniani и Vellejani. Повидимому, оно и сдѣлано юристами по поводу этихъ двухъ эксцепцій. Но оно, конечно, не можетъ быть считаемо пригоднымъ для всѣхъ рѣшительно римскихъ эксцепцій; есть между ними и такія, о которыхъ нельзя даже сказать съ увѣренностью, созданы ли онѣ in favorem debitoris или in odium creditoris. Главнѣйшія возраженія, которыя въ литературѣ дѣлались противъ этого дѣленія, относились къ нему, какъ къ дѣленію, будто бы общему для всѣхъ эксцепцій [234]).

Obligatio naturalis, остающаяся въ результатѣ примѣненія Sctum Macedonianum, разумѣется, ничего общаго съ jus naturale не имѣетъ. Понятіе о натуральномъ обязательствѣ вообще сложилось не примѣнительно къ этому случаю; оно еще раньше (сперва подъ видомъ «debitum naturale») было выработано, въ связи съ ученіемъ juris naturalis о первоначальной свободѣ всѣхъ людей, примѣнительно къ обязательствамъ рабовъ. Въ область же Sctum Macedonianum это понятіе перенесено было уже готовымъ, какъ общее обозначеніе для всѣхъ случаевъ обязательствъ, лишенныхъ иска, но все таки вызывающихъ нѣкоторыя юридическія послѣдствія. Въ этой расширенной сферѣ примѣненія obligatio naturalis уже теряетъ всякую связь съ

---

[234]) Ср. къ сказанному Dückers, стр. 69. Schwanert, стр. 347—351. Mandry, т. I, стр. 471 сл. 474.—Dietzel, стр. 140 сл. согласенъ съ тѣмъ, что дѣленіе эксцепцій на excs in odium cred. и in favorem debitoris не имѣетъ общаго значенія; но онъ не считаетъ возможнымъ съ помощью него объяснить и возникновеніе obl. nat. ex Scto Macedoniano; эта obl. nat. также должна имѣть не „полицейское“, но „юридическое“ основаніе. О несостоятельности объясненія, предлагаемаго Dietzel'емъ, достаточно сказано у Schwanert, стр. 349 прим. См. также Mandry, т. I, стр. 474—5.

jus naturale и только названіе ея продолжаетъ указывать на то, что первый толчокъ для выработки этого понятія дала доктрина естественнаго права [235]).

Обратимся теперь къ разсмотрѣнію послѣдствій, которыя связаны съ натуральнымъ обязательствомъ, возникающимъ въ результатѣ примѣненія Sctum Macedonianum. Сперва познакомимся съ послѣдствіями этого обязательства въ лицѣ самого должника—подвластнаго сына, а затѣмъ перейдемъ къ послѣдствіямъ, возникающимъ изъ этого обязательства для третьихъ лицъ.

I. Въ лицѣ самого подвластнаго должника возникаютъ слѣдующія послѣдствія.

1) Solutio. Натуральное обязательство можетъ служить достаточнымъ титуломъ для уплаты долга со стороны самого должника. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что вполнѣ дѣйствительна уплата дѣлаемая въ погашеніе долга, который заключенъ contra Sctum, должникомъ по выходѣ его изъ подъ отеческой власти. Въ это время должникъ располагаетъ собственнымъ имуществомъ и, уплачивая долгъ съ помощью этого имущества, не можетъ требовать обратно сдѣланной уплаты. Это намъ прямо сообщаетъ:

Marcianus l. 3 regularum. L. 40 pr. D. 12, 6... si filius familias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et paterfamilias factus solverit, non repetit.

Далѣе, къ уплатѣ должника по выходѣ изъ подъ власти относятся и слѣдующія слова Ульпіана:

L. 7 § 16 D. h. t. Ulpianus 29 ad ed. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit senatus consultum nec solutum repetere potest.

Этотъ послѣдній фрагментъ является не вполнѣ яснымъ въ одномъ отношеніи и потому вызываетъ до сихъ поръ споры въ литературѣ. Именно, Ульпіанъ не говоритъ прямо, какое онъ значеніе придаетъ уплатѣ части долга, сдѣланной должникомъ по выходѣ изъ подъ власти: сопровождается ли она тѣми же послѣдствіями, какими согласно L. 7 § 15 D. h. t. сопровождается уплата части долга домовладыкой подвластнаго должника, т. е. устраненіемъ

---

[235]) Ср. къ изложенному Schwanert, стр. 342. Mandry, т. I, стр. 473. См. ниже главу XII прим. 128.

эксцепціи противъ иска объ уплатѣ остальной части долга [236]), или же она приводитъ только къ исключенію repetitio soluti относительно уже уплаченной части долга? Намъ кажется болѣе правильнымъ мнѣніе, преобладающее между новѣйшими учеными, согласно которому слова Ульпіана въ L. 7 § 16 cit. нужно понимать въ послѣднемъ смыслѣ: уплата части долга должникомъ, сдѣлавшимся persona sui juris, не даетъ кредитору иска объ остальной части долга, но только уже уплаченная сумма не подлежитъ возврату. Такому толкованію, во-первыхъ, болѣе всего отвѣчаетъ самый текстъ L. 7 § 16 cit.; въ концѣ этого фрагмента стоятъ слова «nec solutum repetere potest»; эти слова были бы совершенно излишними, еслибы выраженіемъ «cessabit Sctum» Ульпіанъ хотѣлъ сказать, что заемъ дѣлается вполнѣ дѣйствительнымъ; они получаютъ смыслъ лишь въ томъ случаѣ, если мы будемъ видѣть въ нихъ ограниченіе, прибавленное къ предыдущему выраженію «cessabit Sctum», которое иначе могло бы быть понято въ слишкомъ широкомъ смыслѣ. Далѣе, въ пользу такого толкованія говоритъ и то, что ниже—въ L. 9 pr. D. h. t.—тотъ же Ульпіанъ видитъ въ установленіи залога за долгъ со стороны вышедшаго изъ подъ власти должника утвержденіе долга въ силѣ лишь «usque ad pignoris quantitatem». Трудно подыскать основаніе, которое могло бы заставить Ульпіана видѣть въ уплатѣ части долга подтвержденіе должникомъ всего долга, а въ установленіи залога за долгъ—подтвержденіе долга лишь въ предѣлахъ стоимости заложенной вещи. Нельзя ссылаться на то, что будто бы L. 9 pr. D. cit., гдѣ говорится объ установленіи залога, въ подлинномъ сочиненіи Ульпіана была поставлена въ антитезу съ непосредственно ей тамъ предшествовавшей L. 7 § 16 D. cit., ибо начинается словомъ «sed». Дѣло въ томъ, что это слово «sed» могло быть вставлено компиляторами въ виду L. 8 D. h. t., помѣщенной между L. 7 § 16 cit. и L. 9 pr. cit.; кромѣ того, если оно находилось въ подлинномъ сочиненіи Ульпіана, то оно могло указывать на слѣдующую разницу между послѣдствіями частичной уплаты и установленія залога: при частичной уплатѣ кредиторъ можетъ только удержать у себя полученную сумму, но самъ никакого иска не получаетъ; при установленіи залога онъ получаетъ для своего

[236]) См. выше прим. 199.

удовлетворенія actio hypothecaria, которой не можетъ быть противопоставлена exceptio Sctі [237]).

Въ защиту противоположнаго толкованія L. 7 § 16 cit. можно ссылаться развѣ только на слова Ульпіана: «cessabit Sctum», указывая, что въ сущности изъ Сенатусконсульта возникаетъ только эксцепція и, слѣдовательно, «cessat Sctum» можетъ означать только уничтоженіе эксцепціи, а не исключеніе repetitio soluti. Такъ, дѣйствительно, аргументируетъ одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей нашего вопроса [238]). Но это возраженіе не имѣетъ большаго вѣса; слова Ульпіана «cessabit Sctum» могутъ имѣть и иное значеніе; по нашему мнѣнію, Ульпіанъ хотѣлъ сказать слѣдующее: «если должникъ по выходѣ изъ власти уплатитъ часть долга, то кредиторамъ относительно этой уплаты нечего опасаться репрессіи на основаніи Сенатусконсульта: уплаченное не подлежитъ возврату».

Что касается замѣчанія Ульпіана въ L. 9 § 4 D. h. t.: «sed et ipse filius (scil. tutus est exceptione), et tamen non repetit», то остается неяснымъ, о какомъ моментѣ говоритъ здѣсь Ульпіанъ: о моментѣ состоянія должника подъ властью или по выходѣ его изъ подъ власти. Правильнѣе было бы первое толкованіе, такъ какъ въ началѣ фрагмента идетъ рѣчь о лицахъ, «qui pro filio familias sine voluntate patris ejus intercesserunt», т. е. объ интерцессіи, имѣвшей мѣсто во время нахожденія должника подъ властью.

Это приводитъ насъ къ слѣдующему вопросу: какое значеніе имѣетъ уплата долга, сдѣланная должникомъ еще во время нахожденія подъ отеческою властью? Разсуждая a priori, мы рѣшили бы вопросъ слѣдующимъ образомъ. Если въ результатѣ примѣненія Sctum Macedonianum для должника возникаетъ obligatio naturalis, которая является достаточнымъ титуломъ для solutio по выходѣ его изъ подъ власти, то едва ли можно отнять у натуральнаго обязательства то же самое значеніе титула для вполнѣ дѣйствительной уплаты и durante potestate. Дѣло въ томъ, что, какъ показываетъ

---

[237]) См. къ изложенному Francke, Civil. Abh. (1826 г.), стр. 128. Machelard. стр. 118 сл. Ryck, стр. 116. Dückers, стр. 124 — 131. Mandry. т. I, стр. 494 сл. Windscheid, т. II § 378 пр. 16. Brinz, т. II, стр. 491 пр. 46. Обзоръ остальной литературы см. у Mandry, l. c. прим. 17.

[238]) Huschke, стр. 193 пр. 2

отношеніе источниковъ къ уплатѣ бывшимъ подвластнымъ части долга и къ вліянію заблужденія при совершеніи уплаты (объ этомъ ниже), римскіе юристы признаютъ уплату, сдѣланную должникомъ по выходѣ изъ подъ отеческой власти, дѣйствительной не потому, чтобы въ ней заключалось какое либо признаніе долга со стороны бывшаго подвластнаго, дающее новую силу самому долгу, но просто потому, что кредиторъ въ этой уплатѣ получилъ должное, «suum recepit». Эта послѣдняя точка зрѣнія должна одинаково примѣняться и въ томъ случаѣ, когда уплата совершается еще подвластнымъ должникомъ: кредиторъ и при этихъ условіяхъ «suum recepit». Разница состоитъ только въ томъ, что подвластный должникъ, по общему правилу, въ классическую эпоху не обладаетъ собственнымъ имуществомъ и, слѣдовательно, можетъ совершать уплату обыкновенно не иначе, какъ съ помощью чужихъ денегъ, денегъ своего домовладыки, который является собственникомъ всѣхъ цѣнностей, пріобрѣтаемыхъ подвластнымъ [239]). Но это обстоятельство само по себѣ приведетъ лишь къ слѣдующему результату: уплачивая свой долгъ деньгами домовладыки безъ разрѣшенія послѣдняго, подвластный не можетъ путемъ traditio перенести собственность на кредитора; домовладыка можетъ виндицировать эти деньги и, конечно, полученіе ихъ кредиторомъ не освобождаетъ должника отъ obligatio naturalis. Если кредиторъ получилъ завѣдомо чужія деньги отъ должника, то онъ, конечно, не долженъ ихъ консумировать; такая consumtio mala fide составитъ furtum, дастъ собственнику денегъ condictio furtiva, actio ad exhibendum и даже rei vindicatio (какъ противъ fictus possessor), а потому натуральное обязательство и въ этомъ случаѣ должно остаться непогашеннымъ въ результатѣ такой уплаты. Но допустимъ, что кредиторъ принялъ въ уплату деньги отъ подвластнаго должника bona fide и консумировалъ ихъ; въ этомъ случаѣ виндикація дѣлается невозможной, такъ же, какъ и condictio furtiva и a. ad exhibendum; не можетъ быть рѣчи и объ искахъ о возвратѣ

---

[239]) Имѣетъ ли право подвластный alienare nummos peculiares для уплаты долга contra Scium даже при наличности libera peculii administratio,—это вопросъ, для рѣшенія котораго источники намъ матеріала не даютъ. Отрицательно его рѣшаютъ Schwanert, стр. 352 (ссылка на L. 6 pr. C. h. t.), Dietzel, стр. 122, Dückers, стр. 95. Утвердительно высказывается Mandry, т. I, стр. 505 сл.

неосновательнаго обогащенія, такъ какъ кредиторъ, 1) еслибы и получилъ обогащеніе, то его нельзя считать неосновательнымъ: деньги уплачены ему solvendi causa и натуральное обязательство есть достаточный титулъ для уплаты; 2) въ сущности, кредиторъ, консумируя деньги, и не обогатился, такъ какъ онъ лишился въ то же время натуральнаго права требованія, которое до сихъ поръ имѣлъ къ подвластному. Такимъ образомъ, при consumtio, совершенной bona fide, мы не можемъ дать домовладыкѣ, деньгами котораго уплаченъ долгъ, никакого обязательственнаго иска къ кредитору подвластнаго: домовладыка не пріобрѣтаетъ condictio indebiti отъ лица своего подвластнаго, ибо послѣдній уплатилъ debitum; онъ не пріобрѣтаетъ condictio sine causa самъ по себѣ, потому что кредиторъ потребилъ монеты домовладыки, которыми онъ владѣлъ bona fide, на основаніи justa causa, и притомъ отъ ихъ потребленія не обогатился, ибо потерялъ натуральное право требованія. Вообще, собственникъ вещей, находящихся у bonae fidei possessor'a, въ случаѣ потребленія этихъ вещей владѣльцемъ имѣетъ condictio sine causa о выдачѣ ему обогащенія, полученнаго владѣльцемъ bonae fidei въ результатѣ потребленія, лишь при одномъ условіи: если bonae fidei possessio была основана на titulus putativus [240]). Въ данномъ случаѣ владѣніе чужими монетами основывалось на titulus verus; поэтому, еслибы мы и считали кредитора обогатившимся отъ потребленія монетъ, то мы не могли бы считать его обогащенія полученнымъ неосновательно, sine causa, и давать противъ него собственнику монетъ condictio sine causa.— Такимъ образомъ, consumtio монетъ bona fide въ этомъ случаѣ должна замѣнить недостающій для полноты solutio переходъ права собственности и привести къ погашенію натуральнаго долга совершающаго уплату лица. Такой результатъ былъ бы вполнѣ согласенъ съ рѣшеніями, которыя мы находимъ въ источникахъ относительно многихъ подобныхъ случаевъ: если уплата долга производится чужими деньгами или должникомъ, неспособнымъ къ отчужденію, то consumtio денегъ кредиторомъ, совершенная bona fide, покрываетъ недостатокъ традиціи и погашаетъ долгъ совершившаго уплату лица [241]).

[240]) См. Brinz, Pand, т. II, § 302 пр. 8—9; мою книгу Aequitas и aequum jus, стр. 255 сл.

[241]) L. 17 D. 46, 3. Cassius ap. Ulp. 10 Sab. L. 19 § 1 D. 12, 1. Julian. 10 dig. L. 9 § 2 D. 26, 8. Gai 12 ed. prov. L. 14 § 8 D. 46, 3. Ulp. 30 Sab. cf. L. 78 D. 46, 3 Javol. 11 ex Cass. L. 11 § 2 D 12, 1. Ulp. 26 ed. 16

Обращаясь къ источникамъ, касающимся прямо нашего случая, мы находимъ тамъ, во-первыхъ, одно рѣшеніе Марцелла, которое вполнѣ подтверждаетъ всѣ сдѣланныя нами выше умозаключенія.

L. 14 D. 12, 1 Ulpianus l. 29 ad edictum. Si filius familias contra Sctum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur: sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset; in proposito autem non esset. denique per errorem soluti contra Sctum crediti magis esse cessare repetitionem.

Это рѣшеніе Марцелла совершенно совпадаетъ со сдѣланными выше нашими выводами. Если подвластный должникъ уплатилъ свой долгъ, установленный contra Sctum, деньгами отца, то отецъ можетъ виндицировать монеты у получателя до ихъ consumptio. Въ случаѣ же consumptio отецъ не имѣетъ кондикціи къ кредитору; кондикція дается послѣ consumptio, говоритъ Марцеллъ, лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда она возникла бы и при немедленномъ переходѣ собственности; въ данномъ случаѣ этого не было бы. Эта мотивировка показываетъ намъ, что Марцеллъ, говоря о condictio, имѣетъ въ виду спеціально condictio indebiti, возникающую вслѣдствіе недостиженія имущественнымъ представленіемъ своей главной цѣли—погашенія долга. Такъ понимаетъ Марцелла и Ульпіанъ; это ясно изъ его заключительной прибавки къ словамъ Марцелла: «denique per errorem soluti etc.»; объ errot приходится говорить именно при condictio indebiti. Къ condictio sine causa, возникающей прямо въ лицѣ отца благодаря переходу цѣнностей изъ его имущества въ имущество получателя, мотивировка Марцелла неприложима: эта кондикція была бы мыслима именно только въ результатѣ потребленія чужихъ цѣнностей ихъ владѣльцемъ или отчужденія ихъ съ его стороны; въ случаѣ непосредственнаго перехода собственности на получателя этотъ искъ былъ бы совершенно немыслимъ. Очевидно, Марцеллу вообще представляется, что при данныхъ условіяхъ, если и можетъ зайти рѣчь о какой-либо condictio, то только о condictio indebiti, которую бы отецъ пріобрѣлъ ex persona filii; кондикціи sine causa ex persona patris Марцеллъ не касается: до такой степени

понятною представляется ему недопустимость этого иска противъ bonae fidei possessor чужихъ монетъ, владѣніе котораго опирается на titulus verus [242]). Излишне добавлять, что все разсужденіе Марцелла относится къ кредитору, который bona fide совершаетъ consumptio чужихъ монетъ. Въ случаѣ mala fides возникла бы condictio furtiva[243]).

Однако вопросъ нашъ очень осложняется тѣмъ, что въ Дигестахъ имѣется еще одно рѣшеніе, къ нему относящееся и принадлежащее Юліану; реферируется рѣшеніе Юліана тѣмъ же самымъ Ульпіаномъ, который сообщаетъ намъ рѣшеніе Марцелла, и притомъ въ той же книгѣ того же сочиненія этого юриста (l. 29 ad edictum).

L. 9 § 1 D. 14, 6. Ulpianus l. 29 ad edictum. Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? et ait Iulianus, si quidem hac condicione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis: si vero simpliciter ei donavit, alienationem earum filium non habuisse et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere.

Юристъ ставитъ вопросъ: что будетъ въ томъ случаѣ, если сынъ заплатитъ свой долгъ contra Sctum деньгами, подаренными ему? можетъ ли отецъ виндицировать или repetere? Послѣднее слово естественнѣе всего истолковать въ смыслѣ вопроса о возможности для отца кондикціи. Отвѣтъ на вопросъ дѣлится на двѣ части. 1) Если сыну подарены деньги третьимъ лицомъ именно съ тѣмъ, чтобы онъ употребилъ ихъ на уплату долга, то можно считать, говоритъ Юліанъ, что эти деньги перешли къ кредитору прямо отъ дарителя [244]); поэтому собственность на нихъ пріобрѣтается кредитору; этимъ отрицательно рѣшается вопросъ о возможности виндикаціи. 2) Если же деньги просто безъ всякаго modus подарены сыну, то собственность на нихъ пріобрѣтается отцу; уплата кредитору сына не можетъ считаться сдѣланной прямо дарителемъ; она совершается сыномъ, который не можетъ отчуждать для этой цѣли

---

[242]) Ср. Mandry, т. I, стр. 509 сл.

[243]) См. источники въ прим. 241.

[244]) Ср. къ этому рѣшеніе Юліана въ L. 5 § 9 D. 23, 3.

отцовскихъ денегъ; при такихъ условіяхъ отецъ во всякомъ случаѣ имѣетъ condictio противъ кредитора сына, рѣшаетъ Юліанъ.

Отмѣтимъ, прежде всего, что рѣшеніе Юліана намъ передано, повидимому, не въ полномъ видѣ. Поставленный въ началѣ вопросъ гласитъ о возможности для отца виндикаціи и кондикціи. Между тѣмъ, въ отвѣтѣ юриста въ первомъ случаѣ говорится лишь о виндикаціи, а во второмъ—только о кондикціи. Можно подумать, что въ Дигестахъ Юстиніана не только разбитъ текстъ изъ 29 книги ad edictum Ульпіана, гдѣ, вѣроятно, рѣшенія Юліана и Марцелла приводились одно за другимъ и ставились въ извѣстную связь [245]), на два фрагмента, расположенные даже въ различныхъ книгахъ Дигестъ, но и сокращена та часть изложенія Ульпіана, гдѣ реферировалось мнѣніе Юліана.

Далѣе возникаетъ вопросъ о томъ, въ какомъ же отношеніи стоитъ вторая часть рѣшенія Юліана, дающая отцу кондикцію ex omni eventu, къ рѣшенію Марцелла, который, какъ мы видѣли, даетъ отцу только виндикацію, пока монеты существуютъ, и не даетъ ему никакой кондикціи въ случаѣ добросовѣстной consumptio монетъ кредиторомъ?

Вопросъ этотъ съ давнихъ поръ занимаетъ ученыхъ и на него даются въ литературѣ самые разнообразные отвѣты.

Группа писателей, съ Донелломъ во главѣ, пытается согласить два рѣшенія тѣмъ путемъ, что относитъ рѣшеніе Марцелла къ consumptio bona fide, а рѣшеніе Юліана къ тому случаю, когда кредиторъ дѣйствовалъ mala fide; слова Юліана «ex omni eventu» толкуются въ смыслѣ: «даже если невозможна будетъ виндикація, если монеты будутъ потреблены», или наоборотъ: «даже пока возможна виндикація, пока монеты не консумированы» [246]). Недостатокъ этого толкованія очевиденъ: если является вполнѣ позволительнымъ относить рѣшеніе Марцелла къ случаю consumptio, совершаемой bona fide, такъ какъ это случай нормальный, о которомъ и другіе юристы

---

[245]) См. въ этомъ смыслѣ Huschke, стр. 185 пр. 1. Lenel, Ulpianus 878.

[246]) См Donellus, Comm. l. XII c. XXVIII § 14. Unterholzner Schuldverh., т. I, стр. 149 пр. n. Machelard, стр 114 сл. Windscheid т. II, § 373 пр. 16.

часто говорятъ, не упоминая прямо о bona fides [247]), то уже вполнѣ произвольно ограничивать рѣшеніе Юліана, выраженное въ самыхъ общихъ словахъ и даже сопровождаемое оговоркой «ex omni eventu», исключительнымъ случаемъ недобросовѣстности кредитора; mala fides не есть обстоятельство, которое можно подразумѣвать [248]).

Другіе писатели стремятся согласить эти рѣшенія тѣмъ путемъ, что заставляютъ юристовъ говорить о разныхъ кондикціяхъ. Такъ, есть голоса въ пользу того, что Марцеллъ въ L. 14 cit. не даетъ condictio ex mutuo и cond. indebiti, тогда какъ Юліанъ въ L. 9 § 1 cit. ставитъ вопросъ о допустимости condictio sine causa и рѣшаетъ его утвердительно [249]). Натянутость этого объясненія очевидна; въ L. 14 cit. рѣчь идетъ, конечно, только о condictio indebiti; вопросъ о condictio ex mutuo у такого поздняго юриста, какъ Марцеллъ, и не могъ возникнуть. Въ L. 9 § 1 cit. Юліанъ не можетъ говорить о condictio sine causa ex persona patris, потому что, какъ было уже указано выше, римскіе юристы допускали такую кондикцію только противъ bonae fidei possessor'a, опирающагося на titulus putativus, да сверхъ того въ данномъ случаѣ и наличность обогащенія является сомнительной, такъ какъ кредиторъ, потребляя чужія деньги, въ то же время долженъ потерять свое натуральное право требованія [250]).—Другой писатель [251]), относя L. 14 cit. къ condictio indebiti, въ L. 9 § 1 cit. видитъ разрѣшеніе отцу во всякомъ случаѣ предъявлять отъ своего лица condictio sine causa, основываясь на фактѣ обогащенія кредитора на его счетъ. Хотя вообще такая condictio не давалась въ случаѣ consumptio bona fide, однако въ данномъ случаѣ она справедлива, утверждаетъ авторъ этого толкованія, ибо отецъ ни къ кому не имѣетъ регресса, чтобы вознаградить себя за убытки. Но на это послѣднее замѣчаніе легко возразить: отсутствіе регресса у отца не можетъ сдѣлать обогащенія кредитора на его счетъ (если считать таковое наступившимъ) неосновательнымъ обо-

---

[247]) См. въ прим. 241 L. 19 § 1 D. 12, 1. Jul. 10 dig. L. 14 § 8 D. 46, 3 Ulp. 30 Sab.

[248]) Ср. Mandry, т. I, стр. 511.

[249]) См. напр. Sintenis, т. II, стр. 522 пр. 43.

[250]) Ср. Windscheid, l. c.

[251]) Mandry, т. I, стр. 508 сл.

гащеніемъ; римскіе юристы считали имѣющимъ за собою достаточное основаніе и не подлежащимъ возврату обогащеніе, полученное отъ консумпціи чужихъ вещей добросовѣстнымъ владѣльцемъ cum titulo vero. Сверхъ того, нельзя сказать, что отецъ не имѣетъ никакого регресса въ этомъ случаѣ; для него возникаетъ obligatio naturalis къ сыну, похитившему его nummi, и этого обязательства нельзя считать совершенно не имѣющимъ цѣны (werthlos), какъ это дѣлаетъ авторъ разбираемой теоріи. Отецъ, напримѣръ, можетъ совершить на основаніи своего натуральнаго обязательства ademtio peculii у сына и эта ademtio не будетъ считаться за злонамѣренное уменьшеніе пекулія; онъ можетъ принять поручителей за сына и т. д.

Многіе ученые въ стремленіи согласить Марцелла и Юліана прибѣгаютъ къ довольно отчаянному средству: они просто предлагаютъ въ концѣ L. 9 § 1 cit. вмѣсто слова «condictionem» читать «vindicationem» [252]). Тогда, дѣйствительно, все приходитъ въ наилучшій порядокъ; Юліанъ и Марцеллъ начинаютъ учить насъ одному и тому же. Жаль только, что для подобнаго исправленія текста нѣтъ ни малѣйшей опоры въ рукописяхъ и что, сверхъ того, «vindicationem patri competere» въ концѣ L. 9 § 1 cit. очень плохо вязалось бы со словами «ex omni eventu» [253]).

Есть, наконецъ, ученые, которые признаютъ наличность противорѣчія между Марцелломъ и Юліаномъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ изъ нихъ, Марцеллъ постановилъ свое рѣшеніе, опираясь на общія правила о консумпціи данныхъ въ уплату долга чужихъ монетъ, на jus commune, и потому не далъ отцу кондикціи при consumptio bona fide; Юліанъ же обсуждалъ уплату подвластнымъ долга contra Sctum съ спеціальной точки зрѣнія Сенатусконсульта и рѣшилъ,

---

[252]) См. Puchta, Vorlesungen § 306. Schwanert, стр. 195. Huschke, стр. 185 сл.

[253]) Puchta, l. c. толкуетъ эти слова такъ: „nummi могутъ быть extantes или consumti; о возможности консумпціи bona fide, какъ объ очень отдаленной (?), не упоминается". Schwanert, l. c. считаетъ эту вставку подозрительной. Huschke, l. c. толкуетъ въ смыслѣ: безразлично, поступили подаренные nummi въ пекулій сына или нѣтъ; онъ впрочемъ самъ замѣчаетъ, что естественнѣе было бы поставить эти слова въ такомъ значеніи передъ „non habuisse".

руководясь этимъ jus singulare, довести severitas въ толкованіи Сенатусконсульта до признанія уплатъ, сдѣланныхъ подвластнымъ сыномъ, ни въ какомъ случаѣ не связывающими отца. При этомъ, одинъ изъ сторонниковъ этого толкованія отдаетъ предпочтеніе точкѣ зрѣнія Марцелла [254]), а другой точкѣ зрѣнія Юліана [255]). Третій писатель, признающій противорѣчіе между Юліаномъ и Марцелломъ [256]), объясняетъ это противорѣчіе уже слишкомъ просто: Юліанъ будто бы выводилъ condictio только изъ того обстоятельства, что сынъ не можетъ nummos alienare, а Марцеллъ поправилъ его рѣшеніе въ томъ смыслѣ, что кондикція требуетъ для своего возникновенія основанія, вполнѣ независимаго отъ недостающаго перехода собственности. Этотъ писатель забываетъ, что самъ же Юліанъ въ другихъ случаяхъ не давалъ condictio, хотя nummi даны были въ уплату долга лицомъ, которое не могло ихъ отчуждать [257]).

Намъ кажется, что на правильномъ пути стоятъ только тѣ ученые, которые принимаютъ наличность противорѣчія между Юліаномъ и Марцелломъ. Этому не препятствуетъ то обстоятельство, что и L. 9 § 1 cit., и L. 14 cit. взяты изъ Ulpianus l. 29 ad edictum. Въ подлинномъ сочиненіи Ульпіана, вѣроятно, сперва стояло то, что въ Дигестахъ составило L. 9 § 1 cit, т. е. изложеніе мнѣнія Юліана, затѣмъ въ противовѣсъ поставлено было мнѣніе Марцелла, составившее L. 14 cit., и заключалось все разсужденіе словами Ульпіана въ концѣ L. 14 cit.: «denique per errorem soluti contra Sctum crediti magis est cessare repetitionem». Изъ этихъ словъ видно, что Ульпіанъ относилъ споръ между Марцелломъ и Юліаномъ къ вопросу о допустимости въ данномъ случаѣ condictio indebiti, пріобрѣтаемой отцомъ ex persona filii, и самъ высказывался въ пользу исключенія этой condictio, согласно мнѣнію Марцелла [258]). Что самъ Ульпіанъ не допускалъ repetitio уплаты, сдѣланной подвластнымъ сыномъ, это ясно, сверхъ того, и изъ выше разсмотрѣнной L. 9 § 4 h. t. Мнѣніе Марцелла вообще было принято позднѣйшими

---

[254]) Dietzel, стр. 124 сл.

[255]) Dückers, стр. 93 сл.

[256]) Ryck, стр. 10[illegible] сл.

[257]) L. 19 § 1 D 12, 1 Julian 10 dig.

[258]) См въ этомъ смыслѣ и Lenel, Ulpianus 878 pr. 1.

юристами: Павелъ l. 69 ad edictum (L. 19 D. 46, 2) также замѣчаетъ, что подвластный сынъ не можетъ требовать обратно уплаты долга, заключеннаго contra Sctum. Съ другой стороны, Марцеллъ имѣлъ уже предшественника, который раньше него высказался за исключеніе repetitio soluti въ случаѣ займа contra Sctum: Помпоній l. 22 ad Sabinum въ видѣ общаго правила, какъ мы знаемъ, установилъ, что, вслѣдствіе существованія obligatio naturalis, repetitio soluti должна быть исключена во всѣхъ случаяхъ, когда «eoepae causa ejus cui debetur debitor liberatur» (L. 19 pr. D. 12, 6). Марцеллъ только примѣнилъ это общее положеніе къ случаю уплаты, сдѣланной самимъ подвластнымъ сыномъ.

Къ чему же сводится самое противорѣчіе между Юліаномъ и Марцелломъ? Оба юриста согласно допускаютъ vindicatio въ томъ случаѣ, если уплата долга совершена чужими деньгами (этого нѣтъ въ 1-мъ случаѣ Юліана). Они разногласятъ по вопросу о значеніи consumptio: Марцеллъ при consumptio bona fide не даетъ condictio indebiti; Юліанъ даетъ condictio «ex omni eventu», т. е. независимо отъ того, произошла ли consumptio bona fide или mala fide: въ первомъ случаѣ онъ далъ бы, конечно, condictio indebiti (при наличности error), а во второмъ—condictio furtiva. Это разногласіе юристовъ можетъ быть объяснено, по нашему мнѣнію, только однимъ путемъ: Марцеллъ вслѣдъ за Помпоніемъ признавалъ наличность obligatio naturalis въ случаѣ займа contra Sctum Macedonianum, а потому для него уплата не могла являться indebitum. Напротивъ, Юліанъ держался особаго мнѣнія: толкуя Sctum Macedonianum строже въ отношеніи къ кредиторамъ, нежели Помпоній, онъ не признавалъ, что въ результатѣ примѣненія Sctum возникаетъ натуральное обязательство. Поэтому всякая уплата по такому обязательству являлась для него уплатой indebiti и подлежала возврату. Соотвѣтственно съ этимъ Юліанъ, вѣроятно, и въ первомъ изъ разбираемыхъ имъ случаевъ, гдѣ онъ считаетъ уплату долга совершенной третьимъ лицомъ—дарителемъ, отказывая послѣднему въ виндикаціи, давалъ ему, какъ лицу, уплатившему indebitum, кондикцію. Такую же кондикцію онъ даетъ и отцу, если сынъ уплатилъ его деньгами и эти послѣднія bona fide консумированы были получателемъ.

Это рѣшеніе Юліана, вѣроятно, было изложено въ 12 книгѣ

его Дигесть, гдѣ Юліанъ вообще разбираетъ Sctum Macedonianum [259]). Въ этой книгѣ Дигесть, написанной при Адріанѣ [260]), Юліанъ, слѣдовательно, становился по вопросу о существованіи obl. naturalis ex Scto Macedoniano, въ противорѣчіе съ мнѣніемъ Помпонія, выраженнымъ l. 22 ad Sabinum. Это послѣднее сочиненіе написано также при Адріанѣ и цитируется Юліаномъ въ его Дигестахъ: такъ, въ 35 книгѣ Дигесть Юліанъ цитируетъ 5 книгу ad Sabinum Помпонія; возможно, что въ 14 книгѣ Дигесть Юліанъ пользовался 13 книгой ad Sabinum Помпонія [261]). Отсюда дѣлается вѣроятнымъ предположеніе, что Юліану при составленіи его 12 книги Дигесть была извѣстна 22 книга Помпонія ad Sabinum, но Юліанъ, толкуя Sctum Macedonianum строже, чѣмъ Помпоній, не находилъ возможнымъ допустить возникновеніе натуральнаго обязательства изъ сдѣлки, заключенной contra Sctum. Это бросаетъ свѣтъ и на заключительныя слова L. 11 D. 46, 1, взятой изъ той же 12 кн. Дигесть Юліана: «nec est ulla hereditas, cujus nomine fidejussores obligari possent». Разбирая вопросъ о возможности установленія отцомъ поручителей по смерти сына и констатировавъ, что кредиторъ не имѣетъ къ отцу ни civilis, ни honoraria actio, Юліанъ добавляетъ: что же касается того, не перешло ли на отца какое либо обязательство съ умершаго сына, то въ данномъ случаѣ нѣтъ нужды касаться спорной области натуральнаго обязательства; если-бы таковое и лежало на сынѣ,—какъ думаетъ напр. Помпоній,—то оно не могло бы перейти на отца, ибо подвластный сынъ послѣ себя не оставляетъ наслѣдства [262]).

---

[259]) См. Lenel, Julianus 186

[260]) См. Krüger, Gesch. d. Quellen, стр 168.

[261]) Fitting, Alter der Schriften römischer Juristen, 1860 г. стр 9. Krüger, l. c. стр. 174 пр. 5. Lenel, Palingenesia т. II, стр 86 пр. 6.

[262]) Ср. выше прим. 230.— Остальныя извѣстныя намъ рѣшенія Юліана, касающіяся Sctum Macedonianum, не противорѣчатъ нашему предположенію, что этотъ юристъ не признавалъ obl. nat. ex Scto Macedoniano L. 3 § 1, 2. L 7 pr. § 1 § 12. L. 13. L. 14. L. 19 D. 14, 6 не касаются вопросовъ, относящихся къ obl. nat. Въ L. 11 D. 14, 6 Юліану принадлежитъ только разрѣшеніе пользоваться эксепціей противъ a. judicati. Сомнѣніе могла бы возбудить L. 7 § 11 D. h. t. Здѣсь Юліанъ даетъ a. institoria противъ 3-го лица, назначившаго подвластнаго своимъ institor, хотя самому подвластному предоставляетъ exco Scti. Намъ

Мнѣніе Юліана о несуществованіи obligatio naturalis въ результатѣ Sctum Macedonianum, повидимому, не нашло сторонниковъ, да и самый споръ объ этомъ вопросѣ, вѣроятно, длился очень недолго. По крайней мѣрѣ, Ульпіанъ въ томъ же l. 29 ad edictum упоминаетъ о рескриптѣ Адріана, который относился къ вопросу о возможности требовать обратно уплату займа, заключеннаго contra Sctum, и разрѣшалъ этотъ вопросъ отрицательно, т. е. въ духѣ Помпонія (L. 9 § 4 D. h. t.). Весьма вѣроятно, что этотъ рескриптъ и былъ вызванъ разногласіемъ по данному вопросу, возникшимъ между двумя такими авторитетами, какъ Помпоній и Юліанъ [263]).

могли бы возразить, что a. institoria, какъ и всѣ a. adj. qualitatis, предполагаетъ возникновеніе обязательства для самаго контрагента и что, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ Юліанъ не могъ не считать самого подвластнаго institor'a обязаннымъ, хотя бы naturaliter. Но, повидимому, въ этомъ отношеніи именно a. institoria подлежала особымъ правиламъ: она вообще подлежитъ не тѣмъ правиламъ, какъ напр. a. de peculio, и могла возникать даже при отсутствіи обязательства въ лицѣ институтора. Такъ, a. de peculio дается на основаніи сдѣлки filius impubes, servus impubes, ancilla только при наличности обогащенія пекулія этихъ лицъ отъ сдѣлки (L. 1 § 4 D. 15, 1. L. 11 C. 4, 26), a a. institoria (и a. exercitoria) дается помимо этого условія (L. 7 § 1, 2. L. 8 D. 14, 3. L. 1 § 4 D. 14, 1); этотъ искъ дается даже по поводу сдѣлки filia familias institor (L. 7 § 1 cit), для которой источники не упоминаютъ объ obl. nat. при отсутствіи обогащенія (см. прим. 52). Это мотивируется въ источникахъ тѣмъ, что „sibi imputare debet, qui eum praeposuit" (L. 7 § 2 cit. L. 1 § 4 cit). Смыслъ мотива ясенъ: лицо, назначающее institor'a, тѣмъ самымъ приглашаетъ всѣхъ третьихъ лицъ вступать въ сдѣлки съ institor'омъ, какъ съ самимъ принципаломъ; было бы неудобно заставлять послѣ этого 3-хъ лицъ справляться о способности назначеннаго прикащика вступать въ сдѣлки, разъ его неспособность не очевидна (infans, furiosus); третьи лица вѣдь имѣютъ въ виду только a. institoria, которую они получатъ противъ принципала, а не искъ къ институтору; дѣло самого принципала заботиться о томъ, чтобы его прикащикъ способенъ былъ заключать сдѣлки. Поэтому для принципала не составитъ защиты отъ a. institoria то обстоятельство, что его приказчикъ имѣетъ exco Scti Macedoniani противъ своего контрагента и что на немъ не лежатъ даже — согласно воззрѣнію Юліана — obl. naturalis. Третьи лица, давая взаймы институтору, имѣли въ виду не его лично, а давшаго ему полномочіе къ такимъ сдѣлкамъ принципала и было бы несправедливо лишать ихъ иска къ принципалу институтора. См. къ этому Mandry, т. II, стр. 301 сл.

[263]) Иное предположеніе о рескриптѣ Адріана высказываетъ Mandry, т. I, стр. 473.

Если, такимъ образомъ, принципіальный вопросъ о возникновеніи натуральнаго обязательства въ результатѣ примѣненія Sctum Macedonianum окончательно рѣшенъ былъ еще при Адріанѣ императорскимъ рескриптомъ, то это объясняетъ намъ и характеръ тѣхъ замѣчаній, которыя Марцеллъ сдѣлалъ къ рѣшенію Юліана. Марцеллъ писалъ при Антонинѣ Піи и Маркѣ Авреліи. Въ его время, слѣдовательно, благодаря рескрипту Адріана вопросъ о существованіи obligatio naturalis ex Scto Macedoniano давно считался рѣшеннымъ въ утвердительнымъ смыслѣ. Но рескриптъ Адріана, повидимому, говорилъ только о невозможности требовать обратно сдѣланную уплату для поручителей за сына, которые также были защищены эксцепціей Сенатусконсульта. Въ виду этого Марцеллъ, дѣлая замѣчанія къ рѣшенію Юліана [264]), не счелъ нужнымъ вступать въ принципіальную полемику съ этимъ юристомъ о самомъ существованіи натуральнаго обязательства. Ему нужно было только показать, что condictio невозможна и въ томъ случаѣ, если уплата сдѣлана самимъ сыномъ, хотя послѣдній и не можетъ nummos alienare. Сообразно съ этимъ, Марцеллъ и строитъ свою аргументацію: онъ говоритъ, что condictio на основаніи послѣдующей consumtio возможна лишь въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ она возникла бы въ результатѣ немедленнаго переноса собственности; такъ какъ при уплатѣ по mutuum contra Setum этого не бываетъ (аргументомъ является предусмотрѣнная въ рескриптѣ уплата поручителей сына), то кондикція не можетъ возникнуть и тогда, когда данныя въ уплату сыномъ деньги bona fide консумированы кредиторомъ.—Еще вѣроятнѣе, впрочемъ, другое предположеніе. Возможно, что Марцеллъ опровергалъ вообще мнѣніе Юліана о несуществованіи obl. naturalis, ссылаясь на Помпонія и на рескриптъ Адріана, а затѣмъ уже переходилъ къ спеціальному вопросу объ уплатѣ, совершаемой подвластнымъ, который не можетъ alienare nummos. Ульпіанъ же, пользуясь примѣчаніями Марцелла къ Юліану въ своемъ комментаріи, взялъ изъ этой полемики то, что ему казалось небезполезнымъ отмѣтить и для своихъ современниковъ, т. е. замѣчаніе объ уплатѣ,

---

[264]) Такъ и Lenel, Ulp. 878 пр. 1 „non dubito, quin Ulpianus Marcelli, qui hoc loco Julianum notaverat, probaverit opinionem". Извѣстно, что Марцеллъ писалъ Notae къ Дигестамъ Юліана (Krüger, Gesch. d. Qu., стр. 193).

сдѣланной самимъ подвластнымъ, а всѣ разсужденія о наличности obl. nat., какъ не имѣющія интереса въ эпоху безусловнаго признанія этого обязательства, выкинулъ. Соотвѣтственно съ этимъ самъ Ульпіанъ долженъ явиться виновникомъ тѣхъ сокращеній въ передачѣ воззрѣній Юліана, наличность которыхъ мы констатировали выше. Онъ, напримѣръ, могъ выпустить замѣчаніе Юліана о condictio indebiti дарителя въ первомъ изъ разбираемыхъ Юліаномъ случаевъ, такъ какъ съ точки зрѣнія юристовъ, признающихъ наличность obl. naturalis, эта кондикція не могла бы имѣть подъ собою уже рѣшительно никакой почвы: въ этомъ случаѣ способность платящаго къ alienatio стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія. Компиляторы Дигестъ, очевидно, вообще мало поняли во всемъ этомъ мѣстѣ сочиненія Ульпіана, такъ какъ они позволили себѣ разбить его на два фрагмента, размѣщенные даже въ разныхъ титулахъ Дигестъ. Они, вѣроятно, подобно нѣкоторымъ изъ новыхъ юристовъ, отнесли слова Юліана къ одному роду кондикцій, а слова Марцелла къ другому, не замѣтивъ противорѣчія между этими юристами. Въ этомъ виновата была, быть можетъ, не совсѣмъ ясная редакція Ульпіановскаго реферата мнѣній этихъ двухъ юристовъ.

Изслѣдованіе L. 9 § cit. и L. 14 cit. привело насъ, такимъ образомъ, къ слѣдующимъ результатамъ: 1) что по поводу существованія obl. naturalis ex Scto Macedoniano было разногласіе между Юліаномъ и Помпоніемъ во время царствованія Адріана; 2) что это разногласіе было разрѣшено въ пользу существованія натуральнаго обязательства рескриптомъ Адріана, который установилъ невозможность repetitio soluti для поручителей сына, защищенныхъ эксцепціей; 3) что Марцеллъ доказалъ невозможность condictio indebiti для отца и въ томъ случаѣ, когда уплату совершилъ самъ подвластный и nummi были bona fide консумированы кредиторомъ.

Такимъ образомъ, уплата подвластнаго сына приводитъ къ тому, что домовладыка его можетъ виндицировать монеты до консумпціи и кондицировать ихъ, если консумпція совершена mala fide.

Что касается самого сына, то, совершая уплату, хотя и чужими деньгами, онъ тѣмъ самымъ выразилъ достаточно ясно свое рѣшеніе уплатить долгъ. Поэтому самъ сынъ не можетъ предъявлять къ кредитору рѣшительно никакихъ исковъ по поводу сдѣланной имъ уплаты. Это относится, конечно, не ко времени состо-

нія сына подъ властью: въ это время онъ вообще не можетъ пріобрѣсти для себя лично никакихъ исковъ къ третьимъ лицамъ. Но установленное нами положеніе приводитъ къ тому, что сынъ, даже сдѣлавшись наслѣдникомъ отцу, не можетъ предъявлять къ своему кредитору никакихъ исковъ о возвратѣ уплаченныхъ денегъ, которые могъ бы вчинать его отецъ. Такъ напр., если кредиторъ еще не консумировалъ данныхъ ему сыномъ въ уплату монетъ, то отецъ могъ бы ихъ виндицировать; сынъ, наслѣдуя отцу, этой виндикаціи вчинить не можетъ: ей будетъ противопоставлена exceptio doli.

L. 26 § 9 D. 12, 6 Ulpianus l. 26 ad edictum. Filius familias contra Macedonianum mutuatus si solverit et patri suo heres effectus velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum.

Выставляя эту эксцепцію, кредиторъ не непосредственно ссылается на натуральное обязательство сына, но указываетъ на то, что, предъявляя rei vindicatio, сынъ дѣйствуетъ dolo: онъ становится въ противорѣчіе со своимъ рѣшеніемъ уплатить натуральный долгъ и перенести для этой цѣли право собственности, которое очень ясно было имъ выражено во время нахожденія подъ властью [265]).

Уплата по займу contra Sctum Macedonianum не подлежитъ возврату не только, когда она сдѣлана съ сознаніемъ о несуществованіи иска, но и тогда, когда она совершена по заблужденью. Это намъ прямо говоритъ Ульпіанъ [266]) и Марціанъ [267]). Спрашивается, въ какомъ отношеніи къ этому стоитъ слѣдующій фрагментъ:

L. 8 D. h. t. Paulus l. 30 ad edictum. Cum tamen a curatore per ignorantiam solutum sit, repeti debet.

Павелъ, который вообще признавалъ наличность obligatio naturalis въ нашемъ случаѣ [268]), даетъ здѣсь repetitio soluti, если уплата сдѣлана была куратором должника, ставшаго sui juris, по заблужденью. Правильнѣе всего видѣть здѣсь рѣшеніе, спеціально

---

[265]) См. въ этомъ смыслѣ Schwanert, стр. 195. Hüschke, стр. 183 прим. 2. Ср. къ этому еще Krüger, Beiträge zur Lehre v. d. exceptio doli, I Heft (1892 г.) стр. 223—229.

[266]) L. 14 D. 12, 1 in f.

[267]) L. 40 pr. D 12, 1.

[268]) L. 10 D. h. t.

относящееся къ полномочіямъ куратора. Если даже вообще вопросъ о томъ, можетъ ли опекунъ или попечитель платить натуральные долги опекаемаго, долженъ быть рѣшенъ утвердительно, то для случая уплаты такого долга куратором по невѣдѣнію о существованіи иска можно было сдѣлать изъятіе въ интересахъ попечителя. Вообще опекаемый имѣлъ регрессъ къ опекуну, если послѣдній уплатилъ его натуральный долгъ и не могъ въ оправданіе этой уплаты привести уважительныхъ причинъ. Если же кураторъ совершилъ такую уплату по незнанію о несуществованіи иска изъ уплачиваемаго долга, то его положеніе было облегчено: опекаемому не давалось регресса къ опекуну, но зато по исключенію давалась repetitio къ кредитору, если долгъ уплаченъ былъ деньгами опекаемаго [269]).

2) Novatio. Ко времени Ульпіана [270]) и Павла [271]) уже твердо установилась догма, что натуральное обязательство можетъ быть достаточной основой не только для solutio, но и для novatio. На этой точкѣ зрѣнія, очевидно, стоятъ авторы слѣдующей конституціи:

L. 2 C. 4, 28. Impp. Severus et Antoninus (a. 198). Zenodorus cum sui juris esse publico videretur aut patris voluntate contraxit aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.

Ясно, что для Септимія Севера и Каракаллы натуральное обязательство, возникающее изъ займа contra Sctum Macedonianum, является достаточнымъ основаніемъ новаціи; они требуютъ только, чтобы эта новація совершена была должникомъ по выходѣ его изъ подъ отеческой власти. Отсюда слѣдуетъ, что новація, совершенная должникомъ durante potestate, не смотря на существованіе натуральнаго обязательства и въ эту эпоху, не установитъ, по мнѣнію императоровъ, искового обязательства. Основаніемъ для этого служитъ, конечно, тенденція Сенатусконсульта; новація тѣмъ отличается отъ уплаты,

---

[269]) Это—мнѣніе Brinz'a, Pandekten, т. II, стр. 492 пр. 47—Ср. толкованіе у Dückers, стр. 96. Mandry, т. I, стр. 504. Huschke, стр. 194.

[270]) L. 1 D. 46, 2. Ulp. 46 Sab.

[271]) L. 19 D. 46, 2. Paul. 69 ed.; см. объ этомъ рѣшеніи ниже.

что она, давая формально обязательству новое основаніе, матеріально все-таки является продолженіемъ стараго обязательства. Искъ изъ новаго обязательства съ матеріальной точки зрѣнія являлся бы принужденіемъ къ исполненію содержанія стараго обязательства. Такимъ образомъ, еслибы мы дозволили подвластному еще durante potestate новировать свой долгъ изъ займа contra Sctum. то это съ матеріальной точки зрѣнія привело бы къ возникновенію для него возможности принудительно, исковымъ путемъ обязываться на основаніи займа. Сенатъ не желалъ допустить возникновенія никакихъ исковъ изъ займа, даннаго подвластному durante potestate, и разрѣшеніе новировать такіе долги во время займа было бы равносильно отмѣнѣ сенатскаго запрещенія.

Такимъ образомъ, L. 2 C. cit. учитъ насъ, что новація на основаніи натуральнаго обязательства ex Scto Macedoniano дѣлается возможной для должника лишь по выходѣ его изъ подъ отеческой власти. Съ другой стороны, эта конституція ни однимъ словомъ не намекаетъ на то, чтобы отъ должника, ставшаго sui juris, для дѣйствительности новаціи требовалось знаніе о томъ, что онъ новируетъ именно натуральный, а не исковой долгъ. Если натуральное обязательство есть достаточное основаніе для новаціи и этой послѣдней уже не препятствуютъ какія либо особыя соображенія, вытекающія изъ тенденціи Сенатусконсульта, то новація должна быть дѣйствительна, разъ въ основѣ ея лежитъ хотя бы натуральное обязательство, независимо отъ того, сдѣлана ли она сознательно или по заблужденью. Въ этомъ она сходится съ solutio.

Иного мнѣнія держался, однако, Помпоній; до насъ дошло одно его рѣшеніе по данному вопросу.

L. 20 D. 14, 6. Pomponius l. 5 senatusconsultorum. Si is, cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, pater familias factus per ignorantiam facti novatione facta eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.

Помпоній здѣсь также признаетъ возможность для должника contra Sctum совершать novatio по выходѣ изъ подъ patria potestas. Но для полной дѣйствительности такой новаціи онъ требуетъ, чтобы она не была совершена per ignorantiam facti. Иначе иску изъ новирующей стипуляціи будетъ противопоставлена exceptio in factum.

Мы не можемъ объяснить этого рѣшенія тѣмъ, что Помпоній не зналъ натуральнаго обязательства изъ займа contra Sctum. Его libri V Senatusconsultorum написаны, вѣроятно, при divi Fratres [272]), т. е. значительно позже, чѣмъ l. 22 ad Sabinum, гдѣ, какъ мы видѣли, Помпоній уже знаетъ obl. nat. ex Scto Macedoniano. Правильнѣе смотрѣть на рѣшеніе Помпонія въ L. 20 cit., какъ намъ кажется, слѣдующимъ образомъ. Во время Помпонія сами натуральныя обязательства вообще были институтомъ очень новымъ и мало разработаннымъ. Поэтому юристы той эпохи должны были особенно осторожно относиться къ признанію различныхъ отдѣльныхъ послѣдствій этихъ обязательствъ, въ томъ числѣ и новаціи. Осторожно рѣшаетъ Помпоній и вопросъ о примѣнимости новаціи къ obl. nat. ex Scto Macedoniano. Признавая въ принципѣ возможной новацію со стороны должника, достигшаго самостоятельности, Помпоній, однако, не считаетъ возможнымъ допустить эту новацію безусловно. Вѣдь сенатъ желалъ устранить иски изъ займа не только durante potestate, но и по выходѣ должника изъ подъ власти (etiam post mortem parentis etc.). Опираясь на это положеніе Сенатусконсульта, можно было бы сказать, что сама по себѣ новація долга, заключеннаго contra Sctum, хотя бы она и была сдѣлана по расторженіи отеческой власти, все-таки, будучи признана вполнѣ дѣйствительной, поведетъ къ тому, что по расторженіи власти (post mortem parentis) возникнетъ для кредитора искъ, формально опирающійся на самостоятельное основаніе, но матеріально вытекающій изъ стараго займа contra Sctum. Такого рода искъ, строго толкуя Сенатусконсультъ, можно считать противнымъ его тенденціи. Поэтому Помпоній и не рѣшается признать дѣйствительнымъ искъ, вытекающій изъ новаціи, взятой сама по себѣ. Чтобы новація давала искъ не вопреки Сенатусконсульту, нужно, чтобы она содержала въ себѣ отказъ должника sui juris отъ эксцепціи, вытекающей изъ Sctum. Для этого въ основѣ новаціи должно лежать сознаніе должника, что онъ 1) новируетъ долгъ, обезсиленный эксцепціей, 2) совершаетъ новацію, уже будучи лицомъ sui juris. Въ частности, въ L. 20 cit. Помпоній принялъ во вниманіе лишь второго рода заблужденіе: онъ опо-

---

[272]) См. H Krüger, Beiträge zur Lehre v. d. exco doli, I Heft, стр. 230 – 236.

рочиваетъ новацію въ томъ случаѣ, если должникъ не зналъ, что онъ уже pater familias, и совершилъ новацію, считая себя еще за filius familias, а свою новацію—не имѣющей силы; дѣло въ томъ, что выраженіе «per ignorantiam facti» лучше всего объясняется, если его поставить въ связь съ непосредственно предшествующимъ: «pater familias factus»; должникъ совершилъ новацію, хочетъ сказать Помпоній, хотя и сдѣлавшись pater familias, но не зная объ этомъ событіи [273]). Такимъ образомъ, Помпоній говоритъ только объ одномъ случаѣ заблужденія; но если мы правильно поняли его мысль, то онъ сдѣлалъ бы то же самое рѣшеніе и въ томъ случаѣ, когда должникъ совершилъ новацію, зная о своей самостоятельности, но не зная о томъ, что новируемый долгъ подлежитъ эксцепціи [274]). Противъ иска ex stipulatu при наличности такого заблужденія Помпоній рекомендуетъ давать exceptio in factum. Это, въ сущности, та же самая exceptio Scti Macedoniani, но спеціализированная изложеніемъ событій, служащихъ для нея основаніемъ въ данномъ случаѣ. Такая спеціализація содержанія эксцепціи въ подобномъ случаѣ умѣстна, такъ какъ простой ссылки на Sctum Macedonianum судья при такихъ обстоятельствахъ могъ бы и не принять во вниманіе [275]).

Мы пришли, слѣдовательно, къ выводу, что рѣшеніе Помпонія объясняется не изъ общихъ принциповъ, касающихся новаціи натуральныхъ обязательствъ, но изъ соображеній, опирающихся на тенденцію Сенатусконсульта. Мы имѣемъ здѣсь такимъ образомъ не jus commune, а jus singulare.

Была ли поддержана мысль Помпонія въ позднѣйшемъ правѣ, мы съ точностью сказать не можемъ. Разобранная выше L. 2 C. h. t., какъ уже было замѣчено выше, скорѣе говоритъ противъ этого,

---

[273]) См. Huschke, стр 193.

[274]) Съ этимъ согласенъ и Huschke, стр. 192.—Brinz, т. II, стр 491 пр. 45 говоритъ только о необходимости знанія должника о своей самостоятельности. Также и Mandry, т. I, стр. 517.—Довольно близко къ нашему стоитъ возрѣніе на L. 20 cit. у Donellus, Comm. l. XII, c. XXVIII, §§ 9, 10.—Иначе смотрятъ на дѣло Dietzel, стр. 135. Schwanert, стр. 355 сл. Machelard стр. 121 сл. Dückers, стр. 81 сл. Ryck, стр. 116. Windscheid, т. II, § 488 пр. 11. Объ остальной литературѣ см. Mandry, т. I, стр. 517 пр. 8.

[275]) Подобнымъ образомъ высказывается и Brinz, l. c.

чѣмъ въ пользу, такъ какъ она упоминаетъ о новаціи со стороны должника, сдѣлавшагося sui juris, безъ всякихъ оговорокъ.

L. 2 C. cit. говоритъ не только о новаціи, но и о другихъ способахъ подтвержденія долга самостоятельнымъ должникомъ. Вѣроятно, имѣются въ виду способы, подобные прямо упомянутой въ конституціи новаціи, т. е. заключеніе на основаніи натуральнаго обязательства новыхъ юридическихъ сдѣлокъ, дающихъ искъ, который не подлежитъ эксцепціи Сенатусконсульта [276]). Сюда можетъ подойти, напримѣръ, установленіе за долгъ залога; мы знаемъ, что такой залогъ порождаетъ изъ себя a. hypothecaria, не подлежащую эксцепціи Scti, и содержитъ въ себѣ поэтому agnitio debiti «usque ad pignoris quantitatem» [277]).

Заключеніе такого рода сдѣлки должникомъ, вышедшимъ изъ-подъ власти, не можетъ быть поставлено на одну линію съ подтвержденіемъ займа, сдѣланнаго подвластнымъ, со стороны домовладыки (ratihabitio). Ratihabitio домовладыки съ приданною ей обратною силой превращаетъ заемъ подвластнаго въ сдѣлку, не противную Сенатусконсульту. Поэтому ея значеніе проявляется и въ отношеніи къ послѣдствіямъ, возникающимъ изъ сдѣлки для сына и его интерцедентовъ. Напротивъ, послѣ заключенія напр. новаціи должникомъ, вышедшимъ изъ подъ власти, самый заемъ, сдѣланный имъ durante potestate, продолжаетъ оставаться сдѣлкою contra Sctum. Поэтому такого рода акты должника не могутъ вліять ни на положеніе бывшаго домовладыки, ни на положеніе третьихъ лицъ, вступившихся за долгъ, за исключеніемъ развѣ того, что въ результатѣ

---

[276]) См. въ этомъ смыслѣ Mandry, т. I. стр. 492 сл. Huschke, стр. 192.

[277]) Правильно замѣчаетъ Windscheid, т. II, § 373 пр. 17, что и такія сдѣлки, какъ установленіе залога, хотя не приводятъ къ искомости всего долга, подходятъ подъ понятіе agnoscere въ L. 2 C. cit. Ключъ для пониманія выраженія „agnoscere debitum“ даетъ L. 64 D. 12, 6. Отсюда ясно, между прочимъ, и слѣдующее: опираясь на „agnovit debitum“ въ L. 2 C. cit., нельзя заключать, что и по этой конституціи для дѣйствительности новаціи требуется отсутствіе заблужденія у должника о натуральномъ характерѣ долга и о своей самостоятельности, чего требовалъ Помпоній въ L. 20 D. h. t: дѣло въ томъ, что L. 64 D. 12, 6 говоритъ объ agnitio debiti въ томъ случаѣ, когда уплата совершена была лицомъ, считающимъ себя обязаннымъ не naturaliter, а civiliter.

новаціи, сдѣланной должникомъ, его поручители теперь ipso jure освобождаются отъ всякой отвѣтственности, согласно общимъ правиламъ [278]).

Мы видѣли, что новація долга, заключеннаго contra Sctum, вообще дѣлается возможной для должника лишь по выходѣ его изъ подъ власти. Это ясно изъ общихъ соображеній о тенденціи Сенатусконсульта; сверхъ того, это подтверждается словами L. 2 C. cit., которая, несмотря на свое общее содержаніе, упоминаетъ лишь о novatio со стороны должника sui juris.

Иное положеніе защищаетъ юристъ Павелъ для одного вида новаціи: если новація совершается для того, чтобы вмѣсто стараго кредитора поставить новаго, т. е. въ результатѣ делегаціи [279]), то она должна быть вполнѣ дѣйствительна и въ томъ случаѣ, когда въ ней участвуетъ должникъ, еще находящійся подъ властью.

L. 19 D. 46, 2 Paulus l. 69 ad edictum. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatusconsulto filio familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatusconsultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. diversum est in muliere, quae contra senatus consultum promisit: nam et in secunda promissione intercessio est. idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiam nunc minor est, rursum circumvenitur: diversum, si jam excessit aetatem viginti quinque annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem. ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur: et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris.

---

[278]) L. 4 C. 8, 40 (41) Imp. Antoninus. См. къ этому Mandry, т. I, стр. 492; стр. 498 сл. Dückers, стр. 131 сл.

[279]) Что L. 19 D. 46, 2 относится именно къ этому случаю, доказываетъ, между прочимъ, въ новѣйшее время (противъ Danz'a) Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung (1893 г.) стр. 30 сл.

Въ защиту положенія, что exceptio Scti Macedoniani не должна быть противополагаема делегатарію, Павелъ приводитъ двоякаго рода аргументы. 1) Онъ говоритъ, что promissio сына не противна Сенатусконсульту и должна имѣть силу, такъ какъ въ основѣ ея лежитъ натуральное обязательство, остающееся отъ первоначальной сдѣлки и по общимъ правиламъ способное служить основаніемъ для новаціи (таковъ, по нашему мнѣнію, смыслъ словъ: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest). Съ этого рода разсужденіемъ врядъ ли можно согласиться; съ формальной точки зрѣнія, конечно, promissio сына устанавливаетъ новый долгъ, возникающій не изъ numeratio pecuniae, а изъ стипуляціи и потому, буквально, не подлежащій запрету Scti. Но мы уже говорили, что матеріально этотъ долгъ, въ сущности, является продолженіемъ стараго обязательства изъ займа и что разрѣшеніе сыну, еще находясь подъ властью, совершать вполнѣ дѣйствительную новацію парализовало бы всю мѣру, принятую сенатомъ. 2) Но у Павла есть и другой аргументъ. Онъ ссылается на особый характеръ делегаціи. Въ интересахъ оборота[280]) несправедливо возлагать на делегатарія обязанность производить разслѣдованіе объ отношеніяхъ, лично существовавшихъ между первымъ кредиторомъ и его должникомъ; если даже онъ что либо о нихъ знаетъ, то ему неудобно обнаруживать свои знанія; вотъ почему никакія эксцепціи, основанныя на лично касающихся должника обстоятельствахъ, не должны быть противопоставляемы делегатарію. Этотъ общій принципъ Павелъ находитъ возможнымъ примѣнить и къ exceptio Scti Macedoniani, гдѣ, по его мнѣнію, этому не препятствуетъ особая ratio Scti. Но онъ не примѣняетъ его къ exceptio Scti Vellejani, ибо въ этомъ случаѣ вторая promissio женщины будетъ такою же интерцессіей, противной Сенатусконсульту, какъ и первая.

Намъ кажется, что Павелъ поступилъ бы правильнѣе, еслибы разсуждалъ въ этомъ случаѣ относительно exceptio Scti Macedoniani точно такъ же, какъ и объ exceptio Scti Vellejani. Хотя Sctum Macedonianum и оставляетъ въ силѣ obligatio naturalis, которой не остав-

---

[280]) Павелъ очень любитъ оперировать съ соображеніями объ интересахъ оборота. См. ниже L. 24 § 1 D. 4, 4. Paul. 1 sent. L. 5 D. 18, 1 Paul. 5 Sab. Ср. также L. 7 § 1 D. 18, 5. См. Krückmann, въ Arch f. civ. Praxis, т. 85 (1896 г.), стр. 271 сл.

ляетъ Sctum Vellejanum, но всякая novatio этой obligatio naturalis со стороны еще подвластнаго должника, вопреки мнѣнію Павла, является противной тенденціи Scti, какъ это и слѣдуетъ изъ L. 2 C. h. t. Поэтому, если Павелъ нашелъ возможнымъ свой общій принципъ о недопустимости противъ делегатарія эксцепцій ex persona debitoris ограничить для exceptio Scti Vellejani, то онъ долженъ былъ бы это сдѣлать и для exceptio Scti Macedoniani.

Какъ относились другіе римскіе юристы къ вопросу о делегаціи подвластнаго должника изъ займа contra Sctum Macedonianum, мы не знаемъ [281]). Но есть основаніе думать, что они рѣшали вопросъ въ смыслѣ дѣйствительности такой делегаціи въ интересахъ оборота. Разсужденіе ихъ, однако, было болѣе послѣдовательно, нежели разсужденіе Павла, ибо они не давали противъ делегатарія никакихъ эксцепцій подобнаго рода, въ томъ числѣ и exceptio Scti Vellejani [282]).

3) Залогъ. Источники наши упоминаютъ еще объ одномъ послѣдствіи натуральнаго обязательства ex Scto Macedoniano, возникающемъ въ лицѣ самого должника. Именно, Ульпіанъ сообщаетъ намъ, что, вышедши изъ-подъ отеческой власти, должникъ можетъ установить въ обезпеченіе своего долга залогъ.

---

[281]) L. 7 § 7 D. h. t. Ulp. 29 ed. въ своей первой части не относится къ делегаціи и не содержитъ мнѣнія Ульпіана, противоположнаго мнѣнію Павла, какъ это думаетъ Machelard, стр. 124 сл. Дѣло въ томъ, что l. 7 § 7 cit. въ первой своей части, такъ же какъ и во второй, имѣетъ въ виду тотъ случай, когда подвластный сразу получилъ 2-хъ кредиторовъ; это ясно изъ словъ „dicendum est utrique posse". Поэтому правильнѣе всего видѣть и въ первой части своего рода корреальное обязательство. См. объ этомъ Mandry, т. I, стр. 447 сл.—Самъ Mandry, т. I, стр. 484 сл.; стр. 500 сл.; стр. 518 считаетъ delegatio подвластнаго, согласно Павлу, дѣйствительной во вниманіе къ интересамъ оборота, но требуетъ, чтобы не было fraus Scti, ссылаясь въ подтвержденіе послѣдняго, между прочимъ, и на L. 7 § 7 cit., касающуюся аналогичнаго случая.— Подобнымъ же образомъ высказывается Ryck, стр. 105 сл., который, однако, въ первой части L. 7 § 7 cit. видитъ только одну сдѣлку и одного кредитора. См. также Huschke, стр. 191. Dückers, стр. 82 сл. Schwanert, стр. 356 сл.—Особо стоитъ Dietzel, стр. 95 сл.; стр. 125; см. о его мнѣніи Schwanert, стр. 359 прим.

[282]) См. рѣшеніе Марцелла въ L. 8 § 2 D. 16, 1. Ulp. 29 ed. Windscheid, т. II, § 487 пр. 3. Accarias, т. II, стр. 557 пр. 1.

L. 9 pr. D. h. t. Ulpianus l. 29 ad edictum. Sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatusconsulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem.

Послѣднія слова естественнѣе всего понимать въ томъ смыслѣ, что exceptio Scti не будетъ дана противъ a. hypothecaria, возникающей изъ установленнаго должникомъ залога; слѣдовательно, взысканіе долга станетъ возможно косвеннымъ путемъ, съ помощью a. hypothecaria, въ предѣлахъ стоимости заложенной вещи (usque ad pignoris quantitatem) [283]). Едва ли правильно было бы предполагать, что Ульпіанъ въ тѣхъ же предѣлахъ устраняетъ эксцепцію и противъ a. in personam [284]); хотя установленіе залога должникомъ sui juris и можно считать за agnitio debiti въ смыслѣ L. 2 C. cit, но мы уже видѣли [285]), что эта agnitio состоитъ только въ совершеніи на основаніи натуральнаго обязательства сдѣлокъ [286]), которыя сами по себѣ вполнѣ дѣйствительны, но силы натуральнаго долга не увеличиваютъ.

II. Иныхъ послѣдствій натуральнаго обязательства ex Scto Macedoniano, лично касающихся должника, источники намъ не называютъ. Переходимъ поэтому къ разсмотрѣнію тѣхъ послѣдствій, которыя могутъ возникнуть на основаніи этого обязательства для третьихъ лицъ.

1) Поручительство. За долгъ, возникающій изъ займа подвластнаго, могутъ вступаться третьи лица въ качествѣ поручителей. Разумѣется, если эти поручители за подвластнаго сына вступаются на основаніи мандата его домовладыки, то долгъ подвластнаго обращается въ obligatio civilis, ибо въ такомъ мандатѣ домовладыки можно видѣть ratihabitio всей сдѣлки [287]). Иное положеніе занимаютъ тѣ поручители (fidejussores и mandatores), которые вступились за сына не на основаніи воли домовладыки, а по мандату

---

[283]) См. въ этомъ смыслѣ Francke, Civ. Abh., стр. 125 сл. Такъ, повидимому, и Schwanert, стр. 354: Dückers, стр. 81.

[284]) Такъ думаетъ Mandry, т. I, стр. 497 сл.

[285]) См. выше прим. 277 и текстъ къ нему.

[286]) Solutio всего долга или части, stipulatio novandi causa, pignus

[287]) См. Dückers, стр. 70. Mandry, т. I, стр. 461; 520.—L. 9 § 3 D. h. t. Ulpianus 29 ed. . sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videtur comprobatus.

сына или какъ его negotiorum gestores [288]). Принимая во вниманіе, что эти лица должны получить регрессъ къ самому подвластному должнику, если будутъ принуждены уплатить за него, а этотъ регрессъ въ сущности привелъ бы къ тому, что противъ подвластнаго возникъ бы искъ въ результатѣ сдѣлки contra Sctum, юристы считаютъ болѣе согласнымъ съ тенденціей Сенатусконсульта предоставить имъ эксцепцію противъ иска кредитора къ нимъ, но въ то же время лишить ихъ регресса къ самому подвластному должнику. Отсюда поручители подвластнаго должника получаютъ exceptio Scti Macedoniani противъ исковъ кредитора, за исключеніемъ тѣхъ изъ нихъ, которые не имѣютъ регресса къ подвластному сыну [289]); къ послѣдней категоріи относятся поручители donandi animo [290]), а также, вѣроятно, и тѣ mandatores, которые вступились за заемъ подвластнаго именно потому, что кредиторъ сомнѣвался, не будетъ ли заемъ этотъ contra Sctum: этимъ mandatores Ульпіана также не даетъ эксцепціи противъ a. mandati [291]).

Такъ какъ эксцепція дана поручителямъ во избѣжаніе обхода Сенатусконсульта, то она имъ предоставляется независимо отъ того, знаютъ ли они, что заемъ, за который они вступаются, заключенъ

---

[288]) Dückers, стр. 51 сл. Huschke, стр. 179 и Machelard, стр. 126 пр. 1 думаютъ, что поручители, вступившіеся за сына, какъ его negotiorum gestores, не имѣютъ регресса, ибо fidejussio за долгъ contra Sctum не есть negotium utile; но это едва ли правильно: съ точки зрѣнія подвластнаго заемъ ему можетъ быть очень полезенъ и добровольное вступленіе поручителей, облегчающее ему полученіе займа, можетъ быть ему очень желательно. См. Mandry, т. I, стр. 482.

[289]) Эту exceo поручителей знаетъ уже Юліанъ L. 7 § 1 D. h. t. О регрессѣ, какъ условіи дарованія эксцепціи, говоритъ Ульпіанъ L. 9 § 3 D. h. t.; самыя фразы, гдѣ содержится слово „regressus," можетъ быть, вставлены компиляторами (Gradenwitz, Interpolationen, стр. 85 сл.); но, во всякомъ случаѣ, мысль Ульпіана была такова, какъ указано въ текстѣ: это доказывается изъятіемъ изъ числа лицъ, пользующихся эксцепціей, поручителей donandi animo; ср. L. 32 D. 2, 14.—Слишкомъ обще поэтому выражается Павелъ L. 7 § 1 D. 44, 1 in fine.

[290]) L. 9 § 3 D. h. t.

[291]) L. 12 § 13 D. 17, 1. Ulp. 31 ed. и къ этому Mandry, т. I, стр. 481. Huschke, стр. 179.

contra Sctum или нѣтъ [292]). Эксцепцію Scti Macedoniani поручители могутъ, подобно самому должнику, противопоставлять даже иску изъ судебнаго рѣшенія (a. judicati) [293]). Но, согласно извѣстному намъ рескрипту Адріана, защищенные эксцепціей поручители сына считаются обязанными naturaliter; это приводитъ къ тому, что они не могутъ требовать обратно сдѣланной ими добровольно, хотя бы и по заблужденію, уплаты долга [294]). Имѣютъ ли регрессъ къ сыну поручители, bona fide не воспользовавшіеся эксцепціей и уплатившіе долгъ, источники намъ не говорятъ. Намъ кажется, что съ тенденціей Сенатусконсульта больше всего согласовалось бы отрицательное рѣшеніе: сенатъ не желаетъ, чтобы по поводу займа, заключеннаго подвластнымъ, возникали противъ послѣдняго какіе либо иски; на этомъ основаніи юристы лишаютъ поручителей за сына всякаго регресса къ послѣднему, но зато даютъ поручителямъ эксцепцію противъ иска къ нимъ кредитора; этимъ предоставленіемъ эксцепціи поручители достаточно защищены. Если они даже по невѣдѣнію не воспользуются эксцепціей и уплатятъ долгъ, то они, конечно, пострадаютъ, но давать имъ въ этомъ случаѣ регрессъ къ подвластному должнику,—значитъ идти въ разрѣзъ съ тенденціей Сенатусконсульта [295]).

Когда должникъ выходитъ изъ подъ власти, то для него становится возможнымъ совершать novatio относительно своего натуральнаго долга и устанавливать за него залогъ. По аналогіи съ этимъ, мы должны признать возможнымъ для него и установленіе поручителей за свой долгъ; эти поручители не должны имѣть эксцепціи, но получаютъ въ тоже время и регрессъ къ должнику [296]).

Послѣ смерти подвластнаго сына не остается въ классическую эпоху никакой hereditas; поэтому натуральное обязательство сына уничтожается, и домовладыка не можетъ установить за него пору-

---

[292]) Argum. L. 7 pr. § 1 D. h. t. Mandry, т. I, стр. 481. Machelard, стр. 129 пр. 1.

[293]) L. 11 D. h. t. Ulp. 29 ed.

[294]) L. 9 § 4 D. h t

[295]) Такъ и Dückers, стр. 96 сл. Иначе Machelard, стр. 128 сл.

[296]) Ср. Dückers, стр. 75. Mandry, т. I, 520.

чителей [297]). Но, если заемъ былъ заключенъ не вопреки Сенатус-консульту, такъ что противъ отца возникала a. de peculio (это бываетъ, напримѣръ, въ случаѣ scientia patris, которая не заключаетъ въ себѣ jussus, а лишь дозволеніе займа), то эта a. de peculio существуетъ еще годъ по смерти сына и за нее отецъ можетъ установить поручителей [298]).

2) Установленіе залога. Третьи лица могутъ устанавливать залогъ въ обезпеченіе займа, заключеннаго подвластнымъ. Гай сообщаетъ намъ, что такого рода интерцеденты подлежатъ тѣмъ же самымъ правиламъ, какъ и поручители подвластнаго [299]). Слѣдовательно, залогодатель получалъ эксцепцію противъ a. hypothecaria, если онъ вступился не по порученью отца и долженъ былъ имѣть регрессъ къ сыну [300]).

Больше ни о какихъ послѣдствіяхъ натуральнаго обязательства, возникающаго въ результатѣ Sctum Macedonianum, источники намъ не сообщаютъ.

---

[297]) L. 18 D. h. t. Venulejus l. 2 stipul. — O L. 11 D. 46, 1 Julianus l. 12 dig. см. выше прим. 230 и 262.

[298]) L. 12 D. 46, 1 Julianus 43 dig. L. 18 D. h. t. cit. Такъ и Dückers, стр. 72 сл. Слова Венулея въ L. 18 D. cit. не относятся только къ займу, заключенному contra Sctum: въ первой части рѣшенія юристъ объясняетъ, что отецъ не можетъ установить поручительства за долгъ, лежавшій на сынѣ, ни въ томъ случаѣ, когда долгъ былъ contra Sctum — obligatio naturalis,—ни въ томъ, когда онъ не былъ contra Sctum—obligatio civilis; и тотъ, и другой долгъ погибаютъ со смертью сына; но онъ можетъ установить поручителей за свой собственный долгъ, говоритъ юристъ во второй части рѣшенія, если заемъ былъ не contra Sctum и противъ самого отца возникла a. adj. qualitatis.—Юліанъ l. 12 dig.—L. 11 D. 46, 1—говоритъ о займѣ contra Sctum; но это не значитъ, что и l. 43 dig., откуда взята L. 12 eod., онъ также имѣлъ въ виду заемъ contra Sctum.—Поэтому, мы думаемъ, что нѣтъ нужды для объясненія L. 18 D. h. t. и L. 12 D. 46, 1 въ толкованіяхъ, которыя даютъ Mandry, т. I, стр. 489 и Huschke, стр 163.

[299]) L. 2 D. 20, 3. Gajus l. sing. de form. hyp.

[300]) Schwanert, стр. 354 сл. Machelard, стр. 127 пр. 1. Dückers, стр. 52; 77. Mandry, т. I, 476, 520.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Натуральныя обязательства лицъ, состоящихъ подъ опекой или подъ попечительствомъ.

I. Impuberes Обратимся, прежде всего, къ разсмотрѣнію обязательствъ, заключенныхъ лицами sui juris, которыя находятся подъ опекой вслѣдствіе недостиженія ими совершеннолѣтняго возраста (pubertas).

Какъ извѣстно, терминомъ совершеннолѣтія (pubertas) въ классическую эпоху, впрочемъ не безъ споровъ между юристами, считалось достиженіе лицами мужскаго пола 14 лѣтъ, а лицами женскаго пола 12 лѣтъ отъ роду [1]). Лица sui juris, недостигшія этого возраста, именовались impuberes и стояли подъ tutela impuberum. Ихъ дѣеспособность была ограничена. Однако, въ этомъ отношеніи нужно дѣлать опять различіе между infantes и impuberes infantia majores.

Дѣти самаго нѣжнаго возраста—qui fari non possunt—не могутъ совершать вообще никакихъ юридическихъ сдѣлокъ даже при содѣйствіи своихъ опекуновъ [2]); равнымъ образомъ они не отвѣчаютъ за совершенные ими деликты [3]); они близко стоятъ къ furiosi, «quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent» [4]). Были

---

[1]) Ulpian. 11, 28. Gai I, 196. Ср. къ этому Savigny, System т. III, стр. 55 сл. Pernice, Labeo т. I, стр. 206 сл. Girard, Manuel, стр. 149 пр. 3.

[2]) Gai III, 109. § 10 J. 3, 19. L 1 § 13 D. 44, 7. Gai 2 aur. L. 9 D. 29, 2 Paul. 2 Sab L. 70 D. 45, 1 Ulp. 11 ed. L. 141 § 2 D. eod Gai 2 v. o. L 5 D. 50, 17. Paul. 2 Sab. L. 14 D. 23, 1 Modest. 4 diff. L. 1 § 2 D. 26, 7 Ulp. 35 ed.

[3]) L. 5 § 2 D. 9, 2 Ulp. 18 ed. L. 23 D 47, 2 Jul. ap. Ulp. 41 Sab. L. 12 D. 48, 8. Modest. 8 reg.

[4]) Gai III, 109. Cf. L 209 D. 50, 16 Florent. 10 inst.

сдѣланы только рѣдкія исключенія изъ этого правила; такъ напримѣръ, infantes могли tutore auctore пріобрѣтать юридическое владѣніе [5]) и вступать въ открывшееся имъ наслѣдство черезъ pro herede gestio [6]). Въ послѣклассическую эпоху было установлено постепенно, что infantia продолжается до 7 лѣтняго возраста [7]).

Въ иномъ положеніи стоятъ impuberes infantia majores. Относительно дѣеспособности этихъ лицъ мы имѣемъ слѣдующія общія правила. 1) Всѣ юридическіе акты они могутъ съ полною силою совершать tutore auctore. 2) Гай сообщаетъ намъ, что «meliorem condicionem suam facere ei etiam sine tutoris auctoritate concessum est» [8]); Институціи Юстиніана передаютъ это правило въ болѣе полной формѣ: «namque placuit meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore» [9]). Какъ показываютъ отдѣльныя рѣшенія юристовъ, относящіяся къ юридическому положенію impuberes infantia majores, стоящихъ подъ опекой, это правило не имѣетъ того смысла, что относительно каждой сдѣлки, заключенной такимъ лицомъ sine tutoris auctoritate, слѣдуетъ производить дознаніе, выгодна ли она въ данномъ случаѣ для пупилла или невыгодна. Напротивъ, юристы просто подраздѣлили въ этомъ отношеніи всѣ юридическіе акты на двѣ категоріи: тѣ, которые приводятъ къ пріобрѣтенію новаго права для пупилла или къ уничтоженію лежащей на немъ обязанности, считаются всегда улучшающими его положеніе, а тѣ, которые имѣютъ въ результатѣ своемъ потерю правъ или установленіе обязанности, причисляются къ актамъ, ухудшающимъ положеніе пупилла [10]). Согласно съ этимъ общимъ правиломъ impubes

---

[5]) L. 32 § 2 D. 41, 2. Paul. 14 Sab.

[6]) L. 67 (65) § 3 D. 36, 1. Maecian. 5 fideic.—Ср. къ этому Savigny. l. c. стр. 46 сл. Windscheid, т. I. § 155 пр. 13; т. III § 596 пр. 15.

[7]) См. Girard, Manuel, стр. 192 пр. 3. Pernice, l. c. стр. 214 сл. Cf. Savigny, l. c. стр. 29 сл.

[8]) L. 28 pr. D. 2, 14 Gai 1 ed. prov. Gai II, 83.

[9]) pr. J. 1, 21.

[10]) Ср. Girard, l. c. стр. 192 сл. Audibert, Etudes sur l'histoire du droit romain. I. La folie et la prodigalité (1892 г.) стр. 220. Brandis, въ Zeitschr. f. Civilr. und Prozess, т. 7 (1834 г.), стр. 171. Goldschmidt, въ Arch. f. civ. Praxis. т. 39 (1856 г.). стр. 439 сл.

infantia major можетъ безъ содѣйствія опекуна пріобрѣтать себѣ права [11]), въ томъ числѣ и обязательственныя требованія противъ третьихъ лицъ [12]). Не можетъ онъ, впрочемъ, заключать съ третьими лицами въ качествѣ кредитора такія обязательства, для установленія которыхъ требуется отчужденіе со стороны кредитора, какъ напр., mutuum; къ отчужденіямъ пупиллъ считается неспособнымъ sine tutoris auctoritate, а потому ‹credendo obligare sibi non potest› [13]). Впрочемъ, если данныя имъ взаймы вещи консумированы получателемъ bona fide, то пупиллъ пріобрѣтаетъ противъ него condictio [14]); при consumtio mala fide онъ имѣетъ condictio furtiva или actio ad exhibendum [15]).

Напротивъ, какъ мы уже видѣли, пупиллъ ничего не можетъ отчуждать sine tutoris auctoritate [16]). Равнымъ образомъ, онъ не можетъ и обязываться передъ третьими лицами безъ содѣйствія опекуна. Это послѣднее положеніе намъ повторяютъ очень многіе юристы разныхъ временъ. Мы встрѣчаемъ сплошь и рядомъ замѣчанія, что ‹pupillus sine tutoris auctoritate ex contractibus obligari non potest›, что онъ ‹non obligatur›, ‹non tenetur›, что его obligatio ‹inutilis est›, ‹nulla est›. Въ этомъ смыслѣ выражаются Педій [17]), Помпоній [18]), Венулей [19]), Гай [20]), Па-

---

[11]) L. 9 pr. D. 26, 8 Gai 12 ed prov. L. 11 D. 41, 1. Marcian. 3 inst.

[12]) Gai III, 107. L. 9 pr. cit. L. 141 § 2 D. 45, 1. Gai 2 v. o. L. 9 pr. D. 46, 2 Ulp. 41 Sab. L. 1. C. 5, 59 Diocl. et. Max. pr. J. 1, 21.

[13]) L. 9 pr. D. 26, 8 cit.

[14]) L. 19 § 1 D. 12, 1 Jul. 10 dig Cf. Gai II, 82.

[15]) § 2 J. 2, 8. Ср. къ этому Windscheid, т. II, § 370 пр. 6, 8. Dernburg, т. II, § 86 пр. 3.

[16]) L. 9 pr. § 1 D. 26, 8 cit L. 11 D. 41, 1 cit. L. 1 pr. D. 20, 3 Marc. sing. ad form. hyp.

[17]) L. 3 § 3 D. 15, 1 Pedius ap Ulp. 29 ed.

[18]) L. 66 D. 46, 3. Pompon. 6 Plaut.

[19]) L 12 § 1 D. 45. 2 Venul. 2 stip.

[20]) L. 9 pr. D. 26, 8 Gai 12 ed. prov. L. 141 § 2 D. 45, 1. Gai 2 v. o. Gai III. 91, 107, 119, 176 - „Promittere recte posse“ въ L. 1 § 13 D. 44, 7. Gai 2 aur. выясняется изъ Gai III, 107.

велъ [21]), Ульпіанъ [22]), императоръ Антонинъ [23]), Институціи Юстиніана [24]).

Однако, не слѣдуетъ заключать изъ этихъ мѣстъ нашихъ источниковъ, что пупиллъ совсѣмъ не могъ обязываться безъ содѣйствія опекуна.

Прежде всего, нужно отмѣтить цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ противъ пупилла возникаетъ даже защищенное искомъ право требованія на основаніи такого фактическаго состава, въ который не входитъ содѣйствіе опекуна.

Сюда относятся, во-первыхъ, обязательства ex delicto и quasi ex delicto. Auctoritas tutoris создана для того, чтобы дать пупиллу возможность вступать въ юридическія сдѣлки съ полною силою. Къ деликтамъ она не имѣетъ никакого отношенія. Деликты пупилла подлежатъ у Римлянъ слѣдующимъ правиламъ [25]). По XII таблицамъ ночная потрава и воровство (furtum manifestum), совершенныя лицомъ, недостигшимъ pubertas, наказуются черезъ возмѣщеніе убытковъ и «verberari praetoris arbitratu» [26]). Вопросъ о вмѣняемости, повидимому, совершенно не ставился. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ еще, въ общемъ, Лабеонъ. Хотя онъ не считаетъ пупилла вмѣняемымъ и способнымъ къ dolus [27]), но находитъ необходимымъ привлекать всякаго пупилла безъ различія къ отвѣтственности за furtum и damnum injuria datum на основаніи предписанія XII таблицъ и его распространенія по аналогіи [28]). Юліанъ былъ, повп-

---

[21]) L. 43 D. 44, 7 Paul 72 ed. „jure civili non obligatur“. L. 7 § 1 D. 18, 5 Paul. 5 quaest.

[22]) L. 8 pr. D. 29, 2 Ulp. 7 Sab. (more nostrae civitatis). L. 5 § 1 D. 26, 8. Ulp. 40 Sab. L. 9 D. 14, 3 Ulp. 28 ed. L. 1 § 2 D. 13, 6 Ulp. 28 ed. L. 8. § 15 D. 16, 1. Ulp. 29 ed. L. 33 D. 17, 2. Ulp. 51 ed.

[23]) L. 1 C. 8, 38 (39). Anton. (215).

[24]) pr. J. 1, 21. § 1 J. 3. 14. § 3 J. 3, 29

[25]) См. къ послѣдующему Goldschmidt, op. cit., стр. 440 — 458. Schwanert, стр. 364 сл. Pernice, l. c. стр. 216 сл.—Для прежнихъ воззрѣній ср. Savigny, System. т. III, 41 сл.

[26]) Plin. H. N. XVIII, 3. Gell. N. A. XI, 18.

[27]) L. 13 § 1 D. 4. 3 Labeo ap. Ulp. 11 ed. Cf. L. 23 D. 47, 2. in f. Labeo ap. Ulp. 41 Sab. L. 6 § 10 D. 42, 8 Labeo ap. Ulp. 66 ed. Pernice, l. c. стр. 218.

[28]) L. 5 § 2 D. 9, 2 Labeo ap. Ulp. 18 ed.

димому, первымъ юристомъ, который настаивалъ (saepissime scripsit), что impuberes должны отвѣчать и за dolus, если они proximi pubertati sunt и способны ко вмѣненію [29]); съ другой стороны, онъ указывалъ, что къ отвѣтственности за furtum и damnum injuria datum слѣдуетъ привлекать пупилловъ также лишь въ случаѣ ихъ вмѣняемости [30]). Эти положенія Юліана были развиты послѣдующими юристами, хотя и не безъ контроверсъ [31]). Между прочимъ, позднѣйшіе юристы указываютъ на то, что для рѣшенія вопроса о вмѣняемости нужно принимать во вниманіе не только возрастъ пупилла, но и большую или меньшую степень сложности совершеннаго имъ деликта [32]). Эти правила примѣняются какъ къ delicta privata, такъ и къ delicta publica. На основаніи dolus пупилла противъ послѣдняго иногда давались actiones ex contractu [33]).

Impubes, находящійся подъ опекой, можетъ обязываться, далѣе, въ тѣхъ случаяхъ, когда obligatio возникаетъ изъ такого фактическаго состава, въ который не должно входить волеизъявленіе самого пупилла. Въ этихъ случаяхъ источники признаютъ наличность исковой отвѣтственности даже для furiosus [34]);поэтому мы должны подъ словомъ «impubes» понимать здѣсь и «infans» [35]).—Сюда относится, прежде всего, отвѣтственность impuberis по actiones adjecticiae qualitatis. Хотя самъ impubes не можетъ устанавливать пекулія своему рабу [36]), но, если принадлежащій ему рабъ уже обладаетъ пекуліемъ, который былъ для него установленъ инымъ путемъ, то его dominus impubes отвѣчаетъ за его сдѣлки по a. de peculio; эту отвѣтственность знаетъ уже Педій, который мотивируетъ ее слѣдующимъ образомъ; «non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, ut

---

[29]) L. 4 § 26 D. 44, 4 Julian ap. Ulp. 56 ed.

[30]) L. 23, 24 D. 47, 2.

[31]) См. Gai III, 208.

[32]) L. 14 D. 4, 3 Paulus 11 ed. L. 22 pr. D. 48, 10 Paulus sing. ad Sc. Libon. L. 7 C. 9, 47 Alexander. Impunitas delictis propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen quod intenditur cadere potest.

[33]) L. 1 § 15 D. 16, 3 Ulp 30 ed. Cf. L. 3 § 2 D. 14, 4 Ulp. 29 ed.

[34]) L. 3 § 4 D. 15, 1. L. 46 D. 44, 7. L. 2 D. 13, 6.

[35]) См. L. 10 L. 11 D. 39, 1 Cf. L 2 § 19 D. 47, 8 (не требуется doli capacitas).

[36]) См. объ этомъ Maudry, Familiengüterrecht. т. II, стр. 73 сл.

tutoris auctoritatem spectes» [37]). Подобнымъ же образомъ Павелъ и Ульпіанъ даютъ противъ пупилла a. institoria изъ сдѣлокъ институра, который былъ назначенъ наслѣдодателемъ или умершимъ опекуномъ пупилла [38]). Павелъ устанавливаетъ, какъ общее правило, что «furiosus et pupillus, ubi ex reactio venit, obligantur etiam sine curatore vel tutoris auctoritate» [39]). Впрочемъ, онъ подъ это правило подводитъ и правонарушительныя дѣйствія, для отвѣтственности за которыя требовалась, какъ мы видѣли, вмѣняемость [40]). Какъ бы то ни было, у позднѣйшихъ юристовъ мы находимъ нѣсколько примѣровъ такихъ случаевъ, когда для пупилла возникаетъ исковая отвѣтственность въ результатѣ фактовъ, въ составъ которыхъ не входитъ изъявленіе воли съ его стороны. Такъ, онъ отвѣчаетъ по a. communi dividundo за издержки, сдѣланныя его socius'омъ на общее имущество [41]); противъ него имѣетъ силу дѣлаемая ему sine tutoris auctoritate operis novi nuntiatio [42]); онъ отвѣчаетъ по a. ad exhibendum [43]) и по a. noxalis [44]).

Въ тѣсной связи съ вышеизложеннымъ стоитъ слѣдующее правило классическаго права: въ результатѣ каждой сдѣлки, состоявшейся между третьими лицами (въ томъ числѣ даже самимъ опекуномъ [45]) и пупилломъ sine tutoris auctoritate, противъ пупилла можетъ возникнуть искъ о возвратѣ обогащенія, полученнаго пупилломъ изъ данной сдѣлки. Наличность и размѣръ обогащенія опредѣляются по моменту litis contestatio [46]). Противъ пупилла дается искъ изъ заключенной съ нимъ сдѣлки, однако съ ограниченной кондемнаціей и въ качествѣ actio utilis [47]). И въ этомъ случаѣ иско-

---

[37]) L. 3 § 3 D. 15, 1 Pedius ap. Ulp. 29 ed.

[38]) L. 17 § 2 D. 14, 3 Paul. 30 ed. L. 11 pr. D. eod. Ulp. 29 ed.

[39]) L. 46 D. 44, 7 Paulus 7 Plaut. Ср. L. 29 D. 10, 3 Paul 2 quaest.

[40]) См. L. 46 cit. „vel damnum in eo pupillus dederit."

[41]) L. 46 D. 44, 7 cit. L. 29 D. 10, 3 cit. L. 33 D. 17, 2. Ulp. 31 ed.

[42]) L. 10 D. 39, 1 Ulp 45 Sab. L. 11 D. eod. Paul. 11 Sab.

[43]) L. 2 D. 13, 6. Paul. 29 ed.

[44]) L. 2 § 19 D. 47, 8 Ulp. 56 ed.

[45]) L. 1 pr. L. 5 pr. D. 26, 8.

[46]) L. 47 pr. § 1 D. 46, 3 Marcian. 3 reg. L. 36 (37) pr. D. 3, 5 Paul 1 sent.

[47]) L. 3 pr. D. 13, 6 Ulp. 28 ed.: „damdam utilem commodati actionem secundum divi Pii rescriptum". L. 66 D. 46, 3 Pompon. 6 Plaut. Можетъ быть,

вое обязательство пупилла основано не на какомъ либо изъявленіи воли съ его стороны, а только на томъ, что онъ получилъ обогащеніе изъ имущества своего контрагента и это обогащеніе въ глазахъ юристовъ не имѣетъ за собою достаточнаго основанія, которое могло бы оправдать его удержаніе пупилломъ.—Ульпіанъ и Павелъ относятъ возникновеніе изложеннаго правила къ рескрипту Антонина Пія [48]). Однако, есть основаніе думать, что эта норма возникла раньше и рескриптъ императора лишь окончательно санкціонировалъ ея существованіе. Если не служитъ доказательствомъ появленія этой нормы раньше рескрипта Пія то обстоятельство, что о ней говоритъ Помпоній l. 26 ad edictum [49]) и l. 6 ex Plautio [50]), такъ какъ эти сочиненія написаны были, вѣроятно, уже при А. Піи [51]), то такимъ доказательствомъ является упоминаніе объ этой нормѣ у Юліана l. 3 digestorum [52]); эта книга Дигестъ Юліана написана еще при Адріанѣ [53]).—Мы встрѣчаемъ въ источникахъ такіе иски объ обо-

---

какъ предполагаетъ Rudorff, Vormundschaft, т. II, стр. 280, въ интенціи дѣлалась фикція „si pubes esset". По крайней мѣрѣ, о наличности такой фикціи въ соотвѣтственной эксцепціи (о которой рѣчь ниже) даетъ поводъ думать L. 4 § 26 D. 44, 4 Jul ap. Ulp. 76 ed.; см. толкованіе этого мѣста у Goldschmidt, l. c. стр. 451 сл.

[48]) Особенно отчетливо это проявляется въ L. 3 § 4 D. 3, 5 Ulp. 10 ed.: „post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior." См. также L. 1 pr. L. 5 pr. D. 26. 8. Ulp. 1 и 40 ad Sab. L. 3 pr. D. 13, 6 Ulp 28 ed. L 33 (34) D. 3, 5 Paul. 1 quaest. (cf. L. 14 (15) D. eod. Paul. 9 ed. L. 36 (37) pr. D. eod. Paul 1 sent.)

[49]) L. 26 ad edictum, вѣроятно, имѣется въ виду въ L 14 (15) D. 3, 5. См. Lenel, Pompon. 35.

[50]) L. 66 D. 46, 3.

[51]) См. Fitting, Alter d. Schriften, стр. 11. Krüger, Gesch. d. Qu. стр. 175.

[52]) L. 5 § 2 (L. 6 pr.) D 3, 5. Jul. 3 dig. ap. Ulp. 10 ed. Юліанъ думаетъ, что пупиллъ можетъ обязаться въ размѣрѣ обогащенія.

[53]) Fitting, стр 6 сл. Krüger, стр. 168. Юліанъ предполагаетъ наличность данной нормы также въ L. 4 § 26 D. 44, 4 ap. Ulp 76 ed. (см. о толкованіи этого фрагмента пр. 47); но здѣсь не указано сочиненіе и книга; если цитата сдѣлана изъ Jul. 51 dig. (какъ думаетъ Lenel, Jul. 692), то эта книга дигестъ могла быть написана уже послѣ рескрипта А. Пія.—Такимъ образомъ L. 5 § 2 D. 3. 5 cit. разрѣшаетъ старый споръ о томъ, возникла ли разбираемая норма лишь въ результатѣ рескрипта А. Пія, или раньше него. Послѣднее

гащеніи къ пупиллу въ результатѣ слѣдующихъ сдѣлокъ: negotiorum gestio (противъ пупилла возможны какъ a. neg. gest. directa въ качествѣ иска о возвратѣ обогащенія [54]), такъ и a. neg. gestorum contraria [55]) въ томъ же качествѣ); mutuum [56]); commodatum [57]); depositum [58]); promissio [59]); indebiti solutio [60]); institoris praepositio [61]); упоминаются также въ качествѣ исковъ о возвратѣ обогащенія a. institutoria [62]) и вообще иски изъ любого контракта, заключеннаго

утверждали Savigny, Obl. R. I, стр. 64 и Machelard, стр. 204. Но эти писатели не приводили источниковъ въ подтвержденіе своего воззрѣнія. Brandis, l. c. стр. 173 полагалъ, что раньше появилась экспепція, а искъ введенъ впервые A. Піемъ. Ср. Pernice, l. c. стр. 223 пр. 59. - Безусловно противъ Savigny, высказываются Schultze, de naturali pupillorum obligatione (diss. inaug. 1853 г.) стр. 7 сл. пр. 10. Schwanert, стр. 366. Huschke, Darlehn стр. 85 пр. 1. Krückmann, въ Arch. f. civ. Praxis. т. 85 (1896 г.) стр. 240 пр. 4. Но слова Ульпіана въ L. 3 § 4 D. 3, 5 (см. прим. 48) не могутъ служить опорой для взгляда этихъ писателей, послѣ того какъ мы обнаружили, что Юліанъ уже l. 3 dig. зналъ разбираемую норму.—Уже Сабинъ давалъ искъ объ обогащеніи въ близко стоящемъ случаѣ (см. пр. 63).

[54]) L. 3 § 4 D. 3, 5. Ulp. 10 ed.

[55]) L. 5 § 2 (L. 6 pr) D. 3, 5 Jul. 3 dig. ap. Ulp. 10 ed. L. 14 (15). L. 20 (21) § 1 eod. Paul. 9 ed. L. 36 (37) pr. eod. Paul 1 Sent. L. 2 C. 2, 18 (19). Sev. et Ant.—Такимъ образомъ, a. neg. gestorum contraria сама по себѣ возникаетъ, по возарѣнію римскихъ юристовъ, не ex re, а ex persona, такъ какъ въ противномъ случаѣ она давалась бы противъ пупилла въ полномъ объемѣ, а не какъ actio utilis въ размѣрахъ обогащенія. На эту разницу обязательствъ ex re и ex persona указываетъ L. 29 D. 10, 3 Paul. 2 quaest. См. въ этомъ смыслѣ Karlowa, Röm. Rechtsgesch. т. II, стр. 674 сл. Разницу a. neg. gestorum contraria и obligatio ex re veniens отмѣтилъ уже Büchel, Civilrechtliche Erörterungen, т. II, ч. 1, стр. 72 пр. 1 (1836 г.); неосновательны замѣчанія противъ Büchel'я, дѣлаемыя у Ullrich, die Naturalobligationen der Pupillen (Inaug. Diss. 1849 г.), стр. 15 сл. Machelard, стр. 203 находитъ неправильнымъ отношеніе римскихъ юристовъ къ a. neg. gest. contraria. Неправильно представляетъ существо a. neg. gest. contraria Hoffmann, Entstehungsgründe d. Obl. стр 57 сл.

[56]) L. 5 pr D. 26, 8 Ulp 40 Sab. L. 25 § 1 D. 36, 2 Papin. 18 quaest. L. 95 § 2 D. 46, 3 Papin. 28 quaest.

[57]) L. 3 pr. D. 13, 6 Ulp. 28 ed.

[58]) L. 1 § 15 D. 16, 3 Ulp. 30 ed.

[59]) L. 1 pr. D. 26, 8 Ulp. 1 Sab. L. 5 pr. D. eod. Ulp. 40 Sab.

[60]) L. 66 D. 46, 3 Pompon. 6 Plaut. (2-й случай).

[61]) L. 10 D. 14, 3 Gai 9 ed. prov.

[62]) L. 8 § 15 D. 16, 1 Ulp. 29 ed.

съ пупилломъ sine tutoris auctoritate [63]).—Соотвѣтственно съ этими исками, юристы даютъ должнику пупилла эксцепцію въ слѣдующемъ случаѣ. Если должникъ совершилъ уплату своего долга sine tutoris auctoritate пупиллу, то онъ не освобождается отъ долга самымъ фактомъ совершенія solutionis. Но, разъ онъ докажетъ, что пупиллъ является обогатившимся на его счетъ въ результатѣ полученной уплаты, то искъ пупилла объ уплатѣ долга онъ можетъ парализовать съ помощью exceptio doli (generalis) [64]).

Исковое обязательство пупилла вернуть обогащеніе, полученное имъ въ результатѣ сдѣлки, состоявшейся между нимъ и третьимъ лицомъ или опекуномъ его, Ульпіанъ l. 40 ad Sabinum [65]) называетъ именемъ натуральнаго обязательства (naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus Pius rescripsit). Такимъ образомъ, не одни только неисковыя обязательства получаютъ у римскихъ юристовъ наименованіе натуральныхъ. Мы разсмотримъ подробнѣе этотъ вопросъ въ другомъ мѣстѣ.

Послѣ этихъ замѣчаній мы можемъ приступить къ важнѣйшему для насъ вопросу: возникаетъ ли противъ пупилла, заключившаго сдѣлку sine tutoris auctoritate и не обогатившагося изъ нея, по крайней мѣрѣ не снабженное искомъ право требованія или же такая сдѣлка пупилла считается вполнѣ ничтожною? Другими словами:

---

[63]) L. 16 pr. D. 4, 4 Ulp. 11 ed.—Въ L. 3 D. 26, 9; L. 15 D. 4, 3; L. 13 § 7 D 19, 1; L. 21 § 1 D. 15, 1; L. 3 § 1 D. 14, 4; L. 4 § 23 D. 44, 4 также идетъ рѣчь объ искахъ разнаго рода и эксцепціяхъ, даваемыхъ противъ пупилла для возврата обогащенія; такіе иски давалъ уже Сабинъ (L. 3 D. 26, 9): но въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ не объ обогащеніи, полученномъ пупилломъ изъ заключенной съ нимъ sine tutoris auctoritate сдѣлки, а объ обогащеніи, доставшемся пупиллу ex dolo tutoris. См. объ этомъ мою Aequitas, стр. 252 пр. 508.

[64]) Эту эксцепцію имѣетъ въ виду Юліанъ L. 4 § 26 D. 44, 4 „quid enim. consequatur“ (см. выше прим. 47). См. также L. 66 D. 46, 3 Pomp. 6 Plaut (1-й случай; см. ниже прим. 91). Gai II, 84. L. 47 D. 46, 3. Marcian. 4 reg. L. 15 D. 46, 3 Paul. 6 Sab. L. 4 § 4 D. 44, 4 Ulp. 76 ed. (объ exco въ случаѣ „nam et si mutuam pec. acceperit...“ см. Keller. въ Jahrb. d. gem. Rechts, т. IV, стр. 375). L. 9 C. 7, 26. Dioclet. § 2 J. 2, 8.

[65]) L. 5 pr. D. 26, 8.

указываютъ ли приведенныя выше (въ прим. 17—24) выраженія нашихъ источниковъ на полную ничтожность сдѣлки, заключенной sine tutoris auctoritate, или же только на то, что изъ такой сдѣлки, не говоря о случаяхъ обогащенія, не возникаетъ никакого иска противъ пупилла?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ распадается на двѣ части. Намъ нужно рѣшить, во-первыхъ, признавали ли римскіе юристы какія-либо матеріальныя послѣдствія за сдѣлкой, заключенной sine tutoris auctoritate, независимо отъ обогащенія пупилла изъ нея; во-вторыхъ, конструировали ли они эти послѣдствія, какъ неисковую obligatio naturalis, возникающую изъ сдѣлки пупилла sine tutoris auctoritate.

Мы находимъ болѣе удобнымъ разобрать эти два вопроса въ отдѣльности и притомъ, прежде всего, обратиться къ разсмотрѣнію перваго изъ нихъ.

Какія послѣдствія связаны были со сдѣлкой, заключенной пупилломъ sine tutoris auctoritate, независимо отъ вопроса объ обогащеніи пупилла, если эта сдѣлка установила бы для лица вполнѣ дѣеспособнаго на мѣстѣ пупилла снабженную искомъ обязательственную обязанность?

1) Solutio. Имѣетъ ли какое-нибудь значеніе уплата, произведенная на основаніи такой обязательственной сдѣлки?

Мы имѣемъ цѣлый рядъ источниковъ, которые очень опредѣленно говорятъ намъ, что обязательственная сдѣлка пупилла s. t. a. является достаточнымъ титуломъ для уплаты, не подлежащей возврату, что въ этомъ случаѣ solutum repeti non potest. Въ этомъ смыслѣ выражаются, прежде всего, Юліанъ и Помпоній. Именно, Помпоній l. 18 epistularum [66]) разрѣшаетъ слѣдующій вопросъ: освобождается ли поручитель за пупилла, должника по займу, если пупиллъ въ спорѣ съ кредиторомъ принесъ по предложенію послѣдняго присягу (jusjurandum delatum), что онъ ничего не долженъ (se dare non oportere)? На этотъ вопросъ Помпоній, со словъ Юліана, отвѣчаетъ слѣдующее. Если клятва пупилла означала, что онъ совсѣмъ не бралъ взаймы, то она уничтожаетъ naturalem obligationem и сдѣланная уплата можетъ быть потребована назадъ (so-

[66]) L. 42 pr. D. 12, 2.

luta pecunia repeti poterit). Если же клятва принесена пупилломъ лишь въ томъ смыслѣ, что онъ взялъ деньги взаймы sine tutoris auctoritate, то поручитель пупилла отвѣчаетъ. Въ случаѣ сомнѣнія нужно толковать клятву въ первомъ смыслѣ, такъ что и уплата должна подлежать возврату, и поручители должны имѣть эксцепцію.—Изъ всего этого разсужденія ясно, что Помпоній и Юліанъ не считали уплаты подлежащею возвращенію, а поручителей—свободными въ томъ случаѣ, когда пупиллъ заключилъ заемъ sine tutoris auctoritate; самого же пупилла они не считали въ этомъ случаѣ отвѣтственнымъ по иску кредитора.—Точно такъ же разсуждаетъ Maecianus l. 4 fideicommissorum [67]). Дѣло идетъ о реституціи по универсальному фидекомиссу наслѣдства, полученнаго отъ пупилла, который взялъ деньги взаймы s. t. a. Если этотъ долгъ наслѣдодателя-пупилла уплатитъ heres послѣ реституціи наслѣдства, то онъ можетъ repetere уплату, ибо послѣ реституціи съ него снята всякая отвѣтственность за долги наслѣдодателя и лежавшее на послѣднемъ натуральное обязательство перенесено уже на фиденкомиссара. Но если долгъ уплачиваетъ фидеикоммиссаръ, являющійся послѣ реституціи ex Scto Trebelliano универсальнымъ преемникомъ пупилла, то уплата не подлежитъ возвращенію. Затѣмъ Мэціанъ береть обратный случай. Предметомъ фидеикомисса является наслѣдство не пупилла—должника, а его кредитора. Въ этомъ случаѣ пупиллъ, уплатившій свой долгъ наслѣднику до реституціи, не можетъ repetere; уплатившій ему же послѣ реституціи пупиллъ имѣетъ repetitio; основаніемъ repetitionis является и здѣсь, конечно, то обстоятельство, что реституція ex Trebelliano перенесла натуральное требованіе кредитора пупилла съ наслѣдника кредитора на универсальнаго фидеикомиссара. Если пупиллъ уплатитъ долгъ послѣднему послѣ реституціи, то онъ не имѣетъ repetitio.—Ясно изъ всего изложеннаго, что Мэціанъ не даетъ repetitio уплаты по займу, заключенному s. t. a., какъ въ случаѣ, когда универсальный преемникъ должника-пупилла сдѣлаетъ эту уплату кредитору, такъ и въ томъ случаѣ, когда самъ пупиллъ сдѣлаетъ уплату универсальному преемнику своего кредитора.—Неоднократно въ томъ же смыслѣ высказывается Папиніанъ. L. 18 quaestionum [68]) мы находимъ слѣ-

[67]) L. 66 (64) pr. D. 36, 1.

[68]) L. 25 § 1 D. 36, 2.

дующее рѣшеніе. Сдѣланъ легатъ такого содержанія: «Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet». Sejus есть пупиллъ, взявшій деньги взаймы и не обогатившійся ими. Такой легатъ долженъ быть признанъ ничтожнымъ, если наслѣдодатель имѣлъ въ виду «praesens debitum», на томъ основаніи, что «nihil Sejus debet». Но, если завѣщатель разумѣлъ naturalis obligatio и будущую уплату по ней со стороны Сея, то легатъ дѣйствителенъ, хотя до совершенія уплаты по нему нельзя взыскивать; такой легатъ какъ бы содержитъ въ себѣ молчаливое условіе.—Такимъ образомъ, Папиніанъ признаетъ, что по обязательству, заключенному s. t. a. и не обогатившему должника-пупилла, возможна solutio. Его слова «nihil debet», очевидно, указываютъ только на отсутствіе искового долга.—L. 28 quaestionum мы находимъ два рѣшенія Папиніана по нашему вопросу. Во-первыхъ [69]), юристъ замѣчаетъ, что, если кредиторъ пупилла, обязавшагося s. t. a., наслѣдуетъ своему должнику, то «confusio pro solutione cedit», такъ какъ кредиторъ въ результатѣ confusio можетъ удержать изъ наслѣдства пупилла solidum, тогда какъ въ противномъ случаѣ онъ могъ бы добиться отъ пупилла только возврата обогащенія. Хотя рѣчь идетъ здѣсь не о настоящей solutio, но все разсужденіе Папиніана указываетъ на то, что онъ допустилъ бы и solutio in solidum по обязательству, заключенному пупилломъ s. t. a. и не обогатившему пупилла.—Во-вторыхъ [70]), Папиніанъ сообщаетъ намъ, что натуральное обязательство ipso jure уничтожается pecuniae numeratione, justo pacto и jurejurando; къ этому онъ прибавляетъ въ качествѣ логическаго вывода: «ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur». Отсюда слѣдуетъ, что Папиніанъ допускалъ возможность возникновенія для пупилла натуральнаго обязательства, обезпеченія его поручительствомъ и погашенія его чрезъ pecuniae numeratio. Принимая во вниманіе 1) разсмотрѣнныя выше рѣшенія Папиніана, гдѣ рѣчь шла о неисковой obl. nat. пупилла; 2) то обстоятельство, что терминъ nat. obl. въ источникахъ лишь въ видѣ исключенія примѣняется къ исковымъ обязательствамъ; 3) что только къ неисковымъ обязательствамъ вполнѣ подходитъ дѣлаемая Папиніаномъ въ данномъ фрагментѣ харак-

---

[69]) L. 95 § 2 D. 46, 3.
[70]) L. 95 § 4 D. 46, 3.

теристика: «vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur»; 4) что въ обоихъ предыдущихъ §§ (2 и 3) той-же Lex рѣчь идетъ о неисковыхъ обязательствахъ, — мы должны признать, что и въ данномъ мѣстѣ Папиніанъ подъ «obl. naturalis» разумѣлъ обязательство, лишенное исковой защиты.—Соотвѣтственное рѣшеніе находимъ мы, далѣе, у Павла l. 12 quaestionum [71]). Пупиллъ s. t. a. взялъ взаймы decem. Кредиторъ отказываетъ ему раба Стиха подъ условіемъ уплаты долга наслѣднику кредитора. Уплатой долга пупиллъ, рѣшаетъ Павелъ, въ одно время и выполняетъ условіе легата, и освобождается отъ натуральнаго обязательства. Послѣднее приводитъ къ тому, что полученныя отъ легатарія decem наслѣдникъ зачитаетъ, какъ вообще всякую уплату по обязательству, входящему въ составъ наслѣдства, in Falcidiam, и сверхъ того не обязанъ возвращать эти decem, если легатарій откажется затѣмъ отъ легата или исполненіе легата станетъ невозможнымъ за смертью Стиха. Ясно, что Павелъ считаетъ долгъ, заключенный s. t. a., достаточнымъ титуломъ для solutio со стороны пупилла и самую solutio настойчиво отмѣчаетъ, какъ настоящую уплату по обязательству.—Ульпіанъ l. 76 ad edictum [72]) сообщаетъ намъ слѣдующее. Если рабъ, сдѣлавшись свободнымъ, обязуется въ формѣ стипуляціи уплатить деньги, которыя онъ задолжалъ, еще будучи рабомъ, то эта стипуляція будетъ debiti solutio, а не donatio. То же самое относится и къ тому случаю, когда пупиллъ, задолжавшій s. t. a. (qui s. t. a. debuerit), обязуется затѣмъ въ формѣ стипуляціи tutore auctore уплатить предметъ своего долга. Ульпіанъ, очевидно, считаетъ долгъ пупилла s. t. a. достаточнымъ титуломъ для promissio solvendi causa. То же самое онъ сказалъ бы, конечно, и о всякой иной solutio этого долга. Если Ульпіанъ отмѣчаетъ promissio tutore auctore, то это онъ дѣлаетъ потому, что только такая promissio можетъ быть существенно полезна для кредитора, подставляя на мѣсто неискового долга—исковой; promissio s. t. a. не считается Ульпіаномъ ничтожною, но она не такъ выгодна для кредитора, ибо иска ему доставить не можетъ.—Наконецъ, Марціанъ l. 2 regularum [73]) разсматриваетъ тотъ

---

[71]) L. 21 pr. D. 35, 2.
[72]) L. 19 § 4 D. 39, 5.
[73]) L. 44 D. 46, 3.

же вопросъ, который разбиралъ Павелъ, и рѣшаетъ его въ томъ же смыслѣ: уплата пупилла, задолжавшаго по займу s. t. a. и получившаго отъ кредитора легатъ подъ условіемъ уплаты долга, сразу служитъ и для выполненія условія, и для погашенія долга, такъ что зачитается in Falcidiam.

Разсмотрѣнные источники показываютъ намъ, что Юліанъ, Помпоній, Маціанъ, Папиніанъ, Павелъ, Ульпіанъ и Марціанъ считали сдѣлку пупилла, заключенную s. t. a., достаточнымъ титуломъ для уплаты, которая не подлежала repetitio и должна была зачитываться in Falcidiam.

Спрашивается теперь, какія именно лица могли производить эту уплату? 1) Изъ словъ Мэціана [74]) ясно, что уплату можетъ совершить универсальный преемникъ должника-пупилла. 2) Помпоній и Юліанъ [75]) и Папиніанъ въ одномъ мѣстѣ [76]) выражаются неопредѣленно, такъ что изъ ихъ словъ нельзя вывести заключенія о томъ, кто можетъ производить дѣйствительную solutio. 3) Ульпіанъ [77]) говоритъ о solutio tutore auctore, но имѣетъ въ виду не solutio чрезъ исполненіе долга, а заключеніе стипуляціи solvendi causa. 4) Папиніанъ въ другомъ мѣстѣ [78]) говоритъ о solutio чрезъ удовлетвореніе, которое кредиторъ собственными силами извлекаетъ изъ доставшагося ему наслѣдства отъ должника. 5) Въ остальныхъ мѣстахъ источниковъ говорится прямо, что «pupillus solvit» [79]) «pupillus exsolvit» [80]), «pupillus numeravit» [81]). Такимъ образомъ, самъ пупиллъ можетъ совершать неподлежащую возврату уплату своего долга, заключеннаго s. t. a. Спрашивается теперь, каковы дальнѣйшія условія этой уплаты: имѣется ли въ виду только уплата, сдѣланная tutore auctore или post pubertatem, или же также и уплата, сдѣланная до достиженія pubertas sine tutoris auctoritate?

---

[74]) L. 66 (64) pr. D. 36, 1 (1-й случай).

[75]) L. 42 pr. D. 12, 2.

[76]) L. 95 § 4 D. 46, 3.

[77]) L. 19 § 4 D. 39, 5.

[78]) L. 95 § 2 D. 46, 3.

[79]) L. 66 (64) pr. D. 36, 1 (2-й случай). Cf. L. 21 pr. D. 35, 2 adeo autem et solvere videtur (pupillus).

[80]) L. 25 § 1 D. 36, 2 „pecuniam pupillus exsolvat.“

[81]) L. 44 D. 46, 3.

Прежде чѣмъ приступить къ рѣшенію этого вопроса, намъ нужно опредѣлить, въ какомъ отношеніи къ нему стоятъ два мѣста источниковъ, до сихъ поръ нами неразсмотрѣнныя.

1) Павелъ l. 10 ad Sabinum [82]) пишетъ, судя по отрывку, приведенному въ Дигестахъ Юстиніана, слѣдующее:

Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit.

Не подлежитъ repetitio уплата, сдѣланная post pubertatem пупилломъ, который обогатился изъ займа, заключеннаго s. t. a. Но такой пупиллъ обязуется, какъ мы знаемъ, исковымъ путемъ къ возврату обогащенія. Не слѣдуетъ ли поэтому изъ словъ Павла, что уплата по сдѣлкѣ, заключенной s. t. a. и не обогатившей пупилла, подлежитъ возврату даже въ томъ случаѣ, если она произведена пупилломъ post pubertatem?

Павелъ самъ не могъ желать, чтобы изъ его словъ было выведено такое заключеніе. Дѣло въ томъ, что, какъ мы уже видѣли, l. 12 quaestionum [83]) Павелъ очень настаиваетъ на томъ, что пупиллъ можетъ совершать numeratio для погашенія naturalis obligatio, возникающей для него изъ займа s. t. a., и что эта numeratio имѣетъ значеніе настоящей уплаты долга. Ни о какомъ обогащеніи пупилла изъ займа тамъ не было рѣчи и подъ obligatio naturalis Павелъ, конечно, разумѣлъ неисковое обязательство. Слѣдовательно, Павелъ признавалъ, что самъ пупиллъ можетъ платить по неисковому обязательству. Такимъ образомъ, онъ не могъ l. 10 ad Sabinum утверждать, что не подлежитъ возврату только та уплата пупилла post pubertatem, которая сдѣлана для погашенія искового долга.

Но въ такомъ случаѣ не придется ли намъ упрекнуть Павла въ томъ, что l. 10 ad Sabinum онъ употребилъ неловкое выраженіе, которое можетъ привести читателя къ нежелательнымъ съ точки зрѣнія Павла выводамъ? Намъ кажется, что и этотъ упрекъ можно снять съ Павла. Именно, намъ думается, что въ подлинномъ текстѣ Павла не было словъ ‹et locupletior factus est›; эти слова вставлены компиляторами Дигестъ. Павелъ же имѣлъ въ виду уплату, сдѣланную post pubertatem по неисковому обязательству, которое было заключено s. t. a.; вопроса объ обогащеніи онъ не касался.

---

[82]) L. 13 § 1 D. 12, 6.
[83]) L. 21 pr. D. 35, 2.

Къ этому заключенію насъ приводятъ слѣдующія соображенія. 1) Цитированный фрагментъ начинается словомъ «item». Это слово показываетъ, что данный отрывокъ стоитъ въ тѣсной связи съ предыдущимъ. Въ предыдущемъ же отрывкѣ [84]) говорилось о натуральномъ обязательствѣ раба и о возможныхъ его послѣдствіяхъ, т. е. объ обязательствѣ, лишенномъ иска. Было бы очень странно, если-бы Павелъ продолжалъ свое изложеніе такъ, какъ стоитъ въ Дигестахъ: «точно также, если пупиллъ по достиженіи pubertas уплатитъ по своему исковому долгу изъ обогащенія, то уплата не подлежитъ возврату». Во первыхъ, такое положеніе не стоитъ ни въ какой связи съ предыдущимъ, а потому не можетъ быть соединено съ нимъ словомъ «item». Во вторыхъ, замѣчаніе, что не подлежитъ возврату сдѣланная совершеннолѣтнимъ лицомъ уплата вполнѣ дѣйствительнаго долга, слишкомъ банально, чтобы мы могли приписать его Павлу въ libri ad Sabinum, т. е. въ сочиненіи, не имѣющемъ характера элементарнаго учебника. 2) Самое положеніе, какъ мы его читаемъ въ Дигестахъ, построено неудачно еще въ одномъ отношеніи. Текстъ Дигестъ даетъ основаніе думать, будто существенное значеніе имѣетъ фактъ обогащенія пупилла въ самый моментъ заключенія займа; между тѣмъ мы знаемъ, отчасти отъ самого же Павла [85]), что для предъявленія иска къ пупиллу важно было обогащеніе въ моментъ litis contestatio; если полученное раньше обогащеніе исчезло къ этому моменту, то искъ не имѣлъ бы успѣха. Вѣроятно, самъ Павелъ выразился бы поэтому о моментѣ обогащенія поточнѣе. Впрочемъ, на этомъ аргументѣ мы не настаиваемъ особенно; рѣшающее значеніе мы придаемъ соображеніямъ, приведеннымъ на первомъ мѣстѣ.

Такимъ образомъ, для классическаго права текстъ Павла долженъ гласить, по нашему мнѣнію, такъ:

Item quod pupillus s. t. a. mutuum accepit, si pubes factus solvat, non repetit.

Съ какою цѣлью компиляторы измѣнили этотъ текстъ, мы постараемся выяснить ниже [86]).

---

[84]) L. 13 pr. D. 12, 6.

[85]) См. выше прим. 46.

[86]) См. ниже прим. 105. Наличность указанной интерполяціи подозрѣвалъ уже Keller, l. c. стр. 377 и Schwanert, стр. 371 пр. 35.

2) Нерацій l. 6 membranarum [87]) пишетъ слѣдующее:

Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet.

Нерацій, такимъ образомъ, отрицаетъ, повидимому, возможность всякой solutio изъ долга, заключеннаго пупилломъ s. t. a., кѣмъ бы эта solutio ни была произведена. По крайней мѣрѣ, это заставляютъ предполагать заключительныя слова: «quia nec natura debet». Нерацій отрицаетъ самое существованіе какого-либо неискового долга въ результатѣ promissio pupilli s. t. a. Разъ это такъ, то и уплата этого долга, кѣмъ бы она ни была произведена, не можетъ считаться за debiti solutio и поэтому подлежитъ condictioni indebiti.

Какъ будетъ показано позже, мы имѣемъ здѣсь дѣло съ личнымъ воззрѣніемъ Нерація, которое не раздѣлялось позднѣйшими юристами. По особымъ соображеніямъ этотъ фрагментъ былъ принятъ компиляторами въ Дигесты Юстиніана и тамъ получилъ особенное значеніе, которое будетъ выяснено нами въ свое время. Поэтому съ этимъ отрывкомъ изъ сочиненій Нерація мы можемъ не считаться при опредѣленіи воззрѣнія на solutio долга, заключеннаго пупилломъ s. t. a., которое являлось господствующимъ среди юристовъ, писавшихъ послѣ Нерація.

Мы переходимъ къ рѣшенію поставленнаго выше вопроса: долженъ ли пупиллъ производить уплату по обязательству, заключенному имъ s. t. a., непремѣнно tutore auctore или post pubertatem, или же онъ можетъ ее произвести и до достиженія pubertas sine tutoris auctoritate?

Такъ какъ источники, относящіеся къ уплатѣ пупилла по обязательству, заключенному s. t. a., сами по себѣ не даютъ достаточно опредѣленныхъ указаній по этому поводу, то не лишнимъ будетъ привлечь къ разсмотрѣнію тѣ мѣста источниковъ, гдѣ говорится вообще объ уплатѣ всякаго долга, совершаемой пупилломъ до достиженія зрѣлости s. t. a.

Можетъ ли impubes sui juris платить долги s. t. a.?

Юліанъ l. 10 digestorum [88]) сообщаетъ намъ по этому поводу слѣдующее: если пупиллъ совершаетъ уплату долга безъ содѣйствія

---

[87]) L. 41 D. 12, 6.

[88]) L. 19 § 1 D. 12, 1.

опекуна, то этотъ случай подлежитъ тѣмъ же правиламъ, по какимъ обсуждается уплата долга, сдѣланная чужими деньгами: послѣ consumtio денегъ получателемъ пупиллъ освобождается отъ долга.— Гай l. 12 ad ed. prov. [89]), пишетъ, что вообще пупиллъ не можетъ уплачивать s. t. a., ибо онъ не можетъ совершить акта переноса собственности безъ содѣйствія опекуна; однако, если кредиторъ bona fide потребитъ деньги, то пупиллъ освобождается.—Ульпіанъ l. 30 ad Sabinum [90]) рѣшаетъ, что деньги, данныя пупилломъ въ уплату s. t. a., подлежатъ vindicatio; но если онѣ потреблены, то пупиллъ освобождается.—Помпоній l. 6 ex Plautio [91]) говоритъ, что, если должникъ пупилла на основаніи jussus послѣдняго s. t. a. уплатитъ кредитору пупилла, то пупиллъ освобождается, но самъ уплатившій должникъ отъ долга пупиллу ipso jure не освобождается; онъ можетъ, впрочемъ, противопоставить иску пупилла exceptio (ссылаясь, очевидно, на фактъ обогащенія пупилла сдѣланною уплатой).—Наконецъ, извѣстныя точки опоры для рѣшенія поставленнаго вопроса даютъ намъ Гай l. 1 ad ed. prov. [92]), сообщающій, что пупиллъ можетъ освободиться, заключая съ кредиторомъ своимъ pactum de non pet. s. t. a., и Ульпіанъ l. 24 Sab. [93]), указывающій на то, что пупиллъ освобождается чрезъ acceptilatio, совершенную имъ s. t. a.

Всѣ эти данныя приводятъ насъ къ слѣдующему заключенію. По общему мнѣнію классическихъ юристовъ, начиная съ Юліана и Помпонія и кончая Ульпіаномъ, пупиллъ вообще можетъ освобождаться отъ своихъ долговъ безъ содѣйствія опекуна. Само по себѣ освобожденіе отъ долга «meliorem condicionem pupilli facit» (ср. L. 28 pr. D. 2, 14), а потому можетъ состояться и безъ помощи опекуна. Затрудненія возникаютъ только при освобожденіи отъ обязательства чрезъ уплату денегъ или какихъ-либо иныхъ цѣнностей. Такъ какъ пупиллъ ничего не можетъ отчудить s. t. a., то замышляемая имъ solutio такого рода не будетъ выполнена чрезъ совершеніе одного только акта переноса собственности и т. п. Переданные пупилломъ кредитору предметы подлежатъ виндикаціи и потому

---

[89]) L. 9 § 2 D 26, 8.
[90]) L. 14 § 8 D. 46, 3.
[91]) L. 66 D. 46, 3 (1-й случай)
[92]) L. 28 pr. D. 2, 14.
[93]) L. 2 D. 46, 4.

кредиторъ не считается удовлетвореннымъ ихъ передачею, а пупиллъ освобожденнымъ отъ долга. Однако, и такая solutio можетъ съ теченіемъ времени получить силу. Если кредиторъ консумируетъ переданные ему предметы (для денегъ такая консумпція чрезъ смѣшеніе составляетъ общее правило) bona fide, то онъ не подлежитъ отвѣтственности ни по какой condictio, а потому признается удовлетвореннымъ. Только mala fides кредитора можетъ дать основаніе для кондикціи противъ него. Въ результатѣ и solutio этого рода не является невозможною для пупилла; она осложняется только неспособностью пупилла alienare s. t. a. даваемые въ уплату предметы и необходимостью поэтому для завершенія solutio новаго акта: consumtio bona fide со стороны кредитора.

Въ рѣзкомъ противорѣчіи со всѣмъ вышесказаннымъ стоитъ, однако, слѣдующее мѣсто Дигестъ Юстиніана.

L. 29 D. 12, 6 Ulpianus l. 2 disputationum. Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is, cui bonis interdictum est, solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.

Здѣсь Ульпіанъ, очевидно, говоритъ о solutio s. t. a. со стороны пупилла совсѣмъ иное. Не неспособность пупилла къ alienatio nummorum затрудняетъ solutio, но сама по себѣ solutio является невозможною для пупилла s. t. a. такъ же, какъ для furiosus и prodigus. Никакая consumtio не можетъ излѣчить недостатковъ этой solutio, такъ какъ и послѣ consumtio уплаченныя деньги подлежатъ возврату. Личныя свойства пупилла (persona) дѣлаютъ для него недопустимою solutio s. t. a.

Уже изъ этой ссылки на то, что здѣсь «persona locum facit repetitioni», ясно, что наше мѣсто имѣетъ въ виду solutio вообще, независимо отъ того, къ какому долгу она относится. Произвольно было бы поэтому, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели [94]) относить это мѣсто къ уплатѣ только по натуральнымъ обязательствамъ; на нихъ нашъ фрагментъ не намекаетъ ни однимъ словомъ. Его

[94]) Напр. Schultze, стр. 45 пр. 12. Schwanert, 371 пр. 35. Machelard, стр. 223.

смыслъ ясенъ; furiosus и prodigus не могутъ совершать solutio ни по какимъ долгамъ и ихъ положеніе долженъ раздѣлять impubes.

Этотъ текстъ, приписываемый въ Дигестахъ Ульпіану, намъ представляется весьма подозрительнымъ. 1) Прежде всего, страннымъ является то обстоятельство, что онъ заставляетъ Ульпіана противорѣчить не только остальнымъ юристамъ, но и самому себѣ. Мы видѣли уже, что l. 30 ad Sabinum [95]), Ульпіанъ говорилъ иное: онъ училъ, что пупиллъ освобождается благодаря консумпціи уплаченныхъ имъ s. t. a. денегъ со стороны кредитора. L. 24 ad Sab. [96]) тотъ же юристъ сообщалъ намъ о дѣйствительности acceptilatio со стороны пупилла. Теперь же l. 2 disp. онъ признаетъ консумпцію не имѣющею никакого значенія! 2) Въ текстѣ L. 29 cit. есть, по нашему мнѣнію, несомнѣнные признаки ретуши со стороны компиляторовъ Дигестъ. Именно, странно звучитъ положеніе: «nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur». Это положеніе, во-первыхъ, ничего новаго не вноситъ; въ немъ повторяется то, что было сказано въ предыдущей фразѣ. Разница состоитъ только въ томъ, что въ этомъ положеніи юристъ подчеркиваетъ сильнѣе то, что сказано выше, и отмѣчаетъ, что правило не подлежитъ сомнѣнію. Это послѣднее замѣчаніе едва ли могло быть сдѣлано Ульпіаномъ, который зналъ, что другіе юристы не допускали кондикціи въ случаѣ потребленія монетъ, уплаченныхъ пупилломъ s. t. a., и даже самъ въ другихъ сочиненіяхъ проводилъ то же самое воззрѣніе. Далѣе, вся выписанная фраза составлена, главнымъ образомъ, изъ тѣхъ самыхъ словъ, которые употреблены въ первомъ предложеніи: тутъ мы опять встрѣчаемъ «personis» (=«persona» въ 1-мъ предложеніи), «repetitioni» (то же самое въ 1-мъ предложеніи), «locum esse» (=«locum facere» въ 1-мъ предл.). Классическій юристъ, писавшій на родномъ своемъ языкѣ и не затруднявшійся въ выборѣ словъ, не сталъ бы такъ злоупотреблять одними и тѣми же словами и выраженіями. Въ иномъ положеніи находились компиляторы Дигестъ, византійцы; ихъ латинскій лексиконъ очень бѣденъ и потому, когда имъ приходится дѣлать вставку въ изложеніе классическаго юриста, они очень часто пользуются

[95]) Прим. 90.
[96]) Прим. 93.

именно тѣми словами и оборотами, которые они только что прочли въ обработываемомъ ими текстѣ классическаго юриста [97]). Наконецъ, на мысль о наличности интерполяціи наводитъ насъ и слово «generaliter», которое стоитъ въ выписанной фразѣ. Хотя, сколько намъ извѣстно, на слово это не указываютъ, какъ на признакъ интерполяціи отрывковъ изъ сочиненій всѣхъ вообще классическихъ юристовъ [98]), но нельзя не отмѣтить, что для Юстиніана это—излюбленное выраженіе, тогда какъ у юристовъ классической эпохи оно встрѣчается гораздо рѣже [99]). Все это заставляетъ насъ думать, что слова «nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur», вставлены въ текстъ Ульпіана компиляторами Дигестъ. 3) Для чего же сдѣлана эта вставка? Очевидно, для того, чтобы больше подчеркнуть то обобщеніе, которое сдѣлано въ предыдущемъ предложеніи. Это обобщеніе состоитъ въ томъ, что выведено общее правило, которому подлежатъ furiosus, prodigus и pupillus. Что же заставляетъ компиляторовъ такъ подчеркивать это обобщеніе? Ничто иное, какъ желаніе обратить особое вниманіе читателя на это обобщеніе, которое является нововведеніемъ компиляторовъ.

Намъ думается, что ни одинъ классическій юристъ не сталъ бы

---

[97]) См. Gradenwitz, Interpolationen, стр. 31 сл.

[98]) Иное нужно сказать объ антитезѣ этого слова—specialiter. См. о немъ Appleton, les interpolations dans les Pandectes, стр. 122 сл. — Впрочемъ, E. Costa, Papiniano, т. I, (1894 г.), стр. 270 сл. считаетъ слово „generaliter" въ отрывкахъ, принятыхъ въ Дигесты изъ сочиненій Папиніана, подозрительнымъ и склоненъ видѣть въ немъ признакъ интерполяціи всѣхъ этихъ отрывковъ.

[99]) Въ конституціяхъ Юстиніана, помѣщенныхъ въ 1-хъ 4-хъ книгахъ Кодекса, слово generaliter встрѣчается часто: см. L. 50 § 1 C. 1, 3. L. 51 pr. C. 1, 3. L. 29 C 2, 7. L. 3 C. 2, 46. L. 5 § 3, 4 C. 2, 55. L. 14 § 1. C. 3, 1. L. 16 C. 3, 16. L. 36 § 1-a C. 3, 28. L. 1 § 1 C. 3, 43. L. 12 pr. C. 4, 1. L. 7 pr. C. 4, 28. L. 25 pr. C. 4, 29. L. 26 § 1 C. 4, 32. L. 23 pr. C. 4, 35. L. 14 § 1 C. 9, 33. Cf. Justinus L. 13. C. 4, 30.—Ульпіанъ въ дошедшихъ до насъ отрывкахъ изъ Disputationes (Lenel, Paling., т. II, стр. 387—421), сколько мы могли замѣтить, употребляетъ это слово еще только одинъ разъ, и то въ подозрительномъ текстѣ (Ulp. 153). Это слово употребляется, впрочемъ, у юристовъ; см. Павелъ L. 65 pr. D. 12, 6. L. 46 D. 15, 1; Юліанъ L. 32 § 3 D. 12, 6; о Папиніанѣ см. предыд. прим.

подводить подъ одну общую мѣрку solutio, совершенную съ одной стороны пупилломъ s. t. a., съ другой стороны — безумнымъ. Solutio со стороны послѣдняго лица принципіально ничтожна, тогда какъ solutio со стороны pupillus s. t. a. принципіально допускается и только затруднена лишнимъ моментомъ consumtio bona fide, который необходимъ, вслѣдствіе неспособности пупилла къ alienatio nummorum. Это не классическій юристъ, а компиляторы Дигестъ желаютъ подвести пупилла, расточителя и безумнаго подъ общую мѣрку. Въ данномъ случаѣ они достигаютъ этого нивелированія тѣмъ путемъ, что низводятъ solutio pupilli s. t. a. на одну ступень съ solutio furiosi и prodigi. Сдѣлано это съ помощью внесенія въ текстъ Ульпіана, который говорилъ только о furiosus и, быть можетъ, is, cui bonis interdictum est, словъ: «pupillus sine tutoris auctoritate vel». Мы думаемъ, что компиляторы сперва внесли эти слова въ текстъ Ульпіана, а затѣмъ подчеркнули вновь созданную ими общую норму новою вставкой: «nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur».

Этотъ нашъ выводъ подкрѣпляется тѣмъ, что къ совершенно аналогичному пріему прибѣгли компиляторы относительно другого текста, интерполяція котораго стоитъ въ настоящее время, кажется, внѣ всякаго сомнѣнія. Въ этомъ текстѣ интерполяція также клонится къ тому, чтобы нивеллировать положеніе пупилла, безумнаго и расточителя; только достигается эта цѣль уже обратнымъ путемъ: путемъ усиленія значенія сдѣлокъ, заключенныхъ безумнымъ и расточителемъ; эти сдѣлки въ одномъ отношеніи подымаются на ту ступень, на которой до тѣхъ поръ стояли только сдѣлки пупилла s. t. a. Мы имѣемъ въ виду L. 25 D. 46, 1 Ulpianus l. 11 ad edictum. Въ этомъ текстѣ, какъ онъ гласитъ въ Дигестахъ Юстиніана, значится, что за обязательства пупилла s. t. a., расточителя и сумасшедшаго могутъ вступаться поручители, которые отвѣчаютъ въ исковомъ порядкѣ передъ кредиторомъ, но регресса къ главному должнику не имѣютъ. Какъ будетъ показано ниже [100]), въ подлинномъ текстѣ Ульпіана говорилось только о поручительствѣ за пупилла; поручительство за обязательства, заключенныя расточителемъ или сумасшедшимъ, этотъ юристъ считалъ ничтожнымъ. Компиля-

[100]) См. ниже прим. 175 сл.

торы вставили въ текстъ Ульпіана упоминаніе о prodigus и furiosus и этимъ подняли значеніе поручительства за обязательства этихъ лицъ на ту ступень, на которой до тѣхъ поръ стояло лишь поручительство за обязательства пупилла s. t. a.

Такимъ образомъ, компиляторы стараются до извѣстной степени уравнять значеніе обязательствъ, заключенныхъ пупилломъ s. t. a., расточителемъ и безумнымъ, и вообще юридическое положеніе этихъ не вполнѣ дѣеспособныхъ лицъ, то увеличивая значеніе актовъ, совершенныхъ расточителемъ и безумнымъ, то уменьшая значеніе актовъ, совершенныхъ пупилломъ s. t. a. Въ L. 29 D. 12, 6 это выражается тѣмъ, что компиляторы вводятъ въ текстъ Ульпіана упоминаніе о пупиллѣ и достигаютъ этимъ путемъ того, что solutio по всякому обязательству, совершаемая пупилломъ s. t. a., объявляется принципіально ничтожною, такъ что недостатки въ ней не могутъ быть исцѣлены никакою консумпціей.

Такое отношеніе компиляторовъ къ solutio pupilli s t. a. находитъ еще одно новое подтвержденіе въ текстѣ Институцій Юстиніана. Въ § 2 I. 2, 8 говорится объ отчужденіяхъ со стороны пупилла въ разныхъ видахъ: сперва разсматривается вопросъ о томъ, какія послѣдствія возникнутъ въ случаѣ отдачи пупилломъ s. t. a. денегъ credendi causa; затѣмъ разбирается вопросъ о томъ, какое значеніе имѣетъ принятіе пупилломъ уплаты отъ его должника s. t. a.; наконецъ, ставится вопросъ о значеніи уплаты пупилломъ s. t. a. своего собственнаго долга. Въ первыхъ двухъ случаяхъ авторъ даннаго отрывка анализируетъ не только вопросъ о переносѣ права собственности или объ уничтоженіи погашаемаго обязательства самой передачей монетъ пупиллу, но также и вопросъ о значеніи потребленія монетъ получателемъ. Переходя же къ solutio долга со стороны пупилла s. t. a., Институціи ограничиваются слѣдующимъ:

«Sed ex diverso pupilli vel pupillae solvere sine tutore auctore non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis, cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutore auctore concessa est».

Указано только на то, что собственность на основаніи традиціи не переходитъ, и данное въ уплату подлежитъ виндикаціи. О консумпціи не говорится ни слова. Принимая во вниманіе предыдущее изложеніе этого § Институцій, это умолчаніе можно объяснить только тѣмъ, что въ глазахъ компиляторовъ консумпція въ

этомъ случаѣ не имѣетъ никакого значенія: она не дополнитъ того, чего не достаетъ въ составѣ solutio, и не освободитъ пупилла отъ долга.

Все это приводитъ насъ къ выводу, что по вопросу объ уплатѣ долговъ пупилломъ s. t. a. нужно различать классическое право и Юстиніаново. Для Юстиніанова права главное значеніе имѣютъ интерполированная компиляторами L. 29 D. 12, 6 и § 2I. 2, 8 in f. Остальные фрагменты, помѣщенные въ разныхъ титулахъ [101]), проскользнули по недосмотру редакціонной комиссіи. Напротивъ, для классическаго права не имѣетъ значенія L. 29 D. 12, 6, куда упоминаніе о пупиллѣ внесено только компиляторами, и, конечно, текстъ Институцій Юстиніана. Доктрина классиковъ содержится въ разсмотрѣнныхъ выше L. 19 § 1 D. 12, 1. L. 9 § 2 D. 26, 8. L. 14 § 8 D. 46, 3.

Эта послѣдняя доктрина состоитъ въ томъ, что пупиллъ можетъ платить свои долги s. t. a., но предпринятая имъ уплата освобождаетъ его отъ долга лишь послѣ происшедшей у кредитора consumtio bona fide.

Намъ нужно примѣнить это положеніе къ уплатѣ по обязательствамъ, заключеннымъ пупилломъ также s. t. a. Мы видѣли уже [102]), что многіе тексты въ этомъ случаѣ говорятъ прямо о томъ, что «pupillus solvit, exsolvit, numeravit». Мы не имѣемъ никакого основанія толковать эти выраженія въ какомъ-либо ограничительномъ смыслѣ для эпохи классическихъ юристовъ. Такъ какъ юристы сами не дѣлаютъ никакихъ оговорокъ, употребляя эти общія выраженія, то мы имѣемъ полное право думать, что уплата, дѣлаемая пупилломъ s. t. a. по обязательствамъ, принятымъ имъ на себя также s. t. a., подлежитъ въ глазахъ классиковъ тѣмъ же правиламъ, какъ и уплата его s. t. a. по вполнѣ дѣйствительнымъ обязательствамъ. Слѣдовательно, пупиллъ можетъ совершать solutio по обязательствамъ, заключеннымъ s. t. a., во-первыхъ, по достиженіи pubertas, во-вторыхъ,—еще будучи impubes, при содѣйствіи опекуна, въ-третьихъ—до достиженія pubertas и безъ содѣйствія опекуна. Въ первыхъ двухъ случаяхъ alienatio наступаетъ немед-

---

[101]) Т. е. L. 19 § 1 D. 12, 1. L. 9 § 2 D. 26, 8 и L. 14 § 8 D. 46, 3.

[102]) Выше прим. 79—81.

ленно и потому solutio сразу дѣйствительна. Въ третьемъ случаѣ alienatio не можетъ быть совершена самимъ пупилломъ, и потому solutio завершается лишь въ результатѣ consumtio bona fide со стороны кредитора. Во всякомъ случаѣ, никакой разницы въ уплатѣ по обязательствамъ, заключеннымъ cum tutoris auctoritate, и по обязательствамъ, заключеннымъ sine tutoris auctoritate, въ классическомъ правѣ нѣтъ.

Не противорѣчитъ ли этому выводу замѣчаніе Павла въ L. 13 § 1 D. 12, 6? Мы видѣли выше [103]), что подлинный текстъ Павла относится къ уплатѣ по обязательству, заключенному пупилломъ s. t. a., и гласитъ:

Item quod pupillus s. t. a. mutuum accepit, si pubes factus solvat, non repetit.

Павелъ говоритъ только объ уплатѣ post pubertatem. Не слѣдуетъ ли изъ этого, что уплата по обязательству, заключенному s. t. a., совершенно невозможна до наступленія pubertas? Конечно, нѣтъ. Такое толкованіе словъ Павла должно было бы привести къ выводу, что и solutio tutore auctore до достиженія pubertas также невозможна. Павелъ вообще не думалъ этими словами отмѣчать, что для уплаты пупилломъ долга, заключеннаго s. t. a., существуютъ какія-либо иныя правила, чѣмъ какія вообще прилагаются къ уплатѣ долговъ пупилломъ; вѣдь говоритъ же самъ Павелъ въ другомъ мѣстѣ по поводу уплаты долга, заключеннаго s. t. a., въ самой общей формѣ о numeratio со стороны пупилла безъ всякихъ оговорокъ [104]). «Pubes factus» въ L. 13 § 1 D. 12, 6 не должно быть непремѣнно и интерполяціей; Павелъ могъ самъ упомянуть здѣсь только объ уплатѣ post pubertatem, потому что эта уплата во всякомъ случаѣ является наиболѣе надежной и не нуждается въ какихъ-либо осложняющихъ ее моментахъ, подобно уплатѣ до достиженія pubertas безъ содѣйствія опекуна. Говоря объ уплатѣ по обязательствамъ, заключеннымъ tutore auctore, Павелъ также могъ бы предпочесть привести для примѣра уплату post pubertatem, руководясь тѣми же соображеніями. Вопросъ объ уплатѣ до дости-

---

[103]) Стр. 280 сл.

[104]) L. 21 pr. D. 35, 2.

женія pubertas tutore auctore или s. t. a. онъ просто оставляетъ въ сторонѣ.

Совсѣмъ въ другомъ свѣтѣ представляется вопросъ о значеніи уплаты пупилла s. t. a. вообще и объ уплатѣ пупилла по обязательствамъ, заключеннымъ s. t. a., въ частности, если смотрѣть на него съ точки зрѣнія Юстиніанова права. Намъ кажется, что sedes materiae по этимъ двумъ вопросамъ для Юстиніанова права заключается въ титулѣ Dig. 12, 6 de cond. indebiti и въ § 2 I. 2, 8. Дѣло въ томъ, что при составленіи указаннаго титула Дигесть компиляторы руководились заранѣе обдуманнымъ планомъ относительно того, какіе именно отрывки изъ классическихъ юристовъ по указаннымъ вопросамъ слѣдуетъ помѣстить въ этомъ титулѣ и въ какомъ направленіи ихъ слѣдуетъ обработать. Замѣчанія о solutio со стороны пупилла s. t. a., которыя мы находимъ въ другихъ титулахъ Дигестъ, какъ мы видѣли, не согласуются съ тѣмъ, что даетъ по этому вопросу титулъ de cond. indebiti, и попали въ Дигесты по недосмотру.

Что же мы находимъ въ tit. Dig. 12, 6 по вопросу объ уплатѣ долговъ пупилломъ s. t. a.?

Здѣсь всего три мѣста посвящены этому вопросу. Изъ нихъ L. 13 § 1 и L. 29 тенденціозно интерполированы. Третій фрагментъ есть L. 41; онъ содержитъ въ себѣ воспроизведеніе взгляда стараго юриста Нерація, не согласующагося съ воззрѣніями позднѣйшихъ юристовъ на нашъ вопросъ. Несомнѣнно, и этотъ выборъ сдѣланъ тенденціозно. Къ этому матеріалу нужно прибавить еще извѣстный намъ § 2 I. 2, 8 in fine. Въ результатѣ получается слѣдующая картина.

Компиляторы вообще желаютъ уменьшить значеніе solutio долга, совершаемой пупилломъ sine tutoris auctoritate. Особенно они желаютъ ограничить значеніе для пупилла долга, изъ котораго противъ пупилла не возникаетъ иска. А именно, они объявляютъ слѣдующее.

1) Пупиллъ до достиженія pubertas не можетъ безъ содѣйствія опекуна совершать уплаты ни по какому долгу, безъ различія долговъ, заключенныхъ tutore auctore или s. t. a. Такая solutio во всякомъ случаѣ подлежитъ repetitio путемъ виндикаціи или кондикціи: ее не исцѣляетъ никакая consumtio. Это говоритъ интерпо-

лированная L. 29 D. 12, 6. Въ этомъ же смыслѣ редактированъ и § 2 I. 2, 8, гдѣ in fine не упоминается ничего о значеніи консумпціи,—не упоминается, конечно, тенденціозно.

2) По обязательствамъ, изъ которыхъ противъ пупилла не возникаетъ иска, пупиллъ не можетъ дѣлать уплаты даже по достиженіи pubertas. Эти обязательства для него лично не составляютъ causa solvendi. Первое положеніе содержится въ интерполированной L. 13 § 1 D. 12, 6. Вставляя сюда слова «et locupletior factus est» [105]), компиляторы хотѣли этимъ указать, что и уплата, сдѣланная post pubertatem, имѣетъ значеніе лишь въ томъ случаѣ, когда она совершена для погашенія искового долга, каковымъ долгъ, заключенный пупилломъ s. t. a., является только при наличности обогащенія пупилла. Второе положеніе содержится въ L. 41. Здѣсь Нерацій говоритъ, что уплата, сдѣланная пупилломъ на основаніи promissio s. t. a., подлежитъ возврату «quia nec natura debet». Компиляторы внесли въ титулъ de cond. ind. это мѣсто, желая придать ему слѣдующій смыслъ: они хотѣли подчеркнуть этимъ, что пупиллъ лично не связанъ долгомъ, заключеннымъ s. t. a. и не дающимъ противъ него иска. Уплата по этому долгу подлежитъ возврату и тогда, когда она сдѣлана post pubertatem (L. 13 § 1), и тогда, слѣдовательно, когда она совершена ab impubere tutore auctore или s. t. a. Съ этою же цѣлью—подчеркнуть отсутствіе лично для пупилла всякой связанности на основаніи долга, принятаго s. t. a.,—компиляторы, вѣроятно, внесли въ титулъ Dig. 44, 7 de oblig. et actionibus одну выдержку изъ сочиненія Лициніи Руфина, о которой мы поговоримъ ниже [106]); эта выдержка, впрочемъ, какъ увидимъ ниже, имѣетъ двусмысленный характеръ.

Мы приходимъ къ любопытному выводу. Оказывается, что компиляторы желали провести приблизительно ту самую теорію о значеніи уплаты пупилла по обязательству, лишенному иска, которую излагаетъ въ своемъ учебникѣ Пандектъ Виндшейдъ. Мы читаемъ у послѣдняго слѣдующее [107]): «кредиторъ... долженъ вернуть то, что ему

---

[105]) См. стр. 280 сл.

[106]) L. 58 (59) D. 44, 7. Въ этомъ титулѣ объ обязательствѣ пупилла s. t. a. говорятъ еще L. 43. L. 46; оба не противорѣчатъ этой тенденціи компиляторовъ. L. 1 § 13 не относится къ обязательствамъ s. t. a (см. выше прим. 20).

[107]) Windscheid, Pand. (6-ое изд.) т. II, стр. 130.

по заблужденію предоставлено на основаніи нея (т. е. натуральной обязанности пупилла). Не составляетъ при этомъ никакого различія, совершаетъ ли уплату по заблужденію самъ первоначальный должникъ, или его преемникъ въ правѣ, и въ первомъ случаѣ, дѣлаетъ ли предоставленіе должникъ до достиженія pubertas или послѣ него, съ участіемъ опекуна или безъ участія». Компиляторы только забыли вывести необходимое слѣдствіе касательно уплаты, совершаемой преемникомъ пупилла, а Виндшейдъ ошибается, если считаетъ свою теорію ученіемъ хотя бы нѣкоторыхъ изъ позднѣйшихъ классическихъ юристовъ. Это—ученіе компиляторовъ Дигестъ [108]).

---

[108]) Что касается остальной литературы по вопросу объ уплатѣ неискового долга пупиллом, то въ большинствѣ случаевъ ученые стараются примирить между собою всѣ разногласящіе фрагменты. Brandis, стр. 151 сл. учитъ: пупиллъ можетъ требовать обратно уплату, сдѣланную s. t. a. по неисковому обязательству, но не въ томъ случаѣ, если онъ уплатилъ наслѣднику кредитора; наслѣдникъ пупилла не имѣетъ права на repetitio. — По Rudorff'y, Vorm. т. II, стр. 280, пупиллъ не имѣетъ cond. ind. при уплатѣ по nat. obl.; противорѣчащія мѣста или принадлежатъ старымъ юристамъ, или говорятъ неопредѣленно. Christiansen, стр. 120 признаетъ невозможною solutio s. t. a. по obl. nat. пупилла. Ullrich, стр. 25 сл. даетъ вообще cond. s. c. при всякой solutio s. t. a. эта condictio устраняется эксцепціей со стороны кредитора, если долгъ пупилла былъ защищенъ искомъ. То же самое находимъ у Vangerow, т. I, (7 е изд.) стр. 516. Schultze, стр. 45 сл. учитъ, что solutio s. t. a. по натур. обяз. подлежитъ repetitio, а по исковому — не подлежитъ Keller, стр. 373, 377. Schwanert, стр. 369 сл. Machelard, стр. 221 сл. Pernice, Labeo III, 1 стр. 256 говоритъ, что пупиллъ, уплачивая s. t. a по цивильному долгу, освобождается послѣ consumtio bona fide; для уплаты s. t. a. по неисковому обяз. такая consumtio значенія не имѣетъ. Huschke, стр. 83 — 90 находитъ необходимымъ установить особыя правила для уплаты по займу, заключенному s. t a., и для уплаты по остальнымъ долгамъ пупилла, заключеннымъ s. t. a. Krückmann, стр. 251 сл. признаетъ возможною уплату по неисковому обязательству только post pubertatem, tutore auctore и наслѣдникомъ пупилла. Противорѣчіе между L. 9 § 2 D. 26, 8. L. 14 § 8 D. 46, 3 и L. 29 D. 12, 6 онъ считаетъ почему-то неимѣющимъ важнаго значенія для нашего вопроса (стр. 256 пр. 9). — Писатели, отрицающіе возможность для пупилла платить по неисковымъ обязательствамъ s. t. a., обыкновенно предлагаютъ подразумѣвать наличность auct. tut. или достиженіе pubertas въ мѣстахъ, говорящихъ прямо: pupillus solvit, numeravit, etc. или выражающихся неопредѣленно. Такой образъ дѣйствія особенно старается мотивировать Schwanert, стр. 380. Его аргументы частью неубѣдительны, а частью прямо неправильны. Такъ, въ L. 42 pr. D. 12, 2 потому должна

2) Novatio. Какъ намъ сообщаетъ Ульпіанъ l. 76 ad edictum [109]), обязательство, заключенное пупилломъ sine tutoris auctoritate, дѣлаетъ пупилла должникомъ настолько, что онъ можетъ затѣмъ tutore actore exprомittere свой долгъ: такая exprомissio будетъ не donatio, a debiti solutio.

Съ другой стороны, пупиллъ можетъ sine tutoris auctoritate exprомittere чужой долгъ; въ результатѣ такой стипуляціи съ пупилломъ кредиторъ не пріобрѣтаетъ иска противъ пупилла, но тѣмъ не менѣе обязательство стараго должника уничтожается. Это намъ передаютъ Гай [110]) и Ульпіанъ [111]).

Это приводитъ насъ къ слѣдующему выводу. Пупиллъ можетъ sine tutoris auctoritate совершать exprомissio и относительно своего собственнаго долга, безразлично, былъ ли этотъ послѣдній заключенъ tutore auctore или нѣтъ. Эта exprомissio такъ же, какъ и exprомissio чужого долга, должна привести къ уничтоженію стараго долга; но новый долгъ, конечно, не даетъ иска противъ пупилла, такъ какъ заключенъ sine tutoris auctoritate [112]).

3) Fidejussio. Уплата по обязательству, принятому на себя пупилломъ s. t. a., можетъ быть обезпечена установленіемъ поручительства. Это послѣдствіе упоминается слѣдующими юристами: Юліаномъ и Помпоніемъ [113]), Гаемъ [114]), Марцелломъ и Ульпіа-

---

идти рѣчь о solutio post pubertatem, что здѣсь должникъ приноситъ jusjurandum а это, будто бы, можетъ сдѣлать только pubes. Это—невѣрно: jusjurandum delatum можетъ приносить лицо всякаго возраста. См. L. 26 pr. D. 12, 2 и Pernice, въ Sitzungs—Ber. d. Berl. Ak., 1886 г. стр. 1184.

[109]) L. 19 § 4 D. 39, 5.

[110]) Gai III, 176 Cf. § 3 J. 3, 29.

[111]) L. 1 § 1 D. 46, 2 Ulp. 46 Sab.

[112]) Связанное съ такою exprомissio s. t. a. уничтоженіе стараго долга не противно общимъ правиламъ, ибо оно „meliorem facit condicionem pupilli". — Напротивъ, заключать stipulatio novandi causa со своимъ должникомъ пупиллъ—кредиторъ не можетъ s. t. a.: такая novatio заключала бы въ себѣ недозволенное пупиллу отчужденіе. Этимъ объясняется L. 20 § 1 D. 46, 2. См. Krückmann, стр. 260 пр. 12. Иначе объясняютъ этотъ фрагментъ Schultze, стр. 51 сл. Schwanert, стр. 381 пр. 62; стр. 385.—Въ L. 19 § 4 D. 39, 5 упоминается exprомissio tutore auctore, потому что это, конечно, болѣе нормальное явленіе.

[113]) L. 42 pr. D. 12, 2. Jul. ap. Pomp. 18 epist. L. 2 D. 46, 1 Pomp. 22 Sab. L. 35 D. 4, 8 Jul. ap. Gaium 5 ed. prov.

[114]) Gai III, 119. L. 35 D. 4, 8 Gai 5 ed. prov.

номъ [115]), Сцеволой [116]), Папиніаномъ [117]), Θеофиломъ [118]). Противъ поручителя кредиторъ получаетъ искъ; это приводитъ, между прочимъ, къ тому результату, что третейскій судья лишь тогда принуждается разрѣшать споръ пупилла съ какимъ-либо третьимъ лицомъ, если къ compromissum, заключенному пупилломъ s. t. a., прибавленъ, въ обезпеченіе обѣщанія пупилла уплатить штрафъ, поручитель [119]). Самъ же поручитель, выступившій безъ одобренія опекуна пупилла, не имѣетъ регресса къ пупиллу; онъ не можетъ предъявлять къ послѣднему a. mandati contraria, такъ какъ мандатъ, данный пупилломъ s. t. a., не связываетъ пупилла исковымъ путемъ [120]); равнымъ образомъ, онъ не имѣетъ и actio negotiorum gestorum contraria, такъ какъ neg. gestio сама по себѣ не обязуетъ пупилла исковымъ путемъ; искъ возникаетъ лишь въ случаѣ и въ размѣрахъ обогащенія пупилла на счетъ гестора [121]). Только это отсутствіе регресса и дѣлаетъ возможнымъ заставить поручителей за долгъ пупилла s. t. a. отвѣчать исковымъ путемъ: иначе регрессъ поручителей къ пупиллу сдѣлалъ бы для послѣдняго косвеннымъ путемъ принудительной уплату по обязательству, принятому на себя s. t. a. [122]).

---

[115]) L. 25 D. 46, 1 Marcellus ap. Ulp. 11 ed.

[116]) L. 127 D. 45, 1 Scaevola 5 quaest. Въ L. 1 § 14 D. 16, 3 Ulp. 30 ed. идетъ рѣчь не объ obligatio pupilli s. t. a., а, вѣроятно, имѣется въ виду просто неспособность пупилла быть отвѣтчикомъ на судѣ. Ср. Krückmann, стр. 244 сл.

[117]) L. 95 § 4 D. 46, 3 Papin. 28 quaest.

[118]) Theoph. ad § 1 J. 3, 20.

[119]) L. 35 D. 4, 8 cit.

[120]) L. 25 D. 46, 1 cit. Подробное толкованіе этого мѣста см. ниже прим. 175 сл.

[121]) См. выше прим. 55.

[122]) Поэтому то въ L. 25 D. 46. 1 cit. и стоитъ „quoniam (a nec quamvis) his (т. е. поручителямъ) mandati actio non competit". Cf. Schultze, стр. 49 сл. - Krückmann, стр. 242 сл. пытается конструировать нѣкоторыя особенности въ отвѣтственности поручителей за пупилла, обязавшагося s. t. a. Едва ли эта попытка удачна; ее не подтверждаютъ L. 2 D. 46, 1 и L. 127 D. 45, 1 на которыя особенно опирается К.: въ L. 2 cit. юристъ просто хочетъ отмѣтить, что поручитель за obl. pupilli s. t. a. отвѣчаетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ былъ бы данъ и противъ главнаго должника, будь тотъ обязанъ исковымъ путемъ; L. 127 cit. могла бы доказывать мысль К., если бы несомнѣнно было утвержденіе К., что юристамъ ничего не стоило создать quasi-mora для пупилла.

4) Купля-продажа, заключенная съ пупилломъ s. t. a., является для продавца достаточнымъ основаніемъ, чтобы отступиться отъ прежде заключенной купли-продажи согласно прибавленной къ послѣдней in diem addictio [123]).

5) Обязанность, возникающая для пупилла изъ сдѣлки, которая была имъ заключена s. t. a., переходитъ на наслѣдниковъ пупилла и на тѣхъ лицъ, которымъ наслѣдство пупилла реституируется ex Trebelliano. Равнымъ образомъ, и право, пріобрѣтенное изъ такой сдѣлки кредиторомъ пупилла, переходитъ на универсальныхъ преемниковъ кредитора [124]).

6) Кредиторъ пупилла, обязавшагося s. t. a., можетъ дѣлать долгъ пупилла предметомъ легата. Папиніанъ разсматриваетъ такой легатъ, какъ отказъ будущей уплаты, имѣющей поступить отъ должника [125]).

7) Въ одномъ случаѣ обязательство, принятое на себя пупилломъ s. t. a., даетъ кредитору даже право на компенсацію. Именно, съ пупилломъ можно заключать s. t. a. не только сдѣлки, имѣющія цѣлью обязать его одного, но и двустороннія обязательства. Въ результатѣ заключенія такого двусторонняго обязательства пупиллъ пріобрѣтаетъ исковое право требованія къ своему контрагенту, но самъ передъ нимъ исковымъ путемъ не обязывается [126]). Однако, если онъ вздумаетъ предъявить искъ изъ заключеннаго обязательства къ своему контрагенту, то и самъ со своей стороны долженъ предложить исполненіе. Если же онъ этого не сдѣлаетъ, то контрагентъ можетъ противопоставить его иску требованіе о зачетѣ [127]). Такимъ образомъ, обязательство, принятое на себя пупилломъ s. t. a., даетъ основаніе для компенсаціи кредитора пупилла съ искомъ, предъявляемымъ пупилломъ ex eadem causa [128]).

---

[123]) L. 14 § 3 D. 18, 2. Paulus 5 Sab.

[124]) L. 66 (64) pr. D. 36, 1 Maecianus 4 fideic.

[125]) L. 25 § 1 D. 36, 2. Papin. 18 quaest.

[126]) Возникаетъ т. наз. negotium claudicans.

[127]) L. 3 § 4 D. 3, 5 Ulp. l. 10 ad ed. Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior: agendo autem compensationem ejus quod gessit patitur. L. 7 § 1 D. 18, 5 Paulus 5 quaest... proinde sit, atque si ab initio s. t. a. emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant.

[128]) Неправильно мнѣніе Brandis'a, стр. 153 сл.; стр. 157 сл., что

Въ результатѣ всего сдѣланнаго нами изслѣдованія, оказывается, что въ классическую эпоху обязательство, принятое на себя пупилломъ безъ содѣйствія опекуна, сопряжено было со многими послѣдствіями. Оно являлось достаточной основой для уплаты и новаціи; притомъ уплата и новація, совершенная по поводу такого обязательства самимъ impubes s. t. a., подлежала тѣмъ же правиламъ, какъ уплата и новація, сдѣланная имъ по поводу вполнѣ дѣйствительнаго обязательства. Далѣе, это обязательство могло быть обезпечено поручительствомъ, имѣло значеніе для addictio in diem, переходило на универсальныхъ преемниковъ пупилла и его кредитора, могло быть предметомъ легата; наконецъ, оно давало основаніе для эксценціи противъ иска пупилла ex eadem causa.—Въ Юстиніановомъ правѣ всѣ эти послѣдствія остались въ силѣ и только уплата сдѣлана была невозможной для самого пупилла даже tutore auctore или post pubertatem

Спрашивается теперь, конструировали ли классическіе юристы такое обязательство пупилла, не дающее иска, но снабженное многими юридическими послѣдствіями, какъ obligatio naturalis?

Источники показываютъ намъ, что обязательство, принятое на себя пупилломъ s. t. a., независимо отъ того, обогатило ли оно пупилла и дало ли противъ него искъ, называется у римскихъ юристовъ неоднократно именемъ «obligatio naturalis». Это выраженіе мы встрѣчаемъ у Помпонія l. 18 epistularum, повидимому, со

---

compensatio ex eadem causa допускается противъ иска пупилла лишь при наличности обогащенія послѣдняго (самое обогащеніе B. понимаетъ, впрочемъ, своеобразно: стр. 179). См. противъ этого Ullrich, стр. 30 сл. Vangerow, Pand. т. I (7-е изд.) стр. 518 сл. Bechmann, der Kauf т. II (1884 г.), стр. 202. Нельзя также на основаніи L. 3 § 4 D. 3, 5 и L. 7 § 1 D. 18, 5 cit. заключать, что compensatio возможна на основаніи всякаго обязательства пупилла s. t. a., какъ это дѣлаютъ напр. Büchel, стр. 80 сл. Schultze, стр. 48. За допустимость compensatio только ex eadem causa высказываются Vangerow, l. c. стр. 517, 519. Ullrich, стр. 28 сл. Keller, стр. 359, 384 сл. Schwanert, стр. 386. Huschke, стр. 83. Krückmann, стр. 261 сл. Ср. также Machelard, стр. 224—230. Неувѣренно выражается Bechmann, стр. 197.— Толкованіе L. 7 § 1 D. 18, 5 cit. въ цѣломъ см. у Ullrich, стр. 34 сл. Bechmann, стр. 202 сл. Krückmann, стр. 270 сл.

словъ Юліана[129]), у Мэціана l. 4 fideicomm.[130]), у Папиніана l. 18 quaestionum[131]) и l. 28 quaestionum[132]), у Павла l. 12 quaestionum[133]), у Ульпіана l. 46 ad Sabinum[134]).

Такимъ образомъ, поставленный выше вопросъ рѣшался бы очень просто, еслибы приведенными мѣстами источниковъ исчерпывался весь матеріалъ для его рѣшенія. Дѣло, однако, значительно осложняется тѣмъ, что мы находимъ въ Дигестахъ Юстиніана еще два отрывка изъ сочиненій классическихъ юристовъ, въ которыхъ, повидимому, категорически отрицается возникновеніе натуральнаго обязательства пупилла изъ сдѣлки, заключенной s. t. a. Вотъ текстъ этихъ фрагментовъ.

L. 41 D. 12, 6. Neratius. l. 6 membranarum. Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet.

L. 58 (59) D. 44, 7. Licinnius Rufinus l. 8 regularum. Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.

Спрашивается, какъ объяснить это разногласіе нашихъ источниковъ?

---

[129]) L. 42 pr. D. 12, 2... naturalis obligatio hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti poterit.

[130]) L. 66 (64) pr. D. 36, 1... ab eo in me naturalis obligatio translata intellegitur.

[131]) L. 25 § 1 D. 36, 2... quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit...

[132]) L. 95 § 4 D. 46, 3. Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur.., ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

[133]) L. 21 pr. D. 35, 2... una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione...—Въ L. 13 § 1 D. 12, 6, если правильно наше предположеніе объ интерполяціи словъ „et locupl. factus est", Павелъ также причисляетъ неисковое обязательство пупилла къ числу obl. naturales; это видно изъ L. 13 pr. eod. и слова „item", которымъ начинается L. 13 § 1 cit.

[134]) L. 1 § 1 D. 46, 2... dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. — L. 40 ad Sab. (L. 5 pr. D. 26, 8) Ульпіанъ даетъ имя naturalis obligatio исковому обязательству пупилла изъ обогащенія.—См. также для неисковой obl. naturalis pupilli Theoph. ad § 1 J. 3, 20.

На этотъ вопросъ въ литературѣ даются самые разнообразные отвѣты, начиная еще со времени глоссаторовъ.

Нѣкоторыми изъ глоссаторовъ было высказано предположеніе, что разногласіе источниковъ объясняется тѣмъ, что авторы противорѣчащихъ рѣшеній имѣли въ виду пупилловъ разнаго возраста: obligatio naturalis признавалась для пупилловъ pubertati proximi и отрицалась для пупилловъ infantiae proximi [135]). Но въ настоящее время установлено, что это различіе возрастовъ было принято римскими юристами только для рѣшенія вопросовъ о вмѣняемости, но не для обсужденія послѣдствій юридическихъ сдѣлокъ [136]).

Одинъ изъ глоссаторовъ предлагалъ рѣшить вопросъ такимъ образомъ: infans не обязуется naturaliter даже при наличности обогащенія изъ сдѣлки, заключенной s. t. a.; infantia major обязуется naturaliter передъ 3-ми лицами, но не передъ своимъ опекуномъ. [137]) Произвольность этого предположенія очевидна [138]).

Нѣкоторые глоссаторы предлагали признать наличность obligatio naturalis только въ случаѣ обогащенія пупилла изъ сдѣлки, заключенной s. t. a [139]). Подобное же мнѣніе защищалъ Куяцій [140]) и даже въ сравнительно недавнее время Пухта [141]). Защитникамъ этого взгляда приходилось дѣлать массу натяжекъ въ толкованіи источниковъ, относящихся къ naturalis obligatio pupilli [142]). Поэтому въ настоящее время оно не имѣетъ послѣдователей [143]).

---

[135]) Glossa hoc constat ad L. 1 § 1 D. 46, 2.

[136]) См. Büchel, стр. 79. Savigny, System, т. III, стр. 38. Goldschmidt, стр. 434. Vangerow, Pand. т. I (7-е изд.) стр. 515. Pernice, Labeo т. I, стр. 220.

[137]) Авторъ глоссы hoc constat ad L. 1 § 1 D. 46, 2.

[138]) См. о немъ Schultze, стр. 20.

[139]) Glossa hoc constat ad L. 1 § 1 D. 46, 2.

[140]) Cujacius, ad L. 127 D. 45, 1.

[141]) Puchta, Pandekten, § 237 пр. g и h.

[142]) Напр., Куяцій предлагаетъ читать въ L. 25 § 1 D. 36, 2 вмѣсто „nec locupletior"—„et locupletior", въ L. 95 § 2 D. 46, 3 вмѣсто „in solidum"—„in solutum" и т. д.—Пухта прибѣгаетъ къ слѣдующему пріему: при наличности novatio t. a, или поручительства нельзя возбуждать сомнѣній въ томъ, что обогащеніе было получено пупилломъ; L. 66 (64) pr. D. 36, 2 говоритъ только объ отношеніяхъ между наслѣдникомъ пупилла (resp. его кредитора) и универсальнымъ фидеикоммиссаромъ; во второй части L. 25 § 1 D. 36, 2 obl. nat. есть чисто фактическое отношеніе.

[143]) См. о теоріяхъ Куяція и Пухты Büchel, стр. 76 сл. Rudorff, къ

Глоссаторъ Мартинъ соединялъ вмѣстѣ два условія: naturalis obligatio возникаетъ лишь въ томъ случаѣ, если pupillus pubertati proximus обогатился изъ сдѣлки[144]).

Донеллъ проводилъ слѣдующую теорію: naturalis obligatio можетъ возникнуть изъ сдѣлки s. t. a. лишь для pupillus pubertati proximus; но она проявляетъ свое дѣйствіе главнымъ образомъ относительно третьихъ лицъ (напр., поручителей) и не должна вредить самому пупиллу[145]).

Многіе изъ писателей нашего столѣтія откинули первое условіе, выставленное Донелломъ (pubertati proximus), но удержали остальную часть его ученія. Именно, они учатъ, что L. 41 D. 12, 6 и L. 58 D. 44, 7 отрицаютъ натуральное обязательство изъ сдѣлокъ s. t. a. для самого пупилла лично, остальные же источники признаютъ obl. naturalis въ томъ смыслѣ, что относительно третьихъ лицъ такое обязательство дѣйствительно возникаетъ. Эта основная идея формулируется болѣе или менѣе различно разными учеными, такъ какъ сторонники этого ученія стараются избѣжать упрека въ томъ, что они допускаютъ дѣйствительность разныхъ побочныхъ сдѣлокъ, не считая обязаннымъ самого главнаго должника[146]).

Близко стоитъ слѣдующее воззрѣніе. Пупиллъ вообще обязуется naturaliter изъ сдѣлки, заключенной имъ sine tutoris auctoritate и не обогатившей его. Но противъ него лично изъ этой obl. naturalis не можетъ возникнуть никакихъ послѣдствій, которыя привели бы къ убыткамъ въ его имуществѣ; въ частности, не допускается про-

---

Puchta's Vorlesungen § 237 пр. 5. Ullrich, стр. 71 сл. Vangerow, стр. 515 Sintenis, Pand. т. I, (3-е изд.), § 137 пр. 24.

[144]) Glossa hoc constat ad L. 1 § 1 D. 46, 2.

[145]) Donellus, Comm. ad tit. Dig. de V. O., ad legem 127. Comm. de jure civili l. XII, c. 22 § 13. Правильно изложена теорія Донелла у Goldschmidt, стр. 422 пр. 10.—См. также Lelièvre, Responsio ad quaest. jurid. quid est obl. naturalis (1826 г.) стр. 57 сл.

[146]) См. Reinhardt die Lehre v. d. Verbindlichkeit (1827 г.), стр. 67 сл. Schwanert, стр. 381 сл. van Wetter, Obligations, т. I, (1883 г.), стр 230—235. Cf. Dernburg, Pand. т. II, § 5 пр. 4 сл. По мнѣнію Schwanetd'a, стр. 386 сл. въ L. 58 D. 44, 7 отрицается и исковое, и неисковое обязательство лично для пупилла.—Ср. Weber, Natürl. Verbindl. стр. 234 сл. (этотъ авторъ признаетъ непримиримое противорѣчіе между римскими юристами, но съ точки зрѣнія естественнаго права рѣшаетъ вопросъ, какъ въ текстѣ).

тивъ пупилла soluti retentio и compensatio. Имѣя въ виду только эти послѣдствія, L. 41 D. 12, 6 и L. 58 D. 44, 7 отрицаютъ obligatio naturalis pupilli. Нѣкоторые изъ представителей этого ученія прямо упрекаютъ Нерація и Лициція Руфина въ слишкомъ поспѣшномъ обобщеніи, которое явилось результатомъ поверхностнаго анализа послѣдствій натуральнаго обязательства пупилла [147]).

Нѣкоторые писатели видятъ въ L. 58 D. 44, 7 отрицаніе искового обязательства пупилла изъ сдѣлокъ, заключенныхъ s. t. a., а L. 41 D. 12, 6 объясняютъ различно: или тѣмъ, что promissio pupilli s. t. a. не устанавливаетъ для пупилла даже натуральнаго обязательства (если оставить въ сторонѣ возможность поручительства) [148]), или тѣмъ, что пупиллъ не въ достаточной степени связанъ лично возникающимъ изъ его сдѣлки натуральнымъ обязательствомъ [149]), или же, наконецъ, тѣмъ, что здѣсь интерполированы заключительныя слова компиляторами, которые по ошибкѣ приняли condictio sine causa въ L. 29 D. 12, 6 за condictio indebiti [150]).

Группа ученыхъ, къ которой относятся такіе видные представители нашей науки, какъ Савиньи и Перницъ, объясняетъ разногласіе источниковъ тѣмъ, что вопросъ о натуральномъ обязательствѣ пупилла былъ спорнымъ между самими римскими юристами [151]).

---

[147]) См. Büchel, стр. 81 сл. (L. 41 и L. 58 указываютъ на невозможность soluti retentio; компенсацію В. допускаетъ). Christiansen, стр. 120 (этотъ писатель, впрочемъ, предлагаетъ альтернативно два объясненія). Rudorff къ Puchta's Vorlesungen § 237 пр. 5. Brandis, стр. 150 сл. Vangerow, т. I, стр. 517. Windscheid, Pand. т. II, § 289 пр. 11—16. Schultze, стр. 45 сл. Keller, стр. 381 сл. Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt (Akad. Programm 1885 г.), стр. 60 сл. (этотъ писатель считаетъ, однако, возможнымъ и другое объясненіе). Brinz, Pand. т. II, стр. 47 пр. 17 склоняется къ мнѣнію Keller'a. Особо стоитъ воззрѣніе Scheurl'я въ Krit. Vierteljahrschrift, т. VI, стр. 520 сл.: L. 41 и L. 59 выражаютъ собою юридическое воззрѣніе, по которому пупиллъ не обязуется даже natura; obl. nat. была принята юристами подъ вліяніемъ „gemeine Rechtsanschauung"; въ Дигесты Юстиніана L. 41 и L. 59 попали по недосмотру. Съ послѣднимъ замѣчаніемъ, повидимому, соглашается Brinz, Pandekten, т. II, стр. 48 пр. 20.

[148]) Такое объясненіе предлагалъ Brinz, въ Krit. Blätter, № 3, стр. 15 сл. 47 сл.

[149]) Huschke, стр. 81 сл. Ср. Bechmann, Kauf т. II, стр. 193 сл.

[150]) Такое объясненіе считаетъ возможнымъ Eisele, l. c. стр. 61 пр. 50 ср. стр. 60 пр. 49.—Ср. Ullrich, стр. 68 сл.

[151]) Savigny, Obl. Recht, т. I, стр. 65 сл. Machelard, стр. 223.

Наконецъ, въ недавнее время (1896 г.) Krückmann[152]) предложилъ слѣдующее объясненіе. L. 58 D. 44, 7 отрицаетъ возникновеніе искового обязательства изъ займа, заключеннаго s. t. a. L. 41 D. 12, 6 или указываетъ словами «quia nec natura debet» только на то, что данныя конкретныя монеты, уплаченныя s. t. a., не должны оставаться у кредитора, или же содержитъ въ себѣ особое мнѣніе Нерація, который въ качествѣ главы Прокулеянской школы не хотѣлъ согласиться съ предложеніемъ Сабиніанца Юліана признать возникновеніе натуральнаго обязательства изъ сдѣлки пупилла s. t. a. Нерацій имѣлъ въ виду притомъ promissio пупилла, не подкрѣпленную поручительствомъ.

По нашему мнѣнію, вопросъ долженъ быть рѣшенъ слѣдующимъ образомъ.

L. 41 D. 12, 6 не имѣетъ большого значенія для ученія о натуральныхъ обязательствахъ пупилла съ точки зрѣнія права классической эпохи. Этотъ фрагментъ содержитъ въ себѣ воззрѣніе юриста Нерація, которое было отвергнуто позднѣйшей юриспруденціей. Наши источники даютъ основаніе думать, что натуральное обязательство пупилла, вытекающее изъ сдѣлки, которая была заключена s. t. a. и пупилла не обогатила, признано было юристами, главнымъ образомъ, подъ вліяніемъ Юліана. Весьма вѣроятно, что до тѣхъ поръ, пока за рѣшеніе этого вопроса не принялся этотъ авторитетный юристъ, римская юриспруденція не пришла къ опредѣленному заключенію по этому поводу. Слова Нерація въ L. 41 cit. «quia nec natura debet» заставляютъ думать, что юристы до Юліана формулировали вопросъ нѣсколько иначе, чѣмъ Юліанъ: они спорили не о томъ, возникаетъ ли въ результатѣ сдѣлки s. t. a. obligatio naturalis, а о томъ, устанавливается ли въ этомъ случаѣ debitum naturale. Глава Прокулеянской школы Нерацій высказывался по этому поводу отрицательно. Кажется, это соотвѣтствуетъ общему характеру этого юриста: признаніе наличности debitum naturale въ данномъ случаѣ было бы для эпохи Нерація

Pernice, Labeo т. I, стр. 225; т. III, 1, стр. 255. Girard, Manuel стр. 263 пр. 2. Moscato, Obl. nat. (1897 г.) стр. 22 сл. Ryck, Schuldverh. стр. 33 пр. 8. Cf. Rudorff, Vormundschaft, т. II, стр. 280 пр. 16

[152]) Arch. f. civ. Praxis т. 85, стр. 263—269.

новшествомъ, а этотъ юристъ, повидимому, былъ довольно консервативенъ въ своихъ воззрѣніяхъ [153]). Юліанъ, во первыхъ, измѣнилъ постановку вопроса: со времени Юліана римскіе юристы говорятъ не о debitum naturale, а объ obligatio naturalis. Значеніе этой перемѣны будетъ выяснено нами вслѣдствіи, при разборѣ общаго ученія римскихъ юристовъ о натуральныхъ обязательствахъ. Во-вторыхъ, этотъ юристъ, который вообще много способствовалъ развитію института натуральныхъ обязательствъ, вѣроятно, привелъ какіе либо новые аргументы въ пользу признанія натуральныхъ обязательствъ изъ сдѣлокъ s. t. a., такъ какъ позднѣйшіе юристы всѣ рѣшаютъ этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ.

Что касается L. 58 (59) D. 44, 7, то она принадлежитъ, напротивъ, одному изъ самыхъ позднихъ юристовъ классической эпохи — Лицинію Руфину. Очень трудно допустить, чтобы этотъ юристъ — ученикъ Павла [154])—расходился въ воззрѣніяхъ на способность пупилла обязываться s. t. a. съ корифеями классической юриспруденціи. Правильнѣе всего поэтому намъ представляется, вслѣдъ за нѣкоторыми учеными, которые названы были раньше, относить этотъ фрагментъ къ исковымъ обязательствамъ. Знакомясь съ общимъ ученіемъ о натуральныхъ обязательствахъ, мы увидимъ, что римскіе юристы давали это имя не только обязательствамъ, лишеннымъ иска, но и нѣкоторымъ исковымъ обязательствамъ. Особенно часто это дѣлаетъ именно учитель Руфина—Павелъ. Между прочимъ, онъ называетъ именемъ obligatio naturalis исковое обязательство, возникающее изъ mutui datio, въ отличіе отъ стипуляціоннаго долга [155]). Точно также натуральной является condictio indebiti и, вѣроятно, всякій искъ о возвратѣ неосновательнаго обогащенія [156]). L. 58 (59) D. 44, 7 взята изъ элементарнаго учебника (regulae) Лицинія Руфина, изъ книги, посвященной обязательствамъ [157]). Весьма вѣроятно, что юристъ въ этой книгѣ разсуждалъ слѣдующимъ образомъ. Онъ указывалъ, что со времени А. Пія безспорной сдѣлалась

---

[153]) См. къ этому мою Aequitas стр. 214.

[154]) См. Krüger, Gesch. d. Qu., стр. 214 пр. 139.

[155]) L. 126 § 2 D. 45, 1. Paulus 3 quaest.

[156]) L. 15 pr. D. 12, 6 Paulus 10 Sab.

[157]) См. Lenel, Licin. Rufin. 14, 15.

исковая обязанность пупилла вернуть обогащеніе, полученное имъ безъ достаточнаго основанія. Эту исковую обязанность Руфинъ могъ назвать, вслѣдъ за своимъ учителемъ—Павломъ [158]), именемъ obligatio naturalis. Затѣмъ самъ собою напрашивался вопросъ: не возникаетъ ли для пупилла исковое обязательство свыше размѣровъ обогащенія во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда онъ s. t. a. заключаетъ обязательственную сдѣлку, которая по ученію Павла приводитъ при заключеніи ея дѣеспособными лицами къ установленію исковой obligatio naturalis? Напримѣръ, не обязуется ли пупиллъ исковымъ путемъ въ результатѣ полученной имъ s. t. a. mutua pecunia? На этотъ вопросъ Руфинъ и отвѣчаетъ отрицательно: pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur. Юристъ имѣетъ въ виду отвергнуть возникновеніе для пупилла искового обязательства изъ mutuum, какъ такового.

Но, если Руфинъ разсуждалъ дѣйствительно такимъ образомъ, то не сдѣлали ли компиляторы непростительной оплошности, выдернувъ эту фразу изъ общей связи? Вѣдь благодаря этому фраза дѣлается двусмысленной и ее очень легко истолковать въ смыслѣ отрицанія иенскового обязательства пупилла, что и было дѣлаемо многими современными учеными. Точно также не поступили ли компиляторы съ рѣдкимъ безразсудствомъ, включая въ Дигесты отрывокъ изъ сочиненій Нерація, который содержитъ въ себѣ особое мнѣніе этого юриста, отвергнутое позднѣйшей юриспруденціей?

Мы уже дали отвѣтъ на эти вопросы, когда разбирали ученіе римскихъ юристовъ о solutio по натуральному обязательству пупилла. Мы видѣли, что компиляторы стремились въ извѣстномъ отношеніи измѣнить доктрину классическихъ юристовъ по этому поводу. Именно, они хотѣли сдѣлать невозможнымъ для самого пупилла, даже tutore auctore или post pubertatem, совершеніе уплаты по обязательству, изъ котораго противъ пупилла не возникаетъ иска. Съ этою цѣлью они интерполировали L. 13 § 1 D. 12, 6 Съ этою же цѣлью они включили въ Dig. 12, 6 фрагментъ изъ сочиненія Нерація, а въ Dig. 44, 7—фразу, выдернутую изъ разсужденія Руфина и получившую благодаря этому обособленію отъ остального

---

[158]) См. также Ульпіанъ въ L. 5 pr. D. 26, 8.

изложенія юриста такой видъ, что ее можно отнести къ неисковымъ обязательствамъ пупилла.

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія Юстиніановой компиляціи L. 41 и L. 58 имѣютъ дѣйствительно то значеніе, которое, какъ мы видѣли, приписывали имъ многіе изъ современныхъ ученыхъ. Эти фрагменты отрицаютъ возникновеніе для самого пупилла натуральнаго обязательства изъ сдѣлки, заключенной s. t. a. и не обогатившей пупилла, въ томъ смыслѣ, что самъ пупиллъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ совершить дѣйствительной уплаты по такой сдѣлкѣ. Но для классическаго права, какъ мы видѣли, значеніе этихъ фрагментовъ совсѣмъ иное.

II. Mulieres. Въ классическую эпоху женщины sui juris стоятъ подъ опекой и для дѣйствительности многихъ актовъ, совершаемыхъ ими, требуется auctoritatis interpositio со стороны опекуна. Между прочимъ, auctoritas tutoris требовалось и въ томъ случаѣ, если женщина хотѣла обязать себя исковымъ путемъ [159]). Съ другой стороны, источники показываютъ намъ, что обязательство, принятое на себя женщиной s. t. a., все-таки имѣло извѣстное значеніе: поручительство, установленное въ формѣ sponsio или fidepromissio по поводу promissio женщины s. t. a., дѣйствительно [160]); expromissio чужого долга, сдѣланная женщиной s. t. a., уничтожаетъ старый долгъ [161]). Это даетъ намъ основаніе думать, что и въ этомъ случаѣ римскіе юристы признавали наличность неисковаго натуральнаго обязательства [162]). Послѣдствія, связанныя съ этимъ обязательствомъ, вѣроятно, были еще серьезнѣе, нежели послѣдствія натуральнаго обязательства impuberis. Дѣло въ томъ, что женщины, стоящія подъ опекой, могли совершать s. t. a. отчужденія всякихъ вещей, кромѣ res mancipi [163]). Поэтому уплата, дѣ-

[159]) Cic. pro Caecina 25, 72. Illud enim potest dici judici ab aliquo non tam verecundo homine quam gratioso: „judica hoc factum esse aut numquam esse factum; crede huic testi, has conproba tabulas“; hoc non potest: „statue, cui filius agnatus sit, ejus testamentum non esse ruptum; judica, quod mulier sine tutore auctore promiserit, deberi“. Gai I, 192. III, 91, 108. Ulp. XI 27. См. къ этому Karlowa, Röm. Rechtsg., т. II, стр. 295 пр. 1.

[160]) Gai III, 119.

[161]) Gai III, 176.

[162]) См. также Schwanert, стр. 394. Accarias, Précis, т. II стр. 638.

[163]) Gai I, 192. II, 80. Ulp. XI, 27.

лаемая женщиной s. t. a. по своему натуральному обязательству, должна быть вполнѣ дѣйствительна, если только она не совершается чрезъ передачу права собственности на res mancipi. Кромѣ того, для оцѣнки способности женщины sui juris обязываться нужно помнить, что женщина могла принуждать своихъ опекуновъ давать ей необходимую auctoritas, если только это не были tutores legitimi [164]).—Въ Юстиніановомъ правѣ, какъ извѣстно, спеціальной опеки надъ женщиной не существуетъ.

III. Furiosi. Еще законы XII таблицъ говорили о попечительствѣ надъ furiosi; впослѣдствіи cura была распространена на всѣхъ умалишенныхъ (amentes, dementes, mente capti) [165]). Сумасшедшіе признаются въ нашихъ источникахъ, поскольку они дѣйствуютъ въ состояніи упомѣшательства [166]), вполнѣ недѣеспособными. Они приравниваются къ absentes или quiescentes [167]); у нихъ нѣтъ никакой voluntas [168]) и потому они не могутъ совершать никакихъ сдѣлокъ, ни отчуждательныхъ, ни пріобрѣтательныхъ [169]). Равнымъ образомъ, сумасшедшіе не отвѣчаютъ за совершенные ими

---

[164]) Послѣдніе принуждаются къ auctoritatis interpositio лишь въ случаѣ, „si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisve suscipiendae interveniat". Gai I, 190, 192 II, 122. Accarias, т. I, стр. 426 сл. Girard, Manuel. стр. 213.

[165]) Разница между furiosi съ одной стороны и amentes, dementes, mente capti—съ другой согласно новѣйшему изслѣдованію этого вопроса у Audibert, Etudes sur l'histoire du droit romain. т. I, стр. 9—73 сводится къ тому, что именемъ furiosi назывались люди, совершенно лишившіеся разсудка; именемъ dementes и mente capti—мономаны. Эта теорія принята и у Ch. Appleton, Revue génèrale du droit, de la législation et de la jurispr., т. 17 (1893 г.), стр. 139—146.

[166]) Слѣдовательно, не въ lucida intervalla; см. о послѣднихъ L. 20 § 4 D. 28, 1 Ulp. 1 Sab. L. 14 D. 1, 18 Macer 2 jud. publ. L. 2 C. 4, 38. L. 9 C. 6, 22. L. 6 C. 5, 70. § 1 J. 2, 12.

[167]) L. 2 § 3 D. 29, 7 Jul. 37 dig. L. 124 § 1 D. 50, 17. Paul 16 ed.

[168]) L. 19, 20 D. 39, 3 L. 40 D. 50, 17=Lenel, Pompon. 795.

[169]) L. 1 § 12 D. 44. 7 Gai 2 aur. L. 5 D. 50, 17 Paul. 2 Sab. L. 2 C. 4, 38. Diocl. et Max. L. 2 § 3 D. 29, 7 Jul. 37 dig. L. 18 § 1 D. 41, 2. Cels. 23 dig. L. 20 § 4 D. 28, 1 Ulp. 1 Sab. Ulp. 20, 13. L. 2 D. 5, 2 Marcian. 4 inst. L. 17 D. 28, 1 Paul. 3 sent. Gai III. 106. § 6 J. 2, 10. § 1 J. 2, 12. § 8 J 3, 19

деликты. Это признаетъ уже Пегазъ, который указываетъ и на причину такого правила: отсутствіе вмѣняемости [170]).

Исковымъ путемъ furiosus, если оставить въ сторонѣ utile judicium, даваемое противъ него куратору [171]), обязуется лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда «ex re actio venit», напр. въ случаѣ communio [172]).

Изъ всего этого слѣдуетъ, что нельзя придавать большого значенія сопоставленіямъ сумасшедшаго съ пупилломъ, которыя иногда встрѣчаются у римскихъ юристовъ [173]); въ другихъ мѣстахъ тѣ же юристы очень подчеркиваютъ разницу въ положеніи furiosi и impuberis [174]).

Соотвѣтственно всему изложенному, мы должны думать, что, если furiosus заключитъ въ состояніи умопомѣшательства какую-либо обязательственную сдѣлку, то эта сдѣлка будетъ вполнѣ ничтожна. Изъ нея furiosus не долженъ обязываться не только civiliter (за исключеніемъ actiones ex re venientes), но даже и naturaliter.

Это подтверждается двумя текстами, которые объявляютъ ничтожнымъ поручительство, установленное по поводу обязательства, которое принялъ на себя сумасшедшій.

L. 70 § 4 D. 46, 1. Gajus l. 1 de v. o. Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fidejussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur. quod si pro furioso jure obligato fidejussorem accepero, tenetur fidejussor.

Въ послѣднихъ словахъ разумѣется, конечно, тотъ случай, когда противъ furiosus возникла actio ex re veniens.

---

[170]) L. 5 § 2 D. 9, 2 Pegasus ap. Ulp. 18 ed. См. также L. 3 § 11 D. 29, 5 Ulp. 50 ed. L. 3 § 1 D. 47, 10 Ulp. 56 ed. L. 61 in f. D. 26, 7 Pompon. 20 epist.—Объ особаго рода мотивировкѣ въ рескриптѣ Марка Аврелія у Macer l. 2 jud. publ. L. 14 D. 1, 18 и у Молестина l. 8 reg. L. 12 D. 48, 8 и l. 12 pand. L. 9 § 2 D. 48, 9 см. Pernice, Labeo т. I, стр. 239.

[171]) См. о немъ Accarias Précis т. I, стр. 453. Baron, Pand. § 382.

[172]) L. 46 D 44, 7. Paulus 7 ad Plaut. — Если въ L. 3 § 5 D. 3, 5 Ulp. 10 ed. противъ furiosus дается a. neg. gestorum contraria, то ее, конечно, нужно ограничить предѣлами обогащенія сумасшедшаго. См. выше пр. 55. Windscheid, Pand. т II, § 430 пр. 24. Ср. Brinz. Pand. т. II, § 321 пр. 47.

[173]) См. напр. L. 7 § 11 D. 42, 4 Ulp. 59 ed.

[174]) См. L. 5 § 2 D. 9, 2. Ulp. 18 ed. L. 5 D. 50, 17. Paul. 2 Sab.

L. 6 D. 45, 1 Ulpianus l. 1 ad Sabinum. Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso.

Въ явномъ противорѣчіи съ этимъ рѣшеніемъ стоитъ знаменитая lex Marcellus:

L. 25 D. 46, 1 Ulpianus l. 11 ad edictum. Marcellus scribit. si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

Рѣшеніе это взято изъ 11-ой книги комментарія Ульпіана ad edictum, которая была посвящена вопросу о restitutiones in integrum. Въ подлинномъ сочиненіи Ульпіана lex Marcellus, вѣроятно, стояла въ тѣсной связи съ L. 13 pr. D. 4, 4 [175]); въ послѣднемъ фрагментѣ рѣчь идетъ о томъ, слѣдуетъ ли давать restitutio in integrum одному только minor XXV annis или также и его поручителямъ вопросъ рѣшается такъ: если поручитель вступился именно потому, что кредиторъ не хотѣлъ заключать сдѣлки съ minor'омъ, какъ съ таковымъ, то ему не дается реституція, но въ тоже время у поручителя отнимается actio mandati противъ minor'a, т. е. регресный искъ. Это бросаетъ свѣтъ на смыслъ слова «subvenire» и всего рѣшенія въ lex Marcellus. Здѣсь ставится аналогичный вопросъ: слѣдуетъ ли давать restitutio in integrum лицамъ, поручившимся за pupillus s. t. a. obligatus, за prodigus или за furiosus. Вопросъ рѣшается отрицательно: поручители должны отвѣчать на томъ основаніи, что ихъ отвѣтственность ничѣмъ не повредитъ пупиллу, расточителю и сумасшедшему: вѣдь поручители не имѣютъ регресса въ формѣ a. mandati къ этимъ лицамъ.

Такимъ образомъ, изъ lex Marcellus слѣдуетъ, что возможно дѣйствительное поручительство не только по поводу обязательства, принятаго на себя пупиллом s. t. a., но и по поводу обязательства, заключеннаго расточителемъ и сумасшедшимъ.

Рѣшеніе это, очевидно, не согласуется съ тѣмъ, что намъ говорятъ о поручительствѣ за сумасшедшаго Гай и Ульпіанъ въ приведенныхъ выше L. 70 § 4 D. 46, 1 и L. 6 D. 46, 1.

---

[175]) См. Lenel, Ulpian. 404.

Чѣмъ объяснить это противорѣчіе?

На нашъ взглядъ потребность въ соглашеніи этихъ мѣстъ существуетъ только для Юстиніанова права; для классической эпохи между ними никакого противорѣчія нѣтъ, ибо lex Marcellus несомнѣнно интерполирована.

Интерполяцію можно доказать цѣлымъ рядомъ соображеній.

1) Прежде всего, съ точки зрѣнія классическаго права весьма страннымъ представляется противорѣчіе между lex Marcellus и L. 6 D. 45, 1; оба фрагмента принадлежатъ одному и тому же юристу Ульпіану. Согласить эти два фрагмента между собою для эпохи классической юриспруденціи невозможно. Нельзя, напримѣръ, придать L. 25 D. 46, 1 ограничительное толкованіе, объяснивъ этотъ фрагментъ тѣмъ, что въ немъ говорится о поручителяхъ, вступившихся за цивильный долгъ пупилла, сумасшедшаго или расточителя (напр., за obligatio ex re veniens) [176]). Не говоря о томъ, что въ этомъ случаѣ все разсужденіе юриста сдѣлалось бы очень баналь-нымъ, это толкованіе не можетъ быть принято уже потому, что съ нимъ нельзя согласовать замѣчанія юриста объ отсутствіи регресса у поручителя; если бы поручитель уплатилъ за недѣеспособное лицо цивильный долгъ послѣдняго, то онъ своей уплатой обогатилъ бы его и имѣлъ бы регрессъ, по крайней мѣрѣ, въ предѣлахъ доставленнаго уплатой обогащенія [177]).—Нельзя толковать L. 6 cit. и L. 25 cit. и въ томъ смыслѣ, что первый фрагментъ содержитъ въ себѣ общее правило о недѣйствительности поручительства за ничтожное обязательство сумасшедшаго и расточителя, а второй устанавливаетъ исключеніе на тотъ случай, когда поручитель зналъ о полной недѣеспособности главнаго должника и именно отъ послѣдствій этой недѣеспособности хотѣлъ обезпечить кредитора [178]). Поручительство

---

[176]) Изъ новыхъ писателей такое объясненіе предлагаетъ, напр., Schwanert, стр. 377 прим. 51. Hasenbalg, die Bürgschaft des gemeinen Rechts (1870 г.), стр. 98 сл.

[177]) См. Audibert, стр. 273 сл. Machelard, стр. 273 сл. Girtanner, Bürgschaft (1850 г.), I Abth., стр. 21 сл.—Hasenbalg l. c. относитъ слова „quoniam, his etc." къ главному должнику, но для этого долженъ переводить „quoniam", какъ „хотя".

[178]) Такое толкованіе предлагаетъ Machelard, стр. 274 сл. Cf. Accarias, Précis т. II, стр. 638 пр. 2.

есть институтъ съ акцессорнымъ характеромъ и при отсутствіи вѣскихъ данныхъ мы не имѣемъ основанія думать, что классическій юристъ рѣшился бы въ разбираемомъ нами случаѣ нарушить догму объ акцессорности поручительства, допустивъ установленіе дѣйствительнаго поручительства за вполнѣ ничтожный долгъ [179]). 2) Мы уже установили выше, что въ lex Marcellus ставится вопросъ о томъ, можетъ ли быть дана restitutio in integrum поручителямъ. Этотъ вопросъ могъ бы быть поставленъ только о поручителяхъ пупилла, но не о поручителяхъ furiosi или prodigi. Если поручители пупилла въ оправданіи своей просьбы о реституціи могли бы ссылаться на то, что они не должны стоять принципіально въ худшемъ положеніи, чѣмъ поручители minoris, которые иногда могутъ требовать распространенія на нихъ реституціи, даваемой самому minor'у [180]), то довольно трудно подыскать основаніе, на которое опирались бы въ своей просьбѣ о реституціи поручители за сумасшедшаго или расточителя [181]). 3) Необычайнымъ въ языкѣ классическихъ юристовъ является негармоничное сочетаніе частицъ «ve vel», которое мы встрѣчаемъ въ lex Marcellus; со стороны византійцевъ-компиляторовъ такой латинскій языкъ представляется вполнѣ естественнымъ [182]). 4) Наконецъ, страннымъ является тотъ фактъ, что мѣстоименія «ei» и «his», которыя оба относятся къ поручителю, являются несогласованными между собою въ числѣ. Эта несогласованность лучше всего можетъ быть объяснена разсѣянностью компиляторовъ, которые измѣнили текстъ lex Marcellus, но забыли

---

[179]) См. Audibert, стр. 278 сл. Подобныя нарушенія дѣлаются классиками, но очень рѣдко и притомъ только относительно сохраненія поручительства въ силѣ послѣ уничтоженія гл. долга, а не относительно установленія поручительства вновь; см. о поручительствѣ ниже въ этой же главѣ пр. 235; въ главѣ XI изложеніе послѣ прим. 25; о залогѣ гл. X, пр. 23. Скорѣе всего мы можемъ допустить въ данномъ случаѣ такое нарушеніе догмы со стороны компиляторовъ, тѣмъ болѣе, что и другія основанія заставляютъ думать объ интерполяціи нашего фрагмента.—Ко всему этому см. особенно гл. XII, прим. 28 сл.

[180]) Объ этомъ говоритъ стоявшая въ связи съ lex Marcellus L. 13 pr. D. 4, 4. Разница состоитъ лишь въ томъ, что самъ пупиллъ въ отличіе отъ minor'a въ реституціи не нуждается L. 16 pr. D. 4, 4.

[181]) См. Ch. Appleton, op. cit. стр. 259 пр. 4.

[182]) См. Pernice, Sitzungsberichte der Berl. Akad. 1886 г., стр. 1191, пр. 2. Audibert, ср. 290. Appleton, l. c.

оба мѣстоименія привести въ соотвѣтствіе съ новой редакціей текста [183]).

Въ чемъ же состоитъ интерполяція нашего фрагмента?

Она не можетъ состоять въ томъ, что компиляторы поставили упоминаніе о fidejussio взамѣнъ receptum, о которомъ будто бы говорилъ Ульпіанъ [184]). Такое предположеніе недопустимо уже потому, что взамѣнъ уничтоженнаго receptum компиляторы вездѣ ставятъ constitutum, а не fidejussio [185]). Правильнѣе всего видѣть существо интерполяціи въ слѣдующемъ [186]). Марцеллъ и Ульпіанъ говорили не о fidejussio, а о sponsio и fidepromissio; такъ какъ эти виды поручительства мыслимы были только относительно verborum obligationes, то въ подлинномъ текстѣ стояло вмѣсто «obligato»— «promittente»; слова «prodigove vel furioso» вставлены компиляторами. Такимъ образомъ, подлинный текстъ гласилъ, приблизительно, слѣдующее:

Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate promittente spoponderit vel fidepromiserit, magis esse ut sponsori vel fidepromissori non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit.

Компиляторы воспользовались этимъ текстомъ для того, чтобы создать общее положеніе о поручительствѣ за пупилла, сумасшед-

---

[183]) См. Pernice, l. c. Gradenwitz, Interpolationen, стр. 37 H. Appleton, les interpolations dans les Pandectes, стр. 60; стр. 198. — Попытка отнести слово ei къ поручителю, а his къ pupillus, furiosus, prodigus, дѣлается у Girtanner, l. c. стр. 24 сл., но неудачно: Girtanner не объясняетъ намъ, почему же пупиллъ не пріобрѣтаетъ самъ a. mandati къ поручителю (см. Huschke, Darlehn, стр. 82 пр. 2. Audibert, стр. 283 пр. 3), и, сверхъ того, вноситъ въ текстъ многое такое, чего въ немъ нѣтъ (Schwanert, стр. 377 пр. 51). Huschke, l. c., предполагающій, что въ lex Marcellus идетъ рѣчь о furiosus и prodigus minores и что въ текстѣ должно стоять cum his, также вноситъ въ текстъ то, чего въ немъ нѣтъ. См. Krückmann, стр. 249. Иначе разсуждаетъ тотъ же Huschke въ Jurispr. Antejust. (5-ое изд.) къ Gai III, 119.

[184]) Такъ думаетъ Dernburg, Pand., т II, § 78 пр. 4.

[185]) Pernice l. c. Krückmann, стр. 249.

[186]) Основная идея для послѣдующаго дана у Pernice, l. c. За нимъ слѣдуетъ Gradenwitz, l. c. Ch. Appleton, l. c. H. Appleton, l. c. Ryck, Schuldverhältnisse стр. 34 пр. 1 и въ основныхъ чертахъ Audibert, стр. 281 сл. Huschke, l. c.

шаго и расточителя. Для этого они, во-первыхъ, замѣнили неподходящее для ихъ цѣлей слово «promittente» черезъ болѣе общее «obligato». Во-вторыхъ, они замѣнили указаніе на устарѣвшія sponsio и fidepromissio ссылкой на fidejussio. Въ третьихъ, вмѣсто словъ «sponsori vel fidepromissori» они поставили «ei», которое относится къ «si quis... fidejusserit», но забыли перемѣнить множественное число мѣстоименія his въ послѣдней фразѣ на единственное. Наконецъ, они вставили слова «prodigove vel furioso» и при этомъ неудачно съ точки зрѣнія языка соединили частицы ve vel.

Въ результатѣ мы получаемъ рѣшеніе вполнѣ естественное для классической эпохи: юристъ говоритъ, что за пупилла, обязавшагося s. t. a. въ формѣ стипуляціи, возможно поручительство: пупиллъ самъ, какъ мы видѣли выше, обязуется naturaliter; но поручители не могутъ претендовать на restitutio in integrum, ссылаясь на то, что такая реституція иногда распространяется на поручителей за minor XXV annis; дѣло въ томъ, что реституція оказывается поручителямъ лишь въ виду возможности регресса ихъ къ главному должнику; въ данномъ же случаѣ поручители регресса не имѣютъ, ибо пупиллъ не обязуется исковымъ путемъ изъ мандата, даннаго имъ поручителямъ s. t. a.; слѣдуетъ прибавить къ этому, что поручители не имѣютъ къ пупиллу и a. neg. gest. contraria, такъ какъ пупиллъ обязуется при веденіи его дѣлъ s. t. a. только въ случаѣ и въ размѣрахъ обогащенія [187]).

Съ L. 6 D. 45, 1 для классической эпохи противорѣчія нѣтъ, ибо въ подлинномъ текстѣ фрагмента, изъ котораго компиляторы сдѣлали L. 25 D. 46, 1, ничего о поручительствѣ за сумасшедшаго или расточителя не говорилось.

Спрашивается теперь, съ какою же цѣлью произвели компиляторы эту интерполяцію? Другими словами: какой смыслъ имѣетъ въ Дигестахъ L. 25 D. 46, 1 и въ какомъ отношеніи стоитъ она къ L. 6 D. 45, 1 и L. 70 § 4 D. 46, 1?

Намъ думается, что и для Юстиніанова права нельзя относить lex Marcellus къ поручительству за цивильныя обязательства, въ видѣ исключенія возникающія для пупилловъ, сумасшедшихъ и ра-

---

[187]) См. выше прим. 55.

сточителей (ex re venientes) [188]). Дѣло въ томъ, что, какъ мы видѣли, поручители въ этихъ случаяхъ своей уплатой обогащаютъ главнаго должника и должны имѣть регрессъ даже при его полной недѣеспособности, по крайней мѣрѣ, въ размѣрахъ обогащенія [189]). Такимъ образомъ, данное толкованіе не согласовалось бы съ мотивомъ ‹quoniam his mandati actio non competit›, который имѣетъ значеніе ссылки на полное отсутствіе регресса. Такого противорѣчія между отдѣльными положеніями одного и того же мѣста не могли бы допустить даже и компиляторы [190]). Правильнѣе было бы по нашему мнѣнію другое толкованіе [191]). Lex Marcellus съ точки зрѣнія компиляторовъ относится къ сдѣлкамъ, изъ которыхъ пупиллъ обязанъ лишь naturaliter, а расточитель и сумасшедшій совсѣмъ не обязаны. Тѣмъ не менѣе, компиляторы, желая улучшить положеніе расточителей и сумасшедшихъ и руководясь, вѣроятно, также соображеніями о прочности оборота, считаютъ возможнымъ признать дѣйствительнымъ поручительство и за вполнѣ ничтожные долги послѣднихъ лицъ. Этимъ нарушается догма объ акцессорности поручительства. Поэтому мы и не признали возможнымъ такого толкованія для классической эпохи. Но со стороны византійцевъ такого рода поступокъ намъ представляется вполнѣ допустимымъ. Не стѣсняясь теоретическими соображеніями объ акцессорности поручительства, они интерполировали lex Marcellus съ тѣмъ, чтобы удовлетворить своей тенденціи поднять положеніе расточителей и сумасшедшихъ [192]). Съ L. 6 D. 45, 1 и L. 70 § 4 D. 46, 1 лучше всего согласить lex Marcellus для Юстиніанова права слѣдующимъ образомъ: первые два фрагмента содержатъ въ себѣ общее правило, а послѣдній по исключенію уста-

---

[188]) Такъ предлагаетъ Pernice, l. c. Съ этимъ согласенъ напр. Krückmann, стр. 250 сл.

[189]) Прим. 55, прим. 172.

[190]) Нельзя опираться въ подтвержденіе опровергаемаго взгляда на слово „obligato“, которое компиляторы поставили взамѣнъ „promittente“, какъ это дѣлаетъ Pernice. „Obligato“ относится только къ „pro pupillo s. t. a“, а не къ „prodigove vel furioso“, и означаетъ совершеніе обязательственной сдѣлки s. t. a. См. Girtanner, l. c. стр. 24. Audibert, стр. 295 сл.

[191]) Предложенное у Audibert, стр. 296, 315.

[192]) Почти къ полному уничтоженію cura prodigi привела эта тенденція въ позднѣйшей Nov. 39 Льва Философа. См. Audibert, стр. 315 сл.

навливаетъ дѣйствительность поручительства въ томъ случаѣ, если поручитель вступился за обязательство расточителя или сумасшедшаго, зная о недѣеспособности этихъ лицъ и желая гарантировать кредитора именно отъ послѣдствій этой недѣеспособности.

IV. Prodigi. Въ XII таблицахъ было установлено, что лицо, расточающее bona paterna avitaque, полученныя имъ ab intestato, должно подвергаться особой «interdictio ea re commercioque» и поступать подъ cura legitima своихъ агнатовъ. Впослѣдствіи cura и interdictio были распространены на всѣхъ расточителей [193]).

Prodigus, cui bonis interdictum est, является ограниченнымъ въ своей дѣеспособности. Основнымъ принципомъ относительно этого является въ классическую эпоху сопоставленіе такого расточителя съ сумасшедшимъ. [194]). Однако положеніе расточителя не вполнѣ совпадаетъ съ положеніемъ furiosi. Расточитель можетъ meliorem suam condicionem facere [195]). Соотвѣтственно съ этимъ мы находимъ цѣлый рядъ указаній на дѣйствительность совершаемыхъ имъ пріобрѣтательныхъ актовъ [196]). Въ этомъ смыслѣ одинъ разъ въ источникахъ prodigus приравнивается къ pupillus, а не къ furiosus [197]). Но расточитель безусловно не можетъ уменьшать своего имущества юридическими сдѣлками: eis deminutio est interdicta [198]). Недѣйствительны всѣ заключаемыя расточителями сдѣлки, содержащія въ себѣ отчужденіе имущества или налагающія на расточителя обязательственныя обязанности [199]). Расточитель можетъ обязываться

---

[193]) Ulp. XII. 2, 3. Paul III, 4-a, 7.

[194]) L. 1 pr. D. 27, 10 Ulp. 1 Sab. L. 12 § 2 D. 26, 5 Imp. Pius ap. Ulp 3 off. proc. L. 16 pr. § 1 D. 27, 10 Tryphon. 13 disp. L. 6 D. 45, 1 Ulp. 1 Sab. L. 40 D. 50, 17 Pompon. 34 Sab. L. 28 § 1 D. 2, 14 Gai 1 ed. prov. Другіе источники см. у Audibert, стр. 162 пр. 2.

[195]) L. 3 D. 46, 2 Pomp. 1 Sab.

[196]) L. 18 § 3 D. 49, 17 Maecian. 1 fideic. L. 6 D. 45, 1 Ulp. 1 Sab. L. 9 § 7 D. 12, 1 Ulp. 26 ed.

[197]) L. 9 § 7 D. 12, 1 Ulp. 26 ed.

[198]) L. 10 pr. D 27, 10 Jul. ap. Ulp. 16 ed.

[199]) L. 26 D. 18, 1 Pomp. 17 Sab. L. 10 pr. D. 27, 10 Ulp. 16 ed. L. 6 D. 45, 1 Ulp. 1 Sab. L. 40 D. 50, 17. Pomp. 34 Sab. L. 18 § 2 D. 49, 17. Maecian. 1 fideic. L. 35 § 1 D. 12, 2 Paul 28 ed. L. 9 § 5, 7 D. 12, 1 Ulp. 26 ed. L. 3 C. 2, 21 (22). L. 29 D 12, 6 Ulp. 2 disp. Ulp. 20, 13. L. 18 pr. D. 28, 1 Ulp. 1 Sab. § 2 J. 2, 12. § 6 J. 2, 10.

только въ тѣхъ случаяхъ, когда actio ex re venit [200]) и когда обязательство возникаетъ изъ деликта [201]).

Такимъ образомъ, prodigus, cui bonis interdictum est, долженъ быть уравненъ съ furiosus только относительно совершаемыхъ имъ юридическихъ сдѣлокъ, которыя имѣютъ цѣлью произвести отчужденіе имущества или наложить на расточителя обязательственную обязанность. Эти сдѣлки расточителя вполнѣ ничтожны; заключая ихъ, расточитель производитъ еще менѣе юридическихъ послѣдствій, нежели пупиллъ, дѣйствующій s. t. a.: послѣдній обязуется naturaliter, а для расточителя не возникаетъ даже неисковое обязательство. Причина различія понятна: въ лицѣ пупилла право имѣетъ субъекта съ недостаточно развитымъ характеромъ и волей; расточитель же есть лицо, за которымъ относительно сдѣлокъ, уменьшающихъ имущество, признается извращенная, ненормальная воля. Расточитель въ глазахъ права есть своего рода мономанъ.

Что расточитель не обязывается изъ своихъ сдѣлокъ даже naturaliter, это ясно изъ указанія Ульпіана l. 1 Sab., что поручительство за обязательство, принятое на себя расточителемъ, такъ же ничтожно, какъ и поручительство за обязательство furiosi [202]). Что касается lex Marcellus, то въ ней, какъ мы видѣли, интерполированы слова «prodigove vel furioso» [203]). Поэтому для класси-

---

[200]) L. 9 § 5, 7 D. 12, 1 Ulp. 26 ed.

[201]) Savigny, System т. III, стр. 89 пр. w. Pernice, Labeo т. I, стр. 238 пр. 19. Steiniger, Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Entmündigung des Verschwenders (1890 г.) стр. 34 сл.—Относительно способности расточителя совершать aditio hereditatis (L. 5 § 1 D. 29, 2) см. Savigny, l. c. стр. 89 пр. v. Rudorff, Vormundsch. т. I, стр. 140. Steiniger, стр. 32 сл. Ch Appleton, l. c. стр. 257 сл.

[202]) L. 6 D. 45, 1.

[203]) Къ сказанному выше о lex Marcellus нужно добавить только слѣдующее. Audibert, стр. 290 сл. предлагаетъ считать въ lex Marc. интерполированными только слова „vel furioso“, но не „prodigove“. О расточителѣ говорилъ, по его мнѣнію, и Марцеллъ, но въ совершенно особомъ смыслѣ. Въ классическую эпоху, именно, различалось два вида объявленныхъ расточителей: расточители, interdictio которыхъ опиралась на lex XII tab., и расточители, попечительство надъ которыми введено было преторомъ exemplo furiosi. Только послѣдніе были неспособны обязываться. Первые же только не могли управлять своими bona paterna avitaque; они обязывались civiliter и только взысканіе по обяза-

ческаго ученія о расточителяхъ она значенія не имѣетъ, а въ Юстиніановомъ правѣ она показываетъ только, что иногда допускается дѣйствительное поручительство за расточителя, хотя послѣдній остается совершенно свободнымъ отъ обязательства, подобно сумасшедшему.

V. Minores XXV annis. По древнѣйшему римскому праву гражданинъ, достигшій возраста pubertas, дѣлается вполнѣ способнымъ къ участію въ гражданскомъ оборотѣ. Съ усложненіемъ оборота такое положеніе вещей сдѣлалось очень опасно для такихъ лицъ, такъ какъ pubertas наступала въ слишкомъ раннемъ возрастѣ. Необходимо было принять мѣры для того, чтобы оградить puberes, не обладающихъ еще достаточною опытностью въ дѣлахъ, отъ обмановъ, которымъ они легко могли подвергнуться со стороны недобросовѣстныхъ лицъ, и отъ ущербовъ, которые они сами могли нанести себѣ необдуманными рѣшеніями. Первый шагъ въ этомъ направленіи былъ сдѣланъ законодательствомъ. Около половины 6-го вѣка a. u. c. издана была lex Plaetoria [204]), направленная противъ circumscriptio minorum. Этотъ законъ ввелъ, во-первыхъ, judicium publicum противъ лицъ, повинныхъ въ обманѣ молодыхъ людей до

тельствамъ, принятымъ имъ на себя, не могло падать на bona paterna avitaque. Юристъ въ L. 25 D. 46, 1 имѣлъ въ виду именно этихъ расточителей, которые обязывались civiliter. Но противъ этого слѣдуетъ возразить: 1) самое существованіе въ классическомъ правѣ двухъ видовъ объявленныхъ расточителей, несмотря на всѣ аргументы Audibert'a, остается недоказаннымъ. См. Ch. Appleton, l. c. стр. 237 сл.; Girard, Manuel, стр. 217 пр. 3; 2) если бы это различіе между расточителями и существовало, то имъ нельзя было бы воспользоваться для объясненія lex Marcellus: Audibert, говоритъ, что расточители первой категоріи могли цивильно обязываться; чѣмъ же тогда объяснить, что въ lex Marcellus противъ нихъ не дается a. mandati? См. Ch. Appleton, l. c. стр. 259. — Одного только furiosus хочетъ исключить для классической эпохи и Ubbelohde, Grünhut's Zeitschrift т. IV, стр. 685. См. о его теоріи Audibert, стр. 239 сл., стр. 290 сл. Appleton, l. c. стр. 234 сл. — Steiniger, op. cit. стр. 28 сл. не признаетъ существованія obl. nat. prodigi. Но онъ не считаетъ нужнымъ даже входить въ разсмотрѣніе отношенія между L 6 D. 45, 1 и L. 25 D. 46, 1 (стр. 28 пр. 10). — Противъ obl. nat. prodigi высказываются также Rudorff, Vorm. I, стр. 138 пр. 44. Büchel, стр. 83. Regelsberger, Pandekten, § 135 пр. 6.

[204]) Въ качествѣ новаго закона она упоминается у Плавта Pseudulus, I. 3, 69 сл. Rudens V, 3, 24 сл.

25-лѣтняго возраста [205]); далѣе, онъ, повидимому, давалъ лицамъ моложе 25 лѣтъ какое то гражданско-правовое средство для того, чтобы парализовать невыгодныя послѣдствія сдѣлки, заключенной подъ вліяніемъ обмана; послѣ введенія формулярнаго процесса это средство послужило основой для особой exceptio legis Plaetoriae [206]); наконецъ, законъ этотъ дозволилъ minores XXV annis, приведя достаточное основаніе (redditis causis), испрашивать для себя особыхъ кураторовъ [207]).—Второй шагъ предпринятъ былъ преторомъ. Преторъ ввелъ для minores XXV annis особую restitutio in integrum, съ помощью которой minor могъ добиться отнятія юридическаго эффекта не только у такихъ сдѣлокъ, въ которыя онъ вовлеченъ былъ обманомъ, но вообще у всякой сдѣлки, изъ которой онъ понесъ убытки, благодаря своему недостатку въ опытѣ и осмотрительности [208]). Реституція возможна была даже противъ сдѣлокъ, заключенныхъ съ согласія куратора minoris [209]). Такимъ образомъ, къ реституціи могъ прибѣгать какъ minor, имѣющій куратора, такъ и не имѣющій такового.—Наконецъ, третье важное событіе состояло въ томъ, что имп. Маркъ Авреліи дозволилъ лицамъ моложе 25 лѣтъ испрашивать себѣ кураторовъ, не приводя какого-либо спеціальнаго основанія для своей просьбы [210]). Сверхъ того, въ императорскую эпоху установлено было, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ minor могъ быть принужденъ испросить себѣ куратора. Именно, этого могъ потребовать отъ minor'а тотъ, кто желалъ вести съ нимъ процессъ [211]), тотъ, кто желалъ произвести ему уплату долга [212]), наконецъ, опекунъ, желавшій отдать ему отчетъ въ веденіи опеки и сдать имущество [213]). Въ результатѣ всѣхъ этихъ нововведеній

---

[205]) Cic. de nat. deor. 3, 30, 74. Lex Julia mun. 111.

[206]) L. 7 § 1 D. 44, 1. Paul. 3 Plaut... „aut pro minore XXV annis circumscripto". См. Savigny, Verm. Schr. т. II. стр. 340. Huschke, Zeitschr f. R. G. т. 13, стр. 323 сл. Girard, Manuel, стр. 319 пр. 5.

[207]) Capitolin. vita Marci, 10. См. къ этому Huschke, въ Zeitschr. f. R. G. т. XIII, стр. 335 сл.

[208]) L. 1 pr. L. 11 § 4, 5 D. 4, 4.

[209]) L 2 3 C. 2, 24 (25).

[210]) Capitolin. Marcus 10. Huschke, l. c. стр. 351.

[211]) § 2 J. 1, 23. L. 1 C. 5, 31.

[212]) L. 7 § 2 D. 4, 4.

[213]) L. 7 C. 5, 31. Cf. L 5 § 5, L. 33 § 1 D. 26, 7.

cura minorum стала у Римлянъ явленіемъ весьма обычнымъ, хотя до самаго конца встрѣчались minores, не имѣющіе кураторовъ.

Спрашивается, способны ли были обязываться minores XXV annis въ развитомъ римскомъ правѣ? Мы постараемся разрѣшить этотъ вопросъ сперва относительно minores, имѣющихъ кураторовъ, а затѣмъ для minores, не стоящихъ подъ попечительствомъ.

а) Что касается minores, находящихся sub cura, то со времени Діоклеціана дѣеспособность ихъ является ограниченной. На это мы имѣемъ не одно доказательство въ источникахъ. Прежде всего, сюда относится слѣдующая конституція.

L. 3 C. 2. 21 (22). Impp. Diocletianus et Maximianus. Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem rem venum dedisti, hunc contractum servari non oportet, cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est. si vero sine curatore constitutus contractum fecisti. implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis. (a. 293).

Отсюда видно, что въ эпоху Діоклеціана minor curatorem habens не нуждался въ restitutio in integrum, если онъ заключалъ безъ согласія куратора обязательственный контрактъ купли-продажи; этотъ контрактъ самъ по себѣ не имѣлъ силы. Это показываетъ, что вообще minor, находящійся подъ попечительствомъ, можетъ обязываться съ полною силой лишь при содѣйствіи своего куратора.

Другая конституція той же эпохи гласитъ:

L. 2 C. 3, 6. Impp. Diocl. et Maxim. In rebus, quae privati judicii quaestionem habent, sicut pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, ita et adultus curatore consentiente litem et intendere et excipere debet. (a. 294).

Minor можетъ выступать въ гражданскомъ процессѣ въ качествѣ истца и отвѣтчика только при наличности consensus curatoris; въ этомъ отношеніи положеніе его аналогично съ положеніемъ пупилла.

Наконецъ, Юстиніанъ въ конституціи 531 года[214]) указываетъ, что minor нуждается въ consensus curatoris для совершенія aditio

---

[214]) L. 26 C. 5, 37.

hereditatis; этотъ актъ, какъ извѣстно, въ результатѣ могъ привести къ возникновенію обязательственныхъ отношеній [215]).

Эти данныя съ достаточной убѣдительностью обнаруживаютъ, что со времени Діоклеціана minor curatorem habens терпитъ ограниченіе своей дѣеспособности и, между прочимъ, обязываться изъ юридическихъ сдѣлокъ съ полною силою можетъ лишь curatore consentiente.

Иное мы должны сказать для классической эпохи. Въ это время, повидимому, minores, имѣющіе кураторовъ, еще не ограничивались въ дѣеспособности и могли обязываться совершенно свободно. Положеніе, что при наличности попечительства minor долженъ считаться не вполнѣ дѣеспособнымъ, могло создаться только въ результатѣ реформъ императорскаго періода, главнымъ образомъ, реформъ Марка Аврелія, которыя сдѣлали cura minorum обычнымъ явленіемъ. Но оно выработалось лишь постепенно со времени Діоклеціана и не было еще извѣстно одному изъ самыхъ позднихъ классическихъ юристовъ — Модестину, который писалъ въ первой половинѣ третьяго вѣка [216]). Этимъ объясняется слѣдующій отрывокъ изъ сочиненій Модестина.

L. 101 D 45, 1 Modestinus l. 4 de praescriptionibus (pandectarum?) [217]) Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.

Наиболѣе естественнымъ толкованіемъ этого мѣста является слѣдующее: по мнѣнію Модестина наличность куратора не имѣетъ значенія для способности minor'a обязываться. Одинаково способны заключать обязательственныя сдѣлки puberes, имѣющіе кураторовъ и не имѣющіе таковыхъ.

Соотвѣтственно съ этимъ выражается и Павелъ:

L. 43 D. 44, 7. Paulus l. 72 ad ed. Obligari potest pater familias suae potestatis pubes compos mentis; pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili; servus autem ex contractibus non obligatur.

---

[215]) Изъ приводимой у Huschke, l. c. стр. 316 L. 1. C. 2, 24 (25), которая принадлежитъ не Діоклеціану, а Каракаллѣ, опредѣленныхъ заключеній о необходимости cons. curatoris для aditio hereditatis сдѣлать нельзя.

[216]) См. Krüger, Gesch. d. Qu., стр. 227 пр. 18, 19.

[217]) Объ inscriptio см Lenel, Modestinus 110 пр. 1.

Ясно, что, по мнѣнію Павла, всякое лицо sui juris, достигшее pubertas, можетъ обязываться, если оно пользуется душевнымъ здоровьемъ. Согласіе куратора, если таковой имѣется, для этого безразлично; иначе Павелъ упомянулъ бы о его необходимости точно такъ же, какъ упоминаетъ о необходимости auctoritas tutoris для impuberes.

Такое же заключеніе должно быть выведено и изъ слѣдующаго замѣчанія того же юриста.

Fr. Vat. 110. Paulus respondit, etiam post nuptias copulatas dotem promitti vel dari posse; sed non curatore praesente promitti debere, sed tutore auctore.

Рѣчь идетъ здѣсь о mulier sui juris minor XXV annis; такая женщина имѣетъ своего tutor mulieris и, сверхъ того, можетъ имѣть еще curator minoris [218]). Павелъ сообщаетъ, что auctoritas tutoris необходима для dotis promissio, какъ и для всякаго установленія приданаго [219]), но consensus curatoris не требуется при promissio dotis, хотя это есть актъ, налагающій на женщину обязательство.

Этому не противорѣчатъ рѣшенія Цельза l. 11 dig. [220]) и Теренція Клеменса l. 3 ad legem Jul. et Pap. [221]). Въ Дигестахъ Юстиніана эти рѣшенія гласятъ, что для promissio dotis со стороны mulier adulta требуется согласіе куратора, который можетъ быть или generalis curator, или же dotis dandae causa constitutus. Но несомнѣнно, что оба эти рѣшенія въ Дигестахъ интерполированы; въ подлинныхъ сочиненіяхъ Цельза и Теренція Клеменса говорилось не о согласіи curator minoris, а объ auctoritas tutoris mulierum, причемъ имѣлся въ виду или tutor generalis, или-же tutor ad dotem constituendam datus согласно lex Julia et Papia Poppaea [222]). Такимъ образомъ, для классической эпохи эти источники по нашему вопросу ничего не даютъ. Но, съ другой стороны, они подтверждаютъ выше установленное положеніе, что въ послѣ—классическую эпоху

---

[218]) Savigny, Verm. Schriften. т. II, стр. 387 сл. Huschke, l. c. стр. 314. Girard, Manuel, стр. 222 пр. 1.

[219]) См. Karlowa, Röm. R. G., т. II, стр. 294.

[220]) L. 60 D. 23, 3.

[221]) L. 61 D. 23, 3.

[222]) О послѣднемъ см. Ulp. XI, 20. Gai I, 178. Rudorff, Röm. R. G., т. I, стр. 65 пр. 10.

minores не могутъ обязываться безъ consensus curatoris; соотвѣтственно съ этимъ компиляторы въ этихъ двухъ рѣшеніяхъ слово tutor замѣнили вездѣ словомъ curator, имѣя въ виду, конечно, curator minoris[223]).

Въ окончательномъ результатѣ мы должны сказать, что въ классическую эпоху до самого ея конца minor, находящійся подъ попечительствомъ, не терпитъ умаленія своей дѣеспособности и можетъ обязываться безъ содѣйствія куратора. Въ эпоху Діоклеціана и позже состояніе права мѣняется и minor curatorem habens можетъ обязываться лишь съ согласія куратора. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и Юстиніанъ. Однако, въ компиляцію, вѣроятно, по недосмотру попали такія рѣшенія, какъ L. 101 D. 45, 1 и L. 43 D. 44, 7, содержащія въ себѣ право классической эпохи.

Перемѣна въ положеніи minor curatorem habens произошла, такимъ образомъ, уже въ періодъ упадка юриспруденціи. Этимъ объясняется то обстоятельство, что эта реформа не была проведена вполнѣ послѣдовательно. Именно, реформаторы забыли о положеніи pubes, не достигшаго 25 лѣтъ, который стоитъ sub patria potestate; для этого лица сохранилось прежнее право. Въ концѣ концовъ получился странный результатъ: minor sui juris, если имѣетъ куратора, терпитъ ограниченіе своей дѣеспособности и безъ согласія куратора не можетъ обязываться изъ сдѣлокъ; такой же minor alieni juris, напротивъ, является вполнѣ способнымъ къ заключенію обязующихъ его сдѣлокъ. Объ этомъ намъ сообщаетъ помѣщенный въ компиляцію Юстиніана отрывокъ изъ Gai l. 2 de v. o[224]). Нѣтъ никакихъ указаній на то, что положеніе это впослѣдствіи было измѣнено[225]).

---

[223]) Объ интерполяціи въ L. 60, 61 D. 23, 3 см. Lenel, Celsus 92 и Ter. Clemens 5. Gradenwitz, Interp. стр. 73. Appleton, les interpol., стр. 71 и 142. Machelard, стр. 264 пр. 1.

[224]) L. 141 § 2 D. 45, 1.

[225]) На это явленіе обращаетъ вниманіе Accarias, Précis т. I, стр. 450 пр. 1. Кромѣ этого писателя, историческимъ путемъ объясняютъ разногласіе между L. 101 D. 45, 1 и L. 3 C. 2, 21 (22) еще слѣдующіе: Dernburg, Pand. т. I § 53, 2. Machelard, стр. 263 сл. Girard, стр. 223 пр. 1 и 2. Pernice Labeo т. I, стр. 227 пр. 71.—Въ литературѣ существуетъ много другихъ предположеній объ отношеніи между L. 101 cit. и L. 3 cit. 1) Donellus, Comm. j. c. l. XII, c XXII, §§ 14, 15 учитъ, что вообще minores curatores habentes не могутъ

Возникало ли для minor XXV annis въ послѣ-классическую эпоху натуральное обязательство изъ сдѣлки, заключенной имъ безъ согласія куратора, объ этомъ источники намъ ничего не сообщаютъ. Но нужно думать, что такой minor, имѣющій curator'a, не былъ

обязываться sine curatore (L. 3 cit.); въ L. 101 cit. или слѣдуетъ читать non possunt, или же понимать слова „sine curatoribus suis" въ смыслѣ отсутствія кураторовъ (такъ и Glossa ad L. 101).—2) Weber, стр. 253 сл. полагаетъ, что minor sub cura не обязывается sine curatore; L. 101 cit. относится къ сдѣлкамъ, которыя касаются лица, а не имущества. Ср. также Büchel, стр. 84. Противъ этого см. Vangerow, Pand. т. I (7-е изд.), стр. 529. Ihering, Ges. Aufs. т. II, стр. 392.—3) Puchta, Pand. § 51 пр. d и Vorles., т. I, (5-ое изд.), стр. 112 сл. проводитъ слѣдующій взглядъ: minor, имѣющій куратора, не можетъ обязываться sine curatore; L. 101 говоритъ лишь о томъ, что присутствіе куратора при самомъ заключеніи сдѣлки не необходимо. Противъ этого см. Rudorff къ Puchta's Vorl., т. I, стр. 115 пр. 6, стр. 114 пр. 3. Machelard. стр. 262. Ihering, стр. 293.—4) Очень распространено воззрѣніе, по которому minor sub cura обязываться можетъ свободно (L. 101), но отчуждать ничего не можетъ sine curatore (L. 3 C. cit.). Cujacius ad tit. de V. O., L. 101. Rudorff, Vormundsch., т. II. стр. 285 сл. Vangerow, l. c. стр. 530 сл. Savigny, Verm. Schr. т. II, стр. 383 сл. Keller, Pand. т. II, § 449 пр. 13—15. Brinz, Pand. (2 е изд.), т. I, стр. 213 сл. Windscheid, Pand. т. I, § 71 пр. 8. Huschke, l. c. стр. 311 сл. Maynz, Cours de dr. rom. (4-е изд.), т. III, стр. 185 сл. Conta, Verpflichtungsfah. d. Minderj. (In. Diss. 1891 г.) стр. 7 сл. Повидимому, также Schwanert, стр. 381 пр. 64. Соотвѣтственно съ этимъ, нѣкоторые писатели отмѣчаютъ, что въ L. 3 C. cit. рѣчь идетъ не о куплѣ-продажѣ, а о переносѣ собственности на ея основаніи. Savigny, l. c. стр. 384 пр. 2. Huschke, l. c. стр. 346. Такое толкованіе, хотя и не невозможно, но все же не соотвѣтствуетъ обычному смыслу выраженій, употребленныхъ въ L. 3 C. cit. Сверхъ того, все различіе между обязательствами и отчужденіями мало вѣроятно. См. Ihering, стр. 383 сл. Accarias, т. I, стр. 450 пр. 1. Съ этимъ, повидимому, согласенъ и Conta, l. c. стр. 11 сл.—5) Ihering. l. c. стр. 391 сл. учитъ, что вообще minor sub cura не можетъ обязываться sine curatore, но онъ можетъ, по исключенію, совершать выгодную для него novatio и сюда то и относится L. 101 cit. Правильно замѣчаетъ Girard, Manuel, ср. 223 пр. 2, что это „une interprétation très ingenieuse, mais peut-être plus satisfaisante en apparence qu'en realité". См. также Conta, стр. 15 сл. Толкованіе Іеринга принимается, какъ единственно возможное для Юстиніанова права, у Dernburg, Pand. l. c. См. также Hölder, Pand. стр. 207 сл. Regelsberger, Pand. § 131 пр. 16.—6) Ubbelohde, Grünh. Zeitschr. т. IV, стр. 696 сл. и здѣсь предлагаетъ различать между цивильнымъ и преторскимъ правомъ. См. о его теоріи Windscheid, I, § 71 пр. 10. Conta, стр. 16 сл. См. также выше прим. 203.

поставленъ хуже, чѣмъ impubes, который, какъ мы знаемъ, заключая сдѣлку sine tutoris auctoritate, обязывался изъ нея naturaliter. Діоклеціанъ и Юстиніанъ въ разсмотрѣнныхъ выше конституціяхъ (L. 2 C. 3, 6 и L. 26 C. 5, 37) дѣйствительно сопоставляютъ minor curatorem habens съ pupillus, находящимся подъ опекой. Это сравненіе, вѣроятно, болѣе правильно, нежели сравненіе съ prodigus, cui bonis interdictum est, дѣлаемое Діоклеціаномъ въ другомъ мѣстѣ (L. 3. C. 2, 21).

b) Minores, которые не имѣютъ кураторовъ, не терпятъ никакихъ ограниченій въ своей дѣеспособности. Они могутъ цивильно обязываться своими сдѣлками. Но въ случаѣ laesio, происшедшей на основаніи заключенной ими сдѣлки, они могутъ испрашивать restitutio in integrum. Такая реституція лишаетъ исковой защиты обязательство, принятое на себя minor'омъ. Намъ остается разсмотрѣть вопросъ: не сохраняетъ ли обязательство minoris, послѣ оказанной послѣднему реституціи, силы натуральнаго обязательства?

Источники намъ не даютъ на это прямого отвѣта. Но они позволяютъ намъ выяснить, всѣ ли послѣдствія, которыя были связаны съ обязательствомъ minoris, уничтожаются послѣ реституціи или же нѣкоторыя изъ нихъ остаются въ силѣ. Именно, источники даютъ намъ матеріалъ для того, чтобы судить, какъ restitutio in integrum minoris отзывается на положеніи вступившихся за его обязательство поручителей.

Изъ этихъ источниковъ выясняется слѣдующее. Если minor добьется restitutio in integrum, то это еще не значитъ, что и поручители его дѣлаются свободными отъ иска кредитора; actiones adjecticiae qualitatis, возникшія противъ majores на основаніи сдѣлки minoris, по общему правилу остаются въ силѣ послѣ реституціи самого minoris; точно также, обыкновенно, въ силѣ остаются и тѣ иски, которые кредиторъ имѣетъ противъ поручителей minoris; только иногда и на поручителей распространяется реституція, замѣчаетъ Ульпіанъ l. 11 ad edictum, гдѣ содержится все вышеизложенное разсужденіе[226]). Когда именно реституція распространяется на поручителей, — это мы узнаемъ изъ другихъ рѣшеній. Тотъ же Ульпіанъ l. 11 ad ed. въ другомъ мѣстѣ[227]) говоритъ, что

[226]) L. 3 § 4 D. 4, 4.

[227]) L. 13 pr. D. 4, 4.

безусловно не можетъ претендовать на освобожденіе въ результатѣ реституціи поручитель, который вступился, зная о minor aetas главнаго должника, съ цѣлью гарантировать кредитора отъ невыгодныхъ для него послѣдствій возможной въ будущемъ реституціи. Чтобы самъ minor не пострадалъ отъ этой продолжающейся отвѣтственности его поручителей, Ульпіанъ совѣтуетъ ему испрашивать у претора реституцію и противъ регресснаго иска поручителей. Въ полномъ соотвѣтствіи съ этимъ Павелъ въ Sent. receptae [228]) заявляетъ, что реституція не вліяетъ на отвѣтственность того, кто «sciens prudensque se pro minore obligaverit, si id consulto consilio fecerit».—Тѣми же соображеніями, конечно, руководился Папиніанъ, дѣлая l. 28 quaestionum слѣдующее рѣшеніе [229]). Вообще поручитель, наслѣдуя должнику, освобождается confusione отъ своей отвѣтственности ex causa fidejussionis лишь въ томъ случаѣ, если обязательство главнаго должника было сильнѣе (plenior), нежели обязательство самого поручителя. Если главный должникъ былъ minor и поручитель вступился за него «sine contemplatione juris praetorii», т. е. не имѣя въ виду гарантировать кредитора отъ невыгодныхъ послѣдствій restitutio in integrum, къ которой могъ прибѣгнуть minor по преторскому праву, а ручаясь лишь за способность должника къ платежу, то обязательство такого поручителя, рѣшаетъ Папиніанъ, въ случаѣ его наслѣдованія minor'у, уничтожается confusione, а отъ отвѣтственности за главный долгъ поручитель освободится, непрашивая реституцію. право на которую перешло къ нему по наслѣдству (L. 18 § 5 D. 4, 4). Такимъ образомъ, юристъ думаетъ, что обязательство поручителя въ этомъ случаѣ не будетъ полнѣе обязательства minoris. Это можно объяснить только тѣмъ, что Папиніанъ при жизни главнаго должника призналъ бы освободительное дѣйствіе реституціи не только относительно minor'a, но и относительно его поручителя, вступившагося «sine contemplatione juris

---

[228]) Paul. S. R. I, 9, 6.

[229]) L. 95 § 3 D. 46, 3. Текстъ этого фрагмента слѣдуетъ читать, конечно, съ добавленіями и поправками, которыя предлагаетъ Mommsen ad h. l. Ср. также Machelard, стр. 250 сл. 255 пр. 2.— О словахъ „bonae fidei" (лучше читать „bona fide", относя эти слова къ кредитору; Mommsen, ad h. l.) см. L. 24 § 4 D. 4, 4. L. 12 § 11 D. 17, 1.

praetorii».—Если императоры Северъ и Антоникъ [230]) рѣшаютъ безъ всякихъ оговорокъ, что послѣ реституціи, оказанной обратившемуся къ нимъ за рескриптомъ minori XXV annis, поручители послѣдняго должны отвѣчать, то это объясняется, вѣроятно, тѣмъ, что въ случаѣ, подлежавшемъ рѣшенію императоровъ, поручители обязались «cum contemplatione iuris praetorii». Въ концѣ рескрипта прибавлено, что поручители должны имѣть регрессъ къ minor'у, если послѣдній не испроситъ реституціи и противъ поручителей [231]).—Но, вѣроятно, поручительство за minor'а, какъ за такового, составляло въ Римѣ общее правило и въ случаѣ сомнѣнія подразумѣвалось. Только этимъ можно объяснить, что Павелъ, который, какъ мы видѣли, не распространяетъ реституціи лишь на того поручителя, который «sciens prudensque se obligaverit» [232]), въ l. 3 ad Plautium заявляетъ въ общихъ выраженіяхъ, что реституція освобождаетъ самого minor'а, а не его поручителей [233]).

Въ виду того, что какъ самъ minor, такъ при извѣстныхъ условіяхъ и его поручитель могутъ освободиться черезъ реституцію, Ульпіанъ l. 60 ad ed. говоритъ, что minor не является въ процессѣ defensor idoneus [234]).

Такимъ образомъ, во многихъ случаяхъ поручитель остается

---

[230]) L. 1 C. 2, 23 (24).

[231]) Точно такъ же объясняется и рескриптъ Діоклеціана и Максиміана въ L. 2 C 2, 23 (24). См. Vangerow, Pand. т. I, (7-е изд.), стр. 314 сл.

[232]) См. пр. 228.

[233]) L. 7 § 1 D. 44, 1 in fine. Въ словахъ „pro minore XXV annis circumscripto" заключается, вѣроятно, указаніе на exceptio legis Plaetoriae (см. выше пр. 206); дальше говорится о restitutio in integrum.

[234]) L 51 pr. D. 3, 3.—L. 89 D. 29, 2 Scaev. 13 quaest. не относится къ нашему вопросу: здѣсь идетъ рѣчь не о restitutio in integrum minoris, а о benef. abstinendi, которое дается impuberibus безъ всякой rest. in int. даже послѣ того, какъ они „se in hereditatem immiscuerint"; для puberes minores въ этомъ случаѣ нужна rest. in int., но ихъ не имѣетъ въ виду этотъ текстъ. Ср. L. 11. L. 57 pr. D. 29. 2. L. 2 § 1 D. 26, 7. L. 57 § 1 D. 29, 2. L. 7 § 5 D. 4, 4. Brinz. Pand. т. III, стр. 183. Windscheid, Pand. § 420 пр. 13, 14. — Ко всему изложенному о поручительствѣ за minores ср. Machelard, стр. 242 сл. Savigny, System т. VII, стр. 217—222. Vangerow, Pand. т. I, § 183 пр. 1. Windscheid, Pand. т. I, § 120 пр. 18. Dernburg, Pand. т. I, § 143 пр. 12. Hasenbalg. Bürgschaft. стр. 356—397.

отвѣтственнымъ передъ кредиторомъ, хотя главный должникъ—minor испросилъ для себя restitutio in integrum. Можно было бы ожидать, что въ основу сохраняющейся отвѣтственности поручителя юристы положатъ obligatio naturalis, остающуюся для самого minor'a послѣ реституціи. Однако, такого упоминанія объ obl. nat. мы въ источникахъ нашихъ не находимъ. Повидимому, юристы сочли возможнымъ обойтись въ данномъ случаѣ безъ этого понятія [235]).

---

[235]) См. къ этому Brinz, Pand. т. II § 225 пр. 38.—Hasenbalg, l. c. стр. 385 и 643 сл.; Köttgen, Zulässigkeit der Bürgschaft ohne Hauptschuld, (diss. 1896 г.), стр. 27 сл. видятъ здѣсь случай, гдѣ поручительство сохраняется несмотря на полное уничтоженіе главнаго долга: fidejussio въ данномъ случаѣ, по мнѣнію этихъ двухъ писателей, не является настоящимъ поручительствомъ.— Ср. кромѣ того ниже гл. X пр. 21; глава XI послѣ прим. 25. Выше прим. 179.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Натуральныя обязательства, которыя возникаютъ изъ договоровъ, не удовлетворяющихъ формальнымъ условіямъ.

I. Pactum nudum. Понятіе «nudum pactum» характеризуется чисто отрицательными чертами [1]): это такое соглашеніе, которое не является однимъ изъ цивильныхъ контрактовъ классической эпохи и не снабжено искомъ въ качествѣ pactum praetorium, legitimum или adjectum. Такія pacta nuda въ классическую эпоху не считаются лишенными всякаго юридическаго значенія. Имъ была посвящена особая статья въ преторскомъ эдиктѣ. Въ Юліановской редакціи эдикта эта статья гласитъ: «pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebiscita senatus consulta edicta decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo» [2]). Главнымъ образомъ, практическое значеніе этой статьи эдикта сводилось къ тому, что на основаніи ея изъ всякаго pactum, удовлетворяющаго требованіямъ эдикта, въ эпоху классическихъ юристовъ, хотя и не давалось иска, но давалась эксцепція. «Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem», говоритъ Ульпіанъ l. 4 ad edictum [3]). Такія pacta nuda, порождающія эксцепцію, мо-

---

[1]) Ср. Schlesinger, Zur Lehre v. d. Formalcontracten (1858 г.) стр. 93.

[2]) L. 7 § 7 D. 2, 14 Ulp. 4 ed. и къ этому Lenel, Ed. perp. стр. 53. О первоначальной редакціи и исторіи этой нормы см. Buckler, The origin and history of contract in roman law (1895 г.) стр. 158 сл. Girard, Manuel, стр. 580 пр. 1. Pernice, Labeo т. I стр. 415 сл.

[3]) L. 7 § 4 D. 2, 14. См. также Paul II. 14, 1. L. 45 D. 2, 14 Hermo-

гутъ быть по содержанію своему раздѣлены на двѣ группы: они могутъ имѣть своею цѣлью парализовать вполнѣ или отчасти искъ, возникающій изъ какого либо юридическаго отношенія; тогда мы имѣемъ pactum de non petendo; или же они заключаются для того, чтобы установить обязанность къ какому либо предоставленію; такое pactum можно назвать pactum obligatorium или p. constitutivum. Весьма вѣроятно, что, вводя exceptio pacti, преторъ имѣлъ въ виду, главнымъ образомъ, pactum de non petendo, чѣмъ, между прочимъ, объясняется и мѣсто эдикта de pactis въ общей системѣ edictum perpetuum [4]). Но несомнѣнно, что въ классическую эпоху exceptio pacti давалась и изъ pactum obligatorium, если только лицо, въ пользу котораго было заключено такое pactum, затѣмъ почему либо попадало въ положеніе отвѣтчика по иску, предъявляемому лицомъ, на которое наложена была обязанность къ предоставленію по данному pactum obligatorium [5]).

Pacta praetoria и legitima, напротивъ, были снабжены исковою защитой на основаніи преторскаго эдикта и императорскихъ конституцій. Что же касается pacta adjecta, то о нихъ нужно сказать нѣсколько словъ, такъ какъ нѣкоторыя изъ нихъ также представляютъ интересъ при разсмотрѣніи вопроса о натуральныхъ обязательствахъ.

Pacta adjecta суть безформенныя соглашенія, которыя имѣютъ придаточное, акцессорное значеніе; они заключаются сторонами для того, чтобы измѣнить какія либо подробности главной сдѣлки; они имѣютъ цѣлью или уменьшить содержаніе обязанности, возникающей изъ главной сдѣлки,—pactum ad minuendam obligationem, [6])

---

gen. L. 15 D. 19, 5 Ulp. 42 Sab. L. 10. 21. 28 C. 2, 3. L. 3 C. 4, 64. L. 27 C. 4, 65. L. 27. C. 4, 55.

[4]) См. Accarias. Précis т. II стр. 394 пр. 1. Lenel, Ed. perp., стр. 24 пр. 1—2.

[5]) Въ этомъ убѣждаютъ, помимо L. 72 pr. D 18, 1 и L. 7 § 5 in f. D. 2,14, относящихся къ pacta ex intervallo adjecta ad augendam obligationem (о нихъ рѣчь ниже), еще приведенные въ недавнее время и объясненные у Hellmann'a въ Zeitschr. d. Sav. Stift. т. XII, Rom. Abth., стр. 356 слл. (1892 г.) L. 22 D. 23, 4 Jul. l. 2. ad Urs. Ferocem (argum. a contrario) и L. 28 § 7 D. 24, 1 Paulus l. 7 Sab.

[6]) Напр. pactum, прибавленное къ купѣ—продажѣ, освобождаетъ продавца отъ отвѣтственности за эвикцію. Windscheid, Pand. т. II. § 391 пр. 38.

или, напротивъ, увеличить размѣръ обязанности стороны въ главной сдѣлкѣ—pactum ad augendam obligationem [7]). Pactum adjectum можетъ быть прибавлено къ главной сдѣлкѣ при самомъ ея заключеніи—pactum in continenti adjectum—или же спустя нѣкоторое время—pactum ex intervallo adjectum. Въ развитомъ римскомъ правѣ эти pacta adjecta нормированы слѣдующимъ образомъ.

Если pactum прибавлено къ bonae fidei negotium, то дѣлается слѣдующее различіе. Pactum in continenti adjectum считается частью главной сдѣлки и потому ipso jure уменьшаетъ содержаніе возникающаго изъ сдѣлки иска, если оно было ad minuendam obligationem, или увеличиваетъ его, будучи ad augendam obligationem [8]). Pactum, прибавленное ex intervallo, даетъ только exceptio, которая bonae fidei judicio inest [9]); такая exceptio возникаетъ не только изъ pactum ad minuendam obligationem, но и изъ pactum ad augendam obligationem (если управомоченное лицо попадаетъ въ положеніе отвѣтчика) [10]).

При negotia stricti juris pacta in continenti adjecta ad minuendam obligationem также считаются составной частью главной сдѣлки и ipso jure вліяютъ на искъ [11]). Pacta ad augendam obligationem, если прибавлены in continenti, также вліяютъ на размѣры actionis [12]),

---

[7]) Напр., договоръ объ уплатѣ процентовъ съ главнаго долга.

[8]) L. 7 § 5 D. 2, 14 Ulp. 4 ed. L. 13 C. 2, 3 Imp. Maximinus a. 236).

[9]) L. 7 § 6 D. 2, 14 Ulp. 4 ed. См. о значеніи этого положенія Accarias, Précis, т. II стр. 397 пр. 1. Girard, Manuel. стр. 581 пр. 1.—Приложеніе въ концѣ книги.

[10]) L. 7 § 5 D. 2, 14 in f. „sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones". О странномъ толкованіи этого мѣста у Pernice, Labeo, т. I стр. 414 сл., см. Hellmann l. c. стр. 349 пр. 2.—L. 72 pr. D. 18, 1. Papin. l. 10 quaest. „sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore". Къ этому см. Keller, Institutionen, стр. 121. Accarias, т. II стр. 397. Girard, стр. 582 пр. 2 Van-Wetter, Obligations, т. III, стр. 271. пр. 14.

[11]) См. L 40 D. 12, 1 Paulus 3 quaest. (переводъ и подробное толкованіе у van-Wetter, l. c. стр. 267 пр. 5). L. 4 § 3 D. 2, 14 Paul. 3 ed. L. 11 § 1 D. 12, 1 Proculus ap. Ulp. 26 ed. L. 41 § 1 D. 22, 1 Modestin. 3 resp.

[12]) L. 40 D. 12, 1 cit. L. 7 D. 12, 1. Ulp. 26 ed. L. 10 C. 2, 3. Alex. (a. 227).

кромѣ договоровъ о процентахъ и аналогичныхъ съ ними [13]). Въ остальныхъ случаяхъ (т. е. если pactum ex intervallo adjectum est) pactum производитъ только exceptionem.

Такимъ образомъ, изъ числа pacta adjecta, увеличивающихъ обязанности сторонъ, не даютъ иска pacta ad augendam obligationem, прибавленныя ex intervallo къ сдѣлкамъ bonae fidei и stricti juris, и договоры о процентахъ и т. п., прибавленные in continenti къ сдѣлкамъ stricti juris [14]).

Особыя нормы сообщаются намъ источниками классической эпохи относительно безформеннаго соглашенія объ уплатѣ процентовъ — pactum de usuris praestandis,—прибавленнаго къ negotium stricti juris.

Изъ сказаннаго выше мы уже знаемъ, что такое pactum adjectum не было снабжено исковой защитой, хотя бы и было прибавлено къ сдѣлкѣ строгаго права in continenti. Имѣя въ виду это отсутствіе иска, Африканъ (Юліанъ?) l. 8 quaestionum говоритъ: «pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi» [15]), а Павелъ замѣчаетъ въ томъ же смыслѣ, что pactum de usuris praestandis «nullius momenti est: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur» [16]). Тѣмъ не менѣе, такое pactum вызывало довольно своеобразныя послѣдствія. 1) Источники положительно говорятъ намъ, что если проценты уплачивались должникомъ на основаніи такого соглашенія, то уплата не подлежала возврату, но и не зачитывалась въ капиталъ [17]). Въ виду того, что

---

[13]) L. 11 § 1 D. 12, 1 in f. L. 24 D. 19, 5 Afric. 8 quaest (къ этому фрагменту ср. Gradenwitz, Interpolationen, стр. 140—143). L. 17 pr. D. 2, 14 Paul. 3 ed. Cf. Paul. II, 14, 1. L. 3 C. 4, 32. Ко всему сказанному ср, Accarias, Précis, т. II стр. 398—400. Girard, Manuel, стр. 581 сл. van Wetter, l. c. стр. 270 пр. 12.

[14]) Accarias l. c. стр. 400 и стр. 241 считаетъ необходимымъ ограничить значеніе pactum de usuris in continenti adjectum только при mutuum, а не при stipulatio См. противъ этого Girard, стр. 582 пр. 1.

[15]) L. 24 D. 19, 5 (см. выше прим. 13). Что юристъ имѣетъ въ виду только отсутствіе иска, это не подлежитъ сомнѣнію: онъ отвѣчаетъ на вопросъ „qua actione ab eo consequi possit".

[16]) Paul. R. S. II, 14, 1.

[17]) L. 5 § 2 D. 46 3 Imp. Antonin. ap. Ulp. 43 Sab. „sicut ex pacti conventione datae repeti non possunt". L. 3 C. 4, 32. Imp. Severus et Anton. (a. 200) „Quamvis usurae fenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non

въ одномъ изъ этихъ мѣстъ источниковъ [18]) сказано, что такія usurae ‹naturaliter debentur›, слѣдуетъ принимать исключеніе condictionis indebiti не ope exceptionis, a ipso jure, какъ это всегда имѣетъ мѣсто при наличности натуральнаго обязательства [19]). Требуется только, чтобы usurae ex pacto не были usurae illicitae, т. е. свыше дозволенной нормы [20]).—2) Уплата такихъ дозволенныхъ usurae ex pacto можетъ быть обезпечена установленіемъ за нихъ залога [21]). Залогъ долженъ быть открытымъ соглашеніемъ распространенъ на usurae ex pacto [22]); въ такомъ случаѣ на основаніи этого соглашенія о залогѣ usurae ex pacto ‹retineri possunt›, т. е. кредиторъ, продавъ залогъ, можетъ употребить вырученную сумму и на покрытіе недоимочныхъ процентовъ [23]). Слѣдовательно, мы здѣсь имѣемъ дѣло съ настоящимъ залогомъ, управомочивающимъ кредитора къ продажѣ вещи для удовлетворенія своего за неуплату безформенно обѣщанныхъ процентовъ [24]).—3) Если должникъ произво-

---

possunt, tamen ex pacti conuentione solutae neque ut indebitae repetuntur neque in sortem accepto ferendae sunt".—Сюда же слѣдуетъ отнести, вѣроятно, и L. 26 pr. D. 12, 6 Ulp. 26 ed., такъ какъ у Ульпіана въ L. 5 § 2 D. 46, 3 cit. объ usurae ex pacto также сказано, что онѣ суть usurae indebitae. См. объ этомъ главу VI прим. 77 слл.

[18]) L. 5 § 2 D. cit.

[19]) См. объ этомъ главу XII.—Brinz, Pand. (2-ое изд). т. II стр. 53 пр. 3 утверждаетъ, что приведенныя мѣста говорятъ объ уплатѣ, сдѣланной въ сознаніи о несуществованіи долга (искового). Но для этого утвержденія нѣтъ никакихъ опоръ въ источникахъ.

[20]) L. 26 pr. D. 12, 6 cit.

[21]) L. 11 § 3 D. 13, 7 Ulp. 28 ed. L. 4 C. 4. 32 Sev. et Ant. (sine die et c.). L. 21 C. eod. Imp. Diocl. et Max. (sine die et c). L. 22 C. eod. Idem (sine c).

[22]) L. 11 § 3 D. 13, 7 cit. „si tamen pignus et in eas obligatum fuerit". L. 4 § 1 C. 4, 32 cit.

[23]) L. 22 C. 4, 32 cit. Здѣсь въ выраженіи „usurae quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt" слово „pacto" слѣдуетъ понимать о pactum hypothecae. См. толкованіе этого мѣста у Hellmann'a, l. c. стр. 341—3.

[24]) Schwanert, стр 139—151, а за нимъ Brinz, Pand. т. II стр. 53 пр. 3 и Kuntze, Excurse (2-ое изд.), стр. 543, стараются доказать, что мѣста, приведенныя въ прим. 21, имѣютъ въ виду не настоящій залогъ, а лишь право на retentio pignoris за usurae ex pacto, введенное императорскими конституція-

дитъ уплату съ оговоркой, что онъ платитъ именно проценты, то такая уплата зачитывается поровну и за usurae ex stipulatione, и за usurae ex pacto, разъ въ данномъ случаѣ были установлены и тѣ, и другіе проценты; не требуется для этого, чтобы usurae ex pacto были обезпечены залогомъ [25]). Если должникъ просто производитъ уплату, не оговариваясь, что платитъ проценты, то различается два случая: a) если налицо были только usurae ex pacto, не обезпеченныя залогомъ, то solutio simpliciter facta зачитывается не за usurae, a in sortem [26]); b) если же установлены были usurae ex pacto, обезпеченныя залогомъ, то уплата зачитывается за эти проценты, а не въ капитальный долгъ [27]).

ми. Неосновательность этого воззрѣнія достаточно обнаружена у Hellmann l. c. стр. 339—348. См. также Scheurl въ Krit. VJ Schr. т. VI, стр. 502. Прибавимъ только слѣдующее. Schwanert, стр. 149 слл. въ качествѣ доказательства того, что pactum de usuris не устанавливало настоящаго натуральнаго обязательства и не служило основой для настоящаго залога, ссылается на непримѣнимость къ usurae ex pacto ретенціи залога, введенной по L. 1 C. 8, 26 (27). Правда, изъ L. 22 C. 4, 32, изданной позже L. 1. C. 8, 26, видно, что ретенція не была дана по поводу pactum de poena praestanda, на которое залогъ прямо не былъ распространенъ. Pactum de poena, быть можетъ, подлежало одинаковымъ правиламъ съ pactum de usuris. Но и въ этомъ случаѣ нераспространеніе сюда ретенціи ex lege 1 C. 8, 26 ничего на нашъ взглядъ не доказываетъ: намъ кажется, что едва ли эта ретенція вообще была примѣнима къ обязательствамъ, лишеннымъ иска. Ретенція залога по L. 1 C. 8. 26 даетъ кредитору средство вынудить у должника уплату долга, не обезпеченнаго залогомъ; такое вынужденіе уплаты несогласно съ общимъ характеромъ натуральнаго обязательства, которое не снабжено исковою защитой. Противъ этого нельзя ссылаться, вслѣдъ за Weber, Nat. Verbindl. § 108, на общія выраженія, въ которыхъ редактирована L. 1 C. 8. 26: редакторы конституціи могли упустить изъ виду неисковыя обязательства. Schwanert, стр. 150 ссылается однако только на указанное мѣсто книги Weber'a.—Hellmann, стр. 347 слл. устраняетъ L 1 C. 8, 26 путемъ иного толкованія.

[25]) L. 5 § 2 D. 46, 3 cit. (1-ая часть отъ словъ „si sint usurae debitae“ (раньше нихъ что-то выпало, какъ замѣчаетъ Mommsen ad h. l.) до словъ „ut verba rescripti ostendunt“).

[26]) L. 5 § 2 D. 46, cit. (2-ая часть отъ словъ „sed si forte“ до конца).

[27]) L 21 C. 4, 32 cit Такимъ образомъ, разница въ рѣшеніи между L. 21 C. cit и 2-й частью L. 5 § 2 D. 46,3 cit. объясняется тѣмъ, что въ L. 21 C. cit. usurae ex pacto обезпечены залогомъ, а во 2-ой части L. 5 § 2 cit. имѣются въ виду usurae ex pacto, за которыя залога не установлено. См. Hellmann, стр. 343 сл.

Имѣя все это въ виду, Ульпіанъ l. 43 ad Sabinum (L. 5 § 2 D. 46, 3) объявляетъ, что usurae ex pacto «naturaliter debentur». Онъ видитъ въ такомъ pactum источникъ натуральнаго обязательства въ полномъ смыслѣ слова [28]). Если Ульпіанъ тутъ же называетъ usurae ex pacto именемъ «usurae indebitae», то это выраженіе относится только къ недопустимости иска объ уплатѣ такихъ процентовъ; совершенно въ томъ же смыслѣ, какъ мы уже видѣли выше (прим. 15), Африканъ говоритъ, что usurae ex pacto non debentur.

Спрашивается: являются ли эти нормы объ исключеніи condictio indebiti и о допустимости залога особенностью одного только pactum de usuris и аналогичныхъ съ нимъ pacta adjecta, или же онѣ должны быть распространены на всякое pactum nudum? Другими словами: можно ли во всякомъ pactum nudum видѣть источникъ натуральнаго обязательства или же слѣдуетъ признать, что установленное Ульпіаномъ натуральное обязательство возникаетъ лишь на основаніи pactum de usuris praestandis и ему подобныхъ?

Мы видѣли, что всякое pactum nudum, не давая иска, устанавливаетъ exceptio pacti. Вопросъ нашъ сводится къ тому, конструировали ли римскіе юристы всякое pactum, защищенное такой эксепціей, какъ obligatio naturalis? До сихъ поръ мы разсматривали юридическія нормы, регулировавшія pacta nuda; теперь намъ нужно постараться познакомиться съ юридической конструкціей этихъ нормъ у римскихъ юристовъ.

Поставленный вопросъ, прежде всего, долженъ быть ограниченъ въ одномъ отношеніи. Онъ не касается цѣлой категоріи pacta nuda, именно т. наз. pactum de non petendo. Этого рода соглашеніе ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть разсматриваемо, какъ источникъ обязательственныхъ правъ вообще, въ томъ числѣ и натуральныхъ обязательствъ. Если pactum de non petendo и устанавливаетъ субъективное право, то это право можетъ быть отнесено лишь въ недавно установленную Беккеромъ категорію отрицательныхъ правъ

---

[28]) Это не простое naturale debitum, ибо по его поводу возможенъ вполнѣ дѣйствительный залогъ (см. пр 24). О различіи между nat. obligatio и naturale debitum сказано будетъ ниже въ главѣ XII.

(das negative Recht). Подъ именемъ отрицательнаго права Беккеръ разумѣетъ такое право, дѣйствіе котораго ограничивается парализованіемъ вполнѣ или отчасти дѣйствія другихъ (положительныхъ) правъ [29]). Объектомъ отрицательнаго права является, повидимому, парализуемое имъ право другого лица [30]).

Такимъ образомъ, вопросъ сводится къ тому, вытекало ли по римскому воззрѣнію натуральное обязательство изъ pactum obligatorium или p. constitutivum? Такое pactum заключалось для обоснованія обязанности къ какому либо представленію. Оно не защищалось искомъ, но получало тѣмъ не менѣе юридическую защиту въ формѣ эксцепціи. Слѣдовательно, въ немъ былъ достаточный матеріалъ для того, чтобы построить понятіе неискового обязательства. Невыяснено только одно: воспользовались ли римскіе юристы этимъ матеріаломъ въ видахъ построенія натуральнаго обязательства ex pacto nudo, или же pactum obligatorium, за исключеніемъ pactum de usuris praestandis и т. п., не было подвергнуто такой обработкѣ и въ глазахъ юристовъ продолжало оставаться явленіемъ sui generis, не стоящимъ въ связи съ системой натуральныхъ обязательствъ.

Это вопросъ, прежде всего, юридической конструкціи. Но онъ имѣетъ и практическое значеніе для выясненія содержанія нормъ права, касавшихся nudum pactum obligatorium. Въ самомъ дѣлѣ, если всякое pactum было источникомъ натуральнаго обязательства, то его дѣйствіе не ограничивалось уже тѣмъ, что оно производило exceptio pacti на основаніи преторскаго эдикта. Подобно pactum de usuris praestandis оно должно было въ такомъ случаѣ ipso jure исключать condictio indebiti и служить достаточной основой для залога и, конечно, также для поручительства.

Вопросъ въ современной литературѣ является въ высшей степени спорнымъ. Есть группа ученыхъ, которая старается доказать, что и pactum de usuris praestandis порождало не настоящую obligatio naturalis, а только гораздо болѣе ограниченное въ своемъ

---

[29]) Bekker, System des heut. Pandektenrechts, т. I (1886 г.), стр. 89.

[30]) Bekker, l. c. стр. 92—0 pactum de non petendo упоминаетъ, какъ объ отрицательномъ правѣ, самъ Bekker, l. c стр. 91.—Теорія Беккера объ отрицательныхъ правахъ принята у Dernburg'a Pand. т. I § 137.—Ср. къ этому о p. de non petendo Girtanner, die Stipulation (1859 г.), стр. 411 слл. Machelard, стр. 42 слл.

дѣйствіи debitum naturale [31]). Мы видѣли, однако, что изъ pactum de usuris возникаетъ obligatio naturalis въ настоящемъ смыслѣ, способная быть основой вполнѣ дѣйствительнаго залоговаго права (выше прим. 24 и 28). Остальные писатели спорятъ о томъ, является ли obligatio naturalis послѣдствіемъ каждаго nudum pactum obligatorium, или же она признана только въ случаѣ pactum de praestandis usuris [32]). Въ пользу того и другаго мнѣнія приводится рядъ аргументовъ, которые мы и постараемся оцѣнить въ дальнѣйшемъ изложеніи.

Сторонники того взгляда, что изъ всякаго pactum nudum obligatorium возникаетъ натуральное обязательство, приводятъ слѣдующіе аргументы въ защиту этого положенія.

1) Многіе изъ нихъ указываютъ на то, что каждое такое pactum защищается черезъ exceptio, если кредиторъ попадаетъ въ положеніе отвѣтчика передъ своимъ должникомъ, и въ этомъ уже

---

[31]) Сюда относятся Leliévre, Responsio ad quaestionem juridicam, quid est obl. nat.? (1826 г.) стр. 20 пр. 1. Holtius, Abhandl. übers. v Sutro (1852 г.), стр. 14 слл. Schwanert, стр. 139 слл. Brinz, Pand. т. II стр. 53 пр. 1—3. Kuntze, Excurse, стр. 543. – Изъ этихъ писателей Schwanert полагаетъ, что такое naturale debitum возникало изъ всякаго pactum nudum, и только retentio pignoris ipso jure считаетъ особенностью одного pactum de usuris praestandis. Стр. 151 сл.

[32]) Въ пользу obl. nat. изъ всякаго pactum obligatorium высказываются: Weber, Nat. Verb., стр. 307. Reinhardt, стр. 44. Francke, Civ. Abh., стр. 69. Büchel, стр. 65 слл. Pfordten, Abhandl. стр. 263 слл. Schmidt von Ilmenau въ Richter's Krit. Jahrbücher т. 21 (1947 г.), стр. 26 слл. Puchta, Pand § 237 f. Savigny, Oblig. R. т. I стр. 53 слл. Ullrich, Naturalobl. d. Pupillen, стр. 62 слл. Machelard, стр. 28 слл. Massol, стр. 181 слл. Van-Wetter, Obligations т. I стр. 225 – 228. Hellmann, l. c. стр. 325 слл. Dernburg, Pand. т. II (по 5-ому изд). § 5 пр. 15. Accarias, т. II стр. 394 сл. стр. 634.—Противъ этого см. (кромѣ указанныхъ въ прим. 31): Meyerfeldt, Schenkungen, т. I стр. 344 слл. Unterholzner, Schuldverhältnisse т. I стр. 50 сл. Liebe, въ Zeitschr. f. Civilr. und Prozess, т. 15 (1841 г.) стр. 147 слл. Gneist, die Formellen Verträge (1845 г.), стр. 169 слл. Ihering, Geist d. röm. Rechts (5-ое изд.), т. I стр. 36 пр. 45. Brinz, Krit. Blätter № 3, стр. 16 слл. Schlesinger, op. cit стр. 90. Girtanner, op. cit. стр. 401 слл. Bekker, въ Jahrb. d. gem. R. т. IV (1860 г.) стр. 395 сл. Sheurl въ Krit. Vierteljahrschr., т. VI стр. 501 сл. и въ Jahrb. f. Dogm. т. VII стр. 343 слл. Windscheid, Pand. т. II § 289 пр. 1 Girard, стр. 622 пр. 5,

видятъ достаточный признакъ возникновенія натуральнаго обязательства ex nudo pacto [33]). Самый фактъ, что pactum obligatorium порождаетъ exceptio, можетъ считаться доказаннымъ [34]). Но въ качествѣ аргумента въ пользу возникновенія натуральнаго обязательства на этотъ фактъ ссылаться, конечно, нельзя. Весь вопросъ, какъ мы видѣли, состоитъ именно въ томъ, конструировано ли римскими юристами pactum obligatorium, дающее exceptio pacti, какъ obligatio naturalis, или нѣтъ. Рѣшать этотъ вопросъ въ утвердительномъ смыслѣ на томъ основаніи, что pactum obligatorium даетъ exceptio, — значитъ прибѣгать къ petitio principii [35]). Поэтому мы не считаемъ рѣшающими поставленный вопросъ и тѣ два мѣста источниковъ, которые въ недавнее время, какъ окончательный аргументъ въ пользу obligatio naturalis ex nudo pacto, выставилъ Hellmann [36]), а именно L. 22 D. 23, 4 Julianus l. 2 ad Urs. Fer. и L. 28 § 7 D. 24, 1 Paulus l. 7 ad Sabinum. Если правильно толкованіе этихъ мѣстъ, даваемое Hellmann'омъ [37]), то первый

Baron, Pandekten (8 ое изд.), § 230 пр. 23 § 209 пр. 26, 27.—Нерѣшительно, но скорѣе въ пользу перваго воззрѣнія, Hofmann, Entstehungsgründe d. Obligationen (1874 г.) стр. 32 пр 61.

[33]) См. Weber, стр. 307. Büchel, стр. 66. Pfordten, Abhandlungen, стр. 264. Schmidt von Ilmenau, l c. стр. 28. Machelard, стр. 28 сл. van Wetter, l. c. стр. 226 пр. 4.

[34]) См. источники въ прим. 5 и 10.—Въ литературѣ и этотъ фактъ подвергался сомнѣнію. Высказывалось мнѣніе, что exco pacti возникаетъ только изъ pactum de non petendo См. Meyerfelt, l. c. стр. 345. Unterholzner l. c. стр. 50 пр. b. Gneist l. c. стр. 170; 173 сл. Brinz, l. c. стр. 19. См. однако противъ этого Büchel стр. 66 сл. Pfordten, стр. 264 сл. Machelard, стр. 34; стр. 95 сл. Accarias, т. II. стр. 394. Hellmann, l. c. стр. 356 слл. Спеціально о филологическомъ аргументѣ Gneist'a см. Schmidtv. Ilmenau. l. c. стр. 29 прим. Schlesinger, op. cit., стр. 93 пр. 9.

[35]) Уже въ прежней литературѣ были голоса, даже среди защитниковъ nat. obl. ex pacto (см. напр. Savigny, op. cit. стр. 54 пр. d. въ концѣ), въ томъ смыслѣ, что exceptio pacti не является рѣшающимъ моментомъ для нашего вопроса. Особенно, конечно, на этомъ настаивали сторонники противнаго воззрѣнія на obl. nat. ex pacto. См. Brinz, l. c стр. 18 пр. 26 Schwanert, стр. 123 слл. Противъ нихъ, однако, Hofmann, стр. 31 пр. 56.

[36]) Zeitschr. d. Sav. St. Rom. Abth., т. XII стр. 356—360.

[37]) L. 28 § 7 D. 24, 1 изложена настолько сжато, что смыслъ ея все-таки остается сомнительнымъ.

фрагментъ путемъ argumentum a contrario, а второй прямо удостовѣряютъ, что изъ pactum de annuo praestando, состоявшагося между мужемъ и женой, возникаетъ exceptio pacti, разъ это pactum не приводитъ въ результатѣ къ недозволенной donatio inter virum et uxorem. Но въ такомъ случаѣ эти фрагменты только подтверждаютъ, что pactum obligatorium такъ же, какъ и pactum de non petendo, даетъ exceptio pacti, но не указываютъ на то, что это pactum было конструировано римскими юристами, какъ obligatio naturalis [38]). Нельзя видѣть такого указанія и въ выраженіи «compensari», употребляемомъ въ L. 28 § 7 D. 24, 1. Если это выраженіе и относится къ exceptio pacti, то нельзя усматривать въ немъ какой-либо опредѣленной конструкціи exceptionis pacti и самаго pactum, ее порождающаго. Выраженіе «compensare» и т. п. имѣетъ въ языкѣ римскихъ юристовъ довольно неопредѣленное значеніе, употребляется для обозначенія различныхъ событій [39]), и въ данномъ случаѣ можетъ просто обозначать: «противопоставлять exceptio pacti», причемъ юристъ, употребившій это выраженіе, могъ вовсе и не задумываться о какой бы то ни было конструкціи самаго pactum obligatorium.

2) Весьма часто въ защиту obligatio naturalis ex nudo pacto приводятся слѣдующія общія соображенія. Всякое натуральное обязательство основано на jus gentium, какъ явствуетъ изъ L. 84 § 1 D. 50, 17 [40]), или на тожественной съ нимъ aequitas, на что указываетъ L. 95 § 4 D. 46, 3 [41]). Съ другой стороны, источники неоднократно указываютъ, что защита pacta соотвѣтствуетъ требованіямъ naturalis aequitas и что aequitati противно нарушеніе fides, т.-е. того самаго элемента, который признанъ характернымъ для натуральнаго обязательства въ L. 84 § 1 D. 50, 17. Въ подтвер-

---

[38]) См. въ этомъ смыслѣ и Girard, стр. 622 пр. 5.

[39]) См. главу II пр. 284, 288 и цитированныя тамъ мѣста изъ соч. Appleton, Histoire de la compensation. См. также Heumann, Handlexicon, s. v. compensare.—L. 7 § 2 D. 24, 1.

[40]) Paulus 3 quaest. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

[41]) Papinianus 28 quaest. Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita custo pacto vel jurejurando tollitur, quod vinculum aequitatis quo solo sustinebatur, jonventionis aequitate dissolvitur.

жденіе этого положенія приводятъ обыкновенно L. 1 pr. D. 2, 14 [42]) и L. 1 pr. D. 13,5. [43]). Слабость этого аргумента очевидна. Во-первыхъ, всѣмъ извѣстно, какъ опасно оперировать при рѣшеніи конкретныхъ вопросовъ съ общими фразами римскихъ юристовъ, въ родѣ тѣхъ, которыя содержатся въ приведенныхъ мѣстахъ, особенно въ L. 84 § 1 D. 50, 17, L. 1 pr. D. 2, 14 и L. 1 pr. D. 13, 5. Во-вторыхъ, еслибы и было установлено, что и obligatio naturalis покоится на aequitas naturalis, и защита pacta имѣетъ то же самое основаніе, то это еще не значило бы, что изъ pactum возникаетъ obligatio naturalis. Эдиктъ de pactis могъ соотвѣтствовать aequitas naturalis уже потому, что онъ устанавливалъ exceptio для защиты pacta nuda; какъ указалъ Brinz [44]), въ L. 1 pr. D. 2, 14 самое слово «servare», заимствованное изъ текста комментируемаго эдикта de pactis [45]), показываетъ, что юристъ имѣлъ въ виду только постановленіе эдикта, т.-е. установленную преторомъ exceptio pacti, а не созданную юристами obligatio naturalis [46]). Наконецъ, что касается L. 84 § 1 D. 50, 17, то употребленное въ ней выраженіе «dare oportere» скорѣе можетъ быть примѣнено къ исковому обязательству, нежели къ неисковому; это заставляетъ думать, что Павелъ всю эту тираду написалъ по поводу исковой obligatio naturalis, весьма вѣроятно даже, что по поводу обязательства ихъ mutuum; въ той же 3-ей книгѣ Quaestionum, откуда взята L. 84 § 1 cit., Павелъ очень опредѣленно даетъ имя obligatio naturalis исковому обязательству, возникающему изъ займа [47]). Такъ устра-

[42]) Ulpian. 4 ed. Hujus edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?

[43]) Ulp. 27 ed. Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere.—Такого рода аргументація дѣлается у Machelard, стр. 30. van-Wetter, l. c. стр. 226 пр. 3. См. также Schmidt von Ilmenau, l. c. стр. 28. Savigny, l. c. стр. 54 пр. d. Hofmann, l. c. стр. 32.

[44]) Krit. Blätter № 3, стр. 17.

[45]) См. выше прим. 2.

[46]) См. въ этомъ смыслѣ также Schwanert, стр. 134 сл.

[47]) L. 126 § 2 D. 45, 1. См. Lenel, Paulus 1299 и 1296.— Къ сказанному см. Holtius, l. c. стр. 3 сл. Brinz, стр. 19 сл. Schwanert, стр. 75 слл.; стр. 133 сл. Къ исковымъ обязательствамъ относитъ этотъ фрагментъ и Frenzel, Ueber die Entstehung d. obl. nat., стр. 30.

няется этотъ текстъ, имѣющій въ глазахъ лицъ, выдвигающихъ разбираемый аргументъ, огромное значеніе, въ виду находящейся въ немъ ссылки на fides, какъ на элементъ натуральнаго обязательства.

3) Въ защиту obligatio naturalis ex nudo pacto приводится, далѣе, слѣдующее мѣсто источниковъ [48]):

Pauli Sent. I, 1, 1. De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet; ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur.

Указываютъ на выраженіе «pacti obligatio», которое будто бы означаетъ натуральное обязательство. Однако, съ этимъ аргументомъ согласиться трудно. Въ выписанномъ мѣстѣ pactum сопоставлено съ transactio; юристъ имѣетъ въ виду, такимъ образомъ, pactum de non petendo, изъ котораго натуральнаго обязательства не можетъ возникнуть. Поэтому не представляется невѣроятнымъ предположеніе, что самый текстъ мѣста ошибочно переданъ Вестготами: возможно, что въ подлинномъ сочиненіи Павла стояло не pacti obligatio, а pacti exceptio [49]). Далѣе, если даже текстъ мѣста и правиленъ, а самое мѣсто относится не къ одному только pactum de non petendo, то и въ этомъ случаѣ выраженіе «pacti obligatio» можетъ указывать только на ту связанность, которая возникаетъ изъ дѣйствительнаго pactum; оно можетъ означать, что pactum вызываетъ извѣстныя юридическія послѣдствія—напр., exceptio pacti—, но не доказываетъ, что эти послѣдствія состоятъ въ чемъ либо бо́льшемъ, нежели exceptio, что они были конструированы, какъ obligatio naturalis въ техническомъ смыслѣ этого выраженія [50]).

4) Самымъ вѣскимъ и послѣднимъ аргументомъ въ пользу naturalis obligatio ex nudo pacto является ссылка на то, что въ L. 5 § 2 D. 46, 3 Ульпіанъ говоритъ по поводу pactum de usuris praestándis о «naturaliter debere» и не указываетъ, что это naturaliter debere возникаетъ только изъ pactum de usuris, о которомъ юристъ велъ рѣчь въ данномъ конкретномъ случаѣ. Если «natura-

---

[48]) У Pfordten, de oblig. civilis in naturalem transitu (1843 г.), стр. 11 пр. z.

[49]) См. въ этомъ смыслѣ Holtius, стр. 13 сл. Schwanert, стр. 138 сл. Kuntze, стр. 543.

[50]) См. Brinz, Krit. Bl, стр. 23 пр. 34. Hellmann, l. c. стр. 348.

liter debere» признано было въ случаѣ pactum de usuris praestandis, то нѣтъ основанія не признавать его вытекающимъ и изъ всѣхъ другихъ pacta obligatoria, разсуждаютъ нѣкоторые ученые [51]). Однако, значеніе этого аргумента также падаетъ, если окажется возможнымъ указать на соображенія, которыя могли заставить римскихъ юристовъ изъ всѣхъ случаевъ pacta obligatoria заняться именно pactum de praestandis usuris и выработать для него особую теорію, которая ими не была примѣнена къ остальнымъ pacta obligatoria. И такія соображенія можно привести. 1) Pactum de usuris praestandis есть во всякомъ случаѣ pactum adjectum, которое опирается на другую сдѣлку. Для pacta adjecta вообще выработаны были особыя правила. Pacta in continenti adjecta къ stricti juris negotia часто, какъ мы уже видѣли, вліяютъ даже на уменьшеніе или расширеніе иска изъ stricti juris negotium, хотя противъ этого и существуютъ формальныя препятствія, которыя юристамъ пришлось преодолѣть [52]). Ничего нѣтъ удивительнаго, что юристы создали особыя правила и для pactum usurarium, на которое они не рѣшились распространить исковую защиту, даже если оно прибавлено къ negotium stricti juris ex continenti. 2) Далѣе, слѣдуетъ принять во вниманіе и самое содержаніе pactum usurarium. Дѣло идетъ здѣсь о предоставленіи процентовъ въ вознагражденіе за пользованіе чужимъ капиталомъ. Римскіе юристы считаютъ такую уплату процентовъ, если послѣдніе не являются ростовщическими, дѣломъ весьма справедливымъ. Павелъ дозволяетъ даже кредитору, давшему взаймы капиталъ безъ оговорки объ уплатѣ процентовъ, удерживать въ свою пользу плоды заложенной ему въ обезпеченіе долга вещи, вмѣсто процентовъ [53]). Въ виду этого, юристы могли считать вполнѣ справедливымъ придать pactum de usuris, по крайней мѣрѣ, значеніе натуральнаго обязательства, если снабдить это со-

---

[51]) См. Schmidt von Ilmenau, l. c. стр. 29. Savigny, l. c. стр. 54 сл.; стр. 57. Machelard, стр. 33. van Wetter, op. cit. стр. 226 пр. 5—7. Accarias, т. II стр. 395 Hellmann, l. c. стр. 336 сл.

[52]) Дѣло не обошлось безъ споровъ между юристами, какъ показываетъ знаменитая Lex Lecta (L. 40 D. 12, 1). См. о ней выше прим. 11.

[53]) L. 8 D. 20, 2. См. объ этомъ мѣстѣ Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 73—76.

глашеніе искомъ не предсгавлялось имъ возможнымъ [54]). Оба эти соображенія въ достаточной мѣрѣ могутъ оправдать предположеніе, что натуральное обязательство связывается римскими юристами исключительно съ pactum usurarium и, быть можетъ, съ добавочными соглашеніями, которыя по содержанію аналогичны съ pactum de usuris praestandis. Если Ульпіанъ въ L. 5 § 2 D. 46, 3 не указываетъ прямо, что naturaliter debere возникаетъ только изъ pactum usurarium, а не изъ всякаго вообще pactum obligatorium, то это объяснить весьма легко: Ульпіанъ въ этомъ мѣстѣ занятъ только вопросомъ о процентахъ и о возможности зачитывать за нихъ разнаго рода уплаты, но вовсе не имѣетъ въ виду представить общаго трактата о pacta nuda и о возникающихъ изъ нихъ послѣдствіяхъ; онъ не имѣлъ, слѣдовательно, повода дѣлать такой оговорки.

Такимъ образомъ, аргументы, приводимые въ защиту obligatio naturalis изъ всякаго pactum obligatorium, сами по себѣ оказываются довольно слабыми. Посмотримъ теперь, какіе доводы приводятся въ доказательство того, что римскіе юристы не конструировали pactum obligatorium, какъ obligatio naturalis, за исключеніемъ извѣстнаго намъ случая pactum usurarium.

1) Съ давнихъ поръ выставляется слѣдующій аргументъ. Какъ извѣстно, contractus innominati получаютъ исковую силу не въ результатѣ простаго соглашенія, но только въ результатѣ исполненія съ одной стороны. Контрагентъ, сдѣлавшій предоставленіе, можетъ требовать отъ другой стороны исполненія обѣ-

---

[54]) Уже Meyerfeldt, op. cit. стр. 346 (см. также стр. 54 пр. 40 и стр. 57 пр. 63) ссылается на „Gebrauch des Kapitals“, какъ на основаніе nat. debere при pactum usurarium. Въ этомъ же смыслѣ на Billigkeit ссылается Unterholzner, op. cit. стр. 50 сл. Возраженія, дѣлаемыя противъ Unterholzner'a Brinz'омъ Krit. Bl. стр. 21 и состоящія въ ссылкѣ на природу Billigkeit, неубѣдительны въ виду ихъ голословности. На особый характеръ соглашеній о процентахъ указываетъ и Windscheid, Pand. т. II, § 289 пр. 1.—Обстоятельство, что pactum usurarium есть pactum adjectum, выдвигаетъ, какъ аргументъ въ пользу ограничительнаго толкованія nat. debere въ L. 5 § 2 D. 46, 3. Brinz, l. c. стр. 21 сл. Ср. Hoffmann, op. cit. стр. 30. На оба приведенныя въ текстѣ соображенія указываетъ Girard, стр. 622 пр. 5. Особое объясненіе предлагаетъ Girtanner, op. cit. стр. 415 сл. (см. также Scheurl, въ Krit. VJ Schr. т. VI стр. 502); но оно не выдерживаетъ критики: см. Schwanert, стр. 148 пр. 39 и особенно Hellmann, l. c. стр. 536 сл.

щаннаго взаимнаго предоставленія; для этой цѣли въ классическую эпоху ему дозволяется прибѣгнуть къ actio in factum или къ agere praescriptis verbis [55]). Но, кромѣ этого, онъ имѣетъ condictio causa data causa non secuta для истребованія обратно своего предоставленія, если контрагентъ его не предоставитъ обѣщаннаго эквивалента. Предоставленіе перваго контрагента разсматривается, какъ datum ob causam futuram, и подлежитъ возврату при непаступленіи causa.—Ученые, отрицающіе obligatio naturalis ex nudo pacto, обращаютъ вниманіе именно на condictio causa data c. n. s. Они говорятъ слѣдующее: совершенію предоставленія со стороны перваго контрагента, конечно, всегда предшествуетъ безформенное соглашеніе обѣихъ сторонъ о взаимныхъ предоставленіяхъ, т. е. двустороннее pactum obligatorium. Еслибы pactum obligatorium считалось юристами за источникъ натуральнаго обязательства, то предоставленіе перваго контрагента не могло бы разсматриваться ими, какъ datum ob causam futuram, оно было бы datum ob causam praeteritam, т.-е. считалось бы за datum solvendi causa, за предоставленіе для исполненія натуральнаго обязательства, а не за datum credendi causa. Въ крайнемъ случаѣ можно было бы въ немъ видѣть и то, и другое: своимъ предоставленіемъ первый контрагентъ имѣлъ бы въ виду и исполнить свой натуральный долгъ, и выполнить условіе, необходимое для пріобрѣтенія эквивалента отъ противника. При такихъ условіяхъ condictio causa data c. n. s. уже не являлась бы естественнымъ искомъ для вытребованія обратно перваго предоставленія. Цѣль его—исполненіе натуральнаго долга—достигнута, а самое предоставленіе есть не столько datio ob causam futuram, какъ datio ob causam praeteritam. [56]).

Въ возраженіяхъ противъ этого аргумента не было недостатка. Самое простое возраженіе состоитъ въ слѣдующемъ. Condictio c. d. c. n. s. была примѣнена къ такого рода случаямъ несомнѣнно раньше, нежели pacta nuda получили значеніе натуральныхъ обяза-

---

[55]) См. объ этомъ Girard, Manuel, стр. 571 слл.

[56]) См. въ этомъ смыслѣ Unterholzner, стр. 50. Gneist, op. cit. стр. 169. Girtanner, op. cit. стр. 404 сл. Bekker, Jahrb. d. gem. R. т. IV стр. 396.—Cf. Liebe въ Zeitschr. f. Civilr. und Prozess, т. 15 стр. 209 слл.

тельствъ. Послѣ этого она была удержана просто потому, что ея примѣненіе въ этихъ случаяхъ было уже дѣломъ привычнымъ и не было особо настоятельныхъ практическихъ соображеній для измѣненія этого привычнаго порядка [57]).

Хотя мы и не будемъ отрицать факта ранняго примѣненія condictio c. d. c. n. s. къ предоставленіямъ, совершаемымъ ради полученія эквивалентнаго предоставленія отъ получателя [58]), тѣмъ не менѣе приведенное объясненіе насъ не удовлетворяетъ. Развитая юриспруденція не ограничивается сохраненіемъ стараго института рядомъ съ новыми нормами, не вполнѣ съ нимъ согласными. Если такое сохраненіе является желательнымъ по практическимъ соображеніямъ, то юристы должны стараться такъ конструировать старый институтъ, чтобы онъ теоретически не являлся несовмѣстимымъ съ новыми нормами. Однимъ словомъ, развитая юриспруденція нуждается и въ догматическомъ обоснованіи condictio causa data causa non secuta.

Въ современной литературѣ неоднократно дѣлались попытки и такого догматическаго объясненія. Такъ, Schwanert [59]) предлагаетъ слѣдующую конструкцію. Предоставленіе перваго контрагента потому не было считаемо за solutum, что при двусторонних pacta solutio состоитъ не изъ одного предоставленія, а изъ взаимныхъ предоставленій обоихъ контрагентовъ. При этомъ авторъ старается устранить возраженіе, что при двусторонних консенсуальныхъ контрактахъ предоставленіе каждой стороны въ отдѣльности считалось за solutio, тѣмъ путемъ, что онъ ссылается на возникновеніе изъ такихъ контрактовъ для обѣихъ сторонъ исковъ, поставленныхъ во взаимную связь путемъ exceptio non adimpleti contractus.—Это объясненіе, конечно, является довольно произвольнымъ; въ источникахъ для него основаній нѣтъ [60]).—Hellmann [61]) ограничивается замѣчаніемъ, что принимать datio перваго контрагента за solutum «значило бы насиловать волю контрагентовъ при datio ob causam: кто даетъ ob causam, тотъ условился съ другимъ контрагентомъ не

---

[57]) См. Hoffmann, op. cit. стр. 26 сл.

[58]) См. объ этомъ въ новѣйшей литературѣ Girard, стр. 569.

[59]) Naturalobligationen, стр. 131 слл.

[60]) См. къ этому также Hoffmann, op. cit. стр. 25 прим. 42.

[61]) l. c. стр. 354.

о томъ, что онъ принимаетъ на себя обязанность къ dare, а о томъ, что другой приметъ на себя такую обязанность, если первый совершитъ предоставленіе». Это объясненіе также мало удовлетворяетъ. Hellmann ставитъ все въ зависимость отъ воли сторонъ; его толкованіе не исключаетъ возможности такого случая, что стороны прямо уговорятся объ обязанности ко взаимнымъ предоставленіямъ; при такихъ условіяхъ condictio c. d. c. n. s. и съ точки зрѣнія Hellmann'a была бы непримѣнима; между тѣмъ наши источники даютъ въ этихъ случаяхъ вообще condictio, не упоминая о такой возможности различнаго содержанія воли сторонъ in concreto [62]).

Мы однако далеки отъ мысли утверждать, что condictio c. d. c. n. s. не можетъ быть догматически соглашена съ натуральнымъ обязательствомъ ex nudo pacto. Соглашенія можно было бы достигнуть, напримѣръ, слѣдующимъ образомъ. На предоставленіе перваго контрагента можно смотрѣть, какъ на преслѣдующее сразу двѣ цѣли: 1) выполнить обязанность, вытекающую изъ pactum, какъ источника натуральнаго обязательства (solvendi causa); 2) добиться отъ другого контрагента совершенія взаимнаго предоставленія. Если одна изъ этихъ цѣлей—послѣдняя—не достигнута, такъ какъ взаимное предоставленіе не послѣдовало, то данное подлежитъ возврату въ виду того, что предоставленіе сдѣлано было только для достиженія обѣихъ цѣлей вмѣстѣ.

---

[62]) Мы не считаемъ нужнымъ упоминать въ текстѣ еще о нѣкоторыхъ возраженіяхъ противъ аргумента, опирающагося на природу contr. innominati, такъ какъ эти возраженія серьезнаго значенія не имѣютъ. Такъ, Machelard, стр. 48 слл. ограничивается тѣмъ, что доказываетъ узкую сферу примѣненія condictio ex mera poenitentia. См. также van Wetter, l. c. стр. 227, пр. 9. Но cond. ex mera poenitentia для классическаго права устраняется уже тѣмъ, что она есть произведеніе компиляторовъ. См. вмѣсто всего Girard, стр. 576. Дѣло, однако, идетъ вовсе не о condictio ex mera poenitentia, а о самой cond. causa d. c. n. s. вообще.—Ни на чемъ не основаннымъ является объясненіе Pfordten'a, стр. 267 сл., дающаго replicatio doli для парализованія exceptio pacti, возникающей противъ cond. c. d. c. n. s. Это объясненіе принято у Schmidt von Ilmenau, l. c. стр. 29 сл., но опровергнуто у Schwanert, стр. 132, пр. 14.—Совсѣмъ не касается существеннаго пункта разбираемаго аргумента Savigny, Obl. R. т. I, стр. 58 сл.; см. объ этомъ Schwanert, стр. 131; Hoffmann стр. 25.

Если, тѣмъ не менѣе, мы придаемъ извѣстное значеніе разбираемому аргументу противъ натуральнаго обязательства ex nudo pacto, то только въ виду слѣдующихъ соображеній. Страннымъ являлось бы полное молчаніе римскихъ юристовъ по этому поводу, еслибы они признавали наличность натуральнаго обязательства ex nudo pacto. Въ этомъ случаѣ для нихъ должны были бы возникнуть такія же точно сомнѣнія относительно допустимости condictio sine causa при contractus innominati, какія возникли и у современныхъ ученыхъ и породили длинные споры между послѣдними. Весьмо возможно, что юристы преодолѣли бы эти сомнѣнія и сохранили бы примѣнимость conditionis c. d. c. n. s. въ данномъ случаѣ. Но они оставили бы намъ какое-либо догматическое объясненіе этой condictio при contractus innominati. Однако, намъ неизвѣстно въ дошедшихъ до насъ отрывкахъ ихъ сочиненій никакихъ слѣдовъ ни подобныхъ сомнѣній, ни какого либо догматическаго разрѣшенія затруднительнаго вопроса. Между тѣмъ, до насъ дошли мѣста, гдѣ юристы очень близко подходятъ къ нашему вопросу. Такъ напримѣръ, Ульпіанъ l. 4 ad edictum [63]) говоритъ сперва о томъ, что conventiones juris gentium иногда даютъ искъ, иногда только exceptio. Затѣмъ онъ приводитъ два вида первыхъ соглашеній: contractus consensuales и reales, съ одной стороны, и contractus innominati, съ другой. Здѣсь юристу представлялся бы очень удобный случай выяснить отношеніе натуральнаго обязательства ex nudo pacto, если бы таковое было ему извѣстно, къ contractus innominati и къ condictio c. d. c. n. s., возникающей по ихъ поводу. Однако, юристъ ничего подобнаго не дѣлаетъ. Упомянувъ объ a. in factum и о civilis incerti actio, даваемыхъ изъ contractus innominati, юристъ переходитъ къ nuda pacta и ограничивается о нихъ замѣчаніемъ: «Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem». И ни слова о натуральныхъ обязательствахъ ex pacto: дальше юристъ переходитъ къ изложенію теоріи pacta adjecta. Такого рода отношеніе юристовъ къ нашему вопросу естественнѣе всего объясняется, конечно, тѣмъ путемъ, что имъ не

---

[63]) L. 7 pr.—§ 4 D. 2, 14.

приходила въ голову конструкція pactum nudum, какъ источника натуральнаго обязательства.

2) Въ качествѣ вѣскаго аргумента противъ obligatio naturalis ex nudo pacto выставляется обыкновенно [64]) слѣдующее рѣшеніе:

L. 1 § 2 D. 45, 1. Ulpianus l. 48 ad Sabinum. Si quis ita interroget «dabis?» responderit «quid ni?» et is utique in ea causa est, ut obligetur: contra si sine verbis adnuisset. non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit: et ideo recte dictum est non obligari pro eo nec fidejussorem quidem.

Если кто-либо на предложенный ему для заключенія стипуляціи вопросъ отвѣтитъ простымъ кивкомъ головы, то, рѣшаетъ юристъ, не возникаетъ не только цивильнаго, но и натуральнаго обязательства, которое могло бы послужить основаніемъ для поручительства.

Противники натуральнаго обязательства ex pacto указываютъ на слѣдующее. Конечно, стипуляція въ этомъ случаѣ недѣйствительна; но все, происшедшее между сторонами, достаточно для признанія, что между ними состоялось безформенное соглашеніе — nudum pactum obligatorium. Еслибы изъ такого pactum возникало натуральное обязательство, то юристъ призналъ бы его наличнымъ и въ данномъ случаѣ; между тѣмъ онъ категорически отрицаетъ возникновеніе даже натуральнаго обязательства.

Сторонники противоположнаго воззрѣнія пытаются устранить этотъ аргументъ, но ихъ попытки трудно признать успѣшными.

Было высказано воззрѣніе, что въ L. 1 § 2 D. 45, 1 Ульпіанъ отрицаетъ возможность самой конверсіи недѣйствительной стипуляціи въ pactum obligatorium: въ стипуляціи форма такъ сливается, по представленіямъ классическихъ юристовъ, съ изъявленіемъ воли, что при несоблюденіи формы они не могутъ признать и наличность изъявленія воли [65]). Однако, съ такимъ объясненіемъ согласиться трудно. Римскіе юристы не останавливались передъ тѣмъ, чтобы сохранять за inutilis acceptilatio значеніе pactum de non petendo;

---

[64]) См. Unterholzner, стр. 50. Holtius op. cit, стр. 11 слл. Brinz. Krit. Bl., стр. 23 слл. Girtanner, op. cit. стр. 401. Schwanert, стр. 126 слл. Scheurl, Krit. VJSchr., т. VI стр. 501. Kuntze, Excurse стр. 542. Girard стр. 622 пр. 5.

[65]) Pernice, Labeo, т. I, стр. 404 сл.

это дѣлалъ уже Юліанъ, и, быть можетъ, даже Сабинъ, какъ объ этомъ свидѣтельствуетъ самъ авторъ приведеннаго мнѣнія.[66]). Спрашивается, почему же такой поздній юристъ, какъ Ульпіанъ, не рѣшался сдѣлать того же со стипуляціей, при которой и самая форма въ его время была упрощена въ высшей степени, какъ показываетъ та же L. 1 § 2 D. 45, 1? Авторъ разбираемаго толкованія ссылается въ объясненіе этого на то, что «nudum pactum до Юстиніана не производило никакихъ послѣдствій». Это объясненіе неправильно даже съ точки зрѣнія противниковъ naturalis obligatio ex pacto, ибо pactum obligatorium во всякомъ случаѣ производило exceptio pacti [67]).

Другіе писатели находятъ возможнымъ устранить L. 1 § 2 D. 45, 1 слѣдующимъ путемъ. Въ случаѣ, разрѣшаемомъ Ульпіаномъ, кредиторъ хотѣлъ заключить именно стипуляцію, а не pactum nudum; поэтому ему нельзя навязывать натуральнаго обязательства [68]). Но это возраженіе устраняется очень легко; право въ подобныхъ случаяхъ никогда не справляется о томъ, чего желалъ кредиторъ; если послѣдній не прибавилъ никакой оговорки спеціально на данный случай, право предполагаетъ, что кредиторъ при ничтожности стипуляціи предпочтетъ получить что либо въ видѣ натуральнаго обязательства, нежели ничего не получать совсѣмъ. Поэтому и въ данномъ случаѣ произведена была бы конверсія цивильнаго обязательства въ натуральное ex nudo pacto, еслибы послѣднее существовало; для pactum nudum всѣ фактическія условія налицо [69]).

Третья попытка устранить аргументъ, черпаемый изъ L. 1 § 2 D. 45, 1, имѣетъ обратный характеръ. Есть ученые, которые увѣряютъ, что въ случаѣ, рѣшаемомъ Ульпіаномъ, нѣтъ согласія должника принять на себя какое бы то ни было обязательство. На поставленный между присутствующими вопросъ такъ легко отвѣтить, произнеся хоть одно слово. Если должникъ этого не дѣлаетъ, а ограничивается кивкомъ, то нельзя говорить о серьезной волѣ обя-

---

[66]) Pernice, op. cit. стр. 406.

[67]) См. также противъ Первица Hoffmann, op. cit. стр. 32, пр. 61 въ концѣ.

[68]) Savigny, Obl. R. т. I, стр. 57 сл. Massol, des obl. nat., стр. 182 сл.

[69]) См. въ этомъ смыслѣ Brinz, op. cit. стр. 24 сл. Schwanert, стр. 127 сл. Machelard стр. 37. Hellmann, стр. 352.

заться съ его стороны [70]). Но и эти соображенія недостаточны. Промиттентъ могъ потому именно ограничиться кивкомъ, что онъ желалъ обязаться только въ формѣ pactum, т. е. naturaliter, если было натуральное обязательство ex nudo pacto [71]).

Не удовлетворяетъ насъ и то объясненіе, которое даетъ L. 1 § 2 D. 45, 1 одинъ изъ самыхъ новѣйшихъ изслѣдователей нашего вопроса—Hellmann [72]). Этотъ писатель настаиваетъ на томъ, что въ данномъ случаѣ стороны имѣли въ виду заключить абстрактную стипуляцію, въ которой не была указана матеріальная causa debendi. Не имѣя силы, какъ стипуляція, по недостатку формы, данный договоръ не могъ получить и силы pactum, потому что абстрактное pactum не можетъ устанавливать никакого обязательства: для возникновенія натуральнаго обязательства нужно pactum съ опредѣленною causa debendi.—Но мы рѣшительно не видимъ, почему въ данномъ случаѣ pactum также было бы абстрактнымъ договоромъ. Правда, въ переговорахъ сторонъ, какъ намъ ихъ описываетъ Ульпіанъ, или, точнѣе, въ словахъ, произнесенныхъ стипулянтомъ, causa debendi не упоминается. Но это не значитъ, что pactum должно считаться уже поэтому за абстрактное. Pactum есть соглашеніе безформенное; поэтому здѣсь содержаніе воли обсуждается не по тѣмъ словамъ, которыя были произнесены сторонами, а сообразно всей той фактической обстановкѣ, въ которой была заключена сдѣлка. Несомнѣнно, что эта обстановка и въ данномъ случаѣ указала бы судьѣ на ту экономическую цѣль, которую хотѣли достигнуть стороны, соглашаясь объ извѣстномъ предоставленіи. Вѣдь трудно допустить, что стороны безъ всякой цѣли приступали къ заключенію замышляемой ими стипуляціи. А разъ эта цѣль съ достаточной ясностью обнаружилась бы изъ какихъ угодно фактовъ, хотя бы даже и не изъ словъ сторонъ, то этого было бы достаточно, чтобы признать pactum, какъ безформенное соглашеніе, не абстрактнымъ, а заключеннымъ ради опредѣленной матеріальной causa.

Сторонники ученія, допускающаго naturalis obligatio изъ всякаго pactum obligatorium, приводятъ еще слѣдующее соображеніе.

---

[70]) См. Machelard, стр. 38 и Accarias, т. II, стр. 395 пр. 3. Hofmann, op. cit. стр. 32 пр. 61.

[71]) См. Schwanert, стр. 129. Hellmann, l. c. стр. 352.

[72]) l. c. стр. 352 сл.

Если бы Ульпіанъ не зналъ такого натуральнаго обязательства, то онъ и не сталъ бы упоминать вообще о натуральныхъ обязательствахъ въ L. 1 § 2 D. 45, 1; вѣдь этотъ фрагментъ взятъ не изъ элементарнаго учебника, а изъ libri ad Sabinum [73]). И это соображеніе неубѣдительно. Упоминаніе о натуральномъ обязательствѣ сдѣлано Ульпіаномъ по тому поводу, что къ разбираемой имъ сдѣлкѣ можетъ быть прибавлено поручительство. Ульпіанъ хочетъ сказать, что для этого поручительства нѣтъ никакой опоры, и касается здѣсь натуральнаго обязательства не въ виду ученія о nudum pactum, какъ источникѣ натуральныхъ обязательствъ, а въ виду ученія о натуральномъ обязательствѣ, какъ основѣ для поручительства.

Намъ представляется, напротивъ, что самый способъ выраженія, къ которому прибѣгаетъ юристъ въ L. 1 § 2 D. 45, 1, является лучшимъ аргументомъ противъ ученія о натуральныхъ обязательствахъ ex nudo pacto. Въ самомъ дѣлѣ: констатировавъ ничтожность стипуляціи, какъ таковой, юристъ прямо заявляетъ, что нѣтъ поэтому въ данномъ случаѣ obligatio civilis и что для поручительства не имѣется опоры даже въ видѣ obligatio naturalis. Никакихъ мотивовъ къ послѣднему рѣшенію юристъ не прибавляетъ. Между тѣмъ, еслибы Ульпіанъ признавалъ возможною obligatio naturalis ex nudo pacto, то онъ, несомнѣнно, счелъ бы нужнымъ объяснить читателю, почему же въ данномъ случаѣ нѣтъ мѣста для такого pactum. Мы видѣли, сколько труда потратили современные ученые для разрѣшенія этого послѣдняго вопроса. Намъ думается только, что не Ульпіана они должны упрекать за то, что они напрасно потратили этотъ трудъ: Ульпіану самый вопросъ не приходилъ въ голову, такъ какъ для него возможное между сторонами въ данномъ случаѣ nudum pactum не было натуральнымъ обязательствомъ и не могло служить основой для fidejussio [74]).

---

[73]) Hoffmann, стр. 32 пр. 61. Hellmann, стр. 352 сл.

[74]) Гораздо меньше значенія, нежели L. 1 § 2 D. 45, 1, имѣетъ въ нашихъ глазахъ приводимая у Baron, Pand. § 209 пр. 26 и § 230 пр. 23 и у Girard, Manuel, стр. 622 пр. 5 L. 56 pr. D. 46, 1. Въ этомъ фрагментѣ, всего вѣроятнѣе, имѣется въ виду случай, когда liber homo bona fide serviens совершилъ jurata operarum promissio, по ошибкѣ считая себя за раба, отпущеннаго на волю другою стороной (см. Accarias, т. II, стр. 21). Но въ такомъ

3) Въ литературѣ нашего столѣтія приводилось, сверхъ указанныхъ, еще очень большое количество аргументовъ противъ признанія натуральнаго обязательства изъ всякаго вообще pactum obligatorium. Но эти аргументы не имѣютъ серьезнаго значенія и всѣ уже были опровергнуты другими изслѣдователями. Въ нихъ и не представляется большой нужды, такъ какъ всего вышеизложеннаго достаточно для окончательнаго рѣшенія поставленнаго вопроса [75]).

случаѣ по раскрытіи ошибки не должны имѣть силу ни jurata promissio, какъ таковая, ни заключающееся въ ней pactum: jurata promissio потому, что она состоялась между ненадлежащими лицами; pactum потому, что оно при данныхъ обстоятельствахъ оказывается лишеннымъ всякой матеріальной causa debendi: то цѣль, которую преслѣдовали стороны,—отблагодарить за manumissio—недостигнута, ибо и manumissio никакой не было. Къ этому фрагменту можно, слѣдовательно, примѣнить то объясненіе, которое Hellmann безъ достаточныхъ основаній примѣняетъ къ L. 1 § 2 D. 45, 1. L. 1 § 4 D. 13.5 также не относится къ нашему вопросу. См. Schwanert, стр. 128 пр. 8. Machelard, стр. 39 сл. Kuntze, Excurse, стр. 542.

[75]) Вотъ эти аргументы. 1) Ссылаются на то, что по L. 95 § 4 D. 46, 3 nat. obligatio уничтожается ipso jure вслѣдствіе принесенія присяги и заключенія justum pactum; между тѣмъ по L. 27 § 2 D. 2, 14 одно pactum уничтожаетъ другое лишь ope exceptionis. Lelièvre, стр. 21. Holtius, стр. 8 слл. Но противъ этого можно возразить: a) въ L. 42 pr. D. 12, 2 obligatio naturalis благодаря присягѣ уничтожается ope exceptionis; b) въ L. 27 § 2 D. 2 14 первое pactum есть pactum de non petendo, изъ котораго по возрѣнію сторонниковъ obl. nat. ex pacto не возникаетъ натуральнаго обязательства. См. Machelard, стр. 40 слл. Schwanert, стр. 137 сл. Girtanner, стр. 403. Hellmann, стр. 350.—2) Если право вообще требуетъ соблюденія опредѣленной формы отъ обязательственныхъ договоровъ, то при ея несоблюденіи возникаетъ сомнѣніе въ наличности серьезной воли сторонъ. Unterholzner, стр. 50. См. противъ этого Savigny. l. c. стр. 55 сл. Schwanert, стр. 130 пр. 10 van Wetter, стр. 227.—3) Іерингъ (Geist. d. röm. R. т. I, стр. 136 пр. 45) ссылается на этимологическое значеніе слова pactum. См. объ этомъ Hofmann, l. c. стр. 8 пр. 3; стр. 27. Hellmann, стр. 326; cf. также Accarias, Précis, т. II, стр. 392 пр. 1.—4). Многіе ссылаются на то, что для obl. nat. нужна по L. 49 § 2 D. 15. 1 causa civilis, между тѣмъ какъ pactum nudum не есть causa civilis. Holtius, стр. 5 слл. Girtanner, стр. 403. Schwanert, стр. 159 сл. Scheurl, Kr. VJSchr. т. VI, стр. 501. Jahrb. f Dogm. т. VII стр. 345 сл. Brinz, Pand. т. II стр. 44 пр. 2 Kuntze, Excurse, стр. 542. Но ничѣмъ нельзя доказать, что въ L. 49 § 2 D 45, 1 выставлено общее правило для всѣхъ вообще oblig. naturales, а не для однихъ только натуральныхъ обязательствъ между господиномъ и рабомъ. Самая налич-

Намъ остается подвести итоги и произнести окончательное рѣшеніе. Мы должны принять во вниманіе слѣдующіе результаты нашего изслѣдованія. 1) Всѣ аргументы, приводимые въ защиту obl. naturalis ex pacto, оказываются слабыми. 2) Есть основанія, которыя могутъ оправдать ограниченіе «naturaliter debere» въ L. 5 § 2 D. 46, 3 случаемъ pactum de usuris praestandis и ему подобными pacta adjecta. 3) Противъ признанія obl. nat. ex pacto говоритъ L. 1 § 2 D. 45, 1 и отношеніе римскихъ юристовъ къ condictio causa data c. n. s. при contractus innominati. Все это заставляетъ насъ высказаться безусловно противъ признанія obligatio naturalis въ результатѣ всякаго серьезнаго и непротивнаго праву и добрымъ нравамъ pactum obligatorium. Римскіе юристы конструировали, какъ источникъ натуральнаго обязательства, только pactum de usuris praestandis и, быть можетъ, аналогичныя по содержанію pacta adjecta.

Слѣдуетъ замѣтить, что и pactum usurarium признано было источникомъ натуральнаго обязательства довольно поздно. По крайней мѣрѣ, самую nat. obligatio изъ такого pactum намъ называетъ впервые Ульпіанъ l. 43 ad Sabinum (L. 5 § 2 D. 46, 3); о залогѣ въ обезпеченіе такого pactum и объ исключеніи repetitio soluti го-

---

ность obl. nat. ex pacto usurario опровергаетъ всеобщность того реквизита для obl. naturalis, который сторонники этого воззрѣнія хотятъ вывести изъ L. 49 § 2 D. 15. 1. См. Hellmann, стр. 350. Massol, de l'obl. nat. (2-ое изд.), стр. XLII слл.—5) Нѣкоторые изслѣдователи аргументируютъ изъ общей природы основаній обязыванія у Римлянъ. См. Liebe, l. c. стр. 201 слл. Gneist, l. c. стр. 125 слл. Girtanner, стр. 405 слл. Но всѣ эти общія соображенія сами по себѣ слишкомъ шатки и для аргументаціи не годятся. См Schwanert, стр. 133 пр. 15. Спеціально противъ теоріи Gneist'a см. Schmidt v. Ilmenau, l. c. стр. 24 слл., противъ Liebe см. Schmidt v. Ilm., стр. 26; Schlesinger стр 92 сл.; противъ Girtanner'a см. Hofmann, l. c. стр. 70 слл.—6) Girtanner, стр. 404 ссылается на то, что prodigus своими сдѣлками не обязывается naturaliter. О странности такого аргумента см. Hellmann, стр. 351.—7) Въ то время какъ одни писатели ссылаются на ничтожное значеніе, которое имѣла бы въ практической жизни obl. nat. ex pacto—Schreul, Jahrb. f. Dogm. т. VII стр. 343 слл. Accarias, l. c. стр. 634 пр. 1.—,другіе, напротивъ, представляютъ значеніе ея огромнымъ и молчаніе источниковъ о ней считаютъ рѣшающимъ моментомъ: Kuntze, Excurse 542. См. о Scheurl'ѣ Hofmann стр. 31 пр. 61; о тѣхъ и другихъ Hellmann, стр. 355; о pactum geminatum, на которое указываетъ Kuntze, см. Accarias, l. c. стр. 395 пр. 3. Hofmann, стр. 33.

ворятъ Ульпіанъ l. 28 ad edictum (L. 11 § 3 D. 13, 7) и конституціи Севера и Антонина (L. 26 pr. D. 12, 6. L. 5 § 2 D. 46, 3. L. 3. 4 C. 4, 32) или еще болѣе позднихъ императоровъ (L. 21. 22 C. 4, 32).

II. Возможно, что по воззрѣнію классическихъ юристовъ натуральное обязательство возникало изъ promissio post mortem suam dari. По крайней мѣрѣ, Гай ставитъ такую promissio на одну доску съ promissio pupilli sine tutoris auctoritate и съ promissio mulieris s. t. a., и считаетъ возможнымъ устанавливать за нее поручительство въ формѣ sponsio и fidepromissio [76]).

[76]) Gai III, 119. См. также L. 17 D. 12, 6 Celsus ap. Ulp. 2 ed. См. объ этомъ Schwanert, стр. 392 сл. Accarias, Précis, т. II стр. 634. Scheurl, въ Jahrb. f. Dogm. т. VII стр. 352. Unterholzner, Schuldv., т. I, стр. 14 пр. b. Ср. Ryck, Schuldverh., стр. 43 сл.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Натуральныя обязательства, въ основѣ которыхъ лежатъ требованія морали или приличія.

I. Operae officiales либерта. Между патрономъ и вольноотпущенникомъ устанавливается особое отношеніе, подобное тому, которое существуетъ между отцомъ и сыномъ: личность патрона всегда должна являться для либерта «persona honesta et sancta» [1]. На этомъ основаніи въ римскомъ правѣ признается цѣлый рядъ обязанностей либерта предъ патрономъ; исполненіе этихъ обязанностей является знакомъ благодарности либерта за свободу, полученную имъ отъ патрона [2].

Между прочимъ, патронъ могъ обязать своего вольноотпущенника къ предоставленію ему извѣстныхъ услугъ — operae. Для того, чтобы предоставленіе этихъ operae могло быть вынуждено исковымъ путемъ, въ классическую эпоху патронъ заключалъ съ либертомъ послѣ manumissio особый вербальный контрактъ въ формѣ jusjurandum promissorium или въ видѣ обыкновенной стипуляціи [3]. Изъ такого договора давался цивильный искъ, подтвержденный въ эдиктѣ

---

[1]) L. 9 D. 37, 15 Ulp. 66 ed.

[2]) L. 19 D. 37, 14 Paul 1 sent.

[3]) L. 7 § 2 D. 38, 1 L. 44 D. 40, 12. См. объ этомъ Pernice, Sitz. Ber. d. Berl. Akad., 1886 г. стр. 1176 слл. Labeo, т. III. 1, стр. 82 слл. Kuntze, Cursus § 803. Excurse. стр. 599 слл. Brocher, de operis libertorum (1864 г.) стр. 17 слл. Accarias, Précis, т. II § 495. Girard, Manuel, стр. 117 и стр. 477 сл. Ivo Pfaff, Ueber den rechtlichen Schutz des wirtschaftl. Schwächeren in d. röm. Kaisergesetzgebung, стр. 30 слл. (1897 г.).

претора [4]. Самыя operae дѣлились на двѣ категоріи: operae officiales и operae fabriles. Первыя суть услуги, въ которыхъ именно должно проявляться уваженіе либерта къ патрону и его благодарность къ послѣднему за предоставленіе свободы; въ виду такого ихъ свойства онѣ обыкновенно предоставляются только самимъ либертомъ и только самому патрону; поэтому либертъ по общему правилу не можетъ быть обязанъ предоставлять ихъ кому либо иному, кромѣ патрона [5]); если онѣ были обѣщаны патрону, то послѣ смерти послѣдняго право ихъ требовать не переходитъ на наслѣдниковъ патрона [6]). Напротивъ, operae fabriles суть такія услуги, которыя всегда допускаютъ оцѣнку на деньги [7]) и могутъ быть предоставлены не только либертомъ патрону, но между любыми лицами вообще [8]); если предметомъ обѣщанія при manumissio были такія operae, то право ихъ требовать переходило на наслѣдниковъ патрона [9]). Operae, quae in artificio sunt, патронъ могъ делегировать своему кредитору [10]).

Такое обѣщанье услугъ libertatis causa, равно какъ и самое предоставленіе обѣщанныхъ услугъ со стороны либерта, не считается дареніемъ, такъ какъ оно дается въ вознагражденье за предоставленіе свободы: res enim pro his intercessit [11]).

Если между либертомъ и патрономъ описаннаго договора о предоставленіи operae не состоялось, то патронъ не получаетъ иска къ либерту [12]). Это отсутствіе иска не означаетъ, однако, полнаго исключенія всякой обязанности либерта къ оказыванью услугъ патрону. Мы имѣемъ одно рѣшеніе, изъ котораго слѣдуетъ, что по

---

[4]) Lenel, Ed. perp. стр. 270. Cf. Pernice, Labeo, т. III. 1 стр. 83 пр. 2.

[5]) L. 9 § 1 D. 38, 1. Ulp. 34 Sab.

[6]) L. 6 D. 38, 1. Ulp. 26 Sab. Ср. къ этому Brocher, op. cit. стр. 26 слл.

[7]) L. 26 § 12 D. 12, 6. Celsus ap. Ulp. 26. ed: „sed hae, inquit, operae (scil. fabriles) recipiunt aestimationem".

[8]) L. 9 § 1 D. 38, 1 cit.

[9]) L. 6 D. 38, 1 cit.

[10]) L. 9 § 1 D. 38, 1 cit. L. 26 § 12 in f. D, 12. 6.

[11]) L. 8 D. 39, 5 Paul. 15 Sab.

[12]) L. 31 D. 38, 1 Modestin. 1 regul.

воззрѣнію классическихъ юристовъ на либертѣ лежала обязанность оказывать патрону operae officiales даже въ томъ случаѣ, когда особаго договора о нихъ не состоялось. Хотя эта обязанность и не давала мѣста иску патрона противъ либерта, но извѣстное юридическое признаніе она получила.

Именно, Ульпіанъ l. 26 ad edictum[13]) ставитъ слѣдующій вопросъ: можетъ ли либертъ condicere operas, которыя онъ предоставилъ патрону, ложно считая себя обязаннымъ исковымъ путемъ [14]) къ ихъ предоставленію? Юліанъ въ l. 10 digestorum, отвѣчаетъ юристъ, разрѣшилъ этотъ вопросъ отрицательно: либертъ не можетъ требовать обратно operae, предоставленныя патрону по заблужденію, такъ какъ на немъ лежитъ «naturale debitum» къ ихъ предоставленію: «natura enim operas patrono libertus debet». Точно также невозможна repetitio и въ томъ случаѣ, когда либертъ, ложно считая себя обязаннымъ исковымъ путемъ къ operae, по взаимному соглашенію съ патрономъ уплатилъ послѣднему вмѣсто услугъ извѣстную сумму денегъ. Наконецъ, какъ рѣшилъ Марцеллъ l. 20 digestorum, если патронъ совершилъ относительно operae officiales, которыя не состоятъ in artificio, делегацію третьему лицу, то такая делегація либерта не связываетъ [15]); но если либертъ въ результатѣ делегаціи предоставитъ эти услуги третьему лицу—делегатарію, то онъ не можетъ ихъ repetere у делегатарія на двоякомъ основаніи: 1) такъ какъ либертъ уплатилъ ему, имѣя въ виду сдѣлать представленіе самому патрону—деленанту (alterius contemplatione solutum est); 2) такъ какъ самъ делегатарій получилъ въ этихъ operae

---

[13]) L 26 § 12 D. 12, 6.

[14]) Выраженія Ульпіана „quamvis putans se obligatum solvit“, „cum se putaret operas patrono debere“, „dum putat se debere“, разумѣется, указываютъ только на исковое обязательство: его нѣтъ въ данномъ случаѣ, но либертъ пропустилъ уплату, ложно считая его существующимъ. Глаголы „obligari“ или „debere“ нерѣдко употребляются въ такомъ узкомъ значеніи искового обязательства. См. Gai II, 244; III, 104. L. 43 D. 44, 7. L. 41 D. 15, 1. См. выше стр. 65 сл.; стр. 268. Поэтому нельзя основывать на этихъ выраженіяхъ заключенія, что на либертѣ вообще не лежитъ никакой юридической обязанности къ operae, какъ это дѣлаетъ Schwanert, стр. 112 слл.; стр. 121.

[15]) Мы уже замѣтили выше (въ прим. 10), что предметомъ делегаціи могутъ быть только operae, quae in artificio sunt.

должное ему отъ патрона—делеганта предоставленіе (suum recepit); не можетъ либертъ repetere эти услуги и у патрона, такъ какъ и по мнѣнію Марцелла operae «natura ei debentur». — Всѣ эти рѣшенія относятся только къ предоставленію необѣщанныхъ въ должной формѣ operae officiales. Относительно operae fabriles, если онѣ не были сдѣланы предметомъ стипуляціи или jusjurandum promissorium, юристы не признаютъ рѣшительно никакого обязательства либерта передъ патрономъ, даже неискового. Въ томъ же мѣстѣ своего комментарія Ульпіанъ, вслѣдъ за Цельзомъ, признаетъ, что либертъ имѣетъ condictio по поводу возврата operae fabriles, которыя онъ предоставилъ патрону, ложно считая себя обязаннымъ къ ихъ предоставленію.

Такимъ образомъ, Юліанъ, Марцеллъ и Ульпіанъ признаютъ существованіе неисковой обязанности либерта къ предоставленію патрону operae officiales, о которыхъ не было заключено стипуляціи или обѣщанія подъ присягой. Эту обязанность они не называютъ именемъ «obligatio naturalis», но прилагаютъ къ ней обозначеніе «natura debere». За ней признается юридическое значеніе настолько, что ея наличность исключаетъ примѣненіе condictio indebiti въ томъ случаѣ, когда предметъ обязанности предоставленъ только потому, что предоставитель считалъ себя обязаннымъ исковымъ путемъ. Такимъ образомъ, эта обязанность является достаточнымъ титуломъ для solutio и есть настолько «debitum», что при ея наличности нельзя говорить о condictio indebiti. Равнымъ образомъ на основаніи этой обязанности можетъ произойти и вполнѣ дѣйствительная datio in solutum: мы видѣли, что Юліанъ считаетъ возможнымъ, чтобы либертъ по соглашенію съ патрономъ уплатилъ ему вмѣсто услугъ извѣстную сумму денегъ. Делегація на основаніи этой обязанности можетъ имѣть мѣсто только по отношенію къ operae, quae in artificio sunt: остальныя operae officiales, по возрѣнію римскихъ юристовъ, могутъ быть предметомъ долга со стороны либерта только самому патрону. Но, если допущена вполнѣ дѣйствительная solutio такихъ operae и datio in solutum вмѣсто нихъ суммы денегъ, то нѣтъ основанія считать невозможной promissio либерта передъ самимъ патрономъ объ уплатѣ этихъ operae; если эта promissio дѣлается въ сознаніи объ отсутствіи искового долга,

то она не будетъ дареніемъ, но debiti solutio [16]); если она дѣлается подъ вліяніемъ ошибочнаго представленія о существованіи искового долга, то она не можетъ быть обезсилена черезъ condictio indebiti или exceptio doli, такъ какъ въ основѣ ея все таки лежитъ debitum, хотя и неисковое.

Другихъ послѣдствій для этого natura debere источники намъ не указываютъ; заключать о возможности устанавливать за такое debitum naturale поручительство или залогъ только въ виду исключенія condictio indebiti въ случаѣ уплаты, сдѣланной по заблужденію, было бы неосновательно [17]).

Въ основѣ этой обязанности либерта, имѣющей описанное ограниченное юридическое значеніе, лежитъ, конечно, то особое отношеніе, подобное отношеніе между отцомъ и сыномъ, которое, какъ мы видѣли, устанавливается между либертомъ и патрономъ и дѣлаетъ личность послѣдняго для либерта «persona honesta et sancta» [18]). Либертъ обязанъ по воззрѣніямъ общества уважать патрона и проявлять это уваженіе въ извѣстныхъ услугахъ, по характеру своему знаменующихъ уваженіе къ лицу, которому онѣ оказываются; такими услугами являются operae officiales; напротивъ, обязанность къ operae fabriles, которыя по характеру своему не служатъ проявленіемъ уваженія къ лицу, принимающему услуги, сама

---

[16]) Cf. L. 19 § 4 D. 39, 5. Въ своемъ практическомъ результатѣ novatio стоитъ близко къ datio in solutum. См. Windscheid, Pand. т. II. § 343 пр. 2; также Grawein, Verjährung und ges. Befristung, стр. 146 (въ примѣненіи къ obl. naturalis).

[17]) Большинство ученыхъ считаетъ исключеніе condictio indebiti единственнымъ послѣдствіемъ этого natura debere. См. Weber, стр. 389. Meyerfeldt Schenkungen, т. I, стр. 349 сл. (error facti, по мнѣнію этого писателя, не исключаетъ repetitio). Savigny, Oblig. Recht, т. I, стр. 102 сл. Erxleben, Cond. sine causa, т. I, стр. 150. Holtius, op. cit. стр. 15. Brinz, Krit. Bl. № 3, стр. 39. Schwanert, стр. 110 слл. 121 сл. Brocher, op. cit. стр. 60 слл. Brinz, Pand. II, стр. 52 сл. Accarias, т. II, стр. 633. Напротивъ, многія другія послѣдствія натуральнаго обязательства допускаютъ въ этомъ случаѣ Unterholzner, Schuldv. т. I, стр. 14 (L. 26 § 12 cit. сопоставляется съ obl. servi etc). Machelard, стр. 281; 283 (кромѣ compensatio). van-Wetter, Oblig. т. I, стр. 249 сл. (кромѣ compensatio и jus retentionis). Windscheid, Pand. т. II, § 289 пр. 7—9.

[18]) См. выше прим. 1.

собою изъ отношенія либерта къ патрону не возникаетъ. Этой обязанности къ operae officiales юристы придали юридическое значеніе настолько, что она сдѣлалась объективнымъ основаніемъ, исключающимъ condictio indebiti. Послѣ этого, она обратилась уже въ обязанность юридическую, хотя и имѣющую въ своей основѣ просто соображенія общественной морали.

Эта обязанность получила у юристовъ названіе «natura debere». Если только юристы хотятъ выразить этимъ наименованіемъ нѣчто большее, нежели простое отсутствіе иска, то во всякомъ случаѣ нельзя въ немъ видѣть указанія на то jus naturale, на которое, какъ мы видѣли, опираются натуральныя обязательства раба. Согласно этому jus naturale «omnes liberi nascuntur», «omnes aequales sunt»; напротивъ, господская власть, а слѣдовательно и патронатъ, къ нему не относятся [19]). Въ jus naturale, такимъ образомъ, могли имѣть опору лишь тѣ обязательства, которыя признавались юристами вопреки строгимъ слѣдствіямъ, вытекающимъ изъ существованія рабства, но не тѣ, которыя возникаютъ прямо изъ господской власти и являющагося ея продолженіемъ патроната. Поэтому, если «natura debere» въ L. 26 § 12 D. 12, 6 имѣетъ какое либо положительное значеніе, то не въ смыслѣ ссылки на это идеальное jus naturale, а развѣ только въ смыслѣ указанія на то, что эта обязанность по воззрѣніямъ общества естественно вытекаетъ изъ всего уклада отношеній, существующихъ между патрономъ и либертомъ [20]).

Нельзя считать это «natura debere» неопредѣленнымъ по содержанію [21]). Размѣръ operae officiales, къ которымъ по природѣ вещей либертъ обязанъ передъ патрономъ, конечно, въ каждомъ конкретномъ случаѣ можетъ быть опредѣленъ судьей во вниманіе къ положенію въ обществѣ и имущественному состоянію патрона и либерта [22]); подобная оцѣнка ex aequitate не считается невозможной, по крайней мѣрѣ, въ томъ случаѣ, когда либертъ совершилъ

---

[19]) L. 64 D. 12, 6. L. 4 § 1 D 1,5. L. 4 D. 1,1.

[20]) Ср. Schwanert, стр. 121 сл.

[21]) Какъ это дѣлаетъ напр. Savigny l. c. стр. 103.

[22]) Ср. L. 9 § 1 D. 38. 1 „cum proprietas earum et in edentis persona et in ejus, cui eduntur, constitit“.

jurata promissio operarum и поставилъ самый размѣръ услугъ на справедливое усмотрѣніе патрона [23]).

II. Натуральная обязанность къ представленію приданаго или алиментовъ. Въ классическую эпоху на нѣкоторыхъ лицахъ лежитъ обязанность къ предоставленію алиментовъ и приданаго; эту обязанность можно назвать исковымъ обязательствомъ въ томъ смыслѣ, что лицо, въ пользу котораго она установлена, получаетъ особое средство, съ помощью котораго оно судебнымъ порядкомъ можетъ вынудить ея исполненіе. Слѣдуетъ замѣтить, впрочемъ, что отъ обыкновенныхъ обязательствъ обязанность къ алиментамъ и къ предоставленію dotis отличается нѣкоторыми довольно существенными чертами, почему современные ученые иногда отказываются причислять ее къ разряду обязательствъ [24]). Такъ, даже подвластныя дѣти могутъ требовать исполненія этихъ обязанностей отъ домовладыкъ; обязанность къ алиментамъ и установленію dotis не переходитъ на наслѣдниковъ обязаннаго лица; вынуждается исполненіе этихъ обязанностей не съ помощью обычныхъ исковъ, а въ формѣ полуполицейской cognitio extra ordinem [25]).

Обязанность къ установленію dotis, исполненіе которой вынуждалось черезъ cognitio extra ordinem, впервые установлена была въ 35 главѣ legis Juliae de maritandis ordinibus и въ конституціи Севера и Каракаллы; взаимное отношеніе этихъ двухъ постановленій неясно [26]). Дальнѣйшее свое развитіе она получила отъ юриспруденціи и императорскихъ конституцій. Развитое право даетъ возможность женѣ требовать установленія за ней приданаго отъ отца и восходящихъ родственниковъ съ отцовской стороны, если сама

---

[23]) L. 30 pr. D. 38. 1. Ср. Schwanert, стр. 112 сл.

[24]) См. Brinz, Pand. т. I § 73. Mandry, Familiengüterrecht, т. I § 28.

[25]) Объ обязанности къ установленію dotis это прямо говоритъ L. 19 D. 23, 2. Относительно обязанности къ алиментамъ главнымъ доказательствомъ служитъ inscriptio L. 5 D. 25, 3 (Ulp. 2 de officio consulis). Mandry, l. c. стр. 230. Cf. Bethmann-Hollweg, Civilprozess, т. II стр. 764.

[26]) L. 19 D. 23, 2. См. Czyhlarz, das röm. Dotalrecht, (1870 г.). стр. 172 сл. Mandry, Familiengüterrecht, т. I, стр. 234 слл. Girard, Manuel стр. 617.

жена не получила уже приданаго отъ третьяго лица и не обладаетъ достаточнымъ имуществомъ для установленія за собою dotis. Наличность отеческой власти въ развитомъ правѣ не требовалась для возникновенія этой обязанности восходящихъ къ установленію приданаго. Сверхъ того, въ случаѣ «magna et probabilis causa vel lege specialiter expressa» (L. 14 C. 5, 12) мать также обязана давать приданое за своей дочерью [27]).

Обязанность къ предоставленію алиментовъ введена была императорскими конституціями и разработана юриспруденціей [28]). Черезъ cognitio extra ordinem принуждались къ предоставленію алиментовъ отецъ и отцовскіе восходящіе, а также мать и материнскіе восходящіе относительно нисходящихъ, и нисходящіе относительно восходящихъ; сверхъ того, либерты обязаны были давать алименты патрону и его дѣтямъ. Условіями принужденія являлись наличность достаточнаго имущества съ одной стороны, и нужда—съ другой [29]).

Между братьями и сестрами принудительной обязанности къ алиментамъ не существуетъ; о нихъ и не упоминается въ L. 5 D. 25, 3, гдѣ Ульпіанъ стремится дать исчерпывающій перечень всѣхъ лицъ, обязанныхъ предоставлять другъ другу алименты. Правда, классическіе юристы, признавая, что опекунъ не имѣетъ права совершать актовъ щедрости изъ имущества опекаемаго [30]), возлагаютъ на него, однако, обязанность давать алименты нуждающейся сестрѣ пупилла [31]). Но изъ этихъ рѣшеній нельзя вывести, что и на самомъ пупиллѣ лежитъ обязанность къ предоставленію сестрѣ алиментовъ, исполненіе которой могло бы быть вынуждено у него черезъ cognitio extra ordinem, еслибы онъ былъ совершеннолѣтній. Самое большее, что можно заключить изъ этихъ рѣшеній, это—то что на братѣ лежитъ извѣстная моральная обязанность помогать нуждающейся сестрѣ. Эта моральная обязанность принята юристами

---

[27]) См. объ этомъ Czyhlarz, op. cit. стр. 172—178. Mandry, op. cit. стр. 234–246. Windscheid, Pand. т. II, § 493 пр. 4—6.

[28]) Mandry, op. cit. стр. 246 сл. Kuntze, Cursus §§ 739; 356.

[29]) См. объ этомъ Mandry, op. cit. § 30. Kuntze, l. c. Windscheid, Pand. т. II § 475.

[30]) L. 12 § 3 D. 26, 7 Paul. 38 ed. L. 13 § 2 D. eod. Gai 12 ed. prov.

[31]) L. 1 § 2 D. 27, 3 Iul. ap. Ulp. 36 ed. L. 4 D 27, 2 Iul. 21 dig. L. 13 § 2 D. 26, 7 cit.

во вниманіе при опредѣленіи правъ и обязанностей опекуна. Но получила ли она хоть какое-нибудь юридическое значеніе для самого брата, объ этомъ источники умалчиваютъ [32]).

Павелъ l. 38 ad edictum [33]), говоря объ обязанностяхъ опекуна, замѣчаетъ, что опекунъ не долженъ давать приданаго за сестрой пупилла «alio patre nata», т. е. uterina, такъ какъ это было бы чистою liberalitas. Если изъ этого замѣчанія и можно сдѣлать какой либо argum. a contrario по поводу отношенія брата къ soror consanguinea, то развѣ только въ томъ смыслѣ, что на братѣ лежитъ моральная обязанность давать приданое за такой сестрой. На наличность какого-либо юридическаго значенія этой моральной обязанности, за исключеніемъ лишь принятія ея во вниманіе при опредѣленіи размѣровъ обязанностей опекуна несовершеннолѣтняго брата, данное рѣшеніе не указываетъ [34]).

Спрашивается теперь, не знаетъ ли римское право такихъ случаевъ, когда лицо, хотя и не можетъ быть принуждено къ предоставленію алиментовъ или приданаго въ формѣ cognitio extra ordinem, однако считается до извѣстной степени обязаннымъ къ этому, и притомъ обязаннымъ не только морально, но и юридически, въ томъ смыслѣ, что за его моральной обязанностью признаются извѣстныя юридическія послѣдствія, каково, напримѣръ, исключеніе repetitio soluti даже тогда, когда предоставленіе сдѣлано подъ вліяніемъ ошибочнаго представленія о наличности принудительной обязанности?

Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ утвердительно. Источники указываютъ намъ нѣсколько такихъ случаевъ. Случаи эти занимаютъ середину между обязанностью нѣкоторыхъ лицъ къ предоставленію алиментовъ или приданаго, которая можетъ быть вынуждена черезъ cognitio extra ordinem, и чисто моральною обязан-

---

[32]) См. въ этомъ смыслѣ Weber, Nat. Verb., стр. 401 слл. Vangerow, Pand. т. I § 260 пр. 2. Mandry, op. cit. т. I стр. 248 сл. Windscheid, т. II § 475 пр. 26.

[33]) L. 12 § 3 D. 26, 7 in fine.

[34]) Иного мнѣнія держится напр. Christiansen, zur Lehre v. d. nat. obl., стр. 12 прим., который признаетъ въ случаѣ L. 12 § 3 D. 26, 7 натуральную обязанность (исключающую repetitio soluti per errorem). Въ нашемъ смыслѣ см. Czyhlarz, op. cit. стр. 175 сл. Mandry, op. cit. стр. 239.

ностью, не имѣющей никакого юридическаго значенія для самого обязаннаго лица, какова, напр., обязанность братьевъ и сестеръ давать взаимно алименты. Въ случаяхъ, къ которымъ мы теперь переходимъ, имѣетъ мѣсто юридическая обязанность, наличность которой исключаетъ condictio indebiti при solutio per errorem; но исполненіе этой обязанности не можетъ быть вынуждаемо въ наступательномъ порядкѣ.

Сюда относятся слѣдующія рѣшенія.

1) L. 32 § 2 D. 12, 6 Julianus l. 10 digestorum. Mulier si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.

Жена [35]), какъ видно изъ всего вышеизложеннаго, не принадлежитъ къ числу лицъ, у которыхъ можетъ быть вынуждено extra ordinem установленіе приданаго. Безусловная принудительная обязанность жены къ установленію за собой приданаго была бы и несправедлива, такъ какъ жена могла не обладать достаточнымъ имуществомъ. Но по воззрѣніямъ римскаго общества на женщинѣ лежитъ нравственная обязанность помогать мужу въ несеніи тягостей брака. Поэтому для нея дѣломъ приличія является установленіе за собой dotis, разъ приданое не дано за нею какимъ-либо другимъ лицомъ. Этой нравственной обязанности — pietatis causa, какъ видно изъ приведеннаго рѣшенія Юліана, юристы придаютъ значеніе юридической обязанности, по крайней мѣрѣ, настолько, что она препятствуетъ женѣ путемъ condictio indebiti требовать обратно у мужа приданое, которое она установила, ложно считая себя принудитель-

[35]) Подъ словомъ „mulier", конечно, естественнѣе всего понимать жену; такъ и толкуетъ это слово огромное большинство ученыхъ. См. Meyerfeldt, op. cit. стр. 349. Christiansen, op. cit. стр. 92, Savigny, Obl. R. т. I, стр. 100. Holtius, Abhandlungen, стр. 15. Schwanert, стр. 118 пр. 25. Laskowicz, de vi ac natura obl. nat (1870 г.), стр 90 слл. Sintenis, Civilrecht, т II. стр. 16 пр. 18, van Wetter, Oblig. т. I, стр 249. Ryck, Schuldv. стр. 26. Windscheid, Pand. т. II § 493 пр. 3. Dernburg, Pand. т. II, § 5 пр. 16. Czyhlarz, Dotalrecht, стр. 176. Mandry, op. cit. стр. 238 пр. 5. — Однако, нѣкоторые писатели понимаютъ подъ этимъ словомъ мать жены и вообще ея восходящихъ родственницъ. Weber, Nat. Verb., стр. 389 пр. 2. Erxleben, op. cit т. I стр. 150. Machelard, стр. 281 сл. Нерѣшительно Accarias, Précis т. II, стр. 633 пр. 1.

но, исковымъ путемъ къ этому обязанной (напр. по договору) [36]). Такое рѣшеніе не несправедливо, ибо самымъ фактомъ установленія приданаго, хотя бы подъ вліяніемъ заблужденія, жена показала, что она въ состояніи исполнить лежащую на ней моральную обязанность.—Эта моральная обязанность съ очень ограниченнымъ юридическимъ эффектомъ названа, однако, не именемъ «natura debere», которое прилагается, напр., къ обязанности либерта предоставлять operas officiales, а «pietatis causa». По послѣдствіямъ она аналогична съ natura debere либерта, ибо, кромѣ исключенія condictio indebiti при solutio per errorem, другихъ послѣдствій намъ не указано [37]).

2) L. 46 § 2 D. 23, 3. Julianus l. 16 digestorum. Pater, etiamsi falso existimans se filiae suae debitorem esse, dotem promisisset [dixisset Julianus; см. Lenel, Jul. 269], obligabitur.

Естественный смыслъ этого рѣшенія сводится къ слѣдующему: отецъ установляетъ за дочерью приданое въ формѣ dotis dictio, ошибочно считая себя принудительно обязаннымъ къ этому; по раскрытіи ошибки онъ не можетъ требовать уничтоженія установленнаго приданаго. Видимо, юристъ считаетъ отца нравственно обязаннымъ устанавливать за дочерью приданое и въ тѣхъ случаяхъ, когда дочь не имѣетъ исковъ или жалобы, приносимой extra ordinem, чтобы вынудить у него предоставленіе dotis. Этой обязанности придается юридическое значеніе настолько, что она исключаетъ repetitio уплаченнаго per errorem. Слѣдовательно, она аналогична

---

[36]) Schwanert, стр. 116 слл. старается доказать, что на женѣ не лежитъ даже моральной обязанности къ установленію dotis: pietatis causa не является началомъ, вызывающимъ къ установленію приданаго, а только причиной, препятствующей предъявленію cond. indebiti. Но такое толкованіе несогласно съ текстомъ L. 32 § 2 D. 12, 6; здѣсь значится: „pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest," слова „ex qua" относятся къ solutum, а не къ repeti; иначе стояло бы „propter quam". См. Sintenis, Civilrecht, т. II стр. 17 пр. 18. Внутренняго противорѣчія въ L 32 § 2 cit., которое усматриваетъ Sintenis, l. c., нѣтъ, ибо pietatis causa должна быть понимаема въ смыслѣ объективномъ, а не субъективномъ, и не устраняется вслѣдствіе falsa opinio (см. прим. 38 въ концѣ).—См. объ этой терминологіи главу XII, прим. 117.

[37]) Machelard, стр. 231 сл. van-Wetter, стр. 249; Windscheid, т. II. § 289, пр. 6—10 и въ этомъ случаѣ признаютъ возможность другихъ послѣдствій натуральнаго обязательства, кромѣ компенсаціи.

съ только что разсмотрѣнной обязанностью самой жены относительно мужа [38]).

III. Натуральная обязанность къ уплатѣ легатовъ и фидеикоммиссовъ. Какъ извѣстно, lex Falcidia установила для наслѣдника право требовать, чтобы у него осталась четвертая часть наслѣдства свободной отъ легатовъ; впослѣдствіи эта норма была распространена также на фидеикоммиссы и mortis causa donatio. Для осуществленія этого права наслѣдникъ можетъ пользоваться не только экцепціями и репликами, но даже исками противъ одаренаго лица; онъ можетъ требовать излишне уплаченное посредствомъ rei vindicatio [39]), actio in factum [40]), condictio indebiti [41]) и даже прибѣгать иногда къ actio doli [42]).

---

[38]) Schwanert, стр. 120 пр. 31 видитъ въ L. 46 § 2 D. 23, 3 указаніе на цивильное обязательство отца. См. противъ этого Laskowicz, стр. 91. Ryck, стр. 26 пр. 7. Въ пользу нашего мнѣнія см. также Meyerfeldt, стр. 349. Savigny, l. c. стр. 101 пр. a. Dernburg, Pand. т. II § 5 пр. 16.— Нельзя выводить подобнаго же рода моральной обязанности, снабженной силою исключать repetitio soluti per errorem, изъ L. 11 C. 2, 18, 19; L. 15 C. eod.; L. 33 (34) D. 3, 5. L. 17 § 2 C. 8, 50 (51); L. 26 (27) § 1 D. 3, 5, какъ это дѣлаютъ, напр., Machelard, стр. 285 и Laskowicz, стр. 89; ср. также Ryck, стр. 26 пр. 2. Въ этихъ фрагментахъ идетъ рѣчь о томъ, могутъ ли родственники, сдѣлавшіе издержки на алименты или на выкупъ изъ плѣна, требовать обратно эти издержки путемъ a. neg. gest. contraria. Вопросъ рѣшается отрицательно для тѣхъ случаевъ, когда издержки сдѣланы не animo obligandi или recipiendi, который необходимъ для возникновенія a. neg. gest. contraria, а „materna pietate“, „paterno adfectu“, pietatis respectu sororis“ и т. п., т. е. animo donandi. Повидимому, animus donandi въ подобныхъ случаяхъ предполагается, пока не будетъ доказано противное. Ср. объ этомъ Windscheid, Pand. т. II § 430 пр. 13—15. Brinz, Pand. т. II § 321 пр. 34. Mandry, op. cit. т. I, стр. 266. Мы не видимъ только основанія вслѣдъ за этими фрагментами и въ L. 32 § 2 D. 12, 6 подъ pietatis causa понимать субъективное настроеніе жены, какъ это дѣлаетъ Sintenis, l. c. стр. 16 пр. 18; „pietatis causa ex qua solutum repeti non potest“ и совершеніе предоставленій „materna pietate“, „paterno adfectu“, „pietatis respectu“—не одно и тоже.

[39]) L. 26 pr. D. 35, 2 Scaev. 5 resp.

[40]) L. 77 § 2 D. 31 Papin. 8 resp. L. 1 § 11 D. 35. 2 Paul. sing. ad l. Falc.

[41]) L. 31 D. 35. 2 Pompon. 2 fideic. L. 9 C. 6, 50.

[42]) L. 23 D. 4, 3 Gai 4 ed. pr.—Ср. Koeppen, Lehrbuch d. heut. röm. Erbr., т. III стр. 769 (1895 г.) Windscheid. Pand. т. III § 650 пр. 10.

Condictio indebiti, конечно, не имѣетъ мѣста, если уплата легатовъ или фиденкоммиссовъ совершена безъ вычета quarta Falcidia сознательно или по неизвинительному заблужденію (eror juris) [43]). Но при уплатѣ такого рода, сдѣланной подъ вліяніемъ извинительнаго заблужденія, дается condictio indebiti. Слѣдовательно, воля завѣщателя, который назначилъ легаты въ извѣстномъ размѣрѣ, превышающемъ три четверти наслѣдства, не налагаетъ на наслѣдника такой моральной обязанности выплатить легаты полностью, которая бы являлась объективнымъ основаніемъ, исключающимъ condictio indebiti. Соотвѣтственно съ этимъ юристы неоднократно называютъ такую уплату легатовъ безъ вычета quarta Falcidia уплатою «indebiti» или «non debiti»: здѣсь нѣтъ такого debitum, которое бы дѣлало невозможнымъ примѣненіе condictio indebiti [44]) Однако, нельзя, опираясь на такія выраженія, утверждать [45]), что воля завѣщателя не налагаетъ на наслѣдника никакой моральной обязанности уплатить легаты безъ вычета, снабженной хотя бы самыми слабыми юридическими послѣдствіями. Debitum въ извѣстномъ смыслѣ для наслѣдника всегаки возникаетъ. Именно, еще Celsus l. 10 digestorum писалъ, что, если heres реституируетъ все наслѣдство фидеикоммиссарію, не удерживая себѣ опредѣленной части, которая прямо была предоставлена ему завѣщателемъ, то онъ не можетъ считаться подарившимъ фидеикоммиссарію эту часть, разъ онъ сдѣлалъ это во вниманіе къ затаенному желанію завѣщателя, чтобы все его наслѣдство безъ вычета перешло къ фидеикоммиссарію. Передавъ это рѣшеніе Цельза, Ульпіанъ съ своей стороны добавляетъ, что съ еще большимъ основаніемъ мы должны разсуждать такъ въ томъ случаѣ, когда heres выплачиваетъ легатъ полностью безъ вычета quarta Falcidia, хотя и знаетъ о своемъ правѣ на вычетъ; вѣдь въ этомъ случаѣ еще больше данныхъ предполагать, что завѣщатель, назначая легаты свыше мѣры legis Falcidiae, этого вычета не желалъ [45a]). Изъ этого рѣшенія видно, что наслѣдникъ, упла-

---

[43]) L. 9 § 5 D. 22, 6. Sev. et Ant. ap. Paul. sing. de j. et f. ignor. L. 9 C. 6, 50 Gordianus.

[44]) См., напр., L. 9 § 5 D. 22, 6 cit. "quod ex causa fideicommissi indebitum datum est".

[45]) Какъ это дѣлаетъ, напр., Laskowicz, op. cit. стр. 85.

[45a]) L. 5 § 15 D. 24, 1 Ulp. 32 ad Sab. Не слѣдуетъ забывать, что до

тившій сознательно легаты безъ вычета quarta Falcidia, не считался дарителемъ. Воля завѣщателя, чтобы онъ уплатилъ легаты полностью, налагала на него извѣстную моральную обязанность къ такой уплатѣ. Юридическое значеніе этой обязанности было придано, хотя и очень слабое; оно состояло въ томъ, что сознательное исполненіе ея не считалось за дареніе. Такъ какъ все изложенное разсужденіе Ульпіана находится въ титулѣ о дареніяхъ между супругами, то можно заключить, что и правила о запретѣ такихъ дареній къ этого рода предоставленію наслѣдника не примѣнялись.—Aburnius Valens [46]) говоритъ, что при уплатѣ фидеикоммисса всего наслѣдства безъ вычета quarta, сильная презумпція имѣется въ пользу того, что такая уплата сдѣлана не по заблужденію, а «explendi fideicommissi causa». Императоры Северъ и Антонинъ [47]) указываютъ, что сознательная уплата такого рода не есть «plus debito solutum»; въ томъ же смыслѣ выражается и юристъ Павелъ [48]).—Папиніанъ [49]) и Каллистратъ [50]) отмѣчаютъ еще одно практическое слѣдствіе, вытекающее изъ воззрѣнія на такую уплату, какъ на исполненіе долга, debiti solutio, а не дареніе: она не подлежитъ правиламъ объ отчужденіяхъ, дѣлаемыхъ in fraudem creditorum [51]).—Heres можетъ не уплачивать легаты полностью, но, вмѣсто этого, въ формѣ стипуляціи обязаться къ ихъ уплатѣ безъ вычета quartae, желая исполнить въ точности волю завѣщателя. Марцеллъ сомнѣвается, дѣйствительна ли такая promissio [52]). Ульпіанъ считалъ ее дѣйствительной [53]); такъ рѣшилъ этотъ вопросъ и Юстиніанъ [54]); въ этомъ смыслѣ компи-

---

Юстиніана lex Falcidia была принудительной нормой. См. Baron, Pand. § 446 пр. 17. Windscheid, Pand. т. III § 651 пр. 1.

[46]) L. 70 (68) § 1 D. 36, 1.

[47]) L. 1. C. 6, 50.

[48]) Paul. R. S. 4, 3, 4. „nec enim indebitum solvisse videtur, qui plenam fidem defuncto praestare maluit".

[49]) L. 19 D. 42, 8.

[50]) L. 20 D. 42, 8.

[51]) См. къ этому Windscheid, Pand. т. II § 463 пр. 34.

[52]) L. 20 § 1 D. 39, 5.

[53]) L. 46 D. 35, 2.

[54]) L. 19 C. 6, 50.

ляторы сдѣлали добавленіе къ тому отрывку, гдѣ Марцеллъ выражалъ свои сомнѣнія [55]).

Изъ всего изложеннаго мы можемъ сдѣлать слѣдующій выводъ. Воля завѣщателя, чтобы легаты, имъ назначенные, были выплачены сполна, налагаетъ на наслѣдника моральную обязанность не дѣлать вычета quarta Falcidia. Юристы не рѣшились видѣть въ этой обязанности объективное основаніе, исключающее требованіе обратно уплаченнаго per errorem. Но они придали ей значеніе, по крайней мѣрѣ, въ томъ смыслѣ, что сознательное ея исполненіе не считалось за donatio; оно не подлежало правиламъ о дареніяхъ между супругами и о сдѣлкахъ in fraudem creditorum.

Повидимому, точно такъ же относилось римское право и къ сознательной уплатѣ легатовъ и фидеикоммиссовъ, оставленныхъ безъ соблюденія должной формы [56]), равно какъ и къ promissio отягченнаго лица объ уплатѣ такихъ легатовъ или фидеикоммиссовъ [57]).

Въ этихъ случаяхъ мы не встрѣчаемъ термина «obligatio naturalis» или «debitum naturale». Но, если, какъ мы сейчасъ увидимъ, римскіе юристы рѣшались употреблять эти термины для обозначенія обязанностей къ благодарности и къ родственнымъ порядкамъ, которыя влекутъ за собой еще болѣе ничтожныя юридическія послѣдствія, то тѣмъ-болѣе мы можемъ причислить данный случай къ натуральнымъ обязанностямъ: здѣсь сознательное исполненіе всетаки считается за уплату долга, а не за дареніе, а это уже есть послѣдствіе юридической обязанности, хотя, конечно, одно изъ самыхъ слабыхъ, какія только можно себѣ представить. Въ основѣ этой юридической обязанности лежатъ требованія добрыхъ нравовъ или приличія [58]).

---

[55]) L. 20 § 1 D. 39, 5 интерполирована отъ словъ „sed magis“ до конца. См. Gradenwitz, Interpol. стр. 49. Lenel, Marcellus 245 пр. 2.

[56]) L. 2 C. 6, 42 Antoninus. Argum. L. 23 C. eod. Diocl. et Maxim.

[57]) L. 62 D. 12, 6 Maecianus 4 fideic.

[58]) Въ нашемъ смыслѣ высказываются Windscheid, Pand. т. II § 289 пр. 5 ср. § 463 пр. 10 и Machelard, стр. 285 слл.; см. также Meyerfeldt, стр. 349. Признавая, что сознательная уплата въ этихъ случаяхъ не есть donatio, все-таки отказываются видѣть здѣсь натуральное обязательство Savigny Obl. R. I стр. 107 слл. Schwanert, стр. 116 пр. 19. van Wetter, Obl. т. I стр. 250 пр. 108. Ryck, стр. 46 пр. 2—3. Accarias, Précis, т. II

IV. Obligatio naturalis ad remunerandum. Есть два рѣшенія въ источникахъ, которыя могутъ подать поводъ къ конструированію натуральной обязанности лица, получившаго дареніе или вообще какую-либо услугу отъ другого лица, къ благодарности.

Одно изъ этихъ рѣшеній гласитъ:

L. 55 (54) § 1 D. 47, 2. Gajus l. 13 ad edictum prov. Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat: species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere. unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet.

Здѣсь Гай говоритъ, что понятіе furtum, состоящее въ «contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia» [59]), находитъ примѣненіе и въ томъ случаѣ, когда похищеніе вещи совершается исключительно съ цѣлью подарить вещь или предоставить ее въ безвозмездное пользованіе третьему лицу: и въ этихъ случаяхъ есть своего рода lucrum; совершеніе актовъ щедрости изъ чужого имущества (ex alieno largiri) и пріобрѣтеніе лицъ благодарныхъ намъ за эти акты — beneficii debitores — есть также «species lucri».

Выраженіе юриста «beneficii debitor» можетъ дать поводъ думать, что оказанное благодѣяніе порождаетъ, по воззрѣніямъ юристовъ, извѣстный долгъ на сторонѣ лица, которому благодѣяніе оказано, и что этотъ долгъ имѣетъ юридическое значеніе, такъ какъ принимается во вниманіе при рѣшеніи вопроса о наличности lucrum у вора.

Второе рѣшеніе состоитъ въ слѣдующемъ:

L. 25 § 11 D. 5, 3 Ulpianus l. 15 ad edictum. Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno adficiantur, sed in id dumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. quem

---

стр. 633 пр. 2. Не признаетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій за такою обязанностью наслѣдника Weber, Nat. Verb. стр. 151 слл.; стр. 404 слл.; однако, анализа источниковъ, сколько-нибудь полнаго, этотъ авторъ не дѣлаетъ. Lascowicz, op. cit. стр. 84 слл. послѣ поверхностнаго анализа приходитъ къ выводу, что такія предоставленія наслѣдника составляютъ donatio irregularis.

[59]) L. 1 § 3 D. 47, 2 Paul. 39 ed.

cunque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverint perdiderunt, dum re sua se abuti putant, non praestabunt. nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamuis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. plane si ἀντίδωρα acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis.

Ульпіанъ говоритъ здѣсь о bonae fidei possessores hereditatis, которые по Sctum Juvencianum обязаны отвѣчать при выдачѣ наслѣдства лишь въ размѣрахъ ихъ наличнаго обогащенія. Онъ замѣчаетъ, что совершать дареніе значитъ «naturaliter sibi aliquem ad remunerandum obligare», но что дареніи въ виду этого еще не считаются обогащающими дарителя, который bona fide тратитъ на подарки чужое имущество. Если-же одаренный отвѣтитъ на подарокъ взаимнымъ дареніемъ съ цѣлью отблагодарить дарителя, то такое ἀντίδωρον зачитывается въ массу обогащенія, полученнаго дарителемъ изъ имущества, на счетъ котораго онъ произвелъ дареніе.

Найдъ нужно разрѣшить вопросъ: заключается ли въ этихъ выраженіяхъ: «beneficii debitorem adquirere» и «naturaliter obligare ad remunerandum» указаніе на обязанность къ благодарности, имѣющую какія-либо послѣдствія, присущія вообще юридическимъ обязанностямъ?

Для рѣшенія этого вопроса нужно принять во вниманіе слѣдующія соображенія.

1) Самый способъ выраженія юристовъ въ данныхъ рѣшеніяхъ заставляетъ сомнѣваться въ томъ, чтобы они имѣли въ виду отмѣтить здѣсь наличность юридическихъ обязанностей, хотя бы съ самыми ограниченными послѣдствіями. Актъ, порождающій обязанность къ благодарности, у Гая называется «ex alieno largiri», у Ульпіана «donare»; оба выраженія составляютъ прямую противоположность къ акту обязыванья—«obligare». Должникъ названъ у Гая выраженіемъ «beneficii debitor». Это также исключаетъ всякую мысль о юридической обязанности; если debitum явилось въ результатѣ beneficium, то это не есть долгъ въ юридическомъ смыслѣ, такъ какъ наличность такого долга исключила бы наличность благодѣянія съ другой стороны — beneficium [80]). Въ результатѣ уже

[80]) См. Schwanert, стр. 101, 102. Harburger, die remuneratorische Schenkung, (1875 г.) стр. 48. Cf. Meyerfeldt, op. cit. стр. 376 сл.

однихъ этихъ соображеній мы должны придти къ заключенію, что юристы не хотятъ обозначить данными выраженіями какой бы то ни было юридической обязанности; они указываютъ только на извѣстный моральный долгъ, который, если и получаетъ какое-нибудь юридическое значеніе, то не въ качествѣ юридической обязанности къ предоставленію чего-либо. — 2) Что эта обязанность къ благодарности не можетъ быть причислена безъ всякихъ оговорокъ къ области obligationes naturales, это проявляется и въ другомъ отношеніи. Ея наличность сама по себѣ не обогащаетъ дарителя, если таковымъ является possessor bonae fidei чужого имущества. Это прямо говоритъ Ульпіанъ въ приведенномъ рѣшеніи. Между тѣмъ, по общему правилу, obligatio naturalis считается частью имущества и, слѣдовательно, обогащаетъ кредитора по ней [61]). Этому не противорѣчитъ, что Гай считаетъ за lucrum, достаточное для наличности furtum, пріобрѣтеніе воромъ «beneficii debitor». Мы здѣсь имѣемъ дѣло съ рѣшеніемъ, которое оперируетъ спеціально съ понятіемъ lucrum при воровствѣ; здѣсь это понятіе толкуется «odio furum» особенно широко; за lucrum считается удовлетвореніе эгоистическаго мотива вора съ помощью присвоенія себѣ украденной вещи и распоряженія ею, какъ собственною, хотя бы это распоряженіе и не увеличивало имущества вора, а лишь доставляло ему чувство довольства отъ сознанія, что онъ нравственно обязалъ передъ собою другое лицо [62]).—3) Нравственный долгъ къ благодарности принимается во вниманіе юристами въ томъ случаѣ, когда онъ уже исполненъ. Ульпіанъ въ приведенномъ рѣшеніи (L. 25 § 11 D. 5, 3) сообщаетъ, что ἀντίδωρα, полученныя дарителемъ отъ одареннаго въ знакъ благодарности, считаются за обогащеніе, пріобрѣтенное на счетъ того имущества, изъ котораго сдѣлано дареніе. Такимъ образомъ, нравственный долгъ къ благодарности получаетъ юридическое значеніе въ томъ смыслѣ, что, благодаря его наличности, подарокъ и обратный даръ одареннаго ставятся въ извѣстную взаимную связь при счетѣ имущества дарителя. Этотъ же прин-

---

[61]) L. 1 § 17 D. 35, 2 Iul. ap. Paul. l. sing. ad l. Falc. L. 41 (40) pr. D. 36, 1 Paul. 20 ed.

[62]) Ср. Harburger, op. cit. стр. 39 сл. Accarias, Précis, т. II стр. 457 сл.

ципъ [63]) проявляется и въ рѣшеніи Помпонія, которое реферировано у Ульпіана l. 29 ad edictum L. 10 § 7 D. 15, 3: юристъ полагаетъ, что versio in rem domini уничтожается, если dominus въ благодарность за versio подаритъ рабу одинаковую сумму; lucrum domini считается уничтоженнымъ, вслѣдствіе такого donare remunerandi animo.—4) Несмотря, однако, на признаніе этого юридическаго значенія за обязанностью къ благодарности, юристы не считаютъ самое предоставленіе, дѣлаемое remunerandi animo, за уплату долга въ юридическомъ смыслѣ. Въ цитированной L. 10 § 7 D. 15, 3 это предоставленіе все же обозначается глаголомъ «donare». А такъ какъ дареніе есть предоставленіе, совершаемое именно безъ всякаго юридическаго принужденія [64]), то это показываетъ намъ, что юристы, хотя и признаютъ извѣстное юридическое значеніе за обязанностью къ благодарности, отражающееся на судьбѣ ἀντιδωρεᾶν, но тѣмъ не менѣе не считаютъ самую обязанность превратившеюся отъ этого въ юридическую обязанность. Сознательное исполненіе этого моральнаго долга есть дареніе, въ отличіе отъ сознательной уплаты легатовъ безъ вычета quarta или недѣйствительныхъ по формѣ фидеикоммиссовъ. Если предоставленіе сдѣлано подъ вліяніемъ заблужденія, то оно подлежитъ возврату въ томъ случаѣ, когда это заблужденіе обнаруживаетъ отсутствіе у предоставителя animus donandi [65]).—5) За моральнымъ долгомъ къ благодарности признаются еще кое-какія юридическія послѣдствія. Такъ, къ предоставленію, совершаемому въ благодарность за какое-либо beneficium, не примѣнялись правила legis Cinciae, а впослѣдствіи норма объ отмѣнѣ дара по неблагодарности [66]). Далѣе, стремленіе отблагодарить яв-

---

[63]) См. также Schwanert, стр. 103 сл. Windscheid, т. II § 289 пр. 3. Иначе толкуетъ L. 10 § 7 D. 15, 3 Harburger, op. cit. стр. 37; стр. 55.

[64]) L. 29 pr. D. 39, 5 Papin. 10 resp. Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.

[65]) Argum. L. 52. L. 65 § 1 D. 12, 6. Ср. Harburger, op. cit. стр. 42 слл.

[66]) Paul. S. R. 5, 11, 6 и L. 34 § 1 D. 39, 5. См. о нихъ Harburger, op. cit. стр. 17 слл.; стр. 96 слл. Bremer въ Jahrb. für Dogm. т. XIII (1874 г.) стр. 101 слл. Ограничиваетъ эти послѣдствія лишь нѣкоторыми случаями don. remuneratoria Windscheid, т. II, § 368 пр. 11 и § 289 пр.

ляется моментомъ, который принимается во вниманіе при опредѣленіи желаемыхъ дарителемъ размѣровъ даренія [67]). Эти послѣдствія, конечно, также не могутъ обратить моральный долгъ въ юридическую обязанность.

Въ результатѣ мы должны сказать слѣдующее. Римскіе юристы знаютъ моральный долгъ, побуждающій лицо, получившее благодѣяніе — beneficium, быть благодарнымъ къ виновнику благодѣянія. Поэтому они актъ оказыванія beneficii, напр., совершеніе даренія, означаютъ выраженіемъ: «ad remunerandum naturaliter obligare», а самое лицо, получившее beneficium, именуютъ: «beneficii debitor». Однако, этому моральному долгу быть благодарнымъ они не придаютъ такихъ юридическихъ послѣдствій, которыя бы дали возможность конструировать его, какъ юридическую обязанность съ ограниченнымъ эффектомъ. Даже сознательное совершеніе предоставленія подъ вліяніемъ этого моральнаго долга есть въ ихъ глазахъ дареніе. Этотъ моральный долгъ есть, такимъ образомъ, только иногда получающій юридическое значеніе мотивъ предоставленія, но не юридическая обязанность [68]).

4.—L. 27 D. 39, 5 относится, всего вѣрнѣе, къ уплатѣ юридическаго долга, снабженнаго persecutio extra ordinem (L. 1 pr. D. 50, 13), которая облечена изъ деликатности въ форму donatio. См. Harburger, op. cit. стр. 7 слл. Brinz, Pand. т. II стр. 54 пр. in f. Иначе Windscheid, Pand. т. II § 368 пр. 11.

[67]) L. 10 § 13. L. 12 pr. D. 17, 1. См. объ этихъ мѣстахъ Harburger, op. cit. стр. 33 сл. Savigny, System. т. IV стр. 90 слл.

[68]) Ближе всего къ этому стоитъ Brinz, Pand. т. II стр. 54: „мы не говоримъ, что эта обязанность не нашла никакого юридическаго признанія, а утверждаемъ только, что она не имѣетъ никакого обязательственнаго значенія". — Не признаютъ юридической обязанности къ благодарности также Meyerfeldt op. cit. стр. 376 слл. Savigny, l. c стр. 86 слл. Erxleben, op. cit. стр. 152. Schwanert, стр. 100 слл. Scheurl, Krit. VJ. Schr. т. VI, стр. 494. Sintenis, Civilr. т. II стр. 15 прим Hellmann, Zeitschr. Sav. St. т. XII стр. 338 сл. Harburger, op. cit. стр. 38 сл.—Къ натуральнымъ обязательствамъ съ болѣе или менѣе широкими послѣдствіями причисляетъ этотъ случай Laskowicz стр. 86 слл., который считаетъ допустимой даже retentio solutio per errorem. См. также Ryck, стр. 25 пр. 3—4. Windscheid, т. II § 289 пр. 3—4 довольно правильно характеризуетъ юридич. значеніе обязанности къ благодарности, но не считаетъ нужнымъ выдѣлить ее изъ круга nat. obligationes.

V. Натуральная обязанность къ подаркамъ между родственниками и къ предоставленію наслѣдства. Юристъ Павелъ l. 2 ad Sabinum [69]) говоритъ, что наслѣдованіе sui heredes можетъ не быть считаемо за hereditas, а только за полученіе наслѣдниками свободнаго управленія тѣмъ имуществомъ, собственниками котораго они были еще при жизни наслѣдодателя. Въ другомъ мѣстѣ [70]) тотъ же юристъ сообщаетъ намъ, что наслѣдованіе sui heredes вытекаетъ изъ ratio naturalis, которая «quasi lex quaedam tacita» отдаетъ наслѣдство родителей дѣтямъ, призывая послѣднихъ какъ бы къ «debita successio»; на этомъ основано названіе такихъ наслѣдниковъ именемъ «sui heredes» и матеріальныя ограниченія свободы завѣщанія, не дозволяющія родителямъ незаслуженно отнимать у дѣтей наслѣдство; отсюда же Павелъ выводитъ заключеніе, что при конфискаціи имуществъ у осужденныхъ лицъ справедливо выдѣлять извѣстную часть ихъ дѣтямъ.—Папиніанъ въ l. 29 quaestionum [71]) также говоритъ о томъ, что дѣтямъ «parentium debetur hereditas» и что это наслѣдованіе дѣтей опирается на «naturae simul et parentium commune votum». — Ульпіанъ называетъ обязательную долю наслѣдства, которую завѣщатель долженъ оставить близкому родственнику во избѣженіе querela inofficiosi testamenti, именемъ «debita portio» [72]).—То же самое названіе даетъ этой долѣ Юстиніанъ въ L. 36 pr. C. 3, 28. Въ продолженіи той же конституціи, наконецъ, въ качествѣ мотива для распоряженія своего, узаконяющаго моментомъ начала истеченія пятилѣтней давности для querela inofficiosi testamenti не смерть завѣщателя, а вступленіе завѣщательнаго наслѣдника въ наслѣдство, Юстиніанъ приводитъ слѣдующее соображеніе: «ut non liceat heredi quando voluerit adire, ne per hujusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali». Ясно, что здѣсь именемъ debitum naturale, скорѣе всего, означается обязанность оставлять дѣтямъ обязательную долю, т.-е. ту долю, которая въ началѣ конституціи названа «debita portio» [73]).

[69]) L. 11 D. 28, 2.

[70]) L. 7 pr. D. 48 20 Paul. l. sing. de portion.

[71]) L. 7 § 1 D. 38, 6.

[72]) L. 8 § 11 D. 5, 2 Ulp. 14 ed.

[73]) На это начало конституціи не обратилъ вниманія Schwanert стр. 108 сл.

Въ одной конституціи Ѳеодосія и Валентиніана отъ 442 года [74]) мы читаемъ, что даренія inter vivos и предоставленія mortis causa между восходящими и нисходящими родственниками составляютъ «sub liberalitatis appellatione» уплату по «debitum naturale»; точно такъ же и имущество, переходящее между такими родственниками въ порядкѣ наслѣдованія ab intestato, есть «maxime debiti potius solutio quam muneris oblatio». На этомъ основаніи переходъ недвижимаго имущества декуріона въ этихъ случаяхъ не облагается пошлиной, установленной вообще для перехода недвижимости декуріона въ руки некуріона.

Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ источники или прямо говорятъ о «debitum naturale», или же упоминаютъ о ratio naturalis, naturae votum, какъ объ основѣ извѣстной обязанности. Но нѣтъ никакого основанія говорить въ этихъ случаяхъ о натуральномъ долгѣ въ смыслѣ юридической обязанности, сопряженной съ какимъ-либо эффектомъ, который относится къ области обязательственнаго права. Если за подобными «debita naturalia» и признаны были извѣстныя юридическія послѣдствія, то не такія, которыя бы обратили ихъ въ юридическія обязанности въ смыслѣ обязательственнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, въ чемъ состоятъ эти юридическія послѣдствія? Они сводятся къ тому, что моральный долгъ давать дѣтямъ наслѣдство кладется классическими юристами въ основу нормъ, опредѣляющихъ положеніе sui heredes при наслѣдованіи ab intestato, и принимается въ соображеніе при опредѣленіи судьбы конфискуемаго имущества; моральная обязанность дѣлать подарки родственникамъ или оставлять имъ наслѣдство считается основаніемъ для освобожденія перехода имущества отъ уплаты подати. Все это послѣдствія не обязательственнаго характера. Наконецъ, debitum naturale приводится намъ, какъ основа матеріальныхъ ограниченій свободы завѣщаній. Въ этомъ случаѣ debitum naturale легло даже въ основу особаго иска — querela inofficiosi testamenti. Но и здѣсь мы не можемъ видѣть обязанности, сопряженной съ юридическими послѣдствіями, свойственными обязательственному праву. Что бы мы ни считали объектомъ даннаго debitum naturale — обязательную долю или всю portio ab intestato управомоченнаго къ иску

[74]) L. 1 pr. § 1 C. 10, 36 (35).

лица—самый искъ не является прямымъ средствомъ осуществленія притязанія о выдачѣ той или иной доли наслѣдства. Обязательная доля въ результатѣ querela inofficicsi testamenti никогда не получается [75]) истцомъ; если же онъ получаетъ свою portio ab intestato, то это является уже косвеннымъ результатомъ иска; самый искъ имѣетъ своимъ предметомъ не выдачу этой portionis, а уничтоженіе нелюбовнаго завѣщанія. Онъ носитъ характеръ не обыкновеннаго имущественнаго иска, а actio vindictam spirans. Такимъ образомъ, если моральный долгъ оставлять извѣстнымъ лицамъ portio ab intestato или обязательную долю и нашелъ себѣ извѣстное признаніе въ нормахъ права, то это не значитъ, что онъ получилъ въ Римскомъ правѣ значеніе искового обязательства. Его юридическое значеніе сводилось къ тому, что соблюденіе этого долга сдѣлано было условіемъ дѣйствительности завѣщанія; если лицо безъ уважительныхъ причинъ не оставляло близкимъ родственникамъ, по крайней мѣрѣ, обязательной доли, то его завѣщаніе дѣлалось оспариваемымъ.

Въ разсмотрѣнныхъ источникахъ, такимъ образомъ, debitum naturale есть моральный долгъ, который въ юридическомъ отношеніи является фактическою основой или поводомъ для установленія юридическихъ нормъ, не превращающихъ его въ обязательственную обязанность [76]).

VI. Обязанность платить проценты. У Ульпіана l. 26 ad edictum [77]) мы читаемъ:

Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit: sed si supra legitimum modum solvit, divus Severus rescripsit (quo jure utimur) repeti quidem non posse, sed sorti imputandum et, si postea sortem solvit, sortem quasi indebitam repeti posse. proinde et si ante sors fuerit soluta, usurae supra legitimum modum solutae quasi sors in-

---

[75]) Мы оставляемъ въ сторонѣ т.-наз. actio ad supplendam legitimam, дававшуюся лишь при наличности особыхъ условій.

[76]) Близко къ этому стоитъ Schwanert, стр. 106 слл. См. также Sintenis, Civilrecht, т. II стр. 7 пр. 9; стр. 15 пр. 18.—Ryck, стр. 26 пр. 1 ср. пр. 3, повидимому, усматриваетъ въ подобныхъ случаяхъ naturale debitum, исключающее condictio indebiti.

[77]) L. 26 pr. D. 12, 6.

debita repetuntur. quid si simul solverit? poterit dici et tunc repetitionem locum habere. § 1. Supra duplum autem usurae et usurarum usurae nec in stipulatum deduci nec exigi possunt et solutae repetuntur, quemadmodum futurarum usurarum usurae. § 2. Si quis falso se sortem debere credens usuras solverit, potest condicere nec videtur sciens indebitum solvisse.

На основаніи первыхъ словъ выписаннаго рѣшенія нѣкоторые писатели [78]) строятъ утвержденіе, что у Римлянъ существовала натуральная обязанность къ уплатѣ процентовъ по долговому обязательству, которое возникало въ результатѣ предоставленія должнику кредиторомъ извѣстнаго капитала на время безъ всякой оговорки объ уплатѣ процентовъ; уплаченные должникомъ кредитору проценты, если не превысили законную мѣру, не подлежали возврату въ силу этой натуральной обязанности, хотя бы уплата была совершена въ ложномъ предположеніи о существованіи искового обязательства къ уплатѣ процентовъ, и не зачитались въ капиталъ.—Съ такимъ толкованіемъ приведеннаго текста мы не находимъ, однако, возможности согласиться. Scaevola l. 5 responsorum [79]), сообщаетъ намъ, что, если кто-либо по ошибкѣ уплатилъ проценты въ бо́льшемъ размѣрѣ, чѣмъ какой былъ установленъ въ стипуляціи о процентахъ, то излишне уплаченное зачитается in sortem. Намъ кажется, что то же самое рѣшеніе должно примѣняться и въ томъ случаѣ, когда должникъ совсѣмъ не обязывался къ уплатѣ процентовъ.

Нельзя одобрить, однако, и того толкованія словъ Ульпіана, которое видитъ въ нихъ предписаніе зачитывать недолжно уплаченные проценты in sortem [80]). Такое толкованіе не соотвѣтствуетъ тексту рѣшенія Ульпіана; оно было бы возможно лишь въ томъ случаѣ, если бы послѣ словъ «si sortis debitae solvit» стояло не простое «sed», но «sed et» [81]).

---

[78]) Сюда принадлежатъ: Thibaut, Versuche über einz. Theile der Theorie d. Rechts, (2-е изд.) т. II стр. 138 слл. (1817 г.). Christiansen, op. cit. стр. 92 сл. Vangerow, т. I стр. 111 сл. van Wetter, op. cit. т. I стр. 239. Ryck, op. cit. стр. 36 пр. 2.

[79]) L. 102 § 3 D. 46, 3.

[80]) См. Unterholzner, op. cit. т. II, стр. 47 пр. b. Sintenis, op. cit. т. II стр. 110 пр. 58. Windscheid, т. II § 289 пр. 1.

[81]) Это отмѣчаетъ и Windscheid, l. c.

Наконецъ, трудно согласиться и съ мнѣніемъ Вебера и Бринца, которые въ началѣ выписаннаго рѣшенія видятъ упоминаніе объ уплатѣ недолжныхъ процентовъ, сдѣланной сознательно [82]). Во-первыхъ, о сознательной уплатѣ во всемъ princ. нашего рѣшенія нѣтъ никакого упоминанія; видѣть указаніе на нее въ заключительныхъ словахъ § 2 «nec videtur sciens indebitum solvisse» нѣтъ ни малѣйшаго основанія; эти слова имѣютъ, какъ увидимъ ниже, совсѣмъ другой смыслъ. Во-вторыхъ, если бы въ началѣ princ. Ульпіанъ говорилъ только о сознательной уплатѣ процентовъ, то его слова давали бы поводъ заключить путемъ argum. a contrario, что сознательная уплата самаго капитала даетъ мѣсто для condictio indebiti: юристъ говоритъ «si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit» [83]).

Единственно возможнымъ толкованіемъ намъ представляется слѣдующее. Разбираемое рѣшеніе Ульпіана относится не къ такимъ процентамъ, объ уплатѣ которыхъ не состоялось никакого соглашенія. Эти проценты должны подлежать тѣмъ правиламъ, которыя Сцевола устанавливаетъ для процентовъ, уплаченныхъ свыше мѣры, опредѣленной въ стипуляціи. Ульпіанъ подъ названіемъ «usurae indebitae» въ данномъ фрагментѣ имѣетъ въ виду проценты, обѣщанные въ формѣ pactum; мы уже знаемъ, что эти проценты онъ обозначаетъ такимъ именемъ и въ другомъ мѣстѣ своихъ сочиненій [84]). Сцевола, съ другой стороны, прямо исключаетъ usurae ex pacto изъ области своего рѣшенія о процентахъ, уплаченныхъ свыше выговореннаго въ стипуляціи размѣра [85]). Если эти соображенія правильны, то Ульпіанъ въ разбираемомъ рѣшеніи сообщаетъ намъ только слѣдующее: если кто уплатитъ проценты, обѣщанные по nudum pactum, то онъ не можетъ ихъ требовать обратно и они не зачитаются in sortem, хотя бы уплата сдѣлана была по заблужденію. Это не примѣняется, говоритъ далѣе юристъ, къ процен-

---

[82]) Weber, Nat. Verb. стр. 132 прим. Brinz, Pand. т. II стр. 53 пр. 3.

[83]) См. Thibaut, l. c. Vangerow, l. c.

[84]) L. 5 § 2 D. 46, 3 Ulp. 43 Sab. См. стр. 330 сл. См. также гл. XI, пр. 32.

[85]) L. 102 § 3 D. 46, 3 cit. „postea nullo pacto interveniente per errorem et ignorantiam semisses usuras solverit“.

тамъ свыше дозволеннаго закономъ размѣра. Это не относится также и къ случаю уплаты процентовъ, хотя бы и на основаніи pactum usurarium, но при отсутствіи самаго капитальнаго долга, заканчиваетъ юристъ въ § 2. Въ этомъ случаѣ pactum usurarium не считается основой натуральнаго обязательства къ уплатѣ процентовъ и уплатившій не теряетъ condictio indebiti, т.-е. не приравнивается къ тому, кто сознательно уплатилъ недолжное. Смыслъ словъ § 2: «nec videtur sciens indebitum solvisse» сводится, такимъ образомъ, къ тому, что лицо, уплатившее usurae ex pacto, хотя бы по заблужденію въ существованіи искового долга, относительно condictio indebiti стоитъ въ томъ же положеніи, въ которомъ стоитъ тотъ, кто «sciens indebitum solvit» [86]).

Въ результатѣ мы приходимъ къ выводу, что нѣтъ натуральной обязанности къ уплатѣ необѣщанныхъ процентовъ; въ L. 26 pr. D. 12, 6 имѣется въ виду натуральное обязательство, возникающее изъ pactum usurarium [87]).

VII. Beneficium competentiae и actio de peculio. Нѣкоторые ученые [88]) видятъ указаніе на obligatio naturalis въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ:

L. 8 D. 12, 6 Paulus l. 6 ad Sabinum. Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulieri solvisset, repetere non potest: adeo debitum esset mulieri.

L. 9 D. eod. Ulpianus l. 66 ad edictum. Nam et maritus, si, cum facere nihil possit, dotem solverit, in ea causa est, ut repetere non possit.

Здѣсь рѣчь идетъ о должникѣ, который пользуется т. наз. beneficium competentiae, т. е., будучи привлеченъ къ уплатѣ долга,

---

[86]) Ср. Thibaut, l. c. стр. 141.

[87]) См. въ этомъ смыслѣ также Hellmann, Zeitschr. d. Sav. St. т. XII, стр. 345.—Т.-наз. antichresis tacita по L. 8 D. 20, 2, состоящая въ правѣ кредитора брать себѣ плоды заложенной вещи вмѣсто процентовъ въ случаѣ безпроцентнаго капитальнаго долга, конечно, сама по себѣ не можетъ доказать существованія натуральной обязанности должника платить проценты по такому долгу при отсутствіи залога или pactum usurarium. См. о L. 8 D. 20, 2 главу V прим. 53.

[88]) Напр. Machelard, стр. 503 слл.; см. также Schwanert, стр. 438 пр. 52.

можетъ потребовать осужденія не свыше размѣровъ его наличнаго имущества; этимъ онъ избавляется отъ личнаго ареста и infamia въ случаѣ невозможности уплатить долгъ сполна [89]). Въ выписанныхъ фрагментахъ юристы сообщаютъ намъ слѣдующее: если такой должникъ не воспользуется этою возможностью ограничить размѣры взысканія и уплатитъ весь долгъ сполна, то эта уплата не подлежитъ возврату; то-же самое относится къ уплатѣ, сдѣланной за должника третьимъ лицомъ.—Мы не считаемъ, однако, возможнымъ видѣть въ этомъ исключеніи repetitio soluti признака натуральнаго обязательства. По воззрѣнію римскихъ юристовъ benef. competentiae вовсе не умаляло самой суммы цивильнаго (т. е. искового) долга. Оно только давало возможность должнику ограничить сумму взысканія, дѣлаемаго съ него, наличнымъ въ каждый данный моментъ имуществомъ. Соотвѣтственно съ этимъ, оговорка о benef. competentiae помѣщалась въ кондемнаціи формулы; intentio иска редактировалась безъ всякихъ ограниченій; оговорка о присужденіи «in quantum facere potest» не носила характера статьи, ограничивающей самое «dare oportere», о которомъ шла рѣчь въ интенціи [90]). Такимъ образомъ, должникъ, имѣющій право на benef. competentiae, въ сущности «universum debet». (L. 47 § 2 D. 15, 1). Если онъ уплачиваетъ долгъ сполна, то онъ не можетъ требовать уплаты обратно, не въ силу существованія натуральнаго обязательства, а вслѣдствіе существованія искового обязательства in solidum.—Благодаря описанному характеру формулы иска, истецъ всецѣло консумировалъ свой искъ, предъявляя его со включеніемъ въ кондемнацію оговорки «in quantum facere potest». Но и въ этомъ случаѣ, если въ результатѣ производства истецъ не былъ удовлетворенъ

---

[89]) Вычетъ необходимыхъ для существованія средствъ въ классическую эпоху имѣлъ мѣсто только для дарителя. L. 19 § 1. L 30 D. 42, 1. Въ Юстиніановомъ правѣ эта льгота была распространена на всѣ случаи benef. competentiae, какъ показываетъ общая редакція, приданная въ Corpus juris L. 173 D. 50, 17. См. объ этомъ Wünsch, zur Lehre vom beneficium competentiae (1895 г.), стр. 26 слл.

[90]) Въ кондемнаціи же помѣщалось и предписаніе вычесть необходимыя для жизни дарителя средства, такъ что не было еще особаго benf. executionis Wünsch, op. cit. стр. 63 сл. См. также Pernice, Labeo т. II, (2 ое изд.), стр. 264 пр. 1. Girard, Manuel, стр. 998, пр. 1.

полностью, его требованіе объ остаткѣ долга не сохраняло силы только неискового обязательства. Право создало для него средство вынудить у отвѣтчика уплату остальной части долга, лишь только отвѣтчикъ получитъ вновь достаточное для этого имущество. Именно, истецъ могъ принудить отвѣтчика къ предоставленію ему вербальной cautio объ уплатѣ излишка и этимъ путемъ вновь получалъ искъ, уничтоженный было въ силу litis consumptio [91]). Все это даетъ основаніе сравнивать обязательство, по которому должникъ пользуется benef. competentiae, съ такимъ обязательствомъ, въ которомъ платежъ разсроченъ; должникъ, уплатившій все сполна, не воспользовавшись ben. competentiae, подобенъ не должнику, уплатившему по натуральному обязательству, а должнику, уплатившему до срока по срочному исковому обязательству. Такъ, повидимому, смотрятъ на этотъ вопросъ и компиляторы Дигестъ, которые вслѣдъ за выписаннымъ рѣшеніемъ помѣщаютъ L. 10, гдѣ говорится о невозможности требовать обратно уплату, сдѣланную «ante diem» [92]).

Аналогичными соображеніями объясняется также и

L. 11 D. 12, 6 Ulpianus l. 35 ad Sabinum. Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest.

Домовладыка, противъ котораго возникла a. de peculio, платитъ не въ размѣрахъ пекулія, а сполна; несмотря на заблужденіе, онъ не можетъ требовать уплаченнаго обратно. Есть ученые, которые видятъ въ этомъ рѣшеніи указаніе на натуральное обязательство домовладыки платить сполна долги обладателя пекулія и считаютъ это обязательство основаннымъ на требованіяхъ морали [93]). Однако, и съ этимъ мнѣніемъ нельзя согласиться. Actio de peculio по внѣшнему строенію очень напоминаетъ собою искъ съ оговоркой

---

[91]) L. 63 § 4 D. 17, 2. L. 47 § 2 D. 15, 1. Несмотря на исчезновеніе litis consumptio, эта cautio по старому обычаю предоставлялось и при Юстиніанѣ см. L. 1 § 7 C. 5, 13. Wünsch, op. cit. стр. 31 сл.; стр. 62. См. также Bekker, die processualische Consumption, стр. 78 сл.

[92]) Отрицаютъ возникновеніе obl. nat. изъ benef. competentiae также Savigny, Obl. R. т. I стр. 105 сл. Erxleben, cond. sine causa т. I стр. 110 сл. Windscheid, т. II § 263 пр. 11. Dernburg, Pand. т. II § 57 пр. 5. Wünsch, op. cit. стр. 62. van Wetter, Obligations, т. I стр. 252 сл. Girard, Manuel, стр 624 пр. 2.

[93]) См. Machelard, стр. 286. Вотъ почему мы и говоримъ объ этихъ случаяхъ въ настоящей главѣ.—См. также Christiansen, op. cit. стр. 134.

о benef. competentiae. Здѣсь также интенція ничѣмъ не ограничена, а предписаніе осудить въ размѣрахъ пекулія помѣщено въ кондемнаціи [94]). Поэтому у юристовъ легко могло появиться воззрѣніе, что домовладыка исковымъ путемъ обязанъ уплатить все, такъ же, какъ и должникъ, имѣющій benef. competentiae, но только получаетъ возможность ограничить размѣры осужденія въ каждый данный моментъ размѣрами наличнаго пекулія. Правда, юристы нашли возможность, несмотря на указанный характеръ интенціи, допустить вторичное предъявленіе a. de peculio объ остальной части долга, если первымъ взысканіемъ въ размѣрахъ пекулія истецъ не былъ вполнѣ удовлетворенъ [95]). Такимъ образомъ, каждая a. de peculio получила характеръ какъ бы иска только о части долга, размѣры котораго въ цѣломъ превышаютъ сумму наличнаго пекулія. Но и при этомъ условіи можно было считать уплату, сдѣланную свыше размѣровъ пекулія, не подлежащею возврату. Для этого нужно было смотрѣть на долгъ домовладыки, какъ на долгъ разсроченный; отдѣльныя actiones de peculio предъявлялись по мѣрѣ наступленія сроковъ для нихъ (т. е. появленія новыхъ активовъ въ пекуліарномъ имуществѣ) и уплата сверхъ размѣровъ пекулія получала значеніе уплаты «ante diem». Къ ней примѣнялись поэтому тѣ-же правила, что и въ случаѣ уплаты сполна, несмотря на benef. competentiae.

И дѣйствительно, какъ показываетъ намъ Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ—l. 23 ad Sabinum [96])—Юліанъ сопоставлялъ должника de peculio и должника, имѣющаго beneficium competentiae, относительно ихъ неспособности solutum repetere. Однако, изъ того же фрагмента мы узнаемъ, что относительно a. de peculio не всѣ юристы держались этого мнѣнія. Именно, Марцеллъ дѣлаетъ слѣдующую поправку къ рѣшенію Юліана: онъ говоритъ, что домовладыка, привлеченный de peculio и уплатившій все сполна, свыше размѣровъ пекулія, можетъ repetere излишне уплаченное; относительно излишка долга онъ является должникомъ и по мнѣнію Марцелла, но должникомъ подъ условіемъ (debitor condicionalis). Уплата свыше размѣровъ пекулія, такимъ образомъ, подобна не уплатѣ ante diem,

[94]) См. главу II прим. 321.

[95]) См. цит. главу пр. 331.

[96]) L. 5 § 2 D. 34, 3.

а уплатѣ до наступленія суспензивнаго условія долга. А такая уплата подлежитъ возврату [97]).

Такимъ образомъ, мнѣнія юристовъ по вопросу о судьбѣ уплаты свыше пекулія расходились. Интересно отмѣтить, что Ульпіанъ въ данномъ случаѣ слѣдуетъ одинъ разъ мнѣнію Марцелла (которое онъ одобряетъ l. 23 ad Sabinum, т. е. въ l. 5 § 2 D. 34, 3), а другой разъ (l. 35 ad Sabinum, т. е. въ l. 11 D. 12, 6) діаметрально противоположному мнѣнію Юліана. Со стороны такого спѣшнаго компилятора, какимъ часто являлся Ульпіанъ въ своей литературной дѣятельности, это не удивительно [98]). Съ точки зрѣнія компиляторовъ, намъ кажется, предпочтеніе должно быть отдано рѣшенію въ l. 11 D. 12, 6, ибо это рѣшеніе помѣщено ими въ спеціальномъ титулѣ «de condictione indebiti», гдѣ трактуются вообще вопросы о возможности требовать обратно сдѣланную разъ уплату [99]).

---

[97]) См. Windscheid, т. II, § 426, пр. 8.

[98]) См. Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 223, пр. 205. Ср. Dernburg, Pand. т. II, § 72, пр. 6: „Ulpian hat Labeo gedankenlos ausgeschrieben“.—Противорѣчіе между L. 5 § 2 cit. и L. 11 cit. признаютъ также Lenel, Ed. perp. стр. 227, пр. 6; Bekker, Aktionen т. II, стр. 344 слл.; Ryck, Schuldverh., стр. 44 сл. Согласить эти фрагменты пытается Erxleben, op. cit. стр. 111 слл.

[99]) Иначе рѣшаетъ вопросъ Ryck, l. c.—Отрицаютъ obl. nat. при a. de peculio также van Wetter, op. cit. стр. 253; Savigny, Obl. R. т. I стр. 103 сл. и Brinz, Kr. Bl. № 3, стр. 26 сл.; Pand. т. II, стр. 54, пр. 4; послѣдній даетъ своеобразное объясненіе рѣшенію въ L. 11 D. 12, 6, принятое и у Schwanert'a, стр. 266, пр. 58. Эти писатели не касаются вовсе L. 5 § 2 D. 34, 3.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Натуральныя обязательства въ результатѣ предъявленія иска и постановки судебнаго рѣшенія.

Въ классическую эпоху гражданскій процессъ оказываетъ огромное вліяніе на обязательственное требованіе, по поводу котораго онъ ведется. Здѣсь слѣдуетъ различать, главнымъ образомъ, два важныхъ момента: моментъ, когда гражданскій процессъ считается окончательно установленнымъ, и моментъ, когда онъ прекращается при помощи судебнаго рѣшенія или даже безъ постановки рѣшенія.

Первымъ моментомъ считается въ классическую эпоху т. наз. litis contestatio. Этимъ именемъ называется тотъ пунктъ формулярнаго процесса, которымъ завершается производство передъ магистратомъ in jure съ тѣмъ, чтобы дѣло перешло на разсмотрѣніе присяжнаго судьи in judicio. Отвѣтчикъ accipit judicium отъ истца; это выражается въ томъ, что истецъ диктуетъ отвѣтчику формулу, уже окончательно редактированную магистратомъ [1]).

Какъ передаетъ намъ юристъ Гай [2]), значеніе момента litis contestatio для обязательственнаго права, по поводу котораго предъявленъ искъ, состоитъ въ слѣдующемъ. Если одинъ разъ предъявленъ искъ—actio—по поводу извѣстнаго правоотношенія, то вторично нельзя предъявлять того же самаго иска; это выражается извѣстной старинной regula juris, которая гласитъ: «bis de eadem re ne sit actio» [3]). Если actio de eadem re предъявляется во второй

---

[1]) См. объ этомъ Girard, Manuel, стр. 976, пр. 3 и 4.

[2]) Gai III, 180 сл. IV, 106 слл.

[3]) См. объ этой regula Bekker, die process. Consumption (1853 г.), стр. 21 слл. P. Krüger, process. Consumption und Rechtskraft des Erkentnisses (1864 г.), стр. 1 слл.

разъ, то ее можно устранить или ipso jure или ope exceptionis; дѣйствіе ipso jure имѣло мѣсто, если въ первый разъ происходило legitimum judicium по actio in personam in jus concepta; во всѣхъ остальныхъ случаяхъ нужна была эксцепція. Эта эксцепція являлась органомъ не только для дѣйствія на искъ начала процесса, но и для такого же дѣйствія судебнаго рѣшенія и потому носила названіе exceptio rei judicatae vel in judicium deductae [4]). Это явленіе технически называлось консумпціей иска (consumptio actionis) [5]). Если предметомъ гражданскаго процесса являлся обязательственный искъ, то римскіе юристы представляли себѣ это дѣйствіе начала процесса въ матеріально-правовой формѣ. Они говорили, что благодаря litis contestatio уничтожается (tollitur, consumitur) старая obligatio [6]); на мѣсто нея становится новое обязательство, вытекающее изъ litis contestatio; это обязательство съ постановкою судебнаго рѣшенія обращается въ «ex causa judicati teneri». Юристы конца республики (veteres), по словамъ Гая [7]), передавали весь этотъ процессъ слѣдующимъ афоризмомъ: « ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere».

Такимъ образомъ, вліяніе litis contestatio на обязательственное право сводится къ тому, что вторично по поводу этого обязательства нельзя предъявлять actio; по воззрѣнію юристовъ, самое обязательство уничтожено и на мѣсто него является новая obligatio condemnari oportere, которая послѣ осудительнаго рѣшенія замѣняется черезъ обязательство judicatum facere oportere.

Эта формула, установленная старыми юристами, какъ намъ кажется, должна быть объяснена слѣдующимъ образомъ. Она была установлена съ чисто практическими цѣлями и потому отмѣчаетъ только практически важные моменты, не претендуя на теоретическую точность [8]). Поэтому кое-что она передаетъ правильно, а кое-что съ теоретической стороны нуждается въ дополненіи. Правиль-

---

[4]) См. Gai IV, 121. Lenel, Ed. perp. стр. 403 сл.

[5]) L. 14 § 13 D. 4, 2. L. 34 pr. D. 44, 7. cf. L. 34 § 2 eod. Bethmann-Hollweg, Civilprozess, т. II, стр. 491, пр. 28.

[6]) L. 66 D. 3, 3 Papin. 9 quaest. Gai IV, 131. III, 180.

[7]) III, 180.

[8]) См. Bekker, op. cit. стр. 299, пр. 25. Cf. Aktionen, т. II, стр. 175.

нымъ въ ней является указаніе на то, что съ моментомъ litis contestatio связано возникновеніе особаго отношенія, которое налагаетъ на отвѣтчика извѣстныя обязанности и можетъ быть названо «condemnari oportere». Именно, на отвѣтчикѣ въ классическую эпоху лежала положительная обязанность содѣйствовать постановкѣ рѣшенія in judicio, обязательство «judicio uti oportet se defendere». Это-то обязательство veteres и могли назвать «condemnari oportere» [9]). Неправильнымъ является въ нашей формулѣ отнесеніе обязательства «judicatum facere» къ моменту постановки осудительнаго рѣшенія. Правильнѣе относить возникновеніе этого обязательства также къ моменту litis contestatio, когда кладется основаніе для judicium'a и будущаго судебнаго рѣшенія; въ этотъ моментъ возникаетъ обязательство подчиниться этому рѣшенію; въ отличіе отъ обязательства «condemnari oportere», это обязательство защищено искомъ — actio judicati; второе его отличіе состоитъ въ томъ, что оно является по существу обязательствомъ условнымъ: оно получитъ эффектъ лишь въ случаѣ постановки осудительнаго рѣшенія. Постановка рѣшенія имѣетъ, такимъ образомъ, значеніе момента наступленія условія; въ нашей формулѣ она ошибочно названа моментомъ возникновенія обязательства judicatum facere oportere.

Правильность нашего возврѣнія подтверждается тѣмъ, что дѣйствительно осудительное рѣшеніе не оказываетъ того же самаго вліянія на состояніе обязательства до его постановки, какое оказываетъ litis contestatio на состояніе обязательства до начала процесса. Именно, какъ мы сейчасъ увидимъ, поручители, установленные за обязательство до litis contestatio, освобождаются по предъявленіи иска къ главному должнику; если же поручители «totius causae» были установлены послѣ litis contestatio, то постановка осудительнаго рѣшенія противъ должника ихъ не освобождаетъ: Ульпіанъ въ L. 8 § 3 D. 46, 1 удостовѣряетъ намъ, что поручители продолжаютъ отвѣчать и за actio judicati. Слѣдовательно, если въ litis contestatio можно видѣть моментъ, когда на мѣсто старой obligatio ставится новая, то въ постановкѣ рѣшенія такого момента усматривать нельзя: здѣсь не возникаетъ новаго обязательства, но

[9]) Bekker, Consump. стр. 297 сл. Aktionen, т. II, стр. 177, пр. 7.

лишь наступаетъ условіе для обязательства исполнить рѣшеніе, возникающаго въ моментъ litis contestatio [10]).

Такимъ образомъ, въ результатѣ litis contestatio для отвѣтчика возникаетъ двоякаго рода обязательство: 1) безусловное и не защищенное особымъ искомъ обязательство condemnari oportere или se defendere in judicio и 2) условное и защищенное эвентуально черезъ actio judicati обязательство judicatum facere oportere [11]); это условное обязательство своимъ объектомъ могло имѣть только сумму денегъ, ибо въ формулярномъ процессѣ судебное рѣшеніе всегда выражалось въ деньгахъ [12]).

Въ виду описаннаго уничтоженія при litis contestatio стараго обязательства, вслѣдствіе примѣненія правила «bis de eadem re ne sit actio», и установленія взамѣнъ его новыхъ обязательствъ, у юристовъ легко могла возникнуть мысль о сопоставленіи дѣйствія начала процесса на обязательство съ новаціей. И дѣйствительно, мы находимъ въ источникахъ сопоставленіе litis contestationis съ novatio [12a]). Каждый разъ, однако [13]), юристы считаютъ своимъ долгомъ отмѣтить, что между дѣйствіемъ начала процесса на обязательство и новаціей можетъ быть только проведена параллель, но полнаго тождества между этими актами не наблюдается.

Главное различіе состоитъ въ томъ, что litis contestatio далеко не въ такой степени мѣняетъ характеръ обязательственнаго отношенія, какъ novatio. Правда, процессуальная консумпція приводитъ къ тому, что послѣ предъявленія иска къ главному должнику освобождаются и его поручители: искъ противъ нихъ дѣлается невозможнымъ [14]). Но другія accessiones стараго обязательства продоя-

---

[10]) Bekker, Consump. стр. 301. Aktionen, т. II, стр. 179 сл. Schwanert, стр. 437 сл.

[11]) По существу согласно съ этимъ и воззрѣніе Bethmann-Hollweg, op. cit. т. II, стр. 512 сл.

[12]) Bethmann-Hollweg, l. c. стр. 512, пр. 111.

[12a]) L. 29 D. 46, 2 Paulus 24 quaest. L. 2 § 8 D. 18, 4 Ulp. 49 Sab. L. 60 D. 46, 1. Scaevola 1 resp. L. 11 pr. § 1 D. 13, 7 Ulp. 28 ed. и т. д.

[13]) Исключеніе составляетъ Papinianus, Vat. Fr. § 263 inchoatis litibus actiones novavit. См. по этому поводу Accarias, Précis, т. II, стр. 735.

[14]) Объ этомъ прямо говорятъ L. 60 D. 46, 1 Scaevola 1 resp. Paulus R. S. II, 17, 15 (16). Cic. ad. Att. 16, 15, 2 (толкованіе этого мѣста см. у Keller,

жаютъ существовать и переходятъ на новое, условное обязательство исполнить судебное рѣшеніе. Такъ, залоговое право, установленное до litis contestatio, распространяется на новое обязательство и обезпечиваетъ его даже послѣ пріобрѣтенія кредиторомъ a. judicati [15]); продолжается теченіе процентовъ, нароставшихъ по прежнему обязательству [16]); сохраняются послѣдствія просрочки (mora), сдѣланной до litis contestatio [17]); остаются въ силѣ привилегіи, связанныя съ обязательственнымъ правомъ [18]).

Для нашихъ цѣлей еще болѣе существеннымъ является другое различіе между новаціей и дѣйствіемъ litis contestatio. Именно, novatio уничтожаетъ старое обязательство вполнѣ; напротивъ, litis contestatio, устанавливая на мѣсто старой obligatio новую условную обязанность judicatum facere, защищенную черезъ actio judicati, сохраняетъ рядомъ съ нею и нѣкоторый остатокъ прежняго обязательства. Это обязательство больше уже не можетъ привести къ предъявленію иска, такъ какъ послѣдній безвозвратно консумированъ; но оно остается въ силѣ, какъ неисковое натуральное обязательство — obligatio naturalis.

Первое упоминаніе объ этомъ натуральномъ обязательствѣ мы находимъ въ нѣсколько разъ уже цитированной

L. 60 D. 46, 1 Scaevola l. 1 responsorum. Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit: cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum.

Несомнѣнно, что Сцевола въ заключительныхъ словахъ говоритъ о litis contestatio; мы знаемъ, что именно litis contestatio иногда дѣйствуетъ ipso jure, иногда же ope exceptionis; что она вообще часто сопоставляется съ новаціей въ сочиненіяхъ римскихъ юристовъ, и

über Litis Contestation und Urtheil (1827 г.), стр. 462 слл.). L. 28 C. 8, 40 (41). См. также L. 7 D. 27, 7. L. 116 D. 45, 1. L. 1 D. 46, 8. Къ этому Keller, op. cit. стр. 435 слл. P. Krüger, op. cit. стр. 92 слл.

[15]) L 13 § 4 D. 20. 1 Marcian. sing. f. h. L. 1 § 1 C. 8, 26 (27) и L. 8 C. 8, 13, 14 Gordianus. Cf. L 11 pr. § 1 D. 13, 7 cit.

[16]) L. 35 D. 22, 1 и L. 18 D. 46. 2. Paulus l. 57 ed. См. Lenel, Paulus 696. Vangerow, т. I, стр. 254. Accarias, Précis, т. II стр. 736.

[17]) L. 3 pr. D. 22, 1. Papin. 20 quaest.

[18]) L. 29 D. 46, 2 cit.

что поручители при l. c. съ должникомъ освобождаются [19]). Въ такомъ случаѣ разсужденіе Сцеволы получаетъ слѣдующій смыслъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда послѣ освобожденія должника остается natura debitum, поручители продолжаютъ отвѣчать; если же по главному обязательству совершена litis contestatio, то, несмотря на указанное общее правило, поручители освобождаются или ipso jure, или exceptione. Отсюда слѣдуетъ, что по мнѣнію Сцеволы, litis contestatio принадлежитъ къ числу тѣхъ случаевъ, когда обязательство уничтожается, но не вполнѣ: оно теряетъ искъ, но сохраняетъ силу, какъ неисковое natura debitum.

Второе упоминаніе, и на этотъ разъ съ употребленіемъ термина «obligatio naturalis», встрѣчаемъ въ

L. 8 § 3 D. 46, 1 Ulpianus l. 47 ad Sabinum. Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio: et hoc et Julianus admittit eoque jure utimur. an ergo condemnato reo exceptione uti possit, quaeritur: nam ipso jure non liberatur. et si quidem judicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis, rectissime dicetur uti eum exceptione posse: si vero acceptus fuerit etiam totius causae, cessabit exceptio.

Смыслъ этого рѣшенія сводится къ слѣдующему. Возникаетъ вопросъ о томъ, можно ли устанавливать поручительство за обязательство, по поводу котораго уже совершена litis contestatio? Ссылаясь на авторитетъ Юліана, Ульпіанъ рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно: поручительство возможно, потому что остается и «obligatio civilis» и «obligatio naturalis». Спрашивается далѣе, въ какой моментъ освободится такой fidejussor? Юристъ отвѣчаетъ, что, если въ текстѣ стипуляціи, заключенной съ поручителемъ, спеціальной оговорки сдѣлано не было, то ipso jure въ моментъ постановки рѣшенія поручитель не освободится; однако, невыраженныя въ стипуляціи намѣренія сторонъ могутъ дать основаніе для exceptio doli съ его стороны [20]). Именно, если согласно волѣ сто-

---

[19]) Нѣтъ нужды, слѣдовательно, подобно F e i n'y въ Arch. f. civ. Praxis т. 26 (1843 г.), стр. 397, предполагать интерполяцію этого мѣста, какъ справедливо отмѣтилъ P. K r ü g e r, op. cit. стр. 95, пр. 3. О первой части L. 60 cit. см. главу VIII прим. 24.

[20]) Такое толкованіе слова „nam ipso jure non liberatur“ и „uti eum excep-

ронъ поручитель долженъ былъ отвѣчать лишь за litis exercitatio, то онъ получаетъ exceptio doli противъ иска изъ стипуляціи въ моментъ постановки рѣшенія, если же онъ былъ установленъ totius causae, т. е. и за judicati actio, то онъ продолжаетъ отвѣчать и послѣ рѣшенія.

Въ этомъ фрагментѣ мы находимъ указаніе на всѣ три обязательства, которыя имѣютъ мѣсто послѣ litis contestatio. Во-первыхъ, fidejussor можетъ быть установленъ только ради litis exercitatio и въ такомъ случаѣ освобождается съ окончаніемъ judicium'a. Не трудно усмотрѣть въ этого рода поручительствѣ обезпеченіе того, что отвѣтчикъ выполнитъ ту свою обязанность содѣйствовать постановкѣ рѣшенія, которую мы выше[21]) признали за содержаніе упоминаемаго Гаемъ обязательства «condemnari oportere»[22]). Во-вторыхъ, fidejussor можетъ быть установленъ totius causae. Въ этомъ случаѣ онъ послѣ осудительнаго рѣшенія продолжаетъ обезпечивать исполненіе по actio judicati, какъ это прямо слѣдуетъ изъ словъ Ульпіана (et si quidem judicati actionis acceptus non est, sed tantum litis exercitationis). Начало этой obligatio judicatum facere, какъ мы видѣли, также относится къ моменту litis contestatio. Это обязательство, защищенное черезъ actio judicati, Ульпіанъ и разумѣетъ, конечно, подъ именемъ civilis obligatio, о которой онъ говоритъ въ началѣ фрагмента[23]). Въ третьихъ, Ульпіанъ говоритъ объ obligatio naturalis, какъ основѣ поручительства, установленнаго post litis contestationem. Подъ этой oblig. naturalis мы можемъ разумѣть только первоначальное обязательство, по которому теперь actio консумирована, но которое, по мнѣнію Юліана и Ульпіана, продолжаетъ существовать рядомъ съ obligatio judicatum facere, какъ обязательство ,лишенное иска. О практическомъ значеніи этой obl. naturalis юристъ намъ ничего не говоритъ, но изъ его

---

tione posse" мы находимъ у H. Krüger, Beitr. z. Lehre v. d. Exceptio doli, Heft I (1892 г.) стр 191—197. Ср. прежнія попытки у Bekker, Consump., стр. 338 сл. P. Krüger, Consump., стр. 95—97.

[21]) См. выше прим. 9.

[22]) Такъ и Bekker, Cons. 298. Aktionen, т. II, стр. 179, пр. 11. H. Krüger, l. c. стр. 196.

[23]) См. Bekker, Aktionen, т. II, стр. 179 пр. 10.

словъ вытекаетъ, что поручительство, установленное post l. c., относится не только къ obl. jud. facere, какъ obl. civilis, но и къ этой obl. naturalis. Разумѣется, это приложимо лишь къ fidejussio totius causae.

Такимъ образомъ, три юриста—Юліанъ, Сцевола и Ульпіанъ—знаютъ натуральное обязательство въ результатѣ litis contestatio. Сцевола именуетъ его «natura debitum», а остальные два «obligatio naturalis».

Спрашивается, какія практическія соображенія могли побудить классическихъ юристовъ конструировать такого рода натуральное обязательство?

Мы не можемъ видѣть этихъ соображеній въ потребности сохранить разнаго рода принадлежности стараго обязательства въ теченіе процесса. Мы видѣли, что эти принадлежности, какъ проценты, привилегіи, послѣдствія просрочки — переходятъ на новую obligatio judicatum facere въ качествѣ obl. civilis. Точно также и залогъ могъ находить себѣ опору послѣ начала процесса и постановки осудительнаго рѣшенія въ этой obligatio civilis. Поручительство, установленное до начала процесса, какъ намъ прямо сообщаетъ Сцевола, въ моментъ litis contestatio теряетъ силу, несмотря на сохраненіе натуральнаго обязательства; поручительство же, установленное послѣ начала процесса, какъ ясно изъ рѣшенія Ульпіана, находитъ себѣ опору не только въ obl. naturalis, но и въ obl. civilis.

Отсюда уже видно, что въ теченіе процесса, пока существуетъ obl. judicatum facere, хотя бы въ качествѣ условнаго обязательства, натуральное обязательство большого практическаго значенія имѣть не можетъ.

Не лежитъ ли разгадка его существованія въ слѣдующихъ рѣшеніяхъ источниковъ:

L. 8 D. 16, 2. Gajus l. 9 ad ed. prov. In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris condicionis habeatur, si compensatio ei denegetur.

L. 18 D. 16, 2 Papinianus l. 3 respons. In rem suam procu-

rator [24]) datus post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, aequitate compensationis utetur.

Въ этихъ рѣшеніяхъ дозволяется предъявлять къ compensatio обязательство «quo nomine cum actore lis contestata est». Не является ли compensatio практическимъ послѣдствіемъ натуральнаго обязательства, остающагося послѣ litis contestatio? Однако, въ такомъ толкованіи нѣтъ необходимости. Въ качествѣ требованія, предъявляемаго къ компенсаціи, мы очень легко можемъ себѣ представить не obl. naturalis, а возникающую въ результатѣ litis contestatio obligatio civilis. Когда противъ истца вчинается отвѣтчикомъ искъ, истецъ проситъ претора сдѣлать translatio judicii и этимъ путемъ добивается, чтобы его требованіе, дедуцированное in judicium, было принято во вниманіе для компенсаціи съ встрѣчнымъ требованіемъ отвѣтчика. Что obligatio judicatum facere имѣетъ видъ условнаго обязательства,—это не составляетъ препятствія для предъявленія его къ компенсаціи, такъ какъ самое условіе здѣсь весьма своеобразно: оно состоитъ именно въ постановкѣ судебнаго рѣшенія [25]).

Такимъ образомъ, значеніе натуральнаго обязательства post l. c., пока рядомъ съ нимъ существуетъ исковая obl. judicatum facere, очень невелико. Практическій мотивъ, который побудилъ

---

[24]) Для классич. права слѣдуетъ читать „cognitor". См. Lenel, Palingen. т. I, стр. 892, пр. 1. Geib, Theorie d. gerichtl. Compens., стр. 118, пр. 1.

[25]) Въ этомъ смыслѣ высказываются о l. 8 и l. 18 pr. D. 16, 2 слѣд. писатели: Eisele, Compensation (1876 г.) стр. 332 сл. Machelard, стр. 362 сл. Ryck, Schuldverh., стр. 39, пр. 1. Windscheid, Actio, стр. 55 Въ большинствѣ случаевъ, однако, ученые видятъ въ этой compensatio послѣдствіе obl. naturalis. См. Dernburg, Compens. (2-ое изд., 1868 г.), стр. 470. Keller, Litisc., стр. 102, пр. 13. Wächter, Erörterungen aus d. Röm., Deutsch. und Württ. Privatr. II. III (1846 г.), стр. 27. Buchka, die Lehre vom Einfluss d. Processes, т. I (1846 г.), стр. 169, пр. 11. Bekker, Consump., стр. 286. Aktionen, т. II, стр. 182, пр. 22. Schwanert, стр. 428 слл. Bethmann-Hollweg, II стр. 511. Vangerow, т. I стр. 247. Westerburg въ Arch. f. prakt. Rechtsw. N. F. т. IX (1873 г.), стр. 368. Ср. Appleton, Compensation стр. 110. – Geib, Theorie d. gerichtl. Compensation (1897 г.), стр. 117 – 131 относитъ L. 8 и L. 18 pr. D. 16, 2 къ компенсаціи съ исковыми обязательствами, но только иначе, чѣмъ въ текстѣ, представляетъ себѣ ея процессуальное осуществленіе.

римскихъ юристовъ къ его конструированью, долженъ быть отыскиваемъ поэтому въ такого рода случаяхъ, когда натуральное обязательство не имѣетъ подлѣ себя сильнаго конкуррента въ видѣ этой условной obl. judicatum facere.

Такіе случаи имѣются. Условная obl. jud. facere можетъ въ силу многихъ причинъ потерять свое значеніе. Не касаясь пока тѣхъ случаевъ, когда процессъ заканчивается постановкою рѣшенія, мы займемся вопросомъ о судьбѣ обязательства, если процессъ теряетъ свою силу безъ постановки рѣшенія.

Такого рода случаемъ является, главнымъ образомъ, истеченіе процессуальной давности. Именно, каждое judicium legitimum, по предписанію lex Julia judiciaria, въ классическую эпоху должно было терять силу въ теченіе $1^1/_2$ года, считая отъ litis contestatio; judicium imperio continens имѣло силу только въ теченіе того времени, пока состоялъ въ должности магистратъ, его организовавшій [26]). По истеченіи этого срока остается въ силѣ только отрицательное дѣйствіе litis contestationis, т. е. прежнее обязательство не можетъ быть осуществляемо съ помощью иной actio въ силу правила «bis de eadem re ne sit actio». Но установленная на его мѣсто oblig. judicatum facere уже больше не можетъ привести къ практическимъ результатамъ, такъ какъ судебное рѣшеніе, отъ постановки котораго зависѣлъ его практическій эффектъ, дѣлается невозможнымъ.

Вотъ при этихъ то условіяхъ дѣлается практически важнымъ сохраненіе прежняго обязательства, въ качествѣ obl. naturalis, послѣ начала процесса. Мы видѣли, что установленная послѣ litis contestatio fidejussio totius causae распространяется не только на цивильное обязательство judicatum facere, но и на obl. naturalis. Это вытекаетъ изъ общаго смысла разсужденія Ульпіана въ L. 8 § 3 D. 46, 1. Если въ результатѣ истеченія процессуальной давности obligatio judicatum facere потеряетъ свое значеніе, то поручительство можетъ сохранить силу, находя себѣ необходимую опору въ этой obl. nat., на которую процессуальная давность не можетъ имѣть вліянія.

---

[26]) См. объ этомъ Keller, Civilprozess, § 45. Girard, Manuel, стр. 998.

Если мы представимъ себѣ теперь, что и accessiones, существовавшія по поводу стараго обязательства до litis contestatio и не уничтожившіяся съ моментомъ l. c., послѣ начала процесса также распространяются не только на новую obl. civilis, но и на остающуюся отъ стараго обязательства obl. nat., то въ этой послѣдней мы найдемъ средство предохранить и эти accessiones отъ гибели вслѣдствіе истеченія процессуальной давности.

Повидимому, такъ смотрѣли на дѣло и классическіе юристы. По крайней мѣрѣ, юристъ Павелъ признаетъ, что залоговое право остается въ силѣ послѣ litis tempore amissio.

L. 30 § 1 D. 9, 2 Paulus l. 22 ad edictum. Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit aud quod litem tempore amisit, quaeritur. sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo [27]).

Павелъ находитъ нужнымъ дать залоговому кредитору actio utilis legis Aquiliae, если заложенная вещь уничтожена третьимъ лицомъ. Основаніемъ иска служитъ интересъ, который имѣетъ кредиторъ въ сохраненіи своего залоговаго права. Это право является для него единственнымъ средствомъ удовлетворить себя въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ путемъ личнаго иска ничего не можетъ добиться отъ должника. Такими случаями являются: 1) неспособность должника къ платежу и 2) истеченіе процессуальной давности (litem tempore amisit). Такимъ образомъ, по мнѣнію Павла, залоговое право сохраняется по истеченіи процессуальной давности. Такъ какъ у Римлянъ залогъ есть отношеніе акцессорное, то онъ долженъ имѣть опору въ какомъ-либо обязательствѣ. Такимъ обязательствомъ можетъ въ данномъ случаѣ быть только obl. naturalis, не подлежащая вліянію процессуальной давности.

---

[27]) Остальная часть фрагмента есть продуктъ не особенно остроумной интерполяціи; интерполированы также, можетъ быть, и слова „sed hic—teneri". См. Gradenwitz, Interpolationen, стр. 89 слл. H. Appleton, Interpol. стр. 106. Lenel, Paulus 365. Для нашихъ цѣлей эти части рѣшенія не представляютъ интереса.

Съ другого рода послѣдствіемъ, которое вызываетъ натуральное обязательство по истеченіи процессуальной давности, знакомитъ насъ слѣдующее рѣшеніе Венулея, если только его можно, вслѣдствіе выраженія «litem amisit», аналогичнаго съ «litem tempore amisit» въ только что разобранномъ рѣшеніи Павла, также относитъ къ истеченію процессуальной давности [28]).

L. 8 § 1 D. 46, 8. Venulejus l. 15 stipulationum. Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egit et litem amiserit, committi stipulationem: et, si procurator eandem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. sed cum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet.

Рѣчь идетъ о такого рода случаѣ. Неуполномоченный procurator взыскалъ съ должника уплату долга. Вслѣдъ за этимъ кредиторъ предъявляетъ искъ къ должнику, но не добивается рѣшенія, вслѣдствіе истеченія процессуальной давности. Должникъ, ссылаясь на предъявленіе иска кредиторомъ, вчинаетъ къ прокуратору искъ изъ stipulatio ratam rem habere, путемъ котораго хочетъ вернуть себѣ деньги, уплаченныя прокуратору. Прокураторъ съ своей стороны желаетъ кондицировать у кредитора деньги, полученныя имъ отъ должника, которыя онъ уже успѣлъ передать кредитору. Въ результатѣ уплата, полученная кредиторомъ съ должника черезъ посредство прокуратора, должна быть отнята у кредитора. Однако, юристъ находитъ средство, при помощи котораго кредиторъ можетъ

---

[28]) За такое толкованіе стоятъ Francke, Civ. Abh. стр. 76 сл. Keller, Litisc. стр. 159. Büchel, Civ. Erört. т. II, стр. 117. Pfordten въ Arch. f. civ. Praxis т. 24 (1841 г), стр. 134; онъ-же, de obl. civ. in nat. transitu, стр. 20 слл. Wächter, l. c. стр. 34, пр. 38. Savigny, Oblig. R. т. I стр. 98 слл. Brinz, Krit. Bl. № 3, стр. 14. Jourezius, Perperam absolutus num jure Romano natura debitor intelligatur (diss. inaug. 1856 г.) стр. 15 слл. Schwanert, стр. 197; стр. 435, пр. 38. Machelard, стр. 371 сл. Vangerow, т. I стр. 276. Brinz, Pand. т. II, стр. 49, пр. 25. Appleton, Comp. 304 пр. 2. Eisele, Compens. стр. 94.—Противъ этого Fein l. c. стр. 184 слл. Pfeiffer, въ Arch. f. civ. Praxis т. 38 (1855 г.), стр. 349. Съ сомнѣніемъ Buchka, op. cit. т. I, стр. 176, стр. 318.

удержать у себя эту уплату. По истеченіи процессуальной давности, говоритъ онъ, кредиторъ не теряетъ окончательно своего обязательственнаго права. Оно остается за нимъ, въ качествѣ искового «naturale debitum». Поэтому оно до сихъ поръ можетъ служить основаніемъ для полученія и удержанія уплаты. Опираясь на это, кредиторъ можетъ и теперь удержать за собою полученную имъ solutio. Для этой цѣли онъ долженъ принять на себя defensio прокуратора въ искѣ, предъявленномъ къ нему должникомъ, и, ссылаясь на свое debitum naturale, противопоставить этому иску exceptio doli. Въ результатѣ съ прокуратора не будетъ ничего взыскано, самъ прокураторъ не будетъ кондицировать у кредитора уплаченную ему сумму, и кредиторъ удержитъ въ своихъ рукахъ полученную уплату [29]).

Такимъ образомъ, натуральное обязательство послѣ истеченія процессуальной давности поддерживаетъ существованіе залогового права, установленнаго до начала процесса, и поручительства totius causa, возникшаго послѣ l. c., а также служитъ основаніемъ для полученія уплаты. Въ этомъ и состоитъ первое практическое значеніе натуральнаго обязательства post litis contestationem [30]).

Далѣе, практическое значеніе этого обязательства сказывается въ нѣкоторыхъ случаяхъ и послѣ постановки судебнаго рѣшенія.

Каждое судебное рѣшеніе, прежде всего, сохраняетъ туже са-

---

[29]) Ни въ какомъ случаѣ нельзя понимать эту exceptio doli, какъ средство добиться компенсаціи съ натуральнымъ обязательствомъ. См. объ этомъ Eisele, op. cit. стр. 94. Appleton, Compens. стр. 304 слл.

[30]) Совершенно не относится къ ученію о nat. obl. post litem contestatam нерѣдко приводимая учеными L. 50 § 2 D. 15, 1. Рѣшеніе Папиніана основано на томъ, что онъ не считаетъ обязательство раба и obl. de peculio господина за eadem res См. въ этомъ смыслѣ Büchel, стр. 107. Pfordten, l. c. стр. 130. Machelard, стр. 363. Выше глава II, стр. 149.—Тѣ ученые, которые склонны видѣть въ obl. nat. post. l. c. основаніе для компенсаціи (выше пр. 25) или единственную опору pendente judicio для accessiones (см. напр. Wächter, l. c. стр. 23—27. Schwanert, стр. 427 слл., особенно же. Kuntze, Excurse стр. 394; die Obligation (1886 г.). стр. 203), слишкомъ преувеличиваютъ значеніе этой obl. nat. Ближе къ истинѣ Machelard, стр. 351 слл. Accarias, Précis т. II, стр. 730 сл.— Windscheid, Actio стр. 54 слл. въ сущности также только отрицаетъ за nat. obl. pendente judicio всякое практическое значеніе, не отвергая его въ случаѣ окончательной потери actio (см. стр. 57, прим. 33).

мую отрицательную функцію, которая связана уже съ litis contestatio. Другими словами, послѣ судебнаго рѣшенія, каково бы ни было его содержаніе, остается невозможнымъ предъявлять вторично искъ de eadem re. Такой искъ будетъ устраненъ или ipso jure, или съ помощью извѣстной намъ exceptio rei judicatae vel in judicium deductae, о которой современные ученые говорятъ въ этомъ случаѣ, что она дѣйствуетъ въ своей отрицательной функціи [31]).

Эта функція имѣетъ мѣсто, какъ мы сказали, при всякаго рода содержаніи судебнаго рѣшенія; вторичная actio de eadem re устраняется просто потому, что о данномъ притязаніи уже было постановлено одинъ разъ судебное рѣшеніе.

Но затѣмъ для судьбы обязательственнаго права, по поводу котораго ведется процессъ, имѣетъ большое значеніе и самое содержаніе судебнаго рѣшенія. Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее. Судебное рѣшеніе можетъ быть, во-первыхъ, осудительнымъ: оно признаетъ наличность права истца и присуждаетъ отвѣтчика къ соотвѣтственному денежному предоставленію. Во-вторыхъ, оно можетъ быть освободительнымъ для отвѣтчика; при этомъ опять возможны два случая: 1) отвѣтчикъ освобождается по чисто формальнымъ основаніямъ или по какимъ-либо инымъ, но не потому, что за истцомъ признано полное отсутствіе какого-либо обязательственнаго права по отношенію къ нему; 2) отвѣтчикъ освобождается потому, что судья, справедливо или нѣтъ, призналъ за истцомъ полное отсутствіе обязательственнаго права къ отвѣтчику.—Разсмотримъ послѣдовательно вліяніе каждаго изъ этихъ судебныхъ рѣшеній на обязательственное право истца.

Если по actio in personam послѣдовало осудительное рѣшеніе, то это значитъ, что наступило то условіе, при наличности котораго должно проявить свое полное дѣйствіе возникшее еще въ моментъ litis contestatio обязательство «judicatum facere oportere». Это обязательство теперь можетъ привести къ предъявленію особаго иска—actio judicati. Всѣ привилегіи, которыя устояли передъ дѣйствіемъ начала процесса [32]), залоговое право [33]) и поручительство, установленное

---

[31]) См. Bethmann-Hollweg, op. cit. т. II, стр. 631 сл. Girard, Manuel, стр. 1003.

[32]) L. 29 D. 46, 2. L. 22 D. 27, 3.

[33]) L. 13 § 4 D. 20, 1.

послѣ начала процесса [34]), остаются въ силѣ. Если obl. naturalis до постановки рѣшенія, когда обязательство jud. facere oportere имѣло значеніе лишь условнаго обязательства, играла весьма неважную роль рядомъ съ этою obl. civilis, то теперь она теряетъ всякое значеніе, ибо obl. civilis обратилась въ безусловную [35]).

Судебное рѣшеніе можетъ освобождать отвѣтчика, не отрицая существованія у истца обязательственнаго права въ извѣстныхъ размѣрахъ. Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, напримѣръ, когда истецъ, предъявляя искъ, совершилъ plus petitio (напр., его искъ былъ устраненъ съ помощью exceptio dilatoria), или когда судья призналъ искъ неосновательнымъ вслѣдствіе того, что истцу принадлежало лишь натуральное, не дающее иска обязательство [36]). Въ этихъ случаяхъ судебное рѣшеніе имѣло одну только отрицательную функцію, т.-е., если у истца дѣйствительно было обязательственное право, которое могло дать ему искъ, то онъ лишенъ былъ возможности вторично предъявить actio de eadem re. Но въ остальномъ дѣйствіе такого судебнаго рѣшенія не должно было превышать дѣйствія litis contestatio. Это приводитъ насъ къ выводу, что въ этомъ случаѣ должна была оставаться obligatio naturalis, способная производить тотъ же эффектъ, который намъ показанъ для obl. nat. post litis contestationem. Другими словами, обязательственное право истца, если оно было способно ко всему этому до начала процесса, и теперь можетъ служить титуломъ для solutio, является опорой для сохраненія залоговаго права и можетъ быть обезпечиваемо установленіемъ поручительства; равнымъ образомъ остается въ силѣ поручительство, установленное post litem contestatam.

Подтвержденіе этого вывода, по крайней мѣрѣ, относительно сохраненія въ силѣ залогового права, мы находимъ въ слѣдующемъ рѣшеніи:

L. 27 D. 20, 1 Marcellus l. 5 digestorum. Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio

---

[34]) L. 8 § 3 D. 46, 1.

[35]) Cf. Accarias, Précis т. II, стр. 731 пр. 2.

[36]) См. къ этому Schwanert, стр. 440 слл.

non sufficit ad id quod deest persequendum? quid si eum interfecisset aut eluscasset? ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni injuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Ulpianus notat: si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.

Рѣчь идетъ о томъ случаѣ, когда самъ должникъ повредилъ или уничтожилъ вещь, данную въ залогъ. Юристъ признаетъ, что такого рода поступокъ особенно убыточенъ для кредитора при томъ условіи, если онъ не имѣетъ никакого личнаго иска для взысканія по своему праву требованія. Таковъ, напримѣръ, случай, когда кредиторъ «causa ceciderat». Это выраженіе «causa cadere» является техническимъ для обозначенія проигрыша процесса, вслѣдствіе формальной ошибки, и въ частности прилагается преимущественно къ plus petitio [37]). Въ этомъ случаѣ Марцеллъ даетъ залоговому кредитору искъ о возмѣщеніи убытковъ противъ должника, виновнаго въ поврежденіи или уничтоженіи заложенной вещи, и говоритъ о продажѣ этой вещи, если она была только повреждена. Съ его рѣшеніемъ въ принципѣ согласенъ и Ульпіанъ. Все это показываетъ намъ, что, по мнѣнію этихъ юристовъ, залоговое право остается въ силѣ, если должникъ по суду освобожденъ благодаря тому, что кредиторъ сдѣлалъ формальную ошибку въ редакціи иска; ближе всего думать, конечно, о случаѣ plus petitio, какъ о самомъ важномъ и наиболѣе возможномъ [38]).

---

[37]) См. доказательства у Keller, Litiscontestation, стр. 502—506. См. также Pfordten, de obl. nat. etc. стр. 33 сл. Fein, l. c. стр. 194. Wächter, l. c. стр. 13 пр. 14 и стр. 33 пр. 36. Buchka, op. cit. стр. 325. Schwanert, стр. 441. Jourezius, op. cit. стр. 42 сл. Machelard, стр. 383. Vangerow, т. I стр. 274.

[38]) Fein, l. c. стр. 194 сл. стремится распространить L. 27 D. 20, 1 на всѣ случаи освободительнаго рѣшенія; при этомъ данный фрагментъ становится въ противорѣчіе съ L. 13 D 20, 6, о которой рѣчь ниже. См. противъ этого Wächter, op. cit. 30—34; стр. 142 пр. 7. Jourezius, стр. 43.— Мы увидимъ ниже (глава X, пр. 21), что иногда римскіе юристы сохраняютъ въ силѣ залогъ, не подкладывая подъ него obl. naturalis; тѣмъ не менѣе.

Наконецъ, рѣшеніе можетъ освободить отвѣтчика на томъ основаніи, что судья не нашелъ на сторонѣ истца никакого обязательственнаго права. Если это рѣшеніе было правильно, то, конечно, не можетъ быть и рѣчи о какомъ-либо натуральномъ обязательствѣ, которое бы сохранялъ за собою истецъ. Но такого рода вопросъ возникаетъ относительно тѣхъ случаевъ, когда рѣшеніе судьи было неправильно по существу. Спрашивается, сохраняетъ ли кредиторъ за собою обязательственное право, если судья неправильно рѣшилъ, что должникъ ничего ему не долженъ? О сохраненіи obl. civilis не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ actio навсегда консумирована уже съ началомъ процесса. Дѣло касается исключительно существованія неискового натуральнаго обязательства.

Еслибы освободительное рѣшеніе и въ этомъ случаѣ имѣло только одну указанную консумирующую иск ъ функцію, то вопросъ рѣшался бы просто: рѣшеніе и въ данномъ случаѣ не дѣйствовало бы на обязательственное право болѣе интенсивно, чѣмъ начало процесса, и оставляло бы натуральное обязательство со всѣми тѣми послѣдствіями, которыя были выше констатированы для obl. nat. post litem contestatam. Однако, по правильному мнѣнію, судебное рѣшеніе—res judicata—имѣетъ не одну только эту отрицательную функцію, но и другую—функцію положительную. Послѣдняя состоитъ въ томъ, что для сторонъ, участвующихъ въ процессѣ (а иногда и для болѣе широкаго круга лицъ), должно составлять формальную истину содержаніе рѣшенія, высказаннаго разъ судьей по извѣстному вопросу. Какъ говоритъ юристъ Юліанъ, «exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii»[39]). Этотъ принципъ приводитъ, во-первыхъ, къ расширенію сферы примѣненія exceptionis rei judicatae. Такъ, если первый процессъ о правѣ собственности былъ

въ данномъ случаѣ мы считаемъ залогъ основаннымъ на obl. naturalis: къ этому заключенію приводитъ насъ все предыдущее изложеніе; натур. обязательство post litem contestatam извѣстно было уже Юліану (L. 8 § 3 D. 46, 1) и, конечно, разобранное рѣшеніе Марцелла въ L. 27 D. 20, 1 объясняется тѣмъ, что этотъ юристъ, писавшій позже Юліана и хорошо знакомый съ его сочиненіями (K r ü g e r Gesch. d. Qu., 192), не считаетъ этой obl. nat. уничтоженной судебнымъ рѣшеніемъ, основаннымъ на causa cadere.

[39]) L. 7 § 4 D. 44, 2 Jul. ap. Ulp. 75 ed. L. 3 D. eod.. Jul ap. Ulp. 15 ed.

законченъ въ пользу истца признаніемъ за нимъ этого права, то прежній истецъ получалъ эту эксцепцію противъ прежняго отвѣтчика, если послѣдній предъявлялъ къ нему въ свою очередь rei vindicatio; основаніемъ являлось то соображеніе, что «cum judicatur rem meam esse, simul judicatur illius non esse», т.-е. что, хотя второй искъ и не консумированъ, но онъ долженъ быть устраненъ, такъ какъ въ немъ возбуждается вопросъ, уже окончательно рѣшенный въ первомъ процессѣ [40]). Далѣе, этотъ принципъ приводитъ къ тому, что иногда приходилось устранять exceptio rei judicatae въ ея отрицательной функціи черезъ replicatio, такъ какъ иначе судебное рѣшеніе, благопріятное истцу, въ силу своего консумирующаго дѣйствія привело бы къ результатамъ, которые прямо противоположны его содержанію, т.-е. смыслу содержащагося въ немъ рѣшенія вопроса, который былъ предметомъ спора между сторонами; это имѣло мѣсто, напримѣръ, въ томъ случаѣ, когда въ первомъ процессѣ истецъ доказалъ свое право собственности, но отвѣтчикъ былъ освобожденъ за отсутствіемъ у него владѣнія вещью; если затѣмъ отвѣтчикъ пріобрѣталъ владѣніе и думалъ устранить вторичную виндикацію черезъ exceptio rei judicatae въ ея отрицательной функціи, то истецъ могъ «replicare de re secundum se judicata», т.-е. ссылаться на положительную функцію судебнаго рѣшенія [41]).

Послѣдовательное проведеніе этого принципа о положительной функціи судебнаго рѣшенія должно было бы сдѣлать болѣе интенсивнымъ вліяніе на обязательственное право освобожденія отвѣтчика

---

[40]) См. L. 40 § 2 D. 3, 3 Jul. ap. Ulp. 9 ed.

[41]) L. 9 § 1 D. 44, 2. L. 17 D. eod.—Вотъ главнѣйшія основанія, которыя заставляютъ признать наличность въ классическомъ правѣ принципа положительной силы судебнаго рѣшенія (см. также прим. 43).—Наличность положительной функціи за exco rei judicatae отвергалъ Bekker, въ своей Process. Consumption (см. особ. стр. 1—21, стр. 132 слл.); умѣреннѣе онъ высказывается уже въ Aktionen, т. I стр. 349 сл; съ оговорками и изъятіями поддерживаютъ ту-же мысль Westerburg, l. c, стр. 374 слл. и Dernburg, Pand. т. I § 162 пр. 4—6. Противъ этихъ писателей см. Windscheid, Actio, стр. 82 слл. и особенно Pand. т. I § 130 пр. 22—26. Krüger, proc. Cons. стр. 139 Vangerow, т. I, стр. 278. Bethmann-Hollweg. op. cit, т. II стр. 636 слл. Regelsberger, Pand. стр. 701 пр. 3. Girard, Manuel, стр. 1003 слл.

за непризнаніемъ на сторонѣ истца какого бы то ни было права требованія. Въ этомъ случаѣ всякаго рода осуществленіе обязательственнаго права послѣ такой absolutio должника противорѣчило бы силѣ судебнаго рѣшенія. Если стороны безусловно должны принимать за обязательное для себя содержаніе рѣшенія судьи, то изъ этого слѣдуетъ, что между ними и рѣчи не можетъ быть о существованіи обязательства, которое судья призналъ ничтожнымъ. Уплата, произведенная по такому обязательству, въ глазахъ права и суда не должна считаться уплатой; относительно нея должна быть допускаема condictio indebiti, если она была сдѣлана по извинительному заблужденію; всѣ accessiones — каковы залоги и поручители —, которыя имѣли силу до постановленія рѣшенія, должны уничтожиться, такъ какъ въ глазахъ права и суда нѣтъ больше обязательства, на которое онѣ могли бы опираться. Однимъ словомъ, принципъ положительной силы судебнаго рѣшенія долженъ приводить къ полному уничтоженію обязательства въ случаѣ absolutio veri debitoris.

Однако, есть основанія думать, что этотъ принципъ положительной силы судебнаго рѣшенія не былъ проведенъ въ римскомъ правѣ вполнѣ послѣдовательно. Отправнымъ пунктомъ для его появленія и развитія послужило ученіе объ exceptio rei judicatae и ея значеніи. Соотвѣтственно съ этимъ у римскихъ юристовъ положительная сила судебнаго рѣшенія проявляетъ свое дѣйствіе, главнымъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ее можно провести съ помощью средствъ защиты противъ исковъ, т. е. эксцепцій и репликацій. Но этимъ цѣль вполнѣ не достигалась. Для послѣдовательнаго проведенія принципа во всѣхъ его консеквенціяхъ необходимо было допустить, чтобы положительная сила судебнаго рѣшенія могла быть положена также и въ основу наступательныхъ юридическихъ средствъ, т. е. исковъ [42]). Необходимо было признать, что стороны не должны вторично доказывать того положенія, которое уже разъ было признано по суду истиннымъ по отношенію къ нимъ, если какой-либо изъ нихъ еще разъ придется предъявить къ другой сторонѣ такой искъ, для удовлетворенія котораго имѣетъ значеніе то же самое положе-

[42]) На этомъ совершенно основательно настаиваетъ Westerburg, l. c. стр. 376 сл.

ніе. Рѣшеніе суда по данному вопросу должно являться безспорной истиной и для новаго судьи, такъ что доказательство противнаго не должно быть допускаемо.

Въ этомъ отношеніи римское право остановилось, повидимому, на полпути въ своемъ развитіи. Есть рѣшенія классическихъ юристовъ, которыя показываютъ, что имъ не была чужда эта мысль; но эти рѣшенія касаются только praejudicia и actiones in rem [43]); нѣтъ доказательствъ того, что сила судебнаго рѣшенія могла лечь въ основу новаго иска и въ томъ случаѣ, если рѣшеніе было постановлено по a. in personam; попытки въ этомъ направленіи дѣлались [44]), но ничего цѣльнаго и прочнаго создано не было.

Этою незаконченностью развитія объясняется и то рѣшеніе поставленнаго нами вопроса о сохраненіи въ силѣ obl. naturalis послѣ absolutio injusta, которое мы находимъ въ нашихъ источникахъ.

Руководясь принципомъ положительной силы судебнаго рѣшенія, римскіе юристы давали exceptio rei judicatae противъ a. hypothecaria, если требованіе, обезпеченное залогомъ, по суду признано было несуществующимъ. Мы уже замѣтили, что положительная сила рѣшенія прежде всего давала себя знать тамъ, гдѣ ее можно было осуществить съ помощью защиты противъ иска. Мало-по-малу, юристы пошли въ этомъ отношеніи дальше; они признали, въ концѣ концовъ, что залоговое право вполнѣ уничтожается, если обязательство по суду признано несуществующимъ. Это намъ сообщается въ слѣдующемъ рѣшеніи.

L. 13 D. 20, 6 Tryphoninus l. 8 disputationum. Si deferente creditore juravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset: nam et si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.

Трифонинъ, одинъ изъ позднѣйшихъ классическихъ юристовъ,

---

[43]) См. источники, приведенные у Windscheid'a Pand. т. I, § 131, пр. 1 (cf. также Windscheid, Actio стр. 109—112 и Regelsberger Pand. стр. 702, пр. 12) и по поводу нихъ P. Krüger, op. cit. стр. 174 слл.

[44]) См. напр. приводимую у P. Krüger, op. cit. стр. 179 L 28 § 14 D. 34, 3.

прямо говоритъ намъ, что при освобожденіи должника, хотя бы и несправедливомъ, залогъ освобождается. Слова «pignus liberatur» нельзя понимать иначе, какъ въ смыслѣ полнаго уничтоженія залоговаго права [45]). Въ этомъ отношеніи, слѣдовательно, положительная сила судебнаго рѣшенія была проведена вполнѣ.

Иное приходится сказать о судьбѣ solutio. Для того, чтобы сдѣлать невозможной юридически уплату по обязательству, разъ признанному не существующимъ, съ практической точки зрѣнія необходимо было допустить, чтобы положительная сила судебнаго рѣшенія была положена въ основу иска—condictio indebiti. Нужно было признать, что, если освобожденный по суду должникъ предъявлялъ condictio indebiti для вытребованія обратно уплаты сдѣланной имъ per errorem по обязательству, то судья по cond. indebiti долженъ считать себя связаннымъ судебнымъ рѣшеніемъ и соотвѣтственно съ этимъ признать cond. indebiti обоснованной, не допуская никакихъ доказательствъ неправильности прежняго рѣшенія и существованія обязательства, которое было въ немъ отвергнуто.

Мы уже сказали, что при actiones in personam положительная сила судебнаго рѣшенія въ качествѣ основанія новыхъ исковъ не нашла себѣ полнаго признанія въ римскомъ правѣ. Доказательствомъ этого служатъ тѣ рѣшенія, къ разсмотрѣнію которыхъ мы теперь приступаемъ. Въ нихъ очень ясно выражена та мысль, что положительная сила судебнаго рѣшенія не была положена классическими юристами въ основу condictio indebiti. Если должникъ, освобожденный по суду, платилъ свой долгъ per errorem и предъявлялъ condictio indebiti, то кредиторъ могъ доказывать, что долгъ существовалъ, что судебное рѣшеніе было неправильно и что уплата не подлежитъ возврату. Такимъ образомъ, долгъ, лишившись иско-

---

[45]) Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 586.—Относительно попытки Savigny, System т. 5, стр. 388 пр. g и Obl. R. т. I, стр. 91 истолковать эти слова ограничительно (см. также Pfeiffer въ Arch. f. civ. Pr. т. 38, стр. 346 сл.) ср. Wächter, l. c. стр. 141 сл. Buchka, op. cit. т. I, стр. 326 слл. Schwanert, стр. 445 сл. Bekker, Cons. стр. 290. Jourezius, стр. 39 сл. Vangerow, т. I, стр. 273. Machelard, стр. 425. Ryck, стр. 40, пр. 3.—О толкованіи Fein'a l. c. стр. 199 сл. см. Wächter, стр. 142. Buchka стр. 326. Jourezius, стр. 41. Machelard, стр. 425. Vangerow, т. I. стр. 273.

вой защиты, вслѣдствіе консумирующей силы судебнаго рѣшенія и litis contestatio и утративъ обезпеченіе въ видѣ залога на основаніи положительной силы судебнаго рѣшенія, тѣмъ не менѣе сохранялъ значеніе титула для уплаты и потому могъ быть названъ «natura debitum».

Таковъ результатъ, къ которому приводитъ насъ разсмотрѣніе слѣдующихъ рѣшеній:

1) L. 60 pr. D. 12, 6 Paulus l. 3 quaestionum. Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius [46]) solutionis origo proficiscitur.

Наиболѣе естественнымъ представляется намъ слѣдующее толкованіе этого рѣшенія [47]). Послѣ litis contestatio должникъ подъ вліяніемъ извинительнаго заблужденія уплатилъ свой долгъ. Затѣмъ, ссылаясь на то, что по суду онъ можетъ быть признанъ недолжнымъ, онъ предъявляетъ cond. indebiti; онъ утверждаетъ, что до постановки рѣшенія его долгъ долженъ считаться условнымъ, а потому уплата per errorem, какъ уплата pendente condicione, должна подлежать возврату [48]). Юліанъ отрицаетъ правильность этихъ соображеній; онъ говоритъ, что должникъ, уплатившій послѣ начала процесса, но до рѣшенія, не можетъ сравнивать себя съ должникомъ, уплатившимъ pendente condicione, ибо судебное рѣшеніе само не даетъ ему права на repetitio, каково бы ни было его содержаніе: осудительное или освободительное. Такой должникъ скорѣе подобенъ тому, кто обѣщалъ уплатить подъ двумя противоположными условіями и кто, слѣдовательно, долженъ безусловно.

---

[46]) Mommsen ad h. l. предлагаетъ читать „alterave"; Fein, l. c. стр. 165, пр. 8 читаетъ „alterutrius"; также и Schwanert стр. 439. van Wetter, Oblig. т. I, стр. 251, пр. 109 предлагаетъ толковать alterius въ смыслѣ alterutrius, ссылаясь на L. 34 § 6 D. 12, 2. Смыслъ заключительной фразы, во всякомъ случаѣ, ясенъ. См. также Gothofredus ad h. l.

[47]) См. Savigny, Oblig. R. т. I, стр. 82—87.

[48]) L. 16. L. 18 D. 12, 6.

Къ этому рѣшенію Юліана Павелъ (это показываетъ прямая рѣчь) дѣлаетъ поясненіе; онъ объясняетъ, почему даже освободительное рѣшеніе не даетъ права на repetitio: потому-что должникъ, если даже онъ освобожденъ, остается natura debitor. Такимъ образомъ, по мнѣнію Юліана и Павла, освободительное рѣшеніе оставляетъ въ силѣ для verus debitor натуральное обязательство, которое является объективнымъ основаніемъ для solutio и исключаетъ condictio indebiti.

Слова Павла «licet absolutus sit, natura tamen debitor permanet» показываютъ, что для судьбы уплаты въ сущности безразлично, произведена ли она до рѣшенія, какъ въ примѣрѣ Юліана, или даже послѣ рѣшенія. Натуральное обязательство, какъ титулъ для solutio возникаетъ въ результатѣ консумирующей искъ litis contestatio и остается въ этомъ качествѣ даже послѣ absolutio veri debitoris.

Это даетъ намъ возможность констатировать и для натуральнаго обязательства post litem contestatam еще одно практическое значеніе. По нему можетъ быть сдѣлана вполнѣ дѣйствительная solutio даже pendente judicio, когда obligatio judicatum facere oportere является неполною въ своемъ фактическомъ составѣ.

Эта obligatio naturalis въ качествѣ титула для solutio остается въ силѣ послѣ всякой absolutio veri debitoris, на чемъ бы послѣдняя ни была основана: на формальныхъ недостаткахъ иска (plus petitio), или на признаніи обязательства истца лишеннымъ исковой защиты, или даже на неправильномъ отрицаніи судьей всякаго обязательственнаго права за истцомъ. Слова Юліана и Павла не даютъ намъ повода ограничивать ихъ рѣшеніе однимъ какимъ либо видомъ освободительныхъ рѣшеній [49]).

---

[49]) Противники натуральнаго обязательства post absolutionem injustam съ давнихъ поръ пытаются устранить L. 60 pr. cit съ своего пути; но эти попытки неудачны. Нѣкоторые изъ нихъ стараются ограничить L. 60 pr. cit. въ томъ смыслѣ, что недопущеніе repetitio относится здѣсь лишь къ уплатѣ, сдѣланной до рѣшенія. Эта идея Донелла (Comm. de j. c. l. XIV c. 12 § 10—13) на разные лады поддерживается у Weber, Nat. Verb. стр. 366. Scheurl, Krit. VJSchr. т. VI стр. 528 сл. Vangerow, т. I, стр. 275 сл. Brinz, Pand, т. II, стр. 50. van Wetter, I, c. стр. 251 пр. 109. Windscheid, I § 129 пр. 7 (ср. Girard, стр. 624 пр. 2). Regelsberger, Pand. стр. 700 пр. 3. Но

Правильность такого толкованія L. 60 pr. cit. подтверждается анализомъ второго изъ относящихся сюда рѣшеній.

2) L. 28 D. 12, 6 Paulus l. 32 ad edictum. Judex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest.

Въ этомъ фрагментѣ тотъ же Павелъ уже прямо говоритъ о томъ случаѣ, когда судья «male absolvit», т. е. освободилъ должника неправильно, хотя по характеру предъявленнаго иска его слѣдовало осудить. Если такой должникъ послѣ судебнаго рѣшенія уплатитъ долгъ «sua sponte», т.-е. не будучи къ этому принуждаемъ (принудительныя средства противъ него невозможны, т. к. послѣдовала absolutio), то онъ не можетъ требовать уплаты обратно. Юристъ не говоритъ ничего о томъ, сдѣлана ли уплата сознательно

этому толкованію противорѣчатъ слова Павла „debitor natura, permanet (scil. post absolutionem)“, для истолкованія которыхъ въ смыслѣ этихъ писателей приходится прибѣгать къ натяжкамъ (см. Büchel, стр. 114. Pfordten въ Arch. стр. 135. Fein, стр. 168), а также и то соображеніе, что если бы положит. сила рѣшенія уничтожала натур. обязательство, какъ титулъ уплаты, то сомнительно, чтобы это относилось лишь къ моменту постановки рѣшенія, а не litis cont. См. Wächter, стр. 146 пр. 12, Pfeiffer, въ Arch.f. c. Pr. т. 38 стр. 345. Westerburg, l. c. стр. 373. Другіе писатели пытаются отнести L. 60 pr. къ случаю сознательной уплаты. Büchel, стр. 114 сл. На это также L. 60 pr. не даетъ права: все разсужденіе Юліана было бы тогда излишне. Pfordten, l. c. стр. 138 сл. Fein, l. c. стр. 172 сл. Savigny, l. c. стр. 85 сл. Третьи ограничиваютъ L. 60 pr. cit. случаями, когда absolutio не содержала въ себѣ отрицанія долга. Machelard, стр. 430 слл. Accarias, т. II, стр. 731, пр. 3; для этого нѣтъ опоры въ L. 60 pr. cit. и этому противорѣчитъ L. 28 eod., о которой рѣчь ниже. Pfordten, l. c. стр. 140 слл.: de obl. nat. стр. 35 сл. ограничиваетъ область L. 60 pr. cit. случаями, когда процессъ вліяетъ на матер. право ipso jure. См. противъ этого Fein, стр. 376 слл. Wächter, стр. 30; стр. 137 слл. Buchka, т. I стр. 379 сл. Savigny, l. c. стр. 95 сл. Нѣкоторые пытаются объяснить самую absolutio вліяніемъ сдѣланной должникомъ уплаты. Wächter, стр. 144 сл. Jourezius, стр. 11 слл. См. противъ этого Pfeiffer, l. c. стр. 344 слл. Savigny, стр. 83 пр. h. Своеобразное толкованіе предлагаетъ Voss, въ Arch. f. civ. Praxis т. 58 (1875 г.), стр. 374 слл.: должникъ, платя послѣ l. c., но до рѣшенія, тѣмъ самымъ выдѣляетъ свой долгъ изъ процесса, самъ себя осуждаетъ и лишаетъ рѣшеніе судьи всякаго содержанія; въ этомъ смыслѣ словъ „natura debitor permanet“. Наконецъ, нѣкоторые писатели по поводу L. 13 D. 20, 6 и L. 60 pr. cit принимаютъ разногласіе между римскими юристами. Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 585 сл. Pand. т. II, § 5, пр. 13. Moscato, Obl. nat., стр. 29.

или per errorem. Такъ какъ сознательно сдѣланная уплата не могла бы быть требуема назадъ даже въ случаѣ правильной absolutio, а юристъ между тѣмъ настаиваетъ на томъ, что «judex male absolvit», то нужно думать, что этотъ послѣдній случай тѣмъ и отличается, что здѣсь даже уплата per errorem не подлежитъ возврату. Обязательство сохраняетъ силу, какъ титулъ для solutio, даже въ томъ случаѣ, когда должникъ освобожденъ вслѣдствіе неправильнаго признанія на судѣ долга несуществующимъ. Уплата, сдѣланная per errorem п о с л ѣ такого рѣшенія, не подлежитъ возврату [50]).

Въ результатѣ мы должны признать, что римскіе юристы остановились на полпути въ рѣшеніи вопроса о вліяніи судебнаго рѣшенія, освобождающаго должника по непризнанію за нимъ долга, на обязательство. Положительная сила судебнаго рѣшенія была проведена настолько, чтобы признать въ результатѣ такой absolutio полное уничтоженіе залоговаго права, обезпечивавшаго долгъ. То же самое, конечно, должно быть примѣнено и къ поручительству, установленному post litem contestatam. Но въ основу condictio indebiti сила судебнаго рѣшенія положена не была и кредиторъ могъ удерживать у себя уплату, сдѣланную per errorem должникомъ, освобожденнымъ отъ суда, ссылаясь на то, что должникъ освобожденъ былъ неправильно. Такимъ образомъ, absolutio veri debitoris оставляетъ послѣ себя, пользуясь словами Павла, «natura debitum» съ весьма ограниченнымъ эффектомъ: какъ обстоятельство, исключающее возможность требовать обратно solutum per errorem [51]).

---

[50]) Противники obl. nat. post absolutionem injustam толкуютъ L. 28 cit. въ смыслѣ с о з н а т е л ь н о й уплаты. См. W e b e r, стр. 366. B ü c h e l, стр. 114. P f o r d t e n въ Arch. стр. 133 сл. W ä c h t e r, стр. 143. M a c h e l a r d, стр. 441 сл. V o s s, стр. 361. v a n W e t t e r, l. c. A c c a r i a s, т. II стр. 731 пр. 2 G i r a r d, стр. 624 пр. 2. W i n d s c h e i d, § 129 пр. 7. M o s c a t o, стр. 28 сл. Но 1) sua sponte не значитъ сознательно, а значитъ добровольно, безъ принужденія, см. H e u m a n n, Handlexicon, s. h. v.; 2) при такого рода толкованіи слова „male absolvit“ дѣлаются излишними, какъ указано въ текстѣ. См. F e i n, 189 сл. S a v i g n y, стр. 88. P f e i f f e r, стр. 345 сл. S c h w a n e r t, стр. 444. P. K r ü g e r, стр. 176. Попытки устранить послѣдній аргументъ см. у J o u r e z i u s ’a стр. 4 сл. и W i n d s c h e i d, l. c. Съ этими попытками нужно было бы считаться только въ томъ случаѣ, если бы у насъ не было L. 60 cit и естественнаго смысла словъ „sua sponte“, несогласнаго съ даннымъ толкованіемъ.

[51]) Основу для подобнаго рѣшенія вопроса о томъ, остается ли obl. nat.

Намъ остается сказать нѣсколько словъ о состояніи нашего вопроса въ Юстиніановомъ правѣ. Хотя Corpus Juris Civilis и не представляетъ изъ себя особенно гармоничнаго сочетанія постановленій относительно вліянія начала процесса и судебнаго рѣшенія

послѣ absolutio injusta, положилъ еще P u c h t a, Pand, § 239; эту мысль развиваетъ по существу и P f e i f f e r, Arch. f. civ. Praxis т. 38 стр. 331 слл., а затѣмъ K r ü g e r, Proc. Cons. стр. 174 слл. См. также E i s e l e, въ Jahrb. f. Dogm. т. 31 (1892 г.), стр. 408. Излишней догматизаціей страдаетъ изложеніе S c h w a n e r t'a стр. 449 слл. На незаконченность ученія римскихъ юристовъ о вліяніи процесса на мат. право обращаетъ вниманіе B e k k e r, Aktionen, т. I стр. 317 слл. Въ общемъ остальные писатели (кромѣ D e r n b u r g'a и M o s c a t o; см. прим. 49) дѣлятся на два лагеря: одни отрицаютъ obl. nat. post absolutionem injustam, другіе ее защищаютъ. Первыхъ – большинство, конечно, въ виду неудобства ихъ теоріи для современной практики. Помимо L. 13 pr. D. 20, 6 главнымъ аргументомъ противниковъ obl. nat. является ссылка на то, что признаніе этого обязательства противно принципу положит. силы судебнаго рѣшенія. Этотъ принципъ нарушается не только допущеніемъ a. hypothecaria и compensatio, о чемъ говорятъ F l a c h, въ Zeitschrift f. Civilr. und Proz., т. 19 (1844 г.) стр. 401 слл. и W ä c h t e r, стр. 151 слл., но и устраненіемъ cond. indebiti,—на что указываютъ P f o r d t e n въ Arch. стр. 110; B e k k e r, Consumption стр. 4; J o u r e z i u s, стр. 31 сл.; M a c h e l a r d стр. 419 сл.; V a n g e r o w т. I, стр. 272. Этимъ устраняются соображенія P f e i f f e r'a l. c. стр. 350. Попытки устранить этотъ аргументъ принципіально были неудачны; о попыткѣ F e i n'a стр. 360 слл. см. B u c h k a, т. I стр. 319. J o u r e z i u s, стр. 35 слл.; о попыткѣ самого B u c h k a см. V a n g e r o w, т. I стр. 274. – Правильно указано было и на то, что obl. nat. post absolutionem вноситъ несправедливое различіе въ дѣйствіи осудительнаго и освободительнаго рѣшенія. F l a c h, стр. 399. J o u r e z i u s, стр. 36; стр 45. Cf. B r i n z, Pand. т. II, стр. 49. пр. 29.—Менѣе убѣдительна ссылка на то, что res judicata часто сопоставляется съ jusjurandum: въ частныхъ случаяхъ дѣйствіе того и другого можетъ однако расходиться. См. L. 2 D. 12, 2.—Не имѣютъ значенія и разсужденія, основанныя на соображеніяхъ объ общемъ характерѣ эксцепцій. См. P e i f f e r, стр. 537 сл. J o u r e z i u s, стр. 22 слл.—Съ другой стороны, какъ мы видѣли въ прим. 49 и 50, противникамъ obl. nat. post. absol. не удалось устранить аргумента противъ нихъ ученія, который содержатъ въ себѣ L. 60 pr. и L. 28 D. 12,6.—Остается замѣтить, что нѣкоторые писатели, отрицая существованіе obl. natur. post absol., какъ основанія для удержанія sol. per errorem, признаютъ, однако, что на неправильно освобожденномъ должникѣ лежитъ моральная обязанность уплатить долгъ. W e b e r, стр. 363 сл B ü c h e l, стр. 113; стр. 116. M a c h e l a r d, стр. 414; стр. 441. A c c a r i a s, т. II стр. 731 пр. 2. W i n d s c h e i d, т. I § 130 пр. 8; т. II § 289 пр. 5а—О старой литературѣ вопроса см. P f o r d t e n въ Arch. стр. 115 слл, F e i n, стр. 161 слл. F l a c h, стр. 398 слл.

на матеріальное право, однако изъ него можно почерпнуть достаточно данныхъ для того, чтобы сказать, что ко времени Юстиніана процессуальная консумпція потеряла свое практическое примѣненіе. Отчасти она была отмѣнена законодательнымъ путемъ, отчасти по обычаю вышла изъ употребленія. Если сохранились въ компиляціи ея слѣды, то они такъ невелики, что безъ помощи Институцій Гая мы не могли бы даже составить себѣ представленія объ этомъ институтѣ. Эти же слѣды сохранились или по недосмотру компиляторовъ, или потому, что въ окончательномъ результатѣ содержавшія ихъ рѣшенія классическихъ юристовъ не противорѣчили духу новаго права, или же, наконецъ, потому, что компиляторы кое-гдѣ приняли вліяніе процессуальной консумпціи за матеріально-правовыя особенности извѣстныхъ институтовъ гражданскаго права и сохранили ихъ въ этомъ качествѣ.

Во всякомъ случаѣ, общимъ принципомъ Юстиніанова права является положеніе, что ни начало процесса, ни фактъ постановки рѣшенія самъ по себѣ (независимо отъ содержанія рѣшенія) не имѣютъ отрицательнаго, консумирующаго искъ значенія. Остается въ дѣйствіи только положительная сила судебнаго рѣшенія [52]). Новая трехлѣтняя давность процесса сама по себѣ также не имѣетъ значенія препятствія ко вторичному предъявленію иска [53]).

Въ результатѣ для Юстиніанова права является устарѣлой obl. nat. послѣ litis contestatio и приговора, освобождающаго отвѣтчика не на основаніи отрицанія за истцомъ обязательственнаго права. Въ этихъ случаяхъ искъ можетъ быть вчинаемъ вторично и о существованіи обязательства, какъ неискового, не можетъ быть рѣчи ни въ какомъ смыслѣ. Строго говоря, въ Юстиніановомъ правѣ не должно бы было существовать и натуральнаго обязательства post absolutionem injustam съ какимъ угодно ограниченнымъ дѣйствіемъ,

---

[52]) См. къ этому Krüger, Proc. Cons. стр. 202 слл.; также Wächter, l. c. стр. 35 слл. Windscheid, Actio стр. 65 и Pand. I § 124 пр. 1. Vangerow, т. I стр. 248. Accarias, т. II стр. 774 сл. По существу согласенъ съ этимъ и Bethmann-Hollweg, op. cit. т. III стр. 257 слл. и стр. 297 слл. Иначе Bekker, Proc. Cons. стр. 11 слл.; за нимъ слѣдуетъ Schwanert, стр. 433 пр. 32.

[53]) См. о ней Wächter, стр. 36 пр. 40. Accarias, т. II стр. 777. Pfordten, de obl. civ. trans. стр. 26.

такъ какъ допущеніе удерживать solutum per errorem послѣ непризнанія судьей за кредиторомъ обязательственнаго права несогласно съ послѣдовательнымъ проведеніемъ принципа силы судебнаго рѣшенія. Однако, компиляторы не сумѣли закончить процессъ развитія, начатый классическими юристами, и приняли въ Дигесты извѣстныя намъ L. 28 и L. 60 pr. D. 12, 6.[54]).

---

[54]) См. къ этому Krüger, Consump. стр. 216.

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Натуральныя обязательства въ результатѣ capitis deminutio.

Римское право классической эпохи знаетъ три вида capitis deminutio: maxima, media и minima. Первая опредѣляется въ источникахъ, какъ потеря свободы и права римскаго гражданства—libertatis et civitatis amissio [1]); вторая состоитъ въ потерѣ правъ римскаго гражданства—civitatis amissio—съ сохраненіемъ личной свободы [2]); наконецъ, cap. deminutio minima есть перемѣна въ семейномъ положеніи лица—familiae mutatio [3]). Внутренней гармоніи въ институтѣ capitis deminutio классической эпохи мы не находимъ. Самое названіе института—capitis deminutio [4]), равно какъ и подраздѣленіе его на три ступени съ названіями: maxima, media и minima [5]), указываютъ на умаленіе правоспособности римскаго гражданина, которое должно происходить во всѣхъ трехъ случаяхъ. Между тѣмъ, на самомъ дѣлѣ такое умаленіе правоспособности мы находимъ только при cap. deminutio maxima и media; въ случаѣ же cap. dem. minima правоспособность не уменьшается и самое юридическое по-

---

[1]) Gai I, 160. Ulp. XI, 11. L. 11 D. 4, 5 Paul. 2 Sab. § 1 J. 1, 16 Правда Cohn, Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts (1880 г.), стр. 45 слл. доказываетъ, что c. d. maxima состояла только въ потерѣ libertas; но см. противъ этого Karlowa, Röm. Rechtsgesch., т. II стр. 251 сл.

[2]) Gai I, 161. Ulp. XI, 12. L. 11 D. 4, 5 cit. § 2 J. 1, 16.

[3]) L. 3 pr. D. 4, 5 Paul 11 ed. L. 11 D. eod. Paul. 2 Sab. Ср. однако опредѣленія у Gai I, 162. Ulp. XI, 13.

[4]) См. объ этомъ Krüger, Geschichte der capitis deminutio, т. I (1887 г.) стр. 86 слл.

[5]) На это особенно обращаетъ вниманіе Karlowa, l. c. стр. 250 сл.

ложеніе субъекта иногда даже улучшается (онъ дѣлается изъ homo alieni juris лицомъ sui juris). Въ виду этого существо всего института въ классическую эпоху представляется до извѣстной степени загадочнымъ; вѣроятнѣе всего, разъясненія указанныхъ недоумѣній слѣдуетъ искать въ исторіи института; къ сожалѣнію, въ этомъ отношеніи особенно твердыхъ результатовъ до сихъ поръ еще не добыто [6]).

Capitis deminutio всѣхъ трехъ родовъ оказываетъ серьезное вліяніе на субъективныя права и обязанности лица, которое ей подвергается; по общему правилу, capite minutus для себя лично теряетъ всѣ гражданскія права и обязанности, которыхъ онъ до сихъ поръ былъ носителемъ, за нѣкоторыми лишь исключеніями [7]). Для насъ представляетъ интересъ только вопросъ о вліяніи capitis deminutio на долги подвергающагося ей лица, ибо только въ этомъ случаѣ наши источники говорятъ о составляющей предметъ нашего изслѣдованія obligatio naturalis.

I. Capitis deminutio minima. Она состоитъ, какъ мы уже замѣтили, въ перемѣнѣ семейнаго положенія. Сюда относятся трои-

---

[6]) Многіе изъ современныхъ ученыхъ полагаютъ, что исходной точкой развитія нашего института была cap. deminutio minima, причемъ однако расходятся въ томъ, какіе случаи ея слѣдуетъ считать древнѣйшими; соотвѣтственно съ этимъ разногласятъ они и по вопросу о томъ, гдѣ слѣдуетъ искать основанія разрушительнаго дѣйствія cap. dem. на права и обязанности субъекта. См. въ этомъ смыслѣ Cohn, op. cit, стр. 387 слл. Krüger, op. cit. стр. 5 слл. 67 слл. Eisele, Beiträge zur Röm. Rechtsgeschichte, (1896 г.) стр. 162; 199 слл. Другіе, напротивъ, считаютъ всѣ три случая cap. dem. одинаково старыми и пытаются иначе реконструировать ходъ историческаго развитія. См. напр. Karlowa, l. c. стр. 252 слл.

[7]) Какой принципъ лежитъ въ основѣ этого разрушительнаго вліянія capitis deminutionis,—это также вопросъ очень спорный. Многіе ученые видятъ во всякой cap. deminutio процессъ, вполнѣ уничтожающій съ точки зрѣнія цивильнаго права старую личность и всѣ правоотношенія, которыя ея касались. См. Schenrl, Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts, т. I (1852 г.), стр. 235. Schwanert, стр. 413. Pernice, Labeo т. I стр. 174. Girard, Manuel, стр. 184. Ср. также напр. Pfordten de obl.-civilis in nat. transitu, стр. 47. Другіе писатели склонны, напротивъ, объяснять разрушительное дѣйствіе cap. deminutionis несовмѣстимостью существовавшихъ прежде юридическихъ отношеній съ тѣмъ новымъ юридическимъ положеніемъ, въ которое становится лицо, потерпѣвшее cap. deminutio. См. въ этомъ смыслѣ Mandry, Familiengüterrecht, т. I стр.

каго рода событія. 1) Перемѣна можетъ состоять въ томъ, что persona sui juris становится подъ власть домовладыки и дѣлается alieni juris; таковъ результатъ arrogationis и conventionis in manum, если ей подвергается женщина sui juris [8]). 2) Въ результатѣ cap. dem. minima лицо alieni juris можетъ сдѣлаться persona sui juris; это мы имѣемъ при manumissio ex mancipio, при remancipatio и manumissio uxoris in manu и при emancipatio изъ patria potestas [9]). 3) Наконецъ, c. dem. minima наступаетъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо alieni juris переходитъ изъ-подъ власти одного домовладыки подъ власть другого; таковы: datio in adoptionem, datio in mancipium, conventio in manum относительно filia familias [10]); сюда же относится cap. dem. въ случаѣ перехода подвластныхъ дающаго себя въ усыновленіе лица подъ власть усыновителя [11]).

При capitis deminutio minima долги лица, подвергающагося ей, согласно jus civile уничтожаются [12]). Однако, это послѣдствіе было парализовано особой нормою преторскаго эдикта. Именно, эдиктъ гласилъ:

Ait praetor: Qui quaeve, postea quam quid cum his actum contractumve sit, capite deminuti deminutae esse dicentur, in eos easve perinde, quasi id factum non sit, judicium dabo [13])

Такимъ образомъ, преторъ обѣщалъ дѣлать для кредиторовъ capite minuti реституцію принадлежавшихъ имъ прежде исковъ, т.-е. давать имъ иски, въ которыхъ дѣлалась фикція, что capitis deminutio не наступила [14]). Эта реституція дѣлалась безъ предварительной causae cognitio и испрашивающія ее лица не были огра-

---

167 слл. Cohn, op. cit. стр. 132 слл.; стр. 372 сл. Karlowa, l. c. стр. 265 слл. Eisele, l. c. стр. 185 слл.; стр. 177.

[8]) Paul. III, 6, 29. Gai I, 162. III, 84. L. 11 § 2 D. 37, 11 Papin. 13 quaest. Cic. Top. 4, 18. Boeth. h. l.

[9]) Gai I, 162. L. 3 § 1 D. 4, 5. Paul. 11 ed.

[10]) Gai I, 162. Paul. III, 6, 29. Ulp. XI, 13. Festus s. v. deminutus capite.

[11]) L. 8 pr. D. 4, 5.

[12]) Gai IV, 38 „desinit jure civili debere nobis.“ III, 84. „per capitis deminutionem liberetur“.

[13]) L. 2 § 1 D. 4, 5 Ulp. 12 ed.

[14]) См. объ этомъ Lenel, Ed. perp. стр. 95.

ничены срокомъ [15]). Отвѣтчикомъ по иску являлся самъ capite minutus. Но на случай, когда это лицо до capitis deminutio было sui juris и обладало активнымъ имуществомъ, которое послѣ cap. deminutio было пріобрѣтено новымъ домовладыкой (arrogatio и conventio in manum feminae sui juris), эдиктъ содержалъ еще особую оговорку. Онъ возлагалъ на домовладыку отвѣтчика обязанность принять на себя defensio по реституированному иску; въ случаѣ же уклоненія его отъ этой defensio, онъ давалъ кредиторамъ capite minuti missio in bona относительно имущества, принадлежавшаго должнику до capitis deminutio [16]). Въ случаѣ emancipatio должника искъ противъ него дается in quantum facere potest; при этомъ въ соотвѣтственномъ мѣстѣ преторскаго эдикта почему-то совсѣмъ не упоминается о необходимости въ предварительной реституціи [17]).

Не всѣ, впрочемъ, долги погибаютъ и по цивильному праву, вслѣдствіе cap. dem. minima должника. Такъ, если долгъ возникалъ изъ деликта, то онъ продолжаетъ существовать послѣ cap. dem. minima делинквента и только въ силу правила «noxa caput sequitur» можетъ превратиться изъ actio noxalis въ actio directa или наоборотъ [18]). Точно такъ же не погибаютъ долги наслѣдства, пріобрѣтеннаго лицомъ, подвергшимся arrogatio, до усыновленія: это «aes hereditarium» ipso jure переходитъ на усыновителя [19]).

Однако, и въ тѣхъ случаяхъ, когда jure civili долги уничтожаются, эта гибель долговъ, по мнѣнію позднѣйшихъ классиковъ, не является полною. Именно, Ульпіанъ, комментируя эдиктъ о реституціи иска и имѣя въ виду, слѣдовательно, только capitis deminutio

---

[15]) L. 2 § 5 D. 4, 5 См. Savigny, System т. II стр. 86 пр. w. x. Cohn, op. cit. стр. 308 сл.

[16]) Gai III, 84. Lenel, l. c. стр. 95. При Юстиніанѣ усыновитель пріобрѣтаетъ только узуфруктъ на имущество усыновляемаго; но вся процедура реституціи иска и missio in bona остается по прежнему: I, 3, 10.

[17]) L. 2 pr. D. 14, 5. Lenel, Ed. perp. стр. 222.—См. объ этомъ Pfordten, diss. cit. стр. 46 сл. Schwanert, стр. 418. Mandry, op. cit. т. I стр. 414 слл. Cohn, op. cit. стр. 341 сл.

[18]) Gai IV, 77. L. 2 § 3 D. 4, 5.

[19]) Gai III, 84. Cohn, l. c. стр. 316.—См. также объ actio depositi L. 21 pr. D. 16, 3 и къ этому Savigny, Syst. т. II стр. 85. Cohn, стр. 342.

minima, къ которой исключительно относится этотъ эдиктъ [20]), сообщаетъ намъ слѣдующее:

L. 2 § 2 D. 4, 5 Ulpianus l. 12 ad edictum. Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter.

Такимъ образомъ, послѣ capitis deminutio minima долги потерпѣвшаго ее лица теряютъ jure civili исковую защиту, но сохраняютъ силу натуральныхъ обязательствъ. Такъ какъ, однако, согласно сказанному выше, по преторскому эдикту кредиторамъ capite minuti возстановляются даже иски, то практическое значеніе этихъ натуральныхъ обязательствъ не можетъ быть особенно велико [21]). Но нельзя, тѣмъ не менѣе, утверждать [22]), что эти натуральныя обязательства не имѣли совсѣмъ никакого практическаго значенія.

Значеніе натуральнаго обязательства въ томъ случаѣ, когда кредиторъ испрашиваетъ restitutio actionis противъ самого capite minutus, можетъ состоять въ томъ, что оно безъ необходимости въ какой-либо реституціи представляетъ достаточную основу для сохраненія въ силѣ залога или поручительства, которые были установлены въ обезпеченіе долга, погашеннаго capitis deminutione [23]). Весьма вѣроятно, что именно случай capitis deminutionis должника имѣетъ въ виду Сцевола l. 1 responsorum, когда онъ пишетъ: «ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit» [24]). То же самое предположеніе можно сдѣлать относительно замѣчанія Ульпіана l. 73 ad edictum: «ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit» [25]).

---

[20]) L. 2 pr. D. 4, 5. См. объ этомъ Cohn, стр. 307 сл.; стр. 388 сл. Lenel, ed. perp. стр. 95. Krüger, op. cit. стр. 7 сл. Eisele, op. cit. стр. 160 сл.

[21]) Accarias Précis т. I стр. 470 пр. 4 высказываетъ совершенно неосновательное предположеніе, что именемъ obl. nat. Ульпіанъ называетъ реституированную изъ эдикта actio.

[22]) Подобно Savigny, Obl. R. т. I стр. 80.

[23]) См. въ этомъ смыслѣ Machelard, стр. 325.

[24]) L. 60 D. 46, 1. Такое предположеніе высказываетъ и Lenel, Scaevola, 236 пр. 1.—О второй части L. 60 cit. см. главу VII прим. 19.

[25]) L. 14 § 1 D. 20, 1.

Далѣе, возможны случаи, когда искъ не реституируется кредитору послѣ capitis deminutio должника. Это бываетъ при arrogatio; если кредиторомъ capite deminuti до усыновленія былъ самъ усыновитель. Послѣ arrogatio кредиторъ, конечно, не можетъ предъявлять иска къ своему подвластному должнику[26]). Искъ не реституируется ему и послѣ того, какъ arrogatus снова сдѣлается sui juris[27]). Но обязательство усыновленному сохраняетъ силу натуральнаго. На этомъ основаніи Помпоній l. 7 ad Sabinum признаетъ возможнымъ дѣлать deductio de peculio по поводу тѣхъ долговъ, которые лежали на подвластномъ передъ домовладыкой до совершенія arrogatio, установившей отеческую власть[28]): Мы видѣли въ главѣ о натуральныхъ обязательствахъ раба, что вообще deductio de peculio хронологически предшествовала появленію понятія объ obl. naturalis; въ данномъ же случаѣ позволительно предполагать обратное: Помпоній, видимо, уже былъ знакомъ съ ученіемъ, по которому послѣ cap. demin. minima остается obl. naturalis, и отъ наличности послѣдней заключаетъ къ возможности deductio de peculio, привыкнувъ примѣнять эту дедукцію во всѣхъ случаяхъ, гдѣ находилъ долговыя отношенія между подвластнымъ и домовладыкой.

Весьма вѣроятно, наконецъ, что въ связи съ ученіемъ объ obl. naturalis post cap. deminutionem minimam стоитъ и слѣдующее рѣшеніе:

L. 42 D. 15, 1 Ulpianus l. 12 ad edictum. In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant.

Мы знаемъ, что обязательство домовладыки de peculio, хотя и есть самостоятельное обязательство, которое не слѣдуетъ смѣшивать съ obl. naturalis самого раба или съ obl. civilis подвластнаго сына, является однако у позднѣйшихъ юристовъ обязательствомъ акцессорнымъ (actio adjecticiae qualitatis), которое возникаетъ изъ фактическаго состава, порождающаго какое-либо обязательство и на сторонѣ самого подвластнаго обладателя пекулія. Поэто-

---

[26]) L. 4. L. 11 D. 5, 1.
[27]) L. 2 § 4 D. 4, 5.
[28]) L. 7 D. 33, 8.

му можно предположить, что Сабинъ и Кассій оттого не давали actio de peculio противъ усыновителя, что они еще не знали obligatio naturalis, остающейся послѣ capitis deminutio, и потому до реституціи иска не находили никакой основы для a. de peculio. Позднѣйшіе юристы сочли возможнымъ допустить этотъ искъ, именно опираясь на извѣстную уже имъ obl. naturalis [29]).

II. Capitis deminutio media и maxima. Capitis deminutio maxima, т.-е. потеря libertas и civitas, наступала въ слѣдующихъ случаяхъ. 1) Она являлась послѣдствіемъ многихъ уголовныхъ наказаній: осужденія къ смертной казни (poena capitis, gladii), ad bestias depugnandas, ad ludum gladiatorium, къ пожизненнымъ работамъ въ рудникахъ. Осужденный со времени постановленія приговора дѣлается servus poenae: его господиномъ, по выраженію источниковъ, былъ не fiscus и не princeps, но poena [30]). 2) Весьма вѣроятно, что лицо, взятое въ плѣнъ врагами, терпѣло capitis deminutio maxima въ случаѣ потери права на postliminium [31]). 3) Лицо старше 20 лѣтъ, которое дозволяетъ себя продать, какъ раба, pretii participandi causa, дѣлается въ наказаніе рабомъ добросовѣстнаго покупателя [32]). 4) На основаніи Sctum Claudianum свободная женщина, добровольно вступившая въ contubernium съ чужимъ рабомъ и не прекратившая этого сожительства по требованію господина раба, дѣлается сама рабыней послѣдняго [33]). Юстиніанъ отмѣнилъ это постановленіе [34]). 5) Вслѣдствіе неблагодарности относительно патрона вольноотпущенникъ можетъ быть вновь сдѣланъ рабомъ своего патрона или даже его наслѣдниковъ [35]).

---

[29]) См. въ этомъ смыслѣ Cohn, op. cit. стр. 305 сл. Ср. однако Pernice, Labeo т. I стр. 177. Mandry, op. cit. т. II стр. 346.

[30]) L. 6 § 6 D. 28, 3. L. 25 § 3 D. 29, 2. L. 8 § 11. L. 17 pr. L. 36 D. 48, 19. § 1 J. 1, 16. § 3 J. 1, 12. Coll. 11, 7, 4. Cohn. op. cit. стр. 57 слл.

[31]) Karlowa, op cit. стр. 256.

[32]) L. 23 pr. D. 40, 12. L. 5 § 1 D. 1, 5. L. 9 § 4 D. 4, 4. § 3 J. 1, 3. Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts т. I (2-е изд.), стр. 185. Karlowa, l. c. стр. 257. Cohn, l. c. стр. 51 слл.

[33]) Ulp. XI, 11. Gai I, 86. 91. 160. Paul. II, 21 A. Cod. Th. 4, 11. Böcking, l. c. стр. 185. Cohn, стр. 50.

[34]) L. un. C. 7, 24. § 1 J. 3, 12.

[35]) § 1 J. 1, 16. Böcking, l. c. Cohn, 53 слл.—Случай уклоненія отъ ценза (Gai I, 160. Ulp. XI, 11) устарѣлъ до классич. эпохи; устарѣли также слу-

Capitis deminutio media, т. е. потеря римскаго гражданства съ сохранéніемъ свободы, наступала въ слѣдующихъ случаяхъ. 1) При aqua et igni interdictio [36]). Первоначально aqua et igni interdictio налагалась народнымъ собраніемъ только въ подтвержденіе добровольнаго изгнанія, въ которое Римлянинъ удалялся, чтобы избѣжать уголовнаго обвиненія или тяжелаго наказанія. Съ конца республики она является уже самостоятельнымъ наказаніемъ за преступленія; мало-по-малу установилась догма, что aqua et igni interdictio влечетъ за собою потерю римскаго гражданства [37]). 2) Въ результатѣ присужденія къ deportatio [38]). Это наказаніе, появившееся во время имперіи, въ сущности играло ту же роль, какъ и aqua et igni interdictio [39]). 3) При осужденіи въ пожизненное opus publicum [40]). 4) Въ случаѣ, если римскій гражданинъ deficit, т. е. переходитъ на сторону враговъ, или признается сенатомъ за hostis [41]). 5) Уже устарѣвшимъ ко времени Гая является тотъ случай, когда римскій гражданинъ теряетъ право гражданства съ выходомъ въ латинскую колонію [42]). Вообще, съ распространеніемъ правъ Римскаго гражданства на все болѣе и болѣе широкій кругъ лицъ, civitatis mutatio [43]), какъ случай capitis deminutio media, теряла практическое значеніе.

Съ тѣми poenae capitales, которыя влекли за собою capitis deminutio maxima [44]), а также съ deportatio, aqua et igni interdictio [45]) и, вѣроятно, съ присужденіемъ въ пожизненное opus publicum [46])

чаи вродѣ addictio furis manifesti; см. Böcking, 184 сл.; неясенъ случай въ непрочитанномъ мѣстѣ Gai I, 160; см. о немъ Karlowa, стр. 251 сл.; 257 сл.

[36]) Gai I, 90. 128. 161. Ulp. XI, 12. L. 4 § 11 D. 38, 10. § 2 J. 1, 16. Festus s. v. capite minutus.

[37]) См. Walter, Röm. Rechtsgeschichte, т. II стр. 484. Cohn, стр. 79—94. Karlowa, стр. 258 слл.

[38]) Paul. III, 6. 29. L. 1 § 8 D. 38, 17. § 2, 6 J. 1, 16.

[39]) Walter, l. c. Cohn, стр. 94 слл.

[40]) L. 17 § 1. L. 28 § 6 D. 48, 19. L. 1 C. 9, 47. Walter, l. c. Cohn. стр. 102 сл.

[41]) L. 5 § 1 D. 4, 5. Cohn, стр. 97 слл. Karlowa, стр 262.

[42]) Gai I. 131, III, 56. Boëth. ad Cic. Top. 4, 18.

[43]) Festus s. v. deminutus capite. Karlowa, стр. 261.

[44]) L. 1 pr. D. 48, 20.

[45]) L. 8 § 1, 2. D. 28, 1. L. 3 D. 48, 22. L. 6 C. 9, 49.

[46]) L. 1 C. 9, 47.

въ классическую эпоху и послѣ нея соединялась конфискація имущества (publicatio bonorum) [47]). Только въ исключительныхъ случаяхъ при deportatio могутъ быть оставлены bona осужденному [48]).

Эдиктъ о реституціи исковъ противъ capite minutus, какъ мы уже имѣли случай упомянуть (прим. 20), созданъ былъ только по поводу capitis deminutio minima. Онъ не былъ распространенъ на capitis deminutio maxima и media: въ первомъ случаѣ искъ былъ невозможенъ, ибо capite deminutus дѣлается servus [49]); во второмъ случаѣ реституція считалась несправедливой, такъ какъ у осужденнаго отбиралось все имущество [50]). Однако, кредиторы capite minuti не оставались безъ защиты: имъ давались иски противъ тѣхъ лицъ, къ которымъ перешло имущество capite minuti [51]). Если capite minutus дѣлался рабомъ опредѣленнаго частнаго лица, то искъ давался, какъ actio utilis, противъ dominus'a in solidum; если господинъ не принималъ на себя defensio по иску, то кредиторы получали missio in bona, которыя прежде принадлежали capite minuto [52]). Если съ capitis deminutio соединялась publicatio bonorum, то передъ кредиторами исковымъ путемъ отвѣчалъ фискъ въ размѣрахъ полученнаго имъ актива имущества [53]). Если при cap. dem. media въ видѣ исключенія (пр. 48) имущество сохранялось за осужденнымъ, то actiones utiles давались противъ него самого [54]).

Вообще же, за исключеніемъ только что упомнутаго случая, capite deminutus при потерѣ libertas или одной только civitas является вполнѣ свободнымъ отъ своихъ прежнихъ долговъ. Ульпіанъ говоритъ въ L. 2 § 2 D. 4, 5 объ obligatio naturalis, какъ мы ви-

---

[47]) Walter, l. c. стр. 485 сл.

[48]) Fragm. Modestini 2 y Huschke, Jurispr. antejust. (ed. 5, 1886 г), стр. 644. Cohn, стр. 247.

[49]) L. 7 § 2 D. 4, 5.

[50]) L. 7 § 3 D. eod.

[51]) L. 2 pr. D. eod.

[52]) L. 7 § 3 D. eod. Cohn, стр. 266; стр. 312 сл.

[53]) L. 4 D. 48, 20. L. 9 § 6 D. 27, 3. L. 10 D. 48, 20. L. 8 § 1 D. 28, 1. L. 5 C. 9, 49. L. 6 § 1 D. 22, 1. L. 1 § 4 D. 15, 2. Cohn, стр. 267; стр. 300 сл.

[54]) L. 14 § 3 D. 48, 22. См. Cohn, стр. 247 сл.; Machelard стр. 322 Schwanert, стр. 419. Ср. однако Krüger, op. cit. стр. 9 сл.

дѣли, имѣя въ виду только capitis deminutio minima. Относительно же capitis deminutio media источники намъ прямо говорятъ, что долги уничтожаются при ней вполнѣ, такъ что: не остается даже obl. naturalis; то же самое слѣдуетъ, конечно, принимать и въ случаѣ capitis deminutio maxima.

Именно мы читаемъ въ:

L. 47 pr. D. 46, 1. Papinianus l. 9 quaestionum. Si debitori deportatio irrogata est, non posse pro eo fidejussorem accipi scribit Julianus, quasi tota obligatio contra eum extincta sit.

Какъ выраженіе «tota obligatio» [55]), такъ и самое рѣшеніе о невозможности устанавливать fidejussio послѣ deportatio должника говорятъ въ пользу того, что по мнѣнію Юліана и Папиніана cap. dem. media не оставляетъ obl. nat. — Точно также изъ рѣшенія Марцелла, приводимаго у Ульпіана l. 7 disputationum (L. 14 § 1 D. 46, 2) слѣдуетъ, что novatio невозможна послѣ deportatio должника.

Нѣкоторые писатели [56]) думаютъ, что obl. nat. въ случаѣ cap. dem. media и maxima оставалась въ силѣ, по крайней мѣрѣ, какъ основа для поддержанія отвѣтственности залогонъ и поручителей. Это положеніе является мало вѣроятнымъ уже въ виду извѣстнаго намъ энергичнаго выраженія въ L. 47 pr. cit: «tota obligatio extincta est». Не находитъ оно себѣ твердой опоры и въ источникахъ, приводимыхъ для его подтвержденія. Именно, сторонники этого взгляда ссылаются на L. 5 pr. D. 2, 8, на L. 1 C. 8, 40 (41) и на L. 20 C. eod. Что касается перваго изъ этихъ источниковъ, то онъ первоначально посвященъ былъ вопросу объ отвѣтственности vindex'a, вступившагося за condemnatus; въ Юстиніановой компиляціи упоминаніе о vindex'ѣ замѣнено черезъ fidejussio judicio sistendi causa [57]). Здѣсь, имѣется въ виду, слѣдовательно, не обыкновенная fidejussio, а институтъ совершенно особаго рода, и уже потому этотъ фрагментъ не можетъ служить доказательствомъ оспариваемаго нами положе-

---

[55]) Только что передъ этимъ (въ L. 50 § 2 D. 15, 1) Папиніанъ говорилъ объ obl. nat. См. Lenel, Papin. 158.

[56]) Schwanert, стр. 422 сл. Ср. также Machelard, стр. 322.

[57]) См. Lenel Ed. perp. стр. 57 пр. 2, ср. стр. 329. Palingen., Gai 65. Girard, Manuel, стр. 969 пр. 1.

нія. Что же касается L. 1 и L. 20 C. 8, 40 (41), то, во-первыхъ, нельзя поручиться за то, что онѣ относятся къ случаямъ capitis deminutio; дѣло въ томъ, что римляне знали, кромѣ deportatio и aqua et igni interdictio, еще одинъ видъ ссылки—relegatio—съ которымъ не соединялась потеря правъ гражданства [58]); въ особенности есть основаніе отнести къ этой ссылкѣ L. 1 C. cit., такъ какъ здѣсь говорится о сохраненіи за сосланнымъ части имущества: при relegatio это дѣлалось часто, а при deportatio лишь въ исключительныхъ случаяхъ [59]). Во-вторыхъ, и помимо этого сохраненіе отвѣтственности поручителей можно даже при наличности cap. dem. объяснить тѣмъ, что домъ уничтожался только для самого сосланнаго, но продолжалъ существовать въ видѣ исковой отвѣтственности фиска, получающаго его bona; это преемство фиска въ обязательствѣ ссыльнаго могло давать опору и для сохраненія въ силѣ поручительства [60]).

Если лицо, потерпѣвшее capitis deminutio, получаетъ помилованіе и ему при этомъ возвращаются его bona вполнѣ или отчасти, то его прежніе кредиторы опять могутъ предъявлять къ нему actiones directae въ полномъ объемѣ или же пропорціонально возвращенной при помилованіи части имущества [61]).

---

[58]) См. Walter, l. c. стр. 488.

[59]) Walter, l. c. и выше прим. 48.

[60]) См. въ пользу этого также L. 15 § 1 C. 8, 40 (41). Ко всему изложенному ср. Cohn, стр. 297 сл. Windscheid, § 477 пр. 20.—Köttgen, Zulässigkeit der Bürgschaft ohne Hauptschuld (1896) стр. 23 думаетъ также, что при c. dem maxima и media отвѣтственность поручителей объясняется универсальнымъ преемствомъ фиска въ главномъ долгѣ; но онъ принимаетъ сохраненіе этой отвѣтственности и при отсутствіи такого преемства: тогда мы имѣемъ поручительство безъ главнаго долга (стр. 27).

[61]) L. 2, 3 D. 48, 23. L. 3, 4, 9, 10, 12 C. 9, 51. Machelard, стр. 320 и 322. Cohn. стр. 247, 322.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

Натуральныя обязательства, какъ результатъ уничтоженія иска въ наказаніе кредитора.

I. Преторскій эдиктъ содержитъ въ себѣ любопытное постановленіе, текстъ котораго слѣдующимъ образомъ реконструируетъ Ленель [1]).

Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit sive quis apud eum qui magistratum potestatemve habebit aliquid novi juris optinuerit, quandoque postea adversario ejus postulante ipsum eodem jure uti oportebit, praeterquam si quis eorum quid contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset.

Эта статья эдикта содержитъ въ себѣ два распоряженія: 1) каждый магистратъ или судья долженъ допустить примѣненіе къ себѣ самому того новаго положенія права (novum jus), которое онъ самъ примѣнялъ къ другимъ лицамъ; 2) каждая сторона въ процессѣ не должна протестовать противъ примѣненія къ ней той нормы права, примѣненія которой она добилась въ какомъ либо прежнемъ процессѣ, желая его выиграть. Въ заключеніе эдиктъ очень заботливо [2]) оговаривается, что это постановленіе не должно примѣняться къ тому лицу, которое именно во исполненіе изложеннаго предписанія примѣнило къ кому-нибудь novum jus [3]).

Юристы характеризуютъ мѣру, установленную этимъ эдиктомъ,

---

[1]) Edictum perpetuum, стр. 47 сл.

[2]) См. Keller, Civilprozess, § 86 прим. 1078.

[3]) Подобное правило высказано было еще въ эпоху Цицерона Октавіемъ, преторомъ 693 г., затѣмъ проконсуломъ въ Македоніи, (умеръ въ 695 г.); аналогичная мысль лежитъ въ основѣ lex Cornelia 687 г. См. Keller, l. c. пр. 1077.

какъ poena [4]). Въ результатѣ ея примѣненія можетъ произойти слѣдующій случай. Если проступокъ, подлежащій карѣ эдикта, состоялъ въ томъ, что извѣстное лицо путемъ jus novum добилось неосновательнаго устраненія иска, а затѣмъ это же лицо выступаетъ само съ какимъ-либо обязательственнымъ искомъ, то по требованію его противника въ процессѣ [5]) его искъ на основаніи эдикта можетъ быть также парализованъ согласно содержанію novum jus, которое было примѣнено въ старомъ процессѣ. При томъ обезсилены такимъ образомъ могутъ быть не только тѣ иски, которые принадлежали виновному во время совершенія караемаго теперь поступка, но и тѣ, которые были имъ пріобрѣтены впослѣдствіи [6]).

Такимъ образомъ, въ наказаніе истца его вполнѣ обоснованное обязательственное притязаніе можетъ быть лишено исковой защиты. Это отнятіе иска, однако, не ведетъ къ полной погибели всего обязательственнаго права.

L. 3 § 7 D. 2, 2 Ulpianus l. 3 ad edictum. Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat: superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem.

По мнѣнію Юліана, которое раздѣляетъ Ульпіанъ, уплата, сдѣланная по этому обязательству, не подлежитъ возврату; здѣсь остается «naturalis causa», которая препятствуетъ предъявленію иска о возвратѣ уплаченнаго. Въ виду употребленныхъ юристомъ выраженій, мѣсто это слѣдуетъ понимать, конечно, объ уплатѣ, сдѣланной per errorem: уплата, сдѣланная сознательно, не подлежитъ возврату черезъ condictio indebiti даже при отсутствіи всякой «naturalis causa» [7]).

Имѣло ли это натуральное обязательство еще какія-либо послѣдствія, съ достовѣрностью сказать невозможно за полнымъ отсутствіемъ матеріала въ источникахъ [8]).

---

[4]) L. 3 § 2, 3 D. 2, 2 cf. L. 2 eod.

[5]) Adversario postulante. L. 1 § 1 D. 2, 2. L. 3 § 2 eod.

[6]) L. 3 § 6 D. 2, 2.

[7]) См. Windscheid, Pand. т. II § 426 пр. 13.

[8]) См. предположенья Schwanert'a стр. 473 и Machelard, стр. 513 сл.—Ср. также къ изложенному Pfordten, de obl. civ. in nat. transitu, стр. 38. Savigny, Oblig. R. т. I стр. 99 сл. Accarias, Precis, т. II стр. 642 пр. 1. van Wetter, Obligations, т. I стр. 247.

II. Анализируя содержаніе Sctum Macedonianum [9]), мы уже имѣли случай столкнуться съ общимъ правиломъ, которое устанавливаетъ Помпоній l. 22 ad Sabinum (l. 19 pr. D. 12, 6): «si poenae causa ejus cui debetur debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest». Мы видѣли, что то же самое правило примѣнительно къ Sctum Macedonianum высказываетъ Ульпіанъ l. 29 ad edictum (L. 9 § 4D. 14, 6) и Марціанъ l. 3 regularum (L. 40 pr. D. 12, 6); эти юристы говорятъ, что эксцепціи, введенныя не ejus causa cum quo agitur, не для того, чтобы exonerare debitores, но in odium или ob poenam creditorum, оставляютъ въ силѣ натуральныя обязательства.

Уже раньше было замѣчено [10]), что въ приведенныхъ мѣстахъ юристы не хотятъ выставить какого-либо общаго для всѣхъ эксцепцій дѣленія. Они желаютъ только дать руководство для опредѣленія силы нѣкоторыхъ изъ нихъ. Именно, они указываютъ, что есть такія эксцепціи, цѣлью которыхъ является не полное освобожденіе должника отъ обязательства, но только установленіе извѣстной репрессіи для кредитора путемъ отнятія у него исковой защиты. Если обязательственный искъ парализованъ эксцепціей такого рода, то въ результатѣ обязательство получаетъ силу неисковой obl. naturalis.

Помпоній, выставляя свое общее правило, вѣроятно, имѣлъ въ виду тотъ же самый конкретный случай: exceptio Scti Macedoniani, о которомъ прямо говорятъ Ульпіанъ и Марціанъ.

Мы видѣли выше [11]), что Юліанъ, по всей вѣроятности, былъ несогласенъ съ Помпоніемъ относительно возникновенія натуральнаго обязательства изъ Sctum Macedonianum. Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что онъ же установилъ натуральное обязательство въ результатѣ только что разсмотрѣннаго нами эдикта «quod quis in alium juris statuerit etc.». Признавая въ послѣднемъ случаѣ «causa naturalis, quae inhibet repetitionem», Юліанъ, вѣроятно, руководился соображеніями, въ родѣ тѣхъ, которыя привели другихъ юристовъ къ констатированію obl. naturalis ex Scto Mace-

---

[9]) См. главу III стр. 233 сл.

[10]) Указанная глава стр. 236.

[11]) Указ. глава стр. 248 сл.

doniano; но, даже раздѣляя эти соображенія въ принципѣ, онъ могъ разойтись съ другими юристами по поводу примѣненія ихъ къ Sctum Macedonianum. Онъ могъ отнестись къ роепа, налагаемой Сенатусконсультомъ, строже, чѣмъ другіе юристы, и признать, что спеціальная цѣль Сенатусконсульта требуетъ exonerare debitorem: этими болѣе энергическими послѣдствіями лучше былъ бы защищенъ интересъ домовладыки [12]) и кредиторы энергичнѣе побуждались бы воздерживаться отъ заключенія займовъ съ подвластными лицами. Относительно эдикта «quod quisque in alium juris statuerit» Юліанъ не имѣлъ такихъ соображеній и потому счелъ возможнымъ допустить здѣсь obligatio naturalis. Мы знаемъ уже, что впослѣдствіи мнѣніе Юліана о Sctum Macedonianum было отвергнуто, такъ что obl. naturalis признана была и въ случаѣ Scti, и въ случаѣ упомянутаго эдикта.

Все изложенное относительно воззрѣній Юліана представляется намъ тѣмъ болѣе вѣроятнымъ, что въ настоящее время очень авторитетными учеными защищается слѣдующее положеніе [13]). Выставляя въ видѣ общаго правила принципъ, что obl. nat. остается тамъ, гдѣ эксцепція установлена въ качествѣ репрессіи относительно кредитора, римскіе юристы, конечно, не имѣли въ виду утверждать, что obl. nat. должна быть признаваема во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законодатель имѣетъ въ виду съ помощью эксцепціи оказать давленіе на кредитора. Вѣдь въ извѣстномъ случаѣ тенденція законодателя можетъ состоять и въ томъ, чтобы наложить на кредитора болѣе тяжелую роепа, т. е. отнять у него не только искъ, но и все обязательственное право. Этого не могли не понимать юристы, которые формулировали данное правило. Если же ихъ формулировка не содержитъ въ себѣ соотвѣтственнаго ограниченія, то это не доказываетъ противнаго. Это является только иллюстраціей того обще-

---

[12]) Мы знаемъ напр., что въ результатѣ признанія obl. nat. пришлось отнять у домовладыки cond. indebiti, если подвластный уплатитъ долгъ деньгами домовладыки и кредиторъ ихъ bona fide консумируетъ. Конечно, такого рода норма лишаетъ домовладыку денегъ и облегчаетъ заключеніе займовъ contra Sctum, а потому не особенно гармонируетъ съ интересами домовладыки. Облегчаетъ заключеніе займовъ и допущеніе уплаты долга третьимъ лицомъ.

[13]) См. Windscheid. Pand. т. II § 289 пр. 22; тамъ изложена и литература вопроса; ср. также т. I § 123 пр. 3. § 78 пр. 1a; § 79 a пр. 12.

извѣстнаго положенія, что римскіе юристы очень часто формулируютъ различныя regulae juris въ слишкомъ широкой редакціи, тогда какъ при разрѣшеніи отдѣльныхъ практическихъ вопросовъ они отлично умѣютъ ограничивать, если нужно, эти неумѣло выраженныя ими самими правила.

Если мы теперь поставимъ вопросъ: существовали ли въ римскомъ правѣ еще какіе-либо случаи, когда въ наказаніе кредитора уничтожался искъ, но сохранялось натуральное обязательство, — то уже всѣ изложенныя выше соображенія указываютъ тотъ путь, по которому мы должны слѣдовать для его рѣшенія.

Именно, въ источникахъ больше нѣтъ прямыхъ указаній на существованіе натуральнаго обязательства въ подобныхъ случаяхъ, хотя они нерѣдко упоминаютъ о наказаніи кредитора путемъ отнятія у него взысканія. Если мы хотимъ опредѣлить, сводится ли репрессія въ такихъ случаяхъ къ простому отнятію иска или же къ полному уничтоженію обязательства, то мы не должны успокоиваться на томъ, что данный законъ имѣетъ въ виду наказать кредитора, и отсюда уже заключать о сохраненіи натуральнаго обязательства [14]), но мы обязаны анализировать содержаніе каждаго постановленія въ отдѣльности. Этотъ анализъ долженъ намъ показать, въ чемъ состоитъ репрессія, вводимая каждой изъ подлежащихъ нашему анализу нормъ: въ полномъ ли уничтоженіи обязательства или въ одной потерѣ иска.

При этомъ главнымъ основаніемъ для насъ должны служить, конечно, слова каждаго даннаго закона. Если въ нихъ ясно выражено стремленіе уничтожить все обязательство, то намъ нечего и думать о конструированіи натуральнаго обязательства. Если же такихъ ясныхъ указаній въ законѣ нѣтъ, то натуральное обязательство должно быть допущено, разъ оно не является противнымъ цѣли закона. Къ сожалѣнію, сужденіе о цѣляхъ тѣхъ постановленій, которыя мы будемъ разбирать, бо́льшею частью является для насъ весьма затруднительнымъ, въ виду недостаточнаго знакомства съ тѣми бытовыми условіями, при которыхъ эти постановленія возникали. Поэтому, заключенія наши всегда останутся гадательными

---

[14]) Такъ, въ сущности, поступаютъ Unterholzner, Schuldverh. т. I, стр. 508—511 и Pfordten, diss. cit. стр. 39—41.

въ такихъ случаяхъ [15]). Болѣе надежны они будутъ только тогда, когда о смыслѣ недостаточно ясно редактированнаго постановленія можно будетъ заключить, опираясь на другую, аналогичную по содержанію, но яснѣе формулированную норму.

Обратимся теперь къ анализу интересующихъ насъ нормъ римскаго права.

1) Decretum divi Marci [16]) содержало въ себѣ слѣдующее постановленіе [17]): если кредиторъ для своего удовлетворенія возьметъ у должника вещи противъ его воли и безъ разрѣшенія суда или принудитъ должника къ передачѣ такихъ вещей, то онъ наказывается потерей своего требованія. Декретъ очень опредѣленно говоритъ въ этомъ случаѣ: «jus crediti non habebit». Эти слова не оставляютъ сомнѣній въ томъ, что кредиторъ долженъ потерять не только искъ, но все свое обязательственное право. Слѣдовательно, не должно оставаться натуральнаго обязательства [18]).

2) Мѣра Марка Аврелія была распространена Юстиніаномъ на нѣкоторые аналогичные случаи. Въ Nov. 52 cap. 1 (a. 537) Юстиніанъ узаконяетъ, что кредиторъ, совершившій pigneratio (ἐνεχυριασμός) относительно согражданина своего должника, долженъ вернуть взысканное вчетверо и потерять искъ (ἐκπίπτειν τῆς ἀγωγῆς). Въ Nov. 60 c. 1 (a. 537) установлено, что кредиторъ, надѣлавшій безпорядокъ въ жилищѣ умирающаго должника или помѣшавшій его похоронамъ, платитъ наслѣдникамъ должника сумму своего требо-

---

[15]) На это правильно обращаетъ вниманіе Schwanert, стр. 480 сл.

[16]) Судебное рѣшеніе: Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 94, пр. 13.

[17]) См. L. 7 D. 48, 7 и L. 13 D. 4, 2.

[18]) Въ соотвѣтственномъ постановленіи Валентиніана, Осодосія и Аркадія (389 г.) о самоуправномъ осуществленіи притязаній изъ права собственности (L. 7 C. 8, 4. § 1 J. 4, 2. § 6 J. 4, 15) наказаніемъ является также потеря права собственности, а не одного только иска.—Schwanert, стр. 474, пр. 16 признаетъ, однако, obl. nat. въ результатѣ примѣненія decretum divi Marci; слова „jus crediti“ для него не имѣютъ значенія согласно его своеобразному воззрѣнію на существо нат. обязательства. Въ томъ же смыслѣ см. Ryck, Schuldv. стр. 43, пр. 6. van Wetter, Oblig. т. I, стр. 247, пр. 95.—Machelard, стр. 515 сл. полагаетъ, что сознательная уплата въ данномъ случаѣ не есть дареніе. — Въ нашемъ смыслѣ см. Vangerow, т. I, стр. 189. Dernburg, Pfandrecht т. II, стр. 578. Schott, въ Jahrb. f. Dogm. т. 15, стр. 41. Windscheid, т. I, § 123, пр. 3.

вания, терпитъ конфискацію трети имущества и infamia, и теряетъ право на какія бы то ни было взысканія (τῆς μὲν ἀγωγῆς πάντως ἐκπίπτετω). Наконецъ, по Nov. 134 c. 7 (a. 556), кредиторъ, который завладѣлъ дѣтьми своего должника, чтобы заставить ихъ отработать долгъ или побудить должника къ уплатѣ, подвергается уголовному наказанію, платитъ сумму своего требованія задержанному лицу или его родителямъ и теряетъ свое обязательственное право (ἐκπίπτειν τοῦ χρέους). Противъ принятія натуральнаго обязательства въ этихъ случаяхъ говорятъ многія соображенія: 1) аналогія съ decr. divi Marci; 2) кредиторъ, помимо потери своего требованія, подвергается такимъ тяжкимъ наказаніямъ, что было бы странно смягчать для него потерю требованія сохраненіемъ натуральнаго обязательства: это не гармонировало бы съ общею тенденціей нашихъ законовъ; 3) только въ первой новеллѣ выраженіе «ἐκπίπτειν τῆς ἀγωγῆς» допускало бы еще мысль о натур. обязательствѣ; выраженія остальныхъ двухъ гораздо энергичнѣе [19]).

3) Конституція Каракаллы (212 г.) [20]) угрожаетъ наказаніемъ «litem perdere», «litem perire», «actionem amittere» тому, кто, ведя какой-либо процессъ (in publica, privata, fiscali causa), дастъ деньги судьѣ или противнику съ цѣлью подкупа. Выраженія этой конституціи сами по себѣ не препятствуютъ признанію въ этомъ случаѣ obl. naturalis. Но принимая во вниманіе, что здѣсь наказывается гораздо болѣе грязный проступокъ, нежели самоуправство, караемое по decr. Marci, мы склоняемся къ мысли, что такое признаніе едва ли было бы согласно съ тенденціей закона [21]).

4) Конституція Аркадія и Гонорія (a. 397) [22]) предусматриваетъ

---

[19]) Schwanert, стр. 474, пр 16, не подвергая, впрочемъ, подробному анализу содержанія Новеллъ, признаетъ въ этихъ случаяхъ obl. nat.

[20]) L. 1 C. 7, 49; приводится съ измѣненной inscriptio у Ульпіана L. 1 § 3 D. 3, 6 и L. 2 § 2 D. 12, 5. См. Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 218, пр. 163 и 164.

[21]) См. также Machelard, стр. 516 сл., который, однако, сознательную уплату не считаетъ за дареніе.—Pfordten, diss. cit. стр. 33, пр. 1 и за нимъ Schwanert, стр. 475 ставятъ этотъ случай въ параллель съ causa cadere (при plus petitio напр.) и допускаютъ obl. nat. Едва ли такая параллель умѣстна между подкупомъ и ошибкой въ редакціи иска. Въ пользу obl. nat. высказываются также Ryck, стр. 43, пр. 7. v. Wetter, l. c. стр. 247, пр. 96.

[22]) L. 5 § 1 C. 3, 13.

тотъ случай, когда лицо безъ разрѣшенія императора добьется разсмотрѣнія уголовнаго или гражданскаго дѣла передъ некомпетентнымъ судомъ, или же потребуетъ executio militaris. Виновный отвѣтчикъ долженъ въ этомъ случаѣ «pro condemnato haberi», а виновный истецъ «actione multatur». Справедливо замѣчено [23]), что не было бы соотвѣтствія между наказаніемъ истца и отвѣтчика, еслибы мы приняли для истца не полное уничтоженіе обязательства, какъ несуществующаго, а сохраненіе obl. naturalis [24]).

5) Согласно конституціи Діоклеціана и Максиміана (a. 293), еще divus Claudius [25]) узаконилъ jactura causae для тѣхъ, кто призвалъ въ процессѣ на помощь patrocinium potentiorum; это постановленіе подтверждается авторами конституціи. Въ 422 г. Гонорій и Ѳеодосій узаконяютъ jactura debiti для тѣхъ, кто совершаетъ цессію своего обязательственнаго требованія personae potentiori [26]). Какъ выраженіе «jactura causae», такъ еще болѣе слова «debiti jactura» скорѣе всего указываютъ на полное уничтоженіе всего права требованія [27]).

6) Lex Anastasiana (a. 506) и дополнительный къ ней законъ Юстиніана (a. 531 сл.) [28]) во избѣжаніе покупки сомнительныхъ требованій недобросовѣстными людьми въ цѣляхъ шикановной эксплуатаціи, запрещаетъ цессіонару взыскивать съ debitor cessus свыше той суммы, которая самимъ цессіонаромъ уплачена была за пріобрѣтенное имъ право требованія. Какъ подробно описываетъ конституція Юстиніана, являющаяся по ея собственному заявленію только толкованіемъ закона Анастасія, въ остальной части долгъ долженъ быть вполнѣ уничтоженъ («omne, quod superfluum est...

---

[23]) Schwanert, стр. 475 сл.

[24]) Ryck, стр. 43, пр. 8 принимаетъ, однако, obl. nat. и въ этомъ случаѣ.

[25]) L. 1 C. 2, 13 (14).—Какъ указалъ еще Cujacius, Observ. et emend. l. VIII c. 31—это не императоръ Клавдій 41—54 г., а M. Aurelius Claudius 268—270 г. О его дѣятельности см. Schiller, Geschichte d. röm. Kaiserzeit, т. I, 2 стр. 850.

[26]) L. 2 C. 2, 13 (14).—См. объ этомъ Vangerow, т. III, стр. 109 слл.

[27]) См. въ этомъ смыслѣ Vangerow, l. c. стр. 111 и van Wetter, l. c. стр. 368, пр. 48. — Machelard, стр. 517 полагаетъ, что сознательная уплата не будетъ дареніемъ.—Schwanert, стр. 476 и Ryck, стр. 43, пр. 9 принимаютъ наличность obl. nat.

[28]) L. 22 C. 4, 35. L. 23 C. eod.

iuutile esse ex utraque parte censemus, ut neque ei qui cedit actiones neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri vel remanere vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem»). Такимъ образомъ, ни у цедента, ни у цессіонара не должно остаться никакого lucrum съ остальной части долга и они не должны имѣть иска ни противъ должника, ни противъ его res; въ послѣднихъ словахъ позволительно видѣть намекъ на залогъ, обезпечивавшій долгъ [29]). Все это даетъ ясныя указанія на то, что излишекъ долга считается вполнѣ и безъ остатка уничтоженнымъ [30]).

7) Юстиніанъ [31]) въ 535 г. запретилъ при отдачѣ взаймы сельскимъ жителямъ (agricolae) хлѣба брать въ качествѣ процентовъ болѣе $^1/_8$ съ каждаго modium; при отдачѣ взаймы этимъ лицамъ денегъ высшею нормой процентовъ должна служить siliqua съ каждаго solidus, т. е. $^1/_{12}$ [32]). По полученіи суммы капитальнаго долга съ этими процентами кредиторъ долженъ считать себя вполнѣ удовлетвореннымъ и обязанъ вернуть заложенную ему землю, скотъ или рабовъ. Тѣ лица, которыя нарушатъ этотъ законъ, теряютъ свое требованіе, а должникъ можетъ утѣшаться освобожденіемъ отъ долга и убытками, понесенными кредиторомъ (καὶ ὁ λαβὼν εἶτα ἀδικούμενος ἕξει παραψυχὴν τὸ αὐτὸς μὲν ἀπηλλάχθαι πραγμάτων, τὸν δανειστὴν δὲ ἰδεῖν ἐπὶ τοῖς ἑαυτοῦ ζημιούμενον. Nov. 32, epilogus). Послѣднія слова не оставляютъ сомнѣнія въ томъ, что обязательство уничтожается вполнѣ [33]).

8) Если лицо, призванное къ опекѣ или попечительству, въ теченіе срока, установленнаго для excusatio, умолчитъ о своемъ правѣ требованія къ опекаемому, то оно по Nov. 72 c. 4 должно лишиться своего иска (πάσης ἀγωγῆς ἐκπεσούμενος). Если опекунъ или попечитель путемъ цессіи пріобрѣтаетъ искъ противъ опекаемаго, то по c. 5 той же Новеллы ни онъ, ни цедентъ не должны

---

[29]) См. Brinz, Pand. т. II, стр. 409, прим. 34.

[30]) Такъ и Schwanert, стр. 477 сл. Vangerow, т. III, стр. 125. Ryck, стр. 48, пр. 11. v. Wetter, l. c. стр. 392 сл. Brinz, l. c.—Machelard, стр. 518 думаетъ, что сознательная уплата не будетъ деревіемъ.

[31]) Nov. 32 (греч.) и Nov. 34 (лат.).

[32]) См. объ этой мѣрѣ Weiske, Rechtslexicon, т. 15, стр. 421 сл.

[33]) Такъ и Schwanert, стр. 480.

имѣть иска къ опекаемому, такъ что послѣдній получитъ чистую выгоду отъ всего происшедшаго (καὶ κέρδος γίνεσθαι τῷ νέῳ... καὶ ταῦτα τὸν νέον κερδάινειν). Сами по себѣ выраженія главы 4 не препятствуютъ признанію obl. nat., тогда какъ съ выраженіями въ главѣ 5 она несомнѣнно несовмѣстима. Но едва ли Юстиніанъ желалъ провести такую разницу между карой опекуна въ первомъ и во второмъ случаѣ; онъ далеко не скупится на слова въ своихъ Новеллахъ и, если бы хотѣлъ оставить obl. naturalis въ первомъ случаѣ обратно. со вторымъ, то, конечно, не замедлилъ бы объ этомъ пространно сообщить своимъ подданнымъ [34]).

Въ результатѣ оказывается, что во всѣхъ разсмотрѣнныхъ нами случаяхъ скорѣе всего слѣдуетъ принимать полное уничтоженіе обязательства, въ качествѣ poena creditoris, нежели допускать сохраненіе натуральнаго обязательства.

---

[34]) Это обстоятельство, конечно, имѣетъ значеніе только для историка права. Современная судебная практика, принявъ Nov. 72, могла бы воспользоваться разницей въ выраженіяхъ главы 4 и 5 и признать въ первомъ случаѣ obl. nat., еслибы имѣла къ этому внутреннее основаніе. Такое основаніе могло бы состоять въ томъ, что проступокъ лица, умалчивающаго о правѣ требованія, менѣе опасенъ, чѣмъ проступокъ опекуна, пріобрѣтающаго искъ противъ опекаемаго, и потому заслуживаетъ меньшей кары. Такъ и рѣшаетъ вопросъ Schwanert, стр. 478 сл. Machelard, стр. 519 сл. Vangerow, т. I, стр. 503 и т. III, стр. 111 сл. Ryck, стр. 43, пр. 10 и 12. van-Wetter, стр. 297, пр. 96; стр. 367 сл.—Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 578 высказывается за полную гибель обязательства въ случаѣ цессіи иска опекуну.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Натуральныя обязательства въ результатѣ confusio.

I. Confusio между кредиторомъ и должникомъ. Если право требованія и соотвѣтствующая ему обязанность соединяются въ одномъ лицѣ, то обязательство уничтожается въ силу т.-наз. confusio. Въ основѣ этого правила лежитъ умозаключеніе изъ самой природы обязательства: обязательственное отношеніе предполагаетъ наличность, по крайней мѣрѣ, двухъ участниковъ — кредитора и должника. Если долгъ и право требованія соединились въ одномъ лицѣ, то обязательство не можетъ существовать [1]). Обязательство погашается вслѣдствіе confusio вполнѣ, такъ что освобождаются и тѣ accessiones, которыя существовали для обезпеченія взысканія по нему [2]).

Обыкновенно, погашеніе права требованія на этомъ основаніи не является матеріально несправедливымъ. Чаще всего confusio наступаетъ въ результатѣ наслѣдованія. Если кредиторъ наслѣдуетъ своему должнику, то на основаніи confusio его право требованія уничтожается. Въ то же время, однако, кредиторъ получаетъ и матеріальное удовлетвореніе, такъ какъ въ массѣ доставшагося ему наслѣдства должника онъ находитъ и сумму, необходимую для покрытія его обязательственной претензіи. Въ виду этого нерѣдко источники наши приравниваютъ confusio къ solutio [3]).

---

[1]) См. въ этомъ смыслѣ Schwedler, das Erlöschen der Schuldverhältnisse durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (1897 г.), стр. 60 слл. Тамъ же на стр. 6—59 обзоръ остальныхъ теорій о существѣ confusionis.

[2]) См. L. 71 D. 46, 1 Paulus 4 qu. L. 21 § 3 D. eod. Afric. 7 quaest.

[3]) См. въ особенности L. 95 § 2 D. 46, 3 (ср. стр. 277, пр. 69). L. 21 § 1 D. 34, 3. L. 50 D. 46, 1 и т. д. Windscheid, II § 352 пр. 4.

Но бываютъ случаи, въ которыхъ полное уничтоженіе обязательства въ силу confusio между кредиторомъ и должникомъ является несправедливымъ. Кредиторъ безъ всякой вины съ своей стороны можетъ не получить удовлетворенія изъ имущества должника, но, тѣмъ не менѣе, благодаря уничтоженію обязательства со всѣми его accessiones, потерять возможность добиться удовлетворенія инымъ путемъ, который былъ бы открытъ для него, еслибы право требованія его не считалось уничтоженнымъ вполнѣ.

Такого рода случай мы имѣемъ въ рѣшеніи юриста, которое должно послужить предметомъ нашего толкованія, ибо относится къ вопросу о натуральныхъ обязательствахъ.

L. 61 (59) pr. D. 36, 1 Paulus l. 4 quaestionum. Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure domini id possidere. respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. atquin sive possidet creditor actor [4]) idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. sed et si fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem. igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset [5]).

Разсмотрѣнію Павла подлежитъ слѣдующій случай. Должникъ, установившій залогъ въ обезпеченіе своего долга, назначаетъ кре-

---

[4]) Это слово должно быть выпущено. См. Francke, Civil. Abh. стр. 86 пр. 30. Büchel, Civilr. Erört., т. I, 1, стр. 53 пр. 133. Schwanert, стр. 405 пр. 42.

[5]) Остальная часть фрагмента для нашихъ цѣлей значенія не имѣетъ.

дитора своимъ наслѣдникомъ, возлагая на него фидеикоммиссъ выдать все наслѣдство дочери должника — наслѣдодателя. По смерти должника кредиторъ отказывается принять наслѣдство, не внушающее ему довѣрія, но принуждается преторомъ ко вступленію въ наслѣдство и къ выдачѣ его фидеикоммиссарію. Въ концѣ выписаннаго выше отрывка Павелъ сообщаетъ намъ, что фидуціаръ въ этомъ случаѣ до вступленія въ наслѣдство могъ потребовать, чтобы ему былъ уплаченъ долгъ наслѣдодателя или предоставлена cautio объ его уплатѣ въ будущемъ. Однако, въ данномъ случаѣ фидуціаръ этимъ правомъ не воспользовался. Онъ вступилъ въ наслѣдство по принужденію и всю наслѣдственную массу реституировалъ фидеикоммиссарію. Такимъ образомъ, никакого матеріальнаго удовлетворенія по своему обязательственному требованію къ наслѣдодателю онъ изъ наслѣдственной массы не получилъ. Въ настоящее время онъ желаетъ воспользоваться своимъ залоговымъ правомъ; такъ какъ онъ не находитъ покупателей для заложенной вещи, то онъ желалъ бы обратиться къ императору съ просьбой оставить за нимъ заложенную вещь на правѣ собственности (т.-наз. dominii impetratio) [6]). Для Павла возникаетъ слѣдующій вопросъ. Кредиторъ сдѣлался наслѣдникомъ — heres — своего должника; онъ продолжаетъ оставаться таковымъ и послѣ реституціи наслѣдства фидеикоммиссарію. Благодаря наслѣдованію между кредиторомъ и должникомъ, обязательство, существовавшее раньше между ними, погашено черезъ confusio. Является поэтому сомнительнымъ, остается ли въ силѣ залоговое право, которое предполагаетъ наличность обязательства, хотя бы неисковаго, натуральнаго, для своего существованія, или-же confusio, уничтоживъ обязательство даже въ качествѣ натуральнаго, не оставляетъ никакой почвы и для залоговаго права?

Этотъ вопросъ Павелъ разрѣшаетъ слѣдующимъ образомъ. Залоговое право остается въ силѣ, несмотря на происшедшую confusio. Въ пользу этого говорятъ слѣдующія соображенія. Кредиторъ— наслѣдникъ при всякихъ фактическихъ условіяхъ долженъ получить юридическую защиту относительно своихъ притязаній по поводу заложенной ему вещи.

---

[6]) См. Dernburg, Pfandrecht т. II, стр. 241, пр. 3. Pandekten, т. I, § 281 in fine.

Въ самомъ дѣлѣ, предположимъ, что вещь эта находится въ рукахъ кредитора. Въ такомъ случаѣ фидеикоммиссарій не можетъ никакимъ способомъ требовать ее у него въ свои руки. Онъ не можетъ предъявить къ фидуціару a. pigneraticia, «quoniam hereditaria est actio». Смыслъ этихъ словъ не вполнѣ ясенъ. Намъ кажется, впрочемъ, заслуживающимъ предпочтенія передъ остальными слѣдующее толкованіе ихъ. A. pigneraticia возникаетъ изъ contractus pigneraticius, состоявшагося между наслѣдодателемъ и кредиторомъ. Вступивъ въ наслѣдство своего должника, залоговой кредиторъ освободился отъ этой actio въ результатѣ той же самой confusio, которая уничтожила его собственный обязательственный искъ къ наслѣдодателю изъ обязательства, обезпеченнаго залогомъ. Такимъ образомъ, фидеикоммиссарій не можетъ предъявить a. pigneraticia, такъ какъ эта hereditaria actio уничтожена confusione [7]). Но, можетъ быть, фидеикоммиссарій имѣетъ средство вытребовать себѣ вещь въ petitio fideicommissi: не можетъ ли онъ предъявить этотъ искъ, ссылаясь на то, что кредиторъ, удерживая у себя заложенную вещь, реституировалъ ему по фидеикоммиссу меньше, чѣмъ слѣдуетъ? На этотъ вопросъ Павелъ отвѣчаетъ также отрицательно: petitio fideicommissi здѣсь не примѣнима, потому что фидуціаръ удерживаетъ у себя вещь не въ качествѣ наслѣдника, а въ качествѣ залоговаго кредитора: «possidet enim eam rem quasi creditor».

Нельзя не замѣтить, что послѣдняя мысль Павла заключаетъ въ себѣ логическую ошибку. Юристъ во что бы то ни стало желаетъ сохранить за кредиторомъ залоговое право; онъ находитъ, что было бы несправедливо отнять у него залоговое право подъ предлогомъ confusio въ данномъ случаѣ, когда кредиторъ является наслѣдникомъ должника противъ своей воли и матеріальнаго удовлетворенія не получаетъ. Для этой цѣли Павлу хочется показать, что формальныхъ препятствій къ сохраненію залоговаго права не имѣется. Однако, чтобы исключить допустимость petitio fideicommissi, юристъ начинаетъ аргументировать именно тѣмъ положеніемъ, которое подлежитъ доказыванію. Онъ говоритъ, что фидуціаръ удерживаетъ

---

[7]) См. это толкованіе у Machelard, стр. 300—302. Иныя толкованія у Francke, l. c. стр. 96 сл. Büchel. l. c., стр. 55 пр. 140. Schwanert, стр. 55 пр. 140.

вещь «quasi creditor»; между тѣмъ, юристу и нужно доказать ту мысль, что кредиторъ, несмотря на наслѣдованіе, все-таки остался кредиторомъ хоть настолько, чтобы сохранить за собой залоговое право. Въ сущности, такимъ образомъ, аргументація Павла сводится къ слѣдующему: фидуціаръ можетъ удержать у себя вещь, такъ какъ онъ владѣетъ ею на положеніи кредитора; а отсюда (въ связи съ возможностью для него предъявлять a. hypothecaria, — объ этомъ рѣчь ниже) слѣдуетъ, что онъ остается кредиторомъ хоть настолько, чтобы сохранить за собой залоговое право!

Полагая, что съ помощью изложеннаго разсужденія устранены всякія сомнѣнія на тотъ случай, когда заложенная вещь находится въ рукахъ фидуціара, Павелъ обращается къ другому случаю. Положимъ, что вещь находится въ обладаніи фидеикоммиссара. Въ этомъ случаѣ, думаетъ Павелъ, фидуціаръ можетъ вытребовать эту вещь себѣ съ помощью a. Serviana: «verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem».

Смыслъ этихъ словъ сводится къ слѣдующему: Павелъ обращается къ тексту formula hypothecaria (a. Serviana и quasi—Serviana) [8]) и изъ этого текста выводитъ заключеніе о допустимости иска въ данномъ случаѣ. Формула a. hypothecariae, по современной реконструкціи, гласитъ слѣдующее:

S. p. inter A-m A-m et L. Titium convenisse, ut ea res q. d. a. A-o A o pignori hypothecaeve esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per A-m A-m stare quominus solvatur, nisi ea res arbitratu tuo restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex, N-m N-m A-o A-o condemna, s. n. p. a. [9]).

Формула иска, такимъ образомъ, указывала на необходимость для осужденія отвѣтчика слѣдующихъ условій: соглашенія объ установленіи залоговаго права, наличности долга, состоянія вещи in bonis залогодателя въ моментъ установленія залога, отсутствія упла-

---

[8]) См. § 7 J. 4, 6.

[9]) Lenel, edictum perp., стр. 397.

ты долга либо иного удовлетворенія кредитора и отсутствія собственной вины послѣдняго въ своемъ неудовлетвореніи.

Всѣ основанія погашенія обязательства въ формулѣ не были перечислены. Поэтому юристы подводили эти основанія подъ понятіе solutio въ тѣхъ случаяхъ, когда они считали справедливымъ, чтобы погашеніе обязательства сопровождалось уничтоженіемъ залоговаго права. Въ данномъ же случаѣ confusionis между кредиторомъ и должникомъ, наступившей противъ воли кредитора и не приведшей къ его матеріальному удовлетворенію, Павелъ считаетъ уничтоженіе залога несправедливымъ. Ему очень легко сохранить въ силѣ a. hypothecaria: для этого нужно только объявить, что всѣ условія иска на лицо, такъ какъ не произошло ни одного изъ тѣхъ событій, погашающихъ обязательство, о которыхъ упоминается въ формулѣ залоговаго иска. Это онъ и дѣлаетъ въ словахъ: «verum est enim non esse solutam pecuniam» [10]).

Для поясненія Павелъ приводитъ аналогичный случай: подобнымъ-же образомъ залогъ сохраняется, когда «amissa est actio propter exceptionem». Скорѣе всего, здѣсь можно думать объ exceptio rei in judicium deductae [11]); послѣ litis contestatio съ личнымъ искомъ происходитъ consumptio, въ результатѣ которой вторичное предъявленіе иска парализуется съ помощью exceptio rei judicatae vel in judicium deductae; эта exceptio въ данномъ случаѣ могла быть названа у Павла просто именемъ exceptio rei in judicium deductae, такъ какъ онъ могъ имѣть въ виду только результатъ простаго предъявленія иска. Послѣ consumptio actionis in personam въ результатѣ litis contestatio залоговое право остается въ силѣ; оно уничтожается лишь въ томъ случаѣ, если послѣдуетъ судебное рѣшеніе, освобождающее должника, вслѣдствіе ошибочнаго признанія со стороны судьи долга несуществующимъ. Весьма возможно, что Павелъ и назвалъ въ данномъ случаѣ приводимую имъ эксцепцію ея именемъ: exceptio rei in judicium deductae. Компиляторы, во время которыхъ уже не было консумпціи иска въ результатѣ

---

[10]) См. въ особ. Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 577.

[11]) Подобнымъ же образомъ рѣшаетъ вопросъ также Machelard, стр. 303 сл., который, однако, не объясняетъ, почему въ рѣшеніи Павла значится просто: „per exceptionem“. Попытку объяснить это см. ниже въ текстѣ.

litis contestatio, старались изгладить въ Corpus Juris всѣ слѣды этой консумпціи; поэтому они вычеркивали упоминаніе объ exceptio rei in judicium deductae вездѣ, гдѣ оно попадалось въ мѣстахъ, которыя помѣщались ими въ компиляцію. Тоже самое произошло и въ данномъ случаѣ; компиляторы оставили упоминаніе объ exceptio, но вычеркнули ея имя. Въ силу этого текстъ Павла получилъ слишкомъ широкую редакцію: онъ даетъ поводъ думать, будто всякая exceptio противъ a. in personam оставляетъ въ силѣ залоговое право.

Въ результатѣ всѣхъ этихъ соображеній Павелъ считаетъ доказаннымъ, что кредиторъ можетъ удерживать вещь спокойно у себя, если она уже находится въ его рукахъ, или вытребовать ее у фиденкоммиссарія съ помощью actio hypothecaria. Послѣ этого онъ не видитъ уже формальныхъ препятствій къ признанію за кредиторомъ залоговаго права [12]): «igitur non tantum retentio sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur». Послѣднія слова означаютъ слѣдующее. Такъ какъ залогъ остается въ силѣ, то нужно допустить и возможность его выкупа съ помощью уплаты кредитору долга, обезпеченнаго залогомъ. Изъ признанія залоговаго права само собою слѣдуетъ признаніе возможности совершать съ полною силою solutio долга, обезпеченнаго залогомъ [13]).

Но залогъ есть, по воззрѣнію Павла, право акцессорное въ томъ смыслѣ, что онъ не можетъ существовать, если не существуетъ обезпечиваемое имъ обязательство, хотя бы въ качествѣ неисковаго, натуральнаго. Поэтому въ случаѣ существованія залога мы должны заключить и о существованіи obligatio naturalis; confusio въ этомъ случаѣ не погашаетъ долга вполнѣ и оставляетъ въ

---

[12]) Въ сущности Павелъ обходитъ молчаніемъ еще одно затрудненіе: если въ залогъ дана была должникомъ его собственная вещь—какъ это, повидимому, имѣло мѣсто въ данномъ случаѣ—, то кредиторъ, вступивъ въ наслѣдство, сдѣлался собственникомъ этой вещи; Павлу слѣдовало бы разъяснить, почему это обстоятельство, по его мнѣнію, не мѣшаетъ сохраненію залоговаго права. См. Machelard, стр. 313, пр. 1. Schott, въ Jahrb. f. Dogm. т. 15 (1876 г.), стр. 47 сл. Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 569.

[13]) См. къ этому Schwanert, стр. 406. Scheurl въ Krit. VJSchr. т. VI, стр. 524. Bekker, Jahrb. d. gem. R. т. IV (1860 г.), стр. 403.

силѣ obligatio naturalis, какъ основаніе для сохраненія залоговаго права. Таковъ смыслъ словъ Павла: «remanet ergo propter pignus naturalis obligatio».

Такимъ образомъ, Павелъ выводитъ натуральное обязательство исключительно изъ сохраненія залоговаго права: оно ему необходимо только въ чисто теоретическихъ, конструктивныхъ цѣляхъ [14]). Онъ заботится о томъ, чтобы сохраненіе въ силѣ залога, нужное ему для удовлетворенія матеріальной справедливости при данныхъ фактическихъ условіяхъ, не противорѣчило догмѣ объ акцессорномъ характерѣ залоговаго права.

Отсюда мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы. 1) Весь этотъ ходъ мысли Павла даетъ намъ право признать obl. naturalis только въ данномъ случаѣ confusionis между кредиторомъ и должникомъ: т. е. только тогда, когда кредиторъ вступитъ въ наслѣдство по принужденію для его немедленной реституціи, ибо только при этихъ условіяхъ уничтоженіе залоговаго права было бы величайшею несправедливостью для кредитора, который въ данномъ случаѣ дѣйствительно не получаетъ удовлетворенія безъ всякой вины съ своей стороны [15]). Сверхъ того, и въ этомъ случаѣ натуральное обязательство сохранится въ силѣ лишь тогда, когда требованіе, погашенное confusione, обезпечено залогомъ: вѣдь Павелъ заключаетъ о существованіи нат. обязательства только на основаніи сохраненія въ силѣ залоговаго права: remanet propter pignus obligatio naturalis. 2) Значеніе этого патуральнаго обязательства сводится только къ поддержанію въ силѣ залога и къ soluti retentio, которая, какъ мы видѣли, выведена Павломъ въ качествѣ естественнаго результата сохраненія

---

[14]) См. въ этомъ смыслѣ Kuntze, Obligation (1886 г), стр. 203. Windscheid, Pand. т. II, § 289, пр. 1. Ср. также Frenzel, Ueber die Entstehung d. nat. obl., стр. 9 сл.; стр. 47 сл.

[15]) При confusio между кредиторомъ и должникомъ, въ результатѣ которой кредиторъ удерживаетъ въ своихъ рукахъ имущество должника, кредиторъ, какъ мы видѣли въ прим. 3, считается удовлетвореннымъ. Это имѣетъ мѣсто даже тогда, когда принятое кредиторомъ наслѣдство является insolvens, L. 33 D. 24, 3. Въ тѣхъ случаяхъ, когда самое вступленіе кредитора въ наслѣдство отмѣняется (querela inoff. test.), уничтожаются и послѣдствія confusionis. L. 21 § 2 D. 5, 2. См. подробности у Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 590 сл. Schott, стр. 52.

залоговаго права. Иныхъ послѣдствій изъ разобраннаго разсужденія Павла для obligatio naturalis вывести нельзя [16]).

II. Confusio между должникомъ и поручителемъ. Наши источники говорятъ о confusio также и въ томъ случаѣ, когда въ одномъ лицѣ соединяется нѣсколько правомочій, направленныхъ къ одной и той же цѣли, или нѣсколько обязанностей съ однимъ и тѣмъ же содержаніемъ, которыя до сихъ поръ имѣли разныхъ носителей [17]). Для насъ представляетъ интересъ confusio между главнымъ должникомъ и его поручителемъ.

Общія положенія относительно такого рода confusio мы находимъ въ отрывкѣ изъ l. 46 ad Sabinum Ульпіана—L. 5 D. 46, 1—, гдѣ этотъ юристъ ссылается на авторитетъ Юліана. Изъ этого отрывка мы узнаемъ слѣдующее. Вообще ничто не мѣшаетъ сохраненію въ силѣ двухъ обязанностей съ однимъ содержаніемъ, если онѣ соединяются въ одномъ лицѣ. Поэтому, если изъ двухъ корреальныхъ должниковъ одинъ наслѣдуетъ другому, то онъ начинаетъ быть

---

[16]) Совершенно извращаютъ разсужденіе Павла въ L. 61 pr. D. 36, 1 тѣ писатели, которые толкуютъ его въ томъ смыслѣ, что юристъ признаетъ въ данномъ случаѣ confusionis сохраненіе въ силѣ натуральнаго элемента обязательства, и уже отсюда заключаетъ о сохраненіи залога. Соотвѣтственно съ этимъ они утверждаютъ, обыкновенно, что obl. nat. при confusio, наступающей вслѣдствіе принудительнаго вступленія кредитора въ наслѣдство для реституціи послѣдняго, остается даже тогда, когда обязательство не было обезпечено залогомъ. См. въ этомъ смыслѣ Francke, l. c. стр. 86 слл. Pfordten. de obl. civ. in nat. trans. стр. 55 слл. Savigny, System т. V, стр. 393, пр. q. Obl. R. т. I, стр. 79. van-Wetter, Oblig. т. I, стр. 246, пр. 86, стр. 245, пр. 79. Machelard, стр. 306 сл. Ryck, стр. 37 сл. Eisele въ Jahrb. f. Dogm., т. 31 (1892 г.), стр. 407 сл. Противъ этого см., однако, Büchel, l. c. стр. 60. Bekker, l. c. стр. 403; 421. Schwanert, стр. 406. Scheurl, l. c. стр. 524. Schott, l. c. стр. 50 сл. Kuntze, l. c. стр. 203. Windscheid, I § 225, пр. 13; § 249 пр. 4. Обыкновенно писатели первой категоріи признаютъ за obl. nat. въ этомъ случаѣ и другія послѣдствія, кромѣ сохраненія въ силѣ залога. Но, конечно, L. 46 (44) pr. D. 36, 1, цитируемая у Machelard, стр. 309 сл., не доказываетъ возможности compensatio; она говоритъ только о jus retentionis при реституціи наслѣдства. См. Brinz, Pand. т. III, § 430, пр. 39.—Schwanert, стр. 404 полагаетъ, что залогъ остается въ силѣ во всѣхъ случаяхъ confusionis между кредиторомъ и должникомъ. См. противъ этого Scheurl, стр. 524. Dernburg, Pfand. т. II, стр. 589 сл. Schott, стр. 51 сл.—О толкованіи L. 61 pr. cit у Baron, Gesamtrechtsverh., стр. 341. см. Schwedler, op. cit. стр. 13 сл.

[17]) См. напр. L. 93 D. 46, 3. Къ этому Schwedler, op. cit. стр. 3 сл.

обязанъ «ex duabus causis». Иное рѣшеніе, однако, дѣлается на тотъ случай, когда confusio происходитъ между должникомъ и его поручителемъ. Въ этомъ случаѣ, по общему правилу, обязательство поручителя считается уничтоженнымъ и въ силѣ остается только главное обязательство. Мотивомъ для этого различія выставляется слѣдующее соображеніе: при confusio между двумя корреальными должниками мы имѣемъ соединеніе въ одномъ лицѣ двухъ одинаково независимыхъ и самостоятельныхъ обязательствъ съ однимъ содержаніемъ и поэтому нельзя ни одному изъ нихъ отдать предпочтеніе и сказать, что оно погашаетъ другое: «nec enim potest repperiri, quae obligatio quam peremat... cum... duae ejusdem sint potestatis, non potest repperiri, cur altera potius quam altera consumeretur» Напротивъ, если въ одномъ лицѣ соединяются отвѣтственность по главному обязательству и отвѣтственность въ качествѣ поручителя, то поручительство, какъ придаточное отношеніе, уступаетъ мѣсто главному обязательству, которое одно и остается въ силѣ: «at in fidejussore et reo repperitur, quia rei obligatio plenior est. nam ubi aliqua differentia est obligationum, potest constitui alteram per alteram peremi».

Такимъ образомъ, причиной уничтоженія obligatio fidejussoris въ послѣднемъ случаѣ является не принципіальная невозможность совмѣщенія въ одномъ лицѣ двухъ обязательственныхъ долговъ съ одинаковымъ содержаніемъ, а просто соображенія цѣлесообразности: юристы находятъ безцѣльнымъ оставлять въ силѣ obligatio fidejussoris, если на ея носителѣ лежитъ уже другое, главное обязательство, предоставляющее кредитору еще больше средствъ для того, чтобы добиться исполненія. Главное обязательство, какъ obligatio plenior, вытѣсняетъ собою поручительскую отвѣтственность.

Отсюда уже слѣдуетъ, что ничто не препятствовало юристамъ сохранять поручительство въ силѣ вполнѣ или отчасти въ тѣхъ случаяхъ, когда сохраненіе его не являлось безцѣльнымъ. И мы, дѣйствительно, находимъ въ нашихъ источникахъ нѣсколько такихъ случаевъ.

1) Первый изъ этихъ случаевъ состоитъ въ томъ, что главное обязательство есть obligatio naturalis, лишенная иска, тогда какъ обязательство поручителя является исковой obligatio civilis. При этихъ условіяхъ сохраненіе obl. fidejussoris представляется весьма

желательнымъ для кредитора, если происходитъ confusio между должникомъ и поручителемъ: только при сохраненіи въ силѣ obligatio fidejussoris кредиторъ будетъ имѣть искъ для взысканія по своему праву требованія. И дѣйствительно, юристы признаютъ возможнымъ сохранить въ данномъ случаѣ и fidejussio, какъ obligatio civilis, и главное обязательство, какъ obl. naturalis; послѣднее остается основой поручительства, какъ акцессорнаго отношенія.

Такого рода рѣшеніе принадлежитъ, прежде всего, Юліану. Его слова, какъ обыкновенно [18]), приводитъ Африканъ въ слѣдующемъ отрывкѣ своихъ quaestiones.

L. 21 § 2 D. 46, 1. Africanus l. 7 quaestionum. Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fidejussorem accepi. si quidem in eam obligationem fidejubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait [scil. Iulianus]: sin vero in naturalem suam, potius, ut nihil agatur: non enim intellegi posse, ut quis pro se fidejubendo obligetur. quod si hic servus manumissus fidejussori suo heres existat, durare causam fidejussionis putavit [Iulianus] et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit. nec his contrarium esse, quod, cum reus fidejussori heres existat, fidejussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. retro quoque si fidejussor servo manumisso heres exstiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur nec pro se quis fidejubere possit.

Это рѣшеніе было уже истолковано нами по другому случаю [19]). Въ настоящее время намъ важно отмѣтить только, что Юліанъ, не допуская возможности для servus manumissus поручиться за свою собственную obl. naturalis передъ третьимъ лицомъ, признаетъ вполнѣ совмѣстимымъ соединеніе въ его лицѣ и старой obl. naturalis, и obl. fidejussoria, если онъ станетъ наслѣдникомъ своего поручителя. Африканъ (въ прямой рѣчи со словъ «retro quoque...») устанавливаетъ то же самое на случай, если поручитель будетъ наслѣдникомъ по смерти servus manumissus.

То-же самое правило мы находимъ у Папиніана.

---

[18]) См. стр. 192 сл.

[19]) См. главу II, стр. 99 и 161.

L. 95 § 3 D. 46, 3. Papinianus l. 28 quaestionum. Quod volgo jactatur fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. nam si reus dumtaxat fuit obligatus [naturaliter, fidejussor non liberabitur: si civiliter fuit obligatus, suppl. Mom.] fidejussor liberabitur [20]).

Если правильна реституція Моммзена, согласно которой мы выписали текстъ этого фрагмента, — а правильность ея не возбуждаетъ никакихъ сомнѣній въ виду извѣстныхъ уже намъ L. 5 и L. 21 § 2 D. 46, 1, — то и здѣсь Папиніанъ прямо говоритъ, что главное обязательство не будетъ obl. plenior относительно поручительства, если главное обязательство есть obl. naturalis, а обязательство поручителя — obl. civilis.

2) Должникъ сдѣлался наслѣдникомъ поручителя. Если оба обязательства были исковыя, то по извѣстному намъ общему правилу obl. fidejussoria должна уничтожиться. Но это можетъ нанести вредъ кредитору въ томъ случаѣ, если поручитель былъ способенъ уплатить, а главный должникъ является несостоятельнымъ. Еслибы obligatio fidejussoris осталась въ силѣ, то кредиторъ могъ бы испросить separatio bonorum и этимъ путемъ добиться, чтобы его претензія была удовлетворена изъ наслѣдственной массы предпочтительно передъ собственными кредиторами наслѣдника, т.-е. главнаго должника. Теперь же, въ виду уничтоженія obl. fidejussoris на основаніи confusio, строго говоря, основанія испрашивать separatio bonorum у кредитора нѣтъ. Принимая во вниманіе, однако, что правила о confusio между должникомъ и поручителемъ основаны исключительно на соображеніяхъ цѣлесообразности, Папиніанъ рѣшается и въ данномъ случаѣ дать кредитору право на separatio bonorum: онъ не хочетъ примѣнять ratio juris тамъ, гдѣ это нецѣлесообразно и несправедливо.

L. 3 D. 42, 6. Papinianus l 27 quaestionum. Debitor fidejussori heres extitit ejusque bona venierunt: quamvis obligatio fidejussionis extincta sit, nihilo minus separatio impetrabitur petente eo, cui fidejussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor sive plures neque enim ratio juris, quae causam fidejussionis propter

[20]) См. объ этомъ текстѣ стр. 324, прим. 229.

principalem obligationem, quae major fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat[21]).

3) Наконецъ, кредиторъ можетъ имѣть интересъ въ сохраненіи obl. fidejussoris послѣ confisio между должникомъ и поручителемъ также и въ томъ случаѣ, когда обязательство поручителя обезпечено въ свою очередь поручителями или залогами. По этому поводу мы имѣемъ слѣдующее рѣшеніе.

L. 38 § 5 D. 46, 3 Africanus l. 7 quaestionum. Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilo minus tamen pignus obligatum manebit. at si idem alium fidejussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari.

Въ первой части рѣшенія Африканъ въ прямой рѣчи сообщаетъ намъ, что залогъ при такихъ условіяхъ останется въ силѣ, несмотря на погашеніе obligatio fidejussoris, за которую онъ установленъ. Во второй части, отъ лица Юліана (ait) онъ заявляетъ намъ, что поручительство за obl. fidejussoris должно уничтожиться съ уничтоженіемъ долга, который имъ былъ обезпеченъ.

Чѣмъ объясняется такая разница въ судьбѣ залога и поручительства за obl. fidejussoris?

Африканъ не объясняетъ намъ, какимъ путемъ онъ дошелъ до рѣшенія сохранить залогъ въ силѣ, несмотря на уничтоженіе обезпеченнаго имъ долга. Намъ кажется наиболѣе вѣроятнымъ, что Африканъ прибѣгнулъ здѣсь къ тому же пріему, которымъ пользовался и Павелъ въ L. 61 pr. D. 36, 1, и многіе другіе юристы въ аналогичныхъ случаяхъ [22]), т.-е. къ аргументаціи на основаніи текста formula hypothecaria. Принимая во вниманіе, что въ данномъ случаѣ кредиторъ не получилъ ни solutio, ни иного удовлетворенія, онъ призналъ, что залоговой искъ, а, слѣдовательно, и залогъ остался въ силѣ. — Павелъ, получивъ такой результатъ, какъ мы

---

[21]) См. къ этому Pfordten, diss. cit. стр. 60. Machelard, стр. 315.

[22]) См. L. 50 D. 4, 4. Pomp. 9 epist. и L. 13 § 1 D. 16, 1 Gai 9 ed. prov, гдѣ юристы этимъ путемъ дѣлаютъ ненужной rest. in int. относительно a. hypothecaria; L. 13 § 4 D. 20, 1 Marcian. sing. form. hyp.

видѣли при разборѣ L. 61 pr. D. 36, 1, констатировалъ и наличность obl. naturalis, какъ теоретической основы для сохранившагося залога. Африканъ, повидимому, поступилъ иначе: онъ вовсе не задался мыслью о томъ, какъ примирить сохраненіе залога съ акцессорнымъ характеромъ этого права; онъ удовольствовался полученнымъ практическимъ результатомъ: «quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilo minus tamen pignus obligatum manebit». Этимъ, вѣроятно, объясняется, почему Африканъ, вслѣдъ за Юліаномъ, считаетъ уничтожившейся fidejussio fidejussionis. Съ actio ex stipulatu, имѣющей мѣсто противъ поручителя, нельзя такъ свободно обращаться, какъ съ a. hypothecaria, и здѣсь непримѣнимъ тотъ путь, которымъ Африканъ сохранилъ въ силѣ залогъ. Если бы Африканъ положилъ въ основу сохраненнаго имъ залога, подобно Павлу, obligatio naturalis, то онъ или оставилъ бы въ силѣ также поручительство за поручителя, или же объяснилъ бы намъ, почему obl. naturalis, поддерживающая залогъ, не можетъ поддержать и поручительства. Между тѣмъ, онъ просто категорически заявляетъ намъ, со словъ Юліана, что съ уничтоженіемъ obl. fidejussoris должна уничтожиться и fidejussio fidejussionis. Эти соображенія заставляютъ насъ думать, что, въ противоположность Павлу, Африканъ не задавался въ данномъ случаѣ никакими теоретическими, конструктивными вопросами. Онъ удовольствовался тѣмъ результатомъ, къ которому его привело простое обращеніе съ формулами исковъ, и потому получилъ разные выводы для залога и поручительства, причемъ съ догматической точки зрѣнія эта разница является у него не мотивированной.

Все это приводитъ насъ къ выводу, что Африканъ вовсе не думалъ объ obl. naturalis, дѣлая свое рѣшеніе о сохраненіи залога въ силѣ въ L. 38 § 5 D. 46, 3 [23]).

---

[23]) Къ этому см. еще главу XII прим. 41. Возможно, конечно, предположить, что Африканъ считалъ основой сохранившагося залога главное обязательство. Такъ Scheurl, l. c. стр. 521. Но тогда возникаетъ вопросъ, почему же онъ не объясняетъ намъ мотивовъ, которые не дозволяютъ ему примкнуть къ этому обязательству и fidejussio fidejussionis? - Попытки истолковать догматическимъ путемъ эту разницу въ судьбѣ залога и поручит. см. у Pfordten, diss. cit. стр. 61. Schwanert, стр. 409 сл. Hasenbalg, Bürgschaft, стр. 668 сл. Dernburg, Pfandrecht, т. II, стр. 593. Schott, 52 сл.—Ближе къ нашему

воззрѣнію стоитъ Machelard, стр. 314 сл. Ср. также Büchel. l. c. стр. 57 сл. — Schwanert, стр. 397 слл. (см. также Bekker, l. c. стр. 403) насчитываетъ еще нѣсколько случаевъ, когда по аналогіи съ L. 61 pr. D. 36, 1 слѣдуетъ признать, что obl. nat. manet propter pignus или fidejussionem. Но является спорнымъ, дѣйствительно ли имѣемъ въ этомъ случаѣ obligationes naturales. Такъ, относительно pactum de n. pet. in pers. противъ Schwanert'a см. Brinz, Pand. т. II § 255 прим. 37. Scheurl, l. c. стр. 522. Schott, стр. 34 слл. Köttgen, Zulässigkeit der Bürgsch. (1896 г.) стр. 16; 20, 35 сл.; о случаѣ, когда предметъ долга уничтоженъ по винѣ поручителя (L. 95 § 1 D. 46, 3. L. 88 D. 45, 1) противъ Schwanert'a см. Scheurl, l. c. стр. 522 сл, Windscheid, § 477 прим. 19. 20. Dernburg, Pfandr. т. II стр. 582. Schott, стр. 39 слл. Ryck, стр. 38 пр. 4. Köttgen, стр. 22 сл. Hasenbalg, l. c. стр. 644 сл.; въ случаѣ смерти должника безъ наслѣдниковъ (L. 95 § 1 D. 46, 3. L. 1 § 14 D. 16, 3) hereditas jacens могла являться въ глазахъ римскихъ юристовъ носительницей obl. civilis; это признаетъ и Schwanert, стр. 401 сл.; положеніе же Schwanert'a, что accessiones сохраняются даже въ томъ случаѣ, когда наслѣдованіе невозможно (смерть filii familias), не доказано. См. въ этомъ смыслѣ Dernburg, Pfandr. т. II стр. 579, Ryck, стр. 38 пр. 2 и 3; въ пользу сохраненія accessiones даже въ случаѣ смерти fil. fam. см. Scheurl, l. c. стр. 523. Schott, стр. 55. Windscheid т. I § 249 пр. 8. — Hasenbalg, l. c. стр. 644 и Köttgen, стр. 23 слл. видятъ здѣсь поручительство безъ главнаго долга. — Мы оставляемъ эти случаи безъ детальнаго разбора, такъ какъ сами римскіе юристы здѣсь не говорятъ объ obl. naturales, наличность послѣднихъ вообще является весьма сомнительной и спорной, и, слѣдовательно, для выясненія института натур. обязательствъ по теоріи римскихъ юристовъ эти случаи ничего намъ дать не могутъ. См. ко всему этому еще гл. XII прим. 28.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

Натуральныя обязательства въ результатѣ истеченія исковой давности.

Продолжаетъ ли обязательство существовать въ качествѣ неисковаго, натуральнаго, когда обязательственный искъ погашается истеченіемъ давности? Этотъ вопросъ является однимъ изъ самыхъ спорныхъ въ современной литературѣ римскаго права. При его разрѣшеніи, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ разсматривать отдѣльно право классической и послѣ классической эпохи въ виду той принципіальной разницы въ существѣ и характерѣ исковой давности, которая существуетъ между этими двумя эпохами [1]).

---

[1]) Этого принципіальнаго различія, по общему правилу, не дѣлали до 50-хъ годовъ нашего столѣтія. Въ пользу существованія obl. nat. высказывались тогда Francke. Civil. Abh. (1826 г.), стр. 73 слл., Unterholzner, Verjährungslehre т. II (1828 г.), стр. 309 слл. Guyet. Arch. f. civ. Pr. т. 11 (1828 г.), стр. 62 слл. Savigny, System т. V стр. 366 слл. (1841 г.) и Obl. R. т. I стр. 96 сл. (1851 г.). Puchta, Pand, § 92 и Vorlesungen т. 1 § 92 и стр. 472 сл. Противъ этого были Löhr, Arch. f. civ. Pr. т. 10 (1827 г.), стр. 72 слл. Heimbach, Zeitschr. f. Civilr. und. Pr. т. I (1828 г.), стр. 436 слл. Vermehren, ibidem т. II (1829 г.), стр. 318 слл. Büchel, Civilr. Erörter. т. I, 1 (1834 г.). Kierulff, Theorie des gem. Civilr. (1839 г.) стр. 210 слл. Wächter, Württ. Privatr. т. II (1842 г.), стр. 818 сл. Pfordten, de obl. civ. in. nat. transitu, стр. 27 сл. (1843 г). F. Dahn, über die Wirkung der Klagverjährung bei Obligationen (1855 г.). Sintenis, Civilrecht т. 1 § 31.—Принципіальное различіе между старой и новой давностью старается провести еще Donellus, comm. de j. civ. l. XVI, c. 8 § 21 сл.; ср. также Unterholzner, Schuldverh., т. I (1840 г.), стр.528 слл.; Brinz, Krit. Blätter,№ 3 (1853 г.) стр. 14. Твердо установлено оно на правильныхъ основаніяхъ у Demelius, Untersuchungen aus d. röm. Civilrechte (1856 г.), т. I, стр. 1 108 и Brinz, Pand. т. I (2-ое изд.), стр. 389 сл. Догматически развито это различіе у Grawein, Verjährung

I. Классическое право. Римское право классической эпохи въ сущности не знаетъ того института, который теперь извѣстенъ подъ именемъ исковой давности. Оно знаетъ лишь законные сроки, которыми ограничено существованіе нѣкоторыхъ исковъ (a. temporales). Суть этого различія сводится къ слѣдующему. Если мы имѣемъ законный срокъ, которымъ ограничено существованіе какого-либо права, то право это уничтожается въ результатѣ истеченія этого срока; истеченіе времени само по себѣ является здѣсь причиной, погашающей право. Напротивъ, при исковой давности мы имѣемъ дѣло съ правами, которыя въ принципѣ установлены безсрочно, на неопредѣленное время; но эти права должны потерять

---

und gesetzliche Befristung (1880 г.). См. также Dernburg, Pfandrecht т. II (1864 г.), стр. 587 сл. Всѣ эти писатели отвергаютъ obl. nat. для классическаго права, которое не знало исковой давности, а знало лишь законные сроки исковъ, допуская ее для новаго. Есть, однако, писатели, которые, признавая это принципіальное различіе старой и новой давности, тѣмъ не менѣе дѣйствіе той и другой считаютъ одинаковымъ, допуская сохраненіе accessiones въ обоихъ случаяхъ. См. Bekker, Jahrb. d. gem. R. т. IV (1860 г.), стр. 408 сл. Schwanert, стр. 452 сл. (противъ послѣдняго Scheurl, Krit. Vjschrt т. VI (1864 г.). стр. 529). Brillat, Wirkung d. verjährten Forder (1890 г.).—Vangerow I стр. 232 слл. (7-е изд.). Windscheid, I § 112 пр. 3—5-а (ср. § 106 пр. 2 о старой давности) отрицаютъ obl. nat. въ обоихъ случаяхъ. Изъ новѣйшихъ авторовъ въ Германіи допускаютъ для пандектнаго права существованіе obl. nat. въ большихъ или меньшихъ размѣрахъ Regelsberger, Pand. стр. 607 сл. (1893 г.). Hölder, Pand. (1891 г.) стр. 352 сл. Eisele, въ Jahrb. f. Dogm. т. 31 (1892 г.), стр. 379 слл. (о старой давности см. стр. 400 пр. 22). Dernburg, Pand. т. I § 150 (5-ое изд. 1897 г.); о старой давности см. § 145 пр. 6.—Keller, Pand. т. I (2-ое изд. 1866 г.), стр. 210 сл. и Laskowicz, de vi ac. nat. obl. nat. (1870 г.) стр. 129 сл. также признаютъ принцип. различіе между a. temporales классич. эпохи и новой давностью, но видятъ его въ томъ, что при прет. искахъ не различались actio и obligatio; отсюда и различное дѣйствіе давности. Сходно воззрѣніе Ryck, Schuldv. (1883 г.), стр. 41 сл.—Изъ франц. авторовъ Machelard, стр. 450 сл. (1860 г.), Accarias, Précis т. II (4-ое изд. 1891 г.), стр. 1144 слл. Girard, Manuel (1897 г.), стр. 624 пр. 2 отвергаютъ obl. nat. для всякой давности. Massol, Obl. nat. (2-ое изд. 1862 г.), стр. 59 слл. учитъ, что даже неисковыя обязат. подлежатъ давности. van Wetter, Obl. т. I(1883 г.), стр. 240—245 по существу воспроизводитъ ученіе и аргументы Савиньи.—Итальянецъ Moscato, Obl. nat. (1897 г.), стр. 23 слл. отрицаетъ о. п. для Юстиніанова права, которымъ онъ однимъ только и занялъ.

силу вполнѣ или отчасти, если они не будутъ фактически осуществляемы въ теченіе извѣстнаго времени; причиной, уничтожающей право, здѣсь является не истеченіе времени само по себѣ, а бездѣятельность субъекта права въ теченіе установленнаго закономъ времени [2]). Это теоретическое различіе, если оно принято даннымъ положительнымъ правомъ, имѣетъ и практическія послѣдствія. Такъ, исковая давность по самому своему существу, какъ погашеніе права на искъ въ результатѣ бездѣятельности субъекта въ продолженіе извѣстнаго времени, принципіально допускаетъ перерывы давностнаго срока извѣстными актами дѣятельности субъекта и пріостановку теченія давности на то время, когда субъектъ дѣйствовать не можетъ. Напротивъ, съ чистымъ понятіемъ законнаго срока не гармонируетъ ни перерывъ его теченія дѣйствіями субъекта правъ, ни пріостановка, вслѣдствіе невозможности для субъекта дѣйствовать; во всякомъ случаѣ, ни перерывъ, ни пріостановка не вытекаютъ принципіально изъ существа законнаго срока. Не нужно смѣшивать съ перерывами давности такихъ событій, которыя во время теченія законнаго срока, ограничивающаго существованіе извѣстнаго права, ставятъ взамѣнъ этого срочнаго права новое, постоянное право за тѣмъ же содержаніемъ по существу. Таковы litis contestatio въ ея обновляющемъ право значеніи, которое подало римскимъ юристамъ мысль сравнивать се съ новаціей, или заключеніе constitutum debiti во время истеченія срока, установленнаго для actio temporalis [3]).

Различіе между законнымъ срокомъ существованія права и исковой давностью можетъ обнаружиться и по вопросу о дѣйствіи истеченія срока и давности на самое право. Можно согласиться съ тѣмъ воззрѣніемъ, что съ характеромъ законнаго срока, которымъ заранѣе ограничено существованіе извѣстнаго права, скорѣе всего согласно полное уничтоженіе этого срочнаго права по истеченіи срока. Въ этомъ смыслѣ и рѣшаютъ вопросъ о вліяніи истеченія срока на actio temporalis въ классическую эпоху нѣкоторые уче-

---

[2]) См. къ этому Demelius, op. cit. стр. 1—7. Grawein, op. cit. стр. 43—57. Regelsberger, стр. 460 слл. Brillat, diss. cit., стр. 9—14.

[3]) См. объ этомъ Demelius, стр. 60—64. Grawein, стр. 79—126. Brinz, Pand. т. I, стр. 395; 400—404.

ные. Отправляясь отъ изложенныхъ общихъ соображеній о существѣ законнаго срока, они приходятъ къ выводу, что въ результатѣ истеченія срока для actio temporalis обязательственное право вполнѣ уничтожалось, такъ что не оставалось въ силѣ даже неискового натуральнаго обязательства [4]).

Не отрицая значенія этого аргумента, мы не можемъ, однако, признать его рѣшающимъ. Справедливо предостерегаетъ одинъ изъ новѣйшихъ пандектистовъ [5]) отъ попытокъ дѣлать заключенія о содержаніи нормъ любаго положительнаго права на основаніи структуры какого-либо юридическаго понятія въ чистой теоріи. Въ положительномъ правѣ могутъ заключаться вѣскія основанія для того, чтобы признать, что въ немъ осуществлено практически извѣстное теоретическое положеніе или понятіе. Но это понятіе подъ вліяніемъ тѣхъ или иныхъ практическихъ соображеній можетъ быть проведено въ данномъ правѣ не вполнѣ послѣдовательно, не во всѣхъ его консеквенціяхъ. Въ извѣстныхъ случаяхъ могутъ быть сдѣланы болѣе или менѣе значительныя отступленія въ видахъ цѣлесообразности и въ результатѣ разсмотрѣнія нормъ даннаго права мы можемъ придти къ выводу, что въ немъ существуетъ не чистый типъ даннаго института, какъ его установила теорія, а типъ смѣшанный, переходный.

Это замѣчаніе оправдывается и на структурѣ римскихъ actiones temporales классической эпохи. Хотя въ общемъ tempus, установленное для этихъ исковъ, и должно быть признано за законный срокъ, а не исковую давность,—что проявляется, напр., въ недопустимости перерывовъ (см. прим. 3)—,но мы не находимъ здѣсь понятія законнаго срока во всей его чистотѣ. Такъ, этотъ срокъ для преторскихъ исковъ у римлянъ былъ не tempus continuum, какъ это скорѣе всего соотвѣтствуетъ понятію законнаго срока, а tempus utile, если не ratione cursus, то ratione initii. Другими словами, его теченіе начиналось не съ самаго момента возникновенія срочнаго права, но лишь съ того времени, когда субъекту не мѣшали предъявить иска препятствія, касающіяся его лично, отвѣт-

---

[4]) См. Demelius, стр. 76 сл. Grawein, стр. 164 пр. 113. Brinz, l. c. стр. 395. Eisele, l. c. стр. 400 пр. 22.

[5]) Bekker, System, т. I. стр. 125.

чика или судебнаго магистрата; послѣ этого момента, правда, срокъ истекалъ безъ всякихъ пріостановокъ и перерывовъ [6]). Писатель, наиболѣе другихъ потрудившійся надъ установленіемъ различія между законнымъ срокомъ и исковой давностью, принужденъ признать, что это счисленіе срока utiliter при actiones temporales не соотвѣтствуетъ чистому понятію о законномъ срокѣ и установлено изъ соображеній цѣлесообразности [7]).

Въ виду этого, мы должны признать возможнымъ, что и классическое право, считая въ общемъ a. temporales за срочные иски, могло однако не придавать истеченію срока при нихъ значенія событія, которое абсолютно уничтожаетъ всякое обязательственное право истца, не оставляя даже obl. naturalis. И дѣйствительно, есть писатели, которые, принимая по существу описанное выше принципіальное различіе между a. temporales классическаго права и исковой давностью позднѣйшей эпохи, считаютъ вліяніе истеченія времени на обязательственное право одинаковымъ въ томъ и другомъ случаѣ [8]). Нѣкоторые изъ нихъ признаютъ существованіе obl. nat. въ извѣстномъ объемѣ (сохраненіе въ силѣ accessiones) послѣ истеченія времени и въ ту, и въ другую эпоху.

Такимъ образомъ для окончательнаго разрѣшенія поставленнаго вопроса относительно классическаго права мы должны обратиться къ анализу дошедшихъ до насъ источниковъ.

Въ этихъ источникахъ мы не найдемъ прямого отвѣта на нашъ вопросъ, но они позволяютъ рѣшить его косвенно: путемъ разсмотрѣнія того, можетъ ли обязательственное право, для котораго истекъ законный срокъ, ограничивающій его существованіе, производить послѣ этого еще какія-либо послѣдствія.

---

[6]) См. Girard, Manuel стр. 706 пр. 3. Biermann въ Zeitschr. d. Sav. St. т. 13 (1893 г.), стр. 384—7. Главнымъ доказательствомъ послѣдняго положенія является restitutio in integrum propter absentiam противъ потери a. temporalis съ истеченіемъ времени. См. также ниже толкованіе L. 38 § 4 D. 46, 3 (прим. 26).

[7]) Grawein, стр. 93—96. Правда, Grawein считаетъ, повидимому, при a. temporalis tempus utile за utile ratione cursus; но и исчисленіе момента начала срока utiliter по его теоріи не соотвѣтствуетъ чистому понятію законнаго срока; см. стр. 79—93.

[8]) См. въ прим. 1 съ одной стороны Bekker и Schwanert, съ другой стороны Vangerow и Windscheid.

Субъективныя права были ограничены законными сроками какъ въ цивильномъ, такъ и въ преторскомъ правѣ классической эпохи. Цивильное право ограничиваетъ, напр., пятилѣтнимъ срокомъ право на querela inofficiosi testamenti [9]); далѣе, lex Furia установила, что обязательства, возникающія изъ тѣхъ формъ поручительства, которыя именуются sponsio или fidepromissio, должны уничтожаться съ истеченіемъ biennium continuum [10]). Преторскій эдиктъ устанавливаетъ лишь на извѣстный срокъ (обыкновенно annus utilis въ указанномъ выше смыслѣ) преторскія actiones poenales [11]), далѣе нѣкоторыя interdicta [12]), a. de peculio annalis, a. public. rescissoria [13]); иногда срокомъ ограничена была a. de pecunia constituta [14]). Срокъ установленъ и для исковъ изъ эдикта эдиловъ: a. redhibitoria погашается истеченіемъ sex menses utiles, a a. quanti minoris—истеченіемъ annus utilis [15]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ установленіе законнаго срока было вызвано извѣстными соображеніями юридической политики, которыя стоятъ въ связи съ особой природой каждаго изъ перечисленныхъ исковъ. Такъ напр., съ большою вѣроятностью можно предположить, что введеніе срока для a. poenales обусловлено слѣдующимъ соображеніемъ: если потерпѣвшій долго не предъявляетъ иска по поводу понесеннаго имъ нарушенія права, то это даетъ поводъ думать, что онъ недостаточно обиженъ деликтомъ, не имѣетъ интереса въ actio poenalis [16]).

Мы приступимъ къ разбору источниковъ, интересующихъ насъ. При этомъ сперва мы обратимся къ actiones temporales говорарнаго права, а затѣмъ къ lex Furia de sponsu.

a) Actiones temporales. Мы находимъ въ источникахъ очень

---

[9]) См. Demelius, стр. 30 слл.

[10]) См. Demelius, стр. 10—14; стр. 15 пр. 4.

[11]) См. Demelius, стр. 20 сл., 29 сл. Accarias, т. II, стр. 1144 сл.

[12]) Demelius, стр. 27 сл.

[13]) Demelius, стр. 43 - 48.

[14]) Accarias, т. II, стр. 618. Bruns, Kleinere Schriften, т. I, стр. 240 сл.

[15]) Demelius, стр. 49 сл. Accarias, т. II, стр. 297.

[16]) См. объ этихъ соображеніяхъ въ подробности указанныя въ предыдущихъ примѣчаніяхъ мѣста книги Demelius'a, а также Grawein, стр. 213 – 232.

много данныхъ, которыя заставляютъ думать, что истеченіе срока по этимъ искамъ являлось въ глазахъ римскихъ юристовъ обстоятельствомъ, вполнѣ уничтожающимъ обязательственное право и не оставляющимъ въ силѣ натуральнаго обязательства съ какими бы то ни было послѣдствіями.

1) Прежде всего, существованіе натуральнаго обязательства было бы трудно совмѣстить съ нѣкоторыми выраженіями источниковъ, которые говорятъ объ установленіи tempus actionis для того или иного иска. Такъ напр., преторъ объявляетъ въ своемъ эдиктѣ, что онъ дастъ actio de peculio въ теченіе года послѣ того момента, какъ прекратилось существованіе пекулія. По поводу этой статьи эдикта Ульпіанъ l. 28 ad edictum пишетъ: «merito autem temporariam in hoc casu fecit praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem» [17]). Ни съ отмѣченными выраженіями Ульпіана, который прямо говоритъ объ obligatio, ни съ общимъ характеромъ даннаго постановленія эдикта не было бы согласно принятіе obl. naturalis еще по истеченіи года.—Точно также Африканъ l. 7 quaestionum говоритъ, что либертъ можетъ поручиться «in eam obligationem..., quae adversus te intra annum sit» или «in naturalem suam»; но онъ ни однимъ словомъ не намекаетъ на то, что и по истеченіи annus на бывшемъ господинѣ будетъ лежать какая-либо obl. naturalis de peculio [18]).

2) Есть одинъ фрагментъ, изъ котораго можно вывести заключеніе, что уплата, совершенная по истеченіи tempus actionis, подлежала возврату.

L. 25 § 1 D. 46, 8. Africanus l. 6 quaestionum. Procurator cum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit: deinde post tempus liberato jam debitore dominus ratam rem habet. posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum jam debitor liberatus sit: argumentum rei, quod, si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procurato-

---

[17]) L. 1 § 3 D. 15, 2.

[18]) L. 21 § 2 D. 46, 1. См. къ этому Bekker въ Jahrb. d. gem. R. т. IV, стр. 426. Также Demelius, стр. 76 слл. Dahn, стр. 21 слл. Brillat, стр. 18 сл.

rem habitura sit: in locum autem condictionis interponi stipulationem.

Случай, подлежащій рѣшенію юриста, состоитъ въ слѣдующемъ. Нѣкто, не имѣя полномочія, взыскалъ долгъ съ чужого должника, предоставивъ должнику cautio de rato habendo, т.-е. заключивъ стипуляцію, въ которой онъ принялъ на себя отвѣтственность за то, что кредиторъ утвердитъ произведенное взысканіе. Затѣмъ должникъ, который былъ обязанъ по a. temporalis, освободился истеченіемъ законнаго срока и уже послѣ этого состоялась ratihabitio со стороны кредитора. Африканъ, слѣдуя Юліану (existimavit, scil. Julianus), рѣшаетъ, что должникъ можетъ, не взирая на ratihabitio, предъявить къ прокуратору искъ изъ стипуляціи de rato habendo, т.-к. онъ могъ бы у него condicere уплату въ этомъ случаѣ и при отсутствіи cautio de rato habendo. Основаніемъ этого рѣшенія является, конечно, такое соображеніе: ratihabitio не имѣетъ силы, потому что послѣдовала уже въ то время, когда на должникѣ не лежало никакого обязательства, къ которому могла бы относиться ratihabitio; поэтому она не можетъ обратить въ solutio предоставленіе, сдѣланное должникомъ прокуратору для погашенія долга; въ виду этого цѣль предоставленія—погасить долгъ—не можетъ быть достигнута и предоставленіе должно быть возвращено путемъ condictio sine causa; если же была заключена stipulatio de rato habendo, то мѣсто кондикціи занимаетъ искъ изъ этой стипуляціи. — Отсюда мы можемъ заключить слѣдующее. Если по истеченіи tempus actionis кредиторъ не можетъ своей ratihabitio обратить въ solutio предоставленіе, сдѣланное его неуполномоченному представителю для погашенія долга еще до истеченія этого tempus, то тѣмъ болѣе мы не можемъ считать за solutio предоставленіе, сдѣланное post tempus actionis должникомъ кредитору для погашенія долга; такъ-какъ долгъ не существуетъ, то это предоставленіе подлежитъ возврату черезъ condictio indebiti, разъ оно сдѣлано должникомъ по заблужденію. Еслибы по истеченіи tempus actionis оставалась въ силѣ obl. nat., допускающая погашеніе черезъ уплату, то не было бы никакого основанія отказывать ратигабиціи кредитора въ практическомъ значеніи [19]).

---

[19]) На L. 25 § 1 D. 46, 8 въ нашемъ смыслѣ ссылаются Heimbach. l. c. стр 449 слл. Büchel, l. c. стр. 74. Kierulff, стр. 213 пр. Unter-

3) Далѣе, мы имѣемъ указаніе на то, что съ истеченіемъ tempus actionis теряетъ силу поручительство, которымъ было обезпечено взысканіе по actio temporalis.

L. 38 § 4 D. 46, 3. Africanus l. 7 quaestionum. Si quis pro eo reverso fidejusserit, qui, cum rei publicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fidejussor liberetur? quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit: sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occidit.

Нужно оговориться, впрочемъ, что смыслъ этого фрагмента не представляется безусловно яснымъ. Именно, прежде всего, неясно, къ какому моменту относится самое установленіе поручительства. Юристъ говоритъ: «si quis pro eo reverso fidejusserit, qui cum rei publicae causa abesset, actione qua liberatus sit». Наиболѣе естественнымъ толкованіемъ было бы, конечно, такое, согласно которому поручитель вступился за долгъ уже по возвращеніи главнаго должника изъ отсутствія. Такъ толкуютъ нашъ текстъ, дѣйствительно, нѣкоторые ученые. Но, спрашивается тогда, за что же вступается въ такомъ случаѣ поручитель? На это дается неодинаковый отвѣтъ

---

holzner, Schuldv. т. I, стр. 530 пр. i. Vangerow, т. I, стр. 235. Dernburg, Pfandrecht т. II, стр. 587. Brinz, Pand. I, 395 пр. 21. Schwanert, стр. 458. Machelard, стр. 476 слл. Ryck, стр. 41 пр. 6. Accarias, т. II, стр. 1147. Girard, стр. 624 пр. 2. Moscato, стр, 23 сл. Bekker, Jahrb. т. IV стр. 432. Dahn, стр. 32. Brillat, стр. 38.—Savigny, System т. V стр. 405 пр. р признаетъ доказательную силу этого мѣста, но стремится его устранить, относя его или къ договору съ отмѣнительнымъ срокомъ, или къ lex Furia и принимая наличность интерполяціи (см. также van Wetter, l. c. стр. 241 пр. 73). Но о lex Furia здѣсь трудно думать, ибо рѣчь идетъ объ освобожденіи самого должника, а не его поручителя. См. Dahn l. c., Bekker l. c., Machelard, стр. 481. Точно такъ же трудно думать и о договорѣ in diem. Имѣя въ виду такой договоръ, юристъ едва ли сказалъ бы „tempore liberatur", такъ такъ dies ad quem при обязат. договорахъ дѣйствовалъ не самъ по себѣ, а въ силу принимаемаго юристами pactum de non petendo или contrarius consensus. См. Dahn, стр. 27; 32. Bekker l. c., Accarias, т. II, стр. 97 слл., Girard, стр. 695—7. Относительно замѣчанія Keller, Pand. т. I. стр. 211 см. Machelard, стр. 480.

сторонниками этого толкованія. Одни изъ нихъ [20]) отвѣчаютъ на вопросъ слѣдующимъ образомъ. Поручитель вступился не за долгъ по actio temporalis, погашенный истеченіемъ tempus во время отсутствія должника, но за притязаніе кредитора о restitutio in integrum противъ должника; онъ вступился какъ бы за условный долгъ: на случай, что искъ противъ главнаго должника будетъ возстановленъ. Если кредиторъ въ теченіе annus utilis не испросилъ restitutio противъ должника, то за нимъ сохраняется право испрашивать restitutio противъ поручителя, разъ только будетъ доказано, что относительно послѣдняго не было «experiundi potestas». Однако, такое толкованіе не можетъ быть принято. Если поручитель вступился за условный долгъ (подъ условіемъ rest. in int. главнаго обязательства), то съ ненаступленіемъ условія (отсутствіемъ rest. in int. противъ главнаго должника) его поручительство должно терять силу, ибо условіе главнаго долга не наступило. Трудно понять, на чемъ въ этомъ случаѣ могла основываться restitutio in int. противъ самого поручителя [21]).—Другой писатель предлагаетъ иной выходъ [22]). Онъ думаетъ, что въ нашемъ случаѣ давность по a. temporalis въ моментъ возвращенія должника еще не истекла; «actione qua liberatus est» означаетъ: во время отсутствія должника rei publicae causa искъ не могъ быть предъявляемъ; давность по нему не истекала, такъ какъ tempus actionis есть annus utilis; поэтому давность истекаетъ лишь съ момента возвращенія должника; въ этотъ моментъ вступается и fidejussor; по истеченіи давности онъ освобождается, но въ случаѣ, если не было относительно него experiundi potestas, искъ противъ него возстановляется. — Противъ такого толкованія говоритъ много соображеній. Во-первыхъ, самъ авторъ его признаетъ, что его переводъ словъ «actione qua liberatus sit» сомнителенъ. Во-вторыхъ, онъ затрудняется объяснить, что означаютъ слова «experiundi potestas non fuit» относительно поручителя. Въ третьихъ трудно понять, къ чему же юристу понадобилось говорить объ отсутствіи должника и его возвращеніи, если эти обстоятельства ни-

---

[20]) Machelard, стр. 470 сл. ср. van Wetter, стр. 242 прим. Brillat, стр. 33.

[21]) См. также Büchel, стр. 70.

[22]) Schwanert, стр. 459 сл.

какого значенія для самаго рѣшенія не имѣютъ[23]).—Намъ остается поэтому признать, что въ случаѣ, разрѣшенномъ Африканомъ, fidejussio была установлена еще до отправленія должника въ отлучку. Слово «reverso» при этомъ придется или совсѣмъ выкинуть, какъ неудачную глоссу[24]), или же переводить слѣдующимъ образомъ: «если кто поручился за лицо, которое въ настоящее время вернулось, но послѣ установленія поручительства отправилось въ отлучку rei publ. causa и во время этой отлучки освободилось истеченіемъ времени отъ обезпеченнаго поручительствомъ долга, а затѣмъ, по его возвращеніи, истекъ и годъ, установленный для просьбы о restitutio in integrum, то освобождается ли поручитель?»[25]). Юристъ отвѣчаетъ, что поручитель долженъ считаться свободнымъ, за исключеніемъ того случая, когда срокъ restitutio in integrum противъ него самого не истекъ въ виду того, что противъ него не было «experiundi potestas». Въ послѣднемъ случаѣ искъ будетъ возстановленъ противъ него, и онъ будетъ отвѣчать одинъ безъ главнаго должника; то же самое имѣемъ мы, когда поручитель освобождается, убивая раба, предоставленіе котораго составляло предметъ главнаго долга; и въ этомъ случаѣ искъ возстановляется противъ него одного.—При такомъ толкованіи мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы изъ нашего фрагмента. Въ принципѣ истеченіе tempus главнаго долга погашаетъ и отвѣтственность установленнаго за него поручителя. Но, если кредиторъ имѣетъ основаніе испрашивать rest. in integrum противъ истеченія temporis, то срокъ для этой restitutio считается особо относительно главнаго должника и его поручителя. Поэтому реституція можетъ быть дана противъ одного поручителя, если только противъ него не истекъ еще срокъ (annus utilis) для ея испрашиванія, и тогда поручитель одинъ будетъ отвѣчать. Во всякомъ случаѣ эта реституція оказывается лишь при наличности для нея уважительныхъ причинъ.

Такимъ образомъ, L. 38 § 4 D. 46, 3 показываетъ намъ, что

---

[23]) Вмѣстѣ съ этимъ падаютъ и тѣ выводы, которые Schwanert, стр. 460 примѣнительно къ своему толкованію L. 38 § 4 D. 46, 3 дѣлаетъ о сохраненіи въ силѣ поручительства въ эпоху позднѣйшихъ классиковъ. См. противъ Schwanert'a также и Scheurl, l. c. стр. 529.

[24]) Такъ Mommsen, ad h. l.

[25]) См. въ этомъ смыслѣ нѣм. пер. Corpus Juris Civilis подъ ред. Otto, Schulting, Sintenis, т. IV, стр. 742.

съ истеченіемъ tempus для главнаго долга установленный за него поручитель, по общему правилу, освобождается. Реституція иска противъ него возможна, если есть основаніе испрашивать реституцію противъ главнаго должника[26]).

4) Есть рѣшеніе, изъ котораго слѣдуетъ, что по истеченіи tempus actionis не можетъ быть вновь установлено дѣйствительное поручительство:

L. 37 D. 46, 1 Paulus l. 17 ad Plautium. Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est.

На основаніи послѣднихъ словъ не слѣдуетъ думать, что, по мнѣнію Павла, поручительство ничтожно только въ томъ случаѣ, когда оно установлено подъ вліяніемъ заблужденія. Это было бы противно всему остальному содержанію нашего текста. Павелъ сначала въ самыхъ общихъ выраженіяхъ заявляетъ, что поручитель не отвѣчаетъ. Упоминаніе объ error находится лишь въ заключительной фразѣ, которая имѣетъ своимъ назначеніемъ не ограничить, а объяснить, мотивировать раньше установленное положеніе. Поэтому подъ erroris fidejussio слѣдуетъ разумѣть не поручительство, установленное подъ вліяніемъ error, а поручительство, установленное за error, т.-е. за нѣчто, на самомъ дѣлѣ не существующее, за мнимый долгъ, за такое отношеніе, счесть которое за юридическій долгъ было бы заблужденіемъ[27]).

---

[26]) См. въ нашемъ смыслѣ Heimbach, стр. 445. Büchel, стр. 70 сл. Dahn, стр. 29.—Savigny, System т. V стр. 400 пр. h. (ср. т. IV, стр. 427 сл.), утверждаетъ, что L. 38 § 4 cit. не можетъ относиться къ a. temporales, ибо при нихъ установлено tempus utile, которое не можетъ истечь во время absentia отвѣтчика. Но мы уже видѣли выше (прим. 6), что это tempus было utile только ratione initii, a ratione cursus было continuum; слѣдовательно, если теченіе срока началось до absentia, то оно могло закончиться во время absentia.—Послѣ этихъ замѣчаній нѣтъ уже основанія относить L. 38 § 4 ни къ lex Furia, ни къ процесс. давности, какъ предлагаетъ Савиньи. См. противъ этого также Büchel, стр. 69. Dahn, l. c.—Толкованіе Ryck'a стр. 41 пр. 6 возбуждаетъ большія сомнѣнія: послѣ процесс. давности остается obl. nat. (такъ и Ryck, стр. 43), поэтому противъ fidejussor не нужна rest. in int., если таковая и не испрошена противъ главнаго должника: сверхъ того, почему уклоненіе поручителя отъ иска можетъ быть обстоятельствомъ, оправдывающимъ не испрашиваніе въ срокъ rest. in int. противъ главнаго должника?

[27]) Послѣднее замѣчаніе направлено противъ тѣхъ соображеній, которыя по поводу словъ „erroris fidejussio" выставляетъ Savigny, Syst. V, стр. 398

Такимъ образомъ, мы убѣдились, что съ истеченіемъ tempus actionis дѣлается невозможной solutio и установленіе поручительства, а раньше установленные поручители освобождаются. Все это является вѣскимъ указаніемъ на то, что по истеченіи tempus actionis не остается натуральнаго обязательства. Сверхъ того, какъ мы видѣли, съ такимъ выводомъ гармонируютъ и нѣкоторыя выраженія источниковъ, и общія соображенія о характерѣ actiones temporales.

Напротивъ, не имѣетъ значенія для рѣшенія нашего вопроса относительно эпохи классическихъ юристовъ слѣдующее рѣшеніе, которое часто приводится противниками obl. naturalis.

L. 18 § 1 D. 13, 5 Ulpianus l. 27 ad edictum. Quod adicitur: «eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse», interpretationem pleniorem exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur [28]).

сл. Противъ этихъ соображеній Савиньи см. Brinz, Kr. Bl. № 3 стр. 14. Bekker, Jahrb. стр. 429. Schwanert, 458. Ryck, 41 пр. 6 Brillat, стр. 37. Ср. также Puchta, Vorles. т. I. стр. 472. Противъ отнесенія нашего мѣста къ lex Furia (какъ Francke, l. c. стр. 73 сл. Unterholzner, Verj. т. II, стр. 312 сл. Gujet, стр. 76) см. уже Vermehren, стр. 341 сл. Büchel, стр. 66 сл. Savigny, l. c. Dahn, стр. 28. Противъ отнесенія его къ процесс. давности (какъ предлагаетъ Savigny, т. V, стр. 392) говоритъ уже то обстоятельство, что техническимъ обозначеніемъ процесс. давности служитъ выраженіе „litem tempore amittere", а не „tempore liberari". Противъ отнесенія его къ договору in diem (какъ, напр., Unterholzner, l. c. стр. 312) говорятъ также самыя выраженія юриста; см. выше прим. 19. Dahn, стр. 27.— Köttgen, Zulässigkeit der Bürgschaft ohne Hauptschuld (diss. 1896 г.) стр. 10 и 20 заключаетъ изъ L. 37 D. cit., что сознательное поручительство за покрытый давностью долгъ допустимо, и видитъ здѣсь примѣръ поручительства безъ главнаго долга.

[28]) Относить этотъ текстъ къ lex Furia вслѣдъ за Savigny, Syst. т. V, стр. 402 и Puchta, Vorlesungen, т. I, стр. 473 сл. нѣтъ никакихъ осно-

Изъ этого рѣшенія можно сдѣлать два вывода: 1) если constitutum заключено до истеченія tempus actionis, то оно находитъ себѣ необходимую опору въ debitum, существовавшемъ во время заключенія constitutum, и можетъ сохранить свою силу по истеченіи tempus actionis; 2) но такъ какъ юристъ настаиваетъ на томъ, что во время заключенія constitutum непремѣнно должно быть debitum и указываетъ довольно ясно, что такого debitum уже не будетъ по истеченіи tempus actionis (si quid tunc debitum fuit..... nunc non sit.... proinde etc.), то изъ этого слѣдуетъ, что по истеченіи tempus actionis установленіе constitutum ему представляется невозможнымъ.—Что касается перваго изъ этихъ положеній—сохраненія въ силѣ constitutum по истеченіи tempus actionis—, то теперь уже, кажется, единогласно признано, что оно не доказываетъ существованія obl. nat. по истеченіи tempus actionis. Constitutum есть такое отношеніе, которое должно найти себѣ опору въ какомъ-либо debitum въ моментъ своего возникновенія, но дальше можетъ существовать и независимо отъ главнаго debitum [29]).—Напротивъ, вторымъ положеніемъ,—что constitutum не можетъ быть вновь установлено послѣ истеченія tempus actionis, — пользуются обыкновенно, какъ доказательствомъ того, что истеченіе срока иска не оставляетъ послѣ себя натуральнаго обязательства. Дѣло въ томъ, что въ томъ же титулѣ Дигестъ мы находимъ слѣдующее рѣшеніе:

L. 1 § 7 D. 13, 5 Ulpianus l. 27 ad edictum. Debitum autem vel natura sufficit.

ваній. См. Demelius, стр. 74 слл. Bekker, Jahrb. стр. 428 Brillat. стр. 25 слл.

[29]) Такъ еще Büchel, стр. 73; противъ иного воззрѣнія, высказаннаго у Savigny, Syst. V стр. 402, см. Dahn, стр. 32. Bekker, стр. 428, особенно Bruns, Klein. Schr. т. I, стр. 259 сл. Ср. Brillat, стр. 27.—По мнѣнію Kappeyne van de Coppello, Abhandlungen, übers. v. Conrat (1891 г.), стр. 255 сл. constitutum прерываетъ теченіе temporis главнаго иска; однако, въ L. 18 § 1 D. 13, 5, на которую ссылается К., этого не сказано. Напротивъ, мы знаемъ, что законный срокъ исковъ классич. эпохи, въ отличіе отъ исковой давности, не знаетъ перерывовъ, а знаетъ лишь установленіе во время теченія temporis actionis новыхъ правъ, которыя могутъ пережить a. temporalis (см. выше прим. 3). См. толкованіе L. 18 § 1 въ этомъ смыслѣ у Grawein, стр. 102 слл.

Фрагментъ этотъ показываетъ, что constitutum можетъ быть установлено и по поводу натуральнаго обязательства. Обыкновенно ставятъ этотъ фрагментъ въ связь съ L. 18 § 1 cit. и умозаключаютъ: такъ какъ по L. 18 § 1 cit. невозможно установлять constitutum послѣ истеченія tempus actionis, а между тѣмъ по L. 1 § 7 cit. для constitutum достаточно натуральнаго обязательства, то ясно, что по истеченіи tempus actionis не остается obligatio naturalis [30]).

Однако, въ недавнее время сила этого аргумента для классической эпохи очень поколеблена. Голландскій ученый Kappeyne van de Coppello сдѣлалъ весьма вѣроятною мысль, что установленіе конститута за натуральныя обязательства вообще классическому праву не было извѣстно [31]). Дѣло въ томъ, что единственнымъ упоминаніемъ о такого рода конститутѣ въ нашихъ источникахъ является одна только выше приведенная L. 1 § 7 D. 13, 5 очень общаго содержанія. Больше никакихъ указаній на конституть за obl. naturalis мы не имѣемъ. Остальные же фрагменты въ tit. Dig. de pecunia constituta скорѣе говорятъ противъ возможности конституировать неисковыя обязательства въ эпоху классиковъ, нежели за нее. Такъ, въ L. 1 § 8 D. h. t. говорится, что домовладыка можетъ конституировать suo nomine долгъ сына или раба въ размѣрахъ пекуліарной отвѣтственности, но не свыше. Рядомъ стоитъ L. 2, гдѣ приведены слова Юліана, что nomine filii домовладыка можетъ заключать constitutum въ размѣрахъ всего долга сына и сверхъ предѣловъ наличнаго пекулія. Страннымъ было бы молчаніе Юліана о возможности такимъ же образомъ конституировать долгъ раба, еслибы этому юристу извѣстенъ былъ конституть за натуральныя обязательства. Если же признать, что такого конститута классики не знали, то рѣшеніе Юліана легко объясняется: долгъ подвластнаго сына третьему лицу былъ obl. civilis, а долгъ

---

[30]) См. Heimbach, 442 сл., Büchel, 72 сл., Brillat, стр. 23 слл. Dahn, 31 сл. Bekker, стр. 427 сл. Schwanert, стр. 457. Machelard, стр. 482 сл.—Demelius, стр. 72 слл. и Windscheid, Pand. т. I. § 112 пр. 5 видятъ поэтому въ L. 18 § 1 cit. даже самое сильное доказательство несуществованія obl. nat. послѣ истеченія tempus actionis.

[31]) См. Kappeyne, op. cit. стр. 242 сл.; 342 слл.

раба — obl. naturalis; Юліанъ признаетъ возможнымъ конститутъ отца относительно искового долга сына и молчитъ о такомъ же конститутѣ по поводу долга раба, потому что послѣдній конститутъ въ его глазахъ невозможенъ.— Далѣе, въ L. 11 § 1 D. h. t. Ulpianus l. 27 ad Sabinum говоритъ, что конститутъ, заключенный относительно sors и «usurae, quae non debebantur», распространяется только на главную сумму долга, а не на «usurae, quae non debebantur». Мы уже знаемъ что послѣднимъ именемъ Ульпіанъ называетъ usurae ex pacto [32]), и что pactum usurarium порождало debitum naturale. Если-бы constitutum въ эпоху Ульпіана было возможно относительно натуральныхъ обязательствъ, то трудно было бы объяснить данное рѣшеніе юриста.—Въ L. 25 § 1 D. h. t. Папиніанъ пишетъ, что конститутъ въ обсуждаемомъ имъ случаѣ возможенъ «quia habes eo nomine actionem». Послѣдняго рода мотивировка была бы неудачна, если бы для заключенія конститута не требовалось наличности искового долга. — Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на языкъ L. 1 § 7 D. 13, 5: начальныя слова «debitum autem» составляютъ некрасивое повтореніе того же выраженія, помѣщеннаго въ началѣ L. 1 § 6 D. eod.; они, конечно, заимствованы оттуда компиляторами, согласно ихъ общей манерѣ при совершеніи интерполяцій [32a]).

Всѣ эти соображенія приводятъ къ мысли, что классикамъ не былъ извѣстенъ конститутъ по поводу обязательствъ, лишенныхъ иска. L. 1 § 7 D. h. t. не принадлежитъ Ульпіану и вставлена въ его изложеніе компиляторами. Эта вставка была вызвана желаніемъ расширить область примѣненія конститута. Такое стремленіе компиляторовъ можетъ быть объяснено тѣмъ, что оно гармонируетъ съ общей тенденціей изданной во время составленія Дигестъ конституціи Юстиніана — L. 2 C. 4, 18 (a. 531) —, гдѣ значительно расширялась сфера примѣненія конститута и увеличивалось

---

[32]) См. главу V прим. 15, 17, 28; главу VI пр. 84 слл.

[32a]) См. стр. 286 прим. 97. Kappeyne этого послѣдняго аргумента не приводитъ.—Eisele, Compensation, стр. 329, не имѣя, впрочемъ въ виду возможности интерполяціи, указываетъ, что согласно L. 3 § 1 D. 13, 5, принадлежащей тому же Ульпіану l. 27 ed., всякое обязательство, обезсиленное эксценціей, не годится для constitutum; это не совсѣмъ вяжется съ L. 1 § 7, согласно которой всякое debitum natura должно быть годно для constitutum: вѣдь есть

его значеніе. Компиляторы думали дѣйствовать въ духѣ этой конституціи, внося свою вставку въ изложеніе Ульпіана, но при этомъ они, какъ это часто бывало, забыли изгладить слѣды прежняго права въ остальныхъ отрывкахъ титула de rec. const., съ которыми мы познакомились только что.

При этихъ условіяхъ и второе положеніе, выведенное нами изъ L. 18 § 1 D. h. t., не имѣетъ значенія для рѣшенія вопроса о томъ, существовала ли obl. nat. по истеченіи tempus actionis въ классическую эпоху.

Остальныя мѣста источниковъ, которыя приводились, какъ матеріалъ для рѣшенія нашего вопроса, также должны быть признаны не имѣющими доказательной силы [33]).

b) Lex Furia de sponsu. Мы имѣемъ очень опредѣленное указаніе на то, что по истеченіи biennium на sponsor'ѣ не остается никакой obl. naturalis: онъ можетъ требовать обратно уплату, сдѣланную подъ вліяніемъ заблужденія. Именно, Ленель (Palingen.

эксцепціи, оставляющія въ силѣ obl. naturalis.—На приводимую у Schwanert'a стр. 203 L. 2 C. 4, 28, конечно, нельзя ссылаться въ пользу допустимости конститута за obl. nat. по классич. праву. См. объ этомъ фр. выше стр. 258.

[33]) Изъ L. 50 D. 4, 4 конечно не слѣдуетъ, какъ думаетъ Savigny, System, т. V стр. 396 пр. x, что залогъ сохраняетъ свою силу болѣе долгое время, нежели реституированный обязательственный искъ; см. объ этомъ Machelard, стр. 485 —L. 2 C. 8, 30 (31). Gordianus. „Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota" можетъ относиться, напр., къ сохраненію залога послѣ консумпціи личнаго иска. Это признаетъ даже Savigny Syst. V стр. 395; см. также Dernburg, Pfandr. т. II стр. 575. Machelard, стр. 479 слл.—L. 18 (19) pr. D. 3, 5 (см. о ней стр. 94 сл.; стр. 114; стр. 159 пр. 361) не говоритъ, что послѣ истеченія tempus actionis остается obl. nat.; она говоритъ только, что negotiorum gestor долженъ платить по своимъ a. temporales по истеченіи срока точно такъ-же, какъ и по obl. naturales; обязанность возникаетъ изъ neg. gestio. См. Büchel, стр. 77 слл. Dahn, стр. 34. Brillat, стр. 49. Schwanert, стр. 462 пр. 35.—О L. 23 § 2 D. 5, 2 см. Büchel, I, 2, стр. 127 слл.; Brillat, стр. 50; о L. 1 § 4. 6 D. 4, 3 см. Savigny, V стр. 381 слл. Dahn, стр. 33. Brillat, 47 сл.—То обстоятельство, что эксцепціи не всегда погашаются давностью, не имѣетъ значенія, хотя бы уже потому, что exceptio не есть еще знакъ натуральн. обязательства (напр. exceptio pacti такъ конструирована не была) См. Schwanert, стр. 465 сл. Ср. также Windscheid, § 112 пр. 5.—О недопустимости аналогіи съ процессуальной давностью классич. эпохи и съ actiones in rem см. Brillat, стр. 59 слл.

Papin. 48) показалъ, что къ lex Furia de sponsu относится слѣдующій фрагментъ:

L. 59 D. 12, 6 Papinianus l. 2 definitionum. Si fidejussor jure [sponsor tempore Papin.] liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non oberit: si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam solverit, non repetet, cum prior solutio, quae fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile, si reus promittendi tenebatur.

Папиніанъ дозволяетъ sponsor'y, который по ошибкѣ послѣ истеченія biennium уплатилъ долгъ, требовать обратно уплаченное. Эта уплата sponsoris поэтому не освобождаетъ должника ни отъ натуральнаго, ни отъ цивильнаго долга, а потому уплата, сдѣланная самимъ должникомъ послѣ этого неудачнаго платежа со стороны sponsoris, считается вполнѣ дѣйствительной.

Остальные источники относительно lex Furia такихъ прямыхъ указаній по нашему вопросу не даютъ [34]).

II. Послѣ-классическая эпоха. Въ 424 году императоръ

---

[34]) Сюда относятся L. 29 § 6 D. 17, 1. L. 71 § 1 D. 46, 3. L. 69 D. 46, 1. См. Francke, 74. Vermehren, 342. Unterholzner, Schuldv. I, 528, 530. Savigny, V, стр. 400 пр. h. Bekker, Jahrb. стр. 432. Schwanert, 462 пр. 35. Machelard, 453 пр. 1. Lenel, Jul. 225. Celsus 229. Tryphon. 32.—Въ L. 29 § 6 cit. освобожденный tempore sponsor платитъ добровольно и сознательно, а не per errorem; онъ получаетъ a. mandati, ибо мандатъ и главный долгъ остались въ силѣ. Въ L. 71 § 1 D. 46, 3 уплата сдѣлана еще до истеченія biennium; если ratihabitio, въ отличіе отъ L. 25 § 1 D. 46, 8 (см. выше прим. 19), признается возможной и по истеченіи biennium, то это можно объяснить тѣмъ, что въ случаѣ L. 25 § 1 cit. ratihabitio за истеченіемъ срока долга не находила себѣ никакой опоры и была поэтому недѣйствительна, въ случаѣ же L. 71 § 1 cit. по истеченіи biennium для sponsor'a остается въ силѣ главный долгъ, къ которому можетъ быть отнесена solutio sponsoris и на который опирается ratihabitio. См. въ этомъ смыслѣ Heimbach 452. Büchel, I, 1, 74 пр. 185. Machelard, стр. 480 пр. 3. — Windscheid, I, § 74 пр. 6 усматриваетъ здѣсь контроверзу юристовъ, впрочемъ, не по вопросу о нат. обяз. послѣ истеченія срока иска, а по вопросу о томъ, какимъ моментомъ слѣдуетъ руководиться для опредѣленія дѣйствительности ratihabitionis. Противъ этого см. Regelsberger, стр. 597.—Въ L. 69 D. 46, 1 говорится объ обязанности уплатить, основанной на tutela, а не на obl. nat.: аналогично и L. 18 (19) pr. D. 3, 5 (прим. 33) говоритъ объ обязанности ex neg. gestis. Heimbach, 447. Büchel, 71 сл. Dahn, 30 сл.

Ѳеодосій II ввелъ общую исковую давность для всѣхъ почти вещныхъ и личныхъ исковъ, которые въ старое время не погашались истеченіемъ времени; a. hypothecaria противъ третьяго владѣльца залога была включена въ число исковъ, подлежащихъ давности; срокъ давности опредѣленъ былъ въ 30 лѣтъ; болѣе короткій срокъ, которымъ прежде ограничены были actiones temporales, остался въ силѣ (L. 3 C. 7, 39). Это распоряженіе дополнялось конституціями позднѣйшихъ императоровъ [35]). Съ этихъ поръ въ римскомъ правѣ появилась исковая давность въ настоящемъ смыслѣ этого слова: основная идея новаго института состоитъ въ томъ, что искъ уничтожается отъ бездѣятельности истца въ теченіе опредѣленнаго времени, такъ что теченіе давности, допускаетъ перерывъ извѣстными дѣйствіями истца. Законодательныя соображенія, вызвавшія новый институтъ исковой давности, сводятся къ тому, что было бы очень несправедливымъ относительно отвѣтчика сохранять за истцомъ право на искъ въ теченіе безграничнаго времени; это заставляетъ отвѣтчика постоянно быть на сторожѣ и заботиться о сохраненіи всѣхъ средствъ, которыми онъ можетъ доказать несуществованіе долга. Прекращеніе иска по истеченіи извѣстнаго срока, во время котораго истецъ бездѣйствовалъ, приводитъ къ уменьшенію сутяжническихъ процессовъ и удовлетворяетъ потребности въ прочности давно установившихся фактическихъ отношеній. Правда, истецъ въ результатѣ можетъ потерять вполнѣ обоснованный искъ; но это не считается несправедливымъ, такъ какъ онъ самъ въ теченіе очень долгаго срока не позаботился поддержать въ силѣ свой искъ перерывомъ давности. Такимъ образомъ, исковая давность введена не въ наказаніе истцамъ, не «in odium creditorum»: было бы странно наказывать за непользованіе собственнымъ правомъ. Въ основѣ ея лежатъ соображенія объ интересахъ отвѣтчика, о сохраненіи мира и прочности оборота, а ссылки на небрежность истца дѣлаются иногда въ конституціяхъ лишь для того, чтобы показать, что исковая давность не является несправедливой и для истцовъ [36]).

---

[35]) См. объ этомъ Girard, стр. 706 и Accarias, т. II стр. 1148 слл.

[36]) См. къ этому Vermehren, стр. 320 слл. Büchel, стр. 21 слл. Dahn, стр. 1—10. Demelius, стр. 101 слл. Grawein, стр. 208 слл. Regelsberger, стр. 655 сл.

Разумѣется, потребность положить конецъ неопредѣленности и необезпеченности установившихся давно фактическихъ состояній была бы удовлетворена полнѣе всего, еслибы исковая давность по своемъ истеченіи не оставляла никакого натуральнаго обязательства. Однако, нельзя не согласиться съ тѣмъ, что такому рѣшенію вопроса можно противопоставить соображенія, заслуживающія вниманія. Въ результатѣ истеченія давности кредиторъ лишается иска, не получая никакого удовлетворенія отъ должника; чувство честнаго человѣка было бы возмущено, еслибы должникъ отказывался платить, зная, что долгъ его былъ обоснованъ и только потерялъ исковую защиту въ результатѣ истеченія давности [37]). На этомъ основаніи съ точки зрѣнія примѣненія нормъ римскаго права въ современныхъ судахъ можно было бы настаивать на сохраненіи за обязательствомъ извѣстныхъ послѣдствій даже послѣ уничтоженія иска давностью. Если эти послѣдствія сами по себѣ не подрываютъ существенно тѣхъ выгодъ, которыя долженъ доставить институтъ исковой давности, и, такимъ образомъ, не идутъ въ разрѣзъ съ цѣлью института, то можно ихъ удержать въ силѣ во вниманіе къ интересамъ неудовлетвореннаго кредитора и къ требованіямъ общественной морали. Многіе изъ современныхъ пандектистовъ поэтому сходятся на томъ, что уплата, сдѣланная даже per errorem по истеченіи давности, не должна подлежать возврату; нѣкоторые изъ нихъ признаютъ и иныя послѣдствія за натуральнымъ обязательствомъ, остающимся по истеченіи давности [38]).

Но если можно такъ ставить вопросъ относительно практики современныхъ судовъ, то это еще не рѣшаетъ затрудненія относительно Юстиніанова права. Съ исторической точки зрѣнія вопросъ сводится къ тому: признавали ли законодательство и судъ послѣ-клас-

---

[37]) См. Windscheid, I § 112 пр. 5. Eisele, l. c. стр. 400 сл.

[38]) См. указанныя въ прим. 1 мѣста изъ учебниковъ пандектъ Regelsberger'a, Hölder'a, Dernburg'a, а также цитир. тамъ статью Eisele, стр. 407 сл.; 412 сл. и Grawein, стр. 140 слл. (объ австрійскомъ правѣ).— Если конструировать вслѣдъ за Windscheid'омъ исковую давность, какъ давность притязаній (см. напр. Regelsberger, стр. 656 сл.), то изъ этого нельзя еще умозаключать, подобно Windscheid'y, § 112, что исковая давность не оставляетъ obl. nat. См. объ этомъ Kuntze, Obligation und jus extraord. (1886 г.), стр. 84 и особ. Eisele, l. c. стр. 390 слл.

сической эпохи натуральное обязательство по истеченіи вновь введенной исковой давности или нѣтъ? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, недостаточно однихъ общихъ соображеній, но необходимы положительныя доказательства изъ источниковъ. Однако, въ нашихъ источникахъ мы находимъ очень мало данныхъ для рѣшенія поставленнаго вопроса [39]). Въ сущности, единственнымъ аргументомъ сторонниковъ натуральнаго обязательства является ссылка на то, что для a. hypothecaria противъ самого должника и его наслѣдниковъ конституціей Юстиніана (L. 7 C. 7, 39) установлена была давность срокомъ въ 40 лѣтъ, тогда какъ обязательственный искъ долженъ былъ погаситься и въ этомъ случаѣ истеченіемъ обыкновенной, т.-е., по общему правилу, тридцатилѣтней давности. Отсюда слѣдуетъ, что залогъ могъ на 10 лѣтъ пережить существованіе обязательственнаго иска [40]). Съ большой вѣроятностью можно утверждать, что Павелъ въ подобномъ случаѣ прибѣгнулъ бы къ такой же конструкціи, которую мы находимъ у него въ L. 61 (59) pr. D. 36, 1. Этотъ юристъ и въ нашемъ случаѣ могъ бы сказать: «remanet ergo propter pignus naturalis obligatio». Отсюда слѣдовало бы, что натуральное обязательство сохранилось бы въ качествѣ основанія, поддерживающаго залогъ и силу уплаты, по крайней мѣрѣ въ томъ случаѣ, когда погашенное давностью обязательственное притязаніе было обезпечено залогомъ. Но авторъ разбираемой конституціи не дѣлаетъ такой конструкціи и вообще, несмотря на свою многословность, ни однимъ словомъ ни обмолвился о существованіи натуральнаго обязательства. Не находимъ мы упоминанія о натуральномъ обязательствѣ или какихъ-либо свойственныхъ ему послѣд-

[39]) Нельзя ссылаться на L. 40 pr. D. 12, 6, ибо мы видѣли, что исковая давность введена не in odium creditorum.—О ссылкѣ Savigny, Syst. V стр. 378 и Obl. R. I, 96 на jus gentium и jus civile см. (помимо Pfordten diss. cit. стр. 27 сл.) Dahn, стр. 44 сл. Bekker, Jahrb. стр. 415 сл. Brillat, стр. 66 сл.—Выраженія, употребленныя въ конституціяхъ, вводящихъ исковую давность,—на нихъ ссылаются въ новѣйшее время Eisele, стр. 410 слл.—ничего не доказываютъ, ибо словоупотребленіе императоровъ здѣсь очень сбивчиво; см. подробный анализъ у Dahn, стр. 13—20, особенно конечный выводъ на стр. 20. См. также Brillat, стр. 51 слл.

[40]) Этого вывода не удалось устранить Löhr'y, стр. 83 сл. и Heimbach'y, стр. 459 сл.; см. о нихъ попыткахъ Bechel, стр. 42 сл. Vangerow, т. I, стр. 236 сл. Machelard, стр. 497.—Brillat, стр. 54 слл.

ствіяхъ и въ другихъ конституціяхъ, посвященныхъ вопросамъ объ исковой давности. Принимая во вниманіе, что авторы этихъ конституцій никогда не скупятся на слова, мы не можемъ не видѣть здѣсь указанія на то, что они вообще совсѣмъ не задавались вопросомъ о натуральномъ обязательствѣ. Это и неудивительно; натуральное обязательство было слишкомъ тонкимъ понятіемъ для этой эпохи упадка юриспруденціи и едва ли мы можемъ ожидать констатированія новыхъ случаевъ натуральнаго обязательства въ это время [41]).

Всѣ эти соображенія не мѣшаютъ, конечно, современной теоріи признать допущеніе нѣкоторыхъ послѣдствій обязательства по истеченіи давности не противнымъ духу этого института въ Юстиніановомъ правѣ [42]). Но они показываютъ, что институтъ исковой давности не даетъ намъ никакого матеріала для выясненія существа натуральныхъ обязательствъ по воззрѣніямъ римскихъ юристовъ и съ точки зрѣнія римскаго законодателя и суда. А разрѣшеніе этого послѣдняго вопроса, въ сущности, и составляетъ задачу настоящаго изслѣдованія.

---

[41]) Schott, въ Jahrb. f. Dogm. т. 15 стр. 54 слл. видитъ въ постановленіи L. 7 C. 7, 39 именно доказательство того, что залогъ можетъ сохраняться, не смотря на полное уничтоженіе обязательства.— Выше на стр. 313 мы видѣли, что компиляторы Дигестъ не стѣснялись акцессорностью поручительства, интерполируя lex Marcellus.

[42]) Буквальная редакція конституцій, вводящихъ исковую давность, какъ уже было указано въ прим. 39, такъ сбивчива въ этомъ отношеніи, что она не можетъ служить препятствіемъ къ признанію допустимыми нѣкоторыхъ послѣдствій натуральнаго обязательства по истеченіи давности.

ГЛАВА ДВѢНАДЦАТАЯ.

Результаты. Общее ученіе о натуральныхъ обязательствахъ. Данныя источниковъ объ исторіи института.

Мы закончили изслѣдованіе всѣхъ отдѣльныхъ случаевъ натуральнаго обязательства, извѣстныхъ нашимъ источникамъ. Намъ остается подвести общіе итоги нашему изслѣдованію и дополнить его нѣкоторыми мѣстами источниковъ, которыя до сихъ поръ нами еще не были комментированы.

I. Остановимся, прежде всего, на вопросѣ о томъ, какія изъ послѣдствій, допустимыхъ въ римскомъ правѣ при обязательствахъ вообще, считались возможными при неисковыхъ obligationes naturales?

1. Solutio. На первомъ мѣстѣ намъ слѣдуетъ отмѣтить способность обязательства, лишеннаго исковой защиты, служить основаніемъ для уплаты—solutio.—Это послѣдствіе натуральнаго обязательства извѣстно уже старшему современнику Юліана, Нерацію [1]); его знали вообще до Юліановскіе юристы [2]).

Не слѣдуетъ, однако, считать этого послѣдствія наступающимъ

---

[1]) L. 41 D. 12, 6 Ner. 6 membran.

[2]) Это можно вывести изъ слѣдующаго текста. L. 1 § 17 D. 35, 2 Paulus l. sing. ad leg. Falc. Id, quod natura hereditati debetur et peti quidem non potest, solutum vero non repetitur, non esse computandum in hereditate quidam putant. Sed Julianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat et hereditario jure id quoque capi ideoque et in restitutionem hereditatis venturam.—Lenel. Julianus 752 относитъ этотъ фрагментъ къ Juliani digestorum l. 61, tit. ad legem Falcidiam.—Мы еще нѣсколько разъ вернемся къ этому тексту.

совершенно одинаково при всѣхъ натуральныхъ обязательствахъ. Источники намъ показываютъ, что отношенія, которымъ давалось это имя, не всегда подлежатъ одинаковымъ нормамъ касательно возможности совершать по нимъ уплату. Именно, слѣдуетъ различать нѣсколько категорій относящихся сюда случаевъ.

1) Большею частью, уплата, сдѣланная по натуральному обязательству, считается за настоящую solutio во всѣхъ отношеніяхъ. Obligatio naturalis разсматривается, какъ объективное основаніе для полученія уплаты, и при его наличности даже уплата, сдѣланная въ результатѣ ошибочнаго предположенія платящаго о существованіи долга, снабженнаго искомъ, т. е. сдѣланная per errorem, не подлежитъ возврату [3]).

2) Есть такія отношенія, по которымъ уплата, сдѣланная per errorem, подлежитъ возврату. Но сознательно сдѣланная по нимъ уплата считается не за donatio, а за debiti solutio [4]).

3) Иногда юристы говорятъ о «naturaliter obligari» даже въ такихъ случаяхъ, когда они и сознательной уплаты не признаютъ за solutio. Уплата по такой obligatio naturalis есть дареніе, donatio, а самая натуральная обязанность является просто особымъ мотивомъ предоставленія, который не отнимаетъ у послѣдняго значенія дара и только придаетъ этому дару особый характеръ [5]).

4) Наконецъ, нѣкоторые источники означаютъ именемъ «naturale debitum» моральныя обязанности, которыя дали поводъ къ установленію нѣкоторыхъ юридическихъ нормъ, но не были снабжены послѣдствіями, которыя свойственны обязательственному праву. При такихъ «debita naturalia» нельзя говорить о solutio ни въ какомъ смыслѣ [6]).

Съ другой стороны, есть и такіе случаи, въ которыхъ не до-

---

[3]) См. напр. L. 32 § 2 D. 12, 6. L. 26 § 12. L. 40 pr. L. 64 D eod.— Иногда, впрочемъ, уплату могутъ совершать только третьи лица, а не самъ должникъ. Въ такое положеніе въ Юстиніановомъ правѣ поставленъ относительно своей obl. nat. пупиллъ даже post pubertatem. См. выше гл. IV стр. 291 сл.

[4]) См. гл. VI, III. Натуральная обязанность къ уплатѣ легатовъ и фидеикомиссовъ.

[5]) См. гл. VI, IV. Obligatio naturalis ad remunerandum.

[6]) См. гл. VI, V. Натуральная обязанность къ подаркамъ между родственниками и къ предоставленію наслѣдства.

пускается condictio indebiti для возвращенія сдѣланной per errorem уплаты, хотя нельзя говорить о наличности какого бы то ни было обязательства, даже натуральнаго [7]).

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что есть отношенія, которыя въ источникахъ называются натуральными долгами, хотя и неспособны къ solutio; съ другой же стороны, иногда condictio indebiti не допускается при полномъ отсутствіи всякаго обязательства.

Тѣмъ не менѣе, источники считаютъ недопущеніе repetitio soluti весьма важнымъ признакомъ натуральнаго обязательства и иногда даже все отношеніе подобнаго рода описываютъ, какъ не имѣющее исковой защиты, но въ то же время исключающее repetitio soluti [8]).

Въ тѣхъ случаяхъ, когда натуральное обязательство признано титуломъ для solutio, уплата по нему есть настоящая solutio debiti: она зачитывается in Falcidiam и, если совершеніе ея поставлено въ завѣщаніи условіемъ для полученія легата, то уплаченное считается не только за datum condicionis implendae causa, но и за datum solvendi causa [9]).

Если натуральное обязательство является обстоятельствомъ, не допускающимъ возврата уплаченнаго per errorem, то оно исключаетъ condictio indebiti не ope exceptionis, а ipso jure. Отвѣтчикъ не противопоставляетъ иску какого-либо самостоятельнаго права, при наличности котораго condictio indebiti считается ipso jure обоснованной, но онъ прямо отрицаетъ обоснованность предъявляемаго къ нему иска, совершаетъ negatio actionis. Исключеніе condictio indebiti, по указанію самихъ римскихъ юристовъ, мотивировано тѣмъ, что при обсужденіи понятій «debitum» или «indebitum» по поводу этого иска во вниманіе принимаются и naturalia debita [10]). Присяжный судья въ формулярномъ процессѣ, слѣдовательно, могъ

---

[7]) Таково напр. исключеніе condictio indebiti въ случаяхъ „ubi lis infitiando crescit in duplum". § 7 J. 3, 27. L. 4 C. 4, 5. См. Accarias, Précis т. II, стр. 438 сл. Girard, Manuel стр. 601 пр. 1. Windscheid, т. II, § 426 пр. 17. Schwanert, стр. 190 пр. 9.

[8]) См. напр. L. 3 § 7 D. 2, 2 Jul. ap. Ulp. 3 ed. L. 94 § 3 D. 46, 3 Papin. 3 quaest. L. 1 § 17 D. 35, 2 (въ прим. 2).

[9]) L. 21 pr. D 35, 2 Paul. 12 quaest.

[10]) L. 64 D. 12, 6 Tryphon. 7 disp.... „debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est."

принять во вниманіе натуральное обязательство на основаніи officium judicis, установленнаго въ результатѣ истолкованія самой формулы иска—condictio indebiti, и не нуждался въ особомъ полномочіи со стороны претора, которое бы ему давалось въ формѣ эксцепціи въ formula actionis [11]).

2) Novatio. Многія натуральныя обязательства способны къ новаціи. Общее правило по этому поводу мы находимъ въ

L. 1 § 1 D. 46, 2. Ulpianus l. 46 ad Sabinum. Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.

Отсюда слѣдуетъ, что съ помощью новаціи можно подставить на мѣсто неисковой obligatio naturalis исковую obligatio civilis; но съ другой стороны неисковая obl. naturalis, заключенная novandi causa, можетъ уничтожить прежнее исковое обязательство [12]).

Относительно stipulatio novandi causa, заключенной по поводу obl. naturalis, нужно сдѣлать замѣчанія, аналогичныя съ нашими положеніями о solutio по obligationes naturales. 1) Большею частью абстрактную [13]) stipulatio novandi causa нельзя обезсилить черезъ condictio indebiti или exceptio, даже если она сдѣлана по поводу натуральнаго обязательства per errorem [14]). — 2) Иногда stipulatio

---

[11]) См. въ концѣ книги приложеніе объ exceptio.—Источники, на которые ссылался Büchel, Civilr. Erörterungen т. II, стр. 60 слл. въ доказательство того, что cond. indebiti исключается при наличности obl. nat. лишь ope exceptionis, этой мысли не доказываютъ. Въ частности, въ L. 94 § 3 D. 46, 3 auxilium exceptionis относится къ должнику, а не къ кредитору. См. объ этомъ Erxleben, die Condictionen sine causa, т. I, стр. 139 слл. Schwanert, стр. 191 сл. Ryck стр. 30.—Ошибочное воззрѣніе раздѣляется, однако, и нѣкоторыми новѣйшими писателями, особенно французскими. См. напр. Maynz, Cours de droit romain, т. II. (4-ое изд. 1877 г.), стр. 123 передъ пр. 10. van Wetter, Oblig. т. I. (1883 г.), стр. 221. Въ нашемъ смыслѣ, повидимому, Accarias, Précis, т. II, стр. 435. Girard, стр. 599 пр. 7.

[12]) Gai III, 176.

[13]) См. Girard, Manuel, стр. 680.

[14]) Въ гл. III стр. 254 слл. мы установили такое правило на основаніи L. 2 C. 4, 28 относительно obl. nat. ex Scto Macedoniano; L. 20 D. 14, 6 содержитъ

novandi causa имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, когда она совершена по поводу натуральнаго долга вполнѣ сознательно, а не подъ вліяніемъ заблужденія. Но при этихъ условіяхъ установленіе стипуляціоннаго долга будетъ считаться за debiti solutio, а не за donatio[15]).—3) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ promissio, сдѣланная для исполненія obl. naturalis, будетъ считаться за donatio[16]).

3) Legatum. Натуральное обязательство можетъ быть предметомъ легата. По этому поводу мы имѣемъ два рѣшенія въ источникахъ.

Яволенъ уже знаетъ такой легатъ въ видѣ legatum debiti: само обязанное лицо можетъ отказать лицу, въ пользу котораго существуетъ обязанность, то, что оно должно послѣднему naturaliter[17]). Такой легатъ имѣетъ большое значеніе: онъ долженъ дать легатарію actio ex testamento, съ помощью которой тотъ можетъ взыскивать съ наслѣдника предметъ легата, т.-е. сумму неисковаго, натуральнаго долга[18]).

Папиніанъ упоминаетъ о легатѣ предмета натуральнаго долга со стороны кредитора въ пользу третьяго лица[19]). Еслибы кредиторъ имѣлъ цивильное, исковое обязательство, то мы получили бы legatum nominis: легатарій могъ бы требовать у наслѣдника цессіи обязательства[20]). И въ данномъ случаѣ легатарій имѣетъ интересъ требовать, чтобы наслѣдникъ на него тотчасъ же перенесъ натуральное обязательство, хотя бы срокъ уплаты по нему еще не наступилъ: легатарій, получивъ obligatio naturalis, могъ бы принимать

въ себѣ особое мнѣніе Помпонія для даннаго случая.—Въ L. 19 § 4 D. 39, 5 Ulp. 76 ed. новація по поводу obl. nat. прямо приравнивается къ debiti solutio; см. стр. 161 пр. 366; стр. 294 пр. 109; стр. 357 пр. 16. См. также L. 19 D. 46, 2 и сказанное о ней въ гл. III стр. 259 сл.; здѣсь обращено вниманіе и на разницу между новаціей и уплатой по нат. обязат.: новація не можетъ быть допускаема вездѣ, гдѣ допустима solutio по нат. обяз.

[15]) L. 20 § 1 D. 39, 5. L. 46 D. 35, 2. L. 19 C. 6, 50.—L. 62 D. 12, 6 См. главу VI, прим. 52—55; 57.

[16]) Напр. при obl. nat. ad remunerandum.

[17]) L. 40 § 3 D. 35, 1 Javol. 2 post. Lab.

[18]) Ср. Accarias, т. I, стр. 1065.

[19]) L. 25 § 1 D. 36, 2 Papinianus 18 quaest.

[20]) См. напр. легатъ въ тѣхъ же самыхъ выраженіяхъ въ L. 105 D. 30 и къ этому Accarias, т. I, стр. 1062 сл.

за нее залоги и поручительства, совершать novatio. Всѣ эти послѣдствія натуральнаго обязательства, какъ увидимъ ниже, уже были признаны въ эпоху Папиніана. Тѣмъ не менѣе, юристъ рѣшаетъ, что данный легатъ есть отказъ только «futurae solutionis», если таковая послѣдуетъ отъ должника; пока solutio не произошла, легатарій «interim nihil petet». Слѣдовательно, легатарій можетъ требовать только выдачи ему уплаты, если она будетъ получена наслѣдникомъ отъ должника, но не немедленной уступки ему натуральнаго обязательства. Чѣмъ объяснить такую разницу съ легатомъ искового обязательства? На нашъ взглядъ объясненіе можетъ заключаться только въ томъ, что римляне не признавали цессіи примѣнимою къ неисковымъ обязательствамъ; cessio nominis развилась изъ mandatum ad agendum и не имѣла мѣста при обязательствахъ, которыя не порождали иска [21]).

4. Поручительство. Впервые мы встрѣчаемся съ fidejussio, установленной въ обезпеченіе натуральнаго обязательства, у Помпонія (вѣроятно, libro 22 ad Sabinum) [22]) и у Юліана l. 53 digestorum; послѣдній юристъ заботливо мотивируетъ возможность этого послѣдствія, что̀ указываетъ на его новизну [23]).

Источники неоднократно указываютъ намъ на то, что установленіе поручительства возможно лишь въ томъ случаѣ, когда на главномъ должникѣ лежитъ цивильное или, по крайней мѣрѣ, не-

---

[21]) Ср. къ этому также Schwanert, стр. 182. Ryck, стр. 32 пр. 7.— О возможности cessio примѣнительно къ obl. nat. нельзя заключать, конечно, изъ того, что causa naturalium obligationum transit при реституціи наслѣдства ex Trebelliano: L. 41 (40) pr. D. 36, 1 Paul. 20 ed. (Lenel, Paul. 327) L. 66 (64) pr. D. 36, 1 Maec. 4 fideic. (Lenel, Maec. 22); cf. L. 1 § 17 D. 35, 2 (въ прим. 2) L. 49 (47) D. 36, 1. Pompon. 1 var. lect (Lenel, Pompon. 816). Въ этомъ случаѣ мы имѣемъ универсальное преемство. Girard, 905. Accarias, т. I, стр. 1114 слл. См. къ этому Schwanert, 179 сл., а также Muther, zur Lehre v. d. röm. Actio (1857 г.) стр. 167. Windscheid, die Actio. Abwehr gegen Muther (1857 г.), стр. 77.

[22]) L. 13 pr. D. 12, 6. Pompon. ap. Paul. 10 Sab. Lenel, Pompon. 689. L. 2 D. 46, 1.

[23]) L. 16 § 3, 4 D. 46, 1. L. 7 D. eod. Jul. 53 dig. Lenel, Julianus 711. Къ этимъ фрагментамъ мы еще вернемся.

исковое натуральное обязательство [24]). Если главное обязательство прекращается, такъ что оно не сохраняетъ силы даже неисковаго обязательства, то установленные за него поручители освобождаются [25]) и установленіе ихъ вновь дѣлается невозможнымъ [26]).

Такимъ образомъ, общимъ принципомъ является акцессорность поручительства: это отношеніе предполагаетъ наличность главнаго долга, хотя бы неисковаго, какъ для своего возникновенія, такъ и для того, чтобы продолжать свое существованіе.

Однако, классическіе юристы иногда отступаютъ отъ этого принципа, по крайней мѣрѣ, относительно возможности сохраненія въ силѣ поручительства послѣ уничтоженія главнаго долга. Иногда главный долгъ теряетъ всякую силу, но юристы сохраняютъ отвѣтственность поручителя, не подкладывая въ ея основу никакого главнаго долга въ качествѣ obl. naturalis. Такъ, мы видѣли, что отвѣтственность главнаго должника можетъ быть уничтожена вслѣдствіе restitutio in integrum, между тѣмъ какъ поручитель продолжаетъ отвѣчать [27]). И наоборотъ: главный должникъ можетъ остаться свободнымъ отъ долга, а отвѣтственность поручителя можетъ быть возстановлена черезъ restitutio in integrum [28]).

---

[24]) L. 16 § 3. 4 D. 46, 1. L. 7 eod. (прим. 23). Gai III, 119. L. 6 § 2 D. 46, 1 Ulp. 47 Sab. L. 1 § 2 D. 45, 1 Ulp. 48 Sab. § 1 J. 3, 20. Theoph. ad h. l.

[25]) L. 43 D. 46, 3 Ulp. 2 reg. L. 95 § 4 D. 46, 3 Papin. 28 quaest. L. 60 D. 46, 1 Scaev. 1 resp. L. 42 pr. D. 12, 2 Jul. ap. Pomp. 18 epist.

[26]) L. 18 D. 14. 6 Venul. 2 stip.

[27]) Гл. IV, пр. 235; ср. прим. 179.

[28]) Гл. XI, послѣ прим. 25 (L. 38 § 4 D. 46, 3 Jul. ap. Afric. 7 quaest.).— Hasenbalg, Bürgschaft, стр. 632 слл. неправъ въ томъ отношеніи, что изъ за подобныхъ исключительныхъ случаевъ онъ готовъ отбросить общій принципъ, согласно которому поручительство, разъ установленное, и для сохраненія своей силы требуетъ наличности главнаго долга, и приравнять fidejussio въ этомъ отношеніи къ constit. debiti. Наличность общаго принципа доказана источниками въ прим. 25. См. противъ Hasenbalg'a Windscheid т. II, § 477, 1 b, который также допускаетъ исключенія изъ общаго принципа (пр. 19. 20). Съ другой стороны, неправъ и Schwanert, стр. 202, который считаетъ отвѣтственность поручителя несомнѣннымъ признакомъ наличности obl. nat. на сторонѣ главнаго должника и не признаетъ, повидимому, никакихъ исключеній изъ общаго принципа (см. особ. стр. 397 слл. его книги).

Компиляторы Дигестъ Юстиніана, по нашему мнѣнію, нарушили этотъ принципъ объ акцессорности поручительства еще и въ другомъ отношеніи: они допустили установленіе вновь поручительства за вполнѣ ничтожное обязательство сумасшедшаго и расточителя путемъ внесенія соотвѣтственной интерполяціи въ lex Marcellus [29]).

Иногда въ нашихъ источникахъ констатируется наличность натуральнаго обязательства въ извѣстномъ данномъ случаѣ и отсюда дѣлается заключеніе о возможности устанавливать въ этомъ случаѣ поручительство [30]). Какъ будетъ показано ниже, понятіе натуральнаго обязательства въ этихъ случаяхъ слѣдуетъ толковать ограничительно: не всѣ натуральные долги способны быть обезпечиваемы черезъ поручительство.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ обязательство, теряя искъ, сохраняетъ силу, какъ obligatio naturalis, но тѣмъ не менѣе, установленные за него поручители освобождаются; это намъ прямо указано въ источникахъ относительно litis contestatio въ классическомъ правѣ [31]).

Поручитель, установленный по поводу неисковаго обязательства самъ отвѣчаетъ, по общему правилу, исковымъ путемъ. На немъ лежитъ obligatio civilis [32]), если только нѣтъ какихъ либо особенныхъ основаній, которыя превращаютъ его обязательство также въ obligatio naturalis. Случаемъ, когда поручители за obl. naturalis сами обязываются только naturaliter, является напр. поручительство за

---

[29]) См. гл. IV стр. 313.

[30]) См. напр. L. 13 pr. D. 12, 6 Pomp. ap. Paul. 10 Sab. L. 8 § 3 D. 46, 1 Jul. ap. Ulp. 47 Sab. L. 50 § 2 D. 15, 1 Papin. 9 quaest. L. 1 § 2 D 45. 1 Ulp. 48 Sab.

[31]) L. 60 D. 46, 1 Scaev. 1 resp. и къ этому ст. 387 сл.

[32]) Это доказываютъ, гл. образомъ, слѣдующіе источники: L. 21 § 2 D. 46, 1 (см. стр. 99 и 161; гл. X пр. 19), гдѣ сказано, что при наслѣдованіи между либертомъ и его поручителемъ за obl. naturalis въ лицѣ наслѣдника соединяется и obl. nat. главнаго должника, и obl. civilis поручителя; L. 35 D. 4, 8 (о которой стр. 295 пр. 119); L. 127 D. 45, 1, гдѣ признано, что mora не можетъ наступить для должника по obl. nat. вслѣдствіе отсутствія petitio, но возможна для его поручителя; L. 42 pr. D. 12, 2, гдѣ поручителю за obl. nat. не дается exceptio jurisjurandi (ср. L. 60 D. 46, 1); Theoph. ad § 1 J 3, 20 φύσει καὶ νόμῳ κρατεῖσθαι. См. ко всему этому Hasenbalg, стр. 141 сл. Schwanert, стр. 199 сл.

obl. nat. ex Scto Macedoniano; мы знаемъ, что поручители подвластнаго должника, вступившіеся за него не по порученію домовладыки и имѣющіе регрессъ, получаютъ противъ иска кредитора эксцепцію, которая оставляетъ для нихъ только obl. naturalis [33]).

Отвѣтственность поручителей за obligatio naturalis имѣетъ ту особенность, что они, въ виду отсутствія у кредитора иска къ главному должнику, не пользуются beneficio excussionis, равно какъ и beneficio cedendarum actionum [34]).

5. Залогъ. Натуральное обязательство можетъ быть обезпечено залогомъ. Это послѣдствіе впервые упоминается у Марцелла [35]) и Гая [36]). Помпонію, кажется, оно не было еще извѣстно [37]).

Залогъ, такъ-же какъ и поручительство, является у римскихъ юристовъ по существу отношеніемъ акцессорнымъ: онъ можетъ быть установленъ лишь тогда, когда существуетъ какое либо обязательство, по крайней мѣрѣ, натуральное [38]); онъ прекращается, если обезпеченный имъ долгъ не только теряетъ исковую защиту, но и значеніе натуральнаго обязательства [39]).

Толкуя L. 61 (59) pr. D. 36, 1, мы видѣли, что Павелъ, доказавъ сохраненіе залога послѣ confusio, изъ чисто теоретическихъ соображеній подкладываетъ въ основу залога obligatio naturalis [40]).

Тѣмъ не менѣе, бываютъ и обратные случаи. Въ L. 38 § 5 D. 46, 3 Африканъ сохраняетъ въ силѣ залогъ, хотя, повидимому, считаетъ все обязательство уничтоженнымъ; въ глазахъ этого юриста въ виду особенностей formula hypothecaria залогъ является менѣе акцессорнымъ правомъ, нежели поручительство: онъ иногда сохраняется въ такихъ случаяхъ, когда поручительство должно погибнуть [41]).

---

[33]) См. гл. III стр. 262 сл.

[34]) Schwanert, стр. 200 сл. Hasenbalg, стр. 650 сл. Windscheid, т. II § 478 прим. 6.

[35]) L. 27 D. 20, 1. См. къ этому гл. VII стр. 397 сл.

[36]) L. 2 D. 20, 3 Gai sing. form. hyp.

[37]) L. 13 pr. D. 12, 6 и сказанное о ней на стр. 99, прим. 143.

[38]) L. 5 pr. D. 20, 1 Marcianus sing. form. hyp.

[39]) L. 43 D. 46, 3 Ulp. 2 reg. L. 14 § 1 D. 20, 1 Ulp. 73 ed. L. 2 C. 8, 30 (31) Gord. (240 г.).

[40]) См. гл. X, I.

[41]) См. объ этомъ гл. X, II, 3. Тотъ же Африканъ, впрочемъ, иногда за

Въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, какъ мы видѣли, императорскія конституціи сохраняютъ въ силѣ залогъ послѣ погашенія обезпеченнаго имъ долга исковою давностью, не подкладывая въ его основу никакой obligatio naturalis [42]).

Обезпечивающій уплату по obligatio naturalis залогъ порождаетъ, по общему правилу, для кредитора actio hypothecaria; это въ достаточной степени обнаруживаютъ намъ упомянутыя уже разсужденія Павла въ L. 61 (59) pr. D. 36, 1 [43]). Залогодатели за obl. nat. ex Scto Macedoniano получаютъ exceptio противъ иска залоговаго кредитора по тѣмъ же правиламъ, какъ и поручители [44]).

Третій владѣлецъ залога, обезпечивающаго obl. naturalis, не пользуется, конечно, beneficio cedendarum actionum или excussionis personalis [45]).

6. Constitutum. Мы уже имѣли случай указать, что, по нашему мнѣнію, это послѣдствіе натуральнаго обязательства не было извѣстно классическому праву. Constitutum на основаніи натуральнаго обязательства впервые, при помощи интерполяціи, допущено было компиляторами Дигестъ Юстиніана. При этомъ компиляторы не только не позаботились опредѣлить точнѣе сферу примѣненія конституту въ данномъ случаѣ, но даже забыли изгладить изъ Дигестъ слѣды стараго права [46]).

7. Compensatio. Право классическаго періода, повидимому, признаетъ возможнымъ производить на основаніи натуральныхъ обя-

---

ставляетъ и поручителя отвѣчать одного, но прекращеніи главнаго долга: онъ въ непосредственно предшествующемъ отрывкѣ допускаетъ restitutio in integrum иска противъ одного только поручителя. См L. 38 § 4 D. 46, 3; выше прим. 28. Такимъ образомъ, Африканъ только отступаетъ для залога отъ принципа акцессорности въ болѣе широкихъ размѣрахъ, чѣмъ для поручительства, гдѣ онъ считаетъ возможной rest. in int. иска, но не сохраненіе отвѣтственности поручителя ipso jure.

[42]) См. гл. XI прим. 41.

[43]) См. къ этому еще Schwanert, стр. 211 слл. (относительно его замѣчаній о залогѣ за pactum usurarium см. однако гл. V пр. 23 и 24); Dernburg, Pfandrecht, т. I, стр. 537 слл.

[44]) L. 2. D. 20, 3. Выше стр. 265.

[45]) См. Schwanert, стр. 213 пр. 52. Dernburg, Pfandrecht, т. I, стр. 538; т. II, стр. 384.

[46]) См. гл. XI стр. 461 слл.

зательствъ только compensatio ex eadem causa: если лицо изъ двусторонняго обязательства само обязано только naturaliter, тогда какъ противъ его контрагента на основаніи той же самой сдѣлки можетъ быть предъявленъ искъ, то юристы дозволяютъ отвѣтчику произвести противъ этого иска зачетъ принадлежащаго ему ex eadem causa натуральнаго права требованія. Такъ, по мнѣнію Павла l. 32 ad edictum, если съ рабомъ заключена societas и господинъ предъявляетъ искъ изъ этого договора, то отвѣтчикъ можетъ компенсировать съ этимъ искомъ натуральный долгъ ему изъ той же societas, лежащій на самомъ рабѣ [47]). Подобное же рѣшеніе мы находимъ у Ульпіана l. 10 ad edictum по поводу натуральнаго обязательства пупилла s. t. a. [48]).

Къ этой же compensatio ex eadem causa относилась, вѣроятно, въ подлинномъ сочиненіи Ульпіана и

L. 6 D. 16, 2 Ulp. l. 30 ad Sabinum. Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

Въ l. 30 ad Sabinum Ульпіанъ говорилъ, главнымъ образомъ, о двусторонніхъ обязательствахъ, каковы emtio venditio и societas, и выписанная фраза, по всей вѣроятности, стояла въ связи съ какимъ-нибудь рѣшеніемъ, подобнымъ только-что приведенному рѣшенію Павла о societas [49]).

Больше мы не имѣемъ источниковъ, которые бы для классической эпохи могли быть отнесены къ процессуальной compensatio на основаніи obl. naturalis. Въ частности:

L. 14 D. 16, 2 Javolenus l. 15 ex Cassio. Quaecumque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt,

говорила въ подлинномъ сочиненіи Яволена не о compensatio, а о deductio bonorum emtoris [50]). Яволенъ не могъ думать о compensatio на основаніи obl. naturalis уже потому, что, какъ увидимъ ниже, въ эпоху этого юриста, писавшаго раньше Юліана, институтъ на-

---

[47]) L. 9 pr. D. 16, 2. См. гл. II, стр. 157.

[48]) L. 3 § 4 D. 3, 5. См. гл. IV стр. 296.

[49]) См. въ этомъ смыслѣ Lenel, Ulp. 2738 прим. 4. Appleton, Histoire de la compensation, стр. 67. Неопредѣленно выражается Geib, Theorie d. ger. Comp., стр. 119.

[50]) Lenel, Ed. perp. § 218. Paling., Javol. 68. Appleton, op. cit. стр. 217, пр. 1; стр. 307 пр. 1.

туральныхъ обязательствъ былъ еще слишкомъ мало развитъ; naturalia debita имѣли такую узкую область примѣненія, сравнительно съ послѣдующей эпохой, и послѣдствія ихъ были такъ незначительны, что было бы странно ожидать въ эту эпоху разсужденій о compensatio на ихъ основаніи[51]).

Что сказать намъ о Юстиніановомъ правѣ? Здѣсь, во-первыхъ, L. 6 D. 16, 2 является оторванной отъ остальнаго изложенія Ульпіана, такъ что ее можно отнести къ compensatio ex dispari causa. Во-вторыхъ, L. 14 D. 16, 2 отнесена компиляторами къ компенсаціи; изъ нея можно сдѣлать двоякое заключеніе: она можетъ означать въ устахъ компиляторовъ, что обязательство, обезсиленное эксцепціей, не годится для компенсаціи, даже если оно сохраняетъ силу натуральнаго; въ такомъ случаѣ L. 14 cit. ограничиваетъ общее правило въ L. 6 cit; но можно толковать эти два источника и въ обратномъ смыслѣ, т.-е. ограничивать L. 14 cit. на основаніи L. 6 cit. и выводить, что обязательство, обезсиленное эксцепціей, не годится для compensatio, только когда оно теряетъ силу даже натуральнаго обязательства.

Въ современной литературѣ вопросы эти являются спорными. Нѣкоторые писатели утверждаютъ прямо, что компиляторы, отвлекая L. 6 D. 16, 2 отъ остальнаго изложенія Ульпіана, вовсе не думали вводить compensatio ex dispari causa: они поступили необдуманно, и не имѣли какой-либо сознательной цѣли ввести реформу права[52]). Другіе ученые, по крайней мѣрѣ, доказываютъ, что и въ Юстиніановомъ правѣ compensatio ex dispari causa не была допущена для всѣхъ случаевъ натуральнаго обязательства: такъ, она должна быть непримѣнима противъ пупилла, обязавшагося s. t. a.[53]), или на-

---

[51]) Въ L. 20 § 2 D. 40, 7; L. 7 § 4 D. 15, 3; L. 6 § 4 D. 33, 8 не говорится о процессуальной компенсаціи, а просто о счетѣ пекулія или о зачетѣ по соглашенію: см. гл. II, прим. 287, пр. 352, пр. 284. — Въ L. 8 и L. 18 pr. D. 16, 2 говорится о компенсаціи на основаніи obl. civilis: см. гл. VII стр. 390 сл. L. 8 § 1 D. 46, 8 см. въ гл. VII пр. 29.—Въ L. 22 D. 23, 4 и L. 28 § 7 D. 24, 1 не говорится о натуральномъ обязательствѣ, ибо pactum nudum такъ не было конструировано: стр. 337 пр. 39.

[52]) См. Appleton, l. c. стр. 67.

[53]) Windscheid, Pand. § 289 пр. 13 (см. о другихъ ученыхъ гл. IV прим. 128).

основаніи obl. nat. ex Scto Macedoniano[54]). Съ точки зрѣнія этихъ ученыхъ въ каждомъ случаѣ obl. naturalis нужно изслѣдовать особо, примѣнима ли въ немъ compensatio ex dispari causa[55]).

По поводу отношенія между L. 6 и L. 14 D. 16, 2 въ Юстиніановой компиляціи голоса ученыхъ также раздѣляются: одни склонны видѣть въ L. 6 положеніе, ограничивающее L. 14[56]), а другіе разсуждаютъ прямо противоположно[57]).

Окончательно разрѣшить эти недоумѣнія невозможно въ виду полнаго отсутствія прямыхъ указаній въ источникахъ о тенденціи, которую преслѣдовали компиляторы, интерполируя L. 14 и превращая въ общее правило L. 6 cit. Скорѣе всего, однако, мы были бы склонны стать на сторону тѣхъ ученыхъ, которые и для Юстиніанова права совсѣмъ не признаютъ возможности compensatio ex dispari causa; дѣло въ томъ, что только отказъ въ compensatio ex eadem causa является безусловно несправедливымъ для кредитора по натуральному обязательству, а compensatio ex dispari causa въ очень многихъ случаяхъ была бы несовмѣстима съ характеромъ тѣхъ нормъ, которыя лишаютъ обязательство исковой защиты[58]); съ другой стороны, текстъ L. 6 даже въ компиляціи Юстиніана недостаточно энергично редактированъ, чтобы только на основаніи его можно было доказывать допустимость всякаго рода compensatio на основаніи всевозможныхъ obl. naturales. Изъ него слѣдуетъ только, что compensatio возможна и по поводу натуральныхъ долговъ. Можно надѣяться, что компиляторы выразились бы болѣе опредѣленно и

---

[54]) Windscheid, l. c. пр. 21 и цитир. тамъ авторы; противъ этого —Schwanert, стр. 361 сл. Mandry, Familiengüterrecht т. I, стр. 522.

[55]) Противъ допустимости compensatio ex dispari causa на основаніи всѣхъ nat. обязат. см. также хорошее изложеніе у Ullrich, die Naturalobl. der Pupillen, стр. 53 слл.; этотъ авторъ, повидимому, допускаетъ ее только при nuda pacta, которыя, однако, по нашему мнѣнію, не относятся къ числу obl. nat.— De lege ferenda въ отрицат. смыслѣ рѣшаетъ вопросъ и Grawein, Verjährung und ges. Befristung, стр. 147 пр. 95.

[56]) См. Dernburg, Compensation (2-ое изд.), стр. 470 пр. 1 (допускается къ компенсаціи obl. nat. post l. contest.) Schwanert, 361 сл.

[57]) Eisele, Compensation, стр. 327 слл.

[58]) См. объ этомъ соображенія писателей, цитированныхъ въ прим. 52 и 55.

энергично, еслибы, принимая L. 6 cit. въ Дигесты въ данномъ видѣ, хотѣли этимъ путемъ произвести реформу права.

8. При наличности нѣкоторыхъ особенныхъ условій obligatio naturalis можетъ проявиться въ томъ, что на основаніи ея дается exceptio doli противъ иска какого-либо третьяго лица[59]).

9. Натуральныя обязательства зачисляются въ составъ имущества, т.-е. уменьшаютъ имущество обязаннаго лица и увеличиваютъ имущество управомоченнаго[60]). Такое значеніе впервые придается имъ Юліаномъ, кажется въ 61 книгѣ его Дигестъ[61]).

Какъ составныя части имущества, натуральныя обязательства активно и пассивно переходятъ на наслѣдниковъ[62]) и принимаются во вниманіе при исчисленіи quarta Falcidia[63]). Они подлежатъ реституціи ex Scto Trebelliano[64]).

Увеличиваютъ имущество, однако, не всѣ натуральныя обязательства. Такъ, Ульпіанъ l. 15 ed. прямо заявляетъ, что конструированная имъ obl. nat. ad remunerandum не дѣлаетъ лицо, въ пользу котораго она существуетъ, locupletior, т.-е. не увеличиваетъ его имущества[65]). Ниже мы надѣемся указать болѣе опредѣленно, какія натуральныя обязательства, по нашему мнѣнію, способны увеличивать имущество лица, въ пользу котораго они установлены.

II. Перейдемъ теперь къ вопросу о томъ, какіе виды натуральныхъ обязательствъ извѣстны римскому праву.

Не всѣ натуральныя обязательства, какъ это ясно уже изъ

---

[59]) См. L. 8 § 1 D. 46, 8. Гл. VII стр. 394 сл.

[60]) См. къ этому Windscheid, т. II, § 289 пр. 7. Ryck, стр. 32 пр. 6.—Computatio in peculium и deductio de peculio, какъ показано было во II и III главѣ, созданы еще раньше появленія института натуральныхъ обязательствъ и не могутъ быть считаемы за послѣдствія таковыхъ.

[61]) L. 1 § 17 D. 35, 2. См. прим. 2.

[62]) L. 1 § 17 D.cit. Jul. ap. Paul. sing. l. Falc. L. 21 § 2 in f. D. 46, 1 Africanus l. 7 quaest. L. 66 (64) pr. D. 36, 1 Maecianus 4 fideic. L. 56 § 2 D. 35, 2 Scaev. ad Marcel. 22 dig. L. 44 D. 46, 3 Marcian. 2 reg. L. 21 pr. D. 35, 2 Paul. 12 quaest.

[63]) L. 1 § 17 cit. L. 56 § 2 cit L. 44 cit. L. 21 pr. cit.

[64]) См. источники въ прим. 21.

[65]) L. 25 § 11 D. 5, 3.

сказаннаго выше, способны порождать всѣ перечисленныя послѣдствія.

Прежде всего, намъ нужно выдѣлить особо тѣ naturalia debita, которыя имѣютъ значеніе моральныхъ обязанностей, не снабженныхъ никакими юридическими послѣдствіями, свойственными обязательственному праву, и только служатъ фактическимъ поводомъ для изданія нѣкоторыхъ нормъ права. Такова натуральная обязанность родственниковъ къ предоставленію подарковъ и наслѣдства [66]). Далѣе, не имѣетъ для насъ большаго интереса и Ульпіановская obl. naturalis ad remunerandum, которая изображаетъ изъ себя просто мотивъ предоставленія, имѣющій извѣстное юридическое значеніе, но не получившій силы юридической обязанности [67]).

Всѣ остальныя отношенія, причисленныя нами къ числу naturalia debita или obligationes naturales, могутъ быть раздѣлены съ точки зрѣнія свойственныхъ имъ послѣдствій на три группы.

1) Есть такія naturalia debita, лишенныя исковой защиты, единственное значеніе которыхъ сводится къ тому, что сдѣланное для нихъ исполненія предоставленіе не считается за donatio, а за debiti solutio. Но для этого предоставленіе должно быть совершено лицомъ въ сознаніи, что на немъ не лежитъ никакого долга, снабженнаго исковою защитой. Если же предоставленіе совершено per errorem, то оно можетъ быть возвращено съ помощью condictio indebiti. Такое юридическое значеніе имѣетъ, напр., натуральная обязанность къ исполненію воли наслѣдодателя объ уплатѣ легатовъ и фидеикоммиссовъ, оставленныхъ безъ соблюденія должныхъ формальностей, или объ уплатѣ отказовъ безъ вычета quarta Falcidia [68]).

2) Иногда значеніе натуральнаго долга больше. Онъ является объективнымъ титуломъ для solutio и novatio, такъ что, если на основаніи его заключена stipulatio novandi causa или совершена solutio, то эти сдѣлки не могутъ быть оспорены съ помощью condictio indebiti или exceptio. Solutio и novatio дѣйствительны, даже если онѣ произведены per errorem, т. е. вслѣдствіе ошибочнаго представленія о существованіи спабженнаго искомъ долга. Сверхъ

---

[66]) Гл. VI, V.
[67]) Гл. VI, IV.
[68]) Гл. VI, III.

того, по поводу нѣкоторыхъ изъ этихъ натуральныхъ долговъ упоминается еще о legatum debiti: обязанное лицо можетъ завѣщать лицу, въ интересахъ котораго существуетъ обязанность, предметъ своей обязанности; тогда легатарій получаетъ actio ex testamento къ наслѣднику о совершеніи ему даннаго предоставленія[69]). Такой характеръ имѣютъ, напр., слѣдующіе натуральные долги: debitum naturale, которое ex causa peculiari возникаетъ на сторонѣ господина по отношенію къ бывшему рабу[70]); debitum naturale либерта къ предоставленію патрону operae officiales[71]); pietatis causa, которая не допускаетъ жену требовать обратно установленное за собою per errorem приданое[72]); такая же обязанность, лежащая на отцѣ жены[73]). Сюда же относится и natura debitum, остающееся послѣ absolutio injusta veri debitoris, если значеніе его сводится только къ исключенію condictio indebiti о возвратѣ сдѣланной per errorem уплаты[74]).

3) Наконецъ, есть натуральныя обязательства, снабженныя еще болѣе значительными юридическими послѣдствіями. Они не только служатъ объективнымъ титуломъ для solutio и novatio, но годятся также для compensatio ex eadem causa и могутъ быть обезпечиваемы черезъ залогъ и поручительство; одинъ разъ по поводу такого обязательства намъ говорится о legatum nominis со стороны кредитора третьему лицу: правда, въ силу неприложимости cessio къ неисковымъ обязательствамъ, этотъ легатъ получаетъ значеніе только обязанности наслѣдника выдать легатарію уплату, если таковая будетъ получена наслѣдникомъ отъ должника[75]). Такое значеніе имѣютъ слѣдующія натуральныя обязательства: обязательство, по которому рабъ является должникомъ своего господина и третьихъ лицъ[76]); обязательство, по которому бывшій рабъ до цессіи ему иска является кредиторомъ третьихъ лицъ[77]); обязательства между

---

[69]) См. выше прим. 17. 18.
[70]) Гл. II, II
[71]) Гл. VI, I.
[72]) Гл. VI, II.
[73]) Тамъ же L. 46 § 2 D. 23, 3.
[74]) Гл. VII, стр. 401 слл.
[75]) Выше прим. 19—21.
[76]) Гл. II, I и III.
[77]) Гл. II, IV.

подвластнымъ сыномъ и его домовладыкой и обязательство между двумя подвластными одного и того же домовладыки [78]); обязательство изъ займа, заключеннаго contra Sctum Macedonianum [79]); натуральное обязательство изъ сдѣлокъ pupilli s. t. a. [80]); mulieris s. t. a. по классическому праву [81]); minorum XXV annis, имѣющихъ кураторовъ, послѣ Діоклеціана [82]); обязательство изъ pactum de usuris praestandis [83]); натуральное обязательство, остающееся post litem contestatam [84]); вѣроятно, также nat. obl., остающаяся post cap. demin. minimam [85]); можетъ быть, и натуральное обязательство въ результатѣ примѣненія эдикта «quod quisque juris in alterum statuerit etc.» [86]). Натуральное обязательство, конструируемое Павломъ въ случаѣ confusio между кредиторомъ и должникомъ, имѣетъ своимъ назначеніемъ поддерживать въ силѣ залоговое право и потому также должно быть включено въ эту категорію [87]). Конечно, не всѣ изъ перечисленныхъ здѣсь обязательствъ вызываютъ указанныя юридическія послѣдствія въ полномъ объемѣ. Такъ, для натуральнаго обязательства въ случаѣ confusio Павелъ указываетъ намъ въ качествѣ послѣдствій только soluti retentio и сохраненіе въ силѣ залога. Поручители за подвластнаго, обязаннаго ex Scto Macedoniano, если имѣютъ регрессъ и вступились не по мандату отца, сами обязаны только naturaliter [88]). Самъ пупиллъ былъ стѣсненъ въ своей solutio по обязательству, заключенному s. t. a., еще въ классическую эпоху, а въ Юстиніановомъ правѣ solutio такого рода сдѣлана для него совсѣмъ невозможной даже post pubertatem [89]).

Спрашивается: какъ мы должны юридически конструировать натуральныя обязательства указанныхъ трехъ категорій?

---

[78]) Гл. III, I.
[79]) Гл. III, II.
[80]) Гл. IV, I.
[81]) Гл. IV, II.
[82]) Гл. IV, V.
[83]) Гл. V, пр. 15—28; кн. VI, VI.
[84]) Гл. VII.
[85]) Гл. VIII, стр. 415.
[86]) Гл. IX прим. 8.
[87]) Гл. X, I.
[88]) Выше прим. 33.
[89]) Выше прим. 3.

Намъ кажется, что правильно конструировать эти обязательства съ точки зрѣнія современной догматики можно, только отправляясь отъ понятія гражданскаго субъективнаго права и юридической обязанности.

Каждое обязательственное отношеніе въ точномъ смыслѣ этого слова слагается изъ двухъ элементовъ: юридической обязанности на сторонѣ должника къ совершенію извѣстнаго дѣйствія и субъективнаго права требовать совершенія этого дѣйствія на сторонѣ кредитора. Это право требованія, принадлежащее кредитору, какъ и всякое субъективное гражданское право, есть власть, предоставленная субъекту объективнымъ правомъ для удовлетворенія какого-либо заслуживающаго юридической охраны интереса [90]). Субъективное право мы имѣемъ, слѣдовательно, только тогда, когда лицо имѣетъ дозволеніе прибѣгать къ извѣстной самодѣятельности для удовлетворенія своего интереса; только въ этомъ случаѣ можно говорить о наличности у него власти, предоставленной ему объективнымъ правомъ. Если интересъ лица защищенъ правомъ, но такимъ образомъ, что само заинтересованное лицо не должно предпринимать съ своей стороны никакихъ дѣйствій для его удовлетворенія, то мы не можемъ говорить о его субъективномъ правѣ. «Законъ объ обязательномъ оспопрививаніи защищаетъ мой интересъ въ ненаступленіи зараженія оспой, т.-наз. lex Julia de fundo dotali защищаетъ интересъ жены, т.-наз. формальное право необходимаго наслѣдованія защищаетъ интересъ sui, и однако этой защитѣ интересовъ не соотвѣтствуетъ никакое субъективное право» [91]). Мы можемъ дать достаточную защиту извѣстному интересу черезъ наложеніе на нѣкоторыхъ лицъ юридическихъ обязанностей, которымъ не соотвѣтствуютъ субъективныя права заинтересованныхъ лицъ [92]).

Вѣрнымъ признакомъ наличности субъективнаго права въ извѣстномъ данномъ случаѣ служитъ возникновеніе изъ него для субъекта т.-наз. притязанія (Anspruch). Притязаніе есть наличная и признанная правомъ возможность для одного лица требовать отъ другого

---

[90]) См. Merkel, Juristische Encyclopädie (1885 г.) § 159. Regelsberger, Pandekten (1893 г.), стр. 76.

[91]) Regelsberger, l. c. стр. 76.

[92]) Merkel, l. c. § 165 прим. Regelsberger, l. c. стр. 80.

лица совершенія или прекращенія извѣстнаго дѣйствія[93]). Притязаніе должно быть снабжено извѣстными юридическими средствами, обезпечивающими его удовлетвореніе; но такимъ средствомъ не долженъ быть непремѣнно искъ; возможны и **неисковыя притязанія**, которыя допускаются на судъ только въ формѣ защиты противъ иска или снабжены юридическою санкціей иного рода[94]).

Примѣняя все сказанное къ разрѣшенію поставленнаго выше вопроса о конструкціи натуральныхъ обязательствъ, мы получаемъ слѣдующаго рода результатъ.

О настоящихъ обязательствахъ, лишенныхъ иска, мы можемъ говорить только въ случаяхъ третьей категоріи, гдѣ допущены въ качествѣ послѣдствій compensatio ex eadem causa или обезпеченіе отвѣтственности должника черезъ залогъ или поручительство. Въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ юридическую обязанность на сторонѣ должника и соотвѣтственное право требованія на сторонѣ кредитора. Это право требованія производитъ для кредитора притязаніе объ уплатѣ къ должнику; притязаніе это не снабжено искомъ, но оно все-таки получаетъ извѣстную юридическую санкцію. На наличность его указываетъ допустимость compensatio ex eadem causa; здѣсь мы имѣемъ средство добиться отъ должника удовлетворенія, хотя не наступательнымъ путемъ, но, по крайней мѣрѣ, оборонительнымъ,—противопоставляя эксцепцію иску должника ex eadem causa. Точно также признакомъ признанія за кредиторомъ неискового притязанія служитъ допустимость залога и поручительства. Эти акцессорныя отношенія также предполагаютъ для своего существованія наличность права требованія, хотя бы неискового, на сторонѣ кредитора. Только въ томъ случаѣ, когда я могу **требовать** отъ должника извѣстнаго дѣйствія, я могу принять въ обезпеченіе исполненія этого требованія залогъ или поручителей.

---

[93]) См. о понятіи притязанія **Regelsberger**, l. c. § 52. **Kuntze**, die Oblig. und jus extraord. §§ 13—20. Особенно настаиваетъ на необходимости притязанія для наличности субъект. гражд. права **Thon**, Rechtsnorm und subj. Recht, стр. 143 сл.; 216 сл.; Abschn. V. См. также **Merkel**, l. c. § 163. Jedes subjective Recht hat demgemäss eine Beziehung auf Dritte, von welchen ein bestimmtes Handeln, Dulden oder Unterlassen gefordert wird. Dies ist der im subjectiven Recht enthaltene „Anspruch".

[94]) См. **Regelsberger**, стр. 214. **Kuntze**, l. c. стр. 86 сл.

Напротивъ, въ случаяхъ второй категоріи едва ли можно признать наличность обязательственнаго права на сторонѣ лица, въ интересахъ котораго признанъ натуральный долгъ. Въ самомъ дѣлѣ, послѣдствія этихъ долговъ состоятъ въ томъ, что condictio indebiti ipso jure дѣлается невозможной, если на основаніи ихъ сдѣлана solutio или заключена stipulatio novandi causa; сверхъ того, обязанное лицо можетъ въ завѣщаніи отказать предметъ своей обязанности заинтересованному лицу. Эти послѣдствія, по нашему мнѣнію, не доказываютъ наличности субъективнаго права на сторонѣ лица, въ пользу котораго существуетъ обязанность. Субъективное право и притязаніе изъ него существуютъ лишь тамъ, гдѣ лицу гарантируется правомъ извѣстная свобода дѣйствія, извѣстная власть для удовлетворенія своего интереса. Никакой власти субъектъ не долженъ, однако, имѣть, чтобы для него возникли перечисленныя послѣдствія натуральнаго долга второй категоріи. Предъявленную къ нему condictio indebiti судья признаетъ неосновательной ipso jure; онъ не будетъ для этого дожидаться какого бы то ни было заявленія со стороны отвѣтчика. Легатъ долга, оставленный заинтересованному лицу, совершается обязаннымъ субъектомъ добровольно и самъ собою вступаетъ въ силу. Слѣдовательно, непосредственныя послѣдствія натуральнаго долга наступаютъ сами собою по предписанію закона, и заинтересованному въ ихъ наступленіи лицу не предоставлено никакой власти требовать ихъ наступленія; для его самодѣятельности вообще здѣсь не оставлено мѣста. Правда, по совершеніи stipulatio novandi causa это лицо получаетъ actio ex stipulatu, а на основаніи legatum debiti оно имѣетъ actio ex testamento. Но эти иски являются уже не послѣдствіями натуральнаго долга, а результатами стипуляціи и легата, совершенныхъ по поводу этого долга. Значеніе же самаго долга сводится только къ тому, что онъ ipso jure дѣлаетъ недѣйствительной condictio indebiti, предъявляемую для оспариванія стипуляціи, и ipso jure дѣлаетъ дѣйствительнымъ добровольно назначенный должникомъ легатъ debiti.

Въ результатѣ мы должны сказать, что въ случаяхъ второй категоріи мы имѣемъ только юридическія обязанности съ извѣстнымъ эффектомъ, но этимъ обязанностямъ не соотвѣтствуетъ никакое субъективное право на сторонѣ лица, заинтересованнаго въ ихъ исполненіи.

То же самое относится, конечно, и къ случаямъ первой категоріи, гдѣ единственнымъ послѣдствіемъ натуральнаго долга является то, что сознательная уплата не считается дареніемъ. Тутъ мы такъ же имѣемъ юридическія обязанности, которымъ не соотвѣтствуютъ субъективныя права на сторонѣ заинтересованныхъ лицъ. Только юридическій эффектъ этихъ обязанностей еще слабѣе, нежели въ предыдущемъ случаѣ: онъ сводится къ тому, что наличность обязанности исключаетъ мысль о дареніи, когда обязанность исполнена въ полномъ сознаніи отсутствія у нея исковой защиты.

Такимъ образомъ, только въ случаяхъ третьей категоріи мы можемъ опредѣлять натуральныя обязательства, какъ неисковыя права требованія или неисковыя притязанія[95]). Въ случаяхъ первой и второй категоріи мы имѣемъ натуральныя обязанности безъ соотвѣтствующихъ субъективныхъ правъ.

Нельзя, однако, говорить въ послѣднихъ двухъ случаяхъ только о моральныхъ обязанностяхъ. Мораль является относительно нѣкоторыхъ изъ этихъ обязанностей только источникомъ ихъ происхожденія. Но разъ онѣ снабжены юридическими послѣдствіями, хотя бы и самыми слабыми (1-я категорія), то онѣ уже обращаются въ юридическія обязанности съ ограниченнымъ эффектомъ[96]).

Намъ кажется, что было бы согласно съ духомъ римской терминологіи называть натуральныя обязанности первой и второй категоріи именемъ debita naturalia, а названіе obligatio naturalis примѣнять только къ обязательственнымъ отношеніямъ третьей категоріи. На это мы имѣемъ слѣдующія основанія. 1) Какъ мы увидимъ ниже, до Юліана натуральные долги именовались только «debita naturalia»; въ то же время единственными ихъ послѣдствіями являлись soluti retentio и legatum debiti. 2) Когда Юліану понадобилось мотивировать возможность поручительства за неисковые долги, онъ началъ настаивать, что эти долги суть naturales obligationes[97]). 3) Натуральные долги первой или второй категоріи никогда въ

---

[95]) См. авторовъ въ прим. 94. См. также Pfersche, die Bereicherungsklagen, стр. 190 сл. Eisele въ Jarhb. f. Dogm. т. 31, стр. 387. Bekker, Aktionen, т. II, стр. 13 и стр. 252.

[96]) На этомъ правильно настаиваетъ Hellmann, въ Zeitschr. d. Sav. Stift., т. XII (1892 г.), стр. 338 сл.

[97]) L. 16 § 3. 4 D. 46, 1. Объ этомъ см. подробности ниже.

источникахъ не называются именемъ obligatio naturalis; о нихъ говорится: «naturale debitum»[98]), «natura debere»[99]), «pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest»[100]), «natura debitor»[101]).

Мы должны, впрочемъ, оговориться, что сами римскіе юристы иногда нарушаютъ эту терминологію. Именно, послѣ-Юліановскіе юристы, которымъ по существу извѣстны уже натуральные долги всѣхъ трехъ категорій, иногда говорятъ о «natura debitum» въ случаѣ третьей категоріи[102]).

Принимая во вниманіе все сказанное, намъ кажется, что увеличивающими имущество лица, въ пользу котораго установленъ натуральный долгъ, можно считать только долги третьей категоріи, изъ которыхъ для этого лица возникаетъ неисковое притязаніе. Долги же второй и первой категоріи имущества этого лица не увеличиваютъ. Увеличеніе имущества послѣдуетъ только въ томъ случаѣ, если будетъ совершена уплата долга или путемъ stipulatio novandi causa resp. легата будетъ предоставлена заинтересованному лицу actio ex stipulatu или ex testamento.

Въ заключеніе этого обзора видовъ натуральныхъ обязательствъ, намъ нужно еще замѣтить, что иногда римскіе юристы именемъ «obligatio naturalis», «natura debere» и т. п. обозначаютъ обязательства, снабженныя искомъ.

Мы имѣли уже случай видѣть, что еще Лабеонъ приводилъ aequitas naturalis въ оправданіе одной actio, установленной преторскимъ эдиктомъ; мы высказали предположеніе, что, придавая этой aequitas предикатъ «naturalis», Лабеонъ, вѣроятно, имѣлъ въ виду jus naturale, по которому рабы могутъ быть субъектами самостоятельныхъ правъ и обязанностей[103]).

---

[98]) L. 40 § 3 D. 35, 1. L. 64 D. 12, 6.

[99]) L. 26 § 12 D. 12, 6.

[100]) L. 32 § 2 D. 12, 6.

[101]) L. 60 pr. D.12, 6.—„Naturaliter obligare ad remunerandum“ въ L. 25 § 11 D 5, 3 стоитъ внѣ нашей классификаціи: тутъ нѣтъ даже юридич. обязанности: выше прим. 67.

[102]) См. напр. L. 60 D. 46, 1. Scaev. 1 resp. natura debitum, какъ основа для сохраненія въ силѣ fidejussio—Неубѣдительными являются аргументы, приводимые у Schwanert, стр. 165 слл. въ пользу того, что obl. nat. никогда не можетъ считаться за право требованія, лишенное иска. 1) Мѣста, дающія опредѣленія понятіямъ „creditor“ и „debere“ (Schwanert, стр.

Съ названіемъ «obligatio naturalis» для обозначенія искового обязательства мы встрѣчаемся у Павла [104]). Именно, l. 3 quaestionum (L. 126 § 2 D. 45, 1) этотъ юристъ называетъ mutuum, какъ сдѣлку, въ основѣ которой лежитъ реальная numeratio, именемъ naturalis obligatio въ отличіе отъ stipulatio, которая заключается verbis [105]). Подобнымъ же образомъ l. 34 ad edictum того же юриста мы читаемъ:

---

166 слл.; 395; Windscheid, § 288 прим. 1, Machelard, стр. 15 сл.) не упоминаютъ о кредиторахъ по obl. nat. только потому, что въ подлинныхъ сочиненіяхъ юристовъ они относились къ такимъ вопросамъ, гдѣ о кредиторахъ по obl. nat. говорить не приходилось. Такъ, къ venditio bonorum и infamia несостоят. должника относятся L. 10 D. 50, 16 Lenel, Ulp. 286 пр. 1; L. 11 D. eod. Lenel, Gai 69. Ed. perp. стр. 63 пр. 19. Savigny, System т. II, стр. 179 сл.; L. 54 D. eod. Lenel, Ulp. 1420 (о правахъ cred. condicionales при конкурсѣ см. Maynz, Cours de dr. rom., т. II, § 205 пр. 24 c; § 299 пр. 47; § 300 пр. 38): L. 55 D. eod. Lenel, Paul. 38. Ed. perp. стр. 342 пр. 3. Къ stip. vend. hered., по которой пріобрѣтатель наслѣдства обязывался уплатить долги, за которые heres могъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, относится L. 178 § 3 D. 50, 16 Ulp. 2966 пр. 3; cf. L. 2 § 18 D. 18, 4. Къ обязанности опекуна произвести взысканіе съ должниковъ пупилла относится L. 108 D. 50, 16 (cf. L. 15 D. 26, 7). Lenel, Modest. 112.—L. 42 § 1 D. 44, 7 Lenel, Ulp. 649 показываетъ, что benef. legis Corneliae (Gai III, 124) должно быть толкуемо ограничительно.—Cf. съ другой стороны мѣста, гдѣ именемъ „creditor“ называется лицо, управомоченное по obl. naturalis: L. 12 D. 14, 4 Jul. 12 dig.: creditor servi: L. 30 § 1 D. 9, 2 Paul. 22 ed.: creditor, который litem tempore amisit. — L. 94 § 3 D. 46, 3 показываетъ только, что obl. nat. имѣетъ меньше принуд. силы для должника, чѣмъ obl. civilis, такъ что полномочіе дѣлать уплаты въ случаѣ сомнѣнія на нее не распространяется, и что слово „creditum“ скорѣе означаетъ въ случаѣ сомнѣнія исковой долгъ, а не лишенный иска. — 2) Если по L. 127 D. 45, 1 mora не наступаетъ при obl nat., то причиной этого самъ юристъ считаетъ отсутствіе „petitio“; недостаточно наличности неискового притязанія, чтобы возможна была mora, нужна еще возможность защищать это притязаніе наступательнымъ путемъ въ формѣ иска.—3) Cessio непримѣнима къ obl nat. 3-ей категоріи только потому, что у римлянъ институтъ cessio сложился примѣнительно къ mandatum ad agendum и не былъ распространенъ на obl. naturales, а не потому, что здѣсь нечего передавать по цессіи (см. объ этомъ стр. 474).

[103]) L. 1 § 1 D. 47, 4. См. гл. II, стр. 87 сл.

[104]) О L. 16 § 4 D. 46, 1 и L. 10 D. 44. 7 сказано будетъ ниже, въ отдѣлѣ объ исторіи института.

[105]) Подробное толкованіе этого мѣста см. у Schwanert, стр. 70 слл.

L. 1 D. 19, 2. Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emtio et venditio.

Натуральный характеръ купли-продажи и найма проявляется въ томъ, что здѣсь обязательство возникаетъ изъ простаго безформеннаго соглашенія, а не изъ сдѣлки, облеченной въ сравнительно искусственную форму вербальнаго контракта. — Къ исковому же обязательству и, скорѣе всего, къ тому же mutuum относится, вѣроятно, какъ уже было нами разъ отмѣчено[106]), и слѣдующая фраза Павла:

L. 84 § 1 D. 50, 17. Paulus l. 3 quaest. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.

Наконецъ, l. 10 ad Sabinum (L. 15 pr. D. 12, 6) Павелъ называетъ именемъ «naturalis» искъ: condictio indebiti, имѣя въ виду, что съ его помощью истребуется наличное у получателя уплаты обогащеніе; эта кондикція натуральна, потому что въ основѣ ея лежитъ неосновательное обогащеніе[107]).

У Ульпіана l. 40 ad Sabinum (L. 5 pr. D. 26, 8) говорится, что пупиллъ не обязуется по договору mutuum или stipulatio, который онъ заключаетъ съ опекуномъ, но что противъ него изъ подобнаго фактическаго состава можетъ возникнуть исковое обязательство въ размѣрахъ его обогащенія: «naturaliter tamen obligatur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum... actionem... dandam divus Pius rescripsit». Здѣсь опять натуральнымъ является обязательство, основанное на обогащеніи; при этомъ оно противополагается обязательству изъ mutuum и stipulatio.

Сюда-же, по всей вѣроятности, относится разсужденіе Лицинія Руфина въ L. 58 (59) D. 44, 7: obligatio juris naturalis у него есть, вѣроятно, исковое обязательство, возникающее изъ контракта mutuum[108]).

Изъ этого матеріала источниковъ видно, что римскіе юристы склонны придавать исковому обязательству предикатъ натуральнаго въ томъ случаѣ, когда для его возникновенія достаточно болѣе про-

---

[106]) См. стр. 338.

[107]) L. 13 § 1 D. 12, 6 въ подлинномъ сочиненіи Павла, по нашему мнѣнію, не относилась къ обязат. пупилла изъ обогащенія; см. гл. IV, стр. 280 сл.

[108]) См. гл. IV стр. 303 сл.

стыхъ, наглядныхъ и въ этомъ смыслѣ естественныхъ условій, чѣмъ для возникновенія другого какого-либо обязательства. Въ этомъ отношеніи mutuum, основанное на numeratio, и наемъ или купля-продажа, основанные на consensus, естественнѣе стипуляціи, которая возникаетъ лишь въ результатѣ произнесенія verba. Въ свою очередь обязанность вернуть обогащеніе, полученное изъ чужаго имущества и удерживаемое безъ достаточнаго основанія, представляется болѣе естественной, болѣе понятной по своему происхожденію и содержанію, нежели обязанность изъ займа. Однимъ словомъ, то обязательство будетъ натуральнымъ, возникновеніе и содержаніе котораго само собою вытекаетъ изъ фактическаго уклада жизни и понятно уму даже юридически неразвитому. Противоположность составляетъ такое обязательство, для оцѣнки котораго нужна бо́льшая привычка къ искусственнымъ построеніямъ, бо́льшее юридическое развитіе; эти обязательства не сами собою вытекаютъ изъ фактическаго уклада жизни; въ ихъ содержаніи и формѣ больше придуманнаго сознательно элемента, больше искусственности, чѣмъ въ первыхъ. Называя перваго рода обязательства натуральными, одни юристы, какъ Лициній Руфинъ, думаютъ о jus naturale: эти обязательства представляются имъ соотвѣтствующими вѣчнымъ законамъ жизни, которые установила проникающая вселенную ratio naturalis; другіе юристы, быть можетъ, имѣли въ виду при этомъ natura rerum, т. е. фактическій укладъ отношеній въ гражданскомъ оборотѣ; предикатомъ «naturalis» они хотѣли указать, что эти обязательства сами собою, безъ участія какихъ-либо произвольныхъ актовъ законодательной власти, вытекаютъ изъ этого уклада.

Иногда эти обязательства, какъ это видно изъ приведенныхъ отрывковъ, относятся юристами въ то же время и къ jus gentium. Подъ этимъ именемъ въ данномъ случаѣ, намъ кажется, скорѣе всего слѣдуетъ понимать право, равномѣрно встрѣчающееся у всѣхъ народовъ[109]). Юристы, вѣроятно, хотятъ этимъ сказать, что такъ естественно возникающія изъ фактическаго уклада обязательственныя отношенія должны встрѣчаться въ правахъ всѣхъ народовъ: ихъ порождаетъ вѣдь не произволъ законодателя, но вездѣ одинаково дѣйствующая ratio naturalis или natura rerum.

---

[109]) См. объ этомъ Krüger, Gesch. d. Quellen, стр. 122 пр. 20 и 21.

Въ результатѣ мы должны сказать: римскіе юристы называютъ натуральными нѣкоторыя исковыя обязательства, желая этимъ указать на ихъ естественность, на соотвѣтствіе условій ихъ возникновенія съ ratio naturalis или съ natura rerum[110]).

III. Послѣднимъ вопросомъ, который мы имѣемъ въ виду разсмотрѣть въ настоящей главѣ, является вопросъ объ исторіи института натуральныхъ обязательствъ въ римскомъ правѣ. Постараемся сгруппировать въ одно цѣлое тѣ данныя объ этой исторіи, которыя мы находимъ въ нашихъ источникахъ.

Мы уже имѣли случай подробно ознакомиться съ процессомъ возникновенія натуральныхъ обязательствъ раба[111]) Вкратцѣ результаты нашего изслѣдованія состояли въ слѣдующемъ. Юристамъ конца республики и первыхъ временъ имперіи обязательства раба извѣстны были только, какъ счетныя единицы пекулія. Съ ними не связывалось представленіе о юридическихъ правахъ и обязанностяхъ и о рабѣ, какъ субъектѣ таковыхъ. Какъ указываютъ Трифонинъ и Ульпіанъ, эти фактическія отношенія рабовъ съ господами и третьими лицами возведены были на степень самостоятельныхъ правъ и обязанностей раба подъ вліяніемъ ученія о томъ, что «jure naturali omnes liberi nascuntur». Притомъ, на первыхъ порахъ эти обязательственныя отношенія называются debita naturalia; о таковыхъ говоритъ уже Яволенъ не позже начала 2-го вѣка по Р. Х. (L. 40 § 3 D. 35, 1). Этому юристу извѣстно уже legatum debiti, лежащаго на господинѣ по отношенію къ бывшему рабу. Начиная съ Помпонія и Юліана (выше стр. 99), эти долги получаютъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ названіе «obligationes naturales».

Сверхъ того, мы имѣемъ еще нѣсколько указаній источниковъ на состояніе нашего института до Юліана и Помпонія. По всей вѣроятности, приведенное въ L. 42 D. 15, 1 рѣшеніе[112]) объясняется тѣмъ, что Сабинъ и Кассій не знали еще obligatio naturalis, остаю-

---

[110]) Ср. объ исковыхъ obl. naturales Francke, Civ. Abh. стр. 66 сл. Büchel, Civilr. Erört. т. II стр. 58 сл. Savigny, Obl. R. т. I, стр. 38 слл. Brinz, Krit. Blätter, № 3, стр. 20. Schwanert, стр. 69 слл. Machelard, стр. 3 слл. Frenzel, Ueber die Entstehung d. röm. Rechtsbegriffs nat. obl., стр. 27—30.

[111]) Гл. II стр. 88—102.

[112]) См. о немъ гл. VIII стр. 416 сл.

щейся послѣ capitis deminutio minima; Помпонію, какъ видно изъ L. 7 D. 33, 8, она уже была извѣстна.—Далѣе, L. 41 D. 12, 6[113]) показываетъ, что Нерацію было извѣстно понятіе «natura debere»; такой натуральный долгъ исключаетъ repetitio soluti; но Нерацій, въ противоположность позднѣйшимъ юристамъ, не признаетъ его наличности въ случаѣ promissio pupilli s. t. a.—Въ неюридической литературѣ—у Сенеки—мы имѣемъ упоминаніе только о томъ, что «pecuniae, de quibus jus creditori non dicitur, debentur, sed non exiguntur»[114]). Это мѣсто не содержитъ въ себѣ никакихъ данныхъ для опредѣленія того, какъ относились къ нашему институту юристы, современные Сенекѣ; оно можетъ указывать на одно только бытовое, неюридическое значеніе неисковыхъ долговъ.

Изъ всего этого мы можемъ сдѣлать слѣдующій выводъ. Юристы конца 1 и началѣ 2 вѣка были уже знакомы съ понятіемъ «naturale debitum». Его послѣдствіями были, съ одной стороны, исключеніе repetitio soluti, съ другой — возможность legatum debiti отъ должника лицу, въ пользу котораго существовалъ натуральный долгъ. Такое naturale debitum было признано въ случаѣ рабскихъ отношеній подъ вліяніемъ jus naturale. Но оно не признавалось еще въ нѣкоторыхъ иныхъ случаяхъ, гдѣ позднѣйшая юриспруденція также констатировала наличность натуральнаго обязательства, напр., при cap. dem. minima и сдѣлкахъ пупилла безъ содѣйствія опекуна.

Весьма вѣроятнымъ, однако, представляется намъ предположеніе, что до-Юліановская юриспруденція, помимо рабскихъ обязательственныхъ отношеній, признавала naturalia debita еще въ нѣкоторыхъ случаяхъ. Такъ, въ концѣ до-Юліановской эпохи уже могли быть извѣстны натуральныя обязанности, въ основѣ которыхъ лежали соображенія приличія и общественной морали; мы знаемъ, что и въ послѣдующее время сильнѣйшими послѣдствіями такихъ долговъ были исключеніе soluti repetitio въ случаѣ уплаты per errorem и возможность новаціи. Въ этихъ случаяхъ, какъ было уже замѣчено по поводу обязанности либерта къ operae officiales[115]), debitum названо было naturale не въ виду связи его съ jus na-

[113]) См. гл. IV стр. 302 сл.

[114]) Seneca de benef. 6, 4, 7; цитировано у Pernice, Labeo т. III. 1 (1892 г.) стр. 253 пр. 2.

[115]) Гл. VI стр. 358.

turale. Скорѣе всего, подобный предикатъ приданъ былъ ему подъ вліяніемъ представленія о natura rerum. Такія обязанности съ слабымъ эффектомъ вытекали по воззрѣнію общества сами собою изъ общаго характера, изъ природы нѣкоторыхъ отношеній между участниками оборота. Эти отношенія налагали на членовъ общества нравственную обязанность совершить извѣстное предоставленіе (предоставлять operae officiales, дать приданое) и дѣлали неприличнымъ требованіе вернуть назадъ предоставленное, даже въ случаѣ заблужденія о принудительномъ характерѣ обязанности. Эти воззрѣнія общества нашли себѣ признаніе въ правѣ въ томъ смыслѣ, что condictio indebiti не была допущена юристами въ подобныхъ случаяхъ

Переворотъ въ этомъ состояніи нашего института произвела дѣятельность Юліана и Помпонія.

Особенно поучительно въ этомъ отношеніи знакомство съ Дигестами Юліана. Въ первыхъ книгахъ этого сочиненія мы еще не находимъ твердо установившейся терминологіи относительно натуральныхъ долговъ. Именно, въ первой[116]) и десятой[117]) книгахъ своихъ Дигестъ Юліанъ говоритъ то о «naturalis causa, quae inhibet repetitionem», то о «natura operas debere», то, наконецъ, о «pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest». Единственнымъ послѣдствіемъ этихъ отношеній является у него исключеніе repetitio soluti.—Совсѣмъ иное находимъ мы l. 53 digestorum Juliani въ титулѣ «de adpromissoribus»[118]). Здѣсь помѣщены замѣчанія, которыя въ Дигестахъ Юстиніана составляютъ L. 16 § 3, 4 и L. 7 D 46, 1; сюда же, вѣроятно, относились также L. 8 § 3 D. 46, 1 и L. 47 pr. D. 46, 1[119]).

---

[116]) L. 3 § 7 D. 2, 2 Lenel, Julianus 13.

[117]) L. 26 § 12 D. 12. 6 Lenel, Julianus 160. L. 32 § 2 D. 12, 6. Lenel, Julianus 162.—Въ L. 60 pr. D. 12, 6 Lenel, Julianus 163 упоминаніе о „natura debitor“ сдѣлано Павломъ: см. гл. VII стр. 405 сл. — Никакого термина не употребляетъ Юліанъ l. 16 dig. въ L. 46 § 2 D 23, 3. Lenel, Julian. 269.—L. 42 pr. D. 12, 2, быть можетъ, взята и не изъ 9 книги Дигестъ Юліана. куда ее относитъ Lenel, Julianus 131; единственной точкой опоры для Ленеля является, повидимому, то обстоятельство, что Юліанъ говоритъ здѣсь о jusjurandum; но Юліанъ могъ объ этомъ говорить и въ другомъ мѣстѣ.

[118]) Lenel, Julianus 703—712.—О L. 42 pr. D. 12, 2 сказано въ прим. 117.

[119]) L. 8 § 3 cit взята изъ Ульпіана l. 47 ad Sabinum; въ этой книгѣ

Во всѣхъ этихъ фрагментахъ говорится о томъ, что за натуральное обязательство можетъ вступаться поручитель и что поручительство немыслимо, если «tota obligatio» для главнаго должника погашена.

Особенно интересны для насъ два отрывка.

L. 16 § 3 D. 46, 1. Fidejussor accipi potest, quoticns est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. 4. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum [earum?] nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

L. 7 D. 46, 1. Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est hujus naturalis obligationis fidejussorem accipi posse.

Здѣсь впервые мы находимъ у Юліана терминъ «obligatio naturalis» относительно иенсковаго обязательства и Юліанъ старается употреблять этотъ терминъ во всѣхъ упомянутыхъ отрывкахъ 53-й книги своихъ Дигесть.—Смыслъ выписаннаго разсужденія юриста, по нашему мнѣнію, сводится къ слѣдующему. Для Юліана является новостью возможность обезпечивать поручительствомъ отвѣтственность по иенсковымъ долгамъ. Онъ старается мотивировать поподробнѣе допустимость этого послѣдствія и разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ. Поручительство есть отношеніе акцессорное; для того, чтобы оно было возможно, необходима наличность главнаго обязательства, которое можетъ быть civilis или naturalis. Но это главное обязательство должно быть настоящимъ обязательствомъ, слагающимся изъ обязанности должника и права требованія кредитора. Недостаточно наличности на сторонѣ должника одной юридической обязанности, debitum, которой не отвѣчаетъ право требованія на другой сторонѣ. Однако, такую obligatio въ полномъ смыслѣ мы можемъ усматривать въ довольно широкомъ кругѣ случаевъ. Подъ именемъ obligatio naturalis слѣдуетъ разумѣть не только вытекающее изъ natura rerum или соотвѣтствующее rationi naturali обязательство, снабженное искомъ. Сюда можно отнести и нѣкоторые изъ тѣхъ слу-

---

Ульпіанъ еще разъ пользуется именно l. 53 dig. Juliani: онъ отсюда буквально выписываетъ текстъ L. 16 § 4 cit.: см. L. 10 D. 44, 7 Ulp. 47 Sab.

чаевъ, когда противъ должника не возникаетъ искъ, но сдѣланная имъ уплата не подлежитъ возвращенію. Здѣсь также мы можемъ констатировать наличность полнаго обязательственнаго отношенія съ должникомъ и кредиторомъ. Въ обычномъ смыслѣ слова (proprie) должники по неисковымъ обязательствамъ не понимаются подъ обозначеніемъ «debitores»; но въ широкомъ смыслѣ этого слова (per abusionem)[119a]) и они суть debitores, а тѣ, которые получаютъ отъ нихъ уплату, принимаютъ debitum. Отсюда Юліанъ (L. 7 cit.) дѣлаетъ заключеніе, что поручительство можетъ быть установлено и въ тѣхъ случаяхъ, когда «solutum repeti non potest». Далѣе, онъ прилагаетъ этотъ выводъ къ частному случаю obl. natur. post litem contestatam (L. 8 § 3 cit.) и отвергаетъ возможность поручительства послѣ deportatio главнаго должника, «quasi tota obligatio contra eum extincta sit» (L. 47 pr. D. cit.).

Таковъ смыслъ разсужденія Юліана, если дополнить въ немъ нѣкоторые недостающіе логическіе члены и перевести его на языкъ современной догматики[120]).

Отсюда ясно, что до Юліана именемъ obligatio naturalis назывались только нѣкоторыя исковыя обязательства[121]). Юліанъ прилагаетъ это имя къ неисковымъ «debita naturalia», желая этимъ показать, что и здѣсь мы можемъ имѣть настоящее обязательство съ

[119a]) О значеніи выраженія „per abusionem“ ср. Brissonius, de verborum significatione, s. v. Abuti „Abuti“ proprie est ad alium usum re uti, quam in quem ea comparata est. Sic „abuti mancipiis“. L. 15 § 1 D. 7, 1 Ulp. 18 Sab. L. 27 § 1 D. eod. Ulp. 18 Sab.... “Abuti verbo“ L. 41 D. 15, 1 Ulp. 43 Sab. L. 2 § 1 D. 29, 3 Ulp. 50 ed. L. 1 § 1 D. 50, 1 Ulp. 2 ed. „Abusive dici“ L. 15 § 40 D. 47, 10 Ulp. 71 ed. L. 15 D. 50, 16 Ulp. 10 ed. „Loqui“ L. 69 § 1 D. 32 Marcellus sing. resp., id est „per abusionem“, ut L. 16 § 4 D. 46, 1 Jul. 63 dig. L. 8 pr. D. 38, 16 Jul. 59 dig.... Itaque „abusive“ et „proprie“ opponuntur L. 1 D. 50, 1 cit. L. 2 § 1 D. 29, 3 cit.—Ср. Heumann, Handlexicon s. v. Abusio.—Изъ этого матеріала видно, что иногда „abuti“ значитъ просто употреблять какое либо слово въ болѣе широкомъ значеніи, чѣмъ это дѣлается или дѣлалось обыкновенно: напр. L. 41 D. 15, 1. L. 15 § 40 D. 47, 10. L. 15 D. 50, 16. L. 1 § 1 D. 50, 1.

[120]) Ср. къ этому Savigny, Obl. R. т. I. стр. 40. Machelard, стр. 12. Dernburg, Pand. т. II, § 4 пр. 9. Girard, стр. 621 пр. 3. Pernice Labeo, III 253 сл. Совсѣмъ въ иномъ смыслѣ толкуетъ L. 16 § 4 cit. Schwanert, стр. 383—93, ср. Frenzel, op. cit. стр. 7 пр. 5.

[121]) Ср. Лабеонъ въ прим. 103 выше.

должникомъ и кредиторомъ, способное быть основой для поручительства. До него, очевидно, въ debita naturalia видѣли только обязанности безъ соотвѣтствующаго права требованія, почему не являлось и мысли о примѣненіи къ нимъ поручительства: довольствовались исключеніемъ condictio indebiti и допущеніемъ legatum debiti со стороны обязаннаго лица.

Вполнѣ гармонируетъ со всѣмъ вышеизложеннымъ, что Юліанъ l. 61 digestorum, расходясь и въ этомъ со старыми юристами, включаетъ неисковыя obligationes naturales, какъ настоящія обязательства, въ составъ имущества[122]).

Не нужно, впрочемъ, думать, что Юліанъ впервые допустилъ fidejussio за неисковыя обязательства. О поручительствѣ такого рода писалъ уже Помпоній въ liber 22 ad Sabinum[123]). Юліанъ при составленіи своихъ Дигестъ пользовался этимъ сочиненіемъ Помпонія и, редактируя 53 книгу, могъ имѣть подъ руками 22 кн. Помпонія ad Sabinum[124]). Слѣдовательно, самую мысль о поручительствѣ за неисковыя обязательства Юліанъ могъ заимствовать у Помпонія. Заслуга Юліана сводится къ тому, что онъ подробно мотивировалъ это послѣдствіе и высказалъ при этомъ очень важныя теоретическія соображенія о существѣ натуральныхъ обязательствъ: это въ принципѣ такія же обязательства, какъ и исковыя. Что позднѣйшіе юристы придавали большое значеніе этимъ соображеніямъ Юліана, на это мы имѣемъ доказательство: Ульпіанъ l. 47 ad Sabinum буквально повторяетъ содержаніе L. 16 § 4 cit., т. е. того мѣста Дигестъ Юліана, гдѣ проводится указанная параллель между исковыми и неисковыми обязательствами[125]).

Одновременно съ появленіемъ этихъ теоретическихъ выкладокъ Юліана о природѣ обязательствъ, лишенныхъ иска, замѣчается еще иное теченіе въ исторіи нашего института. Юриспруденція начинаетъ свободнѣе обращаться съ понятіемъ obligatio naturalis. Въ

---

[122]) См. выше прим. 2.

[123]) L. 13 pr. D. 12, 6. L. 2 D. 46, 1. Lenel, Pomponius 689 сл. См. къ этому выше стр. 99 прим. 143.

[124]) См. доказательства выше на стр. 249.

[125]) L. 10 D. 44, 7. Въ подлинномъ сочиненіи Ульпіана, вѣроятно, вся L. 16 § 4 была повторена цѣликомъ.

немъ привыкаютъ видѣть юридическое отношеніе, однохарактерное съ исковыми обязательствами и только лишенное actio. О связи этого понятія съ jus naturale или съ natura rerum вспоминаютъ рѣдко. Разсужденія, въ родѣ тѣхъ, которыя мы находимъ у Трифонина (L. 64 D. 12, 6) или Ульпіана (L. 41 D. 15, 1 въ связи съ L. 32 D. 50, 17[126]) составляютъ исключеніе. Вообще же юристы начинаютъ обращаться съ obligatio naturalis какъ съ техническимъ юридическимъ понятіемъ и переносятъ его въ такія области, гдѣ уже не приходится говорить ни о jus naturale, ни о natura rerum[127]). Если юристы путемъ строго научнаго анализа юридическихъ нормъ, не имѣющаго ничего общаго съ бытовыми, неюридическими воззрѣніями на гражданскія отношенія, приходятъ къ убѣжденію, что въ извѣстномъ данномъ случаѣ нормы права отнимаютъ у обязательственнаго отношенія только исковую защиту, но допускаютъ иныя обязательственныя послѣдствія, то они обыкновенно конструируютъ въ подобномъ случаѣ obligatio naturalis. Такъ появляются натуральныя обязательства, вызванныя спеціально юридической работой, но не общественными воззрѣніями. Подобнымъ образомъ, напр., Помпоній, анализируя содержаніе Sctum Macedonianum, пришелъ къ мысли, что изъ займа, заключеннаго вопреки этой нормѣ права, возникаетъ obl. naturalis; въ этомъ онъ разошелся съ Юліаномъ, который иначе толковалъ данный Сенатусконсультъ, но позднѣйшая практика стала на сторону Помпонія[128]). Точно также внѣ всякой связи съ jus naturale и natura rerum стоитъ натуральное обязательство, конструированное Юліаномъ въ случаѣ примѣненія эдикта «quod quisque juris in alterum statuerit». То же самое относится къ извѣстной Юліану obl. naturalis post litis contestationem (L. 8 § 3 D. 46, 1) и къ извѣстной Помпонію obl. nat. post capitis deminutionem minimam[129]).

Дальнѣйшее развитіе нашего института состояло въ томъ, что съ неисковыми обязательствами были соединены нѣкоторыя новыя послѣдствія, какъ напр. залогъ (неизвѣстенъ Помпонію, но упоми-

---

[126]) Выше стр. 100 сл.

[127]) Въ этомъ заключается правильная мысль Frenzel'я op. cit. стр. 31 слл. Ср. также Bekker, въ Jahrb. d. gem. Rechts, т. IV, стр. 398 сл.

[128]) См. гл. IX стр. 424 сл. гл. III, стр. 248 сл.

[129]) Выше прим. 112.

нается у Марцелла и Гая)[130]) и compensatio ex eadem causa (извѣстна Павлу и Ульпіану[131]).

Но нѣкоторыя debita naturalia (главнымъ образомъ тѣ, въ основѣ которыхъ лежали требованія общественной морали) остались въ сторонѣ отъ этого развитія. Юристы сочли ненужнымъ обращать ихъ въ obligationes naturales и снабжать ихъ новыми послѣдствіями. Эти натуральные долги до самаго конца остались на ступени debita naturalia, т.-е. юридическихъ обязанностей безъ соотвѣтственнаго права требованія и съ болѣе или менѣе слабымъ юридическимъ эффектомъ, который иногда сводился только къ тому, что сознательная уплата по нимъ не считалась за дареніе.

Интересъ въ историческомъ отношеніи представляетъ слѣдующій отрывокъ изъ l. 28 quaestionum Папиніана.

L. 95 § 4 D. 46, 3. Naturalis obligatio ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur, quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur: ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur[132])

Отсюда слѣдуетъ, что, по мнѣнію Папиніана, obligatio naturalis есть продуктъ одной только aequitas. Поэтому, думаетъ юристъ, это обязательство должно ipso jure уничтожаться тѣми событіями, которыя съ точки зрѣнія aequitas должны погашать вообще обязательственное отношеніе: сюда относятся pecuniae numeratio и всякая conventio: justum pactum и jusjurandum. — Смыслъ этого разсужденія, намъ кажется, сводится къ слѣдующему. Натуральное обязательство, по воззрѣнію Папиніана, не есть институтъ, опредѣленный твердыми и неизмѣнными нормами права; не установлено для него и какого-либо ограниченнаго круга способовъ прекращенія. Нормировку свою obl. naturalis получаетъ только изъ aequitas, т.-е. изъ соображеній юристовъ о томъ, что̀ соотвѣтствуетъ требованіямъ общаго блага, воззрѣніямъ общества на гражданскія отношенія и смыслу существующихъ нормъ права. Поэтому юристы свободны

---

[130]) Выше прим. 35—37.

[131]) Выше прим. 47 слл.

[132]) См. объ этомъ фрагментѣ выше стр. 277 сл.

признать уничтоженіе подобнаго обязательства на основаніи всѣхъ тѣхъ событій, которыя по ихъ соображеніямъ должны оказывать разрушительное дѣйствіе на обязательственное отношеніе. Такъ какъ такими событіями, по мнѣнію юристовъ классической эпохи, слѣдуетъ считать по возможности всякое серьезное, хотя и безформенное соглашеніе объ уничтоженіи долга[133]), а тѣмъ болѣе реальное удовлетвореніе кредитора уплатой денегъ, то относительно obl. naturalis, гдѣ юристы не стѣснены никакими не подлежащими измѣненію нормами права, необходимо придать этимъ событіямъ значеніе обстоятельствъ, ipso jure уничтожающихъ такое обязательство[134]).—Такимъ образомъ, Папиніанъ въ этомъ отрывкѣ не только устанавливаетъ новую норму объ уничтоженіи натуральнаго обязательства pecuniae numeratione и conventione, но и провозглашаетъ общій принципъ, что obl. naturalis есть продуктъ юридической мысли и достояніе юриспруденціи; юристы могутъ разрабатывать и развивать этотъ институтъ вполнѣ свободно, слѣдуя только указаніямъ aequitatis.

По окончаніи классической эпохи развитіе нашего института пріостанавливается. Новыхъ случаевъ натуральнаго обязательства не появляется, если не считать того, что въ L. 1 C. 10, 36 императоры упоминаютъ о naturale debitum тамъ, гдѣ оно не имѣетъ значенія для обязательственнаго права[135]).

Нѣкоторое оживленіе замѣчается опять при составленіи Юстиніановыхъ сборниковъ. Компиляторы проводятъ реформы въ нашемъ институтѣ: такъ, они признаютъ возможнымъ constitutum по новоду неисковыхъ обязательствъ и ограничиваютъ относительно самого пупилла силу его obl. naturalis изъ сдѣлокъ, заключенныхъ s. t. a., желая до извѣстной степени приблизить юридическое положеніе пупилла къ положенію furiosus и prodigus[136]).

Однако, юристы послѣклассической эпохи не всегда остаются

---

[133]) См. мою Aequitas, стр. 23 сл.

[134]) Иного мнѣнія о значеніи jusjurandum для obl. nat. были Юліанъ и Помпоній: оно дѣйствуетъ per exceptionem. См. L. 42 D. 12, 2: „et fidejussoribus exceptionem dari debere“, хотя „naturalis obl. hac pactione tolletur et soluta pecunia repeti poterit“.

[135]) Глава VI стр. 371.—Упоминая о debitum naturale въ L. 36 § 2 C. 3. 28, Юстиніанъ въ сущности слѣдуетъ примѣру классиковъ: гл. VI стр. 373.

[136]) Стр. 287 сл.

на высотѣ своего призванія. Иногда они совершаютъ промахи въ своихъ работахъ. Такъ, компиляторы Дигестъ сочли возможнымъ допустить установленіе поручительства за долгъ расточителя и безумнаго, оставляя главный долгъ вполнѣ ничтожнымъ[137]). Подобнымъ же образомъ императоры, вводившіе исковую давность, сохранили въ силѣ залогъ по погашеніи давностью главнаго долга, не задаваясь вопросомъ о соглашеніи этой нормы съ акцессорнымъ характеромъ залога[138]). Далѣе, компиляторы Дигестъ не сумѣли довести до конца развитіе института положительной силы судебнаго рѣшенія, которое должно бы было привести къ полному исчезновенію obl. naturalis послѣ absolutio veri debitoris[139]). Иногда они неумѣло обращаются съ принимаемыми въ Дигесты отрывками сочиненій классическихъ юристовъ. Ихъ поступокъ съ отрывкомъ, гдѣ Ульпіанъ реферировалъ мнѣнія Марцелла и Юліана объ уплатѣ по obl. nat. ex Scto Macedoniano, показываетъ, что они не поняли изложенія Ульпіана[140]). Точно также они довольно необдуманно придали замѣчанію Ульпіана о возможности компенсаціи на основаніи obl. naturales такое положеніе въ Дигестахъ, что смыслъ его сдѣлался неяснымъ[141]). Наконецъ, иногда компиляторы, производя реформу института, забывали сгладить всѣ слѣды стараго права; этимъ объясняются противорѣчія и неясности источниковъ по вопросу о значеніи solutio, сдѣланной пупилломъ[142]); подобное же явленіе мы констатировали относительно constitutum[143]).

Въ парафразѣ Институцій, которая обыкновенно приписывается Ѳеофилу, мы находимъ небольшое разсужденіе о натуральныхъ обязательствахъ (ad § 1 J. 3, 20)[144]). Здѣсь мы читаемъ, что ἐνοχὴ φυσικὴ въ противоположность къ ἐνοχὴ πολιτικὴ характеризуется тѣмъ, что изъ нея не возникаетъ ἀγωγὴ и κατακρίσις; но у нея есть два по-

---

[137]) Выше прим. 29.

[138]) Выше прим. 42. Такъ поступаютъ, впрочемъ, и нѣкоторые классики: см. прим. 41.

[139]) Гл. VII стр. 410.

[140]) См. выше стр. 252.

[141]) Выше прим. 58.

[142]) Гл. IV прим. 101.

[143]) Гл. XI стр. 461 сл.

[144]) Ср. также Theoph. ad § 3 J. 3, 29.

слѣдствія или признака: 1) уплата не подлежитъ возвращенію; 2) поручители за такое обязательство связаны φύσει καὶ νόμῳ, т.-е. и по натуральному и по положительному праву.

Здѣсь, такимъ образомъ, уже намѣчается нѣчто подобное тому ученію объ обязательствахъ, основанныхъ на положительномъ правѣ, и обязательствахъ, признанныхъ только натуральнымъ правомъ, которое такъ долго держалось затѣмъ въ позднѣйшей литературѣ, начиная съ глоссы. Ученіе это, конечно, не есть ученіе римскихъ классическихъ юристовъ: для послѣднихъ неисковое обязательство есть такой же институтъ положительнаго права, какъ и всякое вообще обязательство, хотя нѣкоторые изъ этихъ юристовъ помнятъ, что самая мысль о конструированіи натуральныхъ обязательствъ зародилась подъ вліяніемъ ученія о jus naturale или соображеній о natura rerum. Недостатокъ сочиненій классиковъ состоитъ только въ слѣдующемъ. Не имѣя привычки оперировать съ такими отвлеченными и широкими понятіями, какъ право положительное и право идеальное, они иногда выражаются довольно неловко, и, дѣйствительно, даютъ поводъ думать, что они идеальному праву, какъ таковому, придаютъ извѣстную принудительную силу[145]). На самомъ же дѣлѣ идеальное jus naturale и natura rerum, а также aequitas, упоминаемая Папиніаномъ въ L. 95 § 4 D. 46, 3, являются для нихъ только резервуарами, откуда они черпаютъ матеріалъ для созданія нормъ положительнаго права[146]); теоретическія размышленія философовъ до извѣстной степени проводились юристами въ дѣйствующее право. Но классическіе юристы дѣлали это осторожно и никогда не поступались въ угоду такимъ теоретическимъ соображеніямъ практическими требованіями современнаго имъ оборота. Поэтому далеко не всегда провозглашаемыя ими положенія натуральнаго права въ полномъ объемѣ проводились въ положительное право. Такъ, если мы и думаемъ, что институтъ натуральныхъ обязательствъ раба сло-

---

[145]) См. напр. извѣстное намъ разсужденіе Трифонина въ L. 64 D. 12, 6, и вообще выше стр. 100 – 102.

[146]) Конечно, и юристы сами по себѣ не могутъ создавать юридическихъ нормъ съ обязательной силой; но предлагаемыя ими нормы получаютъ значеніе положительнаго права, если санкціонируются обычаемъ, закономъ и т. п. источниками обязательныхъ нормъ.

жился въ положительномъ римскомъ правѣ подъ вліяніемъ ученія, что ‹jure naturali omnes liberi nascuntur›, то это не значитъ, что все это ученіе получило санкцію со стороны положительнаго права; въ такомъ случаѣ самое рабство было бы уничтожено; но объ этомъ классическіе юристы во вниманіе къ современнымъ имъ условіямъ жизни не рѣшались даже мечтать.

ПРИЛОЖЕНІЕ.

Actio и exceptio.

Право—jus civile—возникаетъ по Римскому воззрѣнію въ результатѣ дѣятельности различныхъ органовъ, имѣющихъ власть устанавливать обязательныя для гражданъ нормы поведенія. Такими органами являлись, главнымъ образомъ, leges и mores, впослѣдствіи senatusconsulta и т. д. Изъ этихъ нормъ объективнаго права для гражданъ возникаютъ субъективныя права[1]). Но въ практическомъ отношеніи для Римлянина недостаточно было знать, имѣетъ ли онъ субъективное право, вытекающее изъ нормъ juris civilis. Извѣстно, что магистраты, которымъ поручено было примѣненіе права на практикѣ, были поставлены въ Римѣ весьма самостоятельно. Хотя они и не обладали законодательною властью, такъ что не могли прямо отмѣнять нормы цивильнаго права или устанавливать новыя нормы, неизвѣстныя цивильному праву[2]), но, примѣняя право на практикѣ, они могли руководиться не только существующими нормами цивильнаго права, но и справедливостью (aequitate). Поэтому они могли отказывать нормамъ цивильнаго права въ судебномъ примѣненіи, если находили примѣненіе ихъ несправедливымъ, и давать судебную защиту въ случаяхъ, непредусмотрѣнныхъ цивильнымъ правомъ, если этого требовала справедливость. Въ виду этого, для Римлянина не такъ важно было знать, имѣетъ ли

---

[1]) Понятія субъективнаго и объективнаго права были извѣстны римскимъ юристамъ. Это доказываетъ въ своей полемикѣ съ Виндшейдомъ Muther, zur Lehre v. d. röm. Actio 1857 г., стр. 18 слл.; но этого не отрицаетъ и Windscheid, die Actio d. röm. Civilrechts 1856 г. и особ. die Actio (Abwehr) 1857 г. стр. 7—20; Виндшейдъ доказываетъ только, что для Римлянъ бо́льшее значеніе имѣла actio, нежели jus.

[2]) На этомъ особенно настаиваетъ Windscheid, die Actio (Abwehr), стр. 11 слл.

онъ субъективное право, основанное на jus civile, какъ важенъ былъ вопросъ, есть ли у него возможность судебнымъ путемъ добиться удовлетворенія своего притязанія[3]). На языкѣ римскихъ юристовъ этотъ послѣдній вопросъ передавался формулой: есть ли у даннаго лица искъ— actio (actionem habere). Подъ именемъ actio въ данномъ случаѣ[4]) юристы разумѣютъ обѣщанное частному лицу со стороны магистрата, примѣняющаго право[5]) средство добиться путемъ судебнаго процесса рѣшенія, удовлетворяющаго его интересу[6]).

Это средство оказывалось дѣйствительнымъ въ рукахъ того только лица, которое въ глазахъ судьи удовлетворяло всѣмъ условіямъ, необходимымъ для постановки благопріятнаго ему рѣшенія. Эти условія намѣчались преторомъ въ intentio каждой исковой формулы. Согласно характеру этихъ условій, intentio была или in jus concepta, или in factum concepta. При intentio in jus concepta преторъ предписывалъ судьѣ осудить отвѣтчика при наличности на сторонѣ истца такихъ условій, которыя по jus civile дѣлали его претензію основательной. Судья долженъ былъ, руководясь законами и обычаями, рѣшить, существуетъ ли въ данномъ случаѣ „dare oportere“ въ пользу истца или „ex jure Quiritium“ на сторонѣ истца, о которыхъ упоминалось въ формулѣ. При intentio in factum concepta преторъ предписывалъ судьѣ

---

[3]) См. объ этомъ Windscheid, die Actio, стр. 3 сл. Abwehr, стр. 24. Lenel. Ueber Ursprung und Wirkung d. Exceptionen. 1876 г., стр. 33 сл. Koschembahr—Lyskowski, die Theorie d. Exc., 1893 г., стр. 1 слл.

[4]) Это слово можетъ имѣть различныя значенія, см. Kuntze, die Obligationen und Jus extraord., 1886 г., стр. 71 сл.

[5]) Для краткости мы его будемъ въ послѣдующемъ изложеніи называть преторомъ, хотя это и не вполнѣ точно.

[6]) Намъ кажется, что это опредѣленіе actionis лучше всего соотвѣтствуетъ существу дѣла. Противъ опредѣленія Windscheid'a die Actio, стр. 3: Actio ist die Befugniss seinen Willen durch gerichtliche Verfolgung durchsetzen, см. замѣчанія Lenel'я l. c. стр. 27 сл. Опредѣленіе Бекker'a Aktionen, стр. 15, по которому actio, какъ частное право, есть право „auf Uebernahme des Judicium“ см. также Lenel, l. c. стр. 31 сл. Thon, Rechtsnorm, стр. 249 пр. 44. Опредѣленіе самого Ленеля, стр. 32: „die actio ist das private Recht auf Condemnation“ должно быть исправлено, какъ указываетъ Thon, Rechtsnorm und Subj. R., 1878 г., стр. 250: actio есть средство добиться въ случаѣ необходимости кондемнаціи черезъ посредство процесса. Мы находимъ лучшимъ вмѣсто кондемнаціи говорить о рѣшеніи, удовлетворящемъ интересу истца, такъ какъ опредѣленіе Thon'a не обнимаетъ actiones, которыя не вели къ condemnatio, напр. a. praejudiciales.

постановить благопріятное истцу рѣшеніе въ случаѣ наличности на его сторонѣ фактическихъ условій, прямо указанныхъ въ intentio. Эти условія не имѣли юридической силы по jus civile; они получали значеніе для судьи лишь по предписанію претора, перечислившаго ихъ въ intentio иска[7]).

Такимъ образомъ, судья, разбирая споръ на основаніи данной ему формулы, руководится указаніями, сдѣланными въ intentio. Но эти указанія сами по себѣ очень общи и недостаточны. Преторская ссылка на „dare oportere“ и „ex jure Quiritium“ въ intentio in jus concepta только указываетъ судьѣ на тотъ кругъ нормъ, который долженъ ему точно описать условія, приводящія къ condemnatio или исключающія ее. Самыя же эти условія судья вынужденъ подыскивать среди этихъ нормъ самостоятельно. Дѣятельность судьи—officium judicis—сводится къ тому, чтобы опредѣлить, какіе факты, изъ числа приводимыхъ ему сторонами въ процессѣ, порождаютъ согласно съ нормами jus civile обязательственное „dare oportere“ или вещное „ex jure Quiritium“ и какіе его исключаютъ. Свѣдѣнія объ этомъ судья почерпаетъ, конечно, главнымъ образомъ, отъ ученыхъ юристовъ. Въ каждый данный моментъ юриспруденція констатируетъ извѣстное количество фактовъ, которые могутъ оправдать каждую данную intentio цивильнаго права или, напротивъ, сдѣлать ее неосновательной. Послѣдняго рода факты на языкѣ юристовъ ipso jure уничтожаютъ притязаніе истца, обезсиливаютъ его intentio.—Точно такъ же и при искахъ, интенціи которыхъ редактирована in factum, преторъ не можетъ исчерпывающимъ образомъ перечислить всѣхъ тѣхъ фактовъ, которые обосновываютъ или исключаютъ intentio. И здѣсь юриспруденція въ каждую данную эпоху выдвигаетъ цѣлый рядъ фактовъ, которые долженъ принять судья во вниманіе при обсужденіи извѣстнаго иска. Есть факты, не упомянутые въ intentio, и тѣмъ не менѣе, по мнѣнію юристовъ, исключающіе интенцію иска. Такъ напр., противъ обязательственной a. in factum уплата—solutio—имѣетъ такое же значеніе, какъ и противъ a. in jus concepta: она такъ же точно ipso jure обезсиливаетъ intentio in factum, какъ и intentio in jus, хотя бы въ самой формулѣ иска она не была преторомъ упомянута[8]).

Изъ сказаннаго ясно, что въ каждую данную эпоху относительно каждой actio юриспруденція выдвигаетъ рядъ условій, которыя обо-

---

[7]) См. Eisele, die mat. Grundl. d. Exceptionen, стр. 17 слл. Bekker Aktionen, т. II, стр. 145 сл.

[8]) См. Bekker, Aktionen, т. II, стр. 135—144; стр. 168 сл.

сновываютъ intentio этой actio или, напротивъ, исключаютъ ее. Часть этихъ условій можетъ быть указана въ самой формулѣ, но многія въ ней не упоминаются. Эти послѣдніе условія судья также принимаетъ во вниманіе на основаніи своей собственной власти—officium judicis; онъ не нуждается въ особомъ полномочіи къ этому со стороны магистрата, завѣдующаго примѣненіемъ права на практикѣ. Всѣ эти условія дѣйствуютъ ipso jure: они сами собою обосновываютъ или исключаютъ intentio иска.

Но въ каждый данный моментъ жизнь можетъ выдвинуть впередъ и такіе факты, которые по мнѣнію юриспруденціи не исключаютъ intentio даннаго иска и потому не могутъ быть приняты судьей во вниманіе ex officio при обсужденіи этого иска; между тѣмъ преторъ можетъ находить, что подобнаго рода фактъ ex aequitate заслуживаетъ вниманія, что при его наличности удовлетвореніе претензіи истца было бы несправедливо. Разъ подобный фактъ не принадлежитъ къ числу тѣхъ, которые по установившемуся уже у юристовъ воззрѣнію исключаютъ intentio даннаго цивильнаго или преторскаго иска, то преторъ не можетъ разсчитывать, что judex приметъ его во вниманіе. Въ такомъ случаѣ преторъ находитъ особое средство расширить полномочія судьи. Онъ особо упоминаетъ въ формулѣ иска о такомъ фактѣ, приводя его рядомъ съ интенціей, обосновывающей кондемнацію, въ качествѣ новаго условія, исключающаго кондемнацію по данному иску. Этимъ самымъ преторъ придаетъ юридическое значеніе данному факту и дѣлаетъ обязательнымъ для присяжнаго судьи принятіе его во вниманіе. Преторъ поступаетъ здѣсь совершенно такъ же, какъ при созданіи своихъ actiones in factum: въ этихъ искахъ онъ придаетъ фактамъ, исчисленнымъ въ интенціи, силу создавать притязаніе, имѣющее юридическое значеніе. Включая же въ формулу иска экспепцію, преторъ придаетъ силу исключать присужденіе отвѣтчика такимъ фактамъ, которые по твердо установившемуся до даннаго момента воззрѣнію юристовъ не могутъ исключить dare oportere и ex jure Quiritium цивильнаго иска или не уничтожаютъ intentio преторскаго иска [9]).

Впрочемъ, не отъ одного претора исходитъ иниціатива къ созданію экспепцій. Иногда источники цивильнаго права,—leges и senatusconsulta,— считая справедливымъ придать юридическое значеніе какому-нибудь факту, тѣмъ не менѣе не постановляютъ, что при наличности этого факта самое „dare oportere“ или „ex jure Quiritium“ цивильнаго иска должно почитаться ничтожнымъ. Хотя эти источники

[9]) Bekker, Aktionen, т. II, стр. 169.

могутъ предписать и это, но по какимъ-либо соображеніямъ [10]) они избираютъ другой путь: они поручаютъ претору придать этимъ фактомъ значеніе условій, исключающихъ condemnatio, хотя и не дѣлающихъ ничтожною самую интенцію иска. Такимъ образомъ, хотя значеніе этихъ фактовъ и признано источниками цивильнаго права, но „dare oportere" цивильной интенціи ими не уничтожается и judex не можетъ принять ихъ во вниманіе, если преторъ не упоминаетъ о нихъ въ формулѣ иска. Являются экспепціи, включаемыя въ формулу преторомъ, но не по собственной инпціативѣ, а по предписанію, исходящему отъ источниковъ цивильнаго права. Таковы: exceptio Scti Macedoniani, Scti Vellejani, Scti Trebelliani [11]). Эти экспепціи могутъ быть названы цивильными экспепціями [12]).

Изъ всего сказаннаго вытекаетъ слѣдующее опредѣленіе экспепціи. Экспепція есть предписаніе судьѣ отъ претора освободить отвѣтчика при констатированіи такого обстоятельства, которое по установившемуся ученію юристовъ само собою не можетъ быть принято во вниманіе присяжнымъ судьей, не падаетъ въ officium judicis, ибо юриспруденція не придаетъ ему значенія условія, уничтожающаго интенцію даннаго цивильнаго или преторскаго иска.—Если съ теченіемъ времени мысль претора о необходимости считаться съ даннымъ обстоятельствомъ прочно привьется на практикѣ и укоренится въ сознаніи юристовъ, то мало-по-малу можетъ образоваться въ юриспруденціи догма, что это обстоятельство необходимо должно приниматься судьей во вниманіе при разсмотрѣніи даннаго иска, что для этого нѣтъ нужды во включеніи преторомъ экспепціи въ формулу иска. Обстоятельство это будетъ внесено юристами въ число такихъ, которыя уничтожаютъ интенцію иска, разрушаютъ (въ силу обычая) dare oportere цивильной actio и обезсиливаютъ intentio in factum преторской. Такое обстоятель-

---

[10]) Соображенія эти намъ не извѣстны и могутъ быть различнаго рода. См. Lenel, l. c. стр. 51.

[11]) Но не exceptio legis Cinciae или legis Plaetoriae. Эти экспепціи, повидимому, созданы преторомъ по собственной инпціативѣ, аналогично съ исками, которые были установлены названными законами. Lenel, l. c. стр. 46 сл.

[12]) Koschembahr-Lyskowski, l. c. стр. 12, пр. 17; стр. 75; стр. 113.—Иначе Lenel, стр. 46—52.—Къ числу цивильныхъ экспепцій нельзя относить такихъ, какъ exceptio justi dominii, compensationis и т. п., ибо въ этихъ случаяхъ извѣстныя юридическія отношенія, признанныя вообще по jus civile, только отъ претора и по его инпціативѣ получаютъ способность исключать condemnatio по извѣстнымъ искамъ, т. е. служить основаніемъ для экспепцій. См. Lenel, l. c. стр. 55.

ство принимается во вниманіе судьей на основаніи его officium, оно дѣйствуетъ на искъ ipso jure, а не ope exceptionis. Однимъ словомъ, обстоятельство, дѣйствовавшее прежде ope exceptionis, съ теченіемъ времени подъ вліяніемъ обычая можетъ обратиться въ обстоятельство, дѣйствующее ipso jure [13]). Все зависитъ, слѣдовательно, отъ возарѣній юристовъ данной эпохи на содержаніе officium judicis по каждому данному иску. Если извѣстное обстоятельство, которое впервые было выдвинуто преторомъ или источникомъ juris civilis, падаетъ въ область officium judicis, т.-е. имѣетъ значеніе обстоятельства, уничтожающаго интенцію иска, то въ эксцепціи нѣтъ нужды. Если же фактъ, съ которымъ находитъ нужнымъ по справедливости считаться преторъ или цивильное право, не получилъ въ глазахъ юристовъ значенія обстоятельства, отрицающаго интенцію даннаго иска, то вниманіе судьи будетъ обращено на него только при наличности особаго предписанія претора, т.-е. при помощи эксцепціи. Иногда можетъ казаться сомнительнымъ, какое значеніе имѣетъ извѣстный фактъ по ученію юристовъ: падаетъ ли онъ въ officium judicis или нѣтъ. Въ такихъ случаяхъ и преторъ можетъ колебаться относительно того, слѣдуетъ ли ему включить въ формулу иска эксцепцію или же можно обойтись безъ нея. Указанія на такія сомнѣнія мы, дѣйствительно, находимъ въ источникахъ [14]).

При bonae fidei actiones также имѣется извѣстный опредѣленный рядъ фактовъ, которые по ученію юриспруденціи обосновываютъ или исключаютъ dare facere oportere, составляющее предметъ интенціи иска. Съ теченіемъ времени и въ этой области могутъ появляться такіе факты, которые по справедливости должны исключать присужденіе отвѣтчика, но однако не принадлежатъ къ числу фактовъ, за которыми признано значеніе обстоятельствъ, уничтожающихъ dare facere oportere интенціи. Такіе факты и при bonae fidei judicia оставляютъ въ силѣ dare facere oportere интенціи и могутъ быть особо упомянуты преторомъ въ формулѣ въ качествѣ эксцепцій [15]). Но особенностью bonae fidei judicia является то

---

[13]) Примѣръ такого перехода отъ ope exceptionis къ ipso jure см. у Krüger, Beiträge zur Lehre v. d. exceptio doli, I Heft, 1892 г., стр. 21—25. Ср. также Bekker, Aktionen, т. II, стр. 279 сл. Точно также и a. in factum съ теченіемъ времени можетъ быть замѣнена черезъ a. in jus concepta. См., напр., Lenel, Ed. perp., стр. 214.

[14]) L. 17 D. 13, 5. L. 34 § 1 D. 44, 7. L. 1 § 7 D. 44, 5. L. 29 § 1 D. 21, 2. L. 4 D. 7, 9. Bekker, l. c. стр. 283.

[15]) Объ эксцепціяхъ въ actiones bonae fidei упоминаютъ, напр., L. 61 pr. D. 19, 2. L. 7 D. 16, 1. L. 7 § 2 D. 27, 10 и т. д. Birkmeyer, die Ex-

обстоятельство, что здѣсь полномочія судьи въ глазахъ юристовъ получаютъ очень широкій объемъ: judex могъ принимать во вниманіе даже факты, не уничтожающіе dare facere oportere, но дѣлающіе кондемнацію несправедливой, безъ особаго указанія на нихъ преторомъ въ формулѣ иска. Слѣдовательно, включеніе въ формулу b. f. actionis эксцепцій не было дѣломъ необходимости; если преторъ полагался на судью, онъ могъ обойтись безъ этого, и судья своею властью принималъ эти факты во вниманіе. Exceptiones, соотвѣтствующія справедливости, подразумѣвались въ формулѣ actio bonae fidei. Такое значеніе имѣетъ аѳоризмъ „exceptio doli bonae fidei judiciis inest“ [16]).—Кромѣ того, была въ искахъ bonae fidei и другая особенность. Сторона, имѣющая право на эксцепцію противъ a. bonae fidei другой стороны, могла не дожидаться предъявленія этой actio противникомъ, но вчинить свою собственную actio изъ даннаго negotium bonae fidei и требовать этимъ искомъ уничтоженія всего negotium и обезсиленія путемъ novatio и acceptilatio вытекающаго изъ него dare oportere. Такимъ образомъ, эксцепціонный фактъ могъ при сдѣлкахъ bonae fidei даже лечь въ основу иска лица, управомоченнаго на эксцепцію [17]).

Ясно изъ сказаннаго, что и bonae fidei judicia, по существу, дозволяютъ намъ сохранить наше опредѣленіе эксцепцій: и здѣсь факты, дѣйствующіе ope exceptionis, оставляютъ въ силѣ intentio иска, не разрушаютъ dare oportere, но только исключаютъ condemnatio; разница состоитъ лишь въ томъ, что здѣсь и эти факты могутъ быть приняты во вниманіе судьей безъ особаго предписанія претора, ибо это

---

ceptionen im b. f. judicium, 1874 г., стр. 255 сл. Lenel, l. c. стр. 64, пр. 2—4. См. также L. 7 § 4 D. 2, 14 въ связи съ L. 27 § 2 D. eod. и къ этому Accarias, Précis, т. II, стр. 397, пр. 1.

[16]) Exceptio doli generalis при позднѣйшихъ классикахъ (въ эпоху Ульпіана) не предполагаетъ уже субъективной виновности истца и дается по поводу всякаго нарушенія объективной bona fides, т. е. можетъ конкуррировать съ каждой exceptio in factum. L. 2 § 5 D. 44, 4. Birkmeyer, l. c. стр. 131 слл. Pernice, Labeo т. II, 1 (2-е изд. 1895 г.), стр. 249 сл. Ср. Girard, Manuel, стр. 996, пр. 1.—Къ изложенному ср. еще Lenel, l. c. стр. 64; 69 сл. Koschembahr-Lyskowki, l. c. стр. 114 и 159, пр. 296.

[17]) См. L. 5 § 1 D. 19, 1 (здѣсь exceptio противъ a. bonae fidei, вѣроятно, интерполирована или-же прибавлена толкователями—см. Gradenwitz, Interpolationen, стр. 32. Lenel, Paul. 1656—, но condictio incerti ut liberetur—подлинна). L. 11 § 5 D. 19, 1. L. 15 § 9. L. 16 D. 19, 2. L. 9 § 6. L. 10 D. 19, 2. L. 84 § 5 D. 30. Birkmeyer, op. cit. стр. 205 сл. Lenel, l. c. стр. 65, стр. 112 сл.

предписаніе при такихъ искахъ по обычаю предполагается уже даннымъ.

Такимъ образомъ, рѣшеніе вопроса о томъ, долженъ ли дѣйствовать извѣстный фактъ, признанный въ цивильномъ или преторскомъ правѣ, ipso jure или ope exceptionis на данный искъ, зависитъ отъ того, причислили его юристы къ числу фактовъ, отрицающихъ intentio иска, или нѣтъ [18]) Юристы же могутъ не причислять сюда фактовъ, дѣлающихъ кондемнацію несправедливой, по разнымъ причинамъ: или потому, что этому мѣшаетъ самый текстъ источника, признавшаго юридическое значеніе за даннымъ фактомъ (Sctum Vellejanum, Macedonianum, текстъ edictum perpetuum, содержащаго въ себѣ формулу эксцепціи), или же потому, что значеніе этого факта еще недостаточно укрѣпилось въ сознаніи общества; въ послѣднемъ случаѣ не попавшая въ edictum perpetuum и не закрѣпленная текстомъ закона эксцепція можетъ обратиться съ теченіемъ времени въ возраженіе, дѣйствующее ipso jure. Наконецъ, возможно, что юристы находятъ болѣе удобнымъ сохранить за извѣстнымъ фактомъ значеніе обстоятельства, не отрицающаго интенціи иска, а дѣйствующаго ope exceptionis, во вниманіе къ самому характеру и внутреннимъ свойствамъ этого факта. Характеру факта, по ихъ мнѣнію, можетъ болѣе соотвѣтствовать дѣйствіе ope exceptionis, чѣмъ ipso jure.

Это насъ приводитъ къ послѣднему вопросу: есть ли какое-нибудь матеріально-правовое различіе между дѣйствіемъ ipso jure и дѣйствіемъ ope exceptionis?

Различіе это, несомнѣнно, существуетъ и сводится, главнымъ образомъ [19]), къ слѣдующему. Возраженія, дѣйствующія ipso jure, по об-

---

[18]) Это, въ сущности, есть воззрѣніе на эксцепцію, защищаемое Беккеромъ въ его Aktionen, т. II, стр. 275 сл. Близко стоитъ Koschembahr-Lyskowski въ своемъ цитированномъ сочиненіи; онъ самъ стр. 52 сл. и 114 указываетъ на свою близость къ Беккеру.—Нельзя сводить эксцепціи къ борьбѣ преторскаго права съ цивильнымъ, какъ это дѣлаютъ Eisele и Lenel въ указанныхъ сочиненіяхъ своихъ; съ этой точки зрѣнія трудно конструировать упомянутыя выше цивильныя эксцепціи и объяснить появленіе эксцепцій при actiones in factum, т. е. при преторскихъ искахъ. См. K. Lyskowski, l. c. стр. 113.

[19]) Мы не касаемся спорнаго вопроса о т. наз. возстановляемости правъ, обезсиленныхъ эксцепціей, т. к. онъ имѣетъ сравнительно мало практическаго значенія. См. объ этомъ Lenel, l. c. стр. 119 сл. K. Lyskowski, l. c. стр. 99 сл.—Obligatio naturalis ничего общаго съ различіемъ между ipso jure или ope exceptionis не имѣетъ. См. выше стр. 235 пр. 231.

щему правилу[20]); принимаются во вниманіе судьей помимо просьбы объ этомъ сторонъ; если ни одна изъ сторонъ въ процессѣ на нихъ не ссылается и тѣмъ не менѣе судья какимъ-нибудь образомъ обнаружитъ обстоятельство, уничтожающее intentio иска, то онъ долженъ освободить отвѣтчика. Такимъ образомъ, нельзя отказываться отъ возраженій ipso jure. Напротивъ, эксцепціи, какъ процессуальное средство защиты[21]), включаются въ формулу только по просьбѣ отвѣтчика и поэтому отъ нихъ можно отказываться, не требуя ихъ включенія въ формулу и не пользуясь restitutio in integrum противъ этого упущенія до постановленія судебнаго рѣшенія[22]). Основываясь на этихъ свойствахъ эксцепціи, можно сказать, что съ точки зрѣнія матеріальнаго права при помощи эксцепціи осуществляется всегда какое-либо субъективное право отвѣтчика, отъ котораго послѣдній свободно можетъ отказаться, какъ и вообще отъ всякаго гражданскаго права[23]). Это право можетъ быть особаго рода отрицательнымъ правомъ отвѣтчика, состоящимъ именно въ возможности обезсилить право истца. Такимъ правомъ отвѣтчикъ можетъ пользоваться или не пользоваться по своему усмотрѣнію. Въ случаѣ отказа отвѣтчика отъ осуществленія отрицательнаго права, право истца остается въ полной силѣ[24]). Въ основѣ нѣкоторыхъ эксцепцій лежитъ не этого рода отрицательное

---

[20]) Хотя и не всегда. См. Bekker, Aktionen, т. II, стр. 298

[21]) На это обращаетъ вниманіе K. Lyskowski, l. c. стр. 110 сл.

[22]) K. Lyskowski, l. c. стр. 112 сл., стр. 109 сл. Этотъ авторъ доказываетъ только, что не ко всѣмъ эксцепціямъ примѣнялись эти правила: были эксцепціи, отъ которыхъ нельзя было отказываться и которыя включались въ формулу помимо желанія отвѣтчика; такой характеръ имѣла, по его мнѣнію, exceptio Scti Vellejani. Это мнѣніе раздѣляется многими романистами. См. Lenel, l. c., стр. 133. Thon, Rechtsnorm, стр. 276 пр. 118 и ссылки у Regelsberger, Pand. §174, пр. 20; также § 196, пр. 14. Но есть и голоса противъ этого мнѣнія; см. напр. Dernburg, Pand. т. I, § 120 пр. 11; § 137 пр. 11. Во всякомъ случаѣ общимъ правиломъ остается сказанное въ текстѣ, противное же можетъ быть только рѣдкимъ исключеніемъ.

[23]) Ср. Thon, Rechtsnorm, стр. 275 сл.

[24]) Впервые конструировалъ это понятіе отрицательнаго права Bekker, System, т. I § 28; онъ отмѣчаетъ (на стр. 91), что отрицательныя права и при b. f. actiones, гдѣ нѣтъ нужды въ exceptio, какъ особой части формулы, осуществляются лишь по требованію отвѣтчика, а также, что эти отрицательныя права могутъ получить осуществленіе не только при помощи absolutio judicis, но и при посредствѣ denegatio иска со стороны претора.—Теорія Беккера принята у Dernburg, Pand. т. I, § 137.

право, а право положительное, т.-е. вещное, обязательственное и т. п. право ответчика [25]).

Вотъ эти-то свойства эксцепцій и могли иногда побуждать римскихъ юристовъ сохранять за нѣкоторыми фактами значеніе обстоятельствъ, дѣйствующихъ ope exceptionis, а не ipso jure. Юристы хотѣли сохранить за отвѣтчикомъ возможность отказаться отъ осуществленія юридической силы, признанной за этими фактами.

Москва.
Іюль 1898 г.

---

[25]) Bekker, l. c. стр. 91: exceptio compensationis, justi dominii, pignoris. Dernburg, l. c, стр. 322.