

И. А. Покровский

# ПРАВО И ФАКТ В РИМСКОМ ПРАВЕ

Часть II

ГЕНЕЗИС ПРЕТОРСКОГО ПРАВА



**И. А. Покровский**

**Право и факт  
в римском праве**

**Часть I  
Право и факт,  
как материальное основание исков**

*Репринтное издание 1898 г.*



**Москва  
2022**

УДК 34(37)  
ББК 67.3(0)323  
П48

**Покровский, И. А.**

П48 Право и факт в римском праве. В 2 ч. Ч. 1. Право и факт, как материальное основание исков / И. А. Покровский. — Репр. воспр. изд. 1898 г. — Москва : Директ-Медиа, 2022. — 156 с.

ISBN 978-5-4499-3185-6 (Ч. 1)

ISBN 978-5-4499-3186-3

Книга «Право и факт в римском праве» известного российского правоведа, доктора римского права Иосифа Алексеевича Покровского (1868–1920 гг.) легла в основу его одноименной магистерской диссертации. Первое издание труда состоялось в Вене в 1895 году. В исследовании предложен оригинальный взгляд на различие между двумя видами римских исков: основанных на законе (*actiones in jus*) и основанных на действиях (*actiones in factum*). Из этой теории следует, что вопрос о делении римских исков на *actiones in jus* и *in factum conceptae* перестает быть вопросом о незначительном формальном различии и становится вопросом о глубоком материальном различии в самой структуре гражданских и преторских исков, а вместе с тем и вопросом о различной юридической природе римского гражданского и преторского права. Такой метод позволил И. А. Покровскому подойти к решению более общей задачи — определению роли римского претора в римском юридическом творчестве.

Оригинальная авторская теория и вытекающая из нее концепция юридической природы неразрывного сосуществования гражданского и преторского права впоследствии нашли отражение в его фундаментальной книге «История римского права».

В предлагаемой вниманию читателей первой части исследования рассматриваются право и факт, как материальное основание исков. Определяется точная граница между *actiones in jus* и *actiones in factum*, на основании чего правовец делает вывод, «...что *actiones in factum* суть все преторские и только преторские иски, а *actiones in jus* суть иски гражданские и только гражданские».

УДК 34(37)  
ББК 67.3(0)323

І. А. ПОКРОВСКІЙ.

---

# ПРАВО и ФАКТЪ

ВЪ

РИМСКОМЪ ПРАВѢ.

---

ЧАСТЬ I.

Право и фактъ, какъ матеріальное основаніе исковъ.  
(*Actiones in jus et in factum conceptae*).



КІЕВЪ.

Типографіи Императорскаго Университета Св. Владиміра  
Н. Т. Корчакъ-Новицкаго, Михайловская ул., д. № 4.

1898



# О Г Л А В Л Е Н И Е .

СТР.

## § 1. Введение — Современное состояние учения.

Общее предварительное замѣчаніе. — Келлеръ (*Litiscontestation und Urtheil*). — Савиньи. — Пухта. — Бухка. — Келлеръ (*Röm. Civilprocess*). — Беккеръ (*Proc. Consumtion*). — Демеліусъ. — Тонъ, Крюгеръ (*Proc. Consumtion*). — Ветманъ-Голльвергъ и рецензія Крюгера. — Эйзеле. — Беккеръ (*Aktionen*). — Заключение: обнаруживающаяся шаткость господствующаго ученія; методъ и задача настоящаго изслѣдованія. . . . . 1—26

I. Т. наз. иски съ перестановкой субъектовъ.

## § 2. Т. наз. *actiones adjecticiae qualitatis*.

Вопросъ о концепціи формулы и о процессуальной *consumtio* при *actiones adjecticiae qualitatis* въ литературѣ. — Наша точка зрѣнія. — Собственное матеріальное основаніе *actiones adject. qualit.* — Обязательство главнаго должника *ipso jure* не погашается. — Соотношеніе между *actiones adject. qualit.* и *actiones directae*. — Какъ осуществляется процессуальная *consumtio* при *actiones in solidum*? — Какъ обстоит дѣло при *actiones* съ ограниченной отвѣтственностью? — Заключение и выводъ: *actiones adject. qualit.* суть *actiones in factum*. . . . . 27—52

## § 3. *Actiones alieno nomine*.

Общее замѣчаніе. — Если *consumtio* имѣетъ мѣсто, то причина ея лежитъ не въ формулѣ. — Причина *consumtio* при веденіи процесса *cognitorum*. — Причина и способъ *consumtio* при веденіи процесса *procuratorum*. — Свидѣтельства источниковъ. — Заключение: всѣ т. н. иски съ перестановкой субъектовъ суть *actiones in factum*. . . . . 53—63

## § 4. II. *Actiones ficticiae*.

*Actio ficticia bonorum possessor'a*, искъ цивильнаго *heres ipso jure* не исключается. — Даже при вторичномъ искѣ самого *bonorum possessor'a* необходима *exceptio rei judicatae*. — Близкое родство этихъ исковъ съ исками съ перестановкой субъектовъ: *formulae Serviana* и *Rutiliana*. — *Actiones ficticiae* суть также *actiones in factum*. — *Actio ficticia* по поводу *cautio damni infecti*. . . . . 64—75

## § 5. III. „*Actiones in factum civiles*“ (*praescriptis verbis*).

Господствующее ученіе. — Fr. 5 § 2 D. de pr. v. (19. 5) и fr. 7 § 2 D. de pact. (2. 14): выраженіе „*actio in factum civilis*“ заключаетъ въ

- себѣ *contradictio in adjecto*. — Двойное воззрѣніе классическихъ юристовъ на т. н. безымянные контракты. — Объединительная тенденція компиляторовъ. — Интерполяція „*id est praescriptis verbis*“. — Интерполяція слова „*civilis*“ и возникнувшіе отсюда абсурды. — Fr. 1 § 1 и 2 и fr. 17 § 2 de pr. v. — Заключение. . . . . 76—91
- § 6. Случаи т. наз. двойныхъ формулъ.
- Отношеніе этихъ случаевъ къ нашему вопросу. — Вопросъ о происхожденіи этой двойственности въ литературѣ. — Выводъ: мы имѣемъ здѣсь не двойственность формулъ только, а двойственность самыхъ исковъ. — Историческое соотношеніе этихъ исковъ (гипотеза Wlassak'a и ея подтвержденіе). . . . . 92—101
- § 7. *Actiones in factum* и *actiones utiles*.
- Общее замѣчаніе.—Существованіе понятія „*actio utilis*“. — Соотношеніе между *actio utilis* и *actio in factum* въ области *lex Aquilia*. — Разрѣшеніе этого вопроса господствующимъ ученіемъ. — Доводы, на которыхъ господствующее ученіе опирается. — Факты, которые противорѣчатъ ему. — Вѣроятное положеніе вопроса въ эпоху классическихъ юристовъ и ко времени Юстиніана.—Смыслъ § 16 Inst. IV. 3. . . . . 102—126
- § 8. „*Actio in factum*“ въ *Corpus Juris Civilis*.
- Actio in factum* въ противоположеніи другимъ преторскимъ искамъ. — Общая характеристика этихъ безымянныхъ *actiones in factum* и ихъ историческая роль. . . . . 127—133
- § 9. Заключение.
- Проверка Gai. IV. 45 съ нашей точки зрѣнія. — Смыслъ дѣленія римскихъ исковъ на *actiones in jus* и *in factum conceptae*. Причина различія кроется не въ формулѣ, а въ различномъ матеріальномъ основаніи гражданскихъ и преторскихъ исковъ. — *Jus* и *factum*, какъ источники исковъ въ римскомъ правосознаніи. . . . . 134—145
-

## ПРЕДИСЛОВІЕ.

---

Значительная часть предлагаемой работы (§ 1—5, § 9) была напечатана подъ заглавіемъ „Die actiones in factum des classischen Rechts“ въ Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd. XVI, Romanistische Abtheilung (1895). Эта статья вызвала какъ неблагопріятные, такъ и благопріятные отзывы о себѣ, причемъ съ обѣихъ сторонъ одинаково признается, что установленная мною точка зрѣнія на вопросъ рѣзко врывается въ систему общепринятыхъ ученій о немъ.

Отзывъ перваго рода принадлежитъ м-гу *Erman*'у (проф. Лозаннскаго и Женевскаго Университетовъ), который, во-первыхъ, посвятилъ моей статьѣ цѣлый специальный параграфъ въ своемъ сочиненіи „*Servus vicarius. L'esclave de l'esclave romain*“. (1896. § 23. pp. 498—509), а во-вторыхъ, въ сокращенномъ видѣ изложилъ свои замѣчанія въ рецензій, помѣщенной въ *Centralblatt für Rechtswissenschaft* (September. 1896).—Въ первомъ сочиненіи *Erman* начинаетъ съ заявленія, что моя статья „a remis en question jusqu'aux bases mêmes des théories jusqu'ici adoptées sur ces matières“, и называетъ мою теорію революціонной („thèses révolutionnaires“—p. 498). Затѣмъ слѣдуетъ изложеніе (не вполне, впрочемъ, полное и послѣдовательно) моей теоріи и тѣхъ аргументовъ, которые кажутся м-гу *Erman*'у наиболѣе говорящими въ ея пользу. Но эти аргументы не убѣждаютъ автора; онъ противопоставляетъ имъ цѣлый рядъ другихъ доказательствъ и въ заключеніе говоритъ: „La thèse de Pokrowsky sur la caractère in factum et la consommation ope exceptionis de toutes les

actions prétoriennes est conforme à quelques faits, qui sans elle sont assez difficiles à expliquer. Mais cette thèse est contredite par tant d'autres faits, aussi sûrs que catégoriques, qu'elle ne saurait être admise. Aussi faudra-t-il en rester purement et simplement à l'ancienne théorie". (p. 509).—Въ Centralblatt f. RW. Ерманъ повторяетъ въ сжатомъ видѣ свои возраженія, но уже дѣлаетъ мнѣ уступку въ одномъ изъ существенныхъ для моей теоріи пунктовъ, признавая именно вмѣстѣ со мной (§ 5), что въ устахъ классическихъ юристовъ выраженіе „actio in factum civilis“ является contradictio in adjecto, и что оно есть „freie und recht unglückliche Erfindung der Kompilatoren“.

Оставляя разборъ замѣчаній Ерман'а до соответствующихъ мѣстъ въ текстѣ, мы здѣсь замѣтимъ только, что многія изъ его возраженій являются только повтореніемъ стараго, давно извѣстнаго и что они не были бы мнѣ сдѣланы, еслибы авторъ былъ ближе знакомъ съ положеніемъ этихъ частныхъ вопросовъ уже въ существующей литературѣ. Доказательства этого читатель найдетъ въ текстѣ (особенно въ §§ 6 и 7).

Сочиненіе Ерман'а „Servus vicarius“ вызвало въ свою очередь рецензію *Hugo Krüger*'а въ Grünhut's Zeitschrift. Bd. XXIV, II Heft (1897), и рецензентъ здѣсь, между прочимъ, беретъ подъ свою защиту отъ нападокъ Ерман'а мою теорію. „Zwar hat Eрман, говоритъ Krüger, auf manche Bedenken hingewiesen, und ich muss ihm zugeben, dass Pokrowsky's Darlegungen der Nachprüfung und Nachhilfe bedürftig sind. Aber der Grundgedanke scheint mir richtig zu sein und es ist nur zu bedauern, dass er ihn nicht scharf genug zum Ausdruck gebracht und so selbst zu Missverständnissen Anlass gegeben hat“. По мнѣнію рецензента, особенно настойчиво должна была бы быть указана та мысль, что преторъ jus facere non potest, и потому всякій преторскій искъ долженъ быть по необходимости actio in factum; даже если въ формулѣ его встрѣчается „dare facere oportere“ (напр. при искахъ съ перестановкой субъектовъ),—то и тамъ это dare facere oportere есть для даннаго иска только простой—для jus civile безразличный—фактъ. „Bei dieser Auffassung, продолжаетъ Krüger, die mir als die Pokrowsky's ergibt, schwinden nicht nur manche Einwände Eрман's, sondern lösen sich, wenn zunächst auch nicht alle, so doch die meisten Schwierigkeiten des Problems und das zeugt von einem Fortschritte gegenüber den bisherigen Theorien. Aber ich

zweifle nicht, dass die Schwächen, auf die Erman aufmerksam gemacht hat, kein dauerndes Hinderniss bilden werden“.

Что касается той мысли, на которую я, по мнению Krüger'a, не достаточно настойчиво указывалъ,—то я не знаю. какъ еще настойчивѣе я долженъ былъ ее проводить, чтобы эта настойчивость не перешла въ назойливое тверженіе одного и того же. Та идея, которую отмѣчаетъ Krüger, высказывалась мною много разъ—и гораздо подробнѣе—и при отдѣльныхъ категоріяхъ изслѣдуемыхъ исковъ и въ заключеніи (ср. стр. 44, 56—57, 63, 70—72, 102—103 Zeitschr. d. Sav. St.). Замѣчаніе Krüger'a, по моему мнѣнію, иллюстрируетъ скорѣе субъективное состояніе лица, привыкшупшаго къ старой точкѣ зрѣнія на вопросъ: общепринятое ученіе настолько укрѣпилось въ наукѣ, настолько пустило корни въ массѣ отдѣльныхъ болѣе мелкихъ вопросовъ, что естественно необходимо нѣкоторое время и нѣкоторое раздумье, пока послѣдователи господствующаго ученія освоятся съ иной постановкой нашего вопроса и пока всѣ эти болѣе мелкіе отдѣлы будутъ соответственнымъ образомъ перестроены.

Какъ бы то ни было, издавая въ настоящее время мою работу на русскомъ языкѣ, я воспользовался всѣми указаніями критики и не оставилъ ни одного сколько нибудь существеннаго сомнѣнія безъ разъясненій, вслѣдствіе чего работа появляется теперь значительно дополненной. Наиболѣе существенными дополненіями представляются §§ 6 и 7, которые присоединены мною не столько для подкрѣпленія моей теоріи (съ этой стороны они могли бы быть изложены короче), сколько потому, что затрагиваемые въ нихъ вопросы пріобрѣтаютъ съ моей точки зрѣнія, какъ мнѣ кажется, совершенно иное освѣщеніе.

Но добытые въ настоящей работѣ результаты открываютъ передъ нами, смѣю думать, совершенно новыя и очень широкія перспективы. Вопросъ о дѣленіи римскихъ исковъ на *actiones in jus* и *in factum* *conceptae* перестаетъ быть вопросомъ о незначительномъ формальномъ различіи, какимъ онъ былъ до сихъ поръ, и становится вопросомъ о глубокомъ матеріальномъ различіи въ самой структурѣ гражданскихъ и преторскихъ исковъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и вопросомъ о различной юридической природѣ римскаго гражданского и преторскаго права. Только при помощи этихъ результатовъ мы можемъ установить настоящій характеръ извѣстнаго дуализма въ римскомъ правѣ и такимъ образомъ достигнуть истиннаго пониманія какъ общаго

развитіи римскаго права, такъ и его историческихъ особенностей. Изслѣдованію этихъ глубокихъ и важныхъ вопросовъ будетъ посвящена вторая часть нашей работы, которой поэтому мы позволяемъ себѣ дать одно общее заглавіе — „Право и фактъ въ римскомъ правѣ“.

**І. Покровскій.**

Кіевъ.  
Январь. 1898.

## § 1.

### Введение.—Современное состояніе ученія.

Общее предварительное замѣчаніе. — Келлеръ (Litiscontestatio und Urtheil) — Савяннъ. — Пухта. — Бухка. — Келлеръ (Röm. Civilprocess). — Беккеръ (Proc. Consumtion). — Демеліусъ. — Тонъ, Крюгеръ (Proc. Consumtion). — Бетманнъ-Гольдвергъ и рецензія Крюгера. — Эйзель. — Беккеръ (Aktionen). — Заключение: обнаруживающаяся паткость господствующаго ученія; методъ и задача настоящаго изслѣдованія.

---

Въ римскомъ правѣ существуетъ дѣленіе исковъ на actiones in jus conceptae съ одной стороны и actiones in factum conceptae — съ другой. Въ Corpus Juris чуть не на каждой страницѣ мы встречаемся съ „actio in factum“. Естественно долженъ былъ возникнуть вопросъ о причинахъ такого различія между исками, и этотъ вопросъ окончательно, повидимому, разрѣшался слѣдующимъ мѣстомъ Гая: изложивъ составъ исковыхъ формулъ (partes formulae), Гай затѣмъ говоритъ (IV. 45, 46):

„Sed eas quidem formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus „nostrum esse aliquid ex jure Quiritium“ aut „nobis dari oportere“ aut „pro fure damnum decidi oportere“; in quibus juris civilis intentio est. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur: qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in jus vocavit... Ceterae quoque formulae, quae sub titulo „de in jus vocando“

propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in jus vocatus neque venerit neque vindicem dederit; item contra eum, qui vi exemerit eum qui in jus vocatur; et denique innumerabiles ejus modi aliae formulae in albo proponuntur.“...

Если принять во внимание, что въ приведенныхъ Гаемъ случаяхъ Digesta какъ разъ говорятъ объ „actio in factum“<sup>1)</sup>, — то выводъ, казалось, явствовалъ самъ собой: дѣленіе исковъ на actiones in jus и in factum *зависитъ отъ различной конструкціи формулъ тѣхъ и другихъ*: actio in jus есть искъ, формула котораго in jus concepta est, actio in factum есть искъ, осуществляемый посредствомъ формулы, конципированной in factum.

Этотъ выводъ дѣйствительно и былъ сдѣланъ литературой настоящаго столѣтія и до сихъ поръ онъ является неопровержимымъ фундаментомъ общепринятаго ученія объ actiones in jus и in factum conceptae.

Въ такой общей постановкѣ вопросъ такимъ образомъ разрѣшался, повидимому, очень просто; однако необходимость прилагать эту общую формулу дѣленія исковъ къ нѣкоторымъ болѣе частнымъ явленіямъ, гдѣ это дѣленіе играетъ роль, вызвала въ литературѣ различныя колебанія и разногласія, которыя обнаружили, что вопросъ далеко не такъ простъ. Колебанія и разногласія эти вызывались главнымъ образомъ двумя слѣдующими обстоятельствами.

Во-первыхъ, Гай (IV. 106—107) сообщаетъ намъ, что въ эпоху формулярнаго процесса actio in personam in jus concepta (при предположеніи iudicium legitimum) встѣдствіе litiscontestatio погашалась ipso jure, а actio in rem и actio in personam in factum concepta — только посредствомъ exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. Это различное дѣйствіе litiscontestatio при actiones in personam въ зависимости отъ того, есть ли данный искъ in jus или in factum concepta, требовало себѣ такого или иного объясненія. Со времени открытія институцій Гая вопросъ о процессуальной consumptio сталъ однимъ изъ любимѣйшихъ предметовъ изслѣдованія для романистовъ, а такъ какъ разрѣшить этотъ вопросъ, не затронувъ дѣленія исковъ на actiones in jus и in factum conceptae, было нельзя, — то приходилось каждый разъ волей-неволей пересматривать и этотъ вопросъ.

---

<sup>1)</sup> Напр. fr. 12. D. de in jus voc. 2. 4., fr. 5 § 1 и § 3. D. ne quis eum etc. 2. 7.

Благодаря именно этой связи съ вопросомъ о процессуальной *constitutio*, мы имѣемъ довольно значительную массу, если не полныхъ и законченныхъ теорій, то, по крайней мѣрѣ, мнѣній и по поводу нашего дѣленія исковъ. Собственно говоря, здѣсь-то именно и дѣлало наше ученіе объ этомъ вопросѣ кое-какіе шаги впередъ, насколько здѣсь вообще можетъ идти рѣчь о какомъ нибудь движеніи впередъ.

Во-вторыхъ, ближайшее разсмотрѣніе различныхъ исковыхъ формулъ обнаружило, что есть въ ихъ числѣ много такихъ, относительно которыхъ можетъ быть сомнѣніе, принадлежать-ли онѣ къ категоріи *in jus* или къ категоріи *in factum conceptae*, — въ виду того, что онѣ по своей постройкѣ не подходятъ вполнѣ къ образцамъ, даннымъ Гаемъ. Приходилось такимъ образомъ дать какое-либо болѣе принципиальное опредѣленіе существа формулъ *in jus* и *in factum conceptae*, — т. е. прежде всего выяснить, *въ чемъ заключается сущность conceptio in jus* (такъ *conceptio in factum* опредѣлилась бы тогда сама собою). А этотъ послѣдній вопросъ естественно сводился къ тому, какъ понимать въ этомъ случаѣ выраженіе „*jus*“.

Мало-по-малу въ литературѣ нашего вопроса выяснились въ этомъ отношеніи два различныя направленія. Одни склонялись болѣе къ тому, чтобы понимать это „*jus*“ *въ субъективномъ смыслѣ*: *formula in jus concepta* есть съ этой точки зрѣнія такая формула, которая опирается на *субъективное гражданское право истца*; гдѣ этого нѣтъ — тамъ мы будемъ имѣть *formula in factum concepta*. По мнѣнію другихъ, напротивъ, „*jus*“ надо понимать въ смыслѣ *объективной гражданской права*, и различіе формулъ пріобрѣтаетъ тогда такой видъ: *formula in jus concepta* есть такая формула, которая отсылаетъ судью для постановки своего рѣшенія такъ или иначе *къ нормамъ гражданского права*, а *formula in factum concepta* есть такая, гдѣ судѣ для разслѣдованія и какъ условіе *condemnatio* предлагаются только факты. Различная общая точка зрѣнія вызывала естественно разногласія въ частностяхъ, хотя нужно замѣтить, что при всѣхъ этихъ спорахъ общая причина, ихъ вызывающая (т. е. именно различное пониманіе выраженія „*jus*“), оставалась, какъ это ни странно, для самихъ спорящихъ незамѣченной.

Изъ этихъ двухъ направленій исторически древнѣйшимъ является первое; въ первую половину текущаго столѣтія оно было, повидимому, даже господствующимъ. Начинается оно съ появленія знаменитой книги Келлера „*Litiscontestation und Urtheil*“ (1827 г.). Какъ ука-

зано выше, изслѣдуя вопросъ о процессуальной *consumtio*, Келлеръ долженъ былъ столкнуться и съ вопросомъ о различномъ дѣйстви *litiscontestatio* при *actiones in jus* и *in factum conceptae*, и здѣсь онъ даетъ на этотъ вопросъ такое объясненіе.

*Litiscontestatio*, по мнѣнію Келлера, есть процессуальное обновленіе существовавшихъ между истцомъ и отвѣтчикомъ отношеній — *novatio necessaria*. Понятно поэтому, что *ipso jure*, т. е. непосредственно, могли быть консумированы только *actiones in personam*, а не *actiones in rem*: *novatio* вѣдь предполагаетъ, чтобы отношеніе, которое ею должно быть обновлено, было отношеніемъ обязательственнымъ, *obligatio*. Право же вещное, которое является матеріальнымъ основаніемъ *actio in rem*, не можетъ быть объектомъ *novatio*, и потому правило „*bis de eadem re ne sit actio*“ могло быть осуществлено здѣсь только непрямимъ путемъ—посредствомъ *exceptio rei judicatae vel in iudicium deductae* (цит. соч. стр. 117). Но почему мы встрѣчаемъ тотъ же непрямой путь и при *actiones in personam in factum conceptae*, почему здѣсь невозможна *consumtio ipso jure*? На этотъ вопросъ Келлеръ отвѣчаетъ такъ: „только при *actio in jus concepta* можетъ быть рѣчь объ *obligatio*, о *debitum*, о *dare facere oportere*; только здѣсь слѣдовательно можно было говорить и объ уничтоженіи обязательства вслѣдствіе *litiscontestatio*. *Напротивъ, характеристической чертой formulae in factum conceptae является именно то, что при ней матеріальнымъ основаніемъ иска и условіемъ condemnatio служитъ не обязательство и даже вовсе не правоотношеніе, а обстоятельства чисто фактическаго характера, простой фактъ* (стр. 86). А что простой фактъ не можетъ быть новированъ, это понятно само собой“ (стр. 117—118).

Мы видимъ такимъ образомъ, что Келлеръ усматриваетъ различіе между *actiones in jus* и *in factum conceptae* не только во внѣшней построикѣ исковыхъ формулъ, а гораздо глубже—въ самомъ матеріальномъ основаніи тѣхъ и другихъ: матеріальнымъ основаніемъ *actiones in jus conceptae* является гражданское право истца (гражданское *dare facere oportere*), матеріальнымъ основаніемъ *actiones in factum conceptae*—не обязательство, даже вовсе не правоотношеніе, а простой комплексъ фактовъ.

Но разъ Келлеръ сталъ на эту точку зрѣнія, то, казалось бы, можно было ожидать, что онъ отвергнетъ *consumtio ipso jure* для всѣхъ преторскихъ исковъ вообще, такъ какъ только при гражданскихъ

искахъ можетъ идти рѣчь объ obligatio, о dare facere oportere и т. д., и что онъ—согласно Gai. IV, 107—отнесеть, такимъ образомъ, всѣ преторскіе искъ къ категоріи actiones in factum. Однако этого вывода Келлеръ не дѣлаетъ. Относительно т. н. *исковъ съ субъективной перестановкой* онъ объясняется такъ: въ этихъ искахъ собственное матеріальное основаніе составляетъ не отношеніе между дѣйствительнымъ истцомъ и дѣйствительнымъ отвѣтчикомъ, а цивильное dare facere oportere того третьяго лица, ex cuius persona intentio sumpta est. Это послѣднее цивильное обязательство составляетъ содержаніе intentio при этомъ искѣ совершенно такъ же, какъ и при соответствующемъ искѣ противъ самого цивильно-обязаннаго (какъ и при actio directa). Какъ содержаніе intentio, это цивильное dare facere oportere въ обоихъ случаяхъ одинаково in iudicium deducitur и потому въ обоихъ же случаяхъ одинаково консумируется ipso iure (стр. 421 и сл.). — Но, какъ извѣстно, кромѣ формулъ съ перестановкой субъектовъ есть еще одна категорія преторскихъ формулъ — *actiones ficticiae*: при нихъ также не можетъ быть рѣчи о цивильномъ dare facere oportere истца, какъ матеріальномъ основаніи иска; должны-ли и эти формулы поэтому быть отнесены къ категоріи formulae in factum conceptae; должна-ли и при нихъ процессуальная consumtio осуществляться только посредствомъ exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae? Эти вопросы Келлеръ оставляетъ здѣсь совершенно безъ отвѣта: actiones ficticiae имъ совершенно забыты.

Нужно однако добавить, что Келлеръ, кромѣ этого главнаго основанія (невозможность novatio), для доказательства невозможности consumtio ipso iure при actiones in factum приводитъ еще и другое соображеніе. „Если мы даже вовсе оставимъ мысль о novatio, говоритъ онъ (стр. 118, ср. также прим. 8 ibid.), то невозможность consumtio ipso iure при actiones in rem и при actiones in factum conceptae будетъ все-таки понятна; иначе мы должны были бы принять, что вслѣдствіе litiscontestatio въ первомъ случаѣ погибаетъ самое вещное право, а во второмъ—фактъ, который составляетъ основаніе иска, дѣлается несуществовавшимъ“. Здѣсь уже Келлеръ, очевидно, опирается не на матеріальное основаніе иска, а на формальную сторону дѣла, на текстъ самой формулы in factum: разъ совершившійся фактъ вслѣдствіе litiscontestatio не можетъ стать не бывшимъ, и слѣдовательно ipso iure онъ поведетъ и при вторичномъ искѣ de eadem re къ такой же condemnatio, какъ и первый разъ; парализовать та-

кое дѣйствіе формулы, конципированной in factum, можно только посредствомъ включенія въ нее excerptio rei judicatae.

Ученіе Келлера о процессуальной consumptio въ позднѣйшей литературѣ подвергалось различнымъ нападкамъ и въ концѣ концовъ было объявлено совершенно несостоятельнымъ. И дѣйствительно въ такомъ видѣ, какъ она была формулирована Келлеромъ, его теорія не можетъ быть защищаема; но въ ней есть здоровое зерно истины — и притомъ гораздо большее, чѣмъ въ собственныхъ ученіяхъ ея критиковъ. Впослѣдствіи мы увидимъ, насколько Келлеръ былъ правъ, и насколько онъ неправъ.

*Савиньи* <sup>1)</sup> формулируетъ различіе между actiones in jus и in factum conceptae слѣдующимъ образомъ: „Первая категорія исковъ (т. е. actiones in jus c.) имѣетъ intentio juris civilis, т. е. опирается на существованіе какого либо цивильнаго правоотношенія—собственности, обязательства или другого строгаго права, признаваемаго въ jus civile. Вторая же категорія (a. in factum c.) имѣетъ въ видѣ intentio простое обозначеніе фактовъ, такъ что въ искахъ этого рода intentio по своей формѣ подобна demonstratio“. „*Это различіе исковъ, продолжаетъ далѣе Савиньи, совпадаетъ въ общемъ съ различіемъ между исками цивильными и преторскими.* При искахъ цивильныхъ была всегда возможна intentio juris civilis, и потому они всегда могли быть конципированы in jus. Напротивъ, въ искахъ преторскаго права это было невозможно, такъ какъ они опирались не на какое либо существующее право, а лишь на силу начальственной власти претора“. Однако изъ этого принципиальнаго совпаденія обѣихъ противоположностей между исками (actiones civiles и praetoriae съ одной стороны, actiones in jus и in factum conceptae—съ другой) должно быть сдѣлано — по мнѣнію Савиньи — *двойное исключеніе*. Съ одной стороны, хотя всѣ цивильнаго права всегда способны къ intentio in jus concepta, тѣмъ не менѣе они иногда могутъ быть конципированы и in factum; это мы встрѣчаемъ именно при тѣхъ немногихъ цивильныхъ искахъ, которые снабжены двойными формулами—т. е. пѣютъ формулу in jus, но рядомъ съ ней еще и другую формулу in factum concepta (actio depositi и commodati—Gai. IV. 47).—Съ другой стороны, есть и преторскіе иски, которые, будучи въ существѣ построены in

---

<sup>1)</sup> System Bd. V. (1841) § 216 сл.

factum, тѣмъ не менѣе представляютъ уже переходную ступень къ *conceptio in jus*; таковы нѣкоторыя изъ *actiones utiles* или *ficticiae*, напр. *formula Publiciana*. Существо ея *intentio*, говоритъ Савиньи, составляетъ чисто фактическое утверждение: *Agerius* купилъ спорнаго раба и получилъ его посредствомъ *traditio*. Но это утверждение имѣетъ еще слѣдующую особенную добавку: судья долженъ въ то же время изслѣдовать, было ли прибрѣтенное истцомъ владѣнiе на переданнаго ему раба такого свойства, что оно влѣдствiе годовой давности могло превратиться въ римскую собственность. Влѣдствiе этой особенной добавки сама по себѣ чисто фактическая *intentio* прибрѣтаетъ правовую окраску, прибрѣтаетъ отбѣнокъ *intentio in jus concepta* („spielt in die in jus concepta hinüber“).

Не трудно замѣтить, что изложенное ученiе Савиньи страдаетъ во многихъ отношенiяхъ неясностью и неполнотой. Неясно, во-первыхъ, утверждение Савиньи, что такую окраску *in jus* имѣютъ только *нѣкоторыя* изъ *actiones ficticiae*. Какiя же именно? — Далѣе, если Савиньи полагаетъ, что только нѣкоторыя изъ этой послѣдней категорiи формулъ имѣютъ окраску *in jus*, то отсюда можно заключить, что *actiones ficticiae* по общему правилу, какъ иски преторскiе, суть *actiones in factum*. Но возьмемъ напримѣръ формулу „*Si A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> L<sup>e</sup>. Titio heres esset, tum si pateret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C dare oportere*“ etc. Причислилъ-ли бы Савиньи эту формулу къ категорiи формулъ *in factum conceptae*? Могъ-ли бы онъ сказать, что эта формула имѣетъ только окраску *in jus*? Гдѣ есть въ ней какое-бы то ни было фактическое утверждение петца?

Во-вторыхъ, формулы, построенныя по образцу *formula Publiciana*, являются, такимъ образомъ, согласно Савиньи со смѣшаннымъ характеромъ: онѣ конципированы отчасти *in factum*, отчасти *in jus*. Но какъ намъ быть тогда съ подобными смѣшанными формулами для вопроса о процессуальной *consumitio*: здѣсь мы должны квалифицировать каждую формулу опредѣленно—либо какъ *in jus*, либо какъ *in factum concepta*, и никакая средняя позицiя здѣсь немыслима.

Въ третьихъ: изъ общаго правила, что всѣ преторскiе иски суть въ то же время *actiones in f. conceptae*, Савиньи дѣлаетъ только одно исключенiе — въ пользу нѣкоторыхъ изъ *actiones ficticiae*. Но вѣдь, кромѣ нихъ, существуютъ еще многочисленные т. п. иски съ перестановкой субъектовъ, также преторскаго происхожденiя; что же, они также суть *actiones in factum*?—Если Келлеръ въ упомянутой выше

книгъ забыть *actiones ficticiae*, то Савиньи совершенно упустилъ изъ виду иска съ перестановкой субъектовъ.

Какъ бы то ни было, но и Савиньи, подобно Келлеру, исходитъ изъ той мысли, что при формулахъ *in jus conceptae* искъ опирается на гражданское право истца; и онъ слѣдовательно въ выраженіи „*formula in jus concepta*“ слово „*ius*“ понимаетъ въ субъективномъ смыслѣ.

Совершенно другая точка зрѣнія обнаруживается у Пухты <sup>1)</sup>: для него слово „*ius*“ представляется уже въ смыслѣ объективнаго гражданского права. По мнѣнію Пухты, при дѣленіи исковъ на *in jus* и *in factum conceptae* рѣшающимъ моментомъ является то положеніе, въ которое ставится судья (*judex*) формулой того и другого рода: *formula in jus concepta* предписываетъ ему судить на основаніи нормъ гражданского права; при формулахъ *in factum*, напротивъ, его приговоръ ставится исключительно въ зависимость отъ бытія или небытія извѣстнаго, упомянутаго въ формулѣ факта. Съ этой точки зрѣнія конечно уже вполне естественно признать, что могутъ существовать формулы со смѣшаннымъ характеромъ; это именно тѣ, въ которыхъ приговоръ судьи ставится въ зависимость отъ какаго либо факта, но кромѣ того ему предписывается еще принимать во вниманіе и нормы гражданского права.

Это основное различіе въ исходной точкѣ зрѣнія особенно ярко выражается въ различной оцѣнкѣ *actiones ficticiae*. Въ то время, какъ Савиньи принципиально считаетъ ихъ за *actiones in factum* и только за нѣкоторыми изъ нихъ, по исключенію, признаетъ окраску *in jus*, Пухта рѣшаетъ какъ разъ наоборотъ. По его мнѣнію *actiones ficticiae* въ существѣ суть *actiones in jus conceptae*; вслѣдствіе вставки фикціи, говоритъ онъ, природа иска не можетъ измѣниться, ибо судья остается въ такомъ же положеніи, какъ еслибы фикціи и не было, т. е. для постановки приговора онъ долженъ принимать во вниманіе нормы гражданского права. И только нѣкоторыя изъ *formulae ficticiae*, въ родѣ формулы *actio Publiciana*, имѣютъ смѣшанный характеръ вслѣдствіе того, что судья обязуется для постановки приговора принимать во вниманіе не только нормы гражданского права, но сверхъ того и извѣстныя указанныя въ формулѣ факты.

---

<sup>1)</sup> Institutionen. I. § 165 (въпервые издаю въ 1841 г.: 10-е изданіе, 1893 г. Стр. 494. 496).

*Бухка* <sup>1)</sup> принимаетъ вполне ученіе Савинны и даже съ еще большей опредѣленностью утверждаетъ, что противоположность между *actiones in jus* и *in factum* тождественна съ противоположностью между исками цивильными и преторскими. Преторскіе иски, говоритъ Бухка, были способны только къ *formulae in factum conceptae*. Такъ какъ преторъ былъ не въ состояніи создать новое право, равное праву цивильному, то и всѣ тѣ правомочія, которыя вытекали для кого либо изъ его эдикта, черпали свою силу исключительно изъ его *imperium*. А разъ для обоснованія иска истцомъ не можетъ быть приведено его цивильное право, то понятно, что и условіемъ *condemnatio* въ формулѣ можетъ быть поставленъ только извѣстный комплексъ фактовъ (стр. 10—11). Всѣ преторскіе иски поэтому—по мнѣнію Бухка—должны быть конципированы *in factum*; даже такая формула, какъ *formula Publiciana*, въ существѣ своемъ есть *formula in factum*.

Отбрасывая келлеровскую теорію *novatio*, Бухка выводитъ невозможность *consumtio ipso jure* при *actiones in factum* изъ преторской природы послѣднихъ. *Consumtio ipso jure*, какъ нѣчто чисто цивильное, могла имѣть свое непосредственное дѣйствіе только тогда, если и процессъ вообще соотвѣтствовалъ требованіямъ цивильнаго права. Процессъ же, инструированный только въ силу *imperium* претора, могъ имѣть только преторское же дѣйствіе, т. е. онъ могъ погашать прежнее правоотношеніе только посредствомъ *exceptio rei judicatae* (стр. 14. I. cit.).

Важный моментъ въ исторіи нашего вопроса представляетъ появленіе извѣстнаго учебника рим. гражданск. процесса того же *Келлера*, перу котораго принадлежит и указанное выше сочиненіе „*Litiscontestation und Urtheil*“ <sup>2)</sup>.

Замѣчательнѣе всего при этомъ тотъ фактъ, что Келлеръ становится здѣсь уже на совершенно иную точку зрѣнія, чѣмъ прежде, и т. обр. упичтожаетъ все сказанное имъ объ *actiones in jus* и *in factum conceptae* въ своемъ прежнемъ сочиненіи.—Изложивъ въ своемъ учебникѣ иски цивильнаго права и изъ преторскихъ—*actiones ficticiae* и т. наз. иски съ перестановкой субъектовъ, Келлеръ гово-

---

<sup>1)</sup> Buchka. Die lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss. 1846.

<sup>2)</sup> Der römische Civilprocess. 1852.

рить (§ 33): До сихъ поръ преторъ или только создавалъ для дѣйствительно существующаго цивильнаго правоотношенія соотвѣтствующую формулу, или же тамъ, гдѣ онъ переступалъ рамки цивильнаго права, онъ *все-таки старался подводить въ формуль новое, имъ самимъ защищаемое, отношеніе подъ ту или другую норму*, расширяя т. обр. послѣднюю по аналогіи. Но затѣмъ преторъ перешелъ и къ болѣе свободному образованію формуль, причемъ онъ уже прямо ставилъ для судьи условіемъ его приговора только извѣстный комплекс фактовъ, беря такимъ образомъ правовую зависимость между этими фактами и *condemnatio* на свою отвѣтственность. Т. обр. судья оставалось только разслѣдовать указанные факты и, найдя ихъ справедливыми, приговорить отвѣтчика, вовсе не размышляя объ этой зависимости.—Это то и есть *formulae in factum conceptae*.

Въ этихъ словахъ выражается уже вполне явственно новая точка зрѣнія Келлера на *actiones in jus* и *in factum conceptae*. При дѣленіи формуль на эти двѣ категоріи главный центръ тяжести кладется уже не на субъективное право истца, а—какъ это мы видѣли уже у Пухты—на объективное положеніе судьи; при *formulae in jus conceptae* судья обязанъ руководствоваться нормами цивильнаго права, при *formulae in factum* напротивъ онъ обязанъ разслѣдовать только указанные ему факты; съ вопросами права онъ здѣсь уже не имѣетъ никакого дѣла. Слѣд. и Келлеръ въ выраженіи *in jus concepta* слово *jus* понимаетъ теперь уже въ объективномъ смыслѣ.—Отсюда и различная характеристика *actiones ficticiae*. Если прежде Келлеръ, повидимому, готовъ былъ считать эти иски за *actiones in factum*, то теперь ужъ онъ ясно высказывается въ противоположномъ смыслѣ: какъ *actiones ficticiae*, говоритъ онъ <sup>1)</sup>, такъ и т. н. иски съ перестановкой субъектовъ суть *actiones in jus conceptae*; *intentio juris civilis* не можетъ потерять этого своего качества отъ того только, что въ нее введена фикція или что *condemnatio* поставлена на имя другаго лица. Обозначеніе какого либо иска, какъ *actio in jus* или *in factum concepta*, ни въ какомъ случаѣ не можетъ т. обр. указывать теперь на цивильное или преторское происхожденіе его.

Этотъ послѣдній выводъ, казалось бы, долженъ былъ заставить Келлера радикальнымъ образомъ измѣнить и свою прежнюю теорію

---

<sup>1)</sup> Ср. 6-е изд. стр. 161.

процессуальной *consumtio*. Съ одной стороны *actio in factum* не есть теперь непременно преторскій искъ, а съ другой стороны *actio in jus* състь не всегда искъ цивильный; слѣд. оказывается, что иногда и цивильное обязательство не новирруется, а иногда, напротивъ, новирруется правоотношеніе преторское, т. е. по прежнему утверженію Келлера, вовсе даже не правоотношеніе.—Келлеръ, однако, въ вопросѣ о процессуальной *consumtio* удерживаетъ свою прежнюю теорію безъ всякихъ измѣненій и утверждаетъ, что при *actiones in factum* для *novatio* недостаетъ матеріала („es fehlt am Stoffe“.—§ 60 стр. 303).

На такой же чисто формальной точкѣ зрѣнія стоитъ и Беккеръ въ своей книгѣ „Die processuale Consumtion“ (1853 г.).—Такое или иное строеніе исковой формулы, по мнѣнію Беккера, опредѣляется слѣдующимъ обстоятельствомъ. Какъ *sacramentum* и процессуальная *sponsio*, такъ и *intentio* опирается непосредственно на бытіе права, обосновывающаго требованіе истца; это право представляетъ и условіе *condemnatio*. Если это право можетъ быть въ достаточной степени индивидуализировано въ одномъ предложеніи, тогда формула начинается прямо съ *intentio*; въ противномъ случаѣ передъ *intentio* вставляется еще *demonstratio* или *praescripta verba*, чтобы точнѣе опредѣлить *res de qua agitur*. Позже преторъ сдѣлалъ еще шагъ далѣе: онъ уже опираетъ *intentio* не на указаніе соответствующаго права, а просто на производящіе это право факты. Последній способъ постройки формулъ былъ необходимъ тамъ, гдѣ это право не принадлежало къ числу признанныхъ въ *jus civile* и не могло быть подведено подъ нормы этого послѣдняго даже путемъ аналогій. Но этотъ же способъ концепціи формулъ былъ иногда удобенъ и тамъ, гдѣ *conceptio in jus* сама по себѣ была возможна, отчасти потому, что тогда можно было избѣгать нѣкоторыхъ формальныхъ затрудненій этой послѣдней (напр. если хотѣлъ предъявить искъ *filii familias*), отчасти же потому, что, пользуясь большей гибкостью этой формы, можно было точнѣе опредѣлить самое право, составляющее содержаніе иска (l. cit. стр. 40).

Т. обр. есть ли данная формула *in jus* или *in factum concepta*, это зависитъ, по мнѣнію Беккера, исключительно отъ того, какимъ образомъ описано въ ней требованіе истца: если это требованіе подведено преторомъ прямо или посредствомъ аналогіи подъ какую ищбудъ цивильную норму и соответствующую ей формулу, то мы имѣемъ *formula in jus concepta*; въ противномъ случаѣ—*formula in fac-*

tum. Понятно поэтому, что и преторскіе иски могли быть копцинированы in jus; таковы именно т. н. иски съ перестановкой субъектов и actiones ficticiae. Точно также и по мѣнію Беккера обозначеніе иска, какъ actio in jus или in factum concepta, ни въ какомъ случаѣ не указываетъ на его цивильное или преторское происхождение.

Какъ же Беккеръ объясняетъ невозможность consumitio ipso iure при actiones in factum? Остается ли онъ послѣдовательнымъ, т. е. ищетъ ли онъ объясненія также только въ какомъ либо чисто формальномъ обстоятельстве? Нѣтъ. Онъ говоритъ: „Formulae in factum были преторскія, онѣ представляли противоположность старому jus. и потому иски, при которыхъ онѣ употреблялись, не были actiones въ старомъ юридическомъ смыслѣ. Но преторъ и здѣсь защищать свое твореніе и потому создать excerptio rei iudicatae“. (стр. 280). Но вѣдь и formulae ficticiae были преторскаго происхожденія и онѣ представляли въ меньшей степени противоположность старому jus, слѣд. и онѣ не должны были казаться за actiones въ настоящемъ смыслѣ! Да и вообще, разъ мы станемъ на ту точку зрѣнія, что различіе между actiones in jus и in factum опредѣляется какими либо чисто формальными внѣшними признаками, то мы должны будемъ искать и объясненія различнаго процессуальнаго дѣйствія тѣхъ и другихъ также только въ какихъ либо чисто формальныхъ причинахъ. Этого не сдѣлали ни Келлеръ, ни Беккеръ и потому оба впали въ грубыя ошибки.

Противъ ученія о природѣ actiones in factum, какъ его формулировалъ Келлеръ въ своемъ „Civilprocess“, выступилъ Demelius (Rechtsfiction 1858).

Какъ было выше указано, Келлеръ считаетъ характеристической особенностью actiones in factum то, что при нихъ судья получаетъ для своего изслѣдованія только факты, а не вопросы права, что онъ здѣсь не долженъ вовсе заботиться о той юридической связи, которая существуетъ между этими фактами и обусловленной ими condemnatio; существованіе этой связи беретъ здѣсь на свою отвѣтственность преторъ. На это Demeliusъ возражаетъ такъ: судья ни въ какомъ случаѣ не долженъ изслѣдовать болѣе того, что поставлено условіемъ condemnatio. Юридическій принципъ, изъ котораго вытекаетъ зависимость данной condemnatio отъ данной intentio, лежить всегда на отвѣтственности лица, составляющаго формулу, однаково при

actio in jus, какъ и при actio in factum concepta (l. cit. стр. 61—62). Судья во всякомъ случаѣ, продолжаетъ Демеліусъ, долженъ изслѣдовать только факты, даже тогда, если въ формулѣ условіемъ condemnatio поставлено „*rem A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse*“ или „*N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> dare oportere*“. Для судьи эти послѣднія выраженія имѣютъ только смыслъ краткаго, технически-юридическаго описанія извѣстнаго комплекса фактовъ. Употребляя эти выраженія, преторъ избавляетъ только себя отъ необходимости перечислять всю совокупность отдѣльныхъ фактовъ: судья уже самъ будетъ знать, какіе факты ему необходимы для постановки приговора по данному дѣлу. Но, конечно, говорить Демеліусъ, такое перечисленіе фактовъ въ формулѣ будетъ неизбежно, если для правоотношенія, составляющаго основаніе иска, не существуетъ на юрид. языкѣ подобнаго же готоваго выраженія. Только въ этомъ отсутствіи типическихъ, разъ на всегда установившихся выраженій и заключается, по мнѣнію Демеліуса, особенность *formulae in factum conceptae*. и только недостатку такихъ выраженій онѣ обязаны своимъ существованіемъ. (ibid стр. 62—63).

Вмѣсто такого перечисленія отдѣльныхъ фактовъ, говоритъ далѣе Демеліусъ, преторъ могъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ употребить болѣе удобное средство: вмѣсто того, чтобы говорить  $a+b+c$  и т. д., преторъ могъ сказать короче— $x—y$ , предполагая, что  $x$  извѣстно судьѣ. Въ этомъ и заключается существо фикціи. Т. обр., заключаетъ Демеліусъ, вполне понятно, что *actiones ficticiae* суть не что иное, какъ тѣ-же *actiones in factum* съ той только разницей, что въ формулѣ первыхъ вмѣсто перечисленія отдѣльныхъ фактовъ употреблено для сокращенія заимствованное изъ другой формулы техническое выраженіе. То, что составляетъ характеристическую черту *actiones in factum*, т. е. что въ нихъ *condemnatio* не ставится въ зависимость отъ какого либо „*meum esse*“, „*dare oportere*“ и т. д.,—это мы имѣемъ вполне и при *actiones ficticiae*. Эти послѣдніе иски, по мнѣнію автора, отличаются въ этомъ отношеніи рѣзко отъ т. н. исковъ съ перестановкой субъектовъ: эти иски суть дѣйствительно *actiones in jus conceptae*. Хотя и здѣсь, какъ и при всякой формулѣ, преторъ беретъ на себя юридическую зависимость данной *condemnatio* отъ даннаго „*si paret*“, но ему нѣтъ здѣсь необходимости принимать ограниченія существеннаго фактическаго субстрата правоотношенія, составляющаго основаніе иска (стр. 67—68).

Однако вслѣдъ за этимъ анализомъ *actiones ficticiae* Демеліусъ говоритъ: хотя эти искъ суть по своему существу тѣ же *actiones in factum*, но для вопроса о процессуальной *consumtio* онѣ должны быть разсматриваемы какъ настоящія *actiones in jus conceptae*, т. е. процессуальная *consumtio* и при нихъ должна совершаться *ipso jure*. Причина только непрямои *consumtio* при *actiones in factum* лежить, говоритъ Демеліусъ, не въ томъ обстоятельстве, какъ думаетъ Келлеръ, что матеріальное основаніе ихъ составляютъ простые факты, которые не могутъ быть новированы,—это же самое можно было бы сказать и относительно *actiones ficticiae*.—а въ чисто формальной сторонѣ дѣла, какъ то уже намѣтили самъ Келлеръ въ видѣ своего второго аргумента. Повидимому, заключаетъ онъ, здѣсь играло рѣшающую роль простое нахожденіе въ формулѣ словъ „*dare oportere*“ (стр. 70).

Какъ мы видимъ, Демеліусъ въ вопросѣ объ *actiones in jus* и *in factum* становится рѣшительно на формальную точку зрѣнія, на точку зрѣнія объективнаго *jus civile*. Особенно интересно въ его ученіи то, что онъ съ этой формальной точки зрѣнія приходитъ къ признанію *actiones ficticiae* за *actiones in factum*, что до него высказывалось только тѣми изъ авторовъ, которые исходили изъ какъ разъ противоположной идеи субъективнаго *jus* (Savigny, Buchka). Впрочемъ, Демеліусъ тотчасъ же лишаетъ этотъ свой выводъ всякаго значенія, объявляя, что для вопроса о процессуальной *consumtio* *actiones ficticiae* должны считаться за *actiones in jus conceptae*.—Съ другой стороны его замѣчанія о келлеровской теоріи процессуальной *consumtio* попадаютъ какъ разъ въ слабое мѣсто послѣдней, обнаруживая то логическое противорѣчіе, въ которое Келлеръ поставилъ въ „*Civilprocess*“ теорію *novatio* съ своимъ новымъ ученіемъ объ *actiones in jus* и *in factum*. Демеліусъ первый остается вѣрнымъ себѣ, когда онъ ищетъ и для вопроса о процессуальной *consumtio* только чисто формальныхъ объясненій.

На той же чисто формальной точкѣ зрѣнія стоятъ *Rudorff* въ своей *Rechtsgeschichte* (1859) и *Tonk* въ своей статьѣ объ *actiones in factum* въ *Zeitschrift f. RG.* Bd. II (1863); оба эти автора въ общемъ только повторяютъ Келлеровскую теорію. Тонкъ выдвигаетъ при этомъ противъ Демеліуса одинъ важный признакъ различія между *actiones in jus* и *in factum*, признакъ, который Демеліусъ, по мнѣнію Тона, упустилъ изъ виду. Существенное различіе между этими кате-

горіями исковъ, говоритъ Гонъ, заключается въ томъ, что formula in jus concepta, какъ чисто цивильная, такъ и ficticia и utilis, опираются на существующее въ настоящемъ право, а formula in factum на совершившіяся въ прошломъ факты. Эта мысль является у Тона какъ бы вводною идеей ко всему его дальнѣйшему изложенію, главную задачу котораго составляетъ доказать, что при actiones in factum т. н. правоуничтожающіе факты („rechtsvernichtende Thatsachen“) могутъ дѣйствовать только ore exceptionis, а не ipso jure, какъ при actiones in jus.

Изъ Келлеровской же теоріи исходить и *Krüger* въ своемъ сочиненіи о процессуальной consumptio („Processualische Consumtion“. 1864). Относительно вопроса о consumptio Крюгеръ старается исправить отмѣченное выше противорѣчіе формальной теоріи самой себя— и при этомъ идетъ тѣмъ путемъ, на который указалъ Демеліусъ. По мнѣнію Крюгера, вопросъ, каковымъ образомъ должно быть осуществлено правило „bis de eadem re ne sit actio“, зависитъ исключительно отъ того, будетъ-ли, или нѣтъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ для судьи ясно, что при вторичномъ искѣ идетъ дѣло о томъ же самомъ правоотношеніи, которое разъ уже было предметомъ процесса и приговора. Если это будетъ ясно, тогда exceptio rei judicatae излишня, въ противномъ случаѣ она необходима. Первое будетъ всегда при actiones directae in jus conceptae, второе—при actiones in factum. „Versetzen wir uns, говоритъ Крюгеръ (стр. 38), in die Anfänge der Formelbildung, so finden wir, das der Prätor Ansprüchen, welche im jus civile keine Anerkennung fanden, die ihm aber derselben würdig schienen, in der Art rechtlichen Schutz verlieh, dass er die thatsächlichen Grundlagen derselben als alleinige Bedingung des Condemnationsbefehls hinstellte, so dass der jetzige sowohl wie der spätere judex gar nicht wissen konnte, welches rechtliche Verhältniss, welche Obligation in das iudicium gekommen war“.

Но, продолжаетъ Крюгеръ, сомнѣнія противъ этого взгляда можетъ возбуждать еще случай consumptio при actio utilis in personam. Характерной чертой, отличающей этотъ родъ исковъ отъ actiones in factum, является то обстоятельство, что въ формулѣ и этихъ исковъ находится intentio juris civilis на dare facere и т. д. oportere.; слѣд., и эти иски должны погашать правоотношеніе ipso jure. Однако эти иски служили той же самой цѣли, что и actiones in factum; и они имѣли своей задачей дать правовую защиту право-

отношеніямъ, не признаннымъ въ *jus civile*; слѣд., и при нихъ судья долженъ былъ сомнѣваться, какое именно право преторъ хотѣлъ защитить.—Возможны только два случая этого рода: или *dare oportere* дѣйствительно существуетъ и только переносится преторомъ на другія лица,—или же игнорируются нѣкоторыя предположенія, чтобы образовать *dare oportere* тамъ, гдѣ его нѣтъ или оно уже исчезло. Если мы обратимъ вниманіе сначала на второй случай, то, очевидно, что если, напр., формула „*si N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> capite deminutus non esset, tum si pateret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C dare oportere*“ придетъ къ судья въ второй разъ въ томъ же видѣ или даже безъ этого „*si capite deminutus non esset*“, какъ *actio directa*.—то судья не будетъ ни одну минуту сомнѣваться, что здѣсь дѣло идетъ о тѣхъ же *C* изъ известной *stipulatio* и т. д.—Если мы вернемся теперь къ первому случаю, гдѣ на мѣсто лица, собственно *обязаннаго*, въ *condemnatio* указывается нѣкоторое другое, то этотъ случай представитъ наименѣ затрудненій. Искъ идетъ и въ этомъ случаѣ о *цивильномъ dare oportere*; его имѣетъ въ виду истецъ, его имѣетъ въ виду и преторъ. Конечно, въ этихъ случаяхъ иногда усматривали уже собственное нецивильное обязательство лица, названнаго въ *condemnatio*, но формально предметомъ спора является все-таки *цивильное dare oportere* между истцомъ и лицомъ, названнымъ въ *intentio*.—Однако возможенъ и другой случай этого рода—когда въ *condemnatio* поставлено другое лицо вмѣсто *кредитора* (перестановка субъектовъ на активной сторонѣ); должно-ли и здѣсь погибнуть *цивильное dare oportere* настоящаго управомоченнаго? Кто считаетъ, говорить Крюгеръ, недопустимымъ малѣйшее отсутствіе отъ положеній, данныхъ Гаемъ, тотъ долженъ дать утвердительный отвѣтъ и можетъ при этомъ утѣшаться мыслью, что противъ воли претора, который хотѣлъ этого, ничего не подѣлаешь. Всякому же судья, который съ толькомъ отправляетъ свою обязанность, покажется, конечно, абсурдомъ, что любое постороннее лицо можетъ лишитъ по своему произволу настоящаго *цивильнаго* кредитора его права, предъявивъ вмѣсто него ранѣе искъ; судья будетъ поэтому ожидать, что, если дѣйствительно такова была мысль претора при допущеніи перваго иска, то теперь ему будетъ дана и особая инструкція (т. е. *exceptio rei judicatae*).—Т. обр., заключаетъ Крюгеръ свои объясненія, мы должны прийти къ тому выводу, что дѣйствіе *litiscontestatio ipso jure* или *ope exceptionis* опредѣлялось

не матеріальнимъ основаніемъ исковъ, а исключительно соображеніями чисто формальнаго свойства (стр. 41—42).

Мы должны во всякомъ случаѣ отдать Крюгеру справедливость въ томъ, что онъ остается вездѣ вѣрнымъ своей основной мысли о дѣленіи исковъ на *in jus* и *in factum conceptae*, что онъ и для вопроса о процессуальной *consumptio* ищетъ своихъ объясненій тамъ, гдѣ ихъ и нужно искать съ этой точки зрѣнія. Другое дѣло, удовлетворительны ли эти объясненія. Дѣйствительно, нельзя понять, почему при вторичной *actio ficticia* судья не будетъ сомнѣваться, что здѣсь дѣло идетъ о тѣхъ же 100 изъ данной *stipulatio* и т. д., но будетъ напротивъ—при *actio depositi in factum*, напримѣръ—сомнѣваться, что рѣчь идетъ о той же самой *mensa argentea*, которая была отдана на сохраненіе и не возвращена *dolo malo* отвѣтчика? И много другихъ сомнѣній вызываетъ изложенное ученіе Крюгера, но здѣсь мы не будемъ болѣе говорить о немъ; втеченіе всего нашего дальнѣйшаго изслѣдованія оно выступитъ само собой въ его настоящемъ свѣтѣ.

Благодаря цѣлому ряду только что разобранныхъ сочиненій формальная точка зрѣнія на нашъ вопросъ, казалось, приобрѣла господствующее положеніе. Однако старая теорія Савиньи внезапно возрождается въ ученіи *Bethmann-Hollweg*'а (*Der römische Civilprocess*. II. 1865). Бетманнъ-Голльвегъ, какъ и Савиньи, отождествляетъ прежде всего *actiones in jus conceptae* съ *actiones civiles*, а *actiones in factum* съ *actiones praetoriae* (стр. 218—219. ср. стр. 314). Упущенные Савиньи изъ виду т. н. иски съ перестановкой субъектовъ Б.-Голльвегъ считаетъ однако за *actiones in jus conceptae*, такъ какъ ихъ *intentio*, по его мнѣнію, имѣетъ своимъ содержаніемъ основанное на *jus civile* право истца. Уже эта мотивировка обнаруживаетъ точку зрѣнія автора: рѣшающимъ моментомъ въ дѣленіи исковъ является для него цивильное право въ субъективномъ смыслѣ, цивильное право истца (точка зрѣнія Savigny), а не *jus civile* въ объективномъ смыслѣ (точка зрѣнія господствующей теоріи).—Что же касается *actiones ficticiae*, то Б.-Голльвегъ также повторяетъ мнѣніе Савиньи, развивая послѣднее только нѣсколько подробнѣе<sup>1)</sup>. Въ своемъ

---

<sup>1)</sup> „Alle diese Formeln, говоритъ онъ (стр. 311 — 312), enthalten vier Theile (partes formularum): 1) die Erwähnung der Thatsache, auf welche die *actio utilis* sich wirklich gründet (so in der *Formula Publiciana* — „*si quem hominem A\* emit et is*

существомъ эти иски суть actiones in factum и, какъ таковыя, должны влечь за собой только непрямое погашеніе обязательства—consumptio ore exceptionis. (Въ вопросѣ о процессуальной consumptio Б.-Гольмвегъ въ общемъ принимаетъ Келлеровскую теорію novatio necessaria).

Однако эта попытка возстановить ученіе Савиньи встрѣтила тотчасъ же горячій отпоръ со стороны представителей господствующей теоріи—въ лицѣ Крюгера въ его рецензіи на сочиненіе Б.-Гольмвега. (Zeitschrift f. RG. Bd. VII). Главный предметъ для критики представляетъ Крюгеру ученіе Б.-Гольмвега объ actiones ficticiae, причемъ Крюгеръ рѣшительно оспариваетъ утвержденіе Б.-Гольмвега, что эти иски суть въ существѣ actiones in factum. Если мы сравнимъ, говоритъ онъ (стр. 214 сл.), эти формулы съ формулами, которыя Гай приводитъ намъ, какъ примѣры formulae in factum conceptae, то мы тотчасъ же увидимъ, что онѣ принадлежатъ совершенно къ другому сорту, чѣмъ послѣднія, такъ какъ онѣ предписываютъ судѣ судить на основаніи jus civile, есть-ли въ данномъ случаѣ „gem A' A' esse“ или „dare oportere“. Къ formulae ficticiae ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть приложимо то опредѣленіе формулъ in factum conceptae, которое даетъ намъ Гай. Гай говоритъ: „formulas, in quibus de jure quaeritur, in jus conceptas vocamus“. Если судѣ предстоитъ изслѣдовать, сталъ-ли бы истецъ по истеченіи срока давности собственникомъ ex jure Quiritium, или былъ бы отвѣтчикъ долженъ истцу на основаніи jus civile 100, еслибы онъ былъ наследникомъ или не былъ capite deminutus,—то поставленный т. обр. вопросъ долженъ быть разрѣшенъ не только отчасти, но во всей

---

ei traditus est“; in der Formel der actio ficticia wegen verweigertèr cautio damni infecti—„si ex decreto duumviri... Q. Licinius eo nomine... reponnittere noluit“), insoweit sie des Beweises in judicio bedarf; 2) die fingierte rechtliche oder thatsächliche Voraussetzung („si A' A' L. Titio heres esset“, „si anno possedisset“, „si reponnississet“); 3) die hypothetische rechtliche Folgerung daraus, entsprechend der intentio der actio directa (tum si p. fundum ex J. Q. ejus esse oportere“, „tum quidquid eum Q. Licinius ex ea stipulatione L. Sejo dare facere oporteret ex fide bona“); 4) die gewöhnliche Condemnatio derselben, die durch Vermittelung der beiden hypothetischen Zwischensätze an die im ersten Theil ausgedrückte thatsächliche Bedingung der actio utilis geknüpft ist. Die Formel enthält also regelmässig zwei Behauptungen des Klägers, die auch den Gegenstand seines Beweises im judicium bilden: die erste unter 1 auf eine Thatsache gerichtet, die zweite unter 3 auf ein Recht. Jene ist die wirkliche intentio der prätorischen actio utilis und diese selbst insofern... in factum concepta; diese die entlehnte intentio der civilen actio directa und deshalb in jus concepta“.

своей целостности по нормамъ гражданского права. Въ формулѣ actio Publiciana собственную intentio составляютъ отнюдь не слова „quem hominem A<sup>s</sup> emit“, какъ то думаетъ Б.-Гольдвергъ; эти слова находятся въ формулѣ только благодаря историческому происхожденію иска и въ позднѣйшее время безъ вреда могли бы быть вовсе вычеркнуты изъ нея. Въ формулѣ actio ficticia по поводу отказа въ cautio damni infecti (I. Rubria, с. 20) слова „si ex decreto.. repromittere noluit“ имѣютъ только смыслъ ограниченія иска въ интересахъ отвѣтчика, подобно praescriptio „ea res agatur, quod A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> de L. Titio incertum stipulatus est, quo nomine N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> sponsor est“. Настоящей intentio остается во всѣхъ подобныхъ случаяхъ „ejus esse oporteret“, „dare facere oporteret“.

Т. обр. оба направленія въ первый разъ вступаютъ между собой въ открытую борьбу. Эта борьба дала представителямъ господствующаго ученія поводъ выразить и формулировать яснѣе ихъ основную точку зрѣнія, что и сдѣлалъ Крюгеръ въ подчеркнутыхъ выше словахъ.

Курьезное соединеніе обѣихъ точекъ зрѣнія представляетъ ученіе Eisele въ его работѣ „Die materielle Grundlage der Exceptio“ (1871). Отправнымъ пунктомъ для опредѣленія различія между actiones in jus и in factum служатъ для Eisele слѣдующая мысль: при formulae in jus conceptae судья обязанъ рѣшать дѣло на основаніи положеній juris civilis, т. е. онъ обязанъ принимать во вниманіе всѣ тѣ факты, которые представляются для даннаго дѣла существенными на основаніи jus civile. Напротивъ formula in factum concepta, по мнѣнію Eisele, есть такая формула, въ которой единственнымъ условіемъ condemnatio поставлены факты, для jus civile безразличныя, несущественныя<sup>1)</sup>. Мы видимъ, т. обр., въ этихъ словахъ въ общемъ ту же Келлеровскую и вмѣстѣ съ тѣмъ господствующую теорію, что, впрочемъ, признаетъ и самъ Eisele<sup>2)</sup>. Единственное различіе состоитъ только въ томъ, что Келлеръ говоритъ о фактахъ просто, межъ тѣмъ какъ Eisele о фактахъ, для jus civile безразличныхъ, что, впрочемъ, разумѣлось само собою и у Келлера.

---

<sup>1)</sup> „Formula in factum ist eine formula, in welcher der an den judex gerichtete Condemnationsbefehl an bestimmte nach jus civile unerhebliche Thatsachen als einzige Bedingung geknüpft ist“. (Стр. 18, ср. стр. 30).

<sup>2)</sup> Стр. 22.

Давъ такое общее опредѣленіе формулъ *in jus* и *in factum conceptae*, Eisele нѣсколько страницъ спустя говоритъ слѣдующее: всѣми признано, что *actiones in factum* суть преторскаго происхожденія (стр. 27); всѣми признано далѣе, что „*praetor jus facere non potest*“. Последнее выраженіе обозначаетъ не что иное, какъ то, что преторъ тѣмъ фактамъ, которые для *jus civile* признаются несущественными, не можетъ придать свойства существенности (т. е. чтобы *judex* обязанъ былъ принимать ихъ во вниманіе уже въ силу своей присяги, безъ особаго указанія въ формулѣ). Но вѣдь известно, что преторъ создалъ некую защиту для массы правоотношеній, не имѣвшихъ мѣста для себя въ *jus civile*. Онъ могъ это сдѣлать не иначе, какъ предписавъ судья обвинить отвѣтчика просто на основаніи перечисленныхъ въ формулѣ фактовъ, не взирая на ихъ безразличность съ точки зрѣнія *juris civilis*<sup>1)</sup>. Т. обр., заключаетъ Eisele, мы приходимъ къ тому конечному выводу, что не только всѣ преторскіе иски были конципированы *in factum*, но и обратно, что всѣ конципированныя *in factum* формулы необходимо суть преторскаго происхожденія.—При этомъ слѣдуетъ ссыла на Савиньи<sup>2)</sup>.

Этотъ заключительный выводъ Eisele является совершенно неожиданнымъ. Вѣдь Eisele принялъ раньше теорію Келлера; но ни самъ Келлеръ, ни сторонники его теоріи никогда не утверждали, что всѣ преторскіе иски были конципированы *in factum*. Да и невозможно это утверждать съ ихъ и Eisele точки зрѣнія: возьмемъ, напр., преторскую формулу „*si A° A° L. Titio heres esset, tum si p. N°m N°m A° A° C date oportere*“ etc., возьмемъ формулы съ перестановкой субъектовъ,—гдѣ мы найдемъ въ этихъ формулахъ не только „для *jus civile* безразличныя“, но и просто факты? Не нельзя положительно придумать, какъ Eisele оправдать бы свое заключеніе по отношенію къ указаннымъ формуламъ.

Формальная точка зрѣнія пустила т. обр. въ нашемъ вопросѣ прочные корни. Вмѣстѣ съ тѣмъ кончена и наша задача—простѣдить исторію ученія о занимающемъ насъ дѣленіи исковъ на *actiones in jus* и *in factum conceptae*. Въ послѣдніе 25 лѣтъ не было внесено сюда ничего новаго: если тотъ или иной изъ авторовъ при

<sup>1)</sup> Стр. 30.

<sup>2)</sup> Стр. 33.

случаѣ касался этого дѣленія исконъ, то всегда предполагалось Келлеровское ученіе о нихъ. Мы хотѣли бы однако въ заключеніе привести еще одно изложеніе нашей темы, именно то, которое даетъ *Bekker* въ своихъ „*Aktionen*“ Bd. II (1873).

Беккеръ начинаеть съ *actiones ficticiae* (стр. 108 сл.), причемъ онъ различаетъ два вида фикцій. Во-первыхъ, фикцій „отрицательную дѣйствующія“ („*negativ-wirkende*“), напр. фикція „*si capite diminutus non esset*“. Фикцій этого рода, говоритъ онъ, могутъ быть характеризованы, какъ экцепціи или репликаціи противъ цивильныхъ возраженій съ тѣмъ только различіемъ, что здѣсь преторъ самъ разслѣдуетъ фактическую подкладку ихъ, а судѣе даетъ только инструкцію, соответствующую результату этого разслѣдованія. Такая фикція такъ же, какъ и *exceptio* или *replicatio*, не могла измѣнить существа иска, въ которомъ она имѣетъ мѣсто; несмотря ни на какія прибавки, *actio in rem* остается *actio in rem*, *actio in jus concepta* остается *actio in jus*.—Вторую категорію фикцій составляютъ *фикции положительныя* („*positive Fiktionen*“); здѣсь иногда преторъ беретъ фактическое разслѣдованіе на себя, иногда нѣтъ; въ послѣднемъ случаѣ формула получаетъ, какъ одно изъ условій *condemnatio*, *in factum concipiendam добавку* („*einen in factum concipierten Zusatz*“). Несмотря на сопровождающую эту добавку *intentio civilis*, говоритъ Беккеръ, римляне, повидимому, причисляли иски этого рода къ *actiones in factum*.

Содержаніе фикцій, продолжаетъ Беккеръ (стр. 111—112), т. е. то, что должно быть фингировано, составляетъ иногда отношеніе абсолютное (напр. „*si civis erat*“), иногда же отношеніе особенное, т. е. касающееся только даннаго индивидуума (напр. „*si Titio heres esset*“). Естественно возникаетъ вопросъ, не шло-ли когда нибуде употребленіе этихъ спеціальныхъ фикцій такъ далеко, чтобы образовывать въ формулѣ „*si A<sup>s</sup> (или N<sup>s</sup>) Titius esset*“. Что этого никогда не было,—нельзя утверждать; но если такая фикція не встрѣчается въ позднѣйшее время, такъ это потому, что у претора для случаевъ этого рода было болѣе удобное средство—простая *перестановка субъектовъ*: если бы *A<sup>s</sup>* былъ *Titius*, то и *condemnatio*, слѣдующая въ пользу *Titius*, должна была бы теперь послѣдовать въ пользу *A<sup>s</sup>*; проще было поэтому вовсе оставить фикцію, а только въ *condemnatio* вмѣсто *Titius* поставить *A<sup>s</sup>*.—Т. обр. ставятся въ тѣсную связь съ *actiones ficticiae* и т. н. иски съ перестановкой субъектовъ.

Переходя затѣмъ къ *actiones in factum*, Беккеръ замѣчаетъ прежде всего, что *conceptio in factum* отнюдь не составляетъ изобрѣтенія претора, что мы уже въ словесныхъ формулахъ процесса *per legis actiones* находимъ нѣкоторые отдѣльныя *in factum* конципированныя выраженія, напр. „*quod tu mihi damnatus, iudicatus es*“ при *manus injectio* и т. д. (стр. 130). Что же касается эпохи формулярнаго процесса, то не есть преторскіе иски суть *actiones in factum conceptae*. Противоположеніе *actiones in jus* и *in factum* покоятся на редакціи формуль („auf der Fassung der Formel“); и при редакціи *in jus* доказательству и разслѣдованію подлежатъ факты, но дѣло въ томъ, что въ *formula in factum concepta* указываются самые факты, а въ *formula in jus concepta* обозначается въ типическихъ выраженіяхъ вытекающее изъ нихъ право. Впрочемъ, говоритъ Беккеръ, области этихъ исковыхъ категорій вовсе не такъ рѣзко разграничены; есть и иски, средніе между тѣми и другими („*Mischbildungen*“), хотя римляне о нихъ не упоминаютъ (стр. 132—133). Уже формула *condictio triticaria*, какъ и формула *rei vindicatio*, содержатъ *in factum* конципированный элементъ— „*quanti ea res est, tantam pecuniam*“... etc. Можно даже прийти къ мысли („*Man könnte in Versuchung kommen*“..) всевозможныя *demonstrationes* и *praescripta verba* считать *in factum* конципированными частями *in jus* конципированныхъ формуль. Съ другой стороны извѣстно, что и въ *in factum* редактированныхъ формулахъ встрѣчаются отдѣльныя выраженія („*einzelne Stücke*“), которыя возлагаютъ на судью вопросы права, какъ напр., „*eamque pecuniam, cum constituebatur, debitam fuisse*“, „*si p. servum in potestate N<sup>o</sup> fuisse*“ и т. д., или же требуютъ для своего истолкованія правовыхъ познаній, напр. выраженія *dolus malus, vis, clam, precario, emere, vendere* и т. д. (стр. 133—134).

Но, говоритъ затѣмъ Беккеръ, *actiones in factum* имѣютъ въ источникахъ еще и другое значеніе: часто обозначается этимъ названіемъ нѣчто такое, что противопоставляется *actio ad exhibendum, actio doli* и другимъ безспорно *in factum* конципированнымъ искамъ. Въ такихъ случаяхъ подъ *actio in factum* разумѣется искъ, формула котораго составляется каждый разъ особо соотвѣтственно конкретнымъ обстоятельствамъ дѣла, въ противоположность искамъ, имѣющимъ свой постоянный формуляръ въ *Album praetorium* (стр. 146 сл.). Такія *actiones in factum* могутъ быть конципированы какъ *in jus*, такъ и *in factum*; въ первомъ случаѣ мы имѣемъ *actiones in factum*

*in jus conceptae* (таковы именно *actiones in factum civiles*, *actiones praescriptis verbis*), во второмъ—*actiones in factum in factum conceptae*.

Таково учение Беккера; что-же можемъ мы сказать о немъ? Прежде всего не подлежитъ, конечно, сомнѣнію, что и онъ стоитъ на той же формальной точкѣ зрѣніа, на которой стоитъ и Келлеръ и господствующее мнѣніе; рѣшающимъ моментомъ для него, какъ и для Келлера, Крюгера и другихъ, является та или иная редакція формулы, причемъ слово „*jus*“ понимается имъ въ смыслѣ объективныхъ нормъ гражданского права. Но въ учении Беккера есть и нѣчто большее, чѣмъ въ теоріяхъ указанныхъ авторовъ; онъ идетъ дальше этихъ послѣднихъ. Если Келлеръ и др. дѣленіе на *in jus* и *in factum conceptae* относили только къ *формуламъ*, то Беккеръ распространяетъ его гораздо дальше—на *отдѣльныя выраженія внутри формулы*. Именно вслѣдствіе этого онъ приходитъ къ утверженію, что *conceptio in jus* или *in factum* вовсе не есть исключительное явленіе формулярнаго процесса, вовсе не есть изобрѣтеніе претора, что уже въ процессѣ *per legis actiones* мы встрѣчаемся съ *conceptio* того и другаго рода. Съ этимъ масштабомъ въ рубяхъ (относительно цѣльныхъ формулъ) онъ неизбежно долженъ прійти къ тому результату, что собственно существуетъ только очень мало формулъ, въ которыхъ не было бы одновременно съ одной стороны такихъ выраженій, которыя возлагаютъ на судью вопросы права, а съ другой стороны и такихъ, которыя указываютъ ему на факты. Въ огромномъ большинствѣ формулъ мы всегда найдемъ и то и другое. Понятно тогда заявленіе Беккера, что противоположеніе между *actiones in jus* и *in factum conceptae* вовсе не представляетъ изъ себя чего либо ясно разграниченнаго. Какое ужъ тутъ разграниченіе, когда большинство извѣстныхъ намъ формулъ мы должны будемъ причислить къ „*Mischbildungen*“!

Спрашивается однако, въ какомъ отношеніи находятся всѣ эти выводы Беккера къ господствующей теоріи? Представляютъ ли они только преувеличенія не въ мѣру ревностнаго сторонника ея, или же они вытекаютъ логически и необходимо изъ основной мысли этой теоріи?

Я думаю, что мы можемъ отвѣчать только въ послѣднемъ смыслѣ. Дѣйствительно, разъ мы критеріемъ для дѣленія формулъ признаемъ то обстоятельство, отсылается-ли *iudex* для разрѣшенія дѣла

къ нормамъ *juris civilis*, или же онъ получаетъ для этого только факты, — то мы должны будемъ, по нашему мнѣнiю, въ концѣ концовъ прийти къ тѣмъ же результатамъ, что и Беккеръ. Если мы пересмотримъ формулы, то мы въ самомъ дѣлѣ найдемъ, что очень многія изъ нихъ — даже въ *intentio* — содержатъ различныя выраженiя, которыя отсылаютъ судью то къ нормамъ цивильнаго права, то къ фактамъ. Не остается поэтому ничего другого, какъ отдѣлить другъ отъ друга оба эти элемента и уже только отдѣльныя выраженiя квалифицировать, какъ *in jus* или *in factum concepta*. Это безусловная логическая необходимость, и тотъ изъ представителей господствующаго ученiя, который не захотѣлъ бы признать этого, остановился бы на полдорогѣ.

Но если мы, дойдя до этихъ конвенций, остановимся на мгновение и осмотримъ наше положенiе, то мы почувствуемъ, что изъ подъ нашихъ ногъ ускользнула твердая почва, что все ученiе рассыпалось, разложилось на какiе-то мелкiе кусочки (ср. „*einzelne Stücke*“ Беккера). Нѣтъ ничего, кромѣ отдѣльныхъ *in jus* или *in factum* концепированныхъ выраженiй и добавокъ. Если въ данной формулѣ находится выраженiе только того или только другого порядка, то мы, конечно, еще легко выпутаемся изъ бѣды; но если они встрѣчаются вмѣстѣ, если въ формулѣ есть и *in jus* и *in factum* концепированныя выраженiя, — то мы не можемъ выйти изъ затруднительнаго положенiя: у насъ нѣтъ никакого твердаго принципа, на основанiи котораго мы могли бы причислить данную формулу къ той или другой категорiи, признать ее за *formula in jus* или *in factum concepta*. „*Der Gegensatz ist kein scharf abgegränzter*“, говорятъ Беккеръ, — и кажется совершенно непонятнымъ, тѣмъ руководился римскiй юристъ или римскiй судья, когда ему приходилось для тѣхъ или другихъ прагматическихъ послѣдствiй опредѣлять, есть ли данный искъ или данная формула *in jus* или *in factum concepta*.

И если Гай въ своемъ изложенiи о дѣйстви *litiscontestatio* различаетъ *actiones in jus* и *in factum conceptae*, то — съ точки зрѣнiя господствующаго ученiя — онъ отнюдь не предполагаетъ, что самое это различiе въ каждомъ конкретномъ случаѣ будетъ ясно и безспорно. Различiе въ способѣ процессуальнаго погашенiя должно вытекать поэтому отнюдь не изъ существа и природы иска, а изъ какихъ либо чисто вѣдшихъ причинъ. Въ чемъ могутъ заключаться эти причины, — на это отвѣтъ дѣлается съ теченiемъ времени все проще и

проце. Такъ напр. *Kleinschrod* <sup>1)</sup> заявляетъ: „то, что *actio in factum* погашается посредствомъ *exceptio rei judicatae*, объясняется просто тѣмъ, что эта *exceptio* есть нормальное и достаточное средство для осуществленія *consumtio*“. Приблизительно такъ же отвѣчаетъ и *Eisele* <sup>2)</sup>. Но какъ же тогда объяснить *consumtio ipso jure*? На это напр. *Eisele* говоритъ слѣдующее <sup>3)</sup>: объясненіе послѣдней должно лежать въ какомъ ниб. историческомъ обстоятельстве. Это историческое обстоятельство онъ находитъ въ *lex Aebutia*; этотъ законъ, вводя процессъ *per formulam* для *actiones in personam* съ *intentio juris civilis*, по предположенію Эйзеле, прямо опредѣлялъ: „*qua de re ex hac lege actum fuerit, de ea re actio amplius ne esto*“. Т. обр., включая Эйзеле, весь вопросъ разрѣшается очень просто. Конечно въ смыслѣ простоты это объясненіе не оставляетъ желать ничего больше; жаль только, что оно заставляетъ невольно вспомнить о *deus ex machina* древнихъ греческихъ трагедій...

При такомъ состояніи ученія сами собой встаютъ сомнѣнія, дѣйствительно-ли мы находимся на правомъ пути, не слишкомъ-ли легко относимся мы къ извѣстіямъ источниковъ и къ самому этому дѣленію исковъ, не слѣдуетъ-ли лучше пересмотрѣть весь вопросъ заново.

Но если мы хотимъ поставить вопросъ на твердую почву, то мы можемъ этого достигнуть—по нашему мнѣнію—только при помощи совершенно иного приема. До сихъ поръ всѣ писатели исходили изъ толкованія вышеприведеннаго мѣста Гая, гдѣ онъ говоритъ о *formulae in jus* и *in factum exceptae* (IV 45). Причисливъ данную исковую форму на основаніи этого толкованія къ *actiones in jus* или къ *actiones in factum*, они уже выводили отсюда дальнѣйшія практическія послѣдствія, и въ частности въ вопросѣ о процессуальной *consumtio* чисто дедуктивно опредѣляли, будетъ-ли эта *consumtio* здѣсь совершаться *ipso jure* или *ore exceptiois*. Мы видѣли, что этотъ приемъ приводилъ къ самымъ различнымъ отвѣтамъ, причемъ одни изъ этихъ отвѣтовъ

---

<sup>1)</sup> *Kleinschrod*. Ueber die processuale Consumtion. 1876. Стр. 107 -- 108. „Ist wirklich der Gedanke der Consumtion dieser: ein und dasselbe Rechtsverhältniss soll nicht mehrmals durch Klage geltend gemacht werden, der dennoch wiederholten Klaganstellung wird durch *exc. rei in jud. deductae* begegnet, so ist es nicht abzusehen, warum dies nicht auch für die *actio in factum* gelten sollte“.

<sup>2)</sup> *Eisele*. Abhandlungen zu dem römischen Civilprocess. 1889.

<sup>3)</sup> *Ibid*. стр. 27—28.

могли быть такъ же вѣрны или невѣрны, какъ и другіе. Мы попытаемся идти какъ разъ противоположнымъ путемъ: мы постараемся сначала совершенно позитивно установить, какъ совершается процессуальная *consumptio* при различныхъ исковыхъ категоріяхъ, и тогда на основаніи добытыхъ результатовъ будемъ относить эти категоріи къ *actiones in jus* или къ *actiones in factum conceptae*. Мы непредвидимъ ничего, что можно было бы возразить противъ такого чисто индуктивнаго приѣма, но не подлежить никакому сомнѣнію, что только этотъ приѣмъ обезпечить намъ прочные результаты.

Нашу задачу составляетъ т. обр. опредѣлить прежде всего границу между *actiones in jus* и *actiones in factum*, опредѣлить, какіе изъ исковъ принадлежать къ одной, какіе къ другой категоріи. Тогда, можетъ быть, мы будемъ въ состояніи отыскать и тотъ принципъ, который лежитъ въ основѣ этого дѣленія, и освѣтить самый смыслъ этого послѣдняго.

При опредѣленіи границы между *actiones in jus* и *in factum* мы естественно обратимъ наше вниманіе прежде всего на ту область, которая оказывалась въ исторіи вопроса спорною. Это именно изъ преторскихъ исковъ т. н. иски съ перестановкой субъектовъ и *actiones ficticiae*. Для удобства изслѣдованія первую изъ этихъ спорныхъ категорій мы разложимъ на двѣ группы: во-первыхъ т. н. *actiones adjecticiae qualitatis*, во-вторыхъ всѣ остальные иски этой категоріи, т. е. всѣ тѣ иски, гдѣ—по выраженію источниковъ—мы имѣемъ *age re alieno nomine*.

---

## I. Т. наз. иски съ перестановкой субъектов.

---

### § 2.

#### Т. наз. actiones adjecticiae qualitatis.

Вопросъ о концелцин формулы и о процессуальной *consumtio* при *actiones adject. qualit.* въ литературѣ.—Наша точка зрѣнія.—Собственное матеріальное основаніе *actiones ad. qual.* — Обязательство главнаго должника *ipso jure* не погашается. — Соотношеніе между *actiones ad. qual.* и *actiones directae.* — Какъ осуществляется процессуальная *consumtio* при *actiones in solidum*?—Какъ стоитъ дѣло при *actiones* съ ограниченной отвѣтственностью?—Заключеніе и выводъ: *actiones adject. qualit.* суть *actiones in factum.*

---

*Келлеръ* въ своей работѣ „*Litiscontestation und Urtheil*“, изслѣдуя вопросъ о строеніи формулъ *actiones adjecticiae qualitatis*, приходитъ къ тому заключенію, что въ нихъ *intentio* ставилась на имя главнаго должника (*magister, institor, filiusfamilias*), а *condemnatio* на имя добавочнаго. Если обязательство главнаго должника само по себѣ было способно къ *conceptio in jus*, то вслѣдствіе этого и формула соотвѣтствующей *actio adject. qualit.* была также *formula in jus concepta* (l. cit. стр. 424). *Actiones adject. qualit.*, говоритъ *Келлеръ*, по римскому воззрѣнію являлись не матеріально-самостоятельными исками, а лишь простыми модификаціями, къ которымъ были способны иски изъ юридическихъ дѣлокъ (ср. стр. 425, 421). Матеріальнымъ основаніемъ для *actio adject. qualit.* служить т. обр. тоже самое, что и для соотвѣтствующей *actio directa.*

Какъ же совершается здѣсь процессуальная *consumtio*? На этотъ вопросъ Келлеръ отвѣчаетъ такъ: формула *actio adject. qualit.* построена по образцу „*si paret Sejum Titio dare facere oportere, Gaium Titio condemnna*“. При такой *conceptio* пусть Titius предъявить искъ противъ Seius или противъ Gaius—безразлично, въ обоихъ случаяхъ вслѣдствіе *litiscontestatio* будетъ разрушено содержаніе *intentio*, т. е. обязательство между Titius и Seius, и выраженіе „*Sejum Titio dare facere oportere*“ станетъ невѣрнымъ. Поэтому, предъявить-ли истецъ *actio directa* противъ главнаго должника или *actio adject. qualit.* противъ добавочнаго,—въ обоихъ случаяхъ оба должника будутъ *ipso jure* свободны (ср. стр. 417). Справедливость этого вывода, по мнѣнію Келлера, подтверждаетъ по отношенію къ *actio de peculio* слѣдующее мѣсто источниковъ:

*fr. 32 pr. D. de pec. 15. 1. (Ulpianus).* „*Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur, condemnnetur, idque ita Julianus scripsit. Idemque est et si in alterius rem fuerit versum. Sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus ceteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed licet hoc jure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio, quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur*“.

Изъ этого мѣста, думаетъ Келлеръ, безусловно вытекаетъ, что разъ предъявленная *actio de peculio ipso jure* уничтожаетъ *dare facere oportere* главнаго должника, и вслѣдствіе этого всѣ послѣдующіе иски, опирающіеся на это *dare facere oportere*, оказываются безсильными. Только *aequitas* вызываетъ въ данномъ случаѣ отступленіе отъ этого строгаго правила, но для этого необходимо особое вмѣшательство преторской власти въ видѣ возстановленія иска (*restitutio actionis*).

Однако уже Беккеръ въ упомянутомъ выше сочиненіи „*Die processuale Consumtion*“ (стр. 82 сл.) подвергъ сильному сомнѣнію Келлеровское ученіе о процессуальной *consumtio* при *actiones adject. qualitatis*. Беккеръ обратилъ вниманіе на то, что дальнѣйшія свидѣ-

тельства источниковъ—по крайней мѣрѣ относительно *actio de peculio*—не только не подтверждаютъ Келлеровскихъ дедукцій, но даже прямо имъ противорѣчаютъ. Беккеръ привелъ именно слѣдующія мѣста:

*fr. 30. § 4. D. de pec. 15. 1. (Ulpianus)*. Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.

*fr. 47. § 2. D. eod. tit. (Paulus)*. Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei indicandae tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet.

*fr. 32. § 3. D. de usur. 22. 1. (Marcianus)*. Quid ergo: si et filius familias et pater ex persona eius teneatur (sive iussu eius contractum est sive in rem versum est patris vel in peculium), cuius persona circa moram spectabitur? Et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet: quod si filius moram fecerit, tunc actor vel cum ipso in solidum vel cum patre dumtaxat de peculio habebit.

Два первыхъ мѣста, говоритъ Беккеръ, свидѣтельствуютъ несомнѣнно, что *actio de peculio* можетъ быть предъявляема нѣсколько разъ, если *peculium* впоследствии увеличивается; третье прибавляетъ, что послѣ *actio de peculio* можетъ быть предъявлена и *actio directa* противъ *filiusfamilias* на id quod minus a patre actor consecutus est. Во всѣхъ этихъ мѣстахъ о *restitutio actionis* нѣтъ и рѣчи; *fr. 47 § 2 cit.* говоритъ напротивъ, что при этомъ не нужны никакія cautiones, причемъ юрисконсулы очевидно исходятъ изъ той мысли, что нѣтъ нужды въ какихъ либо чрезвычайныхъ средствахъ тамъ, гдѣ достаточенъ обыкновенный порядокъ. Кроме того *fr. 30 § 4 cit.* говоритъ слишкомъ безусловно: еслибы *restitutio* иска была необходима, то это было бы выражено въ такой или иной формѣ.—Кромѣ трехъ приведенныхъ мѣстъ, Беккеръ указываетъ еще одно:

*fr. 1. § 10. D. quando de pec. 15. 2. (Ulpianus)*. Quaesitum est apud Labeonem si, cum filius viveret, tu credens eum mortuum annali actione egeris et, quia annus praeterierat, exceptione sis repulsus, an rursus experiri tibi comperto errore permittendum est. Et ait permitti debere dumtaxat de peculio, non etiam de in rem verso: nam priore iudicio de in rem verso

recte actum est, quia annua exceptio ad peculium, non ad in rem versum pertinet.

И здѣсь, говорить Беккеръ, actio de peculio имѣеть мѣсто два раза, но o restitutio не можетъ быть рѣчи уже потому, что въ такомъ случаѣ и actio de in rem verso была бы допустима во второй разъ.

На основаніи всѣхъ этихъ фактовъ Беккеръ заключаетъ, что формула actio de peculio была конципирована иначе, чѣмъ полагалъ Келлеръ. Судьѣ должно быть въ ней положительно указано, что онъ обязанъ изслѣдовать только тѣ требованія истца, которыя могутъ быть предъявлены противъ отца сообразно размѣрамъ peculium. А это могло быть выражено въ формулѣ различнымъ образомъ: или такъ, что intentio вообще относилась только къ этимъ требованіямъ, или же посредствомъ praescriptio, „а можетъ быть и еще иначе“ (стр. 85).

Исходя изъ тѣхъ же самыхъ и еще нѣкоторыхъ другихъ фактовъ, Dietzel попытался сдѣлать еще шагъ дальше <sup>1)</sup>. Отношеніе между actio de peculio и actio directa, насколько оно вытекаетъ изъ этихъ фактовъ, Dietzel опредѣляетъ, какъ Solutionsconcurrentz, и стремится далѣе доказать, что эта Solutionsconcurrentz отнюдь не составляетъ особенности actio de peculio, что она напротивъ является общимъ принципомъ для всѣхъ actiones adjecticiae qualitatis. И формулу этихъ исковъ Dietzel представляетъ себѣ совершенно иначе: intentio, по его мнѣнію, должна была содержать въ себѣ „patrem etc. dare facere oportere“.

Уже въ слѣдующемъ III томѣ того же журнала самъ Келлеръ совершенно опровергнулъ возможность такой concurrentio,—однако указанные Беккеромъ факты онъ оставилъ необъясненными. Поэтому Беккеръ въ своихъ „Aktionen“ (Vd. II. S. 331 сл.) возобновляетъ свои возраженія противъ Келлеровской формулы и повторяетъ, что intentio въ ней должно было предшествовать что-либо въ родѣ praescriptio pro actore.

Другой выходъ предлагаетъ Mandry <sup>2)</sup>. Прежде всего онъ приводитъ цѣлый рядъ новыхъ случаевъ, для которыхъ, по его мнѣнію, Келлеровская конструкція формулы или вовсе не годится или годится только съ трудомъ. Такъ, во-первыхъ, постановка intentio на цивиль-

<sup>1)</sup> Въ „Jahrbücher des gemeinen deutschen Rechts“. Vd. II.

<sup>2)</sup> Familiengüterrecht. Vd. II. S. 254 ff.

ное *dare facere oportere* главного должника не возможна, если лицомъ, заключившимъ сдѣлку, былъ рабъ, потому что въ такомъ случаѣ цивильное *dare facere oportere* вовсе не могло возникнуть. Далѣе такая постановка невозможна и тогда, если главный должникъ—напр. *filius familias*—умеръ, такъ какъ въ такомъ случаѣ *dare facere oportere* было бы уничтожено. Затѣмъ, *dare facere oportere* не могло возникать изъ договоровъ между *pater familias* и его подвластными, а между тѣмъ въ источникахъ признана возможность *actio adjunct. qualit.* и въ такихъ случаяхъ (ср. fr. 11 § 8, fr. 12. D. de instit. act. 14. 3). Наконецъ не могло возникнуть цивильное *dare facere oportere* и тамъ, гдѣ въ качествѣ напр. *institor'a* фигурировалъ *impubes sine tutoris auctoritate*: даже въ позднѣйшемъ правѣ *impubes* отвѣчалъ въ такомъ случаѣ только въ размѣрѣ своего обогащенія; на основаніи же fr. 7 §§ 1 и 2, fr. 8. D. de instit. act. 14. 3. *dominus tabernae* отвѣчаетъ и здѣсь *in solidum*.—Правда, говоритъ Mandry, для того случая, когда договоръ былъ заключенъ рабомъ, Келлеръ предполагаетъ въ формулѣ фикцію „*si liber esset*“. Съ помощью подобныхъ же фикцій (напр. „*si viveret*“ и т. д.) могутъ быть устранены трудности и въ другихъ изъ указанныхъ случаевъ; страннымъ во всякомъ случаѣ является то, что въ источникахъ мы не можемъ найти и слѣдовъ подобныхъ фикцій.

Кромѣ того, продолжаетъ Mandry, съ Келлеровской конструкціей не можетъ быть согласованъ и слѣдующій фактъ: мы знаемъ изъ источниковъ (fr. 14. D. de instit. act. 14. 3, fr. 7. D. quod cum eo 14. 5), что послѣ смерти лица, подлежащаго отвѣтственности по *actio institoria*, *exercitoria* или *quod jussu*, его наслѣдники (если ихъ было нѣсколько) отвѣчали не *in solidum*, а *pro rata*. Какимъ образомъ это было бы возможно, если бы формула этихъ исковъ была поставлена на *dare facere oportere*, на обязательство главного должника? Вслѣдствіе смерти лица, отвѣчающаго по *actio adjunct. qualit.*, это главное обязательство вѣдь не дѣлилось, и, если бы оно было поставлено въ *intentio* иска противъ одного изъ наслѣдниковъ, оно привело бы къ *condemnatio* послѣдняго *in solidum!* (стр. 260).

На основаніи всѣхъ этихъ соображеній Mandry приходитъ къ тому выводу, что формула *actiones adjunct. qualit.* должна была быть конструирована иначе: условіемъ *condemnatio* должно было являться въ ней не цивильное обязательство главного должника, не *dare facere*

oportere его, а простой фактъ заключенія имъ договора; другими словами формула *должна была имѣть conceptio in factum*.

Тѣмъ не менѣе, говорятъ Mandry въ заключеніе, это предположеніе должно имѣть смыслъ только гипотезы, для которой есть столько же оснований, сколько и для Келлеровской.

Эта такъ скромно предложенная гипотеза была принята однако Brinz'емъ, какъ уже нѣчто вполне доказанное<sup>1)</sup>. Основаніе, въ силу котораго отвѣчаютъ patres familias и domini negotii, составляютъ, говорятъ Brinz, контракты и quasi-контракты ихъ подчиненныхъ, а не обязательства послѣднихъ. Brinz повторяетъ далѣе нѣкоторыя изъ приведенныхъ Mandry соображеній и говоритъ: т. обр. перестаетъ уже быть простой гипотезой высказанное Mandry предположеніе, что intentio actiones adject. qualit. опирается на простой фактъ контракта или quasi-контракта лицъ подчиненныхъ, а не на (прямое или фидуциарное) dare oportere ихъ.

Еще новую гипотезу строитъ Baron<sup>2)</sup>. Причину, почему actio adject. qualit. и actio directa во многихъ случаяхъ не подлежатъ взаимной consuntio, Baron видитъ въ томъ, что эти иски не суть иски de eadem re: actio directa направляется на исполненіе обязательства, actio adject. qualit.—на выдачу peculium съ цѣлью исполненія. Невозможно поэтому, чтобы эти иски имѣли одну и ту же intentio; intentio actio adject. qualit. направляется прямо на обязательство pater familias или dominus negotii (и постольку правъ Dietzel), но только не на цивильное обязательство, не на dare facere oportere (какъ то думалъ Dietzel), а на *преторское „praestare oportere“*. Такъ напр. intentio actio de peculio Baron реконструируетъ такъ: „quidquid de peculio filii (servi) ob eam rem N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> patrem (dominum) praestare oportet“.

Lenel<sup>3)</sup> отбрасываетъ всѣ эти гипотезы и возвращается снова къ реконструкціи Келлера. Мы не будемъ останавливаться на его критикѣ теоріи Барона: въ самомъ дѣлѣ, Бароновскія intentiones juris honorarii не имѣютъ для себя никакой опоры въ источникахъ.—Замѣчанія Mandry Ленель хочетъ устранить слѣдующимъ образомъ: для всѣхъ тѣхъ случаевъ, которые Mandry приводитъ прежде всего,

<sup>1)</sup> Pandekten. Bd. II, 1 Abtheil., 2 Anf. 1879. S. 203—204.

<sup>2)</sup> Adjectivische Klagen. S. 145 ff.

<sup>3)</sup> Das edictum perpetuum. S. 209 ff., 226 f.

вполнѣ достаточны фикиціи „si liber esset“, „si suae potestatis esset“, „si rubes esset“ и т. д.; и слѣды такихъ фикиціи, вопреки утверждению Мандру, въ источникахъ дѣйствительно встрѣчаются.—Что же касается того факта, что послѣ смерти dominus negotii его наследники отвѣчаютъ не in solidum, а pro rata, то такая же загадка есть и при actio Rutiliana, если умираетъ bonorum emitor, оставляя нѣсколькихъ наследниковъ. Но это собственно вовсе не загадка: въ формулѣ иска противъ каждаго отдѣльнаго наследника должно было найтись мѣсто указаніе его наследственного положенія; это могло быть сдѣлано напр. такимъ образомъ, что въ condemnatio включалась добавка „pro qua parte L. Titio heres est“. Въ концѣ концовъ Ленель не видитъ никакихъ принудительныхъ причинъ для принятія предложенной Мандру conceptio in factum, которая кажется ему „unnatürlich“ и „zweckwidrig“.—Но какъ же объяснить Ленель съ точки зрѣнія Келлеровской концепціи тотъ фактъ, что actio de peculio можетъ быть предъявляема послѣдовательно нѣсколько разъ? Самого факта Ленель не отрицаетъ; но, говоритъ онъ, должны ли мы ради этого факта отказаться отъ Келлеровской концепціи,—это другою вопросомъ. Ленель напротивъ склоненъ предполагать, что дѣйствіе процессуальной consumptio въ этихъ случаяхъ римскими юристами было сознательно модифицировано. Но даже и при такомъ предположеніи онъ долженъ въ концѣ концовъ сознаться, что этимъ далеко еще не разрѣшаются всѣ загадки, которыя предлагаетъ намъ вопросъ о процессуальной consumptio при actio de peculio (стр. 228).

И дѣйствительно загадки остаются загадками. Предположеніе Ленеля, что здѣсь иллетитутъ процессуальной consumptio былъ сознательно модифицированъ римскими юристами, кажется намъ мало вѣроятнымъ. Римская юриспруденція имѣла безъ сомнѣнія огромное влияние, но мы должны строго различать тѣ дороги, которыми ея ученія проникали въ практику. Непосредственное влияние юриспруденція могла имѣть только тамъ, гдѣ дѣло шло о вопросахъ, которые—въ силу самаго толкованія формулы—подлежали разрѣшенію судьи in iudicio,—напр. въ вопросахъ о томъ, что такое „debitum“, „creditores“, „dolus malus“ и т. д. Юриспруденція могла толковать эти понятія шире или уже, и ея ученія переходили въ практику непосредственно, т. е. только черезъ судью. За предѣлами этого круга вопросовъ влияние юриспруденціи могло быть только *посредственное*. Если, напр., юристы говорятъ „succurrendum est“, „actionem dandam

puto“, „*actionem denegandam esse*“ и т. д., то они адресуют свои мнѣнія къ претору, и конечно эти мнѣнія ихъ могутъ получить при мѣненіе только тогда, если преторъ ихъ признаетъ и усвоитъ, и только тѣми способами, которые находятся въ распоряженіи претора. Институтъ *consumtio ipso jure* принадлежитъ безъ сомнѣнія ко второй категоріи вопросовъ: разъ искъ предъявленъ и *eo ipso* консумированъ, то уже никакія толкованія не могутъ сдѣлать такъ, чтобы онъ не былъ предъявленъ и—слѣдовательно—консумированъ<sup>1)</sup>. Если юристы находятъ это въ томъ или другомъ случаѣ несправедливымъ, то имъ не остается ничего другого, какъ апеллировать къ дискреціонной власти претора и требовать отъ него *restitutio actionis*. Келлеръ поэтому вполне правъ, если онъ съ своей точки зрѣнія пытается объяснить возможность вторичнаго предъявленія *actio de peculio* только путемъ предшествовавшей *restitutio actionis*. Однако Ленель самъ соглашается, что во всѣхъ указанныхъ Беккеромъ мѣстахъ о *restitutio actionis* не можетъ быть и рѣчи (S. 227).

Съ другой стороны и предложенная Mandry и Brinz'емъ formula in factum не въ состояніи выдержать проверку по дальнѣйшимъ показаніямъ источниковъ. Противъ этой *conceptio in factum* говоритъ не то, что она, какъ думаетъ Ленель, является „*unnatürlich*“ (почему?), и не *actio utilis* въ fr. 49 pr. D. de V. O. 45. I., которому Ленель придаетъ несоотвѣтствующее значеніе<sup>2)</sup>),—а слѣдующее обстоятельство. Если бы въ формулѣ *actio adject. qualitatis* условіемъ *condemnatio* было поставлено не обязательство главнаго должника, а просто фактъ заключеннаго имъ договора, то послѣдующее погашеніе обязательства посредствомъ *solutio, novatio, acceptilatio* п

---

<sup>1)</sup> Erman (Servus vic. p. 499 note) думаетъ, что и для вопроса о *consumtio ipso jure* имѣла значеніе interpretatio. „C'était au juge du deuxième procès... de décider dans le cas douteux, si oui ou non le premier procès, par la consommation ipso jure, excluait ce deuxième. Cela d'autant plus que la volonté des parties (ou plutôt du demandeur) jouait ici une rôle considerable“. — Но *consumtio ipso jure* вытекала исключительно изъ простаго факта перваго процесса, а этотъ фактъ никакимъ образомъ не могъ быть уничтоженъ интерпретаціей. Мы рѣшительно не понимаемъ далѣе, причѣмъ тутъ „la volonté des parties“!

<sup>2)</sup> Обозначеніе въ этомъ мѣстѣ иска названіемъ *actio utilis* вовсе еще не говорить само по себѣ, что этотъ искъ есть *actio utilis de peculio*: „*actio utilis*“ есть часто общее обозначеніе всякаго преторскаго иска. Съ другой стороны и *actiones in factum* съ извѣстными модификаціями могутъ явиться, какъ *actiones in factum utiles* (напр. случаи фикціи въ какой либо формулѣ *in factum*).

т. д. могло бы дѣйствовать не иначе, какъ только посредствомъ включаемой каждый разъ въ формулу *exceptio solutionis, novationis, acceptilationis* и т. д. <sup>1)</sup>. Это однако прямо опровергается источниками.

*fr. 1. § 24 D. de exercit. act. 14. 1. (Ulpianus). ...Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso jure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.*

*fr. 5 § 3 D. de liber. leg. 34. 3. (Ulpianus). Sed si damnatus sit heres filium liberare, non adiecit Julianus, utrum acceptilatione filius an pacto sit liberandus: sed videtur hoc sentire, quasi acceptilatione debeat liberari, quae res patri quoque proderit.*

Изъ этихъ мѣстъ вытекаетъ несомнѣнно, что условіемъ *condempatio* въ формулѣ *actio adject. qualit.* ставилось именно обязательство главнаго должника, еще продолжающееся (къ моменту *litiscontestatio*) существованіе этого обязательства. *А смыслъ этой и Келлеровская конструкция этихъ формулъ оказывается единственно правильною.*

Однако съ другой стороны остаются не менѣе правильными и несомнѣнными и тѣ факты, которые указаны Беккеромъ на основаніи приведенныхъ выше свидѣтельствъ источниковъ; несомнѣнно, что въ извѣстныхъ случаяхъ возможно вторичное и т. д. предъявленіе *actio adject. qualit.* безъ предшествующей *restitutio*. Какимъ же образомъ объяснить эти факты?

Послѣ того какъ эти факты стали извѣстны, всѣ упомянутые выше писателями поступали такъ, что, оставляя внѣ подозрѣнія установленные Келлеромъ принципы процессуальной *consumitio*, они лишь протестовали противъ предложенной имъ же формулы *адъективныхъ* исковъ. Весь вопросъ сводился къ проверкѣ формулъ, а не къ проверкѣ самихъ принциповъ процессуальной *consumitio*,—и въ этомъ заключалась причина бесплодности всѣхъ отмѣченныхъ попытокъ. *Мы думаемъ напротивъ, что concertio формулы, предложенная Келлеромъ и принимаемая господствующимъ ученіемъ, правильна, но что*

---

<sup>1)</sup> Ср. *Thom. Zeitschr. f. RG. Bd. II. 259 ff.*

исправлено Келлеровское и господствующее учение о процессуальной *consumtio*. Если мы освободимся от общаго предубѣжденія въ послѣднемъ вопросѣ, то всѣ неразрѣшимыя до сихъ поръ загадки падутъ сами собой.

Утвержденіе Келлера, что *actiones adject. qualit.* являются по римскому воззрѣнію не материально-самостоятельными исками, а лишь модификаціями, къ которымъ способны иски изъ договоровъ,—звучитъ очень красиво. Но если мы хотимъ дѣлать какіе либо выводы изъ этой красивой фразы, то мы должны быть очень осторожны. Въдѣ именно эта мысль заставила Келлера утверждать, что *actiones adject. qualit.* и *actiones directae* взаимно уничтожаютъ (консумируютъ) другъ друга, а мы видимъ между тѣмъ, что—по крайней мѣрѣ въ извѣстныхъ случаяхъ—этого какъ разъ и не бываетъ. Если же предъ-явленіе адъективного иска въ однихъ случаяхъ исключаетъ возможность повторенія того же иска или предъявленія *actio directa*, а въ другихъ случаяхъ не исключаетъ, то это несомнѣнно доказываетъ, что невозможность вторичнаго иска въ случаяхъ послѣдняго рода вызывается не правилами процессуальной *consumtio*, которые должны быть одинаковы для всѣхъ случаевъ, а какими-то совершенно иными причинами.

Да и дѣйствительно-ли таково было римское воззрѣніе, что *actiones adject. qualit.* суть только модификаціи исковъ изъ договоровъ, а не самостоятельные материальные иски? Намъ кажется напротивъ, что источники обнаруживаютъ скорѣе какъ разъ противоположную точку зрѣнія, что они рассматриваютъ обязательство главнаго должника и обязательство лица, подлежащаго адъективной отвѣтственности, какъ самостоятельныя, хотя и связанныя между собой, правоотношенія. Возьмемъ напр. цитированное выше мѣсто—*fr. 1 § 24 D. de exercit. act. 14. 1*; здѣсь строго отличаются другъ отъ друга съ одной стороны *obligatio honoraria exercitor'a*, а съ другой—*obligatio civilis magister'a*. Платежъ, произведенный *exercitor'омъ*, можетъ имѣть поэтому двойное юрид. значеніе: если онъ сдѣланъ съ намѣреніемъ погасить собственное обязательство *exercitor'a* (*obligatio honoraria*), то онъ есть *solutio suo nomine*; напротивъ, если онъ направленъ на погашеніе обязательства *magister'a*, то онъ есть *solutio alieno nomine*, платежъ чужаго долга, настолько чужаго, что погашеніе обязательства мотивируется здѣсь совершенно общимъ правиломъ „quo-

miam et alius pro me solvendo me liberat".—Ту-же самую точку зрѣнія мы найдемъ выраженною еще латше въ

*fr. 57 D. de iur. dot. 23. 3. (Javolenus)*. Nuptura filio familias si socio dotem ita promiserit: „quod filius tuus mihi debet, id doti tibi erit“, interesse puto, *utrum filii obligatio an patris persecutio* et in rem versum <sup>1)</sup> promissioni contineatur. nam si id quod filium dare oportet significatum est, tota pecunia, in quam filius obligatus est, promissioni dotis continebitur: sin autem id, quod partem de peculio vel in rem verso praestare oportebit, aestimare debebit quantum sit eo tempore id quod promittitur, ut ea summa dotis esse videatur, qua patrem eo tempore filii nomine condemnari oportebit. Quod si non evidenter apparuit, *de cuius mulier obligatione sensit*, praesumptionem ad filii debitum spectare verisimile est.

Во всѣхъ случаяхъ, гдѣ мы имѣемъ actiones adject. qualit., есть всегда два различныя правоотношенія: одно между контрагентомъ и главнымъ должникомъ, другое между контрагентомъ и лицомъ, подлежащимъ адъективной отвѣтственности. Оба эти правоотношенія, какъ было сказано уже выше, находятся въ тѣсной зависимости между собой, именно въ томъ смыслѣ, что первое является неизбѣжнымъ предположеніемъ втораго. Но эта зависимость отнюдь не означаетъ тождества: и вѣтвь находится въ такой-же зависимости отъ ствола, но никому не придетъ въ голову утверждать, что вѣтвь и стволъ тождественны; можно обрубить вѣтвь, но стволъ останется нетронутымъ.

Существованіе обязательства главнаго должника составляетъ необходимое предположеніе для actio adject. qualitatis, но отнюдь не единственное; нужны и другіе юридическіе факты: praepositio (magistri или institoris), jussus, concessio peculii, in rem versio. Всѣ они должны быть указаны судьбъ въ формулѣ такимъ или инымъ образомъ; всѣ они въ совокупности составляютъ тотъ комплексъ фактовъ, на которомъ покоится отвѣтственность адъективнаго должника. *И въ этомъ комплексѣ фактовъ существованіе обязательства главнаго должника представляетъ не что иное, какъ лишь одинъ изъ фактовъ, обра-*

---

<sup>1)</sup> Эти послѣднія слова кажутся испорченными, но трудно угадать, какъ они должны быть реставрированы.

зующих этот комплекс. Оно играет такую же роль, как и всякий другой фактъ, поставленный однимъ изъ условий *condemnatio*, какъ „*si paret eam pecuniam cum constituebatur debitam fuisse*“ въ формулѣ *actio de pecunia constituta*, какъ „*deposuisse*“ и „*dolo malo redditam non esse*“ въ формулѣ *actio depositi* и т. д.—Если материальнымъ основаніемъ неса называютъ то правоотношеніе, которое существуетъ между *даннымъ* истцомъ и *даннымъ* отвѣтчикомъ, то материальнымъ основаніемъ *actio adject. qualit.* является только второе правоотношеніе, только *obligatio honoraria* источникъ, такъ какъ между контрагентомъ и адъективнымъ должникомъ не существуетъ никакого другаго *juris vinculum*.

Что же составляетъ предметъ процессуальной *consumtio*, что уничтожается вслѣдствіе *liliscontestatio*? „Содержаніе *intentio*“—отвѣчаетъ Келлеръ, а за нимъ и все господствующее ученіе. Но что такое содержаніе *intentio*? На этотъ вопросъ Келлеръ и опять за нимъ господствующее ученіе преподноситъ нѣчто очень неясное и неточное. Къ этому „содержанію *intentio*“—по мнѣнію Келлера—должно принадлежать и обязательство главнаго должника. Почему же тогда и не всѣ другіе факты, являющіеся условіемъ *condemnatio*? Почему тогда первоначальное обязательство, которое составляетъ основаніе *constitutum*, не уничтожается вслѣдствіе предъявленія *actio de pecunia constituta*? Только потому, что тамъ встрѣчаются слова „*dare facere oportere*“, а здѣсь нѣтъ? Но это различіе въ крайнемъ случаѣ должно было бы повести только къ различію въ способахъ процессуальной *consumtio*, а не къ ея полному исключенію въ послѣднемъ примѣрѣ!..

Содержаніе *intentio* составляетъ не все то, что стоитъ въ формулѣ тамъ, гдѣ господствующее ученіе желаетъ видѣть ея мѣсто, а лишь то правоотношеніе, которое въ формулѣ описано и которое служитъ материальнымъ основаніемъ иска. Только это правоотношеніе т. ск. натягивается предъявленіемъ неса, только это *juris vinculum intenditur*, и только эта *juris vinculum* можетъ подлежать *consumtio ipso jure*. Слѣдовательно при *actiones adject. qualitatis* можно было бы говорить о *consumtio ipso jure* только по отношенію къ обязательству адъективнаго должника. Напротивъ обязательство главнаго должника вслѣдствіе одного только предъявленія адъективнаго иска не дѣлается несуществующимъ („*unwahlg*“ по терминологіи Келлера)—подобно тому какъ и вообще факты, поставленные условіемъ *condemnatio*, не дѣ-

даются несуществующими потому только, что они уже были раз употреблены въ формулѣ. Какъ факты „deposuisse“ и „dolo malo redditam non esse“ съ полнымъ дѣйствіемъ могутъ быть употреблены и въ новой формулѣ,—такъ же точно и фактъ „L. Titium magistrum A° A° C dare oportere“.

Этимъ именно объясняется то, что повтореніе actio de peculio возможно ipso jure, т. е. безъ предварительной restitutio actionis: фактъ „filium A° A° C dare oportere“. будучи поставленъ условіемъ condemnatio въ формулѣ вторичнаго иска, будетъ и теперь такъ же вѣренъ, какъ и въ первый разъ.

Припомнимъ теперь фактъ, указанный Мандру,—именно, что послѣ смерти адъективного должника его наследники отвѣчаютъ не in solidum, а pro rata. Мандру затронулъ этотъ фактъ съ той стороны, что согласно Келлеровской теоріи приговоръ противъ каждаго отдѣльнаго наследника долженъ былъ бы идти in solidum, такъ какъ обязательство главнаго должника остается нераздѣленнымъ. Какъ мы видѣли выше, Ленель устраняетъ эту загадку тѣмъ, что онъ предполагаетъ въ формулѣ иска противъ каждаго отдѣльнаго наследника особую добавку, ограничивающую condemnatio—въ родѣ „pro qua parte G. Seio heres est, condemna“. Съ этой стороны загадка конечно разрѣшена; но она остается загадкой въ другомъ отношеніи—здѣсь такъ же, какъ и при actio Rutiliana, на которую ссылается Ленель. Допустимъ, что кредитор bonorum emptor'a, предъявивши искъ противъ одного изъ наследниковъ послѣдняго, въ силу предполагаемой Ленелемъ добавки взыскалъ съ него его часть долга; но какъ можетъ онъ теперь взыскать другія части съ остальныхъ? Вѣдь согласно Келлеровской теоріи выраженіе „bonorum emptorem A° A° dare facere oportere“ уже вслѣдствіе перваго иска, какъ „содержаніе его intentio“, должно было бы стать на дальнѣйшее время въ полномъ объемѣ невѣримымъ. Вѣдь хочетъ же Келлеръ именно на этомъ утвержденіи построить свое объясненіе приведеннаго выше fr. 32 pr. D. de pecul. Если однако въ нашемъ случаѣ предъявленіе иска противъ другихъ сонаследниковъ возможно ipso jure, т. е. если можно еще разъ опираться на „bonorum emptorem mihi dare facere oportere“, то очевидно, что не эта причина является препятствующей и въ случаѣ, о которомъ идетъ рѣчь въ fr. 32 pr. cit., что невозможность вторичнаго иска вызывается здѣсь не совершившейся

consumptio главного обязательства, а чѣмъ-то другимъ. Чѣмъ именно,—это пока должно быть оставлено открытымъ <sup>1)</sup>).

Что обязательство главного должника вслѣдствіе простаго предьявленія actio adject. qualitatis, т. е. ipso jure, не погашается,—это мы находимъ наконецъ ясно выраженнымъ въ

*fr. 50 § 2 D. de pec. 15. 1. (Papinianus)*. Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, *in litem translata non est*.

Какъ мы видимъ, юристъ аргументируетъ не тѣмъ, что *posse* litis-contestatio остается obligatio naturalis, а тѣмъ, что вслѣдствіе предья-

---

<sup>1)</sup> Ср. къ этому вопросу *Lenel*. Edict. S. 223, *Bekker*. Aktionen. II. S. 348 — Полемицирулъ противъ мѣня, *Erman* (Serv. vic. p. 508, Centralbl. f. RW. cit.) настаиваетъ на fr. 32 pr. de pec. Для него этотъ фрагментъ представляетъ неопровержимое доказательство, что процессуальная consumptio при act. adject. qualit. совершается ipso jure: для него пропалъ совершенно безслѣдно всѣ тѣ сомнѣнія, которыя были выдвинуты послѣ-Беллеровской литературой и которыя заставили уже давно отказаться отъ мысли строить на этомъ фрагментѣ какіе-либо выводы. Намъ, какъ и всѣмъ указаннымъ выше авторамъ, кажется напротивъ неопровержимымъ, что, если въ иныхъ случаяхъ повтореніе a. de peculio ipso jure возможно, то fr. 32 cit. должно быть объяснено не этимъ, а чѣмъ-либо другимъ; чѣмъ именно—для насъ не имѣетъ существеннаго значенія.—Отноительно нашей примѣрной ссылки на Ленеля и Беккера *Erman* восклицаетъ: „et dans la note il renvoie pour notre texte à Lenel et Bekker, qui tous les deux l'expliquent—par la consommation ipso jure!“... Это совершенно вѣрно, и *Erman* у слѣдовало-бы только заглянуть въ цитированныя страницы. Ср. напр. *Bekker*: „Bekanntlich sind Kellers Untersuchungen ausgegangen von fr. 32 de pec.; aber weder dieses noch irgend ein anderes auf die konkurrierende Verhaftung mehrerer an denselben Peculium Berechtigter bezüglichen Quellenstück ist für unsere jetzt ventilirte Kontroverse von Bedeutung. Fr. 32 cit. namentlich würde mit Keller aus der Annahme, dass die a. de peculio stets und also auch wider den einzelnen heres angestellt, unabhängig vom Umfange des Peculiums die ganze Forderung konsumire, zu erklären sein, wenn dieser Annahme nicht die anderen oben angeführten Gründe entgegenstünden. Ebenso gut aber ist dasselbe fr. 32 aus der mit unserer Theorie wol vereinbaren Annahme zu erklären, dass die res qua de agitur und folgeweise die Konsumtion bei der actio wider den einzelnen heres bestimmt wird durch den Umfang des ganzen Peculiums, nicht bloss des bei dem einzelnen heres befindlichen Theils desselben, während gleichwol dieser allein für die Kondemnation massgebend wähere“...—Какъ видимъ, объясненіе *Bekker*'а совсѣмъ не то, что *Beller*'а и *Erman*'а.

явленія *actio de peculio* обязательство главнаго должника вообще не затрагивается—in *litem translata non est*.

Если т. обр. предъявленіе *actio adject. qualit.* само по себѣ не исключаетъ возможности повторенія того же иска или предъявленія *actio directa*, то очевидно, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ такое повтореніе дѣйствительно не допускается, причина этой недопустимости должна быть другая.

Разсмотримъ ближе взаимное отношеніе между *actiones adject. qualitatis* и *actiones directae*. Въ этомъ отношеніи мы находимъ въ источникахъ прежде всего слѣдующее положеніе:

*fr. 1 § 24 D. de exercit. act. 14. 1. (Ulpianus)*. Haec *actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest.*

Т. обр. предъявленіе *actio exercitoria* исключаетъ возможность послѣдующаго предъявленія *actio directa* и наоборотъ. Но затѣмъ въ цитированномъ уже выше *fr. 32 § 3 D. de usur. 22. 1. (Marcianus)* говорится слѣдующее:

. . . *cuius persona circa moram spectabitur? et si quidem pater dumtaxat convenietur, ex mora sua non tenetur: in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet.*

Господствующее ученіе распространяетъ положеніе, высказанное въ первомъ фрагментѣ, на всѣ *actiones adject. qualit.*, и вслѣдствіе этого второе мѣсто оказывается непримиримымъ противорѣчіемъ. Это мѣсто, говоритъ Мандру <sup>1)</sup>, представляетъ рѣшительныя трудности; онъ предполагаетъ, что въ пемъ послѣ слова „*dumtaxat*“ выпало слово „*de peculio*“, и что Марціанъ имѣлъ въ виду только отношеніе между *actio de peculio* и *actio directa*. „Если это вѣрно, продолжаетъ Мандру, то данное здѣсь рѣшеніе имѣетъ значеніе только для *actio de peculio* (и пожалуй для *actio de in rem verso*) и должно быть объяснено въ этомъ отношеніи или предотвращающею *consumptio* клаузулой (*praescriptio*) или *restitutio in integrum*“.

Мы знаемъ уже, что для возможности вторичнаго иска не нужны ни *praescriptiones*, ни *restitutiones*. Если кредиторъ—на основаніи

---

<sup>1)</sup> Familiengüterrecht. II. S. 267. Ср. S. 366 f.

приведенныхъ выше мѣсть fr. 30 § 4 и fr. 47 § 2 D. de pec. 15. 1.— можетъ искать съ отца еще разъ то, что осталось не уплаченнымъ, то мы послѣдовательно должны принять, что онъ можетъ требовать того же и съ сына. И лишь простое примѣненіе этого правила содержитъ рѣшеніе Марціана, когда онъ говоритъ „in filium tamen dabitur actio in hoc, ut quod minus a patre actor consecutus est filius praestet“.

Самый фактъ такимъ обр. не подлежитъ никакому сомнѣнію; насъ занимаетъ теперь лишь та область, на которую простирается дѣйствіе этого факта. Примѣнимо-ли это правило только къ actio de peculio?—Mandry самъ допускаетъ, что оно можетъ имѣть значеніе и для actio de in rem verso. Намъ кажется это несомнѣннымъ: и при этомъ послѣднемъ искѣ возможно, что кредиторъ получить только часть своего требованія; и здѣсь возможно, что вполнѣдствіи еще нѣкоторая сумма изъ данной имъ валюты in rem patris versa fuerit, и здѣсь слѣдовательно кредитору должно быть предоставлено при послѣдующей in rem versio предъявить искъ или къ отцу на residuum debiti или къ сыну на id quod minus a patre consecutus est. Марціанъ говоритъ: „et si quidem pater dumtaxat convenietur“; очевидно онъ имѣлъ въ виду не только actio de peculio, но вообще всѣ тѣ случаи, когда отецъ отвѣчаетъ ограниченно, т. е. всѣ тѣ actiones adject. qualit., которые идутъ не in solidum, а на нѣкоторое „dumtaxat“.

Т. обр. положеніе, высказанное въ fr. 1 § 24 D. de exercit. act., должно быть ограничено только областью actiones in solidum (т. е. а. exercitoria, institoria и quod jussu). Вслѣдствіе этого можетъ показаться на первый взглядъ, что не всѣ actiones adject. qualit. построены по одному и тому же плану, по одному и тому же принципу: actiones in solidum исключаютъ возможность послѣдующаго предъявленія actio directa, а actiones съ ограниченной отвѣтственностью („dumtaxat“) не исключаютъ. Отношеніе первыхъ къ actiones directae кажется т. обр. тѣмъ, что называется *Electivconcurrentz*, отношеніе же вторыхъ—*Solutionsconcurrentz*.

Взглянемъ однако нѣсколько ближе. Какая идея одушевляла претора, когда онъ творилъ свои actiones adjecticiae qualitatis? Одно кажется во всякомъ случаѣ несомнѣннымъ: преторъ желалъ при помощи ихъ *улучшить* положеніе лица, вступающаго въ договоры съ filiisfamilias, magister, institor и т. д., онъ хотѣлъ дать этому лицу

возможность скорѣе и вѣрнѣе осуществить свое требованіе. Въ этомъ заключалась неотложнѣйшая потребность развивающагося торговаго оборота, такъ какъ иначе едва-ли бы кто сталъ вступать въ дѣловыя сношенія съ *filius familias*, съ *institor*’омъ и т. д. Спрашивалось только, какимъ образомъ слѣдуетъ устроить адъективные иски такъ, чтобы они могли приносить ту пользу, для которой они были предназначены, и вмѣстѣ съ тѣмъ не нарушали интересовъ и другой стороны.

Положеніе дѣла представлялось при этомъ въ слѣдующемъ видѣ. При *actiones adject. qualitatis* съ неограниченною отвѣтственностью (*in solidum*) кредиторъ, предъявивши одинъ изъ такихъ исковъ, пріобрѣталъ возможность добиться *actio judicati* на полную сумму своего требованія. Если бы ему было предоставлено послѣ вчатія напр. *actio exercitoria* еще право предъявлять и *actio directa* противъ *magister*, то онъ могъ бы въ результатѣ на основаніи одного и того же требованія получить два иска объ исполненіи—двѣ *actiones judicati*. Но это было бы конечно уже несправедливо для другой стороны—для должника, и вотъ возникаетъ правило: „*si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest*“.

Совершенно иначе стояло дѣло при искахъ съ ограниченной адъективной отвѣтственностью, при искахъ съ „*dumtaxat*“, напр. при *actio de peculio*. При этомъ искѣ судьей *in judicio* должна была быть произведена еще оцѣнка наличнаго *peculii*; приговоръ гласилъ на сумму, не превышающую найденной такимъ путемъ стоимости *peculii*, а эта стоимость могла конечно нерѣдко оказаться ниже суммы требованія. *Actio judicati*, которую получалъ въ такомъ случаѣ истецъ въ силу приговора судьи, гласила также только на эту меньшую сумму. Если напр. требованіе шло на 100, а оцѣнка *peculii* дала только 50, то и *actio judicati* получалась только на эти 50. Если бы теперь для кредитора была закрыта возможность по поводу недоплаченныхъ 50 привлечь въслѣдствіи отца (въ случаѣ послѣдующаго увеличенія *peculii*) или самого *filius familias*,—то нововведеніе претора принесло бы ему, вмѣсто улучшенія, только ухудшеніе его положенія. Съ другой стороны въслѣдствіе допущенія новаго иска о недоплаченной суммѣ и справедливые интересы должниковъ нисколько не пострадали бы: хотя кредиторъ въслѣдствіе этого и получалъ возможность добиться второго исполнительнаго иска (второй *actio judicati*), но этотъ второй искъ гласилъ не на полную сумму

требованія, а только на остатокъ послѣ перваго, на недоплаченный 50 въ нашемъ примѣрѣ. Т. обр. здѣсь оказывалось целесообразнымъ предоставить свободный ходъ *ipso jure* возможному поосторенію иска.

Но есть-ли такое отношеніе между ограниченными адъективными исками и *actiones directae* дѣйствительно *Solutionsconcurrentz*? Подъ этимъ именемъ разумѣютъ такое отношеніе между двумя исками, при которомъ только дѣйствительное исполненіе по одному изъ нихъ погашаетъ и другое; напротивъ простое предъявленіе одного иска не исключаетъ возможности предъявить и другой. При этомъ не имѣетъ никакого значенія то обстоятельство, что истецъ уже получилъ одну *actio judicati* или можетъ ее получить. Кредиторъ можетъ поэтому, несмотря на то, что онъ имѣетъ уже въ рукахъ одну *actio judicati*, вчать другой искъ и получить вторую *actio judicati*. Примѣръ такой *Solutionsconcurrentz* представляетъ соотношеніе между *actio de pecunia constituta* и искомъ изъ первоначальнаго обязательства (того, которое было предметомъ *constitutum*).

*fr. 18 § 3 D. h. t. 13. 5 (Ulpianus)*. *Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit sortis obligationem consumat. et tutius est dicere solutione potius ex hac actione facta liberati mem contingere, non litiscontestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.*

И здѣсь конечно возникаетъ опасность, что кредиторъ получитъ двѣ *actiones judicati* на полную сумму требованія; но здѣсь преторъ идетъ на встрѣчу этой опасности инымъ путемъ: допуская второй искъ изъ того же требованія, преторъ долженъ уже тѣмъ или инымъ способомъ парализовать первую *actio judicati*.

Если мы теперь сравнимъ это отношеніе между исками съ тѣмъ, которое существуетъ между ограниченными адъективными исками и *actiones directae*, то мы замѣтимъ существенную разницу. До сихъ поръ мы предполагали, что *peculium* не покрываетъ всей суммы требованія; предположимъ теперь, что оно покрываетъ послѣднюю, и слѣдовательно кредиторъ по *actio de peculio* получитъ *actio judicati* на полную сумму долга. Спрашивается: можетъ-ли онъ теперь оставить эту *actio judicati* безъ исполненія, а вмѣсто того предъявить *actio directa*, какъ это имѣетъ мѣсто при *actio de pecunia constituta*? Конечно нѣтъ: источники говорятъ, что онъ только „*de residuo debiti agere potest*“ (*fr. 30 § 4 D. de pecul. cit.*).

Т. обр. если *resolium* достаточно для покрытія всего долга (*solidum*), то и для *actio de resolutio* дѣйствуютъ тѣ-же правила, что для *actiones adject. qualitatis*, идущихъ *in solidum*. И если мы отношеніе этихъ послѣднихъ къ *actiones directae* опредѣляли, какъ *Electivconcurrentz*, то тѣмъ же именемъ мы должны назвать и отношеніе къ *actiones directae* адъективныхъ исковъ съ ограниченной отвѣтственностью. Т. обр. вся группа адъективныхъ исковъ оказывается построеною по одному и тому же принципу, по одному и тому же плану.

Мы видѣли выше, что вслѣдствіе простаго предъявленія адъективнаго иска обязательство главнаго должника не консумируется, его *dare facere oportere* не дѣлается отъ этого невѣрнымъ. Это обстоятельство при ограниченныхъ адъективныхъ искахъ даетъ кредитору возможность повторить тотъ же искъ или предъявить *actio directa* для взыскаіія недоплаченной части долга—*residuum debiti*; но то-же обстоятельство съ другой стороны при *actiones in solidum* несетъ съ собою опасность, что кредиторъ и здѣсь предъявитъ искъ во второй разъ. Устранить эту опасность составляло дальнѣйшую задачу претора; это было необходимо для завершенія той реформы, которую предпріялъ преторъ созданіемъ *actiones adject. qualitatis*.

Предоставивъ кредитору адъективный искъ, преторъ долженъ былъ теперь позаботиться о томъ, чтобы такимъ или инымъ образомъ отрѣзать ему возможность новторенія того же иска или предъявленія *actio directa*. Какимъ же способомъ преторъ могъ этого достигнуть?

Два способа находились въ его распоряженіи: или *denegatio actionis* или *exceptio*. Первое предполагало всегда личное разслѣдованіе претора и потому оказывалось не такимъ удобнымъ, какъ второе. Т. обр. мы уже *a priori* можемъ предположить, что нормальнымъ средствомъ для парализованія вторичнаго иска должна была явиться *exceptio*. Но какаѧ?

Мы сказали выше, что обязательство главнаго должника и обязательство лица, подлежащаго адъективной отвѣтственности, суть два различныя правоотношенія; конечно, если уничтожается первое, то само собою падаетъ и второе,—но можно уничтожить второе, не затронувъ перваго. Не смотря на это, оба эти правоотношенія возникли изъ одного и того же юридическаго факта, изъ одной и той же *in creditum datio*; оба они преслѣдуютъ одну и ту же цѣль—

дать кредитору возможность получить назад то, что онъ ссудилъ. Съ этой точки зрѣнія всякій адъективный искъ и *actio directa* суть несомнѣнно иски, направленные на одну и ту-же цѣль, суть *иски de eadem re*.

Понятіе „*eadem res*“ принадлежало какъ разъ къ той категоріи понятій, на которую юриспруденція имѣла огромное и при томъ непосредственное вліяніе; она развивала это понятіе путемъ своихъ толкованій, которые находили себѣ тотчасъ же непосредственное примѣненіе, ибо вопросъ объ *eadem res* разрѣшался судьей *in iudicio*. Вслѣдствіе такого свободнаго толкованія это понятіе могло воспринимать въ себя все болѣе и болѣе широкое содержаніе; оно не было связано границами строго юридическаго тождества—тождества матеріальнаго основанія искомъ,—а стремилось къ тому, чтобы охватить практическое тождество—тождество цѣлей этихъ послѣднихъ.

Вслѣдствіе этого вполне подходящимъ средствомъ для разрѣшенія представлявшейся задачи оказывалась именно *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*; предъявленіе кредиторомъ того же адъективнаго иска заново или *actio directa* должно было паталениваться на эту *exceptio*.

Таково предположеніе, которое мы можемъ сдѣлать *a priori*. Но не найдемъ-ли мы подтвержденія этому *a priori* предположенію и въ источникахъ? Къ счастью, исполнѣ.

*fr. 21 § 4 D. de exc. rei iud. 44. 2. (Pomponius). Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.*

Приведенное мѣсто не было безызвѣстно авторамъ, писавшимъ о процессуальной *consumtio*, но никто изъ нихъ не обратилъ вниманія именно на упоминаемую здѣсь *exceptio rei iudicatae*. А эта *exceptio* между тѣмъ наноситъ рѣшительный ударъ всей Келлеровской и господствующей теоріи. Къ чему она здѣсь? Согласно господствующему ученію вслѣдствіе *actio de peculio* обязательство главнаго должника, а слѣдовательно и обязательство его поручителя, должно было быть уже *ipso iure* консумировано, и всякая *exceptio* была бы поэтому излишня! Поминіи однако держатся другаго мнѣнія; онъ говоритъ: *excipiendum est de re iudicata*, слѣдовательно поручитель *ipso iure* остается обязаннымъ; основаніе его обязательства, цивильное *dare facere oportere* главнаго должника не было—значить—уничтожено

вслѣдствіе предъявленія *actio de peculio*. И если поручитель нуждается въ этой *exceptio*, то не подлежитъ сомнѣнію, что и главный должникъ можетъ быть защищенъ только тѣмъ же средствомъ, если послѣ *actio adject. qualit.* будетъ противъ него предъявлена *actio directa* 1).

Если мы наконецъ обратимся къ тому мѣсту, которое всегда приводится господствующимъ ученіемъ, какъ доказательство *consumtio ipso jure*, то мы и тамъ—при внимательномъ анализѣ его—найдемъ доказательство не противъ насъ, а въ пользу насъ.

*fr. 1 § 24 D. de exercit. act. cit.* Наес *actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest.*

Что говоритъ здѣсь въ пользу *consumtio ipso jure*? „*Agi non potest*“—есть слишкомъ общее выраженіе, которое можетъ заключать въ себѣ какъ *consumtio ipso jure*, такъ и погашеніе *ope exceptiois*. И это общее, неопредѣленное выраженіе употреблено здѣсь юристомъ умышленно: онъ не могъ сказать ни „*ipso jure agi non*

---

1) Съ *fr. 21 § 4 D. cit.* стоитъ въ связи еще слѣдующее мѣсто:

*fr. 84 D. de solut. 46. 3. (Proculus).* Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit. at si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti.

Оба эти мѣста разсматривались часто, какъ непримиримая антиномія. Съ нашей точки зрѣнія антиномія эта разрѣшается однако самымъ простымъ образомъ. Мы видѣли, что вслѣдствіи предъявленія *actio de peculio* главный должникъ *ipso jure* не освобождается: *peculium* въ моментъ его оцѣнки *in iudicio* можетъ оказаться недостаточнымъ для покрытія всего исковаго требованія, и тогда противъ должника остается еще возможнымъ искъ *de residuo*. Вслѣдствіе этого конечно должны оставаться обязанными и его поручители. Ср. *fr. 50 § 2. D. de pecul. 15. 1 cit.* Даже если *peculium* покрываетъ всю сумму требованія, то и тогда главный должникъ и его поручители освобождаются не *ipso jure*, а лишь *ope exceptiois*. Все это и хотая сказать оба приведенныя мѣста, причемъ одно дополняетъ другое. Прокулъ хочеть отгнѣнить, что *ipso jure* „*non esse liberatos fideiussores*“, что это такъ, доказываетъ вторая половина фрагмента, гдѣ идетъ рѣчь о *solutio*, которая и поручителей освобождаетъ *ipso jure*, такъ какъ она уничтожаетъ самый смыслъ выраженія „*filius dare facere oportere*“. — Помпоній въ *fr. 21 § 4 cit.* дополняетъ указанное Прокуломъ правило, говоря: поручитель, хотя и не освобождается *ipso jure*, но снѣ можетъ быть защищенъ посредствомъ *exceptio rei iudicatae*, если только нѣтъ на лицо какихъ-либо особыхъ причинъ, которыя бы мѣшали этому освобожденію (т. е. главнымъ образомъ оказавшейся *in iudicio* недостаточности *peculii* для покрытія всей суммы исковаго требованія).

potest“ ни „propter exceptionem agi non potest“, потому что онъ непосредственно передъ этимъ сказалъ „si cum utro eorum actum est“. При этомъ мыслимы два случая. Во-первыхъ: сначала была предъявлена actio directa противъ magister: тогда ipso jure дѣлается невозможнымъ какъ повтореніе того же иска, такъ и предъявленіе actio exercitoria, такъ какъ предъявленіемъ перваго иска обязательство magistri было ipso jure консумировано, а вслѣдствіе этого исчезла почва и для actio exercitoria. Во вторыхъ: сначала была предъявлена actio exercitoria; тогда вторичный искъ можетъ быть отраженъ только посредствомъ exceptio rei judicatae, будетъ ли это снова actio exercitoria или actio directa—безразлично. Если юристъ хотѣлъ обнять оба случая („si cum utro eorum actum est“), то онъ не могъ выразиться иначе, какъ только именно глухо „agi non potest“, оставляя при этомъ въ сторонѣ вопросъ о способахъ consumptio. Если мы напротивъ прочтемъ вторую половину того же мѣста (см. выше стр. 35), то мы найдемъ тамъ: „sed si quid sit solutum (безразлично, капитаномъ-ли suo nomine или хозяиномъ alieno nomine), ipso jure minuitur obligatio“. Здѣсь юристъ говоритъ уже вполне опредѣленно, потому что solutio погашаетъ обязательство во всякомъ случаѣ ipso jure. Сопоставимъ обѣ половины фрагмента вмѣстѣ,—и мы могли бы, если бы не имѣли другихъ совершенно ясныхъ доказательствъ, уже изъ самой неопредѣленности выраженія въ первой половинѣ заключить, что предъявленіе одного изъ этихъ исковъ не всегда вызываетъ consumptio ipso jure.

Если т. обр. при actiones in solidum вторичный искъ парализуется посредствомъ exceptio rei judicatae vel in iudicium deductae, то посмотримъ теперь, какъ складывается положеніе вещей при искахъ съ ограниченной отвѣтственностью.

Если первый искъ былъ actio directa противъ главнаго должника, то послѣдующее предъявленіе адъективного иска, напр. actio de peculio, ipso jure невозможно.

Если же предъявляется сначала actio de peculio, то прежде всего наступаетъ стадія неизвѣстности, будетъ-ли peculium къ моменту приговора (rei judicandae tempore—ср. fr. 47 § 2 D. de pec. cit.) достаточно для покрытія требованія или нѣтъ. Пока эта неизвѣстность длится, ни главный должникъ, ни его поручители не могутъ считаться вполне свободными. Если кредиторъ вздумаетъ въ это вре-

ми предъявить второй искъ—напр. противъ поручителя, то послѣдній можетъ противопоставить *exceptio rei in iudicium deductae*, какъ *exceptio dilatoria*: ты уже предъявилъ искъ противъ отца, подожди же теперь рѣшенія, получишь-ли ты отъ него что-нибудь, и если получишь, то сколько.

Если дѣло дошло до приговора, то затѣмъ возможны три случая:

а) *Peculium* по оцѣнкѣ оказывается достаточнымъ для покрытія иска. Истецъ получаетъ *actio iudicati* противъ отца на полную сумму своего требованія; какъ отецъ, такъ и сынъ и его поручители имѣютъ теперь противъ вторичной попытки истца *exceptio rei iudicatae*, какъ *exceptio peremptoria* (совершенно такъ же, какъ и при *actiones in solidum*).

б) *Peculium* равно нулю. Истецъ не получаетъ ничего, даже *actio iudicati*, такъ какъ отецъ оправдывается. Но истецъ сохраняетъ возможность возобновить свой искъ на полную сумму, какъ противъ того же отца при послѣдующемъ увеличеніи *pecunia*, такъ и противъ сына и его поручителей. Если отвѣтчикъ при этой новой попыткѣ представить *exceptio rei iudicatae*, то эта *exceptio* или вовсе денегуруется преторомъ или же парализуется репликой въ родѣ „*aut si tunc in peculio nihil fuit*“.

в) *Peculium* достаточно только отчасти: изъ общей суммы исковаго требованія въ 100 оно покрываетъ только 50. Истецъ получаетъ *actio iudicati* на эти 50. Какъ же потомъ? Какъ можетъ истецъ получать остальную сумму, не нарушая интересовъ должника? Если истецъ предъявить искъ вторично, то въ формулѣ этого иска будутъ стоять слова „*si paret filium C dare oportere*“; эти слова и теперь *ipso jure* сохраняютъ свою полную силу и могутъ вызвать *condemnatio* на всю сумму 100. Но этимъ нарушались бы интересы должника. Съ другой стороны невозможно предоставить этому послѣднему *exceptio rei iudicatae*, такъ какъ тогда истецъ не получилъ бы ничего. Проще всего преторъ могъ бы избѣжать опасности съ обѣихъ сторонъ тѣмъ, что онъ могъ принудить истца (какъ при предъявленіи *compensatio*) свою *intentio* заранее ограничить только недополученной суммой. Это было легко сдѣлать, если требованіе истца было *obligatio certa*; въ противномъ случаѣ обстоятельства дѣла должны были быть указаны судью въ такой или иной формѣ, напр. въ видѣ приказанія „обвини отвѣтника на ту сумму, которая

останется за вычетомъ 50<sup>а</sup>. Возможные споры о первомъ процессѣ должны были конечно отсылаться *ad separatim*.

Мы разсмотрѣли т. обр. вопросъ объ *actiones adjecticiae qualitatis* съ возможною полнотою; сдѣлаемъ теперь изъ полученныхъ результатовъ необходимый выводъ.

Наибольшій интересъ имѣеть для насъ тотъ фактъ, что предъявленіе адъективного иска можетъ исключить возможность *actio directa* только посредствомъ *exceptio rei judicatae vel in iudicium deductae*, что адъективный искъ производитъ только т. н. непрямую *conscriptio*. Сравнимъ теперь этотъ фактъ съ извѣстнымъ положеніемъ Гаа (IV. 107), что эта *exceptio* была необходима только при *actiones in factum conceptae*,—и мы необходимо должны будемъ прійти къ тому заключенію, что *actiones adject. qualitatis*—даже при Келлеровской и господствующей конструкціи ихъ формулъ—*должны быть признаны за actiones in factum*.

Если мы откажемся отъ стараго предубѣжденія, то протявъ этого вывода нечего будетъ возражать. Даже если мы првсмотримся ближе къ самой формулѣ этихъ исковъ, то мы не будемъ въ состояніи найти какое либо существенное различіе между нею и остальными *formulae in factum*. Если бы формула напр. *actio exercitoria* содержала въ себѣ цѣлый каталогъ отдѣльныхъ фактовъ въ такомъ родѣ: „если окажется, что L. Titius, magister N<sup>o</sup> N<sup>o</sup>, взялъ у A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> X milia ваймы и что этотъ долгъ не былъ погашенъ ни уплаченъ, ни новированъ, ни прощенъ, ни *in iudicium* денуцированъ (и т. д. почти безъ конца), то обвини N<sup>o</sup> N<sup>o</sup>“, — въ такомъ случаѣ господствующее ученіе безъ всякаго затрудненія причислило бы ее къ *formulae in factum conceptae*. Что же измѣнилось вслѣдствіе того, что преторъ вмѣсто этого скучнѣйшаго перечисленія трудно исчислимыхъ фактовъ употребилъ болѣе простое, но охватывающее всѣ эти факты выраженіе „*si p. L. Titium magistrum A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> X milia dare oportere*“? Преторъ только проявилъ себѣ болѣе ловкимъ въ искусствѣ редактированія—и болѣе ничего: выраженіе „*Titium magistrum A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> X m. dare oportere*“ заняло мѣсто длиннаго каталога фактовъ и по отношенію къ *condemnatio* оно является теперь такимъ же простымъ фактомъ, каковымъ раньше былъ каждый отдѣльный фактъ изъ этого каталога. Для приказанія о *condemnatio* оно играетъ совершенно такую же роль, какую въ *in factum* конципированной формулѣ *actio*

depositi играть фактъ „si p. A<sup>m</sup> A<sup>m</sup> apud N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> redditam non esse“ или въ формулѣ actio doli фактъ „dolo malo N<sup>i</sup> N<sup>i</sup> factum esse ut“... и т. д.

Конечно, влѣдствіе такого способа выраженія судья отсылается къ объективнымъ нормамъ гражданского права, но лишь для того, чтобы узнать оттуда, совокупность какихъ фактовъ предполагаетъ существованіе „Titium magistrum A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> X m. dare oportere“, чтобы возстановить т. обр. пропущенный преторомъ каталогъ фактовъ. Во всякомъ случаѣ необходимость для судьи въ формулахъ подобнаго рода справляться съ нормами гражданского права не должна заставлять насъ считать эти формулы за formulae in jus conceptae: какъ показываетъ опытъ съ actiones adject. qualitatis, эта точка зрѣнія приводитъ къ совершенно фальшивымъ выводамъ.

Если *Келлеръ* <sup>1)</sup> характеристической чертой actiones in factum считаетъ то обстоятельство, что при нихъ преторъ беретъ на свою отвѣтственность причинную связь между указанными въ формулѣ фактами и необходимостью condemnatio,—то буквально тоже самое можетъ быть сказано и относительно actiones adject. qualitatis: почему изъ факта „L. Titium magistrum A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> X milia dare oportere“ вытекаетъ необходимость обвинить N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> exercitorem,—этого судья изъ формулы не узнаетъ; причинную связь преторъ и здѣсь беретъ на свою отвѣтственность.

Если *Левингъ* <sup>2)</sup> видитъ различіе между formulae in jus и in factum conceptae въ томъ, что въ формулахъ перваго рода послѣ указанія фактовъ слѣдуетъ еще указаніе на вытекающее изъ этихъ фактовъ для сторонъ правоотношеніе, а въ формулахъ in factum это среднее (между фактами и condemnatio) звено (право) отсутствуетъ,—то эту послѣднюю черту мы находимъ и при actiones adject. qualitatis: и при нихъ правоотношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ, напр. exercitor'омъ, вовсе не называется и вовсе не упоминается; приказаніе о condemnatio ставится въ непосредственную связь просто съ тѣмъ фактомъ, что истцу должно третье лицо (magister).

Если наконецъ *Эйзеле* <sup>3)</sup> говорить, что въ formulae in factum

<sup>1)</sup> Civilprocess. S. 155—156. Ср. впрочемъ Ann. 354.

<sup>2)</sup> Geist des römischen Rechts. III. 1. S. 61.

<sup>3)</sup> Die materielle Grundlage der Exceptio. S. 18.

conscriptae условіемъ *condemnatio* ставятся факты, безразличныя съ точки зрѣнія *jus civile*,—то и этотъ признакъ есть при *actiones adject. qualitatis*: фактъ, что „*Titium magistrum A° A° X milia dare oportet*“, для обвиненія *exercitor'a* съ точки зрѣнія *jus civile* есть нѣчто совершенно безразличное.

Словомъ, какіе бы характеристическіе признаки *formulae in factum conscriptae* мы ни находили,—мы все ихъ встрѣтимъ и при нашихъ *actiones adject. qualitatis*.

---

### § 3.

#### **Actiones alieno nomine.**

Общее замѣчаніе. — Если *consumtio* имѣетъ мѣсто, то причина ея лежитъ не въ формулѣ. — Причина *consumtio* при веденіи процесса *cognitor'омъ*. — Причина и способъ *consumtio* при веденіи процесса *procurator'омъ*. — Свидѣтельства источниковъ. — Заключение: всѣ т. п. иски съ перестановкой субъектовъ суть *actiones in factum*.

---

*Actiones adjecticiae qualitatis* представляютъ только одну группу изъ болѣе широкой категоріи—т. н. исковъ съ перестановкой субъектовъ. Все изложенное выше показало намъ, что формула съ субъективной перестановкой сама по себѣ не производитъ уничтоженія (*consumtio*) того правоотношенія, которое въ ней поставлено условіемъ *condemnatio*, что это правоотношеніе съ полнѣмъ дѣйствіемъ можетъ фигурировать во второй и третьей формулѣ. Если же это правоотношеніе иногда послѣ перваго неба дѣйствительно парализуется, то это опредѣляется не самымъ фактомъ предъявленія перваго иска, а другимъ—и именно матеріальными—причинами и осуществляется тогда только посредствомъ *exceptio rei judicatae*.

Спрашивается теперь, представляетъ-ли это явленіе особенность только разсмотрѣннаго тѣснаго круга *actiones adject. qualitatis*, или же, напротивъ, оно есть общее правило, имѣющее силу и для прочихъ исковъ съ перестановкой субъектовъ. Другими словами, подтверждается-ли по крайней мѣрѣ внѣ сферы адъективныхъ исковъ господствующее ученіе, что формула съ перестановкой субъектовъ производитъ *consumtio ipso jure*?

Всѣ остающіеся случаи исковъ этого рода охватываются выраженіемъ „*alieno nomine agere*“ („*veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio*“—Gaius IV. 82). „*Qui autem alieno nomine agit, roboratur Gaius (IV. 86), intentionem quidem ex persona domini sumit condemnationem autem in suam personam convertit, nam si verbi gratia L. Titius (pro) P. Maevio agat, ita formula concipitur: si pareret N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> P. Maevio sest. X m. dare oportere, iudex N<sup>o</sup> N<sup>o</sup> L. Titio sest X m. condemna, s. n. p. a*“.—Если представитель является на сторонѣ отвѣтчика, то формула принимаетъ слѣдующій видъ: „*s. p. P<sup>o</sup> Maevium A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sest. X m. dare oportere, L<sup>o</sup> Titium A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemna*“.

Разсмотрѣнными выше формулы *actiones adject. qualif.* являются точнымъ воспроизведеніемъ этого второго типа; поэтому нашъ интересъ здѣсь концентрируется на первомъ случаѣ<sup>1)</sup>, когда перестановка субъектовъ происходитъ на активной сторонѣ т. е. когда представитель выступаетъ на сторонѣ истца.

Какъ же стоитъ здѣсь дѣло съ процессуальной *consumtio*?

---

<sup>1)</sup> *Erman* (Serv. vic. p. 507 note 2) находитъ этотъ нашъ обходъ тѣхъ случаевъ, гдѣ перестановка субъектовъ происходитъ на пассивной сторонѣ (*defensores*) слишкомъ поспѣшнымъ. Но для доказательства того, что *самая формула* съ пассивной перестановкой не вызываетъ еще *consumtio ipso jure* (что и составляло нашу задачу) изслѣдованіе *actiones adject. qualif.* совершенно достаточно. — *Erman* полагаетъ, что онъ имѣетъ, напротивъ, доказательства въ пользу того, что *defensores* могли консумировать *ipso jure*. Такъ, онъ во-первыхъ думаетъ, что въ пользу этого говоритъ встрѣчающееся въ источникахъ выраженіе, что представляемый „*liberatur*“. Но доказательная сила этого выраженія въ пользу *liberatio ipso jure* равна нулю: ср. сказанное выше по поводу fr. 21 § 4 D. 44. 2 и fr. 84 D. 46. 3. — Во-вторыхъ, *Erman* ссылается на fr. 18 D. 11. 1. „*Ex parte dimidia heres, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisfactionis onus evitare possit, respondit se solum heredem esse et condemnatus est: quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore iudicio in eum, qui re vera heres erat, actio dari deberet. Proculus respondit rescisso iudicio posse agi, idque est verum*“. Это „*rescisso iudicio*“, говоритъ *Erman*, свидѣтельствуетъ о *consumtio ipso jure*. Въ этомъ онъ однако ошибается. Предъявленіе иска противъ отсутствующаго сопаслѣдника *ipso jure* возможно; уничтоженіе же прежняго иска необходимо вотъ почему: безъ этой *rescissio iudicii* истецъ сохранялъ бы въ цѣлости *actio iudicati* изъ прежняго иска, на полную сумму долга, да по новому процессу получилъ бы противъ настоящаго должника еще *actio iudicati* на половину долга, и т. обр. въ общемъ онъ могъ бы получить долгъ въ 1½ раза. Чтобы предотвратить это и нужна *rescissio*. Здѣсь происходитъ слѣдовательно полное уничтоженіе прежняго процесса, полный *restitutio in integrum*.

Какъ извѣстно, во время Галя различалось два вида процессуальныхъ представителей—*cognitores* и *procuratores*, причемъ Гай (IV 97, 98) сообщаетъ о нихъ далѣе слѣдующее:

Ac nec si per *cognitorem* quidem agatur ulla satisfactio vel ab ipso vel a domino desideratur. cum enim certis et quasi solemnibus verbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. *Procurator* vero si agat satisfacere iubetur ratam rem dominum habiturum; *periculum enim est, ne iterum dominus de eadem re experiat, quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuerit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit.*

Какъ видимъ, *cognitor* консумировать искъ совершенно такъ же, какъ и самъ *dominus*; *procurator* же, напротивъ, не консумировать вовсе: *dominus* сохранялъ полную возможность предъявить искъ лично снова. А между тѣмъ и *cognitor* и *procurator*, какъ это видно изъ цитированнаго выше мѣста Галя (IV. 82 ср. также IV. 86), пользовались одною и той же формулой; если бы было вѣрно то, что уже простое предъявленіе иска съ такою формулой дѣлало на дальнѣйшее время все „содержаніе *intentio*“ недействительнымъ,—то это различіе въ результатахъ процесса было бы совершенно непонятнымъ. Оказывается сразу и здѣсь, какъ при *actiones adject. qualit.*, что въ иныхъ случаяхъ содержаніе *intentio* „N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> P. Maevio dare oportere“ дѣлается недействительнымъ и консумируется, въ другихъ нѣтъ. Очевидно, что и здѣсь, какъ тамъ, *consumtio* въ случаяхъ перваго рода вызывается не устройствомъ самой формулы, а какими-то другими причинами, лежащими внѣ ея.

Конечно, въ позднѣйшемъ правѣ положеніе *procuratores* измѣнилось: было признано, что они *rem in iudicium deducere possunt* и что слѣдовательно *dominus* не можетъ уже болѣе вчинать искъ запово; вслѣдствіе этого *cognitores* и *procuratores* были въ этомъ отношеніи сравнены. Но даже и въ это позднѣйшее время остается возможнымъ случай, что кто-либо вчинаетъ за другого искъ, т. е. пользуется формулой съ субъективной перестановкой, и все-таки не лишается это другое лицо возможности предъявить тотъ же искъ запово; такъ бываетъ напр. въ томъ случаѣ, когда кто-либо выступаетъ *negotiorum gestor*омъ другаго. Слѣдовательно сказанное выше остается въ силѣ даже для этого позднѣйшаго времени: погашеніе или непогашеніе иска зависитъ не отъ формулы, а отъ другихъ матеріальныхъ причинъ.

Обратимся сначала къ *cognitores*. Какъ извѣстно, *cognitor* представлялся самымъ патрономъ (*dominus*) „*certis et quasi solemnibus verbis*“. Формула назначенія „*quod ego tecum agere volo, in eam rem L. Titium tibi cognitorem do*“ произносилась лично самымъ патрономъ и адресовалась непосредственно къ присутствующему противнику („*coram adversario*“). Если поставленный такимъ образомъ *cognitor* предъявить искъ и довести его до *litiscontestatio*, то вслѣдствіе этого патронъ теряетъ возможность возобновить искъ лично: „*non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit*“. Что значить это послѣднее, яснѣе опредѣлено въ

*fr. 22 § 8 D. rat. r. hab. 46. 8. (Julianus)*. Si procurator indicium de hereditate ediderit, deinde dominus fundum ex ea hereditate petierit, stipulatio ratam rem haberi committetur, quia, si *verus procurator* fuisset, exceptio rei judicatae dominum summovertet. plerumque autem stipulatio ratam rem haberi his casibus committetur, quibus, si *verus procurator* egisset, *domino aut ipso jure aut propter exceptionem actio inutilis esset*.

Что здѣсь выраженіе „*verus procurator*“ интерполировано вмѣсто „*cognitor*“, — стоитъ внѣ всякаго сомнѣнія <sup>1)</sup>. Возстановивъ надлежащимъ образомъ текстъ, мы увидимъ, что вслѣдствіе *litiscontestatio* когнитора искъ патрона конструируется или *ipso jure* или путемъ *exceptio rei judicatae* — смотря потому, есть ли *in concreto* условія *consumtio ipso jure* или нѣтъ. Что въ данномъ примѣрѣ *consumtio* совершается посредствомъ *exceptio*, объясняется тѣмъ, что упоминаемое здѣсь *judicium de hereditate* есть *actio in rem*.

Если мы спросимъ себя, въ чемъ же лежитъ причина такого дѣйствія иска, предъявленнаго когниторомъ, — то на это возможенъ только одинъ отвѣтъ: если не въ самомъ предъявленіи иска, не въ самой формулѣ, то только *ex actus cognitoris datio* мы должны искать эту причину. Въ самомъ дѣлѣ, что представляетъ изъ себя этотъ актъ въ своемъ существѣ? Это есть прежде всего волеизъявленіе истца; это волеизъявленіе, затѣмъ, дается *coram adversario* и адресуется къ противнику (отвѣтчику); слѣдовательно, этотъ послѣдній долженъ присутствовать. Что же обозначаетъ это присутствіе

---

<sup>1)</sup> Ср. *Rehmann-Hollweg*. Civilprocess. II. S. 433 Note 16; *Eisler*. Cognitor und Procuratur. S. 149. Его-же *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*. S. 57.

противника, для чего оно нужно? Мы можем представить себѣ только одно объясненіе: своимъ присутвіемъ противникъ выражаетъ свое согласіе, даетъ свой акцентъ. Такимъ образомъ *cognitoris datio* является договоромъ, который къ тому же облекается въ гражданскую форму („certis et quasi solemnibus verbis“). Волеизъявленіе принципала содержитъ въ себѣ то, что онъ отказывается отъ своего требованія, отъ „*dari sibi oportere*“ на тотъ случай, если отвѣтчикъ вступитъ въ процессъ съ когниторомъ. Въ моментъ *litiscontestatio* съ послѣднимъ исполняется условіе этого обѣщанія, а вслѣдствіе этого *eo ipso* (*ipso jure*) погашается и *dare oportere*.

Т. обр. совершающееся здѣсь *ipso jure* погашеніе иска принципала сводится въ концѣ концовъ къ волѣ самого принципала и вытекаетъ естественно и необходимо изъ договора между сторонами.

Разъ такого гражданского договора нѣтъ, то понятно не можетъ быть и рѣчи о погашеніи иска, объ исчезновеніи *dare oportere*. Этого договора нѣтъ именно при *procuratores, tutores, curatores* etc. Конечно и *procurator* дѣйствуетъ во многихъ случаяхъ сообразно волѣ лица, имѣющаго право на искъ, быть можетъ даже во исполненіе его спеціальнаго порученія (*mandatum ad agendum*),—но эта воля опредѣляетъ только отношеніе между принципаломъ и *procurator*’омъ и не имѣетъ значенія ни для третьихъ лицъ, ни для самого принципала по отношенію къ третьимъ лицамъ.

Если при такомъ положеніи дѣлъ преторъ при извѣстныхъ условіяхъ даетъ *procurator*’амъ и т. д. искъ *alieno nomine*, то онъ подвергаетъ отвѣтчика опасности, что впоследствии самъ принципалъ предъявитъ искъ и ему—отвѣтчику—придется платить во второй разъ. Для устраненія этой опасности нужно было, конечно, найти такія или иные средства.

Въ эпоху Гая это средство состояло вообще въ томъ, что преторъ принуждалъ *procurator*’а, *tutor*’а и т. д. давать отвѣтчику *cautio dominum ratam rem habiturum*. Вслѣдствіе этого не *dominus* лишился возможности предъявить новый искъ лично, а лишь для отвѣтчика на этотъ случай создавалось обезпеченіе. Онъ долженъ былъ и теперь платить во второй разъ, но онъ могъ затѣмъ на основаніи *cautio* потребовать отъ *procurator*’а возмѣщенія всѣхъ своихъ убытковъ. *Procurator* же съ своей стороны, если онъ дѣйствовалъ на основаніи тѣхъ или другихъ отношеній между нимъ и принципаломъ, могъ затѣмъ обратиться съ регрессомъ къ этому послѣднему посред-

ством исковъ изъ этихъ отношеній, т. е. посредствомъ *actio tutelae contraria, mandati contraria, negotiorum gestorum contraria*.

Въ позднѣйшемъ правѣ, какъ извѣстно, положеніе дѣлъ измѣнилось: было признано, что *tutores, curatores* и *procuratores, quibus mandatum est, rem in iudicium deducunt*, т. е. принципалу уже не дозволялось возобновлять отъ себя искъ. Этимъ, по господствующему нынѣ ученію, упомянутые виды процессуальныхъ представителей были сравнены съ *cognitores*: и на нихъ было распространено правило, что *dominus „de eadem re non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit“*, т. е. что *tutor, curator* и *procurator cum mandato*, какъ и *cognitor*, своимъ процессомъ могутъ при наличности прочихъ условий произвести *consumtio ipso jure* для *dare oportere* принципала. *Вслѣдствіе этого*, говорить господствующее ученіе, *cautio ratam rem haberi* стала излишней, и ее перестали требовать.

По нашему мнѣнію, господствующее ученіе представляетъ, какъ ходъ, такъ и самую сущность совершившейся реформы въ невѣрномъ свѣтѣ. Мы думаемъ, что эта реформа вышла изъ противоположной исходной точки, что она выросла именно изъ вопроса объ освобожденіи извѣстныхъ представителей отъ обязанности давать *cautio*. То, что по господствующему ученію является слѣдствіемъ реформы, по нашему мнѣнію послужило причиной, толчкомъ къ дальнѣйшему развитію.

Система *cautiones* должна была съ теченіемъ времени оказаться съ практической точки зрѣнія несовершенною. Прежде всего эта система даже для отвѣтника оставляла желать многого: для него было конечно, лучше вовсе не имѣть съ принципаломъ въ послѣдствіи никакого процесса и вовсе ему не платить, чѣмъ заплатить и потомъ искать возмѣщенія своихъ убытковъ съ *procurator'a*. Но особенно тяжела была обязанность давать *cautio* для нѣкоторыхъ видовъ представителей; т. напр. опекуну какого нибудь богатаго малолѣтняго которому естественно приходилось вести много процессовъ, необходимость давать каждый разъ *cautio* могла создавать нѣрѣдко весьма серьезные затрудненія: *cautio de rato* была *satisfactio*, т. е. требовала всегда представленія поручителей; а найти таковыхъ было разумѣется не всегда легко. Совершенно естественно поэтому, что первымъ толчкомъ къ реформѣ послужила именно эта сторона вопроса.

Однако съ другой стороны просто освободить представителя—напр. *tutor'a* или *curator'a*—отъ этой обязанности значило бы оста

вить отвѣтчика безъ всякой защиты и прикрытія. Представлялось необходимымъ, вступивши разъ на эту дорогу, сдѣлать еще одинъ шагъ дальше и отрѣзать принципалу возможность повторенія иска. Этимъ *ratihabitus* процесса, веденнаго *tutor*’омъ, *curator*’омъ или *procurator*’омъ *cum mandato*, была какъ бы признана для *dominus* обязательною и необходимою, а если послѣдній считалъ, что процессомъ представителя такъ или иначе нарушены его интересы, то уже теперь ему самому предоставлялось искать съ *procurator*’а посредствомъ искомъ изъ существующихъ между ними правоотношеній, т. е. посредствомъ *actio tutelae directa*, *mandati directa* и т. д. Это казалось справедливымъ и цѣлесообразнымъ, конечно, только при существованіи между принципаломъ и представителемъ извѣстныхъ прочныхъ правоотношеній; такъ, прежде всего при наличныхъ *tutela* или *cura*, гдѣ уже существовалъ начальственный надзоръ за дѣятельностью опекуновъ,—но затѣмъ (конечно нѣсколько позже) и при наличности порученія (*mandatum*), гдѣ *dominus* „*sibi imputare debebat*“, если онъ терпѣлъ отъ такой перемѣны ролей. Напротивъ, подобное измѣненіе въ положеніи принципала являлось несправедливымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда кто либо выступалъ представителемъ его безъ его вѣдома и воли;—и понятно, что для этихъ случаевъ должна была быть сохранена прежняя система.

Но какиимъ способомъ могъ преторъ отрѣзать искъ принципалу въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это являлось справедливымъ? Недостающую *cognitoris datio* съ ея цивильною формою преторъ не могъ, конечно, ничѣмъ восполнить; о *consumtio ipso jure* и теперь не могло быть рѣчи. Если же преторъ хотѣлъ парализовать *ipso jure* возможный искъ принципала, то онъ долженъ былъ обратиться къ средствамъ своего *imperium*, т. е. къ *exceptio*, причѣмъ и здѣсь, какъ при *actiones adjecticiae qualitatis*, для этой цѣли вполнѣ подходила *exceptio rei judicatae vel in iudicium deductae*.

Что именно отпавшимъ пунктомъ реформы явился вопросъ объ освобожденіи представителей отъ обязанности давать *cautio*, а конечнымъ результатомъ ея было исключеніе иска принципала посредствомъ *exceptio rei judicatae*,—все это вполнѣ опредѣленно подтверждаютъ и источники.

Въ эпоху Гая *tutores* и *curatores* стояли принципиально наравнѣ съ прочими *procuratores*: „*tutores et curatores eo modo, quo et*

procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt“, говорить Гай (IV. 99.); следовательно и при них „periculum erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur“. Однако непосредственно вслед за этими словами Гай прибавляет: „*sed aliquando illis satisfactio remittitur*“. Мы видим т. обр., что дело начинается отъ remissio satisfactiois въ отдѣльных случаяхъ, а не отъ какого либо принципиальнаго признанія, что tutores et curatores rem in iudicium deducunt.—Что же однако слѣдуетъ въ этихъ отдѣльных случаяхъ за remissio satisfactiois? Отвѣтъ на это даетъ

*fr. 7 § 2 D. de cur. furioso 27. 10 (Julianus)*. Cum dementis curatorem, quia satis non dederat et res male administraret, proconsul removerit a bonis aliumque loco eius substituerit curatorem, et hic posterior, cum nec ipse satisfacisset, egerit cum remoto negotiorum gestorum, posteaque heredes dementis cum eodem negotiorum gestorum agant, et is exceptione rei iudicatae inter se et curatorem utatur....

Цитированное мѣсто принадлежит Юліану—современнику Гаю; но Юліанъ, упомянул безусловно объ exceptio rei iudicatae, предпологаетъ уже, очевидно, какъ нѣчто нормальное, что при предъявленіи кураторами исковъ отъ нихъ уже не требуется satisfactio ratam rem haberi, что имъ обыкновенно satisfactio remittitur: этимъ разрѣшается кажущееся на первый взглядъ противорѣчіе между обоими современниками <sup>1)</sup>. Мы видимъ изъ этого мѣста, что за remissio satisfactiois наступаетъ уничтоженіе иска принципа (heredes dementis); но какимъ способомъ? посредствомъ exceptio rei iudicatae. А между тѣмъ какъ первый, такъ и второй искъ здѣсь есть actio negotiorum gestorum т. е. какъ извѣстно — actio in jus concepta. Келлеръ считаетъ появленіе здѣсь exceptio rei iudicatae вмѣсто ожидаемой consumptio ipso iure необъяснимымъ <sup>2)</sup>. Eisele хочетъ объяснить exceptio тѣмъ, что разбираемый въ фрагментѣ случай происходитъ въ провинціи, и что мы слѣд. имѣемъ дело съ iudicium quod imperio continetur <sup>3)</sup>. Возможно, конечно, что въ этомъ фрагментѣ идетъ рѣчь о iudicium quod imperio continetur, но не необходимо.

<sup>1)</sup> Ср. Eisele. Cognitur und Procuratur. S. 147.

<sup>2)</sup> Ср. Litiscontestatio und Urtheil. S. 346.

<sup>3)</sup> Abhandlungen zum römischen Civilprocess. S. 123.

Имущество опекаемого безумнаго находится дѣйствительно въ провинціи („proconsul“); тамъ происходитъ remotio перваго curator'a и назначеніе втораго; но изъ этого еще не слѣдуетъ, что и искъ противъ удаленнаго curator'a предъявляются въ провинціи; возможно напротивъ, что процессъ въ обоихъ случаяхъ ведется въ Римѣ. Какъ бы то ни было, но если Eisele полагаетъ<sup>1)</sup>, что въ то время tutores и curatores по общему правилу еще не принадлежали къ тѣмъ лицамъ, „qui rem in iudicium deducere possunt“, „qui in exceptioe rei iudicatae tacite continentur“,—то тѣмъ женьѣ онъ можетъ думать о consumptio ipso jure.

Возьмемъ еще другое мѣсто того же самаго Юліана—

*fr. 25 § 2 D. de exc. rei iud. 44. 2. Si te negotiis meis optuleris et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei iudicatae non obstat; alia enim res facta est interveniente mandatu. idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit.*<sup>2)</sup>

Изъ этого фрагмента слѣдуетъ, что interveniente mandatu противъ вторичнаго иска procurator'a или самого dominus противоположается exceptio rei iudicatae. Въ концѣ же добавляется, что тоже самое—т. е. exceptio rei iudicatae—имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, если искъ былъ не in rem, а in personam. При этомъ вовсе не упоминается о возможности consumptio ipso jure, между тѣмъ, какъ тотъ же Юліанъ, говоря о cognitores (въ fr. 22 § 8 D. rat. r. hab. cit.), имѣетъ въ виду и эту возможность: „si cognitor (интерполировано: verus procurator) egisset, domino aut ipso iure aut propter exceptionem actio inutilis esset“.

Обратимъ наконецъ вниманіе на самое выраженіе „tutores, curatores, procuratores etc. rem in iudicium deducunt“. Это выраженіе звучитъ, какъ эхо exceptio rei iudicatae; если бы и при этихъ лицахъ

---

<sup>1)</sup> Abhandlungen zum röm. Civilprocess. S. 122—123.

<sup>2)</sup> Какъ согласить и это мѣсто Юліана съ пзвѣстіемъ Гал.,—этотъ вопросъ мы оставляемъ открытымъ. Для насъ во всякомъ случаѣ безразлично, существовало-ли положеніе дѣлъ, какъ оно описано Гаемъ, еще въ его эпоху или же для этого времени оно является уже прошлымъ. Въ послѣднемъ случаѣ придется только начало нашей реформы перенести на нѣсколько болѣе ранній моментъ; причины же и ходъ ея останутся тѣ же.

была возможна *consumtio ipso jure*, то выражение „*rem in iudicium deducunt*“ очевидно плохо бы подходило; чтобы быть точными, римские юристы должны были бы выбрать другое—более общее выражение, напр. „*personae qui actionem consumunt*“. О *cognitores*, какъ и о самомъ *dominus*, нѣкогда такъ не выражаются; о нихъ говорить напротивъ, что послѣ предъявленія къъмъ либо изъ нихъ перваго иска второй искъ „*aut ipso jure aut propter exceptionem inutilis est*“. Присоединимъ къ этому еще слѣдующее мѣсто:

*fr. 11 § 7 D. de exc. rei iud. 44. 2. (Ulpianus)*. Hoc iure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei iudicatae hae personae continentur, quae rem in iudicium deducunt: inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipium...

Что здѣсь идетъ рѣчь только объ *exceptio rei iudicatae*,—это не подлежитъ никакому сомнѣнiю. Въ ряду лицъ, которыя перечислены здѣсь, какъ *personae, quae rem in iudicium deducunt*, мы не находимъ *cognitor'a*. Правда, нѣкоторые—напр. *Eisele*<sup>1)</sup>—полагаютъ, что это слово здѣсь вычеркнуто комментаторами; но мы думаемъ, что его здѣсь никогда и не было, такъ какъ *cognitor* не *rem in iudicium deducit*, а *loco domini habetur*, и было бы также неумѣстно говорить здѣсь о немъ, какъ и о самомъ *dominus*.

Вопросъ о томъ, какия лица *rem in iudicium deducunt* или в *exceptione rei iudicatae continentur*, могъ возникнуть, конечно, лишь въ томъ случаѣ, если эта *exceptio* находилась въ формулѣ. Если бы въ формулѣ ея не было, то судья долженъ былъ судить только на основанiи нормъ цивильнаго права, превратилось ли *dare oportere* принципа или нѣтъ; а вызвать такое цивильное прекращенiе его *procuratores* не могли и теперь, какъ и въ эпоху Гая; какъ тогда, такъ и теперь выраженiе „*N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> P. Maevio dare facere oportere*“ сохраняетъ свою полную силу—*ipso jure valet*.

Въ концѣ концовъ мы приходимъ и въ этой области къ тѣмъ же результатамъ, что и при *actiones adject. qualitatis*. И здѣсь подтверждается въ полной мѣрѣ наблюдениe, что вслѣдствiе предъявленiя какого либо иска съ перестановкой субъектовъ поставленное въ его формулѣ условiемъ *condemnatio „N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> P. Maevio dare facere*

<sup>1)</sup> *Cognitor und Procuratur*. S. 173. — *Abhandlungen etc.* S. 119, Note 3.

oportere“ ipso jure не погашается; если же по тѣмъ или другимъ матеріальнымъ соображеніямъ представляется необходимымъ парализовать его силу на дальнѣйшее время, то это достигается посредствомъ *executio rei judicatae*. Эти факты оказываются т. обр. огнюдь не специфическою особенностью *actiones adject. qualitatis*, а общимъ и абсолютнымъ правиломъ для всей сферы *actiones alieno nomine*.

Но имѣетъ съ этимъ само собою оправдывается и наше дальнѣйшее заключеніе: *всѣ т. н. иски съ перестановкой субъектовъ суть actiones in factum*. Конечно, въ ихъ формулѣ условіемъ *condemnatio* является нѣкоторое *dare facere oportere*, но это *dare facere oportere* существуетъ между третьими лицами и для даннаго иска является не матеріальнымъ основаніемъ его (въ точномъ и юридическомъ смыслѣ этого слова), а лишь простымъ фактомъ. То, что мы сказали объ этомъ выше по поводу *actiones adjecticiae qualitatis*, имѣетъ полное значеніе для всѣхъ формулъ съ субъективной перестановкой вообще.

Прибавимъ только одно замѣчаніе. Общепринятое обозначеніе этой категоріи нековъ, какъ исковъ съ субъективной перестановкой или исковъ съ перестановкой субъектовъ, способно вызвать невѣрныя представленія о природѣ ихъ. Правда, это обозначеніе имѣетъ для себя нѣкоторую опору въ словахъ самого Галъ, который говоритъ (IV. 86): „*intentionem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit*“,—но этимъ выраженіемъ схватывается только видный, практическій признакъ. Собственно говоря, здѣсь не субъекты переставляются, а условіемъ *condemnatio* ставится правоотношеніе, существующее между третьими лицами. Это послѣднее правоотношеніе играетъ здѣсь такую же роль, какую играетъ всякій другой фактъ во всякой другой *formula in factum concepta*, напр. фактъ „*deposuisse*“; все различіе заключается только въ томъ, что тамъ факты имѣютъ болѣе фактическій, а здѣсь болѣе юридическій характеръ. Однако и это различіе исчезаетъ, если мы примемъ во вниманіе, что и факты „*deposuisse*“ или „*eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse*“ имѣютъ сильный юридическій элементъ.

---

## § 4

### II. Actiones ficticiae.

Actio ficticia bonorum possessor'a; искъ цивильнаго heres ipso jure не исключается.— Даже при вторичномъ искѣ самого bonorum possessor'a необходима exceptio rei judicatae. — Близкое родство этихъ исковъ съ исками съ переставкой субъектовъ: formulae Serviana и Rutiliana. — Actiones ficticiae суть также actiones in factum. — Actio ficticia по поводу cautio damni infecti.

---

Перейдемъ теперь ко второй спорной группѣ преторскихъ исковъ—къ actiones ficticiae. Мы видѣли выше, что господствующее учение и эти иски считаетъ за actiones in jus conceptae; и при нихъ слѣдовательно процессуальная consumptio должна наступать ipso jure. Пойдемъ за господствующимъ учениемъ и въ эту область и посмотримъ, дѣйствительно-ли при actiones ficticiae exceptio rei judicatae supervacua est.

Возьмемъ для этой цѣли одинъ изъ важнѣйшихъ исковъ съ фикціей—искъ, формула котораго вполне свободна отъ какихъ либо „in factum“ конципированныхъ добавокъ“, именно actio ficticia bonorum possessor'a:

„Si A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> L. Titio heres esset, tum si pareret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sest. X m. dare oportere, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemna, s. n. p. a.“  
(Gai IV. 34).

Мы уже указали выше (§ 1), что consumptio ipso jure не можетъ быть выведена для нашего примѣра ни съ точки зрѣнія Келлера, ни съ точки зрѣнія Беккера; остается т. обр. только предположеніе Krüger'a, что здѣсь судья, получивъ такую же самую формулу (съ

фикцией или без нея) во второй разъ, ни въ какомъ случаѣ не будетъ сомнѣваться, что здѣсь идетъ дѣло о тѣхъ же самыхъ *sect. X* т. изъ той же самой *stipulatio* и т. д., и что вслѣдствіе этого всякая *exsertio* здѣсь будетъ излишней. Мы увидимъ сейчасъ, что и это предположеніе несостоятельно.

Разсмотримъ ближе тѣ правоотношенія, которыя возникаютъ вслѣдствіе того, что преторъ даетъ *bonorum possessio* иному лицу, чѣмъ цивильный *heres*.

Юридическое положеніе *bonorum possessor'a* Гай характеризуетъ, какъ извѣстно, въ слѣдующихъ выраженіяхъ: „*quos autem praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem jure non fiunt; nam praetor heredes facere non potest;... sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur*“ (III. 32). Практическимъ послѣдствіемъ этого качества „*loco heredum*“ является прежде всего тотъ фактъ, что на наследственные вещи *bonorum possessor* приобретаетъ не *Jus Quiritium*, а только собственность бонитарную („*neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt*“—Gai III. 80).

Параллельно съ этимъ *bonorum possessor* не дѣлается ни цивильнымъ кредиторомъ по наследственнымъ требованіямъ, ни цивильнымъ должникомъ по наследственнымъ долгамъ. Гай выражаетъ это такъ: „*neque bonorum possessor neque bonorum emptor ipso jure debet aut ipsis debetur* (III. 81), или въ другомъ мѣстѣ: „*neque id quod defuncti fuit potest (sc. bonorum possessor) intendere „suum esse“, neque id quod ei debebatur potest intendere „dari sibi oportere“* (IV. 34).

Юридическое положеніе *bonorum possessor'a* не исчерпываетъ т. обр. всего того, что содержится въ правѣ *цивильнаго heres*: кое-что еще остается и для этого послѣдняго. Это „кое-что“ состоитъ вообще въ его качествѣ цивильнаго наследника; если преторъ *heredem facere non potest*, то и наоборотъ—преторъ не можетъ сдѣлать такъ, чтобы цивильный наследникъ пересталъ быть имъ; преторъ можетъ только сдѣлать это качество недействительнымъ, безсилнымъ—*sine effectu, sine re*.

Практическимъ послѣдствіемъ этого качества и здѣсь прежде всего является то обстоятельство, что *heres* остается собственникомъ *ex jure Quiritium* по отношенію къ наследственнымъ вещамъ; это *jus Quiritium* будетъ для него потеряно только тогда, когда насту-

пить годный для этого цивилиный фактъ („si usucperunt“...). Параллельно этому *nudum jus Quiritium* на вещи идетъ его *nudum jus* изъ наслѣдственныхъ требованій: *heres* остается *ipso jure* кредиторомъ и должникомъ; по словамъ Гая, онъ можетъ *ipso jure intendere*, какъ „*suum esse*“, такъ и „*dari sibi oportere*“ — опять такъ до тѣхъ поръ, пока не наступитъ какой либо фактъ, имѣющій по *jus civile* силу погашать цивилиное право.

Что же обозначаетъ на языкѣ классическаго права это „*ipso jure potest intendere*“? Несомнѣнно то, что судья, если бы цивилиному наслѣднику (*G. Seius*) удалось получить отъ претора формулу, въ которой стояло бы „*si parer N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> G. Seio sest. X m. dare oportere*“, долженъ былъ бы отвѣчать *in judicio* только „да, *parer*“. Если *heres ipso jure* остается собственникомъ даже послѣ того, какъ *bonorum possessor* осуществить свое *actio ficticia in rem* и получить вещь въ свои руки.—то то же самое имѣетъ мѣсто и по отношенію къ наслѣдственнымъ обязательствамъ. Если преторъ по отношенію къ *actiones in rem* цивилинаго наслѣдника долженъ прибѣгать къ *denegatio actionis* или къ *exceptio*,—то только тѣми же способами можетъ онъ обезсилить и его *actiones in personam*.

Судья дѣйствительно ни на одинъ мигъ не будетъ сомнѣваться, что во второмъ процессѣ идетъ рѣчь о тѣхъ же самыхъ *sest. X m.* изъ той же самой *stipulatio* и т. д., — и все-таки, несмотря на это, онъ долженъ будетъ обвинить отвѣтника и во второй разъ: „*dari sibi oportere*“ цивилинаго наслѣдника *ipso jure valet*, и отноду не дѣло судьи проникать въ скрытыя намѣренія претора. Хочетъ преторъ обезсилить это *dare oportere* и тѣмъ отвратить неизбежное послѣдствіе его—*condemnatio* отвѣтника,—въ такомъ случаѣ онъ долженъ дать судѣ особое указаніе въ видѣ *exceptio*.

Сдѣлаемъ теперь шагъ далѣе и представимъ себѣ тотъ случай, что самъ *bonorum possessor* предъявляетъ второй искъ *de eadem re*. Формула этого втораго иска (если мы не включимъ въ нее *exceptio rei judicatae*) гласила бы совершенно такъ же, какъ и перваго: „*si A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> L. Titio heres esset, tum si pareret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> sest. X m. dare oportere, condemna*“.. Представимъ себѣ положеніе судьи, который получить эту вторую формулу. Онъ можетъ при этомъ, безъ сомнѣнія, разсуждать только такъимъ образомъ: „согласно приказанію претора я долженъ разсматривать истца—*Aulus Agerius*—совершенно

такъ, какъ если бы онъ былъ цивильнымъ наслѣдникомъ Л. Тиція, т. е. такъ, какъ если бы онъ былъ G. Seius; этотъ же послѣдній и теперь остается ipso jure кредиторомъ; онъ и теперь можетъ ipso jure intendere „dari sibi oportere“; я знаю, конечно, что Aulus Aegius уже искалъ разъ тѣ же самыя 10 тысячъ сестерцій изъ той же stipulatio,—по этотъ прежній искъ для intentio цивильнаго наслѣдника, т. е. Г. Сел, не имѣлъ равно никакого значенія; если я теперь—на основаніи формулы—долженъ разсматривать истца, какъ этого Г. Сел, то я не могу отвѣтить ничего другаго, кромѣ того, что его intentio ipso jure valet, и я долженъ поэтому обвинить отвѣтчика еще разъ. Если бы преторъ хотѣлъ принять во вниманіе уже разъ бывший процессъ de eadem re, то онъ выразилъ бы жнѣ это въ формулѣ такъ или иначе. Можетъ быть неупоминаніе о немъ есть недосмотръ претора — но тогда не мое дѣло исправлять его недосмотры, а можетъ быть преторъ преслѣдуетъ при этомъ какія либо особыя дѣли.—Какимъ инымъ образомъ могъ разсуждать судья, не рискуя нарушить приказаніе претора и свою собственную присягу?

Vonorum possessor могъ бы т. обр. исхать столько разъ, сколько ему было угодно; судья долженъ былъ бы—безъ exceptio—всякій разъ разсматривать его, какъ дѣйствительнаго цивильнаго наслѣдника—Г. Сел. на вопросъ „si paret“ всякій разъ неизбежно отвѣчать „да, paret“ и всякій разъ снова приговаривать отвѣтчика—до гѣхъ поръ, пока послѣднему не пришло бы въ голову заплатить Г. Сею нѣсколько сестерцій, чтобы этотъ погасилъ свое требованіе—совершивъ, напр., актъ assertilatio. Только тогда судья былъ бы въ состояніи на вопросъ „si paret“ дать отрицательный отвѣтъ. Незомнѣнно однако, что преторъ былъ далекъ отъ господствующаго нынѣ ученія и что онъ предупреждалъ возможность такого ненормальнаго положенія дѣлъ, включая въ формулу exceptio rei judicatae.

Если мы всмотримся ближе въ нашъ настоящій случай, то мы найдемъ здѣсь точно такія же отношенія, какія мы видѣли въ предыдущихъ параграфахъ. Какъ тамъ—т. е. при искахъ съ субъективной перестановкой,—condemnatio отвѣтчика ставится въ зависимость отъ существованія обязательства между третьими лицами, такъ же точно и здѣсь: condemnatio въ пользу vonorum possessor'a обусловлена существованіемъ обязательства между отвѣтчикомъ и цивильнымъ heres. Правда, эта зависимость выражена въ formula ficticia иначе,—

но отъ такого или иного способа выраженія не можетъ измѣниться существо дѣла.

Что оба случая очень близко соприкасаются другъ съ другомъ,— это показываетъ еще и слѣдующее обстоятельство. Гай всегда ставитъ рядомъ *bonorum possessor'a* и *bonorum emptor'a*; и этотъ послѣдній „*ficto se herede agit*“ (IV. 35); „*sed interdum*, прибавляетъ Гай непосредственно вслѣдъ за этимъ, *et alio modo agere solet. nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam*“, т. е. онъ ищетъ иногда и посредствомъ формулы съ перестановкой субъектовъ. Т. обр. обѣ формулы стоятъ рядомъ для осуществленія одного и того же правоотношенія. Первая — т. е. *formula ficticia* или т. наз. *formula Serviana*—лучше всего, конечно, годилась для случая конкурса падъ наслѣдствомъ, оставшимся безъ послѣдниковъ, а вторая—*formula Rutiliana*—могла быть примѣняема во всѣхъ остальныхъ случаяхъ; но правоотношенія, защищаемыя той и другой формулой, въ обонхъ случаяхъ тѣ же самыя.

Мы упоминали выше (§ 1), что уже Беккеръ (въ „*Aktionen*“) обращалъ вниманіе на такое взаимное родство между формулами съ перестановкой субъектовъ съ одной стороны и *formulae ficticiae*—съ другой. Онъ указалъ именно, что всѣ формулы съ перестановкой субъектовъ могли бы съ тѣмъ же самымъ эффектомъ быть выражены при помощи финиціи „*si A' A' L. Titius или G. Seius esset*“. Параллельное существованіе двухъ формулъ—*Serviana* и *Rutiliana*—для иска *bonorum emptor'a* вполне подтверждаетъ это замѣчаніе Беккера. Различіе обѣихъ этихъ исковыхъ категорій между собой есть только различіе въ способѣ редакціи формулъ, а не въ какой либо внутренней природѣ самыхъ исковъ.

Изъ предыдущихъ параграфовъ мы знаемъ, что *formula Rutiliana*, какъ формула съ перестановкой субъектовъ, была не въ силахъ погасить „*dare facere oportere*“ несостоятельнаго, котораго имущество подверглось продажѣ; что всѣ послѣдующіе иски, опирающіеся на это *dare facere oportere*, могли быть обезсилены только посредствомъ *exceptio rei judicatae*. Могло-ли быть иначе при *formula Serviana*? Въ пользу этого мы не имѣемъ ни малѣйшей опоры въ источникахъ: Гай ни однимъ словомъ не намекаетъ на возможность какого либо различія въ практическихъ послѣдствіяхъ пользованія той или другой формулой; если бы подобное различіе дѣйствительно имѣло мѣсто, то Гай безъ сомнѣнія упомянулъ бы о немъ; ирипомнимъ

только ту крайнюю заботливость, съ которой онъ въ другихъ мѣстахъ всегда отмѣчаетъ, погашается ли обязательство *ipso jure* или *propter exceptionem*.

Конечно, не всѣ *actiones ficticiae* имѣютъ совсѣмъ такую же природу, какъ только что разсмотрѣнные иски *bonorum possessorum* и *bonorum emptorum*. Эти послѣдніе иски предполагаютъ всегда—хотя и между третьими лицами существующее—но все-таки дѣйствительно существующее *dare facere oportere*. Но, кромѣ нихъ, есть другая группа *actiones ficticiae*, при которыхъ не переносится только дѣйствіе уже существующаго *dare facere oportere* на другія лица, а вообще такое *dare facere oportere* еще должно быть фиктивно,—напр. при искахъ съ фикціей: „*si civis esset*“, „*si capite deminutus non esset*“ и т. д. Здѣсь цивильнаго правоотношенія не существуетъ вовсе; оно или вовсе не возникло (напр. въ случаѣ фикціи „*si civis esset*“) или уже прекратилось (напр. въ случаѣ фикціи „*si capite deminutus non esset*“).

Это различіе однако можетъ имѣть только то значеніе, что фикціи перваго рода могли бы безъ всякаго ущерба для иска быть выражены при помощи престановки субъектовъ, фикціи же втораго рода къ такой замѣнѣ были неспособны. Во всемъ же остальномъ никакихъ различій не существуетъ. И формулы первой группы суть въ такой же мѣрѣ *formulae ficticiae*, какъ и остальные; онѣ образуютъ только болѣе тѣсный кругъ фикцій, имѣющей упомянутую особенность, и представляютъ т. обр. соединительное звѣно между формулами съ фикціей и формулами съ перестановкой субъектовъ.

Что *omnes actiones ficticiae sunt actiones in factum*—и именно потому, что онѣ суть *ficticiae*,—это, какъ мы видѣли выше (§ 1), доказывалъ многократно еще Demelius. Онъ вполне вѣрно охарактеризовалъ въ смыслѣ господствующей теоріи отношеніе между *actiones ficticiae* и *actiones in factum*: фикція есть только средство избѣжать перечисленія отдѣльныхъ фактовъ. Мы получаемъ т. обр. цѣль различныхъ концепцій формулъ, причемъ одніе изъ нихъ незамѣтно переходятъ въ другія: концепція съ перечисленіемъ отдѣльныхъ фактовъ тамъ, гдѣ это возможно и удобно, переходитъ въ концепцію съ фикціей, а эта послѣдняя при извѣстныхъ условіяхъ замѣняется т. н. перестановкой субъектовъ. Послѣдняго, впрочемъ, Demelius совершенно не понялъ, такъ какъ онъ относитъ *actiones* съ

перестановкой субъектов къ *actiones in jus*. Еслибы онъ съ той же самой логикой пошелъ далѣе, то онъ безъ сомнѣнiя и относительно этой послѣдней категорiи исковъ пришелъ бы къ тѣмъ же самымъ результатамъ, къ какимъ онъ пришелъ, анализируя иски съ фикцией. — Другою непослѣдовательностью въ теорiи Демелiуса является, какъ мы видѣли выше (§ 1), его утверждение, что *actiones ficticiae*, хотя въ существѣ и суть *actiones in factum*, но для вопроса о процессуальной *consumtio* онѣ должны разсматриваться, какъ *actiones in jus*, и что слѣдовательно эта *consumtio* при нихъ должна совершаться *ipso iure*. Сказанное выше въ достаточной степени обнаруживаесть, что это апriorное предположенiе Демелiуса совершенно ошибочно.

Мы могли бы взять еще нѣсколько другихъ примѣровъ изъ категорiи *actiones ficticiae* и, анализируя положенiе судьи, показать, что процессуальная *consumtio* вездѣ при нихъ могла совершаться не иначе, какъ только посредствомъ *executio rei iudicatae*,—и такимъ путемъ мы могли бы прийти къ выводу, что дѣйствительно всѣ *actiones ficticiae* суть *actiones in factum*. Къ счастью этотъ обходной путь, который былъ необходимъ для насъ по отношенiю къ искамъ съ перестановкой субъектовъ, здѣсь дѣлается излишнимъ: мы имѣемъ прямое свидѣтельство источниковъ, фактъ, который для господствующаго ученiя является необъяснимымъ, но который вполне подтверждаетъ нашу теорiю. Этотъ фактъ состоитъ въ слѣдующемъ.

Какъ извѣстно, въ томъ случаѣ, если кто-либо отказывается представить *cautio damni infecti*, преторъ даетъ противъ упорствующаго *missio in possessionem*; если же это лицо продолжаетъ и далѣе упорствовать и не допускаетъ истца ко владѣнiю угрожающимъ зданiемъ, то преторъ обѣщаетъ дать противъ него искъ.

*fr. 7 pr. D. de damno inf. 39. 2. (Ulpianus). Praetor ait ...in eum, qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit, indicium dabo, ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit quae mea est, cautum fuisset.*

Общанный здѣсь искъ обозначается римскими юристами, какъ *actio in factum*. Ср. напр.:

*fr. 15 § 36 eod. (Ulpianus). Si quis ex hoc edicto a praetore in possessionem missus non est admissus, in factum actione uti poterit, ut tan-*

tum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re cautum fuisset <sup>1)</sup>).

Формула этого иска передала намъ вполне въ *lex Rubria* cap. 20, хотя, конечно, съ известными модификаціями, которыя были необходимы для провинціальной юрисдикціи. Формула эта гласитъ такъ:

„Iudex esto. Si antequam id iudicium... factum est, Q. Licinius damni infecti eo nomine... ea stipulatione quam is, qui Romae inter peregrinos ius dicet in albo propositam habet, L. Seio satisfecisset (repromisisset), tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat HS eius iudex Q. Licinium L. Seio, si ex decreto II viri, IV viri praefective Mutinensis, quod eius is II vir, IV vir praefectusve ex lege Rubria, sive id plebiscitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine q. d. r. a. L. Seio damni infecti satisfacere (remittere) noluit, condemnato. s. n. p. a.“ <sup>2)</sup>

Мы имѣемъ т. обр. настоящую formula ficticia (съ фикціей данной cautio) съ типичной—по господствующему ученію—intentio juris civilis на quidquid dare facere oporteret ex fide bona. Какъ же согласить этотъ характеръ формулы съ обозначеніемъ иска, какъ actio in factum?

Прежде всего можно усумниться, дѣйствительно-ли обозначаемый такъ искъ тождественъ съ тѣмъ, формула котораго передана намъ въ *lex Rubria* <sup>3)</sup>. Но это сомнѣніе—уже само по себѣ слабое—опровергается прямо слѣдующимъ мѣстомъ источниковъ, мѣстомъ, которое къ тому же относится непосредственно къ провинціальной юрисдикціи:

*fr. 4 §2 D. damni. inf. 39. 2 (Ulpianus)*. An tamen is, qui non admittit, etiam pignoribus a magistratibus coerceatur? non puto, sed in factum actione tenebitur: nam et si a praetore missus non admittatur, eadem actione utendum est.

Здѣсь во-первыхъ искъ, формула котораго находится въ *lex Rubria*, названъ прямо actio in factum, а во-вторыхъ этотъ искъ отождествляется съ искою, который даетъ самъ преторъ. Да и кромѣ

<sup>1)</sup> Ср. еще fr. 17 § 3 eod. (Ulpianus), fr. 18 § 13 и § 15 eod. (Paulus), fr. 4 § 2 D. ne vis fiat 43. 4 (Ulpianus).

<sup>2)</sup> Подчеркнутыя слова составляютъ скелетъ формулы.

<sup>3)</sup> Такъ напр. *Bekker*. Aktionen. II. S. 110. Anm. 9.

этого, римскіе юристы, разсматривая эту *actio in factum*, неоднократно заявляютъ, что *intentio* этого иска идетъ на „*ut tantum praestetur ei, quantum praestari ei oporteret, si de ea re tantum fuisset*“, а эти слова могутъ указывать только на *formula ficticia*.—И дѣйствительно господствующее ученіе признаетъ для этого иска *conscriptio ficticia* въ томъ видѣ, какъ она передана въ *lex Rubria*<sup>1)</sup>. Но какъ же объясняетъ тогда господствующее ученіе обозначеніе иска, какъ *actio in factum*?

Первую попытку такого объясненія мы находимъ у *Huschke*<sup>2)</sup>. Толкуя формулу, данную въ *lex Rubria*, онъ останавливается на словахъ „*quicquid... dare facere oporteret*“—и говоритъ: можемъ-ли мы эти слова считать за *intentio* формулы, а самую формулу на этомъ основаніи за *actio utilis*? Ни то, ни другое: формула вполне *in factum* *conscripta*, какъ ее дѣйствительно и называютъ неоднократно римскіе юристы. Чтобы не впасть въ заблужденіе, нужно имѣть въ виду, что собственную *intentio* (т. е. то, отъ чего зависить *condemnatio*) составляютъ здѣсь стояція передъ *condemnatio* или, вѣрнѣе, вполненія въ нее слова „*si ex decreto... repromittere noluit*“, и эта *intentio* есть *intentio facti*. Все же предыдущее до словъ „*eius iudex*“.. имѣетъ только цѣлью указать судѣ, на какую сумму онъ долженъ приговорить отвѣтника“.—Тоже самое повторяетъ и *Bethmann-Hollweg*, говоря, что фактическое утвержденіе истца—т. е. въ нашей формулѣ „*si ex decreto... repromittere noluit*“—есть „дѣйствительная *intentio* преторской *actio utilis*“.

Однако при ближайшемъ анализѣ это объясненіе оказывается несостоятельнымъ. По мнѣнію *Huschke*, слова „*quidquid... dare facere oporteret*“ являются не условіемъ *condemnatio*, а предназначены лишь для опредѣленія суммы приговора. Но возьмемъ, напр., формулу: „*Ea res agatur, quod A° A° de N° N° incertum stipulatus est; quidquid ob eam rem N°m N°m A° A° dare facere oportet, condemna*“ etc. И относительно этой формулы съ такимъ же правомъ можно было бы утверждать, что собственную *intentio*—т. е. то, отъ чего зависить *condemnatio*,—составляютъ въ ней не слова „*quidquid dare*

---

<sup>1)</sup> Ср. *Keller*. *Civilprocess*. § 31. Note 344, *Bethmann-Hollweg*. *Civilprocess*. II. S. 735. Note 42, *Lencl. Edictum*. S. 300.

<sup>2)</sup> *Gaius*. *Beiträge zur Kritik* и т. д. 1835. S. 226—227, ср. S. 238.

facere oportet“, а фактъ stipulatio; эти же послѣднія слова имѣютъ своею задачей только указать судьѣ, насколько онъ долженъ обвинить отвѣтчика.—Но далѣе, эти слова въ формулѣ legis Rubriae имѣютъ гораздо болѣе глубокое значеніе, чѣмъ значеніе простаго опредѣленія суммы прѣговора; отъ нихъ зависитъ не только вопросъ, насколько судья долженъ обвинить отвѣтчика, но и вопросъ о томъ. долженъ-ли онъ вообще обвинить его. Если бы нынѣшній отвѣтчикъ послѣдовалъ приказанію претора и далъ cautio damni infecti,—то теперь (послѣ наступленія дѣйствительнаго вреда для истца) онъ отвѣчалъ бы далеко не безусловно. Судья долженъ былъ бы принять во вниманіе еще нѣкоторыя другія обстоятельства, напр. разрушилось-ли угрожавшее вредомъ зданіе дѣйствительно вслѣдствіе пороковъ мѣста, матеріала или постройки (vitio loci, aedium, operis), а не вслѣдствіе собственной вины истца. Всѣ эти обстоятельства implicate и заключаются въ словахъ формулы „quidquid... dare facere oportet“, а вслѣдствіе этого эти слова дѣлаются настоящимъ условіемъ condemnatio. Преторъ, обѣщая на случай отказа въ cautio дать actio ficticia, имѣлъ въ виду поставить только истца въ такое же положеніе, въ какомъ онъ находился бы, если бы cautio была дана. Слѣдовательно и здѣсь должны быть приняты во вниманіе указанныя только что обстоятельства; condemnatio зависитъ не только отъ факта „si ex decreto...repromittere noluit“, но и отъ всѣхъ тѣхъ фактовъ, которые implicate содержатся въ словахъ „quidquid... dare facere oportet“. И здѣсь, слѣдовательно, эти слова имѣютъ значеніе условія condemnatio, и здѣсь они должны быть разсматриваемы, какъ intentio,—подобно тому, какъ и во всѣхъ другихъ формулахъ, гдѣ они встрѣчаются.

И дѣйствительно позднѣйшіе изслѣдователи отказываются отъ объясненія, предложеннаго Huschke. Такъ напр., *Krüger* <sup>1)</sup> признаетъ, что слова „quidquid и т. д.“ дѣйствительно образуютъ intentio нашей формулы; вопросъ же, почему искъ называется actio in factum, *Krüger* хочетъ разрѣшить иначе. „Если, говоритъ онъ, нашъ искъ называется Ульпаномъ actio in factum, то это просто необычное употребленіе послѣдняго термина („es ist.. ein ungewöhnlicher Sprachgebrauch“...), объясняющееся тѣмъ, что этотъ искъ въ то же время

---

<sup>1)</sup> Processual. Consumtion § 7. Ann. 11.

ставятся еще въ зависимость отъ факта отказа дать *cautio* и недопущенія *missio*. То же самое основаніе вызываетъ обозначеніе *actiones praescriptis verbis*, какъ *actiones in factum*<sup>4)</sup>. По тому же поводу въ своей рецензіи на книгу Bethmann-Hollweg'a<sup>1)</sup> Krüger выражается такъ: „Здѣсь говорится объ *actio in factum* только въ несобственномъ смыслѣ („*nur in uneigentlichem Sinne*“) и именно вслѣдствіе того, что въ формулѣ его есть масса *кляузулъ*, отсылающихъ судью къ чисто фактическимъ отношеніямъ. Кому это объясненіе покажется сомнительнымъ, тотъ пусть только вспомнитъ *actiones praescriptis verbis*, которыя также называются *actiones in factum* — очевидно однако не въ смыслѣ обыкновеннаго различія между *actiones in jus* и *in factum conceptae*, такъ какъ эти иски имѣютъ безъ всякой фикціи *intentio* на „*quidquid dare facere oportet ex fide bona*“ и потому называются *civiles*“.

Но само собою разумѣется, что ссылка на „необычное употребленіе термина“ Ульпіаномъ (кромѣ Ульпіана, такъ же „необычно“ говорить и Павелъ—*ср. fr. 18 § 13 и § 15 D. h. t.*) не есть еще удовлетворительное объясненіе; это есть скорѣе признаніе въ невозможности найти таковое. Что это обозначеніе иска не есть нѣчто необычное, а напротивъ нѣчто необходимое, свидѣтельствуетъ уже то обстоятельство, что юристы особенно отгнѣняютъ это качество иска, какъ *actio in factum*: „*actio ista, quae in factum est*“—говоритъ напр. *fr. 17 § 3 D. h. t.*—Далѣе, ссылка на *actiones praescriptis verbis* такъ же дѣлу не помогаетъ. Относительно обозначенія этихъ исковъ, какъ *actiones in factum civiles*, мы будемъ говорить въ слѣдующемъ параграфѣ; здѣсь же замѣтимъ только слѣдующее. Даже по господствующему ученію такое названіе этихъ исковъ вызвано тѣмъ обстоятельствомъ, что они не имѣли въ преторскомъ эдиктѣ постоянныхъ, разъ навсегда установленныхъ формулъ, и что ихъ формулы образовывались каждый разъ заново сообразно потребностямъ и условіямъ конкретнаго случая. Этой причины мы какъ разъ не имѣемъ при нашей *actio ficticia*: формула этого иска была выставлена разъ навсегда въ эдиктѣ.

Безъ сомнѣнія, господствующая теорія будетъ напрасно стараться найти удовлетворительное объясненіе для этого безспорнаго

---

<sup>1)</sup> Zeitschr. f. RG. VII. S. 218.

факта. Для господствующей теории этот факт будет всегда оставаться загадкой—подобно всемъ тѣмъ прочимъ загадкамъ, съ которыми мы встрѣчались въ каждомъ изъ предыдущихъ параграфовъ <sup>1)</sup>).

---

<sup>1)</sup> *Erman* (*Servus vicarius*, p. 505) не желаетъ все-таки этого признавать. „Quant à la désignation comme action in factum de l'action fictive en oportere de chef de *damnum infectum*, nous devons nous résigner à y voir une singularité, qui n'est cependant pas inexplicable“. И въ примѣчаніи поясняетъ: ...il y a dans cette formule un élément de fait important et prépondérant (si *damni infecti repromittere noluit*). Aussi n'est-ce pas étonnant si, probablement après des doutes et des hésitations, les juristes sont arrivés à la ranger dans les formules in factum conceptae... Voir à peu près dans le même sens *Huschke*..., *Krüger*..., *B.-Hollweg*..., *Bekker*“. — Но, во-первыхъ, цитированные авторомъ ученые, какъ видно изъ изложеннаго выше, высказывались далеко не „dans le même sens“; между мнѣніями *Huschke* и *Krüger*'а существуетъ громадная разница. Объясненіе *Erman*'а есть объясненіе, данное *Krüger*'омъ и совершенно несогласное съ объясненіемъ *Huschke*. Во-вторыхъ, *Krüger* для доказательства своего объясненія настойчиво ссылается на аналогію съ *actiones praescriptis verbis*, которыя называются въ источникахъ *actiones in factum civiles*. Отнять возможность такой аналогіи—значитъ лишить данное имъ объясненіе всякой вѣроятности. Слѣдующій параграфъ имѣетъ цѣлью доказать именно, что названіе „*actio in factum civilis*“ есть *contradictio in adjecto*, немислимая въ устахъ классическихъ юристовъ. *Erman* (въ своей рецензіи — *Centralblatt f. RW.*) это послѣднее признаетъ моею доказаннымъ. Послѣ этого мы не понимаемъ, какимъ образомъ онъ можетъ удерживать прежнее *Krüger*'овское объясненіе!

## § 5.

### III. „Actiones in factum civiles“.

#### (praescriptis verbis).

Господствующее учение. — Fr. 5 § 2 D. de pr. v. (19. 5) и fr. 7 § 2 D. de pact. (2. 14): выражение „actio in factum civilis“ заключаетъ въ себѣ *contradictio in adjecto*.—Двойное воззрѣніе классическихъ юристовъ на т. н. безымянные контракты.—Объединительная тенденція компиляторовъ.—Интерполляція „*id est praescriptis verbis*“.—Интерполляція слова „civilis“ и возникнувшіе отсюда абсурды.—Fr. 1 § 1 и § 2 и fr. 17 § 2 D. de pr. v.—Заключение.

---

На основаніи предыдущаго изслѣдованія мы пришли къ тому заключенію, что *ось преторскіе иски—безъ различія ихъ формулы—суть actiones in factum*. Но, говоритъ господствующее учение, есть еще другая категорія *actiones in factum*—именно *actiones in factum civiles*. Savigny, который, какъ мы видѣли, въ принципѣ признавалъ, что различіе между *actiones in jus* и *in factum conceptae* совпадаетъ съ различіемъ между *actiones civiles* и *actiones praetoriae*, прибавляетъ затѣмъ: „Изъ указаннаго совпаденія *actio in factum* съ *formula in factum concepta* должно быть сдѣлано одно рѣшительное исключеніе. Изъ контрактовъ, которые въ новѣйшей литературѣ принято называть безымянными, возникаютъ безспорно гражданскіе иски, но эти иски носятъ въ источникахъ общее названіе *actio praescriptis verbis* и *actio in factum civilis*... Названіе *in factum* объясняется находящимся въ ихъ формулѣ подробнымъ изложеніемъ фактовъ, что приближало этотъ родъ исковъ къ *formulae in factum conceptae*, особенно къ тѣмъ изъ нихъ, которыя не имѣли въ единствѣ разъ навсегда

готового образца, а должны были составлятьсѣ заново сообразно потребностямъ конкретнаго случая“<sup>1)</sup>. Это объясненіе, данное Savigny, было воспринято безъ измѣненія господствующимъ ученіемъ и повторяется всякій разъ, какъ только возникаетъ вопросъ объ *actiones praescriptis verbis* или *in factum civiles*<sup>2)</sup>.

Господствующее ученіе, какъ мы видимъ, для объясненія названія „*in factum civilis*“ принуждено мѣнять свою точку зрѣнія: оно переноситъ центръ тяжести съ *intentio* формулы на то, что стоитъ передъ *intentio*. А между тѣмъ было бы гораздо лучше провѣрить сначала самое это названіе и убѣдиться, дѣйствительно-ли нужна такая перемѣна точекъ зрѣнія, дѣйствительно-ли существуетъ то явленіе, для котораго мы ищемъ объясненія.

Что касается источниковъ, то мы должны прежде всего установить тотъ незамѣченный господствующимъ ученіемъ фактъ, что во всемъ *Corpus Juris* есть только три (открыты даже два) фрагмента, въ которыхъ содержится названіе „*actio in factum civilis*“. Это именно fr. 1 § 1 и § 2 и fr. 5 § 2 D. de pr. verb. 19. 5. Какъ видимъ, всѣ они находятся въ томъ же титулѣ и слѣдуютъ почти непосредственно другъ за другомъ. Но затѣмъ это названіе совершенно исчезаетъ изъ *Corpus Juris*. Въ настоящее время всѣмъ признано, что титулъ „*de praescriptis verbis et in factum actionibus*“ былъ предметомъ особенно интензивной работы со стороны юстиниановскихъ компиляторовъ,—и современные изслѣдователи потратили не мало усилій, чтобы отдѣлать въ немъ сѣмена отъ плевеловъ. Но странное дѣло: никто изъ нихъ не рискнулъ коснуться названія „*actio in factum civilis*“; объясненіе, данное Савиньи, казалось такимъ красивымъ, что имъ было зачаровано даже критическое мышленіе. А между тѣмъ достаточно только одного внимательнаго взгляда, чтобы убѣдиться, что то явленіе, которое мы такъ хорошо объясняемъ, въ дѣйствительности не есть что-либо реальное.

Одно изъ мѣстъ, гдѣ мы находимъ названіе „*actio in factum civilis*“, есть fr. 5 § 2. D. de pr. v. 19. 5. (*Paulus*). ...sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres et manumi-

---

<sup>1)</sup> *Savigny. System. V. 96—97.*

<sup>2)</sup> Ср. напр. *Keller. Civilprocess. § 42, Bekker. Aktionen. II. 140—141* (ср. выше § 1).

sisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans, *in factum civilem*.

По этому извѣстію Павла Юліанъ въ приводимомъ случаѣ давалъ *actio in factum civilis*, т. е. цивильный искъ съ *intentio* на „*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*“. Мнѣніе Юліана принимается, повидимому, и самъ Павелъ. Между тѣмъ въ заключительномъ параграфѣ того же 5-го фрагмента Павломъ дается слѣдующее рѣшеніе нашего случая:

§ 5. „...et in proposita quaestione idem dici potest et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest meam servum habere quem manumisi. an deducendum est, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari“.

Относительно этого рѣшенія совершенно справедливо замѣчают Gradenwitz <sup>1)</sup>, что оно страннымъ образомъ противорѣчитъ всѣмъ предыдущимъ тенденціямъ фрагмента и совершенно не оправдываетъ нашихъ ожиданій отъ *actio civilis*. „Содержаніемъ этого иска, говоритъ Gradenwitz, оказывается не положительный интересъ исполненія, а интересъ отрицательный — возстановленіе истца въ прежнее положеніе“. Изъ этого Gradenwitz дѣлаетъ выводъ, что *actio in factum civilis* или *praescriptis verbis*, о которой говорится въ этомъ фрагментѣ, есть не что иное, какъ простая *condictio incerti*: „поэтому, заключаетъ онъ, истецъ получаетъ здѣсь посредствомъ т. н. *actio praescriptis verbis* не болѣе того, что онъ получилъ бы по правиламъ о *condictio*“.

Последнее заключеніе Gradenwitz'a кажется намъ однако непонятнымъ. Какимъ образомъ къ нашему случаю („*dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est*“) могутъ быть приложимы принципы *condictio*? *Condictio* идетъ всегда на возвращеніе обогащенія, а не на отрицательный интересъ. Но что же здѣсь перешло изъ имущества лица, отпустившаго своего раба на волю, въ имущество его контрагента? Во всякомъ случаѣ не отпущенный на волю рабъ, — а по этому рѣшенію должна быть возмѣщена именно цѣна этого раба!

О какомъ искѣ думаетъ Юліанъ, а за нимъ и Павелъ, давалъ свое рѣшеніе, на это опредѣленно отвѣчаетъ другое мѣсто источниковъ:

---

<sup>1)</sup> Interpolationen. S 134 f

*fr. 7 § 2 D. de pactis 2. 14 (Ulpianus). Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συναλλαγμᾶ esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συναλλαγμᾶ dicit, unde haec nascitur actio.*

Мы видимъ, что здѣсь дѣло идетъ о томъ же случаѣ („dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus“), и что онъ вызываетъ разногласіе между юристами Юліаномъ и Мавриціаномъ. Въ чемъ же заключается это разногласіе? Безспорно въ томъ, что первый считаетъ здѣсь возможнымъ только преторскій искъ—actio in factum, а второй—цивильный искъ съ intentio на quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona. Если бы Юліанъ имѣлъ въ виду какой либо цивильный искъ—въ родѣ того, какимъ представляетъ себѣ господствующее ученіе actio in factum civilis,—то этотъ искъ могъ быть также только actio incerti съ intentio на „quidquid etc“. Съ другой стороны и actio civilis incerti Мавриціана мыслима только въ видѣ иска, intentio котораго предшествуетъ demonstratio или praescriptio,—слѣд. также въ видѣ actio in factum civilis господствующаго ученія. Въ обоихъ случаяхъ никакого спора между юристами не могло бы быть. Если же мнѣнія ихъ противоположаются другъ другу, то очевидно, что Юліанъ думалъ при этомъ о преторскомъ искѣ съ его обычной condemnatio на quanti ea res est.

Этой condemnatio вполне соответствуетъ и рѣшеніе нашего случая, данное Павломъ въ fr. 5 § 5 de pr. v.; только при такой condemnatio возможенъ приговоръ на отрицательный интересъ.

Если т. обр. въ fr. 7 § 2 de pactis подъ actio in factum просто разумѣется преторскій искъ съ condemnatio на quanti ea res est и если этотъ искъ выставляется, какъ нѣчто противоположное actio civilis,—то соединеніе „actio in factum civilis“ оказывается contradictio in adjecto, безсмыслицей, совершенно невозможной въ устахъ классическаго юриста. Если же такая contradictio дѣйстви-

тельно встрѣчается въ fr. 5 § 2 de pr. v., то мы можемъ объяснить это только работой компиляторовъ, которые послѣ слова „in factum“ вставили слово „civilis“.

Эта интерполіція въ fr. 5 § 2 de pr. v. была впрочемъ признаваема еще со временъ Куація <sup>1)</sup>, и было бы излишне приводить всѣ эти доказательства еще разъ, еслибы въ установленныхъ фактахъ мы не находили важныхъ указаній, при помощи которыхъ мы можемъ попытъ надлежащимъ образомъ всю работу компиляторовъ въ области т. н. *actiones praescriptis verbis*.

Какъ мы усматриваемъ изъ fr. 7 § 2 de pactis, возрѣнія римскихъ классическихъ юристовъ на случаи т. н. безымянныхъ контрактовъ дѣлились <sup>2)</sup>. Одни изъ нихъ уже признавали въ случаяхъ этого рода договоръ — *συνάλλαγμα*, производящій цивильное обязательство между контрагентами. Другіе же стояли на противоположной точкѣ зрѣнія: для нихъ здѣсь не было еще никакого обязательнаго договора, а былъ лишь простой фактъ, изъ котораго для одной изъ участвующихъ въ немъ сторонъ произошелъ вредъ. Такъ какъ изъ простаго факта не могло возникнуть цивильное *date facere oportere*, то въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это казалось справедливымъ, потерпѣвшему могъ помочь только преторъ посредствомъ *actio in factum*. Основаніе для отвѣтственности втораго контрагента заключается—по этому возрѣнію—не въ его обѣщаніи исполнить что-либо, а въ томъ, что онъ причинилъ другому своимъ поведеніемъ убытокъ. Его субъективное отношеніе къ этому убытку можетъ при извѣстныхъ условіяхъ получить особо острый характеръ, характеръ обмана (мошенничества), который создаетъ тогда противъ него *actio doli*. Въ силу этого совершенно понятно, что Юліанъ говоритъ: „*si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem, si ignorans, in factum*“.

Различіе въ юридической квалификаціи безымянныхъ контрактовъ влекло за собой и важныя практическія различія въ послѣдствіяхъ. Съ точки зрѣнія тѣхъ юристовъ, которые признавали здѣсь договоръ — *συνάλλαγμα*, — для контрагента возникаетъ обязанность исполнить договоръ и съ своей стороны—подобно тому, какъ онъ

---

<sup>1)</sup> *Pernice. Paterga* III. S. 255. Anm. 4.

<sup>2)</sup> *Pernice. Ibid.* S. 248 ff.

уже исполненъ съ другой,—или же уплатить интересъ этого исполненія—т. е. т. наз. положительный договорный интересъ. Если мы возьмемъ нашъ примѣръ, то обязанность противной стороны будетъ идти на цѣнность эвннцированного Стиха или на интересъ, чтобы онъ не былъ эвннцированъ. Иначе стоитъ дѣло съ точки зрѣнія другой теоріи. Убытокъ того контрагента, который исполнилъ договоръ съ своей стороны, заключается въ томъ, что онъ, полагаясь на слово противника, отпустилъ на волю своего раба — Памфила; если теперь ему долженъ быть возмѣщенъ его убытокъ, то на обязанность противника должна быть возложена прежде всего уплата цѣнности этого Памфила, а также возмѣщеніе интереса, чтобы онъ не былъ отпущенъ на волю. Если въ первомъ случаѣ обязанность контрагента идетъ на интересъ „*Stichum habere*“, то во второмъ она идетъ на интересъ „*Pamphilum amissum non esse*“. Само собою разумѣется, что размѣры интереса въ обонхъ случаяхъ могутъ быть далеко неравны между собой. Данный напр. рабъ Стихъ могъ оказаться менѣе стоящимъ, чѣмъ отпущенный на волю Памфилъ; истецъ предпочелъ бы получить теперь цѣну этого послѣдняго,—но съ точки зрѣнія первой (договорной) теоріи онъ этого не можетъ и долженъ удовольствоваться цѣною Стиха. Съ другой стороны по второй теоріи истецъ всегда можетъ требовать цѣнность Памфила, хотя бы онъ, быть можетъ, предпочелъ (по условіямъ конкретнаго случая) получить цѣнность Стиха.

Искъ, которые даются контрагентамъ для этихъ цѣлей, суть: съ точки зрѣнія теоріи договора—*actio civilis incerti* (id est praescriptis verbis, добавляетъ fr. 7 § 2 cit.; интерполированы-ли и здѣсь эти слова, какъ и въ другихъ мѣстахъ,—остается открытымъ); съ точки зрѣнія теоріи причисленія убытковъ—преторскій искъ—*actio in factum*.

Рядомъ съ этими обонми средствами въ распоряженіи контрагента, исполнившаго свою обязанность, находится конечно еще и *condictio incerti*—цивильный искъ съ intentio на „*quidquid dare facere oportet*“, но безъ добавки „*ex fide bona*“, чѣмъ этотъ послѣдній искъ и отличается отъ упомянутой *actio civilis incerti*. Но-первыхъ—*condictio* была не всегда возможна, какъ это мы напри-мѣръ видимъ въ нашемъ случаѣ, а во-вторыхъ и тамъ, гдѣ она сама по себѣ была допустима, она часто была недостаточна для того, чтобы покрыть весь интересъ итца (какъ положительный, такъ и

отрицательный): она шла всегда только на возвращеніе переданной валюты. Вслѣдствіе этого оба упомянутые иска—*actio civilis incerti* и *actio in factum*—имѣли и при ней полное право на существованіе.

Вокругъ указанныхъ двухъ теченій въ вопросѣ о т. н. безымянныхъ контрактахъ группировались всѣ классическіе юристы. Какъ распредѣлялись они при этомъ, какіе изъ нихъ принадлежали къ тому направленію, какіе къ другому.—знать это было бы далеко не безразлично—даже для пониманія источниковъ; но раскрытіе этого въ высшей степени затруднено для насъ благодаря работѣ Юстиніановскихъ компиляторовъ, которая, какъ сказано, была особенно интензивна именно въ этой области. Ниже будутъ указаны примѣры, гдѣ они вкладывали въ уста того или другаго юриста нѣчто прямо противоположное тому, что онъ въ дѣйствительности говорилъ. Для насъ, впрочемъ, достаточно того факта, что въ нашемъ вопросѣ существовало указанное разногласіе между классическими юристами.

Можно утверждать съ достовѣрностью, что изъ этихъ двухъ направленій то, которое въ случаяхъ т. наз. безымянныхъ контрактовъ признавало уже договоръ, моложе другаго, рассматривавшаго эти случаи только съ точки зрѣнія причиненія вреда. Это можно заключать уже изъ цитированнаго fr. 7 § 2 de pactis, гдѣ договорная точка зрѣнія сводится къ *Aristo* и трактуется, какъ нѣкоторое повшество. Но и независимо отъ этого, сравнительно позднее появленіе договорной точки зрѣнія понятно само собой: признаніе исковаго договора въ соглашеніяхъ нашей категоріи есть несомнѣнный шагъ впередъ по сравненію съ точкой зрѣнія на нихъ, какъ на простой фактъ причиненія вреда. Можно было поэтому заранѣе предсказать, что договорной теоріи въ области безымянныхъ контрактовъ будетъ принадлежать будущее. Къ сожалѣнію мы теперь, повидимому, не въ состояніи прослѣдить дальнѣйшее развитіе вопроса и установить, какъ обстояло дѣло ко времени компиляторовъ: вѣроятно однако, что къ этому времени—по крайней мѣрѣ *въ практикѣ*—было достигнуто уже известное единеніе.

Какъ бы то ни было, но когда компиляторы приступили къ своей работѣ—создать нѣкую дѣйствующую въ будущемъ кодексъ—и обратились съ этой цѣлью къ сочиненіямъ классическихъ юристовъ, то они нашли тамъ указанное разногласіе. И вотъ для нихъ *возникла задача—это разногласіе уничтожить: они должны были выбрать ту*

или другую точку зрѣнія разъ нассѣда и, остановившись на какойнибудь изъ нихъ, провести ее послѣдовательно во всѣхъ рѣшеніяхъ.

Если мы будемъ имѣть въ виду эту предстоящую компиляторамъ задачу, то намъ станетъ во-первыхъ понятной особенно усиленная работа ихъ въ этой области, а во-вторыхъ будутъ объяснены и отдѣльные эпизоды этой работы.

Какъ мы уже видѣли, въ fr. 7 § 2 de pactis къ выраженію „actio civilis incerti“ сдѣлана добавка „*id est praescriptis verbis*“. Возьмемъ теперь для сравненія напр. fr. 13 § 1. D de pr. v. (Ulpianus): здѣсь разсматриваются различные договоры, принадлежащіе къ категоріи contractus innominati, и въ заключеніе сообщается мнѣніе Юліана: „in factum putat actionem Julianus dandam, id est praescriptis verbis“.—Мы видимъ т. обр., что одна и таже добавка присоединяется къ совершенно различнымъ — по мысли классическихъ юристовъ — искамъ. Если мы не захотимъ предположить въ компиляторахъ полное отсутствіе пониманія (что было бы и невѣрно: ниже мы будемъ видѣть примѣры ихъ сознательной дѣятельности), то въ этой характерной одинаковости добавкѣ мы должны усмотрѣть именно *объединительную тенденцію ихъ*. Присоединяя одно и то же поясненіе „*id est praescriptis verbis*“ къ совершенно различнымъ въ классическую эпоху искамъ, компиляторы изъявляютъ свою волю, чтобы эти искъ—actio civilis incerti и actio in factum—составляли впредь одно и то же. Конечно, способъ, который они выбрали для этой цѣли — простое присоединеніе „*id est praescriptis verbis*“ — кажется для насъ уже слишкомъ простымъ, но вѣдь и вообще отношеніе компиляторовъ къ своимъ источникамъ не можетъ быть названо утонченнымъ и деликатнымъ.

Изъ этой же добавки вытекаетъ еще и нѣчто большее: изъ нея мы можемъ заключать о томъ, *о какомъ направленіи компиляторы рѣшили слагать найденное ими разнорѣчіе юристовъ*.

Если выраженіе „actio praescriptis verbis“ немислимо для языка классическихъ юристовъ<sup>1)</sup>, то они во всякомъ случаѣ знали „*praescriptis verbis agere*“. Какой же искъ подразумѣвался ими подъ этимъ выраженіемъ?

---

<sup>1)</sup> См. объ этомъ Grademitz. Interpolationen. S. 124.

Можно уже а priori съ увѣренностью утверждать, что здѣсь разумѣлся гражданскій искъ съ intentio на quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona и съ предшествовавшей этой intentio болѣе или менѣе подробной demonstratio или praescriptio. Только для обозначенія такого иска было уместно выраженіе „praescriptis verbis agere“, такъ оно индивидуализировало этотъ искъ среди другихъ исковъ съ той же intentio (т. е. actio emti-venditi, locati-conducti и т. д.). И дѣйствительно на основаніи нѣкоторыхъ—по всей видимости—неискаженныхъ мѣстъ мы можемъ заключать, что „praescriptis verbis agere“ равно „civilis incerti actio“. Такъ напр.

*fr. 8 D. de pr. v. (in f.) Papinianus...* dixi, tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, *praescriptis verbis incerti et hic agi posse*, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur.

*fr. 7 D. eod. Idem.* Si tibi decem dederо, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim *agam praescriptis verbis*, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest, ut decem reddas.

Въ послѣднемъ фрагментѣ идетъ, конечно, рѣчь о договорномъ интересѣ, о положительномъ интересѣ исполненія, и т. обр. дѣйствительно оказывается, что „praescriptis verbis agere“ и „intentione civili incerti agere“ одно и то же<sup>2)</sup>.

Если компиляторы употребляютъ „id est praescriptis verbis“ съ цѣлью объединенія мнѣній, то очевидно отсюда, что они сами стали на точку зрѣнія той теоріи, которая признавала въ этихъ случаяхъ наличность договора и допускала гражданскій искъ о положительномъ интересѣ. Вѣроятно, что эта точка зрѣнія была имъ подсказана уже установившейся къ этому времени практикой: 200—300 лѣтъ не могли пройти безслѣдно для практики нашего вопроса.

То же самое средство для той же цѣли, т. е. простое присоединеніе „id est praescriptis verbis“, компиляторы употребляютъ еще въ нѣсколькихъ мѣстахъ титула de praescriptis verbis et in factum actionibus—ср. fr. 22 (Gaius: „in factum dandum est iudicium, id

---

<sup>2)</sup> Ср. еще fr. 13 § 2 D. commodat. 13. 6 (Pomponius), fr. 50 D. contr. emt. 18. 1. (Ulpianus-Labeo).

est pr. v.“), fr. 24 (Africanus, т. е. какъ известно, Iulianus: „quare tutius est praescriptis verbis in factum actionem dari“).

Эта же тенденція компиляторовъ вызвала и вставку слова „civilis“ въ fr. 5 § 2 de pr. v.: это былъ второй способъ объединенія—и притомъ такой же грубый, какъ и „id est praescriptis verbis“. Компиляторамъ казалось достаточнымъ присоединить это слово, чтобы превратить искъ въ его прямую противоположность. Они не замѣтили при этомъ, что вслѣдствіе подобной добавки это мѣсто попало въ противорѣчіе съ другими показанными источниковъ, не замѣтили даже того, что данное нѣсколькими строками ниже рѣшеніе случая не соответствуетъ этой добавкѣ. Но это еще не все: они не замѣтили, что вслѣдствіе этой добавки юристу вкладывается въ уста и вводится въ дѣйствующее право нѣчто съ юридической точки зрѣнія невозможное.

Si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum *civilem*.

Въ такой передѣлкѣ положеніе это должно было т. обр. по волѣ компиляторовъ стать дѣйствующимъ правомъ. Разсмотримъ его однако ближе. Actio de dolo идетъ, какъ известно, на возмѣщеніе вреда, слѣдовательно въ нашемъ примѣрѣ на интересъ „Pamphilum amissum non esse“. Actio in factum civilis должно напротивъ—но мысли компиляторовъ—идти на договорный интересъ т. е. на интересъ „Stichum habere“. Легко представить себѣ случаи, когда второй интересъ будетъ выше перваго; даже болѣе того—въ огромномъ большинствѣ случаевъ (при нормальномъ положеніи дѣлъ) такъ будетъ всегда, ибо я соглашусь отпустить на волю своего раба обыкновенно только подъ тѣмъ условіемъ, если мнѣ дадутъ другаго, и притомъ нѣсколько болѣе цѣннаго раба; напр. за раба стоимостью въ 100 я буду требовать себѣ другаго цѣнностью въ 120. Если теперь данный мнѣ рабъ эвандированъ, то я подпадаю подъ созданное компиляторами правило,—и что же выходитъ? Контрагентъ, дѣйствовавшій dolo (т. е. знавшій, что онъ даетъ мнѣ чужаго раба), отвѣчаетъ только на 100, а контрагентъ невинный—ignorans—на 120! Очевидно—юридическій абсурдъ, невозможный ни для юридическаго мышленія, ни для практическаго чувства классическихъ юристовъ. При дѣйствіи этого правила судъ представлялъ бы изъ себя сцену непонятной для здраваго человѣческаго смысла взаимной уступчивости

сторонъ: истецъ увѣрялъ бы, что его противникъ очень честный и добросовѣстный человекъ, межъ тѣмъ какъ отвѣтчикъ старался бы выставить себя злоумышленнымъ, чуть не мошенникомъ!

Тотъ же самый абсурдъ появляется по крайней мѣрѣ еще разъ, причемъ компиляторы дѣйствуютъ уже не такъ просто и наивно, какъ въ fr. 5 § 2; дѣло идетъ уже не о простой вставкѣ слова „civilis“, а полной переработкѣ цѣлаго предложенія въ его противоположность.

*fr. 15 D. de pr. v. (Ulpianus).* Solent, qui noverunt ser- vos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet conditionem. quod si solum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. *et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.*

Что въ этомъ мѣстѣ выраженіе „id est praescriptis verbis“ интерполировано—едва-ли можно сомнѣваться; но даже если мы устранимъ эту вставку, то мы все-таки будемъ имѣть тотъ же абсурдъ, что и въ fr. 5 § 2. Во-первыхъ, если мы признаемъ, что соглашеніе, о которомъ идетъ рѣчь, „habet in se negotium aliquod“ и что вслѣдствіе этого „civilis actio oriri potest“,—тогда actio doli совершенно излишне, какъ при всѣхъ другихъ negotia: при куплѣ—продажѣ, commodatum и т. д. Во-вторыхъ, если Ульпіанъ для того случая, когда dominus servi дѣйствовалъ dolo, даетъ actio doli, а для другихъ случаевъ civilis actio,—то мы сталкиваемся съ той же странной юридической непоследовательностью: собственникъ долезнай обязанъ возмѣстить контрагенту только его издержки (на поиски и т. д.), а собственникъ добросовѣстный долженъ напротивъ уплатить обѣщанную за розыскъ сумму, которая конечно обыкновенно выше издержекъ. Вѣроятно Ульпіанъ говорилъ какъ разъ наоборотъ: „ex nudo pacto actionem non oriri“, что и заставило компиляторовъ аргументировать въ противоположномъ смыслѣ: „et quidem conventio ista

non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri“ etc.; но, выставивъ это общее положеніе (что договорнаго иска здѣсь быть не можетъ), юристъ дѣлалъ затѣмъ само собою понятное исключеніе для случая *dolus*, гдѣ возникала *actio doli*.

Уже сама по себѣ серьезная вѣроятность этого предположенія подтверждается еще слѣдующимъ соображеніемъ. Если бы тотъ, кто обѣщаль указать бѣжавшаго раба, исполнилъ дѣйствительно свое обѣщаніе, то мы имѣли бы реальный договоръ по формулѣ „*facio ut des*“: онъ исполнилъ съ тѣмъ, чтобы ему было нѣчто дано. Сравнимъ теперь:

*fr. 5 § 3 D. de pr. v. (Paulus). Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur,*

и мы найдемъ наше предположеніе осуществившимся.

Намъ остается еще разсмотрѣть начало титула *de praescr. verbis*, гдѣ выраженіе „*actio in factum civilis*“ встрѣчается два раза.

*fr. 1 (Papinianus l. 8<sup>o</sup> quaestionum). Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. sed ne res exemplis egeat, paucis agam. — § 1. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. — § 2. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio,*

*fr. 2 (Celsus): (nam cum deficient vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est),*

*fr. 3 (Julianus): in quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.*

Общее достоинство этихъ вводныхъ мѣстъ оцѣнилъ совершенно вѣрно уже *Pernice*<sup>1)</sup>: „Die ersten vier Fragmente, говорятъ онъ, sind nicht bloss zusammengestückt, um eine Einleitung zu gewinnen., sondern

---

<sup>1)</sup> *Parerga*. III. S. 253.

sie sind auch in der bestimmten Absicht ineinandergeschoben und interpolirt, um die drei Ausdrücke a. in factum, praescriptis verbis agere und a. in factum civilis gleichbedeutend erscheinen zu lassen<sup>4</sup>. И дѣйствительно, въ началѣ идетъ рѣчь объ actio in factum, въ концѣ—о praescriptis verbis agere, а посрединѣ въ роли моста между обоими появляется actio in factum civilis. Так. обр. то объединительное намѣреніе компиляторовъ, которое мы до сихъ поръ наблюдали въ отдѣльныхъ мѣстахъ титула, выражается вполне ясно уже въ сфабрикованномъ ими введеніи. Компиляторы приступаютъ при этомъ тотчасъ же къ работѣ, создавая въ видѣ моста между обѣими противоположностями actio in factum civilis, выраженіе, которое самому Папиніану безспорно показалось бы за contradictio in adjecto.

Послѣ всего сказаннаго мы обратимъ здѣсь вниманіе въ частности только на слѣдующее.

*Во-первыхъ:* въ fr. 1 § 2 говорится объ actio civilis; послѣ заключенныхъ въ скобки словъ Цельза (fr. 2) слѣдуетъ (fr. 3) истолкованіе этой actio in factum civilis совершенно въ смыслѣ компиляторовъ,—и это истолкованіе приписывается Юліану, тому самому Юліану, которому это выраженіе (a. in f. civilis) вложено въ уста въ fr. 5 § 2 и который несомнѣнно держался иного взгляда!

*Во-вторыхъ:* въ томъ случаѣ, который разбирается въ fr. 1 § 2. Папиніанъ будто-бы давалъ actio in factum civilis. Источникомъ этого фрагмента компиляторы указываютъ 8-ю книгу его quaestiones. Сравнимъ теперь

*fr. 17 § 2 cod. tit. (Ulpianus): Papinianus libro octavo quaestionum scripsit: si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere.*

Очевидно, что случай, о которомъ здѣсь идетъ рѣчь, тотъ же, что и въ fr. 1 § 2: въ этомъ мѣстѣ разсматривается только species случая, взятаго вообще въ fr. 1 § 2<sup>1</sup>). Искъ, который допускается здѣсь, есть будто бы actio praescriptis verbis. Что это названіе иска интер-

---

<sup>1</sup>) Ср. fr. 10 § 1 D. commod. 13. 6 (Ulpianus). „Si rem inspectori dedi... et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere“...

полировано, не подлежит сомнінію <sup>1)</sup>). Какой же однако искъ дѣйствительно имѣлъ въ виду Папиньянъ? Что-либо въ родѣ *actio in factum civilis*, какъ это приписывается ему въ fr. 1 § 2?

Если бы Папиньянъ имѣлъ въ виду дѣйствительно *цивилиный* искъ, то этотъ искъ могъ бы быть только искомъ изъ договора о его исполненіи. Согласно же рѣшенію fr. 17 § 2 этотъ договорный искъ долженъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ (*ita demum*), если передавшій вещь не знаетъ, что вещь находится у его контрагента. Если это ему извѣстно, тогда онъ долженъ обращаться къ другимъ искамъ — къ *actio furti*, *condictio*, *actio ad exhibendum*, *actio* же *praescriptis verbis* или *in factum civilis* тогда не допускается.

Но подумаемъ внимательнѣе надъ этимъ рѣшеніемъ. Если здѣсь признается договоръ и возникающій изъ него обязательственный искъ, то не является ли странной аномаліей то обстоятельство, что на этотъ договоръ нельзя сослаться и договорнымъ искомъ нельзя воспользоваться въ томъ случаѣ, если передавшій контрагентъ знаетъ, что вещь находится у другаго контрагента?! Находимъ ли мы хоть что нибудь подобное при всѣхъ другихъ договорахъ — напр. при *commodatum*, при *depositum* и т. д.? Коммодантъ или депонентъ можетъ всегда предъявить *actio commodati* или *depositi* независимо отъ того, знаетъ-ли онъ или не знаетъ, гдѣ находится переданная имъ вещь. Если ему извѣстно, что вещь находится въ рукахъ контрагента, то онъ можетъ, конечно, предъявить и другіе иски — а. *furti*, *condictio*, а. *ad exhibendum*, но можетъ также предъявить и искъ изъ контракта. Всѣ эти иски стоятъ для него навѣсѣ; напротивъ *actio praescriptis verbis*, упоминаемая въ fr. 17 § 2, или — согласно fr. 1 § 2 — *actio in factum civilis* должна имѣть только значеніе субсидіарное!

Если въ fr. 17 § 2 слова „*praescriptis verbis actio*“ должны быть зачеркнуты, то они должны быть замѣнены (для восстановленія истиннаго текста Папиньяна) не словами „*actio in factum civilis*“ (какъ бы то слѣдовало на основаніи fr. 1 § 2), а словами „*actio in factum*“ просто; въ обоихъ случаяхъ (можетъ быть даже, что это

---

<sup>1)</sup> См. *Gradenwitz*, *Interpolationen*, S. 136 — 137. Gradenwitz впрочемъ идетъ уже, по нашему мнѣнію, слишкомъ далеко, считая весь этотъ кусокъ fr. 17 § 2 за вставку.

одна и таже цитата изъ 8-й книги Папиньяновскихъ *quaestiones*, только два раза компиляторами искаженная) юристъ имѣть въ виду *преторскую actio in factum*. Если мы это примемъ, тогда субсидиарность иска объяснится сама собой: къ экстраординарному, зависящему исключительно отъ усмотрѣнія претора средству лицо заинтересованное должно прибѣгать только тогда, если оказываются недостаточными средства обыкновенныя. Если мы примемъ это, то мы достигнемъ полного согласія и съ

*fr. 23 D. eod. tit. (Alfenus)*. Duo secundum Tiberim cum ambularent, aller eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione <sup>1)</sup>.

Т. обр. въ концѣ концовъ оказывается, что компиляторы и въ *fr. 1 § 2* къ упоминавшемуся тамъ иже *actio in factum* прибавили предикать „civilis“ такъ же точно, какъ они сдѣлали это въ *fr. 5 § 2*; а затѣмъ въ *fr. 17 § 2* вмѣсто *actio in factum* они вставили *actio praescriptis verbis*, что по ихъ мнѣнію тождественно съ *actio in factum civilis*.

---

<sup>1)</sup> Подобный случай разсматриваетъ тотъ же Папиньянъ въ *fr. 8 D. eod. Si dominus servum, cum furto argueretur, quaestionis habendae causa aestimatum dedisset neque de eo compertum fuisset et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse...* Подъ этимъ общимъ выраженіемъ „civiliter agi posse“ Папиньянъ очевидно разумѣетъ тѣ же *actio furti, condictio, actio ad exhibendum*. Ср. къ этому *fr. 15 D. de cond. causa data 12. 4 (Pomponius)*. Cum servus tuus in suspicionem furti Attio venisset, dedisti eum in quaestionem sub ea causa, ut, si id repertum in eo non esset, redderetur tibi: is eum tradidit praefecto vigilum quasi in facinore deprehensum: praefectus vigilum eum summo supplicio adfecit. ages cum Attio dare eum tibi oportere, quia et ante mortem dare tibi eum oportuerit. Labeo ait posse etiam ad exhibendum agi, quoniam fecerit quominus exhiberet. Sed Proculus dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem, quo casu ad exhibendum agere te non posse: sed si tuus mansisset, etiam furti te acturum cum eo, quia realiena ita sit usus, ut sciret se invito domino uti aut dominum si sciret prohibiturum esse.—И здѣсь идетъ рѣчь о тѣхъ же трехъ искахъ, но вовсе не упоминается объ искѣ изъ договора. Если же Папиньянъ во второй половинѣ *fr. 8 cit.* дѣйствительно говорить объ *actio civilis incerti, o praescriptis verbis agere*, — то и самый случай уже иной: дѣло идетъ уже не о возвращеніи раба, а о платежѣ условенной aestimatio; эту же послѣднюю истецъ можетъ конечно требовать только на основаніи состоявшагося между контрагентами соглашенія.

Вмѣстѣ съ этимъ пезезаетъ послѣдняя опора въ источникахъ для существованія какихъ-то „actiones in factum civilis“. Взглядъ, котораго придерживается господствующее ученіе, есть т. обр. взглядъ компиляторовъ, а не классическихъ юристовъ. Для этихъ послѣднихъ actio in factum есть всегда преторскій искъ, противоположность actio civilis; присоединить къ обозначенію „actio in factum“ добавку „civilis“ для нихъ такъ же невозможно, какъ невозможно сказать, что какой либо предметъ въ одно и тоже время и черенъ и бѣлъ.

---

## § 6

### Случаи т. н. двойныхъ формулъ.

Отношеніе этихъ случаевъ къ нашему вопросу. — Вопросъ о происхожденіи этой двойственности въ литературѣ. — Выводъ: мы имѣемъ здѣсь не двойственность формулъ только, а двойственность самихъ исковъ. — Историческое соотношеніе этихъ исковъ (гипотеза Wlassak'a и ея подтвержденіе).

---

Сдѣланному нами въ предыдущихъ параграфахъ выводу противорѣчатъ повидимому еще нѣкоторые факты,—и мы считаемъ необходимымъ коснуться ихъ здѣсь для устраненія возможныхъ сомнѣній и недоразумѣній.

Первымъ изъ такихъ фактовъ является то обстоятельство, что для нѣкоторыхъ случаевъ мы имѣемъ *двоюкую формулу*—одну *in jus*, другую *in factum concepta*. „Sed ex quibusdam causis, говоритъ Гай (IV. 47), praetor et in jus et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati“. Повидимому изъ этого факта можно сдѣлать только одно заключеніе: разъ изъ одного и того же правоотношенія возникаетъ искъ въ двойной формулировкѣ, то очевидно, что это различіе—*in jus* и *in factum*—касается только редакціи формулы и не имѣетъ никакого матеріальнаго основанія<sup>1)</sup>. — Разсмотримъ однако этотъ фактъ ближе.

Съ тѣхъ поръ какъ стало извѣстно приведенное свидѣтельство Гая, вопросъ о двойныхъ формулахъ для *actio depositi* и *commodati*

---

<sup>1)</sup> Въ этомъ смыслѣ и дѣлается дѣйствительно возраженіе противъ моей теоріи *Erman*'омъ: см. *Servus vicarius*. p. 505 прим.

немало занималъ ученыхъ XIX столѣтія, причѣмъ объясненія требовали главнымъ образомъ два слѣдующіе пункта: а) есть-ли какія либо матеріальныя различія между *actio in jus* и *actio in factum* въ этихъ случаяхъ, кромѣ чисто формальнаго различія въ редакціи формулы? — б) въ силу какихъ причинъ возникла здѣсь эта двойственность?

Мнѣнія ученыхъ по этимъ вопросамъ могутъ быть сведены къ трѣмъ главнымъ группамъ.

а) Первая группа хочетъ объяснить двойственность тѣмъ предположеніемъ, что изъ двухъ формулъ только одна была *formula arbitraria*, т. е. имѣла своею цѣлью натуральную *restitutio* вещи, межъ тѣмъ какъ другая шла просто на денежный интересъ депонента или коммоданта. Но въ вопросѣ о томъ, какал же именно изъ формулъ имѣла арбитражный характеръ, эта теорія распадается на два періода. Первое время арбитражной считали формулу *in factum*. Такъ уже *Keller* въ своей „*Litiscontestation und Urtheil*“ говоритъ: кто хотѣлъ требовать отданную на сохраненіе или въ пользованіе вещь *in natura* и желалъ воспользоваться съ этою цѣлью судебскимъ принужденіемъ, тотъ употреблялъ формулу *in factum*<sup>1)</sup>. Мнѣніе Келлера было воспринято *Hasse*<sup>2)</sup> и нѣкоторыми другими<sup>3)</sup>. — Со времени *Huschke*<sup>4)</sup> однако начинается крутой поворотъ. Этотъ послѣдній ученый буквы *NI* въ приведенной Гаемъ формулѣ *depositi in jus concepta* объяснилъ, какъ „*nisi restituat*“, и высказалъ обратное предположеніе: арбитражный характеръ имѣла только *formula in jus concepta*, а не *formula in factum*; слова этой послѣдней „*eamque dolo malo redditam non esse*“ имѣютъ въ виду *restitutio* вещи до *litiscontestatio*, а отнюдь не во время процесса.—Мнѣніе *Huschke* принимается и подробнѣе развиваетъ *Thon*<sup>5)</sup>. Отношеніе между обѣими формулами онъ излагаетъ слѣдующимъ образомъ: „*Die Formula in jus concepta war arbitraria und bezweckte zunächst Rückgabe der betreffenden Sache selbst; doch konnte sie nur dann mit Recht erhoben werden, wenn der Schuldner noch im Besitze der Sache war oder*

<sup>1)</sup> *Keller*. *Litiscont. u. Urtheil*. S. 357. Anm. 3.

<sup>2)</sup> *Rhein. Museum für Jurispr.* Bd. VI. S. 33 f.

<sup>3)</sup> *Zimmern*. *Röm. Civilprocess*. S. 212.

<sup>4)</sup> *Studien des röm. Rechts*. (1830). S. 316.—*Gaius*. S. 237. Anm. 113.

<sup>5)</sup> *Zeitschr. f. RG.* Bd. II. (1863). S. 288—304.

ihren Nichtbesitz arglistig verschuldet hatte. Ergänzend dazu war vom Prätor die formula in factum concepta gegeben worden, die weder arbitraria noch auf Rückgabe der Sache gerichtet war, sondern lediglich das Interesse des Gläubigers gegen dolose Handlungen des Schuldners zu schützen bezweckte, wegen deren die civile Klage nicht zustand<sup>1)</sup>.—Мнѣніе, что только formula in jus concepta была arbitraria, раздѣляетъ и *Eisele*<sup>2)</sup>, но матеріальное отношеніе между обѣими формулами онъ представляетъ уже иначе: при разрѣшеніи вопроса о выборѣ формулы преторъ руководился не желаніемъ истца, а поведеніемъ отвѣтчика in iure; если послѣдній отрицалъ самый фактъ depositum или commodatum, то преторъ давалъ формулу in factum, въ противномъ же случаѣ—формулу in jus<sup>3)</sup>.

Однако аргументы этой группы ученыхъ оказались недостаточно всѣскимп, чтобы склонить на свою сторону communis opinio doctorum: господствующее мнѣніе считаетъ обѣ формулы въ одинаковой мѣрѣ арбитражными и отказывается найти какую нибудь разницу между ними съ этой стороны<sup>4)</sup>. И по нашему мнѣнію—совершенно справедливо: еслибы существовало какое либо изъ указанныхъ различій во время Гаия и его современниковъ, то оно было бы безъ сомнѣнія отмѣчено или самимъ Гаемъ или какимъ либо другимъ юристомъ классическаго періода; указаній же этого рода мы нигдѣ не находимъ.

b) Другая группа ученыхъ, опираясь на тотъ фактъ, что actio depositi и commodati въ видѣ formula in factum concepta была доступна и для *fili familias* (ср. fr. 13, fr. 9 D. de O. et A. 44. 7), полагаетъ, что именно этотъ мотивъ (т. е. желаніе сдѣлать эти искл доступными и для подвластныхъ сыновей) и послужилъ причиною установленія рядомъ съ formula in jus concepta еще и formula in factum. Эта мысль впервые была высказана *Savigny*, а затѣмъ она повторяется *Bethmann-Hollweg*'омъ и нѣкоторыми другими<sup>5)</sup>.

---

<sup>1)</sup> I. cit. S. 300—301.

<sup>2)</sup> Die materielle Grundlage der Exceptio (1871). S. 130—144.

<sup>3)</sup> I. cit. Стр. 136.

<sup>4)</sup> Ср. напр. *Savigny*. System. § 206. S. 86, *Bethmann-Hollweg*. Der röm. Civil process. II. § 96. S. 324, *Rudorff*. Römische Rechtsgeschichte. II. S. 152. Anm. 35 *Keller*. Der röm. Civilprocess. S. 162. Anm. 365. *Bekker*. Die Aktionen I. S. 310—311

<sup>5)</sup> *Savigny*. System. S. 84, *B.-Hollweg*. Civilpr. II. S. 323, *Rudorff*. R. Rechts gesch. II. S. 172.—*Thon*'у это мнѣніе казалось господствующимъ (I. cit. S. 231).

Но и эта мысль не могла удовлетворить всѣхъ: мотивъ введенія формулы *in factum*, предполагаемый этой группой, казался слишкомъ незначительнымъ. Скоро съ разныхъ сторонъ было замѣчено, что такая же потребность для *fili familias* въ самостоятельныхъ псахъ чувствовалась въ не меньшей степени и при всѣхъ остальныхъ правоотношеніяхъ: почему же одною мы не имѣемъ двойныхъ формулъ для *actio ex emto, ex locato-conducto* и т. д.? Да и кромѣ того, чтобы сдѣлать всякій псѣ доступнымъ для *filius familias*, въ рукахъ претора находилось болѣе легкое и болѣе удобное средство—именно включеніе въ существующую уже формулу *in jus concepta* флексіи „*si suae potestatis esset*“. Въ созданіи же совершенно новой формулы для этой цѣли не было никакой необходимости <sup>1)</sup>.

с) Наконецъ третья группа разсматриваетъ двойственность формулъ при *depositum* и *commodatum*, какъ остатокъ какого-то историческаго процесса въ развитіи этихъ контрактовъ. По общему мнѣнію этой группы, *actio depositi* и *commodati in factum* древнѣе, чѣмъ *actio in jus*; первый псѣ былъ созданъ преторомъ тогда, когда *depositum* и *commodatum* еще не сдѣлались исковыми правоотношеніями гражданского права (контрактами), причемъ преторъ разсматривалъ эти отношенія не съ точки зрѣнія договора, а съ точки зрѣнія простаго причиненія вреда однимъ изъ контрагентовъ другому (деликтный характеръ). Впослѣдствіи путемъ обычнаго права выработалась *actio in jus*, но *actio in factum* продолжала существовать рядомъ.

Эта мысль была намѣчена уже *Ihering*'омъ <sup>2)</sup>, *Pernice* <sup>3)</sup>, *Dernburg*'омъ <sup>4)</sup>; яскѣ она была формулирована *Brunn*'омъ <sup>5)</sup>; этотъ по-

---

<sup>1)</sup> См. *Thon* (l. cit. S. 292), *Eisler* (l. cit. S. 134), *Ubbelohde*. Zur Geschichte der benannten Realcontracte (1870). S. 29.

<sup>2)</sup> Das Schuldmoment im röm. Privatrecht. S. 31.

<sup>3)</sup> M. Antistius Labeo. S. 437.

<sup>4)</sup> Die Compensation. S. 52.

<sup>5)</sup> Zeitschr. f. RG. Bd. I „Das constitutum debiti“. S. 59: „Der formelle Standpunkt ist in beiden Fällen (т. е. при *actio depositi in jus* и *in factum*) wesentlich verschieden. Im ersten Falle ist die Verurtheilung eine Verurtheilung auf Leistung eines *dare oportet*, also auf Erfüllung einer schon bestehenden Pflicht; im zweiten wird der Beklagte direct auf das Interesse verurtheilt wegen der Thatsache „*mensam dolo redditam non esse*“. Der Standpunkt ist also im ersten Falle der einer Klage auf Erfüllung einer Pflicht, im zweiten der einer Klage auf Schadensersatz wegen einer rechtswidrigen Handlung“.

сгѣдній ученый находитъ такой же деликтный характеръ и въ *actio in factum* по поводу *constitutum debiti* и даже говорить, что такова была вообще точка зрѣнія претора на *facta* 1).—Такое объясненіе двойственности формулъ принимается далѣе *Karlowa* 2), и даже *Eisele* 3), находя указанное выше различіе между исками *in jus* и *in factum* при ихъ совмѣстномъ существованіи, въ вопросѣ о происхожденіи *actio in factum* въ концѣ концовъ склоняется къ ученію этой группы 4).

Шире всѣхъ перечисленныхъ авторовъ этой группы поставилъ вопросъ объ интересующемъ насъ явленіи *Wlassak*—въ своей работѣ, посвященной впрочемъ специально исторіи *Negotiorum gestio* 5). Исходя изъ того положенія, что относительно *negotiorum gestio* въ преторскомъ эдиктѣ находилось опредѣленіе „*judicium dabo*“ 6), *Wlassak* считаетъ несомнѣннымъ, что подъ этимъ „*judicium*“ разумѣлся итѣ-который преторскій искъ *in factum*. Всѣ *actiones in jus bonae fidei* суть продукты обычнаго цивильнаго права, въ такомъ преторскомъ общаши „*judicium dabo*“ онѣ не нуждались, и въ эдиктѣ находились только формулы ихъ. Если бы и *actio negotiorum gestorum* искони была такимъ искомъ, какимъ она является въ *Digesta*, то и она не имѣла бы въ видѣ введенія этого „*judicium dabo*“—подобно *actiones emti-venditi, locati-conducti* и т. д. Если же это введеніе мы встрѣчаемъ, то очевидно, что оно относится къ преторскому иску—къ *actio negotiorum gestorum in factum*, который предшествовалъ въ исторіи цивильной *actio negotiorum gestorum in jus* и который впоследствии былъ совершенно вытѣсненъ этимъ послѣднимъ искомъ.

---

1) *Ibid.* S. 57: „Die actiones in factum waren überall nichts anderes, als Klagen auf Interesse oder Strafe wegen eines bestimmten Factums“.

2) *Das Rechtsgeschäft.* (1877). S. 141. Anm.

3) *Excerptio.* S. 142 f.

4) Самъ *Келлеръ* въ своемъ *Civilprocess* (S. 162. Anm. 365) отказался отъ своего прежняго взгляда и значительно склоняется къ мнѣнію послѣдней группы: хотя, по мнѣнію *Келлера*, отношеніе между формулами еще не выяснено, но несомнѣнно, говоритъ онъ, *formula in f.* с. здѣсь древнѣйшая.—Издатель *Келлеровскаго* учебника (*Prof. Wach*) добавляетъ отъ себя: отмѣченный *Demburg'омъ* и *Bruno'омъ* деликтный характеръ формулы *in f.* даетъ важное указаніе для разрѣшенія загадки.

5) *Zur Geschichte der Negotiorum gestio.* Jena. 1879.

6) *Ср. fr. 3 pr. D. neg. gest. 3. 5.*

Процессъ этой замѣны *actio in factum* посредствомъ *actio in jus* Wlassak характеризуетъ, какъ процессъ перехода нормъ преторскаго права въ право гражданское: опредѣленія преторскаго эдикта мало по малу усваиваются оборотомъ, укрьпляютъ въ обычномъ правѣ настолько, что дѣлаются гражданскимъ правомъ. Этотъ процессъ, по мнѣнiю Wlassak'a, далеко не ограничивался одной только сферой *negotiorum gestio*, а представляется общимъ историческимъ явленiемъ, которое имѣло мѣсто повидимому при всѣхъ *negotia bonae fidei*—сдѣлкахъ живаго оборота и обычнаго права по преимуществу. Какъ на одинъ изъ примѣровъ подобнаго перехода, Wlassak указываетъ между прочимъ и на двойственность формулъ при *depositum* и *commodatum*: оба института — преторскаго происхожденiя; оба зацципались первоначально посредствомъ *actio in factum* съ пѣнальнымъ характеромъ, но впоследствии они были реципированы гражданскимъ правомъ, и тогда рядомъ съ *actio in factum* появился и гражданскiй искъ—*actio in jus*<sup>1)</sup>.

Обозрѣвъ т. обр. въ главныхъ чертахъ литературу занимающаго насъ вопроса, спросимъ себя, какъ же относится фактъ существованiя двойныхъ формулъ при *a. depositi* и *commodati* къ тѣмъ результатамъ, къ которымъ привело насъ предыдущее изслѣдованiе, т. е. къ выводу, что *actio in factum* есть всегда преторскiй и только преторскiй искъ, а *actio in jus* есть искъ всегда гражданскiй и только гражданскiй? По нашему мнѣнiю, уже изъ того, что изложено выше, неоспоримо явствуетъ слѣдующее.

Во-первыхъ. *Фактъ существованiя двойныхъ формулъ для некоторыхъ правоотношенiй не только не противорѣчитъ нашимъ выводамъ, но даже еще болѣе подтверждаетъ ихъ.* Что въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ не только двойственность формулъ, но и двойственность исковъ, изъ которыхъ одинъ—*in factum*—есть искъ преторскiй, а другой—*in jus*—гражданскiй,—это признавалось и раньше насъ почти всѣми учеными—и притомъ не только послѣдней группы, но и первыхъ двухъ<sup>2)</sup>. Мы сталкиваемся здѣсь не съ двойственностью въ формѣ только, а съ двойственностью въ самомъ существѣ, съ

---

<sup>1)</sup> L. cit. стр. 164—165.

<sup>2)</sup> Поэтому замѣчанiе *Бутан'а* (l. cit. стр. 505), что *Gai. IV. 47* противорѣчитъ моему системѣ, показываетъ только, что авторъ, дѣлая его, не былъ достаточно знакомъ съ литературой вопроса.

двойственностью самых материальных оснований. Одинъ и тотъ же юридическій фактъ—*depositum* или *commodatum*—разматриваются здѣсь съ двухъ различныхъ точекъ зрѣнія: для гражданского права—это есть юридическая сдѣлка, договоръ, рождающій между сторонами гражданское обязательство *bonae fidei*; для преторскаго права—это простой фактъ, рождающій для отвѣтника обязанность возмѣстить убытки истца.

*Во-вторыхъ.* Исслѣдованіе о т. н. *actiones praescriptis verbis*, данное въ предыдущемъ параграфѣ, создаетъ новую опору для мнѣнія, высказаннаго Dernburg'омъ, Bruns'омъ, Wlassak'омъ и другими. Тамъ мы могли воочию убѣдиться въ двойственности точекъ зрѣнія на т. н. безымянные контракты: преторъ видѣлъ въ нихъ только фактъ причиненія вреда однимъ изъ контрагентовъ другому,—и эта точка зрѣнія была первоначальною; она выразилась въ созданіи *actiones in factum*, идущихъ на т. н. отрицательный интересъ стороны пострадавшей. Однако развивающійся оборотъ не удовлетворяется такой постановкой правоотношеній и мало по малу приходитъ къ признанію въ этихъ случаяхъ сдѣлки, договора (*συνάλλαγμα*); лицо, вступившее въ такую сдѣлку, обязано не только возмѣстить убытки, происшедшіе для другаго контрагента отъ вступленія въ договоръ, но исполнить принятую на себя обязанность. Обычное право создаетъ *actio civilis (in jus concepta) bonae fidei*—искъ, идущій на положительный договорный интересъ. Оба иска въ классическую эпоху еще существуютъ рядомъ, какъ два конкурента, но съ теченіемъ времени (и уже вѣроятно ко времени компиляторовъ) въ практикѣ гражданскій искъ вытѣсняетъ *actio in factum*, влѣдствіе чего компиляторы и стараются изгладить его изъ цитатъ классическихъ юристовъ. Только благодаря небрежности ихъ работы мы можемъ установить фактъ существованія этого преторскаго иска; при большей тщательности съ ихъ стороны самая память о немъ была бы потеряна для насъ навсегда, какъ она быть можетъ потеряна въ области нѣкоторыхъ другихъ правоотношеній, гдѣ сглаживающую работу производили не компиляторы, а сама жизнь.

Этотъ несомнѣнный уже процессъ возникновенія т. н. *actiones praescriptis verbis* бросаетъ, по нашему мнѣнію, яркій свѣтъ и на исторію развитія *depositum* и *commodatum*,—и въ тоже время вводитъ насъ въ лабораторію того непосредственно—народнаго юридическаго творчества, которое совершалось въ Римѣ во второй поло-

винѣ республики и которому мы обязаны значительной частью системы римскихъ обязательствъ. Тотъ процессъ, который мы наблюдаемъ относительно т. н. безымянныхъ контрактовъ въ классическую эпоху еще въ состояніи его совершенія, въ состояніи незаконченности, для другихъ, болѣе частыхъ и болѣе употребительныхъ въ оборотѣ контрактовъ къ этому времени уже совершился. *Actiones civiles bonae fidei* уже созданы, а существовавшіе раньше для тѣхъ же правоотношеній преторскія *actiones in factum* испытали различную судьбу: въ однихъ случаяхъ они исчезли безслѣдно, оставивши только нѣкоторыя воспоминанія о своемъ прежнемъ существованіи (какъ напр. „*judicium dabo*“ преторскаго эдикта въ случаѣ *negotiorum gestio*); въ другихъ—они остались рядомъ съ гражданскими исками на выборъ истца—какъ при *depositum* и *commodatum*.

Въ послѣднемъ случаѣ однако преторскія *actiones in factum* подверглись, повидимому, воздѣйствію соответственныхъ гражданскихъ исковъ и въ значительной степени утратили свою первоначальную физиономію. Какъ было уже замѣчено Bruns'омъ и др. и какъ мы можемъ заключать изъ аналогіи съ *actiones in factum* при безымянныхъ контрактахъ, *actiones in factum* по поводу *depositum* и *commodatum*, какъ иски съ деликтнымъ характеромъ, исходившіе изъ идеи причиненія вреда, шли первоначально только на т. наз. отрицательный интересъ истца. Впослѣдствіи, оставаясь по идеѣ исками не изъ договора, а изъ простаго *Factum*, эти иски стали однако такъ же, какъ и соответственныя *actiones civiles*, исками о положительномъ интересѣ. Въ дошедшихъ до насъ въ *Corpus* цитатахъ классическихъ юристовъ, по крайней мѣрѣ, мы не находимъ уже никакихъ указаній на какую нибудь разницу между *formula in factum* и *in jus* съ этой стороны. Выраженіе „*quanti ea res est*“ формулы *in factum* было настолько гибко и воспріимчиво ко всякому содержанію<sup>1)</sup>, что практика легко стала толковать его въ такомъ же смыслѣ, какъ и выраженіе „*quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*“ формулы *in jus*, т. е. въ смыслѣ положительнаго договорнаго интереса.

Было бы въ высшей степени интересно и плодотворно прослѣдить процессъ этой „рецепціи“ нормъ преторскаго права правомъ

---

<sup>1)</sup> См. *Dernburg. Pandekten. Bd. II. § 44. Anm. 7.*

цивильнымъ подробнѣе и во всемъ его объемѣ. Предположеніе Wlassak'a, что подобный процессъ имѣлъ мѣсто при всѣхъ *negotia bonae fidei*, кажется намъ далеко не лишеннымъ основанія. Wlassak въ упомянутой работѣ приводитъ много явленій этого рода,—но отъ него ускользнулъ напр. весьма любопытный въ этомъ отношеніи процессъ возникновенія т. н. *actiones praescriptis verbis*.

Не беря на себя здѣсь разрѣшенія этой задачи во всей ея цѣлости, мы ограничимся только замѣчаніемъ, что принятое Wlassak'омъ выраженіе „рецензія“, по нашему мнѣнію, не вѣрно передаетъ сущность отыѣченного процесса. Мы имѣемъ здѣсь собственно не перенесеніе, не воспріятіе нормъ преторскаго права въ обычное *jus civile*, а совмѣстную работу и цивильнаго и преторскаго права надъ однимъ и тѣми же житейскими отношеніями. Потребность въ извѣстной юридической нормировкѣ того или иного отношенія одинаково сильно заставляетъ работать и самыхъ участниковъ оборота (лицъ, непосредственно заинтересованныхъ въ этихъ отношеніяхъ) и преторскую юрисдикцію. Въ первомъ направленіи эта работа ведетъ къ постепенной выработкѣ соотвѣтственнаго цивильнаго общаго права, во второмъ—она вызываетъ появленіе преторскихъ *actiones in factum*, которыя даются сначала спорадически и создаются вновь въ каждомъ конкретномъ случаѣ, а впоследствии нерѣдко приобрѣтаютъ типичный формуляръ и объявляются въ эдиктѣ. Являясь „живымъ голосомъ народнаго оборота“, преторъ естественно раньше, чѣмъ медленно развивающееся обычное право, приходитъ всегда на помощь назрѣвающей потребности, и этимъ объясняется тотъ фактъ, что во всѣхъ подобныхъ случаяхъ преторскія *actiones in factum* появляются раньше, чѣмъ соотвѣтственныя *actiones civiles*. Но эти преторскія *actiones in factum* носятъ на этой первоначальной ступени особенный специфическій характеръ: преторъ видитъ въ отношеніяхъ этого рода не договоръ сторонъ, а причиновеніе виновнымъ дѣяніемъ одного лица убытковъ другому. Задача преторскаго иска сводится поэтому къ возстановленію потерпѣвшаго контрагента только въ такое состояніе, въ какомъ онъ находился бы, еслибы не вступалъ съ невѣрнымъ контрагентомъ въ договоръ. Отсюда замѣченный уже раньше насъ деликтный характеръ этихъ исковъ и отрицательный интересъ, какъ *petitum* ихъ.

Обычное право между тѣмъ, продолжая работать въ прежнемъ направленіи и найдя себѣ принципиальную поддержку въ появив-

шейся защитѣ преторскаго права, приходитъ мало по малу къ созданію цивильныхъ исковъ *bonae fidei. Condemnatio* преторскаго иска только на отрицательный интересъ естественно не удовлетворяетъ оборотъ: по воззрѣніямъ оборота недостаточно, если лицо, вступившее въ договоръ, возмѣститъ только отрицательные убытки, причиненные договоромъ контрагенту; оно должно исполнить взятую на себя обязанность или уплатить интересъ этого исполненія (положительный договорный интересъ). Въ этой недостаточности преторскаго иска лежитъ весьма сильный стимулъ, заставляющій оборотъ работать надъ правоотношеніями далѣе, не успокаиваясь на *actio in factum*.

Но разъ созданъ цивильный искъ необходимаго качества, онъ или дѣлаетъ преторскій искъ вовсе ненужнымъ или же въ значительной степени сводитъ его на роль вспомогательнаго, второстепеннаго. Въ первомъ случаѣ *actio in factum* исчезаетъ вовсе изъ жизни и эдикта, во второмъ—оба иска продолжаютъ существовать рядомъ, причемъ, какъ замѣчено выше, преторскій искъ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ подвергается вліянію цивильнаго и модифицируется.

---

## § 7.

### Actiones in factum и actiones utiles.

Общее замѣчаніе.—Существо понятія „actio utilis“.—Соотношеніе между actio utilis и actio in factum въ области lex Aquilia.—Разрѣшеніе этого вопроса господствующимъ ученіемъ.—Доводы, на которыхъ господствующее ученіе опирается.—Факты, которые противорѣчатъ ему.—Вѣроятное положеніе вопроса въ эпоху классическихъ юристовъ и ко времени Юстиніана.—Смыслъ § 16 Inst. IV. 3.

---

Другое возраженіе, которое можетъ быть сдѣлано еще нашей теоріи, состоитъ въ слѣдующемъ: если actio in factum есть вообще преторскій искъ, то не понятно тогда встрѣчающееся въ источникахъ противоположеніе между actio in factum и actio utilis: вѣдь actio utilis, какъ искъ преторскій, должна быть также actio in factum!

Рельефнѣе всего это противоположеніе между actio in factum и actio utilis имѣетъ мѣсто при actio legis Aquiliae, и потому мы обратимъ наше главное вниманіе именно на эту область<sup>1)</sup>. Результаты, добытые здѣсь, будутъ приложимы и ко всѣмъ остальнымъ случаямъ, гдѣ это противоположеніе встрѣчается.

Посмотримъ однако прежде, какъ объясняется соотношеніе между этими исками въ современной литературѣ.

---

<sup>1)</sup> Ср. Erman. Servus vicarius p. 505 прим.: „Et comment avec la terminologie de Pokrowsky aurait-on pu établir la distinction entre les actions legis Aquiliae utiles et in factum“?

Prof. Pernice <sup>1)</sup> полагаетъ, что между *actio utilis* и *actio in factum* въ области *lex Aquilia* въ классическомъ правѣ существуетъ нѣкоторое формальное различіе: *actio utilis* въ своей формулѣ такъ или иначе опирается на слова закона, между тѣмъ какъ формула *actio in factum* составлена совершенно свободно и независимо отъ послѣдняго <sup>2)</sup>. Если одни изъ классическихкихъ юристовъ даютъ *actio utilis*, а другіе въ томъ же случаѣ—*actio in factum*, то въ этомъ заключается, по мнѣнію Pernice, различіе мнѣній, причемъ оныя склоняются видѣть здѣсь одну изъ контрroversъ между школами сабинянцевъ и прокулянцевъ <sup>3)</sup>. Въ заключеніе однако Pernice говоритъ <sup>4)</sup>: весь этотъ вопросъ имѣлъ бы болѣе чѣмъ чисто историческое значеніе, если бы *actio utilis* и *actio in factum* подлежали въ процессѣ различнымъ правиламъ, если бы напр. *actio utilis* обещивалась по началамъ *actio legis Aquiliae directa*, а *actio in factum*—по своимъ собственнымъ. Между тѣмъ подобнаго матеріальнаго различія констатировать нельзя: какъ при *actio utilis*, такъ и при *actio in factum* имѣетъ мѣсто своеобразная *condemnatio legis Aquiliae* (если только она въ конкретномъ случаѣ вообще фактически возможна); какъ при *actio utilis*, такъ и при *actio in factum* примѣняется правило „*lis infortiando crescit in duplum*“.

*Lenel* <sup>5)</sup> приходитъ къ отрицанію даже формальнаго различія между этими исками и говоритъ: „изъ того, какъ источники называютъ искъ въ каждомъ данномъ случаѣ—*actio utilis* или *actio in factum*—отнюдь нельзя заключать о *conceptio* его формулы. Не подлежитъ сомнѣнію, что юристы оба эти выраженія употребляютъ безразлично. *Actio in factum* есть не *actio in factum concepta*, а просто искъ, образованный заново въ каждомъ конкретномъ случаѣ въ противоположность *actio vulgaris* преторскаго эдикта,—а затѣмъ безразлично, будетъ ли его формула конципирована посредствомъ фикціи, посредствомъ субъективной перестановки или же посредствомъ простаго указанія фактовъ. Съ другой стороны, какъ бы ни была конципирована формула, — искъ всегда будетъ *actio utilis*, какъ искъ

---

<sup>1)</sup> Zur Lehre von den Sachbeschädigungen. (1867).

<sup>2)</sup> L. cit. стр. 161—162.

<sup>3)</sup> Ibid. стр. 154, 155, 156, 161.

<sup>4)</sup> Стр. 162—163.

<sup>5)</sup> Das Edictum perpetuum. (1883) S. 159—160.

образованный *ad exemplum legis Aquiliae*.—Но вотъ противъ этого вывода говоритъ, повидному, выраженіе, находящееся въ § 16 Inst. 4. 3: „*cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri*“. Это мѣсто Lenel хотеть устранить слѣдующимъ образомъ: „гдѣ есть *damnum corpori datum*, говоритъ онъ, тамъ при *conceptio in factum* все-таки можно было применить къ случаямъ, упоминаемымъ въ III главѣ (*legis Aquiliae*); тамъ же, гдѣ этого не было, аналогія съ *lex Aquilia* могла быть проведена только лишь въ *condemnatio* формулы. На это различіе между *actiones utiles* вѣроятно обратилъ вниманіе какой нибудь изъ классическихъ юристовъ, и отсюда составители Институцій сфабриковали свою прибавку къ *Gai. III. 219*, которая составляетъ ставящее втуникъ заключеніе § 16 Inst. 4. 3<sup>1)</sup>.

Т. обр. въ концѣ концовъ господствующее ученіе должно было установиться на слѣдующихъ выводахъ: а) между *actio utilis* и *actio in factum* въ области *lex Aquilia* нѣтъ никакого матеріальнаго различія<sup>2)</sup>: въ обоихъ случаяхъ некъ имѣть одинаковую *condemnatio*, въ обоихъ случаяхъ некъ подлежить правилу „*lis infitindo crescit in duplum*“.— б) такъ же точно нельзя найти и различія формальнаго: *actio in factum* можетъ имѣть формулу съ фикціей или съ перестановкой субъектовъ, а съ другой стороны *actio utilis* можетъ быть конципировано просто *in factum*.— в) § 16 Inst. 4. 3 въ своей заключительной части обязанъ своимъ происхожденіемъ исключительно недоразумѣнію Юстиніановскихъ компиляторовъ.

Эти выводы имѣютъ для насъ то значеніе, что наглядно показываютъ, какъ господствующее ученіе, выставивъ общимъ принципомъ, что дѣленіе некое на *actiones in jus* и *in factum conceptae* опредѣляется различіемъ въ формулахъ, при проверкѣ этого принципа еще въ одной конкретной области должно само отъ него отказаться: *actio in factum* можетъ имѣть формулу, конципированную при помощи фикціи или перестановки субъектовъ! Это признаніе господствующаго ученія въ высшей степени цѣнно для нашей теоріи; невозможность съ точки зрѣнія этого ученія установить различіе

---

<sup>1)</sup> Ibid. стр. 161.

<sup>2)</sup> Ср. вѣстаго вѣкъхъ *Windscheid. Pand. II. § 455 Anm. 3.* „ein materieller Unterschied zwischen diesen beiden Klagformeln ist nicht ersichtlich“.

между *actio utilis* и *actio in factum legis A. quiliae* является т. обр. аргументомъ не противъ насъ, а именно за насъ <sup>1)</sup>.

Но если господствующая теорія съ своей точки зрѣнія не можетъ разобраться во всѣхъ этихъ *actiones utiles* и *actiones in factum* (она даже при всѣхъ уступкахъ и натяжкахъ все-таки наталкивается на § 16 Inst. 4. 3),—то попробуемъ это сдѣлать мы съ нашей точки зрѣнія.

Первый вопросъ, который естественно здѣсь возникаетъ, есть вопросъ о томъ, *въ чемъ выражается отношеніе между actio directa и actio utilis вообще?*

Первоначально склонны были думать, что *actio utilis* есть искъ, приравненный къ *actio directa* при помощи фикціи въ *intentio* формулы <sup>2)</sup>; соотношенію между обоими исками придавался т. обр. формальный характеръ. Позже однако было признано, что центр тяжести въ этомъ соотношеніи лежитъ не въ приспособленіи формулы къ формулѣ *actio directa*, а въ равенствѣ матеріальныхъ послѣдствій обоимъ искамъ: *actio utilis* есть искъ, ведущій къ тѣмъ же самымъ матеріальнымъ результатамъ, къ какимъ ведетъ *actio directa*; истецъ при *actio utilis* долженъ получить то же, что онъ получалъ бы, еслибы имѣлъ *actio directa*; какимъ же устройствомъ формулы *actio utilis* это будетъ достигнуто,—это совершенно не имѣетъ значенія. Искъ всегда будетъ *actio utilis*, если онъ ведетъ къ тѣмъ же результатамъ, что и *actio directa*, безразлично, будетъ-ли его формула конципирована посредствомъ фикціи, посредствомъ субъективной перестановки, или же безъ этихъ средствъ путемъ простой постановки *condemnatio* соотвѣтственно *condemnatio* иска, послужившаго образцомъ <sup>3)</sup>. Эта точка зрѣнія дѣйствительно выражена вполне ясно въ источникахъ: ср. напр. *fr. 46 § 1 D. neg. gest. 3 5* (Paulus I. I sententiarum):

*Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur* <sup>4)</sup>...  
*cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.*

---

<sup>1)</sup> Поэтому приведенное выше замѣчаніе *Erman*'а обнаруживаетъ только еще разъ его незнакомство съ положеніемъ вопроса въ литературѣ.

<sup>2)</sup> Ср. *Savigny. System. V. S. 71* сл.

<sup>3)</sup> Довольно перѣшпительно еще *Bothmann-Hollweg. Civilpr. II. S. 308—309*; вполне опредѣленно *Keller. Civilpr. § 89*. — Ср. также приведенное выше мнѣніе *Lenel*'я.

<sup>4)</sup> Выпущенныя слова (*quia in extraordinariis judiciis. ubi conceptio formulatum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime.*) составляютъ несомнѣнно *interpolatio*. Ср. *B.-Hollweg. I. cit. стр. 309* пр. 26.

Являясь по отношенію къ данному иску, иску-образцу, какъ *actio utilis*, нашъ искъ въ то же самое время, *взятый безотносительно*, будетъ *actio in factum* уже въ силу своего преторскаго происхожденія, причемъ опять таки совершенно безразлично, какъ будетъ конципирована его формула. Онъ будетъ искомъ *in factum*, но только приспособленнымъ такъ, чтобы онъ могъ достигать того же матеріальнаго эффекта, что и искъ, взятый за образецъ. Поэтому характеръ *actio utilis* можетъ быть всегда выраженъ и такъ: *actio in factum ad exemplum* такого-то иска или *actio in factum* такому-то иску *accommodata*.

Имѣя это въ виду, перейдемъ къ области исковъ, примыкающихъ къ *lex Aquilia*. Вслѣдствіе чрезвычайно узкой буквы этого закона уже очень рано должна была сказаться потребность въ восполненіи его преторскими исками, и мы дѣйствительно видимъ, что въ классическую эпоху *actio l. Aquiliae directa* окружена чрезвычайно обширной сферой всевозможныхъ *actiones in factum*, *actiones utiles*, *actiones l. Aquiliae accommodatae* и т. д. — Не касаясь, послѣ всего сказаннаго, формальной стороны этихъ исковъ, рассмотримъ здѣсь лишь сторону матеріальную. Господствующее ученіе утверждаетъ единогласно, что всѣ эти иски, какъ бы они ни были названы въ источникахъ, въ матеріальномъ отношеніи образованы совершенно по образу и подобию *actio l. Aquiliae directa*, что они имѣютъ и такую же своеобразную *condemnatio* и такъ же подлежатъ правилу: *lis infitendo crescit in duplum*.

Дѣйствительно во *всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ искъ названъ utilis, accommodata и т. п.*, мы должны это предположить: подобное обозначеніе иска, какъ сказано выше, можетъ имѣть единственно только такое матеріальное значеніе. И въ источникахъ мы находимъ полное подтвержденіе этому:

*fr. 25 § 1. D. ad l. Ag. 9. 2. (Ulpianus). Si procurator aut tutor aut curator aut quis alius confiteatur (aut pupillum aut adultum) aut absentem vulnerasse, confessoria in eos utilis actio danda est.*

Формула упоминаемой здѣсь *actio utilis* образована, конечно, посредствомъ перестановки субъектовъ; искъ названъ *utilis* и на него переносится правило о *litiscrescentia* („*confessoria*“...).

*fr. 11 § 10 D. eod. (Ulpianus).* An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat: et ego puto melius *utile iudicium* ex hac causa dandum.

*fr. 12 D. eod. (Paulus)* Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usufructus meus est, danda est mihi *ad exemplum legis Aquiliae actio* in eum pro portione usufructus, *ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat*, qua nondum usufructus meus fuit.

И здѣсь искъ названъ *utile iudicium* или *actio ad exemplum l. Aquiliae* и соотвѣтственно этому обозначенію его *condemnatio* имѣетъ такую же своеобразную оцѣнку, какъ и при *actio directa*.

Т. обр. приведенныя мѣста говорятъ только объ *actiones utiles*, и, дѣлая наши выводы осторожно, мы можемъ на основаніи ихъ только относительно такъ обозначенныхъ исковъ считать доказаннымъ распространеніе матеріальныхъ правилъ *actio directa*. Но господствующее ученіе идетъ гораздо далѣе и расширяетъ этотъ выводъ *na est вообще actiones in factum*, которыя упоминаются римскими юристами бокъ-о-бокъ съ *actio legis Aquiliae*<sup>1)</sup>. Такой выводъ, повторяемъ, самъ собою еще не вытекаетъ изъ указанныхъ мѣстъ и потому нуждается въ тщательной провѣркѣ на основаніи какихъ либо другихъ данныхъ. Есть-ли такіе данныя у господствующаго ученія?

Господствующее ученіе въ оправданіе своего вывода ссылается на извѣстное мѣсто Помпонія:

*fr. 11 D. de pr. v. 19. 5.* Quia actionum non plenus numerus est et ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas formulas, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod fecit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

Однако это мѣсто значить только слѣдующее: такъ какъ существующихъ уже исковъ оказывается недостаточно, то нерѣдко чувствуется необходимость въ *actiones in factum*, причемъ преторъ иногда образуетъ эти иски аналогично тѣмъ или другимъ изъ исковъ гражданскихъ; такое уподобленіе исковъ имѣетъ, напр., мѣсто при *lex Aquilia*, гдѣ преторъ даетъ *actiones in factum legi Aquiliae accommodatas*.

---

<sup>1)</sup> Ср. *Pernice. Sachbeschädigungen.* S. 163.

Помпоній здѣсь говоритъ т. обр. только то, что среди actiones in factum есть actiones accommodatae, но это отнюдь еще не даетъ права утверждать, что всѣ actiones in factum, которыя упоминаются въ титулѣ ad legem Aquilianam, суть именно такія actiones accommodatae и подчиняются всѣмъ правиламъ этого закона.

Гораздо сильнѣе въ пользу господствующаго ученія говоритъ то обстоятельство, что въ источникахъ нерѣдко въ одномъ и томъ же случаѣ дается то actio utilis, то actio in factum.—Гай, повидимому, вообще, какъ средство для восполненія недостаточности lex Aquilia, знаетъ только actiones utiles.

*Gai. III. 219. Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, item si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet et is ascendendo vel descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte laesus sit.*

Съ другой стороны мы имѣемъ, повидимому, такое же общее выраженіе Павла:

*fr. 33 § 1 D. ad l. Aq. 9. 2. In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

Въ частности въ тѣхъ случаяхъ, о которыхъ говоритъ Гай и гдѣ онъ даетъ actio utilis, въ другихъ мѣстахъ дается actio in factum.

а) Случай „*si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit*“. Ср.

*fr. 9 § 2. D. h. t. Ulpianus l. 18 ad ed. Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.*

*fr. 29 § 7. D. h. t. Idem ibidem. Magistratus municipales si damnum iniuria dederint posse Aquilia teneri, nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est.*

Но тотъ же самый Ульпіанъ (l. 58 ad ed.) въ fr. 2 § 20 D. vi bon. rapt. 47. 8 въ томъ же случаѣ говоритъ объ „*utili lege Aquilia*“.—

б) Случай „*si quis jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur*“. Въ fr. 51 D. de furt. 47. 2 Гай также даетъ („*si praecipitata sint pecora*“) „*utilis actio damni injuriae quasi ex lege Aquilia*“, Neratius въ fr. 53 D. ad l. Aq. — „*ad exemplum legis Aquiliae in factum*

actio“.—Въ Inst. III. 202 Гаи разсматриваетъ случай „si quis nummos de manu excussit aut boves aut oves fugavit“ и говорить, что если это дѣланіе имѣло цѣлью способствовать воровству, то виновный подлежитъ actio furti; затѣмъ онъ продолжаетъ:

Sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit videbimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquilianam, quae de damno lata est, etiam culpa puniatur.

Вопросъ у Гаи остается безъ отвѣта, но въ соответственномъ мѣстѣ Юстиніановскихъ Институцій (§ 11 Inst. IV. 1) вмѣсто всей фразы Гаи, начиная отъ „videbimus, an utilis actio dari debeat“ etc.—поставлено „in factum actio dari debeat“.—Тотъ же случай разсматривается Ульпіаномъ (l. 37 ad ed.) въ fr. 50 § 4 D. de furt. 47. 2 и говорится: „Sed et si non furti faciendi causa hoc fecit non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: ideoque Labeo scribit in factum actionem dandam“.—Случай „si quis alieno servo persuaserit“ etc. трактуется еще Ульпіаномъ въ fr. 3 § 1 D. de serv. corr. 11. 3, гдѣ дается такой отвѣтъ: „si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur, si dolo malo, tenebitur“, причемъ разумѣется „actione de servo corrupto“. Павелъ же въ fr. 4 eod. говоритъ: „sed commodius est utili lege Aquilia eum teneri“.

Всѣ эти сопоставленія безспорно являются весьма сильнымъ аргументомъ въ пользу общеприпятаго нынѣ ученія и въ высокой степени способны возбудить мысль о полномъ безразличіи всѣхъ actiones utiles и in factum, упоминаемыхъ боже-о-боже съ actio legis Aquiliae. Тѣмъ не менѣе мы имѣемъ факты и другаго рода, съ которыми нельзя не считаться.

fr. 14 § 2 D. de pr. v. 19. 5. (Ulpianus). Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius scripsit neque furti, neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.

fr. 27 § 21 D. ad l. Ag. 9. 2. (Ulpianus). Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquos pervenirent, puta si in flumen vel in mare, vel in cloacam ceciderunt, quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait.

Господствующее учение считает, что искъ, имѣющій мѣсто въ случаѣхъ этого рода (забрасываніе чужой вещи въ воду), есть искъ, образованный по аналогіи съ *actio l. Aquiliae* <sup>1)</sup>. Однако въ fr. 14 § 2 cit. *actio in factum* прямо противопоставляется *actio damni injuriae*. Это противопоставленіе господствующее учение можетъ объяснить только тѣмъ, что здѣсь подь „*actio damni injuriae*“ разумѣется *actio l. Aquiliae directa*. Но тогда мы вполне запутываемся въ fr. 27 § 21 cit.: Sabinus въ подобномъ же случаѣ даетъ *actio damni injuriae*. Господствующему ученію останется только сказать, что здѣсь уже „*actio damni injuriae*“ имѣетъ болѣе широкое значеніе: подь этимъ именемъ разумѣются и всѣ аналогичныя *actiones utiles* и *in factum* <sup>2)</sup>. Но если мы согласимся съ этимъ, то что же за искъ будетъ тогда *actio in factum*, которая упоминается въ концѣ этого фрагмента и которую Sabinus даетъ потерпѣвшему рядомъ съ *actio damni injuriae*? Очевидно, этотъ искъ представляетъ нѣчто другое, чѣмъ *a. utilis l. Aquiliae* или *actio in factum l. Aquiliae accommodata*.

Возьмемъ еще къ тому же случаю—

*fr. 14 pr. D. de pr. v. Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.*

Если кто-либо, говоритъ этотъ фрагментъ, выброситъ чужія вещи въ море въ состояніи крайней необходимости, то онъ не подлежитъ никакому иску; если же такой причины не было, то подлежитъ *actio in factum*, а если при этомъ былъ еще (злостный, прямой) умыселъ, то—*actio doli*. Случай выбрасыванія чужихъ товаровъ въ море конечно равенъ случаю „*si quis calicem alienum in profundum abjecerit*“; господствующее учение поэтому и здѣсь подь *actio in factum* должно разумѣть искъ, ведущій къ тѣмъ же матеріальнымъ послѣдствіямъ, что и *actio l. Aquil. directa*. Но, если такъ, то зачѣмъ тогда въ случаѣ *dolus* нужна *actio doli*? Въдѣ *actio l. Aquiliae* имѣетъ мѣсто одинаково какъ при *culpa*, такъ и при *dolus* виновнаго. Кромѣ того, если упоминаемая здѣсь *actio in factum*—согласно господствующему ученію—подлежитъ правиламъ *legis Aquiliae* (*condemnatio* на высшую стоимость товаровъ втеченіе послѣднихъ 30 дней, правило

<sup>1)</sup> Ср. *Pernice. Sachbeschädigungen*, S. 136—157

<sup>2)</sup> Такъ именно *Pernice. ibid.* S. 147: „die actiones in factum werden unter dem Gegenstandsnamen a. damni injuriae vielfach mitbegriffen—z. B. fr. 27 § 21 D. h. t.“

lis infitiando crescit in duplum), то ответственность лица, виновнаго только in culpa, была бы по общему правилу значительно строже ответственности лица, виновнаго in dolo: actio doli идетъ вѣдь только на простой интересъ—безразлично, отрицаетъ-ли, или признаетъ отвѣтчикъ фактъ уничтоженія вещи, межъ тѣмъ какъ отвѣтчикъ по actio in factum при попыткѣ отрицать этотъ фактъ (быть можетъ даже вполне добросовѣстно) рисковалъ бы всегда подвергнуться обвиненію вдвое. Правда, долѣзному отвѣтчику грозитъ еще infamia, — но для истца-то по общему правилу было бы гораздо выгоднѣе и въ случаѣ doli отвѣтчика оставаться при actio damni injuriae in factum.

Близкое соосѣдство actio in factum съ actio doli въ этомъ мѣстѣ наводитъ напротивъ на предположеніе, что подъ первымъ именемъ разумѣется здѣсь не искъ, аналогичный actio legis Aquiliae, а самостоятельный преторскій искъ, идущій просто на возмещеніе вреда. Если мы примемъ это предположеніе, тогда всѣ затрудненія, представляемыя этимъ и предыдущимъ фрагментомъ, сами собою исчезнутъ, и схема „si sine causa (т. е. culpa) id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur“ окажется вполне понятной и вполне послѣдовательной.

Къ случаю выбрасыванія чужой вещи въ море въ источникахъ какъ извѣстно, приравнивается тотъ случай, когда кто-либо выпустаетъ чужое дикое животное на свободу.

*fr. 55 D. de a. r. d. 41. 1. Proculus..... Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimisisses et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.*

Господствующее ученіе и этотъ искъ признаетъ за actio legis Aquiliae accommodata <sup>1)</sup>. Но тотъ же самый случай, очевидно, есть и тамъ, когда кто-либо освобождаетъ чужаго связаннаго раба съ тѣмъ, чтобы онъ бѣжалъ. Какъ же рѣшаютъ этотъ случай источники? Объ этомъ говорится въ упомянувшемся уже концѣ § 16 Inst. IV. 3., но мы это мѣсто пока оставимъ въ сторонѣ въ виду того, что самая осмысленность его господствующимъ ученіемъ, какъ мы видѣли, подвергается сомнѣнію,—а возьмемъ

---

<sup>1)</sup> Pernice. *ibid.* S. 157.

*fr. 7 § 7. D. de dolo 4. 3. (Ulpianus). Item Labeo quaerit, si compeditum servum meum, ut fugeret, solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris, si misericordia in factum actionem dari debere.*

На первый взгляд может показаться, что Quintus представляет себя только двѣ возможности: если виновный дѣйствовать изъ состраданія, то онъ подлежитъ actio in factum, если же безъ этого мотива,—то actio furti. Между тѣмъ совершенно немислимо, чтобы юристъ допускалъ actio furti въ томъ случаѣ, если виновный дѣйствовалъ—хотя и dolo—но не съ корыстными цѣлями (не „ut in fures incideret“, а напр. по злобѣ—damni dandi causa): такое расширение сферы actio furti ниспровергало бы самое понятіе furtum<sup>1)</sup>. По всей вѣроятности, къ общему утвердительному отвѣту Лабеона Quintus хотѣлъ только прибавить двойное ограниченіе: при наличности animus furandi въ сторону actio furti, при наличности misericordia въ сторону ненитирующей actio in factum; для средняго же случая (dolos—damni dandi causa) остается actio doli.—Если это предположеніе вѣрно, то мы опять получимъ ту же самую схему „si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur“ (fr. 14 pr. D. de pr. v. cit.), схему, имѣющую мѣсто въ случаѣ merces или rosulum in profundum abjicere, послужившаго образцомъ и для примѣровъ, разсматриваемыхъ здѣсь. Actio in factum опять стоитъ въ непосредственной связи съ actio doli, и опять мы должны предположить въ немъ искъ на простой интересъ (ср. общезвѣстное ослабленіе actio doli до actio in factum въ fr. 11 § 1 D. de dolo. 4. 3, если отвѣтчикомъ является лицо, къ которому истецъ обязанъ уваженіемъ—„ut bonae fidei mentio fiat“).

Уже тотъ же *Fernice*, котораго мы здѣсь неоднократно цитировали, какъ представителя господствующей теоріи, въ другомъ своемъ сочиненіи (M. Antistius Labeo Bd. II. S. 110) призналъ связь actio in factum съ actio doli по отношенію къ послѣднему изъ цитированныхъ случаевъ (fr. 7 § 7 de dolo). „Вѣроятно, прибавляетъ онъ затѣмъ, есть еще и другіе случаи подобнаго рода: эта actio in

---

<sup>1)</sup> Ср. fr. 39 pr. D. de furt. 47. 2. „nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi“. Къ нашему случаю ср. еще fr. 36 pr. D. eod.

factum соприкасается очень близко съ исками ex lege Aquilia; возможно поэтому, что между исками, принадлежащими къ послѣднимъ, первоначально скрывались иски изъ dolus (Dolusklagen)“.

Сопоставленіе приведенныхъ выше мѣстъ, по нашему мнѣнію, показываетъ въ достаточной степени во-первыхъ то, что это явленіе имѣло мѣсто не только „первоначально“, а и въ эпоху классическихъ юристовъ, и во-вторыхъ то, что оно было гораздо болѣе распространеннымъ, тѣмъ это казалось Pernice. Отъ случая, упоминаемаго въ fr. 7 § 7 de dolo. неизбеженъ переходъ къ случаю fr. 55 de a. r. d.; въ этомъ послѣднемъ мѣстѣ самими источниками указывается на случай „rosulum ex nave ejicere“, и этимъ ставятся въ связь fr. 14 pr. и § 2 D. de pr. v. и fr. 27 § 21 D. ad l. Aq., а эти послѣдніе фрагменты вводятъ насъ уже въ самый центръ случаевъ, тѣсно окружающихъ actio l. Aquiliae directa, такъ что нельзя сказать, гдѣ кончается цѣпь этихъ постепенныхъ переходовъ.

Такимъ образомъ единственный выводъ, который, по нашему мнѣнію, является для насъ неизбежнымъ, заключается въ слѣдующемъ: *недостаточность lex Aquilia восполняютъ съ одной стороны иски п. ск. подынные къ этому закону и замещающіе отъ него свою condemnatio, а съ другой стороны иски независимые отъ него, подходящіе ближе къ actio doli и идущіе на простомъ „quanti ea res est“.*

Но если между исками, окружающими плотной атмосферой actio l. Aquiliae directa, есть иски различнаго характера и различнаго устройства, то естественно возникаетъ вопросъ, когда же въ источникахъ разумѣется тотъ, когда другой искъ?

Вопросъ этотъ безспорно представляетъ большія трудности, но наиболѣе вѣрными представляется намъ слѣдующее предположеніе. Иски перваго рода (т. е. аналогичные actio l. Aquiliae directa) мы имѣемъ право предполагать только тамъ, гдѣ связь съ actio l. Aquiliae указана прямо въ такой или иной формѣ — обозначеніемъ иска, какъ actio utilis ex l. Aquilia, actio in factum l. Aquiliae accommodata, actio in factum ad exemplum l. Aquiliae и т. п. Тамъ же, гдѣ говорится объ actio in factum просто, мы скорѣе должны предполагать искъ съ характеромъ втораго рода (т. е. искъ на простое „quanti ea res est“). Наконецъ въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ въ источникахъ мы встрѣчаемъ и actio utilis и actio in factum, мы имѣемъ

вѣроятно колебаніе или разногласіе юристовъ, быть можетъ даже разногласіе школъ (какъ то склоненъ предполагать Pernice), но нужно помнить, что это разногласіе касается не формальной стороны исковъ (объ этомъ римскіе классическіе юристы рѣдко спорятъ), а матеріальной, т. е. главнымъ образомъ вопроса о *condemnatio* и примѣненія правила *lis infitiando* etc.<sup>1)</sup>.

Исторически вопросъ представляется намъ въ слѣдующемъ видѣ. Чрезвычайно узкія рамки *lex Aquilia* ставили конечно практику въ большое затрудненіе: масса случаевъ не могла быть подведена подъ букву закона, и для этихъ случаевъ приходилось искать какихъ либо дополнительныхъ средствъ. Здѣсь представлялись двѣ различныя дороги, по которымъ и разошлись классическіе юристы.

*Одни изъ нихъ* полагали, что всѣ подобные случаи должны быть подводимы подъ норму *legis Aquiliae* посредствомъ *actio utilis* или *actio in factum l. Aquiliae accommodata*, не взирая на то, какимъ способомъ поврежденіе вещи причинено—непосредственнымъ-ли воздѣйствіемъ виновнаго или какъ нибудь иначе (т. обр. реквизитъ *damnum corpore datum* оставлялся безъ вниманія). Разъ есть поврежденіе или уничтоженіе вещи, то виновный долженъ отвѣчать по правиламъ *lex Aquilia*, т. е. на высшую цѣнность вещи втеченіе послѣднихъ 30 дней или послѣдняго года и съ увеличеніемъ отвѣтственности вдвое въ случаѣ отрицанія факта *in jure*.—Но юристы этой группы или, повидимому, и еще далѣе: *actio l. Aquiliae utilis* или *l. Aquiliae accommodata*—вообще *actio damni injuriae*—должна имѣть мѣсто не только тамъ, гдѣ мы имѣемъ объективное поврежденіе или уничтоженіе вещи, но и тамъ, гдѣ вещь, хотя объективно сохраняетъ свое существованіе, но потеряна для ея владѣльца,—т. е. оставляется безъ вниманія даже реквизитъ „*damnum corpori datum*“.

Этотъ взглядъ мы встрѣчаемъ, повидимому, у Гая. Въ цитированномъ выше мѣстѣ *Inst. III. 219* онъ приводитъ рядъ случаевъ,

---

<sup>1)</sup> Помимо всего вышесказаннаго, самый способъ выраженія источниковъ, по нашему мнѣнію, указываетъ на то, что въ этихъ случаяхъ имѣется въ виду различіе въ существѣ, а не въ формѣ. Ср. напр. такія выраженія, какъ „*qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur*“, „*nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum*“ (*fr. 7 § 6 D. h. t.*). Еслибы подъ *a. in factum* разумѣлась здѣсь *a. utilis l. Aquiliae*, тогда все-таки было бы „*lege Aquilia teneri*“ (хотя и *utiliter*)

гдѣ *damnum* причинено не *corpore*, а *alio modo*, и даетъ *actiones utiles* (тоже подтверждаетъ онъ и въ fr. 51 D. de furt. 47. 2, гдѣ говорится объ „*utilis actio damni injuriae quasi ex lege Aquilia*“). Въ другомъ мѣстѣ—Inst. III. 202—Гай разсматриваетъ тотъ случай, когда кто-либо вытолкнетъ монеты изъ рукъ въ море или разгонитъ скотъ, причемъ онъ будетъ потерянъ для владѣльца, и, какъ мы видѣли, ставитъ вопросъ о прижъненіи *actio utilis ex l. Aquilia* и здѣсь. Очевидно, что въ этихъ послѣднихъ случаяхъ объ объективномъ уничтоженіи вещи—*damnum corpori datum*—нѣтъ рѣчи (яко тогда не могло бы быть и вопроса). Гай оставляетъ этотъ вопросъ безъ отвѣта, но Sabinus въ fr. 27 § 21 D. h. t. cit. отвѣчаетъ на него утвердительно, считая и здѣсь возможной *actio damni injuriae*.

Другая *принципа* юристовъ ставила вопросъ иначе. *Lex Aquilia* съ ея своеобразной *condemnatio* и своеобразными правилами должна была, по ихъ мнѣнію, оставаться въ предѣлахъ, отведенныхъ самой ея буквой; для случаевъ же, лежащихъ внѣ этихъ предѣловъ, но заслуживающихъ судебной защиты, можно было искать таковую только въ дискреционной власти претора, который—*causa cognita*—могъ дать искъ о возмѣщеніи убытковъ т. е. *actio in factum* на простое „*quantum ea res est*“. Юристы этого взгляда разсматривали т. обр. всѣ эти неохваченные буквой *lex Aquilia* случаи не какъ специально *damnum corpori datum*, а какъ причиненіе убытковъ вообще, какъ *damnum datum* просто, и для защиты пострадавшихъ въ этихъ случаяхъ они апеллировали не къ принципу *lex Aquilia*, а просто къ той общей власти претора, пѣз которой возникли напр. *ego restitutiones* и многочисленныя другія *actiones in factum*.

Для характеристики этого взгляда припомнимъ тѣ *actiones in factum*, съ которыми мы имѣли дѣло въ двухъ предыдущихъ параграфахъ. Разбирая вопросъ о т. н. двойственности формулъ при а. *depositi* и *commodati*, мы видѣли, что въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ не двойственность формулъ для одного и того же иска, а двойственность самыхъ исковъ и матеріальныхъ оснований: преторъ разсматривалъ *depositum* и *commodatum* не какъ договоръ, а просто какъ фактъ причиненія вреда однимъ лицомъ другому, и осуществленіемъ этой точки зрѣнія являлась *actio in factum* на простой интересъ.—Далѣе, изслѣдуя положеніе т. н. безымянныхъ контрактовъ въ классическомъ правѣ, мы встрѣтили тамъ такое же различіе точекъ зрѣнія: одни юристы видѣли въ этихъ контрактахъ уже договоръ и

давали цивильный искъ на положительный договорный интерес, другіе напротивъ (древнѣйшая точка зрѣнія), не признавая договорнаго элемента, опирались исключительно на фактъ причиненія однимъ контрагентомъ другому убытковъ и давали *actio in factum* на возмѣщеніе ихъ. Мы уже указывали на тождественность матеріальнаго основанія при этихъ искахъ и при *actio in factum* по поводу *depositum* и *commodatum*. Но къ этой же точкѣ зрѣнія претора апеллировали юристы этой второй группы и въ случаяхъ, примыкающихъ къ *lex Aquilia*: съ субъективной точки зрѣнія потерпѣвшаго все равно, погибла-ли для него вещь вслѣдствіе того, что она не возвращена депозитаромъ или коммодатаромъ, или вслѣдствіе того, что онъ отдалъ ее въ обмѣнъ на другую вещь, которая потомъ эвницировалась, или наконецъ вслѣдствіе того, что она выброшена въ море; для него вещь во всѣхъ этихъ случаяхъ одинаково пропала. Понятно поэтому, что *actio in factum*, которую рекомендовали эти юристы для случаевъ, неподходящихъ подъ букву *lex Aquilia*, должна была имѣть тѣсное сродство съ *actio in factum* въ предыдущихъ случаяхъ. И мы действительно видимъ, что обѣ категоріи исковъ стоятъ въ тѣсной близости къ *actio doli*. Если мы припомнимъ далѣе ту общую формулу, которая была высказана юристами для случаевъ безымянныхъ контрактовъ „*si sciens dedi* (вещь, которая была потомъ эвницирована), *de dolo in me dandam actionem Julianus scribit, si ignorans—in factum*“ (fr. 5 § 2 D. de pr. v. cit.), то мы найдемъ полное согласіе съ такою же общей формулой для *actiones in factum* при *lex Aquilia*: „*si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur*“.

Для лучшаго уясненія того значенія, которое имѣло примѣненіе этой точки зрѣнія къ области, близко подходящей къ *lex Aquilia*, въ классическомъ правѣ, надо отмѣтить еще слѣдующее обстоятельство. Хотя въ позднѣйшемъ правѣ *actio legis Aquiliae* идетъ на полный интересъ потерпѣвшаго <sup>1)</sup>, но несомнѣнно, что это расширеніе *condemnatio* есть продуктъ позднѣйшей дѣятельности юристовъ <sup>2)</sup>; первоначально и по буквѣ закона этотъ искъ имѣлъ въ виду только возмѣщеніе высшей стоимости вещи втеченіе послѣдняго года или

<sup>1)</sup> Ср. § 10 Inst. 4. 3, fr. 21 § 2 D. h. t. 9. 2 и сл.

<sup>2)</sup> Ср. fr. cit.: „*illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit*“, „*et hoc jure utimur*“. Ср. *Pernice. Sachbeschädigungen*. S. 240.

последняго мѣсяца: этой высшей оцѣнкой законъ желалъ дать истцу и возмѣщеніе его возможныхъ другихъ убытковъ. Такая узкая и чисто формальная мѣрка убытковъ давала себѣ чувствовать безъ сомнѣній уже очень рано, и при такомъ условіи вопросъ о томъ, какой искъ долженъ имѣть мѣсто въ случаяхъ, прямо въ *lex Aquilia* не затронутыхъ,—т. е. *actio l. Aquiliae accommodata* или *actio in factum* просто,—вопросъ этотъ имѣлъ существенное практическое значеніе именно въ этомъ отношеніи: отказываясь отъ связи съ *lex Aquilia* и прибѣгалъ къ самостоятельной *actio in factum*, юристы этой группы выигрывали на болѣе рациональной *condemnatio*. Быть можетъ даже, что расширеніе *condemnatio* при самой *actio l. Aquiliae directa* совершилось впоследствии именно подъ влияніемъ этихъ *actiones in factum*, соприкасавшихся съ ней. Когда однако уравненіе *condemnatio* было достигнуто, практически важнымъ пунктомъ различія между исками оставалось все еще правило „*lis infitiando crescit in duplum*“.

Если предыдущая точка зрѣнія (Гал и Сабина) кажется точкой зрѣнія сабинянцевъ, то это второе воззрѣніе было, повидимому, воззрѣніемъ прокулянцевъ по преимуществу. Но крайней мѣрѣ известная теорія, что „*multum interest, occiderit an mortis causam praestiterit*“, защищаемая прокулянцемъ Цельзомъ (*fr. 7 § 7 D. h. t.*), сводится въ *fr. 9 pr. eod.* къ *Labeo* („*Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam*“). Затѣмъ цитированное выше *fr. 55 D. de a. r. d. 41. 1* принадлежить Прокулу.

Но вообще, повидимому, этотъ вопросъ былъ однимъ изъ самыхъ спорныхъ въ юридической литературѣ классическаго времени, и указанныя выше два направленія должны быть представляемы лишь какъ два крайніе полюса. Отсюда и замѣтная колебанія нѣкоторыхъ отдѣльныхъ юристовъ. Такъ напр. прокулянецъ *Neratius* въ случаѣ *fr. 53 D. h. t.* („*boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur*“) даетъ „*ad exemplum legis Aquiliae in factum actio*“ и слѣдовательно стоитъ, повидимому, на точкѣ зрѣнія Галя, но въ *fr. 9 § 2 eod.* Ульпианъ передаетъ намъ: „*si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait*“. Въ этомъ различіи рѣшеній сыгралъ вѣроятно роль постоянно переплетающийся здѣсь вопросъ о *culpa in faciendo* и *in non faciendo*.—Затѣмъ Ульпианъ, который въ только что приведенномъ фрагментѣ раздѣляетъ

миѣніе Нерація и который повторяетъ это миѣніе въ fr. 29 § 7 eod. (l. 18 ad ed.), въ fr. 2 § 20 D. vi bon. rapt. 47. 8 въ томъ же случаѣ говорятъ объ „*utili lege Aquilia*“ (l. 56 ad ed.).

Для правильнаго пониманія всѣхъ этихъ колебаній нужно отмѣтить еще то, что и съ точки зрѣнія юристовъ первой группы въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ они допускали *actio utilis*, не исключалась возможность *actio in factum*; этотъ послѣдній искъ не былъ только единственно возможнымъ; но онъ могъ стоять рядомъ съ *actio utilis*, какъ то мы видимъ на примѣрѣ Сабина (fr. 27 § 21 cit.: „*idem etiam in factum dari posse actionem ait.*“).

И вопросъ дѣйствительно не могъ не быть спорнымъ, такъ какъ оба отмѣченныя воззрѣнія страдали извѣстной односторонностью, съ которой легко было мириться. Всмотримся въ самое дѣлѣ въ положеніе вопроса ближе.

Что касается перваго воззрѣнія, которое стремилось распространить посредствомъ *actiones utiles* примѣненіе *lex Aquilia* за предѣлы ея буквны, то въ этомъ стремленіи были безъ сомнѣнія и разумная сторона, но въ то же время была и большая опасность. Легко было, расширяя постепенно дѣйствіе *lex Aquilia*, перенести его и на тѣ случаи, гдѣ собственно объективнаго поврежденія или уничтоженія вещи нѣтъ, а есть лишь субъективная потеря вещи для даннаго владѣльца. Казалось, не все-ли равно, разбита-ли вещь или брошена въ море, разбился-ли скотъ („*praecipitata sunt pecora*“) или только разогнанъ („*fugavit*“) такъ, что его нельзя найти,—во всѣхъ случаяхъ для владѣльца вещь одинаково погибла. Но, разъ мы станемъ на эту субъективную точку зрѣнія потерявшаго, то мы потерлемъ всякую границу для примѣненія *lex Aquilia*. Если мы распространимъ этотъ законъ на тотъ случай, когда кто-либо разогнать мой скотъ (Gaï. III. 202), то мы должны будемъ распространить его и на тотъ случай, когда кто-либо отвяжетъ мое привязанное животное и этимъ дастъ ему возможность убѣжать (fr. 55 D. de a. r. d. cit.). И если господствующее ученіе въ *actio in factum* fr. 55 cit. усматриваетъ искъ *ad exemplum l. Aquiliae*, то нѣтъ никакихъ основаній не признавать иска съ такимъ же характеромъ и въ fr. 7 § 7 *de dolo* cit. („*servum compeditum solveris, ut fugeret*“). А если такъ, то пришлось бы тогда считать за искъ *ex lege Aquilia* и ту *actio in factum*, которую Юліанъ даетъ въ случаѣ „*dedi tibi Stichum, ut*

Ramphilum manumitteres; manumisisti; evictus est Stichus“ (fr. 5. 2 de pr. v. cit.): для потерпѣвшаго все равно, развязалъ-ли кто моего связаннаго Стиха, или же—той же misericordia ductus — устроилъ такъ, что я самъ его отъ себя отвязу (юридически). Или: если мы допустимъ возможность actio I. Aquiliae (utilis) въ томъ случаѣ, когда кто-либо „nummos de manu mihi excusserit, ut in flumen etc. ceciderunt“ (Gai. III. 202, fr. 27 § 21 D. h. t.), то мы должны будемъ допустить тотъ же искъ и въ томъ напр. случаѣ, когда кто-либо меня испугаетъ настолько, что я самъ эти nummi брошу (ср. случай распугиванія скота). А отсюда одинъ шагъ до того случая, когда кто-нибудь подставляетъ мнѣ какого-либо человѣка, какъ надежнаго „cui crederem“, зная, что въ дѣйствительности это не такъ (ср. fr. 67 § 4 D. de furt. 47. 2, гдѣ въ этомъ случаѣ дается также actio in factum, но для характеристики этого иска ср. fr. 8 D. de dolo 4. 3);—съ субъективной точки зрѣнія потерпѣвшаго въ обихъ послѣднихъ примѣрахъ будетъ то же самое, что „nummos de manu excutere“.—Однимъ словомъ, путь былъ скользкій, и на этомъ пути lex Aquilia изъ закона о поврежденіи и уничтоженіи вещей рисковала бы превратиться въ какой-то общій законъ о вредѣ вообще, что конечно не соответствовало ни смыслу этого закона, ни соображеніямъ цѣлесообразности. Очевидно для того, чтобы окончательно не потерять границу для расширенія lex Aquilia, необходимо было установиться на какомъ нибудь болѣе или менѣе твердомъ критеріѣ. Этотъ критерій и былъ данъ самимъ закономъ, говорившимъ только объ объективномъ поврежденіи или уничтоженіи вещей, о *damnum corpori datum*, т. е. исключительно о тѣхъ случаяхъ, гдѣ имѣется въ результатѣ виновнаго дѣянія поврежденіе или уничтоженіе *самой субстанции вещи*. Разъ мы примемъ эту границу, то случаи въ родѣ „nummos excutere“, „roculum in mare abicere“, „boves fugare“ etc. очевидно подъ lex Aquilia уже не подойдутъ. Изъ цитированнаго fr. 27 § 21 D. h. t. мы видѣли, что Sabinus допускалъ въ одномъ изъ случаевъ этого рода („nummos excutere“) на выборъ или actio *damni injuriae* или actio *in factum*; Гай въ Inst. III. 202 оставляетъ вопросъ о примѣненіи здѣсь actio I. Aquiliae безъ отвѣта, но въ соответственномъ мѣстѣ Юстиниановскихъ Институцій вопросъ уже прямо разрѣшается въ пользу actio *in factum* (§ 11 Inst. 4. 1).

Съ другой стороны и второе воззрѣніе, которое отводило для lex Aquilia очень узкую область, впадало въ противоположную край-

ность *Lex Aquilia*, предполагаая реквизиить *damnum corpore datum*, очевидно имѣла въ виду только болѣе частые и болѣе типичные случаи; ограничивать ея примѣненіе только этими случаями значило бы хотя и соблюдать букву закона, но грѣшить противъ его духа и смысла. Ближайшее разсмотрѣніе случаевъ поврежденія или уничтоженія вещей должно было привести къ убѣжденію въ невозможности установить границу между *damnum corpore* и *non corpore datum*, и всѣ разсужденія въкоторыхъ классическихъ юристовъ о различіи между *occidere* и *causam mortis praestare* должны были безъ сомнѣнія казаться искусственными и натянутыми. Невозможно въ самомъ дѣлѣ серьезно опираться различіе исковъ и отвѣтственности на такомъ ничтожномъ обстоятельстве, какъ напр. влила-ли акушерка вредное лекарство своими руками или же только дала его въ руки умершей для принятія (fr. 7 § 6, fr. 9 pr. D. h. t. cit.). Очевидно, что примѣненіе *lex Aquilia* должно было быть расширено, и именно реквизиить *damnum corpore datum* долженъ былъ быть оставленъ. *Actio legis Aquiliae* (*directa* или *utilis*) должна имѣть мѣсто всегда тамъ, гдѣ есть поврежденіе или уничтоженіе вещи (*damnum corpori datum*) независимо отъ способа, которымъ это поврежденіе или уничтоженіе причинено. Съ этой точки зрѣнія спорный между классическими юристами случай „*si quis hominem aut pecudem fame necaverit*“ долженъ былъ быть несомнѣнно подчиненъ правиламъ *lex Aquilia*. И дѣйствительно мы имѣемъ свидѣтельство, что въ эпоху послѣ-классическую этотъ случай уже прямо рождалъ *actio damni injuriae* (т. е. конечно *actio l. Aquiliae utilis*):

*c. 5. C. ad l. Ag. 3. 35.* (Diocletianus et Maximianus a. 293). *De pecoribus tuis, quae per iniuriam inclusa fame necatae sunt vel interfecta, legis Aquiliae actione in duplum agere potes.*

Такимъ образомъ практическая провѣрка обоихъ указанныхъ направленій должна была естественно повести ко взаимному самоограниченію ихъ и къ установленію компромисса—сдвигаго средняго порядка: во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ имѣется объективное поврежденіе или уничтоженіе вещи, гдѣ имѣется *damnum corpori datum*, дается всѣмъ, подчиненный правиламъ *lex Aquilia*, независимо отъ способа поврежденія или уничтоженія. Въ другихъ же случаяхъ, гдѣ такого *damnum corpori datum* нѣтъ, единственнымъ средствомъ остается *actio in factum*, искъ идущій на простой интересъ потерпѣвшаго безъ удвоенія при *infinitatio*. — Быть можетъ уже между юристами

классической эпохи были некоторые, державшиеся этого среднего порядка <sup>1)</sup>, еще вброятнѣе, что этотъ порядокъ установился въ постъ-классической практикѣ; но во всякомъ случаѣ именно этотъ единый порядокъ формулированъ вполне опредѣленно въ пресловутомъ § 16 *Inst. 4. 3.*

Ceterum placuit ita denu ex hac lege actionem esse, si quis praecipue *corpore suo* damnum dederit. ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, *utilis in eum actio datur*. Sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen dejecerit eo quod projecit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit, ideoque ipsa lege Aquilia tenetur (Gaius).—Sed si non corpore damnum fuerit datum *neque corpus laesum fuerit. sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

Первая половина параграфа, взятая изъ Гая, предполагаетъ реквизитъ *damnum corpori datum* и рѣчь идетъ лишь о реквизитѣ *damnum corpore datum*: если этого послѣдняго условія нѣтъ, то дается *actio utilis*. Но затѣмъ въ самостоятельной второй половинѣ параграфа составители добавляютъ, что если нѣтъ и условія *damnum corpori datum*, если *non corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit* (многозначительное выраженіе), то виновный подлежитъ не пску ex lege Aquilia, а *actio in factum*. Приведенный въ заключеніе

---

<sup>1)</sup> Быть можетъ именно этотъ порядокъ представлялся Павлу. Ср. съ одной стороны fr. 4 D. de serv. corr. 11. 3, гдѣ въ случаѣ „si quis alieno servo persuaserit“ etc. дается *actio utilis legis Aquiliae*, а съ другой стороны fr. 33 § 1 D. ad l. Aq. „In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio“, гдѣ Павелъ вброятно имѣлъ въ виду тѣ случаи, которые не подходят ни подъ *actio directa*, ни подъ *actio utilis legis Aquiliae*, ибо въ обоихъ послѣднихъ случаяхъ было бы „lege Aquilia teneri“—то прямо, то utiliter.

примѣръ не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнiя относительно характера этого иска: примѣръ взятъ изъ fr. 7 § 7 de dolo, а мы видѣли, что даже представитель господствующаго ученiя—Pernice—actio in factum въ этомъ фрагментѣ считаетъ за искъ, примыкающiй не къ actio l. Aquiliae, а къ actio doli.

Т. обр. § 16 Inst. cit. не представляетъ положительно ничего противорѣчиваго и непонятнаго; составители его вовсе не были такъ невѣжественны, какъ то имъ хотеть приписать господствующее ученiе (см. выше Lenel: „daraus fabricierten“...); напротивъ, они прибавили конецъ параграфа вполне сознательно, съ ясной и опредѣленной мыслью. Та же сознательная мысль обнаруживается и въ аналогичной передѣлкѣ (Gai. III. 202 въ § 11 Inst. 4. 1 (см. выше), гдѣ компиляторы поставили „in factum actio dari debeat“<sup>1)</sup>. Вся путаница для господствующаго ученiя при толкованiи этого мѣста возникла именно изъ того обстоятельства, что до сихъ поръ оставался совершенно невыясненнымъ характеръ той actio in factum, о которой

---

<sup>1)</sup> Что именно указанный нами смыслъ имѣетъ § 16 Inst. cit., доказывається, по нашему мнѣнiю, несомнѣнно и тѣми выраженiями, въ которыхъ толкуеть этотъ параграфъ Theophilus въ своемъ параграфѣ: „...Καὶ τέως εἰδέναι χρὴ, ὅτι ὁ νόμος ἐκ τῶν διδωσιν, ἐπειδὴν ἀδικηθῆ σώμα, ἀλλ’ εἰ μὲν ἐκ σώματος ἢ βλάβῃ προσγενῆσται, τυχόν γὰρ ψιλᾶς ταῖς ἑαυτοῦ χερσίν, ἢ μετὰ ξυλοῦ ἢ λίθου, ἢ ἑτέρου τινὸς ὄργανου, πλῆζας ἀναίλιον ἢ ἐτραυματίασα, ὀρέκτος ὁ Ἀκουίλιος ἀρμόζει. Εἰ δὲ σώμα μὲν ἴδιχθῆ, οὐκ ἀπὸ σώματος· δὲ γεγονός ἢ βλάβῃ, εἰδέναι τὸν οὐτίλιον Ἀκουίλιον χρὴ· οἶον, τὸν ἐμὸν τις οἰκέτην ἢ τὸ ἐμὸν πεκῦς, ἐνέκλεισαν ἐπὶ χράνον τοσοῦτον, ὥστε λιμῶ διασθαρῆσαι... Εἰ δὲ μηδὲ σώματι τις ἐβλάψεν, οὐδὲ σώμα ἐστὶ τὸ ἀδικηθῆν, ἐφημία δὲ τις προσγένονεν ἐμοί, ἀργούντος τοῦ δικάτου, ἐπειδὴ οὐκ ἀπὸ σώματος, καὶ οὐτίλιου δὲ, διὰ τὸ μὴ ἀδικηθῆναι σώμα ἤρσαε τὸν ἐπιμωσαντα ὑποπίπτεν τῇ in factum. Οἶον, τὸν ἐμὸν οἰκέτην ὡς ἀμαρτάνοντα τις θεομοίς περιεβλῶν τούτον ἕτερος οἰκτῶ καὶ φιλανθρωπίᾳ κινήθεις, εἰδὼς ὅτι φροῖεται, λύσας ἀφῆκε τῶν δεσμῶν“. Или въ переводѣ на латинскiй языкъ (Theoph. paraphrasis. Ed. Guil. Otto Reitz. 1751): „Et primo sciendum est. legem se ipsum dare, quum corpus laesum fuerit, si tamen a corpore damnum processerit, forte enim nudis meis manibus aut ligno vel lapide aut alio quo instrumento percutiens occidi aut vulneravi, Aquilia directa competet. Si corpus quidem laesum, sed damnum a corpore non factum fuit, utilem Aquiliam dari oportet: veluti aliquis servum meum vel pecus meum tanto tempore inclusit, ut fame perimeretur... Quod si quis neque corpore laesit neque corpus laesum est, sed damnum mihi aliquod evenit, cessante directa, quia non a corpore processit, sed est utili, quia corpus non est laesum, placuit laedentem actioni in factum subjacere. Veluti servum meum, ut qui quid deliquit, vinculis constrinxit: hunc alius misericordia et humanitate motus, fugitulum esse sciens, vinculis solutum dimisit“.

говорится въ концѣ этого параграфа и въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ Дигестъ <sup>1)</sup>).

Ближайше разсмотрѣніе приведеннаго § 16 Inst. наталкиваетъ однако невольно еще на одинъ вопросъ. Обращаемъ вниманіе на общій смыслъ фразы: „Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, placet eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri“. Эта фраза звучитъ такъ, какъ будто комплииторы знаютъ *общую ответственность за т. н. вѣкъ-контрактную culpa* („allgemeine Culpa-klage“). Такой смыслъ противорѣчилъ бы конечно установившемуся ученію на этотъ счетъ <sup>2)</sup>, но мы тѣмъ не менѣе позволимъ себѣ сдѣлать къ этому вопросу одно небольшое замѣчаніе.

Если мы посмотримъ на подчеркнутое выраженіе § 16 Inst. не какъ на простую и недостаточно осмысленную обмолвку его составителей (а смотрѣть такъ мы prima facie не имѣемъ права), то мы можемъ предполагать здѣсь двоякое.

Во-первыхъ, именно такъ т. е. какъ общій искъ изъ culpa, могли понять комплииторы ту actio in factum, которую они находили во многихъ случаяхъ въ сочиненіяхъ классическихъ юристовъ. Если это такъ, то это было конечно ошибочное возрѣніе съ ихъ стороны. Правда, сдѣланное выше сближеніе actiones in factum при depositum, commodatum и безымянныхъ контрактахъ съ одной стороны и actiones in factum при lex Aquilia съ другой—обнаруживаетъ по нашему мнѣнію съ достаточной убѣдительностью тотъ фактъ, что какъ преторъ, такъ и юристы признавали общій принципъ о необходимости воз-

---

<sup>1)</sup> Поэтому далеко не были неправы тѣ изъ ученыхъ прошлаго столѣтія, которые полагали, что между actio utilis l. Aquiliae и actio in factum есть разница и при томъ матеріальная: первый искъ есть actio poenalis, второй—только actio rei persecutoria (см. у Glück'a X. S. 537). Если они думали, что такой характеръ имѣютъ всѣ actiones in factum, встрѣчающіяся въ Corpus, то конечно они ошибались, но они были совершенно правы въ области несовѣт. упоминаемыхъ при lex Aquilia, и полное забвеніе этой мысли—вслѣдствіе только того, что въ источникахъ иногда въ одномъ и томъ же случаѣ дается то тогъ, то другой искъ (съ легкой руки Glück'a—ср. ibidem) — является на нашъ взглядъ одной изъ немаловажныхъ ошибокъ въ романистической литературѣ XIX столѣтія.

<sup>2)</sup> Ср. напр. Fr. Mommsen. Beiträge zum Obligationenrecht. I. S. 109, 136 Note 6, Ihering. Culpa in contrahendo въ Jahrb. f. d. Dogm. IV I. Heft. (1861). S. 12, 14 Dernburg. Pandekten. II. § 135 и др.

мѣщенія убытковъ, причиненныхъ кѣмъ либо, независимо отъ формы причиненія;—однако было бы ошибочно изъ общности принципиальнаго основанія всѣхъ этихъ actiones in factum заключать объ общности *материальныхъ предположеній* этого иска во всѣхъ отдѣльныхъ случаяхъ. Иногда actio in factum имѣетъ мѣсто только при наличности умышеннаго причиненія вреда (какъ напр. actio in factum по поводу depositum), въ другихъ случаяхъ сферу этого иска составляетъ culpa виновнаго, такъ какъ при dolus actio in factum переходитъ въ actio doli (ср. схемы „si sciens dedi, de dolo“ etc., „si sine causa id fecisset“ etc.). *Мы не имѣемъ поэтому никакихъ основаній утверждать, что actio in factum понималась классическими юристами, какъ общій искъ о culpa, и въ этомъ отношеніи господствующее ученіе должно быть признано правильнымъ.* Этотъ искъ не былъ генерализированъ въ эдиктѣ; онъ находился всегда in dispositione претора, какъ послѣднее приближеніе, какъ одинъ изъ видовъ restitutio in integrum; какъ и эта послѣдняя, онъ зависѣлъ всегда отъ предварительной causae cognitio и не имѣлъ поэтому для себя опредѣленныхъ материальныхъ условій. Дать или не дать этотъ искъ—зависѣло по идѣе отъ свободнаго усмотрѣнія претора въ каждомъ конкретномъ случаѣ, хотя, быть можетъ, мало по малу въ наиболѣе частыхъ и наиболѣе типичныхъ случаяхъ устанавливалась на этотъ счетъ довольно прочная практика. — Г. обр. если составители § 16 Inst. всѣ отдѣльные случаи такихъ actiones in factum въ классическую эпоху представляли себѣ, какъ случаи примѣненія общаго иска изъ culpa,—то конечно они придавали этому явленію такой характеръ, котораго оно въ дѣйствительности не имѣло.

Но можно думать и другое: *компиляторы, быть можетъ, желали здѣсь сознательно установить новый принципъ, неизвестный классическому праву—принципъ общей ответственности за culpa.*

Въ эпоху до-классическую и въ эпоху классическихъ юристовъ, когда преторская власть обладала живой творческой силой, необходимость общаго принципа объ отвѣтственности за culpa не давала себя чувствовать: во всѣхъ случаяхъ, гдѣ такая отвѣтственность казалась справедливой, преторъ causa cognita давалъ actio in factum. Такой порядокъ (дача иска по предварительному разслѣдованію) имѣлъ то преимущество передъ установленіемъ общей нормы объ отвѣтственности за culpa, что въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ этотъ принципъ казался черезчуръ строгимъ, преторъ могъ просто не давать иска.

Понятно поэтому, что классическіе юристы могли вовсе не поднимать вопроса объ общей отвѣтственности за *culpa*—тѣмъ болѣе, что еще и въ современной литературѣ слышатся иногда голоса противъ такой общей нормы <sup>1)</sup>).

Но положеніе дѣла существенно измѣнилось въ эпоху послѣ-классическую съ паденіемъ этого живаго регулятора права—претора—и съ переходомъ къ *extraordinaria cognitio*. Теперь представлялась сама собою дилемма: или ограничиться только системой установленныхъ деликтовъ (*furtum, damnum corpori datum, injuria, actio doli etc.*), или же признать общей нормой отвѣтственность за *culpa* (т. е. безымянные деликты). Но система установленныхъ въ законѣ и адиктѣ деликтовъ страдала очевидной неполнотой, и судья позднѣйшаго времени, не одаренный властью претора, лишень былъ возможности пополнять ее рѣшеніями *in concreto*. Съ развитіемъ жизненныхъ условий и съ усложненіемъ оборота, эта неполнота римской деликтной системы давала себя чувствовать все сильнѣе и сильнѣе, — и тѣмъ настоятельнѣе являлся переходъ ко второму рѣшенію указанной дилеммы. Конечно, общая норма объ отвѣтственности за *culpa* иногда могла казаться слишкомъ строгой, но теперь уже передъ этимъ останавливаться не было возможности: надо было просто взвѣсить дурныя и хорошія стороны этой нормы, и еслибы оказалось, что вторыя превышаютъ первыя, то принять ее съ ея дурными сторонами, какъ необходимымъ зломъ. Римское право послѣ-классической эпохи было поставлено въ этомъ отношеніи передъ тѣмъ же вопросомъ, что и современные законодательства. И если послѣднія въ концѣ концовъ разрѣшили его въ утвердительномъ смыслѣ, то почему бы и римское право не могло дойти путемъ практики до того же отвѣта? Очень можетъ быть, что уже судебная практика ко времени Юстиніана установила для себя общій принципъ объ отвѣтственности за *culpa*, и составители юстиніановскихъ институтцій только санкціонировали эту практику въ обезпавленномъ господствующимъ ученіемъ § 16 *Inst. cit.* Сознательность этого мѣста, какъ я уже упоминалъ, подтверждается аналогичной передѣлкой *Gai. III. 202* въ § 11 *Inst. 4. 1.*

Конечно, это предположеніе наше есть только предположеніе, но оно—смѣемъ думать—не лишено основанія, если мы не станемъ

---

<sup>1)</sup> См. напр. *Thering* въ цит. статьѣ стр. 24.

относиться слишкомъ легко ко всему тому, что добавили или измѣнили юстиніановскіе компиляторы, какъ къ чему-то неосмысленному и потому неизмѣняющему значенія. Конечно, ихъ способъ дѣлать эти добавки и измѣненія иногда очень примитивенъ и грубъ; конечно, для изученія классическаго права мы должны отдѣлять эти интерполяціи, но мы не имѣемъ права выбрасывать ихъ вовсе за бортъ: въ каждомъ случаѣ ихъ мы должны съ полнымъ вниманіемъ подумать надъ тѣмъ, что вызвало эту интерполяцію,—и тогда для юстиніановскаго права мы прійдемъ можетъ быть къ нѣскольکو новымъ и весьма существеннымъ выводамъ. Трехвѣковая жизнь послѣ классическаго періода не могла пройти безслѣдно для римскаго права: то, что въ эту эпоху оставалось еще спорнымъ или нерѣшеннымъ, должно было въ позднѣйшей практикѣ найти себѣ соглашеніе и разрѣшеніе; то, что оставалось еще въ началѣ развитія, могло доразвиться. Все это вмѣстѣ создавало для юстиніановскихъ компиляторовъ извѣстную точку зрѣнія, съ которой они компилировали и передѣлывали цитаты изъ классическихъ юристовъ, и обнаруживать общія, принципиальныя основы всѣхъ этихъ передѣлокъ заслуживаетъ гораздо болѣе внимательной работы, чѣмъ это было до сихъ поръ.

---

## § 8.

### „Actio in factum“ въ Corpus Juris Civilis.

Actio in factum въ противоположеніи другияхъ преторскимъ искамъ. — Общая характеристика этихъ безымянныхъ actiones in factum и ихъ историческая роль.

---

Наконецъ, послѣднимъ возраженіемъ противъ нашей теоріи можетъ явиться слѣдующій вопросъ.

Въ Corpus Juris Civilis мы встрѣчаемъ многочисленныя actiones in factum, которыя противоплагаются тамъ не только различнымъ гражданскимъ искамъ, но и искамъ безспорно преторскаго происхожденія <sup>1)</sup>. Какъ же это послѣднее обстоятельство можетъ быть согласовано съ нашей точкой зрѣнія? Казалось бы, что разъ всякій преторскій искъ есть actio in factum, то подобное противоположеніе было бы невозможно.

Однако это недоумѣніе при нѣсколько болѣе внимательномъ взглядѣ падаетъ само собой.

Всякій преторскій искъ есть actio in factum, но многіе изъ преторскихъ исковъ имѣютъ уже разъ навсегда опредѣленные условія и послѣдствія, имѣютъ свою особенную также опредѣленную формулу, а большинство и свое особенное имя. Но сложившійся съ теченіемъ времени цыкъ этихъ фиксированныхъ исковъ оказывался часто все-

---

<sup>1)</sup> Напр. actio doli—fr. 11. 1. D. de dolo 4. 3., fr. 28 D. eod., fr. 16. 1. D. de pr. v. 19. 5 и др.; actio ad exhibendum—fr. 3. 14 D. h. t. 10. 4., fr. 9. 4. D. eod. Ср. Bekker. Aktionen (выше § 1).

таки недостаточнымъ для удовлетворенія безостановочно растущихъ потребностей юридической жизни; отъ поры до поры на поверхности этой жизни всплывали новыя отношенія, которыя не находили себѣ защиты въ системѣ уже установленныхъ исковъ, но которыя взымали о ней къ претору. И преторъ давалъ эту защиту, создавалъ искъ *ad hoc* и приспособляя его къ условіямъ и потребностямъ конкретного случая. Эти-то создаваемые *ad hoc* преторскіе иски, не вылившіеся еще въ опредѣленный типъ и не приобрѣвшіе еще особаго названія, остаются подъ общимъ именемъ *actio in factum* или *actio praetoria* и подъ этимъ именемъ противопоставляются всѣмъ прочимъ уже установившимся искамъ, какъ цивильнымъ, такъ и преторскимъ<sup>1)</sup>. Подобенъ *contractus innominati* эти иски могли бы быть названы *actiones innominatae*.

Такия безымянные *actiones in factum* мы встрѣчаемъ чуть не на каждой страницѣ *Cogrus* и почти во всѣхъ областяхъ гражданского права. Но, само собою разумѣется, то, что носить здѣсь названіе „*actio in factum*“ не есть нѣчто однородное, всегда себѣ равное. Иногда этотъ создаваемый *ad hoc* искъ пригоняется къ такому илиному изъ уже извѣстныхъ исковъ и приобретаетъ т. обр. характеръ *actio utilis*<sup>2)</sup>. Въ другихъ случаяхъ онъ имѣетъ пенальный характеръ<sup>3)</sup>, въ третьихъ — имѣетъ своею задачей только возстановленіе потерпѣвшаго въ прежнее состояніе—выполнѣ или только въ размѣрѣ обогащенія отвѣтчика<sup>4)</sup> (реституторный характеръ).

Во всѣмъ этомъ крайнемъ разнообразіи мы можемъ, какъ кажется—съ полной основательностью, установить только одну прае-

---

<sup>1)</sup> Подобный же смыслъ имѣетъ и выраженіе „*exceptio in factum*“—fr. 14. D. de exc. 44. 1., fr. 23 D. eod., fr. 2. 5. D. de doli mali et metus exc. 44. 4. fr. 4. 16. D. eod., fr. 4. 32. D. eod., fr. 8. D. 12. 5., fr. 27. D. 13. 5 и др.

<sup>2)</sup> Какъ *actio in factum legi Aquiliae accommodata*—fr. 11. D. de pr. v. 19. 5.

<sup>3)</sup> Ср. напр. *actio in factum* по поводу недовольной *in jus vocatio* патрона—fr. 12. D. 2. 4.; fr. 3 pr. D. de sep. viol. 47. 12 (*actio popularis* на 100 aurei); fr. 25 D. 48. 10 и др.—Многія изъ *actiones in factum* имѣютъ характеръ *actiones mixtae*: ср. fr. 7. 1. D. nautae etc. 4. 9. (in duplum), fr. 4. 11. D. vi bon. rapt. 47. 8 (in duplum), fr. 1 pr. D. de calumn. 3. 6 (in quadruplum) и мн. др.

<sup>4)</sup> Выолнѣ: напр. fr. 5. 1. D. ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat. 2. 7., fr. 3 pr. D. 2. 10., fr. 33 D. de dolo 4. 3.; fr. 1. pr. D. 4. 7.; fr. 25. 5. D. 6. 1. ср. съ fr. 5. 3. D. eod.; fr. 18. D. 8. 2. и мн. др. (объ этомъ см. ниже)—Въ размѣрѣ обогащенія—напр. fr. 28. D. 4. 3., fr. 1. 48. D. 43. 16., fr. 18. 1. D. 39. 6. („*condictione aut in factum actione*“) и др.

sumtio: во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ въ источникахъ говорится объ actio in factum и притомъ такъ или иначе точнѣе не опредѣляется petitum этого иска, мы можемъ предполагать искъ на простое возмещеніе убытковъ истца, на простое „*quanti ea res est*“.

Чтобы убѣдиться въ основательности подобной praesumptio, достаточно припомнить тѣ actiones in factum, которыя мы видѣли въ трехъ предыдущихъ параграфахъ. Actio in factum при depositum, commodatum и при т. н. contractus innominati представляетъ примѣненіе такого иска къ области договоровъ (pacta). Actio in factum въ области, примыкающей къ lex Aquilia, представляетъ тотъ же искъ въ примѣненіи къ деликтамъ. Но общій принципъ этого иска въ одномъ и другомъ случаѣ одинаковъ; и договору и деликту въ вопросѣ объ этомъ искѣ разсматриваются преторомъ подъ однимъ угломъ зрѣнія: для претора нѣтъ здѣсь ни договора ни деликта въ строгомъ смыслѣ слова, а есть только фактъ убытковъ, причиненныхъ такъ или иначе отвѣтчикомъ истцу, и задачей иска является restitutio истца по возможности въ прежнее состояніе <sup>1)</sup>.—И значительное количество actiones in factum, разбѣянныхъ на страницахъ Corpus, безъ труда и особенныхъ логическихъ усилій можетъ быть сведено къ той же точкѣ зрѣнія.

Таково т. ск. догматическое достоинство этихъ actiones in factum, но для истиннаго пониманія ихъ гораздо важнѣе историческая перспектива.

Въ глазахъ современной догматики всѣ эти спорадическія, падающіяся тамъ и сямъ на страницахъ Corpus actiones in factum должны представляться конечно чѣмъ-то въ высокой степени стран-

---

<sup>1)</sup> Эта точка зрѣнія прорывается и у римскихъ юристовъ. Ср. пауп. fr. 25. 1. D. de O. et A. 44. 7: „Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto quaedam in factum sunt. Ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus. Ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel injuriam commisit vel damnum dedit. In factum actio dicitur, qualis est exempli gratia actio quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est.“—Ср. fr. 6. D. 50. 13. „Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione.“...Таже мысль очевидно вызвала и извѣстное перечисленіе въ fr. 3. 1. D. 12. 2. „...sive in personam, sive in rem, sive in factum, sive poenali actione vel quavis alia agatur sive de interdicto“.

нимъ. Онѣ какъ-то извнѣ входятъ въ систему права, какъ-то извнѣ впадаютъ въ систему установленныхъ исковъ, нерѣдко только съ большимъ трудомъ могутъ быть согласованы съ общепризнанными юриспруденціей принципами, а иногда и вовсе такому согласованію не поддаются. Если мы соберемъ вмѣстѣ все эти отдѣльныя, упоминаемыя въ *Corpus, actiones in factum*, то мы получимъ пѣчто чрезвычайно пестрое; мы будемъ не въ состояніи не только свести ихъ къ какому нибудь общему принципу, но даже и раздѣлить ихъ на какія нибудь опредѣленныя юридическія категоріи. Но въ совершенно иномъ свѣтѣ представляется опѣ, если мы будемъ разсматривать ихъ въ ихъ реальной исторической связи.

Римское право, какъ и всякое живое право, было живымъ, развивающимся организмомъ; въ каждый данный моментъ въ этомъ организмѣ совершались многочисленныя и разнообразныя процессы и движенія, въ каждый моментъ варождались въ немъ различныя новообразованія, которыя затѣмъ крѣпли и, при благопріятныхъ условіяхъ, могли развиться въ полныя и законченныя правовыя институты. Представимъ себѣ теперь, что мы въ одинъ какой нибудь моментъ дѣлаемъ фотографію такого организма, находящагося въ состояніи развитія: на нашей фотографіи все эти начинающіяся новообразованія, все эти зародыши представляются въ видѣ разсѣянныхъ и повидимому ничѣмъ между собой несвязанныхъ точекъ и клѣточекъ. Не зная идеи и цѣли развитія, мы не въ состояніи понять ни значенія этихъ разбросанныхъ клѣточекъ, ни ихъ взаимнаго соотношенія. А именно только такую (и вдобавокъ не совсѣмъ чистую) моментальную фотографію представляютъ пали источники. Для того, чтобы понять истинное значеніе всехъ этихъ юридическихъ точекъ и клѣточекъ, отразившихся въ нихъ, надо попытаться войти въ историческій духъ ихъ и познать, зародышемъ или остаткомъ какой юридической идеи онѣ являются.

Современная наука развитіе римскаго права, поскольку оно совершалось подъ вліяніемъ преторской власти, склонна представлять въ слѣдующемъ видѣ. Преторъ, придя къ мысли о справедливости и цѣлесообразности такой или иной нормы, устанавливалъ ее въ своемъ эдиктѣ: при такихъ-то и такихъ-то условіяхъ *actionem dabo, actionem non dabo, restituam* и т. д. Т. обр. по господствующему представленію тотъ или иной преторскій институтъ начиналъ свое существованіе съ общей нормы, объявленной въ эдиктѣ.—Но по крайней мѣрѣ

въ значительномъ количествѣ случаевъ развитіе начиналось гораздо ранѣе появленія такой общей нормы въ эдиктѣ. Эдиктъ не исчерпывалъ всей власти претора; со своимъ внимательствомъ такого или иного рода преторъ могъ выступать и въ случаяхъ, неупомянутыхъ въ эдиктѣ. Въ каждомъ конкретномъ случаѣ по требованіямъ справедливости и цѣлесообразности преторъ могъ отказать въ цивильномъ искѣ (*denegare actionem*), дать *exsertio*, *restitutio* или искъ, въ эдиктѣ необъявленный. Повтореніе тѣхъ же случаевъ вызывало провѣрку первоначальнаго рѣшенія и приводило или къ оставленію его, или же къ прочному утвержденію въ практикѣ и къ послѣдующему генерализированію въ эдиктѣ. Большинство эдиктальныхъ нормъ вырабатывалось не столько логически, сколько практически — посредствомъ предшествовавшихъ однообразныхъ рѣшеній претора въ отдѣльныхъ конкретныхъ случаяхъ. Можно съ увѣренностью сказать напр., что прежде нежели появились въ эдиктѣ общія нормы о *restitutio in integrum*, интердиктахъ и многихъ изъ преторскихъ искъ,—въ практикѣ преторовъ уже встрѣчались отдѣльные спорадическіе примѣры этого рода.

И вотъ если бы мы имѣли юридическую фотографію права въ одинъ изъ этихъ предшествовавшихъ моментовъ, то мы не нашли бы тамъ этихъ институтовъ, но нашли бы за то какія то отдѣльныя точки и клѣточки, которыя мы не знали бы, какъ связать другъ съ другомъ и съ общими началами права этого момента.

Въ такомъ именно положеніи мы находимся теперь относительно всѣхъ этихъ различныхъ *actiones in factum*, которыя мы видимъ въ *Corpus*. Всѣ эти *actiones in factum* находятся еще на томъ пути, который уже прошли ихъ старшія сестры—иски, достигнувшіе генерализированія въ эдиктѣ. Всѣ эти разсѣяныя и случайныя явленія суть первые зародыши новыхъ идей, зародыши, которые въ дальнѣйшей жизни нашего организма должны были бы привести къ модификаціи прежнихъ принциповъ или къ образованію совершенно новыхъ. Поэтому высшей задачей при изученіи этихъ *actiones in factum* должно быть выясненіе тѣхъ идей, отголоскомъ которыхъ онѣ являются.

Но изученіе этихъ спорадическихъ явленій въ области римскаго права усложняется еще тѣмъ обстоятельствомъ, что имѣющаяся у насъ фотографія римскаго права сдѣлана т. е. ретроспективно и притомъ юстиніановскими компиляторами сильно ретуширована съ

точки зрѣнія ихъ эпохи. Отъ эпохи классическихъ юристовъ, изъ цитатъ которыхъ составлены *Digesta*, до эпохи Юстиніана прошло три с лишкомъ столѣтія, а за все это время правовая жизнь не могла стоять на одномъ мѣстѣ. Право продолжало двигаться и измѣняться— и притомъ гораздо болѣе путемъ непосредственной практики, чѣмъ путемъ императорскихъ указовъ. Въ судебной практикѣ должны были находить себѣ мѣсто разнообразнѣйшія вліянія измѣняющихся условій жизни, иныхъ культурныхъ и національныхъ воззрѣній, и въ частности, вѣроятно, такимъ путемъ проникли въ область римскаго права нѣкоторые принципы права греческаго. Многіе вопросы, которые классической юриспруденціей были только поставлены и которые были въ ней спорными, путемъ судебной практики должны были быть разрѣшены такъ или иначе, и составители юстиніановскаго свода несомнѣнно нашли уже въ этомъ отношеніи многое для себя готовымъ. Имъ оставалось только съ данной и уже установившейся въ практикѣ точки зрѣнія произвести выборъ классическихъ цитатъ и сдѣлать надлежащія передѣлки въ нихъ.

При той быстротѣ, съ которой компиляторы совершили свою колоссальную работу, о тщательности этого выбора и этихъ передѣлокъ не могло быть конечно и рѣчи. И понятно поэтому, что въ *Corpus* мы находимъ и мѣста, безусловно противорѣчащія другъ другу, а еще чаще мѣста, только съ большимъ трудомъ между собой согласимыя. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ для разрѣшенія противорѣчія или неясности главнымъ руководствомъ должна служить та идея, которая являлась для компиляторовъ основной, принципиальной, — разумѣется, если только мы по тѣмъ или другимъ даннымъ можемъ ее найти. При свѣтѣ этой идеи многое въ сочиненіяхъ классическихъ юристовъ казалось компиляторамъ уже инымъ: они приступали къ своей работѣ, какъ уже сказано, далеко не безъ нѣкоторыхъ предвзятыхъ точекъ зрѣнія.

Примѣры этого рода мы уже видѣли въ предыдущихъ параграфахъ.

Въ вопросѣ о т. н. безымянныхъ контрактахъ компиляторы стали на договорную точку зрѣнія и съ этой точки зрѣнія они вездѣ, гдѣ замѣтили, передѣляли соотвѣтственнымъ образомъ цитаты изъ тѣхъ юристовъ, которые держались противоположной теоріи. Но кое что вкралось и отъ этой послѣдней—напр. рѣшеніе, данное въ fr. 5 § 5 D. de pr. v.—И вотъ, если бы намъ пришлось рѣшать случай,

имѣющей здѣсь въ виду, то мы имѣли бы передъ собой съ одной стороны фактическое рѣшеніе приведеннаго фрагмента, а съ другой— несомнѣнную общую точку зрѣнія компиляторовъ, а потому и самого Свода, которая приводитъ насъ къ совершенно иной постановкѣ вопроса. Намъ кажется безспорнымъ, что мы остались бы въ этомъ случаѣ болѣе вѣрными истинному духу и смыслу закона, если бы, оставивъ рѣшеніе fr. 5 § 5 cit. въ сторонѣ, примѣнили бы правила объ *actio in factum civilis* въ томъ смыслѣ, въ какомъ этотъ искъ хотѣли понимать компиляторы (т. е. какъ искъ о положительномъ договорномъ интересѣ).

Аналогичный примѣръ мы находимъ и въ области случаевъ, примыкающихъ къ *lex Aquilia*. Мы видѣли, что нѣкоторые классическіе юристы для примѣненія этого закона отводили только узкую область *damnum corpori* и *corpore datum*; гдѣ не было на лицо этого послѣдняго предположенія (напр. гдѣ было по ихъ теоріи не „*occidere*“, а только „*causam mortis praestare*“), они давали *actio in factum*, искъ, идущій по всѣмъ вѣроятіямъ только на простой интересъ. — Компиляторы въ § 16 Inst. 4. 3 санкціонировали другую точку зрѣнія, которая допускаетъ для всѣхъ этихъ случаевъ примѣненіе *lex Aquilia utiliter*. Но въ *Corpus* попали и мѣста, которые опираются на старой теоріи,—и вотъ съ точки зрѣнія Юстиніановскаго права рѣшающимъ моментомъ для разбираемыхъ тамъ случаевъ должна являться та общая мысль, которая формулирована компиляторами въ этомъ § 16 Inst. 4. 3, и даваемая въ этихъ случаяхъ иногда классическими юристами *actiones in factum* должны—по волю компиляторовъ—быть толкуемы, какъ *actiones in factum l. Aquiliae accommodatae*.

---

## § 9.

### З а к л ю ч е н і е.

Про́вѣрка Gai. IV. 45 съ нашей точки зрѣнія.—Смысль дѣленія римскихъ исковъ на actiones in jus и in factum conceptae. — Причипа различія кроется не въ формулѣ, а въ различномъ матеріальномъ основаніи цивильныхъ и преторскихъ исковъ.—

Jus и factum, какъ источники исковъ въ римскомъ правосознаніи.

---

Все предыдущее изслѣдованіе имѣло своею главною цѣлью установить точно границу между actiones in jus и actiones in factum,— и привело насъ въ концѣ концовъ къ тому заключенію, что actiones in factum суть всѣ преторскіе и только преторскіе иски, а actiones in jus суть иски цивильные и только цивильные. Т. обр. оба противоположенія: actio civilis—actio praetoria съ одной стороны и actio in jus—actio in factum съ другой стороны—совпадаютъ между собой вполне и безъ всякаго исключенія.

Чтобы окончательно раздѣлаться съ общепринятымъ нынѣ ученіемъ на этотъ счетъ, бросимъ теперь взглядъ на то мѣсто, которое являлось до сихъ поръ главнымъ основаніемъ этого ученія—Gai. IV. 45; и мы увидимъ, что оно ни въ какомъ случаѣ не противорѣчитъ нашему выводу.

„Sed eas quidem formulas, in quibus *de jure* quaeritur, in jus conceptas vocamus, quales sunt, *quibus intendimus „nostrum esse aliquid ex jure Quiritium“* aut „*nobis dare oportere*“ aut „*pro fure damnnum decidi oportere*“; in quibus *juris civilis intentio est*. Ceteras vero in factum conceptas vocamus. id est in quibus *nulla talis intentio concepta est*.“.

Всякій непредубѣжденный общепринятой доктриной читатель можетъ вывести изъ этого мѣста только то, что характеристической чертой *formulae in jus conceptae* является именно то обстоятельство, что посредствомъ этихъ формулъ осуществляется принадлежащее намъ *цивильное* право, что въ нихъ идетъ рѣчь объ имѣющемся въ лицѣ истца *цивильномъ* вещномъ правѣ или *цивильномъ* правѣ требованія противъ даннаго отвѣтника. Если этого нѣтъ—*„formulae, in quibus nulla talis intentio concepta est“*,—то мы имѣемъ *formula in factum concepta*; послѣдняя опредѣляется здѣсь т. обр. только отрицательнымъ признакомъ.

Но если *actio civilis* есть всегда *actio in jus concepta*, а *actio praetoria*—всегда *actio in factum*, то спрашивается, чѣмъ же объясняется такая квалификація цивильныхъ и преторскихъ исковъ, почему одни являются исками *in jus*, а другіе — исками *in factum*; другими словами: на чемъ покоится это послѣднее дѣленіе исковъ и какой смыслъ оно имѣетъ?

Съ точки зрѣнія господствующаго ученія, какъ извѣстно, наше дѣленіе исковъ есть чисто формальное, техническое дѣленіе ихъ по роду постройки (*conceptio*) исковыхъ формулъ. Если формула даннаго иска редактирована *in jus*, то и самый искъ будетъ *actio in jus*, въ противномъ случаѣ мы будемъ имѣть *formula in factum concepta*, а потому и *actio in factum*. *Т. обр. формула дѣлаетъ характеръ иску, и только по отношенію къ формулѣ можно говорить объ actio in jus или actio in factum; оныя формулы такое различіе нелогично.*

Понятно, что при такомъ пониманіи дѣленіе римскихъ исковъ на *actiones in jus* и *in factum* не представляло особеннаго интереса для современной науки, и если порою затрагивалось, то только попутно—при разработкѣ другихъ вопросовъ.

Но если господствующая точка зрѣнія и прежде вызывала многія недоумѣнія и споры въ средѣ самаго господствующаго ученія, то теперь—послѣ того какъ мы установили индуктивнымъ путемъ точную и рѣзкую границу между обѣими категоріями исковъ—эта точка зрѣнія вовсе не можетъ быть признана удовлетворительной. Если характеръ иска опредѣляется его формулой, то сравнимъ напр. двѣ слѣдующія формулы: „*si p. L<sup>m</sup> Titium A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C dare oportere, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemna*“.. и „*si p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C dare oportere, N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> condemna*“..; можемъ-ли мы найти какую нибудь разницу, какую нибудь противоположность между этими форму-

лажи *въ самой редакціи (conceptio) ихъ?* Очевидно нѣтъ. Если въ первой изъ нихъ условіемъ *condemnatio* поставленъ комплексъ фактовъ, заключающихся въ „*dare oportere*“, то точно такъ же и во второй,—и въ этомъ совершенно правъ *Демелиусъ* (см. выше § 1). Съ другой стороны, какъ въ первой, такъ и во второй формулѣ судья для постановки своего рѣшенія отсылается къ нормамъ гражданского права; въ обоихъ случаяхъ онъ ставится т. обр. въ одинаковое положеніе, — и въ этомъ совершенно право господствующее ученіе. Если же однако, какъ мы знаемъ изъ вышеназложеннаго, обѣ формулы квалифицируются различно—первая является формулой *in factum*, а вторая—формулой *in jus*,—то очевидно, *что основаніе для этой квалификаціи лежитъ идѣ-то глубже, за такой или иной постройкой формулы.*

Далѣе, еслибы квалификація иска, какъ *actio in jus* или *in factum concepta*, зависѣла только отъ такой или иной *conceptio* формулы, то каждый данный искъ приобрѣталъ бы тотъ или иной характеръ только въ тотъ моментъ, когда составленіе его формулы закончено и самая формула стала неизмѣнимой.—т. е. лишь въ моментъ *litiscontestatio*. До этой поры искъ не могъ бы быть названъ ни *actio in jus*, ни *actio in factum*. Но т. обр. въ сторонѣ отъ этого дѣленія оставалась бы вся первая стадія процесса — искъ въ процессѣ *in jure*.—и было бы цѣлесообразнѣе говорить не объ *actio in jus* или *in factum concepta*, а лишь о *judicium in jus или in factum conceptum*. Въ источникахъ, однако, говорится объ *actio*, а выраженіе *actio* охватываетъ искъ въ его обоихъ стадіяхъ.

Наконецъ, съ господствующей точкой зрѣнія логически несоединимо то обстоятельство, что при *actio in jus* лежащее въ основаніи иска *dare oportere* въ моментъ *litiscontestatio perimitur*. Дѣйствіе, которое связано съ квалификаціей иска, какъ *actio in jus*, закончено т. обр. уже въ тотъ моментъ, съ котораго по господствующему ученію только должна еще начаться эта квалификація. Если мы хотимъ быть послѣдовательными, то мы должны напротивъ заключить, что уже *in jure* данный искъ является, какъ *actio in jus* или какъ *in factum concepta*.

Всѣ эти соображенія заставляютъ насъ прійти къ тому заключенію, что *истинная причина различія лежитъ не въ такой или иной конструкціи формулы, а въ какомъ-то матеріальному, за формулой лежащемъ обстоятельстве.*

Когда Гай говорит о дѣленіи формулъ на *in jus* и *in factum* *scriptae*, онъ весь центр тяжести кладетъ на такой или иной характеръ *intentio*<sup>1)</sup>: характеръ *intentio* опредѣляетъ характеръ всей формулы. Но что такое *intentio*?

Гай опредѣляетъ ее, какъ „*ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*“ (IV. 41); она есть слѣдовательно *pars formulae*. Но есть-ли это первоначальное и основное значеніе слова „*intentio*“, или же слова „*intendere*“, „*intentio*“ имѣютъ другой—матеріальный смыслъ, который и даетъ соответственной части формулы это названіе? Уже *a priori* мы должны предположить послѣднее: подобно тому, какъ слова „*demonstrare*“, „*condemnare*“ и т. д. имѣли извѣстное матеріальное значеніе прежде, нежели появились *demonstratio* и *condemnatio*, какъ *partes formulae*, такъ же точно должно было быть и со словомъ „*intendere*“. Всѣ эти матеріальныя понятія не произведены отъ *partes formulae*, а напротивъ самыя эти *partes formulae* получили свое названіе отъ того матеріальнаго содержанія, которое онѣ заключаютъ.

Выраженія „*intentio*“, „*intendere*“ принадлежать къ категоріи тѣхъ понятій, которыя легче понять, чѣмъ опредѣлить. Въ общемъ *intendere* значитъ—осуществлять, нѣчто утверждать съ цѣлью признанія его передъ тѣмъ лицомъ, которое имѣетъ на это право и обязанность, т. е. передъ магистратомъ, и на первомъ мѣстѣ передъ преторомъ. Если мы сопоставимъ это понятіе съ понятіемъ *agere*, то окажется, что оба эти понятія вполне совпадаютъ между собой: *intendere* составляетъ содержаніе, внутренней смыслъ всей той дѣятельности истица, которая охватывается словомъ *agere*. *Intentio* представляетъ поэтому то, что осуществляется, что утверждается, т. е. именно то, что называется *матеріальнымъ основаніемъ иска*.

Само собою разумѣется, что „*intendere*“ начинается съ того момента, когда истецъ впервые появляется передъ преторомъ и за-

---

<sup>1)</sup> Иногда высказывается мнѣніе, что въ формулахъ *in factum* вовсе нѣтъ никакой *intentio*. Ср. напр. *Puchta* (Inst. § 165), который думаетъ, что въ этихъ формулахъ „въместо *demonstratio*... и *intentio* является описаніе фактовъ“... Это мнѣніе на первый взглядъ находитъ себѣ опору въ словахъ самого Галя (IV. 45); но оно не можетъ быть признано правильнымъ: ср. того же Галя IV. 60, гдѣ онъ говоритъ о формулѣ *depositi in factum concepta*: „*in ea vero, quae in factum concepta est, statim initio intentionis*“... „*quia in intentione plus pos (uisse videtur)*“...

являетъ что-либо, какъ основаніе своего желанія получить *judicium*. Если мы будемъ имѣть въ виду именно этотъ моментъ, то мы замѣтимъ тотчасъ, что здѣсь возможны для истца двѣ различныя ситуаціи.

Въ одномъ случаѣ истецъ начинаеть съ заявленія „*aio fundum Cornelianum meum esse ex jure Quiritium*“, „*aio N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> C mihi dare oportere*“ и т. д. Въ процессѣ *per legis actiones* эти заявленія выливались въ опредѣленные словесныя формулы; въ процессѣ формулярномъ необходимость этихъ формулъ отпала и истецъ могъ выразить свою претензію въ какихъ угодно словахъ,—но и въ эту эпоху существеннымъ юридическимъ содержаніемъ его заявленій остается то же самое „*aio jus mihi esse*“. Т. обр. истецъ здѣсь заявляетъ и осуществляетъ свое *право*—*jus suum intendit, in jus agit*, и мы имѣемъ вслѣдствіе этого *intentio juris, actio in jus*.

Заявленіе истца является затѣмъ опредѣляющимъ моментомъ для требуемой имъ формулы. Если истецъ говоритъ „*fundum Cornelianum ex jure Quiritium meum esse aio*“, то преторъ можетъ и долженъ дать формулу „*si p. fundum Cornelianum A<sup>i</sup> A<sup>i</sup> esse*“; если истецъ заявляетъ „*N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> C mihi dare oportet*“, то претору не остается ничего другаго, какъ написать „*si p. N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C dare oportere*“.

Очевидно, что подобныя заявленія со стороны истца мыслимы только въ томъ случаѣ, если онъ опирается на какое либо принадлежащее ему гражданское право; вслѣдствіе этого только гражданскіе иски суть иски, построенные на правѣ, только гражданскіе иски суть *actiones in jus conceptae*.

Но какъ обстоятъ дѣло въ томъ случаѣ, если истецъ не можетъ сослаться на свое *jus civile*: что можетъ онъ привести передъ преторомъ, какъ основаніе своей просьбы о *judicium*? Естественнымъ отвѣтомъ казалось бы—преторское право, слѣдовательно, хотя и не гражданское, но все-таки право, *jus*. Взглянемъ однако нѣсколько ближе.

Конечно, большинство преторскихъ исковъ было установлено въ преторскомъ эдиктѣ, т. е. объявлено посредствомъ клаузулы „въ такомъ-то и такомъ-то случаѣ *judicium dabo*“ и снабжено соотвѣтствующей формулой;—но мы говорили уже, что этимъ не исчерпывалась вся полнота преторской власти и дѣятельности. Преторъ могъ въ каждомъ конкретномъ случаѣ, гдѣ это казалось ему справедливымъ и целесообразнымъ, давать совершенно новыя иски и образовывать

совершенно новыя формулы. Представимъ же себѣ положеніе того, кто хотѣлъ бы получить отъ претора такой новыи, въ эдиктѣ не предусмотрѣнный искъ: что могло это лицо привести претору для обоснованія своей просьбы? Конечно, *ничего другаго, кроме извѣстнаго объективно положенія дѣла, извѣстнаго объективнаго комплекса фактовъ*, которые по отношенію къ нему-истцу—являются зломъ и нарушаютъ его (по его мнѣнію—справедливые) интересы. Эти факты заявляетъ онъ претору, чтобы побудить послѣдняго къ авторитетному вмѣшательству; на эти факты ссылается онъ для обоснованія своей просьбы,—и вслѣдствіе этого вполне понятно, что онъ *factum intendit, in factum agit*.

Можетъ, правда, иногда случиться, что даже въ томъ случаѣ, когда истецъ имѣетъ гражданское право и на него ссылается передъ преторомъ, онъ въ то же время указываетъ и на извѣстные факты, изъ которыхъ возникло это право, и требуетъ включенія ихъ въ формулу въ качествѣ *praescriptio*,—но здѣсь это указаніе на факты имѣетъ совершенно другое значеніе. Они приводятся здѣсь не для того, чтобы обосновать искъ—искъ уже и безъ того обоснованъ,—а лишь для того, чтобы тѣснѣе ограничить его извѣстной *causa* (*causa adjecta agere*), чтобы точнѣе индивидуализировать спорное правоотношеніе. Напротивъ, въ томъ случаѣ, когда истецъ не имѣетъ гражданского права, приведеніе фактовъ является самымъ обоснованіемъ и оправданіемъ иска; эти факты составляютъ основу истцовой претензіи на полученіе *judicium* и образуютъ поэтому самое матеріальное основаніе иска.

Такъ обстоитъ дѣло въ томъ случаѣ, когда истецъ желаетъ получить искъ, непредусмотрѣнный въ эдиктѣ (одну изъ тѣхъ спорадическихкихъ *actiones in factum*, о которыхъ мы говорили въ предыдущемъ параграфѣ), когда, слѣдовательно, о преторскомъ правѣ въ лицѣ истца еще не можетъ быть рѣчи. Измѣняется-ли однако положеніе тогда, когда дѣло идетъ объ искѣ, уже установленномъ въ эдиктѣ?

Мы уже говорили, что развитіе преторской системы—по крайней мѣрѣ въ значительномъ количествѣ случаевъ—начинается не съ установленія общей нормы въ эдиктѣ, а гораздо раньше—съ отдѣльныхъ, спорадическихкихъ примѣровъ преторскаго вмѣшательства въ частныхъ конкретныхъ случаяхъ, что устанавливаемая въ эдиктѣ норма является лишь обобщеніемъ этихъ частныхъ случаевъ. Если эта точка зрѣнія вѣрна, то посмотримъ ближе, какое значеніе имѣли эти общія нормы эдикта; какой смыслъ могли имѣть эти клаузулы „въ такомъ-то

и такомъ-то случаѣ *judicium dabo*“, если преторъ и безъ того могъ давать объявляемые такимъ путемъ иски?

Мы можемъ представлять себѣ вопросъ только слѣдующимъ образомъ. Пока искъ не объявленъ въ эдиктъ, пока дѣло идетъ, слѣдовательно, объ одной изъ такихъ случайныхъ *actiones in factum*, истецъ въ каждомъ данномъ случаѣ долженъ излагать претору всѣ факты, которые являются основаніемъ его жалобы; преторъ съ своей стороны каждый разъ долженъ выслушивать всѣ эти факты, чтобы затѣмъ рѣшить, достойна-ли просьба истца удовлетворенія или нѣтъ. Но въ правовой жизни общества извѣстные факты повторяются часто съ большей или меньшей статистической правильностью. Преторъ т. обр. долженъ былъ часто выслушивать сегодня то, что онъ уже слышалъ вчера и что онъ—по своему опыту—можетъ разсчитывать услышать завтра и послѣзавтра. Естественно, что при такомъ условіи для подобныхъ часто повторяющихся случаевъ преторъ пришелъ къ мысли какое или иное свое рѣшеніе опубликовать разъ навсегда: если кто-либо будетъ ссылаться на такіе-то и такіе-то факты,—*judicium dabo, restituam, ratum non habebo* и т. д. <sup>1)</sup>). Такимъ путемъ возникаетъ эдиктъ, который впоследствии повторяется преемникомъ по должности и мало по малу превращается въ *edictum tralatitium* <sup>2)</sup>).

---

<sup>1)</sup> На такое значеніе эдикта указываетъ между прочимъ и встрѣчающееся часто въ эдиктѣ выраженіе: „*si... dicitur*“, ср. напр. „*quae dolo malo facta esse dicentur... judicium dabo*“ (fr. 1. 1 D. 4. 3.), „*quod cum minore XXV annis natu gestum esse dicitur... animadvertam*“ (fr. 1. 1. D. 4. 4) и т. д. *Jernburg* (Untersuchungen über das Alter и т. д. в Festgaben der Berl. Fak. für Heffter 1878. S. 103) думаетъ, что этотъ способъ выраженія обнаруживаетъ сравнительно болѣе позднее происхожденіе данныхъ клаузулъ.

<sup>2)</sup> Приблизительно такъ же представляетъ развитіе преторскаго эдикта и его юридическое значеніе *Schulze* въ его „*Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung*“ (1883). „*Es ist ganz unzweifelhaft, говоритъ онъ (стр. 368—369), dass die neuen Rechtsanschauungen und die neuen Sätze, welchen die Prätores in ihrer Rechtsprechung allmählich in überwältigender Menge und Bedeutung Eingang verschafften, nicht sofort als abstracte Rechtssätze ins Leben getreten, und als solche fix und fertig in das Edict oder in dem demselben beigefügten Album als verheissene Formeln aufgetreten sind, sondern dass alle diese neuen Rechtsschöpfungen, wie Z. B. der publicianische Schutz des Pfandrechtes, der bonae fidei possessio, die bonorum possessiones, der servianische Schutz des Pfandrechtes, der quasi-servianische Schutz der Hypothek, alle übrigen actiones in factum, actiones ficticiae, actiones mit Umstellung der Subjecte u. s. w. zunächst im individuellen Fall und in mehreren individuellen Fällen durch concrete RechtsgröÙe, d. h. durch concrete formulae, vielleicht erst unvollkommener dann allmählich vollkommener als Recht geboten worden sind, bevor sie dann, nach*

Т. обр. первое и ближайшее значение преторского эдикта состоит в томъ, что въ немъ преторъ очерчиваетъ тѣ сиплленія чисто фактическихъ отношеній, тѣ комплексы фактовъ, при наличности которыхъ онъ обшцаетъ свое (такое или иное) вмѣшательство.

Вслѣдствіе объявленія даннаго иска въ эдиктѣ, положеніе истца измѣняется только въ томъ отношеніи, что онъ теперь вмѣсто подробнаго изложенія всѣхъ фактовъ, лежащихъ въ основаніи его претензіи, являясь къ претору, можетъ сказать просто: дай мнѣ такую-то выставленную *in albo* формулу. Съ внѣшней стороны его положеніе теперь кажется такимъ же, въ какомъ находится истецъ, имѣющій за собой цивильное право, такъ какъ въ эдиктѣ находились и формулы цивильныхъ исковъ. Однако за этимъ внѣшнимъ, практическимъ равенствомъ скрывается глубокое внутреннее, юридическое неравенство, котораго мы ни въ какомъ случаѣ не должны упускать изъ виду. Въ требованіи находящейся въ эдиктѣ цивильной формулы заключается заявленіе требующаго о своемъ цивильномъ правѣ; напротивъ, когда истецъ требуетъ преторскую формулу, онъ заявляетъ только о томъ, что въ его лицѣ исполняются такіа или нныя *фактическия условія*, которыя указаны въ эдиктѣ. *Основаніемъ его просьбы, содержаніемъ ея intentio* остается и въ этомъ случаѣ только известное объективное положеніе *дѣль, только factum*—совершенно такъ же, какъ и въ томъ случаѣ, если желаемый искъ еще не нашелъ себѣ мѣста въ эдиктѣ.

Этимъ объясняется вполне попятно, почему всѣ преторскіе иски—какъ не находящіеся въ эдиктѣ, такъ и находящіеся въ немъ—суть *actiones in factum*.

Какъ затѣмъ—на основаніи фактовъ, приведенныхъ истцомъ или указанныхъ въ эдиктѣ—будетъ составлена формула, это уже второй

---

fortgeschrittener Ausbildung und Abklärung der neuen Institute in die allgemeinen in formatorischen Rechtsverhältnissen, d. h. in edictum tralatitium aufgenommen sind“.—Юридическій характеръ преторскаго эдикта *Schulze* опредѣляетъ такъ: „Das magistratische Edict ist nicht Rechtssatzung, sondern es ist nur eine informatorische Verlautbarung des Magistrates darüber, was er in den concreten Fällen als Recht zu setzen beabsichtigt. Es macht nicht Recht, sondern ist nur eine Verlautbarung vom Rechts-Inhalt; es ist nicht Rechtssatzung, sondern nur eine informatorische Rechtsverhältnissung. Recht macht erst die formula“ (S. 363). — Объ этой интересной книгѣ и оригинальныхъ воззрѣніяхъ автора на структуру римскаго процесса будетъ идти рѣчь подробнѣе во второй части настоящаго сочиненія.

вопросъ, хотя и имѣющій существенное значеніе для *judicium*, но совершенно безразличный для природы иска и его характеристики. Разрѣшеніе этого вопроса есть уже гораздо больше дѣло претора, чѣмъ истца. Разъ преторъ призналъ претензію послѣдняго справедливой и заслуживающей удовлетворенія, то ужъ онъ и позаботится гораздо лучше истца о томъ, чтобы обезпечить за этой претензіей наилучшій успѣхъ *in iudicio*. Въ одномъ случаѣ онъ прямо перечислитъ въ формулѣ тѣ факты, которые были заявлены истцомъ *in iure*, въ другихъ употребитъ факцію или перестановку субъектовъ,— но вслѣдствіе такой или иной технической редакціи формулы первоначальная *intentio* истца не можетъ потерять характера *intentio in factum* и приобрѣсти свойство *intentio in jus concepta*.

Нѣтъ необходимости, далѣе, чтобы преторъ включалъ въ формулу дѣйствительно всѣ тѣ факты, которые необходимы для обоснованія иска: нѣкоторые изъ нихъ могутъ быть фактически провѣрены самимъ преторомъ; тогда судья (*judex*) нечего съ ними дѣлать, и они могутъ вовсе не упоминаться въ формулѣ. Такъ напр. *formula ficticia bonorum possessoris* гласитъ просто „*si A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> L<sup>o</sup>. Titio heres esset, tum si pareret N<sup>m</sup> N<sup>m</sup> A<sup>o</sup> A<sup>o</sup> C dare oportere, condemnna*“; вопросъ о наличности въ лицѣ истца эдиктальныхъ предположеній *bonorum possessio* не поднимается въ формулѣ ни единымъ словомъ и вовсе не восходитъ на разсмотрѣніе судьи. А между тѣмъ передъ преторомъ истцомъ для обоснованія своего иска приводились два обстоятельства: во-первыхъ, что онъ — *A<sup>s</sup> A<sup>s</sup>*—на основаніи преторскаго эдикта призывается къ *bonorum possessio* послѣ умершаго *L. Titius*, и во-вторыхъ, что *N<sup>s</sup> N<sup>s</sup>* былъ долженъ *L<sup>o</sup>. Titio*. Изъ этихъ двухъ фактовъ въ формулѣ условіемъ *condemnatio* ставится только второй, ибо первый провѣренъ самимъ преторомъ <sup>1)</sup>.

*Actio* и *formula* находятся, конечно, въ извѣстной зависимости другъ отъ друга, но эта зависимость какъ разъ противоположна той, какую усматриваетъ господствующее ученіе: не природа иска опредѣляется концепціей формулы, а напротивъ—концепція формулы опре-

<sup>1)</sup> Ср. *Lencl. Edict. S. 143*: „*Wurde von Seiten dessen, gegen den der bonorum possessor klagte, das Vorhandensein der edictalen Voraussetzungen der bonorum possessio bestritten, und war der Streitpunkt nicht ohne Weiteres spruchreif, so wurde dem Beklagten analog der procuratorischen exceptio mangels Vollmacht... eine exceptio „si A<sup>s</sup> A<sup>s</sup> ex edicto praetoris bonorum possessio data est“ ertheilt*“.

дѣляется природой иска. Эта же послѣдняя дается сама собою такимъ или инымъ матеріальнымъ основаніемъ иска.

При такой постановкѣ вопросъ о дѣленіи римскихъ исковъ на *actiones in jus* и *in factum conceptae* существенно измѣняется. Онъ перестаетъ быть вопросомъ о незначительномъ формальномъ различіи въ способахъ составленія исковыхъ формулъ, какъ онъ трактовался до сихъ поръ,—а становится вопросомъ о глубокомъ внутреннемъ различіи въ самомъ юридическомъ характерѣ цивильныхъ и преторскихъ исковъ. Цивильные иски суть *actiones in jus*, потому что матеріальнымъ основаніемъ ихъ является *право* истца; преторскіе иски напротивъ суть *actiones in factum*, потому что съ юридической точки зрѣнія въ основѣ ихъ лежитъ простое объективное положеніе дѣль, простое *factum*. Такимъ образомъ мы приходимъ къ тому выводу, что *въ глубинѣ римскаго правосознанія цивильные иски представлялись исками изъ права, а преторскіе—исками изъ факта.*

Вмѣстѣ съ этимъ предъ нами открываются чрезвычайно широкія перспективы въ смыслѣ болѣе правильнаго и болѣе яснаго пониманія юридическаго характера римской цивильной и преторской системы, въ смыслѣ надлежащаго уясненія природы извѣстнаго дуализма въ римскомъ правѣ. Но изслѣдованіе этихъ перспективъ должно быть отложено до слѣдующей—второй—части; здѣсь же, не антиципируя того, что должно еще точнѣе быть выяснено тамъ, ограничимся въ заключеніе настоящей работы только слѣдующими нежизненными словами.

Постепенное возникновеніе въ частныхъ конкретныхъ случаяхъ преторскихъ исковъ и ихъ развитіе потомъ въ цѣлую сложную систему преторскаго эдикта обнаруживаетъ намъ неоспоримо, что для римскаго правосознанія простыя фактическія отношенія, простое *factum* не было чѣмъ-то юридически безразличнымъ, какъ напр. для насъ. При извѣстныхъ условіяхъ и простое *factum* могло вызвать преторское воздѣйствіе, а вмѣстѣ съ нимъ и извѣстныя юридическія послѣдствія.

Въ какихъ именно случаяхъ и какимъ именно образомъ воздѣйствовать,—это было повидимому *de jure* предоставлено вполне свободному усмотрѣнію претора, и это дѣлало его дѣйствительно полнымъ хозяиномъ въ обширной области граждански—правовыхъ отношеній, ставило его дѣйствительно въ положеніе *custos juris civilis*. А вмѣстѣ съ этимъ такое положеніе давало ему возможность слѣдо-

вать тотчасъ за малѣйшими измѣненіями въ житейскихъ отношеніяхъ и въ народномъ правосознаніи.

Существованіемъ такой своеобразной фигуры въ системѣ римскаго государственнаго права и объясняется необычайное развитіе римскаго гражданскаго права въ гораздо большей степени, чѣмъ (впрочемъ справедливо) прославленной специфической способностью римлянъ къ юридическому мышленію и творчеству. Благодаря существованію претора, римское право имѣло то—неизвѣстное намъ—преимущество, что для своего развитія оно не нуждалось въ формѣ закона. Можно съ увѣренностью сказать, что при нашемъ государственномъ устройствѣ, при необходимости создавать особый законъ для всякаго мельчайшаго измѣненія въ области гражданско-правовыхъ отношеній, римское право никогда не достигло бы той удивительной стройности и выработанности, которую мы въ немъ находимъ. Законъ (lex) предполагаетъ всегда уже образовавшееся сознаніе народа, его твердое убѣжденіе въ необходимости и полезности известной нормы. Но такое сознаніе вырабатывается трудно и медленно. Преторъ при содѣйствіи юриспруденціи идетъ этому народному убѣжденію навстрѣчу: онъ показываетъ сначала народу, какъ та или другая норма дѣйствуетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ на практикѣ, какъ она отзывается въ самой жизни, — и только потомъ (при выборѣ новаго претора, при составленіи новаго эдикта и т. д.) возникаетъ вопросъ объ одобреніи этой нормы народнымъ правосознаніемъ. Если практическіи послѣдствія ея оказались выгодными и соответствующими новымъ потребностямъ жизни, то это одобреніе получится теперь легче, чѣмъ при обсужденіи абстрактно формулированнаго законопроекта, — совершенно такъ же, какъ легче получить отъ dominus negotii ratihabitio уже хорошо удавшейся сдѣлки, чѣмъ согласіе на нее заранее, когда исходъ еще неизвѣстенъ. *Преторскія мѣропріятія и преторскій эдиктъ имѣютъ такимъ образомъ въ общемъ процессъ развитія римскаго права значеніе предварительной юридической пробы.*

Хотя формально свободное усмотрѣніе претора ничѣмъ не ограничено, но матеріально преторъ стоитъ, конечно, не вѣдь народа. Симпатіи и воззрѣнія послѣдняго заложены въ немъ самою жизнью; но они даны ему только какъ зародышъ, какъ болѣе или менѣе неопредѣленное чувство. Преторъ т. е. культивируетъ въ себѣ этотъ зародышъ, превращаетъ его въ опредѣленное юридическое понятіе и въ такомъ видѣ возвращаетъ его снова народу. Но само собою ра-

зубѣтся, что процессъ развитія совершается при этомъ значительно быстрее, чѣмъ еслибы онъ было предоставленъ трудной и медленной работѣ всего общества, всей народной массы въ цѣломъ.

Конечно, такой порядокъ, такая чрезвычайная власть претора представляла и опасности—и, прежде всего, всегда возможную неувѣренность гражданскаго оборота. Римляне не могли не видѣть этихъ опасностей, но они безъ сомнѣннн разсуждали такъ, что въ общей экономнн юридической жизни возможныя отъ таковаго порядка невыгоды съ избыткомъ окупаются его выгодами. Давно стала трюмзомъ поговорка, что римляне изъ всѣхъ ножей предпочитали самые острые. И конечно такіе ножи были по рукѣ только такому народу, какъ римляне—народу, жившему (по крайней мѣрѣ въ періодъ республики) полной сознанія и дѣятельности общественной жизнью.

Благодаря такой своеобразной постановкѣ римской претурн, въ Римѣ рядомъ *съ системой права* въ собственномъ смыслѣ (*jus civile*) мало по малу изъ сферы чистаго, безразличнаго факта выдѣляется и развивается *система т. ск. регламентированнаго факта* или система предварительнаго, *пробнаго права* (*jus honorarium*). Это пробное право не отмѣняетъ собою системы цивильнаго права, а лишь можетъ отстранить примѣненіе послѣдняго въ данномъ конкретномъ случаѣ. Конечно, по мѣрѣ того, какъ изъ отдѣльныхъ частныхъ случаевъ преторской юрисдикціи постепенно вырабатывается общая норма и эта общая норма дѣлается прочной составною частью *edictum tralatitium*,—проба т. ск. кончена; такая норма получила фактически *gatihabitio* народнаго правосознанія и сама стала частью этого послѣдняго. Вмѣстѣ съ тѣмъ система преторскаго эдикта пріобрѣтаетъ мало по малу фактически характеръ дѣйствительной правовой системы и для полнаго превращенія въ таковую она нуждается еще только въ *юридической* санкціи народа. Римляне однако не заботились о такомъ завершенн зданія, о превращенн отвердѣвшей массы эдикта въ *jussus populi*, а вмѣстѣ съ тѣмъ въ *jus*; *фактически* преторскій эдиктъ функционировалъ, какъ нормальный и прочный кодексъ,—а это было самое важное для оборота, которому нѣтъ дѣла до юридическихъ сущностей и юридическихъ конструкцій. И, такимъ обр., даже въ эпоху классическаго права преторская система, т. наз. преторское право, въ юридической сущности своей оставалось по прежнему лишь *системой административно регламентированнаго факта*.

---