

Гусаков А.

**Деликты и договоры, как
источники обязательств в
системе гражданского права
древнего Рима**

**Москва
«Книга по Требованию»**

УДК 304
ББК 60.5
Г96

Г96 **Гусаков А.**
Деликты и договоры, как источники обязательств в системе гражданского права
древнего Рима / Гусаков А. – М.: Книга по Требованию, 2012. – 244 с.

ISBN 978-5-4241-4542-1

ISBN 978-5-4241-4542-1

© Издание на русском языке, оформление
«YOYO Media», 2012

© Издание на русском языке, оцифровка,
«Книга по Требованию», 2012

Эта книга является репринтом оригинала, который мы создали специально для Вас, используя запатентованные технологии производства репринтных книг и печати по требованию.

Сначала мы отсканировали каждую страницу оригинала этой редкой книги на профессиональном оборудовании. Затем с помощью специально разработанных программ мы произвели очистку изображения от пятен, клякс, перегибов и попытались отбелить и выровнять каждую страницу книги. К сожалению, некоторые страницы нельзя вернуть в изначальное состояние, и если их было трудно читать в оригинале, то даже при цифровой реставрации их невозможно улучшить.

Разумеется, автоматизированная программная обработка репринтных книг – не самое лучшее решение для восстановления текста в его первоизданном виде, однако, наша цель – вернуть читателю точную копию книги, которой может быть несколько веков.

Поэтому мы предупреждаем о возможных погрешностях восстановленного репринтного издания. В издании могут отсутствовать одна или несколько страниц текста, могут встретиться невыводимые пятна и кляксы, надписи на полях или подчеркивания в тексте, нечитаемые фрагменты текста или загибы страниц. Покупать или не покупать подобные издания – решать Вам, мы же делаем все возможное, чтобы редкие и ценные книги, еще недавно утраченные и несправедливо забытые, вновь стали доступными для всех читателей.



Серия Книжный Ренессанс

www.samizday.ru/reprint

О Г Л А В Л Е Н И Е.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

	<i>Стр.</i>
ВВЕДЕНИЕ.....	1—20
1. Общій обзоръ литературы о XII таблицахъ и характеристика направлений въ изученіи этого памятника, 1—7. Цѣль изслѣдованія, 7. Краткая характеристика памятника децемвировъ, 8—10.	
2. Соціальныя и экономическія основы жизни древняго Рима, 10—18.	
3. Характеръ и элементы права, развивающагося на этихъ основахъ, 18—20.	
ГЛАВА I.....	21—42
Соотношеніе вещныхъ и обязательственныхъ правъ и вещныхъ и личныхъ исковъ, 21. Было ли извѣстно древнѣйшей римской системѣ различіе между вещнымъ и обязательственнымъ правомъ? Свидѣтельство Галя о личномъ искѣ и выводы Крюгера и Купце, 22. Теорія Купце о трехъ фазисахъ въ процессѣ образованія обязательствъ, 23—25. Карлова, Кюккь, Cogliolo и Арнольдъ, 25—26. Аргументація Крюгера въ доказательство теоріи Купце, 26. Взглядъ Крюгера на формы процесса per legis actionem и предложенное имъ пониманіе Галя, 27—28. Подлинныя свидѣтельства Галя и подтвержденіе ихъ у Валеріа Проба 28—31. Необходимая поправка Галя въ вопросѣ о древнѣйшемъ способѣ осуществленія правъ, 31—33. Различныя функція и первоначальный характеръ legis actio per manus injectioem. Роль vindex'a, 33—37. Причины общаго отрицанія личныхъ исковъ и принципиальнаго дѣленія правъ на вещныя и обязательственныя въ системѣ XII таблицъ, 38—42.	
ГЛАВА II.....	43—64
Взглядъ ссвременной литературы на способы установленія обязательствъ въ древнемъ правѣ, 43—45.	
1. Доводы романистовъ въ пользу приоритета формальныхъ договоровъ, 45—47. Несостоятельность этого взгляда: его апіорный характеръ, логически вытекающее изъ него смѣшеніе формальныхъ и консензуальныхъ договоровъ, несогласіе его съ историческими представленіями о примитивномъ правѣ, 47—51.	
2. Доктрина германистовъ (Франкенъ) и романистовъ (Іерингъ, Беккеръ и Карстенъ) о приоритетѣ реальныхъ договоровъ, 51—54. Взглядъ Іеринга на исторію развитія договоровъ, 54—56.	

- 3. Искусственность общепринятой систематки договоровъ, 56—57. Сбивчивость и непригодность современной терминологіи въ приложеніи къ институтамъ древняго права, 58. Въ первоначальномъ своемъ видѣ *mancipatio* и *nexum* не были ни формальными, ни реальными договорами, 58—64.

ГЛАВА III. 65—78

- 1. Коренная ошибка современныхъ теорій по вопросу о первоначальномъ источникѣ обязательственнаго права, 65—67.
- 2. Гипотеза Гримма о деликтѣ какъ объ исходномъ моментѣ въ развитіи обязательствъ, 67—68. Выводы Гейслера о процессѣ образованія обязательствъ изъ деликта въ германскомъ правѣ, 69—72.
- 3. Значеніе приведенной гипотезы германистовъ и подтвержденіе ея свидѣтельствами древнѣйшихъ памятниковъ различныхъ системъ, 72—76. Вытекающая изъ этикъ свидѣтельствъ древнѣйшая точка зрѣнія на силу и значеніе договоровъ, 77—78.

ГЛАВА IV. 79—108

- 1. Значеніе изложенной въ предыдущей главѣ теоріи германистовъ для римскаго права, 79. Положенія нѣкоторыхъ романистовъ о значеніи деликта для обоснованія обязательной силы договоровъ, 80—81.
- 2. Деліктная стадія въ развитіи нѣкоторыхъ институтовъ древнѣйшаго римскаго права. Защита деликтными исками права собственности и неформальныхъ договоровъ, 81—83. Показка въ классическомъ правѣ и въ правѣ XII таблицъ, 83—88. Деликтное основаніе обязанности опекуна по XII таблицамъ. Характеръ *actio rationibus distrahendis* и *actio tutelae*. 88—90. Ссуда въ древнемъ правѣ, 90. Взглядъ на нарушеніе договора ссуды какъ на деликтъ, 91. Слѣды этого взгляда въ классическомъ правѣ,—92. Позднее возникновеніе (VII в.) спеціальнаго иска изъ договора порученія и существованіе до этого времени деликтныхъ исковъ—*actio depensi* и *a. legis Aquiliae*, 93—95. Деликтная стадія въ исторіи развитія договора товарищества, 95—98.
- 3. Мнѣніе, объясняющее позднее возникновеніе судебной защиты матеріальныхъ договоровъ первоначальной чистотой древне-римскихъ правовъ. Неисторическій характеръ этого представленія, 98—104.
- 4. Различіе точекъ зрѣнія древняго и классическаго римскаго права на нарушеніе довѣрія (*fides*). 104—106. Деликтная стадія развитія договоровъ въ древнѣйшихъ системахъ различныхъ народовъ, 106—108.

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Источники древнѣйшаго римскаго обязательственнаго права.

Д Е Л И К Т Ы.

ГЛАВА V. 111—124

- 1. Соотношеніе нормъ о *delicta publica* и *delicta privata* въ системѣ XII таблицъ, 111—112. Реализація требованій, возникающихъ изъ деликтовъ, посредствомъ частныхъ исковъ, 112—114.

2. Частная месть в царских законах, 115—116. Следы частной мести в законах XII таблиц, 116—117. Тариф вознаграждений за последствия деликтов и способ его установления, 118—119.
3. Общий характер постановлений о деликтах в XII таблицах и в других памятниках древних законодательств, 120—121. Общепринятое деление деликтов и историческая классификация их, 121—123. Краткий перечень деликтов, обложенных определенным денежным вознаграждением, 123—124.

ГЛАВА VI 125—158

1. Постановления XII таблиц об обладах. Общий характер их, 125—126. Определение *membrum ruptio*, 126—127. Репрессия за увечья, 128. Право на тальон и прекращение его посредством соглашения (*pactio*) об уплате композиции, 129—132.
2. Постановления XII таблиц об отдельных видах кражи, 132—137. Аналогичные постановления в юридических системах других народов, 137—138. Применение нормы XII таблиц о *furti manifestus*, 138—141. Различие *a. furti manifesti* и *a. furti nec manifesti* с точки зрения устанавливаемого ими размера выкупа, 142—143.
3. Постановления XII таблиц об имущественных повреждениях, 143—146. Иски XII таблиц об имущественных повреждениях, произведенных животными и рабами, 146—148. Объяснение приведенных постановлений XII таблиц на основании исторических аналогий, 148—150. Особенности нокальных исков, их применение и деликтный характер, 150—152. Существование наряду с *poxae deditio* особого процессуального средства—*actio vergi*, 152—154. Осуществление нокальной ответственности в эпоху XII таблиц путем особых договоров о выкупе, 154—158.

ОТДЕЛЪ ТРЕТІЙ.

Источники древнѣйшаго римскаго обязательственнаго права.

Д О Г О В О Р Ы .

ГЛАВА VII 161—186

- Причины слабого развития договорного обязательственного права в системѣ XII таблиц, 161—164.
1. Значение *mancipatio*, какъ сделки на „наличныя“. Вещный характеръ манипуляционной купли, 164—166. Имагинарный характеръ позднѣйшей манипуляции, 166—167.
 2. Общепринятое толкованіе постановленія XII таблиц: *cum nexum faciet mancipiumque...* и его несогласіе съ данными историческаго развитія договорнаго права, 167—169. Истинный смыслъ этого постановленія, 169—171.
 3. Фидуціарная манипуляция и оборотныя функціи ея, 171—172. Случаи примѣненія фидуціарной манипуляции въ сферѣ права вещнаго, семейственнаго, наследственнаго и особенно обязательственнаго, 172—176. Юридическая структура фидуціарныхъ сделокъ. *Actio fiduciae*. Основаніе этого иска и время возникновенія его. 176—179.

4. Личный искъ въ связи съ мандициационною куплею-продажею, 179. Вопросъ объ основаніи и квалификаціи <i>actio auctoritatis</i> : свидѣтельства Павла, Варрона и Плавта, 180—182; догматическій анализъ основаній эвнционнаго иска, 182—184. Тождество послѣдствій, сопровождающихъ <i>actio auctoritatis</i> и <i>a. furti nec manifesti</i> , 184—185. Замѣчаніе объ основномъ характерѣ мандициаци и вытекающихъ отсюда послѣдствійхъ, 185—186.	
ГЛАВА VIII	186—220
Пехум, какъ источникъ обязательственныхъ отношеній въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ, 187. Споры о природѣ этого договора, 187—189.	
1. Характеристика договора пехум по его предмету, 189—190. Область его примѣненія, 190—191.	
2. Способъ совершенія договора пехум, 191—192. Значеніе отдельныхъ частей торжественнаго акта пехум, 192. Теорія Гунке о силѣ и юридическомъ знаніи <i>pexum</i> , 194—194. Критическая оцѣнка этой теоріи, 194—197.	
3. Различныя теоріи по вопросу о содержаніи и объектѣ договора <i>pexum</i> : теорія самозалога, 198—199; теорія самопродажи и продажи услугъ, 200—201; гипотеза Пунтшарта, 201.	
4. Коренная ошибка вышеуказанныхъ теорій,—отождествленіе содержанія пехум съ послѣдствіями, наступающими въ случаѣ неисполненія договора, 201—204.	
5. Юридическое положеніе должника отъ момента заключенія пехум и до наступленія срока исполненія по договору, 204—206. Личное задержаніе, какъ слѣдствіе просрочки должника, 207.	
6. Отношеніе между кредиторомъ и должникомъ, возникающее вслѣдствіе неисполненія пехум, 207—208. Выѣшательство <i>vindicta</i> , 209. Дѣйствительное значеніе слова „ <i>nexus</i> “— <i>juris vinculum</i> классическаго права и „ <i>узъ</i> “, налагаемые обязательствомъ древняго римскаго права, 210—211.	
7. Исполнительное производство, 212. Отдѣльныя стадіи его: <i>manus injectio</i> и <i>domum ductio</i> , какъ мѣры взысканія 213—216. Контроверза относительно <i>partis secanto</i> , 216—218. <i>Jus paciscendi</i> , значеніе его, 218—219. Значеніе <i>lex Poetelia</i> , 220.	
ЗАКЛЮЧЕНІЕ.	223—234

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

В В Е Д Е Н І Е.

1.

Юридическія учрежденія каждаго народа тѣснѣйшимъ образомъ связаны съ общимъ состояніемъ его культуры. Каждая эпоха развитія народа создаетъ свои особыя учрежденія. Періоду широкаго торговаго оборота соотвѣтствуютъ иные юридическіе институты, чѣмъ стадіи исключительно земледѣльческой жизни. Большое разнообразіе потребностей вызываетъ и большее разнообразіе юридическихъ формъ, въ которыхъ находятъ выраженіе и защиту житейскія отношенія.

Все это—безспорныя положенія, вытекающія изъ признаннаго всѣми взгляда на право, какъ на фактъ исторической и соціальной жизни. Въ настоящее время ихъ можно считать общеобязательными для всякаго изслѣдователя—отдаленной ли старины или различныхъ сторонъ современнаго юридическаго порядка. Вслѣдствіе такого взгляда на право и юриспруденція должна стать бытописательницей—правда, не всего безконечнаго многообразія проявленій народной жизни, а только небольшой группы ихъ, но оттого задача ея, хотя становится скромнѣе, отнюдь не теряетъ своей важности. Задача юриспруденціи всегда остается одна и таже—опредѣлить, какимъ образомъ реальная жизнь народа обнаруживается въ разнообразныхъ формахъ права. Но затрудненія, связанныя съ нею, не всегда остаются одними и тѣми же. Они особенно востаютъ тогда, когда рѣчь идетъ объ юридическихъ учрежденіяхъ, зарожденіе которыхъ относится къ глубо-

кой древности, и историческій процессъ которыхъ совершался въ эпоху, отдаленную отъ насъ болѣе, чѣмъ двадцатю вѣками.

Нѣтъ спора, что исторія институтовъ древнѣйшаго римскаго права представляетъ большія трудности вслѣдствіе отдаленности разстоянія, отдѣляющаго отъ нашихъ глазъ изслѣдуемый предметъ, и отсутствія болѣе или менѣе прочнаго матеріала, на основаніи котораго можно было бы возстановить историческій процессъ. Мы не располагаемъ обширнымъ запасомъ достовѣрныхъ, въ памятникахъ зарегистрированныхъ фактовъ, такъ какъ главный источникъ дошелъ до насъ въ такомъ видѣ, что лишь съ большимъ трудомъ и далеко не съ надлежащей отчетливостью можно составить себѣ представленіе о системѣ и содержаніи его. За отсутствіемъ полнаго и подлиннаго текста перваго римскаго кодекса, изслѣдователь принужденъ почти исключительно пользоваться отрывочными свѣдѣніями, случайно сохранившимися процессуальными формулами, нѣкоторыми фактами изъ исторіи культуры, и—сплошь и рядомъ—обращаться къ реконструкціи древнѣйшихъ формъ на основаніи болѣе извѣстнаго намъ позднѣйшаго права.

Но какъ ни скуденъ этотъ матеріалъ, онъ все-таки не можетъ быть признанъ лишеннымъ всякаго значенія: то немногое, что мы имѣемъ, способно дать намъ, говоря словами Моммсена, «живые образы или по крайней мѣрѣ намеки на нихъ»¹. Скудость достовѣрныхъ свѣдѣній обязываетъ только къ особенной осторожности, соблюдая которую изслѣдователь вполне застрахованъ отъ опасности запутаться въ лабиринтѣ противорѣчій и гипотетическихъ построеній. Фактическія данныя недостаточны для того, чтобы прослѣдить во всей подробности, такъ сказать, шагъ за шагомъ развитіе древнѣйшаго римскаго права. Однако, это еще не значитъ, что неисполнима болѣе скромная задача — изученія *основныхъ началъ и главныхъ чертъ исторіи отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ.*

Сосредоточивая вниманіе на уцѣлѣвшихъ отъ забвенія обломкахъ древнихъ институтовъ, мы можемъ составить себѣ нѣкото-

¹ Ср. также Мэнъ, древнее право, 1873, 247.

рое представлѣніе о порядкѣ зарожденія и роста ихъ,—тѣмъ болѣе, что преданіе о началахъ римскаго права и государства и есть, относительно говоря, самое достовѣрное изъ всей исторіи древняго Рима ¹. Пользуясь имъ, писатели не разъ уже пытались разсѣять мракъ, покрывающій римскія юридическія учрежденія царскаго періода и начала республики. Необходимость подвергать ихъ научной обработкѣ никогда не терялась изъ виду—ни римскими, ни позднѣйшими юристами. Самый поверхностный обзоръ юридической литературы показываетъ ², что съ момента пробужденія интереса къ древней культурѣ и до настоящаго времени право XII таблицъ неоднократно было предметомъ спеціального изученія. Правда, на первыхъ порахъ вниманіе юристовъ почти исключительно было поглощено вопросомъ о степени иноземнаго вліянія на составъ законодательства децемвировъ. Но это именно обстоятельство и было причиной того, что и самое содержаніе перваго римскаго кодекса часто подвергалось тщательному анализу. Не говоря объ извѣстной работѣ Як. Готофреда ³, даже труды Балдуина ⁴, Пату ⁵, Готомана ⁶, Марциліуса ⁷, Мерулы ⁸, Гравины ⁹, Реварда ¹⁰,—этого голландскаго Папиньяна, — Августина ¹¹, Риттергузія ¹², Гофмана ¹³ и друг. представляютъ собой опыты не только возстановить текстъ

¹ *Schwegler*, Römische Geschichte, I, стр. 62.

² *Dirksen*, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel—Fragmente, 1824. стр. 27—96. Ср. *Schoell*, Legis XII tab. reliquiae, 1866, 20—39; *Fitting*, Brachylogus, 1880, 23.

³ Legis XII tab. fragmenta; una cum ejus historia, probationibus, notis etc. (*Ottonis Thesaurus*, III t. 1733).

⁴ De leg XII tab. (Fr. *Ziletti*, Tractatus universi juris, t. I. p. 225—243, 1584 г.).

⁵ Duodecim tabularum fragmenta, 1586.

⁶ De Legibus XII tab. tripartita, 1564.

⁷ Legis XII tab. collecta et interpretamentum, (*Ottonis Thesaurus*, t. IV. p. 217—314.

⁸ Opera posthuma, 1684.

⁹ De jure naturali, gentium et XII tab. (см. ero Opera. t. I, p. 108—220, 1756).

¹⁰ Ad led. XII tab. (Fr. *Ziletti*, Tractatus, t. I, p. 244—252).

¹¹ Opera, t. I, стр. 105.

¹² Dodecadelto sive in XII tab. leges commentarius novus, 1616, p. 1—216.

¹³ Historia juris romano-antejustiniani t. II, p. 139—282, 1726.

XII таблицъ, но и интерпретировать нормы ихъ. Вышеназванные юристы и другіе, работавшіе въ томъ же направленіи, имѣли въ виду спеціальную цѣль. Но они, однако, не могли совершенно игнорировать постановленія XII таб., такъ какъ рѣшеніе вопроса о происхожденіи отдѣльныхъ законовъ и возможно только при помощи сравненія нормъ римскаго кодекса съ иноземными законами.

Едва ли, конечно, нужно прибавлять, что первые комментаріи отличаются крайней элементарностью и отрывочностью — недостатками вполне, впрочемъ, понятными и происходящими скорѣе отъ несовершенства метода и отъ неправильности избраннаго угла зрѣнія, чѣмъ отъ неполноты знаній. А если къ тому же вспомнить, что мысль объ общности происхожденія права всѣхъ античныхъ народовъ и до настоящаго времени усвоена далеко не всѣми, то стремленіе объяснить сходство учреждений прежде всего заимствованіемъ ихъ одной націей у другой висколько не покажется страннымъ. Оно не совсѣмъ чуждо даже современнымъ исследователямъ, кругъ наблюденій которыхъ гораздо шире. И теперь еще нерѣдко утверждается, что все, что въ XII таб. имѣетъ признаки юридическихъ нормъ, заимствовано изъ Египта ¹.

Подобный приѣмъ рѣдко приводитъ къ опредѣленнымъ результатамъ; но въ оправданіе его можно сослаться на дѣйствительное сходство нормъ римскаго и греческаго права — и притомъ настолько очевидное, что оно внушило и глубокимъ знатокамъ древности, какъ Куяцій, мысль о заимствованіи, совершенномъ децемвирами изъ законовъ Солона, а также Ликурга и другихъ законодателей, какъ Греціи, такъ и Италіи ². При небольшомъ усердіи и извѣстной дозѣ остроумія постановленія сходныя съ римскими можно отыскать даже въ законахъ Моисея, что, между прочимъ, и дѣлалъ Гуго Гроціи ³. И хотя сопоставленія этого рода не достигаютъ своей непосредственной цѣли, въ общемъ итогѣ

¹ *E. Revillout*, Les obligations en droit Egyptien, comparé aux autres droits de l'antiquité, 1886 г., p. LXXXI—LXXXIII.

² *Cujas*, Observ., lib. III, c. 40; l. IV, c. 12.

³ *Grotius*, De jure belli et pacis, lib. I c. 2 § 6; lib II c. 1 § 12; c. 5 § 5.