

ограничиться; что *legis actiones* не были совершенно уничтожены закономъ Эбуция—видно изъ того, что напр. долго удержалось примѣненіе *sacramentum* въ законахъ *de repetundis*, что до послѣднихъ временъ республики удержался центумвиральный судъ въ дѣлахъ *damni infecti*¹; наконецъ, по существу, формулярная система могла только примѣняться къ обязательствамъ, но не къ вещнымъ правамъ; впрочемъ и вещныя права съ помощью примѣненія *sponsiones* и *formula petitoria*² вскорѣ подпадали дѣйствию формулярной системы.

16. Преторское право, по опредѣленію Папиніана, *est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris gratia, propter utilitatem publicam*³. *Adjuvare* — охранять права, признанныя въ государствѣ, но оставленные въ данномъ случаѣ безъ гарантіи; *supplere*—примѣнять опредѣленія *jus civile* къ случаямъ непредусмотрѣннымъ; *corrigere* — исправлять право по существу съ отступленіемъ отъ буквы закона. Цѣли *adjuvandi* преторъ достигалъ съ помощью *exceptiones*, т. е. въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ по формѣ былъ *justum*, но *iniqum*, преторъ въ формулѣ вставлялъ оговорку для судьи, что онъ не долженъ постановлять приговора въ пользу истца, если факты, представленные отвѣтчикомъ, окажутся справедливыми. Цѣли *supplendi* преторы достигали съ помощью *actiones utiles*, построенныхъ бѣльшей частью на фикціи⁴, а *corrigendi*—*actiones*

¹ ib. 4. 31.

² Gaji Inst. 4 §§ 91. 92. *Ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem; siquidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur judicatum solvi, si vero per sponsionem, illa, quae appellatur pro praede litis et vindiciarum.* Примѣръ формулы *petitoria* у Cic. in Ver. lib. 2. 12. 31.

³ L. 7 Dig. 1. 1.

⁴ Gaji Inst. 4. 10. *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur..... примѣры формулы fictitia* у Гая 4.

in factum. Если невозможно было достигнуть цѣли ни однимъ изъ этихъ трехъ путей, преторы въ силу *jus decernendi* прибѣгали или къ *restitutio in integrum*, или къ *stipulationes*, или къ *missiones*. Послѣдніе пути составляли *extraordinaria cognitio* (*persecutio*)¹, между-тѣмъ-какъ первые — *ordo judiciorum*, который весь покоился на выдачѣ формулы. Формулы составлялись *ad fictionem legis actionis*. Общее раздѣленіе формулъ — *in jus* и *in factum*; *in jus*, т. е., что истецъ основываетъ свой искъ на томъ, что ему право принадлежитъ въ силу *jus civile*², всѣ же остальные формулы суть *in factum*, *in quibus nullo talis intentionis conceptio est*³; впрочемъ, существуютъ нѣкоторые иски, формулы которыхъ могутъ быть редактированы то *in jus*, то *in factum*⁴, таковы *actiones depositi et commodati*, формула которыхъ составляется *in jus*; но какъ-скоро этотъ искъ нужно предъявить *filiusfamilias*'у — формула будетъ редактирована *in factum*⁵. Раздѣленіе формулы на *in jus* et *in factum* совпадаетъ съ раздѣленіемъ формулъ на *vulgares* и *non vulgares*, — *vulgares formulae*, т. е. тѣ, которыя облачаютъ отношенія признаннаго уже права, имѣющаго опредѣленный искъ; *non vulgares* называются тѣ формулы, при которыхъ является надобность

32. «in ea forma, quæ publicano proponitur, talis fictio est, ut quantâ pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur».

¹ L. 28 Dig. 44. 7. *Persecutio in rem vel in personam*. L. 178 § 2 Dig. 50. 16.

² Gaii Inst. 4. 45. *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... in quibus juris civilis intentio est.*

³ Ib. 4. 46.

⁴ Ib. 4. 47.

⁵ L. 9 и 13. Dig. 44. 7. *In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere.*

въ созданіи новаго иска¹. Въ каждой формулѣ должно отличать части главныя и побочныя. Къ частямъ главнымъ принадлежатъ: *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* и *adjudicatio*². Въ древней формулѣ, т. е. даваемой преторомъ *peregrinus*’омъ для рѣшенія споровъ *inter peregrinos et inter cives romanos et peregrinos*, находилось только двѣ части: 1) *demonstratio*, т. е. краткое изложеніе фактовъ, которые вызвали процессъ, *ut demonstraretur res de qua agitur*³; напр. *quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit, quod Aulus Agerius Numerium Negidium hominem deposuit, quod Auli Agerii pugno a Numerio Negidio mala percussa est, quod Numerius Negidius sillum inmisit Aulo Agerio infamandi causa*, и 2) *condemnatio*, т. е. приказаніе магистрата судья, по изслѣдованіи фактовъ, изложенныхъ въ *demonstratio*, присудить или освободить отвѣтчика, *condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur*⁴; напр. *iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna. Si non paret, absolve*. Очевидно, въ такой формулѣ не доставало заключенія истца, въ которомъ онъ изложилъ бы точно свой искъ и изъ рамокъ котораго судья не долженъ былъ выходить, — *qua actor desiderium suum concludit*⁵, т. е. доставало *intentio*, — и это понятно: *praetor peregrinus* въ спорахъ *inter peregrinos et inter cives et peregrinos* не могъ касаться вопросовъ ни о квинтеской собственности, ни объ обязательствахъ по *jus civile*; но лишь толь-

¹ L. 1 pr. Dig. 19. 5. Nonnumquam evenit ut cessantibus judiciis proditis, et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad ea, quae in factum appellantur.

² Gaji Inst. 4. 39.

³ Ib. 4. 40.

⁴ Ib. 4. 43.

⁵ Ib. 4. 41.

во употребленіе формулъ было усвоено при рѣшеніи дѣлъ *inter cives romanos*, въ формулѣ явилась *intentio*, т. е. юридическая формулировка требованій истца, вставляемая обыкновенно между *demonstratio* и *condemnatio*; вотъ почему *intentio* сдѣлалась отнынѣ главнѣйшей частью формулы, такъ-какъ она указывала на юридическую сущность иска (*de jure quaeritur*), вслѣдствіе чего такія формулы и назывались *in jus concepta*, а древнія, въ которыхъ не было *intentio*, а существовало только фактическое изложеніе дѣла, назывались *in factum concepta*. Слѣд., видъ формулы *in jus concepta* былъ таковъ:

Judex esto.

Demonstratio. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit; qua de re agitur.

Intentio. Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, ex fide bona ejus.

Condemnatio. Id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat, si non paret, absolvito¹.

Общій же видъ формулы *in factum* былъ слѣдующій:

Recuperatores sunt.

Demonstratio. Si paret illum patronum ab illo patroni ejus liberto contra edictum illius praetoris in jus vocatum esse.

Condemnatio. Recuperatores, illum libertum illi patrono sestertium X milia condemnate, si non paret, absolvite².

При *actiones in rem* и *condictiones certi* въ формулѣ *in jus concepta* всегда не достаётъ *demonstratio*; это потому, что при указанныхъ искахъ истцу нѣтъ необходимости указывать на факты, а достаточно просто сослаться на общее право, напр. при вопросѣ о собственности истцу достаточно утверждать, что ему

¹ Ib. 4. 47.

² Ib. 4. 46 и 47 in f.

такая-то вещь принадлежит *ex jure Quiritium*¹, — въ этихъ случаяхъ *intentio* поглощаетъ демонстрацію. Обратно, иногда *demonstratio* поглощаетъ *intentio*, именно въ тѣхъ случаяхъ, когда искъ основанъ не на правѣ, но на *æquitas*, т. е. въ тѣхъ случаяхъ, которые вызываютъ *formula in factum concepta*². Наконецъ, могутъ быть случаи, когда въ формулѣ существуетъ только одна *intentio*, — таковы всѣ *præjudiciales actiones*, цѣль которыхъ не есть осужденіе *reus'a*: при этихъ искахъ судья рѣшаетъ какой-нибудь сомнительный вопросъ, который долженъ получить свое значеніе при обсужденіи другого спора, къ которому онъ какъ-бы пролагаетъ дорогу, *præjudicium faciunt aliis actionibus*, вотъ почему кругъ этихъ исковъ нельзя ограничивать одними *quaestiones status*. Слѣд. главнѣйшая часть формулы — *intentio*, и только въ *actiones in personam civiles incertæ* всѣ три части формулы необходимо должны существовать. Въ искахъ *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum* существуетъ еще 4-я часть — *adjudicatio*, которая уполномочиваетъ судью присвоить каждой сторонѣ то, что, по его мнѣнію, необходимо для раздѣла, *quantum adjudicari oportet*, *judex Titio aut Sejo adjudicato*³, и если для раздѣла необходимо взаимное присужденіе сторонъ — *adjudicatio* предшествуетъ кондемнаціи. *Intentio* есть главнѣйшая часть формулы, вотъ почему для опредѣленія природы иска нужно всегда на нее смотрѣть. Въ періодъ формулярной системы *actio* есть то процессуальное дѣйствіе, которымъ истецъ даетъ начало процессу, призывая защиту судебной власти противъ отвѣтчика, который нарушилъ его пра-

¹ L. 14 § 2 Dig. 44. 2. At cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur; neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest.

² Gaji Inst. 4. 44.

³ Ib. 4. 42.

во¹. Главнѣйшее дѣленіе исковъ есть раздѣленіе на иски вещные и личные². Это общее дѣленіе исковъ беретъ свое начало въ раздѣленіи всѣхъ правъ на вещныя и личныя. Вещное право вызываетъ всеобщую абсолютную отрицательную обязанность относительно хозяина вещи — не дѣлать ничего такого, что нарушило бы его право, слѣд. вещныя права по своей сущности могутъ быть нарушены каждымъ третьимъ лицомъ, т. е. вещныя права имѣютъ вѣднѣе объективное бытіе, а потому и вещный искъ, защищающій эти права, долженъ быть таковъ, чтобы въ случаѣ надобности могъ быть предъявленъ противъ всякаго третьяго лица, какъ нарушителя права. Такой искъ называется *in rem* или *petitio, vindicatio*, потому что этимъ искомъ лицо ищетъ своей вещи въ силу непосредственной связи своей вещи, *hanc rem meam esse ajo aut jus aliquod*, слѣд. *intentio* въ формулѣ будетъ такова: *si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse*; но такое общее указаніе права не привело бы ни къ какому результату, такъ-какъ въ *intentio* дѣлается указаніе лишь только на нарушенное право, но это право въ дѣйствительности уже нарушено, и потому нужно указать на нарушителя, на отвѣтника, что и достигается при *actio in rem* указаниемъ на лицо отвѣтника въ *condemnatio*: «*quantum ea res erit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna*». Личное право возбуждаетъ не общую абсолютную обязанность, но индивидуальную, т. е. со стороны опредѣленнаго лица, состоящаго съ истцемъ въ опредѣленныхъ отношеніяхъ, не дѣлать ничего, нарушающаго его право, слѣд. нарушеніе этого права мо-

¹ Pr. Inst. 4. 6. *Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur*. L. 8 § 1, Dig. 50. 16. *Actionis verbo non continetur exceptio*. L. 1, Dig. 44. 1. *Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est*.

² §§ 1 и 15 Inst. 4. 6.—Gaji Inst. 4. 1—5.—L. 28 Dig. 44. 7.

жетъ быть только со стороны одного или нѣсколькихъ лицъ, а потому *actio in personam* будетъ направленъ противъ одного или нѣсколькихъ опредѣленныхъ лицъ, т. е. *intentio* формула будетъ такова: «*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere praestare oportere*», *condemnatio* будетъ также содержать указаніе на лице отвѣтчика: «*id iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat, si non paret absolvito*». Для нѣкоторыхъ личныхъ исковъ существуетъ названіе *condictiones*, т. е. *condictiones* въ болѣе тѣсномъ смыслѣ слова составляютъ особый видъ личныхъ исковъ, а особенность ихъ состоитъ въ томъ, что ими требуются вещи, перешедшія въ чужое имущество, или принимаемыя за таковыя. При системѣ *legis actiones actio per condictionem* распространялся на обязательства *certa pecunia*, позже на *res certae*, — съ послѣднимъ значеніемъ *condictiones* перешли въ формулярную систему съ *intentio* «*dare oportere*» (*certain pecuniam*), а основаніемъ этихъ *condictiones* были «*pecunia data, stipulata, expensilata*» (Cic. pro Rosc. Com. 5. 14); Гай же опредѣляетъ *condictio* — «*quae intendimus dare oportere*»¹. Слѣд. въ первоначальномъ значеніи *condictiones* имѣли объектомъ *res certa*, но вскорѣ онѣ приложились къ *res incerta*, такъ-что *intentio* сдѣлалась *incerta* «*quidquid paret dare facere oportere*», и вотъ почему Гай опредѣляетъ *condictio* такимъ образомъ: «*appellantur..... in personam vero actiones quibus dare fieri oportere intendimus, condictiones*»². Выраженіе *in rem et in personam* мы встрѣчаемъ въ преторскомъ эдиктѣ³. Очевидно, *intentio* формулъ должна была необходимо принадлежать къ *in rem* или *in personam*; но, вотъ, въ § 20

¹ Gaj. Inst. 4. 18.

² Ib. 4. 5.

³ L. 9 § 1 Dig. 4. 2. Praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit a quo gestum.

Inst. 4. 6, говорится, что существуют три иска о раздѣлѣ, такъ называемые *mixtæ*. «*Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam*». Савиньи (V. § CCXVI) слова «*tam in rem quam in personam*» объясняетъ такимъ образомъ, что въ формулѣ этихъ исковъ *intentio* составляется «*in personam*», а «*adjudicatio in rem*», но мы выше видѣли, что *condemnatio* всякаго вещнаго иска составляется *in personam*, между-тѣмъ-какъ *intentio* всегда *in rem*, слѣд., держась мнѣнія Савиньи, пришлось бы сказать, что всѣ *actiones in rem* суть въ то-же время *mixtæ*. Ульпианъ даетъ прямое объясненіе этихъ словъ институтій въ томъ смыслѣ, что при *actiones mixtæ* «*uterque actor est, ut puta finium regundorum, familiæ eriscundæ, communi dividundo*»¹. *Intentio* формулы должна быть составлена или *in rem* или *in personam*, т. е. въ одной и той-же формулѣ не могутъ быть одновременно соединены² *vindicatio* и *condictio*, всегда? Нѣтъ; существуютъ личные иски *in rem scriptæ*, которые могутъ быть направлены не только противъ лица, которое сдѣлало напр. намъ насиліе, но и противъ всякаго извлекающаго изъ этого насилія себѣ пользу; типъ таковыхъ исковъ — *actio ad exhibendum*³. Къ числу *actiones in personam* могутъ быть отнесены и *interdicta*. *Interdictum* въ первоначальной своей формѣ есть не что иное, какъ приказъ, отдаваемый преторамъ по просьбѣ одной изъ сторонъ⁴; въ наиболѣе же тѣсномъ смыслѣ подъ *интердиктомъ* разумѣются преторскія запрещенія, а преторскія приказанія называются *decreta*⁵. Подробнѣе объ *интердиктахъ* мы скажемъ въ своемъ мѣстѣ.

¹ L. 37 § 1 Dig. 44. 7.

² L. 1 § 1 Dig. 13. 3.

³ Сюда-же заносятся *actio quod metus*, *actiones noxales*, *actio de pauperie*, *actio Pauliana*, *interdictum quod legatorum*.

⁴ Pr. Inst. 4. 15.—Gaj. Inst. 4. 139.

⁵ Gaj. Inst. 4. 139.

17. *Intentio* личныхъ исковъ обыкновенно заключала въ себѣ слова «*dare oportere* или *dare facere oportere*»; иногда при двухстороннихъ обязательствахъ въ *intentio* вставлялись слова «*ex fide bona*»—*quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*¹ или *uti inter bonos agier oportet*² или *sine fraudatione et quantum æquius melius*³. Въ первомъ случаѣ въ силу *intentio* *jus concepta* искъ назывался *stricti juris*, во второмъ—*actio bonæ fidei*. Разница между этими родами исковъ заключалась въ томъ, что при искахъ *bonæ fidei* присяжному (*judex*у) вѣнялось въ обязанность при произнесении приговора принять во вниманіе не только тѣ обстоятельства, которыя были указаны въ формулѣ, но и всякія другія, на которыя могла сослаться сторона при дальнѣйшемъ *in judicio* производствѣ дѣла⁴, причемъ судья еще до рѣшенія дѣла по существу прежде всего долженъ былъ примирить все доводы и возраженія обѣихъ (*ultrocitroque*) сторонъ, такъ что въ случаѣ надобности судья могъ вовсе уничтожить притязанія истца. Разница между *actiones bonæ fidei* и *actiones stricti juris* можетъ быть сведена къ такимъ положеніямъ: 1) при *actiones b. f. judex* долженъ былъ принять въ соображеніе *mores*, *aequitas* и взаимныя притязанія сторонъ⁵; между-тѣмъ-какъ при *actiones s. j.* судья уже въ формулѣ указывалось къ чему и на-сколько онъ долженъ присудить отвѣтника, если найдетъ искъ противъ

¹ Ib. 4. 47.

² Cic. Top. 17. 21.

³ Cic. pro Rose. Com. 4. 11.

⁴ § 30 Inst. 4. 6. In bonæ fidei judiciis libera potestas permittitur judici, ex bono et æquo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo eti illud continetur; ut, si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari.—Gaj. Inst. 4. 61.

⁵ Gaj. Inst. 4. 63.

него правильнымъ; 2) при *actiones b. f. mora solvendi* давала право на *usurae ex mora*, между тѣмъ какъ при *actiones stricti juris* эти *usurae* начинали течь только со времени *litis contestatio*¹; 3) только при *actiones bonae fidei* допускалась *jussurandum in litem*²; 4) только при *actiones b. f.* судья могъ принять во вниманіе всякую представленную стороною *exceptio*; при *actiones stricti juris* судья принималъ во вниманіе только тѣ *exceptiones*, которыя уже были занесены въ формулу³; 5) только при договорахъ *bonae fidei* *pacta*, прибавленные къ договору *incontinenti*, производили тотъ-же искъ, какъ и главный контрактъ, и рождали *usurae*, что не имѣло мѣста при контрактахъ *stricti juris*⁴. Бывали случаи, когда судья уполномочивался формулой обсудить спорный случай по своему *arbitrium*, *quemadmodum actori satisfieri oporteat*, — очевидно, въ такихъ случаяхъ преторъ долженъ былъ оставить *judex*’у еще болѣе большой просторъ для рѣшенія дѣла⁵, чѣмъ при *actiones bonae fidei* такъ что *judex* только тогда могъ присудить отвѣтчика, если онъ отказывался удовлетворить истца тою суммой, которую опредѣлилъ его *arbitrium* «*nisi restituat, nisi exhibeat*»⁶. Такой приказъ судьи называется *jussus* или *arbitrium*, т. е. приказъ о реституціи или объ удовлетвореніи признаннаго права истца, и если отвѣтчикъ не подчинялся такому *arbitrium*, тогда слѣдовалъ судебный приговоръ въ собственномъ смыслѣ, *sententia*, присуж-

¹ L. 38 § 7 Dig. 22. 1.—L. 22. Dig. 39. 5.

² L. 5 pr. § 4 и L. 6 Dig. 12. 3.

³ L. 3 Dig. 18. 5.

⁴ L. 7 § 5 Dig. 2. 14.

⁵ Cic. pro Ros. Com. 4 11. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: quantum æquius melius, id dari. Sen. de clementia 11. 7. Clementia liberum arbitrium habet: non sub formula, sed ex æquo et bono judicat, et absolvere illi licet, et quanti vult, taxare litem.

⁶ Gaj. Inst. 4. 163.

давший отвѣтчика иногда и къ двойной уплатѣ за непослушаніе¹. Вотъ почему судья при такой свободѣ дѣйствія называется *arbiter* и могъ быть избираемъ изъ всѣхъ гражданъ, не ограничиваясь предѣлами *album'a*. Иски *arbitrariae* развились только въ эпоху формулярной системы, потому что власть арбитра опредѣлялась въ *intentio*: «*ex fide bona, ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione, quantum æquius melius*»². *Arbitrariae actiones* распространялись не на одни личные права, какъ *actiones bonae fidei*, но и на вещныя. Слѣд. противъ *actiones stricti juris*, въ формулѣ которыхъ преторъ указываетъ ту сумму, которую судья при рѣшеніи долга не можетъ ни увеличить, ни уменьшить, а долженъ заставить отвѣтчика или уплатить ее или рѣшить искъ въ его пользу, — стояли иски *bonae fidei* и *arbitrariae*; при *actiones bonae fidei* формула не опредѣляетъ суммы, къ которой *judex* долженъ присудить отвѣтчика, но оставляетъ опредѣленіе ея на усмотрѣніе судьи и это усмотрѣніе обозначается словами «*ex bono et æquo*»: здѣсь судья, говоритъ Савиньи, связанъ объектомъ тяжбы и цѣною вещей; здѣсь сумма не опредѣлена преторомъ, но каждый разъ опредѣляется природою спора, такъ-что два судьи должны присудить къ одной и той-же суммѣ; при *arbitrariae actiones* судья не связанъ ни формулой, ни объектомъ спора, такъ-что два арбитра могутъ опредѣлить разную цифру приговора.

¹ § 31 Inst. 4. 6.

² Cic. Top. 17. In omnibus igitur iis judiciis, in quibus, ex fide bono, est additum: ubi vero etiam, inter bonos bene agier, imprimis in arbitrio rei uxoriae, in quo est, æquius melius. Sen. de clem. III. 7. Hujus libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrabere aliquid potest et adjicere, et sententiam suam, non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere.

По отношенію къ формулѣ иски раздѣлялись еще на *actiones in jus conceptæ* и *actiones in factum conceptæ*. Если истецъ основывалъ свою *intentio* на *jus civile* (*intentio juris civilis*), — его искъ тогда назывался *in jus concepta*¹; иногда преторъ вовсе не составлялъ *intentio juris civilis*, а давалъ формулу *in factum*, такъ-что въ послѣднемъ случаѣ искъ назывался *in factum concepta*². При извѣстныхъ условіяхъ формула *in jus* могла быть изложена *in factum*³. Нужно вообще замѣтить, что для всего процесса имѣло величайшее значеніе опредѣленіе *intentio*, т. е. будетъ ли она составлена *in jus* или *in factum*. Это потому, что въ личныхъ искахъ *in jus conceptæ litis contestatio* погашала *ipso jure* прежнее обязательство, такъ-что новый искъ въ отношеніи того-же обязательства былъ невозможенъ; на его мѣсто являлось обязательство сторонъ довести дѣло до окончательнаго рѣшенія; обратно, въ искахъ *in rem* и въ искахъ *in personam*, съ *intentio in factum concepta*, прежній искъ существуетъ наряду съ новымъ обязательствомъ сторонъ довести дѣло до окончательнаго разбирательства, хотя этотъ прежній искъ можетъ быть уничтоженъ *exceptio rei in judicium deductæ vel rei judicatæ*⁴; далѣе, въ формулахъ *in factum*, если *demonstratio*, заключающая *intentio*, содержала въ себѣ больше, чѣмъ слѣдовало, — истецъ могъ отвѣчать за *plus petitio*, но такая отвѣтственность немыслима по отношенію къ *intentio in jus*, которая

¹ Gaii Inst. 4, 45.

² Ib. 4, 46.

³ Ib. 4, 47.

⁴ Ib. 4, 107. At si legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quæ juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatæ vel in judicium deductæ.

составлялась словами «quidquid ob eam rem dare facere oportet»¹. Съ этими *actiones in factum conceptae* нельзя смѣшивать *actiones in factum*, которыя не имѣютъ строго опредѣленной формулы и устанавливались преторомъ для каждаго конкретнаго случая; эти иски чаще всего называются *actiones praescriptis verbis*, т. е. *actiones quae praescriptis verbis rem gestam demonstrant*; такіе иски усвоивались безыменнымъ контрактомъ, благодаря юристу Аристону, введшему въ науку общій принципъ, что существуетъ достаточная *causa* контракта всякій разъ, когда одна изъ сторонъ получила prestaцію взаменъ prestaціи другой стороны, такъ-что заинтересованная сторона можетъ требовать исполненія контракта и вознагражденія за вредъ и убытки искомъ *praescriptis verbis*, т. е. искомъ, который имѣетъ *verba praescripta, quae rem gestam demonstrant*. Эти-то неопредѣленныя формулы дали претору возможность присвоить каждому вновь возникающему юридическому отношенію соответствующій ему искъ, во главѣ формулы котораго преторъ всегда упоминалъ объ обстоятельствахъ, вызвавшихъ этотъ искъ². Въ противоположность *actiones praescriptis verbis* существуютъ *actiones vulgares (judicia prodita)*³, которыя суть иски, установленные еще преторскимъ эдиктомъ и имѣвшіе строго опредѣленную неизмѣнную формулу; эти иски всегда будутъ *civiles* или *honoraryae*, — первые имѣютъ *juris civilis intentio* и слѣд. будутъ

¹ Ib. 4. 60.

² Слѣд. въ число *in factum actiones* должно занести: а) собственно *actiones in factum*, будутъ-ли они *praetoriae* или *actiones civiles*, между которыми нужно отличать *actiones praescriptis verbis*, лишь-бы они имѣли *intentio juris civilis*, и б) *actiones utiles*.

³ L. 1 pr. Dig. 19. 5. Nonnunquam evenit, ut, cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, quum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur.

in jus conceptæ, вторые—in factum conceptæ¹. Иски civiles и honorariæ² — послѣдніе введены преторомъ (praetoriæ actiones) или эдилами (ædiliæ actiones) — называютъ такъ по источникамъ, откуда они происходятъ; въ видѣ общаго замѣчанія можно сказать, что большая часть actiones civiles имѣетъ intentio in jus, а honorariæ — intentio in factum, при чемъ первые принадлежали къ judicia legitima, а honorariæ — къ judicia imperio continentia³, хотя и honorariæ иногда могутъ принадлежать къ judicia legitima⁴.

Преторъ цѣли «supplendi» достигалъ при помощи actiones utiles. Мы уже упомянули, что actiones directæ (vulgares) суть такіе иски, которые установлены еще въ преторскомъ эдиктѣ и

¹ Gaj. Inst. 4 § 45 — 46.

² L. 25. § 2 Dig. 44. 7. Omnes autem actiones aut civiles dicuntur, aut honorariæ.

³ Judicia legitima называется судъ, организованный при наличности трехъ условій: если онъ ведется между cives, передъ unus judex и въ Римѣ или въ его окрестности на разстояніи мили; если одного изъ этихъ условій не достаётъ, судъ называется judicia imperio continentia. Практическое различіе между этими judiciis заключалось въ томъ, что организованныя judicia legitima существуютъ до тѣхъ поръ, пока судья дастъ свое рѣшеніе, и только lex julia ограничилъ срокъ ихъ существованія 18 м. (Gaj. Inst. 4. 104), между тѣмъ какъ judicia imperio continentia «tamdiu valent quamdiu is qui ea præcepit imperium habebit» (ib. 4. 105); только при judiciis legitima примѣнялся принципъ консумации процесса, а по § 47. Vat. Fr. только при judiciis legitima adjudicatio могла создать сервитутъ и dominium ex jure Quiritium. Potest constitui et familiæ eriscundæ vel communi dividundo judicio legitimo.

⁴ Gaj. Inst. 4. 109. Ceterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse... Si ex ea causa ex qua nobis edicto prætoris datur actio, Romæ sub uno judice inter omnes cives romanos accipitur judicium, legitimum est.

имѣвшіе строго опредѣленную неизмѣнную формулу¹; подѣ utiles же actiones разумѣются иски, созданные по аналогіи съ правомъ существующимъ; къ такой аналогіи, основанной нерѣдко на фикціи (actiones fictitiæ), помѣщаемой въ intentio, преторы прибѣгали весьма часто. «Ficto se herede...² Fingitur rem suscepisse...³ Civitas ei Romana fingitur...⁴ Fingimus adversarium capite deminutum non esse»...⁵ Если же аналогіи нельзя было примѣнить—преторы прибѣгали къ actiones in factum. Самый наглядный способъ примѣненія фикціи представляютъ actio Publiciana, bonorum emptio, bonorum possessio hereditaria, actio furti. Извѣстно напр., что actio furti первоначально предоставлялась только гражданамъ. Представился случай, что peregrinus былъ обокраденъ, какъ поступить? Преторъ прибѣгалъ къ фикціи civitatis, т. е. приказывалъ присудить вора къ такому же наказанію, какъ еслибъ истецъ былъ дѣйствительно гражданинъ. Iudex esto. Si paret, ope consilio Dionis graeci Lucio Titio furtum factum esse pateræ aureæ, quam ob rem eum, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret⁶. Нельзя не сознаться, что actiones utiles и actiones in factum были могущественнымъ средствомъ для supplendi и corrigendi juris civilis: презрительное выраженіе Гейлекція «artes praetoris» не можетъ быть примѣнено къ преторскому эдикту⁷.

¹ Иногда выраженіе directa actio употребляется въ смыслѣ противоположномъ actio contraria: directa actio защищаетъ право, вытекающее непосредственно изъ контракта, а actio contraria защищаетъ чисто случайное право, вытекающее изъ того же контракта,—actio mandati, depositi, commodati, directa vel contraria.

² Fr. Ulp. 28. 12.—Gaj. Inst. 4. 35.

³ Ib. 4. 36.

⁴ Ib. 4. 37.

⁵ Ib. 4. 38.

⁶ Ib. 4. 37. Item si peregrinus furti agat, civitas ei Romana fingitur.

⁷ Heinec. Hist. jur. Rom. § 69.

Юстинианъ выставляетъ еще раздѣленіе исковъ на *rei persecutoria*, *actio poenalis*, *mixtae* и *populares*¹. Источники этихъ исковъ — *delicta*. *Actio rei persecutoria* есть искъ, которымъ потерпѣвшее лицо требуетъ реституціи вещи или вознагражденія вреда (*condictio furtiva*); *actio poenalis* истецъ требуетъ только уплаты денежнаго штрафа (*actio furti*)²; *actiones mixtae* суть тѣ, которые одновременно суть и *actio rei persecutoria* и *poenalis*, напр. *actio legis Aquiliae*, *actio bonorum raptorum*³. Нѣкоторые изъ исковъ *poenalis* могутъ быть предъявлены всякимъ гражданиномъ, хотя-бы онъ не имѣлъ въ томъ личнаго интереса⁴; такіе иски называются *populares*, потому что ими защищаются права *Romani populi*⁵. Предъявившій *actio popularis* и доведшій успѣшно его до приговора судьи получалъ опредѣленную за *delictum* пеню; если нѣсколько лицъ одновременно предъявляли одинъ и тотъ-же *actio popularis*, — преторъ по различнымъ соображеніямъ могъ отдать одному изъ нихъ предпочтеніе⁶. Наконецъ, по отношенію къ *interdicta*⁷ существуетъ еще раздѣленіе на *judicia simplicia* и *judicia duplicia* (*mixta*), — при послѣднихъ *condamnatio* можетъ быть направлена и противъ истца и противъ отвѣтника.

18. Кромѣ главныхъ частей формулы, практика, а отсюда и преторское право ввели въ формулу особыя дополнительные части (*adjectiones*), которыя извѣстны подъ различными названіями⁸. Эти добавочныя части вводились въ формулу то въ ин-

¹ § 16 Inst. 4. 6.

² § 18 Inst. 4. 6.

³ Inst. 4. 3—§ 18 Inst. 4. 6.

⁴ L. 4 и 6 Dig. 47. 23.

⁵ L. 1 Dig. 47. 23—L. 5 § 6 Dig. 9. 3—§ 1 Inst. 4. 5.

⁶ L. 2. и 3 § 1 Dig. 47. 23.

⁷ § 7 Inst. 4. 15.—Gaji Inst. 4. 157.

⁸ Ib. 4. 129.

тересахъ истца, то въ интересахъ отвѣтчика, — въ первомъ случаѣ онѣ назывались *præscriptiones*, во второмъ — *exceptiones*. Для истца было чрезвычайно важно давать въ *intentio* точное строгое опредѣленіе объекта своей тяжбы. Истецъ желаетъ составить только формулу о манципаціи купленного *fundus'a*; для этой цѣли онъ употребляетъ такую общую (*incerta*) формулу: *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet*, — при такой формулѣ истецъ введетъ весь свой искъ *in iudicium* и если судья признаетъ манципацію, — истцу все-таки нельзя уже будетъ хлопотать *de vacua possessione tradenda*, слѣд. въ интересахъ истца является необходимость обозначенія въ формулѣ того, что онъ хлопочетъ о манципаціи только купленного *fundus'a*. Гай приводитъ еще примѣръ: истецъ стипулировалъ объ уплатѣ ему ежегодно извѣстной суммы; по истеченіи опредѣленного срока онъ предъявляетъ *formula incerta*: «*quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*», — такой формулой истецъ введетъ *in iudicium* весь свой искъ, и хотя-бы судья призналъ его право въ отношеніи истекшаго срока, но онъ ужъ не будетъ въ состояніи позже требовать уплаты въ отношеніи сроковъ неистекшихъ. Въ этихъ двухъ приведенныхъ Гаємъ¹ случаяхъ истцу, чтобы не потерять права на будущій искъ, остается прибѣгнуть къ рестрикціи: въ первомъ примѣрѣ, что онъ требуетъ манципаціи относительно только даннаго фунда, во второмъ, — что онъ требуетъ уплаты только за истекшіе сроки. Этой цѣли истецъ достигалъ посредствомъ *præscriptiones*², которыя ставились въ формулѣ передъ *demonstratio* въ такихъ выраженіяхъ: «*ea res agatur cujus rei dies fuit...*»³ *ea*

¹ *Ib.* 4. 130—138.

² *Gaji Inst.* 4. 132 *Præscriptiones autem appellatas esse ab eo, quod ante formulas præscribuntur, plus quam manifestum est.*

³ *Ib.* 4. 131.

res agatur de fundo mancipando...¹ напр. *Judex esto. Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio incertum stipulatus est, ejus rei dies fuit, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet...*² *Judex esto. Ea res agatur, quod Aulus Agerius de Lucio Titio incertum stipulatus est, quo nomine Numerius Negidius sponsor est, ejus rei dies fuit...*³ *Ea res agatur, quod Numerius Negidius pro Lucio Titio incertum fide sua esse jussit, ejus rei dies fuit...*⁴ Гай говорит⁵, что такіа *praescriptiones* прежде давались также въ интересах отвѣтчика; эти послѣднія *praescriptiones* являются въ трехъ формахъ: 1) нѣкоторые иски, въ-особенности преторскіе, могутъ быть предъявлены только въ теченіи извѣстнаго срока, болѣею частью въ теченіе года; если такой искъ былъ предъявленъ, — *reus* могъ возразить, что срокъ прошелъ (*praescriptio temporis*)⁶; 2) въ формѣ *praescriptio fori*, которой *reus* доказываетъ некомпетентность магистрата⁷; 3) могло случиться, что рѣшеніе одного иска можетъ такъ или иначе вліять въ ущербъ другого принадлежащаго отвѣтчику, — въ этомъ случаѣ *reus* проситъ претора занести прескрипцію: «*ea res agatur si in ea re praejudicium non fiat*», напр. *quod praejudicium hereditati non fiat*⁸ или *quod praejudicium fundo partive ejus non fiat*⁹. *Praescriptiones*, даваемые въ интересахъ отвѣтчика, приняли форму *exceptiones*¹⁰.

¹ Ib. 4. 131.

² Ib. 4. 136.

³ Ib. 4. 137.

⁴ Ib. in f.

⁵ Ib. 4. 133. *Olim autem quaedam et pro reo opponebantur.*

⁶ L. 2. § 1 Dig. 40. 14.

⁷ L. 7 pr. Dig. 2. 8.

⁸ Gaji Inst. 4. 133.

⁹ L. 16 и 18 Dig. 44. 1.

¹⁰ Gaji Inst. 4. 133. *Quae nunc in speciem exceptionis deducta est.*

Преторъ цѣли *adjuvandi* достигалъ съ помощью *exceptio*nes. Могло случиться, что притязанія истца согласны съ буквой закона, но въ-частности существуютъ обстоятельства, благопріятныя отвѣтчику, слѣд. искъ будетъ *justum*, т. е. соотвѣтствующимъ буквѣ закона, но за-то онъ будетъ *iniqum*, т. е. не удовлетворяющимъ справедливости¹, напр. *reus* доказываетъ, что стипуляція заключена имъ подъ вліяніемъ *dolus malus* со стороны истца; но *jus civile* «*dolus*» не считается достаточною причиною ничтожности контракта, по этому преторъ не можетъ отказать истцу въ *actio* и потому составляетъ обыкновенную *intentio* «*si paret Numerium Negidium Aulo Agerio X milia dare oportere*», но тотчасъ-же преторъ укажетъ на фактъ *dolus*'а, въ совершеніи котораго судья долженъ убѣдиться: «*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*»²,—въ силу этой прибавки, если судья признаетъ, что *reus* дѣйствительно совершилъ стипуляцію подъ вліяніемъ *dolus*, онъ откажетъ въ искѣ истцу, и такъ-какъ указываемый фактъ *dolus*'а исключаетъ факты, признанные въ *intentio*, то это средство процессуальной защиты называется *exceptio*, которая, по выраженію Гая, дѣлаетъ *condemnatio* условной³. Въ искахъ *stricti juris* самъ

¹ Pr. § 1 Inst. 4. 13. Licet ista persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur § 1. Verbi gratia si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse; et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est, sed iniquum est te condemnari. Gaji Inst. 4. 116. Sæpe enim accidit ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari.

² Gaj. Inst. 4. 119. Гай приводитъ здѣсь *exceptio doli* только въ примѣръ,—нельзя смотрѣть на всякую *exceptio* какъ на *exceptio doli* уже потому 1) что *exceptiones* замѣнили *praescriptiones pro reo*, 2) существуютъ *exceptio temporalis*, *exceptio non numeratæ pecuniæ* и пр.

³ Gaj. Inst. 4. 119. *Condicionalem faciat condemnationem.*

reus долженъ заботиться о томъ, чтобы преторъ въ формулѣ сдѣлалъ указаніе на exceptio, иначе судья не будетъ имѣть права принять ее во вниманіе; это правило не соблюдалось при bona fidei actiones, при которыхъ судья ex bono et aequo долженъ былъ принимать во вниманіе всякія exceptiones, а известно, что между exceptiones самими употребительными были случаи, когда reus упрекаетъ истца въ томъ, что онъ дѣйствуетъ contra bonam fidem; вотъ почему римляне и говорили, что bonae fidei iudicii exceptiones insunt. Въ общемъ смыслѣ подъ exceptio надо понимать всякое средство, которымъ reus отклоняетъ предъявленный къ нему искъ. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae interponi actioni ejusque rei solet ad eludendum id, quod in intencionem condemnationemve deductum est¹. Такихъ средствъ отклоненія иска три: 1) reus отрицаетъ вполнѣ факты или право, которое служитъ основаніемъ иска, напр. онъ отрицаетъ право собственности при rei vindicatio—это средство называется litis contestatio negativa и по общему правилу въ этомъ случаѣ actor probat actionem²; 2) не отрицая фактовъ, которые служатъ основаніемъ иска, reus указываетъ на другіе, погашающіе искъ ipso jure,—по общему правилу reus долженъ доказать эти факты³; 3) не отрицая ни фактовъ, ни права, reus указываетъ на другое, ему принадлежащее право, которое парализуетъ искъ, напр. онъ указываетъ на dolus, vis,—это и есть exceptio въ тѣсномъ смыслѣ, при которой держатся правила: reus probat exceptionem или reus excipiendo fit actor⁴.

Введеніе exceptiones въ формулу по справедливости признается претору, хотя существуетъ немного exceptiones, со-

¹ Pr. L. 2 Dig. 44. 1.

² Cod. 8. 36.

³ L. 9. Dig. 22. 3.

⁴ Gaii Inst. 4. 116.—L. 1. Dig. 44. 1.

зданныхъ законами, императорскими конституціями и SC, напр. *exceptio legis Cinciae, non numeratæ pecuniæ, SC Macedoniani, Vellejani, etc.*¹. Определить количество и перечислить всѣ *exceptiones* невозможно: *exceptiones* можетъ быть столько, сколько можно представить себѣ фактовъ, которые должны быть приняты судьей во вниманіе до произнесенія *sententia*. Римскіе юристы пытались подвести подъ категоріи различные виды *exceptionum*. По аналогіи съ исками и ихъ происхожденію *exceptiones* обыкновенно раздѣляются на *civiles, honorariæ, utiles* и *in factum*². Другое дѣленіе: *exceptiones personæ coherentes* и *rei vel causa coherentes*, смотря по тому исключительно ли онѣ принадлежатъ определенной личности, такъ-что трансmissiя ихъ невозможна³, или же онѣ зависятъ отъ опредѣленнаго юридическаго отношенія⁴; *exceptiones personæ vel rei* могутъ быть какъ со стороны истца, такъ и со стороны отвѣтчика⁵. Главнѣйшее дѣленіе *exceptiones*—на *exceptiones peremptoriæ (perpetuæ)* и *exceptiones dilatoriæ (temporales)*, quæ ad tempus nocent et temporis dilationem tribuunt⁶; первыя же дѣлаютъ вовсе невозможнымъ процессъ, quæ perpetuo valent, nec evitari pos-

¹ Gaii Inst. 4. 118. *Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat. Quæ omnes vel ex legibus vel ex his, quæ legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt.*

² Fr. Vat. 310 *Neque Cinciae legis exceptio obstat, neque in factum...* § 7. Inst. 4. 13.

³ Напр. *benefic. competentiae*. L. 173. pr. Dig. 50. 17.

⁴ L. 7 Dig. 44. 1. *Exceptiones, quæ personæ cujusque coherent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere posset, vel parens patronusve, non competit fidejussori....* § 1. *Rei autem coherentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt....*

⁵ Напр. *exceptio pacti conventi, exceptio doli*, §§ 3, 9, 10 Inst. 4. 13.

⁶ Напр. въ теченіи срока, предоставленнаго для составленія

sunt, напр. *exceptiones doli* и *quod metus causa*¹. — Против представленной *exceptio* истецъ можетъ въ свою очередь избрать одинъ изъ трехъ путей, которые послужили отвѣтчику для отклоненія иска, т. е. онъ можетъ ухватиться за *litis contestatio negativa*, или сослаться на другіе факты, погашающіе *exceptio ipso jure* или можетъ указать на принадлежащее ему право, уничтожающее *exceptio*², т. е. онъ можетъ выставить *exceptio exceptionis* (*replicatio*³), *quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis*. Реплика можетъ быть поражена *duplicatio* со стороны отвѣтчика⁴, *duplicatio*—*triplicatio* со стороны истца⁵.

19. Выдача формулы и назначеніе судьи составляютъ обыкновенный путь рѣшенія дѣла, но не всякаго: для нѣкоторыхъ исковъ этотъ обыкновенный путь закрыть, — назначенія судьи нѣтъ, выдачи формулы также нѣтъ; такое болѣе быстрое рѣшеніе дѣла производится въ формѣ *extraordinariæ cognitiones*. Еще въ эпоху *legis actiones* дѣятельность претора началась съ такого примѣненія его *imperium* въ формѣ *sponsiones* и *interdicta*; съ развитіемъ формулярной системы параллельно шло и развитіе *extraordinariæ cognitiones*, случаи примѣненія которыхъ такъ умножились, что юристъ Каллистратъ отказывается подвести ихъ подъ какую-либо систему⁶. Случаи такого *extra ordinem* рѣшенія иска усвоены претору или закономъ (*fideicommissa* напр.) или зави-

инвентаря, наслѣдникъ противъ иска кредиторовъ можетъ представить *exceptio benef. invent.*

¹ §§ 1—9 Inst. 4. 13.—Gaj. Inst. 4. 121.

² Pr. Inst. 4. 14.—Gaj. Inst. 4. 126.—L. 2. §§ 1 и 2 Dig. 44. 1.

³ L. 22 Dig. 44. 1. *Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptio exceptionis*.

⁴ Gaj. Inst. 4. 127. *Interdum autem evenit, ut rursus replicatio, quæ prima facie justa sit, inique reo noceat; quod cum accidit, adjectione opus est adjuvandi rei gratia, quæ duplicatio vocatur*.

⁵ ib. 128.

⁶ L. 5. Dig. 50. 13. *Cognitionum numerus, quam ex variis causis*

еять отъ его личнаго усмотрѣнія (случаи примѣченія *imperium*); часто, преторъ прибѣгаетъ къ этому пути для выполненія пробѣловъ права или смягченія его принциповъ въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ никакой возможности предъявить искъ, напр. искъ сына *alieni juris*, искъ профессора относительно *salarium* и пр. Оставляя въ сторонѣ первый и третій случаи, мы обращаемъ вниманіе на примѣненіе *imperium*, которое составляетъ основаніе экстра-ординарнаго процесса въ самомъ широкомъ смыслѣ. *Imperium* есть право претора командовать войскомъ и право располагать публичною силою для приведенія своего приговора въ исполненіе независимо отъ назначенія судьи, до произнесенія имъ *sententia*, или послѣ ея произнесенія или даже во время произнесенія; въ силу *imperium* преторъ принимаетъ къ разсмотрѣнію и рѣшаетъ тѣ дѣла, которыя *magis imperii sunt quam jurisdictionis*, напр. *in integrum restitutio*, и всѣ тѣ, которыя вызываютъ *interdicta*, *missiones*, *praetoriae stipulationes*.

1. По времени наиболѣе раннимъ проявленіемъ *imperium* являются *interdicta*, какъ противоположность *edicta*, правила которыхъ публиковались преторомъ для свѣдѣнія всѣхъ гражданъ въ теченіи его *lustrum*, — *interdictum* же есть частное рѣшеніе спорнаго случая, которое можетъ служить прецедентомъ, но тѣмъ не менѣе составляетъ только *edictum inter duos*, т. е. приказъ, отдаваемый преторомъ по просьбѣ одной изъ сторонъ; въ наиболѣе же тѣсномъ смыслѣ подъ интердиктами разумѣются преторскія запрещенія, напр. запрещеніе смущать чью-либо *possessio*, въ противоположность *decreta*, приказаніемъ¹. Въ обшир-

descendat, in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur.

¹ Gaj. Inst. 4. 140. *Decreta cum fieri aliquid jubet, velut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur aut restituatur; interdicta vero, cum prohibet fieri, velut cum praecipit, ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat: unde omnia interdicta aut restitutoria aut exhibitoria aut prohibitoria vocantur.*

номъ смыслѣ подѣ *interdicta* надо понимать особую процедуру, при которой стороны не отсылались къ судѣ для выслушанія *sententia*, а преторъ въ силу *imperium* издавалъ *decreta vel interdicta* главнымъ образомъ по вопросамъ *juris sacri*¹, *juris publici*², *ad rem familiarem*³ и по другимъ, которые не были опредѣлены *jus civile*, но тѣмъ не менѣ вызывали немедленное примѣненіе *imperium*, по формулѣ: «*vim fieri veto*» «*exhibeas*» «*restituas*»⁴. Вообще можно сказать, что первоначально относительно *interdicta* не было никакихъ правилъ: они выдавались каждый разъ по спеціальному требованію стороны, призывающей другую *in jus*, при чемъ преторъ только удостовѣрялся: при извѣстныхъ фактахъ, приводимыхъ стороною, можетъ ли быть выданъ *interdictum*? Сторона, требующая *interdictum*, можетъ тотчасъ потребовать отъ претора *actio*, если другая сторона не хочетъ подчиниться выданному *interdictum* или приводить *exceptio*, и только тогда уже назначенный *judex* удостовѣрялся въ справедливости приводимыхъ стороною фактовъ, на основаніи которыхъ она требовала или уже получала *interdictum*⁵, слѣд.

¹ L. 1 pr. Dig. 43. 6. In loco sacro facere inve eum immittere quid veto. Напр. L. 1 pr. Dig. 11. 8. Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo eave mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto. L. 1 § 5. ib. Quo illi jus est invito te mortuum inferre, quominus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto.

² Напр. L. 1 pr. Dig. 43. 12. Ne quid in flumine publico ripave ejus facias, ne quid in flumine publico neve in ripa ejus immittas, quo statio iterve navigio deterior sit. Любопытны интердикты de libero homine exhibendo, которые выдавались tuendæ libertatis causa, по формулѣ: quem liberum dolo malo retines, exhibeas. L. 1 pr. Dig. 43. 29.

³ Между которыми прежде всего надо отличать вопросы о possessione. Gaj. Inst. 4. 139.

⁴ Gaj. Inst. ib.

⁵ Gaj. Inst. 4. 141.

интердиктъ не замѣняетъ иска, но служить для него основа-
ніемъ и самъ относится къ личнымъ искамъ¹. Впослѣдствіи
преторскій эдиктъ установилъ правила и условія для полученія
*interdicta*². Гай³, между прочимъ, замѣчаетъ, что стороны при-
бѣгали къ стипуляціи, которая, уменьшая количество процес-
совъ, вмѣстѣ съ тѣмъ наказывала ту сторону, которая проти-
ворѣчила эдикту; при интердиктахъ же *restitutoria* или *exhibi-*
toria отвѣтчикъ могъ требовать назначенія арбитра *per formu-*
lam arbitram или *judex'a per sponsionem*. — Относительно при-
чины возникновенія *interdicta* Савиньи⁴, по примѣру Нибура,
приходитъ къ такому заключенію. Римскимъ гражданамъ при-
надлежало въ *ager publicus* *jus possidendi* и *utendi fruendi*;
такъ-какъ такое владѣніе въ *ager publicus* имѣло своимъ осно-
ваніемъ простое завладѣніе и было чисто фактическимъ отно-
шеніемъ лица къ вещи, то владѣлецъ *in agro publico* и не
имѣлъ никакого иска, при помощи котораго онъ могъ бы защи-
щать свое владѣніе. Въ силу такой-то беззащитности владѣнія
in agro publico, римляне ввели новыя средства защиты, — *inter-*
dicta retinendae possessionis et recuperandae possessionis; впо-
слѣдствіи эти средства защиты были перенесены на владѣніе
вещами частныхъ лицъ вообще. Но противъ этого мнѣнія Са-
виньи давно уже выставили тотъ доводъ, что эти *interdicta* слѣ-
дуютъ средствами защиты только для юридическаго владѣнія,
possessor же *in agro publico* не есть юридическій владѣлецъ,
такъ-какъ у него нѣтъ *animum domini*. Ульпіанъ⁵ говоритъ,

¹ L. 1 § 3. Dig. 43. 1. *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.*

² Этимъ условіямъ посвящены титулы 1—33 Dig. 43.

³ Inst. 4. 141. *Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quæ arbitraria vocatur.*

⁴ R. d. B. § 2.

⁵ L. 1 § 2 Dig. 43. 17 (16)... *Fieri etenim potest, ut alter*

что *interdictum uti possidetis* введенъ для рѣшенія споровъ о собственности: кто изъ тяжущихся долженъ удержать недвижимость? Слѣд. *interdicta* помогали претору удобнѣе распредѣлить роли теждѣ тяжущимися, т. е. *interdicta* вообще составляли приготовительный путь къ процессу. Въ самомъ дѣлѣ юридическое владѣніе защищается въ двухъ видахъ: 1) защищается требование, предъявленное юридическимъ владѣльцемъ о возвращеніи ему владѣнія, котораго онъ былъ лишенъ, или 2) защищается владѣніе юридическаго владѣльца противъ лица, которое оспариваетъ его владѣніе; въ первомъ случаѣ юридическій владѣлецъ располагаетъ *interdictum recuperandae possessionis*, во второмъ — *retinendae possessionis*¹. Гай² указываетъ еще на *interdictum adipiscendae possessionis*, напр. *interdictum quorum bonorum*, *quod legatorum*, *Salvianum*, — всѣ эти *interdicta* направлены на получение владѣнія, котораго лице еще не имѣло, вотъ почему *interdicta adipiscendae possessionis* и не могутъ быть занесены въ число *interdicta possessoria*. Остаются слѣд. два вида интердиктовъ, *quae ad rem familiarem spectant*³. *Interdictum retinendae possessionis* защищаетъ владѣніе недвижимостью и тогда называется *interd. uti possidetis*, или же онъ направленъ на защиту движимости въ видѣ интердикта *utrubi*⁴. При интердиктѣ *uti possidetis* владѣніе присуждалось тому, кто во время вчинанія интердикта владѣлъ *nec vi, nec clam, nec praecario*⁵;

possessor sit, dominus non sit; alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. § 3. *Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non convenit.*

¹ §§ 4 и 65 *Inst.* 4. 15.—*Gaj. Inst.* 4. 148 и 154.

² *ib.* 4. 144.

³ *L.* 2 § 3 *Dig.* 43. 1.

⁴ *Gaj. Inst.* 4. 148.

⁵ *L.* 1 *pr.* *Dig.* 43. 17.

при интердиктѣ *utrubi* эта вещь присуждалась тому, кто въ теченіи послѣдняго года болѣе долгое время владѣлъ вещью¹; этого мало, — Гай² замѣчаетъ, что *interdicta uti possidetis* и *utrubi* суть *interdicta duplicia*, т. е. могло случиться, что истцу не только преторъ откажетъ въ выдачѣ *interdicta*, но можетъ приказать ему выдать владѣніе отвѣтчику въ томъ, конечно, случаѣ, если истецъ при требованіи *possessio* не избѣгъ *vitia possessionis*³. Слѣд. такъ-какъ *interdicta uti possidetis* и *utrubi* были *duplicia*, то *sponsio* и *restipulatio* дѣлались съ каждой стороны, т. е. за *sponsio* одной слѣдовала *restipulatio* другой, послѣ чего эта другая сторона такъ-же задавала *sponsio*, на которую въ формѣ *restipulatio* отвѣчала первая, такъ-что проигравшая искъ сторона проигрывала не только объектъ тяжбы, но и величину *sponsio* и *restipulatio*⁴. Очевидно, *interdicta* прокладываютъ путь *actio*, при чемъ судья присуждаетъ владѣніе тому, кто при вчинаніи процесса имѣлъ владѣніе, приобрѣтенное *нес vi, нес clam, нес прасаріо*, слѣд. истцемъ будетъ юридическій владѣлецъ или лице, потерявшее юридическое владѣніе по одному изъ трехъ *vitia*, а отвѣтчикомъ будетъ лице, приобрѣвшее владѣніе по одному изъ трехъ *vitia possessionis* или лице, которое оспариваетъ владѣніе другого лица⁵. По мнѣнію Савиньи, *interdictum retinendæ possessionis* направлено къ уничтоженію оспариванія владѣнія, къ вытребованію отъ отвѣтника *cautio de non amplius turbando*, послѣ рѣшенія перваго вопроса, и къ истребованію

¹ L. 1 pr. Dig. 43. 31. — Gaji Inst. 4. 160.

² ib. 4. 160.

³ § 7. Inst. 4. 15.

⁴ Gaji Inst. 4. 166^a. Cum iudex id exploraverit et forte secundum me iudicatum sit, adversarium quidem et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quæ mecum factæ sunt, absolvit.

⁵ § 4. Inst. 4. 15.

вознагражденія за вредъ, причиненный оспариваніемъ владѣнія, при чемъ, по мнѣнію Савиньи, пользованіе интердиктомъ *retinendae possessionis* допускалось въ теченіи 30 лѣтъ. Новая теорія расходится съ двумя послѣдними положеніями Савиньи; такъ, Вангеровъ¹ отрицаетъ возможность вознагражденія за причиненный вредъ, при чемъ по его мнѣнію этотъ интердиктъ долженъ быть примѣненъ въ теченіи года. Келлеръ² принимаетъ взглядъ Вангерова только по отношенію къ періоду до-юстиніановскому, послѣ котораго считаетъ взглядъ Савиньи болѣе правильнымъ. *Interdicta recuperandae possessionis* являются въ трехъ видахъ: 1) *interdictum unde vi*, направленный на вознагражденіе вреда вслѣдствіе насильственного отнятія вещи. Формула этого интердикта была такова: *unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum; post annum de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, iudicium dabo*³. Этотъ интердиктъ предоставлялся владѣльцу недвижимости, слѣд. *interdictum unde vi* не прилагался къ случаямъ, когда владѣлецъ насильственно лишился своихъ движимыхъ вещей, — въ этихъ случаяхъ владѣлецъ могъ располагать различными исками, какъ-то *actio bonorum vi raptorum*, *condictio furtiva* и пр., 2) *interdictum de clandestina possessione* въ случаѣ отнятія недвижимости *clam*. Въ 43 книгѣ *Dig.* этотъ интердиктъ не упоминается потому, что тайное отнятіе недвижимости сдѣлалось невозможно: если третье лицо завладѣетъ нашимъ *fundus* во время нашего отсутствія, мы все-таки удерживаемъ *possessio solo animo*. 3) *Interdictum de precario* по формулѣ: *quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas*⁴. Позже

¹ Land. P. § 336.

² P. § 157.

³ L. 1 § 1. *Dig.* 43. 16.

⁴ L. 1 pr. *Dig.* 43. 26.

Константинъ Великій ввелъ особый *interdictum momentariæ possessionis*, прилагавшійся тамъ, гдѣ ни одинъ изъ вышеуказанныхъ не имѣлъ примѣненія. У Гая¹ мы находимъ еще раздѣленіе *interdicta* на *prohibitoria*, *restitutoria*, *exhibitoria*, раздѣленіе, которое для насъ важно въ томъ отношеніи, что при *interdicta prohibitoria* процессъ совершается *per sponsionem* обязательно, а при послѣднихъ двухъ *per formulam arbitriam*. Изъ числа *interdictorum exhibitoria* мы отмѣтимъ здѣсь наиболѣе для насъ любопытный «*de homine libero exhibendo*», даваемый *tuendæ libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam: «quem liberum dolo malo retines, exhibeas»*². Спрашивается, чѣмъ же отличаются *interdicta* отъ *actiones*? 1) Всѣ *interdicta* суть личныя, хотя составлены *in rem*³, потому что права сторонъ оцѣниваются только съ момента выдачи *interdicta*⁴, 2) истекая изъ *imperium* магистрата, *interdicta* не замѣняли иска, а предшествовали ему, очищая для него дорогу, такъ-что въ случаѣ надобности могло имѣть мѣсто разбирательство *in iudicio*: все происходило какъ при *in factum actiones* съ тою разницею, что окончательному рѣшенію *in iudicio* предшествовала выдача *interdicta*. Гай въ §§ 161 и слѣд. описываетъ этотъ оригинальный процессъ. Разбирательство *in iudicio* могло быть совершаемо или *per sponsionem* или *per formulam arbitriam*⁵, *cum periculo et sine periculo*⁶. Мы уже видѣли, что преторъ за-долго до изданія закона Эбуція могъ всякое дѣло принять къ своему разбирательству въ силу *sponsiones*; эти *sponsiones*

¹ Gaj. Inst. 4. 141 и 142.

² L. 1 § 1 Dig. 43. 29.

³ L. 1 § 3 Dig. 43. 1.

⁴ L. 3 Dig. 43. 1. *In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro.*

⁵ Gaj. Inst. 4. 163.

⁶ Ib. 4. 162.

удержались при *interdicta* въ то время, когда въ формулярной системѣ развились *actiones*, слѣд. если *interdictum* не исполнялся одною изъ сторонъ, если она оспаривала его основаніе или представляла противъ него *exceptio*, истецъ обращался къ ней съ вопросомъ: *si contra edictum praetoris, non exhibuerit, aut non restituerit*, — на противоположный отвѣтъ (*restipulatio*) заключалась *sponsio*¹. Система *per sponsionem* иногда была обязательна для сторонъ въ-силу ли закона или въ-силу эдикта, она необходимо прилагалась при *actiones creditae pecuniae, de pecunia constituta* и при *prohibitoria interdicta*²; въ другихъ случаяхъ сторонамъ предоставлялось избрать тотъ или другой путь, *cum periculo et sine periculo*. Слѣд. между *interdicta prohibitoria* съ одной стороны и *interdicta restitutoria* и *exhibitoria* съ другой та разница, что при первыхъ система *sponsiones* была обязательна, при вторыхъ нѣтъ³; откуда это различіе? *Interdictum prohibitorium* возлагалъ на лице, противъ котораго онъ былъ полученъ, обязанность воздержаться отъ всякаго противнаго полученному интердикту акта до рѣшенія дѣла *in iudicio*, слѣд. *interdictum prohibitorium* главнымъ образомъ имѣлъ въ виду ограниченіе свободы отвѣтчика; если при этомъ интердиктъ допустить примѣненіе *formula arbitraria* — никто не былъ бы огражденъ отъ возможности ограниченія его свободы по произволу, вотъ почему на случай возможно большаго уменьшенія ошибокъ при ограниченіи свободы отвѣтчика интердиктомъ *prohibitorium* прибѣгали къ *sponsio poenalis*⁴, между-тѣмъ-какъ при

¹ ib. 4. 164. *Actor provocat adversarium sponsione... ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur.*

² ib. 4. 141 и 171.

³ ib. 162 и 141. *Ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet.*

⁴ ib. 165⁶ и 162. *Modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo.*

interdicta restitutoria и *exhibitoria* до самой *sententia* положеніе вещей оставалось въ томъ-же положеніи и отвѣтчикъ не терпѣлъ убытка, такъ-что онъ могъ предложить или *sponsiones*¹ или потребовать отъ претора *formula*. Эта формула была всегда *arbitraria*, если шло дѣло объ *exhibitio* или *restitutio*, и полномочія судьи опредѣлялись прибавкой «*nisi restituat, nisi exhibeat*». Замѣтимъ, что *formula arbitraria* дала возможность интердиктамъ смѣшаться съ *actiones in factum*. Гай² говорить, что желающій получить *formula arbitraria* долженъ былъ немедленно, т. е. послѣ полученія *interdicta*, заявить о томъ претору. Любопытно, что Гай³, описывая *interdicta utrobi* и *uti possidetis*, говорить о *fructus licitatione*, о *fructuaria stipulatio*. Что это за стипуляція? Когда сторона не соглашалась съ основаніями выданнаго интердикта и дѣло доходило до разбирательства *in iudicio*, нужно было позаботиться о томъ, чтобы передать кому нибудь на время спора вещь и тѣ ея плоды, которые получаютъ въ время этого промежуточнаго владѣнія; та изъ сторонъ, которая предлагала большую сумму какъ-бы въ обезпеченіе будущаго возвращенія вещи, получала вещь во временное владѣніе до *sententia* и могла извлекать изъ нея плоды; въ обезпеченіе же реституціи вещи съ полученными въ теченіи промежуточнаго владѣнія плодами стороны прибѣгали къ *fructuaria stipulatio*, только послѣ которой стороны при этихъ интердиктахъ прибѣгали къ *sponsio* и *restipulatio*. Слѣд. если сторона, получившая

¹ Cic. pro Caec. 8. 23. His rebus ita gestis P. Dolabella praetor interdixit, ut est consuetudo, de vi hominibus armatis sine ulla exceptione, tantum ut unde deiecisset restitueret. Restituisse se dixit. Sponsio facta est. Hac de sponsione vobis iudicandum est.

² Gaii Inst. 4. 164. Ceterum observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex jure exeat, id est antequam a praetore discedat.

³ ib. 4. 166.

вещь въ временное владѣніе и гарантировавшая ея возвращеніе *fructuaria stipulatio*, проигрывала искъ, то 1) она должна была вернуть вещь со всѣми полученными плодами, 2) должна была уплатить сумму *sponsio* и *restipulatio* и 3) она должна была уплатить сумму, равную стоимости полученныхъ плодовъ, въ видѣ штрафа, за неправильную *possessio*¹. Если проигравшій искъ (*victus fructus licitatione*) не возвращаетъ вещи съ полученными плодами, то сторона, выигравшая искъ (*fructus licitatione vicit*), могла истребовать эту вещь искомъ *Cascellianum* и *judicium fructuarium*² — оба эти иска у Гая названы *judicia secutoria*, потому что они *sequitur sponsionis victoriam*³. Въ видѣ *poenae temere litigantium* при интердиктахъ существуетъ *judicium calumniae*, но только здѣсь *temere litigans* присуждался въ уплатѣ $\frac{1}{4}$ цѣны иска, между-тѣмъ-какъ при *actiones* онъ платилъ лишь $\frac{1}{10}$ ⁴.

2. *Missio in possessionem* заключалось въ томъ, что преторъ предоставлялъ лицу *possessio* имуществомъ въ тѣхъ случаяхъ, когда нужно было сохранить случайныя права до ихъ реализаціи (*rei servandae causa*) или когда требовалось сломить сопротивление, оказываемое его *decreta* (*contumaciae coercendae causa*), напр. лице отказывалось представить требуемую преторомъ *cautio*. Такая предоставленная преторамъ *possessio* равнялась только *detentio* и не давала права на *interdicta possessoria*; но такъ-какъ лицо, получившее такую *possessio*, могло продать вещи, то *missiones* имѣли характеръ скорѣе *pignus praetorium*⁵; впрочемъ преторъ защищалъ эти лица особымъ интердиктомъ,

¹ *ib.* 4. 166^a, 167, 168.

² *ib.* 4. 169.

³ *ib.* in f.

⁴ *Gaii Inst.* 4. 163 и 175.

⁵ *L.* 26. *Dig.* 13. 7.

actiones in factum и даже manu militari¹. Missio in possessionem распространялась или на universitas rerum или in singulas res. Обыкновенно выставляють 4 категоріи missiones: 1) rei servandæ causa — общая категорія, обнимающая все случаи, не входящія въ слѣдующія три категоріи, т. е. сюда подойдут: а) missio in possessionem, предоставляемая кредиторамъ въ наслѣдственномъ имуществѣ должника, если эта его successio остается долго неопредѣленной, б) missio in possessionem въ имуществѣ должника qui latitat, такъ-что сдѣлать in jus vocatio невозможно, в) missio in possessionem въ имуществѣ того, кто указалъ на fidejussores, отвѣчающихъ за его явку in jure, но самъ не явился и не прислалъ представителя, такъ-что организациа суда невозможна; 2) legatorum seu fideicommissorum servandorum causa, эта missio in possessionem предоставляется вообще въ тѣхъ случаяхъ, если передача легата и фидеикомисса сейчасъ невозможна, будетъ ли легатъ оставленъ a die или sub conditione или pure, — преторъ позволяетъ легатарію требовать cautio legatorum seu fideicommissorum servandorum causa, и если наслѣдникъ отказывается въ этой cautio, легатаріи можетъ требовать missio in possessionem; 3) Hereditatis tuendæ causa, въ-особенности: а) ventris nomine, б) ex Carboniano edicto, в) furiosi nomine, д) ex edicto Hadriani; 4) missio in possessionem damni infecti (in singulas res). Missio in possessionem предоставляла лицу custodiam et observationem и только впоследствии она давала possessio civilis въ силу ли возможности продать имущество (venditio bonorum) или въ силу missio ex secundo decreto, какъ это случалось при damni infecti. Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur². Нѣкоторые юристы случаи damni infecti относятъ къ обязательствамъ, возникающимъ изъ отношеній сосѣдства. Домъ моего

¹ L. 5 § 27 Dig. 36. 4.

² L. 2. Dig. 39. 2.

сосѣда грозить разрушиться и тѣмъ причинить мнѣ убытки, — я не имѣю никакого иска противъ моего сосѣда, потому что домъ его еще не разрушился и вредъ мнѣ слѣд. не нанесенъ; но такъ-какъ разрушеніе дома быть можетъ въ недалекомъ будущемъ грозить мнѣ вредомъ, я могу въ-силу преторскаго эдикта требовать отъ сосѣда *cautio damni infecti*, которая дается въ формѣ стипуляціи, если сосѣдъ собственникъ; если же онъ удерживаетъ это зданіе въ-силу *jus in re* — онъ долженъ будетъ представить мнѣ поручителей: *cautio* предоставляется на опредѣленное время; если въ теченіи этого времени зданіе разрушилось и мнѣ тѣмъ нанесенъ вредъ, — я имѣю *actio ex stipulatu* или *actio hypothecaria*; если же въ теченіи этого времени домъ не разрушился — сосѣдъ можетъ требовать снятія съ него *cautio*. Если сосѣдъ отказывается мнѣ въ *cautio* — преторъ предоставитъ мнѣ *missio in possessionem* (*in possessionem ejus rei jubebo*), *ex primo decreto*, въ силу котораго я могу поселиться въ домѣ, не выгоняя изъ него сосѣда; конечно, если сосѣдъ имѣетъ только *jus in re*, — онъ, при полученномъ *missio ex primo decreto*, не будетъ въ состояніи примѣнять его. Сосѣдъ можетъ прекратить *missio ex primo decreto*, сдѣлавши въ домѣ необходимыя поправки или представивши *cautio*; если въ теченіи опредѣленнаго времени онъ все-таки не исполняетъ ни того, ни другаго, я могу испросить отъ претора *missio ex secundo decreto* (*possidere jubebo*), въ-силу котораго я получаю *possessio civilis*, могу выгнать сосѣда изъ дому, могу въ силу *usucapio* получить и собственность на него. Конечно, я могу требовать *cautio de damni non infecti* только въ томъ случаѣ, если я не владѣю другимъ столь-же дѣйствительнымъ, какъ *missio in possessionem*, но обыкновеннымъ средствомъ, — только подъ этимъ условіемъ преторъ предоставляетъ экстраординарные средства, изъ которыхъ самымъ рѣшительнымъ является *in integrum restitutio*.

3. Сtipуляція de damni infecti принадлежитъ къ числу преторскихъ. Павелъ ¹ даетъ такое опредѣленіе стипуляціи: «stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet; velut: «spondes? Spondeo. Dabis? Dabo. Promittis? Promitto. Fidei tuæ erit? Fidei meæ erit». Форма стипуляціи есть форма обязательства *juris civilis*: она первоначально употреблялась только между *cives* по опредѣленной формулѣ: «dari spondes? Spondeo». Рядомъ съ такими строгими выраженіями стали употреблять другія, имѣвшія основаніе въ *jus gentium* ² и давшія возможность распространить форму стипуляціи на обязательства, заключаемыя между перепримиами. Съ развитіемъ формулярной системы преторы часто заставляли стипулировать стороны до рѣшенія иска по существу, почему? Потому что при рѣшеніи новаго спорнаго случая претору пришлось бы создавать новые иски, что находилось въ его *potestas*, вотъ почему новый искъ нужно было свести къ старой дорогѣ, къ обязательству *ultrocitroque*, — этому-то и помогала система *sponsiones*. Сtipуляція представляетъ типъ *verborum obligatio*; уже въ періодъ *legis actiones* мы находимъ нѣчто похожее на обязательства *verbis*, напр. опредѣленіе *sacramentum* и *praedes litis et vindiciarum*. *Praetor peregrinus* сталъ впервые употреблять *sponsio* и *restipulatio*; при развитіи формулярной системы *sponsio*, какъ мы видѣли, было необходимо при *interdicta prohibitoria*, *actio creditæ*, и важный актъ процесса — *vadimonium* — такъ-же совершался въ формѣ стипуляціи; наконецъ, такова-же была и *formula petitoria*, которая при помощи стипуляціи *judicatum solvi*, замѣнившей *cautio pro praede litis et vindiciarum*, помогла подчинить вещныя права формулярной системѣ. Ученіе о стипуляціи по римскому праву очень обширно, обширно даже въ тѣсныхъ предѣлахъ институцій. Для насъ въ-особенности важно

¹ Sent. 2. 3.

² Gaji Inst. 3. 93.

сказать здѣсь нѣсколько словъ о раздѣленіи стипуляцій, такъ какъ *praetoriae stipulationes* указываютъ на примѣненіе *imperium* претора. Институціи¹ раздѣляютъ стипуляціи на *judiciales*, *praetoriae*, *conventionales* и *communes* (*tam praetoriae quam judiciales*). Къ *judiciales stipulationes* принадлежатъ тѣ, совершеніе которыхъ можетъ приказать судья; таковы стипуляціи *de dolo*, *de persequendo servo restituendove pretio*. *Cautio de dolo* есть та стипуляція, которую заключить приказываетъ отвѣтчику судья въ томъ, что произнесенная имъ *sententia* будетъ имъ выполнена *sine dolo*, напр. судья приказываетъ Тицію отдать мнѣ раба; Тицій возвращаетъ мнѣ раба, но до возвращенія онъ можетъ нанести ему напр. увѣчья. Что касается до *cautio de persequendo*, то ея сущность состоитъ въ слѣдующемъ: идетъ дѣло о виндикаціи раба; до сентенціи рабъ можетъ убѣжать отъ отвѣтчика, въ этомъ случаѣ присудить отвѣтчика нельзя, и вотъ преторъ приказываетъ ему заключить стипуляцію о преслѣдованіи раба съ цѣлью передать его впослѣдствіи истцу или уплатить за него сумму, равную стоимости раба. Къ числу преторскихъ стипуляцій относятся *cautio de damni infecti* и *quod legatorum*, состоящая въ томъ, что преторъ по просьбѣ легатаріевъ приказываетъ наслѣднику гарантировать через *satisfactio* выдачу легатовъ, которые не могутъ быть тотъ-часъ требуемы; въ случаѣ отказа преторъ предоставитъ легатаріямъ *missio in possessionem*. Въ числѣ преторскихъ стипуляцій заключаются *stipulationes aedilitiae*, напр. стипуляція, по которой продавецъ гарантируетъ покупателя, что продаваемая вещь лишена *vitia corporis*. *Conventionales stipulationes* тѣ, которыя добровольно заключаются сторонами; отличіе ихъ отъ первыхъ заключается въ томъ, что онѣ могутъ быть разнообразны до безконечности, между-тѣмъ-какъ количество первыхъ ограничено. Преторъ приводитъ въ дѣйствіе *praetoriae stipulationes* или *actio ex sti-*

¹ Inst. 3. 8.

putatu (condictio incerti) по intentio «quidquid Numerium Negidum Aulo Agerio dare facere oportet», иногда съ прибавленіемъ: «ex fide bona», или condictio certi; предметъ же преторскихъ стипуляцій — rem restituere. Замѣтимъ, что cognitor или procurator въ преторскихъ стипуляціяхъ можетъ стипулировать за другого, при чемъ actio принадлежитъ все-таки лицу, за котораго прокураторъ стипулировалъ¹, — отступленіе отъ общаго правила, что никто не можетъ ни стипулировать, ни обязываться за другого. Къ стипуляціямъ communes относятся тѣ, совершеніе которыхъ приказываетъ преторъ in jure или судья in judicio, — таковы стипуляціи rem salvam fore pupilli и de rato. Первая заключается въ томъ, что тutory до вступленія въ свои обязанности гарантируютъ сохраненіе имущества пупилла посредствомъ satisdatio; эту cautio принимаетъ преторъ; могло случиться, что эта cautio дается in judicio въ томъ случаѣ, когда тutory, не представивши еще satisdatio, преслѣдуетъ должника пупилла; должникъ отталкиваетъ искъ указаніемъ на непредставленіе тutoryмъ cautio, — въ этомъ случаѣ судья приказываетъ тutory стипулировать rem pupilli salvam fore. Стипуляція de rato или ratam rem haberi есть та, которую требуютъ отъ прокуратора, поднимающаго во имя другаго лица искъ, что онъ обязуется представить въслѣдствіи утвержденіе того лица, интересы котораго онъ защищаетъ; преторъ можетъ требовать эту стипуляцію только до момента litis contestatio, послѣ котораго, если преторъ не истребовалъ ея представленія, примѣненіе этой стипуляціи зависитъ отъ судьи. Указанное раздѣленіе стипуляцій принадлежитъ Помпонію²; Ульпіанъ³ выставляетъ еще другое раздѣленіе: praetoriarum stipulationum tres videntur esse species: judiciales, cautionales, communes. § 1. Ju-

¹ L. 3 и 5 Dig. 46. 5.

² L. 5 Dig. 45. 1.

³ L. 1 Dig. 46. 1.

diciales eas dicimus quæ propter iudicium interponuntur; ut ratum fiat, ut iudicatum solvi, et ex operis novi nuntiatione. § 2. Cautionales sunt autem quæ instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam rem haberi, et damni infecti. § 3. Communes sunt stipulationes quæ fiunt iudicio sistendi causa. Сtipуляции защищаются общимъ искомъ; нужно, впрочемъ, дѣлать различіе между стипуляціями certæ et incertæ. Stipulatio certa защищается condictio certi, въ которомъ intentio будетъ certa: «si paret s. milium dare oportere» или «si paret hominem Stichum dare oportere»,¹ — въ обоихъ примѣрахъ intentio certa, но такъ-какъ въ первомъ случаѣ предметъ иска составляетъ сумма денегъ, то преторъ въ condemnatio укажетъ на нее: «sestertium milium condemna»²; во второмъ примѣрѣ дѣла раба неопредѣлена, и потому въ condemnatio судья долженъ будетъ самъ ее опредѣлить «quanti ea res erit». Stipulatio incerta защищается condictio incerti, въ которомъ intentio будетъ «quidquid paret dare facere oportere»³, при чемъ преторъ можетъ указать судью на maximum, который онъ не долженъ превышать при condemnatio «dumtaxat X milia condemna, si non paret absolve»⁴.

4. Если претору представлялся случай, къ которому нельзя было приложить правилъ iuris civilis, — онъ прибѣгалъ къ actiones utiles; если нельзя было приложить actiones utiles, — онъ прибѣгалъ за actiones in factum, т. е. сначала держался дороги обыкновенной, пути формулъ. Можно представить себѣ много случаевъ, къ которымъ этотъ путь былъ совершенно непримѣнимъ: тогда преторъ, оставляя въ-сторонѣ interdicta, которыя очищаютъ путь иску и выдавались по личному требованію сторонъ, при-

¹ Gaji Inst. 4. 41.

² Gaji Inst. 4. 50.

³ Ib. 4. 51.

⁴ Ib.

обѣгалъ къ экстраординарному пути, т. е. или заставлялъ стороны въ силу своей *imperium* заключать *praetoriae stipulationes*, уклоняясь тѣмъ отъ необходимости создать новый искъ и располагая *missiones*, какъ средствомъ понужденія сторонъ,—онъ въ случаяхъ надобности прибѣгалъ къ рѣшительной мѣрѣ, къ *in integrum restitutio*. Это средство наиболѣе рѣшительное состояло въ томъ, что для предотвращенія или уничтоженія нанесеннаго вреда преторъ приводилъ извѣстное отношеніе къ тому юридическому моменту, въ которомъ состояло оно въ моментъ правонарушенія, т. е. уничтожалъ вредныя послѣдствія акта, рассматривая этотъ актъ какъ не совершившійся. *Integri restitutio est redintegrandae rei vel causae actio*¹. *In integrum restitutio* употреблялось преторомъ крайне осторожно, вотъ почему въ эдиктѣ мы находимъ много правилъ, которыми оно обставлено. Право примѣненія *in integrum restitutio* принадлежало только магистратамъ, т. е. *in integrum restitutio* основывается на *jus praetorium*, представляясь вмѣстѣ съ тѣмъ *cognitio extraordinaria*, имѣя цѣлью смятченіе *jus strictum* съ помощью *aequitas*. Слѣд., по опредѣленію Савиньи, *in integrum restitutio* есть возстановленіе прежняго состоянія права, мотивированное столкновеніемъ *aequitas* и *jus strictum*, совершаемое въ силу *imperium* претора, который сознательно измѣняетъ причины права дѣйствительно приобретеннаго, причемъ это возстановленіе не есть дѣйствительное возстановленіе (*ipso jure*), но только фикція возстановленія *ipso jure*. Для приложенія *in integrum restitutio* нужны слѣдующія условія: 1) чтобы другой путь для достиженія той-же цѣли былъ невозможенъ², т. е. чтобы невозможно было примѣненіе исковъ *indebiti*, *sine causa*, *ob causam datorum*, *redhibitoria actio*, *actio doli*, *quod metus*, — послѣдніе два иска могутъ быть примѣнены въ формѣ *exceptiones*; 2) что-

¹ P. Sentent. 1. 7. § 1.

² L. 16. §§ 1 и 3. Dig. 4. 4.

бы нарушенный акт допускалъ возможность реституціи¹; 3) чтобы этот акт был нарушенъ въ самыхъ важныхъ моментахъ, *de minimis non curat praetor*²; подъ нарушеніемъ же должно понимать дѣйствительное измѣненіе состоянія права, измѣненіе вредное въ отношеніи того, кто требуетъ реституціи; 4) чтобы находилась на-лицо одна изъ *justa causa* реституціи. Только при наличности всѣхъ этихъ четырехъ условій возможна реституція: нѣтъ одного изъ этихъ условій — примѣненіе реституціи при наличности остальныхъ невозможно. Съ *in integrum restitutio*, произносимой преторомъ *extra ordinem*, не слѣдуетъ смѣшивать средства, которыя приводили къ тѣмъ-же результатамъ, напр. предоставленіе *exceptio de dolo, quod metus* или усвоеніе различныхъ *actiones rescissoriae*, которые требовали назначенія *judex'a*. Оба эти пути, ведшіе къ одной цѣли, хотя у Павла³ и называются общимъ именемъ *in integrum restitutio*, тѣмъ не менѣе отличаются другъ отъ друга⁴. Существуютъ шесть *justa causa* реституціи⁵: *minor aetas, vis, dolus, error, minima capitis deminutio, absentia* и другія или, какъ выражается эдиктъ: *si qua alia mihi causa justa esse videbitur in integrum restituiam*⁶. Говоря о *justa causa* должно замѣтить, что уже *minor aetas* достаточенъ для полученія *in integrum restitutio minoribus XXV annis*, а остальные *justa causa* — для *maiores XXV annis*. У Гая⁷ причиной реституціи можетъ служить потеря *exceptio*, составленіе *iniqua formula* и *res judicata*⁸ по императорскимъ конституціямъ.

¹ P. Sent. 1. 9. § 1.—L. 9 §§ 2—5 Dig. 4. 4.

² L. 49. Dig. ib.

³ P. Sent. 1. 7. § 4.

⁴ L. 7 § 1 Dig. 4. 1.—L. 21 § 6 Dig. 4. 2—L. 13 § 1 Dig. 4. 4.

⁵ P. Sent. 1. 7, § 2—L. 1 и 2 Dig. 4. 1.

⁶ L. 1 Dig. 4. 6.

⁷ Inst. §§ 57 и 125.

⁸ L. 7 § 9; L. 18 §§ 2. 3. Dig. 4. 4.

1. *Minor ætas*. Дѣйствительность всякаго акта, совершеннаго *minor*'омъ XXV annis зависитъ по общему правилу отъ усмотрѣнiя претора. *Quod cum minore quam XXV annis nato gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam*¹. Первоначально *minores* располагали только *exceptio legis Plætoriæ*; впрочемъ, въ эдиктѣ вскорѣ намѣтились общiе принципы, которые позволяютъ минору требовать реституцiи. Эти принципы слѣдующiе: 1) *minor* не можетъ требовать реституцiи, если вредъ его интересамъ причиненъ случайно, но если этотъ вредъ вытекаетъ изъ его неопытности или легкомыслия — онъ можетъ требовать реституцiи, хотя-бы этотъ вредъ и не былъ прямымъ послѣдствiемъ акта²; 2) если *minor* требуетъ реституцiи изъ-за вреда, причиненнаго ему *minor*'омъ же, — она дается ему на столько, на сколько послѣднiй обогатился въ моментъ требованiя реституцiи³; 3) реституцiя минору дается на столько, на сколько нанесенный вредъ очевиденъ⁴; 4) *minores sui juris* могутъ требовать реституцiи противъ актовъ своего опекуна или попечителя, хотя-бы имѣли противъ нихъ личные иски⁵; 5) какова бы ни была польза, которую извлекаетъ *minor* изъ акта, относительно котораго онъ требуетъ реституцiи, онъ не принуждается возратить ее, какъ бы велика она ни была въ моментъ иска⁶. *Minor XXV annis* не получитъ реституцiи въ случаяхъ: 1) если въ моментъ совершенiя акта ложно выдавалъ себя за лицо, достигшее совершеннолѣтiя⁷; 2) если, будучи *pubes*, онъ объявлялъ клятвой въ моментъ совершенiя акта⁸; 3) если утвердилъ

¹ L. 1 § 1 Dig. 4. 4.

² L. 3 § 8; L. 7 § 2; L. 27 § 1 Dig. 4. 4.

³ L. 11 § 6; L. 34. Dig. 4. 4.

⁴ L. 24 § 1 Dig. ib.

⁵ L. 39 § 1 Dig. ib.

⁶ L. 27 § 1 Dig. ib.

⁷ L. 2. 3. Cod. 2. 43.

⁸ L. 1. Cod. 2. 28.

звѣтъ по достиженіи совершеннолѣтія¹; 4) если въ моментъ совершенія акта онъ получилъ *venia ætatis*²; 5) противъ другаго минора³. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ *minores* не нуждаются въ реституціи, потому что они гарантированы *ipso jure* противъ вреда, который въ томъ-же положеніи испытали бы *maiores*, именно: 1) въ случаяхъ прескрипціи исковъ, если она не есть *longissimi temporis*, — послѣдняя даетъ ему достаточно времени для обезпеченія своихъ интересовъ по достиженіи совершеннолѣтія⁴; 2) по правилу *mora solvendi* вытекаетъ вслѣдствіе предувѣдомленія, даваемого кредиторомъ, если *minor* — кредиторъ опустилъ эту формальность — ему нѣтъ нужды требовать реституціи относительно этого упущенія, такъ-какъ его должникъ находится *in mora ipso jure*⁵; 3) при *alienatio* недвижимости извѣстнаго рода, ибо такая *alienatio* ничтожна *ipso jure*⁶. Всѣ пять прочихъ причинъ суть *justæ causæ* «*in integrum restitutionis majorum*».

2. *Vis ac metus*. Если лицо совершило актъ подъ вліяніемъ *vis ac metus*, оно можетъ воспользоваться *exceptio quod metus*; если эта *exceptio* непримѣнима, лицо можетъ ухватиться за *actio quod metus*, который можетъ быть *in rem scripta*. Но если и этотъ искъ непримѣнимъ, — преторъ предоставляетъ *in integrum restitutio*. Савиньи указываетъ на два случая такой реституціи: 1) несостоятельность должника, при которой privilegiрованные кредиторы могутъ достигнуть своей цѣли *actio in personam*, слѣд. истцу реституція гарантируется *actio in rem*; 2) кто принужденъ принять или отказаться отъ *successio*

¹ P. Sent. 1. 9. § 3.

² L. 1. Cod. 2. 45.

³ L. 34 pr. Dig. 4. 4.

⁴ L. 5. Cod. 2. 41.

⁵ L. 3 Cod. 2. 41.

⁶ L. 2. Cod. 2. 42.

тотъ можетъ требовать реституціи противъ этого акта, который причинилъ ему вредъ¹.

3. *Justus error* считается причиной реституціи у Павла, но источники не даютъ такого общаго правила, указывая лишь на примѣры: такъ, преторъ предоставляетъ реституцію тому, кто вступилъ въ обязательство съ пупилломъ, при которомъ находится *falsus tutor*²; кредиторы, требующіе отдѣленія имущества наслѣдника отъ имущества наслѣдователя, могутъ требовать реституціи противъ *beneficium separationis*³.

4. *Dolus*. При совершеніи *doli* лицо потерпѣвшее также можетъ ухватиться за *exceptio doli* и *actio de dolo*, который всегда дается только противъ автора *doli*; но такъ-какъ *actio de dolo* влечетъ *infamia*, то чаще прибѣгаютъ къ реституціи⁴. Вообще, реституція дается: 1) противъ *res judicata*, основанной на *testimonia falsa*⁵; 2) въ пользу истца, противъ рѣшенія, которымъ отвѣтчикъ признанъ *solus heres*, между тѣмъ какъ на дѣлѣ онъ наслѣдникъ только въ части⁶; 3) противъ *alienatio*, сдѣланной во вредъ кредиторамъ⁷.

5. *Minima capitis deminutio*. По древнему праву если должникъ подвергался *m. c. d.* въ силу адрогации, адопціи, эманципации, легитимации—все долги его погашались, вслѣдствіе чего преторъ предоставлялъ реституцію кредиторамъ, т. е. рассматривалъ *m. c. d.* какъ бы не совершившейся⁸.

6. *Absentia*. Преторъ Публицій впервые общаетъ въ сво-

¹ L. 25 §§ 5 и 6 Dig. 4. 2.

² L. 1 § 1 и 6 Dig. 27. 6.

³ L. 1 § 17 Dig. 42. 6.

⁴ L. 7 § 1 Dig. 4. 1.

⁵ L. 33 Dig. 42. 1.

⁶ L. 18. Dig. 11. 1.

⁷ § 6. Inst. 4. 6.

⁸ Gaji Inst. 4. 38.—

емъ эдиктъ реституцію тому, чья вещь была узупапирована лицомъ, находящимся теперь въ плѣну или *in absentia reipublicae causa*¹. Случаи примѣненія этой реституціи менѣе многочисленны, чѣмъ при реституціи *etate*, которая обнимаетъ всѣ акты, могущіе причинить вредъ, между-тѣмъ-какъ первая имѣетъ въ виду только вредныя опущенія. Вообще можно сказать, что тотъ, кто въ теченіи своего отсутствія не могъ сдѣлать опредѣленнаго акта и потому претерпѣваетъ потерю въ своихъ правахъ, или кому въ силу отсутствія другаго лица нельзя выполнить опредѣленнаго акта, — тотъ можетъ требовать реституціи². Подъ *absentia* же должно понимать всѣ случаи, при которыхъ мы не можемъ примѣнять наши права по причинѣ, которая не можетъ быть намъ зачтена въ вину³. Преторскій эдиктъ случаи примѣненія реституціи заканчиваетъ словами: «*item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituiam*», и вопросъ въ томъ: эти слова вообще ли относятся къ реституціи или только къ случаямъ *absentia*? Кажется, смыслъ этой *generalis clausula* тотъ, что преторъ даетъ реституцію въ случаяхъ, имѣющихъ сходство болѣе или менѣе близкое съ случаями ясно поименованными въ эдиктѣ.

In integrum restitutio предоставляется преторомъ *causa cognita*, въ рѣдкихъ случаяхъ безъ предварительнаго изслѣдованія⁴. Срокъ для просьбы о предоставленіи реституціи — *annus utilis*, считая съ момента совершеннолѣтія; только когда право на реституцію было усвоено юридическимъ лицамъ — *annus utilis* считается съ момента нанесенія *læsio*, такъ-какъ *justa causa* въ отношеніи города не могла никогда уничтожиться. Преторъ

¹ L. 29. Dig. 49. 15.—L. 15 pr. L. 44. § 7 Dig. 41. 3.

² L. 1 pr. L. 21 pr. Dig. 4. 6.

³ L. 16. Dig. 4. 6. Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis.

⁴ Напр. при *minima capitis deminutio*.

лично *cognoscebat*, такъ-какъ то лицо, которое хотѣло измѣнить дѣйствительное положеніе вещей въ силу реституціи, не предъявляло *actio*, но требовало отъ претора *cognitio*. Реституція могла быть требуема не только оскорбленнымъ лицомъ, но и его наслѣдниками¹ или даже его мандатаріемъ, имѣющимъ для того специальную не общую *procuratio*². Реституція требуется противъ виновника *laesio* или его наслѣдниковъ (*in personam*); она можетъ быть требуема *in rem*, т. е. противъ третьихъ лицъ, въ *possessio* которыхъ находится вещь только въ томъ случаѣ, когда искъ противъ третьихъ лицъ есть единственное средство избѣгнуть потери права³. Отвѣтчикъ долженъ явиться къ претору или прислать прокуратора, который обязанъ представить *cautio de rato*⁴. Впрочемъ, въ случаѣ реституціи срока давности относительно процесса, судопроизводство у претора иногда происходитъ *brevi manu*, т. е. не выслушивая доводовъ отвѣтника. Поручитель за главнаго должника не можетъ требовать реституціи; но если реституція дается по просьбѣ должника, — она распространяется и на *fidejussores*, развѣ бы *cautio* была дана въ видахъ гарантіи кредитора противъ ущерба, который онъ можетъ испытать отъ реституціи⁵. Дѣйствія реституціи заключаются въ томъ, чтобы привести стороны въ то положеніе, въ какомъ онѣ находились, если-бы уничтожаемый реституціей актъ вовсе не имѣлъ мѣста. Всѣ дѣйствія магистрата относительно предоставленія права на реституцію иногда на столько просты, что онъ обязываетъ сторону уплатить сумму или отдать обратно полученную вещь, т. е. магистратъ или непосредственно прилагаетъ послѣдствія реституціи или объ-

¹ L. 6. Dig. 4. 1.

² L. 25 § 1. L. 26. Dig. 4. 4.

³ L. 13 § 1. Dig. 4. 4.

⁴ L. 26 § 1. Dig. 4. 4.

⁵ L. 4. § 4. Dig. 4. 4.

звляеть, что для опредѣленія послѣдствій реституціи требуется еще дальнѣйшая процедура; первый случай составляет *judicium rescindens*, т. е. магистратъ вслѣдъ за *cognitio* издаетъ декретъ, равняющійся по своимъ дѣйствіямъ реституціи, напр. *minor XXV annis* купилъ вещь очень дорого или продалъ ее очень дешево, — въ первомъ случаѣ преторъ предлагаетъ отвѣтчику обратно отдать деньги, во второмъ — вещь¹; но иногда независимо отъ декрета, который признаетъ реституцію, требуется еще особый процессъ, *judicium rescissorium*, который только и даетъ полное удовлетвореніе оскорбленной стороны, т. е. преторъ ограничится опредѣленіемъ, что нарушенное право, изъ котораго вытекаетъ искъ, восстановлено, и тотъ, въ пользу котораго сдѣлано это признаніе, оставляя въ-сторонѣ реституцію, предъявить искъ, слѣд. при *judicium rescissorium* задача реституціи заключается въ томъ, чтобы уничтожить то препятствіе, которое мѣшаетъ примѣненію *actio* или *exceptio*.

20. И такъ, во всѣхъ четырехъ случаяхъ *extraordinariae cognitiones* путь для рѣшенія дѣла одинъ: преторъ рѣшаетъ его самъ въ-силу своей *imperium*, не отсылая тяжущихся къ суду, не выдавая формулы. Съ дальнѣйшимъ развитіемъ процесса случаи примѣненія *cognitiones* учащались, т. е. гражданскій и уголовный процессы испытывали ту общую судьбу, что развитіе инквизиціоннаго процесса шло рядомъ съ путемъ формулярнымъ. И это не одна общая черта уголовного и гражданского процесса: кромѣ общихъ принциповъ процесса, какъ-то гласности, публичности и пр., между ними явилась соединительная черта, придавшая процессу политическій оттѣнокъ и потому послужившая къ его упадку, именно: вопросъ о выборѣ присяжныхъ въ уголовномъ процессѣ и о выборѣ одного изъ присяжныхъ (*judex*'а) для рѣшенія *in judicio* гражданскихъ дѣлъ становится, къ не-

¹ L. 24 § 4 Dig. ib.

счастью, вопросом политическимъ. Эта-то соединительная черта двухъ процессовъ можетъ служить руководящей нитью къ изученію внутренняго положенія партій въ Римѣ въ VII вѣк. и къ рѣшенію вопроса: почему процессъ *extra ordinem* взялъ безъ труда перевѣсъ надъ *ordo iudiciorum*? почему ни въ обществѣ, ни въ сословіи судей и юристовъ притязанія цезарей, стремившіяся къ измѣненію *ordo iudiciorum* въ канцелярскій процессъ, не вызвали слишкомъ рѣзкой реакціи? На этотъ вопросъ намъ отвѣтитъ разсмотрѣніе *leges iudiciariæ*, изученіе которыхъ не можетъ быть отдѣлено отъ изученія внутренняго состоянія Рима въ теченіи VII вѣка.