А. К. Митюковъ.

ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ПРОДАВЦА

ЗА ЭВИКЦІЮ

ВЪ ИСТОРИКО-СРАВНИТЕЛЬНОМЪ ОСВѢЩЕНІИ.

КІЕВЪ.
Типографія Императорскаго Университета Св Владиміра Акц. О-ва печ. и изд. дѣла Н. Т. Корчакъ-Новицкаго. Мериговская улица, д. № 6.
1906.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Университета Св. Владиміра.
Оттискъ изъ Университетскихъ Извѣстій за 1906 годъ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

По общепринятому мнѣнію продавецъ по римскому праву обязанъ предъ покупателемъ къ установленію не *права*, а всего лишь спокойнаго, безспорнаго обладанія («ut emptori rem habere liceat»); поэтому, его отвѣтственность предъ покупателемъ начинается лишь съ того момента и при томъ условіи, когда и если переданная покупателю вещь судебнымъ рѣшеніемъ признана будетъ собственностью третьяго лица, и основаніе этой отвѣтственности—не въ недостаткѣ у продавца права, а именно въ утратѣ покупателемъ вещи вслѣдствіе присужденія ея третьему лицу. Всѣ эти положенія имѣютъ въ виду, когда говорятъ объ отвѣтственности продавца за эвикцію и противополагаютъ римское право современному, гдѣ продавца считаютъ обязаннымъ перенесть право и отвѣтственнымъ за не-переносъ его. (т. н. „Rechtsverschaffungsprincip").

Ученіе это возникло давно, держалось въ пандектной доктринѣ вплоть до послѣднихъ дней дѣйствія пандектнаго права и нынѣ еще составляетъ одинъ изъ наиболѣе прочно установившихся догматовъ цивилистики.

Развито оно французской элегантной юриспруденціей XVI вѣка *Куяціемъ*, *Доненломъ* и особенно отчетливо формулировано *Дуареномъ* [1]); отсюда оно передается *голландскимъ* юристамъ XVII и начала XVIII вѣка [2]); въ XVIII вѣкѣ его держится видный французскій романистъ *Потье* [3]), ему слѣдуютъ и *нѣмецкіе пандектисты* того на-

---

[1]) *Cuiacius*, Observationes Lib. 23 cap. 29. *Donellus* do evictione et duplae stipulatione (Oper. prior. Frankof ad Moenum 1589 г. in 4° pag. 212 sq.). *Duarenus*, ad. tit, Cod. 8.45 de eviction. ad rubr. (Oper. pag. 1215).

[2]) *Noodt*, Probabilia lib. II, cap. ult.—van—*Bynkershock*, Observation. juris Romani lib. VI. i. f.

[3]) *Pothier*, Traité du contrat de vente. (Oeuvr. t. III) Art. prélim (pag. 1, 2) и № 48 (pag. 28—30).

ЦАБ "Автограф"
май 2021

правленія, которое извѣстно подъ именемъ *usus modernus* Pandectarum. [4])—Въ первыя три четверти XIX столѣтія въ ряду убѣжденныхъ защитниковъ его встрѣчаемъ имена наиболѣе видныхъ представителей нѣмецкой исторической школы, какъ-то: *Пухта*, *Арндтсъ*, *Бринцъ*, *Синтенисъ*, *Келлеръ* [5]).

Впервые традиціонной доктринѣ серьезный ударъ наноситъ *Эккъ* небольшимъ, но цѣннымъ по результатамъ этюдомъ: «*Die „Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums*» (1874 г.). Изслѣдовавъ рядъ рѣшеній юристовъ классической эпохи, Экъ пришелъ къ выводу, что уже классическое римское право допускало покупателя къ иску противъ продавца *внѣ эвикціи* во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда отсутствіе права у продавца, а слѣдовательно и не-пріобрѣтеніе его покупателемъ, наноситъ интересамъ покупателя тотъ или иной ущербъ [6]).

Мысль Экка встрѣтила полное признаніе со стороны такихъ выдающихся юристовъ, какъ *Виндшейдъ* и *Дернбургъ*, *Регельсбергеръ* и *Бехманнъ* [7]), но коренного измѣненія въ пандектной доктринѣ она не произвела, и весь прогрессъ доктрины за послѣднюю четверть XIX столѣтія сводится къ тому, что, по сравненіи съ доктриной болѣе ранней, допускается большее количество случаевъ, гдѣ искъ покупателя къ продавцу возможенъ *до и безъ эвикціи* [8]). Сказанное ясно обнаруживается изъ слѣдующаго: и послѣ Экка пандектисты въ вопросѣ объ отвѣтственности продавца, не имѣвшаго права, по прежнему на первый планъ выдвигаютъ эвикцію и ея реквизиты [9]), благодаря чему случаи, указанные Эккомъ, сами собой получаютъ характеръ чего-то исключительнаго; по прежнему римскаго продавца не считаютъ связаннымъ обязательствомъ *in dando* (въ техническомъ значеніи тер-

---

[4]) *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten 16 ч. отд. 1 стр. 7 слд. и прим. 10, гдѣ приведены литературныя указанія.

[5]) *Puchta*, Vorlesungen ueber das heutige röm. Recht. II, str. 221. *Arndts*. Pandecten § 302 Brinz Pandecten (изд. 57), § 113 стр. 485. *Sintenis* das pract. gem. Civilrecht II, § 116, стр. 599. *Keller*, Pandecten ed. (Friedberg) § 330, стр. 619.

[6]) *Eck*. L. c. стр. 43.

[7]) *Windscheid*, Lehrbuch des Pandectenrechts (7-ое изд.) II, § 389, прим. 8a и слд. *Dernburg*, Pandecten II, § 99, 3 прим. 31. *Regelsberger* Kriet. Vierteljährschr. XVII, стр. 274. *Bechmann*, Kauf, I, стр. 546 слѣд.

[8]) Такіе случаи, наприм., при dolus venditoris допускала и старая доктрина cf. *Pothier l. c.*

[9]) *Windscheid*, II, § 391. *Dernburg*, II, § 99, 1—2.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

мина) [10]), по прежнему и въ монографіяхъ, и въ учебныхъ курсахъ римскій «принципъ эвикціи» противополагаютъ принципу «установленія права» («Rechtsverschaffungsprincip») [11]), и на этомъ основаніи утверждаютъ существованіе принципіальнаго различія въ строеніи купли римской и современной [12]).

Но какъ ни прочна традиціонная доктрина, какъ ни великъ авторитетъ ея сторонниковъ, положеніе ею защищаемое все же слишкомъ странно; и отсюда— недовѣріе къ ней, отсюда—вопросы: а) подлинно-ли въ развитомъ римскомъ правѣ дѣйствовалъ такой странный порядокъ, что покупатель вмѣсто права на вещь долженъ былъ довольствоваться возможностью спокойнаго обладанія ею? и далѣе b) чѣмъ объяснить успѣхъ права на ново-европейской почвѣ?

Отвѣтъ на эти вопросы можетъ дать лишь историко-сравнительное изученіе эволюціи обязанностей продавца какъ въ античномъ [13]), такъ и въ правѣ новоевропейскомъ.

Въ этой эволюціи слѣдуетъ различать двѣ эпохи. Первая, когда обязанности продавца носятъ характеръ и содержаніе процессуальное: всякій продавецъ безъ различія собственника отъ несобственника, обязанъ оказывать покупателю защиту отъ третьихъ вступщиковъ и отвѣчаетъ за неоказаніе этой защиты. Такой составъ обязанностей продавца опредѣлился подъ дѣйствіемъ причинъ и условій, восходящихъ къ самымъ отдаленнымъ стадіямъ права; но, переживъ эти причины и условія, онъ держался въ правѣ рядъ столѣтій; его отдѣльныя послѣдствія сохранились еще и тогда, когда вопросъ вступилъ во вторую и высшую стадію развитія. На этой второй стадіи обязанности продавца начинаютъ слагаться въ направленіи, устремленномъ къ матеріальному праву; такое ихъ направленіе постепенно крѣпнетъ и развивается и въ результатѣ,—опять-таки продолжительнаго развитія,—получается положеніе: продавецъ обязанъ перенесть на покупателя право и отвѣчаетъ за непереносъ его. Въ рамѣ этого историческаго процесса отвѣтственность продавца за эвикцію получаетъ совершенно опредѣленное мѣсто и зна-

---

[10]) *Windscheid*, II, § 398, текстъ и прим. 4.

[11]) *Dernburg*, Lehrbuch. des preus. Privatrechts (изд. 5), т. II, § 133, стр. 353, особенно рѣзко *Dernburg*, d. bürgerliche Recht b. deutsch. Reichs, т. II, 2 §, 167 (стр. 2).

[12]) *Bechmann*, Kauf, II, § 123, стр. 65 слд.

[13]) Говоримъ о правѣ античномъ, такъ какъ слѣдуя Рабелю (Haftung d. Verkäufers weg. Mangels im Recht) привлекаемъ къ разсмотрѣнію и греко-египетское право.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ченіе: она, какъ то ясно обнаруживается изъ строенія обязанностей продавца на раннихъ стадіяхъ въ развитіи купли-продажи, представляетъ собой не болѣе, какъ послѣдній отзвукъ отвѣтственности за неоказаніе защиты. Отсюда слѣдуетъ: a) «отвѣтственность за эвикцію» прежде всего вовсе не самостоятельный принципъ, способный служить основой для построенія обязанностей продавца и отвѣтственности за ихъ невыполненіе; b) *для классическаго права отвѣтственности продавца за эвикцію* вовсе *не живой и творческій принципъ, а мертвый пережитокъ отдаленнаго прошлаго.*

Чтобы оттѣнить этотъ выводъ, чтобы показать, что «отвѣтственность за эвикцію въ правѣ классическомъ не имѣетъ никакой будущности и всецѣло обращена къ весьма и весьма отдаленному прошлому, предлагаемый очеркъ ограничивается изображеніемъ только начальныхъ стадій въ развитіи римской купли.

Изображеніе классическаго права съ подведеніемъ конечныхъ итоговъ развитія римскаго права, параллельно съ эволюціей новоевропейскаго права отъ рецепціи и до послѣдняго времени, составитъ предметъ особаго очерка.

А. М.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Отвѣтственность продавца по куплѣ манципаціонной.

(Auctoritas и т. п., actio auctoritatis)*).

§ 1. Замѣчанія предварительныя.

а. Историческое прошлое манципаціи купли.

Историческое прошлое купли-продажи съ одной стороны и манципаціи съ другой заставляетъ начать изученіе исторіи отвѣтственности продавца за неперепосъ права съ разсмотрѣнія отвѣтственности манципанта. — Въ правѣ развитомъ, въ правѣ классической эпохи купля и манципація сдѣлки вполнѣ самостоятельныя; но эта ихъ самостоятельность есть результатъ историческаго процесса, въ началѣ котораго, объ сдѣлки еще не различаются.

Въ развитомъ правѣ купля-продажа представляетъ, какъ извѣстно, консенсуальный контрактъ, обязательный для сторонъ съ момента соглашенія о цѣнѣ и предметѣ продажи, порождающій обяза-

*) Литература вопроса: *Huschke*, d. Recht d. Nexum (1846 г.) стр. 171—212; *Rudorff*, Ueber d. Litiscraescenz (Zeitschrift f. geschichtliche Rechtswissenschaft т. XIV (1848 г.), стр. 430—451; *Eck*, d. Verpflichtung des Verkäufers z. Gewährung d. Eigenthums (1874 г.), стр. 2—13; *Bechmann*, d. Kauf, т. I (1876 г.), стр. 95—98; 102—144; *Girard*, L'action auctoritatis (Nouv. rev. hist. d. droit. т. VI (1882 г.), стр. 180—218; *Voigt*, XII Tafeln, т. 2-й (1883 г.), стр. 187—202; 501—506; *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, т. 2-й (1892 г.), стр. 371—375; *Leist*, v. Auctoritas (Payly-Wissowa, Real-Encyklopaedie d. Klass Alterthumswissenschaft, полутомъ 3-й 1895 г.), cl. 2277; *Rabel*, d. Haftung d. Verkäufers wegen Mangels im Recht (1902 г.), стр. 5—28.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

тельства: для продавца—передать вещь, отвѣчать за ея эвикцію и недостатки, для покупателя—уплатить условленную цѣну.—Но историки права согласны въ томъ, что и въ Римѣ, (какъ—и у другихъ народовъ), консенсуальной куплѣ предшествовалъ такой порядокъ вещей, когда купля заключалась непосредственнымъ обмѣномъ вещей на деньги, когда все предшествовавшее этому обмѣну юридически силы и значенія не имѣло, когда послѣдствія, связанныя съ куплей, наступали лишь послѣ указаннаго обмѣна. Одни (Бехманъ) называютъ куплю-продажу подобнаго рода натуральной, другіе (Бринцъ)—реальной. Правда, источниками этотъ порядокъ вещей непосредственно не засвидѣтельствованъ, но сомнѣваться въ немъ едва ли возможно. Самое наименованіе сдѣлки сложилось именно въ эпоху господства купли натуральной: «emere» въ древнемъ языкѣ, если вѣрить Фесту (Paulus ex Festo sub verb. Abemito), имѣло значеніе «*Sumere*» или «*accipere*», а «vendere» или venumdare означаетъ *отдавать* изъ корысти (venum родственно греческому ὦνος, санскритск. vasnas срв. Curtius, Griechische Etymol. № 448). Еще важнѣе то, что гипотеза купли натуральной въ роли исторической предшественницы купли консенсуальной освѣщаетъ многія нормы развитого института «emptio-venditio», столь темныя и странныя въ системѣ купли консенсуальной. Сюда надо отнести правило о томъ, что добросовѣстный покупатель чужой вещи имѣетъ титуломъ своего давностнаго владѣнія куплю, узукапируетъ «pro emptore», а не «pro soluto», какъ естественно было бы ожидать съ точки зрѣнія купли консенсуальной; сюда далѣе принадлежитъ и правило, что для давностнаго владѣнія покупатель долженъ быть добросовѣстнымъ уже при заключеніи договора о куплѣ (fr. 2 pr. § 1 Dig. 41. 4. fr. 48 D. 41. 3) правило, которое, очевидно, сохранило воспоминаніе о той эпохѣ, когда начало владѣнія покупщика и моментъ заключенія сдѣлки совпадали; наконецъ, и знаменитое «periculum emptoris perfecta emptione», т. е. переходъ риска случайной гибели на покупателя съ момента заключенія консенсуальнаго контракта купли-продажи не можетъ быть для купли консенсуальной логически оправдано и понятно лишь, выражаясь словами Перниса «als stehen gebliebener Rest der durchlaufenen Entwickelung» [1]).

---

[1]) Pernice. Labeo, т. I, стр. 457.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Извѣстно также, что манципація въ классическую эпоху служитъ общей, отрѣшенной отъ causa (абстрактной) формой пріобрѣтенія правъ имущественныхъ и правъ семейной власти. Но такое широкое значеніе манципація получила лишь въ результатѣ продолжительнаго историческаго процесса, который измѣнилъ ея первоначальную природу и расширилъ область ея примѣненія. Анализъ обряда манципаціи, словъ и дѣйствій его образующихъ, привелъ историковъ къ убѣжденію, что первоначально манципація представляла ни что иное, какъ куплю и именно куплю натуральную [2]), которая въ виду особой важности предметовъ купли (res mancipi—это основной фондъ крестьянскаго хозяйства древняго римлянина) совершается гласно въ присутствіи не менѣе 5 свидѣтелей.

Если такимъ образомъ въ манципаціи мы имѣемъ случай купли въ ея древнѣйшемъ строеніи, то вполнѣ правильно начать изученіе вопроса объ отвѣтственности продавца за непереносъ права разсмотрѣніемъ отвѣтственности манципанта. Такъ поступили: Эккъ, Бехманнъ и Жираръ, такъ-же поступаетъ и новѣйшій изслѣдователь вопроса Рабель

b. Actio auctoritatis въ литературѣ.

Изучая отвѣтственность манципанта, изслѣдователи, какъ напр., Бехманнъ и Жираръ обращаютъ особое вниманіе на выясненіе природы actio auctoritatis, средства, въ которомъ выражается отвѣтственность манципанта за переносъ права. И это вполнѣ правильно, такъ какъ только, выяснивъ истинный характеръ нашего иска, мы можемъ найти принципъ, управляющій не только отвѣтственностью манципанта, но и, сообразно вышесказанному, отвѣтственностью продавца на первыхъ стадіяхъ развитія института купли-продажи. Мало того. Извѣстно, какой устойчивостью, какимъ консерватизмомъ и послѣдовательностью отличалось развитіе права въ Римѣ. Имѣя это въ виду, мы въ правѣ предполагать, что первоначальная идея въ большей или меньшей степени отразилась и на послѣдующихъ, болѣе прогрессивныхъ формахъ отвѣтственности, т. е. на отвѣтственности по стипуляціи на случай эвикціи и по actio empti. Но несмотря на очевидную важность вопроса ученые далеки въ немъ отъ соглашенія. Одни считаютъ нашъ искъ—*искомъ изъ сдѣлки*, но между сторонниками этого взгляда, существуетъ разногласіе по вопросамъ о томъ, какова именно

[2]) См. въ особенности Bechmann, Kauf I, §§ 7—10; сторонники того же взгляда Huschke и Leist (ibid., § 6).

ЦАБ "Автограф"
май 2021

та сдѣлка, которая обосновываетъ нашъ искъ.—Другіе, напротивъ, признаютъ за actio auctoritatis, характеръ *иска деликтнаго*, но между собой впадаютъ въ существенное разногласіе по вопросу о болѣе точной квалификаціи деликта, вызывающаго нашъ искъ. Есть, наконецъ, конструкція, которая, подкладывая нашему иску реальный фундаментъ, приближаетъ его *къ искамъ о поворотѣ обогащенія* безъ основанія (condictio sine causa).

Разборъ и оцѣнку всѣхъ этихъ взглядовъ мы дадимъ ниже; теперь же укажемъ лишь причину разногласія изслѣдователей и попытаемся намѣтить тотъ путь, держась котораго возможно въ нашемъ вопросѣ получить рѣшеніе наиболѣе близкое къ истинѣ.

Состояніе источниковъ.

Причина разногласія изслѣдователей всецѣло лежитъ въ состояніи источниковъ. Свѣдѣнія, ими доставляемыя, скудны, отрывочны и относятся къ эпохамъ сравнительно позднимъ. Ни въ Дигестахъ, ни въ Кодексѣ Юстиніана мы, естественно, не найдемъ прямыхъ указаній по вопросу объ отвѣтственности манципанта: все, что въ произведеніяхъ юристовъ-классиковъ и въ указахъ императоровъ, касалось послѣдствій манципаціи, или вовсе не вошло въ Юстиніановскіе своды или, если вошло, то съ болѣе или менѣе существенными измѣненіями. Что касается произведеній юристовъ-классиковъ, сохранившихся внѣ Юстиніановской компиляціи, то Гай, если и затрагивалъ нашъ вопросъ, то въ такомъ мѣстѣ, которое не удалось прочитать (Gai. II. 26), въ «Regulae» Ульпіана вопросъ обойденъ молчаніемъ и только въ «Sententiae» Павла, которыя сохранилъ намъ вестготскій сборникъ Алариха, имѣется краткій отрывокъ, непосредственно, касающійся нашего вопроса: это §§ 1—3, семнадцатого титула второй книги. Не подымаемъ здѣсь вопроса, самого по себѣ вполнѣ возможнаго, вопроса о томъ, сохранили-ли намъ Вестготы мысли юриста въ подлинномъ или, по крайней мѣрѣ, полномъ видѣ. Но все же не можемъ не отмѣтить, что для выводовъ историческихъ свидѣтельствомъ Павла должно пользоваться съ большой осторожностью: юристъ-практикъ эпохи Северовъ, да еще въ элементарномъ руководствѣ гражданскаго права, могъ и долженъ былъ говорить только о томъ, что имѣло практическое значеніе для права его времени; онъ обязанъ былъ опустить все, что дѣйствовало раньше, но къ его времени въ практическомъ отношеніи утрачивало или даже утратило значеніе.

Въ виду такого состоянія источниковъ юридическихъ особую важность получаетъ матеріалъ, который можно извлечь изъ сочиненій не

ЦАБ "Автограф"
май 2021

юристовъ, въ частности изъ комедій Плавта, изъ рѣчей и философскихъ произведеній Цицерона, изъ антикварныхъ и экономическихъ трактатовъ Варрона. Высокую цѣнность имѣетъ также одинъ памятникъ эпиграфическій, а именно найденная въ 1867 г. въ Андалузіи бронзовая дощечка, на которой начертанъ примѣрный образчикъ фидуціарной (въ цѣляхъ залога) манципаціи, т. н. Formula или Tabula Baetica (C. I. L. II. n. 5042=Suppl. 5406 Bruns, Fontes, p. 293 Girard, Textes p. 739).

Въ 1883 году вышелъ въ свѣтъ «Edictum perpetuum» Ленеля—произведеніе, которое справедливо признаютъ (Girard) открывающимъ новую эпоху въ научной разработкѣ исторіи римскаго права. И въ вопросъ объ отвѣтственности манципанта, Ленель внесъ новый свѣтъ, указавъ цѣлый рядъ фрагментовъ Дигестъ, которые въ своей первоначальной редакціи относились къ отвѣтственности манципанта.

290 § своего Эдикта, надписанный «de auctoritate», Ленель открываетъ замѣчаніемъ, что фрагменты 80 и 81 книги ad edictum Ульпіана, 76 и 77 книгъ ad edict. Павла, 28 кн. Гая, и 57 и 58 кн. Дигестъ Юліана, изъ которыхъ нѣкоторые теперь упоминаютъ о stipulatio duplae, въ своей первоначальной редакціи говорили не объ одномъ, а *о двухъ средствахъ, но ни одно изъ этихъ средствъ*, по мнѣнію Ленеля, *не было stipulatio duplae*. Первое положеніе Ленель основываетъ на общепринятомъ римскими юристами обычаѣ комментировать одно средство въ одной книгѣ и нѣтъ никакихъ причинъ предполагать, что для stipul duplae Римляне допустили исключеніе. Второй тезисъ онъ выводитъ изъ fr. 5 pr. D. V. O. (45. 1), изъ коего видно, что stipulatio duplae помѣщалась въ эдиктѣ эдиловъ, а, слѣдовательно, и разсматривалась юристами въ комментаріяхъ къ эдикту эдильскому, а не преторскому, затѣмъ, изъ отсутствія въ указанныхъ фрагментахъ комментара типическихъ для stipulatio duplae выраженій, наконецъ, изъ содержанія нѣкоторыхъ фрагментовъ, которое противорѣчитъ другимъ достовѣрнымъ показаніемъ о stipulatio duplae. Благодаря этимъ соображеніямъ Ленель предположилъ, что Ulp. 80, Paul. 76 и Iul. 57, относятся къ отвѣтственности изъ манципаціи (auctoritas), а слѣдующія книги тѣхъ же юристовъ къ той формѣ отвѣтственности, которая извѣстна подъ именемъ «satisdatio secundum mancipium» и которая представляетъ собою обезпеченное поручительствомъ договорное обязательство того же содержанія, что и обязательство манципанта изъ манципаціи. Въ послѣдующемъ изложеніи Ленель по-

ЦАБ "Автограф"
май 2021

дробно обосновываетъ свою мысль и доказательства его столь убѣдительны, что мысль Лепеля можно признать прочнымъ и положительнымъ достояніемъ науки. Дѣйствительно, пользуясь источниками, указанными Лепелемъ, Рабель неопровержимо доказалъ мысль, которую еще до открытія Лепеля особенно подчеркивали Бехманъ и Жираръ, а именно, что содержаніе обязанностей манципанта прежде всего чисто формальнаго характера и состоитъ въ процессуальной защитѣ своего котрагента противъ третьихъ лицъ.

1. Методъ рѣшенія вопроса.

Но на вопросъ, почему обязанность манципанта получила именно это содержаніе, естественно, отвѣтить не могутъ ни источники, указанные Лепелемъ, ни до него бывшіе въ нашемъ распоряженіи: манципація со всѣми ея послѣдствіями восходитъ къ отдаленнѣйшимъ временамъ римской жизни, а извѣстно, какъ мало свѣдѣній о первобытномъ своемъ правѣ сохранили римскія традиціи и римскіе источники. Раскрыть причину возникновенія древнѣйшихъ римскихъ правовыхъ явленій мы можемъ лишь при помощи пріема историко-сравнительнаго: съ одной стороны, Римляне воздвигли зданіе своего права на обще-арійскомъ фундаментѣ, съ другой—въ памятникахъ письменности древне-греческой (критская надпись т. н. «Гортинское городское право») [3]), древне-германской (leges barbarorum) и древнерусской (Русская Правда) запечатленъ юридическій бытъ гораздо болѣе низкой ступени, чѣмъ тотъ, о которомъ свидѣтельствуетъ древнѣйшій юридическій памятникъ Рима—законы XII таблицъ.

Итакъ, полное освѣщеніе древне-римской купли возможно лишь при условіи обращенія къ памятникамъ первобытнаго права другихъ народовъ, одного съ Римлянами арійскаго корня. Этотъ пріемъ немедленно обнаруживаетъ, что «auctoritas» не есть что-либо свойственное только римской манципаціи, что защищать покупателя отъ третьихъ лицъ обязываетъ продавца и право греческое (βεβαίωσις) и германское (firmatio, Schirmung или Gewährschaft) и русское («очистка»). Слѣдовательно, всякое объясненіе содержанія обязанностей манципанта соображеніями, взятыми изъ римскаго права и умѣстными только для него, несостоятельно уже потому, что даетъ явленію универсальному объясненіе, такъ сказать, мѣстное. Но историко-сравнительное изученіе вопроса даетъ гораздо больше, чѣмъ только что от-

---

[3]) Объ этомъ памятникѣ см. *Bücheler und Zitelmann*, das Recht von Gortyn (Rheinisches Museum für Philologie N. F. Bd. 40 Ergänzungsheft).

ЦАБ "Автограф" май 2021

мѣченный отрицательный результатъ. Въ юридическихъ памятникахъ старины германской и русской, мы застаемъ виндикаціонный искъ на стадіи развитія гораздо болѣе ранней, чѣмъ древнѣйшая намъ извѣстная римская виндикація: «Leges Barbarorum» и Русская Правда позволяютъ съ достаточной точностью установить первоначальный характеръ виндикаціи—а, найдя его, мы немедленно находимъ и причину, вызвавшую къ жизни институтъ «очистки», «Schirmung», «auctoritas», т. е. обязанности продавца защищать покупателя отъ третьихъ лицъ.

Послѣ этихъ предварительныхъ замѣчаній о методѣ, котораго мы будемъ держаться при изученіи вопроса, переходимъ къ изложенію самого вопроса. Мы разсмотримъ порядокъ установленія обязанности манципанта, ея содержаніе, и послѣдствія ея нарушенія. Установивъ такимъ образомъ существенныя черты института, насколько это позволяетъ вышеописанное состояніе источниковъ, мы, перейдемъ и къ объясненію института.

§ 2. Установленіе обязанностей манципанта.

А. Теорія нункупаціи

Рудорффъ, Эккъ, и въ особенности Карлова [4]) основываютъ обязательства манципанта на прямомъ съ его стороны обѣщаніи, на особомъ актѣ, который они называютъ «nuncupatio»; актъ этотъ присоединялся къ главному акту манципаціи въ видѣ добавочной статьи (lex mancipii), но въ то же время составлялъ съ манципаціей одно неразрывное цѣлое и потому въ своемъ дѣйствіи защищенъ былъ извѣстнымъ положеніемъ XII таблицъ: «cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto» (Tab. VI, 1). Въ соотвѣтствіи съ основнымъ своимъ взглядомъ сторонники этой теоріи признаютъ, что duplum pretii составляетъ лишь обыкновенный размѣръ отвѣтственности манципанта, что отъ сторонъ зависитъ увеличить или уменьшить этотъ размѣръ, что стороны могутъ, воздержавшись отъ заключенія акта «nuncupatio», и совсѣмъ устранить отвѣтственность манципанта.

---

[4]) *Rudorff*, Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft, т. XIV, стр. 434, Zeitschrift f. Rechtsgeschichte, т. XI, стр. 88—97; *Eck*, Verpflichtung, стр. 2—4; *Karlowa*, Rechtsgeschichte, II, стр. 373 сл. см. его-же, Der römische Civilprocess z. Zeit. d. Legisactionen, стр. 75, прим. 2.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Въ подтвержденіе этой теоріи Экк ъ въ видѣ аргумента общаго характера ссылается на защищаемое Іерингомъ [5]) положеніе, что акты древняго права имѣютъ слѣдствія или только вещнаго или только обязательственнаго характера, что дѣйствовать съ эффектомъ вещнымъ и обязательственнымъ одновременно эти акты не могутъ. Противъ этого замѣтимъ: самъ Экк ъ считаетъ «mancipatio» неразрывной частью манципаціи и, такимъ образомъ, въ сущности приходитъ къ тому-именно результату, возможность котораго отрицаетъ Іерингъ [6]).

Далѣе намъ кажется, что тезисъ Іеринга съ равнымъ успѣхомъ можетъ быть обращенъ и противъ теоріи Экка.—И въ самомъ дѣлѣ, если въ древнемъ правѣ сдѣлки—эти продукты воли сторонъ—могли дѣйствовать или только вещно, или только обязательственно, то не вытекаетъ-ли изъ этого, что обязательство манципанта не составляетъ продукта воли сторонъ, а падаетъ на него силой самого закона?

Позитивной опорой разбираемой теоріи служатъ: Cic. de off. III. 17.; Cic. pro Mur. II. 3; Plaut. Curc. IV. 2. 8 sq. и Varro d. L. L. VI. 7. 74. Изъ приведенныхъ текстовъ только первый обладаетъ нѣкоторой доказательной силой.

Такъ, а) доказательная сила *Cic. pro Mur. II. 3* [7]) въ сущности сводится къ параллели, которую проводитъ ораторъ между актами: «nexu se obligare» и «declarare»: такъ какъ, разсуждаетъ Карлова, «declaratio» есть актъ открытаго заявленія («ausdrückliche Erklärung») декларанта, то и обязанность манципанта предполагаетъ для своего возникновенія такое же прямое заявленіе обязаннаго.—Такое разсужденіе вовсе не убѣдительно. Скорѣе строй рѣчи оратора даетъ намъ право заключать, какъ справедливо замѣтилъ Жираръ [8]), что Цицеронъ аргументируетъ a fortiori: если манципантъ обязанъ защищать (своего контрагента) безо всякого акта своей воли, то *тѣмъ болѣе* («*profecto etiam rectius*») обязанность защиты ложится на того, кто своей волей участвовалъ въ выборѣ даннаго лица въ консулы.

---

[5]) Ihering. Geist d. röm. Rechts Th. III, Abth. 1. (4 изд. 1888 г. стр. 140 слд.

[6]) Срвн. Bechmann, Kauf. т. I стр. 97. i. f.

[7]) Cic. pro Mur. II. 3 „Quodsi in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum judicii praestare debet, *qui se nexu obligavit*, profecto etiam rectius in judicio consulis designati is potissimum consul, qui consulem *declaravit*, auctor beneficii populi Romani defensorque periculi esse debet".

[8]) Girard. Nouv. Rev. 82 г. стр. 193.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

b) По поводу *Plaut Curc. IV. 2. 8 sq*[9]). Karlowa замѣчаетъ: «упоминаніе о «lingua» манципанта въ связи съ манципаціей намекаетъ на актъ «lingua nuncupare», которымъ манципантъ обязывался выступить защитникомъ своего контрагента на случай эвикціи! [10]).

Но едва ли позволительно изъ юридически-безразличныхъ словъ поэта «quibus nihil est nisi una lingua» дѣлать такія заключенія! Всего правильнѣе данное мѣсто вовсе устранить изъ числа доказательствъ. Во всякомъ случаѣ, интерпретація Карловы не имѣетъ никакихъ преимуществъ предъ толкованіемъ Фойгта [11]), который цитируетъ данный текстъ, какъ доказательство того, что отвѣтственность манципанта возникаетъ изъ одной манципаціи, безъ всякой «nuncupatio».

c) Наконецъ, и ссылка Карловы на Varro d. L. L VI. 7. 74 не идетъ къ дѣлу, такъ какъ въ этомъ мѣстѣ о способѣ установленія отвѣтственности манципанта ничего не говорится: въ немъ рѣчь о поручительствѣ, которое пріобрѣтатель по манципаціи могъ требовать отъ манципанта.

d) Остается, такимъ образомъ, *Cic. de off. III. 17*:

> Ac de jure quidem praediorum sancitum est apud nos jure civili, ut in his vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae lingua essent nuncupata, quae qui infitiatus dupli poenam subiret: a jure consultis etiam reticentiae poena est constituta.

Цицеронъ раскрываетъ картину постепеннаго развитія отвѣтственности манципанта за размѣры проданнаго участка («actio de modo agri»). Старая практика, опираясь на букву закона XII таблицъ, привлекала манципанта къ отвѣтственности только тогда, если участокъ не имѣлъ того размѣра, *который названъ былъ въ актѣ манципаціи*; послѣдующая юриспруденція нашла справедливымъ установить отвѣтственность манципанта и въ томъ случаѣ, когда онъ умолчалъ (dolose?) о томъ, что участокъ не имѣетъ того размѣра, который за нимъ предполагаетъ покупатель.—Но что изъ всего этого слѣдуетъ для теоріи пун

---

[9]) Plaut. Curcul. IV. 2. 8. „Egone al leone
Mancipio accipiam, quibus nihil est nisi una lingua.....

[10]) Karlowa. Rechtsgeschichte II. стр. 374.

[11]) Voigt, XII Tafeln т. II, стр. 190 прим. 1.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

купаціи? Думаемъ, ровно ничего. Охотно соглашаемся съ Карловой, что въ словахъ «cum ex XII tabulis satis ea esset praestari, quae lingua nuncupata essent» Цицеронъ имѣетъ въ виду вышеприведенное положеніе закона XII таблицъ «cum nexum faciet etc.». Однако, намъ кажется, что и Cic. off. 3. 17, да и всѣ вышеразобранные тексты для Карлова доказательны только потому, что онъ твердо вѣритъ въ то, что «*nuncupatio» есть актъ прямого принятія на себя манципантомъ отвѣтственности предъ своимъ контрагентомъ.* Источники, однако, не только не подкрѣпляютъ этого значенія «nuncupatio», но напротивъ опровергаютъ его: и Фестъ, и Варронъ, и Гай [12]) согласны въ томъ, что «nuncupare» означаетъ «palam dicere» и ничего болѣе. Съ другой стороны, изъ порядка совершенія нормальной манципаціи, какъ онъ намъ описанъ Гаемъ (Gai 1, 119) мы видимъ, что манципантъ во все время совершенія акта пребываетъ въ покоѣ: онъ ничего не дѣлаетъ, не произноситъ никакой формулы, ничего не обѣщаетъ. Мы знаемъ только одинъ случай манципаціи, когда вопреки обычному порядку манципантъ произноситъ устную формулу: это въ обрядѣ testamentum per aes et libram послѣ совершенія familiae mancipatio (Gai 2, 104); но эта сдѣлка явно выдаетъ искусственность своего происхожденія и заключать отъ нея къ случаямъ нормальной манципаціи мы не имѣемъ права. Наконецъ, что касается вышеприведеннаго положенія XII таблицъ, то оно санкціонируетъ не добавки къ mancipatio и въ ихъ числѣ «nuncupatio», какъ думаютъ Эккъ и Карлова, а самый актъ манципаціи [13]).—Такимъ образомъ, убѣжденіе Карлова въ техническомъ значеніи «nuncupatio» оказывается предъ-убѣжденіемъ, вмѣстѣ съ которымъ рушится доказательная сила всѣхъ выше приведенныхъ текстовъ.

В. Манципація—источникъ обязанностей манципанта.

Другая теорія, которую теперь можно признать господствующей, учитъ, что обязанность манципанта возникаетъ *непосредственно изъ акта манципаціи*, безъ особого со стороны манципанта обѣщанія. Выводами изъ этой теоріи служатъ положенія, что отвѣтственность манципанта есть неизбѣжный спутникъ манципаціи и что размѣръ

---

[12]) Festus. v. nuncupata pecunia, ut ait Cincius in libro II de officiis jurisconsulti *nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata.*—Varro, d. l. l VI 60: nuncupari .: *nominare* valere apparet in legibus.—Gai. Inst. 2. 104: nuncupare est... *palam nominare.*

[13]) Girard. Manuel élémentaire de droit Romain (3 издан.) p. 285 и 286 прим. 3.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

отвѣтственности за неисполненіе манципантомъ своихъ обязанностей опредѣленъ самимъ закономъ прочно и неизмѣнно.—Впервые взглядъ этотъ высказалъ Хушке въ извѣстной монографіи о «nexum» [14]); ему послѣдовали Миллеръ, Дегенколбъ, Крюгеръ, Беккеръ и Іерингъ [15]); особенно обстоятельное обоснованіе эта теорія получила благодаря Бехманну и Жирару [15a]), къ аргументаціи которыхъ присоединились Ленель, Перницъ, Кюкъ, Лейстъ, Фойгтъ и, наконецъ, Рабель [16]).

Дѣйствительно, эта теорія располагаетъ солидными данными какъ для эпохи классической—Paul Sent. II. 17. 1. 3 и т. н. Formula Baetica, такъ и для времени республики—Plaut. Pers. VI. 3. 55 sq. IV. 4. 40 и Varro d re rust II. 10. 5.

Павелъ устанавливаетъ условія отвѣтственности продавца за эвикцію; къ манципаціи относятся §§ 1 и 3 его изложенія, § 2 говоритъ о куплѣ неформальной.

Paul. Sent. II. 17 §§ 1. 3.

Venditor si ejus rei quam vendidit dominus non sit, pretio *accepto* auctoritatis manebit obnoxius; aliter enim non potest obligari.

Res empta mancipatione et *traditione* perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

Смотря на манципацію съ точки зрѣнія своего времени, какъ на общую форму перехода права, Павелъ для установленія отвѣтственности продавца-манципанта требуетъ помимо совершенія манципаціи уплаты цѣны покупателемъ и передачи вещи продавцомъ; очевидно, что въ ту эпоху, когда манципація была куплей а, слѣдовательно, вмѣщала въ своемъ ритуалѣ если не актъ врученія

---

[14]) *Huschke,* Ueber d. Recht d. nexum u d. alt römische Schuldrecht (1846 г.) стр. 171.

[15]) *Müller.* Eviction стр. 15. *Degenkolb,* Zeitschr. f. Rechtsgeschichte т. 9-ый стр. 158.—*Krueger,* Krit. Versuche стр. 5, *Bekker,* Actionen стр. 32, *Ihering* Geist Th. 2, Abt. 2 стр. 546 и прим. 728—728b.

[15a]) *Bechmann,* Kauf. т. I стр. 96—98, стр. 109 слд.—*Girard* Nouv Rev. hist. т. 6-ой (82 г.) стр. 192—199.

[16]) *Lenel,* Edictum стр. 424 прим. 4, *Pernice.* Labeo т. III-ій, стр. 115 прим 3. *Cuq,* Les. institut. juridiq. d Romains т. I, стр. 265. *Leist* auctoritas (Pauly-Wissowa, Realencyclopaedie т. 2 с. 2276), *Voigt,* XII Tafeln т. I стр. 217 слд., т. II стр. 137 слд., *Rabel,* Haftung стр. 5.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

вещи, то во всякомъ случаѣ актъ взноса покупной платы, достаточно было совершить манципацію, чтобы создать отвѣтственность манципанта. Во всякомъ случаѣ объ особомъ обѣщаніи манципанта Павелъ ничего не знаетъ.

Показанія т. н. tabula Baetica важно въ томъ отношеніи, что изъ него мы видимъ, какъ неразрывно связано было съ манипаціей отвѣтственность манципанта. Въ тѣхъ случаяхъ, когда по намѣренію сторонъ манципантъ долженъ былъ быть освобожденъ отъ всякой отвѣтственности за эвикцію, стороны включали въ актъ манципаціи такую низкую сумму, что на дѣлѣ отвѣтственность манципанта сводилась къ нулю: это и есть т. н. mancipatio nummo uno. *Tabula Baetica* [17]), какъ извѣстно, представляетъ образецъ фидуціарной манципаціи въ обезпеченіе требованій, которыя manc. accipiens имѣетъ или будетъ имѣть къ mancipio danti. Вторая часть документа—pactum fiduciae—перечисляетъ прежде всего требованія обезпеченныя фидуціей, а затѣмъ указываетъ условія, съ соблюденіемъ которыхъ, вѣритель вправѣ продать манципированную ему вещь, не подвергая себя риску отвѣтственности по actio fiduciae (directa) предъ должникомъ. Одно изъ этихъ условій гласитъ:

«*mancipio pluris HS n (ummo) I invitus ne daret*»...

Смыслъ оговорки въ слѣдующемъ: продавая вещь для удовлетворенія по своимъ требованіямъ, фидуціарный вѣритель, разумѣется, совершитъ вполнѣ реальную продажу; но въ то же время онъ не можетъ и не хочетъ отвѣчать предъ покупателемъ вещи за переходъ къ нему права собственности, но такъ какъ такая продажа на рискъ и страхъ покупщика въ высокой степени повліяетъ на опредѣленіе цѣны продажи, то вѣритель, чтобы заранѣе обезопасить себя отъ возможныхъ со стороны должника претензій по поводу того, что продажа совершена вѣрителемъ за слишкомъ низкую цѣну, выговариваетъ себѣ право продать заложенную вещь на рискъ и страхъ покупщика, т. е. совершить mancipatio nummo uno [18]).—Во всякомъ случаѣ tabula Bae-

---

[17]) Относительно Tabula Baetica существуетъ разногласіе между Degenkolb'омъ, который видитъ въ нашемъ документѣ конкретную сдѣлку, и Mommsen'омъ, считающимъ его примѣрнымъ образцомъ, которому должно слѣдовать при заключеніи конкретныхъ сдѣлокъ. Срвп. Girard, Textes p. 739. Для насъ здѣсь это разногласіе значенія не имѣетъ.

[18]) Degenkolb (Zeitschrift f. Rechtsgeschichte т. IX стр. 149) иначе понимаетъ нашу оговорку: ею, по его мнѣнію, кредитору обезпечивается право са-

ЦАБ "Автограф"
май 2021

tica весьма убѣдительный аргументъ противъ теоріи пункупаціи: къ чему сторонамъ прибѣгать къ странной процедурѣ mancipatio nummo uno, если для безотвѣтственности манципанта достаточно не совершать «nuncupatio»?

Тотъ же порядокъ вещей для эпохи республиканской доказывается свидѣтельствомъ Плавта и Варрона. Показаніе Плавта любопытно въ томъ отношеніи, что указываетъ еще одинъ путь, къ которому прибѣгали стороны въ тѣхъ случаяхъ, когда продажа совершалась на рискъ и страхъ покупателя. Въ этомъ случаѣ стороны, совершая продажу, не совершали манципаціи. Такъ, лицо, которому поручается продать (мнимую) рабыню безъ отвѣтственности предъ покупателемъ за переходъ къ нему права, получаетъ слѣдующія инструкціи.

> *Plaut. Persa IV. 3. 55. sq.* Suo periculo is eam emit, qui mercabitur, mancupio neque promittat neque quisquam dabit.

И продавецъ, дѣйствительно, предлагая купить, говоритъ своему контрагенту

> *ibid. IV. 4. 40:* prius dico hanc mancupio nemo tibi dabit.

Изъ формуляровъ купли, которые сохранилъ въ своемъ трактатѣ о сельской экономіи Варронъ, особое значеніе для нашего вопроса имѣетъ формуляръ купли-продажи рабовъ.

> *Varro de re rust. II. 10. 5.* In horum (se. servorum) emptione peculium solet accedere aut excipi, et stipulatio intercedere sanum esse furtis noxisque solutum aut, *si mancipio non datur* dupla *promitti*, aut si ita pacti simpla.

Чрезвычайно характерно различіе въ установленіи отвѣтственности за недостатки вещи, съ одной, и за непереходъ права, съ другой стороны. Въ первомъ случаѣ составитель формуляра, не различая между куплей съ соблюденіемъ манципаціи и безъ таковой, рекомен-

---

мого свободнаго распоряженія, даже путемъ даренія, объектомъ фидуціи. Но противъ этого толкованія Girard (l. c. стр. 199 пр. 1) справедливо возражаетъ, что наша оговорка имѣетъ ту же цѣль, что и слѣдующія за ней, а эти послѣднія слагаютъ съ кредитора, какъ будущаго продавца, отвѣтственность за эвикцію.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

дуетъ заключеніе особой стипуляціи: «sanum esse furtis noxisque solutum»; во второмъ отношеніи особая стипуляція рекомендуется только на тотъ случай, когда купля совершается безъ манципаціи; очевидно потому, что въ противномъ случаѣ, когда стороны совершатъ манципацію, отвѣтственность манципанта за непереходъ права разумѣется сама собой. Съ этимъ выводомъ согласны и остальные, приводимые Варрономъ, формуляры купли-продажи: особая стипуляція, гарантирующая отъ эвикціи, рекомендуется только при продажѣ res nec mancipi [19]).

Наконецъ, вѣскимъ аргументомъ въ пользу защищаемой нами теоріи служатъ показанія памятниковъ древне-германскаго права: здѣсь обязанность продавца защищать покупателя,—а это какъ сейчасъ увидимъ, и въ Римѣ есть обязанность продавца-манципанта—составляетъ въ такой мѣрѣ естественное и необходимое послѣдствіе купли продажи, что народныя правды не находятъ нужнымъ особо упоминать объ этой обязанности и ограничиваются указаніемъ послѣдствій ея неисполненія: Lex Salica 47; Lex Ribuaria 33 и 59,2, Lex Bajuwar. 16,5. Edictus Rothari c. 231 [20]).

Въ итогѣ анализа вышеприведенныхъ текстовъ приходимъ къ убѣжденію, что *манципантъ обязывается предъ своимъ контрагентомъ силой самой манципаціи.* Спрашивается теперь, къ чему-же обязываетъ манципанта манципація?

---

§ 3. Судебная защита покупателя (auctoritas)—главная обязанность манципанта.

а) Сравненіе права классическаго и древняго.

Въ развитомъ правѣ продавецъ въ случаѣ эвикціи проданной вещи отвѣчаетъ (по actio empti) предъ покупателемъ въ размѣрѣ всего интереса послѣдняго; интересъ этотъ, смотря по обстоятельствамъ случая, можетъ быть то выше, то ниже покупной цѣны. Въ сравненіи съ этой отвѣтственностью продавца вообще отвѣтственность продавца-манципанта представляетъ лишь ту особенность, что ея размѣръ опредѣленъ прочно и неизмѣнно: это duplum pretii. cf. Paul. Sent. 2. 17. 3.—Иначе въ древнемъ правѣ. Здѣсь денежная отвѣтственность манципанта является лишь слѣдствіемъ неисполненія имъ—

---

[19]) Degenkolb. l. c. стр. 160, прм. 92. Girard I, c. стр. 195 прм. 1.

[20]) Rabel, Haftung стр. 168.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

мацципантомъ своей основной обязанности; а эта основная обязанность состоитъ въ процессуальной защитѣ покупателя отъ виндикаціи третьихъ лицъ. Эту процессуальную обязанность древнее право выдвигаетъ на первый планъ и только тогда, если продавецъ откажется защищать своего контрагента или, если его защита окажется неуспѣшной, только тогда въ древнемъ правѣ встаетъ вопросъ о денежной отвѣтственности продавца предъ покупателемъ.—Различіе между обоими системами идетъ гораздо глубже, чѣмъ можно было ожидать съ перваго взгляда. И въ самомъ дѣлѣ, вопросъ объ отвѣтственности за эвикцію возможенъ лишь по отношенію къ продавцу несобственнику, тогда какъ вопросъ о вознагражденіи за неоказаніе процессуальной защиты возможенъ и по отношенію къ продавцу собственнику.

И мы думаемъ, что *обязанность защищать покупателя въ древнемъ правѣ лежитъ на всякомъ продавцѣ, будетъ ли онъ собственникомъ или нѣтъ.* Мы здѣсь расходимся съ общепринятымъ мнѣніемъ, по которому обязательственный эффектъ мацципаціи, выражающійся въ actio auctoritatis, падаетъ только на мацципанта несобственника. Вмѣстѣ съ Рабелемъ [21]) мы думаемъ, что древнее право обязываетъ *всякаго* продавца защищать своего покупателя и обязываетъ потому, что, какъ увидимъ изъ объясненія института auctoritas, въ древнемъ правѣ *въ защитѣ продавца нуждался всякій покупатель, безъ различія пріобрѣталъ ли онъ a domino или non domino.*—Вмѣстѣ съ тѣмъ классическое и древнее право различно смотрятъ на участіе продавца въ процессѣ покупателя съ третьимъ лицомъ: въ эпоху классическую продавецъ участвуетъ въ процессѣ покупателя съ третьимъ лицомъ главнымъ образомъ для огражденія своихъ личныхъ интересовъ: а потому классическое право смотритъ на это участіе, какъ на *право* продавца и обезпечиваетъ продавцу, это участіе тѣмъ, что лишаетъ покупателя, не увѣдомившаго продавца о своемъ процессѣ съ третьимъ лицомъ, права на регресъ изъ-за эвикціи (c. 8 Cod. h. t. fr. 29 § 3 Dig. de leg. 3°). Напротивъ, въ древнее время продавецъ привлекается къ процессу покупателя съ третьимъ лицомъ главнымъ образомъ въ интересѣ и для огражденія покупателя и потому-то участіе продавца въ этомъ процессѣ есть его *обязанность*, исполненіе которой обезпечивается правомъ покупателя искать съ продавца duplum pretii въ случаѣ уклоненія отъ ея исполненія.

---

[21]) *Rabel*, Haftung, стр. 10, текстъ у выноски первой.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Только-что сказанное составляетъ обобщеніе отдѣльныхъ положеній, намѣченныхъ въ источникахъ. Къ разсмотрѣнію ихъ мы и переходимъ.

b) Значеніе термина «auctoritas».

Источники описываютъ содержаніе обязанности манципанта терминомъ «auctoritas». Справка съ любымъ лексикономъ показываетъ, какъ широко и разнообразно значеніе этого термина въ развитомъ языкѣ какъ общемъ, такъ и юридическомъ. Но основное его значеніе, какъ справедливо замѣчаютъ Бехманнъ и Жираръ [22]), должны быть не только конкретнымъ, но и близкимъ къ значенію глагола «augere» (умножать, укрѣплять), отъ котораго нашъ терминъ происходитъ. Auctor, говоритъ Бехманнъ [23]), это лицо привступающее къ извѣстному акту и этимъ привступленіемъ, укрѣпляющее силу и дѣйствіе акта; «auctoritas» первоначально означаетъ самый актъ привступленія или укрѣпленія, а затѣмъ въ смыслѣ переносномъ—обязанность къ такому привступленію или укрѣпленію.—Спрашивается теперь, куда же привступаетъ, что укрѣпляетъ своей дѣятельностью манципантъ? Согласно источникамъ *укрѣпленіе или помощь, которую манципантъ оказываетъ своему контрагенту совершается in iure, предъ магистратомъ, во время судебнаго спора пріобрѣтателя съ третьимъ лицомъ и состоитъ въ защитѣ пріобрѣтателя отъ притязаній третьяго лица.*

Такъ: a. Выше мы приводили отрывокъ изъ Цицерона (Cic. pro Mur. c. 2,3), въ которомъ онъ, намѣреваясь выступить въ роли защитника и признавая себя къ тому обязаннымъ, сравниваетъ свое положеніе съ положеніемъ манципанта («qui se nexu obligavit»); послѣдній, стало быть, также обязанъ защищать своего контрагента («defensor periculi debet esse»), обязанъ принять на себя рискъ процесса съ третьимъ лицомъ («periculum judi ii praestare debet»). b) Тотъ же Цицеронъ сохранилъ часть ритуала виндикаціи, часть, которую онъ называетъ «actio in auctorem praesentem» и, которая состоитъ изъ словъ: «quando te in jure conspicuo, postulo anne tuas auctor». (Cic. pro Caecin. 19. 54. pro Murena, 12. 26). Слова эти, несомнѣнно, обращены къ auctor'у, но кѣмъ? Переводя эти слова слѣдующимъ образомъ: «такъ какъ я вижу тебя предъ магистратомъ, то я *требую*, чтобы ты оказалъ мнѣ заступничество», мы признаемъ ихъ

---

[22]) *Bechmann*, Kauf. I. стр. 110. Girard, Nouv. Revue historique. 1882 г. стр. 183.

[23]) Bechmann, l. c., стр. 110.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

рѣчью покупателя [24]). Во всякомъ случаѣ изъ нашего отрывка мы видимъ, что «auctor» появляется in iure и что къ нему обращается требованіе объ auctoritas, т. е. объ оказаніи защиты.—c) Варронъ сохранилъ любопытное воспоминаніе о томъ, что нѣкогда покупатели недвижимостей, не довѣряя состоятельности продавцовъ, требовали отъ нихъ установленія поручительства; но продавцы съ теченіемъ времени путемъ внесенія въ договоръ спеціальныхъ оговорокъ освободились отъ этой обязанности.

> *Varro d. l. l. VI. 7. 74.* Vas appelatus, qui pro altero vadimonium promittebat. Consuetudo erat, cum reus parum esset idoneus inceptis rebus, ut pro se alium daret; a quo caveri postea coeptum est ab his, qui praedia venderent, vades ne darent; ab eo scribi in lege mancipiorum: «vadem ne poscerent nec dabitur».

Форма поручительства, получаемаго покупателемъ, особенно характерна: это—vadimonium, какъ извѣстно, спеціально *судебное* поручительство. Покупатель требовалъ отъ продавца поручительства именно въ этой формѣ для того, чтобы быть обезпеченнымъ въ томъ, что продавецъ явится на судъ для защиты покупателя, когда и если у него возникнетъ судебный споръ о купленной вещи съ третьимъ лицомъ [25]).—d) Что auctoritas имѣетъ отношеніе къ процессу это, какъ указалъ Карлова [26]), доказываетъ сохранившійся въ источникахъ терминъ «auctoritatem defugere» (Plaut. Poen. I v. 17 sq. Terent. Eun. II. 3. v. 98. Cic. pro Sull. 11: fr. 39 in f. D. 21. 2 fr. 85 § 5 fr. 139 § 1 D. 45. 1), который означаетъ уклоненіе продавца отъ исполненія лежащей на немъ обязанности процессуальной защиты покупателя; Карлова совершенно справедливо ставитъ нашъ терминъ въ параллель съ другимъ процессуальнымъ терминомъ: «vadimonium deserere». e) Въ Дигестахъ слѣдующіе фрагменты имѣютъ въ виду процессуальную обязанность продавца:

---

[24]) *Bechmann*, Kauf. I, стр. 112. *Girard*, Nouv. rev. hist. 82 г., стр. 184 слд. *Lenel*, Edictum, стр. 427.

[25]) Варронъ оставляетъ открытымъ вопросъ о времени, когда манципантъ обязанъ установить vadimonium; по мнѣнію Huschke (Nexum, стр. 196) и Eck'a (стр. 11) при началѣ процесса объ эвикціи, по мнѣнію Bechmann'a (l. c. стр. 114), уже при заключеніи манципаціи.

[26]) *Karlowa*, d. römische Civilprocess z. Zeit. d. Legisactionen, стр 76, 373.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

1. Венулей (*fr. 139 D. 45. 1*) и Павелъ (*fr. 85 § 5 D. 45. 1*) признаютъ, что всѣ наслѣдники продавца обязаны явиться въ судъ («omnes subsistere debent») для того, чтобы, какъ видно изъ словъ Цельза (fr. 62 § 1 D. 21. 2), защищать покупателя («omnes defendere debent»).

Venul. l. 6 stipul. [Lenel. 62] *): Cum ex causa duplae stipulationis [Lenel: auctoritatis] aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt *omnesque debent subsistere.*

Paul. l. 75 ad edict. [Lenel 810]: ... auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt *omnesque debent subsistere.*

Celsus l. 27 digest. [Lenel 234]: Si ei qui mihi vendidit plures heredes exstiterunt una de evictione [Lenel: de auctoritate] obligatio est omnibusque denuntiari et *omnes defendere debent.*

2. Юліанъ разбираетъ въ своихъ Дигестахъ (*fr. 75 Dig. 3. 3*) слѣдующій случай: negotiorum gestor отсутствующаго покупателя *требуетъ* отъ продавца вступленія въ процессъ, который по поводу купленной вещи завязывается у neg. gestor'a съ третьимъ лицомъ; продавецъ ставитъ условіемъ своего вступленія полученіе отъ gestor'a обезпеченія въ томъ, что покупатель, возвратясь, признаетъ процессъ (cautio de rato); такое требованіе продавца, по рѣшенію Юліана, подлежитъ удовлетворенію, такъ какъ продавецъ имѣетъ въ виду освободить себя *отъ необходимости вторично защищать покупателя:*

Iulian. l. 3 digest.: Qui absentem emptorem eundemque possessorem fundi defendebat et judicium nomine ejus accipiebat, *postulabat a venditore fundi, ut ab eo defenderetur:* venditor desiderabat caveri sibi ratam rem emptorem habiturum: puto eum venditori de rato salisdare debere, quia si fundum agenti restituerit, nihil prohibet rem petere et *cogi venditorem rursus defendere.*

3. Наконецъ, Гермогеніанъ (*fr. 74 § 2 Dig. 21. 2*) рѣшаетъ, что возбужденіе третьимъ лицомъ спора о купленной вещи, даетъ покупателю право *требовать* отъ продавца защиты въ процессѣ, а не возврата уплаченной цѣны

*) Эта и послѣдующія въ такой формѣ цитаты имѣютъ въ виду „Palingenesia“ Ленеля.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Hermogenian. l. 2 jur. epit.: Mota quaestione interim non ad pretium restituendum, sed *ad rem defendendam venditor conveniri potest.*

Если и не всѣ изъ приведенныхъ рѣшеній относятся къ отвѣтственности продавца-манципанта изъ манципаціи, то это нисколько не ослабляетъ ихъ доказательной силы, такъ какъ положенія, высказанныя въ нихъ, для болѣе позднихъ формъ отвѣтственности, тѣмъ болѣе должны были имѣть мѣсто въ формѣ архаической, основной т. е. отвѣственности изъ манципаціи.

Приведенныя здѣсь показанія источниковъ совпадаютъ съ тѣми выводами, которые мы можемъ получить, разсматривая строеніе древнѣйшей виндикаціи въ формѣ legis actio sacramento. Начинается она, какъ мы знаемъ изъ Гая, виндикаціей одной и контравиндикаціей другой стороны (Gai. IV. 16). Затѣмъ вѣленіе претора «mittite ambo hominem», по исполненіи котораго сторона, начавшая споръ («is, qui prior vindaceverat»), обращается къ противнику со слѣдующими словами: «postulo, anne dicas qua ex causa vindicaveris» (Gai. ibid.), въ этихъ словахъ справедливо видятъ [27]) обращенное къ отвѣтчику требованіе указать титулъ своего владѣнія. Это требованіе отвѣтчикъ не могъ оставить безъ исполненія и, назвавъ титулъ производный, онъ долженъ былъ представить auctor'a: и въ самомъ дѣлѣ, обязательность отвѣта на вопросъ о титулахъ предполагаетъ, какъ правильно замѣчаютъ Бернгефтъ и Пфлюгеръ [28]) и обязанность доказать титулъ: доказать же этотъ титулъ могъ только auctor, признавъ совершеніе сдѣлки; такимъ образомъ обязанность отвѣтчика указать и доказать титулъ своего владѣнія предполагаетъ и обязанность продавца явиться по требованію покупателя на судъ для защиты послѣдняго.

c) Аргумент изъ источниковъ классической эпохи.

Съ теченіемъ времени характеръ виндикаціи, какъ извѣстно, существенно измѣнился: изъ средства двусторонняго она обратилась въ средство одностороннее со строгимъ различіемъ позицій истца и отвѣтчика; владѣніемъ опредѣлялось положеніе отвѣтчика и этотъ послѣдній освободился отъ всякаго доказательства, которое перенесено

---

[27]) Pflüger. Legis actio sacramento, стр. 26 слд.; здѣсь приведена и литература вопроса.

[28]) Bernhöft. Staat u. Recht d. römischen Königszeit, стр. 167. Pflüger. l. c., стр. 33.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

было цѣликомъ на истца «actori incumbit probatio». Далѣе, Публиціановъ эдиктъ создалъ средство, которымъ bonae fidei emptor могъ защищаться противъ всякаго третьяго лица (кромѣ собственника), не прибѣгая къ содѣйствію своего auctor'a. Въ результатѣ этихъ измѣненій помощь продавца покупателю въ его процессѣ съ третьимъ лицомъ перестала быть для покупателя настоятельной необходимостью. Весьма понятно поэтому, что мы въ Дигестахъ въ области отвѣтственности продавца-манципанта, находимъ рѣшенія мало или даже вовсе несогласныя съ началомъ, которымъ въ древнѣйшую эпоху опредѣлялось содержаніе обязанности манципанта. Такъ, если покупатель при неявкѣ продавца самъ ведетъ процессъ съ третьимъ лицомъ и проиграетъ процессъ, то продавецъ противъ actio auctoritatis, т. е. противъ иска о регрессѣ имѣетъ возраженіе о томъ, что покупатель велъ процессъ небрежно:

> *Fr. 63 § 2 D. h. t. 21. 2.* Herennius Modestinus respondit: si emptor appelavit et bonam causam vitio suo ex praescriptione perdidit, *ad auctorem* reverti non potest. срвн. ibid. § 1.

Еще болѣе уклоняется отъ первоначальной чисто-формальнаго базиса actio auctoritatis рѣшеніе Ульпіана въ *fr. 51 pr. Dig. h. t. 21. 2*, мѣсто, которое, судя по его искрипціи—Ulp. *l. 80* ad edictum—относилось къ отвѣтственности манципанта.

> Si per imprudentiam judicis aut per errorem emptor rei victus est, *negamus auctoris damnus esse debere:* aut quid refert, sordibus judicis an stultitia res perierit? injuria enim, quae fit emptori, *auctorem* non debet contingere.

Судя по тому, что юристъ называетъ проигравшимъ процессъ покупателя (*emptor*... victus est. срвн. также: injuria... quae fit emptori), мы въ правѣ предположить, что процессъ происходилъ въ отсутствіе продавца, что послѣдній по зову покупателя не явился къ суду («auctoritatem defugit»). Держась строго первоначальной точки зрѣнія мы должны были-бы признать за покупателемъ право на регрессъ къ продавцу, тѣмъ болѣе, что процессъ окончился неблагопріятно для покупателя. И между тѣмъ Ульпіанъ дозволяетъ auctor'у возражать,

ЦАБ "Автограф"
май 2021

что рѣшеніе состоялось «per imprudentiam aut errorem judicis» или, что судья былъ подкупленъ (sordibus judicis... res perierit).

Тѣмъ болѣе любопытно встрѣтить въ Дигестахъ рѣшенія, которыя не могутъ быть объяснены иначе, какъ той предпосылкой, что обязанность продавца прежде всего заключается въ судебной защитѣ своего контрагента.

Такъ: l,

Fr. 139 Dig. 45. 1. Venulejus l. 6 stipulationum. Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus [29]), venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt omnesque debent subsistere, et *quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest*, quia in solidum defendenda est venditio, cujus indivisa natura est, sed cum uno defugiente omnes defugisse videantur ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit.

Fr. 85 § 5. Dig. 45. 1. Paul. l. 75 ad edictum: In solidum vero agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt omnesque debent subsistere et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praestatio injungitur.

Отказъ одного изъ сонаслѣдниковъ продавца отъ защиты покупателя, открываетъ послѣднему искъ противъ всѣхъ, но денежная отвѣтственность или, говоря языкомъ римскаго формулярнаго процесса, кондемнація иска распредѣляется между сонаслѣдниками по мѣрѣ соучастія ихъ въ наслѣдствѣ. Итакъ: a) покупателю открываетъ искъ *отказъ отъ защиты* и не будетъ смѣлостью предположить, что рѣшеніе юристовъ осталось бы тѣмъ же, еслибы лицомъ отказавшимся отъ защиты былъ самъ продавецъ. Но далѣе b) отказъ отъ защиты одного изъ сонаслѣдниковъ (т. е. нарушеніе обязат. однимъ) подвергаетъ отвѣтственности *всѣхъ* («uno defugiente omnes tenebuntur); но такъ бываетъ только тогда, когда обязательство наслѣдодателя носитъ

---

[29]) Выраженіе „aliquid" въ примѣненіи къ stipulatio duplae нѣсколько странно; быть можетъ, слѣдуетъ читать: „cum ex causa auctoritas (Lenel) [см. ниже въ текстѣ] defendere oportere intendimus (intendere въ значеніи „утверждать").

ЦАБ "Автограф"
май 2021

характеръ недѣлимаго, а недѣлимы, какъ извѣстно, obligationes in faciendo; мы имѣемъ такимъ образомъ въ fr. 139 и fr. 85 § 5 ясное указаніе на то, что юристы въ основу содержанія обязательствъ продавца полагаютъ «obligatio *in faciendo*», а именно factum defendendi [30]) [31]). Fr. 139 d. V. O. въ томъ видѣ, какъ мы его читаемъ въ Дигестахъ, относится къ stipulatio duplae: «cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus». Но есть основанія, считать этотъ и столь сходно съ нимъ звучащій fr. 85 § 5 ibid. интерполированными. Оба фрагмента построены на *обязанности* продавца защищать покупателя; но stipulato duplae такой обязанности на продавца не налагаетъ; здѣсь неоказаніе защиты есть лишь условіе обязанности продавца платить duplum [47]). И, такъ какъ fr. 139, судя по его инскрипціи, заимствованъ изъ трактата Венулея о стипуляціяхъ, то правильнѣе всего въ немъ предположить рѣчь о той стипуляціи, которую Бехманнъ, слѣдуя словоупотребленію formulae Basilicae, называетъ «repromissio in ea verba, quae in verba satis secundum mancipii dari solet» и которую другія мѣста источниковъ (Vatic. fr. 10, также fr. 76 h. t. 21. 2) называютъ stipulatio auctoritatis: въ этомъ случаѣ промитентъ обязуется вербальнымъ контрактомъ къ тому же, къ чему манципанта обязываетъ манципація. *Такимъ образомъ наши фрагменты могутъ служить показателями содержанія обязанностей манципанта.*

---

[30]) Rabel, Haftung, стр. 24—26; впрочемъ, Rabel, на нашъ взглядъ, заходитъ далеко, считая оговорку о распредѣленіи condemnatio pro parte hereditaria интерполяціей; противъ этого начальное положеніе fr. 85, § 5 („partis solutio asfert liberationem), а также финалъ fr. 85 pr. ibid., заподозривать подлинность которыхъ у насъ нѣтъ никакихъ основаній.

[31]) Fr. 85, § 5 и Fr. 139 d. V. O. послужили извѣстному юристу XVI в., *Molinaeus* (Dumoulin), основаніемъ для установленія догмы недѣлимости обязанности продавца, защищать покупателя (Molinaeus, Extricatio labyrinthi dividui et individui, pars II № 407 sq. изд. 1681 г., т. III, стр. 186 слд.); ее принялъ и знаменитый *Pothier* (de la vente № 103—106, Oeuvres, т. 3-й), отъ котораго она перешла въ теорію и практику дѣйствующаго французскаго права, какъ догма „à peu près unanimement acceptée“ см. *Guilhouard*, Traités de la vente т. I, № 340—342. Впрочемъ, практическій эффектъ этой догмы во французскомъ правѣ далеко не тотъ, который мы приняли въ текстъ для римскаго права. Онъ сводится къ праву покупателя, требовать защиты отъ любого изъ сонаслѣдниковъ продавца (Guillouard., l. стр. 360 i. f. срвн. съ № 343).

[47]) Объ этомъ во второй главѣ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

2. Въ Дигестахъ имѣется антиномія по вопросу о вліяніи на право иска изъ stipulatio duplae случайной гибели проданной вещи во время процесса покупателя съ третьимъ лицомъ.

Искъ по стипуляціи duplae открывается, какъ извѣстно, только тогда, когда покупатель лишается вещи именно въ силу эвикціи (fr. 21 § 2 D. h. t. 21. 2: «quotiens res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat *propter ipsam evictionem)*. Поэтому, никакое требованіе покупателя къ продавцу изъ этой стипуляціи невозможно, если вещь погибаетъ у покупателя случайно: «quia nemo evincat sed factum humanae sortis»:

Такъ рѣшаетъ Ульпіанъ въ *fr. 21 pr. Dig. 21. 2:*

> Si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincit, sed factum humanae sortis».

Юристъ не ставитъ вопроса о времени смерти раба; вопросъ этотъ, слѣдовательно, безразличенъ. Поэтому, предположивъ, что рабъ умеръ послѣ вчатія третьимъ иска къ покупателю, мы должны были бы рѣшить, что процессъ долженъ быть прекращенъ, а регрессъ изъ stipulatio duplae остается невозможнымъ.—Но юристъ Павелъ въ двухъ фрагментахъ иначе рѣшаетъ дѣло.

> *Paul. fr. 16 pr. Dig. 6. 1.*—Utique etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et *stipulationem de evictione.*
>
> *Fr. 11. Dig. 46. 7.*—Si servus, qui in rem actione petebatur, decesserit, deinde possessor litem deseruerit, quidam fide jussores ejus pro lite datos (Lenel. 809: sponsores ejus pro praede litis et vindiciarum datos) non teneri putant, quia mortuo homine nulla jam res sit: quod falsum est, quoniam expedit *de evictione actionis conservandae causa* item fructuum nomine rem judicari.

По мнѣнію Павла, начатый процессъ долженъ быть законченъ; этого требуютъ интересы обѣихъ сторонъ: третьяго эвинцента, который домогается выдачи «partus» и «fructus» и отвѣтчика, т. е. покупателя, который желаетъ сохранить право регресса къ продавцу (fr. 16: propter stipulationem de evictione», fr. 11 cit.: «de evictione actionis

ЦАБ "Автограф"
май 2021

conservandae causa»). Итакъ, *несмотря на гибель вещи, регрессъ къ продавцу возможенъ*. Противорѣчіе съ рѣшеніемъ Ульпіана (fr. 21, pr. de evict.) очевидно. И если бы, съ цѣлью согласить рѣшенія Ульпіана и Павла, намъ указали-бы на то, что въ рѣшеніяхъ Павла рѣчь идетъ объ эвикціи «partus» и «fructus» и, что, слѣдовательно, и регрессъ покупателя къ продавцу ограничивается именно этими объектами, то мы возразили бы ссылкой на fr. 16 pr. Dig. h. t. 21. 2, изъ котораго видно, что классики въ случаѣ эвикціи т. н. «accessiones» допускали только a° empti, а не искъ изъ стипуляціи. Нѣкоторые писатели—Жираръ [32]), предполагаютъ, что въ нашемъ вопросѣ между римскими юристами дѣйствительно существовало разногласіе; предположеніе о разногласіи классиковъ по тому или иному вопросу само по себѣ, конечно, не заключаетъ ничего невѣроятнаго, однако, оно можетъ расчитывать на успѣхъ только, если указаны причины разногласія, а такихъ причинъ въ нашемъ случаѣ Жираръ не приводитъ. Затрудненіе, которое представляютъ fr. 21 pr. de evict., съ одной, и fr. 16 pr. d. R. V., съ другой стороны, удачно разрѣшилъ, на нашъ взглядъ, Миттейсъ, къ взгляду котораго присоединяется и Рабель [33]). Миттейсъ предполагаетъ, что рѣшенія Павла въ своемъ первоначальномъ видѣ относятся къ отвѣтственности по началамъ «auctoritas», быть можетъ, къ т. н. stipulatio auctoritatis, которая, какъ мы сказали, повторяетъ содержаніе обязанности манципанта. Дѣйствительно, при такомъ предположеніи рѣшенія Павла вполнѣ корректны. «Auctor» обязанъ защищать и, разумѣется, съ успѣхомъ защитить своего контрагента; объ успѣшности его защиты можно судить лишь по результату процесса и, слѣдовательно, пока процессъ не окончетъ, нельзя сказать, что auctor исполнилъ свою обязанность, нельзя, значитъ, и признать его свободнымъ отъ a° auctoritatis. И, если въ результатѣ процесса окажется что «auctor» собственности не имѣлъ (cf Pauli Sent. II. 17. 3. «si dominus non fuit»), то несмотря на случайную гибель вещи, несмотря на то, что покупатель терпитъ матеріальный ущербъ не отъ отсутствія права у продавца, а именно отъ случая, все-же auctor отвѣчаетъ предъ покупателемъ по actio auctoritatis или по иску изъ

---

[32]) *Girard.* Nouv. Revue historique, т. 7-й (83 г.), стр. 585.

[33]) *Mitteis*, Zwei Beiträge zur Quellenexegese (въ Zeitschrift. f. Privat u Oeffentl. Recht, т. 17-й. стр. 37—43. *Rabel*, Haftung. стр. 27.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

stipulatio auctoritatis, такъ какъ оказался не въ состояніи исполнить свою основную обязанность защитить покупателя.

На основаніи всего вышесказаннаго можно признать доказаннымъ, что *обязанность манципанта состоитъ въ судебной защитѣ своего контрагента.*

---

§ 4. Детали обязанности защиты:

Обращаемся къ частностямъ и прежде всего къ процессуальной формѣ исполненія этой обязанности. Здѣсь прійдется остановиться на двухъ вопросахъ: о томъ какимъ порядкомъ auctor привлекался къ процессу покупателя съ третьимъ, и о томъ, въ какой формѣ онъ участвовалъ въ этомъ процессѣ. a) привлеченіе auctor'a къ процессу.

Господствующее имѣніе, выразителями котораго въ данномъ случаѣ являются Бехманнъ и Жираръ [34]), считаетъ увѣдомленіе (denuntatio) продавца покупателемъ объ эвикціонномъ процессѣ частнымъ актомъ. Бехманнъ при доказательствѣ этого взгляда опирается на Цицероновскую actio in actorem praesentem (Cic. pro Caec. 19 § 54). Цицеронъ подчеркиваетъ присутствіе auctor'a, а, такъ какъ, по началамъ римскаго гражданскаго процесса искъ противъ отсутствующаго невозможенъ, то, слѣдовательно, Цицеронъ употребляетъ слово «actio» не въ техническомъ смыслѣ, а, стало-быть, не даетъ право предполагать, что «auctor» вызванъ въ судъ формальнымъ способомъ (no in jus vocatio); напротивъ формула, съ которой покупатель обращается къ продавцу и въ частности слова «quando te in jure conspicuo» даетъ право думать, что auctor явился въ судъ по частному увѣдомленію покупателя, такъ какъ эти слова въ обращеніи къ лицу, вызванному при посредствѣ in jus vocatio, были бы, по выраженію Бехманна, «geradezu abgeschmackt und sinnlos».—Рабель [35]), напротивъ, полагаетъ, что покупатель звалъ продавца путемъ in jus vocatio и держится этого взгляда не только для эпохи древней, но даже для эпохи процесса per formulas. Доказательствомъ этого по мнѣнію Рабеля служитъ *fr. 49 pr. D. 5 l.* Признавая начальныя слова этого фрагмента въ его теперешнемъ видѣ

---

[34]) *Bechmann.* Kauf. I стр. 115. *Girard,* Nouvelle rev. histor т. 6-ой (82 г.) стр. 189.

[35]) *Rabel,* Haftung стр. 16 и 22.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

грамматически невозможными, а потому интерполированными, Рабель взамѣнъ ихъ предлагаетъ читать «venditor ab emptore *in jus vocatus*» [36]).

Оборотъ «denuntior» вмѣсто mihi denuntiatur, дѣйствительно, страненъ, но такъ какъ мы еще разъ встрѣчаемъ тотъ же оборотъ и у того же Павла въ fr. 85 § 5 d. V. O, то мы не имѣемъ достаточныхъ данныхъ для признанія fr. 49 pr. 5. l. интерполированнымъ [37]).

Съ другой стороны, тому аргументу, который Рабель приводитъ для эпохи древняго процесса, а именно ссылкѣ на процессъ франкской эпохи, гдѣ покупатель привлекалъ auctor'a путемъ «mannitio», акта, который соотвѣтствуетъ римской in ius vocatio, въ значеніи отказать нельзя. Итакъ, возможно, что въ отдаленную эпоху, отъ которой однако у насъ показаній не сохранилось, покупатель имѣлъ право для привлеченія продавца прибѣгать къ in ius vocatio; но въ эпоху, отъ которой мы имѣемъ свѣдѣнія, онъ это право уже потерялъ, что легко можно объяснить ослабленіемъ интереса для покупателя въ процессуальной защитѣ продавца.

Auctor—сторона въ процессѣ.

Явившись по зову покупателя и признавъ себя (въ отвѣтъ на «postulo anne tuas auctor») auctor'омъ, продавецъ вступаетъ въ процессъ. Какое же положеніе занимаетъ онъ въ этомъ процессѣ? По мнѣнію Хушке [38]) покупатель остается стороной въ процессѣ, но сверхъ того въ процессъ вступаетъ и auctor также въ качествѣ стороны. Третій виндикантъ съ auctor'омъ процедируетъ формулой: «quando tu injuria auctor fastus es etc» и заключаетъ съ нимъ особый сакраментъ. Гипотеза Хушке, не имѣя въ свою пользу ни одного даже косвеннаго показанія источниковъ, страдаетъ такими недостатками, которые дѣлаютъ её невѣроятными. И въ самомъ дѣлѣ, развѣ мы въ правѣ безъ положительныхъ указаній источниковъ предполагать римскій процессъ эпохи XII таблицъ, не говоря уже о времени болѣе раннемъ, развитымъ уже настолько, чтобы совладать съ такимъ сложнымъ отношеніемъ, какъ процессуальное соучастіе, какъ присоединеніе третьяго къ истцу или отвѣтчика на правахъ стороны про-

---

[36]) *Rabel*, Haftung стр 16; гипотезу Rabel'я раздѣляютъ *Brassloff*, zur Kentniss d. Volksrechts стр. 15 и *Wenger*, Zeitschrift. f. Pr. и Oeffentl. Recht. т. 31 стр. 162.

[37]) Срвн. *Erman*, Savigny-Zeitschrift (R. A.) т. 25 стр. 461.

[38]) *Huschke*. Multa u. Sacramentum стр. 431 и Nexum стр. 182.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

цесса? И далѣе: развѣ опять таки безъ всякихъ указаній въ источникахъ мы въ правѣ предполагать, что римское право нашло по какимъ-то соображеніямъ нужнымъ непонятно затруднить предъявленіе виндикаціи, мало того обратить её въ предпріятіе весьма рискованное? А такой результатъ получается, если держаться теоріи Хушке, въ томъ случаѣ, когда отыскиваемая третьимъ лицомъ вещь путемъ послѣдовательной продажи переходила къ нѣсколькимъ лицамъ: чтобы съ каждымъ auctor'омъ заключать особый сакраментъ, третій виндикантъ, долженъ (въ эпоху, когда сакраментъ не обѣщался, а давался наличной суммой) имѣть на готовѣ, быть можетъ, весьма изрядную сумму и сверхъ того рискуетъ потерять всю эту сумму, если судья признаетъ его требованія неосновательными. Съ полнымъ основаніемъ, поэтому, гипотеза Хушке встрѣчена была въ литературѣ отрицательно. Изъ писателей, высказавшихся по нашему вопросу Карлова, Бехманнъ, Жираръ и Клейнъ [39]) признаютъ участіе auctor'и въ процессѣ, чисто *фактическимъ отношеніемъ*, значеніе котораго обнаруживалось *лишь во второй стадіи процесса in judicio*, такъ какъ auctor лишь помогалъ въ представленіи доказательствъ покупателю, который одинъ состоялъ отвѣтчикомъ въ процессѣ. Но, прежде всего, если роль auctor'а чисто фактическая, то зачѣмъ появляется онъ, какъ это мы видимъ изъ Cic pro Caec. 19.5 уже въ первой стадіи процесса предъ магистратомъ, гдѣ о представленіи какихъ-либо доказательствъ и рѣчи быть не можетъ? Обосновывая теорію, сторонники разбираемаго взгляда аргументируютъ такъ: auctor не можетъ вступить въ процессъ въ качествѣ процессуальнаго представителя покупателя, такъ какъ процессъ per legis actiones не знаетъ судебнаго представательства (Gai IV § 82); но далѣе, требованіе контравиндикаціи отъ отвѣтчика (Gai IV § 16) мѣшаетъ auctor'у вступить въ процессъ въ качествѣ стороны въ замѣнъ покупателя, такъ какъ auctor, совершивъ манципацію, нересталъ быть собственникомъ [40]).

Въ основѣ этого разсужденія лежитъ предположеніе, что уже наиболѣе древняя римская виндикація была искомъ о правѣ собственности, что, слѣдовательно, уже искони. Римляне имѣли вполнѣ

---

[39]) *Karlowa*, d. römische Civilprocess zur Zeit. d. Legisactionen стр. 75—76. *Bechmann*, Kauf I стр. 116 примѣчаніе; *Girard*, Nouv. Rev. histor. т. 6-ой (82 г.) стр. 188. *Klein* Sachbesitz u. Ersitzung стр. 251 слд.

[40]) *Girard*, l. c. стр. 188.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

имѣли вполнѣ сложившееся понятіе права собственности. Дѣйствительно, одинъ изъ сторонниковъ разбираемаго взгляда, Карлова, высказываетъ, правда не въ связи съ нашимъ вопросомъ, слѣдующаго рода мысль: «es muss behauptet werden» говоритъ этотъ авторъ, «dass das römische Volk schon damals (т. е. въ наиболѣе отдѣльный періодъ) den Begriff des Eigenthums mit derselben Schärfe erfasst hat, wie später, dass in den Worten der legis actio «hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio» der Eigenthumsbegriff ebenso scharff und deutlich ausgedrückt ist, als in den Worten der formula petitoria» [41]). Но мысль, которую такъ категорически высказываетъ Карлова, мысль объ исконности у Римлянъ вполнѣ сложившагося понятія права собственности; можно защищать лишь, если признавать, что Римляне унаслѣдовали это понятіе отъ своихъ предковъ (арійцевъ или, по крайней мѣрѣ греко-италиковъ). Но насколько мы можемъ судить о состояніи права у аріевъ или у греко-италиковъ, это не подтверждается. Индогерманцы, говоритъ Бернгефтъ, не знали развитаго понятія права собственности; отношеніе лица къ вещи, говоритъ тотъ же авторъ въ другомъ мѣстѣ, въ индо-германскую эпоху не можетъ быть характеризовано какъ право собственности въ строгомъ смыслѣ [42]).—Другой авторитетъ въ области древне-арійскаго права Лейстъ подвергъ анализу древнѣйшую виндикацію у римлянъ, грековъ, германцевъ и славянъ и вынесъ убѣжденіе, что и двусторонность виндикаціи и формула «rem meam esse aio» восходитъ уже къ эпохѣ арійской [43]); но тотъ же писатель въ числѣ институтовъ извѣстныхъ греко-италикамъ не помѣщаетъ права собственности [44]). А если такъ, то длинный путь, отдѣляющій архаическое «meum esse» отъ meum esse въ смыслѣ развитаго понятія собственности, пройденъ латинами и въ частности Римлянами уже въ Италіи; и не только meum esse древнѣйшей legis actio

---

[41]) *Karlowa,* Civilprocess стр. 96.

[42]) *Bernhöft,* Zeitschrift f. vergleichende Rechtswissenschaft т. 1-ый стр. 19: Einen *ausgebildeten* Eigenthumsbegriff haben die Indogermanen noch nicht gekannt.—Онъ-же, Staat u. Recht d. römischen Königszeit стр. 165: „Das Recht d. Besitzers an der besessenen Sache und die Form, in welcher es geltend-gemacht wird, ist uralt und stammt schon aus der gemeinschaftlichen Vorzeit der Indogermanen. *Es charakterisiert sich aber nicht als ein eingentliches Eigenthumsrecht* sondern lediglich als Beziehung der Person zur Sache.

[43]) *Leist,* Alt-arisches jus civile, т. 2-ой стр. 266—292, въ особенности стр. 266. 288.

[44]) *Leist,* Alt-arisches jus civile т. I-ый стр. 10 и 11 и прим. на стр. 11.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

не равно meum esse формулы петиторной, но и внутри самой legis actio не всегда означало одно и то же.—Съ такой точки зрѣнія замѣна покупателя auctor'омъ для древнѣйшей legis actio не только не представляетъ какихъ-либо затрудненій, но напротивъ оказывается весьма вѣроятной, если имѣть въ виду германское право, гдѣ такая замѣна непосредственно засвидѣтельствована источниками [45]), и право греческое; въ этомъ послѣднемъ покупатель по своему выбору или отводилъ отъ себя искъ, переводя его на продавца (ἀνάγειν εἰς τὸν πρατῆρα) или же оставаясь въ процессѣ, велъ его лично (αὐτομαχεῖν) [46]) и первую процедуру «ἀναγωγή» изслѣдователи признаютъ единственно существовавшей въ древнемъ правѣ.—Возвращаясь къ праву римскому, мы и для той эпохи legis actio, когда право собственности сложилось окончательно, когда «meum esse» въ legis actio получило значеніе права собственности, не видимъ затрудненій для замѣны auctor'омъ покупателя въ процессѣ съ третьимъ виндикантомъ и именно потому, что источники оставляютъ открытымъ вопросъ о формѣ, въ которой долженъ былъ протекать процессъ auctor'а съ третьимъ, о сущности спора между этими лицами. И мы вовсе не обязаны думать, что этотъ процессъ былъ также процессомъ о правѣ собственности; напротивъ, мы можемъ предположить, что auctor вступалъ въ процессъ съ утвержденіемъ, что виндикація третьяго лишена основанія или что онъ—auctor—въ правѣ былъ совершить отчужденіе вещи или, наконецъ, что онъ въ свое время пріобрѣлъ вещь правомѣрно [47]).—Наконецъ, для эпохи формулярнаго процесса мы прежде всего знаемъ, что auctor обыкновенно участвовалъ въ процессѣ въ качествѣ представителя, хотя и своеобразнаго представителя т. н. procurator in rem suam покупателя (fr.21 § 2 Dig. 21. 2 fr. 66 § 2 ibid). Сверхъ этого для этой эпохи Рабель [48]) вполнѣ основательно указываетъ на показанія, которыя даетъ *fr. 49 pr. D. 5. 1*,

---

[45]) *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte т. II-ой стр. 504. 505: „Ist der Gewähre vor Gericht erschienen, um Gewährschaft zu leisten, so wird ihm die streitige Fahrhabe übergeben... (Der Besitzer) scheidet formell aus dem Rechtsstreite aus... Beklagter ist nur noch d. Gewährsmann.

[46]) Для аттическаго права, *Beauchet*, Histoire du droit privé de la république athénienne, т. IV. 135. 136, гдѣ въ прим. 1 приведена литература.—для греко-египетскаго права, R. *Dareste* 29 примѣчаніе къ его переводу т. н. процесса Hermias (Nouv Revue historique т. 7-ой за 1883 г. стр. 191—203).

[47]) *Rabel*, Haftung стр. 19, текстъ предъ вын. 3.

[48]) *Rabel*, Haftung стр. 15.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Paulus l. 3 respons. (Lenel 1458)—Venditor ab emptore denuntiatus, ut eum evictionis (Lenel: auctoritatis) nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui judicis: quaeritur, an possit litem ab eo judice, apud quem res inter petitorem et emptorem coepta est ad suum judicem revocare. Paulus respondit: venditorem emptoris judicem sequi solere.

Въ этомъ фрагментѣ равно интересны и вопросъ, поставленный юристу, и данный имъ отвѣтъ. Желаніе продавца, вступившаго въ процессъ, осуществить по отношенію къ истцу «privilegium domum revocandi», имѣетъ смыслъ лишь тогда, *если* онъ, *продавецъ, одинъ участвовалъ въ заключеніи litiscontestatio и заключилъ её на свое имя.* Павелъ относится къ этому желанію отрицательно; но онъ далекъ отъ того, чтобы отвергать его такъ рѣшительно, какъ позже отвергъ аналогичное желаніе императоръ Діоклетіанъ (c. l. Cod. 3. 19); онъ не дастъ своему рѣшенію, того мотива, который выставляетъ императоръ: «in rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit», юристъ указываетъ лишь на практику (sequi *solere*), которая противорѣчитъ желанію продавца. *Такой характеръ отвѣта ясно указываетъ, что въ данномъ процессѣ продавецъ игралъ роль* не фактическаго пособника покупателя и не процессуальнаго его представителя, а *стороны* [49]).

Указанныя явленія формулярного процесса представляютъ не новшества, а прямое продолженіе того порядка, который дѣйствовалъ уже въ эпоху процесса per legis actiones.—Въ итогѣ, *гипотеза, что auctor уже въ древнѣйшей legis actio вступалъ въ замѣну покупателя, устранявшагося изъ процесса*, гипотеза, которую въ литературѣ защищаютъ Рудорффъ, Фойгтъ, Пфлюгеръ, и Рабель [50]), *представляется* болѣе *вѣроятной*, чѣмъ гипотеза о чисто фактическомъ участіи auctor'a въ процессѣ.

Для завершенія процессуальной стороны вопроса укажемъ еще, что продавецъ обязанъ защищать покупателя какъ въ процессахъ

---

[49]) *Rabel*, Haftung стр. 16.

[50]) *Rudorff*, Zeitschrift. f. geschichtliche Rechtswissenschaft т. XIV стр. 432. Rechtsgeschichte II. § 36. стр. 131.—*Voigt*, XII Tafeln т. II-ой стр. 199 прим. 20. *Pflüger*, Leg. act sacram. стр. 58 слд. *Rabel*, Haftung. стр. 14—19. Мы не называемъ въ числѣ сторонниковъ этой гипотезы Lotmar'a (Legis act. sacr. стр. 6 слд. и Krit. Stud. in Sachen des Contrav. стр. 128 слд.), такъ какъ онъ выводитъ её изъ отсутствія contra-vindicatio, изъ положенія, противорѣчащаго Gai IV § 16.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

пассивныхъ, т. е. въ положеніи отвѣтчика, такъ и въ процессахъ активныхъ, т. е. въ положеніи истца. Для древнѣйшей эпохи это само собой вытекаетъ изъ двусторонности (jud. duplex) виндикаціи, не различавшей еще между истцомъ и отвѣтчикомъ. Для эпохи классической это доказывается заключительными словами, уже разъ нами цитированнаго *fr. 75 Dig. 3. 3.*

Какъ мы выше видѣли, юристъ признаетъ за продавцомъ, призываемымъ къ защитѣ покупателя, право на cautio de rato отъ negot. gestor'a покупателя на томъ основаніи что,

> «si fundum agenti restituerit, *nihil prohibet dominum rem petere et cogi venditorem rursus defendere*».

Но въ этомъ возможномъ въ будущемъ процессѣ dominus т. е. покупатель выступитъ въ роли истца.

---

§ 5. Кругъ дѣйствія обязанности защиты:

Переходимъ къ вопросу, въ какихъ искахъ покупатель имѣетъ право на защиту продавца. Въ кругъ этихъ исковъ не входятъ споры о владѣніи; но сюда принадлежатъ всѣ иски петиторные, т. е. какъ иски о правѣ собственности, такъ и о сервитутахъ. А) Процессы поссессорные.

А) Споры о владѣніи. Исключеніе процессовъ поссессорныхъ мы основываемъ на слѣдующемъ мѣстѣ источниковъ:

> *Ulpian. l. 70 ad ed. Fr. 35 Dig. 19.* 1.—Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi jus non esset, et interdicto de itinere actuque privato victus sit, ex empto habebit actionem: licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de jure servitutis in rem actione pronuntiatum, tamen dicendum est ex empto actionem competere.

Species facti такова: нѣкто пріобрѣлъ куплею участокъ съ ручательствомъ продавца въ томъ, что участокъ свободенъ отъ сервитута прохода; затѣмъ, покупатель проигралъ процессъ, въ которомъ дѣло шло о фактическомъ осуществленіи третьимъ лицомъ прохода (inter: dictum de itinere actuque privato). Ульпіанъ для полученія покупателемъ вознагражденія отъ продавца отсылаетъ его къ actio empti,

ЦАБ "Автограф"
май 2021

считая искъ изъ «stipulatio de evictione» неумѣстнымъ, такъ какъ въ процессѣ, который проигралъ покупатель, вопросъ о правѣ на сервитутъ не подымался («quia non est de jure servitutis in rem actione pronuntiatum») —Fr. 35 d. A. E V (19. l.) въ томъ видѣ, какъ мы его теперь читаемъ въ Дигестахъ стоитъ въ противорѣчіи съ другимъ рѣшеніемъ того-же Ульпіана, а именно

Fr. 38 § 3 d. V. O. 45 1. Ulpian. l. 49 ad Sabinum.

Si quis forte non de proprietate, sed *de possessione nuda controversiam fecerit* vel de usufructu vel de usu vel de quo alio jure ejus, quod distractum est, *palam est committi stipulationem:* habere enim non licet ei, cui aliquid minuitur ex jure, quod habuit.

Если словамъ «de possessione nuda controversia» fr. 38 § 3 d. V. O. придавать ихъ прямой и ближайшій смыслъ: спора о владѣніи, и, если признавать fr. 35 d. A. E. V. подлиннымъ, то противорѣчіе между обоими рѣшеніями очевидно. Правда, Виндшейдъ и Жираръ [51]) подъ controversia de nuda possessione fr. 38 cit. разумѣютъ искъ о правѣ залога и ссылаются въ доказательство такого словоупотребленія на fr. 66 pr. Dig. h. t. 21. 2 verb:..... Serviana.. .. nudam possessionem avocat. Но съ этимъ согласиться нельзя: если Папиніанъ (fr. 66 cit) *съ точки зрѣнія практическаго эффекта* Сервіанова иска могъ выразиться, что онъ «avocat nudam possessionem», то едва-ли могъ Ульпіанъ назвать *спорный вопросъ* («controversia»), рѣшаемый этимъ искомъ, вопросъ о правѣ залога вопросомъ «de nuda possessione».—Правильнѣе, поэтому, какъ сказано, сохранить за словами »de poss. nuda controversia» ихъ прямой смыслъ и выводить изъ fr. 38 § 3 d. V. O., что stipulatio duplae гарантировала покупателя отъ притязаній поссессорныхъ [52]).—Относительно же fr. 35 d. A. E. V. мы пользуемся пріемомъ, посредствомъ котораго, какъ мы выше видѣли, Миттейсъ истолковываетъ fr. 16 pr. D. h. t. т. е. мы относимъ fr. 35 *къ отвѣтственности продавца по началамъ auctoritas* и замѣняемъ слова «stipulatio de evictione» словами «stipulatio auctori-

---

[51]) *Windscheid*, Lehrbuch d. Pandectenrechts (8 изд.) т. 2-ой § 391, прим. 27. *Girard*, Nouv rev. hist. d. droit. т. 7-ой (1883 г.) стр. 561 слд.

[52]) *Bechmann*, Kauf I стр. 379.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ritatis» (Vat. frgm. § 10) [53]), а эта послѣдняя стипуляція, какъ мы уже выше замѣтили, во всемъ слѣдуетъ началамъ отвѣтственности изъ манципаціи.

В) Притязанія петиторныя. Важнѣйшій случай это—искъ о правѣ собственности на пріобрѣтенную манципаціей вещь. Это можетъ быть или искъ о собственности полной (vindicatio in solidum), или искъ о собственности въ извѣстной долѣ или на реальную часть вещи (vindicatio partis pro indiviso или pro diviso). Auctoritas въ примѣненіи къ vindicatio partis доказывается fr. 72 D. 50. 16 (Paul. l. 76 ad edict) и fr. 53 pr. Dig. 21. 2 (Paul. l. 77 ad edict): оба эти мѣста въ силу своей инскрипціи должны быть отнесены къ отвѣтственности по началамъ «auctoritas» [54]). Особый случай виндикаціи представлялъ въ Римѣ искъ о свободѣ лица, пріобрѣтеннаго въ качествѣ раба (vindicatio in libertatem): большинство мѣстъ изъ пьесъ Плавта, привлекаемыхъ къ ученію объ отвѣтственности манципанта, имѣютъ въ виду именно этотъ случай; сверхъ того въ Дигестахъ послѣдствія продажи т. н. «statuliber» обсуждаются въ одномъ мѣстѣ *fr. 39 § 4 D. h t. 21. 2*, которое въ силу своей инскрипціи—Iulianus l. 57 digestorum—прямо должно быть отнесено къ a° auctoritatis [55]). В) Процессы петиторные.

Auctoritas, т. е. обязанность манципанта защищать пріобрѣтателя и отвѣчать за неоказаніе или неудачное оказаніе защиты имѣетъ мѣсто какъ при предъявленіи третьимъ лицомъ иска о сервитутѣ личномъ или вещномъ, обременяющимъ проданный участокъ, такъ и въ случаѣ иска пріобрѣтателя къ третьему о сервитутѣ, пріобрѣтенномъ вмѣстѣ съ проданнымъ участкомъ. Но для установленія отвѣтственности за сервитутъ личный достаточно одной манципаціи, тогда какъ въ отношеніи сервитутовъ вещныхъ необходима особая гарантія продавца, гарантія ихъ отсутствія (сервитуты пассивные) или наличности (сервитуты активные). Поэтому, если-бы манципантъ не оговорилъ существованіе узуфрукта и сервитута прохода на проданномъ участкѣ, предполагая то и другое извѣстнымъ пріобрѣтателю, то онъ несетъ отвѣтственность за эвикцію узуфрукта и не отвѣчаетъ за эвикцію права прохода.

---

[53]) *Rabel*, Haftung, стр. 71, прим. 1.
[54]) *Lenel*, Edictum perpet. стр. 428, 429.
[55]) *Lenel*, Edictum perp. стр. 425.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Fr. 66 Dig. 18. 1. Pomponius l. 31 ad Quintum Mucium. In vendendo fundo quaedam etiamsi non dicantur praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut ususfructus ejus, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.

Фрагментъ нашъ, prima facie, относится къ куплѣ неформальной [56]), но положенія въ немъ высказанныя имѣютъ мѣсто и въ случаѣ купли формальной (манципаціи), какъ это подтверждается слѣдующими указаніями источниковъ.

1. О «petitio ususfructus» говоритъ *fr. 39 § 5 Dig. h. t. 21. 2*

Iulianus l. 57 digestorum [Lenel 735]

Qui servum venditum tradit [L: mancipio dat] et dicit usumfructum in eo Seii esse, cum ad Sempronium pertineat, *Sempronio usum fructum petente* perinde teneatur, ac si in tradendo [L: mancipando] dixisset usus fructus nomine adversus Seium non teneri et si re vera Seii usus fructus fuerit, legatus autem ita, ut, cum ad Seium pertinere desisset, Sempronii esset, *Sempronio usum fructum petente tenebitur, Seio agente recte defugiet.*

Въ нашемъ фрагментѣ несомнѣнно идетъ рѣчь объ отвѣтственности по началамъ auctoritas, какъ это обнаруживается изъ слѣдующихъ обстоятельствъ: a) tradere въ фрагментѣ, очевидно, интерполировано вмѣсто mancipare (см. реституцію Ленеля); b) отвѣтственность продавца начинается съ момента *предъявленія* къ покупателю иска объ узуфруктѣ и основывается именно на этомъ предъявленіи иска (verb: «Sempronio usumfructum petente tenebitur»); а это несомнѣнно указываетъ на обязанность продавца защищать покупателя; c) въ концѣ фрагмента употреблено выраженіе «defugiet» съ очевиднымъ пропускомъ предъ нимъ слова «auctoritatem»—терминъ техническій для озна-

[56]) *Pernice*, Labeo III, стр. 118 привлекаетъ—и, думаемъ, основательно—fr. 66 cit.—къ области auctoritas. Ср. также *Huschke*, Nexum стр. 183, прим. 272.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ченія уклоненія продавца отъ обязанности процессуальной защиты[57]). Вмѣстѣ съ тѣмъ fr. 39 § 5 cit. въ связи съ fr. 9 Dig. 19. 1 и fr. 62 § 2 h. t. (21. 2) показываетъ, что манципантъ могъ сложить съ себя «auctoritas» путемъ т. н. deductio ususfructus, т. е. указавъ на существованіе узуфрукта, о чемъ и дѣлалась соотвѣтствующая оговорка въ манципаціи («fundus mihi emptus esto deducto usufructu, qui Titii est»)[58]).

2. Объ искѣ о сервитутѣ вещномъ говоритъ

Fr. 61. Dtg. 21. 1. Ulpianus libro 80 ad edictum.

Quotiens de servitute agitur, *victus* tantum debet praestare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.

Ульпіанъ собственно занятъ установленіемъ размѣра кондемнаціи продавца въ пользу покупателя въ случаѣ выигрыша третьимъ лицомъ процесса о вещномъ сервитутѣ; но юристъ несомнѣнно имѣетъ въ виду отвѣтственность по началамъ «auctoritas»: по его словамъ, продавецъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ: «quanti minoris emptor emisset» *за проигрышъ процесса (victus)*; съ точки зрѣнія «auctoritas» это вполнѣ послѣдовательно: продавецъ не въ силахъ былъ исполнить свою процессуальную обязанность оказать покупателю защиту и поэтому подлежитъ отвѣтственности; тогда какъ для отвѣтственности изъ stipulatio duplae, а тѣмъ болѣе по actio empti сверхъ проигрыша процесса необходимо еще приведеніе судебнаго рѣшенія въ исполненіе, какъ это видно изъ:

Fr. 57 pr. Dig. h. t. 21. 2. Palus l. 2 ad edictum aedilium curulium.

Habere licere videtur emptor et *si is, qui emptorem* in evictione rei *vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit* ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim *nulla competit emptori ex stipulatu actio*, quia rem habere ei licet.

---

[57]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 244, *Lenel*, Edictum, стр. 425.
[58]) *Bechmann*, l. c. *Girard*, R. hist. d. dr., т. 6-ой, стр. 201.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Мѣсто это заимствовано изъ коммептарія Гая къ эдикту курульныхъ эдиловъ и, слѣдовательно, непосредственно относится къ stipulatio duplae. Срвн. также fr. fr. 16 § 1, 21 §§ 1, 2 и fr. 35 Dig. h. t. 21. 2.

Показаніе fr. 61 Dig. 21. 1 для сервитутовъ пассивныхъ дополняются показаніемъ fr. 75 Dig. h. t. 21. 2, который вмѣстѣ съ тѣмъ служитъ доказательствомъ примѣненія «auctoritas» и къ процессамъ о сервитутахъ активныхъ.

Fr. 75 Dig. h. t. 21. 2. Venulejus l. 16 stipulationum (Lenel 73).

Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem [L: ob auctoritatem] teneri non posse: nec enim evictionis [L: auctoritatis] nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus maximusque esset traditus [L: mancipatus] fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. Si vero emptor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse: nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum: tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. et vera est Quinti Muci sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit [L: mancipavit], liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum sit. [L: «nisi—accessum sit.» Tribon?].

Ср. Fr. 90. 126. и 169 d. V. S. (50. 16).

Фрагментъ Венулея (fr. 75 de evict.) Ленель, Эйзеле и Рабель [59]) признаютъ интерполированнымъ, каждый въ различномъ размѣрѣ: но выше приведенныя измѣненія Ленеля едва ли могутъ вызвать возраженія. Въ первой части, кончая словами «tunc enim liberum ab omni servitute praestandum», разсматривается отвѣтственность манципанта за сервитуты пассивные; мы видимъ, что манципантъ отвѣчаетъ лишь въ случаѣ прямой, съ своей стороны, гарантіи свободы участка отъ

[59]) *Lenel*, Palingenesia l. c. *Eisele*, Zeitschrift. d. Sav. Stiftung (Rom. Abt.), т. X, стр. 316. *Rabel*, Haftung, стр. 92, прим. 3.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

сервитутнаго бремени; мы видимъ также и форму, въ какой эта гарантія выражалась въ актѣ манципаціи, это оговорка: uti optimus maximus est, и tabula Baetica даетъ намъ примѣръ манципаціи съ подобной оговоркой [60]).

Къ показаніямъ fr. 75 cit. слѣдуетъ добавить Cic. de off. 3. 16 и de orat. 1. 39, изъ коихъ видно, что манципантъ отвѣчалъ также и за умышленное (долозное) скрытіе отъ покупателя существованія сервитута.

Вторая часть fr. 75 cit. (отъ словъ: si vero emptor... и до teneri eum, qui ita dixerit) обсуждаетъ отвѣтственность за сервитуты активные, которые покупатель пріобрѣлъ, какъ принадлежность купленнаго участка. И въ этомъ случаѣ для отвѣтственности манципанта необходима прямая съ его стороны гарантія («nisi *nominatim dixerit* accessurum iter vel actum»). Однако, о формѣ установленія такой гарантіи прямыхъ свѣдѣній мы не имѣемъ. Бехманъ съ достаточной вѣроятностью предполагаетъ, что и она отражалась въ актѣ манципаціи приблизительно въ слѣдующемъ видѣ: «emptae sunt aedes cum luminibus stilicidiis etc. uti nunc sunt» [61]).

Чтобы покончить съ обязанностью продавца защищать по суду покупателя, укажемъ еще отмѣченныя источниками основанія освобожденія продавца отъ этой обязанности. Сюда относятся: C) Освобожденіе auctor'a отъ обязанности защиты.

а) Истеченіе срока пріобрѣтательной давности. Уже законами XII таблицъ былъ установленъ одинаковый срокъ какъ для пріобрѣтательной давности, такъ и для длительности auctoritas. *Tab. VI, 3* «usus (et) auctoritas fundi biennium ceterarum rerum annuus esto» [62]). α) Давность

---

[60]) *Bechmann*, стр. 245. *Degenkolb*, Zeitschr. f. Rechtsdeschichte, т. 9-ый стр. 127.

[61]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 247.

[62]) И текстъ закона и его толкованіе возбуждаютъ много споровъ. См, *Danz*, Rechtsgeschichte I, стр. 221, также *Voigt*, XII Tafeln, т 2, § 88. Мы держимся того толкованія, которое, по свидѣтельству *Voigt*'а (l. c.), защищалъ уже Salmasius, ученый XVII столѣтія и которое въ настоящее время защищаетъ *Mommsen* въ своей работѣ: „Ad legem de scribis, viatoribus et de auctoritate" онъ въ § 3 даетъ такую парафразу закона XII таблицъ: „Fundo per biennium emptor utatur, venditor tam diu auctoritatem accomodet evictionemque praestet, in ceteris rebus annus pro biennio observetur". То-же толкованіе даютъ *Voigt* l. c. и *Pernice*, Labeo, т. 2 (2 изд.), стр. 328, который замѣчаетъ: „die wahrscheinlichste Deutung dieser Worte ist und bleibt die: usus und auctoritas, Besitz und Gewährpflicht sollen zwei Jahre dauern".

ЦАБ "Автограф"
май 2021

И въ самомъ дѣлѣ, пріобрѣтя давностью право собственности, покупатель пріобрѣтаетъ возможность самостоятельно защищаться противъ третьихъ лицъ, не нуждается болѣе въ защитѣ продавца, который поэтому и освобождается отъ своей обязанности.

Законъ Аттинія (неизвѣстной даты) объявилъ «auctoritas» непогашаемой никакимъ срокомъ въ случаѣ манципаціи вещей краденыхъ, такъ какъ онѣ не могли быть пріобрѣтаемы давностью. «Quod subruptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto» (*Gell. Noct. Att. VII. 7. 1*) [63]).

b) Derelictio.

b) Дереликція покупателемъ пріобрѣтенной вещи.

Fr. 76. Dig. h. t. 21. 2. Venulejus l. 16 stipulationum (Lenel 74).

Si alienam rem mihi tradideris [L: mancipaveris] et eandem pro derelicto habuero, amitti *auctoritatem,* id est actionem pro evictione placet [L: «id est act. pro evictione» Tribon].

Вставка компиляторами словъ: «id est actionem pro evictione» очевидна [64]). Одинаковое значеніе имѣетъ и дарованіе рабу свободы (manumissio). Прекращеніе auctoritas въ этомъ случаѣ можно видѣть изъ fr. 43 d. A. E. V. (19. 1) въ реституціи Ленеля (Lenel Paulus 1327).

c) Пріобрѣтеніе купленной вещи покупателемъ по наслѣдству отъ собственника.

Fr. 9 Dig. h. t. 21. 2. Paulus l. 76 ad edictum (Lenel 826).

Si vendideris [L: mancipaveris] servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione [L: auctoritatem], quoniam servus non potest evinci: sed in ex empto actione decurrendum est.

---

[63]) Мы не находимъ нужнымъ (и даже возможнымъ) входить въ толкованіе весьма темнаго фрагмента XII таблицъ: „adversus hostem aeterna auctoritas esto“. О немъ у *Voigt*'а, l. c. стр. 208—209 и *Bechmann*'а, l. c. стр. 119.

[64]) *Lenel,* Edict. стр. 426.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

На основаніи только что приведеннаго fr. 76 de evict. можно съ полной увѣренностью сказать, что компиляторы словами «actionem pro evictione» замѣнили стоявшее въ текстѣ Павла слово: «auctoritatem».

---

§ 6. Послѣдствіе неисполненія обязанности защиты.

2° auctoritatis ея (исковая) форма и содержаніе.

Разсмотрѣвъ основную обязанность продавца-манципанта, мы должны перейти къ послѣдствіямъ неисполненія продавцомъ этой обязанности.

Манципантъ, какъ мы выше видѣли, обязанъ по зову покупателя явиться въ судъ, обязанъ вступить въ процессъ покупателя съ третьимъ лицомъ въ замѣну покупателя, обязанъ, наконецъ, защитить покупателя. Онъ, слѣдовательно, не исполняетъ своей обязанности, a) если вовсе не явится въ судъ, или b) явившись, откажется отъ защиты покупателя или, наконецъ, c) если его защита неудачна [65]).

Въ любомъ изъ этихъ трехъ случаевъ, изъ коихъ первые два именуются въ источникахъ «auctoritatem defugisse», а третій—«auctoritatis nomine victum esse», покупатель имѣетъ къ продавцу искъ, названіе котораго въ источникахъ не сохранилось и который теперь принято называть actio auctoritatis. Но право иска только теперь впервые возникаетъ у покупателя. Его право требовать отъ продавца судебной защиты есть, выражаясь современной терминологіей, притязаніе, не защищенное искомъ (Klagloser Anspruch) и все значеніе этого притязанія въ томъ, что его неудовлетвореніе служитъ фундаментомъ для actio auctoritatis [66]).

Въ эпоху «legis actiones» actio auctoritatis протекала въ общей формѣ для личныхъ исковъ, т. е. въ формѣ legis actio sacramento in personam. Въ періодъ процесса per formulas intentio нашего иска имѣла, по предположенію Lenel'я, альтернативную редакцію: въ ней предусматривались какъ случаи уклоненія отвѣтчика отъ защиты истца (auctoritatem defugere), такъ и случаи неудачи этой защиты (auctoritatis nomine vinci). Но формула для actio auctoritatis появилась въ

---

[65]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 116. *Girard*, Revue hist. d. dr. т. 6, стр. 202. *Rabel*, Haftung стр. 19.

[66]) *Voigt*, XII Tafeln, т. 2, § 87, прим. 15. *Rabel*, Haftung стр. 20, прим. 3.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

эдиктѣ претора лишь послѣ duae leges Juliae, окончательно замѣнившихъ легисакціонный процессъ процессомъ формулярнымъ, такъ какъ еще въ эпоху Цицерона, слѣдовательно, уже послѣ lex Aebutia, для нашего иска еще существовалъ, какъ видимъ изъ Cic. pro Caec. c. 19 § 54, pro Murena c. 12 § 26, порядокъ legis actio [67]). Чтобы въ этотъ переходной періодъ процессъ между покупателемъ и продавцомъ обратить къ производству формулярному преторъ заставлялъ манципанта дать истцу особую стипуляцію, обезпеченную поручительствомъ, и воспроизводившую въ своемъ содержаніи все, къ чему манципантъ уже былъ обязанъ въ силу манципаціи. Таково, по гипотезѣ Ленеля, происхожденіе т. н. satisdatio secundum mancipium, съ которой мы впервые встрѣчаемся у Цицерона (Cic. ad Attic. V. 1 § 2) [68]).

Объектъ actio auctoritatis какъ въ эпоху legis actiones, такъ и въ послѣдующее время составляла двойная сумма, уплаченная пріобрѣтателемъ манципанту.

Huschke о формѣ и содержаніи иска.

О нашемъ искѣ Хушке выставилъ слѣдующія три положенія. Объектъ иска нормально равенъ цѣнѣ продажи, но особымъ соглашеніемъ сторонъ могъ быть увеличенъ вдвое. Со введеніемъ процесса per formulas нашъ искъ вошелъ въ разрядъ такихъ исковъ, въ которыхъ запирательство отвѣтчика увеличивало сумму присужденія вдвое (ubi lis infitiando crescit in duplum). Еще ранѣе, въ эпоху legis actiones процедурой для него была manus injectio [69]).

Каждое изъ этихъ положеній равно несостоятельно. Manus injectio для actio auctoritatis нигдѣ источниками не засвидѣтельствована и трудно допустить примѣненіе этой процедуры, отрѣзывавшей отвѣтчику возможность процессуальной борьбы, къ отношенію, которое по самому существу своему могло давать отвѣтчику самыя разнообразныя возраженія [70]).

Противъ гипотезы удвоенія суммы присужденія запирательствомъ отвѣтчика весьма вѣскимъ показаніемъ служитъ Paul. Sent. I. 19 § 1, гдѣ юристъ, перечисляя иски «ubi infitiando lis crescit», о нашемъ искѣ не упоминаетъ, и тѣ разсужденія, коими Хушке пытается

---

[67]) *Lenel*, Edict стр. 424.
[68]) *Lenel*, Edict стр. 430.
[69]) *Huschke*, Nexum стр. 188—192.
[70]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 137.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

устранить силу этого возраженія, крайне искусственны [71]). Подробно опровергъ это положеніе Хушке уже Рудорффъ [72]).

Наконецъ, что касается утвержденія, будто нормальный объектъ— simplum pretii, то главное доказательство Хушке *fr. 60 Dig. h. t. 21. 2* также его не подтверждаетъ.

> *Javolenus l. 2 ex Plautio.* Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, *nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine,* et ex natura ex empto actionis hoc, quod interest.

Хушке относитъ этотъ фрагментъ къ отвѣтственности манципанта по actio auctoritatis и въ словахъ «nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine» видитъ нормальный объектъ иска. Онъ разсуждаетъ такъ: такъ какъ объ actio empti говорится лишь въ концѣ фрагмента, то къ этому иску предшествующая часть фрагмента относиться не можетъ; но она не относится и къ эвикціонной стипуляціи, такъ какъ, по предположенію юриста, между сторонами не было никакого соглашенія на случай эвикціи («da ja eben vorausgesezt wird, *dass nichts wegen der Evictionsleistung ausgemacht ist*») [73]). Въ послѣднемъ утвержденіи кроется, однако, явная ошибка. Юристъ именно предполагаетъ, что соглашеніе объ отвѣтственности за эвикцію состоялось и лишь вопросъ о размѣрѣ отвѣтственности, о «quantum», оставленъ сторонами открытымъ [74]). Въ виду очевидной неправильности разсужденія Хушке, Рудорффъ, и Жираръ [75]) относятъ весь фрагментъ цѣликомъ къ actio empti. Но и эта интерпретація едва-ли правильна. Конечная фраза страдаетъ погрѣшностью двоякаго рода [76]): a) лексическою: *hoc*, quod interest вмѣсто обычнаго у класиковъ *id* quod interest; b) далѣе, на основаніи fr. 43. fr. 45 pr. D. 19. 1 fr. 70 Dig. 21. 2 мы въ правѣ утверждать, что «интересъ» вошелъ въ содержаніе a° empti лишь къ эпохѣ Северовъ [77]), а потому

---

[71]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 121. *Girard*, Rev. hist. d. dr. 6-ой т., стр. 207.

[72]) *Rudorff*, Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft, т. 14-ый, стр. 444—451.

[73]) *Huschke*, l. c. стр. 188.

[74]) *Eck*, Veroflichtung, стр. 10.

[75]) *Rudorff*, l. c. 446.—*Girard*, Rev. hist. d. droit, т 8-ой (84 г.), стр. 434.

[76]) *Rabel*, Haftung. стр. 139.

[77]) Подробности во второй главѣ, пока *Rabel*, Haftung, стр. 153.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

заподозрѣнныя нами въ подлинности слова «et ex natura ex empto actionis hoc quod interest» не могутъ принадлежать Яволену, который жилъ и дѣйствовалъ въ исходѣ перваго и началѣ второго вѣка нашей эры [78]). Быть можетъ, въ предположеніи интерполяціи позволено пойти нѣсколько дальше: слова юриста весьма выигрываютъ въ ясности, если въ началѣ фрагмента слова «si in venditione» замѣнить словами «si in stipulatione». Яволенъ, надо думать при такомъ измѣненіи текста, имѣлъ предъ собой стипуляцію, quantum которой не былъ указанъ, т. е. извѣстную теперь подъ именемъ «habere licere» [79]) и признавалъ, что quantum равенъ покупной платѣ. Какъ бы тамъ ни было, fr. 60 cit. отнюдь не можетъ служить доказательствомъ для Хушке, а другихъ доказательствъ онъ не привелъ.

Столь слабо обставленныя доказательствами положенія Хушке въ сущности составляютъ лишь частныя выводы его основной теоріи о томъ, что въ манципаціи эвентуально содержится нехит. Къ разбору этой теоріи мы вскорѣ перейдемъ, здѣсь же замѣтимъ только, что несостоятельность частныхъ выводовъ говоритъ за несостоятельность и основного положенія.

---

§ 7. Конструкція a[s] auctoritatis въ литературѣ.

I. Договорныя теоріи.

Мы въ состояніи теперь перейти къ разбору построеній actio auctoritatis въ литературѣ. Разнообразныя мнѣнія писателей по этому вопросу могутъ быть сведены къ двумъ основнымъ группамъ, смотря потому, считаютъ ли авторы искъ искомъ изъ сдѣлки или искомъ, основаннымъ на деликтѣ. Каждая группа имѣетъ свои разновидности.

а) Теорія нункупаціи.

I. а) Одна изъ разновидностей первой группы т. н. нункупаціонная теорія, согласно которой actio auctoritatis вытекаетъ изъ неисполненія манципантомъ своего прямого обѣщанія (nuncupatio) оказать пріобрѣтателю защиту на судѣ, нами разобрана и отвергнута выше [80]).

---

[78]) Хронологическія даты о Яволенѣ у *Krueger*, Geschichte d. Quellen, стр. 162.

[79]) *Eck*, Verpflichtung, стр. 10. *Rabel*, Haftung, стр. 140.

[80]) См. выше, стр. 7 слд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

b) Теорія Хушке.

b) Вторую разновидность той же группы образуетъ теорія Хушке[81]), къ которому примыкаетъ съ небольшими отклоненія Беккеръ[82]). Въ куплѣ натуральной, въ тѣхъ случаяхъ, когда въ силу намѣренія сторонъ, купля является, по выраженію Хушке, односторонней сдѣлкой пріобрѣтенія вещи (als einseitiges Geschäft zum Behuf des Erwerbs einer Sache) вручению продавцу платы Хушке приписываетъ двоякое значеніе: оно служитъ основаніемъ для пріобрѣтенія по традиціи права собственности, оно же посредствомъ реальнаго контракта налагаетъ на продавца обязательство[83]). Въ манципаціи именно благодаря ея формѣ, которой, какъ извѣстно, Хушке придавалъ особенное значеніе,— способность подымать актъ, какъ онъ выражается, «aus der bloss privatrechtlichen in die publicistische Sphaere»[84]),—обязательство продавца принимаетъ особую окраску, силу и дѣйствіе: представляетъ собой «нехит»[85]). Такъ возникаетъ у Хушке ученіе о нехит, эвентрально (при отсутствіи у манципанта собственности) заключающемся въ манципаціи и на этомъ формально-реальномъ контрактѣ Хушке опираетъ actio auctoritatis[86]).

Возражая Хушке, Бехманъ указываетъ на то, что ученіе о «нехит» эвентуально содержащемся въ манципаціи, противорѣчитъ тѣмъ текстамъ, въ которыхъ идетъ рѣчь о взаимномъ отношеніи ман-

---

[81]) *Huschke*, Nexum, стр. 39. 40. 171 и др.

[82]) *Bekker*, Actionen I, стр. 31. 32.

[83]) *Huschke*, Nexum, стр. 39. „Es lässt sich auch denken, das die Parteien das ganze Geschäft... als ein einseitiges Geschäft zum Behuf des Erwerbes einer Sache beabsichtigen... ...und dann hat die Hinzahlung des Kaufgeldes in der That die doppelte Bedeutung, zugleich als causa dominii transferendi den Eigenthumserwerb durch Tradition zu begründen und zu vollenden und mittelst *eines Realcontracts* den Verkäufer wegen des habere licere zu verpflichten".

[84]) *Huschke*, Nexum, стр. 7 i. f.

[85]) *Huschke*, Nexum, стр. 40. „Indem das vollständige Nehmen der Sache ums Geld,... zu gleicher Zeit eine Aneignung des Eigenthums der Sache, insofern der Mancipant es hatte, und, insoweit er es nicht hatte, eine persönliche Verpflichtung desselben zum Gegenstande hat, und dieses Nehmen bei res mancipi auf publicistische Weise durch mancipium per aes et libram erfolgt, ist dieser Act zu gleicher Zeit erstens und hauptsächlich ein publicistischer Eigenthumserwerb, zweitens aber und eventuell auch eine publicistische Obligation. In der erstern Beziehung, nach welcher er vornehmlich in der Ergreifung der Sache besteht, ist er mancipium, nach der lezteren, welche durch die Zuwägung des Erzgeldes bewirkt wird, nexum.

[86]) *Huschke*, Nexum, стр. 171.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

cipium и nexum; чтобы согласовать ихъ съ своей теоріей Хушке, вездѣ долженъ термину «nexum» придавать значеніе матеріальное, тогда какъ этотъ терминъ очень часто имѣетъ значеніе чисто формальное, обнимаетъ всякій актъ, совершаемый при помощи мѣди и вѣсовъ («omne quod per aes et libram geritur»)[87]). Жираръ съ своей стороны указываетъ рядъ консеквенцій изъ ученія Хушке, а именно manus injectio для actio auctoritatis и удвоеніе присужденія въ силу запирательства отвѣтчика, которыя не только не подтверждаются источниками, но ими скорѣе опровергаются[88]).

Оба возраженія вполнѣ справедливы и все же они лишь ослабляютъ, а не опровергаютъ построеніе a° auctoritatis у Хушке. Будучи направлены противъ тезиса, что въ мапципаціи эвентуально заключается nexum, возраженія эти не касаются перваго положенія Хушке о обязывающемъ продавца принятіи покупной цѣны, каковое положеніе само по себѣ, способно обосновать actio auctoritatis на фундаментѣ реальнаго контракта. Дѣйствительно, теорію Хушке въ такомъ видѣ, освобожденную отъ примѣси моментовъ формальныхъ мы находимъ у Беккера[89]). Главное возраженіе, которое должно сдѣлать конструкціи Хушке и Беккера, заключается на нашъ взглядъ въ томъ, что *конструкція эта базисомъ actio auctoritatis полагаетъ моменты матеріально-правовые тогда какъ*—въ этомъ должно было убѣдить предъидущее изложеніе—*въ основѣ иска лежатъ обстоятельства*

---

[87]) *Bechmann* Kauf. I, стр. 125—134, въ особ. стр 134. Varro d. L. L. VII, 105. Festus s. v. Nexum.

[88]) *Girard*, Nouv. Rev. hist. 82 г., т. VI-ой, стр. 209. 205—207.

[89]) *Bekker*, Actionen I, стр. 31. 32: „Das Mancipium ist der rechte Bruder des Nexum; hier wie dort Vorherrschen der realen Elemente, mit denen sich der Konsens verbindet. und von Formen nichts mehr und nichts anders, als der materielle Bestand es erheischt... Beim Nexum erfolgt die Realleistung nur von einer, beim Mancipium von beiden Seiten. Darum ist eine Rechtsverbindeichkeit ordentliche Folge des Nexum, wer jezt nicht geleistet, nur empfangen hat, ist verbunden seinerseits später zu leisten; *eine ähnliche Rechtsverbindeichkeit ist ausserordentliche Folge des Mancipiums sie tritt nur ein in den Fällen, wo die Leistung des eines Theils, des Verkäufers nicht so vollständig gewesen ist wie sie sein sollte*..... die Waare *wird* des Käufers ...falls die Waare bis dahin Eigenthum des Verkaufers gewesen war. *Hatte dieser Kein Recht daran*, so liegt auch in der Mancipation keine reale Leistung des Verkaufers, und es tritt, *sobald dieser Schein zerstört ist* (?), auch hier eine Verbindlichkeit desjenigen ein, der einseitig empfangen und noch nicht, oder nicht genügend gegengeleistet hat".

ЦАБ "Автограф"
май 2021

характера формально - *процессуальнаго*. Естественно, поэтому, что Хушке (и Беккеръ) долженъ прійти къ рѣшеніямъ несогласнымъ съ источниками. Чтобы убѣдиться въ этомъ, подвергнемъ анализу тѣ положенія, коими Хушке начинаетъ третій раздѣлъ своей монографіи, надписанный: «Das Nexum beim Kauf».

«Покупатель res mancipi», говоритъ Хушке, «пріобрѣталъ, передавая кусочекъ мѣди (aes) и взнося покупную плату, право собственности и вмѣстѣ съ тѣмъ, на случай, *если манципантъ не былъ собственникомъ*, притязаніе къ нему, *основанное на неустановленіи собственности*» [90]).

аа) Изъ словъ Хушке вытекаетъ, что манципантъ-*собственникъ* никогда не могъ подпасть отвѣтственности по actio auctoritatis. Предположимъ, что манципантъ-собственникъ не явится на зовъ пріобрѣтателя для защиты его отъ третьяго виндиканта, не явится, потому что вполнѣ увѣренъ, что установилъ своему контрагенту право собственности; согласно Хушке онъ не можетъ быть подвергнутъ отвѣтственности по actio auctoritatis. Иначе рѣшаютъ источники.

Arg. *fr. 138 u fr. 85 § 5 d. V. O. (45 b)*
«quolibet... defugiente, ceteris subsistere nihil prodest»...
«uno defugiente... omnes teneantur».

Достаточно одному изъ сонаслѣдниковъ послѣ манципанта отказаться отъ защиты пріобрѣтателя, и этотъ послѣдній, *не смотря на готовность всѣхъ остальныхъ наслѣдниковъ продавца оказать ему эту защиту*, получаетъ искъ противъ всѣхъ наслѣдниковъ продавца. Именно эта готовность остальныхъ наслѣдниковъ продавца встать на защиту покупателя можетъ служить указаніемъ того, что in casu concreto продавецъ былъ собственникомъ. Во всякомъ случаѣ юристъ не дѣлаетъ различія между наслѣдниками продавца собственника и не собственника, и поэтому, «lege non distinguente nec nostrum est distinguere»

---

[90]) *Huschke*, Nexum, стр. 171: „Der Käufer einer res mancipi erwarb sich durch dies bei der Mancipation hingegebene aes und dessen materielle Ergänzung, das gezahlte Kaufgeld, das Eigenthum der ihm publicistisch aufgelassenen Sache, zugleich aber *für den Fall, dass der Mancipant nicht Eigenthümer war*, einen publicistischen Anspruch *wegen des nicht gewährten Eigenthums*".

ЦАБ "Автограф"
май 2021

bb) Хушке основываетъ требованіе покупателя къ продавцу на не установленіи собственности («wegen des nicht gewährten Eigentums»). Если, напримѣръ, пріобрѣтатель по манципаціи пріобрѣтетъ право собственности лишь по наслѣдству отъ дѣйствительнаго собственника, то манципантъ, очевидно, не установилъ ему права собственности и, слѣдовательно, согласно Хушке actio auctoritatis должна имѣть мѣсто. Между тѣмъ источники какъ разъ отрицаютъ возможность притязанія изъ манципаціи и отсылаютъ покупателя къ actio empti.

Fr. 9. Dig. h. t. 21 2. ... Paul. 76 ad edict.
Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait amissam actionem pro evictione (Len: amissam auctoritatem), quoniam servus non potest evinci: sed in ex empto actione decurrendum est.

И вообще: cc) ставъ на точку зрѣнія Хушке, мы не въ силахъ будемъ понять, почему источники для сохраненія за покупателемъ регресса къ продавцу требуютъ *судебнаго разбирательства* между покупателемъ и третьимъ вступщикомъ. Разъ требованіе покупателя къ продавцу основано на неустановленіи собственности, то казалось бы покупатель, получившій отъ третьяго лица безспорныя доказательства права собственности и возвратившій вещь по принадлежности, могъ и долженъ былъ бы имѣть a° auctoritatis къ продавцу. Но, если для послѣднихъ стадій развитія отвѣтственности продавца, для actio empti источники даютъ покупателю регрессъ, даже если онъ не велъ въ виду очевидной безполезности процесса съ третьимъ, то въ области отвѣтственности *манципанта* мы имѣемъ рѣшенія, настаивающія на необходимости процесса съ особой силой.

Fr. 12 Dig. 47. 10. Si quis de libertate aliquem in servitutem petat, *quem sciat liberum esse*, neque id propter evictionem, ut eam sibi conservet, faciat: injuriarum actione tenetur.

Интерполяція фрагмента очевидна; слѣдуетъ читать: neque id propter auctoritatem, ut eam sibi conservet... Итакъ, чтобы сохранить за собой actio auctoritatis покупатель долженъ начать завѣдомо безнадежный процессъ и единственное снисхожденіе, которое ему оказываетъ право, состоитъ въ томъ, что онъ освобождается отъ отвѣтствен-

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ности по actio injuriarum предъ лицомъ, съ которымъ онъ велъ процессъ о рабствѣ, хотя и зналъ, что его противникъ лицо свободное.

Вниманія заслуживаетъ и *fr. 18 § 3 D. 3. 5.*

> Cum me absente negotia mea gereres, imprudens rem meam emisti... ...si antequam usu capias, cognoscas rem meam esse, *subjicere debes aliquem*, qui a te petat meo nomine, *ut* et mihi rem et *tibi stipulationem evictionis committat.*

Неуполномоченный ходатай (neg. gestor) купилъ по ошибкѣ вещь отсутствующаго принципала и до истеченія давностнаго срока узналъ, что вещь принадлежитъ принципалу; чтобы имѣть регрессъ къ продавцу онъ долженъ найти третье лицо, которое бы предъявило къ нему искъ о данной вещи отъ имени принципала. Правда, мы не имѣемъ основаній утверждать, что fr. 18 § 3 c.t. имѣетъ въ виду куплю въ манципаціонной формѣ, но основная точка зрѣнія на регрессъ покупателя въ немъ та же, что и въ fr. 12 D. 47. 10.

c) Теорія Беккера.

c) Возраженія, сдѣланныя нами противъ теоріи Хушке, имѣютъ силу и противъ теоріи Беккера, такъ какъ и этотъ авторъ приписываетъ a° auctoritatis фундаментъ матеріально-правовой: отсутствіе въ дѣйствіи продавца надлежащей полноты («wo die Leistung der Verkäufers nicht so vollständig... ist, wie sie sein sollte»). Какъ видно изъ цитаты, приведенной выше, Беккеръ считаетъ обязательство чрезвычайнымъ послѣдствіемъ манципаціи, возможнымъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда у манципанта не было права на вещь. Это обязательство, по его словамъ, вступаетъ въ дѣйствіе съ обнаруженіемъ дефектовъ въ дѣйствіи манципанта [91]); но, очевидно, обнаруженіе это возможно вић и помимо всякаго процесса пріобрѣтателя съ третьимъ и потому Беккеръ долженъ допустить a° auctoritatis не только въ случаѣ fr. 9 D. h. t. 21. 2, но и въ случаяхъ подобныхъ fr. 12 D. 47. 10 и fr. 18 § 3 D. 3. 5 долженъ допустить нашъ искъ безъ всякаго процесса покупателя съ третьимъ.

d) Теорія Бехманна.

d) Къ этой же группѣ принадлежитъ и конструкція Бехманна, который также считаетъ actio auctoritatis искомъ, основанымъ на сдѣлкѣ. Вотъ какъ развиваетъ онъ свою теорію. «Основаніемъ отвѣт-

---

[91]) См. выноску 89, въ особенности подчеркнутыя тамъ слова Bekker'a.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ственности манципанта», говоритъ Бехманнъ [92]), «служитъ обѣщаніе (Zusage) и особенность манципаціи со стороны обязательственной заключается лишь въ томъ, что это обѣщаніе заключается въ самой манципаціи»... «Манципація—не только купля, но и купля съ добавкой утвержденія покупателя, что онъ пріобрѣлъ право собственности... На это утвержденіе покупателя, торжественно заявленное предъ пятью свидѣтелями въ словахъ виндикаціонной формулы, продавецъ не только отвѣчаетъ молчаніемъ, но и довершаетъ продажу, принимая отъ покупателя деньги»... «Это можетъ имѣть лишь тотъ смыслъ, что продавецъ, отвѣчая молчаніемъ на утвержденіе покупателя, ручается за его справедливость и именно за то, что это утвержденіе оправдается на судѣ». «Такимъ образомъ», заканчиваетъ Бехманнъ, «auctoritas основывается на молчаливо данномъ обѣщаніи, на обѣщаніи въ формѣ молчаливаго подтвержденія, которое само собой рождаетъ обязанность отвѣчать за его истинность».

Итакъ, по мысли Бехманна, *слова* манципаціоннаго формуляра: *«hanc rem meam esse aio» обладаютъ такой силой, что* обязываютъ продавца и при томъ *обязываютъ къ процессуальной защитѣ покупателя.*

Достаточно такъ формулировать теорію Бехманна, и слабая сторона ея немедленно выступаетъ внаружу. Если слова манціпаціоннаго формуляра вообще способны наложить на продавца какое-либо обязательство, то ужъ никакъ не обязательство процессуальной защиты, о которой въ формулярѣ манципаціи ничего не говорится.

Ставъ на точку зрѣнія Бехманна, признавъ, что продавецъ молчаливо подтверждаетъ переходъ права собственности къ покупателю, мы еще можемъ признать его имущественно отвѣтственнымъ *за не*

[92]) *Bechmann*, Kauf I. стр. 142 143. „Der Grund der Haftung ist die Zusage und das eigenthümliche der Mancipation nach der obligatorischen Seite ist grade das, dass ihr diese Zusage inhaerirt..... Die Mancipation ist nicht nur Kauf, sondern Kauf mit der zusätzlichen Behauptung des Eigenthumserwerbs... Zu dieser Behauptung, die im Angesicht der Zeugen feierlich und *mit den Worten der Vindicationsformulars* ausgesprochen wird, sweigt der Andere nicht nur still, er vollzieht darauf hin den Verkauf durch Annahme des Geldes.... So kann der Sinn nur der sein, dass der Verkäufer, indem er zu dieser Behauptung stillschweigt, die Garantie für ihre Richtigkeit, *namentlich für ihre gerichtliche Realisirbarkeit* übernimmt..... Die auctoritas beruht also .....auf stillschweigender Zusage... ...in der Form einer stillschweigenden Affirmation, die..... von selbst die Pflicht erzeugt, für ihre Wahrheit einzustehen.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

переходъ права собственности; но основать его процессуальную обязанность на формулярѣ манципаціи, повторяю, *мы не можемъ*. Такимъ образомъ, именно тотъ авторъ, который въ изложеніи обязательственныхъ послѣдствій манципаціи съ особой силой и настойчивостью подчеркиваетъ *процессуальное содержаніе* обязанности манципанта (§ 12 книги Бехмана), тотъ же авторъ, объясняя институтъ, отыскивая, какъ онъ выражается, его внутреннее основаніе, въ существѣ дѣла становится на такую точку зрѣнія, которая переводитъ весь вопросъ на *матеріально-правовую* почву.—Второе возраженіе противъ Бехмана состоитъ въ томъ, что всякая попытка объяснять «auctoritas» изъ обѣщанія, конструировать actio auctoritatis какъ искъ договорный немпуемо разбивается о кондемнацію нашего иска, размѣръ которой —duplum— явно указываетъ на штрафной характеръ иска. Вполнѣ правильно противъ Бехманна замѣчаетъ Перницъ: «Es ist wohl nicht zu verstehn, wie man von dieser Gewährs*zusage* aus zur Verurtheilung aufs doppelte gelangen konnte[93]).—И, наконецъ, словамъ «hanc rem meam esse aio» Бехманъ, повидимому, придаетъ преувеличенное значеніе: повидимому онъ думаетъ, что не будь въ манципаціонномъ формулярѣ этихъ словъ, и обязанность манципанта имѣла бы иное содержаніе, не заключалась бы въ процессуальной защитѣ покупателя[94]).—Но въ правѣ другихъ народовъ покупатель при заключеніи сдѣлки не произноситъ ничего, подобнаго словамъ «hanc rem meam esse aio», и тѣмъ не менѣе, какъ сейчасъ увидимъ, обязанность продавца состоитъ и тамъ въ томъ-же, въ чемъ въ Римѣ состоитъ обязанность манципанта. Ясно, поэтому, что слова манципаціоннаго формуляра не имѣли никакого вліянія на содержаніе обязанностей манципанта.

II. Деликтная теорія.

II. Въ противоположность выше разобраннымъ теоріямъ, которыя въ манципаціи или въ придаткѣ къ ней видятъ основаніе a° auctoritatis, Іерингъ замѣчаетъ, что манципація составляетъ лишь предположеніе, а не основаніе возникновенія нашего иска. Затѣмъ, обративъ вниманіе на размѣръ кондемнаціи, Іерингъ призналъ, что искъ нашъ имѣетъ пенальный характеръ и представляетъ собой лишь част- a) Теорія Heringa.

[93]) *Pernice*, Labeo т. III. стр. 116 прим. 3.

[94]) Срвн. цитату изъ Бехманна въ выноскѣ 92.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ный случай actio furti nec manifesti [95]). Указаніе на пенальный характеръ actio auctoritatis составляетъ положительную сторону теоріи Іеринга. Дѣйствительно, отъ эпохи болѣе или менѣе близкой къ законамъ XII таблицъ мы имѣемъ нѣсколько исковъ съ кондемнаціей in duplum, пенальность которыхъ не подлежитъ сомнѣнію: таковы, искъ противъ лица, взявшаго на сохраненіе какую либо вещь (Paul Sent II. 12. 11. Col X. 7. 11) и искъ противъ опекуна т. н. actio rationibus distrahendis [96]).—Противъ пенальности нашего иска нельзя возражать указаніемъ на то, что онъ возможенъ и противъ добросовѣстнаго продавца, нельзя потому, что древнее право для состава деликта довольствуется внѣшнимъ критеріемъ—причиненіемъ вреда, не справляясь съ внутреннимъ настроеніемъ дѣятеля.—Нельзя противъ пенальности actio auctoritatis ссылаться на отсутствіе «infamia» въ послѣдствіяхъ иска, такъ какъ infamia вовсе не составляетъ безусловно необходимой принадлежности пенальнаго иска [97]).—Наконецъ и то обстоятельство, что искъ нашъ переходитъ на наслѣдниковъ продавца, также не можетъ служить показаніемъ противъ его пенальности. Прежде всего въ сторонѣ должны быть оставлены всѣ тѣ случаи, когда наслѣдники продавца отвѣчаютъ ex sua persona, т. е. когда они сами не оказали защиты покупателю; что же касается ихъ отвѣтственности ex persona defuncti, когда защиты не оказалъ наслѣдодатель, то весьма возможно, что искъ нашъ совершилъ ту же эволюцію, какъ и искъ изъ мандата, непереходъ котораго на наслѣдниковъ мандатара на первыхъ стадіяхъ развитія этого иска засвидѣтельствованъ источниками (Auct ad Herennium II. 13. 19) [98]).—Во всякомъ случаѣ кондемнація in duplum—весьма вѣскій аргументъ въ пользу пенальности нашего иска. Если, такимъ образомъ, Іерингъ правъ, признавая за actio auctoritatis пенальный характеръ, то съ квалификаціей, которую онъ даетъ деликту продавца-мацципанта, согласиться нельзя. Іерингъ, какъ мы видѣли, опредѣляетъ нашъ искъ, какъ частный случай actio furti. Но подводить дѣйствіе продавца по отношенію къ покупателю

[95]) *Ihering*, Geist. d. röm. Rechts. Th. III. стр. 170. въ русской литературѣ *Муромцевъ*, Гражданское право древняго Рима, стр. 95. 101. 164.

[96]) О первомъ искѣ, *Ubbelohde*. Zur Geschichte d. benannten Realcontracten § 22. въ особ. стр. 40.—О второмъ: *Girard*, Manuel élément d. droit romain (3 издан.) стр. 215. *Costa*, Corso di storia del dirito romano I стр. 324.

[97]) *Girard*, Rev. hist. т. 6-ой стр. 116.

[98]) *Girard*, l. c.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

подъ понятіе «furtum» нельзя, потому что furtum, по опредѣленію источниковъ (Gai III. 195), выражается въ «contrectatio rei alienae *invito domino*», тогда какъ продавецъ чужой вещи получаетъ отъ покупателя деньги съ согласія послѣдняго и потому, по взгляду классическихъ юристовъ, совершаетъ не furtum а «dolus» (..... «qui alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret et ideo empti judicio tenebitur»... fr. 11 § 15 Dig. 19. 1; fr. 11 § 18; fr. 6 § 9, fr. 30 § 1, fr. 45 ibid).— Сверхъ этого, и Іерингъ въ основу actio auctoritatis полагаетъ моментъ матеріально правой: если продавецъ отвѣчаетъ предъ покупателемъ, потому что совершилъ «furtum», то искъ къ продавцу могъ бы быть предъявленъ, *какъ только виновность его обнаружится*, что противно fr. 9 Dig. h. t. 21, 2; fr. 12. D. 47, 10 и fr. 18 § 3 D. 3. 5; съ другой стороны, съ точки зрѣнія Іеринга, разумѣется, и рѣчи быть не можетъ, объ отвѣтственности по actio auctoritatis продавца-собственника, что, опять таки, по нашему мнѣнію, противно fr. 138 и fr. 85 § 5 Dig. 45. 1.

Надлежащую поправку въ ученіе Іеринга вноситъ Жираръ, говоря: «*деликтъ продавца состоитъ не въ манципаціи чужой вещи, а въ неоказаніи* (или, добавимъ, въ оказаніи неудачной) *защиты пріобрѣтателю*». [93]).—Эта формула въ полномъ согласіи съ положительнымъ содержаніемъ института отвѣтственности манципанта, подчеркиваетъ, что обязанность манципанта прежде всего состоитъ въ процессуальной защитѣ своего контрагента; далѣе, эта формула стронтъ actio auctoritatis на моментахъ формальныхъ и потому приводитъ къ выводамъ, согласнымъ съ выше разобранными рѣшеніями источниковъ: fr. 9 de evict. fr. 12 D. 47. 10, fr. 18 § 3 D. 3. 5 съ одной и fr. 138, fr. 85 § 5 D. 45. 1 съ другой стороны. b) Теорія Girard'a.

Единственный упрекъ, который должно сдѣлать образцовому изложенію институту auctoritas у Жирара, это—упрекъ въ неполнотѣ, въ незаконченности. Результаты, къ которымъ пришелъ Жираръ, изучая отвѣтственность манципанта предъ своимъ контрагентомъ, сводятся къ слѣдующимъ тремъ положеніямъ: 1, обязанность манципанта состоитъ въ оказаніи своему контрагенту судебной защиты въ спорѣ его съ третьими лицами о манципированной вещи; 2, обязанность эта ложится на манципанта безъ особого его о томъ обѣщанія и 3, невыполненіе этой обязанности составляетъ деликтъ, который подвергаетъ манципанта

[93]) *Girard.* l. c. стр 216, 218.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

отвѣтственности въ размѣрѣ двойной цѣны продажи.—Эти положенія, какъ мы выше видѣли, оправдываются источниками. Но достаточно-ли для полнаго уясненія отвѣтственности продавца предъ покупателемъ ограничиться, какъ это сдѣлалъ Жираръ, установленіемъ этихъ положеній. Думаемъ, нѣтъ. И въ самомъ дѣлѣ, купля-продажа (манципація) сдѣлка матеріальнаго характера налагаетъ на продавца обязанность, главное содержаніе которой носитъ характеръ процессуальный. Явленіе—своеобразное, требующее объясненія того, почему обязанность продавца вылилась именно въ такое содержаніе.

Лишь найдя причину этого явленія, мы получимъ полную картину института, найдемъ тѣ соображенія, изъ коихъ исходило древнее право въ построеніи отношеній продавца къ покупателю.

---

§ 8. Историко-сравнительный матеріалъ для рѣшенія вопроса.

Для разрѣшенія поставленнаго вопроса необходимо имѣть въ виду, что «auctoritas», т. е. обязанность продавца защищать покупателя—институтъ, свойственный не только римскому праву, но и другимъ вѣтвямъ арійскаго права, т. е. праву греческому, германскому и славянскому.

а) Право аттическое и греко-египетское.

Обязанность продавца предъ покупателемъ въ правѣ греческомъ можетъ быть установлена изъ слѣдующихъ данныхъ. Въ аттическомъ правѣ [100]) встрѣчается терминъ «δίκη βεβαιωσεως», которому лексикографы даютъ слѣдующее разъясненіе.

> *Pollux VIII 34*: ἡ δὲ βεβαιώσεως δίκη ὁπότ' ἄν τις πριάμενος οἰκίαν ἢ χωρίον, ἀμφισβητοῦντός τινος, ἀνάγῃ ἐπὶ τὸν πρατῆρα. τὸν δὲ προσήκει βεβαιοῦν ἢ μὴ βεβαιοῦντα ὑπεύθυνον εἶναι τῆς βεβαιώσεως.
>
> *Bekker anecd 1. 214*: ὅταν ἀμφισβητῇ τις περὶ οἰκέτου ὡς οὐ δέοντος πραθέντος, ὁ τὸν οἰκέτην διακατέχων παραγίνεται ἐπὶ τον πεπρακότα καὶ ἀναγκάζει αὐτὸν συνίστασθαι τὴν δίκην πρὸς τοὺς ἀμφισβητοῦντας καὶ τοῦτο καλεῖται ἀνάγειν εἰς πράτην.

---

[100]) Подробнѣе объ аттическомъ правѣ см *Beauchet*, Histoire du droit privé de la république athénienne (1897 г.) т. IV стр. 133 слд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Итакъ: въ случаѣ заявленія третьимъ спора относительно вещи, пріобрѣтенной покупателемъ (ἀμφισβητοῦντός τινος... ὡς οὐ δέοντος πραθέντος), послѣдній отводитъ претензію къ продавцу (ἀνάγει ἐπὶ τον πρατῆρα); продавецъ обязанъ оказать покупателю защиту (τὸν δὲ [scl πρατῆρα] προσήκει βεβαιοῦν), и съ этой цѣлью онъ долженъ взять на себя тяжбу съ третьимъ лицомъ (συνίστασθαι τὴν δίκην πρὸς τοὺς ἀμφισβητοῦντας); отказъ отъ защиты или неудачная защита (μὴ βεβαιοῦντα) подвергаетъ продавца отвѣтственности (ὑπεύθυνον εἶναι τῆς βεβαιώσεως).— Какъ видимъ аналогія съ обязанностью манципанта полная.—Для установленія основной точки зрѣнія аттическаго права на обязанность продавца, весьма характерно также слѣдующее положеніе этого права. Въ развитомъ аттическомъ правѣ покупатель можетъ по своему выбору или отвести искъ третьяго къ продавцу (ἀνάγειν εἰς πράτην), или самъ вести процессъ (αὐτομαχεῖν). Въ послѣднемъ случаѣ, *покупатель, даже если выиграетъ процессъ, въ правѣ требовать отъ продавца возвращенія* всѣхъ *затратъ, вызванныхъ веденіемъ процесса* [101]). Вполнѣ очевидно, что обязанность продавца и *притомъ* всякаго продавца, *какъ не-собственника такъ и собственника* состоитъ именно въ оказаніи покупателю защиты.

Къ тому же результату приводитъ разсмотрѣніе въ обиліи дошедшихъ къ намъ отъ различныхъ эпохъ греко-египетскихъ актовъ куплипродажи. Въ нихъ въ видѣ типически повторяющейся содержится статья слѣдующаго содержанія: продавецъ обязуется, если третьи лица вступятся (ἐπέρχεσθαι, ἐπιφέρεσθαι, ἀντιποεῖσθαι) съ притязаніями въ проданное имущество, устранить эти притязанія (ἀποτήσειν, ἐκστήσειν, ἐκδικεῖν) [102]). Такъ:

А) Эпоха Птоломеевъ:

Kenyon (Greek papyri in the Britisch Museum) m. I. 3 (стр. 46). (a° 146 или 136 a. Chr.) v. 25 sq: «Ἐὰν δὲ τίς σοι ἐπέλθηι περὶ αὐτῶν ἀποστήσω αυτόν, ἐὰν δὲ μὴ ἀποστησώι ἀποστήσω ἐπάναγκον»...

В) Эпоха римская:

B. G. U. (Griechische Urkunden aus d. König. Museum zu Berlin т. I *n. 282* (эпоха Марка Аврелія) v. 37 sq:

---

[101]) *Beauchet*, l. c. стр. 134. 135.

[102]) *Rabel*, Haftung стр. 23 прим. 1.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

..... «τὸν δὲ ἐπελευσομενον ἀποστήσειν παραχρῆμα τοῖς ἰδίοις δαπανήμασι...

C) Эпоха византійская:

B. G. U. I n. 13 (a° 289 p. Chr.) v. 13. 14:
.... «τὸν δὲ καὶ ἐπελευσόμενον ἢ ἐμποιησόμενον τοῦ πεπραμενου καμήλου ἢ μέρος αὐτοῦ χάριν ἡμεῖς αὐτὸν ἀποστησωμεν καὶ ἐκδικήσωμεν παραχρῆμα τοῖς ἰδίοις ἑαυτῶν δαπανήμασιν καθάπερ ἐκ δίκης.

B G. U. n. III. 917 (a° 348 p. Chr.), 19. I n. 213 5

Во многихъ актахъ это же обязательство продавца кратко выражено какъ обѣщаніе «βεβαιώσειν πάσῃ βεβαιώσει» [103].

За неисполненіе этой обязанности продавецъ по классическому аттическому праву обязанъ вернуть покупателю покупную плату и сверхъ того возмѣстить ему всѣ убытки [104].—Греко-египетскія купчія при большомъ разнообразіи въ опредѣленіи послѣдствій нарушенія βεβαίωσις также исходятъ изъ обязанности продавца возвратить покупную цлату [105] съ прибавкой, въ птоломеевскую эпоху, 50% ея (ἡμιόλιον), точно опредѣленной неустойки въ пользу покупателя и штрафа въ пользу фиска [106]. Въ позднѣйшихъ формахъ отвѣтственность продавца усиливается обязательствомъ покрыть всѣ убытки и издержки (βλάβη καὶ ἀναλώματα или δαπανήματα) покупателя [107].

b) Право древне-германское.

Что касается германскаго права эпохи народныхъ правъ, то правды эти, какъ мы уже имѣли случай замѣтить, ограничиваются опредѣленіемъ послѣдствій неисполненія продавцомъ своихъ обязанностей предъ покупателемъ. Но обязанности продавца легко могутъ быть устаповлены изъ разсмотрѣнія хода процедуры «Anefang», который мы здѣсь, въ существенныхъ для насъ пунктахъ, и изложимъ, слѣ-

---

[103]) *B. G. U.*: a) *I-ый вѣкъ p. Chr.*: III, № 806, v. 8; II, № 584, v. 7 b) *II-ой вѣкъ p. Chr.*: I. № 850. v. 8, 22; I. № 193, v. 17; I. № 87, v. 30, 16.; I. № 153, v. 23.; II. № 453, v. 13; I. № 100, v. 9; II. № 427, v. 22; II. № 469, v. 10; II. № 542, v. 14; II. № 666, v. 18· I. № 71, v. 18; III. № 709, v. 13, 14.—c) *III-ій вѣкъ p. Chr.*: II. № 667, v. 11, 23.

[104]) *Meier* и *Schömann-Lipsius*, d. Attische Process т. II стр. 721. *Beauchet*, Histoire d. droit privé de la rep. ath. IV. стр. 136.

[105]) *Gradenwitz*, Einführung in die Papyruskunde (1900 г.) стр. 59, 66.

[106]) *Wessely* Corpus Papyrorum Raineri т. I стр. 15.

[107]) *Rabel* Hartung стр. 147.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

дуя, главнымъ образомъ, классическому изложенію Брунера [108]). Тотъ, кто опознавалъ у третьяго свою пропавшую или украденную вещь, налагалъ на нее руку,—откуда и наименованіе процедуры,—и этимъ вынуждалъ держателя вещи объяснить способъ ея пріобрѣтенія. Если этотъ ссылался на пріобрѣтеніе вещи куплей, то, вѣроятно, въ болѣе раннее время и истецъ и покупатель внѣ суда шли («на сводъ») къ продавцу, порядокъ, который сохранился въ правѣ лонгобардовъ и саксовъ [109]); но большинство правдъ отражаетъ болѣе поздній порядокъ, согласно которому держатель вещи обязуется представить къ извѣстному сроку продавца на судъ (*L. Sal* 47. *L. Rib.* 33. *L. Baiuv* IX. 7. *L. Burg* 83. 1. *L. Wisig.* VII. 2. 8). Къ этому сроку покупатель зоветъ продавца на судъ (mannitio). Если къ назначенному сроку продавецъ не явится въ судъ, вещь выдается истцу, а покупатель очищается отъ подозрѣнія въ воровствѣ вещи по салической правдѣ, если три лица присягнутъ, что онъ пріобрѣлъ вещь отъ неявившагося продавца, а три другихъ, что онъ звалъ къ суду продавца; рибуарская правда требуетъ присяги покупателя съ шестью соприсяжниками въ томъ томъ, что «eum (т. е. продавца) legibus mannitum habuerit et sibi ab alio homine res tradita non fuerit (*L. Rib.* 33. 2) [110]). Неявившійся продавецъ признается похитителемъ вещи. Если продавецъ, явившись на судъ, отречется отъ совершенія продажи, то, вѣроятно, въ болѣе древнее время покупатель не только выдавалъ вещь истцу, но и признавался виновнымъ въ ея похищеніи и платилъ положенную за то пеню (*L. Rib.* 33. 3: «quodsi auctor suus venerit et rem interciatam recipere noluerit, tunc ille super quem interciata est, capitale et delaturam atque furtum solvere studeat»). Рѣшеніе этого

---

[108]) *Brunner*, Deutsche Rechtsgeschichte т. 2-ой § 118 стр. 498—510; *Schroeder*, Deutsche Rechtsgeschichte стр. 367—369; *Jobbé-Duval*, Etude histor. sur la revendication des meubles, Nouv. Rev. hist. d. droit т. 4-ый (1880 г.) стр. 464—507 535—572; *Loening*, Der. Vertragsbruch u. seine Rechtsfolgen §§ 14, 15 стр. 103—121; *Rabel*, Haftung стр. 169—172. 287—295. *А. Н. Филипповъ*, Начальныя стадіи виндикаціи движимостей по leges barbarorum (сборникъ статей, посвященный М. Ф. Владимірскому-Буданову, Кіевъ, 1904) въ особ. стр. 15 слд.

[109]) Ed. Rothari c. 231 (Pertz IV стр. 57); для саксонскаго права: *Laband*, die vermögensrechtlichen Klagen nach d. säksischen Quellen. d. Mittelalters, стр. 126—127.

[110]) Сверхъ того покупателю назначается срокъ „ut de sino werduinia sua recipiat", т. е. для полученія отъ продавца цѣны или уплаченной части ея, *Brunner*, l. c. 504. 64.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

случая по салической правдѣ вызываетъ разногласіе [111]).—Законъ 803 г. (Karol. Capit. leg. Rib. add. c. 7) предписалъ разрѣшать споръ между покупателемъ и продавцомъ судебнымъ поединкомъ или крестомъ [112]), чѣмъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, лишь возведена въ законъ предшествовавшая практика [113]).—Формулы глоссъ Liber Papiensis [114]) показываютъ, что и ломбардскіе юристы признавали особое производство для разрѣшенія спора между продавцомъ и покупателемъ.

Наконецъ, если продавецъ, явившись въ судъ, признаетъ себя продавцомъ, то покупатель передаетъ ему вещь (*L. Rib.* 33, 2; 72, 6; *Form. ad Roth.* 232), самъ выбываетъ изъ спора, который продолжается между продавцомъ и истцомъ. Но, ведя процессъ отъ своего имени, продавецъ по существу дѣйствуетъ для покупателя, которому и возвращаетъ вещь, выигравъ процессъ.

Итакъ, обязанность продавца:—*явиться въ судъ по зову покупателя*, признавъ продажу, *принять на себя защиту покупателя и*, наконецъ, *провести эту защиту успѣшно*.

Послѣдствія неисполненія этой обязанности въ правдахъ опредѣляются различно. Правды Салическая и Рибуарская, повидимому, лишь обязываютъ продавца вернуть уплаченную покупателемъ цѣну.

> *L. Sal. 42, 7.* Et ille qui non venerit, super quem testes juraverunt, ille erit latro illius qui agnoscit *et precium reddat illi, qui cum illo negociavit* et illi secundum legem componat illi qui res suas agnoscit.
>
> *L. Rib. 33. 2.* Quod si eum (auctorem) ibidem (in mallo) habere non potuerit, — — sic ei placitum — — detur, ut de cinn verduinia sua in praesentia testium recipiat.

---

[111]) *Jobbé-Duval*, (l. c. стр. 546) arg. L. sal. 47, 2 допускаетъ и въ этомъ случаѣ очищеніе отвѣтчика присягой трехъ свидѣтелей. *Brunner*, (l. c. стр. 506, 75) признаетъ отвѣтчика проигравшимъ процессъ и на основаніи упомянутой присяги даетъ ему регрессъ къ продавцу.

[112]) „Si auctor venerit et rem interciatam recipere noluerit, campo vel cruce contendatur.

[113]) *Bethmann-Hollweg*, d. Germ - römische civilprocess. т. IV стр. 485. *Heermann*, d. Grundelemente d. altgermanischen Mobiliarvindication стр. 63.

[114]) *Form* къ Ed. *Rothari c. 231* (Pertz IV 357): Vendidisti tu mihi ipsam ancilam?—Non feci—Aut probet, quod sibi vendidit, aut bellum adardiat de terciata aut perdat ipsam ancillam.—срвн. также *Form. и Expos* къ *Otto I c. 7* (ibid IV стр. 578).

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Но Леннингъ, котораго мнѣніе раздѣляетъ Бруннеръ [115]), основываясь на одномъ варіантѣ салической правды (Herold. t. 50) [116]), а также на l. Rib. 59. 6 [117]) полагаетъ, что сверхъ возвращенія цѣны продавецъ уплачивалъ покупателю законную пеню, размѣръ которой намъ неизвѣстенъ.

Правда Баварская, сложившаяся изъ l. Alamannorum и эдикта вестготскаго короля Эуриха («Antiqua») [118]), равно какъ законы лонгобардскіе даютъ два рѣшенія вопроса. Первое отражаетъ германскія начала.

> *L. Baj. XVI* § *5....* emptori *in duplum pretium.* quod accepit, cogatur exsolvere.
>
> *L. Baj. XVI* § *12....* *tunc pretium reddat et talem terram* aut *speciem*, qualem se firmare pollicebat, *restituat* sine mora.

Начало, высказанное въ L. Baj XVI 12 повторяется въ старошведскомъ и норвежскомъ правѣ [119]) и потому можетъ быть признано наиболѣе древнимъ германскимъ правомъ.

> *Ed. Roth. c. 231* (Pertz. IV. стр. 57): Si quis comparaverit ancillam, et postea venerit alius homo, qui eam dicat suam esse, revertant pariter ad auctorem. Tunc auctor si vindicare non potuerit, praeveat sacramentum, quod conscius non sit fraudi nec nullo colludio fecisset, reddat pretium tantum, quantum in diae illa quando eam tradedit accepit, et ancilla ipsa proprio domino restituatur.

Въ *Liber Papiensis глосса* къ этому мѣсту (Pertz IV. стр. 357) добавляетъ:

> Et si ausus non fuerit jurare de colludio, *in duplum precium* componere debet.

---

[115]) *Loening*, d. Vertragsbruch стр. 105 107. Brunner, Rechtsgeschichte II стр. 506.

[116]) ... et pretium ei reddatur, et *omnia secundum legem componat cum quo negotiavit.*

[117]) *L. Rib. 59. 6:* quodsi venditor vel heredes sui supervixerint, ipsi testamentum virire debent *aut multam incurere.*

[118]) *Schroeder*, Rechtsgeschichte стр. 239.

[119]) *Amira*, Nordgermanisches Obligationenrecht т. I стр. 562.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

По всей вѣроятности, въ этой глоссѣ отразилось старинное германское право, которое едва-ли различало между отвѣтственностью добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго продавца.

Съ другой стороны и Баварская правда, и лангобардское право (для продавца недвижимости) даютъ рѣшеніе, которое, по всей вѣроятности, сложилось подъ вліяніемъ римскаго права. Продавецъ признаетъ обязаннымъ возмѣстить покупателю его интересъ, для опредѣленія котораго принятъ масштабъ довольно простой, а именно интересъ признается равнымъ покупной платѣ съ прибавкой къ ней затратъ покупателя на улучшеніе вещи.

> *L. Baij. XVI.* § *4* (=Antiqua c. 289. (*L. Visigoth. V. 4. c. 8)*: Quotiens de vendita re contentio commovetur, si alienam fuisse constiterit, — — qui alienam vendere praesumpsit—emptori, pretium redditurus. Et quidquid ad comparatae rei profectum studio suae utilitatis emptor adjecit,— a venditore juris alieni satisfactio justa reddatur [120]).
>
> *Liutpr. c. 116* (Pertz. IV. стр. 154):
>
> si.... cum ille qui dedet defendere non potuerit, recipiat res suas, quem dedit, et insuper, ille qui dedit et minime potuit defendere, ipsum damnum ei restituat, quantum adpreciatus fucrit, quod ibidem postea laboravit vel edificavit.

Какой же характеръ имѣетъ въ германскомъ правѣ обязанность продавца защищать покупателя? Слѣдуетъ ли въ ней видѣть обязанность, основанную на особомъ обѣщаніи продавца, которое въ юридическомъ смыслѣ отличается отъ акта купли-продажи, такъ что наша обязанность является лишь добавленіемъ или осложненіемъ обязанностей продавца или, напротивъ, обязанность эта основывается на куплѣ-продажѣ, какъ таковой, является необходимымъ, постояннымъ слѣдствіемъ купли-продажи. Формуляры (франскіе и лонгобарускіе) купли-продажи, подобно греко-египетскимъ, содержатъ прямо-выраженное обѣщаніе продавца защищать покупателя; баварская правда въ одномъ мѣстѣ (XVI. 12) говоритъ: «si se firmare *promiserit* emptori»... Эти данныя съ перваго взгляда способны навести на мысль о необхо-

---

[120]) Объ отношеніи этого мѣста къ L. Baiuw XVI 5 см. *Löning*, Vertragsbruch стр. 114 прим. 21.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

димости особаго обѣщанія продавца для его обязанности защищать покупателя. Но такое заключеніе было бы поспѣшнымъ: приведенныя оговорки лишь выражаютъ въ конкретной формѣ то, что абстрактная норма права требуетъ отъ продавца. Вспомнимъ слова Іеринга [121]), который училъ, что на раннихъ стадіяхъ развитія права конкретная lex contractus замѣняетъ [или, сказали бы мы, воплощаетъ, воспринимаетъ въ себя], абстрактную lex de contractu. Съ другой стороны въ пользу защищаемаго здѣсь взгляда говорятъ слѣдующія данныя. Постановленія Саксонскаго Зерцала о куплѣ-продажѣ какъ недвижимостей, такъ и движимостей ясно выражаютъ необходимость для *всякаго* продавца въ теченіе извѣстнаго срока защищать покупателя. *Sachs. Sp. III 83, 2*: «Svie ein gut liet oder let enem anderen, *die sal is im geweren* jar unde dach. § 3 Svie egen oder varende have verkoft, *des sal he gewere sin* die wile he levet etc». То же начало французскіе кутюмы выражаютъ въ слѣдующей категорической формѣ: «Tous vendères doit varandir» [122]). Весьма характерно также цитируемое Рабелемъ [123]) постановленіе проекта верхне-австрійской Landtafel (отъ 1609 г.) выраженное, какъ правильно замѣчаетъ Рабель, почти языкомъ народной пословицы: «Ein jeder Kauf tregt die gewehrschaft und schermung auf dem ruckhen». (III. 21 § 1.). Заключеніе отъ этихъ сравнительно позднихъ данныхъ къ праву раннему тѣмъ болѣе основательно, что и въ старо-шведскомъ и норвежско-исландскомъ правѣ, согласно изслѣдованіямъ Амира [124]), обязанность защиты покупателя имѣетъ легальный характеръ.

c) Право древне-славянское.

Для славянскаго права Дарестъ [125]) въ различныхъ мѣстахъ своихъ «Этюдовъ по исторіи права» по поводу виндикаціи вещей украденныхъ или утраченныхъ, констатируетъ обязанность покупщика-держателя вещи, назвать и представить, точнѣе свести истца съ auctor'омъ-продавцомъ. Для древне-русскаго права достаточно указать постано-

---

[121]) *Ihering*, Geist d. römisch. Rechts, ч. 2-я, отдѣлъ 1-ый (5-ое изд.), стр. 300.

[122]) См. кутюмы, приведенные у *Warnkönig*. Französiche Staats—u. Rechtsgeschichte (2-ое изд.), т. II (1875 г.), стр. 565, прим. 9.

[123]) *Rabel*, Haftung., стр. 205.

[124]) *V. Amira*, Nordgermanisches Obligationenrecht, т. I, стр. 558, т. II-ой. стр. 692.

[125]) *R. Dareste*, Etudes, d'histoire du droit, стр. 166 (право старо-чешское), стр. 184 (старо-польское), стр. 232 (старо-сербское).

ЦАБ "Автограф"
май 2021

вленія Русской Правды о «сводѣ», который состоитъ, по опредѣленію одного изъ авторитетнѣйшихъ историковъ нашего права[126]), *въ отысканіи истцомъ надлежащаго отвѣтчика.* Сдѣланный нами выше очеркъ германскаго права избавляетъ насъ отъ необходимости входить въ подробное изложеніе содержанія статей Русской Правды о «сводѣ», тѣмъ болѣе, что Правда занимается не столько отношеніями продавца къ покупателю, сколько отношеніемъ обоихъ этихъ лицъ къ третьему виндиканту. Несомнѣнно одно: *обязанность покупателя назвать и свести истца съ продавцомъ, необходимо предполагаетъ обязанность продавца стать на защиту покупателя.* Приведемъ лишь *ст. 54 Псковской Судной Граматы:* «А штобы и по суду, или оу креста поставить своего исца, оу кого купилъ, ино судъ съ тѣмъ человѣкомъ, кто искалъ, кто снялъ, а то прорука, кто изводъ поставилъ» Статью эту проф. Владимірскій-Будановъ изъясняетъ слѣдующимъ образомъ: «Если человѣкъ, (у котораго собственникъ опозналъ свою пропавшую вещь,) поставитъ къ суду или присягѣ того, у кого онъ купилъ эту вещь, то истцемъ является (уже не онъ, а) тотъ, кто искалъ (своей пропавшей вещи и) кто снялъ (её т. е. арестовалъ); тотъ же, (у кого захвачена вещь и) кто отвелъ отъ себя искъ, является поручителемъ (въ явкѣ отвѣтчика къ суду...)» [127]).

Такимъ образомъ, если продавецъ признаетъ продажу и станетъ на защиту покупателя, то этотъ послѣдній такъ же, какъ и въ германскомъ правѣ, устраняется изъ спора, который протекаетъ между третьимъ виндикантомъ и продавцомъ.

Послѣдствія неисполненія продавцомъ своихъ обязанностей предъ покупателемъ видны изъ ст. 33 Русск. Правд. (Карамз. сп.): продавецъ, отрекшійся отъ совершенія продажи (т. е. отказавшійся защищать покупателя предъ третьимъ лицомъ) и уличенный въ совершеніи продажи показаніемъ двухъ свободныхъ мужей или мытника, обязанъ возвратить покупателю цѣну продажи. То-же, очевидно, должно имѣть мѣсто, если защита продавца окажется неудачной и вещь будетъ выдана третьему виндиканту.

---

[126]) *Владимірскій-Будановъ,* Обзоръ исторіи русскаго права (изд. 3, 1900 г.), стр. 640.

[127]) Проф. *Владимірскій-Будановъ,* Христоматія по исторіи русскаго права, вып. I-ый (изд. 5, 1899 г.), стр. 169, прим. 115.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

§ 9. Историческая роль „auctoritas".

Приведенныя данныя прежде всего позволяютъ отнести время возникновенія института обязательной для продавца защиты покупателя (auctoritas, Gewährenstellung и Gewährleistung.) къ т. н. арійской эпохѣ, т е. къ тому отдаленному времени, когда народы, въ правѣ которыхъ мы встрѣчаемъ этотъ институтъ, жили общей семьей [128]). Эти же данныя ясно указываютъ и причину, вызвавшую къ жизни нашъ институтъ и поддерживавшую его существованіе на протяженіи цѣлаго ряда столѣтій. a) Обще-арійская основа.

Причина эта—*деликтное основаніе древнѣйшаго иска о вещи* [129]). Истецъ утверждаетъ, что та или иная движимость у него украдена или имъ утрачена; онъ не обвиняетъ прямо держателя вещи въ деликтѣ воровства или утайки, но самый фактъ нахожденія вещи у держателя навлекаетъ на него подозрѣніе въ совершеніи деликта. Дабы очистить себя отъ подозрѣнія, держатель указываетъ и обязанъ доказать, отъ кого и какъ пріобрѣлъ онъ спорную вещь, т. е опъ называетъ предшественника по обладанію данной вещью и сводитъ истца съ этимъ предшественникомъ. Истецъ обращаетъ свою претензію къ этому предшественнику и этотъ послѣдній долженъ защищаться тѣмъ же порядкомъ, какъ и первый отвѣтчикъ. Такимъ образомъ, дѣло должно-бы продолжаться вплоть до тѣхъ поръ, пока истецъ не будетъ сведенъ съ лицомъ, которое или вовсе не въ состояніи указать и доказать способа пріобрѣтенія вещи и, слѣдовательно, и есть виновникъ деликта, или, которое противъ утвержденія истца выставитъ другое прямо его исключающее, напримѣръ, что спорное животное вовсе не украдено у истца, а родилось и выросло въ домѣ у него, отвѣтчика. Весьма рано въ интересахъ истца рядъ ссылокъ на auctor'a и обязательныхъ для истца сводовъ съ нимъ подвергся разнообразнымъ огра-

---

[128]) *Leist,* Alt-arisches jus civile. т II, стр. 283: „Dieser Gewährschaftsschub ist ein gemeinsames *alt-arisches Glied* des ganzen Gegenstandsvindications-Verfahren". срвн. *Bernhöft,* Zeitschr. f. vergleichende Rechtswissenschaft, т. I, стр 21.

[129]) Сказанное ниже въ текстѣ объ искѣ о движимости относится и къ иску о недвижимости: „Die älteste Liegenschaftsklage war Klage um rechtswidriege Landnahme.... Die Klage um Liegenschaften hatte ebenso wie die Fahrnissklage ursprünglich den Charakter *einer Deliktsklage*"—слова *Brunner*'a, Deut. Rechtsgeschichte. т. 2-ой, стр. 512.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ниченіямъ; по этой стороны вопроса мы здѣсь касаться не будемъ. Такимъ образомъ, деликтный моментъ, присущій иску о вещи приводитъ къ тому, что для отвѣта по такому иску годенъ лишь тотъ, кто основываетъ свое отношеніе къ вещи на титулѣ первоначальномъ, а не производномъ [130]), такъ какъ ссылка держателя вещи на пріобрѣтеніе по преемству, по титулу производному не исключаетъ утвержденія истца; такая ссылка представляетъ собой, замѣчаетъ Брунперъ [130]), отказъ отъ отвѣта по иску, отводъ иска на предшественника въ обладаніи спорной вещью. *Но такое построеніе иска о вещи необходимо предполагаетъ обязанность предшественника*, въ частности продавца, *защищать своего преемника*, въ частности покупателя, *предъ третьимъ лицомъ*, т. е. замѣнить его собой въ процессѣ съ третьимъ. Мы ясно видимъ теперь корень института auctoritas: онъ лежитъ не въ моментахъ матеріальныхъ, не въ томъ или иномъ характерѣ сдѣлки купли-продажи, а въ моментѣ процессуальномъ, въ строѣ и характерѣ древнѣйшаго процесса по иску о вещи [132]). Присущій этому иску деликтный элементъ необходимо требуетъ защиты покупателя продавцомъ. И это вступленіе покупателя вмѣсто и въ защиту продавца лежитъ, какъ указываетъ Планкъ, а за нимъ и Рабель [133]), въ одинаковой мѣрѣ въ интересахъ всѣхъ участвующихъ въ дѣлѣ лицъ: третьему виндиканту оно открываетъ возможность помимо полученія своей вещи найти истиннаго виновника правонарушенія и получить отъ него положенную за деликтъ пеню; покупателя оно освобождаетъ отъ траты труда, времени и денежныхъ затратъ, связанныхъ съ веденіемъ процесса; продавецъ, наконецъ, получаетъ возможность для огражденія себя отъ регресса со стороны покупателя, стать полновластнымъ распорядителемъ процесса, вести его наиболѣе цѣлесообразнымъ для себя способомъ. Эти мотивы вполнѣ объясняютъ почему нашъ институтъ сохранялъ свою силу и дѣйствіе въ средніе вѣка въ западно-европейскомъ правѣ несмотря на постепенное очищеніе виндикаціи отъ пенальныхъ элементовъ.

---

[130]) Нѣкоторыя особенности представляетъ возраженіе о пріобрѣтеніи вещи по наслѣдству—см. *Brunner*, l. c., стр. 507, *Leist*, l. c., стр. 291.

[131]) *Brunner*, Rechtsgeschichte II, стр. 505, прим. 68; срвн. *Laband*, d. vermögensrechtlichen Klagen nach den säksischen Rechtsquellen d. Mittelalters, стр. 125.

[132]) Срвн. *Rabel*, Haftung, стр. 11.

[133]) *Plank*, d. deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I, стр. 541. *Rabel* l. c. стр. 11, 166.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Указываютъ (Гюбнеръ, Швиндъ, Рабель [134]) еще два обстоятельства. которыя способствовали продолжительному существованію нашего института въ западно-европейскомъ правѣ среднихъ вѣковъ. Съ одной стороны, процессъ долгое время не зналъ и не допускалъ судебнаго представительства. Съ другой—средства доказыванія, даже послѣ допущенія доказательствъ матеріальныхъ, долгое время носили характеръ строго-личный въ томъ смыслѣ, что доказательства, принадлежащія извѣстному лицу могутъ быть приводимы только имъ и никѣмъ другимъ. На послѣднее обстоятельство съ полнымъ основаніемъ обращаетъ наше вниманіе Швиндъ.

b) Древнѣйшая римская виндикація.

Возвращаемся къ праву старо-римскому. Для римской «auctoritas» послѣ вышесказаннаго возможенъ вопросъ не о причинѣ ея возникновенія, которое, какъ мы видѣли, падаетъ на эпоху до-римскую, а лишь о причинахъ, сохранившихъ достаточно продолжительное время этотъ институтъ и въ правѣ римскомъ. Но и на вопросъ въ такой постановкѣ дать отвѣтъ не трудно, такъ какъ онъ заключается въ отличіи древнѣйшей римской виндикаціи въ формѣ legis actio sacramento in rem отъ формъ болѣе позднихъ (per sponsionem и per formulam petitoriam).

d) Черты сходства съ архаической виндикаціей.

Древнѣйшая римская виндикація обладаетъ чертами существенно отличающими ее отъ виндикаціи болѣе поздней и сближающими ее до извѣстной степени съ виндикаціей древне-германской или славянской. Позднѣйшая виндикація носитъ характеръ односторонній со строгимъ разграниченіемъ роли истца и отвѣтчика, съ существеннымъ различіемъ въ положеніи того и другого. Положительному утвержденію истца отвѣтчикъ, конечно, можетъ противопоставить и съ своей стороны положительное утвержденіе, исключающее заявленіе истца: но дѣлать это онъ не обязанъ: его роль чисто пассивная, такъ какъ онъ имѣетъ право встрѣтить заявленіе истца простымъ отрицаніемъ или даже молчаніемъ; соотвѣтственно этому тяжесть доказыванія лежитъ исключительно на истцѣ и отвѣтчикъ свободенъ отъ представленія какихъ бы то ни было доказательствъ, пока истецъ не представитъ полнаго доказательства своего права. «Actore non probante reus

---

[134]) *Hübner*, der Immobiliarprocess d. fränkischen Zeit (42 Heft Untersuchungen z. deutsch. Staats-Rechtsgeschichte herausgegeben v. O. Gierke), стр. 108.—*Schwind*, Göttinger gelehrte Anzeigen, 1894 г., № 6 (рецензія на книгу Гюбнера), стр. 436, *Rabel*. Haftung, стр. 166, прим. 3, стр. 187, 188.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

absolvitur». Все это совершенно иначе въ древнѣйшей, сакраментной виндикаціи. Это искъ двусторонній, въ которомъ каждая сторона занимаетъ одинаковое положеніе, который, слѣдовательно, не знаетъ и не различаетъ истца отъ отвѣтчика. Въ этомъ искѣ противъ утвержденія одной стороны (vindicatio) стоитъ такое же положительное утвержденіе (т. н. контравиндикація), другой: лицо, встрѣчающее заявленіе противника «hanc rem meam esse aio» простымъ отрицаніемъ или молчаніемъ, не годно быть стороной процесса [135]) Далѣе, объ стороны in iure называютъ титулъ (causa), на который онѣ опираютъ свое отношеніе къ спорной вещи [136]). Этому обоюдостороннему утвержденію и указанію титула для стадіи «judicium» соотвѣтствуетъ, разумѣется, *обоюдная* обязанность доказыванія [137]) тѣмъ болѣе, что процессъ формально вращается возлѣ вопроса «utrius sacramentum justum sit utrius injustum»; признать же чей либо сакраментъ «justum» судья можетъ только тогда,. если данное лицо представитъ доказательство справедливости своихъ утвержденій заявленныхъ in iure, въ залогъ правоты которыхъ данъ сакраментъ.

Итакъ въ сакраментной виндикаціи держатель вещи обязанъ указать и доказать титулъ своего обладанія вещью и эта черта сближаетъ древне-римскую виндикацію съ «Anefangsklage» германскаго права [138]). Но если такъ, то возможность привлечь къ процессу продавца и поставить его въ замѣнъ себя сохранила и для римскаго покупателя то значеніе, что освобождала его отъ труда и затратъ (сумма сакрамента), связанныхъ съ веденіемъ процесса.

β) Черты отличія.

Съ другой стороны, между древне римской и древне-германской виндикаціей есть и серьезное различіе. Какъ бы далеко мы ни уходили въ глубь римскаго прошлаго, мы все же не встрѣтимъ въ виндикаціи примѣси деликтнаго элемента, который такъ ясно выраженъ

---

[135]) Arg. Gai. 2. § 24: *quo negante aut tacente* tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit. Срвн. *Girard*, Manuel стр. 333, пр. 4.

[136]) Сказанное въ текстѣ вытекаетъ изъ Gai. IV § 16 verb. „hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio *secundum suam causam*“ (при чемъ подъ causa слѣдуетъ разумѣть упоминаніе о титулѣ, который виндикантъ назвалъ претору въ своихъ неформальныхъ объясненіяхъ); далѣе изъ словъ: „postulo anne dicas *qua ex causa* vindicaveras“ (Gai. ibid.).

[137]) Срвн. *Girard*, Manuel (издн. 3), стр. 335.

[138]) Срвн. *Leist*, Civilistischen Studien III стр. 261 слѣд., Alt-arisches jus civile II, стр. 284.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

въ виндикаціи древне-германской или славянской. *Древне-римская legis actio sacramento in rem есть средство разрѣшенія спора чисто гражданскаго* [139]).

Это измѣненіе въ характерѣ вещнаго иска должно было измѣнить отношеніе покупателя къ институту auctoritas, къ возможности замѣнить себя продавцомъ въ процессѣ съ третьимъ. Сохраняя, какъ мы только что видѣли, извѣстное значеніе для покупателя, *заттна эта перестала быть для него необходимостью*, такъ какъ проигрышъ въ виндикаціонномъ процессѣ не грозилъ уже уплатой уголовной пени. И когда sponsio praejudicialis открыла возможность свести рискъ виндикаціоннаго процесса до минимума, когда одностороняя виндикація сняла съ отвѣтчика onus probandi, покупатель долженъ былъ въ значительной мѣрѣ утратить интересъ въ обращеніи къ судебной защитѣ продавца.—Что же касается продавца, то положеніе его осталось прежнее: успѣхъ третьяго виндиканта грозитъ ему значительнымъ (duplum pretii) регрессомъ со стороны покупателя; ясно, поэтому, что для него возможность принять участіе въ процессѣ возбужденномъ третьимъ лицомъ противъ покупателя, возможность вліять на ходъ и исходъ этого процесса сохранила всю свою важность и значеніе.— Изъ сказаннаго вытекаетъ: институтъ auctoritas, войдя въ римское право съ чертами сложившимися въ эпоху до-римскую, постепенно долженъ былъ измѣнить свой характеръ: изъ института, вызваннаго къ жизни обоюднымъ интересомъ какъ покупателя, такъ и продавца. онъ долженъ былъ получить характеръ средства существующаго главнымъ образомъ для огражденія интересовъ продавца. Иначе говоря, *участіе продавца въ процессѣ съ третьимъ виндикантомъ, бывшее прежде его обязанностью, могло и должно было обратиться въ его право.*—Имѣющіеся въ нашемъ распоряженіи источники несомнѣнно отражаютъ именно это состояніе права: общее заключеніе, къ которому приводитъ изученіе подлежащихъ текстовъ—то, что продавецъ *имѣетъ право* быть привлеченнымъ къ процессу покупателя съ третьимъ виндикантомъ, и лишь немногія рѣшенія позволяютъ уловить слѣды того

γ) Auctoritas въ позднѣйшей виндикаціи.

---

[139]) *Girard*, Nouv. revue historique т. VI, стр. 188: „Mais dans le droit romain le plus ancien qui nous soit connu, la question n'est plus une question de délit, c'est t'une question de propriété, le demandeur ne se dit plus volé, il se dit propriétaire“.....

ЦАБ "Автограф"
май 2021

отдаленнаго порядка вещей, когда *защита покупателя составляла обязанность продавца* [140]).

§ 10. Результаты предъидущаго; ихъ значеніе для послѣдующаго.

Резюмируя результатъ изученія отвѣтственности продавца-манципанта, получаемъ слѣдующія положенія:

1) *Обязанность продавца защищать покупателя* въ виндикаціонномъ процессѣ *истекаетъ изъ сдѣлки купли* (манципаціи), а не спеціальнаго о томъ обѣщанія продавца.

2) *Обязанность эта необходимо требуется структурой древнѣйшаго иска о вещи.*

3) *Обязанность эта лежитъ* на *всякомъ продавцѣ независимо* отъ *того*, въ какомъ отношеніи онъ стоялъ къ проданной вещи т. е. *былъ ли онъ* ея *собственникомъ или нѣтъ* [141]). — Положеніе это есть прямое слѣдствіе того, что всякій покупатель, какъ пріобрѣтатель по титулу производному, не можетъ быть стороной виндикаціоннаго процесса, а потому нуждается въ защитѣ продавца. — Лишь истеченіе давностнаго срока даетъ покупателю титулъ первообразный, легитимируетъ его для виндикаціи, а потому и освобождаетъ продавца отъ его обязанности.

Искони рядомъ съ куплей манципаціонной Римляне знали и практиковали куплю безъ манципаціи, а именно, когда объектъ сдѣлки принадлежалъ къ разряду res nec mancipi. Говоримъ искони, такъ нельзя думать, что res nec mancipi поступили въ оборотъ позже, чѣмъ res mancipi [142]).

Содержаніе обязанностей продавца-манципанта мы мотивировали строеніемъ виндикаціи. А такъ какъ это строеніе остается однимъ и тѣмъ же, виндицируется ли res mancipi или nec mancipi, то мы приходимъ къ заключенію, что и въ куплѣ, совершенной безъ манципаціи

---

[140]) См. выше стр.

[141]) *Rabel*, Haftung стр. 10—11, срвн. Erman. Zeitschrift d. Savigny-Stiftung (R. Ab.), т. 25, стр. 458.

[142]) Иначе *Муромцевъ*. Гражд. право древняго Рима passim, но въ особенности рѣзко, стр. 60—61.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

содержаніе обязанностей продавца должно быть такимъ-же, какъ и въ куплѣ манципаціонной т. е. и здѣсь продавецъ обязанъ оказывать покупателю судебную защиту и обязанъ силою самой купли, а не особого внѣ купли стоящаго соглашенія.—Обратно, если изученіе купли безъ манципаціи оправдаетъ это предположеніе, то это будетъ вѣскимъ доказательствомъ правильности принятого нами объясненія содержанія обязанностей продавца.

Итакъ, перейдемъ къ разсмотрѣнію отношеній продавца къ покупателю въ случаѣ купли-продажи безъ манципаціи. Но предварительно еще два замѣчанія.

1) Обязанность судебной защиты мы оправдываемъ характеромъ *древней* виндикаціи. Поэтому и въ области купли безъ манципаціи мы ожидаемъ встрѣтить слѣды этой обязанности отнюдь не въ развитомъ правѣ классическаго періода, а лишь на раннихъ ступеняхъ развитія этой сдѣлки.

2) Цѣль судебной защиты, которую продавецъ обязанъ оказать покупателю, состоитъ въ сохраненіи за покупателемъ обладанія вещью. Мы можемъ, поэтому, сказать, что купля, *какова бы ни была форма ея совершенія*, гарантируетъ покупателю сохраненіе обладанія вещью. — Но въ этомъ пунктѣ мы наталкиваемся на противорѣчіе со стороны обще-принятаго мнѣнія. «Обязательство гарантіи», говоритъ Бехманнъ, который держится господствующаго мнѣнія, «можетъ быть связано и съ неформальной куплей, но лишь при посредствѣ особаго, спеціально на то направленнаго соглашенія, *которое* вовсе *не является частью въ составѣ купли-продажи, а лишь внѣшнимъ образомъ стоитъ рядомъ съ ней*» [143]). Ту же мысль защищаетъ и Жираръ, утверждая, что гарантія отъ эвикціи вошла въ составъ обязанностей продавца лишь въ теченіи классическаго періода, какъ результатъ продолжительнаго историческаго процесса [144]).

Трудно вѣрить, чтобы Римляне, столь находчивые въ выборѣ надлежащихъ практическихъ средствъ, въ оборотѣ практиковали такую непригодную фигуру, какъ купля, несопровождающаяся гарантіей отъ

---

[143]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 108: „Eine Gewährschaftpflicht kann ja auch mit dem formlosen Kauf verbunden sein, aber nur mittelst einer besonderen darauf bezüglichen Verabredung, *die gar kein Bestandtheil des Kaufgeschäfts bildet, sondern äusserlich nebenhergeht*".

[144]) *Girard*, Manuel (изд. 3), стр. 549.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

эвикціи.—Спросимъ, однако, на чемъ основывается опровергаемая здѣсь теорія? Нерѣдко въ видѣ позитивнаго аргумента приводятъ конституцію имп. Александра Севера:

> *c. 6 Cod. h. t. 8. 44.* Non dubitatur, etsi specialiter venditor *evictionem* non promiserit, re evicta ex empto competere actionem (a° 222).

Этимъ указомъ, полагаютъ, императоръ вступаетъ въ борьбу съ народнымъ воззрѣніемъ, которое для установленія отвѣтственности за эвикцію требуетъ спеціальнаго соглашенія сторонъ; самое же это воззрѣніе представляется пережиткомъ, отголоскомъ прежняго состоянія права.—Но слабость такого толкованія c. 6 cit. очевидна: если даже предположить, что въ отдаленномъ прошломъ купля не влекла сама по себѣ отвѣтственности за эвикцію, то все же совершенно невѣроятно, чтобы воспоминаніе объ этомъ порядкѣ сохранилось въ народѣ вплоть до третьяго вѣка нашей эры [145]).—Сказать съ увѣренностью, противъ чего именно направленъ указъ Александра, трудно. Но весьма вѣроятно, что императоръ выступаетъ противъ провинціализма въ правѣ. А именно, для надлежащаго уразумѣнія const. 6 cit. слѣдуетъ принять во вниманіе слѣдующіе моменты. Прежде всего бросается въ глаза своею странностью предложеніе «etsi venditor specialiter *evictionem* non promiserit»: продавецъ можетъ обѣщать судебную защиту въ эвикціонномъ процессѣ, онъ можетъ обѣщать денежное удовлетвореніе за эвикцію, но никакъ не «эвикцію»: основательно, поэтому, Рабель [146]) предполагаетъ интерполяцію и для возстановленія первопачальнаго текста замѣняетъ «evictionem» словомъ «auctoritatem», которому, въ свою очередь, вполнѣ соотвѣтствуетъ греческій терминъ «βεβαίωσις». Мы видѣли, далѣе что въ греко-египетскихъ актахъ купли статья о «βεβαίωσις», т. е. объ обязанности продавца защищать покупателя фигурируетъ, какъ постоянная. Эти обстоятельства въ совокупности даютъ достаточное основаніе предполагать, что рескриптъ Александра разрѣшаетъ сомнѣніе мѣстное, греко-египетской практики, возникшее по слѣдующему поводу: in casu concreto *стороны не внесли въ договоръ статьи, обязующей продавца къ процессуальной дѣятельности въ пользу покупателя; озна-*

---

[145]) Срвн. *Girard.* Nouv. Rev. hist. т. VII (83 г.). стр. 543.
[146]) *Rabel.* Haftung стр. 2, прим. 2.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

чаетъ-ли это, что продавецъ, по намѣренію сторонъ, *освобожденъ также и отъ матеріальной отвѣтственности*, отъ денежнаго удовлетворенія покупателя за эвикцію, или-же нѣтъ? И, если локальная практика, повидимому, склонялась къ рѣшенію вопроса въ смыслѣ утвердительномъ, то *императоръ* вполнѣ рѣшительно—и вполнѣ основательно—*отвѣчаетъ отрицательно*: «re evicta ex empto competere actionem».

Во вслкомъ случаѣ const. 6 cit. никоимъ образомъ не можетъ служить надежнымъ базисомъ оспариваемой теоріи.—Но далѣе, если Бехманнъ (или, иначе говоря, «communis opinio») утверждаетъ, что гарантирующая покупателя стипуляція не входитъ въ составъ купли, а стоитъ особо отъ нея, то на чемъ *держится это утвержденіе*, какъ не *на томъ единственно обстоятельствѣ, что обѣщаніе гарантіи облечено въ стипуляціонную форму?* Однако, развѣ это одно обстоятельство способно рѣшить нашъ вопросъ въ какомъ бы то ни было направленіи? Разумѣется, нѣтъ: стипуляціонная форма обѣщанія гарантіи не даетъ намъ права ни выводить гарантію изъ состава сдѣлки купли, ни включать ее въ этотъ составъ. Для рѣшенія вопроса необходимо возможно полное (въ зависимости отъ состоянія источниковъ) изученія строенія того случая, когда купля заключалась безъ манципаціонной формы. И мы увидимъ, что это изученіе способно привести къ рѣшенію прямо противоположному тому, которое даетъ господствующее мнѣніе и его представитель Бехманнъ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Отвѣтственность продавца на раннихъ стадіяхъ купли безъ манципаціи.

(Stipulatio: „rem habere licere“).

---

§ 1. Постановка вопроса.

Два типа стипуляціонной гарантіи въ формулярахъ Варрона.

Въ трактатѣ о сельскомъ хозяйствѣ Варрона [1]) сохранилось нѣсколько формуляровъ купли, и въ нихъ заключается главный источникъ нашихъ свѣдѣній о куплѣ безъ манципаціи для періода до классическаго. Формуляры эти сложились въ очень старой практикѣ,— (Варронъ поэтому и называетъ ихъ formulae antiquae или priscae);— отражаютъ они слѣдующее состояніе права.

Въ куплѣ безъ манципаціи продавецъ обезпечиваетъ покупателя въ томъ, что онъ, покупатель, сохранитъ обладаніе вещью обѣщаніемъ, которое облечено въ стипуляціонную форму, и которое по наружнымъ признакамъ представляетъ два главныхъ типа.

Внѣшніе признаки перваго типа таковы: a) это прежде всего стипуляція *безусловная*; b) далѣе, въ обѣщаніи не указано, чѣмъ и какъ отвѣчаетъ продавецъ, если его обѣщаніе не исполнится; въ виду этого, съ точки зрѣнія классической терминологіи (fr. 74 D. 45. 1) [2])

---

[1]) Варронъ, родившійся въ 116 г. ante Chr. написалъ этотъ трудъ на 81-мъ году жизни. *Schanz*, Geschichte d. römischen Litteratur, часть 1, стр. 360. 377.

[2]) Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae: *certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet*, quid, quale, *quantumque sit.* (fr. 74. v. o. 45. 1).

ЦАБ "Автограф"
май 2021

обѣщаніе это должно быть отнесено въ разрядъ т. н. «stipulationes incertae"; и, наконецъ, с) точно слѣдуя показаніямъ Варрона въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ наиболѣе подробно и отчетливо приводитъ формуляръ нашей стипуляціи (Rer. Rust. II. 2. §§ 5. 6), мы должны признать, что непосредственнымъ предметомъ обѣщанія является *дѣятельность* промиттента въ какомъ-то направленіи,—въ какомъ именно—этотъ вопросъ остается открытымъ,—и, слѣдовательно, наша стипуляція принадлежитъ къ числу «obligationes in faciendo». Таковы признаки того типа стипуляціи, который теперь принято называть stipulatio habere licere. Наиболѣе подробно формуляръ ея описанъ Варрономъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ говоритъ о пріобрѣтеніи куплей овецъ.

> Varro Rer. Rust. II. 2. §§ 5. 6. ...cum emptor dixit «tanti sunt mi emptae?» et ille respondit «sunt» et expromisit nummos, *emptor stipulatur* prisca formula sic: «*illasce oves*, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam, surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morboso esse *habereque recte licere haec sic recte fieri spondesne*?»

Сюда же относится и стипуляція въ формулярахъ купли другихъ «res nec mancipi», о которыхъ говоритъ Варронъ: II. 3. § 5 (козы), II. 4. § 5 (свиньи).

Въ Дигестахъ Юстиніана эта стипуляція упоминается крайне рѣдко и непосредственно ею занимаются всего лишь два мѣста: fr. 38 pr.—§ 2 D. 45 1 Ульпіана и fr. 83 pr. D. 45. 1. Павла [3]).

О второмъ типѣ стипуляціонной гарантіи Варронъ говоритъ весьма кратко: не приводя вовсе ея формуляра, Варронъ, называетъ ее «dupla» или «simpla» и указываетъ, что она имѣетъ примѣненіе въ тѣхъ случаяхъ, когда купля рабовъ совершается безъ манципаціи.

> Varro Rer. Rust. II. 10 § 5:
> ...aut, si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla.

Эта краткость показаній Варрона легко и объяснима и восполнима: стипуляція, о которой говоритъ Варронъ въ II. 10. 5, выстав-

[3]) Эти мѣста, въ связи съ другими, съ ними соприкасающимися, будутъ разобраны ниже.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

лена была въ эдиктѣ курульныхъ эдиловъ [4]), и, слѣдовательно, была общеизвѣстна. Что же касается ея формуляра, то въ комментаріяхъ классическихъ юристовъ къ эдильскому эдикту [5]), и далѣе, въ дошедшихъ до насъ конкретныхъ случаяхъ ея примѣненія на практикѣ [6]), мы имѣемъ такой богатый и вмѣстѣ съ тѣмъ надежный матеріалъ, что формуляръ этотъ можетъ быть реконструированъ съ достаточной полнотой и ясностью. И благодаря этому обнаруживаются отличительныя черты этого типа стипуляціи въ сравненіи съ предшествующими. Онѣ состоятъ въ слѣдующемъ: a) наша стипуляція обусловлена; ея условіемъ служитъ утрата покупателемъ обладанія вещью, происшедшая въ силу эвикціи; b) наступленіе этого условія обязуетъ продавца удовлетворить покупателя *точно опредѣленной*, прямо въ самой стипуляціи указанной, денежной суммой: обыкновенно, покупной платой вдвойнѣ—откуда и самое наименованіе стипуляціи «dupla», но, по соглашенію сторонъ возможно удовлетвореніе и въ иномъ размѣрѣ: simplum, triplum или даже quadruplum [scl. pretium] cf. fr. 56 pr. Dig. lt. 21. 2.—Поэтому c) не можетъ быть никакого сомнѣнія, что въ данномъ случаѣ мы имѣемъ stipulationem *certam* (fr. 74 v. o.) *in dando* (fr. 2 pr. ibid.).

Таковы два типа стипуляціонной гарантіи. Отъ нихъ мы хотимъ узнать, родственна ли обязанность, ими на продавца налагаемая, по существу своему той обязанности, которая истекаетъ для продавца-манципанта изъ манципаціи; иначе говоря, *обязанъ ли продавецъ въ силу и на основаніи гарантирующей стипуляціи къ судебной защитѣ покупателя?*

Однако, прежде чѣмъ тѣмъ или инымъ путемъ искать разрѣшенія этого вопроса, необходимо спросить себя, имѣется ли вообще какое либо основаніе для постановки вопроса подобнаго рода? Очевидно, что нашъ вопросъ умѣстенъ только тогда, если источники въ области отвѣтственности продавца по стипуляціямъ, содержатъ рѣшенія, которыя могутъ быть объяснены и выведены лишь изъ предположенія обязанности защиты.

Обязанность защиты по стип. duplae классическаго періода?

Изъ вышепредставленнаго краткаго обзора источниковъ видно, что источники эти почти цѣликомъ относятся къ періоду классиче-

[4]) Fr. 5 c D. 45. 1: ...duplae stipulatio venit... ab aedilis edicto.

[5]) Указанія источниковъ даетъ Lenel, Edictum § 296 „stipulatio ab aedilibus proposta".

[6]) Они помѣщены у *Bruns*'a Fontes (6 изд.), p. 288—291.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

скому и изъ двухъ выше различенныхъ формъ стипуляціонной отвѣтственности почти исключительно имѣютъ въ виду стипуляцію «duplae». Въ силу этого нашъ вопросъ принимаетъ такой видъ: *налагаетъ-ли stip. duplae классической эпохи на продавца обязанность защиты покупателя?*

Гипотеза Куяція.

Глава первой исторической школы (XVI в.), великій Куяцій на этотъ вопросъ отвѣчалъ со всею рѣшительностью утвердительно: два раза въ двухъ различныхъ мѣстахъ своихъ произведеній онъ даетъ реконструкцію формулы stip. duplae и оба раза, несмотря на различіе въ частностяхъ, включаетъ особую статью о защитѣ—«clausulam de re defendenda» [7]). Одну изъ этихъ реституцій повторяетъ извѣстный писатель голландской элегантной школы Ноодтъ [8]); и изъ писателей болѣе близкихъ къ намъ по времени безусловно слѣдуютъ Куяцію Глюкъ и Миллеръ и, хотя и не безъ колебаній, Сальпіусъ [9]). Но и у писателей новаго времени идея Куяція не находитъ сочувствія: Эккъ и Жираръ, реституируя формулу нашей стипуляціи, не включаютъ статью о защитѣ [10]); Бехманнъ высказывается противъ Куяція съ особой рѣшительностью: «Jede Vertretungspflicht», говоритъ этотъ авторъ, «ist der stipulatio duplae durchaus fremd; sie begründet schlechthin nur Entschädigungspflicht» [11]).

---

[7]) Въ своихъ Paratitla къ Юстиніановскому кодексу Куяцій даетъ „duplae“ такую реституцію: „eum hominem quem de te emi et accepi mihi per te heredemque tuum et per omnes habere licere, et *si is homo*, quo de agitur, *parsve ejus a me petita erit*, vel si eum hominem partemve ejus ab alio petiero, *tum* de ea re agenda adesse, cum tibi heredive tuo denuntiavero et eam *recte defendere*, et si is homo parsve ejus mihi per judicem evicta erit, vel si cum hominem ego per judicem evincere non potuerim, tum duplam mihi recte praestari, haec *spondesne?*“ Въ трактатѣ „ad Africanum“ при разъясненіи fr. 24 D. h. t. (21. 2) онъ даетъ болѣе короткую формулу, которая все-же содержитъ статью о защитѣ: „mihi heredique meo eum hominem, quem de te emi habere recte licere et *si is homo a me* heredeve meo *petetur* de ea re agenda adesse et eam *recte defendere*, ut denunciatum tibi erit, aut, si ita factum non erit, quanti ea res erit duplum praestari dolumque malum abesse abfuturumque esse, haec *spondesne?*“

[8]) *Noodt*, Comm. ad Digest. h. tit. (21. 2), Opera omnia tom. II, pag. 463.

[9]) *Glück*, Erläuterung der Pandecten, томъ 20-ый, стр. 291; *Müller*, Eviction стр. 52. *Salpius*, Novation u. Delegation, стр. 222.

[10]) *Eck*, Verpflichtung des Verkäufers, 17, 19. *Girard*, Nouv. Rev. hist. VII (1883), стр. 572, прим. 2; стр. 578.

[11]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 376. 377.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Дѣйствительно, для права *классической эпохи* реституція Куяція не можетъ быть принята, такъ какъ противъ наличности на основаніи stip. duplae обязанности защищать на судѣ покупателя говорятъ слѣдующія данныя. Прежде всего статья объ обязанности защиты отсутствуетъ во всѣхъ, дошедшихъ до насъ и относящихся ко второму вѣку нашей эры, конкретныхъ случаяхъ нашей стипуляціи. Далѣе, противъ обязанности защиты говоритъ и рѣшеніе юриста Помпонія, согласно которому покупатель можетъ увѣдомить продавца о своемъ процессѣ съ третьимъ въ любой моментъ процесса за исключеніемъ времени непосредственно предшествующему постановкѣ рѣшенія.

> Fr. 29 § 2 de evict. (21. 2) Pomp. l. 11 ad Sabinum. *Quolibet tempore venditori renuntiari potest*, ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, *dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat*.

Рѣшеніе Помпонія ясно показываетъ, что продавецъ связанъ лишь обязанностью денежнаго удовлетворенія покупателя, а не обязанностью защиты, такъ какъ для продавца, связаннаго этой послѣдней обязанностью, моментъ, когда будетъ сдѣлано ему сообщеніе объ эвикціонномъ процессѣ, разумѣется, далеко не безразличенъ: увѣдомленный въ началѣ процесса, онъ успѣетъ собрать и представить доказательства своего права, тогда какъ увѣдомленіе, совершенное въ той стадіи, когда дѣло близится уже къ разрѣшенію, во многихъ случаяхъ застанетъ продавца въ расплохъ и поставитъ его въ невозможность успѣшно выполнить обязанность защиты. Что же касается наконецъ, тѣхъ фрагментовъ въ Дигестахъ, которые прямо говорятъ или предполагаютъ обязанность защиты, и которые, повидимому, легли въ основу реституціи Куяція, то въ настоящее время благодаря Бехману и въ особенности Ленелю [11]) мы съ полнымъ основаніемъ можемъ отнести ихъ въ ихъ первоначальномъ видѣ къ отвѣтственности на основаніи манципаціи или-же т. н. repromissio secundum mancipium, которая построена была аналогично отвѣтственности манципанта и, слѣдовательно, дѣйствительно создавала обязанность защиты.

Итакъ, нужно признать, что *въ классическую эпоху гарантирующая стипуляція не обязывала продавца къ судебной защитѣ*.

---

[11]) *Beckmann*, Kauf I. стр. 372. 374. *Lenel*, Edictum, S. 290, 2.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Слѣды обязанности защиты въ стипуляціи классическаго періода: с. 8 Cod. h. t.

Но съ другой стороны, съ этимъ общимъ принципомъ классическаго права не ладятъ тѣ рѣшенія, согласно которымъ право на регрессъ изъ за эвикціи обусловлено увѣдомленіемъ продавца покупателемъ объ эвикціонномъ процессѣ [12]). Особенно категорически, и при этомъ именно и для stip. duplae, высказывается въ такомъ смыслѣ императоръ Александръ Северъ въ const. 8. Cod. h. t. 8. 44.

> Imp. Alexander. A. Cluentio. *Emptor fundi, nisi auctori* aut heredi ejus *denuntiaverit, evicto praedio, neque* ex stipulatu, neque *ex duplae* neque ex empto *actionem contra venditorem* vel fidejussorem ejus *habet.*

Пусть текстъ этой конституціи словами «neque ex stipulatu neque ex duplae», подъ которыми очевидно слѣдуетъ разумѣть двѣ различныхъ формы отвѣтственности, и вызываетъ нѣкоторое сомнѣніе по вопросу о ближайшемъ опредѣленіи первой формы [12]), все же суть рѣшенія вполнѣ ясна: разъ покупатель не увѣдомитъ продавца объ эвикціонномъ процессѣ, то онъ, покупатель, теряетъ право предъявить искъ изъ stip. duplae.

Однако, если стоять на той точкѣ зрѣнія, что продавецъ не обязанъ защищать покупателя, и, слѣдовательно, не обязанъ участвовать въ эвикціонномъ процессѣ, то такое рѣшеніе, которое даетъ const. 8 cit., нельзя не признать излишне строгимъ къ покупателю, и не послѣдовательнымъ. И въ самомъ дѣлѣ, если покупатель не привлекъ продавца къ эвикціонному процессу, то, что̀ изъ этого вытекаетъ для права покупателя на регрессъ? Единственно то, что въ виду общаго правила о силѣ судебнаго рѣшенія лишь для участниковъ процесса, покупатель, обращаясь съ регрессомъ къ продавцу, не въ правѣ ссылаться на рѣшеніе, состоявшееся въ эвикціонномъ процессѣ, и долженъ поэтому для обоснованія своего иска представить иныя доказательства того, что эвинцированная вещь не принадлежала продавцу [14]); можно и должно допустить, что непривлеченіе продавца

---

[12]) cf. *Rabel*, Haftung, стр. 29.

[13]) Мы считаемъ слова „ex stipulatu“ интерполяціей вмѣсто стоявшаго въ первоначальномъ текстѣ „auctoritatis“; нѣсколько иначе выходитъ изъ затрудненія *Бехманнъ*, стр. 374,

[14]) Такъ рѣшаетъ вопросъ для современнаго пандектнаго права *Dernburg*, Pandecten, II, § 99, прим. 14.

ЦАБ "Автограф" май 2021

должно усложнять условія регресса для покупателя, и съ этой точки зрѣнія нельзя согласиться съ Виндшейдомъ, который освобождаетъ непривлеченнаго продавца отъ регресса только тогда, если онъ, продавецъ докажетъ, что его участіе могло дать эвикціонному процессу иной исходъ [15]); но съ другой стороны, столь-же, если еще не болѣе, неосновательно совершенно и безусловно лишать покупателя *непривлекшаго продавца* права на регрессъ, *разъ только мы признаемъ, что продавецъ не обязанъ защищать покупателя.*

Совсѣмъ иначе обстоитъ дѣло, если исходить изъ того, что продавецъ прежде всего обязанъ оказать покупателю судебную защиту [16]): въ такомъ случаѣ, рѣшеніе данное въ const. 8 cit. вполнѣ послѣдовательно и легко можетъ быть оправдано. Прежде всего, продавецъ, обязанный къ защитѣ покупателя, во многихъ случаяхъ окажется въ состояніи выполнить эту обязанность только послѣ приглашенія къ тому со стороны покупателя; въ привлеченіи къ эвикціонному процессу и лежитъ такое приглашеніе.

Поэтому, разъ продавецъ обязанъ явиться въ судъ для защиты покупателя, то и этотъ послѣдній въ свою очередь обязанъ увѣдомить продавца объ эвикціонномъ процессѣ, привлечь къ нему; и въ такомъ случаѣ умѣстно требовать отъ покупателя исполненія этой обязанности со всею строгостью, угрожая ему существенной невыгодой, а именно отнятіемъ права регресса за непривлеченіе продавца къ эвикціонному процессу. Далѣе, разъ продавецъ обязанъ оказать судебную защиту, то непривлеченіе продавца покупателемъ къ эвикціонному процессу можно и должно разсматривать какъ отреченіе покупателя отъ права на защиту; а такъ какъ денежный регрессъ къ покупателю является при наличности права на защиту, такъ сказать, правомъ второобразнымъ, возникающимъ лишь тогда, когда продавецъ откажется отъ защиты или окажется не въ состояніи дать ее, то должно прійдти къ заключенію, что покупатель, отрекшись непривлеченіемъ продавца отъ своего основного права, т. е. права на защиту, тѣмъ самымъ отрекается и лишается и права второобразнаго, т. е. права на регрессъ: такимъ путемъ мы прійдемъ къ результату, который выраженъ въ const. 8 cit.

---

[15]) *Windscheid*, Pandecten II § 391, прим. 12.

[16]) *Rabel*, l. c. стр. 29.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Спрашивается, однако, какъ должны мы, имѣя въ виду выше установленный общій принципъ классическаго права для stip. duplae, отнестись къ рѣшенію, данному въ const. 8 cit. и къ другимъ рѣшеніямъ, ей родственнымъ (наприм. fr. 29 § 3 de leg. III°, c 20 Cod. h. t.)? Здѣсь слѣдуетъ видѣть явленіе т. н. историческаго переживанія, иначе говоря, частное послѣдствіе и вмѣстѣ съ тѣмъ послѣдній отблескъ идеи, въ общемъ уже чуждой классическому праву, но нѣкогда, въ болѣе или менѣе отдаленномъ для классической эпохи прошломъ, всецѣло опредѣлявшей отвѣтственность продавца предъ покупателемъ. Идея эта—обязанность продавца оказать покупателю судебную защиту отъ третьихъ вступщиковъ.

Стипуляція «habere licere» съ точки зрѣнія обязанности защиты.

Если, такимъ образомъ, еще въ классическомъ правѣ для отвѣтственности продавца по стипуляціямъ, имѣются слѣды того воззрѣнія, что продавецъ обязанъ защищать покупателя, то выше нами поставленный вопросъ вполнѣ умѣстенъ, если только дать ему нѣкоторое измѣненіе: а именно, вопросъ объ обязанности продавца защищать покупателя долженъ быть, прежде всего, отнесенъ *къ первымъ, начальнымъ стадіямъ въ развитіи стипуляціонной отвѣтственности*. Но этого мало; вышесказанное даетъ возможность дать вопросу еще болѣе опредѣленную постановку: мы видѣли, что въ классическую эпоху для stip. duplae вопросъ объ обязанности продавца къ процессуальной защитѣ долженъ быть рѣшенъ отрицательно. Но это не исключаетъ того, что другая форма стипуляціонной гарантіи, которую мы установили на основаніи показаніи Варрона, а именно stip. rem habere licere построена была, (но также въ болѣе или менѣе отдаленномъ для классической эпохи прошломъ), именно на фундаментѣ обязанности къ защитѣ. Взятая сама по себѣ, въ отвлеченіи отъ положительныхъ данныхъ источниковъ стипуляція «habere licere» такому предположенію, по меньшей мѣрѣ, не враждебна[17]): она обезпечиваетъ покупателю сохраненіе за нимъ спокойнаго обладанія вещью т. е. тотъ именно результатъ, для достиженія котораго на продавца и налагается обязанность процессуальной защиты покупателя; возможно, поэтому, предположить, что по мѣрѣ того, какъ въ зависимости отъ измѣненія характера виндикаціи, покупатель все болѣе и болѣе терялъ интересъ въ защитѣ продавца, редакція нашей стипуляціи пре-

[17]) Срвн. *Rabel*, Haftung, стр. 32.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

терпѣла измѣненіе въ томъ смыслѣ, что указаніе средства, ведущаго къ извѣстной цѣли, замѣнено было указаніемъ на самую цѣль и, такимъ образомъ, и получился тотъ формуляръ стипуляціи, который находимъ у Варрона: «habere recte licere, haec sic recte fieri spondesne»? (Rer. Rust. II. 2. 6.).—Но можетъ ли это апріорное разсужденіе быть подкрѣплено, если не прямыми, то хотя-бы косвенными, указаніями источниковъ?

Въ результатѣ всего вышесказаннаго выяснялась необходимость обратиться къ детальному изученію той формы стипуляціонной гарантіи, которая извѣстна подъ именемъ stip. «rem habere licere»: намъ нужно, по возможности точно, опредѣлить содержаніе этой стипуляціи, намъ нужно, далѣе, опредѣлить, въ какомъ съ точки зрѣнія исторической отношеніи стоитъ эта форма гарантіи къ тѣмъ, представителемъ коихъ служитъ «dupla».—Эти вопросы поставлены въ наукѣ весьма недавно и по состоянію источниковъ принадлежатъ къ числу темныхъ и трудныхъ для разрѣшенія.

Итакъ, прежде всего, постараемся опредѣлить на основаніи источниковъ классической эпохи границы налагаемыхъ нашей стипуляціей на продавца обязанностей: разрѣшеніе вопроса—(для классической эпохи)—зависитъ, главнымъ образомъ, отъ истолкованія fr. 38 pr. Dig. 45. 1. и къ этому главному показанію благодаря остроумной догадкѣ Рабеля [18]) слѣдуетъ присоединить fr. 11 § 18 Dig. 19. 1.

---

§. 2. Сила стипуляціи «habere licere» по источникамъ классической эпохи: fr. 38 pr. d. V. O и fr. 11. § 18. E. V.

Теорія до-Экка, основанная на fr. 38 pr. d. V. O.

До 1874 года,—годъ появленія въ печати небольшаго, но весьма цѣннаго по результатамъ труда Экка: «Die Verpflichtung d. Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums»,—въ литературѣ нашей стипуляціи удѣляли весьма мало вниманія, вопросъ о ея содержаніи и отношеніи къ dupla разрѣшали весьма просто. Полагали, что наша стипуляція ограждала обладаніе покупателя лишь отъ вмѣшательства въ него самого продавца и его наслѣдниковъ; думали, что наша стипуляція не устанавливала отвѣтственности продавца на тотъ случай, когда вещь была эвинцирована у покупателя третьимъ сторонним лицомъ; и такъ

---

[18]) См. ниже § 2.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

какъ гарантія съ такимъ узкимъ содержаніемъ не могла удовлетворить нуждамъ оборота, то римская практика нашла нужнымъ создать болѣе совершенную форму гарантіи, а именно stip. duplae, въ силу которой покупатель имѣетъ регрессъ и въ случаѣ эвикціи со стороны третьихъ лицъ.—Въ этомъ смыслѣ высказался о нашей стипуляціи Сальпіусъ [19]). Опорой въ источникахъ этого взгляда служитъ fr. 38 pr. § 2 Dig. 45. 1, мѣсто, которое на первый взглядъ кажется обладающимъ непререкаемой доказательной силой.

Fr. 38 pr. § 2 Dig. 45. 1. Ulp. l. 49. ad Sabinum.

Stipulatio ista: «habere licere spondesne?» hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. § 1. Sed si quis promittat per alium non fieri praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. § 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. *sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes ejus heredumve successores.*

Ульпіанъ начинаетъ съ того, что, исходя изъ словъ стипуляціи, видитъ въ ней установленіе отвѣтственности продавца и за дѣйствія третьихъ лицъ; но съ другой стороны въ этомъ Ульпіанъ усматриваетъ обѣщаніе однимъ лицомъ дѣйствія другого, и, потому, исходя изъ начала «nemo alienum factum promittendo obligatur», приходитъ къ заключенію, что наша стипуляція дѣйствительна лишь въ той мѣрѣ, что ею связываются самъ продавецъ, его наслѣдники и другіе правопреемники отвѣтственностью за ихъ личныя дѣйствія; для расширенія границъ дѣйствія стипуляціи Ульпіанъ требуетъ, чтобы продавецъ обязался, на случай вмѣшательства третьихъ лицъ, уплатить покупа-

[19]) Salpius, Novation и Delegation, стр. 227.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

телю неустойку или точно опредѣленную, или же неопредѣленную—въ размѣрѣ всѣхъ убытковъ покупателя.

Критика, данная Экком.

Итакъ, повидимому, fr. 38 cit. вполнѣ подтверждаетъ ученіе Сальпіуса. Но это—лишь повидимому, и Экку принадлежитъ заслуга разрушенія этого миража [20]): Экъ на основаніи другихъ мѣстъ источниковъ показалъ, что мнѣніе Ульпіана, выраженное въ fr. 38 cit., отнюдь нельзя считать общепринятымъ мнѣніемъ римскихъ юристовъ; далѣе Экъ показалъ, что самъ Ульпіанъ къ другимъ стипуляціямъ, по существу весьма близкимъ къ нашей, далеко не обнаруживалъ той строгости, съ которой онъ отнесся къ stipulatio «habere licere», и на основаніи всего этого Экъ заключилъ, что fr. 38 cit. отражаетъ не римскую практику, а теоретическое умствованіе—«eine theoretische Spitzfindigkeit»—Ульпіана.

Дѣйствительно, современникъ Ульпіана Павелъ даетъ нашей стипуляціи иное толкованіе: онъ прямо отстраняетъ подведеніе ее подъ категорію promissio facti alieni, такъ какъ наша стипуляція во всѣхъ случаяхъ налагаетъ на промиттента обязанность, и въ частности въ отношеніи посягательствъ третьихъ лицъ обязуетъ промиттента *принять мѣры къ ихъ устраненію*. Таковъ ходъ мыслей Павла въ слѣдующемъ мѣстѣ:

fr. 83 pr. Dig. 45. 1. Paulus l. 72 ad edictum.

Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet «dolum malum abesse afuturumque esse», *non simplex abnutivum spondet*, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque *in illis stipulationibus «habere licere»*, item «neque per te neque per heredem tuum fieri, quominus fiat».

Вниманія заслуживаютъ далѣе два мѣста изъ комментарія самого Ульпіана къ преторскому эдикту.

---

[20]) *Eck*, Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, стр. 17, текстъ и выноски 4 и 5.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Ulp. l. 50 ad edict. fr. 50 pr. Dig. 45. 1

In illa stipulatione «per te non fieri?» non hoc significatur nihil te facturum, quo minus facere possis, *sed curaturum*, ut facere possis.

Ulp. l. 77 ad edict. fr. 81 pr. Dig. 45. 1.

Quotiens quis alium sisti promittit nec adjecit poenam puta vel servum suum vel hominem liberum, quaeritur an committatur stipulatio. et Celsus ait, etsi non sit huic stipulationi additum «nisi steterit poenam dari», in [del. Mommsen] id, quanti interest sisti, condemnari, et verum est, quod Celsus ait: nam *qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet.*

Въ первомъ отрывкѣ, къ сожалѣнію очень краткомъ, Ульпіанъ въ примѣненіи къ стипуляціи «per te non fieri» проводитъ ту мысль, что содержаніе обязанностей изъ нея истекающихъ не только чисто отрицательное въ смыслѣ воздержанія промиттента отъ дѣйствій, противныхъ обѣщанному, но и положительное: возложеніе заботы о достиженіи той цѣли, которая имѣется въ виду стипуляціей.—Во второмъ мѣстѣ—fr. 77 cit.—Ульпіанъ занимается вопросомъ о дѣйствительности, не скрѣпленнаго неустойкой, стипуляціоннаго обѣщанія явки третьяго лица къ назначенному сроку въ судъ; въ согласіи съ Цельзомъ Ульпіанъ признаетъ эту стипуляцію вполнѣ дѣйствительной, дающей искъ съ присужденіемъ на интересъ, и мотивируетъ свое мнѣніе тѣмъ, что, обѣщая явку третьяго лица, промиттентъ въ сущности обѣщаетъ и обязуется принять мѣры къ тому, чтобы третье лицо явилось: «qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum, ut stet».

Итакъ, мысль Ульпіана въ двухъ мѣстахъ,—fr. 38 cit. съ одной и fr. 50 pr. fr. 81 pr. съ другой стороны,—въ случаяхъ весьма близкихъ идетъ различными путями и любопытно выяснить, чѣмъ могло быть вызвано такое различіе.

Стип. «habere licere» не существуетъ въ практикѣ эпохи Северовъ.

Очевидно, что Ульпіанъ (fr. 81 pr.) легко могъ-бы подвести стипуляцію «alium sisti» подъ категорію «promissio facti alieni» и въ итогѣ объявить ее недѣйствительной; онъ однако этого не сдѣлалъ и не сдѣлалъ потому, что иначе онъ сталъ бы въ противорѣчіе съ дѣйствительностью: *практика* знаетъ эту стипуляцію и нисколько не сом-

ЦАБ "Автограф"
май 2021

нѣвается въ ея дѣйствительности, и, связанный голосомъ практики, Ульпіанъ ищетъ и находитъ теоретическое оправданіе ея дѣйствительности.—Обратно: достаточно было-бы Ульпіану примѣнить къ стипуляціи «habere licere» ту точку зрѣнія, на которой онъ стоитъ въ fr. 81 pr., достаточно было-бы ему согласиться съ тѣмъ, что «qui habere licere promittit, hoc promittit id se acturum, ut habeat», и онъ неизбѣжно долженъ былъ бы въ fr. 38 cit. относительно стип. habere licere прійти къ иному выводу, чѣмъ тотъ, который мы теперь у него находимъ.—Онъ, однако, этого не дѣлаетъ и не дѣлаетъ, думаемъ, потому, что практика не могла ему дать отвѣта на вопросъ, какъ отнестись къ стипуляціи «habere licere», и вотъ Ульпіанъ, не находя опоры въ практикѣ, даетъ волю своему теоретическому умствованію, подводя стипуляцію нашу подъ категорію «promissio facti alieni».—Такимъ образомъ, fr. 38 d. V. O. даетъ достаточное основаніе думать, что въ эпоху Северовъ стипуляція формы «habere licere» или вовсе вышла изъ употребленія или, во всякомъ случаѣ, встрѣчалась крайне рѣдко.

Во всякомъ случаѣ послѣ основательной критики Экка, дополненной и развитой Жираромъ [21]), едва ли возможно, какъ то дѣлаетъ въ 1892 г. Карлова [22]), *цѣликомъ* защищать старую теорію Сальпіуса, основанную на томъ, что fr. 38 d. V. O. вполнѣ правильно отражаетъ состояніе римской классической практики.

И все-же, признавая всю заслугу Экка, нельзя не отмѣтить, что въ старой теоріи была доля истины. Уже извѣстный французскій романистъ Аккаріа въ своемъ учебникѣ институцій по поводу стипуляціи «habere licere» сдѣлалъ замѣчаніе, которое, исправляя теорію Сальпіуса, въ значительной мѣрѣ приближало ее къ истинѣ [23]). Дѣло въ томъ, что, если строго слѣдовать источникамъ, то надо въ стипуляціи habere licere различать два обѣщанія неодинаковой силы: одно изъ нихъ, сколько можно судить, формулировалось такъ: «per te venientesque a te personas non fieri, quominus mihi heredique meo rem habere li-

Два вида стипуляціи «habere licere» на основ. fr. 11 § 18 D. 19. 1.

---

[21]) *Girard*, Nouv. Revue. histor. т. VII (1883 г.), стр. 563—568.

[22]) *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte т. II, стр. 623.—Срвн. также противъ Экка и Жирара, но безъ достаточно убѣдительныхъ аргументовъ Frau Dr. *Kempin*, die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache (Züricher Inaugural—dissertation), 1887 г., стр. 40—42.

[23]) *Accarias* Précis de droit romain т. 2, стр. 283, прим. 2 [цитирую по 4 изд. 91 года, но соотвѣтствующее мѣсто имѣется и въ болѣе раннихъ изданіяхъ „Précis“].

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ceat», т. е. покупатель гарантируется въ томъ, что его обладаніе вещью не будетъ нарушено ни самимъ продавцомъ, ни другими, производящими свое право отъ него лицами; подъ послѣдними разумѣются— ср. fr. 38 pr. D. 45. 1.—универсальные и сингулярные правопреемники продавца. Но рядомъ съ этимъ въ источникахъ подъ «habere licere» разумѣется болѣе широкое обѣщаніе, которое обезпечиваетъ покупателя въ томъ, что «никто вообще», а слѣдовательно и третьи, сторонніе продавцу лица не нарушатъ его обладанія; такимъ образомъ, въ этомъ случаѣ стипуляція «mihi habere licere spondesne?» равносильна обѣщанію «neque per te neque *per quemquam omnino* fieri, quominus mihi habere liceat» (ср. fr. 38 pr. init.).—Такъ поставилъ вопросъ о содержаніи нашей стипуляціи Рабель и удачно подкрѣпилъ свою мысль ссылкой на fr. 11 § 18 Dig. 19. 1, отнеся первыя два положенія этого текста именно къ стипуляціи habere licere [24]).

Fr. 11 § 18 A. E. V. съ давнихъ поръ, какъ извѣстно, окутанъ сѣтью контроверзъ, относящихся къ вопросу о силѣ т. н. «pactum de non praestanda evictione» [25]); разногласія, вызываемыя толкованіемъ нашего фрагмента, думается, показываютъ, или, по меньшей мѣрѣ, наводятъ на мысль, что нашъ текстъ не избѣжалъ рукъ трибоніановской комиссіи; но входить въ обнаруженіе и доказательство всѣхъ интерполяцій, которыя могутъ скрываться въ нашемъ фрагментѣ, не представляется необходимымъ, такъ какъ къ вопросу о стипуляціи habere licere отношеніе имѣютъ лишь начальныя положенія текста; мы выпишемъ поэтому текстъ этотъ лишь въ той мѣрѣ и въ томъ видѣ, какъ это необходимо для нашихъ цѣлей.

> Ulp. l. 32 ad edictum.—Qui autem habere licere vendidit, [Rabel: *spopondit*], videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, *utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes.* nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde, si evicta res erit, sive stipulatio est interposita, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita ex empto non tenebitur.
>
> Sed Julianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum

[24]) *Rabel*, Haftung, стр. 34.

[25]) *Glück*, Erläuterung der Pandecten, т. XX, ч. 1, стр. 297 слд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri . . . . . .

. . . . . .

Sed in supra scriptis conventionibus contra erit decendum.

Рабель считаетъ первое предложеніе интерполированымъ, основываясь, прежде всего, на томъ, что выраженіе «habere licere *vendidit*» представляетъ грамматическую погрѣшность, и во-вторыхъ, на томъ, что § 18 одиннадцатаго фрагмента поставленъ (срвн. «autem») въ противоположеніе со всѣми предъидущими параграфами того же фрагмента, въ которыхъ вездѣ шла рѣчь объ actio empti [26]): юристъ, такимъ образомъ, въ нашемъ параграфѣ обращается къ новой темѣ, и эта тема есть, по предположенію Рабеля, тотъ случай, когда къ неформальному контракту купли стороны добавили стипуляцію «habere licere».—Если принять это предположеніе, то во второмъ предложеніи: «et multum interesse arbitror» etc. мы найдемъ ясно проведенное различіе между тѣми двумя случаями стипуляціи habere licere, на которые мы только что указали.

Однако, высказанное Рабелемъ предположеніе объ интерполяціи начальныхъ словъ нашего фрагмента встрѣтило возраженіе со стороны Эрмана; этотъ авторъ указываетъ на слова: «*sive stipulatio est interposita. ex stipulatu non tenebitur. sive non est interposita, ex empto* non tenebitur», изъ которыхъ вытекаетъ, что юристъ имѣетъ въ виду не только случай прибавленія стипуляціи, но и тотъ случай, когда такого прибавленія не было; а если такъ, то мы обязаны во фразѣ «qui autem habere licere *vendidit*» сохранить текстъ въ неприкосновенности [27]).—Возраженіе Эрмана было бы вполнѣ основательно, если бы фраза, служащая ему аргументомъ, дѣйствительно принадлежала Ульпіану; думаемъ, однако, что это не такъ и что во всей, приведенной Эрманомъ фразѣ подлинны только два послѣднихъ слова «non tenebitur», все же остальное принадлежитъ компиляторамъ. Въ пользу нашего предположенія говорятъ слѣдующія два обстоятельства: во-первыхъ, неуклюже-шаблонное построеніе всей фразы, съ ея различеніями sive... est interposita, sive non est interposita....., которое, какъ не-

[26]) *Rabel*, l. c. стр. 34.

[27]) *Erman*, Zeitschrift d. Savigny-Stiftung, Rom. Abth. т. 25, стр. 461.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

однократно указывали авторитетные діагностики интерполяцій (Эйзеле, Градевицъ, Перниce, Апплетонъ и др.), составляетъ характерное отличіе рѣчи компиляторовъ; во-вторыхъ, если устранить изъ текста заподозрѣнную нами въ подлинности фразу, ходъ мыслей Ульпіана чрезвычайно выигрываетъ въ логической стройности и ясности. Вотъ краткая схема мыслей Ульпіана:

Qui autem—debeat praestare.

Юристъ ставитъ вопросъ о значеніи, которое можетъ имѣть присоединеніе къ купли стипуляціи «habere licere».

Et multum interesse—an vero per omnes.

Давая отвѣтъ, онъ прежде всего устанавливаетъ тѣ двѣ разновидности, о которыхъ мы уже говорили.

Nam si per se—*ex stipulatu non tenebitur*

первая, т. е. болѣе узкая разновидность не содержитъ отвѣтственность за дѣйствія третьихъ лицъ, а потому въ случаѣ эвикціи искъ *изъ стипуляціи* недопустимъ.

Но, можетъ быть, возможенъ искъ изъ empto? Этотъ вопросъ прямо въ текстѣ не поставленъ и, вѣроятно, онъ вычеркнутъ компиляторами; но отвѣтъ на него имѣется:

Sed Julianus—ut pretium reddat teneri.

Ульпіанъ приводитъ прежде мнѣніе Юліана: этотъ послѣдній давалъ въ такомъ случаѣ искъ *ex empto* для полученія обратно покупной платы.

Sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum,

но Ульпіанъ находитъ эту точку зрѣнія неправильной, считаетъ, что и *искъ ex empto* не можетъ имѣть мѣста.

Въ конечномъ итогѣ слѣдуетъ на основаніи fr. 11 § 18 d. A. E. V. въ сопоставленіи съ fr. 38 pr.—§ 2. V. O. признать, что стипуляція «habere licere» гарантируетъ обладаніе покупателя въ двоякомъ направленіи: 1) тѣмъ, что обязуетъ продавца и его правопреемниковъ не вступаться въ обладаніе покупателя (habere licere per se) и 2) тѣмъ, что обязуетъ продавца принять мѣры къ устраненію посягательствъ третьихъ лицъ (habere licere per omnes).

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Этимъ ограничиваются тѣ указанія относительно содержанія нашей стипуляціи, которыя возможно получить изъ источниковъ классической эпохи. Ясно, что для опредѣленія сущности и назначенія нашей стипуляціи такихъ указаній далеко не достаточно. Такъ: если стипуляція habere licere per se обязуетъ продавца и его правопреемниковъ не вступаться въ обладаніе покупателя, то прежде всего возникаетъ вопросъ, по какой причинѣ стороны находятъ нужнымъ условиться объ этомъ невступленіи *особымъ соглашеніемъ?* Казалось-бы, что вещный эффектъ передачи продавцомъ покупателю объекта купли даетъ покупателю въ негаторномъ искѣ вполнѣ достаточное средство для отраженія всякихъ дальнѣйшихъ вмѣшательствъ продавца-передатчика. И далѣе: если стипуляція «habere licere *per omnes*» обязуетъ продавца принять мѣры къ устраненію посягательствъ третьихъ лицъ, то спрашивается, что́ должно разумѣть подъ этими посягательствами и *каковы тѣ мѣры*, которыя для ихъ отвращенія долженъ предпринять покупатель? Очевидно, что только отвѣтъ на эти вопросы выяснитъ истинное содержаніе и назначеніе нашей стипуляціи; но въ источникахъ классической эпохи мы не находимъ никакихъ указаній для рѣшенія этихъ вопросовъ и потому въ настоящемъ мѣстѣ мы оставляемъ ихъ открытыми. Мы возвратимся къ нимъ впослѣдствіи. Теперь же перейдемъ къ выясненію того, въ какой мѣрѣ данныя классическаго права могутъ служить основаніемъ для разрѣшенія вопроса объ историческомъ отношеніи нашей стипуляціи къ другимъ формамъ стипуляціонной отвѣтственности.

---

§ 3. Историческое отношеніе стипуляціи habere licere къ другимъ формамъ стипуляціонной отвѣтственности.—Теорія Жирара.

Теорія Жирара.

Въ литературѣ по занимающему насъ здѣсь вопросу имѣется два діаметрально-противоположныхъ взгляда: согласно первому, основаніе которому заложено Эккомъ [28]), наша стипуляція представляетъ наиболѣе раннюю и наименѣе развитую форму стипуляціонной гарантіи. По второму взгляду, который принадлежитъ выдающемуся французскому романисту Жирару [29]), наша стипуляція, напротивъ, является

[28]) *Eck*, die Verpflichtung d. Verkäufers, стр.

[29]) *Girard*, Les stipulations de garantie, помѣщен. въ Nouvelle Revue Historique de droit, т. VII, 1883 г., стр. 537—592.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

наиболѣе совершенной формой гарантирующей стипуляціи, въ порядкѣ историческаго развитія непосредственно предшествующей и служащей образцомъ для гарантіи, которая получаетъ свое выраженіе въ actio empti, т. е. для высшей ступени, достигнутой римскимъ правомъ въ развитіи отвѣтственности продавца за неустановленіе права.

Мы позволимъ себѣ начать съ разбора теоріи Жирара, хотя она и возникла позже, чѣмъ теорія Экка, на томъ основаніи, что критическое отношеніе къ аргументамъ теоріи Жирара даетъ возможность исчерпать весь матеріалъ классическихъ источниковъ, который прямо или косвенно можетъ быть полезенъ въ цѣляхъ освѣщенія стипуляціи habere licere.

Въ весьма содержательномъ и талантливомъ этюдѣ «Les stipulations de garantie» Жираръ сперва изучаетъ по источникамъ три формы стипуляціонной гарантіи: 1) satisdatio или repromissio secundum mancipium. 2) stipulatio habere licere и 3) stipulatio duplae: затѣмъ, въ послѣдней главѣ онъ старается опредѣлить отношеніе этихъ трехъ формъ съ точки зрѣнія исторической, и для этого сравниваетъ ихъ содержаніе съ т. н. actio auctoritatis. Первая форма копируетъ до точности этотъ искъ; st. «habere licere» наиболѣе удалена отъ него; «dupla»—занимаетъ позицію среднюю. Отвѣтственность за ущербъ въ a° auctoritatis и въ repromissio secundum mancipium остается совершенно въ тѣни, въ stip. duplae—уже оказываетъ нѣкоторое вліяніе, надъ стипуляціей «habere licere» властвуетъ всецѣло.

Такимъ образомъ, заключаетъ Жираръ, *«dupla» представляетъ намъ исправленіе стипуляціи «secundum mancipium», исправленіе, вызванное частичнымъ вліяніемъ той идеи, которая исключительно господствуетъ надъ стипуляціей «habere licere»* [30]). Уже изъприведеннаго обнаруживается, что Жираръ склоненъ ставить стип. «habere licere»

---

[30]) *Girard.* Nouv. Rev. hist. т. VII, стр. 587. 588: „La satisdatio ou repromissio secundum mancipium semble présenter la fidéle image de l'action auctoritatis... la stipulation habere licere n'a guère avec cette action point de contact que d'assurer comme elle un recours à l'acquéreur évincé. *La stipulation duplae tient le milieu... La stipulation duplae* fait ressortir une idée que dans l'action auctoritatis et dans la première promesse restait dans l'ombre, l'idée de préjudice. Mais *à la difference de la stipulation habere* licere elle *ne fait* pas de ce *préjudice le fondement direct de l'obligation.* Le double n'y est dû qu'autant que la préjudice resulte d'une éviction. *La stipulation duplae nous apparaît comme une correction de la stipulation secundum mancipium faite sous l'influence partielle de l'idée qui domine exclusivement la stipulation habere licere.*

ЦАБ "Автограф"
май 2021

выше «dupla». И дѣйствительно, въ дальнѣйшемъ изложеніи онъ открыто и ясно высказываетъ эту мысль. «Есть», говоритъ онъ, «мнѣніе, которое безусловно слѣдуетъ отвергнуть, мнѣніе, будто-бы стипуляція duplae, какъ форма новая, постепенно вытѣснила изъ практики форму старую, т. е. стип. «habere licere»... Эта послѣдняя вовсе не представляетъ собой, какъ то думаютъ нѣкоторые писатели, (слѣдуетъ указаніе на Экка [31]), формы рудиментарной, постепенно отступившей предъ стипуляціей duplae... Напротивъ, *гораздо болѣе вѣроятно* то, *что изъ этихъ двухъ контрактовъ именно стипуляція habere licere, широкая по сферѣ своего примѣненія, покрывающая ущербъ покупателя соразмѣрно его дѣйствительной величинѣ, представляетъ форму гарантіи болѣе прогрессивную и болѣе новую въ сравненіи со стипуляціей «duplae», неподвижной въ размѣрѣ присужденія, сложной по своимъ условіямъ»*. «Во всякомъ случаѣ», заключаетъ Жираръ, «и въ правѣ современномъ, и въ самомъ Римѣ въ теоріи иска empti мы встрѣчаемъ принципы стипуляціи *habere licere*, а не *duplae*» [32]).

Возраженія предварительныя.

Нельзя отказать этому ученію въ стройно-задуманномъ и послѣдовательно проведенномъ планѣ; нельзя также отрицать и того, что Жираръ пришелъ къ этимъ выводамъ послѣ тщательнаго изслѣдованія источниковъ. Поэтому, опровергая ученіе Жирара, мы будемъ опровергать *источниками* каждый изъ аргументовъ, на которомъ Жираръ построилъ свое ученіе. Это и составитъ задачу дальнѣйшаго нашего изложенія. Въ данномъ мѣстѣ мы отмѣтимъ тѣ сомнительные пункты въ ученіи Жирара, которые, такъ сказать, бросаются въ глаза уже при первомъ ознакомленіи съ его теоріей. А именно:

---

[31]) *Girard*, l. c. стр. 589, прим. 1.

[32]) *Girard*, l. c. стр. 589: Il y a une opinion, qu'il faut résolûment repousser; c'est celle d'après laquelle la stipulation duplae, forme nouvelle, aurait peu à peu chassé de la pratique la forme plus ancienne de la stip. habere licere. La stipulation habere licere n'est pas, comme on dit certains auteurs, une forme rudimentaire, imparfaite qui se serait progressivement effacée devant la stipulation duplae... Entre les deux contrats c'est peut-être bien plutôt *la stipulation habere licere*, large quant à son champ d'application, proportionelle quant à l'indemnité qu'elle procure qui *constitue la forme moderne et progressive de la garantie vis à vis* du montant invariable et de la condition compliquée *de la stipulation duplae*. C'est elle bien plus que la stipulation duplae dont nous retrouvons les principes dans notre droit moderne, voir même à Rome dans la théorie de l'action empti en garantie.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

a) Если стипуляція habere licere дѣйствительно представляетъ собой форму болѣе прогрессивную и новую въ сравненіи со стипуляціей duplae, то чѣмъ объяснить, что она не вытѣснила изъ практики болѣе старую форму stip. duplae? нельзя-же отрицать того, что наши источники весьма скудны непосредственными свидѣтельствами о первой формѣ и, напротивъ, особенно богаты показаніями о stip. duplae; очевидно, поэтому, что классическая практика всецѣло находится во власти «dupla», а не «habere licere»; почему-же болѣе совершенная форма нашла такъ мало доступа къ практикѣ? Жираръ отвѣчаетъ: «c'est à cause de sa (scilicet stip. habere licere) *supériorité scientifique, parce qu'elle exprimait une conception* juridique *trop elevée pour le milieu, où elle se produisait...*» [33]), но, разумѣется, отвѣтъ этотъ объясненія не составляетъ и вопросъ остается открытымъ.

b) Жираръ, какъ мы видѣли, отводитъ стип. «habere licere» поле примѣненія болѣе широкое, чѣмъ duplae: по меньшей мѣрѣ въ двухъ, по его мнѣнію, случаяхъ возможенъ регрессъ изъ первой и невозможенъ регрессъ изъ второй стипуляціи, а именно въ случаѣ эвикціи части вещи и въ случаѣ, который разбираетъ Африканъ въ fr. 24 Dig. h. t. 21. 2. [34]). Но оба случая, на нашъ взглядъ, освѣщены Жираромъ не правильно. α) *Эвикція части вещи*; основываясь на fr. 56 § 2 de eviction, Жираръ признаетъ регрессъ изъ dupla въ случаѣ эвикціи части вещи возможнымъ только при наличности особаго о томъ соглашенія сторонъ Это—вполнѣ правильно. Но, продолжаетъ Жираръ, изъ стипуляціи habere licere такой регрессъ возможенъ и безъ особаго соглашенія, такъ какъ и въ случаѣ частичной эвикціи покупатель въ правѣ утверждать: «habere ei non licet». Здѣсь Жираръ въ вопросахъ и заключеніяхъ историческаго характера оперируетъ пріемомъ *юриста-догматика*, а это правильнымъ признать нельзя. Напротивъ, такъ какъ источники не содержатъ никакихъ положительно указаній на то, какъ разрѣшался вопросъ о частичной эвикціи для регресса по стипуляціи «habere licere», то осторожность предписываетъ намъ воздержаться отъ всякихъ по этому вопросу предположеній. β) Въ *fr. 24 de eviction.* Африканъ рабираетъ случай, когда женщина, купившая раба, при выходѣ замужъ за собственника раба, отдаетъ ему этого раба въ приданое; по обнаруженіи истины покупа-

[33]) *Girard*, l. c. стр. 589.
[34]) *Girard*, l. c. стр. 562.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

тельница не можетъ обратиться къ продавцу съ искомъ изъ стипуляціи «duplae», а должна предъявить a° empti: «quoniam», говоритъ юристъ, «etiamsi verum sit habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit judicio eum evictum esse» и, вполнѣ очевидно, что Африканъ аргументируетъ формулой стипуляціи duplae, которая требуетъ именно эвикціи. Но совершенно непонятно, какимъ образомъ fr. 24 cit можетъ служить опорой для какихъ бы то ни было выводовъ относительно стипуляціи «habere licere», о которой юристъ не упоминаетъ ни единымъ словомъ. Жираръ разсуждаетъ: Африканъ говоритъ «verum sit *habere* ei *non licere* servum», онъ, слѣдовательно, долженъ былъ-бы въ случаѣ, подобномъ fr. 24 cit., допустить искъ изъ стипуляціи habere licere. Опять недопустимое разрѣшеніе вопроса историческаго пріемомъ діалектики. Для того, чтобы заключеніе его имѣло подъ собой хотя «какую-либо почву, Жираръ предварительно долженъ былъ бы доказать, что въ эпоху Африкана стипуляція «habere licere» была распространена и при томъ весьма широко въ практикѣ римской; только это могло бы дать нѣкоторое основаніе дѣлать о stip. habere licere заключенія изъ рѣшенія, прямо къ ней не относящагося. Но этого доказательства Жираръ не представилъ, да и врядъ-ли возможно его представить; и потому мы въ правѣ считать его выводъ поспѣшнымъ.

Эти замѣчанія мы отнюдь не считаемъ способными подорвать ученіе Жирара. Ученіе это, какъ сказано, составляетъ плодъ тщательнаго и серьезнаго изученія источниковъ, а потому для опредѣленія его состоятельности необходимо вскрыть фундаментъ этого ученія и провѣрить его по источникамъ.

Центральный пунктъ теоріи Жирара.

Центральное мѣсто въ ученіи Жирара занимаетъ взглядъ его на цѣль иска изъ стипуляціи habere licere. Онъ полагаетъ, *что стипуляція «habere licere» давала искъ съ присужденіемъ* отвѣтчика *на интересъ истца* (id quod interest) [35]). Присоединяя къ этому другое,—и на этотъ разъ вполнѣ правильное положеніе,—что присужденіе по масштабу субъективному (интересъ) означаетъ болѣе прогрессивную стадію, чѣмъ присужденіе по мѣрѣ объективной, (а таково присужденіе изъ стипуляціи duplae), Жираръ вполнѣ послѣдовательно приходитъ къ

[35]) *Girard*, l. c. стр. 560: „ La stipulation habere licere... tend à des dommages-intérêts égaux au préjudice...

ЦАБ "Автограф"
май 2021

заключенію о болѣе прогрессивномъ характерѣ стипуляціи habere licere сравнительно со стипуляціей duplae.

Очевидно, такимъ образомъ, что все ученіе Жирара стоитъ и падаетъ вмѣстѣ съ его взглядомъ на содержаніе иска изъ стипуляціи habere licere. На чемъ же основанъ этотъ послѣдній взглядъ Жирара? *Во-первыхъ, на томъ общемъ соображеніи, что всякая стипуляція съ редакціей неопредѣленной*, т. е. не содержащая численнаго опредѣленія размѣра отвѣтственности промиттента, *даетъ искъ объ интересѣ* [36]). *Во-вторыхъ, на томъ, что Жираръ отождествляетъ стипуляцію «habere licere» со стипуляціей «simplae»*, о которой находимъ упоминаніе въ нѣсколькихъ фрагментахъ Дигестъ. *И «simplum» въ этой послѣдней стипуляціи принимаетъ въ значеніи интереса истца* [37]).

Что касается перваго,—«общаго соображенія», которымъ оперируетъ Жираръ, то нельзя сомнѣваться въ его пригодности для рѣшеній вопросовъ догматическихъ. Но позволительно усомниться въ томъ, въ правѣ ли мы пользоваться подобными общаго характера аргументами въ разсужденіяхъ историческихъ? Осторожность требуетъ спросить себя, не составляетъ ли это положеніе въ свою очередь результатъ историческаго развитія? Во всякомъ случаѣ первый аргументъ Жирара потеряетъ всю доказательную силу, какъ только источниками удастся доказать существованіе такого случая *неопредѣленно-редактированной* стипуляціи, гдѣ искъ въ позднѣйшихъ стадіяхъ своего развитія приводитъ къ присужденію *на интересъ*, но на болѣе раннихъ стадіяхъ имѣетъ иное и при томъ чисто-объективное содержаніе. Случай этотъ имѣется въ т. н. эдильской стипуляціи относительно недостатковъ продаваемой вещи. Для подтвержденія сказаннаго источниками мы должны сдѣлать нѣкоторое отклоненіе въ область вопроса объ отвѣтственности продавца за недостатки вещи и въ частности выяснить содержаніе иска изъ эдильской стипуляціи.

---

[36]) *Girard*, l. c. стр. 560: „*Des principes élémentaires indiquent le montant de l'indemnité, qu'obtiendra le créancier. Il est muni d'une créance incertaine en vertu de laquelle il se fera donner des dommages-intérêts exactement proportionels à son préjudice*".

[37]) *Girard*, l. c. (Revue hist. VII). стр. 556. прим. 4;—подробнѣе объ этомъ въ пятомъ параграфѣ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

§ 4. Присужденіе по иску изъ эдильской стипуляціи о недостаткахъ.

Эдильскій эдиктъ и эдильская стипуляція.

Какъ извѣстно, эдилы въ предѣлахъ своей компетенціи обязуютъ продавца обезпечить покупателя стипуляціоннымъ порядкомъ: 1) въ томъ, что проданный рабъ или животное не страдаютъ извѣстными, въ эдиктѣ указанными, недостатками, и во-вторыхъ въ томъ, что продавецъ уплатитъ покупателю двойную покупную плату, если проданная вещь будетъ эвинцирована у покупателя. Въ наружной редакціи объ статьи соединены въ одно обѣщаніе и потому римскіе юристы иногда подъ терминомъ «dupla» разумѣютъ всю эдильскую стипуляцію со включеніемъ статьи о недостаткахъ: см. наприм. fr. 11 § 1 Dig. h. t. 21. 2, fr. 58 i. f. Dig. 21. 1.[38]); новые юристы говорятъ объ «эдильской стипуляціи» и различаютъ стипуляцію о недостаткахъ и стипуляцію относительно эвикціи?

Для нашей цѣли необходимо знать: 1) какъ редактирована была эдильская стипуляція въ части, касающейся недостатковъ—2) каково было присужденіе по иску, изъ этой стипуляціи истекающему.

Неопредѣленная редакція эдильской стипуляціи.

По первому пункту Эккъ въ этюдѣ объ эдильскихъ искахъ на основаніи fr. 31 Dig. 21. 2 принимаетъ для нашей стипуляціи редакцію *неопредѣленную*, т. е. безъ указаній размѣра отвѣтственности промиттента[39]). Эккъ въ этомъ отношеніи несомнѣнно правъ, такъ какъ, если-бы наша стипуляція была редактирована опредѣленно, то тѣ сомнѣнія римскихъ юристовъ, о которыхъ сообщаетъ намъ Ульпіанъ въ fr. 31 cit. никоимъ образомъ не могли-бы возникнуть.

Разногласіе источниковъ въ вопросѣ о содержаніи иска изъ эдильской стипуляціи.

Второй вопросъ Эккъ *для классической* эпохи рѣшаетъ въ томъ смыслѣ, что по эдильской стипуляціи о недостаткахъ продавецъ, въ случаѣ обнаруженія этихъ недостатковъ присуждался *на интересъ* покупателя[40]). Основаніемъ рѣшенія у Экка служатъ 1) fr. 31 Dig. h. t. 21. 2 и 2) fr. 16 § 2 ibid, и fr. 44 § 2 D. 21. 1.

---

[38]) *Girard*, Manuel élémentaire de droit romain (изд. 3-ie, 1901 г.), стр. 559—561; въ частности стр. 569, прим. 2;—и 561, прим. 1.—cf. *Hanausek*, Die Haftung d. Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, Abth. 1 (1883 г.), стр. 35—40.

[39]) *Eck*, Zur Lehre von den aedilicischen Klagen (Festgabe für Beseler, 1885) II: „Das Ziel der a° redhibitoria", стр. 187—200, въ особенности стр. 191. Срн. *Lenel*, Edictum, стр. 441.

[40]) *Eck*, l. c. стр. 191—193;—cf. *Windscheid*, Pandecten II § 394, § 17. *Czyhlarz*, Institutionen, стр. 193.—*Rudorff*, (Zeitschrift. f. Rechtsgeschichte,

ЦАБ "Автограф"
май 2021

a) fr. 31 de evict.—fr. 16 § 2 ibid.—fr. 44 § 2 aed. ed.

1) Въ fr. 31 Dig. h. t. 21. 2 Ульпіанъ занимается вопросомъ о значеніи *добровольно* заключенной сторонами стипуляціи «sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse»; указавъ на сомнѣніе нѣкоторыхъ юристовъ въ дѣйствительности такой стипуляціи, Ульпіанъ признаетъ ее обладающей полной силой и добавляетъ: «hoc enim continere, *quod interest* horum quid esse vel horum quid non esse», т. е. такая стипуляція приводитъ къ иску объ интересѣ; а такъ какъ въ концѣ фрагмента Ульпіанъ добавляетъ: «alioquin stipulatio, quae ab aedilibus proponitur inutilis erit», то можно думать, что и эдильская стипуляція давала искъ объ интересѣ.

2) Два другихъ фрагмента—Fr. 16 § 2 D. 21. 2 и Fr. 44 § 2 D. 21. 1. [41])—весьма близки по содержанію и имѣютъ своей главной темой сточеніе отвѣтственности за эвикцію съ отвѣтственностью за недостатки; но въ обоихъ фрагментахъ сдѣланы замѣчанія, дающія нѣкоторое указаніе на кондемнацію иска изъ эдильской стипуляціи. Такъ, a) въ концѣ fr. 16 § 2 cit. находимъ слѣдующее замѣчаніе:

> «...summam autem opinionis suae hanc esse, ut *tantum ex ea stipulatione consequar, quanti mea intersit* aut post stipulationem interfuerit *eum servum fugitivum non esse*».

b) Въ fr. 44 § 2 aed. ed. Павелъ собственно трактуетъ о «redhibitoria vel aestimatoria», но въ заключительной фразѣ дѣлаетъ слѣдующее замѣчаніе:

> «statim enim ut servus traditus est *committitur stipulatio quanti interest emptoris*».

Эти слова признаются выражающими содержаніе иска изъ эдильской стипуляціи.

Нельзя сказать, чтобы доказательная сила всѣхъ трехъ фрагментовъ была вполнѣ убѣдительна, въ особенности, если принять въ соображеніе слѣдующія обстоятельства: a) текстъ fr. 16 § 2 cit. отличается рядомъ негладкостей и неясностей, отмѣченныхъ въ «Palingenesia» Лепеля (Pompon. fr. 559); b) въ fr. 44 § 2 cit. «stipulatio»

т. XIV, стр. 451) и *Baron* (Institutionen, § 124, прим. 35) считаютъ цѣлью иска изъ эдильской стипуляціи „duplum *pretii*“, т. е. удвоенную покупную плату; *Hanauseck*, l. c. стр. 36—„duplum“ интереса покупателя.

[41]) Для толкованія этихъ мѣстъ см. *Fr. Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse, стр. 206 слд. *Hanausek*, l. c. стр. 37; 176—179.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

называется совершенно неожиданно безъ всякой связи со всѣмъ предшествующихъ ходомъ мыслей юриста.—Эти симптомы способны навести на предположеніе, что оба наши фрагмента въ томъ или иномъ объемѣ подверглись интерполяціи; и дѣйствительно рядъ писателей—Фр. Моммзенъ, Ленель, Рабель—считаютъ наши фрагменты интерполированными [42]). Но такъ какъ точное рѣшеніе вопроса о томъ, въ какую именно эпоху римскаго права искъ изъ эдильской стипуляціи получилъ указанное въ fr. 16 § 2 cit. и fr. 44 § 2 aed. ed. содержаніе для нашихъ цѣлей имѣетъ совершенно второстепенное значеніе, то мы оставляемъ вопросъ объ интерполяціи въ сторонѣ и, слѣдуя Экку, *признаемъ* эти фрагменты доказательствомъ того, *что по иску изъ эдильской стипуляціи покупателю присуждается его интересъ.*

b) fr. 58 pr. § 1 aed. ed.—fr. 32 evict.—fr. 13 pr. § 1 D. 19. 1.

Но вмѣстѣ съ этимъ необходимо особенно *подчеркнуть и то обстоятельство, что въ источникахъ имѣются показанія* совершенно иного характера, *согласно которымъ искъ изъ эдильской стипуляціи* чуждъ субъективной окраски, *имѣетъ мѣру* чисто *объективную, направляется на возвращеніе покупной платы во всемъ ея объемѣ или въ части* [43]); и нужны особо-осложняющія обстоятельства и въ частности знаніе продавца о недостаткахъ, дабы повысить размѣръ его отвѣтственности, дабы придать иску субъективное направленіе на интересъ покупателя.—Въ этомъ отношеніи вниманія заслуживаютъ слѣдующіе тексты

1) Fr. 58 pr. § 1 Dig. de aed. ed. 21. 1. Paulus l. 5 responsorum.

Quaero an si servus apud emptorem fugit et in causa redhibitionis esse pronuntiatus fuerit, non prius venditori restitui debeat, quam rerum ablatarum a servo aestimationem praestiterit. Paulus respondit: venditorem cogendum non tantum pretium servi restituere, sed etiam rerum ablatarum aestimationem, nisi si pro his paratus sit servum noxae nomine relinquere. § 1. Item quaero, si nolit aestimationem et pretia rerum restituere, an servus retinendus sit et danda

---

[42]) *Fr. Mommsen*, Zur Lehre von Interesse, стр. 209 [относительно fr. 44 § 2 cit.].—*Lenel*, Palingenesia Pomponius fr. 559 (fr. 16 § 2 cit.) и Paulus fr. 845 (fr. 44 § 2 cit.).—*Rabel*, Haftung, стр. 137.

[43]) *Rabel*, Haftung, стр. 138—139.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

est actio de peculio vel de pretio redhibiti servi ex duplae stipulatione. *Paulus respondit de pretio servi repetendo competere actionem etiam ex duplae stipulatione:* de rebus per furtum ablatis jam responsum est.

Павелъ занятъ рѣшеніемъ предложеннаго на его обсужденіе практическаго случая: пріобрѣтенный куплею рабъ скрылся, обокравъ покупателя; бѣгство раба отъ покупателя есть основаніе для привлеченія продавца къ отвѣтственности по началамъ эдильскаго эдикта; но вмѣстѣ съ тѣмъ возникаетъ вопросъ и о послѣдствіяхъ покражи.—Непосредственно эдильской стипуляціи, («dupla» въ широкомъ смыслѣ), касается параграфъ первый нашего текста. Вопросъ, которымъ онъ начинается—(отъ словъ «item quaero» и до словъ «ex duplae stipulatione»),—несомнѣнно, содержитъ неясности и попытки эмендаціи текста восходятъ уже ко временамъ Куяція; въ наше время такія попытки предложены Моммзеномъ въ его изданіи Дигестъ и Карлова въ послѣднемъ выпускѣ его Rechtsgeschichte [44]).—Ленель въ Palingenesia не нашелъ нужнымъ исправлять текста: «quia», замѣчаетъ онъ въ подстрочномъ примѣчаніи, «etiam ineptam potuerit Paulus referre quaestionem» [45]), и съ Ленелемъ можно согласиться тѣмъ охотнѣе, что отъ указанной неясности фрагментъ едва ли страдаетъ, и рѣшеніе Павла, во всякомъ случаѣ, вполнѣ ясно: «de pretio servi repetendo competere actionem etiam ex duplae stipulatione»: т. е. *покупатель имѣетъ право требовать возвращенія покупной платы*, имъ за раба внесенной, не только посредствомъ a° redhibitoria,—(объ этомъ рѣчь въ principium нашего текста, verb. «venditorem .... cogendum... pretium servi restituere»),—но и *искомъ изъ эдильской стипуляціи.*

2) Fr. 32 Dig. h. t. 21. 2. Ulpianus l. 46 ad Sabinum.

Quia dicitur, quotiens plures res in stipulationem deducuntur, plures esse stipulationes, an et *in duplae stipulatione* hoc idem sit, videamus. cum quis stipulatur «fugiti-

---

[44]) *Mommsen*, Digesta ad hanc legem., гдѣ указана и эмендація Куяція. *Karlowa*, Röm. Rechtsgeschichte, т. II, вып. 2, стр. 1293.

[45]) *Lenel*, Palingenesia Paulus fr. 1492.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

vum non esse, erronem non esse», et cetera quae ex edicto aedilium curulium promittuntur, utrum una stipulatio est an plures? et ratio facit, ut plures sint.

Ульпіанъ ставитъ вопросъ, примѣнимо ли къ эдильской стипуляціи о недостаткахъ общее правило, что стипуляція съ нѣсколькими статьями считается какъ бы рядомъ стипуляцій въ томъ смыслѣ, что каждой статьей открывается особый, самостоятельный искъ? Ульпіанъ рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно и въ разъясненіе своей мысли находитъ нужнымъ привести рядъ конкретныхъ примѣровъ, которые онъ заимствуетъ у Юліана. Эта часть фрагмента намъ особенно важна, ибо въ ней раскрывается содержаніе иска изъ эдильской стипуляціи.

Ergo et illud procedit, quod Julianus libro quinto decimo digestorum scribit. *egit*, inquit, *quanti minoris* propter fugam servi, deinde agit propter morbum: id agendum est, inquit, ne lucrum faciat emptor et bis ejusdem vitii aestimationem consequatur. fugamus emptum decem, minoris autem empturum fuisse duobus, si tantum fugitivum esse scisset emptor: haec consecuturum propter fugam: mox comperisse, quod non esset sanus: similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non ignorasset: rursus consequi debebit duo: nam et si de utroque simul egisset, quattuor esset consecuturus, quia eum forte, qui neque sanus et fugitivus esset, sex tantum esset empturus. *secundum haec saepius ex stipulatu agi poterit*: neque enim ex una stipulatione, sed ex pluribus agitur.

Рѣшенія Юліана также относятся къ иску изъ эдильской стипуляціи, а не къ иску «quanti minoris»: въ пользу этого говоритъ прежде всего то, что Ульпіанъ ссылается на Юліана; такая ссылка была бы не вполнѣ умѣстна, если бы Юліанъ имѣлъ въ виду иное средство, чѣмъ Ульпіанъ; далѣе, это подтверждается фразой: «secundum haec saepius *ex stipulatu* agi poterit»; поэтому слова Юліана «*egit... quanti minoris*» указываютъ не наименованіе иска, а его содержаніе. При такомъ толкованіи всѣ части фрагмента стоятъ въ гармоническомъ сочетаніи, и мы получаемъ изъ него слѣдующій выводъ: *искъ изъ эдильской стипуляціи направляется на пропорціональное*

ЦАБ "Автограф"
май 2021

пониженіе покупной платы, иначе говоря *въ основу* его *кондемнаціи положена мѣра чисто объективная* [46]).

3. Въ связи съ только что разобраннымъ мѣстомъ пріобрѣтаетъ особое значеніе показаніе fr. 13 pr. § 1 Dig. A. E. V. 19. 1, гдѣ приведено мнѣніе того-же Юліана.

Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, *si* quidem, *ignorans fecit,* id *tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus,* si id ita scissem: *si vero sciens reticuit* et emptorem decepit, *omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei...* Item qui... vendidit... fugitivum, si quidem sciens, praestare debuit quanti emptoris interfuit non decipi: si vero *ignorans* vendiderit, ... tenetur, *quanti minoris emptu-rus esset,* si eum esse fugitivum scisset... quod fugitivum . . . . . habere non licet *et quasi evictionis nomine* tenetur venditor.

Правда, это рѣшеніе Юліана непосредственно относится къ отвѣтственности за недостатки *no actio empti,* но это обстоятельство не только не ослабляетъ доказательной силы даннаго текста, но напротивъ, скорѣе, увеличиваетъ ее. Actio empti находится подъ дѣйствіемъ началъ «bona fides», а эти послѣднія, казалось бы, предписываютъ покрытіе ущерба, который понесъ покупатель отъ пороковъ пріобрѣтенной вещи, *полностью*, совершенно независимо отъ того, дѣйствовалъ-ли продавецъ при заключеніи сдѣлки добросовѣстно или недобросовѣстно. И тѣмъ не менѣе Юліанъ рѣшаетъ иначе: *противъ невѣдавшаго о порокахъ раба* продавца *онъ допускаетъ искъ лишь о пониженіи покупной платы* [47]), и лишь недобросовѣстность, «dolus»

---

[46]) Толкованіе fr. 32 cit. не измѣнится, если считать, что Юліанъ имѣлъ въ виду не эдильскую стипуляцію, а эдильскій искъ: a° quarti minoris; и при такомъ предположеніе ссылка Ульпіана на Юліана умѣстна только тогда, если содержаніе обоихъ средствъ одинаково; а такъ какъ кондемнація actio „quanti minoris“ *объективна*, то объективна и кондемнація по эдильской стипуляціи.

[47]) Ср. *Rabel*, Haftung, стр. 138 въ концѣ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

продавца увеличиваетъ размѣръ присужденія иска, приводитъ къ присужденію покупателю всего его интереса. Мы можемъ съ увѣренностью сказать, что для иска изъ эдильской стипуляціи, иска строгаго права, Юліанъ держался той же точки зрѣнія, и можемъ *такимъ образомъ признать на основаніи fr. 13 § 1 cit.*, что *искъ изъ эдильской стипуляціи противъ «venditor ignorans» имѣетъ содержаніе* не субъективное—присужденіе покупателю его интереса, а *объективное*, направляется на возвращеніе покупной платы цѣликомъ или въ извѣстной части. Съ другой стороны, Юліанъ, который извѣстенъ строго и послѣдовательно имъ проводимой репрессіей недобросовѣстности (срвн. fr. 30 § 1 Dig. 19. 1), не могъ игнорировать этотъ моментъ и въ искѣ изъ эдильской стипуляціи и долженъ былъ усиливать размѣръ отвѣтственности недобросовѣстнаго продавца въ смыслѣ покрытія имъ всего интереса покупателя.

Разрѣшеніе разногласія съ точки зрѣнія исторической.

Предъ нами, такимъ образомъ, обнаружилось существованіе въ источникахъ нѣсколькихъ теченій въ вопросѣ о содержаніи иска изъ эдильской стипуляціи; въ виду этого источники должны быть понимаемы въ свѣтѣ исторической перспективы. Тогда предъ нами раскроется картина постепеннаго развитія содержанія иска изъ эдильской стипуляціи и при томъ по тремъ фазисамъ. Первый, начальный фазисъ: *всякій* продавецъ, какъ знающій, такъ и незнающій о недостаткахъ вещи, отвѣчаетъ предъ покупателемъ по мѣрѣ строго-объективной: онъ возвращаетъ покупателю всю взнесенную этимъ послѣднимъ покупную плату или соотвѣтственную часть ея; воспоминаніе объ этомъ состояніи права сохранили fr. 58 pr. § 1 aed. ed. 21. 1 и fr. 32 pr. § 1 de evict. 21. 2.

Второй фазисъ развитія характеризуется выдѣленіемъ и усиленіемъ отвѣтственности лица, завѣдомо продающаго непригодную вещь: противъ такого продавца—«venditor sciens»—искъ получаетъ субъективное содержаніе, покрывая покупателю весь его интересъ («omnia detrimento, quae ex ea emptione emptor traxerit—arg. fr. 13 pr. § 1 D. 19. 1).—И, наконецъ, искъ вступаетъ въ третью и конечную стадію развитія, на которой всякій продавецъ—какъ «sciens», такъ и «ignorans»,—равно отвѣчаетъ въ размѣрѣ интереса покупетеля: fr. 31 D. 21. 2 fr. 16 § 2 ibid. и fr. 44 § 2 Dig. 21. 1.—Вопросъ о томъ, когда наступила эта стадія,—въ эпоху классическую или въ юстиніановскую,—мы оставляемъ открытымъ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Итакъ, въ содержаніи иска изъ эдильской стипуляціи происходили существенныя измѣненія, а между тѣмъ сама стипуляція во все это время неизмѣнно сохраняла одну и ту-же неопредѣленную редакцію.

Эволюція эдильской стипуляціи—аргументъ противъ Жирара.

Исторія эдильской стипуляціи нужна была намъ, чтобы показать, какъ ненадежно съ исторической точки зрѣнія положеніе, что изъ неопредѣленно-редактированной стипуляціи всегда и во всѣ эпохи истекаетъ искъ объ интересѣ вѣрителя: вѣрное для одной эпохи, оно можетъ быть невѣрнымъ для другой, вѣрное для одной стипуляціи, оно можетъ быть невѣрнымъ для другой. Жираръ, поэтому, только тогда въ правѣ былъ-бы опираться на это общее и, какъ онъ выражается, «элементарное» положеніе [48]), если-бы привелъ тексты, гдѣ это положеніе было-бы непосредственно примѣнено къ стипуляціи habere licere; но такихъ текстовъ онъ не привелъ, и—по той простой причинѣ, что ихъ въ источникахъ не существуетъ [49]).

Послѣ всего вышесказаннаго мы въ правѣ признать первый аргументъ теоріи Жирара лишеннымъ значенія. Обратимся къ слѣдующимъ аргументамъ.

§ 5. Тождество стипуляцій «habere licere» и «simpla?» Значеніе «simplum?»

Стипуляція «habere licere» и «simpla» различны по формѣ; simplum не равно «интересу».

Жираръ, какъ мы видѣли, выводитъ изъ стипуляціи «habere licere» искъ объ интересѣ еще на томъ основаніи, что эту стипуляцію онъ, слѣдуя Фойгту, отождествляетъ съ стипуляціей «simplae», и истолковываетъ «simplum» въ смыслѣ интереса.—Задача наша теперь состоитъ въ томъ, чтобы провѣрить эти положенія по источникамъ.

Къ тождеству стипуляцій «habere licere» и «simplae» Жираръ приходитъ путемъ слѣдующихъ разсужденій [50]): съ одной стороны, говоритъ Жираръ, въ практикѣ классической эпохи кромѣ «dupla» единственной практической формой гарантирующей стипуляціи является «habere licere»; съ другой стороны, выраженіе «stipulatio duplae

---

[48]) *Girard*, Nouv Revue histor., т. VII (83 г.), стр. 560.

[49]) *Rabel*, Haftung, стр. 136, текстъ предъ выноской 5.

[50]) См. *Girard*, Nouv. Revue histor., т. VII, (83 г.), стр. 556 прим. 4.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

vel simplae», которое встрѣчаемъ въ рядѣ классическихъ фрагментовъ [51]), должно обнимать всѣ практическія формы гарантирующей стипуляціи; очевидно изъ этого, заключаетъ Жираръ, что «simpla» и «habere licere»—суть лишь различныя наименованія одной и той-же по существу стипуляціи.—Какъ видимъ, состоятельность этого заключенія зависитъ отъ того, дѣйствительно-ли «habere licere» есть для классической эпохи практическая, и при томъ единственно практическая форма кромѣ «dupla». Вотъ это-то прежде всего и долженъ былъ бы доказать Жираръ; но доказательствъ этого онъ не представилъ, а потому и заключеніе его о тождествѣ формъ «habere licere» и «simpla» виситъ на воздухѣ. Но этого мало: почти съ увѣренностью можно сказать, что тексты, на которые указываетъ Жираръ [52]), и которые онъ относитъ къ стипуляціи «habere licere», къ ней не относятся. Всѣ эти тексты (за исключеніемъ одного—fr. 27 Dig. h. t.)—принадлежатъ Павлу и Ульпіану т. е. относятся къ такой эпохѣ, для которой, какъ мы выше видѣли [53]), стипуляція «habere licere», по меньшей мѣрѣ, была большой рѣдкостью; и *на этомъ основаніи мы* не только *въ правѣ* признать смѣлымъ отнесеніе нашихъ текстовъ Жираромъ къ формѣ въ нихъ прямо не названной, но и *предполагать что «simpla» и «habere licere» два разныхъ вида гарантирующей стипуляціи*, такъ какъ первая еще существуетъ въ практикѣ, когда вторая уже вышла изъ нея. И это предположеніе получаетъ подкрѣпленіе именно въ томъ способѣ выраженій классическихъ юристовъ, который сыгралъ такую большую роль въ заключеніяхъ Жирара: *классики* говорятъ: «stipulatio duplae *vel* simplae», и этимъ *прямо указываютъ, что между обѣими формами существуетъ особая близость;* а, если такъ, то: a) *«simpla» имѣетъ такое же условное построеніе, какъ dupla, и* b) *«simpla» имѣетъ своимъ объектомъ ту-же покупную плату, что и dupla*, и вся разница лишь въ томъ, что въ первомъ случаѣ покупная плата взята въ однократномъ размѣрѣ, тогда какъ во второмъ она удвоена. Наконецъ, единственный находящійся въ нашемъ распоряженіи текстъ для опредѣленія внѣшняго строенія стипуляціи «habere licere»—Varro Rer. Rust. II, 2 § 6 [54]),—даетъ для этой стипуляціи строеніе безусловное.

---

[51]) Fr. 14 § 1, fr. 27, fr. 37 § 2, fr. 56 pr. Dig. 21. 2; fr. 17 pr. Dig. 14. 3.

[52]) См. выноску 51.

[53]) См. выше стр. 83.

[54]) Текстъ приведенъ выше на стр 72.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Такимъ образомъ, еще оставаясь въ кругу тѣхъ-же показаній, которыми оперируетъ Жираръ, мы совершенно расходимся съ нимъ въ предположеніяхъ и заключеніяхъ: 1) мы утверждаемъ, что «*habere licere*» и «*simpla*» *формы различныя, такъ какъ первая стипуляція—безусловна, вторая—условна;* 2) *мы предполагаемъ, что* «*simplum*» *означаетъ* не «интересъ», *а покупную плату* [55]).

Simplum=покупной платѣ въ Дигестахъ.

Эти положенія, и въ особенности второе, могутъ быть подкрѣплены, какъ данными изъ Дигестъ, такъ и разборомъ конкретныхъ, дошедшихъ къ намъ, случаевъ примѣненія гарантирующей стипуляціи.

Такъ: а) Ульпіанъ разсказываетъ о случаѣ, когда покупатель «simplum pro dupla per errorem stipulatus est»—fr. 37 § 2 Dig. 21. 2—случаѣ, который съ точки зрѣнія принятаго здѣсь отношенія между «dupla» и «simpla» весьма возможенъ. И, напротивъ, съ точки зрѣнія Жирара, согласно которой «simpla» (=«habere licere») отличается отъ «dupla» и внѣшнимъ строеніемъ, и объектомъ, возможность ошибки, о которой говоритъ Ульпіанъ, представляетъ значительно меньше вѣроятія.

b) Павелъ,—fr. 56 pr. D. 21. 2—желая указать гарантію размѣромъ отступающую отъ обычнаго duplum въ смыслѣ двойной покупной платы,—называетъ съ одной стороны «promissio simpli»,—съ другой въ качествѣ повышенія размѣра: «promissio tripli aut quadrupli». Съ нашей точки зрѣнія такое противопоставленіе совершенно понятно и основательно. Жираръ же долженъ противополагать двойной *покупной платѣ*: съ одной стороны—*интересъ* покупателя въ однократномъ размѣрѣ («simplum» въ толкованіи Жирара),—съ другой—увеличенную въ три (или четыре) раза сумму—чего именно? интереса или покупной платы?...

> c) Ulpianus l. 16 ad edictum. fr. 5 pr. Dig. de jure fisci 49. 14. Si curator [Mommsen: procurator] Caesaris rem aliquam vendiderit, quamvis duplum aut triplum pro evictione promiserit, *tamen fiscus simplum praestabit*».

Очевидно, что здѣсь проводится правило для фиска благопріятное, и при нашемъ пониманіи «simplum» такая привилегія въ нашемъ текстѣ, дѣйствительно, содержится, такъ какъ, по словамъ юри-

---

[55]) Срвн. *Rabel*, Haftung, стр. 133; положенія a) и c).

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ста, хотя-бы императорскій чиновникъ обязался при продажѣ отвѣчать за эвикцію двойной или тройной покупной платой, фискъ все же не отвѣчаетъ выше «simplum» т. е. простой покупной платы. Тогда какъ, если въ пониманіи «simplum» стать на точку зрѣнія Жирара и, слѣдовательно, переводить послѣднюю фразу словами: «все же фискъ отвѣчаетъ въ размѣрѣ единократнаго *интереса* покупателя», то не только построеніе текста окажется не вполнѣ удачнымъ—въ виду противоположенія двойной или тройной покупной платы единократному интересу,—но и практически его содержаніе далеко не всегда будетъ благопріятно фиску: если, напр., проданная вещь неожиданно рѣзко повысится въ цѣнѣ, то интересъ покупателя легко можетъ превысить двойную и даже тройную покупную плату. Именно то, что fr. 5 cit. хочетъ дать правило благопріятное для фиска всегда и при всякихъ обстоятельствахъ, указываетъ, что «simplum» означаетъ простую, единократную покупную плату, а не интересъ покупателя.

«Simpla pecunia» въ Pap. Brit. 229.

d) Весьма поучителенъ выводъ отъ сопоставленія двухъ папирусовъ юридическаго содержанія, на которые обращаетъ наше вниманіе Рабель [56]); въ обоихъ содержится актъ купли продажи; по времени они близко подходятъ другъ къ другу; первый—№ 887 въ коллекціи берлинскаго музея—совершенъ въ 151 г. нашей эры въ Памфиліи, въ Малой Азіи; написанный по гречески, онъ въ содержаніи слѣдуетъ римскому праву; второй—№ 229 въ коллекціи британскаго музея—совершенъ въ 166 году нашей эры, въ Селевкіи, въ Сиріи.

Brln. Griech. Urk. III № 887, стр. 5 слд.:	Pap. Brit. Mus. № 229, стр. 7 слд.:
...ἐαν δ'ἐκ τούτων ἢ... ἐπαφῇ αὐτοῦ ἢ ἐκ μέρος γένηται καὶ ἐκνεικηθῇ, τότε διπλῆν τὴν τειμὴν χωρὶς παραγγελίας καλῶς δίδοσθαι πίστει ἐπηρώτησεν Ἀρτεμέδωρος Καισίου πίστι δοῦναι ὡμολόγησεν Λούκιος Ἰούλιος Πρωτόκτητος...	...et si eum puerum partemve quam ejus evicerit, *simplam pecuniam* sine denuntiatione recte dari stipulatus est Fabulius Macer, spopondit Q. Iulius Paulus...

Сопровождающая куплю гарантія въ обоихъ случаяхъ дана въ стипуляціонной формѣ и совпадаетъ въ обоихъ случаяхъ почти отъ

[56]) *Rabel, Haftung.* стр. 134.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

слова до слова съ тою лишь разницей, что «διπλῆ τειμῆ» перваго случая замѣнена во второмъ словами «simpla pecunia». Относительно Brln. III. 887 не можетъ быть никакого сомнѣнія: мы здѣсь находимъ хорошо намъ извѣстную изъ другихъ источниковъ «stipulatio duplae»; что же касается Brit. 229, то все говоритъ въ пользу того, что въ этомъ документѣ мы имѣемъ конкретный примѣръ «stipulatio simplae». Иначе говоря, *Pap. Brit. Mus. 229, доказываетъ, что въ римской практикѣ существовала стипуляція по строенію своему совершенно соотвѣтствующая стипуляціи duplae, изъ которой, однако, продавецъ въ случаѣ эвикціи отвѣчалъ въ размѣрѣ просто покупной платы.* Такимъ образомъ, *сопоставленіе Brl. III. 887 и Brit. 229 даетъ подтвержденіе того отношенія между «dupla» и «simpla», которое мы выше* [57]), на основаніи показаній Дигестъ, *лишь предположили.*

Содержаніе стипуляціи въ трансильванскихъ контрактахъ.

e) Для опредѣленія содержанія типическихъ формъ гарантирующей стипуляціи чрезвычайно важно опредѣлить содержаніе стипуляціи, которую находимъ въ четырехъ актахъ купли, имѣющихся въ т. н. трансильванской или дакійской коллекціи [58]). Здѣсь участники сдѣлки перегрини и, поэтому, если они облекаютъ свою сдѣлку въ римскую форму, то все говоритъ въ пользу того, что они пользуются наиболѣе распространенными типическими формулами.

Относящіеся къ нашему вопросу статьи въ этихъ документахъ гласятъ:

№ 1. «Emptio pueri»—a° 142 p. Ch.: «quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, tantam pecuniam duplam... dari» (Bruns, Fortes, № 105).

№ 2. «Emptio puellae»—a° 139 p. Ch.: ...«quanti ea puella empta est, tantam pecuniam et alterum dari...» (Bruns, № 106).

№ 3. «Emptio ancillae»—a. 160 p. Ch.: ...«quantum id erit, quot ita ex ea evictum ablatumve fuerit, sive quot ita licitum non erit, tantam pecuniam...» (Bruns, № 107).

---

[57]) Выше стр. 102.

[58]) Свѣдѣнія объ этой коллекціи можно найти у *Bruns*, Fortes jur. Romani antiqui (ed[3] VI) p. 288. *Girard*, Textes de droit romain (изд. 1895 г.), стр. 758.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

№ 4. «Emptio domus»—a⁰ 159 [exemplar interius].... «quantum id erit, quod ita habere possidere licitum non erit, tantam pecuniam...» (Bruns, № 108. C. I. L. III, 944).

Размѣръ отвѣтственности во второмъ актѣ не подлежитъ никакимъ сомнѣніямъ: это удвоенная *покупная плата*: «quanti ea puella *empta est*». Но какъ слѣдуетъ понимать слова «quantum id erit» въ первомъ, третьемъ и четвертомъ документѣ? Для правильнаго истолкованія этихъ словъ необходимо принять въ соображеніе слѣдующее: а) условіе стипуляціи предусматриваетъ эвикцію не только всей вещи, но и части ея; слѣдовательно, и вторая часть стипуляціи, опредѣляя размѣръ отвѣтственности промиттента, должна также считаться и съ частичной эвикціей; b) согласно fr. 64 Dig. h. t. 21. 2 въ случаѣ эвикціи части вещи, покупная плата (или ея duplum) понижается пропорціонально отношенію эвинцированной части къ проданному цѣлому. Имѣя это въ виду, прійдемъ къ заключенію, что фраза «quantum id erit..., tantam pecuniam...» хочетъ сказать: уплатѣ подлежитъ «столько изъ покупной платы, сколько изъ нея прійдется на эвинцированный объектъ» т. е. вся покупная плата, въ случаѣ эвикціи всей вещи, и только часть ея, соотвѣтствующая эвинцированной части, въ случаѣ эвикціи частичной. При такомъ пониманіи стипуляція перваго контракта представляетъ собой stipulatio duplae, двухъ другихъ (№№ 3 и 4)—«stipulatio simpli», гдѣ simplum слѣдуетъ понимать *въ смыслѣ простой*, однократной *покупной платы*. Изложенное здѣсь толкованіе «quantum id erit» трапсильванскихъ контрактовъ кратко намѣтилъ Бехманнъ, одобрилъ Ленель, который цитируетъ №№ 3 и 4 нашихъ контрактовъ какъ примѣры стипуляціи «simplae», и подробно развилъ Рабель [59]). Правда, Карлова, Чиляржъ, и Граденвицъ [60]) подъ «quantum id erit» нашихъ контрактовъ разумѣютъ стоимость вещи въ моментъ эвикціи. Однако, съ одной стороны, «quantum id erit», во всякомъ случаѣ можетъ означать покупную плату; это, какъ указалъ Рабель [61]), обнаруживается изъ слѣдующаго: въ формулѣ actionis redhibitoriae, въ частности въ ея кондемна-

[59]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 381, прим. 2. *Lenel*, Edictum, стр. 445, прим. 2. *Rabel*, Haftung, стр. 135—136.

[60]) *Karlowa*, Rechtsgeschichte I, стр. 797. *Czyhlarz*, Institutionen, стр. 194. *Gradenwitz*, Einführung in die Papyruskunde, стр. 59, 66.

[61]) *Rabel*, Haftung, стр. 136.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ціи стоятъ слова [62]): «quanti ea res erit», которыя, казалось бы еще ближе, чѣмъ наши, должны означать стоимость вещи; и тѣмъ не менѣе они означаютъ покупную плату: cf. fr. 29 § 2 D. 21. 1: condemnatio autem fit *«quanti ea res erit...»* et *continet pretium* accessionesque. Съ другой стороны, при «quantum id erit» въ смыслѣ покупной платы, №№ 1, 3 и 4 нашихъ контрактовъ согласовываются не только съ № 2, но и съ фрагментами классиковъ, гдѣ стипуляція покупной платы встрѣчается, какъ мы видѣли, сплошь и рядомъ, тогда какъ стипуляція интереса, слагающагося прежде всего изъ стоимости эвинцированной вещи, упомянута всего лишь одинъ разъ: fr. 102. D. 45. 1.

Основаніе Жирара толковать «simplum» какъ «интересъ».

Итакъ, рядъ данныхъ изъ источниковъ (срвн. выше подъ литт. a—e) удостовѣряетъ, что подъ «simplum» гарантирующей стипуляціи слѣдуетъ разумѣть не интересъ покупателя, а покупную плату. Спрашивается, почему же Жираръ, изслѣдователь, извѣстный вѣрностью источникамъ и осторожностью своихъ заключеній, придалъ нашему термину толкованіе, источникамъ такъ противорѣчащее? Вопросъ тѣмъ болѣе умѣстенъ, что самъ Жираръ призналъ принятое здѣсь значеніе «simplum» наболѣе близкимъ и наиболѣе естественнымъ [63]). Вчитываясь въ отвѣтъ Жирара на данный вопросъ, мы видимъ, что *единственное основаніе*, по которому онъ счелъ обязательнымъ *толковать «simplum» гарантирующей стипуляціи въ смыслѣ интереса покупателя, состоитъ въ томъ, что по иску ex empto продавецъ въ случаѣ эвикціи присуждается къ интересу покупателя* [64]), который, въ зависимости отъ обстоятельствъ случая, напр., при случайномъ ухудшеніи вещи или паденіи цѣнъ на нее, можетъ выразиться въ суммѣ меньшей, чѣмъ покупная плата.

Эта аргументація Жирара обязываетъ насъ прежде всего заняться провѣркой того, дѣйствительно-ли между искомъ ex empto и гарантирующей стипуляціей существуетъ такая зависимость и связь, что содержаніе присужденія по иску ex empto способно служить показателемъ содержанія гарантирующей стипуляціи. И если этотъ вопросъ

---

[62]) *Lenel*, Edictum, стр. 442, прим. 2.

[63]) *Girard*, Nouvelle Revue historique, т. VII (83 г.), стр. 556, прим. 4: „Il semblerait plus naturelle que de même que la stip. duplae est la stipulation du double de prix, *la stip. simplae fut celle de ce prix*“...

[64]) *Girard*, ibid.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

получитъ разрѣшеніе утвердительное, то немедленно возникнетъ второй: правильно-ли Жираръ опредѣлилъ содержаніе кондемнаціи ex empto. Займемся сперва первымъ вопросомъ.

---

§ 6. Кондемнація иска empti какъ показатель содержанія гарантирующей стипуляціи.

Разрѣшеніе поставленнаго нами вопроса требуетъ коснуться, разумѣется, въ самыхъ общихъ чертахъ исторіи развитія гарантирующей функціи иска ex empto. Въ юстиніановскомъ правѣ искъ этотъ возникаетъ послѣ и въ силу эвикціи,—(тѣ случаи, когда искъ возможенъ и безъ эвикціи вслѣдствіе недостатка права у продавца, мы можемъ здѣсь оставить въ сторонѣ),—и имѣетъ цѣлью покрыть весь ущербъ покупателя. Но эти положенія составляютъ результатъ многостолѣтняго историческаго процесса, слѣды котораго сохранились въ источникахъ съ достаточной ясностью. Въ литературѣ образцовое изображеніе этого процесса представляютъ главы III и IV послѣдняго этюда Жирара по исторіи отвѣтственности продавца за эвикцію, этюда, который озаглавленъ: «La garantie d'eviction dans la vente consensuelle» [65]).

Начало развитія открываетъ эдиктъ курульныхъ эдиловъ [66]). Какъ органъ рыночной полиціи, эдилы въ предѣлахъ своей компетенціи,—продажа на рынкѣ рабовъ и вьючныхъ животныхъ,—предписываютъ продавцамъ обезпечить въ стипуляціонной формѣ покупателя въ томъ, что объектъ продажи не страдаетъ извѣстными, въ эдиктѣ указанными, недостатками, и что покупателю будетъ возвращена двойная покупная плата, если вещь у него будетъ эвинцирована. Не обладая властью повелѣнія и принужденія (imperium [67]), эдилы не имѣютъ возможности принудить продавцовъ къ непосредственному исполненію требованій своего эдикта и потому достигаютъ намѣченной ими цѣли путемъ косвеннымъ: если продавецъ не исполнитъ требованій эдильскаго эдикта, то покупателю эдилы даютъ право въ теченіи двухъ мѣ-

Исторія гарантирующей функціи a-s empti.

---

[65]) Помѣщенъ въ Nouvelle Revue historique de droit, т. 8-й, (1883 г.), стр. 395—409.

[66]) О значеніи эдильскаго эдикта для исторіи отвѣтственности продавца за непереносъ права см. *Bechmann*, Kauf I, §§ 51—53, стр. 395—414; *Girard*, Revue, т. 8-й, стр. 402—415.

[67]) *Bechmann*, I, стр. 403. *Bekker*, Actionen, II, стр 100;—иначе *Покровскій*, Право и фактъ, II, стр. 169 слд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

сящевъ особымъ искомъ—actio redhibitoria—требовать присужденія продавца къ двойной покупной платѣ. Сказанное вытекаетъ изъ слѣдующихъ текстовъ:

> Fr. 37 § 1 Dig. h. t. 21. 2: Ulp. l. 32 ad. edict... *Per edictum* autem *curulium* etiam de servo *venditor cavere jubetur*.
>
> Fr. 28. Dig. de aed. ed. 21. 1. Gai. l. 1 ad. ed. aed. cur.—*Si venditor de his, quae edicto continentur non caveat, pollicentur adversus eum ad redhibendum judicium intra duos menses* vel quanti emptoris intersit intra sex menses [67]).
>
> Fr. 45 Dig. de aed. ed. 21. 1. Gai. l. 1 ad. ed. aed.— Redhibitoria autem duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatur erit liberet, *dupli* pretii et accessionis *condemnari jubetur:* si vero reddat pretium et accessiones vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, *simpli videtur condemnari*.

Толкованіе послѣдняго мѣста—fr. 45 D. 21. 1—вызываетъ особенно много сомнѣній: по мнѣнію однихъ, продавецъ, добровольно возвратившій покупателю покупную плату, освобождается отъ всякой отвѣтственности. Другіе, напротивъ, полагаютъ, что и въ этомъ случаѣ продавецъ, кромѣ возвращенія покупателю покупной платы, присуждается in simplum pretii, при чемъ это присужденіе имѣетъ значеніе наказанія за неисполненіе продавцомъ требованій эдильскаго эдикта [69]). Мы не имѣемъ основаній входить въ подробное обсужденіе этой контроверзы, замѣтимъ только, что указанный источниками штраф-

[68]) Фраза „vel quanti emptoris intersit intra sex menses" принадлежитъ компиляторамъ, см. *Bechmann*, I, стр. 405, 406.

[69]) Наиболѣе видные защитники перваго взгляда: *Bechmann*, I, стр. 404. *Eck*, Das Ziel d. a° redhibitoria (Festgabe für Beseler), стр. 187 слд.; взглядъ, принятый въ текстѣ, установленъ впервые *Huschke*, Nexum, стр. 208 слд.; его раздѣляютъ: *Rudorff*, Zschr. f. gesch. R. W. XI, стр. 453. *Hanausek*, Haftung I, стр. 23 слд. *Lenel*, Edictum, § 293, стр. 439 (французск. изд. 1903 г. II, стр. 306, прим. 6). *Girard*, Revue, VIII, стр. 409 слд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ной характеръ редгибиторнаго иска [70]) болѣе мирится со вторымъ, чѣмъ съ первымъ мнѣніемъ.

Какъ бы тамъ ни было, изложенное выше составляетъ спеціальную норму торговаго права—или даже торговой полиціи [71]); но съ теченіемъ времени она проникаетъ или, употребляя выраженіе Влассака [72]), реципируется и обще-гражданскимъ оборотомъ, который признаетъ продавца обязаннымъ гарантировать покупателя стипуляціоннымъ порядкомъ на случай эвикціи; выраженіе свое эта обязанность получаетъ въ томъ, что покупатель надѣляется искомъ ex empto *съ цѣлью требовать отъ продавца установленія гарантирующей стипуляціи.*

> Fr. 11 § 8 Dig. 19. 1 ...Neratius ait... ex empto actionem esse, *ut habere licere emptori caveatur.*
>
> Fr. 1. Dig. 19. 4 ...venditori sufficit ob evictionem se obligari.

Какъ быть, однако, если и по предъявленіи иска продавецъ откажетъ дать гарантію? Вопросъ разрѣшается аналогично тому, какъ мы видѣли это въ эдильскомъ правѣ и по тѣмъ же основаніямъ. И присяжный—judex privatus—римскаго гражданскаго процесса не обладаетъ той властью повелѣнія, которую имѣетъ нашъ современный судья; онъ не можетъ, поэтому, выпудить отъ продавца установленіе гарантіи, оно можетъ лишь присудить его къ извѣстной денежной суммѣ, которая въ нашемъ случаѣ приравнивается тому, что могъ-бы истецъ-покупатель получить отъ продавца на основаніи гарантирующей стипуляціи въ случаѣ эвикціи; поэтому, если покупатель требуетъ установленія «dupla» и продавецъ отказывается установить эту гарантію, то, предъявивъ actio empti, покупатель достигаетъ присужденія продавца in duplum pretii.

> Fr. 2. Dig. h. t. 21. 2. Paul. l. 2 ad Sabinum—Si dupla non promitteretur et eo nomine agetur, *dupli condemnandus est reus* [73]).

---

[70]) fr. 23 § 4 D. 21. 1.

[71]) cf. *Pernice*, Labeo, т. II, отд. 2 (изд. 1900 г.), стр. 51.

[72]) *Wlassak*, zur Geschichte der Negotior. Gestio, стр. 169.

[73]) *Bechmann*, I, стр. 676; *Girard*, Revue, VIII, стр. 427. *Brinz*, Pandecten (2-ое изд.), т II (1879 г.) § 328, стр. 734, прим. 15.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Вообще, ко всѣмъ формамъ стипуляціонной гарантіи относится слѣдующая сентенція Нераціи, которая, сама по себѣ нѣсколько темная, вполнѣ объясняется только что приведенными словами Павла (fr. 2 cit.).

> Fr. 11 § 9 Dig. 19. 1. Idem [scl. Neratius. см. § 8 ibid.] ait non tradentem quanti interest condemnari: *satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet.*

Такова *первая стадія въ развитіи нашего иска*, стадія, *когда онъ имѣетъ мѣсто до эвикціи и имѣетъ единственой цѣлью добиться установленія гарантирующей стипуляціи.* Но на этомъ, естественно, развитіе остановиться не могло. Если покупатель еще до наступленія эвикціи имѣетъ искъ, то справедливость требуетъ открыть регрессъ и такому покупателю, который до наступленія эвикціи почему либо не успѣлъ получить гарантирующую стипуляцію, и который уже не можетъ получить ее, такъ какъ эвикція уже состоялась. И римское право пошло на встрѣчу этому требованію, прибѣгнувъ къ пріему столь частому и обычному въ исторіи успѣховъ римскаго праворазвитія,—къ фикціи: хотя покупатель и не получилъ гарантирующей стипуляціи, тѣмъ не менѣе предполагается, что она установлена. И эта *фикція* сразу достигаетъ двухъ цѣлей: ею не только открывается возможность иска, но и *опредѣляется содержаніе присужденія*: послѣднее *равняется присужденію по гарантирующей стипуляціи.*

Изложенное состояніе въ развитіи actionis empti удостовѣряется слѣдующимъ мѣстомъ изъ Сентенцій Павла:

> Pauli Sentent. II. 17 § 2: Si res simpliciter traditae evincantur, *tanto venditor* emptori *condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset.*

Съ теченіемъ времени искъ вступаетъ въ третій и послѣдній фазисъ своего развитія: онъ освобождается отъ подчиненія гарантирующей стипуляціи, дѣлается самостоятельнымъ какъ въ условіяхъ возникновенія, такъ и въ содержаніи присужденія: искъ открывается не только эвикціей, но и наносящимъ покупателю ущербъ отсутствіемъ права у продавца [74]) (cf. fr. 30 § 1 Dig. 19. 1), и приводитъ къ при-

[74]) *Экку* принадлежитъ заслуга въ томъ, что онъ обратилъ вниманіе на относящіеся сюда частныя рѣшенія источниковъ и свелъ ихъ къ общему началу,

ЦАБ "Автограф"
май 2021

сужденію покупателю всего интереса. Въ этомъ фазисѣ выражается конечная ступень, достигнутая римскимъ правомъ въ вопросѣ объ отвѣтственности продавца за неустановленіе права, и значеніе изученія этого фазиса понятно, поэтому, само собой.

Содержаніе a-s empti уясняетъ содержаніе гарантирующих стипуляцій.

Но въ данномъ мѣстѣ намъ нуженъ и важенъ не этотъ конечный фазисъ, а болѣе раннiе, и вотъ почему: понятно, что, если продавецъ по actio empti до эвикціи или послѣ нея присуждается къ такой же суммѣ, какую покупателю даетъ присужденіе продавца по гарантирующей стипуляціи, то *содержаніе присужденія по actio empti уясняетъ и присужденіе по гарантирующей стипуляціи*, и Жираръ, слѣдовательно, совершенно правильно поступаетъ, когда опредѣляетъ содержаніе стипуляціи «habere licere» въ зависимости отъ содержанія присужденія по a° empti. Отсюда-же далѣе слѣдуетъ: мы обязаны признать выставленное Жираромъ содержаніе стипуляціи habere licere, *если только признаваемое имъ содержаніе присужденія ex empto правильно*; и обратно: разъ окажется, что Жираръ исходилъ изъ неправильно принятаго имъ содержанія присужденія ex empto, то и защищаемое имъ содержаніе присужденія по стипуляціи «habere licere» не правильно. Такимъ образомъ, рѣшающій судьбу всей теоріи Жирара вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ: *правильно-ли опредѣляетъ Жираръ содержаніе присужденія ex empto и при томъ для тѣхъ именно стадій въ развитіи этого иска, которыя, согласно вышесказанному, могутъ служить показателями содержанія присужденія по стипуляціи «habere licere»*?

Содержаніе a-s empti по Жирару.

Продавецъ, по мнѣнію Жирара по actio empti за эвикцію отвѣчаетъ въ размѣрѣ всего интереса покупателя, который (интересъ) нисколько не зависитъ отъ покупной платы [75]). Правильность этого положенія для реципированнаго, и юстиніановскаго римскаго права, разумѣется, не подлежитъ сомнѣнію; но другой вопросъ, правильно-ли оно для другихъ эпохъ въ развитіи римскаго права? иначе говоря, должны ли мы думать, что содержаніе иска ex empto было одинаковымъ во всѣ эпохи въ развитіи римскаго права и, слѣдовательно, какъ-бы не имѣло исторіи, или-же, напротивъ, — содержаніе иска

см. *Eck*, Verpflichtung, стр. 10 слд. срвн. *Windscheid*, Pandecten, II (8-ое изд.), § 389, прим. 8a.

[75]) *Girard*, Revue, VII. стр. 560, VIII. стр. 418.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ex empto юстиніановскаго права представляетъ именно результатъ историческаго процесса? Мы выше въ эдильской стипуляціи видѣли примѣръ того, какъ искъ, имѣющій въ началѣ своего развитія содержаніе объективное («pretium»), къ концу развитія получаетъ содержаніе субъективное; не имѣемъ-ли мы поэтому право обратно предполагать, что a° empti искъ, который на конечныхъ стадіяхъ развитія имѣетъ содержаніе субъективное («id quod interest»), на раннихъ стадіяхъ имѣлъ иное, и при томъ, именно, объективное содержаніе? И далѣе: если классики и формулируютъ содержаніе a° empti какъ «id quod emptoris interest». то, гдѣ порука того, что они понимаютъ подъ этимъ терминомъ именно то-же, что понимаемъ мы, основываясь на совокупности разновременныхъ и разнохарактерныхъ показаній Дигестъ и Кодекса? Быть можетъ, «интересъ» покупателя для классиковъ есть нѣчто другое, чѣмъ для насъ?.. Обратимся за разрѣшеніемъ этихъ вопросовъ и предположеній къ источникамъ

---

§ 7. Содержаніе гарантирующей стипуляціи на основаніи кондемнаціи actionis empti.

Группировка источниковъ а) показанія безразличныя.

Показанія источниковъ о содержаніи присужденія ex empto могутъ быть разбиты на три группы. Въ первую входятъ фрагменты юристовъ и указы императоровъ, въ которыхъ содержаніе иска ex empto передается словами «quanti emptoris interest», или равнозначущими, безъ указаній на ближайшее содержаніе этихъ терминовъ. Въ рѣшеніяхъ классиковъ эта неопредѣленность, вѣроятно, зависитъ отъ того, что опредѣленіе содержанія actionis empti не входило въ относящихся сюда мѣстахъ въ задачу авторовъ, которые предполагаютъ это содержаніе извѣстнымъ; таковы: fr. 67 D. 21. 2 и Vat. 17—оба мѣста принадлежатъ Папиніану, и fr. 5 Dig. 18 4 (Павла). Въ относящихся сюда императорскихъ указахъ—c. c. 21 и 25 Cod. h. t. 8. 44 и c. 8 Cod. 7. 45—эта неопредѣленность выраженія, легко возможно, преднамѣренна; съ особой вѣроятностью это можно сказать относительно c. 21. C. 8. 44: указъ этотъ обращенъ, какъ видно изъ его адреса: «Imp. Diocletianus et Maximianus A. A. *Heliodoro*», къ подданному восточной половины имперіи, и потому предполагаетъ провинціальное, проникнутое греческими воззрѣніями, право; при такомъ

ЦАБ "Автограф"
май 2021

предположеніи ясно, почему императоры о содержаніи иска выражаются такъ неопредѣленно: «praeses provinciae quanti tua interest restitui providebit», говорятъ они просителю и говорятъ такъ для того, чтобы искъ могъ вмѣстить тѣ разнообразныя по составу и величинѣ послѣдствія, которыми, какъ наглядно показываютъ намъ греко-египетскіе акты купли, сопровождалось въ провинціальномъ правѣ восточной половины имперіи нарушеніе «βεβαίωσις» т. е. обязанности продавца защищать покупателя отъ вступщиковъ [76]). Какъ бы тамъ ни было, указанная неопредѣленность всѣхъ вышеназванныхъ показаній источниковъ дѣлаетъ ихъ непригодными для нашей цѣли.

b) Fr. 8 de evict не касается содержанія a-s empti.

Во вторыхъ, мы имѣемъ въ Дигестахъ одно мѣсто, относящееся къ лучшей порѣ классическаго права, которое при первомъ взглядѣ можетъ показаться изображающимъ *содержаніе* нашего иска, и при томъ съ полнотой и ясностью которая не оставляетъ желать большаго. Это *fr. 8 Dig. h. t. 21. 2. Iul. l. 15 digest.*

> Venditor hominis emptori praestare debet, *quanti eius interest hominem venditoris fuisse*, quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus jussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habère hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debeat emptori, ut habeat.

Въ обычномъ толкованіи этотъ текстъ признается устанавливающимъ *содержаніе* иска ex empto: давъ, говорятъ, въ первой фразѣ общее положеніе, что искъ ex empto обнимаетъ интересъ покупателя, Юліанъ въ дальнѣйшемъ выясняетъ на конкретныхъ случаяхъ составъ понятія интереса. Нельзя отрицать, что такое толкованіе,—въ особенности съ точки зрѣнія систематической,—совершенно возможно. Но въ историческомъ освѣщеніи фрагментъ этотъ, думается намъ, долженъ получить иной смыслъ и значеніе: юристъ не касается вовсе содержанія иска ex empto, *его мысль направлена на то, что бы показать, что въ случаяхъ, которые онъ разсматриваетъ*, какъ то эвикція «partus ancillae» или «hereditatis, quam servus iussu emptoris

[76]) Эти послѣдствія группируетъ и приводитъ въ систему *Rabel*, Haftung, стр. 146, прим. 2; стр. 147, прим. 1 и 2; стр. 148, прим. 1 и 2.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

adierit», *регрессъ* покупателя къ продавцу *возможенъ и надлежащей формой* его проведенія служитъ именно *actio empti* («agi ex empto potest»). Опорные пункты для такого толкованія нашего фрагмента состоятъ въ слѣдующемъ. Объектъ сдѣлки въ fr. 8 cit.—рабы, купля которыхъ въ классическую эпоху или скрѣплялась манципаціей, или гарантировалась stipulatione duplae (Varro Rer. Rust. II. 10. 5, fr. 37 § 1 de evict.); въ обоихъ случаяхъ покупатель имѣетъ искъ въ случаѣ эвикціи главнаго объекта сдѣлки, но ни actio auctoritatis, ни искъ изъ стипуляціи не возможны въ случаѣ evictio т. н. accessiones, куда именно и относятся «partus ancillae» или наслѣдство, оставленное купленному рабу. Между тѣмъ, «bona fides», регулирующая въ классическую эпоху отношенія между продавцомъ и покупателемъ, настоятельно требуетъ отвѣтственности продавца и въ этихъ случаяхъ, и Юліанъ устанавливаетъ эту отвѣтственность, исходя изъ того, что продавецъ отвѣчаетъ предъ покупателемъ по actio empti во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ отсутствіе права продавца нарушаетъ интересы покупателя: «venditor... praestare debet, quanti emptoris interest hominem venditoris fuisse». Итакъ, возможность иска («an sit actio»), а не содержаніе иска («quid veniat in iudicium») составляетъ тему разсужденій Юліана [77]). Такое пониманіе, во всякомъ случаѣ, возможно [78]) и потому fr. 8 de evict. не имѣетъ права фигурировать въ числѣ доказательствъ того, какъ понимали классическіе юристы содержаніе кондемнаціи иска ex empto.

c) «Интересъ» покупателя въ пониманіи классиковъ.

Въ третьихъ, наконецъ, остаются тексты, въ которыхъ содержаніе кондемнаціи ex empto изображено съ достаточной подробностью и ясностью и которые, поэтому, пригодны служить для разрѣшенія занимающаго насъ вопроса. Тексты эти однако представляютъ прежде всего ту особенность, что *въ содержаніи иска покупной платы противополагается интересъ, но какъ количественное увелич-ніе первой: интересъ*, согласно этимъ текстамъ, *слагается изъ покупной платы*

---

[77]) Одинъ изъ именитѣйшихъ романистовъ *Bekker*, настоятельно рекомендуетъ при истолкованіи классическихъ текстовъ строго различать эти два вопроса (см. Bekker, Actionen—„Einleitung“, въ особ. стр. 13).

[78]) Предлагаемое нами толкованіе fr. 8 cit. находитъ подкрѣпленіе въ томъ, что и слѣдующій фрагментъ нашего титула (fr. 9) разрѣшаетъ аналогичный вопросъ: онъ допускаетъ actio empti тамъ, гдѣ невозможна actio „auctoritatis“: [инскрипція fr. 9—Paulus l. 76 ad edict. показываетъ, что фрагментъ этотъ относился къ „auctoritas“; см. выше стр. 38].

ЦАБ "Автограф"
май 2021

съ прибавкой нѣкоторой суммы, обыкновенно, *затратъ, произведенныхъ покупщикомъ на улучшеніе пріобрѣтенной вещи*. Таковы fr. 70 de evict. 21. 2 и fr. 43 d. A. E. V. 19. 1; сюда же вѣроятно принадлежатъ и cc. 9 и 23 Cod. h. t. 8. 44.

a) Fr. 70 Dig. h. t.—положеніе, содержащееся здѣсь высказано юристомъ такъ ясно и отчетливо, что не нуждается въ поясненіи.

> Paul. l. 5 quaestion. Evicta re *ex* empto actio *non* ad pretium *dumtaxat* recipiendum, *sed* ad id quod interest competit.

b) Fr. 43 Dig. 19. 1. Разбирая практическій случай Павелъ,—сталкивается съ вопросомъ о правѣ эвинцированнаго покупателя требовать отъ продавца вознагражденія за затраты на улучшеніе вещи:

> Paul. l. 5 quaestion. ...de sumptibus vero, quos in eruendum hominem emptor fecit, videndum est: nam *empti judicium* ad eam quoque speciem sufficere existimo: *non* enim *pretium continet tantum, sed omne quod interest* emptoris servum non evinci.

И въ этомъ случаѣ взглядъ Павла выраженъ совершенно ясно: «интересъ» онъ считаетъ величиной, которая должна превышать покупную плату («non... tantum, sed»), и въ покупной платѣ видитъ низшій предѣлъ присужденія по actio empti.

c) Но изъ той же мысли, по всей вѣроятности, исходитъ императоръ Александръ въ слѣдующемъ указѣ, который по датѣ своей весьма близокъ только что приведеннымъ отрывкамъ Павла:

> c. 9 Cod. 8. 44. Imp. Alexander A. Terentio a° 222. ...sin autem evictum fuerit, a venditore eius consequeris quanti tua interest: in quo continetur *etiam* eorum persecutio, quae in rem emptam a te, ut melior fieret, erogata sunt.

d) Наконецъ, весьма возможно, что и практика времени Діоклетіана все еще держалась того-же пониманія «интереса», который мы выше видѣли, проведеннымъ въ рѣшеніяхъ Павла, и все также считала покупную плату предѣломъ, ниже котораго пасть отвѣтственность продавца не можетъ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

c. 23 Cod. h. t. 8. 44. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Eustochiae ...quanti tua interest rem evictam non esse teneri [scl. venditorem], non quantum pretii nomine dedisti, publice notum est.

Любопытно, что глоссаторы ставили этотъ указъ въ параллель съ вышеприведеннымъ fr. 70 de evict. и къ слову «non quantum» сдѣлали примѣчаніе: «*id est non solum ad pretium, sed etiam ad interesse*».

Предложенное здѣсь толкованіе только-что приведенныхъ текстовъ должно еще защитить отъ того возраженія, что тѣми-же классическими текстами удостовѣряется возможность присужденія по actio empti къ суммѣ меньшей, чѣмъ покупная плата.

Интерполяція fr. 70 de evict., fr. 45 E. V. и fr. 66 § 3 e evict.

Дѣйствительно, такого рода положеніе содержится въ трехъ классическихъ фрагментахъ, *но для всѣхъ трехъ случаевъ имѣются достаточныя показанія въ пользу признанія этого положенія добавкой, внесенной въ классическій текстъ составителями юстиніановскихъ Дигестъ.* Тексты, о которыхъ идетъ рѣчь, это—1) fr. 70 Dig. de evict. 21. 2, во второй своей части, 2) Fr. 45 pr. Dig. 19. 1, составляющій продолженіе вышеприведеннаго fr. 43 ibid. и, наконецъ, 3) fr. 66 § 3 Dig. h. t. 21. 2, также во второй половинѣ. Два первыхъ отрывка, авторъ которыхъ Павелъ, имѣютъ своимъ предметомъ отвѣтственность продавца за эвикцію по actio empti; третій—говоритъ объ отношеніяхъ между сонаслѣдниками въ случаѣ эвикціи у одного изъ нихъ того, что при раздѣлѣ наслѣдства ему досталось въ его долю.

Яснѣе всего интерполяція видна въ первомъ текстѣ:

Fr. 70 Dig. h. t. 21. 2. Paul. 5 quaest. Evicta re ex emto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit: ergo et, si minor esse coeperit, damnum emptoris erit.

По многимъ признакамъ вторую фразу, въ которой именно и выражена мысль, что въ случаѣ эвикціи actio empti можетъ привести также и къ суммѣ меньшей, чѣмъ покупная плата, слѣдуетъ признать принадлежащей не Павлу, а составителямъ юстин. Дигестъ. Прежде всего, второе положеніе (отъ словъ ergo и т. д.) отнюдь нельзя, какъ то дѣлаетъ текстъ въ его теперешнемъ видѣ, считать

ЦАБ "Автограф"
май 2021

слѣдствіемъ перваго, такъ какъ въ первой части юристъ Павелъ высказывается со всею ясностью, что искъ обнимаетъ *не только* покупную плату, *но и* «интересъ»; слѣдовательно, по его мнѣнію покупная плата входитъ въ присужденіе по иску empti всегда и при всѣхъ обстоятельствахъ безъ исключенія, и никогда искъ не можетъ привести къ суммѣ меньшей чѣмъ покупная плата. Во вторыхъ, предложеніе «si minor esse coeperit» не имѣетъ субъекта и добавить его долженъ читатель отъ себя. И наконецъ, выраженіе «damnum emptoris erit» для означенія того что наступаетъ «si minor esse coeperit», и неопредѣленно, и, въ сущности, юридически безсодержательно, такъ какъ не даетъ отвѣта на вопросъ о *размѣрѣ* присужденія продавца, если эвинцированная вещь подверглась ухудшенію или умаленію въ цѣнѣ. Современные юристы, ссылаясь на нашъ текстъ, говорятъ, что присужденіе продавца въ пользу покупателя не зависитъ отъ покупной платы, а опредѣляется *стоимостью* вещи въ моментъ эвикціи [79]); по этой мысли въ текстѣ fr. 70 cit. не имѣется и онъ, по меньшей мѣрѣ, допускаетъ и другое толкованіе, согласно которому и въ случаѣ ухудшенія вещи въ основѣ расчетовъ между продавцомъ и покупателемъ лежитъ *именно покупная плата*. Весьма любопытно, что въ такомъ смыслѣ понимать нашъ фрагментъ византійскій юристъ Στέφανος, современникъ Юстиніана; отъ него къ словамъ «ergo et» и т. д. имѣется слѣдующая схолія, сохранившаяся въ Базиликахъ:

τοιγαροῦν εἴ χεῖρον ἔτυχε τὸ πρᾶγμα πρὸ τῆς ἐκνικήσεως γεγονός, τοῦτο τὸν ἀγοραστὴν ὁρᾷ καὶ ἀναγκάζει οὗτος τὴν ἀπομείωσιν λογίζεσθαι τῷ πεπρακότι [80]).

Итакъ, второе положеніе fr. 70 cit. редактировано неясно и неточно, и въ этомъ неповиненъ классическій юристъ. Можно даже съ большою вѣроятностью указать ходъ мыслей, подъ вліяніемъ котораго

---

[79]) *Sintenis*, das gemeine Civilrecht, т. II, § 116, прим. 168. *Windscheid*, Pandecten II § 391, текстъ предъ цифр. 33. *Dernburg* (Pandecten II § 99, текстъ у выноски 27) „на основаніи общихъ правилъ“ временемъ, по которому опредѣляется размѣръ „интереса“ покупателя принимаетъ время постановленія *рѣшенія въ процессѣ о регрессѣ* (а не время эвикціи), что, разумѣется, съ *догматической* точки зрѣнія вполнѣ правильно.

[80]) Basil. 19. 1. 69 Schol. Stephanos ad v. „ergo“ (Heimbach. Suppl. I, стр. 285, № 443=II. стр. 326); это указаніе мы заимствуемъ отъ *Rabel*, Haftung, стр. 151, прим. 1.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

составители юстиніановскихъ дигестъ сочли нужнымъ дополнить классическій текстъ. Мысль Павла, выраженную въ первой части fr. 70 они поняли въ томъ смыслѣ, что *случай* (случайное увеличеніе стоимости проданной вещи) приноситъ выгоду покупателю, увеличивая отвѣтственность продавца; слѣдовательно, рѣшили они, тотъ-же случай (случайное ухудшеніе вещи или паденіе ея въ цѣнѣ) долженъ, если онъ приноситъ невыгоду, ложиться на того-же покупщика по началу «cujus commodum, ejus periculum».

Второе мѣсто, въ которомъ находимъ ту-же мысль, что и во второй части fr. 70 cit., есть fr. 43—45 D. 19. 1, которое также незаимствовано изъ 5-й книги «quaestiones» Павла. Здѣсь посреди разсужденій о томъ, что продавецъ обязанъ возвратить покупателю затраты, которыя покупатель произвелъ для улучшенія вещи, находимъ слѣдующую краткую фразу:

> «...sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus est, cum evincitur».

И здѣсь прежде всего бросается въ глаза, что фраза эта, въ сущности, вдвинута въ ходъ мыслей юриста: она не стоитъ въ связи ни съ предъидущими, ни съ послѣдующими его разсужденіями, которыя въ совокупности представляютъ стройное цѣлое и лишь нарушаются выписаннымъ нами замѣчаніемъ; затѣмъ, въ поясненіе этой фразы въ текстѣ не находимъ ни одного слова, между тѣмъ такое поясненіе необходимо: разъ авторъ признаетъ возможнымъ *уменьшеніе* отвѣтственности продавца («minuitur praestatio»), то ему надлежало указать точно, какъ выражается это уменьшеніе, тѣмъ болѣе, что случай увеличенія отвѣтственности продавца въ текстѣ Павла разобранъ и оправданъ съ большою подробностью; ко всему этому, фраза неточна, ибо предложеніе «cum evincitur» подаетъ поводъ думать, что отвѣтственность продавца уменьшается лишь подъ вліяніемъ событій, наступившихъ *во время* эвикціоннаго процесса, (а не до него); и наконецъ, «cum *evincitur*»—неправильно въ синтаксическомъ отношеніи. Всѣ эти признаки въ совокупности даютъ основаніе считать приведенную нами фразу: «sicut... cum evincitur» вставкой составителей юстиніановскихъ Дигестъ.

Послѣднее, наконецъ, мѣсто, имѣющее отношеніе къ нашему вопросу, это—fr. 66 § 3 Dig. h. t. 21. 2. Здѣсь Папиніанъ разбираетъ

ЦАБ "Автограф"
май 2021

такой случай: раздѣлъ наслѣдства произведенъ между однимъ изъ сонаслѣдниковъ и неуполномоченнымъ представителемъ другого, находящагося въ отсутствіи сонаслѣдника, который впослѣдствіи призналъ дѣйствія gestor'a; недвижимость, доставшаяся по раздѣлу первому изъ сонаслѣдниковъ оказалась не входившей въ составъ наслѣдства и эвинцирована ея собственникомъ. Рѣшеніе Папиніана въ томъ видѣ, какъ мы его находимъ въ Дигестахъ, даетъ отвѣтъ на два вопроса: a) на вопросъ о возможности регресса и b) на вопросъ о его содержаніи; регрессъ, по рѣшенію Папиніана обнимаетъ интересъ истца, величина котораго, въ зависимости отъ обстоятельствъ случая можетъ оказаться то выше, то ниже той суммы, въ какую оцѣнена была при раздѣлѣ эвинцированная недвижимость. Очевидно, что, если вторая часть рѣшенія дѣйствительно принадлежитъ Папиніану, то у насъ есть достаточное основаніе признавать, что уже классическая эпоха допускала отвѣтственность продавца предъ покупателемъ за эвикцію въ размѣрѣ меньшемъ, чѣмъ покупная плата. Всмотримся однако поближе въ рѣшеніе Папиніана.

> Papinianus libro 28 quaestionum. Divisione inter coheredes facta si procurator absentis interfuit et dominus ratam habuit, evictis praediis in dominum actio dabitur, quae daretur in eum qui negotium absentis gessit,
>
> ut quanti sua interest actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, deminuat vel excedat.

Что касается первой части рѣшенія, то сомнѣваться въ ея принадлежности Папиніану нѣтъ никакихъ основаній: рядъ авторовъ— впервые и кратко Унтергольцнеръ, подробно и основательно Миттейсъ, которому слѣдуетъ Рабель [81]), вполнѣ правильно указываютъ на то, что здѣсь къ особенностямъ нашего случая для регресса Папиніанъ примѣняетъ искъ имъ-же самимъ введенный въ римскую практику искъ (срвн. fr. 30 (31) pr. D. 3. 5; fr. 19 pr. D. 14. 3; fr. 10 § 5. Dig. 17. 1), который у новыхъ юристовъ носитъ названіе «quasi institoria».

---

[81]) *Unterholzner*, Schuldverhältnisse, т. I, § 200, стр. 421 прим. 9. *Mitteis*, Stellvertretung, стр. 45 слд. *Rabel*, Haftung, стр. 118.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Но принадлежность Папиніану второй части текста отъ слова «ut quanti sua interest» и до конца болѣе чѣмъ сомнительна [82]). Прежде всего, по обстоятельствамъ, которыя Папиніанъ указываетъ точно и подробно въ началѣ фрагмента, видно, что юристъ не имѣлъ никакихъ основаній входить въ вопросъ о содержаніи регресса: и въ самомъ дѣлѣ единственно-важный пунктъ въ его случаѣ это—то, что раздѣлъ наслѣдства произведенъ не между сонаслѣдниками лично, а при участіи неуполномоченнаго представителя интересовъ отсутствующаго соучастника въ наслѣдствѣ: это обстоятельство могло только вліять на вопросъ о томъ, возможенъ ли регрессъ, но никакъ не на содержаніе регресса; весь вопросъ состоялъ только въ томъ, можетъ ли лицо, не состоящее во власти другого и не получившее полномочій, обязать это другое лицо; какъ только этотъ вопросъ былъ разрѣшенъ, то вопросъ о содержаніи регресса рѣшался самъ собой: это содержаніе должно было оставаться такимъ-же, какъ если бы раздѣлъ наслѣдства былъ произведенъ нормальнымъ порядкомъ, при личномъ участіи сонаслѣдниковъ. Но далѣе: регрессъ между сонаслѣдниками съ тѣмъ содержаніемъ, какое указано во второй части fr. 66 § 3 cit.— т. е. «интересъ»—не только въ высшей степени несправедливъ, но и не подтверждается другими рѣшеніями источниковъ: онъ несправедливъ, ибо, какъ совершенно основательно замѣчаетъ Строгаль [83]), управомоченному доставляетъ ничѣмъ не оправдываемую выгоду, а на обязанныхъ къ регрессу ложится излишне сурово и можетъ ихъ не только лишить всего того, что они получили въ наслѣдствѣ, но и заставить приплатиться собственнымъ кармапомъ; онъ не согласуется съ другими рѣшеніями источниковъ [84]), въ частности съ c. 14 Cod. 3. 36 (verb: «agnoscere detrimentum pro parte»), изъ которыхъ Дернбургъ выводитъ, въ случаѣ эвикціи у одного изъ сонаслѣдниковъ объектовъ его наслѣдственной доли, обязанность сонаслѣдниковъ разверстать между собой, пропорціонально ихъ долѣ участія въ наслѣдствѣ, ту сумму, *въ которую* при раздѣлѣ наслѣдства *былъ оцѣненъ* эвинцированный

---

[82]) *Rabel*, Haftung, стр. 117—119, признавая вторую часть fr 66 § 3 интерполированной предполагаетъ все же „dass er (sil. Papin) die Begrenzung des Anspruches auf den Schätzungswerth ausgesprochen hat"; съ этимъ по основаніямъ приводимымъ дальше въ текстѣ мы согласиться не можемъ.

[83]) *Strohal*, das deutsche Erbrecht (2-е издан.), стр. 363 слд.

[84]) *Strohal*. l. c. прим. 24. *Rabel*, Haftung, стр. 119, прим. 2.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

объектъ [85]). И, наконецъ, Папиніанъ для права своего времени не могъ дать регрессу то содержаніе, которое указано во второй части fr. 66 § 3 cit.: нельзя отрицать, что въ классическую эпоху «placitum divisionis» во многихъ случаяхъ, разъ только это допускалось свойствомъ объекта, скрѣплялось мапципаціей въ виду преимуществъ, связанныхъ съ выполненіемъ этого формальнаго акта; далѣе, изъ fr. 25 § 21 D. 10. 2 мы видимъ, что на обязанности судьи совершающаго раздѣлъ, лежало призвать сонаслѣдниковъ къ взаимному обезпеченію отъ эвикціи посредствомъ установленія «cautiones de evictione»; въ виду этого, если-бы Папиніанъ почему-либо въ своемъ рѣшеніи нашего случая нашелъ нужнымъ указать и содержаніе регресса, то онъ во всякомъ случаѣ могъ и долженъ былъ бы указать его такъ, чтобы въ него могъ уложиться и регрессъ изъ раздѣла, скрѣпленнаго мапципаціей, и изъ раздѣла, сопровождающагося установленіемъ «cautiones de evictione»; но совершенно ясно, что регрессъ съ содержаніемъ второй части fr. 66 § 3 cit. не удовлетворяетъ ни первому, ни второму случаю. Въ виду всего вышеизложеннаго необходимо признать вторую часть fr. 66 § 3 cit. добавленіемъ, и при томъ неосторожнымъ и неудачнымъ добавленіемъ, сотрудниковъ Трибоніана.

Содержаніе a-s empti въ исторической перспективѣ.

Подведемъ итогъ анализу текстовъ, свидѣтельствующихъ о содержаніи a° empti въ классическомъ правѣ эпохи, приблизительно, Северовъ: 1) въ это время въ Римѣ дѣйствовало прежде всего правило, съ которымъ встрѣчаемся въ дѣйствующемъ французскомъ и нѣмецкомъ правѣ, и которое проектировано для будущаго русскаго права [86]), а именно: *продавецъ отвѣчаетъ предъ покупателемъ за эвикцію по меньшей мѣрѣ въ размѣрѣ покупной платы;* 2) въ отдѣльныхъ случаяхъ отвѣтственность эта можетъ увеличиться, включая въ себя сумму

---

[85]) *Dernburg*, Pandecten, т. III § 176, 4.

[86]) Для французскаго права Cod. civ. Art. 1630 и 1631, основанные на доктринѣ *Потье* (Pothier, Vente 1, n. 69), который въ свою очередь повторялъ въ данномъ случаѣ ученіе знаменитаго Дюмулена (Molinaeus [† 1566], tractatus de eo quod interest № 68 слд.); то-же и въ итальянскомъ кодексѣ— Codice civile Art. 1486, 1487=Cod Nap. 1630. 1631—см. Giuseppe *Boggio*, della Evizione negli atti translativi di diritti e specialmente nella vendita (2-е изд.) 1894 № 285 слд. (стр. 312 слд.); для имперскаго нѣмецкаго права тотъ же результатъ вытекаетъ изъ § 440,1 B. G. B. въ связи съ § 323; для русскаго права будущаго: ст. 206 кн. V Проек. Гражд. Улож. [Объяснительная записка I, стр. 457]; для дѣйствущаго права тотъ же результатъ можетъ быть выведенъ изъ ст. 574, I ч. X т. Св. Зак. Гражд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

затратъ, которыя понесъ покупатель въ цѣляхъ улучшенія пріобрѣтенной имъ вещи; 3) возможность увеличенія отвѣтственности продавца выражается юристами (см. Paulus fr. 70 de evict. и fr. 43 E. V.) въ формѣ какъ-бы нововведенія, какъ-бы успѣховъ, достигнутыхъ развитіемъ права ихъ времени. А это въ свою очередь даетъ право предполагать для эпохъ предшествующихъ такое состояніе, когда отвѣтственность продавца ограничивалась покупной платой, когда продавецъ по *actio empti въ случаѣ эвикціи присуждался къ покупной платѣ, ни къ большей, но и не къ меньшей суммѣ* [87]). И, дѣйствительно, воспоминаніе о такомъ состояніи права весьма отчетливо сохранилось въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ. Такъ, прежде всего заслуживаетъ вниманія рѣшеніе Юліана, содержащееся въ fr. 84 § 5 Dig. de leg. I° (30); мѣсто это довольно длинно, но приведемъ изъ него только то, что имѣетъ непосредственное отношеніе къ нашему вопросу.

> Iulianus l. 33 digestorum. Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit..., pretio soluto... *actione ex empto pretium reciperabit, quemadmodum reciperaret, si homo evictus esset.*

Итакъ, лицу, заключившему о рабѣ договоръ купли—продажи въ невѣдѣніи, что этотъ рабъ назначенъ ему, покупателю, по отказу, и взнесшему наслѣднику—продавцу покупную плату, Юліанъ даетъ actio empti для полученія обратно уплаченной суммы и добавляетъ: «*quemadmodum reciperaret, si homo evictus esset*». Не ясно-ли, что для Юліана испытавшій эвикцію покупатель посредствомъ a° empti имѣетъ право на возвращеніе покупной платы?

Въ связи съ только что приведеннымъ взглядомъ Юліана пріобрѣтаетъ значеніе его-же взглядъ на послѣдствіе «pactum de non praestanda evictione», который чрезъ посредство Ульпіана сохранился въ извѣстномъ fr. 11 § 18 Dig. 19. 1.

> Sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, *ve-*

---

[87]) Срвн. *Rabel*, Haftung, стр. 143.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

rum tamen ut pretium reddat teneri. Ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatu iri: pretium quidem *deberi* re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventione, ut emptor rem amiteret et pretium venditor retineret.

Если продавецъ прямо, по договору съ покупателемъ сложившій съ себя отвѣтственность за эвикцію все же обязанъ, по мнѣнію Юліана, возвратить покупную плату, то тѣмъ болѣе къ тому обязанъ продавецъ, несущій отвѣтственность за эвикцію, и его отвѣтственность никакъ не можетъ быть ниже покупной платы.

И, наконецъ, весьма характерный fr. 13 § 9 Dig. A. E. V. 19. 1.

Ulp. l. 32 ad edictum. Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, *utrum ejus rei consequetur pretium integrum ex empto agens* an vero quod numeravit? et puto magis quod numeravit *propter doli exceptionem.*

Покупатель, внесшій лишь часть покупной платы, подвергся эвикціи; юристъ ставитъ вопросъ, имѣетъ ли покупатель посредствомъ actio empti право требовать лишь уплаченную часть платы или же всю цѣликомъ. Не безъ колебаній («et puto magis») вопросъ рѣшается въ первомъ смыслѣ на томъ основаніи, что искъ о покупной платѣ полностью парализуется эксцепціей «doli». Этотъ фрагментъ и вопросомъ, въ немъ поставленнымъ, и порядкомъ, какимъ этотъ вопросъ рѣшается, приводилъ въ изумленіе Беккера, который разсматривалъ вопросъ объ отвѣтственности продавца за эвикцію съ догматической точки зрѣнія[88]). Дѣйствительно, если признавать отвѣтственность продавца за эвикцію въ размѣрѣ интереса покупателя положеніемъ вполнѣ сложившимся и опредѣлившимся въ римскомъ правѣ классической эпохи, то fr. 13 § 9 cit. не можетъ не представляться во всѣхъ отношеніяхъ загадочнымъ: развѣ можно, спрашивать *о правѣ покупателя*, уплатившаго лишь часть покупной платы, *на возвращеніе* уплаченнаго или на удовлетвореніе его въ размѣрѣ всей покуп-

[88]) *Bekker*, Zur Lehre von der Evictionsleistung (1863 г.—Jahrbücher d. gemeinen Rechts, т. VI), стр. 331.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ной *платы, коль скоро содержаніе регресса* покупателя *образуетъ* его «*интересъ*», который, какъ открыто говорятъ догматики, не зависитъ отъ покупной платы и опредѣляется *стоимостью* вещи въ моментъ эвикціи съ прибавкой оцѣнки въ деньгахъ того вліянія, которое эвикція оказала вообще на имущественное положеніе покупателя? Далѣе, зачѣмъ, чтобы отразить требованіе покупателемъ «pretium integrum», необходима эксцепція т. е. преторское средство борьбы съ требованіемъ обоснованнымъ въ цивильномъ правѣ? И, наконецъ, развѣ рѣшеніе данное fr. 13 § 9 cit., т. е. присужденіе «quod numeravit» правильно? Развѣ, согласно вышесказанному, покупателю не долженъ быть присужденъ его «интересъ» за вычетомъ,—если покупная плата (вся или часть ея) не взнесена,—невзнесенной (всей или части) покупной платы?... Но всѣ эти недоумѣнія и возраженія немедленно отпадаютъ, какъ только мы признаемъ, что *фрагментъ нашъ предполагаетъ такое состояніе права, когда покупателю за эвикцію присуждалась лишь* (взнесенная имъ) *покупная плата*[89]. Тогда имѣетъ смыслъ и вопросъ, поставленный въ фрагментѣ, тогда разумно и рѣшеніе, къ которому онъ приходитъ, тогда, наконецъ, объяснимъ и указанный фрагментомъ процессуальный путь достиженія, даннаго юристомъ рѣшенія: цивильное право признаетъ за эвинцированнымъ покупателемъ право посредствомъ a° ex empto требовать возвращенія покупной платы, но преторъ находитъ несправедливымъ удовлетвореніе этого требованія въ томъ случаѣ, когда покупатель взнесъ лишь часть покупной платы: въ этомъ случаѣ преторъ заставляетъ вычесть, то, что продавцу еще причитается отъ покупателя, угрожая въ противномъ случаѣ парализовать все требованіе покупателя путемъ включенія въ формулу иска эксцепціи «doli» и, подчиняясь требованію претора, покупатель принужденъ ограничить свою претензію ео «quod numeravit».

---

[89]) Изъ того, что fr. 13 § 9 cit. принадлежитъ Ульпіану „вовсе не слѣдуетъ, еще, что и мысли, въ немъ высказанныя, принадлежатъ Ульпіану: Пернице убѣдительнѣйшимъ образомъ доказалъ, какъ часто въ своихъ комментаріяхъ къ эдикту Ульпіанъ выписываетъ мысли болѣе раннихъ юристовъ (особенно Помпонія и Юліана), скрывая имя авторовъ и не считаясь съ тѣмъ, что выписываемо имъ совсѣмъ непригодно для права его времени. *Pernice*. Ulpian als Schriftsteller (Sitzungsberichte der Berliner Academie 1885 г.), стр. 459 слд. 471 слд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Итакъ, въ конечномъ итогѣ всего вышесказаннаго объ a⁰ empti. не будетъ смѣлостью признать, *что въ развитіи иска существовала такая стадія, когда присужденіе изъ него ограничивалось покупной платой.*

Въ основѣ присужденія по гарантирующимъ стипуляціямъ лежитъ покупная плата.

Выше было объяснено, что изученіе развитія иска ex empto предпринято нами съ цѣлью подготовить выясненіе содержанія (присужденія по) гарантирующей стипуляціи. *И*, поэтому, *въ виду только что нами полученнаго вывода о содержаніи иска ex empto, мы обязаны придти къ заключенію*, что *по гарантирующей стипуляціи покупателю присуждалась*, (одинъ или нѣсколько разъ взятая), *покупная плата. И это заключеніе*, въ основѣ своей опирающееся на показаніе Paul. Sent. II. 17. 2, т. е. на равенство присужденій ex empto и по гарантирующимъ стипуляціямъ, *получаетъ* новое *подкрѣпленіе*, если исходить изъ состоянія права, засвидѣтельствованнаго fr. 2 h. t. (21. 2) т. е. *если остановить свое вниманіе на томъ, что actio empti возможна до эвикціи* и *приводитъ въ случаѣ отказа дать гарантію къ суммѣ, которая присуждается послѣ эвикціи по гарантирующимъ стипуляціямъ*; въ этомъ необходимо усматривать прямое указаніе на то, что ни одна изъ формъ гарантирующей стипуляціи не могла давать присужденія къ такой субъективно-измѣнчивой и неопредѣленной величинѣ, какой является понятіе «интереса»: все равно, будемъ-ли мы подъ этимъ терминомъ разумѣть ущербъ, нанесенный эвикціей или же ущербъ отъ отсутствія у продавца права, все равно интересъ не можетъ быть ликвидированъ въ первомъ случаѣ до эвикціи, во второмъ—до того пока будетъ установлено отсутствіе права у продавца. *Напротивъ, то, что продавецъ за отказъ дать гарантію до эвикціи присуждается къ тому-же, чѣмъ онъ отвѣчаетъ за эвикцію на основаніи гарантирующей стипуляціи, ясно доказываетъ*, что сумма присужденія по любой изъ формъ гарантирующей стипуляціи до эвикціи такъ-же ясно и легко можетъ быть опредѣлена, какъ и послѣ эвикціи, *что* слѣдовательно *присужденіе по гарантирующей стипуляціи, какова бы ни была ея формація, имѣетъ направленіе объективное*; и только покупная плата можетъ дать опорный пунктъ для построенія присужденія съ такимъ направленіемъ.

Поэтому, всѣ формы гарантирующей стипуляціи, и въ томъ числѣ и стипуляція habere licere, не могутъ имѣть въ основѣ присужденія «интересъ» покупателя, а должны опираться на покупную плату.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Послѣ всего вышесказаннаго остается лишь вкратцѣ остановиться еще на двухъ текстахъ: a) fr. 11 § 9. A. E. V. 19. 1 (Nerati-us и b) fr. 60 h. t. 21. 2 (Iavol).

a) fr. 11 § 9 cit.—Idem (scl Neratius) ait non tradentem quanti interest condemnari, satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet.

Фрагментъ этотъ [90]) оправдываетъ то содержаніе присужденія по гарантирующей стипуляціи, которое принято нами, двумя моментами: α) Присужденіе за непередачу вещи, равное, какъ прямо указано въ текстѣ интересу («quanti interest»), противополагается («verb. autem») присужденію за отказъ дать гарантію; это послѣднее, какъ мы знаемъ на на основаніи fr. 2 D. h. t. 21. 2, равняется присужденію по гарантирующей стипуляціи; слѣдовательно, гарантирующая стипуляція не приводитъ къ присужденію интереса. β) Присужденіе за отказъ дать гарантію ставится въ fr. 11 § 9 cit. въ параллель съ присужденіемъ *манципанта* (verb «*auctorem*») за,—это необходимо подразумѣвать въ текстѣ,—нарушеніе «auctoritas»; послѣднее же опирается на величину объективную, на покупную плату; слѣдовательно, на ту же объективную величину опирается и присужденіе по гарантирующей стипуляціи. Къ сожалѣнію, доказательная сила fr. 11 § 9 cit. можетъ быть ослаблена ссылкой на слова текста «satis... non dantem», которыя даютъ нѣкоторое основаніе предполагать, что самъ Нерацій относилъ свое разсужденіе лишь къ *одной* изъ формъ гарантирующей стипуляціи, именно къ т. н. «satisdatio secundum mancipium», о которой упоминаетъ tabula Baetica (v. 15. 16) и которая въ другихъ текстахъ называется «stipulatio auctoritatis».

fr. 60 de evict: стип. «habere licere» приводитъ къ присужденію покупной платы.

b) fr. 60 Dig. h. t. 21. 2 Javol. l. 2 ex Plautio.—Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.

---

[90]) *Girard*, Nouv. Rev. VIII (1884 г.) стр. 427 даетъ этому тексту совершенно неправильное толкованіе, на что указываетъ основательно *Rabel*, Haftung стр. 136 прим. 5. Толкованіе, близкое къ предлагаемому въ нашемъ текстѣ, даютъ: *Bechmann* I, стр. 678 въ концѣ, *Rabel*, въ цитированномъ мѣстѣ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Текстъ этотъ былъ приведенъ и истолкованъ въ первой главѣ [91]), потому здѣсь возможно ограничиться самими краткими замѣчаніями. Мы видѣли выше, что только въ текстахъ отъ эпохи Северовъ (fr. 70 h. t. fr. 43 D. 19 1) за искомъ ex empto признана возможность подняться выше покупной платы, при чемъ эта возможность представляется въ видѣ сравнительно недавняго нововведенія [92]); въ этомъ заключается основаніе для признанія фразы «et ex natura ex empto actionis hoc quod interest» въ текстѣ Яволена вставкой компиляторовъ. Затѣмъ слова «in venditione», если только признавать ихъ подлинными, обнимаютъ какъ формальное соглашеніе объ отвѣтственности за эвикцію безъ указанія въ немъ размѣра отвѣтственности т. е. именно стипуляцію формы «habere licere spondesne?», такъ и неформальное соглашеніе такого же содержанія и характера, прибавленное къ главному договору въ качествѣ т. н. «pactum adjectum». Во всякомъ случаѣ fr. 60 cit., очищенный отъ интерполяціи, даетъ прямое подтвержденіе того, къ чему направлено было все предшествующее изложеніе (этого §), а именно: *стипуляція «habere licere» приводила* въ случаѣ эвикціи *къ присужденію продавца въ размѣрѣ* «simpla restitia», т. е. *покупной платы.*

Несостоятельность взгляда Жирара на историческое значеніе стипуляціи habere licere.

Мы въ состояніи теперь дать сужденіе о состоятельности теоріи Жирара. Мы уже знаемъ, что онъ видитъ въ безусловной формѣ гарантирующей стипуляціи т. е. въ стипуляціи «habere licere» явленіе болѣе прогрессивное, (а слѣдовательно), и болѣе позднее въ сравненіи съ условной стипуляціей, т. е. съ т. н. «dupla» единственно потому, что первая стипуляція, по его мнѣнію, давала искъ съ присужденіемъ на интересъ вѣрителя [93]). Теперь мы видимъ, что источники этого послѣдняго положенія не только не подкрѣпляютъ, но, и даютъ показанія совершенно въ иномъ направленіи. Поэтому и все ученіе Жирара объ историческомъ значеніи стипуляціи habere licere и ея отношеніи къ другимъ формамъ стипуляціонной гарантіи должно быть отвергнуто, какъ несогласное съ источниками.

---

[91]) См. выше стр. 41.

[92]) См. выше стр. 122.

[93]) См. выше стр. 91.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Мы обратимся теперь къ теоріи Экка, въ основѣ которой лежитъ, какъ было выше указано, идея, діаметрально-противоположная той, которую старался провести Жираръ.

---

§ 8. Развитіе гарантирующей стипуляціи по теоріи Экка.

Эккъ о стипуляціи «habere licere»

Свои мысли о развитіи гарантирующей стипуляціи Эккъ высказываетъ въ началѣ второго параграфа своего извѣстнаго, нѣсколько разъ нами уже названнаго, этюда: «Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums», но излагаетъ ихъ кратко и сжато, и почти безъ представленія доказательствъ [94]). Въ развитіи стипуляціи Эккъ различаетъ два періода: до и послѣ признанія юридической силы за консенсуальнымъ договоромъ о куплѣ. Для перваго періода онъ приписываетъ стипуляціи значеніе весьма широкое: въ ней, по его мнѣнію, вмѣщается вся совокупность лежащихъ на продавцѣ обязанностей—«die dem Verkäufer obliegende Leistung überhaupt»—т. е. и обязанность передачи вещи и отвѣтственность за сохраненіе покупателемъ обладанія ею. Во второмъ періодѣ, когда продавецъ къ передачѣ могъ быть вынужденъ уже посредствомъ actio empti, значеніе стипуляціи съуживается: ея исключительное назначеніе—устанавливать регрессъ на случай эвикціи. Но вмѣстѣ съ тѣмъ съ этого времени стипуляція развивается дальше и при томъ въ двоякомъ направленіи: яснѣе и точнѣе формулируются условія, при наличности которыхъ регрессъ можетъ имѣть мѣсто, и опредѣленно указывается цѣль, къ которой приводитъ регрессъ. Въ стипуляцію теперь включается точно опредѣленная денежная сумма и причину этого включенія Эккъ усматриваетъ въ той трудности, съ которой сопряжено проведеніе изъ стипуляціи въ неопредѣленной редакціи иска въ случаѣ эвикціи на сумму большую единократной покупной платы [95]).

---

[92]) *Eck*, Verpflichtung стр. 15–18.

[95]) *Eck*, l. c: „Der Jnhalt der Stipulation war nun aber keineswegs von vornherein auf den Fall der Eviction besonders berechnet oder auch nur ausdrüklich darauf gerichtet, sondern er lautete anfangs ganz allegemein auf habere licere *Diese Worte* aber *umfasten* bei den nicht durch Mancipation zu vollziehenden Käufen *die dem Verkäufer obliegende Leistung überhaupt*; ihr Gebrauch drückte den Kaufconsens aus, und *ihre promissio verpflichtete daher ebenso zum tradere, wie zur Gewähr nach geschehener Tradition. Mithin war zunächst die Evictionsstipulation von einer allgemeinen Kaufstipulation noch nicht verschieden...* Erst

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Основной тезисъ Экка.

Таковы мысли Экка; при всей краткости, съ которой онѣ изложены, основная идея выступаетъ вполнѣ ясно: по мнѣнію Экка, стипуляція неопредѣленной редакціи и безусловная т. е. stipulatio rem habere licere въ порядкѣ историческаго развитія предшествуетъ стипуляціи опредѣленной и условной т. е. той, одинъ изъ случаевъ которой представляетъ «dupla».

Отмѣченная нами краткость, въ которой выражены мысли Экка, легко и вполнѣ объяснима: основная цѣль автора состояла въ изученіи конечныхъ стадій, которыхъ достигло римское право въ развитіи отвѣтственности продавца за неустановленіе права [96]); и, видя въ стипуляціи «habere licere» ступень весьма примитивную, Эккъ отнесся къ вопросу о развитіи гарантирующей стипуляціи, какъ къ вопросу, имѣющему второстепенное значеніе. Мы очень далеки отъ мысли дѣлать упреки автору, заслуги котораго вообще въ цивилистической наукѣ и въ дѣлѣ уясненія строенія римской купли въ частности такъ велики; но все-же не можемъ не пожалѣть о томъ, что Эккъ не далъ своимъ мыслямъ детальнаго развитія и обоснованія, такъ какъ онѣ, въ теперешнемъ ихъ видѣ, способны вызывать сомнѣнія, на которыя у автора не находимъ отвѣта, и которыя могутъ, пожалуй, вызвать недовѣріе къ исходной точкѣ зрѣнія автора: по крайней мѣрѣ, такъ объясняемъ мы себѣ то, что такой осторожный изслѣдователь какъ Жираръ, рѣшилъ представить развитіе гарантирующей стипуляціи въ порядкѣ совершенно обратномъ тому, въ какомъ представилъ это развитіе Эккъ.

Возраженія противъ гипотезы Экка.

Начнемъ съ указанія пункта, который въ ученіи Экка представляется намъ наименѣе вѣроятнымъ. Едва-ли можно признать, что стипуляція «habere licere» когда-либо, хотя-бы то было въ періодъ до

---

als der Kauf die Verpflichtung zur Tradition schon durch blossen Consens begründete, ohne eben dadurch den Verkäufer auch schon wegen Eviction haftbar zu machen, musten sich die beiden Obligationen ex emto und ex stipulatu von einander absondern und genauer entwikeln.. *Die Gewährleistungsstipulation erfuhr eine weitere Ausbildung* in der doppelten Richtung auf die Voraussetzungen und auf das Ziel des Regresses (стр. 15—16)... *Sicher ist als Inhalt* der Stipulation... das Versprechen, im Fall der Eviction dem Käufer *ein gewisses Vielfaches der Kaufsumme zu erstatten.. Der Grund für diese Aufnahme einer Summe in die Stipulation* [war]... *die Schwierigkeit aus der allgemein geffasten stipulatio habere licere nach geschehener Entwehrung eine Klage auf ein höheres Interesse, als das einfache Kaufgeld zu begründen* (стр. 17).

[96]) Срвн. „Einleitung“ въ этюдѣ Экка.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

документахъ, удостовѣряющихъ погашеніе долга, т. н. «apochae»— развитія купли консенсуальной, періодъ о которомъ въ источникахъ почти не сохранилось воспоминаній, обладала силой обязывать къ передачѣ. Экк говоритъ: «zunächst war die Evictionsstipulation von einer *allgemeinen Kaufstipulation* noch nicht verschieden», и этимъ положеніемъ, очевидно, приходитъ въ тѣснѣйшее соприкосновеніе съ весьма распространенной въ наукѣ гипотезой,—извѣстной подъ именемъ т. н. стипуляціонной теоріи,—согласно которой куплѣ, какъ контракту консенсуальному, предшествовала такая стадія, когда сдѣлка эта заключалась въ двухъ односторонихъ въ стипуляціонной формѣ данныхъ и, по Іерингу, взаимно обусловленныхъ—обѣщаній продавца и покупателя [97]). Вопросъ о состоятельности этой гипотезы въ данномъ мѣстѣ возможно оставить открытымъ [98]), такъ какъ занимающій насъ тезисъ Экка доступенъ проверженію или, по меньшей мѣрѣ, возраженіямъ и безъ обсужденія состоятельности стипуляціонной теоріи. Противъ обязанности передачи, какъ части въ содержаніи стипуляціи habere licere, рѣшительный протестъ заявилъ Бехманнъ, по взгляду котораго, наша стипуляція не только не въ силахъ обязать къ активной дѣятельности, необходимой для передачи, но даже не связываетъ промиттента въ томъ чисто пассивномъ отношеніи, которымъ связанъ, напримѣръ, наслѣдникъ, обремененный легатомъ въ формѣ «sinendi modo» (Gai II. 209), и которое сводится къ обязанности допустить управомоченнаго къ самостоятельному овладѣнію вещью. И Бехманнъ, поэтому вообще отказывается понять, какимъ образомъ обѣщаніе, суть котораго выражена въ терминахъ «habere licere», могло служить вѣрителю [99]) основаніемъ для достиженія обладанія надъ вещью. Этимъ, очевидно, Бехманнъ хочетъ сказать, что наша стипуляція заключалась сторонами уже послѣ или, по крайней мѣрѣ, одновременно съ врученіемъ вещи пріобрѣтателю ея. И эту же мысль открыто высказываетъ и защищаетъ Рабель, исходя изъ значенія глагола «habere» въ языкѣ технически-юридическомъ: глаголъ этотъ фигурируетъ въ

a) Stip. «habere licere» не обязывала къ передачѣ.

---

[97]) Указанія литературныя, равно какъ и главнѣйшія аргументы, на которые опирается эта гипотеза см. Girard Manuel стр. 532 прим. 1.

[98]) Послѣдующее изложеніе само собой покажетъ, что въ этой гипотезѣ правильно; здѣсь замѣтимъ только, что она—съ надлежащими измѣненіями—вполнѣ уживается,—а не противорѣчитъ, какъ повидимому склоненъ думать Жираръ (Manuel l. c.),—съ принятой нами [въ § 1 первой главы] гипотезой „реальнаго“ прошлаго купли продажи.

[99]) *Bechmann*, Kauf. I стр. 380—381.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

здѣсь его значеніе, равно какъ значеніе соотвѣтствующаго ему въ греческихъ написанныхъ актахъ термина «ἀπέχειν», выяснено тщательными изслѣдованіями Эрмана [100]);—онъ встрѣчается, далѣе, въ очень древнихъ формулахъ наприм., въ формѣ назначенія legatum per vindicationem, въ интердиктѣ de arboribus caedendis, и вездѣ ему, по мнѣнію Рабеля, присущъ тотъ-же оттѣнокъ въ значеніи, что и нѣмецкому «behalten», т. е. удерживать (для времени будущаго) обладаніе какимъ либо предметомъ, который уже находится во власти обладателя [101]). Введя это значеніе «habere» въ нашу стипуляцію, мы должны будемъ признать, что она предполагаетъ передачу уже совершившейся или же совершающейся одновременно съ заключеніемъ самой стипуляціи. И подкрѣпленіе этой мысли, думаемъ, можетъ быть получено изъ разсмотрѣнія одного мнѣнія Нерація, въ которомъ заслуживаетъ вниманія размѣщеніе юристомъ возможныхъ для actio empti цѣлей. Это—fr. 11 § 8. E. V. 19. 1, гдѣ читаемъ: «Neratius... ait ex empto actionem esse, ut habere licere emtore caveatur, *sed et* ut tradatur ei possessio». Почему, спрашивается, передача, въ которой покупатель заинтересованъ прежде всего, отодвинута въ сравненіи съ обязанностью отвѣтствовать за эвикцію на второй планъ? Строеніе этой сентенціи легко объяснить, если предположить, что Нерацій повторяетъ традиціонную формулировку, которая сложилась еще въ ту эпоху, когда признаніе силы за куплей консенсуальной было дѣломъ сравнительно недавняго прошлаго. Въ эпоху, когда купля продажа находилась еще въ стадіи акта натуральнаго или реальнаго, сдѣлка эта для объектовъ изъ разряда res nec mancipi свершалась тѣмъ, что продавецъ вручалъ въ обмѣнъ на покупную плату вещь и обязывался предъ получателемъ вещи стипуляціей «habere licere»; послѣдняя, такимъ образомъ, составляетъ существенную и необходимую принадлежность сдѣлки. Поэтому, если-бы продавецъ по той или иной причинѣ не далъ этой стипуляціи, то «bona fides», управляющая отношеніями сторонъ, обязываетъ продавца довершить начатое и покупателю дается искъ: «ut habere licere [ei] caveatur» [102]); Въ дальнѣйшемъ развитіи

---

[100]) *Erman*, Sav. Zeitschrift der Savigny—Stiftung (R. A.) т. 20-ый стр. 206 слд.—*онъ-же* Archiv für Papyrusforschund т. I: „Die Hale-Quittung, bei den Griechen“ стр. 77 слд.

[101]) *Rabel*, Haftung стр. 46 прим. 2.

[102]) Такимъ образомъ, вопреки общепринятому мнѣнію, мы не связываемъ возникновеніе actio empti съ признаніемъ силы *за консесуальнымъ* контрактомъ купли.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

обѣщаніе передать вещь за деньги изъ «pactum nudum» переходитъ въ юридически дѣйствительное обязательство и въ соотвѣтствіи съ этимъ къ прежней цѣли иска покупателя присоединяется новая: «ut tradatur ei [scl emptori] possessio?[103]) Если принять предложенное здѣсь толкованіе fr. 11 § 8 cit., то изреченіе Нерація въ первой своей части служитъ подкрѣпленіемъ того, что *въ періодъ до признанія силы за куплей консенсуальной*,—а къ этому именно времени и относитъ свою гипотезу Эккъ—*стипуляція «habere licere» заключалась или одновременно съ врученіемъ вещи, или же послѣ него, и потому обязывать къ передачѣ, уже выполненной, не могла.*

Эккъ игнорируетъ то, что наша стипуляція in faciendo consistit.

Далѣе намъ кажется, что развитіе гарантирующей стипуляціи въ изображеніи Экка оставляетъ скрытымъ то внутреннее принципіальное различіе, которое на основаніи источниковъ слѣдуетъ видѣть между обѣими формами гарантирующей стипуляціи: безусловной («habere licere»)—и условной (dupla или simpla). По мысли Экка вторая представляетъ лишь болѣе точное и подробное опредѣленіе того, что уже заключается въ первой и лишь въ такомъ смыслѣ Эккъ говоритъ о «дальнѣйшемъ развитіи» («eine weitere Ausbildung»), которое получила гарантирующая стипуляція[104]). Однако, изъ сопоставленія стипуляціи «habere licere» въ той редакціи, которая сохранилась у Варрона (Rer. Rus. II. 2. 6), съ формуляромъ «duplae» въ той реконструкціи, которую предлагаетъ Эккъ[105]) и которая, несомнѣнно, весьма близка къ истинѣ, видно, что въ первомъ случаѣ предъ нами obligatio quae in faciendo consistit, налагающее обязанность къ извѣстной *дѣятельности*, тогда какъ вторая форма представляетъ собой исключительно obligatio *in dando*. И если къ этимъ фактамъ мы присоединимъ обще-извѣстную строгость и точность, съ которой старо-римская практика относилась къ составленію сдѣлокъ и ихъ толкованію, то

---

[103]) И здѣсь мы уклоняемся отъ точки зрѣнія Бехмана,—наибольшаго авторита по вопросу объ исторіи римской купли,—который предполагаетъ даже для консенсуальной купли такую стадію, когда сдѣлка эта представляла „negotium strictum“ (см., напр., Bechmann, I стр. 467: „Kauf und Miethe... ursprünglich und geraime Zeit ohne den Charakter bona fides existirt haben“), мы думаемъ, что купля безъ дѣйствія въ ней началъ „bona fides“ едва-ли возможна; другой вопросъ, что самое понятіе „bona fides“ исторически измѣнчиво, развивается съ ходомъ исторіи и въ ширь и въ глубь.

[104]) См. *Eck*, Verpflichtung стр. 16.

[105]) *Eck*, Verpflichtung стр. 19. 20 ср. выше вын. 95.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

естественно заподозрить, что различіе въ построеніи формуляровъ той и другой стипуляціи предполагаетъ и различіе въ практическомъ ихъ дѣйствіи и послѣдствіяхъ. И, если-бы поставить вопросъ объ этихъ практическихъ различіяхъ, если-бы спросить, въ чемъ именно состоитъ та дѣятельность, которую требуетъ гарантія безусловная и къ которой не обязываетъ гарантія условная, то на этотъ вопросъ въ изложеніи Экка мы не найдемъ никакого отвѣта.

c) Эккъ игнорируетъ стипуляцію «simlae».

Въ тѣсной связи съ только что указаннымъ стоитъ и то обстоятельство, что одна изъ формъ условной гарантіи, а именно стипуляція «simplae», содержаніе которой съ точностью видно изъ Pap. Brit. 229 [106]), Эккомъ совершенно упущена изъ виду, при объясненіи причинъ, вызвавшихъ замѣну неопредѣленно редактированной стипуляціи, т. е. habere licere формами съ опредѣленнымъ указаніемъ суммы отвѣтственности продавца [107]). Мы выше видѣли, что обѣ стипуляціи, т. е. и «habere licere» и «simpla» въ случаѣ эвикціи даютъ покупателю искъ въ размѣрѣ покупной платы. Въ виду этого не только несостоятельно то объясненіе, которое предлагаетъ Эккъ, но и опять поднимается Эккомъ не разрѣшенный вопросъ: въ чемъ же различіе въ содержаніи отвѣтственности по стипуляціи «habere licere» и «simpla», какая изъ этихъ формъ и почему должна быть признана формой болѣе ранней и примитивной?

d) Эккъ не даетъ объясненія стипуляціи habere licere perse.

И наконецъ, содержаніе стипуляціи habere licere, въ частности обязанность продавца и его наслѣдниковъ не препятствовать обладанію покупателя, въ сближенія съ вещнымъ эффектомъ, который при наличности у продавца права собственности, является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ выполненія купли, не можетъ не вызывать недоумѣнія: казалась бы вещная позиція, пріобрѣтаемая покупателемъ, въ достаточной мѣрѣ ограждаетъ его отъ какихъ бы то ни было посягательствъ со стороны продавца и его наслѣдниковъ, и рядомъ съ этимъ совершенно излишне установленіе особымъ соглашеніемъ личной связанности продавца и его наслѣдниковъ. Однако, это явленіе, которое съ точки зрѣнія практико-догматической представляется, какъ сказано, лишеннымъ разумнаго основанія, по всей вѣроятности, имѣетъ свое оправданіе въ историческомъ прошломъ купли и ея послѣдствій. По-

---

[106]) Документъ этотъ приведенъ выше на стр. 103.

[107]) *Eck*, Verpflichtung стр. 17 въ концѣ—ср. выше вып. 95.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

этому-то мы и думаемъ, что историческое освѣщеніе развитія гарантирующей стипуляціи и выразившагося въ ней состава обязанностей продавца должно также опредѣлить и указать то отношеніе, въ которомъ,—именно съ точки зрѣнія исторической,—стояла личная связанность продавца и его наслѣдниковъ не вмѣшиваться въ обладаніе покупателя къ вещному эффекту, который создается въ результатѣ купли для покупателя. И обратно: любая картина исторіи гарантирующей стипуляціи, разъ только она оставляетъ безъ освѣщенія именно эту сторону дѣла, должна быть признана страдающей пробѣломъ и неясностью.

Причина слабости теорій Экка и Жирара.

И Эккъ, и Жираръ, существенно расходясь въ конечномъ результатѣ своихъ построеній, сходятся въ томъ, что работаютъ одинаковымъ пріемомъ: оба они стремятся раскрыть развитіе гарантирующей стипуляціи, опредѣлить ея исходное содержаніе, и установить ея историческую роль и значеніе исключительно на основаніи тѣхъ данныхъ, которыя можно почерпнуть изъ римскихъ источниковъ. Но мы уже имѣли случай замѣтить, что именно для наиболѣе раннихъ стадій въ развитіи института показанія римскихъ источниковъ и скудны, и смутны, и потому загадочны. Особенно это относится къ стипуляціи «habere licere»: что положительнаго, достовѣрнаго, можемъ мы сказать о ней на основаніи того, что сохранилось въ источникахъ классической эпохи? единственно то, что мы имѣемъ дѣло съ правовой фигурой, смыслъ и значеніе которой неясны и понятны уже для классическихъ юристовъ, и потому именно, что этотъ смыслъ и это значеніе скрыты гдѣ-то въ глубинѣ отдаленнаго прошлаго. Естественно поэтому, что изслѣдователь, замкнувшійся въ кругъ подобнаго рода источниковъ, строго говоря, долженъ отказаться отъ всякаго болѣе или менѣе опредѣленнаго рѣшенія вопроса объ историческомъ прошломъ гарантирующей стипуляціи, ибо малѣйшая опредѣленность легко можетъ повести его къ коллизіи съ источниками. И подтвержденіе этому мы и видимъ на теоріи Жирара: его основной тезисъ—превосходство «habere licere» надъ другими формами стипуляціонной гарантіи—поставленъ имъ ясно и опредѣленно; но къ сожалѣнію, именно этотъ тезисъ, какъ мы старались показать выше, не оправдывается источниками и долженъ быть признанъ несоотвѣтствующимъ исторической дѣйствительности.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Въ ученіи Экка мы встрѣчаемся съ построеніемъ гораздо болѣе неопредѣленнымъ, гораздо менѣе рѣзко очерченнымъ. Благодаря этимъ свойствамъ Эккъ, по крайней мѣрѣ, въ основной тезѣ своего ученія не становится въ прямую коллизію съ показаніями источниковъ, но въ то же время тѣ же свойства лишаютъ его ученіе убѣдительности и доказательности. И въ самомъ дѣлѣ, все, что въ источникахъ говоритъ противъ исходнаго положенія Жирара, все это говоритъ въ пользу того, что Эккъ стоялъ на правильной точкѣ зрѣнія, когда стремился представить стипуляцію «haberе licere» наиболѣе ранней и наименѣе развитой формой гарантирующей стипуляціи. Но, съ другой стороны, нельзя не признать, что у самого Экка мы не находимъ достаточнаго доказательства правильности основной тезы его ученія, такъ какъ тѣ немногія положенія, которыя нами разобраны выше, по своей несостоятельности или неопредѣленности не могутъ быть признаны доказательными аргументами.

Подкрѣпленіе Рабелемъ гипотезы Экка методомъ сравнительнымъ.

Въ виду всего вышесказаннаго нельзя не привѣтствовать, какъ шагъ прогресса, попытку Рабеля освятить темный вопросъ о развитіи гарантирующей стипуляціи пріемомъ историко-сравнительнаго изученія [108]). Рабель основнымъ своимъ положеніемъ, именно взглядомъ на стипуляцію haberе licere, какъ наиболѣе примитивную форму гарантирующей стипуляціи, примыкаетъ къ Экку; но внесеніе въ вопросъ историко-сравнительнаго освѣщенія, не только придаетъ построенію Рабеля характеръ самостоятельности, но и даетъ достаточное основаніе признать въ ней такое рѣшеніе вопроса, которое наиболѣе приближается къ истинѣ: Рабель достигаетъ обоснованности того положенія, изъ котораго исходилъ Эккъ, но исходилъ въ сущности безъ представленія достаточныхъ основаній; во вторыхъ, благодаря гипозетѣ Рабеля картина развитія гарантирующей стипуляціи представляется въ такомъ видѣ, что получаютъ удовлетворительное разрѣшеніе и объясненіе и всѣ тѣ детальные пункты и вопросы, которые остались слабо освѣщенными у Экка. Это даетъ основаніе видѣть въ гипотезѣ Рабеля построеніе, наиболѣе приближающееся къ исторической дѣйствительности [108a]).

---

[108]; *Rabel*, die Haftung des Verkäufers wegen Mangels in Recht стр. 35—65.

[108a]) См. отзывъ о трудѣ Рабеля. Wenger въ Zeitschrift für Privat—und Oeffentliches Recht der Gegenwart т. 31 стр. 159 слд., въ особенности стр. 164 и Erman, Savigny-Zeitschrift (R. A.) т. 25 стр. 457 слд.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Рабель строитъ свои заключенія, на основаніи изученія обязанностей продавца въ правѣ другихъ народовъ древняго и новаго міра: построеніе этихъ обязанностей ярко и ясно выражается въ многочисленныхъ къ намъ дошедшихъ актахъ купли-продажи. При этомъ, естественно Рабель избираетъ такія правовыя системы, которыя ближе другихъ способны бросить свѣтъ на исторически темные вопросы римскаго права: таковы право эллинистическое, и раннее германское право.

Для сужденія о степени состоятельности выводовъ Рабеля необходимо сдѣлать, хотя-бы въ краткихъ чертахъ, характеристику разработаннаго имъ матеріала.

---

§ 9. Стипуляція „habere licere“ въ историко-сравнительномъ освѣщеніи. Гипотеза Рабеля.

Греко-египетскіе папирусы.

Составъ сдѣлки купли-продажи въ греко-восточномъ правѣ мы въ состояніи изучить благодаря показаніямъ папирусовъ, которые найдены были въ большомъ числѣ, начиная съ конца семидесятыхъ годовъ истекшаго XIX столѣтія, (зима 1877—78 г.—находка въ El-Fajum), въ различныхъ мѣстностяхъ Египта. Въ настоящее время они публикуются въ различныхъ изданіяхъ, предпринятымъ при непосредственнымъ участіемъ и ближайшемъ руководствѣ лучшихъ знатоковъ античной палеографіи [109]). По датѣ своего происхожденія документы эти обнимаютъ болѣе чѣмъ пятисотлѣтній періодъ времени, начиная отъ эпохи Птоломеевъ и кончая подчиненіемъ Египта власти арабскихъ завоевателей въ половинѣ VII столѣтія нашей эры. Содержаніе того, что даютъ папирусы, крайне разнообразно, затрагиваетъ почти всѣ стороны античной культуры, и благодаря этому греко-египетскіе акты являются прежде всего источникомъ первостепенной важности для историка античной культуры вообще [110]). Но не менѣе велико

---

[109]) Свѣдѣнія о различныхъ публикаціяхъ по Ноябрь 1899 года даетъ *Wilken*, Archif. f. Papyrusforschung Bd. 1 Heft. 1 стр. 2 слд., тамъ же и систематическій обзоръ юридическаго матеріала, содержащагося въ папирусахъ, къ этому слѣдуетъ присоединить, *Wilken*, Archiv f. Papyrusforschung Heft. 3 стр. 544—552.

[110]) Общую характеристику значенія этихъ документовъ для различныхъ сторонъ изученія древности даетъ *Wilcken*, Die griechischen Papyrusurkunden (Brln. 1897).—также *L. Mitteis*. Aus den griechischen Papyrusurkunden (Lpzg. 1900). и *L Wenger*. Papyrusforschung und Rechtswissenschaft (Graz 1903); въ послѣдней брошюрѣ стр 13 слд. краткая исторія находокъ папирусовъ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

нхъ значеніе и для юриста [111]): цѣлый рядъ папирусовъ имѣетъ содержаніе юридическое, касается самыхъ важныхъ вопросовъ права публичнаго, процессуальнаго и наконецъ, гражданскаго; къ послѣднему прямое отношеніе имѣютъ тѣ документы, на которыхъ закрѣплены самыя разнообразныя частно-правныя сдѣлки, какъ то заемъ, квитанціи о погашеніи долга, наемъ, купля-продажа, брачные контракты съ опредѣленіемъ имущественныхъ отношеній супруговъ, завѣщанія и др. Теперь, благодаря главнымъ образомъ почину Миттейса въ его извѣстномъ трудѣ «Das Reichsrecht u. Volksrecht in den östlichen Provinzen der römischen Kaiserzeit» [112]), на Западѣ рядъ выдающихся юристовъ историческаго направленія посвящаетъ свои силы юридическому анализу этихъ документовъ и, результаты, при этомъ получаемые, бросаютъ иногда неожиданно новый свѣтъ на многія темныя явленія исторіи римскаго права.—Для романистовъ особую цѣнность имѣютъ греческіе акты птоломеевской и римской эпохъ: они не только вводятъ насъ въ повседневную дѣловую практику страны съ высоко развитой культурой, но и наглядно и убѣдительно удостовѣряютъ, что въ Египтѣ на протяженіи ряда столѣтій, отъ эпохи Лагидовъ и во весь римскій періодъ, далеко вглубъ т. н. византійскаго періода римской исторіи, дѣйствовало право, которое по формальной законченности и технической обработкѣ, конечно уступаетъ праву римскому, но по богатству идей и глубинѣ содержанія является его достойнымъ соперникомъ:—право это—греческое, точнѣе эллинистическое [113]). Къ сказанному остается добавить, что благодаря особенностямъ юридическаго положенія Египта въ эпоху Діадоховъ и въ первыя два столѣтія римскаго господства рядомъ съ актами, написанными по гречески съ соблюденіемъ греческихъ формъ и по указаніямъ греческаго права, имѣются къ намъ дошедшіе національные или т. н. демотическіе акты, которые написаны на туземномъ языкѣ, съ соблюденіемъ формъ и тре-

Значеніе актовъ птоломеевской и римской эпохи.

[111]) Для юриста особенно любопытенъ только-что названный этюдъ Wenger'a: здѣсь, слѣдуя порядку пандектной системы, авторъ обозрѣваетъ кратко то, чѣмъ исторія римскаго гражданскаго права и процесса обогащается благодаря изслѣдованіямъ папирусовъ (стр. 25—50).

[112]) Объ этомъ трудѣ великій Моммзенъ далъ слѣдующій отзывъ: „Mitteis Volksrecht ist ohne Frage unter den in unserer Zeit auf dem Gebiet des alten Rechts angestellten Untersuchungen eine der *„vorzüglichsten und förderndsten"* (Mommsen, Röm strafrecht (стр. 116 прим. 1).

[113]) Mitteis, Reichsrecht. Cap. 2 „Hellenistisches Recht стр. 61 слд.; онъ-же, Aus den Papyrusurkunden стр. 19, 20 и выноска 29.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

бованій національнаго права; они доступны неспеціалистамъ чрезъ посредство египтологовъ и въ особенности благодаря Ревилью, который установилъ какъ для другихъ контрактовъ, такъ и для контрактовъ купли-продажи основную схему [114]). Значеніе демотическихъ контрактовъ двояко: съ одной стороны, въ нихъ отражается обычное, народное право, восходящее въ весьма отдаленному времени, съ другой—сравненіе ихъ съ греческими актами птоломеевской эпохи показываетъ, что эти послѣдніе повторяютъ нѣкоторые статьи и оговорки, присущія контрактамъ демотическимъ [115]).

Составъ обязанностей продавца въ греко-египетскихъ актахъ.

Какъ сказано, въ числѣ частно-правныхъ актовъ, представленныхъ папирусами, имѣется достаточное количество актовъ купли-продажи, которые по датѣ своей приходятся на періодъ отъ эпохи Птоломеевъ и кончая византійской эпохой римской исторіи. Изучая построеніе этихъ контрактовъ, изслѣдователи—Wessely, Gradenwitz и Rabel [116])—пришли къ выводу, что въ составѣ ихъ несмотря на значительныя отклоненія въ частностяхъ, имѣются и постоянныя черты и оговорки, преемственно повторяющіеся на протяженіи ряда столѣтій. Такъ, послѣ означенія даты сдѣлки, лицъ въ ней участвующихъ и ея предмета, помѣщается статья, въ которой продавецъ, удостовѣривъ полученіе покупной платы полностью [117]), заявляетъ о переуступкѣ имъ предмета продажи въ прочное и вѣчное обладаніе покупателя и его преемниковъ; въ болѣе раннихъ актахъ статья эта редактирована сравнительно кратко [118]); но съ теченіемъ времени редакція ея все расширяется и расширяется подъ очевиднымъ стремленіемъ по возможности

---

[114]) *Revillout* Chréstomatie demotique стр. XLII слд.—схему демотическихъ контрактовъ купли приводитъ Rabel, Haftung стр. 38 прим. 2.

[115]) *Spiegelberg*, Die demotischen Papyri der Strassburger Bibliothek стр. 9 слд.

[116]) *Wessely*, Corpus Papyrorum Raineri I стр. 9—16; *Gradenwitz*, Einführung in die Papyruskunde §§ 4. 5 (стр. 51—63) §§ 12. 13 (стр. 101—109). *Rabel*. Haftung стр. 40—41.

[117]) Заслуживаетъ вниманія, что это завѣреніе въ полученіи покупной платы дѣлается и тамъ, гдѣ въ сущности продажа совершается въ кредитъ ср. Wessely, l. c. „Mochte auch in Wirklichkeit der Preis nicht vollständig bezählt sein, mochten nur fingierte Darlehensurkunden für den Rast ausgestellt worden sein, der Kaufcontract beginnt mit den Worten: „Du hast bezahlt, mein Herz ist. befriedigt".

[118]) Такъ, въ греческомъ переводѣ одного демотическаго контракта соотвѣтствующая статья гласитъ: „σὰ ὅ'ἔστιν ἀπὸ τῆς ἐνεστώσης ἡμέρας ἐπὶ τὸν απαντα χρονον"—*Wessely*, Papyr. script. graec. specimina isagogica tab. 6, № 5 v. 5

ЦАБ "Автограф"
май 2021

полно и исчерпывающе охарактеризовать съ матеріальной стороны полноту власти, пріобрѣтенной покупателемъ [119]); встрѣчаемъ её въ прежней полнотѣ и объемѣ и въ актахъ, относящихся къ концу 3-го вѣка нашей эры [120]). Вслѣдъ за тѣмъ продавецъ принимаетъ на себя двоякаго рода обязательство: а) онъ обязуется за себя и за своихъ наслѣдниковъ не вступаться въ обладаніе покупателя, не оспаривать его: «μὴ ἐπέρχεσθαι, μὴ ἐπιπορεύεσθαι, μη ἐγκαλεῖν» [121]); b) онъ обязуется, на случай вступленія третьихъ лицъ съ притязаніями, въ проданное имущество (ἐπέρχεσθαι, ἀντιποιεῖσθαι, ἐπιφέρεσθαι), устранить (ἐξίστασθαι, ἀφίστασθαι, ἐκδικεῖν) эти притязанія; это и есть, какъ мы уже замѣтили, обѣщаніе защиты или «βέβαιωσις» [122]). Исполненіе обоихъ обязательствъ обезпечено неустойкой, которая слѣдовательно подлежитъ уплатѣ и въ томъ случаѣ, когда самъ продавецъ или его правопреемники посягнутъ на обладаніе покупателя, и тогда, когда эти- же лица не окажутъ защиты отъ третьихъ вступщиковъ; такъ, въ актѣ отъ 271 р. Ch.—Corp. Pap. Rain. № 9.—неустойка, которой связывается продавецъ начинается словами: «ἐάν δέ ἐπέλθω ἢ μὴ βεβιαώσω» т. е. «если я самъ нарушу (твое, покупателя, обладаніе)», или же не окажу (тебѣ) защиты» [123]).

Таковы наиболѣе типическія, постоянныя черты въ составъ грекоегипетскихъ купчихъ; въ отдѣльныхъ актахъ они получаютъ болѣе детальное опредѣленіе и развитіе. Такъ, иногда продавецъ къ обѣщанію оказать покупателю всяческую защиту присоединяетъ завѣреніе, что отчуждаемое имущество не состоитъ въ залогѣ и никому раньше имъ, продавцомъ, не было отчуждено. Но особенно стереотипна [124]) для актовъ отчужденія недвижимостей, начиная съ эпохи послѣ Антониновъ [125]) фраза, что отчуждаемое имущество: «καθαρὸν ἀπό τε ἄλλων πρά-

---

[119]) Въ этомъ отношеніи характеренъ и типиченъ актъ отъ 83—4 р. Ch. Corp. Rain. № 1, v. 18 sq.

[120]) См. „παραχώρησις“ отъ 271 р. Ch. Corp. Rain. № 9 vv. 12—13.

[121]) Рядъ актовъ, гдѣ встрѣчается эта статья, приводитъ Rabel стр. 37 прим. 2.

[122]) См. выше стр. 54 прим. 103, гдѣ приведено и указаніе актовъ.

[123]) См. актъ отъ 68 р. Ch. Kenyon, Grek Papyri in the Britisch Museum II, № 154 (стр. 179) v. 13 sq.

[124]) Это указалъ впервые Wessely Corpus Pap. Rain. I стр. 14.

[125]) Corp, Pap. Rain. №№ 64, 90, 103, 104, 106, 109, 112, 113, 122, 123, 130—132, 141, 144, къ сожалѣнію, всѣ эти акты дошли до насъ въ очень фрагментарномъ видѣ.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

σεων καὶ οἰκονομιῶν»: формула эта стоитъ въ связи съ регистраціей поземельныхъ правъ въ поземельномъ катастрѣ (βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων), и означаетъ, что въ этомъ катастрѣ отчуждаемая недвижимость значится чистою отъ предварительныхъ отмѣтокъ о продажѣ и отъ всякихъ вещныхъ обремененій (οἰκονομία), главнымъ образомъ отъ гипотекъ[126]).

Нотаріальные формуляры въ восточной практикѣ.

Наблюдая этотъ неизмѣнно на протяженіи ряда столѣтій повторяющійся составъ актовъ о куплѣ-продажѣ, нельзя не придти къ заклю-

---

[126]) Въ текстѣ затронутъ высоко интересный вопросъ о регистраціи вещныхъ правъ на недвижимость по греко-египетскому провинціальному праву, вопросъ, честь открытія и уясненія котораго—на основаніи данныхъ изъ папирусовъ—принадлежитъ Mitteis'у: см. его этюды въ Hermes, XXX, стр. 592—605; XXXIV, стр. 91–98, и въ особенности въ Archiv f. Papyrusforschung I, 183—199.—Несомнѣннымъ представляется слѣдующее: существовавшій издавна въ Египтѣ поземельный катастръ во время, къ которому относятся показанія папирусовъ, пріобрѣлъ значеніе учрежденія, приводящаго въ ясность и гласность поземельныя права, ибо въ т. н. „βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων“ заносились акты пересвоенія и вещнаго обремененія недвижимостей. Техника записей доведена была до такой высокой степени совершенства, что открывало возможность занесенія такихъ записей, которыя на языкѣ современныхъ вотчинныхъ уставовъ называются „предварительными отмѣтками“ или „Vormerkungen“, по нѣмецкой терминологіи. Процессъ укрѣпленія, повидимому, сводился къ слѣдующему. Отчуждатель сообщалъ объ отчужденіи въ центральное вотчинное установленіе „βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων“, которое, не найдя препятствій къ акту отчужденія, дѣлало у себя въ реестрѣ предварительную отмѣтку и давало знать мѣстному по нахожденію имущества нотаріату („γραφεῖον“,—хотя встрѣчаются и другія наименованія); здѣсь совершался самый актъ отчужденія, взносились пошлины и отсюда-же поступало увѣдомленіе въ центральную „βιβλιοθήκη“, которая обращала предварительную отмѣтку въ окончательную запись пересвоенія или обременія.—Правда, особенно важный и любопытный для юриста вопросъ, а именно степень осуществленія въ греко-египетскомъ поземельномъ правѣ того начала которое принято называть „принципомъ публичности“, остается неяснымъ,... но нельзя не согласиться съ Wenger'омъ, когда онъ говоритъ, что историко-юридическое изученіе папирусовъ „für den Rechtshistoriker eine neue Warnung davor sein muss, die Rechtsgeschichte vom einseitig nationalen Standpuncte aus zu betrachten“ (Wenger, Papyrusforschung, стр. 29). Венгеръ намекаетъ на то, что нѣмецкіе историки права усвоили себѣ обычай приписывать честь изобрѣтенія института вотчинныхъ книгъ и вотчинной записи германскому юридическому генію. Въ недавнее время славянскіе ученые (Іеричекъ, Ранда, Чиляржъ) открыли въ памятникахъ своей старины существованіе въ XIII вѣкѣ въ Богеміи и Моравіи т. н. „земскихъ досокъ“—рода гипотечныхъ книгъ. Теперь же приходится признать, что и народы античной культуры знали и съумѣли удовлетворить потребности занесенія перехода поземельныхъ правъ въ публично-достовѣрныя поземельныя книги.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ченію, что въ нотаріальной практикѣ Египта и, быть можетъ, восточныхъ провинцій имперіи вообще существовалъ издавна сложившійся и традиціонно сохранявшійся формуляръ. Но ошибочно было бы считать этотъ формуляръ искусственнымъ изобрѣтеніемъ нотаріусовъ или иныхъ составителей документовъ: и здѣсь, какъ и вездѣ, практика документовъ лишь закрѣпляетъ въ болѣе или менѣе удачной юридической формулировкѣ, то пониманіе сдѣлки и ея послѣдствій, которое соотвѣтствуетъ правовымъ воззрѣніямъ народа и сложилось въ немъ издавна, путемъ обычая.

Проникновение греко-восточнаго формуляра на Западъ. Равеннскіе акты.

Извѣстно, что въ послѣднія столѣтія западной римской имперіи начало совершенія сдѣлокъ въ письменной формѣ, издавна широко распространенное на Востокѣ [127]), проникаетъ и распространяется и на Западѣ; и благодаря этому возможно предположить, что нотаріальная практика Востока съ ея традиціонными формулярами, въ той или иной мѣрѣ оказываетъ вліяніе на нотаріальный стиль Запада. Въ нашемъ распоряженіи имѣются факты, которые, по крайней мѣрѣ, для актовъ купли-продажи позволяютъ провѣрить это предположеніе. Это извѣстные съ начала XIX столѣтія [127]) «равеннскіе юридическіе документы», которые представляютъ собой записи въ протоколы суда,—главнымъ образомъ равеннской куріи,—совершенія различныхъ сдѣлокъ, въ томъ числѣ и купли-продажи [129]). Ихъ дата,—большинство изъ нихъ относится къ VI вѣку нашей эры,—дѣлаетъ эти документы въ особенности назидательными, такъ какъ они стоятъ какъ бы на рубежѣ стараго и новаго міра и права. Въ равеннскихъ купчихъ мы находимъ также статью, выговаривающую неприкосновенность обладанія покупателя отъ какихъ бы то ни было будущихъ вмѣшательствъ въ него продавца и его правопреемниковъ; она редактирована здѣсь слѣдующимъ образомъ [130]):

---

[127]) О началѣ письменности сдѣлокъ и договоровъ на греческомъ востокѣ, см. *Gneist*, Formelle Verträge des neueren romischen Obligationenrechts (1845), стр. 419 слд., въ особенности стр. 421.—*Mitteis*, Reichsrecht, стр. 515 слд. *Rabel*, Haftung, стр. 35. *Wenger*, Papyrusforschung, стр. 34.

[128]) Равеннскіе документы впервые издалъ *Marini*. I papiri diplomatici (Roma 1805); отсюда ихъ перепечаталъ: *Spangeberg*, Juris Romani tabulae negotiorum solennium (1822 г.), акты купли помѣщены подъ №№ 48—60.

[129]) О равеннскихъ документахъ см. *Rudorff*, Röm Rechtsgeschichte I, § 87, стр. 233, прим. 10.

[130]) Marini, №№ 114. 115. 118 = Spang. № 49. 50. 52a. Rabel, стр. 42, прим 1.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

«venditores profitentur nullam se in posterum actores, procuratores, heredes successoresque suos adversus comparatorem aut heredes ejus moturi causam, litem, actionem, petitionem, repetitionem, vendecationem, controversiam ob eam rem habere aviturnmque esse in rem, aut in personam».

Аналогія съ обѣщаніемъ греко-египетскаго продавца: «μὴ ἐπελεύσεσθαί με μηδ' ἄλλους ὑπὲρ ἐμοῦ ἐπί σε τὴν ὠνουμένην μηδὲ ἐπὶ τοὺς παρά σου περὶ μηδενὸς ἁπλῶς τῆς δὲ τῆς πράσεως τρόπῳ μηδενί» (Corp. Pap. Rain. № 9 v. 14 sq.) полная, съ тою лишь разницей, что равеннскіе акты расплываются въ излишнемъ многословіи [131]). Равнымъ образомъ, въ равеннскихъ актахъ встрѣчаемъ заявленіе продавца, что онъ до учиненія настоящей продажи не совершилъ относительно отчуждаемаго объекта никакой сдѣлки отчужденія или обремененія; продавецъ говоритъ [132]):

«nullique antea portiones juris sui a se donatas, cessas, neque distractas, nec alicui offeduciatas nec cum quoquam se eas habere communes neque per cautionem neque per venditionem aliove quolibet jure traustulisse, sed sui juris professus est»...

Изъ этихъ актовъ обнаруживается, такимъ образомъ, что въ т. н. «вульгарномъ» римскомъ правѣ,—употребляемъ этотъ терминъ въ значеніи, установленномъ за нимъ Брунперомъ [133]).—обязанности продавца имѣли совершенно то-же построеніе, что и въ правѣ греко-египетскомъ.

Германскіе акты купли франкской эпохи.

Отъ этихъ явленій античнаго права перейдемъ, слѣдуя Рабелю [134]), въ область германскаго права; формулярные сборники эпохи меровингской и королингской даютъ богатый матеріалъ для опредѣленія состава сдѣлки купли-продажи; и здѣсь обязанности продавца въ своемъ

---

[131]) Mitteis, Reichsrecht, стр. 180: „Es ist nicht unmöglich dass manche der in den ravennatischen Urkunden vorkommenden Clauseln aus dem Notariatsstyl des Orients stammen". *Rabel*, Haftung, стр. 41.

[132]) *Marini*, №№ 115. 121. 122 = *Spang*. №№ 50 55. 56.—*Rabel*, Haftung, стр. 86, прим. 5.

[133]) *Brunner*, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde I, стр. 113. 139, Deutsche Rechtsgeschichte I, стр. 255.

[134]) *Rabel*, Haftung, стр. 42. 43.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

построеніи обнаруживаютъ близкое родство съ построеніемъ ихъ въ актахъ греко-египетскихъ. Наглядно это сказывается въ содержаніи условной части неустойки, которой франкскіе формуляры скрѣпляютъ силу продажи: неустойка подлежитъ уплатѣ въ двоякомъ случаѣ: а) если самъ продавецъ или его наслѣдники предъявятъ какой-либо споръ къ покупателю, и, b) если споръ будетъ предъявленъ третьими лицами, а продавецъ или его наслѣдники не окажутъ въ этомъ спорѣ покупателю защиты.

Form. Andecavenses [135]) № 21... et si fuerit (a) ego ipsi aut aliquis de heredibus meis (b) vel qualibet extranea persona, qui contra hanc vindicione... agere conaverit...

Ibid. № 27 [136])... et (a) si quis de nus ipsis aut de propinquis nostris (b) vel qualibet extranea persona, qui contra hanc vindicione agere conaverit...

Marculfi formul. l. II. № 19 [137]) ...si quis vero... (a) ego ipse aut aliquis de heredibus vel proheredibus meis (b) seu qualibet persona contra hanc venditionem venire temptaverit, aut me male vindedisse convicerit, et a me vel a meis heredibus non fuerit defensatum...

Ibid. № 22 [138]) ...si quis vero... (a) ego ipse aut aliquis de heredibus meis (b) seu qualibet persona contra hanc vindicionem venire temptaverit, aut eam infrangere voluerit...

Formul. Turonenses № 5 [139]) ...et si fuerit (a) aut ego ipse aut ullus de heredibus meis (b) vel quislibet persona, qui contra hanc vinditionem... repetitionem generare praesumpserit.....

Ibid. №№ 7. 8.

Cartae Senonicae № 2 [140]) ...si quis vero... (a) si ego ipse aut ullus de meis heredibus (b) vel quislibet opposita persona, qui contra hanc vindictione ista venire conaverit, et a me vel heredibus meis non fuerit defensatum...

---

[135]) *Monum. Germ.*, Leg. sectio V, Formulae pars prior (ed. *Zeumer*), p. 11.
[136]) *Ibid.* p. 13.
[137]) *Ibid.* p. 89.
[138]) *Ibid.* p. 90.
[139]) *Ibid.* p. 138.
[140]) *Ibid.* p. 186.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Formulae Salicae Lindenborgianae № 8 [141]) ...et si quispiam deinceps... (a) si ego ipse... aut ullus de heredibus (b) seu quelibet extranea persona... contra hanc cartolam vendicionis venire aut eam calamniare praesumpserit...

Тѣ-же идеи господствуютъ и въ практикѣ лангобардской [142]); въ т. н. «Cartularium Langobardicum» [143]) помѣщены двѣ формулы, которыя долженъ произносить продавецъ при вручении покупателю документа продажи, одна съ болѣе и другая съ менѣе широкимъ содержаніемъ обязанностей продавца. Согласно первой, которая названа въ сборникѣ «venditio cum defensione» продавецъ и его наслѣдники обязаны не только воздерживаться отъ предъявленія какого-бы то ни было спора къ покупателю, но и обязаны ему оказать защиту противъ всякаго третьяго лица «ab omni homine defensare». Во второмъ болѣе узкомъ формулярѣ—venditio sine defensione—продавецъ принимаетъ отвѣтственность лишь за личныя дѣйствія, куда, разумѣется, относятся распоряженіе отчужденнымъ объектомъ по той или иной сдѣлкѣ въ пользу третьихъ лицъ.

Traditio venditionis cum defensione (Mon. Germ. Leg. IV p. 595) form. № 2... trade... quod dehinc inantea a praesenti die proprietario nomine faciat ipse aut sui heredes aut cui ipsi dederint quidquid voluerint *sine omni contradictione tua et tuorum heredum. Et insuper esponde te, vos ab omni homine defensare; quod si defendere non potueritis, aut si per quodvis ingenium subtrahere quaesieritis,* tunc in duplum illis eandem venditionem restituatis.

Traditio venditionis sine defensione, ibid. form. № 3... et si apparuerit ullum datum aut factum aut scriptum aut aliqua firmitas, quae in alia parte facta habeatis, et clarefactum fuerit, *tunc de illa parte unde hoc apparuerit, promittatis ab omni homine defensare...* et si non apparuerit... nec promittatis illi defendere nec restaurare...

---

[141]) *Ibid.* p. 272.

[142]) Срвн. о лангобардскомъ формулярѣ *Rabel*, Haftung, стр. 42.

[143]) *Monument. Germ.* Leges. IV, pag. 595.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Спрашивается теперь, какъ объяснить эту близость германскаго права франкской эпохи праву греко-египетскому?

Рабель объясняетъ это явленіе прежде всего чисто внѣшнимъ процессомъ рецепціи: сложившійся въ нотаріальной практикѣ Востока формуляръ перешелъ на Западъ, и здѣсь, переживъ Имперію, сохранился въ каутелярной практикѣ германскихъ территорій франкской эпохи. Но Рабель указываетъ и другую, болѣе глубокую причину: сама рецепція чужого формуляра, по его мнѣнію, мыслима лишь въ предположеніи особой близости и родства мѣстныхъ національныхъ правовыхъ воззрѣній съ юридическимъ содержаніемъ реципируемаго формуляра [144]). Изъ двухъ этихъ объясненій Эрманъ, критикъ Рабеля, безусловно принимая первое, повидимому, склоненъ за вторымъ отрицать всякую силу и значеніе [145]). Конечно, нѣтъ никакихъ основаній оспаривать возможность той рецепціи, которую предполагаетъ Рабель; болѣе того, она представляется весьма вѣроятной. И все же, перенося центръ тяжести рѣшенія вопроса на внутреннее родство права національнаго и реципированнаго, Рабель, по нашему мнѣнію, стоялъ значительно ближе къ истинѣ, чѣмъ Эрманъ. Разрѣшенію вопроса, думается намъ, могутъ помочь свидѣтельства нашихъ старинныхъ купчихъ. Правда, ихъ складъ существенно разнится отъ вышеуказаннаго построенія формуляровъ греко-египетскаго и франкско-германскаго; но этимъ прежде всего исключается, сама по себѣ мало вѣроятная, мысль объ образованіи склада и состава старо-русскихъ купчихъ подъ какимъ либо иноземнымъ вліяніемъ; съ другой стороны, это именно и дѣлаетъ особенно важнымъ и цѣннымъ тотъ выводъ, который получается изъ разсмотрѣнія ихъ содержанія. А именно: должно признать, что и здѣсь связанность, налагаемая сдѣлкой на продавца, въ существенномъ своемъ содержаніи сходится съ тѣмъ что мы выше въ этомъ отношеніи извлекли изъ показаній актовъ античныхъ и германскихъ.

Старо-русскія купчія.

Если не считать относящейся къ XI вѣку купчей Антонія Римлянина, древнѣйшія наши купчія восходятъ лишь къ XIV вѣку и относятся къ землѣ Новгородской, точнѣе области Двинской [146]). Редактированы древнѣйшія изъ нихъ отъ имени покупателя, отличаются

---

[144]) *Rabel*, Haftung, стр. 35.

[145]) *Erman*, Savigny-Zeitschrift, т. 25, стр. 458.

[146]) Акты Юридическіе, № 71.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

краткостью редакціи и бѣдностью юридическихъ опредѣленій. Начиная съ XV и XVI вѣка мы имѣемъ купчія московскія [147]), а также совершенныя въ территоріяхъ западно-русскаго государства [148]), съ редакціей, измѣненной и болѣе распространенной, и значительно болѣе богатымъ юридическимъ содержаніемъ. Уже въ древнѣйшихъ купчихъ пріобрѣтатель находитъ нужнымъ указать, что пріобрѣтаетъ онъ то или иное имущество «одеренъ», «впрокъ», «обель», «себѣ и своимъ дѣтямъ ввѣки», «безъ выкупа» и всѣ эти различныя выраженія, думается намъ, выражаютъ ту-же мысль, что и обѣщаніе греко-египетскаго продавца: «μὴ ἐπελεύσεσθαί με μηδ' ἄλλους ὑπερ ἐμοῦ ἐπί σε», или гарантія, которую получалъ римскій покупатель въ видѣ стипуляціи продавца «habere licere *per se venientesque a se personas*», или, наконецъ, оговорка продавца въ германскихъ актахъ о продажѣ «sine omni sua et suorum heredum contradictione»; т. е. они исключаютъ возможность будущаго спора или вмѣшательства продавца и его наслѣдниковъ въ обладаніе покупателя; и въ нѣкоторыхъ актахъ мысль эта выражена въ открытой формѣ; таковы изъ актовъ двинскихъ и московскихъ: А. Ю. № 71, VI; № 97 и № 98; особенно характерна въ данномъ отношеніи купчая запись отъ 1508 г. на землю, проданную Кіевскому Пустынскому Николаевскому монастырю (Акты отн. къ ист. Южн. и Зап. Россіи, I, № 48); здѣсь продавецъ, оговоривъ, что продажа совершена имъ «обель вѣчно и непорушимо», нѣсколько ниже развиваетъ эту мысль такъ:

> «а потомъ мнѣ Солтану, а ни моей женѣ, ни моимъ дѣтемъ, ни моимъ внучатомъ, ни моей братьи, ни моему роду племени, ни моимъ ближнимъ *ненадобъ тое земли* подъ игуменомъ и подъ старци Пустыньскими *искати, а ни уступатися въ тую земли*»...

Далѣе, въ актахъ XVI вѣка мы встрѣчаемъ статью съ завѣреніемъ продавца, что до учиненія настоящей продажи онъ не совершилъ относительно объекта ея никакого распорядительнаго акта; но что, если-бы нашелся такой актъ, то онъ, продавецъ, принимаетъ на

---

[147]) Акты Юридическіе, №№ 72—99; Акты, относящіеся до Юрид. быта древн. Россіи, т. II, №№ 147—152.

[148]) Акты, относящіеся къ исторіи Южн. и Запад. Россіи, т. I, № 6, 48 69, 225.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

себя обязанность защищать или «очищать» покупателя «отъ тѣхъ кабалъ или крѣпостей» и не ввести покупателя въ убытокъ (см. напр. А. Ю. № 82, № 83, № 89, А. Ю. Б. II. № 147, XXII); въ виду этой статьи невольно приходитъ на память тотъ формуляръ лангобарскаго права, который въ «Cartularium» названъ «venditio sine defensione». Есть, наконецъ, акты, гдѣ статья объ очисткѣ редактирована настолько широко, что подъ понятіе лица, вступленіе котораго обязанъ отражать покупатель, подойдетъ всякій вступщикъ, а не только основывающій свое притязаніе на актѣ, выданномъ теперешнимъ продавцомъ. Такъ, напримѣръ:

> А. Ю. № 71. VI. «А *кто* почне наступати на ти земли, нно очищавити ти земли Онцифору и его дѣтямъ.
>
> А. Ю. № 79.
>
> А. Ю. № 83 (отъ 1550 г.): «А вылягутъ на тѣ пожни у кого нибудь кабалы или записи поручные или переводные... и мнѣ и моему сыну... отъ тѣхъ кабалъ и записей очищати тѣ пожни... а не учнемъ мы отъ тѣхъ кабалъ и записей очищати, нно на мнѣ... взяти по сей купчей сто рублевъ денегъ» («duplum pretii») и др.

Срвн. также вышеназванную кіевскую запись отъ 1508 (Ак. къ пст. юж. и зап Россіи, I. № 48), гдѣ статья объ очисткѣ редактирована такъ:

> «А хто ся будетъ у тую землю уступати, я радъ хочу съ ними посполъ её очищати».

Итакъ, и въ старо русскомъ правѣ замѣтно, и при томъ безъ всякихъ слѣдовъ какого либо иноземнаго вліянія, такое же двоякое содержаніе обязанностей продавца, какъ и въ правѣ греко-египетскомъ и старо-германскомъ. Очевидно, что мы имѣемъ дѣло съ вліяніемъ причинъ и идей, дѣйствовавшихъ одинаково и въ правѣ античномъ, и въ правѣ ново-европейскомъ, и на Востокѣ и на Западѣ. Проникновеніе въ эти идеи даетъ вышеустановленному составу обязанностей продавца объясненіе простое и естественное.

Выводы.

Первичной формаціей купли повсюду является т. н. купля натуральная въ смыслѣ непосредственнаго обмѣна вещи на деньги. Положеніе это не вызываетъ споровъ и въ виду вышеприведенныхъ актовъ

ЦАБ "Автограф"
май 2021

не можетъ ихъ вызывать. Но на вопросъ объ эффектѣ натуральной купли, мы получаемъ, наприм., отъ Бехманна [149]), (который въ данномъ случаѣ лишь выражаетъ общепринятое мнѣніе), такой отвѣтъ: предполагая, что продавецъ собственникъ, натуральная купля дѣйствуетъ исключительно вещно, не сопровождается никакими послѣдствіями обязательственнаго характера. Какъ поспѣшенъ такой отвѣтъ, лучше всего видно изъ состава и содержанія вышеприведенныхъ актовъ. Отвѣтъ Бехманна правиленъ лишь для такихъ стадій въ развитіи права, которыя уже владѣютъ не только понятіемъ вещнаго права, но и понятіемъ перехода этого права по преемству единичному. Между тѣмъ, едва-ли возможно сомнѣніе въ томъ, что для выработки и того, и другого понятія необходимъ былъ продолжительный и сложный историческій процессъ. Основные фазисы этого процесса открываются намъ изъ содержанія вышеприведенныхъ актовъ съ достаточной ясностью. Слѣдить за этимъ процессомъ со всѣмъ тѣмъ вниманіемъ, котораго онъ самъ по себѣ заслуживаетъ, мы не будемъ, ибо выполненіе подобнаго рода задачи столкнуло-бы насъ съ рядомъ темныхъ и сложныхъ вопросовъ исторіи права, и надолго отвлекло бы отъ прямой цѣли объясненія состава обязанностей продавца по куплѣ безъ манципаціи. Ограничимся поэтому лишь самымъ необходимымъ.

Мы вѣрно опредѣлимъ состояніе древняго права, если скажемъ, что *натуральная купля въ первичныхъ стадіяхъ своего развитія совершенно не знаетъ вещнаго эффекта, а дѣйствуетъ исключительно обязательственно* [150]). Вещь, врученная покупателю, поступаетъ въ его обладаніе, но обладаніе это—голо (nuda detentio), лишено всякой защиты. Покупатель лишенъ защиты противъ третьихъ лицъ въ томъ смыслѣ, что не можетъ быть стороной въ процессѣ, ими поднятомъ, онъ нуждается въ защитѣ продавца и обязываетъ его къ этой защитѣ. Объ этомъ мы уже подробно говорили въ первой главѣ [151]). Но покупатель (и его наслѣдники) столь же беззащитенъ противъ самого продавца и его наслѣдниковъ, которые всегда могутъ потребовать возвращенія имъ вещи [152]). И въ виду этого покупатель,

---

[149]) *Bechmann*, Kauf I, стр. 102 слд., 318. слд.

[150]) *Rabel*, Haftung, стр. 58.

[151]) См. выше, гл. I, § 9.

[152]) Доказательство этого права произвольнаго поворота продажи лежитъ въ слѣдующемъ: греко-египетскіе акты и германскіе франкской эпохи, ука-

ЦАБ "Автограф"
май 2021

чтобы съ одной стороны удержать продавца отъ этого требованія выдачи вещи, съ другой—вознаградить себя, на случай ея выдачи, уговаривается съ продавцомъ, что онъ (или его наслѣдники) обязаны будутъ уплатить ему извѣстную, и какъ показываютъ акты [153]), иногда очень значительную сумму за поворотъ къ себѣ вещи. Эта возможность вернуть къ себѣ вещь въ связи съ правомъ защищать её предъ третьими лицами показываетъ, что вся полнота власти надъ вещью остается, несмотря на продажу, за продавцомъ, а покупатель изъ сдѣлки пріобрѣтаетъ кромѣ чисто фактическаго обладанія и пользованія вещью, лишь право требовать отъ продавца (или его наслѣдниковъ) выговоренную въ договорѣ за прекращеніе дѣйствія сдѣлки сумму, и право требовать защиту отъ третьихъ вступщиковъ. Таково первопачальное значеніе и дѣйствіе сдѣлки купли-продажи.

Дальнѣйшее развитіе направлено на укрѣпленіе позиціи покупателя и въ соотвѣтствіе съ этимъ на ослабленіе связи продавца съ вещью. Наступаетъ пора, когда продавецъ и его наслѣдники уже не могутъ болѣе повернуть къ себѣ вещь, когда всякая ихъ попытка въ этомъ направленіи влечетъ за собой лишь уплату указанной въ договорѣ суммы съ сохраненіемъ вещи за покупателемъ. Ясно, что на этой стадіи развитія покупатель уже не простой обладатель вещи: теперь онъ имѣетъ надъ вещью власть («Gewere» «saisine»), но власть эта еще далека отъ теперешней собственности: власть эта лишь относительна, такъ какъ, дѣйствуя противъ продавца, его наслѣдниковъ и

завъ, что продавецъ или его наслѣдники, предъявивъ споръ къ покупателю, обязаны уплатить извѣстную сумму добавляютъ: „καὶ μηδὲν ἧσσον ἡ πρᾶσις κύρια ἔστω“ или же, какъ говорятъ франкскіе акты: „et quod repetit, vindicare non valeat, sed presens vindicio omni tempore firma permaneat“; на основаніи этого мы въ правѣ предполагать для стадій предшествующихъ такое состояніе права, когда уплатой означенной суммы продавецъ могъ вернуть къ себѣ вещь; очевидно также, что штрафъ за поворотъ выговаривается только потому, что такой поворотъ со стороны продавца и его наслѣдниковъ самъ по себѣ юридически возможенъ cf. *Rabel*, Haftung, стр. 52 53.—Весьма любопытно, что къ подобному же предположенію приходилъ изъ разсмотрѣнія старорусскихъ актовъ купли *Неволинъ*, Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ. т. III, ч. 1, стр. 338. 340; т. V. стр. 44: „Въ древнія времена въ случаѣ продажи само собой предполагалось право продавца обратить къ себѣ проданное имущество, уплативши покупщику полученныя отъ него деньги“.

[153]) Есть греко-египетскіе акты, гдѣ эта сумма въ 5 разъ превышаетъ покупную плату.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

единичныхъ преемниковъ, она не дѣйствуетъ противъ третьихъ лицъ, выступающихъ съ самостоятельными притязаніями къ вещи; противъ такихъ лицъ покупатель по прежнему не въ правѣ защищать себя и для отраженія ихъ притязаній по прежнему нуждается въ защитѣ продавца. На этой стадіи купля-продажа есть передача покупателю всей власти продавца надъ вещью съ обязанностью защищать покупателя въ теченіи извѣстнаго срока (въ германскомъ правѣ «Jahr und Tag») отъ вступщиковъ; и лишь по истеченіи этого срока покупатель пріобрѣтаетъ полную власть надъ вещью («Rechte Gewere» [154]), пріобрѣтаетъ право самостоятельно отражать притязанія третьихъ лицъ. Этому состоянію права соотвѣтствуютъ вышеприведенные акты, въ особенности германскіе [155]).

Для наступленія конечной стадіи развитія, для насъ теперь столь простой и естественной, стадіи, когда выполненіе купли сообщаетъ покупателю вещное право и вытекающую изъ него защиту противъ всѣхъ и каждаго, потребовался длинный рядъ вѣковъ, дѣйствіе цѣлаго ряда причинъ, а главное западно-европейскому праву потребовалась помощь рецепированаго римскаго права: это послѣднее должно было вытѣснить такое туманное и неопредѣленное явленіе, какъ національная «Gewere», своими ясными и отчетливыми категоріями вещнаго права, и вызвать измѣненія въ природѣ и характерѣ вещнаго иска; потребовался также цѣлый рядъ измѣненій въ процессуальныхъ правилахъ [156]). Въ результатѣ дѣйствія всѣхъ этихъ причинъ защита продавцамъ для покупателя стала взлишней, и обязанности продавца изъ процессуальныхъ превратились въ матеріально-правовыя т. е., говоря иначе, *отвѣтственность продавца за неоказаніе защиты смѣнилась отвѣтственностью за неустановленіе права* [157]).

---

[154]) *Rabel*, Haftung, стр. 190 и прим. 1. 2. 3.

[155]) Для германскаго права на недвижимости франкской эпохи см. *Hübner*, Immobiliarprocess, стр. 106 слд. для лангобардскаго права *Kannengiesser*, Processhindernde Einreden (1878). стр. 46. 50 слд., для старо-французскаго права извѣстный историкъ его *Ginoulhiac* (см. Iobbé—Duval. Revue histor. за 80 г. стр. 548, прим. 1) выставляетъ слѣдующее положеніе: „le vendeur conserve la saisine de la chose jusqu'à ce que l'acheteur l'ait acquise par an et jour vis à vis de tiers."—для права греко-египетскаго *Gradenwitz* Einführung in die Papyruskunde, стр. 102 слд.—см. *Rabel*, Haftung, стр 56.

[156]) Эти измѣненія обнаруживаются изъ того, что сказано выше на стр. 63.

[157]) Мы позволили себѣ это отступленіе, затрагивающее движеніе новоевропейскаго права въ нашемъ вопросѣ со времени рецепціи съ тѣмъ, чтобы

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Возвратимся къ праву римскому. Выясняющійся изъ историко-сравнительныхъ данныхъ составъ примитивной купли служитъ основой, къ которой Римляне на первыхъ порахъ присоединили только особую форму; иначе говоря купля-продажа совершалась такъ, что продавецъ передавалъ вещь въ обладаніе покупателя «habere» [158]) и въ стипуляціонной формѣ давалъ обѣщанія: a) не нарушать обладанія покупателя и b) защищать его отъ третьихъ лицъ. Эта, предложенная Рабелемъ [159]) конструкція римской купли представляетъ, конечно, не болѣе, какъ гипотезу, но высокая степень вѣроятности этой гипотезы обнаруживается изъ слѣдующаго:

a) Принятіе ея разрѣшаетъ всѣ тѣ неясности въ вопросѣ о развитіи стипуляціонной гарантіи, съ которыми мы сталкивались на протяженіи предъидущаго изложенія. Такъ, достаточно простого сближенія стипуляціи «habere licere» съ составомъ обязанностей продавца, какъ онъ выяснился намъ изъ историко-сравнительныхъ данныхъ, чтобы отвѣтить на вопросы, которые мы выше принуждены были оставить открытыми, не находя для разрѣшенія ихъ опоры въ римскихъ источникахъ [160]). Теперь мы можемъ сказать, что stipulatio habere licere per se, или же обѣщаніе не нарушать обладанія покупателя дается потому, что примитивной куплѣ-продажѣ чуждъ вещный эффектъ. Второе обѣщаніе «stipulatio habere licere per quemque» означаетъ, что продавецъ принимаетъ на себя обязанность *защищать покупателя* предъ третьими лицами; въ этой защитѣ и состоитъ та положительная дѣятельность продавца, на наличность которой намекаютъ Варроновскій формуляръ (Varr. Rer. Rust. II. 2. § 6) и Павелъ въ fr. 83 pr. Dig. 45. 1.—Далѣе, теперь мы можемъ разрѣшить спорный между Эккомъ и Жираромъ вопросъ о томъ, какая изъ формъ стипуляціонной гарантіи составляетъ исторически болѣе раннюю и, слѣдовательно, болѣе примитивную форму [161]). Споръ этотъ долженъ быть рѣшенъ въ

показать что „Rechtsverschaffungsprincip", какъ начало отвѣтственности продавца отнюдь не былъ искони присущимъ „нѣмецкимъ правовымъ воззрѣніямъ", и что, если этотъ принципъ дѣйствительно дѣйствуетъ въ правѣ современномъ, то не безъ значительной помощи римскаго права. Подробно о затронутыхъ здѣсь вопросахъ говоритъ *Rabel*, Haftung, стр. 250—287.

[158]) Habere въ стипуляціи „habere licere" означаетъ то же, что detinere см. fr. 38 § 9 D. 45. 1.

[159]) *Rabel*, Haftung, стр. 56—68, въ особенности стр. 59.

[160]) См. выше стр. 87.

[161]) См. выше стр. 87.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

пользу Экка именно на томъ основаніи, что stipulatio habere licere налагаетъ на продавца обязанность защиты, тогда какъ подобнаго рода обязанность не входитъ въ содержаніе условныхъ формъ стипуляціонной гарантіи. Выше въ первой главѣ было установлено, что для римскаго права обязанность продавца защищать покупателя умѣстна была лишь въ наиболѣе раннихъ стадіяхъ виндикаціоннаго иска [162]), слѣдовательно, та форма стипуляціонной гарантіи, изъ коей проистекаетъ обязанность защиты, не только возникла раньше другихъ формъ, но и должна быть отнесена къ весьма отдаленной эпохѣ римскаго права. Наконецъ, понятна и причина наблюдаемой въ развитіи гарантирующей стипуляціи смѣны безусловной формы условной. Чтобы понять эту смѣну необходимо имѣть въ виду, что первая обязываетъ къ защитѣ, тогда какъ вторая этой обязанности не содержитъ. Въ такомъ случаѣ эта смѣна формъ стипуляціи означаетъ, что въ виндикаціонномъ искѣ произошли всѣ тѣ, нами выше уже указанныя [163]), измѣненія, благодаря которымъ покупатель пересталъ нуждаться въ судебной защитѣ продавца. Но съ другой стороны, Экъ [164]) совершенно правъ, когда видитъ въ условной стипуляціи («dupla или simpla») не болѣе какъ дальнѣйшее развитіе стипуляціи безусловной («habere licere»); другими словами, главное средство классической эпохи для установленія отвѣтственности продавца за эвикцію генетически связано съ обязанностью оказать защиту, а, слѣдовательно, *отвѣтственность за эвикцію вовсе не—выраженіе какого либо своеобразнаго принципа, а лишь послѣдній отзвукъ обязанности защиты.*

b) Второе и весьма серьезное основаніе для принятія упомянутой гипотезы состоитъ въ томъ, что благодаря ей обѣ искони римлянамъ извѣстныя формы купли, а именно купля съ манципаціей и купля безъ таковой или купля стипуляціонная, прежде всего представляютъ лишь два частныхъ вида одной и той же формаціи купли т. н. натуральной купли, и во вторыхъ, оказываются подчиненными одной и той же идеѣ, такъ какъ и въ одномъ, и въ другомъ случаѣ продавецъ силою самой купли обязанъ оказать покупателю судебную защиту. Слѣдовательно та пропасть, которой господствующее мнѣніе отдѣляетъ куплю съ манципаціей, гдѣ покупатель всегда гарантиро-

---

[162]) См. выше стр. 63. 64.
[163]) См. выше стр. 95
[164]) Eck, Verpflichtung стр. 16.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

ванъ, отъ купли безъ манципаціи, гдѣ для гарантіи покупателя необходимъ, по обще-принятому ученію, особый, внѣ сдѣлки купли стоящій договоръ, въ дѣйствительности, оказывается, вовсе не существуетъ. Мы уже имѣли случай указать на то, что единственное основаніе господствующаго мнѣнія это—то, что обѣщаніе отвѣтствовать за эвикцію дается въ стипуляціонной формѣ [165]). Однако stipulatio duplae (или simplae) не болѣе, какъ историческій преемникъ стипуляціи »habere licere» т. е. обязанности оказать защиту. Эта-же послѣдняя съ точки зрѣнія защищаемой здѣсь гипотезы есть существенно-необходимая часть въ въ составѣ (примитивной) купли: она, говоря современной терминологіей, отнюдь не accidentale, а именно essentiale negotii.

Результатомъ всего вышесказаннаго служатъ положенія:

1. «*Отвѣтственность за эвикцію*», сведенная къ своему историческому источнику, означаетъ обязанность продавца защищать покупателя и въ этомъ смыслѣ составляетъ *явленіе, извѣстное праву греческому, германскому и славянскому столь-же, какъ и римскому.*

2 «*Отвѣтственность за эвикцію*» съ точки зрѣнія исторической не болѣе, какъ послѣднее отраженіе *архаической* обязанности продавца защищать покупателя, а потому *не можетъ считаться живымъ опредѣляющимъ принципомъ права*, стоящаго на такой высокой ступени развитія, какъ римское *въ классическую эпоху.*

---

[165]) См. выше стр. 69.

ЦАБ "Автограф"
май 2021

Оглавленіе.

§§		стр.
	Введеніе	I—IV

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Отвѣтственность продавца по куплѣ манципаціонной.

1.	Замѣчанія предварительныя	1—7
2.	Установленіе обязанностей манципанта	7—14
3.	Судебная защита продавца—главная обязанность манципанта	14—25
4.	Детали обязанности защиты	25—31
5.	Кругъ дѣйствія обязанности защиты	31—39
6.	Послѣдствія неисполненія обязанности защиты	39—42
7.	Конструкція a. auctoritatis въ литературѣ	42—52
8.	Историко-сравнительный матеріалъ для рѣшенія вопроса	52—60
9.	Историческая роль „auctoritas“	60—66
10.	Результаты предъидущаго; ихъ значеніе для послѣдующаго	66—69

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Отвѣтственность продавца на раннихъ стадіяхъ купли безъ манципаціи.

1.	Постановка вопроса	71—79
2.	Сила стипуляціи „habere licere“ по источникамъ класс. эпохи	79—87
3.	Историческое отношеніе стипуляціи „habere licere“ къ другимъ формамъ стипуляціонной отвѣтственности. Теорія Жирара	87—92

ЦАБ "Автограф"
май 2021

§§		стр.
4.	Присужденіе по иску изъ эдильской стипуляціи о недостаткахъ	42—100
5.	Тождество стипуляцій „habere licere“ и „simpla“? Значеніе „simplum“	100—107
6.	Кондемнація иска empti какъ показатель содержанія гарантирующей стипуляціи	107—112
7.	Содержаніе гарантирующей стипуляціи на основаніи кондемнаціи actionis empti	112—128
8.	Развитіе гарантирующей стипуляціи по теоріи Экка . .	128—136
9.	Стипуляція habere licere въ историко-сравнительномъ освѣщеніи. Гипотеза Рабеля	136—153

ЦАБ "Автограф"
май 2021