

Составляющая вины в римском частном праве*

Р. Иеринг

Для цитирования: Иеринг Р. Составляющая вины в римском частном праве // Правоведение. 2023. Т. 67, № 2. С. 216–257. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.205>

Переведенная на русский язык работа Р. фон Иеринга 1867 г. «Das Schuldmoment im römischen Privatrecht» до сих пор рекомендуется в базовых учебниках по немецкому гражданскому праву с пометкой «grundlegend», что значит «основополагающая работа». И действительно, несмотря на значительное усложнение правового материала по данному вопросу в сравнении с серединой XIX в., работа содержит основополагающие идеи, с которыми можно не соглашаться и от которых можно отходить в самые разные стороны, но без которых нельзя двигаться вперед и мимо которых совершенно невозможно пройти. С дидактической точки зрения работа замечательна в плане доступности изложения, ясности идей и иллюстративности поддерживающего их материала, поскольку предназначалась также для читателей, не погруженных в гражданское право. Несмотря на краткость, это полноценное исследование и, несомненно, один из выдающихся памятников юридической литературы не только XIX в. и одной Германии, но и на все времена для всего мира. В ней показан путь, который должна преодолеть правовая система для оставления обществом несправедливости грубых правовых форм древности и воспитания в себе беспристрастности при оценке того, что вызывает наибольшее раздражение у любого человека, — попрания его прав. Принципиально важно в работе, впрочем, не то, что Иеринг увлекательно объяснил и так известные исторические процессы, а то, как работа может помочь не потерять на дальнейшем пути развития столь важные этические ценности, как принцип вины, соразмерность наказания, индивидуальная оценка поведения и многое другое. Как известно, они могут уйти далеко на второй план или совсем потеряться за принципами полного возмещения вреда, «сугубо компенсаторной» природы гражданско-правовой ответственности, объективной оценки виновности, которые в действительности являются движением в сторону объективного вменения. Представляется, что по прочтении работы многие читатели осознают, что их представления о гражданско-правовой ответственности намного ближе описанию Иерингом древнего права.

Ключевые слова: вина, гражданско-правовая ответственность, убытки, деликт, наказание.

* Перевод с нем. выполнил М. Б. Жужжалов, дополнив материал аннотацией, ключевыми словами и сопроводив списком References.

Составляющая вины в римском частном праве*

Работа д-ра Рудольфа Иеринга
преподнесена автором его глубокоуважаемому коллеге
господину Иоганну Михаэлю Францу Бирнбауму,
доктору права и философии, ординарному профессору права, тайному
советнику Великого герцогства Хессен, канцлеру Университета Гиссена,
комтуру первого класса ордена Филиппа Великодушного Великого герцогства
Хессен, командору второго класса ордена Лудвига Великого герцогства Хессен,
рыцарю ордена Льва Королевства Нидерланды, члену многочисленных
ученых обществ, к 50-летию его профессорской деятельности
XXIV июня MDCCCLXVII от имени юридического факультета Гиссена

Занимаемая мной должность декана нашего факультета стала для меня приятным поводом принять этой академической работой дружеское участие в чествовании, устроенном нашим факультетом по случаю 50-летия Вашей профессорской деятельности. Как и у многих даров такого рода, ценность моего тоже не столько в содержании, сколько в послужившем ему поводе; лучшее в ней — сопровождающее ее послание, в котором Вам и читателю я представляю ее как публичное свидетельство глубочайшего почтения и уважения, когда-либо испытанных мной, как и всеми моими коллегами на факультете и в университете. Боясь углубиться в перечисление достоинств Вашей личности, хочу просто искренне передать всему свету, что Ваш образ служит украшением нашему университету и примером всем нам и придает веса этой работе,

Воздерживаясь от представления криминалисту и философу права какого-либо сугубо цивилистического исследования, интерес к которому с его стороны был бы вынужден исключительно внешним поводом, я озабочился изысканием темы, уже сам выбор которой показывал бы ее особую предназначенность для Вас и которая уже сама по себе могла бы привлечь Ваше внимание. И пусть ее разработка окажется под стать сему поводу и стремлениям автора.

* В переводе использованы все те приемы, которые были описаны тем же переводчиком ранее в предисловии к выполненному им переводу другой работы Р.Иеринга (см.: *Иеринг Р., фон. Culpa in contrahendo, или Возмещение убытков в случае недействительности или незаключенности договора* // Вестник гражданского права. 2013. Т. 13, № 3. С. 190). К этому следует добавить, что наибольшее затруднение у переводчика вызвала попытка найти русский аналог выражению «ре-иперсекutorialный иск», которое, за неимением лучшего, было переведено как «иск о надлежащем исполнении», т. е. как иск, направленный на исправление фактической неправильной ситуации, а не на наказание нарушителя.

Как и тогда, квадратными скобками выделены вставки переводчика, в частности оригинальная нумерация страниц по тексту первоисточника или недостающие данные в ссылках, расположенных в подстрочных примечаниях, или при раскрытии использованных автором сокращений как в основном тексте, так и в подстрочных примечаниях. Здесь же при первом упоминании юридического или литературного источника в скобках указано издание его русского перевода (при наличии). При этом ссылки на источники римского права оформлены согласно восходящей к XIX в. и общепринятой сейчас академической традиции. О значении используемых в этой системе буквенных и цифровых сокращений, позволяющих найти нужный фрагмент источника в любом издании его оригинального текста или перевода на другой язык, см., например: *Кофанов Л. Л. Предисловие к 3-му изданию // Ф. М. Дыдынский. Латинско-русский словарь к источникам римского права. М.: Спарк. 1997. С. 11–13.* — Наиболее доступным российскому читателю изданием латинского текста Дигест Юстиниана и его параллельного русского перевода, на которое по этой причине специально ссылки не даны, является издание: *Дигесты Юстиниана / под ред. Л. Л. Кофанова. Т. 1–8. М.: Статут, 2004.*

Позвольте же мне, наконец, еще раз публично выразить пожелание, которым преисполнены весь наш факультет и университет: да бережет Вас небо еще долго во славу нашего установления.

Д-р Рудольф Иеринг

Введение

[1] Самое прекрасное в научном исследовании, когда удачно совпадает возможность изучения еще неизведанных областей природы или истории с приумножением имеющихся знаний совершенно новыми наблюдениями и открытиями. Но не всем наукам это одинаково суждено. Если естественным наукам открываются неограниченные возможности новых наблюдений и открытий и каждое новое открытие не отбирает, а только увеличивает шанс новых, следующих за ним открытий, то в случае с историческими науками такие возможности несопоставимо скромнее; наступает в них и такой момент, когда исследование, которому более недоступны вновь обнаруженные источники, должно удовольствоваться выявлением новой стороны уже известных обстоятельств, иного их понимания, потому что иссякли возможности существенно приумножить их в числе. Представляется, в таком состоянии находится история римского права после того, когда прирост исторических материалов, вызванный обретением институций Гая, был в значительной степени выработан и исчерпал себя за два следующих за этим десятилетия; во всяком случае, последние два десятилетия не настолько расширили совокупность наших правно-исторических знаний, чтобы то, как излагалась история римского права в начале сороковых годов, выглядело сегодня неполно или недостаточно. По единственному пути придется тогда пойти научному исследованию в области права, когда не хочется довольствоваться жалким повторением сказанного, — еще глубже постичь и использовать имеющийся материал, который нельзя будет значительно [2] расширить. Не думаю, что такого рода занятие менее ценно и важно, чем экстенсивное увеличение материала; ведь только лишь внешнее овладение им превращается в настоящее освоение. Этой именно целью движимо данное исследование. Не внося ничего существенно нового в фактический материал, оно представляет собой попытку использовать уже имеющийся так, чтобы он стал познавательнее прежнего. Ввиду события, к которому приурочена эта попытка, сии страницы попадут в руки людей, образованных в самых разных областях, но не посвященных в предмет, и я счел себя обязанным учитывать это обстоятельство как при выборе темы, так и в порядке ее рассмотрения.

I.

Во всей области права нет понятия, хотя бы отдаленно сопоставимого по своему культурно-историческому значению с понятием наказания — ни одно не даст столь же верного отражения образа мыслей и чувств народа в соответствующий исторический период, ни одно не испытывает на себе так же, как оно, все фазы нравственного развития народа, оно — мягкое и гибкое, словно росток, на котором остается любой след. Для иных понятий права целые столетия проходят бесследно, и сегодня основные понятия римского вещного права — собственность, владение, сервитуты — в существенной части все те же, какими были два тысячелетия назад, и напрасно было бы надеяться отыскать в них реакцию на те изменения, которые пережили за это время народы, у которых они действовали.

Они представляют, можно сказать, крепкие неблагородные части правового организма, костяк, который, сложившись, значительно не меняется. Но уголовное

право является узлом, в котором сплетаются тончайшие и нежнейшие нервы и жилы и становятся осязаемыми и внешне различимыми любые впечатления, любые чувства, оно — сам облик права, в котором выражены индивидуальность народа, его думы и печали, его [3] душа и переживания, его убеждения и грубость. Короче говоря, в уголовном праве отражается душа народа — оно есть сам народ, а история уголовного права народов — раздел психологии человечества.

Сейчас не нуждаются в освещении все невероятные преобразования, происходившие с представлением о наказании и его обликом с течением времени, но все же это заслуживает краткого очерка. И хотя предмет очерка будет лежать в области римского гражданского права, даже в этом случае стоит уделить страничку истории, может, не уголовного права в современном нам смысле этого слова, но развития понятия наказания вообще. Нынешнее разделение уголовного и гражданского права, каким бы обоснованным оно ни было в том числе с точки зрения систематики нашего сегодняшнего права, привело к неблагоприятной ситуации, когда современная наука не уделяет достаточно внимания понятию наказания в гражданском праве. Во всяком случае, нужно признать, что это прекрасно иллюстрирует нынешнее право. Ибо присвоенные ему значение и область применения поистине несущественны. Не считая договорного штрафа, не подпадающего под понятие наказания в собственном смысле, в высшей степени спорна природа тех случаев, о которых сегодняшняя доктрина еще говорит как о наказаниях, и многие из них остаются только в учебниках, не получая применения в жизни; понятие наказания в современном мире все более и более уходит из области гражданского права в область уголовного, тогда как на более низких ступенях развития правовой культуры оно пронизывает все части права.

У кого в привычке думать над причинами происходящего, тот не остановится при виде столь значимой перемены на одном том обстоятельстве, что она свершилась, напротив, он поспешит объяснить ее, и, отправившись однажды по этому пути, будет все дальше и дальше углубляться в прошлое наказания. По мере углубления для него будет все заметнее, даже на самых ранних ступенях развития наказания, одно и то же явление, значимость которого для нашего сегодняшнего права составит повод и отправную точку [4] для его исследования. История наказания — это история его непрекращающегося отмирания. Началом права было засилье понятия наказания, тогда элемент наказания пронизывал все право, все правоотношения связаны с ним в большей или меньшей степени; развитие права состоит в продолжающемся сужении его области и продолжающемся очищении понятия наказания. С таким результатом, хоть и полученным прежде всего на ниве римского права, но с потенциалом общего наблюдения, оказываемся мы перед одним из интереснейших культурно-исторических фактов, который история права способна была дать в видах воспитания рода человеческого: это развитие человечества от диких, слепых страстей и жажды мести к умеренности, самообладанию, справедливости. И это явление, доказанное развитием римского гражданского права, будет предметом нижеследующих страниц.

Для его правильного понимания я вынужден провести различие, хоть и получившее достаточного внимания ни со стороны римского правоведения, ни со стороны сегодняшнего. Каждый ощущает разницу между требованием собственника к добросовестному владельцу его вещи и таким же требованием обокраденного против своровавшего у него. В первом случае речь идет лишь о принадлежности спорного права без того, чтобы этот спор был связан с порицанием со стороны истца сознательного и виновного попрания права; оно может присоединиться, и это имеет значение для объема ответственности, однако это не необходимо,

другими словами, составляющая личной виновности не является существенной для этого притязания, его предметом является лишь неправомерность материального положения ответчика. Иск против вора, напротив, основан главным образом на порицании попрания права, т. е. сознательного нарушения нашего права, составляющая личной виновности для него неотъемлема, ведь нет воровства без умысла.

[5] В обоих случаях речь идет об осуществлении права истца, решение о его признании и восстановлении кладет, таким образом, предел неправу со стороны противника, и потому, на мой взгляд, не подлежит сколько-нибудь основательному сомнению то, что в обоих случаях можно говорить о неправе, которое в первом случае заслуживает названия внешнего, а во втором — внутреннего¹. Впрочем, совсем недавно правомерность подведения обоих видов неправы под одно родовое понятие была оспорена одним из здешних моих коллег², но по основанию, с которым я не могу согласиться. Как благодарна должна быть наша наука ему за то, что и применительно к гражданскому неправу он решительно подчеркнул важность виновности проступка, и этим был преодолен разрыв, который господствующая доктрина усматривала между гражданско-правовым и уголовно-правовым неправом. Однако он идет слишком далеко, на мой взгляд, когда пытается поднять это обстоятельство на уровень единственного критерия неправы. Как тогда характеризовать положение добросовестного владельца чужой вещи? Правомерным оно не является; тогда ничего не остается, кроме как назвать его [6] неправом. Я совсем не вижу, как юристу можно было бы обойтись без этого обозначения, и, насколько мне известно, употребление слова неправо в этом смысле настолько же старо, как само право!³ Когда упомянутый ученый полагает, что, отбрасывая виновную составляющую проступка при формулировании понятия неправы, будет последовательным также признать ветер и погоду как субъекты неправы, он не замечает, что внешнее неправо, хотя исключает виновную составляющую проступка, не исключает, однако, сторону человеческой воли. Когда град побивает мои цветы, в этом нет нарушения моего права, есть лишь повреждение моего предмета — имущества; для права это обстоятельство лишено какого-либо значения, против этого невозможен какой-либо иск. А когда третье лицо владеет bona fide моей вещью и отказывает в ее выдаче, то это противостоит мне человеческая воля, которая не просто удерживает мое имущество, но сознательно

¹ Какого-то устоявшегося, общепринятого выражения для этого наша наука до сих пор не знает, как и сам предмет даже ни разу не нашел своего места в наших учебниках по римскому праву. К стыду нашему, юристов, я должен еще признать, что Hegel в своей «Философии права» в § 82 и сл. [*Гегель Г. В. Ф.* Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 137 и сл.] уже признал и научно определил внешнее неправо в указанном выше смысле как самостоятельный вид неправы; он обозначает его удачным выражением «непредосудительное», и я бы этим выражением стал пользоваться, если бы его можно было употреблять антитетически для построения понятия «предосудительного неправы». Сам Hegel противопоставляет ему не одно, а сразу два понятия — обмана и преступления, и это разделение форм неправы на три вида, — непредосудительное неправо, обман и преступление, предпринятое им из любви к его диалектической методе (при которой обман из вида деликта превращается в родовое понятие), можно упрекнуть в том, что из-за такого непонятого и бесполезного для юристов разделения осталось безо всякого внимания также понятие непредосудительного неправы. См., однако, Unger System des österreichischen Privatrechts II. § 109 [Unger J. System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Bd. II. 2. Auflage. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1863. S. 326–330] и Neuner Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. S. 182 и сл. [*Neuner C.* Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel: Schwers'sche Buchhandlung, 1866].

² Adolf Merkel в своих в высшей степени заслуживающих внимание Criminalistischen Abhandlungen. Heft 1. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1867. S. 46 и сл.

³ Так, напр., в древнем римском процессе «injuria vindicare» Gaj. IV. 16; аналогично выражение *injustum in sacramentum*.

или незаметно посягает на мое право; это требует не просто физического противодействия, как в случае с градом, а юридического, т. е. мое право требует восстановления. Говоря коротко, здесь налицо не борьба с природной стихией, а борьба между правом и неправом.

В своем месте можно будет показать в деталях, как данное различие проявилось в классическом римском праве, сейчас достаточно дать о нем общее предствление. Его определяющим мотивом, как показано, было наличие виновной составляющей, внутреннее неправо — виновное нарушение права, внешнее — безвиновное. Эта разница в их основаниях естественным образом вызывает следующую их противоположность по последствиям. Естественным следствием любого виновного нарушения чужого права является обязанность устранить вредные последствия деяния, т. е. возместить вред, независимо от наличия и объема обогащения от проступка. [7] Напротив, безвиновное нарушение права может, как того требует справедливость, иметь следствием только прекращение внешне неправомерного материального положения; лишь постольку и до тех пор существует здесь требование, поскольку и пока не исправлено это положение. *Reivindicatio* против добросовестного владельца имеет условием одновременное ей владение у последнего; потерял он владение или отказался от него раньше нее — и виндикация отпадает. Точно так же является ее предметом вещь только в текущем на момент ее предъявления состоянии; если он уже успел ее повредить или частично потребить, он никак это не возмещает, ведь он сделал лишь то, что предполагаемый собственник считается управомоченным делать, на нем нет вины, его и не за что порицать⁴. Этот взгляд, впрочем, характерен не для одной только *reivindicatio* и прочих *actionum in rem*, но также для *actionum in personam*, разве что в случае последних определяющим основанием обязанности является не одно текущее держание, а обстоятельство, свершившееся в прошлом, но сохраняющее значение, например произошедшее предоставление имущества, обогащение, обещание, указание в завещании со стороны наследодателя. Во всех этих случаях истец основывает свое требование на одном своем праве как таковом без того, чтобы для этого требовалось заодно подчеркивать виновную составляющую проступка противной стороны; совсем как при *reivindicatio*, повод для иска тут дает одно обстоятельство внешнего нарушения права, т. е. сопротивление, которое встречает осуществление им своего права⁵. Даже здесь, как в случае с *reivindicatio* против *malae fidei possessorem*, эта составляющая может присоединиться (*in mora, culpa, dolus*), и это определяет объем обязанности, однако это лишь позднейшее видоизменение первоначального отношения, и ошибочно полагать, что будто бы уже иск как таковой заключает в себе для ответчика [8] порицание за субъективно виновное нарушение чужого права. Наследник первоначального должника, ничего не знающий о существовании обязательства, не вызовет порицания, а вместе с ним не навлечет на себя и невыгодные последствия, т. е. он не *in mora*, пока предъявленное ему требование не стало для него очевидным, чтобы его выполнить⁶, и совершенно то же самое может произойти,

⁴ I. 31 § 3 de her. pet. (5. 3) [D. 5. 3. 31. 3] quia quasi suam rem neglexit, nulli quaerelae subjectus est [поскольку почти своей вещью пренебрегал, не подлежит никаким жалобам].

⁵ Верно признано, хоть и неверно применено, в Savigny F. C. System [des heutigen römischen Rechts. Bd. V. Berlin, bei Veit und Comp, 1841]. § 239.

⁶ I. 5 de R. Cr. (12. 1) [D. 12. 1. 5] . . si aliqua justa causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere. L. 21, 22, 24 pr. de usur. (22. 1) [D. 22. 1. 21; 22; 24 pr.] . . si juste ad iudicium provocavit. L. 42 de R. J. (50. 17) [D. 50. 17. 42]. Qui in alterius locum succedunt, iustam habent causam ignorantiae, an id quod peteritur, deberetur . . . I. 99 ibid. [D. 50. 17. 99]. Non potest in probus videri, qui ignorat quantum solvere debeat.

вероятно, и с самим должником. Следствием этого внешнего нарушения права из обязательства является простое присуждение к изначальному его предмету постольку, поскольку обязанность, например, не увеличилась из-за дополнительно обогащающего кредитора обещания (договорная пеня) или не уменьшилась из-за случайной гибели объекта.

На первое время достаточно сказанного в таком общем виде о противоположности внешнего и внутреннего неправа; подробности остаются для дальнейшего изложения классического римского права, в котором она была представлена с полным осознанием и весьма удачно. Мысль, на которой она основана, — вечная истина: нет зла без вины. Определить соразмерность зла вине является высшей задачей справедливости.

II.

Вечной я назвал эту истину, но ведь и ее человечеству нужно было сначала обнаружить, постичь, познать. Ее действие простирается не от начала истории, напротив, у всех народов первые шаги права направлены в сторону правоположений и установлений прямо противоположных. Отчего так? Дикий человек не способен различать вину и невиновность? Ответ на это дает нам обыденный опыт. Как ребенок бьет камень, о который споткнулся, и как даже [9] взрослые при первом ощущении боли невольно испытывают подъем недовольства и злобы на ни в чем не повинную ее причину — подъем, который у некультурных и вспыльчивых так легко может перейти в физическое действие, — так боль совершенно овладевает правовым чувством и у дикого человека⁷. Неправо будет оцениваться не по причине, а по воздействию, не по сторонам личности причинителя, а сугубо с точки зрения потерпевшего. Камень задел его, он чувствует боль, и боль влечет месть. Умысел ли, недосмотр, или случай двигал другим человеком — что из этого имеет значение по сравнению с причиненным страданием? Его и невинный обязан искупить.

И неправом представляется ему уже одно лишь сопротивление. Сопротивление испытывает самообладание, и такой проверки страсть не пройдет. Уже само несогласие с ним раздражает грубого человека, и вызванное этим ожесточение он оправдывает обвинением в сознательной неправоте; неправота для него, как у детей, равнозначна лжи. Это наблюдение применимо к народам так же, как к отдельным личностям. Страстно ратующий за какую-то идею народ карает уже одно инакомыслие; костры и гильотины опровергают чужое мнение; заблуждения, т. е. не нашедшие у масс ни поддержки, ни понимания истины, будут преступлением. В праве детского периода народа такой настрой выражается в наказании проигравшей спор стороны. В чем ее преступление? Она утверждала что-то неверное, а, может, даже и верное, но то, что ей всего лишь не удалось доказать и что противник отрицал, а судья просто не захотел замечать. Все одно! Он был неправ и должен быть наказан. Недоверие, жесткость, нетерпимость — вот главные черты якобы светлой юности народов!

[10] Лишь когда правовое чувство перестанет быть охваченным переживаниями, — что как в случае отдельных личностей, так и в случае целых народов возможно только через воспитание, — суждение обретает правильную мерку, необходимую для справедливой оценки неправа и сопротивления, и мерка эта —

⁷ Отчасти я повторяю здесь то, что утверждалось в моем «Духе римского права», т. 1, с. 127 (2-е изд.) [*Jhering R., von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 1...*]. Настоящие строки имеют целью выполнить данное там обещание подробнее изложить предмет хотя бы с исторической стороны.

виновность. То, как она получит применение в различных отношениях гражданского и уголовного права, является надежным показателем уровня правовой культуры. Ведь более всего истинную образованность отличает бесстрастность, самообладание при суждении. Но тяжелейшим испытанием является суждение в отношении противника, и именно его проходит народ, когда получает возможность выразить свое отношение к противнику: в своем праве. Как говорит право, так думает народ.

Обрисованная выше исключительная правовая значимость человеческих переживаний является именно тем, что так живописно передает древнеримское гражданское право⁸. Если бы потребовалось в нескольких словах передать впечатление, которое оно производит на меня в этом отношении, я назвал бы его главной чертой суровость реакции на испытанное неправое. Жесткой, не знающей меры является эта реакция в двух отношениях:

- 1) ослепленная чувствами, она не видит составляющую вины, и
- 2) она не довольствуется простым устранением невыгодных последствий неправа, а требует еще личной сатисфакции за раздраженное и задетое чувство — наказания.

Что касается первого момента, то вопрос этот, обычно не вызывающий спора⁹ и [11] до сих пор изучавшийся преимущественно в рамках уголовного права, мог бы быть еще полнее рассмотрен применительно к гражданскому праву и процессу. Далее я соберу вместе все известные мне следы его.

Согласно древнейшему праву кровная месть падала даже на того, кто причинил смерть без вины, пока приписываемым Нуме законом ему не разрешили откупиться от платы кровью предоставляемым родственникам бараном — этим козлом отпущения римской древности¹⁰. Талион за причинение вреда здоровью или введенное вместо него принуждение к возмещению накладывались одинаково на виновного и невиновного¹¹, и тот, у кого при обыске находили украденную вещь,

⁸ Римляне сами хорошо это сознавали в более позднее время, см., напр., высказывания Цицерона в сносках 10 и 11 ниже.

⁹ Даже Köstlin, который дальше всех зашел в признании принципа вменения в древнеримском и древнегерманском праве (ср. его работы «Убийство и причинение смерти по неосторожности» на с. 42 и след., 67 и след. [Köstlin Ch. R. Die Lehre vom Morde und Totschlag. Stuttgart, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung, 1839] и «Система германского уголовного права», т. I на с. 129–133 [Köstlin, Ch. R. System des deutschen Strafrechts. Bd. I. Tübingen, H. Laupp'schen Buchhandlung, 1855]), признает верность сказанного выше только в отношении гражданско-правовой *vindicta private*. В отношении того, что в частном уголовном праве начало вменения было принято уже «очень рано», я не нахожу у него доказательств. О параллелях приведенному у меня положению в германском праве см. богатую источниками и указаниями литературы вторую его работу на с. 130–132.

¹⁰ Serv. ad Virg. Ecl. IV 43 (agnatis na et natis скорректировано Huschke, in concione на cautione скорректировано Scaliger'ом) Fest. subici et subigere. Сюда следует отнести также Cic. pro Tullio § 51, Topica, с. 17 [Цицерон. Эстетика: Трактаты. Речи. Письма. М.: Искусство, 1994. С. 71], где приводится положение Закона 12 таблиц «si telum manu fugit magis, quam jecit», ex quo aries ille subiicetur in vestris actionibus. Примечательно замечание, которое присовокупил к первому месту Цицерон: quis est, cui magis ignosci conveniat . . . quam si quis imprudens occiderit? Nemo opinor; haec enim tacita lex est humanitatis, ut homine consilii, non fortunae poena repetatur. Tamen hujusce rei veniam majores non dederunt, nam lex est in XII tabulis: se telum caet. Подробнее о деле см. в изд. Platner Quaest. De jure crim. Rom. P. 37 [Platnerus E. Quaestiones de jure criminum Romano praesertim de criminibus extraordinariis. Marburgi et Lipsiae, Sumpibus N. G. Elwert Bibliopolae academici, 1842] и Rein Criminalrecht der Römer. S. 403 [Rein W. Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. Leipzig: Verlag von K. F. Köhler, 1844]. Овна и в других странах можно встретить как представителя виновного, см., напр., Arnob. adv. gentes V. S. 21.

¹¹ Gell. XX, 1 § 15, 16, 34 [Авл Геллий. Аттические ночи. М.: Гуманитарная Академия, 2007] neque ejus . . . tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut an prudens imprudensve rupisset, spectandum putarent.

подвергался трехкратному штрафу безотносительно к тому, было ему известно о краже или нет¹². Так же и продавец платил двойной штраф, когда у покупателя эвинцировали вещь, [12] не проводя различия, знал ли он, что проданная вещь была чужой, или нет¹³, и также против добросовестного владельца давалась *act[i]o de tigno juncto* об уплате двойного штрафа!¹⁴

Даже несовершеннолетние подвергались по праву законов XII таблиц наказанию за воровство, хотя и менее строгому, чем совершеннолетние¹⁵, но самую личную зрелость и способность нести ответственность тогда не ставили под сомнение, как в позднейшем праве¹⁶, и даже животные и предметы неживой природы отвечают за вред, который они причинили; последние*, по меньшей мере, постольку, поскольку потерпевший может их удержать, попадись они ему в руки¹⁷, а первые — независимо от этого условия, так как он вправе принудить собственника к их предоставлению, чтобы с их помощью оправиться от вреда^{17a}. Едва ли относится к древнему времени (см. ниже) то из оснований требования, что животное должно было навредить *contra naturam sui generis*, т. е. применение идеи виновности к отношению. Самое строгое, что в этом плане предлагало древнее право, это известная казнь по законам XII таблиц**, акт гражданского права, при котором, представляется, попадают на почву уголовного права, и притом сразу в область самых тяжких преступлений, и в котором несоответствие между виной и наказанием достигает апогея; право требует, чтобы даже должник, оказавшийся в нужде по воле несчастного случая, искупал свою неспособность расплатиться уничтожением всего своего существования.

[13] Совершенно необычную область для применения нашего взгляда находим в римском процессе, и эту направленность он отчасти сохранил в новейшем праве. Относящиеся сюда явления мы объединяем под именем процессуального неправа, т. е. неправа, допускаемого спорящей стороной, когда она оспаривает обоснованное требование либо предъявляет необоснованное. Если это делалось с доброй совестью, неправо будет сугубо внешним, но если оно соединяется

¹² Gaj. III, § 186 . . . *quamvis fur non sit* не было решающим, но § 187 дает тому, у кого ее нашли, *act. furti oblati* против поклажедателя; не требует отдельного упоминания, что при этом преимущественно, если не исключительно (I. 6 § 3 Mand. 17. 1 [D. 17. 1. 6. 3]), надо думать о случае, когда хранитель оставался в неведении. Против необоснованных сомнений прежних юристов см. Köstlin, *Mord und Totschlag* S. 71.

¹³ Paulus S. R. II 17 § 3. Также сюда бы относился случай, когда согласно Cic. de off. III 16 [Цицерон. О старости. О дружбе. Об обязанностях. М.: Наука, 1975. С. 140] на наследника тоже налагался установленный 12 таблицами двойной штраф за ложное заверение, данное при манципации, что вполне мыслимо с точки зрения духа древнего права.

¹⁴ Подробнее об этом у Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten I § 300* [Vangerow K. A. *Lehrbuch der Pandekten*. Bd. I. 7. Aufl. Marburg und Leipzig, N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung, 1863. S. 553–555].

¹⁵ Gell. XI 18 § 8, Plin. H. N. XVIII 3.

¹⁶ Подробные рассуждения Goldschmidt в *Archiv f. civ. Praxis* B. 37, S. 440 и след. [работа публиковалась в 39-м томе; Goldschmidt [Dr.]. 1856. Von der Verpflichtung der Unmündigen // *Archiv für civilistische Praxis*. 1856. Vol. 39. S. 417–459] избавляют меня от дальнейшего исследования вопроса.

* По всей видимости, автор имел в виду не предметы неживой природы, а диких животных, противопоставляя их далее по тексту домашним. — Прим. пер.

¹⁷ I. 9 § 3 Damn. Inf. (39. 2) [D. 39. 2. 9. 3] I. 5 § 4 ad exhib. (10.4) [D. 10. 4. 5. 4]. Hepp [C. F. Th.], *Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts* [Tübingen, bei C. F. Osiander,] 1838 § 11.

^{17a} То есть вид частной мести; кто не может заплатить, предоставляется управомоченному требовать с него! Так Dirksen *Civil. Abh.*: I S. 104 [Dirksen H. E. *Civilistische Abhandlungen*. Bd. I. Berlin, bei G. Reimer, 1820], см. также [Hepp C. F. Th. *Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts*. Tübingen, bei C. F. Osiander, 1838]. S. 103 и сл., который приводит немало примеров из других правопорядков.

** Имеется в виду распиливание должника кредиторами в случае совершения должником более двух пехип'ов. — Прим. пер.

с сознанием стороной ничтожности сделанного ей заявления, то в этом есть своеобразная разновидность внутреннего неправа (*calumnia*). Ведь само по себе облечение неправа в законные формы процесса точно так же не должно исключать здесь деликтную составляющую — дурной помысел и опасность для противной стороны, — как в случае *doli*, где материальное отношение такое же. Кто осознанно оспаривает требование, пытается оставить другую сторону без того, что ей причитается, равно как тот, кто сознательно заявляет необоснованное требование; это разновидность воровства, облеченного в законную форму.

Древнеримское право это правильно прочувствовало и потому точно так же преследовало наказаниями процессуальное неправое как внепроцессуальное. Но делало это в духе обрисованного выше представления — и для нас это самое интересное, — не придавая значения различию между сознательным или не-сознательным проступком проигравшей стороны; проигрыш означает наказание одинаково для виновного и для невинного.

Относящиеся сюда отдельные положения римского процесса в основной своей массе научно установлены и известны, так что простого перечисления их будет совершенно достаточно.

Таковы следующие:

- 1) утрата *sacramenti* проигравшей стороной;
- 2) возмещение доходов в двойном размере той стороной, которая держала в древнем виндикационном процессе *vindicia*, но процесс проиграла (*si vindiciam falsam tulerit*);

[14] 3) наказание в виде двойного штрафа в *legis act[io] per manus injectionem* и других случаях, созданных по ее образу (*ubi lis infitiando crescit in duplum*) для не признающего требование ответчика;

4) наказание *sponsionis poenalis* для ответчика и корреспондирующая ей *restipulatio* для истца, чему *sponsio tertiae partis* при *condictione certi* была лишь частным случаем;

5) *Summa fructus licitationis* при *interdicto uti possidetis* для той стороны, которая при продаже владения с публичных торгов сделала лучшее предложение и проиграла, что является подобием второго из вышеназванных положений, сделанным для формулярного процесса;

6) полный проигрыш процесса для истца в случае *pluspetitionis*;

7) наказание истца в случае отказа в иске в размере десятой или пятой доли в делах, где против него было *contrarium iudicium*¹⁸.

Отсутствие связи наказания с сознательным неправом (*calumnia*) для некоторых из них признавалось прямо¹⁹, а в других случаях это само собой следовало из того, в каком виде они до нас дошли. Сомнения возможны только относительно наказания двойным штрафом в номере 3 выше и *sponsionis poenalis* в номере 5 выше. А именно из неполного места у Гая ([Inst.] IV. 172) вытекает только то, что для наследников должника, а равно матроны и детей эти наказания смягчались, потому что они обходились одним лишь *iuramento calumniae*; но как широко действует данная привилегия, понять по данному месту нельзя, а именно [15] прощаются ли наследникам оба наказания, а матроне с детьми еще и двойной штраф. Напротив, если верно читать рукописное *ole* как *sole*, что все-таки неправильно делать, то здесь могло бы быть заключено прямое указание на то, что в отношении

¹⁸ Gaj. Inst. IV. 177, 178 . . . *contrario iudicio vero omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere.*

¹⁹ По пункту 7 см. предыд. сноски, по replicationi см. Gaj. IV 180: *et quemadmodum contrario iudicio omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit non recte se agere, ita et restipulationis poena omnimodo damnatur actor.*

обоих только что названных лиц приведенное положение действовало не изначально, а было результатом позднейшей практики, исполненной иным духом, нежели древнейшее право²⁰. То, что наследники не преемствовали наследодателю в части наказаний, безусловно, является положением древнейшего права, и все же остается вероятность, что даже древняя *legis actio per manus injectionem* против наследника могла быть направлена только на штраф в одинарном размере, хотя, если допустимо сделать предположение, я со своей стороны не считаю это правдоподобным по основаниям, разбор которых здесь увел бы нас слишком далеко. К названным наказаниям присоединяются еще несколько, основанием которых прямо указывалась вина проигравшей стороны.

1. Наказание бесчестием для ответчика, присужденного по договорному иску, влекущему бесчестие; оно касается только виновного, но не его наследника²¹. И оно является следствием процесса, не самого деяния, ведь если деятель удовлетворяет противника вне процесса или заявит о готовности к этому, он освобождается от наказания.

2. *Sponsio dimidiae partis* при *act[io] pecunia constituta*. По тому, как римские юристы высказываются об этом иске²², и с учетом его происхождения из преторского права, т. е. его относительно позднего появления, можно признать, что наказание касалось только того, кто сам нарушил данное им слово, а не его наследника.

[16] 3. Наказание при *act[io] arbitrariae*, установленное за несоблюдение *arbitrii* (*quadruplum* или *juramentum in litem*), ибо ее условием были *dolus* или *contumacia* ответчика.

4. *Judicium calumniae*, которое давало ответчику десятину всех исков и четверть от интердиктов; оно предполагало доказывание сознательного неправа на стороне истца²³.

Таких свидетельств, конечно, можно было бы привести куда больше, если бы нам больше везло с источниками древнейшего права, но и приведенных совершенно достаточно, чтобы обосновать сделанное выше утверждение (с. [10]). Нет разницы, сформулировать последнее так, как выше: «древнее право не знает составляющую вины», или как «деяние есть достаточное доказательство вины»; говоря коротко, и на невинного ляжет наказание, «*non consilii, sed fortunae poena geretur*», как выражается Цицерон в приведенном выше месте; решает внешнее деяние как таковое, без того, чтобы принималось во внимание еще его отношение к воле. Один из новейших авторов пытается найти в этом грубом воззрении некую идеальную, или этическую, сторону, возводя его к фатализму²⁴. «Человек, говорит он, имеет судьбу, его судьба послана ему по его заслугам высшей силой, которой он не способен противостоять. Судьба оказывается, по данному воззрению, заслугой или виной человека, смотря по тому, причиной хороших или плохих последствий он был, даже если и без собственной воли на то». Не отрицая влияния этого фаталистского представления на всех низких ступенях культуры, считаю себя

²⁰ Ср. Gaj. I 121 . . . *praedia vero absentia solent mancipari*, об этом в моем «Духе римского права», т. II, с. 598. [*Jhering R., von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 2...*].

²¹ I. 1 pr. *De his qui not.* (3. 2) . . . *suo nomine . . . damnatus*.

²² Нап., I. 1 pr. *de pec. const.* (13. 5) [D. 13. 5. 1. pr.] *grave est fidem fallere*, I. 25 pr. *ibid.* [D. 13. 5. 25. pr.] *fidem constitutae rei frangere*. Аналогично Theophilus IV. 6 § 8. Bruns, *Zeitschr. F. R. G. I. S.* 55, 56. [*Bruns G. Das constitutum debiti // Zeitschrift für Rechtsgeschichte. 1861. Vol. 1. S. 28–130*].

²³ Gaj. IV. 175, 178.

²⁴ *Luden* H. *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. B. 1. S. 74* [*Luden H. Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht. Bd. 1. Göttingen, Vandenhöck und Ruprecht, 1840*].

обязанным тем не менее поддержать свое понимание. Не столько религиозная вера делала потерпевшего слепым до вины противника, сколько неприкрытая заинтересованность; понесенный им вред диктует его требования, [17] а судья это оправдывает, поддерживая эгоизм.

Такое отношение находит подтверждение во втором из выставленных выше положений: преобладание наказания в древнейшем праве. Всецело фаталистический взгляд на мир мог бы довольствоваться полным возмещением причиненного вреда, тогда как страсти на этом не утихнут, требуя большего: удовлетворения жажды мести, телесного наказания противника, короче, частного наказания²⁵. Наказание проходит красной нитью через все древнее частное право, и едва ли найдется отношение, к которому наказание не присоединяется, — если не с самого начала, то, когда дело дойдет до иска, — отчего проще пересчитать отношения, в которых оно отсутствует, нежели где оно есть. Всякое неправое, направлено оно на вещь или лицо, должно и может быть искуплено деньгами — избитые члены, разбитое лицо, бесчестия всех видов; даже распутство и неверность жены имеет своим эквивалентом удержание приданого. Лишь тот, кто не может заплатить, отвечает своей личностью. Разве *fur manifestus* составлял первоначально исключение, ведь если *fur nec manifestus* мог откупиться двойным штрафом, то первый со всем своим имуществом попадал в рабство обокраденному, пока претор не позволил ему освободиться уплатой четырехкратного штрафа. Мы удивленно вопрошаем, как такой простой случай — попался вор на месте преступления или был изобличен лишь позднее — может вызвать столь значительную разницу в ответственности при совершенно одинаковой степени вины. Мне уже приходилось ответить на данный вопрос по другому поводу²⁶; такова сущность страстей, с которыми нужно это связывать. *Fur manifestus* сталкивается с необузданным наплывом первых эмоций, тогда как *fur nec manifestus* пользуется не только временем, лечащим душевные раны, но и радостью собственника, нашедшего вещь, когда он ее считал уже, с большей или меньшей уверенностью, утраченной, и это делает положение второго более легким.

[18] Но даже страсти знают себе счет, и несложно предвидеть меру наказания, по меньшей мере применительно к собственности, когда есть надежная отправная точка в стоимости вещи. Обычным наказанием, которое ждет каждого, кто каким-либо образом хотел лишиться моего, не будучи при этом схваченным за руку, является двойной штраф. Оттого этому наказанию подвергается не только вор в собственном смысле данного слова, но также хранитель²⁷, отрицающий принятие на хранение, должник — отрицающий долг по *pexus*, продавец — отрицающий гарантии при манципации, причинитель — отказывающийся в возмещении вреда моей вещи; опекун, обманувший опекаемого (*actio rationibus distrahendis*), продавец, продавший мне истребованную у меня чужую вещь, владелец моей вещи, получивший во время виндикационного процесса доходы или, чтобы избежать процесса, посвятивший ее богам²⁸ или встроивший в дом. Почему во всех этих случаях штраф двойной? Таков закон равенства. Удачна попытка ответчика игнорировать требование — он получит мою вещь, а в случае неудачи придется потерять столько же, сколько он в противном случае приобрел бы. Это своего рода

²⁵ Ввиду сделанных ранее замечаний в моем «Духе римского права», в § 11 (также 11а во втором изд. [*Jhering R., von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 1...*]) я могу обойтись ниже более короткими.

²⁶ В цитированной работе т. 1, с. 128 второго издания [*Jhering R., von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 1...*].

²⁷ *Collat. X, 7. § 11.*

²⁸ *I. 3 de litig. (44. 3) [D. 44. 3. 3].*

идея игры, ставки в которой должны быть одинаковы, — идея, которая повторяется и в *sacramento* древнего процесса, и в *sponsione poenali* новейшего. А какая же игра, если тот, кто при удачном раскладе получит чужое, в случае неудачи лишь выдаст это, не теряя ничего своего!

Для вора наказание возрастает до трехкратного штрафа, если вещь найдена у него при обыске, а когда он пытается отказать в обыске — до четырехкратного. И снова совершенно правильный расчет. Если бы в первом случае вор нес наказание в двойном размере, почему бы ему вместо добровольной выдачи вещи не допустить обыск своего дома, [19] раз есть надежда, что противная сторона вещь вообще не найдет? За этот шанс он и заплатит большей ставкой. И если бы невыгоды отказа допустить обыск ограничивались обнаружением вещи, с чего бы ему, коли он уверен, что ее обнаружат, не избежать унижительность этого обстоятельства, раз это не влечет для него расходов? Именно поэтому на него будет наложено еще и четвертое *simpulum*.

Картина, представленная выше древнейшим римским правом, совсем не оставляет сколько-нибудь благостного впечатления. Но и оно все-таки заслуживает правильного освещения, чтобы мы примирились с господствовавшими в нем страстями. Не так уж сложно заламывать руки, глядя на все это с высоты нашего современного развития права. Ведь сегодня страсти в праве уже бесправны; обезличенная сила закона пришла на смену личному аффекту. Но иным было соотношение на начальных ступенях развития — устойчивость правопорядка, т. е. надежность реализации прав, основывается здесь на энергичном содействии индивидов, а эта энергия, в свою очередь, зависит от степени раздражения личного правового чувства, вызванного испытанным неправом; человек должен сначала почувствовать правоположения, чтобы они у него отложились. Обокраденный, который забивает вора на месте преступления, оказывает обществу услугу, в которой отказали недостаточно развитые государственные органы общественного порядка, и чем крепче все держатся за те вожжи, которые закон дает каждому в пределах сферы его собственного права, тем туже натягивается сеть, которой закон сплачивает общество. Хранитель закона — и одновременно мститель в пределах своей ограниченной сферы, пришпоренный частным штрафом, обещанным ему за оказанную обществу услугу, он лишь выполняет задачу, возложенную [на него] в рамках воплощения правовой идеи, и тем строже он, тем подозрительнее смотрит на любые нарушения своего права, тем более безжалостен и непримирим он, когда отражает или мстит за его попрание. Это может быть единственным, что им движет, [20] — но какая разница? У истории в хозяйстве сгодятся и низкие мотивы, которые находят себе благое применение, пока не найдут себе замену в высоких и благородных.

III.

Мы переносимся теперь во времена расцвета римского права. Распространено заблуждение, длительное время разделявшееся и мной, будто настоящее величие и действительная ценность римского права состоят в юридической технике или методе того чисто формального совершенства при оперировании юридическими понятиями, которое совершенно безразлично к их содержанию. Если бы я еще раньше не отрекся от этого заблуждения²⁹, настоящее исследование должно было бы открыть мне глаза, ведь проблема, решение которой римскими

²⁹ Во втором издании первого тома моего «Духа римского права». S. 18 и сл. [*Jhering R., von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 1...*].

юристами является предметом данного исследования, чисто этического свойства, а само решение — одна из непреходящих заслуг, за которые мы должны не переставать почитать римскую юриспруденцию. Это идея вины в том, как ее провели через все гражданское право. В то время, как у криминалистов уже давно не вызывает сомнений, что позднейшее римское уголовное право, обеспечив себе видное место во всеобщей истории уголовного права тем, как в нем выделена составляющая виновности перед внешней стороной деяния³⁰, почти не уделяло внимания не менее значимому развитию понятия вины в области гражданского права цивилистами, взор которых так легко уводит от этической стороны права формализм юридической методы. С одной стороны, они скрупулезно отметили все отдельные правоположения, в которых идея вины нашла отражение, [21] и это обстоятельство позволяет мне в дальнейшем не приводить все подробности. Но чего они не сделали, так не выразили и не обосновали идею вины как высший этический принцип гражданского права, как это давно произошло в уголовном праве. Я попробую восполнить данный пробел, но не стоит ожидать от меня исчерпывающего рассмотрения предмета, детальное изучение которого займет целый том, а здесь ограничимся лишь достоверной передачей общей картины и основных ее элементов.

Мы проследим за указанной идеей по двум направлениям: в ее внешнем, экстенсивном, проведении через все частное право и в ее понятийной, интенсивной, проработке.

Область господства и формы воплощения идеи вины в новейшем праве

Идея вины и противопоставляемое ею противопоставление внешнего неправа внутреннему красной нитью проходит через всю правовую систему: нет правового отношения, в котором эта идея не привлекла бы подходящего ей внимания, т. е. в котором наличие или отсутствие вины не влекло бы различие в ответственности, понятие вины является общим мерилom ответственности в развитом римском частном праве.

Но понятие вины проявляет себя в различных отношениях неодинаково. В случае с деликтами недозволенное действие составляет первичную и единственную основу требования, в случае со всеми другими отношениями, напротив, первичную основу требования составляет обстоятельство, никак не зависящее от виновности поведения, как-то: собственность, контракт и т. д., и хотя в их случае вина тоже способна присоединиться как вторичное обстоятельство и усилить ответственность, все же возникающие из них требования могут достичь своей цели без какой-либо доли вины на стороне противника; это заблуждение, будто бы неисполнение обязательства необходимо [22], заключает в себе внутреннее неправо, — оно здесь так же не нужно, как для виндикации (с. [7]). Короче говоря, для первых отношений виновная составляющая существенна, для вторых — случайна. Несколько вольно используя римскую терминологию, обозначим требования первого рода как в основе своей направленные на наказание, а вторые — как в основе направленные на надлежащее исполнение.

³⁰ В частности, и в отношении покушения на нарушение; однако римляне ни разу это не выразили. Высказываниями Павла (V. 23, § 9: *consilium uniuscujusque non factum puniendum est* и I. 14 ad leg. Corn. de sic. (48. 8): *in maleficiis voluntas spectator non exitus*) отмечен дух позднейшего уголовного права. Подробности этого были бы здесь не к месту, я отсылаю здесь прежде всего к *Luden Abh. I S. 72* и сл. [*Luden H. Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht...*], но см. также [*Hepp C. F. Th. Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts*]. S. 109 и по поводу вменения *Köstlin System des deutschen Strafrechts I. S. 129*.

Полноценное проведение понятия вины как мерила ответственности во всех отношениях второго рода является великой заслугой классической юриспруденции. Правовые понятия, в которых проявляется эта мысль присоединяющейся вины (*Gedanke der accessorischen Schuld*), суть *mala fides*, *dolus*, *culpa* и *morae*. Невозможно определить, насколько первые ростки данных понятий смогли пробиться уже в древнем праве, но, вне всякого сомнения, это могли быть лишь самые зачатки. Достаточно беглого взгляда на источники, чтобы убедиться, сколь неустойчивыми еще застали эти понятия даже времена классической юриспруденции; ведь и по основным вопросам царили еще разночтения³¹. На это именно указывает и языковой аргумент: два основных выражения — *culpa* и *dolus* — в том смысле, в каком их употребляла позднейшая юриспруденция, являются относительно поздними явлениями³². Духу древнейшего права, судя по оставленным им следам в источниках, нисколько не отвечает идея давать оценку вине по личности, подобно тому как вообще одной из основных черт древнейшего правопонимания является то, что оно еще не поднялось до [23] личного подхода при правовой оценке, напротив, повсеместно применяется начало внешнего отвлеченного равенства³³. Насколько этому противостояло применение названных понятий, еще хорошо видно по многочисленным местам позднейшего права, в которых отношения *juris stricti* сохранены, по существу, в неизменном виде. С одной стороны, понятие *morae*, т. е. зафиксированное интерпелляцией кредитора противоправное (в некоторых случаях воровское) удержание вещи, определенно находило применение издревле, по меньшей мере в том, что касается переноса *casus* на должника; с другой стороны, также понятно, что главное последствие *morae* — обязанность к возмещению убытков — не наступало в древнейших обязательственных формах римского права — личных требованиях, направленных на *certum*³⁴. Не заключали они в себе и ответственность за *culpam in non faciendum*³⁵, разве вследствие *doli*; когда к стипуляции не добавлялась *clausula doli*, это требовало *actionis doli*³⁶ — иска, известного только со времен Цицерона.

Такие в высшей степени несовершенные остатки правовой культуры прошлого только подчеркивают величественность творения поздней юриспруденции, воз-

³¹ В качестве примера я назову спор между Прокулом и Кассием в I. 40 pr. De her. Pet. (5. 3) [D. 5. 3. 40. pr.] и между Лабео и Октавием в I. 18 pr. Ibid. [D. 5. 3. 18. pr.].

³² Противопоставление сознательного и неосознанного неправо отмечено в древнем юридическом языке в словах *prudens* и *imprudens*, а в новом — в *dolo malo* и *culpa*. Вполне известно, что техническое значение *doli* сложилось позднее; древнейшее словоупотребление, которое еще долго удерживалось в языке законов, использовало для этого *dolum malum* или *fraudem*. Тем меньше сомнений в отношении *culpa*, еще *lex Aquilia* заменил ее неопределенным выражением *injuria*, и по Фесту *sub noxia*, которое не охватывает ни *dolum*, ни *culpam*: *ponebatur noxia apud poetas et oratores pro culpa*. Язык — самое верное указание на возраст понятия.

³³ Моя работа, т. II, § 29 (2-е изд., с. 101 и сл.) [*Jhering R., von. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 2...*].

³⁴ I. 38 § 7 de usur. (22. 1); Gaj. II. 280. Возмещению плодов при *condictione furtiva* не препятствует I. 8 § 2 de cond. furt. (13. 1), и так должно быть даже независимо от *morae*, потому что вор совершает в отношении них новое *furtum*, см. подробнее мою работу, т. III, с. 31, 179, 180 [*Jhering, R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. Teil. Bd. III. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1865*] и I. 3 Cod. de cond. ex lege (4. 9) [C. 4. 9. 2], I. 15 de usur. (22. 1) [D. 22. 1. 15], I. 18 de exc. (44. 1) [D. 44. 1. 18], I. 4 § 1 de R. Cr. (12. 1) [D. 12. 1. 4. 1], I. 1 Cod. Theod. de usur. rei jud. (4. 19) [4. 19. 1].

³⁵ I. 91 pr. de V. O. (45. 1) [D. 45. 1. 91]. . . cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit non in non faciendum? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum non faciendum tenetur.

³⁶ I. 7 § 3 de dolo (4. 3) [D. 4. 3. 7. 3]. . . in ex emto quidem actione cesset de dolo actio, quoniam est ex emto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est. I. 19 ibid. [D. 4. 3. 19].

веденного отчасти в дополнение, отчасти вместо них. Какой перелом в идеях, какое всеобъемлющее переустройство права, насколько могуча та работа духа, в сравнительно короткое время сосредоточившаяся на том, чтобы запустить его в работу! Я в самом деле сомневаюсь, даст ли однажды история права другой пример, который можно было бы поставить рядом с этим [24] явлением. Проследить этот процесс постепенного становления, роста, влияния тех идей было бы одним из самых привлекательных и благодарных занятий для историка, но, к сожалению, интересу в этом не отвечает имеющийся для этого возможности, так как именно о том интереснейшем времени, на которое приходится зачатки этих образований, — о последних столетиях республики — нет необходимых известий в юридической литературе. При этом в нашем распоряжении все же есть некоторые отправные точки, чтобы с приблизительной точностью наметить тот путь, который прошло развитие некоторых из этих отношений.

Удостоверимся прежде всего в том, каким был итог этого развития. Его можно передать несколькими словами. Если отвлечься от тех немногих правоотношений, которые сохранили свою раннюю структуру, — т. е. в которых виновная составляющая, когда вообще учитывается, принимает форму особого требования³⁷, все другие отношения полностью восприняли его. Другими словами: любой вид неправа, вызванного умыслом или неосторожностью, порождающего или не порождающего иск, независимо от отношения, получает в самом иске из самого отношения оценку и соответствующее воздаяние. Иски о надлежащем исполнении, следовательно, выполняют одновременно побочную функцию наказания, все деликтное право повторяется в отдельных отношениях из собственности или договора — *condictio furtiva*, *actio legis Aquiliae*, *act[io] de dolo* растворяются в соответствующих *actiones in rem* или *in personam*³⁸, разве что [25] модифицированных соответственно духу нового времени³⁹ в том отношении, что роена свелась к одному лишь возмещению вреда, а ответственность переходит также на наследников⁴⁰. К этим деликтным искам, впитанным в себя соответствующими отношениями, присоединяется тогда и виновная составляющая, как она характерна для соответствующего отношения, т. е. нарушение обязанностей, свойственных именно этому

³⁷ А именно — *condictionis certi*, см. сноски 35, 36, *act[ionum] confessoriae* и *negatoriae*, см. ниже, и, к примеру, еще *act[ionis] aquae pluviae arcendae*, по которой ср. l. 14 § 2, 3 de aq. pluv. (39. 3) [D. 39. 3. 14. 2 и 3] и мою работу, том III, стр. 28 [*Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 3. Teil. Bd. III. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1865].

³⁸ Как известно, источники предлагают немало таких примеров; достаточно будет привести следующие. Для *furti* в договорных отношениях: l. 29 pr. depos. (16. 3) [D. 16. 3. 29], l. 45 pro soc. (17. 2) [D. 17. 2. 45]; *idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est*. Для *damnum injuria datum* в договорных отношениях: l. 7 § 1 commod. (13. 6) [D. 13. 6. 7. 1], l. 47 § 1, l. 48 pro soc. (17. 2) [D. 17. 2. 47. 1; D. 17. 2. 48], в *reivindicazione* и *hereditatis petitione*: l. 13 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 13], l. 36 § 2 de her. pet. (5. 3) [D. 5. 3. 36. 2]. Для *doli* в договорных отношениях см. сноски 36, l. 11 § 15 de act. emt. (19. 1) [D. 19. 1. 11. 15] и бесчисленные иные места; по *in rem actionibus* — искам против владельца как такового и всем искам, основанным на обогащении, я отсылаю к известному началу: *dolus pro possessione est*, см., напр., l. 131 de R. J. (50. 17) [D. 50. 17. 131], l. 27 § 3 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 27. 3]; l. 12, l. 21 § 2, l. 24 de nox. act. (9. 4) [D. 9. 4. 12; D. 9. 4. 21. 2; D. 9. 4. 24]; l. 67 pr. i. F. De J. D. (23. 3) [D. 23. 3. 67. pr.]; l. 18 § 1, l. 64 § 7 sol. Mat. (24. 3) [D. 24. 3. 18. 1; D. 24. 3. 64. 7]; l. 2 pr. Quor. Bon. (43. 2) [D. 43. 2. 2. pr.]; l. 3 § 20 de bon. Lib. (38. 2) [D. 38. 2. 3. 20]; l. 5 rer. Am (25. 2) [D. 25. 2. 5]; l. 2 § 32 Ne quid in loco (43. 8) [D. 43. 8. 2. 32]; l. 15 § 10 Quod vi (43. 24) [D. 43. 24. 15. 10]; l. 2 pr. De prec. (43. 26) [D. 43. 26. 2. pr.]; l. 1 § 23 de coll. (37. 6) [D. 37. 6. 1. 23]; l. 1 § 13 Ne quid in flum. (43. 13) [D. 43. 13. 1. 13], где Лабеев уже применяет начало, так же как в l. 18 pr. de her. pet. (5. 3) [D. 5. 3. 18. pr.].

³⁹ Об этом см. ниже раздел VII.

⁴⁰ l. 7 § 1 Dep. (16. 3) [D. 16. 3. 7. 1] . . . *quamquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu rei que persecutione descendit ideoque in solidum heres tenetur*.

отношению. Еще не обсуждается, какое влияние оказывает вид и степень этой вины на ответственность, речь идет лишь об экстенсивном расширении понятия вины; мы ограничимся тем, что констатируем универсальность понятия вины. Она опирается на указанные выше четыре понятия, которые, за немногими исключениями (см. ниже), повторяются во всех исках, и причем понятие *malae fidei* принадлежит исключительно вещным искам, *mora* — исключительно личным, а *dolus* и *culpa* общие для обоих видов.

Напрасно было бы приводить этим общеизвестным фактам свидетельства — пришлось бы цитировать весь *corpus juris*. Сложнее на конкретном примере показать противоположность древнейшего и нового права, как она определяется разницей в устройстве исков, вызванной понятием вины. Я выберу для этого *reivindicatio*, *act[io] negatoria* и *confessoria*. Первый иск, переживший целую внутреннюю доработку, какую едва ли знал второй⁴¹, [26] наиболее широко воспринял составляющую вины, так что владелец отчитывается по нему за лежащие на него бременем действия и бездействие за все время с самого начала владения⁴², тогда как оба последних иска сохранили свой изначальный вид и ограничивались строго обстоятельством внешнего неправа, т. е. устранением состояния, противоречившего праву истца, не давая истцу одновременно возмещения вызванного этим вреда^{42a}. Для них тем самым совершенно безразлична противоположность между виновностью и невиновностью ответчика, дающая в случае с *reivindicatio* столь ощутимую разницу в исходах споров; виновный отвечает не больше, чем невиновный. Чтобы привлечь его к ответственности в случае виновности и принудить к возмещению вреда, тут нужно особое средство защиты, в частности *interdictum quod vi aut clam* или *cautio damni infecti*⁴³. В первом из них значимость вины выражена особенно ярко. Его условием выступает внутреннее неправое (*opus vi aut clam factum*)^{43a}, и [27] в случае причинителя оно направлено на полное возмещение вреда^{43b}, а вот в случае с невиновным преемником — на одно лишь претерпе-

⁴¹ Моя работа, т. III, с. 178–185 [*Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 3...].

⁴² Так, напр., при причинении вреда вещи (*act. leg. Aquiliae*) I. 13 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 13]; по-требления, I. 1 § 32 Dep. (16. 3) [D. 16. 3. 1. 32]; отчуждении, I. 27 § 3 de R. V. [D. 6. 1. 27. 3]; ответственности за плоды, I. 27 § 2 *ibid.* [D. 6. 1. 27. 2] . . . *ex quo coepit possidere*, которая в случае *m. f. poss.* подпадает под понятие воровства, см. мою работу, т. III, с. 180, сноска 235 [*Jhering R. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 3. Teil. Bd. III. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1865].

^{42a} Я уже высказался ранее (там же, с. 31) против распространенного утверждения об обратном (напр., Puchta *Pandekten*, § 172, 191, Arndts *Pandekten*, § 169, 191, Windscheid *Pandekten*, § 198, 217). Места, на которые ссылаются, либо совсем ничего не говорят о возмещении вреда, либо, если говорят, то никак не обозначают иска, как, напр., I. 4 § 2 *Cod. de serv.* (3. 34) [C. 3. 34. 4. 2], который должен относиться к *interd. quod vi aut clam* (*injuriöse extruxit*, ср. I. 1 § 2 *quod vi* 43. 24: *injuriam comminisci*), или говорят об интересе в пользовании, которое было невозможно в течение процесса, как, напр., I. 4 § 2 *si serv.* (8. 5) [D. 8. 5. 4. 2] *fructuum nomine* . . . *si quid intersit servitute non prohiberi*, но не: *prohibitum esse*. Напротив, нужно сравнить случай в I. 17 § 2 там же [D. 8. 5. 17. 2], где юрист дает *act. negatoria* только для устранения неправомерной постройки, но за возмещением вреда отсылает истца к *cautio damni infecti*; *si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare* — явное доказательство, что первый для этого не предназначен.

⁴³ По обстоятельствам также *act. doli*, как, напр., I. 9 *pr. Si serv.* (8. 5) [D. 8. 5. 9. *pr.*] и иные иски.

^{43a} I. 1 § 2 *Quod vi* (43. 24) [D. 43. 24. 1. 2]: *injuria commisci*; I. 3 *pr.* там же [D. 43. 24. 3. *pr.*]: *dacto tuo delinquentis*.

^{43b} I. 11 *pr.* § 4, I. 15 § 7, 8, 9, I. 16 § 1, I. 21 § 3 *ibid.* [D. 43. 24. 11. *pr.*; 15. 7, 8, 9; 16. 1; 21. 3].

вание им удаления противоправной постройки⁴⁴. В *cautione damni infecti* виновная составляющая является несколько завуалированной^{44a}. Верное начало, что без личной ответственности не должно быть обязанности к возмещению вреда (см. ниже), римское право объявляет владельца земли не ответственным за вред, причиненный обрушением или нависанием его здания или отдельной его части. Ведь чтобы стать ответственным, он должен натолкнуться на порицание от противной стороны за то, что ему следовало это предвидеть, но это же самое порицание, если его сделать, можно обратить против нее же^{44b}, поскольку тот, кому что-то угрожает, прежде других заинтересован в предупреждении опасности. Именно тому, чтобы наперед установить виновную составляющую в поведении, служит теперь *cautio damni infecti*. Подобно *interpellatione* при *moa*, она включает в себе своевременное напоминание небрежному человеку о его обязанности — призыв принять необходимые меры либо, если обращение его не вразумило, возложить на противную сторону все убытки; подобно *interpellatione* при *moa*, казус перекладывается на опоздавшего с этими мерами, разве что здесь это происходит в форме особого обещания, поскольку обязательственное отношение еще не возникло.

Тем самым, наш вывод состоит в том, что при *act[io] conf[essoria]* и *negat[oria]* виновная составляющая и связанное с ней требование о возмещении вреда проявляются в форме самостоятельного деликтного иска, предоставляемого рядом с иском о надлежащем исполнении точно так же, как выше (с. [23]) это показано при *stipulatione dandi*, в то время как в *reivindicacione* и других *in rem actionibus* они образовывали единство.

Переход от внешнего к внутреннему проступку, который мы наблюдали как раз в *reivindicacione*, мог быть повторен [28] в некоторых других исках. Но едва ли это составляло правило, напротив, думаю, в большинстве отношений события развивались противоположным образом — изначально они как раз рассматривались сквозь призму деликта⁴⁵ и только затем постепенно поднялись до уровня требований о надлежащем исполнении. Деликт не в общепринятом смысле, как, например, кража, а локализованный, если можно так выразиться, деликт, который завязан на совершенно конкретное отношение⁴⁶. Беглый взгляд на римское право дает нам таких специальных деликтов целое множество, на ум приходят, например, иски против *mensuris*, против *nautarum et sauronum in duplum*⁴⁷, против вдовы, которая хитростью добивается владения наследственным имуществом *ventris nomine*⁴⁸; против *immissum in possessionem* вследствие злоупотреблений при управлении⁴⁹, и т. д. Подобные иски из специальных деликтов были тогда пер-

⁴⁴ L. 7 pr. § 1, l. 15 § 6, l. 13 § 7, l. 14, l. 15 § 3, l. 16 § 2 *ibid.* [D. 43. 23. 7].

^{44a} Нижеследующее я указал уже в другом месте, *Jahrbücher IV*, S. 98 [*Jhering R. Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen und nicht zur Perfektion gelangten Verträgen // Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Bd. 4. 1861*].

^{44b} l. 18 § 8 *dam. inf.* (39. 2) [D. 39. 2. 18. 8]: *venditorem stipulari . . . oportet, quia hujus quoque rei culpam praestat.*

⁴⁵ Как известно, римляне не ограничивали понятие деликта одними только четырьмя *delictis privatis*, как, например, в l. 9 § 2 *de minor* (4. 4) [D. 4. 4. 9. 2] *delinquentibus . . . vel alias in contractu. l. 49 de O. et A* (44. 7) *Ex contractibus . . . licet delictum quoque versetur. l. 3 pr. Quod vi* (43. 24) *delinquentis. l. 2 de itin.* (43. 19) *.. superveniente delicto.*

⁴⁶ l. 7 § 1 *Dep.* (16. 3) [D. 16. 3. 7. 1] *.. dolus ex contractu descendit.*

⁴⁷ L. 7 *Nautae* (4. 9) [D. 4. 9. 7].

⁴⁸ L. Un. § 1–3 *Si mulier* (25. 6) [D. 26. 1. 1–3].

⁴⁹ l. 9 pr. § 8 *de reb. Auct.* (42. 5) [D. 42. 5. 9. pr., 8]. *Si possessionis causa deterior facta esse dicitur dolo ejus, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur . . . cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur.*

выми несовершеннолетними ростками некоторых будущих договорных исков. В нашем сегодняшнем представлении понятия договора и деликта исключают друг друга, так что может выглядеть противоречивым признание в договорном отношении деликтного иска, но это представление именно нового времени, не древнеримское, и основано оно лишь на том, что большинство таких специальных деликтных исков позднее полностью перешли в контрактные. Только одно отношение — иск против *tensores* — еще в позднейшем праве сохранял свой первоначальный облик в чистом и нетронутым виде. Таким же является деликтный иск⁵⁰ [29] из ведения дел без поручения⁵¹, которое навсегда осталось на этой более низкой ступени правовой защиты, так и не поднявшись до прямой исковой защиты⁵².

Такое же состояние незаконченного развития обязательства, сохранившееся до позднего времени в одном этом случае, изначально отличало многие другие еще обязательства, которые лишь в новейшем праве поднялись на высоту чистого обязательственного отношения, т. е. не обусловленного более деликтной составляющей. К ним относились опека, мандат, товарищество, фидуция и хранение. Их особый характер следует уже из того обстоятельства, что в противоположность всем другим контрактным отношениям присуждение в них влечет за собой бесчестие; точно так же как в случае с деликтами, влекущими бесчестие. При перечислении оснований бесчестия в преторском эдикте они стоят непосредственно друг за другом, а в *tabula Heracleensis* стоят даже в середине между *furtum* и *dolo cum injuria*⁵³. Подсказываемая таким расположением мысль о близости двух категорий оказывается совершенно обоснованной. Деликт, о котором здесь идет речь, называется «*crimen perfidiae*»⁵⁴, он состоит в грубейшем [30] обмане доверия, особенно необходимого именно в этих отношениях⁵⁵. Наказанием за это становится бесчестие, обязанность к предохранению полного возмещения вреда и право истца на совершение присяги в форме *juramenti in litem*. Очевидна разница между древнеримским и нашим сегодняшним взглядами на эти отношения. Никто сегодня не подумает, чтобы иски из этих отношений заключали что-то большее, чем просто контрактные иски, т. е. требования, для обоснования которых, как при продаже или займе, достаточно одного лишь факта заключения контракта без того, чтобы к нему добавлялась деликтная составляющая, порицание за противоправный образ действий. По древнеримскому же представлению значение деликтной составляющей, наоборот, было преобладающим, так что преторский эдикт ни в одном месте не считал необходимым специально упомянуть среди оснований

⁵⁰ Поэтому он не направляется против наследников, l. 3 § [5] *si mentor* (11. 6) [D. 11. 6. 3. 5].

⁵¹ l. 4. *Ibid.* [D. 11. 6. 4] . . . *si initium rei non a circumscriptio, sed a suscepto negotio originem capit.* С этим юрист связывает то следствие, что иск будет *perpetuus*.

⁵² l. 1 pr. *Ibid.* [D. 11. 6. 1. pr.] *quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficia loco praeberi.* § 1 *ibid.* . . . *civiliter obligatus non est.*

⁵³ l. 1 pr. *De his qui not.* (3. 2) [D. 3. 2. 1. Pr.] . . . *pro socio, tutelae, mandati, depositi.* Более не известная Юстинианову праву *act. fiducia* не включена. *Tab. Herad.* с. 8 *qui furti* . . . *condemnatus pactusque est erit, quive iudicio fiduciae, pro socio, tutelae, mandati injuriarum deve dolo malo condemnatus est erit.* Здесь опять же нет *depositum*. Может, он еще не имел к времени закона (а. у. 709) иска? С этим было бы согласно в *Cic. De off.* III. 26 [неверное указание на фрагмент — имелся в виду 25-й: Цицерон. О старости... С. 149] . . . *non semper deposita reddenda* и последовательное не включение *depositi* в *de nat. deor.* III. 30, 74, *pro Rosc. Com.* С. 6, 16 и *pro Caec.* С. 3, 7 [Цицерон. Речи: в 2 т. М.: Наука, 1991].

⁵⁴ l. 1 § 4 *Depos.* (16. 3) [D. 16. 3. 1. 4] «*crimen perfidiae*». l. 5 pr. *Ibid.* [D. 16. 3. 5. pr.] *de fide rupta agitur.* l. 55 § 1 *de adm.* (26. 7) [D. 26. 7. 55. 1] *per fide agere.* *Cic. de nat. deor.* III. 30, 74 [Цицерон]: *judicia de fide mala.* l. 6 *de his qui not.* (3. 2) [D. 3. 2. 6] *de perfidia agitur.* l. 6 § 6. *Ibid.* [D. 3. 2. 6. 6] *in deposito vel in mandato male versatus.*

⁵⁵ *Cic. pro Rosc. com.* с. 6. *Si qua enim aut private judicia summae existimationis et paene dicam capitum sunt, tria haec sunt: fiduciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quae continet vitam, caet.* *Cic. pro Caec.* С. 3: *dlictum . . . iudicium turpe.*

бесчестия по этим искам обстоятельство *doli*⁵⁶; настолько это само собой разуме-лось согласно сложившимся представлениям.

Наиболее явно материальное отношение выступает в хранении. Храни-тель, как говорит Гай⁵⁷, «*tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit*», т. е. это специальный иск *doli*, точно как в случае с *mensore*, а также с хранителем, который получает от поклажедателя обещание: «*ne depositi agat, vi ipso id pactus vi- detur, ne de dolo agat*»⁵⁸. Потому и в отношении несовершеннолетнего, принявшего на себя обязательство принятием поклажи, в первую очередь ставится вопрос о его способности нести ответственность за *dolum* и только во вторую — о никак не связанной с ней возможности предъявить иск на сумму обогащения⁵⁹. Допу-стить против хранителя после возврата поврежденной вещи еще [31] и требование о возмещении вреда римский юрист считает возможным только после дедукции такого рода: *cum res deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*^{59a}, а вне связи с *dolo* возможность *act[io] depos[iti]* и вовсе отрицается⁶⁰. Вопрос, связано ли с этим представлением также предоставление иска сыну семейства, можно оставить без ответа⁶¹.

Если верно передавать юридическую суть отношения, то следовало бы ска-зать так: само по себе хранение еще не устанавливает обязательство, а только возможность его возникновения через деликт, — и это представление действи-тельно можно найти в наших источниках. Хранитель, говорит Помпоний в I. 81 § 1 *de salut.* (46. 3) [D. 46. 3. 81. 1], если по смерти поклажедателя отдаст вещь одному из его наследников без *doli*, освобождается в отношении других или, как он сам себя поправляет, «*verius est, non incidit in obligationem*»^{61a}, обязательство даже не возникает. Следствием этого представления было то, что последствия однажды совершенного деликта не отпадали, даже когда в дальнейшем по факту восста-навливалось прежнее положение⁶².

Раз *act[io] depositi*, как должно явно следовать из всех этих признаков, изна-чально была именно таким специальным иском *doli*, подобно иску против *mensoris* еще в новейшее время [32] (с. [28]), то как последний (сноска 50) он тоже пере-ходил бы тогда на пассивной стороне на наследника. Этот взгляд находит инте-ресное подтверждение в вызвавшем множество споров свидетельстве Теофила (IV. 12 § 2). Основанное применительно к новейшему праву на явном недосмотре — ведь Пандекты приводят в I. 1 § 1 *Depositum* (16. 3) [D. 16. 3. 1. 1] положение именно преторского эдикта, обмолвившееся о переходе иска — указанное свидетельство имеет в историческом отношении тем большую ценность. С учетом рассуждений выше и того обстоятельства (см. ниже), что одно и то же явление повторяется при

⁵⁶ Наследники были исключены оговоркой: *su o nomine damnatus*.

⁵⁷ Gaj. III. 207.

⁵⁸ I. 27 § 3 *de pact.* (2. 14) [D. 2. 14. 27. 3].

⁵⁹ I. 1 § 15 *Dep.* (16. 3) [D. 16. 3. 1. 15].

^{59a} I. 1 § 16. *Ibid.* [D. 16. 3. 1. 16].

⁶⁰ Напр., I. 13 *pr.* *Ibid.* [D. 16. 3. 13]. *Si . . . eum, qui rem depositam petebat, verum procuratorem non putaret. . . nihil dolo malo fecit. Postea autem si cognoverit, cum ro agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere, si reddere eam non vult.*

⁶¹ I. 19. *Ibid.* [D. 16. 3. 19]. I. 9 *de O. et A.* (44. 7) [D. 44. 7. 19]. В последнем месте он сопостав-ляется с двумя деликтными исками: *act. injuriarum* и *interd. quod vi aut clam*, а также *act. commodati*.

^{61a} То же представление выразилось в выражении, которое использовал Цицерон в *pro Caec.* с. 3, 7: *qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiducia rationem fraudaverit quempiam*: от-ношения создают лишь возможность для деликта, и не сами они обязывают, а деликт.

⁶² I. 1 § 25. *Ibid.* [D. 44. 7. 1. 25]. *Si rem depositam vendidisti eamque redimisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.* В проти-воположность этому *ср.* I. 27 § 2 *de R. V.* (6. 1) [D. 6. 1. 27. 2].

act[io] mandati и fiduciae и до определенной степени в act[io] tutelae, представляется едва ли обоснованным связывать ошибку Теофила не с ним самим, а с указанием юриста более раннего периода, которому еще не была известна указанная перемена в преторском эдикте и который представлял невозможность перехода act[io] depositi вследствие *doli* наследодателя как действующее право.

Один римский юрист учил нас⁶³, что по законам XII таблиц при хранении можно было взыскать двойной штраф. Знали ли уже законы XII таблиц *actionem depositi*? Я бы подверг это сомнению. Как раз вполне возможно, что юрист имел тут перед глазами штраф в двойном размере, установленный этим законом на случай *furti nec manifestum*; подобно *condictioni furtiva*⁶⁴, он тоже⁶⁵, несомненно, применялся при хранении в случае кражи. Если бы закон давал сразу act[io] depositi, позволяющую взыскать двойной штраф, едва ли удастся объяснить введение претором act[io] depositi для взыскания обычного штрафа, т. е. иска, дававшего поклажедателю меньше, чем до сих пор позволяло право. Если же исходить из того, что по древнему праву хранителю предъявлялся только иск по поводу *furti*, то становится совершенно понятным введение *actionis depositi*, т. е. расширение [33] ответственности поклажедателя за рамки одной лишь кражи до *doli mali* вообще, тем самым охватив, например, умышленное повреждение, небрежность в отношении вещи⁶⁶.

Преторский эдикт содержал для depositi две исковые формулы: *formulam in jus* и *formulam in factum conceptam*^{66a}. Можно спорить об истинных мотивах такого решения, было ли это сделано лишь ввиду статуса сына семейства⁶⁷; в обеих формулах достаточным образом выражено противоположение, которое нас занимает: один — деликтный иск из договора, т. е. значение придается и договору, и *dolo*: «*deposuisse eamque dolo malo redditam non esse*», другой — просто договорный иск о надлежащем исполнении: «*quod ... deposuit ... quidquid ob eam rem dare facere oportet*».

Совершенно то же самое, что было сказано об act[io] depositi, относится к act[io] pro socio. Наши юридические источники не сохранили для нас подтверждений этому, однако в речи Цицерона pro Roscio Comoedo осталось свидетельство, полностью проясняющее нам, как в раннее время понимался этот иск. Act[io] pro socio содержит порицание *furti ac fraudis* (с. 9 § 26), он включает *crimen, magnitudo criminis, iudicium grave* (§ 25); если бы иск против Росция был обоснован, был бы установлен *furtum apertum* (§ 26). Другому, очень характеристичному выражению, использованному Цицероном в речи pro Caecina (*fraudare per societatem*), уже была посвящена сноска 61а. Как мы видели в [сюжете о] хранении, и здесь до введения act[io] pro socio ее заменяли *condictio furtiva* и act[io] furti⁶⁸.

[34] Особенно интересные сведения об истории развития этих институтов дает нам мандат. После обнаружения оригинальных институций Гая нам стало известно, что вторая глава *legis Aquiliae* давала для возмещения вверенной

⁶³ Павел в Collat. X, 7 § 11 (Sent. rec. II. 12 § 11).

⁶⁴ I. 13 Dep. (16. 3) [D. 16. 3. 13].

⁶⁵ I. 29. Ibid. [D. 16. 3. 29].

⁶⁶ Аналогию представляет мандат, в котором также к *furto* добавляется *dolus* на основании *lex Aquilia* (см. ниже).

^{66a} Gaj. IV. 47.

⁶⁷ I. 13 de O. et A. (44. 7) [D. 44. 7. 13]. In factum actionis etiam filiifamilias possunt exercere; ср. I. 9. Ibid.

⁶⁸ Известно, насколько широким в древнейшем праве было применение act. furti и при договорных отношениях; см., напр., Gell. XI. 18. § 13: *condemnatum quoque colonum fundo, quem conduxerat, vendito*.

адстипулятору суммы *actio «damni nomine»*, если тот действовал с дурным умыслом — «*qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit*»⁶⁹. Оценивая это с точки зрения своего времени, Гай обоснованно недоумеваает по поводу данного иска, когда рядом есть *act[io] mandati* («*sed id caveri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret*»), и может объяснить его существование только наложением на обманщика двойного штрафа — причина, недостаточность которой хорошо ощущается. Истинной причиной было то, что на момент появления данного закона никакой *act[io] mandati* еще не было, а *act[io] furti* так же не подходила для этой цели, как в случае *doli* при хранении (с. [33]), поскольку поверенный присваивал деньги не себе лично, а прощал их должнику. Из-за того, что древнему праву была неизвестна *act[io] mandati*, поручителю также требовался особый регрессный иск против должника, *act[io] depensi*. Другим известным уже древнейшему праву случаем, когда позднейшее право предоставляло *act[io] mandati contraria*, а древнее еще не защищало мандат иском, однако особый иск требовался, была *actio furti oblati*. Посредством нее истребовал тройной штраф тот, кто в интересах другого брал на хранение украденную вещь, которую затем у него находили при обыске дома⁷⁰. В мандате и опеке эти специальные деликтные иски стали предшественниками общего деликтного иска из соответствующего отношения (*act[io] mandati, tutelae*) — явление, которое повторилось в самих специальных и генеральных деликтных исках^{70a}. Но даже после того, как мандат как таковой стал исковым, [35] первоначальная идея деликтного иска еще долго оказывала свое влияние. *Act[io] mandati* находилась на данном этапе развития еще в конце предпоследнего века республики, поскольку автор *ad Herennium* сообщает нам^{70b}, что из двух преторов того времени (Секст Юлий Цезарь, претор 631 г., М. Ливий Друз старший, трибун 632 г.) один отказывал в *act[io] mandati* к наследникам, второй же предоставлял, т. е. один видел в ней еще деликтный иск, а второй уже договорный. Не нуждается в отдельном упоминании то, что упомянутая выше *act[io] legis Aquiliae* против поверенного переходила на его наследников как деликтный иск.

Переход исков является безусловным признаком их направленности на надлежащее исполнение обязанностей. Если применить это к двум оставшимся отношениям, опеке и фидуции, то в обоих этих случаях можно найти определенное своеобразие. В этом отношении у опеки в новейшем праве еще была та особенность, что наследник опекуна отвечает не по тем же основаниям, что опекун, а только за *dolum* и *culpam*, но не за *negligentiam*, т. е. *culpam levem*⁷¹. Также в фидуции засвидетельствован отход от привычных начал перехода договорных исков, впрочем, в части не пассивного, а активного преемства^{71a}. Для

⁶⁹ Gaj. Inst. III. 215, 216.

⁷⁰ Gaj. Inst. III. 187.

^{70a} Генеральной *act. legis Aquiliae* предшествовало множество специальных исков о возмещении вреда, о которых у нас более нет свидетельств, I. 1 pr. ad leg. Aq. (9. 2) [D. 9. 2. 1. pr.]. *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno injuria locurae sunt, [35] derogavit, sive XII tabulis sive alia quae fuit, quas nunc referre non est necesse*. То же следует думать об *act. doli*, разве что большинство специальных исков из злого умысла еще сохранились в новейшем праве наряду с генеральной *act. doli*. В качестве примера я назову 1) иск против *falsum tutorem*, I. 7 pr. *Quod falso* (27. 6) [D. 27. 6. 7. pr.], 2) ввиду злоумышленного отчуждения, I. 1 pr. *de al. jud.* (4. 7) [D. 4. 7. 1. pr.], 3) ввиду симуляции сделки, I. 1 § 1–3 *si mulier* (25. 6) [D. 25. 6. 1. 1–3], 4) против *missum in possessionem*, I. 1 pr. § 9 *de reb. aut.* (42. 5) [D. 42. 5. 1. 9], 5) ввиду воспрепятствованной *in jus vocatioins*, I. 5 § 1 *Ne quia eum* (2. 7) [D. 2. 7. 5. 1].

^{70b} Auct ad Her. II. 13, 19.

⁷¹ I. 4 *de mag. conv.* (27. 8) [D. 27. 8. 4] . . *nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur*. I. 1 *Cod. de hered. tut.* (5. 54) [C. 5. 54. 1] . . *ob negligentiam quae non latae culpae comparari possit*.

обоих отношений это означает, по меньшей мере, то, [36] что они не близки обычным договорным отношениям, и с учетом всего, что мы до сих пор видели, причина усматривается только в деликтной составляющей нарушения. Применительно к опеке это прямо засвидетельствовано в *act[io] rationibus distrahendis* законов XII таблиц с двойным штрафом^{71b}. То, что этот иск древнее *judicii tutelae*, так же мало подлежит в моих глазах сомнению, как то, что *act[io] legis Aquiliae* против поверенного древнее *actionis mandati*. Несомненно для меня и то, что *actio tutelae*, так же как было показано ранее для *act[io] mandati* и *depositi*, изначально не могла быть направлена против наследников опекуна, т. е. что она понималась еще не как иск о надлежащем исполнении, а как деликтный иск, и то же мы небезосновательно можем сказать об *act[io] pro socio* и *fiduciae*, короче говоря, про все названные выше пять *actiones famosae*. Только этим объясняется то, что *tabula Heracleensis* (*lex Julia municipalis* 709 года) ставит эти иски, за исключением, как кажется, неизвестного ей еще *act[io] depositi*, в один ряд с *act[io] doli* (сноска 53). Со времени прежнего и к моменту нового их расположения, как в преторском эдикте, произошло превращение этих исков из деликтных в договорные.

Результат исследования указанных отношений сводится к формуле: во всех них идея обязательственной силы отношения могла пробить себе дорогу только через деликтную составляющую. Это совсем не единичный случай истории римского обязательственного права, а воплощение перехода понятия права от субъективной к объективной форме, как я обозначил бы это противостояние — явление, часто повторяющееся во всех правовых порядках и во всех отраслях права и которое само себя в истории науки не изживало. Легко признать неправо, когда происходит деликт, [37] когда сама форма проступка, злой взгляд и поднятый кулак преступника показывают на него; тут и неразвитого нравственного чувства хватит, чтобы говорить о неправе. Но несравненно тяжелее распознать внешнее неправо, ибо оно ничем не задевает, в нем нет никакой вины, а различимо оно при твердой уверенности в собственном праве; чтобы судить о нем, нужна полная ясность относительно содержания и объема нарушенного права. Это утверждение могут пояснить несколько примеров.

Как известно, римское право предоставляет определенным близким людям наследодателя право на оспаривание завещания посредством *querelae inofficiosi testamenti*, если они были безосновательно лишены в нем наследства, но не так, что право на оспаривание определяется одними правами и интересами истца, а так, что оспаривание обусловлено наличием в поведении завещателя виновной составляющей. Он нарушил свои обязанности, когда лишил наследства, думая, что я это заслужил, — таков известный смысл иска. Но как быть, когда в действительности его нельзя в этом упрекнуть, хотя обманчивая внешность говорила против меня такое, что любой бы на его месте поверил этому, — где здесь вина? Тут уже чувствуется, что виновная составляющая не охватывает всего, она не позволяет лишенному наследства ребенку добиться правды; выставлять и проводить такое основание означает предоставить право ребенка воле случая. Как истребование собственности не зависит от виновной составляющей в поведении ответчика, так и истребование наследства не должно от нее зависеть, и при преобразовании Юстинианом института необходимых наследников это требование и вправду было

^{71a} От Павла в содержащемся в *Consult. VI. 8* фрагменте *ero Sententiarum receptarum: heredibus debitoris adversus creditorem qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur nihil a testatore inchoata ad eos transmissa sit.*

^{71b} I. 55 § 1 de adm. tut. (26. 7) [D. 26. 7. 55. 1], I. 1 § 19 seq. L. 2 de tut. Rat. (27. 3) [D. 27. 3. 1. 19; 2].

выполнено, а возможно, что уже и римские юристы не могли удержаться от того, чтобы удовлетворить в подобном случае жалобу лишённого наследства. Но сама *querela* не отвечала этому требованию, поскольку в ее основе лежало внутреннее неправое, нарушение своих обязанностей одним лицом и причиненная этим обида другого лица, — [38] материальное право необходимых наследников должно было пройти такой же путь, как упоминавшиеся выше договорные отношения, — начать с внутреннего неправа и закончить внешним.

Нечто похожее на это оспаривание завещания в римском праве представляет оспаривание судебного решения по германскому праву. Древнегерманский процесс рассматривал этот акт сквозь призму внутреннего неправа — решение порицается за то, что оно было неправом, допущенным судьей по отношению к жалующемуся, в свою очередь жалоба была «выпадом лично против вынесшего решение, так что могло дойти и до дуэли»⁷².

Если бы верно было мнение Савиньи, что основу посессорных интердиктов составляет деликт, то еще одним доказательством было бы владение. Это как раз показало бы, что римское право понимало идею владения не подобно [понятию] собственности с его внешней отвлеченностью, а через ограниченное понятие внутреннего неправа. На деле же, как это видится мне^{72а}, такой взгляд подтверждает влияние развиваемой здесь идеи еще и в науке — обстоятельство, которому внимательный наблюдатель приведет немало примеров⁷³.

Прошло ли тот же путь, что приведенные выше примеры, развитие [39] многих других понятий и институтов римского права, — на такой вопрос я бы ответил в некоторых случаях положительно, но вообще этот ответ требует такого погружения в исторический материал, что я охотно воздержусь от этого здесь.

Если кратко подытожить проведенное исследование, в истории римского частного права экстенсивное распространение виновной составляющей проявилось в следующих трех группах исков:

- 1) у которых составляющая вины или деликта сохранила изначальную форму специального деликтного иска, для которых она, таким образом, навсегда осталась внутренне чуждой;
- 2) которым она изначально была чужда, но позднее ее включили в основание иска;
- 3) которые вначале имели деликтную составляющую, но позднее поднялись до идеи чистого иска о надлежащем исполнении.

⁷² von Bar, *das Beweiskraft des germanischen Prozesses*, [Hannover, Hahn'sche Hofbuchhandlung,] 1866. S. 13.

^{72а} Обоснование этой оценки см. в первом (печатающемся в данный момент) выпуске девятого тома моих ежегодников [рус. пер.: *Иеринг Р., фон. Об основании защиты владения // Избранные труды*. Т. II. СПб., 2006. С. 385–545].

⁷³ Я мог бы привести в пример себя же. Сформулированное мной учение о *culpa in contrahendo* [рус. пер.: *Иеринг Р., фон. Culpa in contrahendo, или Возмещение убытков в случае недействительности или незаключенности договора // Вестник гражданского права*. 2013. Т. 13, № 3. С. 190–266], поскольку имеет в основе ограниченную идею внутреннего неправа, не отвечает идее самого отношения, и на смену моей версии этого учения, верно, придет другая, более объективная. То же касается тех многих случаев, когда римские юристы признавали *culpatum* — это положения объективного свойства, насильно облеченные в субъективную форму, от которой их освободила лишь продвинувшаяся вперед наука. Германистическая юриспруденция предлагает пример в виде противостояния взглядов на права автора: субъективистский, который подводит отношение под незаконное копирование, и объективистский, при котором оно, отвязанное от данного ограниченного основания, признается тождественным собственности в плане своей объективности.

IV.

Внутреннее содержание и устройство виновной составляющей

Вторая часть моей задачи (с. [21]) касается той области, в которую я вынужден отправиться не без сожаления. Как никакая другая, она богата верными, непреходящими мыслями римских юристов, она — место стремительнейшего научного развития и свободнейшего творчества, не связанного твердой почвой практической жизни и поднимающегося на высоту философской спекуляции, и вынуждает остановиться на ней подольше, делая при этом попытку мигом пересечь ее и свести основные идеи к нескольким положениям практически невозможной. Лишь то обстоятельство, что большинство материалов, которыми мы располагаем, общеизвестно и потребует простого упоминания вместо подробного освещения, позволит мне осуществить свое намерение, и, просто воздерживаясь от более внимательного изучения отдельных моментов, о которых нельзя сказать того же самого, [40] я ограничусь главным образом тем, чтобы простой инвентаризацией, если можно так выразиться, наличного материала довести до сознания сведущего в римском праве, насколько оно богато в этом отношении.

Есть три подхода, к которым должно, как я считаю, восходить все самое характерное и значимое в учении римских юристов:

- 1) строгое проведение положения, что не вред как таковой, но лишь виновность поведения является основанием для ответственности за деяние и тем самым обязанности к возмещению вреда;
- 2) различие разнообразных видов и степеней вины;
- 3) соразмерность наказания тяжести проступка.

Без вины никакой ответственности за деяние, т. е. никакой обязанности к возмещению вреда

Не вред обязывает к возмещению вреда, но вина.

Простое положение, такое же как для химика — что горит не свет, а кислород в воздухе. Однако оба относятся к положениям, в которых для сведущего заключена целая история науки. Они суть простые кресты на башне; но эту башню надобно построить прежде, чем мог бы быть водружен крест, — крест есть вершина и венчает целое здание.

Химии стоило не меньших трудов прийти к нему, чем юриспруденции — к первому из приведенных положений. Оба требуют оторваться от внешней видимости, освободить себя от заманчивости натуралистически-материалистического взгляда на мир и бескомпромиссной борьбы с предрассудками, ибо уму необразованного человека [41] нет ничего доступнее, чем горение света, так же как невоспитанному правовому чувству — того, что к возмещению обязывает причинение вреда, говоря проще, вред как таковой. В обоих случаях сначала нужно сломать и утратить веру в истинность чувственного восприятия, отказать в судейской мантии глазу, вроде бы призванному судить о фактах, и поставить на его место суждение научное.

В вопросе о возмещении вреда это выражается в том, чтобы наперекор внешней причинности деяния поставить во главу угла внутреннюю — виновный проступок. Для невооруженного глаза нарушитель и, следовательно, ответственный за нарушение — тот, кто вовне совершил деяние, а согласно учению римских юристов — это тот, у кого к деянию добавляется вина. Не внешний акт обязывает, а действие, т. е. причинность деяния в человеческой воле, и даже не просто действие, а только когда его можно порицать за желание. Без этого вред от человека подпадает под ту же категорию, что вред от града — природного явления,

неблагоприятные последствия которого должен нести тот, кто с ним столкнулся, что на языке права называется *casus*.

С этим просвещенным взглядом нельзя было примирить установления и положения древнейшего права, накладывавшие наказание на невиновного. Впрочем, сила привычки сохранила некоторым из них длинную жизнь^{73a} — пережитки древней культурной эпохи, которые редко проникают в совершенно новую среду, пока и их не сметет дух времени⁷⁴. Но в общем и целом переход [42] вполне завершился уже во времена классических юристов. Все творения, которыми мы обязаны им или претору, исполнены иным духом, и даже во многих из них, берущих начало в древнейшем праве, как прежде всего *reivindicatio*, дух времени показывал себя сильнее любой традиции. Мысль, поставленная нами выше во главу угла, победно прошла практически по всему новейшему праву. Мы убеждаемся в этом, когда проверяем ее на следующих трех отношениях: 1) в деликтных исках, 2) в контрактных исках, 3) в *actionibus in rem*.

1. Деликтные иски

1.1. Дети, безумные, животные

Кто не ведает, что он творит, не несет ответственности ни за что. Столько правопорядков обязывало безумного к возмещению вреда, а в римском праве он освобождается из-под ответственности; его деяния, подобно поведению животных, подчиняются не моральным, а физическим законам, они часть естественной природы, подобно падению камня^{74a}. Но как хозяин отвечает за животное, если он виновен, так и в случае с безумными по тем же основаниям несут ответственность те, кто должен был его оберегать⁷⁵. То же касается детей, и не просто *infantum* в техническом смысле (до завершения седьмого года), а также и лиц, преодолевших восьмой десяток (*infantia maiores*), которым недостает понимания противоправности своих действий (*infantiae proximi*)⁷⁶. Только когда это понимание установится, отчитываться за свои действия. [43] Но понимание установится не за раз, а постепенно, и не у всех в одно время, а у одних раньше, у других позже, говоря коротко, есть пороговая ступень способности к вменению. Ввиду этого римские юристы не связывают ответственность *infantum maiorum* с абстрактно определяемым моментом времени, а относят на усмотрение судьи в каждом отдельном случае.

^{73a} Так, напр., для *act. furti concepti*, которую Гай (III. 191) и Павел (S. R. II. 31, 5, 14) упоминали как употреблявшуюся на практике. Но уже рескрипт Севера и Антонина (I. 8 Cod. ex quib. causis 2. 12 [C. 2. 12. 8]) характеризует решение, вынесенное против невиновного на основании этого иска, как *durior sententia* и освобождает от бесчестия.

⁷⁴ В Юстиниановом праве все специальные деликтные иски, за исключением *act. furti manifesti* и *nec manifesti*, исчезли; «*in desuetudinem abierunt*», как говорит Юстиниан в § 4 J. De obl. Ex del. (4. 1) [D. 4. 1. 4]. Он добавляет: *cum manifestissimum est, quod omnes qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt*. В одном слове «*scientes*» заключено противопоставление древнего и нового права. Также отменены все процессуальные наказания (с. [13]), см. ниже (VII).

^{74a} I. 5 § 2 ad leg. Aq. (9. 2) [D. 9. 2. 5. 2] . . . quemadmodum si quadrupes damnum dederit aut si tegula ceciderit. I. 61 i. f. de adm. (26. 7) [D. 26. 7. 61] . . . casu aliquo sine facto personae.

⁷⁵ I. 1 § 14 i. f. de off. praes. (1. 18) [D. 1. 18. 1. 14].

⁷⁶ И притом не для одних только собственно деликтов, но и для вредоносных действий в возникших правоотношениях, см., напр., I. 61 de adm. (26. 7) [D. 26. 7. 61], I. 60 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 60].

К животным составляющая вины как основание ответственности неприменима⁷⁷; в той или иной мере виновными оказываются собственники или иные лица, отвечают они⁷⁸. В отношении домашних животных римские юристы проводят различие по тому, несет животное вред *secundum* или *contra naturam sui generis*, и в первом случае собственник обязан выдать его, а во втором нет. Ясно, что такое различие находится в определенном отношении к идее вины, возлагают ли ее на животное или на хозяина, и именно по этой причине я не считаю, что древнейшее право здесь утрачивает самобытность и уже этим тонким различием (с. [12]) выделяется на фоне других правопорядков древности, находившихся на той же ступени культурного развития⁷⁹, напротив, я вижу в нем новшество, введенное лишь позднейшей юриспруденцией. Не была ли, может, первоначальным мотивом этого различия мысль, что порок вменялся в вину животному, за что само животное должно нести ответственность? В любом случае было бы преждевременным сбрасывать со счетов место, приведенное в сноске 77, которое принадлежит одному из позднейших римских юристов⁸⁰.

[44] Далее, обязанность возместить вред:

1.2. отпадает в случае действий в ситуации вынужденности

Капитан корабля, который ради его сохранения и сохранения груза выбрасывает за борт товары, рыбак, который режет сети, в которые его лодка попала без его вины⁸¹, домовладелец, который рушит горящий дом соседа, чтобы спасти свой⁸², — все они не совершают *damnum injuria datum*, поскольку они сделали лишь то, чего требовала ситуация, в которой они оказались без своей вины, ответственность за это они могут возложить на судьбу.

Без вины нет наказания. Потому обязанность к возмещению вреда, если она, по римскому воззрению, относится к наказаниям,

1.3. не переходит на преемников причинителя, ни универсальных, ни сингулярных

Последние несут ответственность, как известно, только тем, что у них еще осталось из полученного вследствие деликта предшественника — обогащением; когда речь идет об удалении неправомерно (*vi aut clam*) возведенного здания — то только *patientia*, т. е. они должны претерпевать, что истец за свой счет будет убирать его⁸³.

⁷⁷ L. 1 § 3 *si paup.* (9. 1) [D. 9. 1. 1. 3] . . . *damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.*

⁷⁸ Примеры в I. 1 § 4–8, там же [D. 9. 1. 1. 4–8].

⁷⁹ См. об этом: *Zimmern System der römischen Noxalklagen*. S. 94, 95 [Zimmern S. System der römischen Noxalklagen. Heidelberg, In Commission bei Mohr und Winter, 1818]; Hepp a.a.O. S. 103.

⁸⁰ Ср. в связи с этим места у *Schrader Inst. IV.9. pr.* [von Schrader H. E. S. Justiniani Institutiones. Berolini, 1832], который видит в них выраженным применительно к животным «*injuria quoddam genus vel potius similitudo*», прежде всего в I. 1 § 11 *si paup.* (9. 1) [D. 9. 1. 1. 11], где один из древнейших юристов, Квинт Муций из времен Цицерона, применяет подход, основанный на вине, к борьбе двух животных: *ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio*. Если бы четко и осознанно понималось основание в вине, лежащей на собственнике животного за его недостатки, то собственника признавали бы ответственным и независимо от владения животным.

⁸¹ I. 29 § 3 *ad leg. Aq.* (9. 2) [D. 9. 2. 29. 3].

⁸² I. 49 § 1. *Ibid.* [D. 9. 2. 49. 1], I. 7 § 4 *Quod vi* (43. 24) [D. 43. 24. 7. 4].

⁸³ I. 16 § 2 *Quod vi* (43. 24) [D. 43. 24. 16. 2]. *In summa qui vi aut clam fecit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis, qui fecit nec possidet, impensam, qui possidet nec fecit, patientiam tantum*

В отношении наследников каноническое право отказалось применять данный подход, и, как я думаю, верно. Ведь по тому же основанию, по которому римское право накладывало на них ответственность за проступки наследодателя в договорных отношениях, [45] их можно привлечь к возмещению вреда и от деликтов, речь же идет не об их вине, а о вине наследодателя, за которую они должны отвечать (см. ниже, VII).

Приведенные случаи достаточно характеризуют дух, который двигал римским правом в нашем предмете. Лишь ради полноты изложения отметим, что в отсутствие явной собственной вины лица ответственность за деяния других могла наступить из полицейских соображений (*utilitatis publicae causa*) в нескольких совсем специфических случаях, как в *act[io] de recepto*, *act[io] furti* против *nautae*, *caurones*, *stabularii*, *act[io] de effusis et dejectis* и иске против публиканов за их служащих⁸⁴.

2. Договорные иски

По моему мнению, римские юристы руководствовались названным началом и в этом случае. Обязанность к предоставлению интереса (т. е. возмещению вреда за несовершенно, просроченное или ненадлежащее исполнение) в их глазах всегда была обусловлена составляющей вины.

Доказать это утверждение во всей его полноте означало бы провести отдельное подробное догматическое исследование, неуместное в рамках настоящей работы. Насколько солидным сделают это утверждение указания, позволенные здесь мной, судить сложно.

Возражение, которое они могут вызвать, заключается в том, что римское право говорит об обязанности к возмещению в различных случаях, в которых вину на самом деле признавать нельзя, в частности в случае просрочки, эвикции и ответственности за действия третьих лиц.

[46] Что касается

1. Просрочки, то ведь выглядит так, что нет совсем никакой вины в том, что должник, несмотря на все усилия, не смог обеспечить предоставление и все же отвечает за убытки и в этом случае.

Ответ на это: никто не должен брать на себя то, к чему он не способен⁸⁵. Каждый должен знать свои силы и способности, прежде чем заключать договор, и их переоценка является недосмотром, от неблагоприятных последствий которого страдать должен он, а не его контрагент⁸⁶; последний же должен был иметь возможность вступить в договор с другим. *Culpa* была здесь в момент заключения договора.

В остальном обоснование просрочки через *culpa* требует, с учетом сегодняшнего состояния учения, по меньшей мере подробного обоснования⁸⁷.

debet. В I. 3 § 2, 3 de alien. (4. 7) [D. 4. 7. 1. 2, 3], помимо interd. quod vi aut clam, названы еще act. aquae pluviae arc. и operis novis novi nunciatio.

⁸⁴ I. 1 pr. de publ. (39. 4) [D. 39. 4. 1. pr.].

⁸⁵ I. 7 pr. Dep. (16. 3) [D. 16. 3. 7. pr.] . . cum posset non suscipere talem causam quam decipere. L. 8 § 1 ad leg. Aq. (9. 1) [D. 9. 1. 8. 1] . . cum affectare quisque non debeat in quob vel intelligit vel intelligere debeat infirmitatem alii periculosam futuram. L. 9 § 5 Loc. (19. 2) [D. 19. 2. 9. 5]. Quod imperitia peccavit, culpam esse.

⁸⁶ L. 137 § 4 de V.O. (45, 1) [D. 45. 1. 137. 4] . . causa difficultatis ad incommodum promissoris pertinet.

⁸⁷ См. прежде всего von Vangerow Lehrbuch der Pandekten § 588 Anm. 1.

2. Предоставление при эвикции. Кто продает вещь, должен знать, принадлежит ли она ему⁸⁸; если он заблуждается, это обосновывает порицание, аналогичное предыдущему случаю: виновное заключение договора и, как следствие, обязанность к предоставлению интереса. Когда порицание неуместно, нет и этой обязанности, а предоставление является ограниченным — возвратом покупной цены. Так в случае, когда проданное *ignus ex causa iudicati captum* будет эвинцировано у покупателя⁸⁹, за [47] залогодержателем не было никакой вины, продажа произошла помимо его воли. Это решение в высшей степени характеристично с точки зрения доказываемого мной отношения виновного поведения к интересу. Его доказательная сила поддерживается решениями, которые хотя и не связаны с эвикцией, но совершенно подобны ей, — когда должник изначально не способен к предоставлению, потому что вещь чужая, и он не может передать ее в собственность. Если он добровольно принял обязанность, он несет ответственность за убыток, а если она возложена на него помимо воли, то только в размере стоимости вещи⁹⁰. То же различие состоит для случая, когда он обязан передать одну и ту же вещь разным лицам; продавец, дважды продавший ее, должен одному покупателю вещь, а другому — интерес, но наследник, на которого возложено два legata, должен одному отказополучателю вещь, а другому — только ее стоимость⁹¹.

3. Ответственность за действия третьих. Кому требуется просто найти другого для какой-либо задачи, тот, как следствие, несет ответственность только за неосторожность, допущенную при выборе (*culpa in eligendo*), тогда как тот, кто сам должен обеспечить предоставление и предпринимает это с помощью другого лица, несет ответственность непосредственно за его *culpa*⁹². Можно ли здесь подвести ответственность под виновность самого нарушителя? Не хуже и не лучше, чем в случае с ответственностью из курульного эдикта (сноска 88). С тем же правом, как на продавца возлагают ответственность за незнание вещи, можно так же возложить ответственность за ошибку в привлечении другого лица; *aliquatenus* можно сказать [48] словами I. 5 § 6 de O. et A. (44. 7) [D. 44. 7. 5. 6], которые, правда, про другой случай: *culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur*⁹³

Не буду отрицать, что в предпринятой только что попытке возвести ответственность к виновной составляющей есть что-то натянутое. В то время как вопрос о вине в целом зависит от каждого отдельного случая, тут это предмет правоположения, обстоятельство, установленное *in abstracto*. Оправдывать это или нет, дело не мое, мое дело — констатировать сам факт, и для этого мне было бы также позволительно привести пример, который наиболее ясным образом показывает противостояние между пониманиями вины как действительного и вменяемого порока поведения.

⁸⁸ Также он должен знать, имеется ли у нее обещанное свойство, I. 1 § 2 de aed. Ed. (21, 1) [D. 21. 1. 1. 2]: *venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae Aediles praestari iubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate*. На том же основании покоится сформулированная мной теория *culpa in contrahendo* (сноска 73).

⁸⁹ I. 74 § 1 de evict. (21. 2) [D. 21. 2. 74. 1].

⁹⁰ В пользу первого — I. 137 § 4 de V. O. (45, 1) [D. 45. 1. 134. 4] i. f. . . *ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit*; в пользу второго — I. 70, § 3 de leg. I. (30) [I. 30. 70. 3], в котором рассматривается случай, когда отказана была чужая вещь, которую собственник продавать или совсем не хотел, или только за неразумно высокую цену.

⁹¹ I. 33 de leg. I. (30) [I. 30. 70. 3].

⁹² Я продолжаю держаться этого мнения, сформулированного мной в моих ежегодниках, т. IV, с. 84, 85 [Иеринг Р., фон. *Culpa in contrahendo*...].

⁹³ I. 61 § 5 de furt. (47. 2) [D. 47. 2. 61. 5]. *Nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret*. См. также I. 7 § 4 Nautae (4. 9) [D. 4. 9. 7. 4] . . *culpa suae, qui tales adhibuit*.

Разумеется, нельзя прямо назвать виной случаи, когда должник собственным действием лишил себя возможности предоставить вещь и I. 1 § 32 Dep. (16. 3) [D. 16. 3. 1. 32] признает это, когда обязывает к возмещению вреда хранителя, передавшего вещь не тому, или его наследника, продавшего ее, не зная, что она на хранении, — но строго под условием, что при этом есть вина. Напротив, I. 91 § 1, 2 de V. O. (45. 1) [D. 45. 1. 91. 1, 2], в которой рассматривается непосредственно обязательность по предоставлению вещи, оценивает ситуацию совсем иначе. Согласно ей должник несет ответственность просто за любое действие, которым он делает исполнение обязательства невозможным, даже тогда, когда он «nesciens se debere, servum occiderit» или «cum nesciret a se petitum codicillis, ut restitueret, eum manumiserit», и эту ответственность юристы обосновывают составляющей вины («culpa in hunc modum dijudicatur»). От действительной, т. е. конкретной, culpa здесь нет и следа, напротив, безвиновность совершенно очевидна.

[49] Что подтолкнуло римских юристов применять понимание вины столь искомое, что оно практически охватывает незнание? Мне не видится иной причины, кроме как моей догадки, что в случае непредоставления основанием полной ответственности была виновность поведения. Когда для признания поведения виновным нет никаких доводов, т. е. когда предоставление стало невозможным ни действиями самого должника, ни действиями третьих лиц, за которых он отвечает, допустимо обратиться к иным предоставлениям, если не наступает полное освобождение⁹⁴, но никогда — к возмещению вреда или интереса.

Несмотря на три рассмотренных только что случая вмененной вины, римские юристы всегда отвечали на вопрос о вине строго конкретикой и действительностью. Тем самым не действие или бездействие сами по себе обязывали должника к возмещению вреда, возникшего по их причине у кредитора, а лишь то обстоятельство, что они возлагались на должника в соответствии со степенью вины, определяемой сообразно началом соответствующего договорного обязательства. Никогда утеря вещи вследствие кражи сама не делала его ответственным; ему дается возможность опровергнуть презумпцию вины, которая здесь, в остальном, обоснованна⁹⁵. Не делает ответственным и то, что утерю мыслимо было предотвратить, но совершенно особыми мерами предусмотрительности; меры предусмотрительности, о которых никто не задумается, потому что они никак не соразмерны риску или не оправданы ввиду затрат, должник также [50] не обязан принимать⁹⁶. Все, что нельзя поставить в упрек и не было пренебрежением необходимой от лица осмотрительностью, является casus, а casus ложится на кредитора, не должника. Такое событие может иметь для должника только то следствие, что он лишится встречного требования⁹⁷.

⁹⁴ Предоставление стоимости вещи (сноски 90, 91), *lucrum ex re*, см., напр., I. 1 § 47, I. 2 Dep. (16. 3) [D. 16. 3. 1. 47; D. 16. 3. 2], I. 13 § 17 de act. emt. (19. 1) [D. 19. 1. 13. 17], I. 15 § 1 de R.V. (6. 1) [D. 6. 1. 15. 1], в двусторонних договорах — полное или частичное прекращение встречного требования либо возврат полученного, см., напр., для купли-продажи I. 33 Loc. (19. 2) [D. 19. 2. 33], для найма I. 15 § 7, 9, I. 19 § 1, I. 33 там же [D. 19. 2. 17. 7, 9; D. 19. 2. 19. 1; D. 19. 2. 33]. В последних местах противоположность виновного невинному непредоставлению «*frui licere*» опять же проявляется со всей ясностью — в первом случае наймодавец предоставляет интерес, во втором — утрачивает требование об уплате арендной платы.

⁹⁵ *Haase*, Die Culpa des römischen Rechts, Kap. 10 [*Haase J. Ch. Die Culpa des römischen Rechts*. 2. Aufl. Bonn, bei Adolf Marcus, 1838].

⁹⁶ Известный пример римских юристов — бегство *servorum custodiri non solitorium* в противоположность *custodiri solitorium*, см., напр., I. 18 pr. Commod. (13. 6) [D. 13. 6. 18. pr.], I. 23 de R.J. (50. 17) [D. 50. 17. 23].

⁹⁷ Так, напр., I. 19 § 1 I. 33 Loc. (19. 2) [D. 19. 2. 19. 1; D. 19. 2. 33].

3. *In rem actiones*

Для большинства этих исков применимость начала «без вины нет наказания» не требует доказательства. Известно, что *bonae fidei possessor* только в той мере несет перед истцом по *reivindicatio* ответственность, в какой он еще владеет вещью или плодами. Если он вещь отчуждил, потребил, уничтожил или ухудшил, то хотя собственник и претерпел от этого вред, о какой вине ответчика может идти речь, раз он не знал о праве истца? Его ответственность начинается лишь с момента, когда истец осуществляет против него свое право, и с этого же момента она не может быть шире его вины, т. е. за *casus* отвечать не придется⁹⁸. Напротив, *malae fidei possessor*, который знал о праве истца, как раз поэтому виновен и от начала и до конца владения несет ответственность за все свои действия; против него *reivindicatio* ведет себя как иск о наложении наказания. Совершенно то же начало видим в *hereditatis petitione* и во всех исках, созданных по подобию *reivindicatio*: *actio Publiciana*, *hypotecaria* и *in rem actione utili* эмпфитевты и суперфициария.

Лишь в отношении *act[i]o confessoria* и *negatoria* неоднократно утверждалось обратное, когда их давали вообще, т. е. не различая виновных и невиновных, причинителя или преемника во владении, [51] не преследуя возмещения вреда. Об этом я высказался уже выше (с. [26]). Несомненно, что успех любого из них означал предельно чувствительные для ответчика невыгоды, но не иначе было при *reivindicatio*; в обоих случаях они ограничивались установлением положения, отвечающего праву истца. А вопрос о том, существенно ли смягчали последствия этих исков институты римского процесса, в частности начало денежной конфемации и косвенное принуждение своевременного предъявления протеста, осуществлявшегося в определенных случаях против управомоченного лица (*operis novi nunciatio*), я оставляю без рассмотрения.

V.

Степень вины

Кульминационным моментом учения римских юристов о виновном проступке является учение о *dolo* и *culpa*; а *mora* и *mala fides*, напротив, полностью теряются на заднем плане — не потому что разработаны менее удачно, а потому что не нуждались в этом. Ведь в то время, как последние замкнуты на конкретную направленность внутреннего неправа и не могут быть дальше разделены на подвиды и степени, общее понятие виновности договорного поведения, которое два первых воплотили для нас своими двумя главными разветвлениями, настолько же всеобъемлюще применимо, насколько гибко и богато разновидностями.

Одной его ветвью является *dolus*, намеренное нарушение договорного обязательства. Знание не имеет степеней, а потому *dolus* тоже. Если нет знания, то и *dolus* исключен, даже если заблуждение было неизвинительным⁹⁹. Однако когда *dolus* влечет бесчестие, [52] римские юристы, тонко оценивая моральную сторону вопроса, высказываются против его признания, если нарушение обязанностей вызвано благородным человеческим или прощительным чувством, — решение,

⁹⁸ I. 40 pr. de her. pet. (5. 3) [D. 5. 3. 20. pr.], I. 27 § 1, 4 I. 33 I. 36 § 1 I. 58 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 27. 1, 4; D. 6. 1. 33; D. 6. 1. 36. 1; D. 6. 1. 58].

⁹⁹ I. 2 § 20 Vi bon. (47. 8) [D. 47. 8. 2. 20], I. 25 § 6 de H. P. (5. 3) [D. 5. 3. 25. 6], I. 36 § 1, I. 47 pr. de usuc. (41. 3) [D. 41. 3. 36. 1; D. 41. 3. 47], § 2 I. Vi bon. (4. 2) [I. 4. 2. 2]. Положение не такое понятное, каким кажется; при строгом применении правила об ошибке в праве можно было прийти к противоположному результату; см., напротив, I. 25 § 6 cit.

объясняющееся только угрозой бесчестия, но не влияющее на имущественную ответственность и применяющееся также в случае внедоговорного *doli*¹⁰⁰.

Возможность нарушения обязанности не шире самой обязанности. Поскольку в одном отношении круг обязанностей теперь шире, чем в другом, из этого следует, что деяние, совершенно дозволенное в одном отношении, в другом может быть умышленным нарушением. Покупатель и продавец при заключении сделки руководствуются только своими собственными интересами, даже когда они знают, что договор убыточен для другой стороны, и это признается совершенно нормальным¹⁰¹; ни один из них не обязан опекать другого, каждый заботится о себе и ожидает этого от другого. Но мандатарий или опекун, т. е. все, кто ведет чужие дела, допустив такое поведение, восстали бы против природы отношения, поскольку цель его состоит именно в том, чтобы они оберегали интерес представляемого; таким образом, они допускают этим *dolus*¹⁰².

Ответственность из *doli* является безусловной, т. е. ее не может исключить или парализовать ни одно обстоятельство — ни предварительно [53] заключенный договор, который ничтожен¹⁰³, ни безалаберность противной стороны¹⁰⁴, потому что даже глупые не могут быть добычей для негодяев, — негодяйства не оправдывает ничто.

Существо *doli* в его понимании и употреблении у римских юристов имеет подчеркнута строгую безусловность, жесткость, существо *culpaе*, напротив, покоится на относительности, эластичности, благодаря которой она прилагается к самыми разным отношениям, и на обусловленных этим разновидностях и особенностях. Было бы излишне объяснять известные противопоставления *culpaе in faciendo* и *culpaе in non faciendo*, оценки действительной и вменяемой *culpaе*, *culpaе latae* и *levis*, они принадлежат юридической повседневности. Однако, наверное, не каждый юрист отдает себе отчет в том, с каким точным пониманием своеобразие отдельных договорных отношений у них используются три основные степени вины: *culpa lata*, *levis* и *diligentia quam in suis*. На мой взгляд, одной из удачнейших идей римских юристов было то, что они сделали интерес стороны в договоре определяющей составляющей, и мне представляется неверным, когда отправной точкой некоторые ученые выбирают начало ответственности за *culpaam leviorem*. В этом нет практической разницы, если в конечном счете такая отправная точка, с некоторыми модификациями, дает тот же результат, но с научной точки зрения, по моему убеждению, мы лишаемся тогда верного понимания римского учения, поскольку его не будет, если не отправляться от того, от чего отталкивались сами римские юристы. Такой отправной точкой была мысль, что тот, кому идет выгода или кто

¹⁰⁰ К таким мотивам относятся, во-первых, сострадание, напр., позволяет спастись рабу от пытки, l. 7 pr. Dep. (16. 3) [D. 16. 3. 7. pr.]; при внедоговорном *dolo* вместо обещывающей *act. de dolo* дается *act. in factum*: l. 7 § 7 de *dolo* (4. 3) [D. 4. 3. 7. 7], см. также: l. 14 § 2 de *cust. reor.* (48. 3) [D. 48. 3. 14. 2], или скрывает некто у себя сбежавшего раба: l. 5 pr. de *serv. corr.* (11. 3) [D. 11. 3. 5. pr.]; во-вторых, учет близости человека: l. 11 § 3 *quod falso tut.* (27. 6) [D. 27. 6. 11. 3], в-третьих, страх: l. 16 § 1 de *lib. causa* (40. 12) [D. 40. 12. 16. 1].

¹⁰¹ l. 16 § 4 de *minor* (4. 4) [D. 4. 4. 16. 4]. In *pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*. l. 22 § 13 *Loc.* (19. 2) [D. 19. 2. 22. 13].

¹⁰² Они даже названы *praedones*, l. 6 § 3 de *neg. gest.* (3. 5) [D. 3. 5. 6. 3], l. 3 § 15 de *susp. tut.* (20. 10) [D. 20. 10. 3. 15]. Подробное рассмотрение этого подхода я привел в *Archiv für pract. Rechtswiss.* N. F. V. S. 24 [в указании страницы вероятно опечатка: *Ihering R. Der Lucca-Pistoja-Eisenbahnstreit // Archiv für practische Rechtswissenschaft.* Bd. 4 (1867). S. 225–344].

¹⁰³ l. 33 de *R. J.* (50. 17) [D. 50. 17. 33]. . . non valere, si convenit, ne *dolus praestetur*. l. 1 § 7 *Dep.* (16. 3) [D. 16. 3. 1. 7]. . . nam haec *conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est*.

¹⁰⁴ Доказательство этого не всегда учитывающегося положения см. в моей работе, цитированной в сноске 102, с. 54 и сл.

хочет выгадать, должен также держать ухо востро. Ведение дела требует и осмотрительности делового человека («*diligens paterfamilias*»). По всем возмездным договорам [54] обе стороны несут ответственность за *culpa levis*, и только по тем из них, которые создают или предполагают особенно близкую личную связь, как в товариществе или приданом, *culpa levis* смягчается до *diligentiam quam in suis rebus*. И наоборот, для отношений из приязни настолько же естественно, чтобы тот, кто пользуется приязнью, соответственно, получающий выгоду, нес ответственность за *culpa levis*, а тот, кто проявляет ее и, соответственно, жертвует, — только за *culpa lata*. Когда римские юристы проводят это правило не строго, а видоизменяя его ввиду прочих соображений и когда общая картина, состоящая из накладывающихся друг на друга и ограничивающих друг друга правил, производит несколько сложное впечатление, это только доказывает, как высоко они ставили свою задачу и как мало верили, что можно одной формулой верно охватить все многообразие отношений. Придав такой вид своему учению, они сделали его плотнейшим образом прилаживаемым к различным отношениям; каждое находит в нем всесторонний учет его своеобразных целей и характера, но при этом не страдают и основанные на принципах слаженности и разделения внутри целого.

VI.

Соразмерность возмездия виновному поведению

Перед наказаниями, однажды введенными древним гражданским правом и процессом, классическая юриспруденция была бессильна. Напротив, где она могла развернуться — это в определении интереса. Ведь выражения формулы: *quidquid ob eam rem dare facere oportet, quanti ea res est* и т. п., были столь неопределенны, что скорее требовали, чем сдерживали дополнительные пояснения и уточнения со стороны юриспруденции. Помимо многих богатых и сложных материй, по которым до сих пор пролегал наш путь, есть еще одна — учение об интересе, вероятно, сложнейшая из всех. Во времена классической юриспруденции она, как никакая другая, вся находилась в движении, в состоянии формирования, когда руководящие идеи еще не приняли продуманной формы простых, устойчивых правил, [55] как в учении, которое мы только что оставили, и только ощущаются как воззрения, повлиявшие на решения отдельных случаев. Выведение отвлеченных правил из этой материи выпало на долю современной юриспруденции; совершенство этой работы я бы поставил под сомнение. Если бы это было так, то одна из основных идей, которыми была проникнута римская юриспруденция, не была бы совершенно оставлена без внимания, как это произошло с идеей, которую мы в дальнейшем хотим кратко обозначать как соразмерность возмещения вреда вине.

Очень заманчива мысль: когда вина и вред доказаны, само собой разумеется полное возмещение вреда, другими словами: для полного возмещения достаточно каузальной связи. Однако такой вывод является обманчивым и к тому же в высшей степени опасным. Должен ли нести ответственность мандатарий, несвоевременно направивший письмо, от которого зависело целое состояние? Каузальную связь скорее всего установить здесь можно самым точным образом. Но кто станет заключать договор, если за незначительную забывчивость ему придется отвечать всем имуществом?

Посмотрим, что говорят по этому поводу римские юристы. Иск покупателя к продавцу в связи с эвикцией охватывает в том числе возмещение затрат на вещь, произведенных покупателем, постольку, поскольку их не истребовать с эвинци-

рующего. Как правило, они остаются в разумных пределах, но мыслим исключительный случай, когда они их далеко превзойдут, например в десятикратном размере, покупную цену¹⁰⁵. Все ли должен возместить продавец? *Iniquum videtur*, говорит Павел в I. 43 de act[io] empti (сноска 105), *in magnam quantitatem obligari videtur, cum non sit cogitatum ab eo de tanta summa*, и в I. 44 Африкан добавляет: *cum forte mediocrium facultatum sit et non ultra duplum periculum subire eum oportet*. Только [56] когда он з н а л , что продает чужую вещь, он возместит всю сумму¹⁰⁶, так как в этом случае он был *in dolo*¹⁰⁷. Надо сказать, если кто и должен отвечать за весь вред, то тот, кто прямо обязался к этому посредством *cautionis damni infecti*. И тем не менее римские юристы решают иначе! Если со стены моего соседа дорогостоящие фрески обрушились вследствие моего действия или бездействия при строительстве, то я несу ответственность только в пределах обычных расходов на обыкновенную облицовку стены¹⁰⁸, хотя речь идет даже не о так называемом косвенном, а о непосредственном вреде!

Тем самым, не одни лишь вина и вред достаточны, значение имеет также мера вреда («*moderatam aestimationem faciendam — modus servandus*»). То есть не сам по себе вред, так что причинивший вред мог бы сознательно и намеренно избежать полного возмещения вреда — ведь он знал и желал того, что сделал, — а мера вины определяет меру ответственности: *dolus* обязывает сразу к полному возмещению вреда, *culpa* же только в определенных пределах¹⁰⁹.

Точное выяснение этих пределов требовало бы целого догматического исследования. Для текущей цели, которая [57] ограничивается лишь тем, чтобы показать идеи, которыми руководствовались римские юристы в нашем учении, достаточно констатировать как одну из них идею соразмерности между виной и наказанием, как принципиальной составляющей учения об интересе. Как блестяще возвышается эта идея над тем — не могу сказать иначе — сырым взглядом, который считает возможным ограничиться одной каузальной связью. Впрочем, ни разу ни один римский юрист осознанно так и не выразил это — напомним о том, что выше говорил о незрелом состоянии нашего учения, — но если кто захочет подвергнуть внимательному изучению относящиеся сюда источники, тот убедится, что эта идея была невидимой осью, у которой так близко крутилась римская юриспруденция. По-разному несут ответственность за вызванный ими вред сознательно и по незнанию продавшие или сдавшие чужую вещь внаймы, передавшие в залог или ссуду вредоносную вещь¹¹⁰, хотя причинная связь в обоих случаях одинакова.

¹⁰⁵ I. 43 i. f. de act. emt. (19. 1) [D. 19. 1. 43] приводит в качестве примера раба, который (например, еще ребенком) был продан дешево, а покупатель за хорошие деньги обучил его искусству.

¹⁰⁶ I. 45 § 1 i. f. Ibid. [D. 19. 1. 45. 1]. *In omnibus tamen his casibus si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet.*

¹⁰⁷ I. 13 pr. § 1. Ibid. [D. 19. 1. 13. 1]. *si sciens . . . I. 22 de V.O. (45. 1) [D. 45. 1. 22] et emptorem de-cepit . . .*

¹⁰⁸ Также Прокул и Капитон в I. 13 § 1 de S. P. U. (8. 2) [D. 8. 2. 13. 1] *non pluris quam vulgaria tectoria aestimari debent*. Также Ульпиан в I. 40 pr. *Dam. inf.* (39. 2) [D. 39. 2. 40] о том же случае . . . *non oportet infinitam vel inmoderatam aestimationem fieri . . . moderatam aestimationem faciendam, quia honestus modus servandus est, non inmoderata cujusque luxuria subsequenda.*

¹⁰⁹ Юстиниан установил по этому поводу *duplum* в своей I. un. *Cod. de sent. quae pro eo* (7. 47) [C. 7. 47. 1] (см. I. 44 de act. emt. cir.). Чтобы признать, что данные пределы должны применяться также при *dolo*, как делают некоторые, нужно — опуская кричащую произвольность и неестественность такого подхода — оставить без внимания то, что тот же Юстиниан, издав в 531 г. данный закон, несколькими годами позже воспринял все высказывания римских юристов, которые совершенно определенно подчеркивали разницу между *dolo* и *culpa* (сноски 106, 107, 110).

¹¹⁰ I. 61 § 1, 3–6 de furt. (47. 2) [D. 47. 2. 61. 1, 3–6], I. 17 § 3 i. f. I. 18 § 3, I. 22 Com (13. 6) [D. 13. 6. 17. 3; D. 13. 6. 22], I. 19 § 1 *Loc.* (19. 2) [D. 19. 2. 19. 1], I. 13 pr. § 1, 2 de act. emt. (19. 1) [D. 19. 1. 13. pr., 1, 2], I. 21 § 2 *Rer. am.* (25. 2) [D. 25. 2. 21. 2].

Juramentum in litem имеет место, только когда с противной стороны был *dolus* или *contumacia*, но не простая *culpa*¹¹¹. Ответчик по *reivindicacioni*, независимо от того, *bonae fidei* он или *malae fidei possessor*, должен отвечать за *casus*, — так учил Прокул, не находя предосудительной несправедливость в отношении *b[onae] f[idei] possessoris*¹¹². Уже его современник возразил против этого и в последующем привлек на свою сторону господствующее мнение, сказав, что владелец (как кажется, и *malae*, и *bonae fidei*) должен нести ответственность только за *dolum* и *culpam*, что Ульпиан опять же нашел сомнительным увлечением и счел необходимым [58] поставить ему ограничение¹¹³, пока Павел не пришел к правильному решению, возложив на *m[alae] f[idei] p[ossessore]m* ответственность за *casus*, а на *b[onae] f[idei] p[ossessore]m* — только за *dolum* и *culpam*¹¹⁴.

Такого же рода противостояние возбудило древнее строгое правило, что *mora* сама по себе перекладывает на должника *casus*. Верное для случая, когда вещь не была бы утрачена, если бы не *mora*, оно представляется несправедливым для противоположного случая, когда и при своевременном исполнении у кредитора возник бы вред¹¹⁵. По вопросу о том, заслуживал ли такого освобождения тот, кто оказался *in mora*, совершив деликт, имелись, как кажется, более и менее строгие взгляды¹¹⁶; с точки зрения момента времени, на которое производилась оценка, к нему относились менее благожелательно, чем к должнику по договору¹¹⁷.

VII.

Отмирание наказаний

Мы снова перепрыгиваем несколько столетий и обнаруживаем себя во временах Юстиниана. Стоит ли тратить усилия на очередное сравнение? Для вопроса, который нас до сих пор занимал, в общем-то нет; небогатое идеями время последних цезарей не смогло добавить к идеям римской юриспруденции ничего. Однако совсем в другом направлении началось изменение, которое заслуживает всяческого внимания.

От того, кто внимательно сравнит процессуальное право эпохи Юстиниана с процессом классического периода, не сможет ускользнуть то, что процессуальные наказания, игравшие значительную роль в последнем, в первом практически исчезли. Никаких *sponsio* *poenalis*, *restipulationis* при интердиктах, никаких *fructus licitationis*, *sponsio* *terciae* и *dimidiae partis* при [59] *condictione certi* и *actione de pecunia constituta*, никаких *judicii contrarii* (с. [14]), *judicii calumniae* (с. [16]), даже наказания за *plus petitionem*, хотя и не упраздненные полностью, были существенно ограничены (см. ниже). Кто не почувствует, что мы здесь имеем дело не с отдельными явлениями, а с одной и той же единообразно проведенной идеей?

¹¹¹ I. 1 § 2 de in lit. jur. (12. 3) [D. 12. 3. 1. 2] . . *dolus aut contumacia*, I. 4 § 4 *ibid.* [D. 12. 3. 4. 4] *ex culpa autem non esse iusjurandum deferendum.*

¹¹² I. 40 pr. de her. pet. (5. 3) [D. 5. 3. 40. pr.] . . *justum esse Proculo placet.*

¹¹³ I. 15 § 3 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 15. 3].

¹¹⁴ I. 40 pr. de her. pet. (5. 3) [D. 5. 3. 40. pr.], I. 16 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 16].

¹¹⁵ Здесь не имеет значения, как эта модификация дальше ограничивается возражением, что кредитор продал бы или мог бы продать.

¹¹⁶ Можно сравнить, напр., манеру, в которой выражается Юлиан в I. 1 § 34 de vi (43. 16) [D. 43. 16. 1. 34], единственный отрывок Юлиана в этом титуле находится в D. 43. 16. 17], с манерой Ульпиана в I. 14 § 11 i. F. Quod met. (4. 2) [D. 4. 2. 14. 11].

¹¹⁷ F. Mommsen, Die Lehre von der Mora. S. 210 [Mommsen F. Beiträge zum Obligationenrecht. 3. Abteilung: Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa. Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn, 1855].

Но, возможно, слишком смело говорить здесь об идее, возможно, нам следует усматривать причину больше в том, что с отменой древнего процесса под его обломками оказались похоронены и приведенные установления. Впрочем, что мешало перенять эти наказания в новом процессе, раз в остальном они представлялись разумными? Однако уже на тот момент эти штрафы изжили себя, и если и действительно их исчезновение связано с исчезновением процесса по формулам — что доподлинно неизвестно, — это было бы лишь поводом, а не причиной их конца, внешним упразднением, падением вызревшего плода, не причиняющим вреда самому дереву. In desuetudinem abiit, говорит об *actione columniae* Юстиниан в титуле Институций *de poena temere litigatum* (IV. 16 § 1), *quae in partem decimam litis actores multabat, quod nunquam factum esse invenimus*, т. е. она не была упразднена актом законодателя, а сама утратила свою жизненность, была приговорена временем.

Что же имело время против этих наказаний? Большинство из них накладывались одинаково на виновных и невиновных — строгость, длительное существование которой вызывало удивление большее, чем ее окончательное устранение; тот же переворот в воззрении на право, который низложил *act[io] furti concepti* (сноска 73а), а для воровства ввел принцип: *quod omnes qui scientes... celaverint, obnoxii sunt*, должен был принести свои плоды и применительно к наказаниям. Известно, как Зенон в I. 1 Cod. de plus pet. (3. 10) [C. 3. 10. 1] выразился о штрафах за *plus petitionem*: *tunc vero is qui plus petitio damnificetur, quando manifeste convictus fuerit per avaritiam delinquere*. Время, [60] поднявшись до осознанного выражения этой мысли и претворив ее в жизнь в установлении, сопротивлявшемся ей как никакое другое, могло сделать невозможными и другие проявления этого. Так и пало жертвой неумолимого духа времени все, что из строгих грубых установлений прошлого перешло в новое время и что должны были сохранить римские процессуальные форм; римская история права заканчивается на том, что побеждает и утверждается мысль, постижение которой и широчайшее применение навсегда будет одной из самых блестящих заслуг римской юриспруденции, — мысль, что нет наказания без вины.

Однако не одна эта мысль оказала влияние на наказание в позднейшем праве. *Actio calumniae* имела основанием вину, и все же исчезла и она; что же предосудительного нашли в ней?

С попыткой ответить на этот вопрос для нас открывается новая сторона нашей задачи — часть истории развития римского права, которая, с одной стороны, восходит ко временам классической юриспруденции, а с другой — переходит через Юстинианово право в современность. В таких широких временных рамках история римского частного права показывает нам продолжающееся угасание идеи наказания. Что осталось сегодня от частных наказаний римлян? С одной стороны, они еще есть в учебниках, как ни в чем не бывало, все такие же, как в *corpus juris*. Штраф в двойном и четверном размере за кражу и сокрытие, тройной — за разбой, двойной — за обман, бесчестие по *act[io] depositi, pro socio* и т. д., и чего еще только нет. С другой стороны, они существуют только в учебниках, авторы которых боятся показаться за пределами своих кабинетов и соприкоснуться с жизнью, это призрачные сущности, которые появлялись во все времена существования права и о которых есть высказывание [61] Юстиниана¹¹⁸ по схожему явлению из его времени — *po dominio ex jure quiritium: nec umquam videtur nec parim rebus appet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis intiles legis antiquae dispositiones accipiunt*. И почему не появляются они в жизни? Может, потому

¹¹⁸ I. un, Cod. e nudo jure Quir. (7. 25) [C. 7. 25. 1].

что их место занято наказаниями публичного права? Но так только в некоторых случаях, а опыт позднего римского права учит, что они и вместе вполне уживаются; отчего же это не продолжается? Это объяснение само требует дальнейшего объяснения. Но только лишь мы найдем слова, чтобы выразить это обстоятельство, как истинная причина сразу станет понятна. Обстоятельство же состоит в том, что в области гражданского права идея наказания сменилась идеей возмещения вреда. Это простое обстоятельство дает нам понимание развития нескольких тысячелетий. Наказание является выражением воспаленного правового чувства (с. [9]). Не удовлетворенное простым устранением неправа, оно стремится воздать злом за зло, более служит жажде мести, нежели идее права. Потому оно является несовершенной патологической формой борьбы против частноправового неправа; обоснованная для времени, когда все имеют право на аффект (с. [19]), она теряет легитимность и жизнеспособность по мере того, как побеждает идея бесстрастного применения права, — полным претворением в жизнь последней является совершенный перевод наказания в форму возмещения вреда. Ибо только в возмещении вреда гражданское правосудие стряхивает с себя то случайное и произвольное, что еще привносит в него наказание, и поднимается до простого отрицания внутреннего неправа или, точнее, его имущественных правовых последствий. Частноправовое наказание во всех отношениях позитивно, потому что свою меру оно берет не из себя, а из изменчивых исторических фактов: неодинаковая острота правового чувства, ненадежная [62] оценка поврежденного имущества и проч., а возмещение вреда, как простое отрицание неправа, находит в ценности имущества как свое основание, так и свои меру и цель, по меньшей мере верхнего предела которого может и не достичь (с. [56]), но который она никогда не превышает. Только тогда, когда в нем нет ничего личного, напоминающего о наказании, когда оно ограничено сугубо имущественно-правовой целью, принимая природу обыкновенного иска о надлежащем исполнении, только в этом случае обоснованна его направленность сравняться с последним также с точки зрения перехода на наследников. Лишь когда это требование выполнено, можно говорить о том, что идея возмещения вреда во всей своей полноте понята и воплощена.

Прилагая теперь это наблюдение к истории, лишь нынешнее римское право проясняет нам, как вполне осуществляется эта задача. Однако больший интерес вызывает не конечный результат, а то, как он был получен, — устремленность растянувшегося более чем на два столетия движения и развития к одной и той же цели, настойчивость, с которой одна и та же идея медленно, но верно продолжает свой путь, пока, наконец, не достигнет ее. Последуем по этому пути, и прежде всего для того, чтобы убедиться, как снова и снова начало возмещения вреда одерживает верх над началом наказания.

Ход новейшего развития римского права состоит в решительном уходе от наказаний. Когда наряду с многочисленными доказательствами этому есть и отдельные следы противоположного характера, я бы сказал так: если регресс к началу наказания и случается, как, например, *Decretum Divi Marci*, то такие единичные явления не могут вести нас в заблуждение по указанному выше обстоятельству; течение определяется не по отдельным волнам, а по движению в целом.

Уже *lex Aquilia* дает в пользу сделанного выше утверждения свидетельство, возможно самое раннее. Древнее право, насколько мне известно, не знало ни одного деликтного иска, направленного только на возмещение вреда, каждый такой иск выливался в наказание — и это по меньшей мере [63] двойной штраф. Таким образом, прогрессом было уже то, что *lex Aquilia* устанавливала эквивалентом за *damnum injuria datum* лишь стоимость вещи последнего года или месяца; по обстоятельствам — в двойном и более размере, но тем самым, по общему правилу, этот

закон предоставлял только однократное возмещение вреда. Последним строго ограничивал себя претор в большинстве самостоятельно введенных им так называемых преторских исков о наложении наказания, вызвавших неудовольствие, с которым и без того смотрело на все подобные иски новое время, еще и тем, что в отличие от пенальных исков древнего гражданского права, которые были *perpetuae*, а эти задавнивались в течение года. Я выделяю из их числа только самые значимые: *actio de dolo*¹¹⁹, *interdictum unde vi* и *quod vi aut clam*. Даже *actio quod metus causa* вначале давала лишь однократное возмещение, и только при *contumacia* ответчика оно увеличивается до четырехкратного. Вместо утраты свободы в случае *furti manifesti* претор устанавливает четырехкратную стоимость вещи, а при краже вор обходится трехкратной. Талион в случае телесных повреждений уступает денежному штрафу, размер которого ограничивает судья. Вместо двукратного долга, как в *пехум*, ответчик доплачивает теперь только треть. Древнее обращение взыскания на личность существенно смягчено¹²⁰, а при определенных обстоятельствах может быть даже полностью исключено (*cessio bonorum*, *condematio in id quod facere potest*).

Ограничение обязанности ответчика однократным возмещением интереса во всех исках об истребовании представляется сегодня само собой разумеющимся, внутренне необходимым, так что мне едва ли следует рассчитывать на одобрение, если я причислю это к доказательствам моего утверждения. Но даже оно прошло борьбу, а противоположное ему положение древнейшего права должно было уступить. Можно сравнить приведенные выше (с. [18]) случаи ответственности в двукратном размере с аналогичными отношениями новейшего права, направленными на однократное: *act[io] auctoritatis c act[i]one empti*, *act[io] depensi* [64] с *act[i]one mandati*, *act[io] rationibus distrahendis* с *act[i]one tutelae*, ответственность владельца при *reivindicacione* за плоды в двойном размере по древнейшему праву — с однократным по новейшему, ответственность хранителя по законам 12 таблиц (с. [32]) — с *act[i]one depositi* преторского эдикта, наказание за посвящение вещи богам — с наказанием за иное ее отчуждение. Кто в связи с этим может утверждать, что в отношениях, не связанных с наказанием (*reipersecutorische Verhältnisse*), ограничение ответственности однократным размером является чем-то естественным и необходимым? Естественна и необходима зелень весной — но ждать ее зимой напрасно, другими словами, даже эта мысль стала возможной, лишь когда пришло ее время, а в грубой атмосфере древнейшего права это было немыслимо, накал должен был понизиться, чтобы она показала себя.

С тяжелым сердцем я противлюсь желанию подробнее показать, как римская юриспруденция провела эту мысль нового времени. Везде римская юриспруденция позаботилась, чтобы требование потерпевшего о предоставлении интереса ограничивалось им одним и не выродилось в *роена*, т. е. не приносило ему больше, чем он получил бы без противоправного деяния противной стороны. Поползновений к обратному было немало; я хотел бы отметить несколько. Мора переносит *casus* на должника. Но что если *casus* наступил бы и в случае своевременного предоставления, тем самым пал бы на кредитора? Судья древнего времени точно не стал бы уделять этому внимания, но юристы новейшего времени освобождают в этом случае должника от ответственности (с. [58]), ведь здесь возмещение вреда пре-

¹¹⁹ То, что касается их, действует также для специальных исков из худого умысла, напр., *actio pauliana* и приведенного в сноске 70а.

¹²⁰ von Bethmann Hollweg, *Der römische Civilprozess* II § 113 [von Bethmann Hollweg M. A. *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*. Bd. II. *Der römische Civilprozess*. Bonn, bei Adolf Marcus, 1965].

вратилось бы в роена. Когда *malae fidei possessor* с худым помыслом отчуждает вещь перед предъявлением к нему *reivindicacionis*, этим не исключается иск к нему; в таком случае он становится иском о наложении наказания. Но что если истец уже получил вещь другим путем? Тогда иск утрачивается¹²¹. Легко может случиться, что потерпевший на основе одного и того же неправомерного деяния приобретает два или более совершенно [65] самостоятельных иска о возмещении вреда. Одни он предъявил и получил желаемое, теперь предъявляет второй. С точки зрения чисто формального права этому ничто не препятствовало бы, но ему препятствует учение юристов (утрата иска при их конкуренции). То же в случае, если второй иск он предъявит другому, одинаково участвовавшему в деянии. Возможен случай, когда истец, наряду с иском о надлежащем исполнении, который он предъявил, имеет в рамках того же отношения иск о наложении наказания, предмет которого шире простого возмещения вреда, как, например, виндицирующий — *act[ionem] legis Aquiliae*, хранитель — *act[ionem] furti*. Вправе ли он, опираясь на них, получить большее присуждение? Нет¹²². Никто бы не сказал, что это было бы противно природе данных исков; но никто не настаивал на включении в *reivindicacionem* направленной на одно лишь возмещение вреда *actionis in factum ob alienationem iudicii mutandi causa factam*, придав первой функцию вторичного иска о наложении наказания. Тем самым, причину, по которой это не происходило с собственно исками о наложении наказания, можно видеть в том, что в последних отказывали.

Juramentum in litem отдавало должника полностью в руки потерпевшего, это было средством не столько доказательства, сколько наказания¹²³. Юристам новейшего времени претила такая безграничность, и они без стеснения, хотя это решительно противоречило признанной природе присяги, предоставили судье полномочие ограничивать размер присуждения¹²⁴.

Со времени классических юристов противостояние частноправовым наказаниям проходило преимущественно в области процессуальных наказаний, все главное, о чем уже сказано выше (с. [58])¹²⁵, пока при [66] новом пробуждении римского права не началась новая фаза борьбы — уже с частноправовым началом наказания. О ее исходе я высказался уже ранее (с. [60]), за исключением нескольких незначительных случаев, частноправовые наказания у римлян — не одни только денежные, но также поражения чести, заложенные в *actiones famosae*, — фактически утратили сейчас свое действие. Это можно оправдывать, об этом можно сожалеть, но в любом случае нельзя закрывать глаза на то учение, которое история донесла до нас вместе с ними. Начало наказания в частном праве является мыслью более низкого культурного уровня, которой самим развитием правового сознания и права в целом неизбежно уготовано уступить началу возмещения вреда. Способно ли последнее вполне восполнить пустоту, оставляемую первым, т. е. дать общению ту же надежность, которую, несомненно, привносит начало наказания, — вопрос, который главным образом зависит от правильной организации судопроизводства по требованиям о возмещении вреда; в том, что наш нынешний общий процесс и наша нынешняя судебная практика в этом отношении отвечает

¹²¹ I. 95 § 9 de solut. (46. 3) [D. 46. 3. 95. 9] . . quia nihil petitoris interest.

¹²² Так, напр., I. 13, I. 27 § 2 de R. V. (6. 1) [D. 6. 1. 13; D. 6. 1. 27. 2].

¹²³ I. 73 de fidej. (46. 1) [D. 46. 1. 73] . . propter suam poenam. L. 60 § 1 ad leg. Falc. (35. 2) [D. 35. 2. 60. 1] . . poena causa adcrevit. L. 8 de in lit. (12. 3) [D. 12. 3. 8] contumacia punienda.

¹²⁴ I. 4 § 2, 3, I. 5 § 1. 2 de in lit. (12. 3) [D. 12. 3. 4. 2, 3; D. 12. 3. 5. 1, 2].

¹²⁵ В крайнем случае можно было бы еще упомянуть упразднение Юстинианом *retentionis propter mores* в приданом, I. un. § 5 Cod. de rei ux (5. 13) [C. 5. 13. 1. 5].

лишь самым насущным потребностям, вряд ли усомнится кто-либо, кто имел возможность составить об этом суждение¹²⁶.

Как известно, римские частноправовые наказания не переходили на наследников. Это было совершенно обоснованно для настоящих частноправовых наказаний, кои служили больше личному удовлетворению и возмездию, нежели действительному восстановлению причиненного вреда. Но это было неадекватно и несправедливо для требований о возмещении вреда, причиненных внедоговорными недозволенными действиями, которые, по римскому воззрению, тоже были отнесены к составляющей наказания; это значило поставить право потерпевшего в зависимость от жизни и смерти причинителя. Тем не менее римляне не переставали держаться этого взгляда и приняли противоположную позицию только для противоправных действий в рамках возникших обязательств — различие, которому можно было найти исторические и формально-юридические причины, но едва ли законодательно-политические или этические [67]. Даже по некоторым договорным отношениям они постепенно поднялись до начала наследования, а именно по всем тем, которые изначально защищались одними специальными деликтными исками, как ранее (с. [30] и сл.) это было показано в отношении хранения, мандата, фидуции и опеки. Поэтому пришлось уже каноническому праву высказаться в пользу ответственности наследников по внедоговорным требованиям и этим привести к признанию и утвердить начало возмещения вреда в отношении того, что в Риме еще не было свободно от неуместной примеси начала наказания; редко гражданское право имело иную такую же возможность быть столь благодарным каноническому праву за изменение, сделанное из любви к морально-религиозной точке зрения.

Мы пришли к цели. Обращаясь к отдельным явлениям, мимо которых пролегал наш путь, воспользуемся полученным подходом, чтобы сложить воедино впечатления от них, вынужденно оставшиеся отрывочными, и зададимся вопросом о том, что мы получили, преодолев его. Ответом на него полагаю возможным считать следующее. Нашим достижением является прежде всего убежденность во всесии высших общих идей в области права, наблюдение за тихой, бесшумной работой мысли, которая незаметно и, может, даже без осознания ее влияния, закладывая кирпичик за кирпичиком, растягивается на столетия и тысячелетия, пока работа не будет выполнена и право не окажется обновленным и преобразованным. А вторым плодом моего исследования я полагаю возможным признать положение, что в области права в той же мере, в какой у всего человечества на пути его развития находит все больше понимания составляющая вины и все меньше — раздражительность, любовь к наказаниям; когда идея права поднимается, наказания отмирают, применение наказаний находится в обратной зависимости от совершенства правового упорядочения и зрелости народа. [68] На вопрос же о том, не верно ли данное положение и далеко за пределами частного права, за которое одно я вполне могу поручиться, лучше меня способен ответить блестящий, начитаннейший знаток уголовного права, коему я посвятил эти строки.

Статья поступила в редакцию 1 августа 2022 г.
Рекомендована к печати 12 февраля 2023 г.

¹²⁶ По этой теме я ссылаюсь прежде всего на работу: G. Lehmann, Der Notstand des Schädensprozesses, Leipzig, 1865.

The element of fault in Roman private law*

R. Jhering

For citation: Jhering, Rudolf. 2023. The element of fault in Roman private law. *Pravovedenie* 67 (2): 216–257. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.205> (In Russian)

R. von Jhering's 1867 work *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, translated hereby into Russian, is still recommended in basic textbooks on German civil law marked "grundlegend", which means "fundamental". And indeed, despite the significant complication of the legal material on this issue since its publication, the work contains fundamental ideas from which one can depart in various directions, but which it is absolutely impossible and unacceptable for an educated lawyer to pass by. From a didactic point of view, the work is remarkable in terms of the accessibility of the language, the clarity of ideas and the illustrative nature of the material supporting them. The work of R. von Jhering, despite its relative brevity, is a full-fledged study and, undoubtedly, is one of the outstanding monuments of legal scholarship not only of the 19th century and Germany alone, but of all time for the whole world. It shows the path that the legal system must overcome from the unsophisticated ancient legal forms to an impartial assessment of what causes the greatest irritation in any person — the wrong committed against him. What is fundamentally important in the work is not that R. von Jhering explained what was already known, but how this work can help not to lose such important ethical values as the principle of guilt, proportionality of punishment, individual assessment of behavior on the further path of development. And much more. It seems that many readers, after reading the work, realize that their ideas about civil liability are much closer to Jhering's description of ancient law, since the guilt component often goes far into the background compared to the idea that the injured person should be restored in property terms.

Keywords: fault, private liability, damages, tort, punishment.

References

- Aulus, Gellius. 2007. *Noctes atticae*. Moscow, Gumanitarmaya Akademia Publ. (In Russian)
- von Bar, Ludwig. 1866. *Das Beweiskraft des germanischen Prozesses*. Hannover, Hahn'sche Hofbuchhandlung.
- von Bethmann-Hollweg, Moritz A. 1965. *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*. Bd. II. *Der römische Civilprozess*. Bonn, bei Adolf Marcus.
- Bruns, Georg. 1861. Das constitutum debiti. *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 1: 28–130.
- Cicero. 1975. *On old age. On friendship. On duties*. Moscow, Nauka Publ. (In Russian)
- Cicero. 1991. *Speeches in two volumes*. Moscow, Nauka Publ. (In Russian)
- Cicero. 1994. *Esthetics: Treatises. Speeches. Letters*. Moscow, Iskusstvo Publ. (In Russian)
- Dirksen, Heinrich E. 1820. *Civilistische Abhandlungen*. Bd. I. Berlin, bei G. Reimer.
- Goldschmidt, [Dr.]. 1856. Von der Verpflichtung der Unmündigen. *Archiv für civilistische Praxis* 39: 417–459.
- Hasse, Johann C. 1838. *Die Culpa des römischen Rechts*. 2. Aufl. Bonn, bei Adolf Marcus.
- Hegel, Georg W. F. 1990. *The Philosophy of Law*. Moscow, Mysl' Publ.
- Hepp, Carl F. Th. 1838. *Die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts*. Tübingen, bei C. F. Osiander.
- Jhering, Rudolf. 1861. Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 4: 1–112.
- Jhering, Rudolf. 1865. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 3. Teil. Bd. III. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- Jhering, Rudolf. 1866. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*. 2. Aufl. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- Jhering, Rudolf. 2006. *Selected works*. Vol. 2. St. Petersburg. (In Russian)

* The translation from German, annotation, keywords and references were made by M. B. Zhuzhzhlov.

- Ihering, Rudolf. 1867. Der Lucca-Pistoja-Eisenbahnstreit. *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 4: 225–344.
- Ihering, Rudolf. 2013. Culpa in contrahendo, or Damages in case of voidness or imperfection of the contact. *Vestnik grazhdanskogo prava* 13 (3): 190–266. (In Russian)
- Köstlin, Christian R. 1838. *Die Lehre vom Morde und Totschlag*. Stuttgart, Verlag der J. B. Metzler'schen Buchhandlung.
- Köstlin, Christian R. 1855. *System des deutschen Strafrechts*. Bd. I. Tübingen, H. Laupp'schen Buchhandlung.
- Lehmann, Gustav. 1865. *Der Notstand des Schädensprozesses und der Entwurf der Königlichen Sächsischen Civilproze ordnung*. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- Luden, Heinrich. 1840. *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*. Bd. 1. Göttingen, Vandenhöck und Ruprecht.
- Merkel, Adolf. 1867. *Criminalistischen Abhandlungen*. Heft 1. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- Mommsen, Friedrich. 1855. *Beiträge zum Obligationenrecht*. 3. Abteilung: *Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*. Braunschweig, C. A. Schwetschke und Sohn.
- Neuner, Carl. 1866. *Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*. Kiel, Schwers'sche Buchhandlung.
- Platnerus, Eduardus. 1842. *Quaestiones de jure criminum Romano praesertim de criminibus extraordinariis*. Marburgi et Lipsiae, Sumptibus N. G. Elverti Bibliopolae academici.
- Rein, Wilhelm. 1844. *Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus*. Leipzig, Verlag von K. F. Köhler.
- von Savigny, Friedrich C. 1841. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. V. Berlin, bei Veit und Comp.
- von Schrader, Heinrich E. S. 1832. *Justiniani Institutiones*. Berolini.
- Unger, Josef. 1863. *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*. Bd. II. 2. Aufl. Leipzig, Breitkopf und Härtel.
- Vangerow, Karl A. 1863. *Lehrbuch der Pandekten*. Bd. I. 7. Aufl. Marburg und Leipzig, N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
- Vangerow, Karl A. 1863. *Lehrbuch der Pandekten*. Bd. III. 6. Aufl. Marburg und Leipzig, N. G. Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.
- Zimmern, Sigmund. 1818. *System der römischen Noxalklagen*. Heidelberg, In Commission bei Mohr und Winter.

Received: August 1, 2022
Accepted: February 12, 2023