



Центр исследования права им. Савиньи

Фридрих Карл фон Савиньи

СИСТЕМА СОВРЕМЕННОГО  
РИМСКОГО ПРАВА

Том IV

Фридрих Карл фон Савиньи

**Система современного  
римского права. Том IV**

«Статут»

УДК 34  
ББК 67.3

**фон Савиньи Ф.**

Система современного римского права. Том IV / Ф. фон  
Савиньи — «Статут»,

ISBN 987-5-8354-1245-7

Вниманию читателей предлагается первый русский перевод шестого и седьмого томов немецкого издания основополагающего труда создателя базовой догматики современного частного права, основателя исторической школы права Фридриха Карла фон Савиньи «Система современного римского права». В работе рассматривается процедура литисконтестации, представляющая собой разбирательство спорящих сторон перед претором, в котором они своими встречными заявлениями устанавливают спор таким образом, чтобы его можно было передавать судье. Особое внимание уделяется проблеме законной силы судебного решения и анализу суррогатов такого решения. Рассматриваются понятие, условия и основания реституции, а также процедура ее осуществления. Предназначается для научных работников, аспирантов, студентов юридических вузов, юристов, а также для всех интересующихся вопросами гражданского права и процесса. В формате pdf A4 сохранен издательский дизайн.

УДК 34  
ББК 67.3

ISBN 987-5-8354-1245-7

© фон Савиньи Ф.  
© Статут

## Содержание

Предисловие к первому разделу	6
Предисловие ко второму разделу	7
Предисловие (§ 302–343)	8
Книга вторая	11
Глава четвертая	11
§ 256. Литисконтестация.	11
§ 257. Сущность литисконтестации.	14
§ 258. Сущность литисконтестации.	19
§ 259. Сущность литисконтестации.	24
§ 260. Действие литисконтестации.	28
§ 261. Действие литисконтестации.	30
§ 262. Действие литисконтестации.	34
§ 263. Действие литисконтестации.	37
§ 264. Действие литисконтестации.	39
Конец ознакомительного фрагмента.	48

# **Фридрих Карл фон Савиньи**

## **Система современного римского права. Том IV**

Кутателадзе Олег Джумберович – руководитель Центра исследования права им. Савиньи, кандидат юридических наук

Зубарь Владимир Михайлович – доцент кафедры гражданского права Национального университета «Одесская юридическая академия», кандидат юридических наук

Жигулин Геннадий Гаврилович – переводчик Центра исследования права им. Савиньи

Рецензенты:

заведующий кафедрой гражданского права Национального университета «Одесская юридическая академия», доктор юридических наук, профессор Е.О. Харитонов;

декан факультета права Московской высшей школы социальных и экономических наук, ведущий научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук, доктор юридических наук, профессор Д.В. Дождев

Перевод осуществлен при поддержке Центра исследования права им. Савиньи (г. Одесса, Украина)

© О.Д. Кутателадзе, 2016

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2016

\* \* \*

## **Предисловие к первому разделу (§ 256–279)**

Длительный перерыв в написании данного труда был вызван не снижением интереса к этой работе, а только большим объемом другой неотложной работы. Чтобы доказать это делом, которое способно произвести большее впечатление, чем просто заверения, я посчитал, что будет лучше издать отдельный раздел шестого тома, для разработки которого у меня как раз нашлось необходимое время, чем ждать завершения всего тома. Однако благодаря продолжению непрерывной нумерации страниц во втором отделе (в котором должно будет содержаться учение о судебном решении) будет обеспечено то, что и шестой том своим видом не будет отличаться от предшествующих томов.

В отношении до сих пор изданных частей этого труда с некоторых сторон высказывали предвиденный упрек в том, что план сочинения, который был назван изложением современного права, часто не соблюдается и разрушается вставками непропорциональных исторических исследований. Несомненно, этот упрек не минует и данный раздел. Правда, его предмет имеет такое же практическое значение, как и любая другая часть нашей системы права, однако данное его рассмотрение не могло обойтись без подробных исторических исследований. Эти исследования вызовут у некоторых возмущение именно из-за того, что в отношении конечной цели они по большей части совпадают с мнениями других авторов и пытаются лишь продемонстрировать ошибочность пути, которым данные авторы пытаются достичь этой общей цели. Многие считают подобный метод нежизнеспособным.

Тем не менее, даже весьма внимательно взглянув на законченный раздел, я не могу убедить себя в том, что в нем есть нечто, что было бы ненужным для уверенного понимания рассматриваемого здесь вопроса. Мне действительно больше нечего добавить к тому, что было сказано в предисловии к первому тому. Стало быть, и впредь едва ли можно будет избежать различных мнений о правильности меры, которой придерживались в данной работе.

*Октябрь 1846 г.*

## **Предисловие ко второму разделу (§ 280–301)**

Благодаря устройству, приданному второму разделу, выполнено обещание, данное в первом разделе, так что теперь шестой том стал полностью подобным первым пяти томам.

*Июль 1847 г.*

## Предисловие (§ 302–343)

Многие могли бы подумать, что требуется особое оправдание того, что в современное время берутся за труд о римском праве или даже только продолжают его. Уже задолго до бури, пронесшейся над Европой, в Германии названное право опротестовывали с некоторых сторон как чуждое, неотечественное, и нередко к неблагоприятному суждению о предмете незаметно примешивалось раздражение в отношении его сторонников и лиц, занимающихся им, поскольку борьбу с ним связывали преимущественно с отечественными убеждениями, а приверженность ему – со взглядами, чуждыми или безразличными к отечеству. Подобное восприятие должно было получить новую пищу из-за последних волнений в мире, которые не могли не затронуть даже научные противоречия и группы, хотя они относятся к самой по себе спокойной и мирной духовной области.

А поскольку в тех волнениях национальность занимает одно из первых мест в движущих силах, то сама собой напрашивается мысль о том, что отныне для нас, немцев, германское право следует считать единственно допустимым, единственным предметом, достойным научной деятельности.

И все же вопрос об отношении римского права к германскому праву и германскому отечеству вообще возник не сегодня и не вчера – он старше, чем буря наших дней, о чем мне не раз уже представлялась возможность высказаться<sup>1</sup>. Подобное сделали некоторые мои товарищи по науке – даже те, кого уже нет среди нас.

Объективное рассмотрение данной противоположности не может быть затуманено сильнее, чем путем неуместного примешивания «отечественных» взглядов к проверке противоположных мнений, поскольку к ним пытаются относиться то благосклонно, то неблагоприятно в зависимости от того, представлено ли то или иное мнение как признак наличия или отсутствия подобных взглядов. Этого способа, стало быть, следует избегать прежде всего тому, кто решил, что в отыскании истины ему не должна мешать никакая ложная видимость. Я готов с охотой признать в моей науке более глубокую и многостороннюю позицию других, которая разовьет и обогатит мою собственную. Кроме того, я готов признать возможность того, что великие события наших дней вызовут и в науке новый виток развития, который, возможно, уже не по плечу убывающим силам старшего поколения. И пусть тогда исследователи со свежими силами отличаются на поприще решения этой задачи, не только осознав ее серьезность, но и встретив у публики наряду с беспристрастным приемом еще и строгую проверку своей компетенции. Но в серьезной, искренней, горячей любви к моему отечеству, в готовности принести ему любую самоотверженную жертву я не хочу никому уступать, кем бы он ни был.

Если я и другие высоко ценили римское право даже в Германии, если постоянно считали его достойным, даже неотъемлемым предметом научной деятельности, то это было сделано не ради возвышения чуждого за счет «чести отечества», не ради вытеснения отечественных идей и правовых обычаев чуждыми, а для того, чтобы и в этой области то, что Бог даровал другим эпохам и народам в духовном развитии, не осталось неизвестным нашему народу, чтобы дар сей, напротив, преподнесен был ему для повышения собственной силы и увеличения своего духовного богатства.

Это было сделано в особенности из-за убежденности в том, что для нас, немцев, как для многих других наций, этот изначально чуждый элемент без того уже с давних пор стал составной частью отечественной правовой жизни и что в ней он, будучи по большей части непонятым или наполовину понятым, часто действует пагубно, тогда как, будучи правильно понятым,

---

<sup>1</sup> Прежде всего отсылаю к предисловию к первому тому этого сочинения, краткая выдержка из которого будет содержаться в последующих далее мыслях, как этого требовал настоящий момент.

может лишь обогащать нашу правовую жизнь. Стало быть, мы вовсе не должны спрашивать, оставим ли мы римское право как вновь открытый остров или пожелаем овладеть им со всеми преимуществами и трудностями, которые могут в нем содержаться. Оно есть у нас, все наше юридическое мышление неразрывно связано с ним в течение столетий, и вопрос заключается лишь в том, должно ли оно из-за этого поработить наш разум или, напротив, раскрепостить и обогатить его.

Данную историческую необходимость можно было бы признать фактом, но пожалеть об этом как о беде, и такая мысль могла бы привести к решению вытеснить римское право собственными творениями и предать его забвению. Не говоря уже о том, что подобное стремление привело бы только к самообману, существенно ухудшающему правовое состояние, сама эта мысль ошибочна и в корне неприемлема. Упомянутую историческую связь римского права с правовой жизнью большей части Европы едва ли можно назвать злом, поскольку мы вынуждены скорее признать в ней самое большое благо. Занятие правом по своей сути подвержено двум опасностям: из-за теории рассеяться в пустых абстракциях ошибочно предполагаемого естественного права, из-за практики опуститься до бездушного, тягостного ремесла. Римское право, когда мы им правильно пользуемся, дает надежное лекарство от обеих опасностей. Оно удерживает нас на почве жизнеспособного бытия, оно связывает наше юридическое мышление, с одной стороны, с замечательным прошлым, с другой стороны, с правовой жизнью существующих ныне иностранных наций, с которыми мы благодаря этому сохраняем связь, одинаково полезную для обеих сторон.

Но особо опасной, малоосознаваемой ошибкой является та, которая в разные времена приводила к признанию вражды между римским и германским правом. Лица, занимающиеся одним или другим из этих основных направлений нашей общей правовой науки, могут только при весьма ограниченном понимании полагать, что развивают и возвышают область своей собственной деятельности, поскольку борются и умаляют иную. Любой прогресс в одной области является скорее верной пользой и для другой, поскольку благодаря этому постоянно расширяется понимание общего.

Исходя из данной точки зрения все издавна выступавшие за римское право считали свою особую научную задачу одновременно чисто отечественной, и от этого убеждения я не могу отказаться даже теперь, даже после всех великих событий последнего времени.

Чтобы наглядно продемонстрировать то, как в подобных делах относятся друг к другу истина и недоразумение, хочу рассказать историю, произошедшую в совершенно иной области. Когда 40 лет назад я преподавал в Баварском университете в Ландсхуте, там жил профессор ботаники, который (следует отметить) не был урожденным баварцем. Свое исключительное уважение к баварскому отечеству он пытался подтвердить тем, что из ботанического сада хотел удалить все растения, которые не являлись дикорастущими в Баварии, чтобы таким образом создать чисто отечественный сад, свободный от чуждых продуктов. Все истинные баварцы университета сочли тогда этот способ предосудительным, хотя у них, несомненно, не было недостатка в самой сильной любви к своему отечеству.

Автор изложил здесь те основания, исходя из которых он полон решимости серьезно и с любовью продолжить свой труд даже в это новое время и несмотря на него; ведь оба взгляда должны, согласно высказыванию нашего поэта, особенно хорошо подходить как раз немцу. События в мире предоставили мне теперь свободное время для этой работы. А насколько хватит жизни и сил, так то в руках Господа.

\* \* \*

Из общей части настоящей системы права теперь осталась еще только третья книга, в которой будет содержаться применение норм права к правоотношениям, в частности учения

о локальных и пространственных коллизиях источников позитивного права, или о так называемом международном праве, и об обратной силе законов. Эти важные учения можно будет, вероятно, изложить в восьмом томе.

*Написано в августе 1848 г.*

## Книга вторая Правоотношения

### Глава четвертая Нарушение прав

#### § 256. Литисконтестация.

##### Введение

*Winkler*, *Discrimen inter litis contestationem jure veteri ac hodierno* (Opuscula minora, Vol. I, Lips., 1792, 8, p. 293–370).

*Keller*, *Über Litiscontestation und Urtheil*, Zürich, 1827, 8.

*Bethmann-Hollweg* in: *Mohl und Schrader Zeitschrift für Rechtswiss.*, Bd. 5, Stuttg., 1829, S. 65–97 (рецензию на книгу написал Келлер).

*Wächter*, *Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrechte*, H. 2 und 3, Stuttgart, 1846, 8.

\* \* \*

Задача искового права (в настоящее время мы дошли до середины его исследования) была определена выше (§ 204) следующим образом: установить изменения, которые возникают в праве вследствие его нарушения, а также те институты, которые служат для борьбы с нарушением.

Таким образом, общее состояние, на которое приходятся эти изменения и из которого они возникают, здесь сначала было воспринято как состояние *Правонарушения*. Такое восприятие само по себе совершенно правильно, даже необходимо, но теперь его следует дополнить еще одним, если мы желаем достичь полного понимания различных сторон вопроса, которыми он обладает.

Ведь только в самых редких случаях правонарушение признают и сознаются в нем, когда все может сводиться лишь к тому, чтобы высшая власть выступила против этой противоправной воли. Напротив, почти всегда его будет утверждать одна сторона, а другая – отрицать, так что тогда все отношение сначала приобретает вид *Спора о праве*, который должен быть разрешен до того, как можно будет признать правонарушение и компенсировать его. Спор всегда можно разложить на противоположные утверждения спорящих сторон как на его элементы, и эти утверждения, поскольку они обладают самостоятельной сущностью, были рассмотрены в предыдущем томе данного труда под названием исков, эксцепций, репликаций и дубликаций. К ним относился *Первый класс* возможных изменений прав, которые следуют непосредственно из самого правонарушения (или спора) (§ 204). Теперь наше исследование обращается ко *Второму классу* подобных изменений, которые возникают не из одного только спора, а из *Процессуальных действий*, вмешивающихся в него.

Среди этих процессуальных действий мы обнаруживаем прежде всего *Решение суда*, благодаря которому должен быть разрешен любой спор о праве, стало быть, либо отвергнуто кажущееся правонарушение, либо признано и компенсировано. Вопрос о том, может ли и как решение суда вносить изменения в содержание и объем самих прав, является на самом деле

насушным, даже самым важным из всех вопросов, которые могут здесь возникнуть, но его недостаточно.

Этого вопроса было бы достаточно лишь тогда, когда любой спор, как только его изложат судье, можно было бы завершить непосредственно решением суда. Однако это возможно только в самых редких случаях. Почти всегда необходимо время – и часто очень долгое время – для того, чтобы с полной уверенностью можно было вынести не подлежащее изменению судебное решение. Но как раз в это время в спорном правоотношении могут произойти важные изменения, и если это происходит, то вынесенное в конце разбирательства решение, признающее правонарушение, часто вовсе не будет обеспечивать его исправление или будет, но только частично, что все же является предназначением правосудия.

И хотя это затягивание вынесения решения наряду с его негативными последствиями неразрывно связано с исполнением должностных обязанностей судьи, т. е. неизбежно, мы все же вынуждены признать его злом, компенсировать которое с помощью искусственных институтов входит в нашу задачу.

Причина упомянутого неизбежного зла заключается в том, что возникновение и завершение спора (иск и решение) не происходят одновременно, что они, напротив, разделены промежутком времени, в течение которого в правоотношении могут произойти изменения. Компенсация зла должна будет заключаться в том, чтобы решение суда не ограничивалось принятием решения об изначально существовавшем праве, а одновременно с этим пыталось искоренить последствия этих изменений.

Общее направление, которым должна следовать эта часть судебного решения, можно выразить следующей формулой:

Искусственно следует создать такое состояние, которое естественно существовало бы, если бы решение суда можно было вынести в начале спора.

Однако уже здесь следует, пожалуй, заметить, что эта формула должна выражать лишь общее направление решения, заданное характером задачи, и что ее безусловное применение, дающее чисто логические выводы, вовсе не может подразумеваться.

Для полного решения поставленной здесь задачи необходимо прежде всего установить *Начало* спора, поскольку только благодаря этому может быть точно ограничен промежуток времени, в который могли наступить изменения, подлежащие исправлению решением суда.

Римское право считает этим началом *Литисконтестацию*. Мы должны воспринимать ее как процессуальное действие, которое, во-первых, следует считать начальной точкой спора, а вместе с тем (что представляет собой только дополнительное восприятие) также основанием возникновения особых правовых притязаний, которые должны быть удовлетворены в выше-названной части решения.

Прежде всего необходимо установить *Сущность* литисконтестации. Это исследование будет в немалой степени затруднено вследствие того, что уже у римлян данное процессуальное действие подверглось важным изменениям. Эти изменения были еще более значительными в законодательстве и практике Нового времени. Тем не менее во все времена, и даже у авторов самого последнего времени, сохранились понятие и название указанного института права, несмотря на то что мнения о точном определении понятия часто сильно расходятся.

За этим должна последовать большая и более важная часть нашего исследования, предметом которой будут *Эффекты* литисконтестации. Задачу судебного решения, которая выше была предварительно высказана только в общей формуле, необходимо разложить на ее составляющие, и только благодаря этому можно будет понять, какие положения следует включить в судебное решение, чтобы поглотить отрицательные последствия неизбежной длительности спора.

И если только что утверждалось, что понятие литисконтестации сохранили все (даже новейшие) авторы и только давали ей разное определение, то совершенно независимым от этого является вопрос о том, связаны ли еще с литисконтестацией отдельные правовые эффекты, которые необходимо представить, в современном общем праве. Ведь очень легко можно представить себе утверждение, что и у нас существует определенное понятие литисконтестации, основанное на доказуемом развитии римского права, однако эффекты, которые римское право связывает с литисконтестацией, в современном праве перенесли (полностью или частично) на другое процессуальное действие. Таким образом, согласно этому возможному утверждению, моментом начала спора следовало бы считать другой момент времени – либо в целом, либо по меньшей мере в отношении отдельных эффектов, которые римское право связывает с литисконтестацией.

Поскольку исследование этого чрезвычайно важного вопроса связано с отдельными правовыми эффектами, то мы сможем удовлетворительно сделать это лишь по завершении изложения всего учения о литисконтестации<sup>2</sup>.

\* \* \*

Целью всего этого института права, изложением которого мы будем теперь заниматься, является устранение неизбежного зла, заключающегося в длительности спора, притом здесь эта цель должна быть достигнута посредством компенсирующих и исправляющих определений в судебном решении по спору. Поэтому данный институт является важной частью материального права, а именно искового права (§ 204), и может располагаться в нашей системе только здесь.

Однако эту названную практическую цель имеют и некоторые другие институты права, в связи с чем их общий обзор не будет здесь излишним.

Прежде всего, к ним относятся все меры, которые должны воздействовать на сокращение и ускорение процессов. Так, в древнем римском праве имелось весьма радикальное правило, согласно которому любой процесс должен считаться проигранным, если судебное решение не выносится в течение умеренного срока<sup>3</sup>; благодаря этому истца настоятельно призывали к усердному ведению дела. Новое право полностью отказалось от этого положения.

Далее, любое справедливое решение, а также преимущество, которое ожидается от института литисконтестации с его эффектами, фактически могут быть сорваны полностью или частично тем, что вещь будет разрушена или отчуждена или иссякнет имущество должника. Для предотвращения или уменьшения этих опасностей служат в первую очередь некоторые важные процессуальные институты, такие как предоставление обеспечения, арест и секвестрация, *missio in possessionem*. Кроме того, для этой же цели служили некоторые институты материального права, например законы против отчуждения собственности и цессии долговых требований, как только одно из этих прав становилось предметом спора (*res litigiosa*, *actio litigiosa*).

Если попытаться рассмотреть эти институты права наряду с литисконтестацией вследствие совпадающей практической цели, это лишь породит путаницу. Большинство из них может быть правильно рассмотрено только в контексте процессуального права, но даже те, которые действительно относятся к материальному праву (как *litigiosum*), все же следует рассматривать не здесь, а в контексте учения о собственности или о цессии.

<sup>2</sup> Собственно говоря, этот вопрос встречается в двух разных видах, исследовать которые пришлось в двух разных местах. Во-первых, многие утверждали, что уже в римском праве, притом начиная с самого Адриана, эффекты литисконтестации переносили на более ранний момент спора. Об этом пришлось говорить (ради связности) в § 264. Во-вторых, подобное изменение утверждается в современном праве; об этом речь пойдет в конце (§ 278, 279).

<sup>3</sup> *Gajus*, IV, § 104, 105. *Legitimum iudicium* должно было прекращаться с истечением 18 месяцев; *iudicium quod imperio continetur* – с окончанием магистратуры, которая назначила судью. Возобновление того же иска было невозможно, поскольку он был выведен *in iudicium*, т. е. погашен.

## § 257. Сущность литисконтестации.

### I. Римское право

Позиция, которую нам следует занять в этом исследовании для того, чтобы добиться удовлетворительного понимания содержания наших источников права, — это эпоха формулярного процесса, или господствующих *ordinaria judicia*. При этом больше не может приниматься во внимание право прежнего времени. Зато особое внимание следует все же уделить подходу к этому вопросу в *extraordinarium iudicium*, которое довольно рано в виде исключения встречалось в эпоху формулярного процесса. Установление этого исключительного состояния будет тогда представлять собой переход к позднему римскому праву, в котором *ordo iudiciorum* исчезнет полностью, т. е. прежнее исключение окажется единственным правилом.

Хочу начать с того, что представляю состояние права, которое постоянно должно предполагаться во фрагментах древних юристов, и лишь затем добавлю подтверждение отдельных положений.

Литисконтестация представляет собой (в то время) разбирательство спорящих сторон перед претором, в котором они своими встречными заявлениями устанавливают спор таким образом, чтобы его можно было передавать судье. Это разбирательство является последним актом *Ius*, т. е. частью процесса, происходящей перед претором; вместе с тем она связана с выдачей претором *formula*<sup>4</sup>, предполагает, следовательно, назначение судьи, поскольку его персону будет названа в *formula*.

Поскольку указанное разбирательство предназначалось для полного установления спора, то оно не могло ограничиваться просто заявлением о фактах; напротив, оно должно было охватывать также эксцепции, репликации и дубликации, т. е. включать в себя все содержание *formula*, так что *formula* можно было выводить непосредственно из разбирательства<sup>5</sup>.

Название «Литисконтестация» произошло от названия отдельной части всего действия. При этом обе стороны совместно призывали свидетелей, выкрикивая призыв: «*Testes estote!*» Под этими свидетелями отнюдь нельзя понимать свидетелей доказательства, по показаниям которых затем судье следовало вынести решение; во многих процессах подобные свидетели вообще не встречаются, да и данный момент еще не был временем для их допроса, т. е. не было необходимости в их вызове. Напротив, свидетели, которые упоминались при литисконтестации, должны были слушать содержание теперешнего разбирательства и давать показания в будущем, если бы возникали сомнения по этому поводу: они должны были служить живым протоколом. Правда, потребность в этом можно было скорее заметить в устном процессе древних *legis actiones*, чем наряду с составленной в письменном виде *formula*<sup>6</sup>. И все же это действие, как и многое другое, могло быть сохранено одновременно с формулярным процессом как формальное воспоминание о реальном древнем обычае; но в любом случае название могло сохраниться даже после того, как уже давно прекратили призывать свидетелей хотя бы для видимости.

<sup>4</sup> Если бы все просто сводилось к указанию момента, начиная с которого в процессе должны были наступить определенные правовые эффекты, то можно было бы назвать как *formula concepta*, так и литисконтестацию или даже поочередно оба выражения. То, что это не происходило, а всегда называли только литисконтестацию, объясняется ее договорным характером (§ 258), о чем речь пойдет ниже.

<sup>5</sup> Однако такому исчерпывающему содержанию литисконтестации нельзя придавать слишком большое значение, поскольку в действительности его можно считать в целом реализованным только в строгих исках. В случае свободных исков ответчик временно мог ограничиться общим возражением и тем не менее заявить эксцепции перед судьей (см. с. 619 сл. [т. III русского перевода «Системы...»]).

<sup>6</sup> Keller, § 1.

Главный фрагмент об утверждаемой здесь сущности литисконтестации встречается у Феста (в выдержке у П. Диакона) под названием «Contestari» и звучит так:

«Contestari est, cum uterque reus dicit: *Testes estote*. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: *Testes estote*».

Здесь слово «contestari» объясняется тем, что несколько лиц совместно призывают свидетелей<sup>7</sup>, а применительно к процессу (т. е. к *litis contestatio*) прямо замечают, что это действие совершали *обе* стороны. К этому добавляют, что действие совершилось *ordinato iudicio*, т. е. после назначения определенного лица судьей, поскольку это назначение по существу относилось к устройству *Judicium*<sup>8</sup>. Но начало фрагмента (во взаимосвязи с его последующей основной частью) указывает на то, что это действие с таким названием совершалось и в других целях<sup>9</sup>, вследствие чего, следовательно, *litis contestatio* называют только как один из множества случаев подобных торжественных действий.

И хотя Фест относит выражение «litem contestari» в равной мере к обоим сторонам, однако более распространенное словоупотребление сводится к тому, что действие истца следует называть «litem contestari», а действие ответчика – «judicium accipere» или «suscipere»<sup>10</sup>.

«Contestari», впрочем, представляет собой отложительный глагол, так что согласно правилам грамматики, собственно говоря, о стороне можно было сказать только «litem contestatur», «litem contestatus est». Однако пассивное употребление слова (т. е. «lis contestatur», «lis contestata») встречается столь часто, что отношение правила и исключения исчезает полностью. Приводить примеры этого из Дигест, учитывая их большое число, было бы совершенно излишне. Но чтобы не подумали, будто подобные примеры следует искать только здесь (как признак упадка латыни), следует заметить, что такое же словоупотребление встречается также в самые лучшие времена, а именно у Цицерона<sup>11</sup>, у Ауфидия – ученика Сервия Сульпиция<sup>12</sup>, в *Lex Rubria de Gallia cisalpina*<sup>13</sup> и в норме права, которую Гай приводит из *Veteres*<sup>14</sup>.

Самый важный и самый спорный вопрос остается у Феста неразрешенным: приходится ли литисконтестация на *Jus* или на *Judicium*, т. е. была ли она последним действием перед претором или первым действием перед судьей? Согласно общему определению литисконтестации, можно было бы допустить и то, и другое, а практические результаты в обоих случаях не сильно отличались бы друг от друга. Оба мнения нашли своих защитников, однако первое обосо-

<sup>7</sup> Так же как в случае *compromissa pecunia*, поскольку обе стороны обещали штраф на случай неподчинения судье.

<sup>8</sup> Так, в других местах выражения «ordinatum iudicium», «ordinata lis» или «causa» употребляются как синонимы «litis contestatio» (L. 24 pr., § 1–3; L. 25, § 2 de lib. causa (40. 12)). Равным образом момент литисконтестации выражают словами «statim atque iudex factus est» (L. 25, § 8 de aedil. ed. (21. 1)). Ибо назначение судьи, литисконтестация и составление формулы представляют собой последовательные части одного и того же процессуального акта и не разделены во времени, так что и то, и другое можно употреблять в качестве названия одного и того же момента.

<sup>9</sup> Так, «suprema contestatio» в случае завещания (L. 20, § 8 qui test. (28. 1)). У Ульпиана (XX, 9) вместо этого употребляется «testatio», являющееся синонимом «nuncupatio»; у Гая (II, § 104) – только «nuncupatio». Впрочем, вместо «litis contestatio» встречается также «judicium contestatum» (L. 7, § 1 de her. pet. (5. 3); L. 19 sol. matr. (24. 3)), зато я не нахожу только «contestatio» без «lis» или «causa», употребленное в этом смысле. Ведь в L. 1, § 1 C., de her. pet. (3. 31) «contestationis» представляет собой просто повторение непосредственно предшествующего выражения «litis contestationem» (см. ниже, § 271).

<sup>10</sup> Winckler, p. 298; Keller, § 6.

<sup>11</sup> Pro Roscio Com., c. 11 и 12: «lis contestata»; Pro Flacco, c. 11: «ab hac perenni contestataque virtute majorum».

<sup>12</sup> Priscian., lib. 8, c. 4, § 18: «P. Aufidius: si quis alio vocitatur nomine tum cum lis contestatur, atque olim vocitabatur, contestari passive posuit». Присциан приводит это в качестве грамматического исключения. В изданиях здесь читается абсолютно бессмысленное «illis contestatur» или «his contestatur» (p. 371, ed. Krehl; p. 791 (793), ed. Putsch). Хушке (*Huschke, Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswiss.*, Bd. 10, S. 339, 340) восстановил правильное прочтение фрагмента и снабдил его замечательным объяснением по существу.

<sup>13</sup> Col. 1, lin. 48: «quos inter id iudicium accipietur leiseve contestabitur».

<sup>14</sup> Gajus, III, § 180: «apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere».

вано уверенными выводами из стольких многих отдельных фрагментов<sup>15</sup>, что теперь вопрос можно считать окончательно решенным. Самое полное доказательство того, что литисконместация совершалась перед претором, вытекает из следующего рассуждения. Если литисконместация совершалась перед претором, то было весьма целесообразно, чтобы будущий судья присутствовал при этом действии, и я не сомневаюсь, что это было так, когда судья случайно присутствовал при этом или стороны приводили его с собой к претору. На это действительно указывает фрагмент Папиниана, согласно которому присутствие судьи и его сознательность при назначении (*addictio*) не должны быть обязательными<sup>16</sup>, из чего Папиниан делает вывод, что даже сумасшедший может быть назначен судьей и это назначение будет действительным, если только после этого к нему вновь вернется сознание; для него *judicium* действительно существует с момента его назначения. Таким образом, Папиниан явно предполагает, что назначение судьи и реальное начало его *Judicium*, следовательно, *acceptum* или *ordinatum judicium* (т. е. литисконместация), могут происходить при отсутствии судьи, из чего само собой следует, что литисконместация могла быть действием, совершенным не перед судьей, следовательно, без его участия. Столь же решительное свидетельство заключается в одном фрагменте Павла. Когда провинциал приезжал в Рим в качестве легата, ему, как правило, там не следовало предъявлять иск. Но в виде исключения он все же был обязан это делать, однако только так, чтобы литисконместация совершалась в Риме (перед претором), а судопроизводство – в провинции (живущим там судьей)<sup>17</sup>.

\* \* \*

Чтобы можно было понять изменения, которые произошли с формой литисконместации в позднем римском праве, необходимо сначала указать то место, которое она занимала в эпоху формулярного процесса наряду с *extraordinariis judiciis*.

Понятно сразу, что там ее нельзя понимать как формальное действие сторон, связанное с составлением *formula* и предназначенное для того, чтобы способствовать передаче правового спора судье; ведь в *extraordinariis judiciis* не встречались ни судья, ни *formula*, поскольку все судебное разбирательство от начала и до конца шло перед магистратом. Но так как и здесь нельзя было обойтись без литисконместации из-за ее важных практических последствий, то для этого следовало выбрать такой момент, который больше всего походил на время формальной литисконместации в обычном процессе. Не могло быть никаких сомнений, что им следует считать время, когда стороны полностью высказали магистрату свои утверждения и взаимные притязания. По существу это было то же самое, что и истинная литисконместация, а различие заключалось лишь во внешней форме действия.

Это предположение, по своей внутренней правдоподобности едва ли вызывающее сомнение, находит подтверждение в следующих свидетельствах, объяснение которых одновременно может служить для устранения некоторых сомнений и ошибок у наших авторов.

1. L. un. C., de litis contestatione (3. 9) из Severus et Antoninus 203: «Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem

<sup>15</sup> Winckler, § 3, 4; Keller, § 1–5. Единственный фрагмент, который кажется свидетельствующим в пользу противоположного мнения (L. un. C. de L. C.), будет объяснен ниже.

<sup>16</sup> L. 39 pr. de jud. (5. 1): «Cum furiosus judex addicitur non minus *judicium erit*, quod hodie non potest judicare... neque enim in addicendo praesentia vel scientia judicis necessaria est». Здесь *addictio judicis* явно понимается как совпадающая по времени с литисконместацией, с *judicium acceptum* или *ordinatum*, поскольку прямо сказано о том, что уже сейчас налицо реальное *judicium*.

<sup>17</sup> L. 28, § 4 de jud. (5. 1): «causa cognita adversus eum judicium praetor dare debet, ut lis contestetur, ita ut in provinciam transferatur».

*permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit».*

Некоторые сначала пытались доказать этим фрагментом, что литисконтестация совершалась не перед претором, а перед судьей, – мнение, которое уже было опровергнуто выше. Таким образом, дело сводится к тому, чтобы устранить видимость подтверждения указанного мнения, которая присутствует в приведенном фрагменте, потому что в то время, когда он был написан, формулярный процесс имел еще полную силу.

Некоторые говорят, что императоры якобы хотели указать на вышеназванный характер литисконтестации, совершаемой перед магистратом, а под «iudex» понимали магистрата<sup>18</sup>. Такое объяснение нельзя принять, поскольку (хотя выражение «iudex» нередко обладает таким значением) невозможно, чтобы императоры, имея в виду *ordinarium iudicium*, могли употребить это выражение в аномальном значении (для магистрата), вследствие чего их почти неизбежно должны были понять неправильно.

Другие полагают, что императоры действительно называли магистрата, а фрагмент приобрел нынешний вид только благодаря радикальной интерполяции<sup>19</sup>. Я не могу признать необходимость в подобной интерполяции, поскольку фрагмент, если бы в нем упоминался магистрат вместо судьи, сочетался бы как с прежним, так и с новым правом. В отношении прежнего времени можно было бы сказать, что литисконтестация произошла, как только претор выслушал утверждения сторон и вследствие этого получил материал для составления формулы. И если бы компиляторы в первоначальном тексте фрагмента обнаружили упоминание претора, проконсула или префекта, то было бы непонятно, отчего бы они заменили его судьей, менее подходящим к их времени; скорее было бы возможно обратное изменение.

Самым простым объяснением мне кажется такое, согласно которому императоры говорили о единственном случае из практики, который относился к *extraordinariis iudiciis*. Тогда выражение «iudex» вместо «magistratus» полностью подходило бы и не вызывало недоразумений, фрагмент давал бы ясную картину о месте литисконтестации в процессах этого класса. Ведь рескрипт должен был указать, что следует понимать в качестве суррогата реальной литисконтестации в тех процессах, в которых она не встречалась. С этой целью употребили общие, описательные выражения, которые при описании настоящей литисконтестации (в обычном процессе) этого времени не употребили бы и которые придают этому фрагменту незаслуженную видимость интерполяции. Правда, в имеющемся у нас фрагменте не сказано о том, что речь идет о подобном правовом споре, однако он представляет собой рескрипт, который дошел до нас в весьма неполном виде<sup>20</sup>, а из его опущенного вступления могло бы, несомненно, следовать указанное условие. И это объяснение допускает в известной степени интерполяцию, но такую, которая вызвана не изменением содержания, а только простым опущением других частей фрагмента.

2. L. 33 de obl. et act. (44. 7) (*Paulus*, lib. 3, *Decretorum*):

*«Constitutionibus quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri: quasi lite contestata cum mortuo».*

Согласно древнему правилу, пенальные иски против должника не должны были переходить на наследников, за исключением случая, когда была совершена литисконтестация. В дан-

<sup>18</sup> Так, например, авторы, названные у Келлера (*Keller*, § 5, Note 5). Совершенно неудовлетворительным кажется мне объяснение, данное Циммерном (*Zimmermann*, *Rechtsgeschichte*, Bd. 3, § 119, Note 13): «Литисконтестация уже свершилась, когда только начиналось *Judicium*». Подобная концовка фрагмента отнюдь не была бы связана с началом.

<sup>19</sup> *Keller*, § 5.

<sup>20</sup> Эта неполнота бесспорно явствует уже из того обстоятельства, что другая часть этого же фрагмента включена в Кодекс в качестве L. 3 C., de edendo (2. 1).

ном фрагменте говорится не об обычном пенальном иске между частными лицами, который относится к *jus ordinarium* и при котором названное правило применяется непосредственно, напротив, в нем речь идет о фискальном штрафе, которого добиваются перед фискальными чиновниками, стало быть, *extra ordinem*, так что при этом не встречались ни судья, ни настоящая литисконтестація<sup>21</sup>. При этом переход на наследников следовало связать с действием, аналогичным литисконтеcтации. И в этом смысле Павел говорит, что переход на наследника следует допускать только в том случае, если дело по иску было возбуждено еще при жизни ныне усопшего<sup>22</sup>, поскольку такое возбуждение дела по иску в *extraordinariis judiciis* следует считать актом, соответствующим настоящей литисконтеcтации в обычном процессе (*quasi lite contestata cum mortuo*)<sup>23</sup>. Этот фрагмент с давних пор был большим камнем преткновения. Поскольку «conventus» понимали слишком узко (как говорящий только о предъявленном иске) и относили фрагмент к обычному процессу, то выход из положения пытались найти в том, что его понимали как говорящий о случаях, в которых умерший умышленно затягивал литисконтеcтацию; это противоправное поведение не должно было защитить его от перехода на его наследников<sup>24</sup>. Халоандер пытался выйти из положения другим путем – путем довольно смелой эмендации: «transmissam non videri, quasi lite contestata eo mortuo»<sup>25</sup>.

3. L. 20, § 6, 7, 11 de her. pet. (5. 3).

В *Sc. Juventianum* говорилось прежде всего о праве фиска на *caduca hereditas*, т. е. об *extraordinarium iudicium* перед фискальными чиновниками, хотя его применяли и к обычному процессу между частными лицами<sup>26</sup>. Поэтому для исходного случая этого сенатусконсульта следовало предположить другой момент, который мог бы заменить литисконтеcтацию в обычном процессе. К этому замечанию мы еще вернемся ниже (§ 264).

\* \* \*

Место, которое занимала литисконтеcтация в *extraordinariis judiciis* древнего времени (что только что было показано), могло сохраниться без изменений, когда позже вообще все иски превратили в *extraordinaria iudicia*. Прежнее исключение теперь стало общим правилом – ничто другое не изменилось.

Так дело действительно предстает в одной из ранних конституций Юстиниана<sup>27</sup>, которая, по существу совпадая с вышеуказанным рескриптом Севера и Антонина, называет момент литисконтеcтации так:

«cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam».

В последующих законах Юстиниан добавил следующие новые положения.

<sup>21</sup> Это предположение подтверждается заголовком фрагмента. Ведь в том же самом lib. 3 decretorum Павла встречается несколько фрагментов о фискальных исках перед *procurator Caesaris*.

<sup>22</sup> Выражение «conventus fuerat» нельзя понимать слишком ограниченно – как говорящее о *предъявленном* иске, поскольку «conventus» и «petitum» встречаются в нескольких фрагментах Дигест и в отношении обычного процесса, где оно означает «convenire cum effectu», т. е. время совершения литисконтеcтации. Решающим фрагментом в пользу такого значения слова «conventus» является L. 8 de pox. act. (9. 4), а для «petitum» – L. 22 de reb. cred. (12. 1) (ср.: *Wächter*, H. 3, S. 66, 67).

<sup>23</sup> По существу правильно объясняют: *Voorda*, Interpr. II., 19; *Wächter*, H. 3, S. 112.

<sup>24</sup> Соглашаясь с некоторыми предшественниками, я принимал это объяснение, от которого полностью теперь отказываюсь, так как во фрагменте нет и следа такой предпосылки. Кирульф (*Kierulff*, S. 281) считает этот фрагмент доказательством того, что уже римляне перенесли эффекты литисконтеcтации на вызов ответчика.

<sup>25</sup> Определенные основания для этой эмендации дает Вульгата («*remissam non videri*»), которая, однако, по смыслу полностью совпадает с Флорентиной.

<sup>26</sup> L. 20, § 9 de her. pet. (5. 3).

<sup>27</sup> L. 14, § 1 C., de jud. (3. 1).

Если иск вручен ответчику, то по истечении 20 дней он должен явиться в суд и совершить там литисконтестацию. Любое заявление, сделанное в течение этих 20 дней, не должно обязывать ответчика и не может считаться литисконтестацией<sup>28</sup>.

Истец со своей стороны должен поручиться, что не будет задерживать литисконтестацию более двух месяцев<sup>29</sup>.

Эти положения касаются только процессуальной формы и никоим образом не изменяют сущность литисконтестации.

Следовательно, и для новейшего права Юстиниана мы можем определить понятие литисконтестации (по существу совпадающее с понятием древнего права) следующим образом:

Она заключается в сделанных перед судебными властями заявлениях обеих сторон по поводу существования и содержания спора.

Правда, при этом следует (в соответствии со всеми переменами, произошедшими за это время в процессе) признать фактическое изменение, что теперь очень часто, – пожалуй, в большинстве случаев – литисконтестация происходила заметно позже, чем в древнем процессе.

## § 258. Сущность литисконтестации.

### I. Римское право (продолжение)

До сих пор мы рассматривали внешний характер литисконтестации: форму, время, название этого процессуального действия. Перехожу теперь к исследованию ее внутренней, или юридической, сущности, которая гораздо важнее указанного внешнего характера отчасти потому, что она связана непосредственно с правовыми эффектами, отчасти потому, что она постоянно вызывала к себе интерес, мало зависимый от смены исторических обстоятельств и действительно даже в наше время.

Здесь необходимо напомнить о том, что любое право на иск независимо от права, лежащего в его основе, порождает характер *обязательства* (§ 205). А литисконтестацию следует понимать как такое процессуальное действие, благодаря которому это обязательство обретает реальное существование и одновременно определенный вид.

Литисконтестация действует на существующее правоотношение двояко: в прошлое и в будущее. В *прошлое* – потому, что существующий иск передается на рассмотрение *in iudicium*, вследствие чего происходит его погашение, т. е. он становится непригодным для любого нового предъявления; в *будущее* – потому, что литисконтестация обосновывает существенную модификацию содержания будущего судебного решения.

Воздействие на *прошлое*, или уничтожение иска, достигалось двумя различными способами.

У тех исков, которые были *in personam*, одновременно с этим имели *juris civilis intentio* и были заявлены как *legitima judicia*, погашение должно было наступать *ipso jure*, у всех остальных исков – только посредством *exceptio rei in iudicium deductae*<sup>30</sup>.

Наряду с этим встречается также выражение «Novatio»: из древнего времени и прямо – только в одном фрагменте Папиниана<sup>31</sup>, косвенно – в Дигестах и в одной конституции Юстиниана<sup>32</sup>. Однако нет никаких оснований для сомнений в подлинности этого специального выраже-

<sup>28</sup> Nov. 53, c. 3; Nov. 82, c. 10; Auth. Offeratur C. de L. C. (3. 9).

<sup>29</sup> Nov. 96, c. 1; Auth. Libellum C. de L. C. (3. 9).

<sup>30</sup> Gajus, III, § 180, 181; IV, § 98, 106, 107.

<sup>31</sup> Fragm. Vat., § 263: «...nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit».

<sup>32</sup> L. 29 de nov. (46. 2): «Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt». Выраже-

ния<sup>33</sup>. Согласно же и без того известной сути новации, мы можем предположить два положения, хотя в пользу этого нет прямых свидетельств: во-первых, что это выражение было ограничено случаями, в которых погашение имело место *ipso jure* (сн. 1), поскольку повсюду новация предстает только как действие, обладающее эффектом *ipso jure*; во-вторых, что эта новация, т. е. любое погашение, наступающее *ipso jure*, достигалась стипуляцией, поскольку общее понятие новации заключается не в чем ином, как в уничтожении какого-либо обязательства путем превращения в *verborum obligatio*<sup>34</sup>.

Мы можем не сомневаться относительно дальнейшей судьбы погашения вообще и связанной с ним новации в частности. Они исчезли полностью, не оставив никаких следов, так как практические результаты, ради которых они вводились, теперь достигались другими и более надежными путями. Совершенно случайно дословное упоминание новации без какого-либо практического значения сохранилось в двух фрагментах в праве Юстиниана. Поэтому никоим образом нельзя оправдать точку зрения некоторых авторов нашего времени, которые говорят о новации, вытекающей из литисконтестации, как об институте, существующем еще в Юстиниановом и даже в современном праве<sup>35</sup>.

Столь же важное и еще ныне существующее действие литисконтестации на *будущее* не вызывает сомнений, поскольку из нее действительно возникает обязательственное отношение, полностью отвечающее потребности, обоснованной сущностью любого правового спора (§ 256). Но прежде всего необходимо исследовать то, какими юридическими формами достигалось это обязательственное отношение, – вопрос, который не свободен от сомнений и путаницы.

Для исков *in rem* определенное утверждение по этому поводу можно обосновать благодаря непосредственному свидетельству Гая<sup>36</sup>. Он говорит, что при таких исках ответчику гарантируется преимущество владения вещью и во время спора (*possidere conceditur*). За это со своей стороны он должен путем *stipulatio iudicatum solvi* *обещать* возмещение на случай, если он проиграет судебный процесс, и вместе с тем *гарантировать* это через поручителя (*cum satisdatione cavere*), благодаря чему тогда истец получает право по выбору предъявить иск в будущем как против ответчика, так и против поручителя (*aut tecum agendi, aut cum sponsoribus*

---

ние «*novatio voluntaria*» указывает – возможно, но не обязательно – на противоположность *novatio necessaria*, заключающейся в литисконтеции; это выражение нигде не встречается отдельно. То, что здесь погашение, заключающееся в литисконтеции, *подразумевалось* как противоположность, не вызывает сомнений согласно фрагментам, приведенным в сн. 1 и 2 (L. 3 pr. C., us. rei jud. (7. 54): «*Si enim novatur iudicati actione prior contractus*» *rel.*). Здесь давно отжившая *novatio* совершенно неуместно приводится в качестве доказательства нового распоряжения Юстиниана о процентах по судебному решению.

<sup>33</sup> То обстоятельство, что Гай (IV, § 176–179) рассматривает *novatio*, вытекающую из добровольной стипуляции, а затем в § 180, 181 представляет погашение в литисконтеции, не повторяя при этом выражение «*novatio*», не может служить опровержением. Оно объясняется совершенно аномальным характером *этой* новации, что подчеркивается также в L. 29 de nov. (сн. 3).

<sup>34</sup> L. 1, 2 de nov. (46. 2); *Gajus*, III, § 176–179. Я все же согласен с тем, что это заключение, основанное на аналогии, не может претендовать на полную достоверность, так как в этом институте права (в любом случае аномальном) дело могло обстоять и иначе.

<sup>35</sup> Так, например, Глюк (*Glück*, Bd. 6, S. 205) и некоторые другие; ср. против: *Wächter*, H. 3, S. 38 fg. В частности, я также вынужден теперь отказаться от новой новации, которую предполагал ранее как заключающуюся в судебном решении (с. 506 [т. III русского перевода «Системы...»]), будучи введенным в заблуждение формулировкой древнего судебного решения у Гая (III, § 180) и высказыванием Юстиниана. Для новации в *римском смысле* нет ни практической потребности, ни какого-либо достоверного свидетельства (ср. об этом: *Wächter*, H. 3, S. 47, 48). Это, правда, не должно ставить под сомнение новые правоотношения, которые порождает любое вступившее в силу судебное решение (о них подробно будет говориться ниже). Практический результат в этом случае такой же, как и в случае реальной новации, поскольку истец больше не может воспользоваться своим прежним правом наряду с судебным решением и вопреки ему. Только я сомневаюсь в том, что когда-либо древний юрист использовал выражение «*novatio*» в отношении судебного решения; уничтожение *ipso jure*, которое представляет собой подлинный характер новации, завершалось уже с литисконтецией, и для новой новации не было никакой возможности.

<sup>36</sup> *Gajus*, IV, § 89. Полностью фрагмент звучит так: «*Igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes. Aequum enim visum est, te de eo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisdatione mihi cavere: ut si victus sis, nec ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis*». В § 91 прямо сказано, что эта стипуляция, как и в случае личных исков, называлась «*iudicatum solvi*».

*tuis*). В другом месте подробно говорится о том, на что была направлена *stipulatio judicatum solvi* этих поручителей, а также, несомненно, совершенно аналогичная стипуляция самого ответчика как главного должника. Она имела три оговорки: *de re judicata, de re defendenda, de dolo malo*<sup>37</sup>. Следовательно, в случае исков *in rem* нам следует наряду с литисконтестацией предположить и стипуляцию, которая обосновывала своеобразные обязательства, которые в данный момент интересуют нас как результаты литисконтестации. Я воздержусь утверждать что-либо по поводу формального построения всего этого процессуального действия ввиду отсутствия сведений, я оставляю, стало быть, открытым вопрос о том, сливалась ли литисконтестация со стипуляцией воедино или же они были отдельными, но одновременными актами.

Указанную стипуляцию, впрочем, нельзя представлять себе так, будто вследствие этого заранее подвергалась новации будущая *judicati actio*, стало быть, предотвращалось ее возникновение. Правда, подобная новация еще не подлежащего исполнению обязательства была допустима<sup>38</sup>. Однако к любой новации относилось прежде всего намерение изменить, т. е. намерение разрушить другое обязательство путем его замены<sup>39</sup>, а поскольку это намерение здесь отсутствовало, то *actio judicati* существовала наряду с ним, так что истец, который выигрывал процесс, имел выбор между *judicati actio*, стипуляционным иском против ответчика и стипуляционным иском против поручителей<sup>40</sup>.

Все это устройство в случае *petitoria formula*, впрочем, не было чем-то новым, только ей присущим – оно было скорее просто продолжением и развитием древнего положения права, которым пользовались при *preaedes litis et vindiciarum* в случае *legis actio* и при *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* в спонсионном процессе<sup>41</sup>.

Стало быть, согласно достоверным свидетельствам, так дело обстояло в случае исков *in rem*. Менее легким и понятным дело предстает в случае личных исков.

Рассмотрим сначала те личные иски, в случае которых погашение *ipso jure* достигалось посредством новации. Они отличаются от исков *in rem* тем, что ответчику во время спора ничего особенного не гарантируется, а истец не подвержен опасности разрушения или гибели спорной вещи. Поэтому здесь, как правило, ответчик не обязан предоставлять поручителей, а только в виде исключения<sup>42</sup>. Зато можно без опасений предположить, что он сам для себя мог заключить стипуляцию; у такого предположения даже есть особое основание в том обстоятельстве, что новация как таковая позволяет предположить существование стипуляции. Содержанием этой стипуляции были, несомненно, те же три оговорки, которые вообще использовались в процессуальных стипуляциях поручителей, так что в этом не было никакого различия между этими исками и исками *in rem*. Равным образом, да притом еще увереннее, нам следует предположить подобную стипуляцию ответчика в тех случаях личных исков, в которых в виде исключения по особым причинам могли требовать поручительство *judicatum solvi*. Ибо то, что за основу подобных стипуляций поручителей всегда брали стипуляцию самого ответчика, можно не только предположить, исходя из внутренней вероятности, но и прямо подтвердить<sup>43</sup>.

Тогда в случаях такой стипуляции, которая связана со многими личными исками и в которой всегда содержалась *doli clausula*, становится понятным то обстоятельство, что и стро-

<sup>37</sup> L. 6, 17, 19, 21 jud. solvi (46. 7).

<sup>38</sup> L. 5 de nov. (46. 2).

<sup>39</sup> L. 2 de nov. (46. 2).

<sup>40</sup> L. 8, § 3 de nov. (46. 2); L. 38, § 2 de sol. (46. 3); *Paulus*, V, 9, § 3. Это правильно замечает Пухта (*Puchta*, *Einfluß des Prozesses*, Bd. I, S. 234), хотя и с ошибочной целью. О новации как о воздействии на прошлое, т. е. об уничтожении первоначального обязательства, как в случае некоторых личных исков, здесь не могло быть и речи, поскольку в основе исков *in rem* вообще не лежит обязательство.

<sup>41</sup> *Gajus*, IV, § 91, 94.

<sup>42</sup> *Gajus*, IV, § 102.

<sup>43</sup> L. 38, § 2 de sol. (46. 3). Таким образом, при каждой *satisfactio* имелась *repromissio*; если же *satisfactio* отсутствовала, это называлось «*nuda repromissio*» (L. 1, § 5 de stip. praet. (46. 5)).

гие иски начиная с момента литисконтестации обретали такой же свободный характер, который сверх того имеет место только в случае свободных исков<sup>44</sup>.

Наконец, что касается большого числа еще оставшихся личных исков после исключения только что упомянутых, т. е. тех, в которых погашение вследствие литисконтестации достигалось не *ipso jure*, а *per exceptionem* (без новации) и в которых не было предоставляемых в виде исключения гарантий поручителей, то и в их случае можно было бы, пожалуй, предположить стипуляцию, всегда связанную с литисконтестацией, так что при таком предположении стипуляция повсюду имела бы место наряду с литисконтестацией. Однако у нас нет доказательства для этого предположения; оно становится скорее невозможным вследствие того, что тогда пропало бы самое простое и самое легкое основание, позволяющее объяснить различия в подходах к обоим классам исков, поскольку существование стипуляции естественно влечет за собой новацию, а отсутствие первой исключает последнюю.

Итак, если мы предположим, что в этом большом классе исков стипуляция не встречалась, тогда нам следует найти другую правовую форму, с которой можно было бы связать новое обязательство, бесспорно связанное и в случае этих исков с литисконтестацией. Но точно такая же потребность возникает и для *extraordinaria judicia*, которые встречаются в виде исключения в эпоху древнего формулярного процесса, а в позднем римском праве – как совершенно общее правило. Таким образом, вопрос об этой правовой форме действительно приобретает самое большое распространение и самую большую важность.

С давних пор обычное восприятие права Юстиниана сводилось к тому, что литисконтестация представляет собой квазиконтракт и поэтому порождает обязательства, подобные контрактным<sup>45</sup>. Мы можем согласиться с таким восприятием, поскольку тем самым признается контрактный характер отношения, которое, однако, не является настоящим договором, основанным на добровольном решении. Это *фиктивный договор*, как *negotiorum gestio* и опека. В последних обязательство возникает из односторонних действий, без участия другой стороны. И хотя при литисконтестации обе стороны предстают в качестве участников, зато возникновение обязательства основывается не на их добровольном решении, от принятия которого они могли бы воздержаться, а на настоятельных предписаниях процессуального права<sup>46</sup>.

Теперь следует обсудить характер этого контрактного или «контрактоподобного» отношения, которое вводится в любой спор посредством литисконтестации.

Самое общее признание подобного отношения, возникающего из литисконтестации и не зависящего от ранее существовавшего правоотношения, встречается в следующем фрагменте Ульпиана:

L. 3, § 11 de peculio (15. 1): «Idem scribit, judicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat; etiam ejus actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati; nam *sicut stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi*; proinde non originem judicii spectandam<sup>47</sup>, sed ipsam judicati velut obligationem»<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> См. выше, с. 637 сл. [т. III русского перевода «Системы...»]. Содержание сказанного следует ограничить тем, что последует далее; само же дело представлено правильно.

<sup>45</sup> Келлер (Keller, § 14), а до него – большинство авторов.

<sup>46</sup> Бетман-Хольвег (Bethmann-Hollweg, S. 75, 79) хочет допустить не контракт, а процессуальный договор, направленный на исключительное подчинение этому *judicium*. Такое понимание тоже правильно, но однобоко и не выражает самые важные и неизменные стороны всего этого отношения. Полностью подходящее для этого выражение встречается в L. 3 pr. jud. solvi (46. 7): «sententiae... se subdiderunt». Донелл (Donellus, XI, 14, § 6–9) пытается весьма тонко объяснить, что литисконтестация представляет собой не квазиконтракт, а действительный, но безмолвный договор. При этом он упускает из виду, что для безмолвного договора, как и для прямо выраженного, необходима свободная воля, которая здесь, однако, отсутствует.

<sup>47</sup> То есть не первоначальное правоотношение, лежащее в основе спора и предшествующее ему.

<sup>48</sup> То есть новое обязательство, которое возникает из стипуляции, содержащейся в литисконтестации, и здесь направлено

Этот фрагмент при допущении действительной стипуляции, содержащейся в литисконтестации, которая отчасти точно встречалась в древнем праве, столь же правилен, как и при предположении квазиконтракта, следовательно, в нем весьма определенно выражается общая и неизменная сущность правоотношения, вытекающего из литисконтестации.

Эти контрактные или «контрактоподобные» отношения весьма удовлетворительно объясняют некоторые факты, на которые было обращено внимание в предыдущем параграфе. Во-первых, то, почему для названия особо важного и решающего момента, наступающего в каждом споре, всегда выбирали литисконтестацию, а не одновременное с ней составление формулы. Контрактный характер литисконтестации был причиной возникновения правовых эффектов, наступающих с этого времени, а формула была лишь инструкцией судье и не имела прямой и обязательной силы для сторон. Во-вторых, то, почему литисконтестация должна была происходить перед претором, а не перед судьей. Авторитет претора был выше, чем авторитет судьи, и мог вынудить стороны заключить такой договор, который придавал всему спору определенное направление.

Этим объясняется, кроме того, то обстоятельство, что право на предъявление народного иска, которое само по себе было общим правом всех граждан Рима, благодаря литисконтестации превращалось в подлинное обязательство, в имущественное право истца.

Однако указанные здесь, а также все прочие последствия контрактного характера литисконтестации не следует понимать так, будто этот контрактный характер возник случайно или произвольно, а затем вследствие логического развития повлек за собой все названные последствия, которые сами по себе, возможно, можно было бы считать не имеющими значения или невыгодными. С этим дело обстоит как раз наоборот. Названные последствия были тем, чего следовало добиваться как отвечающего характеру спора, для них был установлен контрактный характер литисконтестации (первоначально посредством действительной стипуляции в случае многих исков), чтобы иметь надежное и надлежащее юридическое основание.

Содержание упомянутого контрактного отношения заключается прежде всего в подчинении обеих сторон данному суду. Во всех исках это подчинение касается самого решения, а в случае арбитражных исков, в частности, еще и подчинения высказанным судьей до вынесения решения *jussus* или *arbitratus*, направленным на натуральную реституцию<sup>49</sup>. А особое содержание, а также причину этого содержания можно наглядно представить благодаря следующему рассуждению, которое сочетается с общим характером любого спора и вытекающей из этого потребности (§ 256). Когда две стороны предстают перед судьей, то сначала совершенно неизвестно, кто из них прав. В этой неизвестности необходимо предусмотреть любой возможный исход, и стороны вынуждают заключить договор об этом или же обращаются с ними (как вообще в позднем праве) так, словно подобный договор был заключен. Общее содержание договора, отвечающее упомянутой потребности, можно выразить следующим образом: должен быть компенсирован вред, вытекающий из неизбежной длительности спора<sup>50</sup>, или, другими словами, истец, если он выиграет процесс, должен получить то, что он получил бы, если бы судебное решение можно было вынести сразу в начале разбирательства<sup>51</sup>. Гай следующим образом указывает повод и оправдание этого договора для исков *in rem*: ответчику разреша-

на выполнение судебного решения (L. 6 jud. solvi (46. 7): «de re judicata»).

<sup>49</sup> Этим объясняется то, что неподчинение считалось неисполнением обязательства – *просрочкой* (см. ниже, § 273).

<sup>50</sup> L. 91, § 7 de leg. 1: «causa ejus temporis, quo lis contestatur, *repraesentari* debet actori».

<sup>51</sup> L. 20 de R. V. (6. 1): «ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset». То же сказано в L. 31 de R. C. (12. 1) и во многих других фрагментах. Эти высказывания, а также приведенное в сн. 3 возникли в связи с отдельными правоотношениями и встретятся снова ниже в связи с рассмотрением частного. Здесь же все сводилось к тому, чтобы обозначить общую точку зрения.

ется владеть спорной вещью в течение спора, но за это со своей стороны он должен обещать возмещение, содержащееся в договоре, и даже гарантировать его посредством поручителей<sup>52</sup>.

Представленный здесь контрактный характер изменений, наступающих после литисконтестации, сохранялся во все времена существования римского права и перешел в наше современное право. Только форма прямой стипуляции (даже в тех случаях, в которых она применялась в прежнее время) полностью исчезла в праве Юстиниана.

## § 259. Сущность литисконтестации.

### II. Каноническое право и имперские законы

Каноническое право неизменно твердо держится римского понятия литисконтестации (§ 257), но занимается главным образом вопросом о том (который и позже считался преимущественно важным), обязан ли ответчик и когда сделать то, что должно с его стороны содействовать совершению истинной литисконтестации. К этому относится прежде всего заявление о содержании иска, следовательно, и о его фактическом основании, а также, кроме того, и указание, возможно, имеющихся эксцепций (§ 257). Понятно, что если бы ответчик попытался ограничиться эксцепциями, не высказавшись по поводу иска, в этом не было бы литисконтестации, но и необходимость в ней вследствие этого не отпала бы, так что ответчика следовало бы заставить дополнительно сделать то, чего не хватало для подлинной литисконтестации. Из предписаний такого особого содержания, которые я не нахожу в римском праве, легко могла возникнуть видимость того, что литисконтестация *является* односторонним действием ответчика, а именно заявлением по поводу *фактов*, изложенных истцом, тогда как римское право под этим понимает намного более всеобъемлющее и совместное действие сторон и даже буквально называет «*litem contestari*» действие истца, а не ответчика (§ 257). Ниже будет показано, что ошибочное словоупотребление, вытекающее из этой ложной видимости, позже приобрело всеобщий характер. Следует, однако, отметить, что эту ошибку на самом деле нельзя приписывать каноническому праву; напротив, в нем нет еще ни одного выражения, отличающегося от римского права.

В самом древнем фрагменте канонического права о литисконтестации еще не затрагивается этот развиваемый здесь специальный вопрос<sup>53</sup>. Папе Григорию IX представили случай, в котором стороны подали судье письменные утверждения по поводу отдельных частей спора (*super pluribus articulus*) и встречные утверждения (*positiones et responsiones*), а также высказали то, что они собирались заявить в суде (*quae partes voluerunt proponere coram eis*). Итак, Папа говорит, что в этом еще не заключается действительная литисконтестация, что ее следовало бы, напротив, совершить сейчас, чтобы обосновать законное судебное разбирательство:

«quia tamen litis contestationem non invenimus esse factam, quum non per positiones et responsiones ad eas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem secutam litis contestatio fiat».

Таким образом, подразумеваемая здесь противоположность исключает письменную подготовку правового спора, как недостаточную, и требует для действительности литисконтестации совместного появления сторон в суде, а также их полного заявления о споре; это представляет собой противоположность письменного предварительного производства устному разбирательству в суде, и высказывание Папы полностью соответствует римскому праву.

<sup>52</sup> *Gajus*, IV, § 89 (см. выше). Ведь для этой же цели была бы мыслима также и секвестрация в качестве гарантии; на это направлено *possidere conceditur*.

<sup>53</sup> С. un. X. de litis cont. (2. 5). Дословно идентичной является другая декреталия того же папы: С. 54, § 3 X. de elect. (1. 6).

Две следующие декреталии касаются вышеупомянутого отношения литисконтестации к эксцепциям.

Папа Иннокентий IV предписывает, что ответчик не может мешать или препятствовать литисконтестации своими высказанными эксцепциями, за исключением эксцепций «*de re judicata, transacta seu finita*»<sup>54</sup>.

Это же предписание повторяет Папа Бонифаций VIII с весьма естественным дополнением, что просто эксцепция сама по себе тоже не может считаться совершенной литисконтестацией<sup>55</sup>.

\* \* \*

Итак, далее необходимо дать отчет об изменениях в сущности литисконтестации, которые были вызваны имперскими законами, а также практикой и литературой Нового времени<sup>56</sup>. Чтобы получить твердое представление об этих изменениях, будет хорошо, если мы сразу назовем конечный результат, к которому привело это постепенное развитие, т. е. понимание, которое в новой литературе о процессе, а также на практике стало настолько общепризнанным, что любое возражение против него предпринималось только в виде ученой критики, путем отсылки к древним источникам, хотя порой и не без претензии на придание новому утверждению некоторого практического значения.

Это современное понятие можно выразить так:

Литисконтестация – это одностороннее действие ответчика, заключающееся в его заявлении по поводу фактов, высказанных в иске, т. е. отличающееся от любых возражений.

Это понимание существенно отличается от римского права в двух моментах.

*Во-первых*, оно считает литисконтестацию односторонним действием ответчика, в то время как римское право предполагает при этом совместное действие обеих сторон и даже называет так преимущественно содействующее действие истца (§ 257).

Это отличие обосновывается в большей мере изменением формы процесса, чем изменением правовых понятий. В случае исключительно письменного производства невозможно совместное и одновременное действие сторон, так что при этом литисконтестацию вынуждены понимать как зависящую от процессуального действия ответчика, которое тогда с предшествующим действием истца (по содержанию) образует единое целое, так же как в римском праве одновременный обмен противоположными утверждениями. Поэтому такое отклонение чуждо имперским законам, которые всегда еще предполагают устное производство в судебных заседаниях и слушаниях<sup>57</sup>.

Это отличие не имеет значения и для нашей нынешней цели, т. е. для установления достоверного начального момента материального эффекта литисконтестации. Все сводится только к четкому осознанию того, что здесь подразумевается нечто отличное от римского права.

*Во-вторых*, это понимание отличается от римского права в том, что оно ограничивает литисконтестацию чисто фактическими заявлениями ответчика, тогда как римское право в отношении литисконтестации допускает весь материал, содержащийся в *formula*, следова-

---

<sup>54</sup> C. 1 de litis cont. in VI. (2. 3). Это то, что позже наши авторы называли «*exceptiones litis ingressum impediennes*».

<sup>55</sup> C. 2 de litis cont. in VI. (2. 3).

<sup>56</sup> Этот вопрос подробно изложен у Вехтера (*Wächter*, Н. 3, S. 70–88).

<sup>57</sup> Artikel des K. G. zu Lindau von 1500, Art. XIII, § 1, 2 (Neueste Sammlung der R. A., Th. 2, S. 75). Вначале говорится так, словно литисконтестация является делом ответчика. Но затем сказано: «А равно и коли тяжба *утверждается обеими сторонами*...» К. G. O. von 1523, Art. 3, § 3 (a.a.O., S. 248): «Если же не будут использованы *Exceptiones*... то истец должен тотчас подтвердить тяжбу» (на полях написано: «*Litis Contestatio*»).

тельно, кроме заявлений по поводу фактов, также и все эксцепции, репликации и дубликации. На первый взгляд кажется, что тем самым могло бы достигаться упрощение и ускорение литисконтестации, так как простое заявление по поводу фактов можно сделать быстрее, чем излагать весь указанный материал. Ниже будет показано, что такой результат все же не наступал по иным причинам.

Из такого понимания, связанного с названным первым, неизбежно следовало совершенно чуждое римскому праву деление литисконтестации на *утвердительную*, *отрицательную* и *смешанную* – в зависимости от того, признает ли ответчик все факты, содержащиеся в иске, или все отрицает, или некоторые признает, а некоторые отрицает<sup>58</sup>. Утвердительную литисконтестацию, впрочем, можно подразумевать только в связи с возражениями, поскольку иначе она не содержит намерения вести спор и скорее имеет характер римской *in jure confessio*<sup>59</sup>.

Второе отличие содержится, правда, уже в имперских законах, касающихся в особенности предотвращения затягивания литисконтестации, однако ради этой цели в них не хотят сознательно формировать новое понятие литисконтестации, а скорее следуют в этом только за словоупотреблением, господствующим у современных им авторов.

Чтобы наглядно показать это, необходимо подробнее рассмотреть содержание имперских законов, причем начать можно с Устава Верховного суда от 1555 г., поскольку он устранил многие прежние, гораздо более несовершенные законы.

Для понимания этого закона следует отметить, что он допускает три слушания еженедельно: в понедельник, среду, пятницу. Любое новое судебное заседание должно происходить после предшествующего ему процессуального действия в промежуток времени, определяемый по числу дней слушаний: по делам обычного процесса (*in ordinariis*) – на 12-й день слушаний, по суммарным делам (*in extraordinariis*) – на шестой; для обоих классов дел вышеупомянутые дни слушаний должны применяться поочередно (разд. 1; разд. 2, § 1). Как правило, литисконтестацию следовало осуществлять во втором судебном заседании, стало быть, на двенадцатый день после первого; из этого правила есть исключение на случай, когда заявляют дилаторные (отлагательные) или иные возражения, препятствующие процессу<sup>60</sup>. В этом случае подобные возражения рассматриваются в течение трех судебных заседаний, возможно, даже еще дольше, если потребуется исследование доказательств (разд. 24–26). Кроме того, в четвертом – основном – судебном заседании заявляются прочие – перемпторные (отменительные) – возражения, и они также рассматриваются в течение трех судебных заседаний (разд. 27–29).

По поводу литисконтестации установлено еще отдельно, что ответчик, если он хочет оспорить иск, т. е. вести процесс, должен сделать это не в пространных речах, как это делалось до сих пор, а кратким возражением против иска вообще, а не против отдельных фактов, в нем

<sup>58</sup> Можно было бы попытаться усмотреть отрицательную литисконтестацию в простом возражении на притязания истца; при этом совершенно неопределенным оставалось бы то, отрицаются ли факты полностью или частично и должны ли заявляться возражения. Объяснение подобного вида чуждо не только римскому праву и каноническому праву, но и поздним имперским законам, как будет показано ниже. В подобном объяснении выражается только исключение чистой *confessio*, т. е. явного решения вести процесс, в чем и без того в большинстве случаев нет сомнений. Это ничего не дает в споре, стало быть, это действие является элементом затягивания, и отнюдь нет никаких оснований связывать с этим практические результаты. Правда, более старые имперские законы допускают литисконтестацию в названном здесь смысле (ср. ниже).

<sup>59</sup> Глоссаторы много занимались вопросом о том, может ли чистая *confessio* считаться литисконтестацией и следует ли после этого выносить осуждающее решение. Обсуждение данного случая касается только внешней формы процесса и не имеет практического значения. В римском праве силу имело несомненное правило: «*confessus pro judicato est*» (L. 1 de confessis (42. 2)), так что судебное решение не было нужным и его не выносили. В Прусском процессе в этом случае составляют резолюцию о признании, которая действует как судебное решение (A. G. O., I, 8, § 14–16).

<sup>60</sup> Раздел 13, § 1: «Итак... мы постановляем, если... ответчик не заявил *dilatorias* или прочие *exceptiones*, чтобы воспрепятствовать праву, или отложить его, или воспрепятствовать утверждению тяжбы, тогда он обязан *in ordinariis* на 12-й день слушаний ответить на иск и подтвердить тяжбу».

содержащихся<sup>61</sup>. Определенное заявление ответчика на отдельные факты, изложенные истцом, должно было происходить только в четвертом заседании, и потому эти *Responsiones* на пункты иска четко отличаются от литисконтестации как названием, так и отведенным им в процессе местом (разд. 15, § 4).

Весь этот подход можно было бы считать облегчением и ускорением литисконтестации, поскольку на самом деле нельзя заменить общее возражение одной лишь видимостью такового, и поэтому его можно потребовать и добиться легче и быстрее, чем специального заявления. С другой стороны, ответчику, который пытался затянуть дело, предоставлялась большая свобода действий благодаря разнообразным возражениям, продолжительное рассмотрение которых временно давало ему право не делать названное, чрезвычайно общее заявление, т. е. не осуществлять литисконтестацию (сн. 1).

Решение Рейхстага от 1570 г. предоставило в этом решительную помощь, предписав, что и наряду с дилаторными возражениями во втором судебном заседании в любом случае должна осуществиться эвентуальная литисконтестация<sup>62</sup>.

Это предписание было подтверждено и развито в самом последнем имперском законе о процессе<sup>63</sup>. Ведь Последнее послание к империи предписывает, что ответчик не во втором, а уже в первом судебном заседании обязан заявить все эксцепции (под страхом утраты права), а также сделать определенное заявление по поводу всех фактов, содержащихся в иске (для чего, однако, следует предоставить не менее 60 дней). Здесь это фактическое заявление не называется литисконтестацией, однако данное название встречается в том же законе в другом месте<sup>64</sup>, а то, что под ним понимается предписанное выше заявление по поводу фактов, не может, пожалуй, вызывать сомнений. Только в одном случае ответчик мог отказаться от литисконтестации – когда он хотел возражением оспорить компетенцию судьи<sup>65</sup>.

Нельзя отрицать, что этот закон существенно улучшил положение дел в целом и что главным образом его недостаточно строгая реализация объясняет то, что позже общий процесс часто не отвечал истинным потребностям. И все же и здесь у ответчика, который хотел затянуть литисконтестацию, оставались некоторые средства. Возражением о некомпетентности можно было злоупотребить ради продления рассмотрения дела. Если, кроме того, ответчик не появлялся в первом заседании, то и заочное производство, предписанное в § 36, давало немалую отсрочку.

Но особенно названный закон не мог непосредственно применяться к позже весьма широко распространившемуся в Германии чисто письменному процессу, в котором встречаются отнюдь не устные разбирательства, а обычно четыре документа, подготовленных сторонами в ходе процесса. Если представить себе добросовестное и строгое применение последнего решения Рейхстага, то литисконтестацию следовало бы усматривать в так называемом эксцепционном заявлении, которое должно содержать заявление по фактам иска независимо от того, есть в нем эксцепции или нет. Это положение литисконтестации соответствует истинному смыслу римского права – только с незначительным отличием в том, что в римской литис-

<sup>61</sup> Раздел 13, § 4: «И поскольку *Procuratores in litiis contestationibus* до сих пор во все времена говорили много ненужных и излишних фраз... Мы желаем, чтобы отныне любой *Procurator*, который... не отвечает на иск признанием, а значит, желает негативной литисконтестации, не должен больше употреблять другие фразы, а должен заявить: «По делу *N contra N* я не признаю иск, прошу разрешить... мое дело», и эти слова должны подтверждать спор и так восприниматься, хотя бы и не было прямо выраженного объявления литисконтестации» (ср. выше).

<sup>62</sup> R. A. 1570, § 89, 90 (Neueste Sammlung, Th. 3, S. 299).

<sup>63</sup> J. R. A. von 1654, § 36–40 (Neueste Sammlung, Th. 3, S. 648, 649). Главной частью является § 37.

<sup>64</sup> Параграф 110: «не только до возникновения правового положения и *litiis contestatio*» etc.

<sup>65</sup> Параграфы 37 (в конце) и § 40.

контестации встречались уже репликации и дубликации, которые здесь впервые появляются в третьем или четвертом документе<sup>66</sup>.

Но и в этом случае у недобросовестного ответчика остаются еще некоторые средства для произвольного затягивания литисконтестации и вследствие этого для умаления прав истца, которые на самом деле полагаются ему. С этой целью можно злоупотреблять повторными ходатайствами о сроках, далее, заявлением о некомпетентности, способствующим продлению разбирательства, наконец, простым отказом или неосуществлением литисконтестации, что даже можно оправдать некоторыми мнимыми причинами. В общем процессе отсутствуют определенные нормы права, которые уверенно противостояли бы подобному недобросовестному ведению дела. При этом следует учесть еще следующее обстоятельство. Если литисконтестация, как считается, *заключается* в заявлении о фактах, остается неопределенным то, как следует рассматривать неясность, непонятность или неполноту заявления, как, например, в случае, если оно касается небольшой части фактических оснований иска. Можно было бы сказать, что посредством фикции следует допустить действительную литисконтестацию. Но тогда можно было бы пойти еще на один шаг дальше и усматривать литисконтестацию в любом экцепционном документе, даже если в нем нет и следа от фактического заявления. Только все это совершенно произвольно, а мнение, будто это действительно применимо в римском праве, или в имперских законах, или даже только в новейшей практике, является просто иллюзией. Если из всех этих трудностей во многих землях не чувствуются заметные затруднения, это объясняется отчасти хорошим судебным надзором, отчасти тем, что практика не остановилась на литисконтестации как на основе и моменте материальных изменений во время процесса, о чем будет сказано в заключении всего этого учения.

Но о том, как далеко могут зайти здесь злоупотребление и угроза праву, свидетельствует Саксонский процесс. В нем весьма часто встречается, что вся инстанция все время спорит об обязанности ответчика совершить литисконтестацию, а в конце решением устанавливается, что ответчик, невзирая на возражения, должен признать себя виновным по предъявленному иску; это судебное решение тогда вновь может быть обжаловано и пущено по инстанциям.

## § 260. Действие литисконтестации.

### Введение

Поскольку теперь должны быть представлены эффекты литисконтестации, то их необходимо связать с вышеуказанным принципом, согласно которому задачей данного института права является компенсация отрицательных последствий, которые возникают из нежелательной, но неизбежной продолжительности правового спора (§ 256, 258). Эффекты, которые теперь должны быть представлены подробно, следует считать только развитием указанного принципа. Однако для этого необходимо заложить твердую основу благодаря следующим предварительным замечаниям.

I. Высказывания римских юристов о названных эффектах касаются двух разных *применений*, содержание которых, однако, совпадает настолько, что их можно считать абсолютно идентичными.

Большинство этих высказываний касаются вопроса о том, каким образом должно быть оформлено судебное *решение* в результате литисконтестации, и их следует применять непосредственно к нашему современному состоянию права.

<sup>66</sup> Понятию римской литисконтестации больше соответствует *Status causae et contro-versiae*, присущий общему порядку Прусского процесса. Только при этом практически очень важное отличие заключается в том, что указанный *Status* оформляется в конце заседаний, число и сроки которых зависят от полного произвола депутатов и сторон.

Но некоторые высказывания касаются вопроса, который мог встречаться не во всех исках, а только в случае *arbitrariae actiones* (§ 221): это вопрос о том, какие действия должен совершить ответчик после литисконтестации по предложению судьи, чтобы предотвратить свое осуждение. Как было показано выше, эти действия заключались в *реституции* или *предъявлении*. Таким образом, здесь вопросы звучат так: что добровольно должен сделать ответчик, чтобы не быть осужденным? Или, другими словами, что относится к настоящей, достаточной реституции, предотвращающей осуждение?<sup>67</sup> Что относится к истинному предъявлению?<sup>68</sup>

И хотя эти вопросы по своей формулировке звучат по-разному, они все же на самом деле идентичны, так что ответ на один вопрос может (без опасений ошибиться) считаться ответом и на другой вопрос. Ибо то, что ответчику следует сделать как достаточную реституцию, чтобы избежать осуждения, абсолютно тождественно тому, к чему его присудят, если он не осуществит добровольную реституцию<sup>69</sup>, и наоборот. Впрочем, поскольку у нас больше нет *arbitrariae actiones* (§ 224), то высказывания о действительной реституции и предъявлении дают нам лишь косвенную выгоду в том, что по ним мы можем научиться тому, на что должно быть направлено осуждение, если дело вообще дойдет до него<sup>70</sup>.

II. Материальные эффекты литисконтестации нацелены, правда, на то, чтобы способствовать выгоде истца. Ведь истец является тем, кто может понести ущерб из-за неизбежной длительности спора, и именно от этого ущерба его следует искусственно защитить путем приведения судебного решения к моменту литисконтестации<sup>71</sup>.

Однако эту цель не следует понимать настолько абстрактно, будто истец в каждом отдельном случае должен был выигрывать благодаря указанному приведению или хотя бы не проигрывать. Напротив, могут иметь место пересекающиеся практические соображения, которые в отдельных случаях дают иной результат. В других случаях подобные соображения могут даже исключить применение названного приведения.

Поэтому вообще в этом институте права воспринимается определенная практическая гибкость.

III. Принцип, отдельными результатами развития которого нам теперь предстоит заняться, основан на такой естественной потребности, что мы могли бы, пожалуй, ожидать его раннего признания. И действительно, он уже действует в древней виндикации благодаря *legis actio*. В этом случае в начале правового спора ответчик должен был дать *praedes litis et vindiciarum* – поручителей за саму вещь и ее плоды, стало быть, от ущерба, который мог бы возникнуть для истца из-за того, что он вынужден ожидать окончания спора. В позднейшей виндикации per sponsionem место тех древних *praedes* заняла стипуляция *pro praede litis et vindiciarum*, стало быть, суррогат с тем же эффектом. А она, в свою очередь, при *petitoria formula* превратилась (изменив название и форму) в стипуляцию *judicatum solvi*<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> L. 35, 75, 246, § 1 de V. S. (50. 16); L. 20, 35, § 1 de rei vind. (6. 1).

<sup>68</sup> L. 9, § 5–8 ad exhib. (10. 4).

<sup>69</sup> Однако с тем отличием, что судебное решение могло быть направлено только на деньги, тогда как реституция осуществлялась в натуре (ср. т. 3, § 221). В отдельных случаях, согласно фактическим обстоятельствам, в реституции может требоваться и быть достаточным нечто отличное от того, на что впоследствии могло бы быть направлено судебное решение. В целом же идентичность содержания реституции и судебного решения неоспорима.

<sup>70</sup> Наше современное право, правда, подобно древнему римскому праву в том, что и у нас не происходит осуждение, если ответчик в ходе процесса полностью выполняет требование истца. Но в нашем современном праве этот случай не имеет практического значения, тогда как в римском праве *arbitrariae actiones* искусственно были нацелены на то, что ответчик добровольно совершит реституцию или предъявит, чтобы предотвратить более значительный ущерб.

<sup>71</sup> L. 86, 87 de R. I. (50. 17); L. 29 de nov. (46. 2).

<sup>72</sup> Gajus, IV, § 89, 91, 94 (ср. выше, § 258). Можно было бы подумать, что при *petitoria formula* отсутствует обещание касательно плодов в течение спора. Однако это выражено в словах § 89: «ut si victus sis, nec rem ipsam restitutas» rel. Ведь в *restituere* (вследствие его невыполнения нарушалась стипуляция ответчика и поручителей, которая становилась подлежащей исполнению по иску, – *commissa stipulatio*) заключался также суррогат *omnis causa*.

Поэтому я вынужден отвергнуть, как неисторическое, недавнее утверждение, согласно которому указанный принцип приведения к моменту литисконтестации является новым изобретением позитивного закона – изданного при Адриане решения Сената об иске о наследстве<sup>73</sup>. Сам принцип был очень древним, но он, разумеется, нигде не был высказан абстрактно, зато признан лишь в отдельных случаях. Юристы-авторы постепенно развивали и разрабатывали его. Названное решение Сената также включало его в себя и способствовало его развитию. Стало быть, было совершенно естественно, что современники и позднейшие авторы брали этот закон (возможно, самый подробный по данному вопросу) за отправную точку своих собственных рассуждений, не пытаясь тем самым сказать, что указанный принцип был введен лишь названным законом и до него не имел силы<sup>74</sup>.

IV. Выказанный принцип можно разложить на два основных правила. Может случиться, что юридические условия осуждения налицо на момент литисконтестации, но исчезают в течение правового спора. Принцип приводит к тому, что осуждение все же должно произойти.

Кроме того, может случиться, что хотя осуждение происходит позже, но дает истцу меньшую выгоду, чем он мог бы иметь, если бы решение было вынесено уже на момент литисконтестации. Принцип приводит к тому, что присуждению придают такой размер, чтобы он компенсировал эту разницу.

Первое правило должно путем искусственного приведения к моменту литисконтестации *гарантировать само присуждение* в том случае, если без этого правила должно было бы произойти оправдание.

Второе правило должно установить *размер присуждения* таким образом, чтобы истец получил не меньшую выгоду, чем он мог бы иметь теперь благодаря присуждению, произошедшему на момент литисконтестации.

Оба правила вместе, следовательно, полный принцип, в который они входят как различные применения, выражают словами «*causa praestanda est*» или «*causa restitui debet*»<sup>75</sup>. Следовательно, «*causa*» или «*omnis causa*», «*causa omnis*» называется все то, что должно быть обеспечено истцу судебным решением при применении названных правил.

## § 261. Действие литисконтестации.

### I. Гарантия присуждения

Сначала необходимо сопоставить те случаи, в которых на момент литисконтестации существуют условия осуждения, но исчезают в ходе спора. Результатом литисконтестации должно быть то, что осуждение все же будет гарантировано (§ 260).

#### I. Исковая давность после литисконтестации

К этим случаям относится случай исковой давности (для исков всех видов), которая начинала течь только с момента литисконтестации, но в ходе спора достигала момента, установленного для ее окончания.

<sup>73</sup> Heimbach, Lehre von der Frucht, S. 155 fg. Если бы этот принцип упоминался только в случае иска о наследстве и сильно схожего с ним иска о праве собственности, тогда утверждение имело бы некую видимость правдоподобия, однако он встречается и в кондикциях, а едва ли кто захочет предположить, что они находились под влиянием *Sc. Juventianum* (ср. L. 31 de reb. cred. (12. 1)).

<sup>74</sup> Так следует понимать фрагмент Павла в L. 40 pr. de her. pet. (5. 3): «*Illud quoque, quod in oratione D. Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est*».

<sup>75</sup> В большинстве фрагментов, в которых встречаются указанные выражения, случайно с этим связывают только второе правило, как чаще встречающееся и более важное (чаще всего в отношении возмещения плодов). Но в следующих фрагментах выражение употребляется так, что оно решительно охватывает оба эти правила: § 3 J., de off. jud. (4. 17); L. 35 de V. S. (50. 16): «*Restituere autem is intelligitur, qui simul et causam actori reddit, quam is habiturus esset, si statim iudicii accepti tempore res ei reddita fuisset, id est et usucapionis causam, et fructuum*». *Usucapionis causam* заключается именно в применении первого правила.

Согласно древнему праву, эффектом литисконтестации должно было быть то, что приговор все же выносили, или, другими словами, что литисконтестация должна была прерывать начавшую течь исковую давность.

В новом римском праве это изменилось таким образом, что уже инсинуация иска должна была полностью прерывать исковую давность, вследствие чего, таким образом, поглощался указанный эффект, который в древнем праве связывали с литисконтестацией (§ 242, 243).

## II. Приобретение в силу давности после литисконтестации

В случае исков *in rem* может случиться, что право истца (например, собственности), которое существовало на момент литисконтестации, в ходе правового спора прекратится; это не должно препятствовать вынесению приговора.

Самым важным случаем этого вида является *случай приобретения в силу давности*; ведь если ответчик, который начал приобретать в силу давности на момент литисконтестации, завершит приобретение в ходе процесса, то на момент вынесения решения истинным собственником будет на самом деле не истец, а, напротив, ответчик. Как помочь истцу в этом случае?<sup>76</sup>

Сама собой напрашивается мысль, что к этому случаю следует подходить так же, как к случаю исковой давности, т. е. считать литисконтестацию (или даже инсинуацию) прерыванием приобретения в силу давности, которое тогда не сможет завершиться, так что право собственности останется без изменений.

Однако эта мысль совершенно чужда римскому праву, которое, напротив, самым несомненным образом признает течение и окончание приобретения в силу давности в ходе спора<sup>77</sup>. Но оно помогает истцу косвенно, поскольку возлагает на ответчика обязанность вернуть истцу действительно приобретенную собственность, что в древнем праве часто должно было осуществляться путем манципации, а в новейшем праве всегда достигается путем традиции. Наряду с этим ответчик обязан также предоставить обеспечение на тот случай, если в промежуток времени, когда он был собственником, он совершит негативные изменения в праве на вещь<sup>78</sup>.

По двум разным причинам утверждали, что в современном праве эти правила больше не действуют, потому что теперь и в приобретении в силу давности наступает настоящий перерыв вследствие литисконтестации (или инсинуации).

Во-первых, утверждали, что литисконтестация делает владение недобросовестным, а приобретение в силу давности, согласно положениям канонического права, прерывается любой *mala fides*, а также *mala fides superveniens* (§ 244). О недобросовестности владения, которое должно вызываться литисконтестацией, будет подробно сказано ниже (§ 264). Если даже попытаться допустить ее в иносказательном смысле, посредством фикции, то ее все равно нельзя утверждать в том прямом значении, в котором ее воспринимает, несомненно, само каноническое право: было бы абсурдно говорить, что любой ответчик находится в греховном состоянии с момента литисконтестации, но в этом смысле каноническое право понимает *mala fides*. Таким образом, эту причину изменения нормы права следует решительно отвергнуть, как несостоятельную<sup>79</sup>.

Вторая причина изменения нормы права обладает намного большей видимостью достоверности. Наряду с приобретением в силу давности и как дополнение к нему уже весьма давно

<sup>76</sup> Келлер (Keller, S. 173–179) очень хорошо рассматривает этот случай.

<sup>77</sup> L. 2, § 21 pro emt. (41. 4); L. 17, § 1 in f. de rei vind. (6. 1). Это положение полностью подтверждают также фрагменты, приведенные в следующей сноске, поскольку возвращение собственности не было бы ни необходимо, ни возможно, если бы ответчик не приобрел ее благодаря завершившемуся приобретению по давности владения.

<sup>78</sup> L. 18, 20, 21 de rei vind. (6. 1); L. 35 de V. S. (50. 16) (ср. выше, § 260); L. 8, § 4 si serv. (8. 5): «quemadmodum placet in domino aedium». Если в L. 18 cit. сказано: «debet eum tradere», то это несомненная интерполяция, поскольку Гай знал очень хорошо, что собственность на раба можно было передать не путем традиции, а только путем манципации или *in jure cessio*.

<sup>79</sup> Так дело правильно излагают Кирульф (Kierullf, S. 277) и Вехтер (Wächter, H. 3, S. 105).

была введена *longi temporis praescriptio* в 10 или 20 лет. Это было чистой исковой давностью, и не вызывает сомнений, что она, как и любая другая исковая давность, прерывалась литискон-тестацией (позже – инсинуацией)<sup>80</sup>. Юстиниан же в случае недвижимого имущества связал с *longi temporis possessio*, которая раньше обосновывала только *praescriptio*, эффект приобретения в силу давности, в случае *bona fides* – даже с 30-летним или 40-летним владением без различия между движимым и недвижимым имуществом<sup>81</sup>. Об этом сформировались два разных мнения: согласно первому мнению, приобретение за 10, 20, 30 лет (даже после того, как ему приписали аналогичный с приобретением в силу давности эффект) все же сохранило свой первоначаль-ный характер исковой давности, так что к нему следовало применять прерывание вследствие инсинуации иска<sup>82</sup>; согласно второму мнению, любое приобретение, которому Юстиниан при-писал эффект приобретения в силу давности, следует считать истинным, подлинным приобре-тением в силу давности – только со сроками, отличающимися от сроков древнего права; к нему следует прямо применять все положения древнего права о приобретении в силу давности, осо-бенно то положение, что литисконтестация не прерывает течение таких приобретений в силу давности, а только порождает обязанность ответчика вернуть собственность.

Я считаю второе мнение правильным, и главным образом именно потому, что сам Юсти-ниан называет владение сроком в 3, 10, 20 лет прямо-таки *приобретением в силу давности*<sup>83</sup>, вследствие чего формулирует это как понятие права, к которому следует применять положе-ния, установленные в его сборниках права о приобретении в силу давности. В пользу противо-положного мнения приводят закон Юстиниана, имеющий следующее содержание<sup>84</sup>. Если соб-ственник не может предъявить виндикацию против владельца своей вещи из-за того, что этот владелец отсутствует, является ребенком или безумцем, то тогда собственник может подать свой иск префекту, или епископу, или защитнику и т. д.:

«et hoc sufficere ad omnem temporalem interruptionem, sive triennii, sive  
longi temporis, sive triginta vel quadraginta annorum sit» (перед этим сказано:  
«interruptionem temporis facere, et sufficere hoc ad plenissimam interruptionem»).

Из этих слов делают вывод, что теперь иск действительно прерывает приобретение в силу давности. Однако этим законом Юстиниан явно преследовал только одну цель – придумать для редкого случая чисто практический выход из затруднительного положения, а не опреде-лять тонкий характер этих правоотношений. Названная практическая цель полностью дости-галась благодаря новому предписанию, и в данном отношении это можно назвать «*interruption*», поскольку в данном случае, когда истец действительно обладал собственностью, было совер-шенно безразлично, прерывается ли приобретение в силу давности или истцу гарантируется право на присуждение противной стороны к возврату собственности. Ведь приобретение в силу трехлетней давности не вытекало, несомненно, из древней исковой давности, и тогда, следо-вательно, нельзя назвать даже мнимую причину, по которой оно должно было бы утратить характер настоящего приобретения в силу давности и обрести характер исковой давности; тем не менее оно, как и прочие случаи, прямо названо в указанном законе и поставлено с ними на одну линию.

<sup>80</sup> L. 1, 2, 10 C., de praescr. longi temp. (7. 33); L. 2 C., ubi in rem (3. 19); L. 26 C., de rei vind. (3. 32).

<sup>81</sup> L. 8 pr. § 1 C., de praescr. XXX. (7. 39) от 528 г.

<sup>82</sup> Wächter, H. 3, S. 99–104.

<sup>83</sup> Pr. J., de usuc. (2. 6): «et ideo Constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, i. e. inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, *usucapiantur*». То, что здесь не упомянуто 30-летнее владение, может объясняться халатностью или принятием во внимание его исключительного характера и свойств; из этого упущения нельзя делать вывод о существенном отличии в данном случае. В нем тоже содержится подлинное приобретение собственности в силу давности и лишь случайно так не называется.

<sup>84</sup> L. 2 C., de ann. exc. (7. 40).

Весь этот спорный вопрос, впрочем, не имеет большого практического значения. Случаи, в которых опасность приобретения в силу давности должна быть предотвращена иском, являются вообще нечастыми, а если они встречаются, то для безопасности прежнего собственника совершенно безразлично, будет ли он защищен путем прерывания приобретения в силу давности или же (как мне кажется) путем, который указывает для этого древнее римское право.

Те же правила, которые здесь были высказаны для приобретения в силу давности, следует применять и в том случае, когда конфессорным иском защищают сервитут, а в ходе правового спора – после литисконтестации – истекает законный срок, установленный для неиспользования. В этом случае сервитут действительно прекращается ввиду неиспользования, однако ответчик должен быть присужден к его восстановлению новым юридическим действием: согласно древнему праву – путем *in jure cessio*, по новому праву – договором<sup>85</sup>.

III. *Личные иски, основание которых исчезает после литисконтестации* Среди личных исков рассмотрим сначала случай, когда в ходе спора прекращается обязательство, да при этом благодаря добровольному действию со стороны ответчика. Казалось бы, никогда не могли бы возникнуть сомнения по поводу того, что отныне спор прекращался сам по себе. В случае арбитражных исков это действительно было так, поскольку их рассмотрение должно было способствовать добровольному исполнению ради оправдания. Но в случае других исков это было спорным, однако, по всей видимости, только в случае строгих исков. Строгое мнение прокулианцев сводилось к тому, что ответчика все же следовало осудить. Нестрогое мнение сабинианцев допускало оправдание, и это мнение выражалось правилом: «*Omnia judicia esse absolutoria*»<sup>86</sup>. Естественно, Юстиниан принял это нестрогое мнение<sup>87</sup>.

Кроме исполнения встречаются еще следующие отдельные, менее важные случаи, в которых в ходе спора может исчезнуть изначально имевшееся условие личного иска.

Вследствие кражи, совершенной рабом, у обкраденного имелся ноксальный иск против собственника раба; собственность требовалась на момент литисконтестации. Если же ответчик отчуждал раба после литисконтестации, то он не избегал присуждения – даже в случае отчуждения истцу<sup>88</sup>.

В случае иска *ad exhibendum* основное условие заключается в юридической заинтересованности истца в предъявлении. Итак, если она есть на момент литисконтестации, а затем исчезает, то, согласно нашему принципу, ответчика следовало бы осудить. Но здесь действует исключение, поскольку осудить можно только тогда, когда заинтересованность истца продолжает существовать и на момент вынесения судебного решения<sup>89</sup>.

Согласно *L. Julia* иск против вольноотпущенника об *operarum obligatio* должен был исключаться, если у вольноотпущенника было двое детей. Если же второй ребенок родился после литисконтестации, в ходе правового спора, то, собственно говоря, согласно нашему принципу, следовало бы осудить. Но здесь принималось обратное – явно по причине такого же благоприятствования, которое породило всю эту привилегию<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> L. 5, § 5 si usufr. (7. 6); L. 10 de usufr. accresc. (7. 2); L. 8, § 4 si serv. (8. 5); ср.: Keller, S. 175.

<sup>86</sup> Gajus, IV, § 114. Но и согласно строгому мнению, ответчика не должны были, пожалуй, присуждать к двойному исполнению. От этого его защищала, возможно, *condictio sine causa*. Подробно этот вопрос рассматривает Келлер (Keller, S. 180–184).

<sup>87</sup> § 2 J., de perpet. (4. 12). След отвергнутого строгого принципа попал, вероятно, по ошибке в L. 84 de V. O. (45. 1) (ср. с. 398 [т. III русского перевода «Системы...»]; Wächter, H. 3, S. 26).

<sup>88</sup> L. 37, 38 pr. de nox. act. (9. 4).

<sup>89</sup> L. 7, § 7 ad exhib. (10. 4).

<sup>90</sup> L. 37 pr., § 6 de op. libert. (38. 1).

## § 262. Действие литисконтестации.

### I. Гарантия присуждения (продолжение)

#### IV. Переход исков к наследникам

Среди личных исков встречается множество таких, которые нельзя предъявить против наследника первоначального должника, а среди них самыми важными являются пенальные иски. Для всех этих исков действительно решительное правило, что они переходят к наследникам, если ответчик умирает только после литисконтестации<sup>91</sup>. Это правило является прямым результатом контрактного обязательства, содержащегося в литисконтестации, благодаря которому поглощается то свойство первоначального правоотношения, которое обосновывало невозможность его передачи по наследству.

#### V. Возникновение права после литисконтестации

До сих пор принимались во внимание только те случаи, в которых имевшееся на момент литисконтестации право истца исчезает в ходе правового спора; наш принцип приводил к тому, что это изменение не должно вредить истцу. Теперь нам следует рассмотреть противоположный случай, когда на момент литисконтестации право истца не существует, а возникает в ходе спора: стало быть, когда, например, несобственник виндицирует и в ходе процесса становится наследником собственника или когда по реально существующему долгу иск предъявляет некто другой, не кредитор, а в ходе спора он приобретает требование вследствие наследования от истинного кредитора<sup>92</sup>.

Здесь прежде всего ясно, что наш принцип не может быть применен. Если новым приобретенным правом попытаться обосновать осуждение, то это не предотвращало бы ущерб для истца, вызванный длительностью правового спора (только это является целью нашего принципа), а давало бы истцу некую выгоду благодаря этой длительности, поскольку на момент литисконтестации ему бы в ней, несомненно, отказали.

Кроме того, этот вопрос вызывает гораздо меньший практический интерес. В до сих пор рассматривавшемся противоположном случае все сводилось к тому, чтобы защитить истца от утраты самого права, что могло бы случиться с ним, например, вследствие продолжения течения исковой давности или приобретения в силу давности. Здесь такая утрата самого права не может наступить вовсе. Если мы допустим принятие во внимание нового приобретенного права в текущем процессе, то истец сразу достигнет своей цели; если мы это не допустим, то ответчик будет оправдан, а истец сможет заявить о своем праве новым иском и потеряет, следовательно, только время и судебные издержки. Это имело силу даже в строгом древнем римском праве, поскольку новое приобретенное право давало *nova causa*, т. е. не было предметом *in iudicium* по прежнему иску и не уничтожалось вследствие этого<sup>93</sup>. Таким образом, этот вопрос интересен не с материальной, а лишь с процессуальной точки зрения, из чего, впрочем, не следует, что оттого нам следует подходить к его разрешению менее добросовестно.

А. Согласно римскому праву, следует считать, что последующее приобретение права не оправдывает осуждение. В пользу этого решительно говорят следующие фрагменты:

<sup>91</sup> L. 58 de O. et. A. (44. 7); L. 29 de nov. (46. 2); L. 87, 139 pr. de R. J.. L. 33 de O. et A. (44. 7), которая представляет особые трудности, была уже объяснена выше, в § 257. Намного более редкие иски, которые не передаются по наследству лицом, имеющим право на иск, обосновываются совершенно другими правилами и не становятся передаваемыми по наследству только благодаря литисконтестации.

<sup>92</sup> Этот вопрос рассматривают Воэций (*Voetius*, VI, 1, § 4) (кратко и основательно), Глюк (*Glück*, Bd. 8, S. 147–151) (с подробным перечислением авторов) и Вехтер (*Wächter*, H. 3, S. 120–124).

<sup>93</sup> L. 11, § 4, 5 de exc. rei jud. (44. 2). Этот фрагмент полностью используется в учении о судебном решении.

L. 23 de jud. (5. 1) Павла: «Non potest videri in iudicium venisse id, quod post iudicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est». Это значит, что изменения, наступающие после литисконтестации, не могут влиять на решение этого судьи; следовательно, требуется новый иск<sup>94</sup>, чтобы заявить о них. Это правило высказано здесь в общих словах, без различия между исками *in rem* и *in personam*, между *stricti juris* и *bonae fidei actio*.

L. 35 de jud. (5. 1) Яволена: «Non quemadmodum fidejussoris obligatio in pendenti potest esse, et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse, vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium vero, antequam aliquid debeatur, non posse». В этом фрагменте говорится только о личных исках, но о них только в целом, без различия между строгими и свободными.

Применение, подтверждающее высказанное правило, встречается в случае *actio ad exhibendum*. Условием этого иска является юридическая заинтересованность истца в предъявлении. Если же эта заинтересованность отсутствует во время литисконтестации, но возникает в ходе спора, то осуждение тем не менее не должно произойти, поскольку необходимо наличие заинтересованности в оба момента времени (литисконтестации и вынесения судебного решения)<sup>95</sup>.

Еще одно подтверждение заключается в следующем важном правиле, полную взаимосвязь которого можно будет объяснить только ниже, в учении о судебном решении. Если истец приобретает собственность на виндицируемую вещь только после литисконтестации, то в случае предъявления новой виндикации против него не может быть выставлено в качестве эксцепции решение, отказывающее в первоначальном иске<sup>96</sup>. Здесь это высказывается в общих словах, без различия того, произошло ли новое приобретение до или после первого судебного решения. Правда, сначала отрицается только действие *exceptio rei judicatae* во втором процессе и прямо не затрагивается вопрос о том, может ли судья присудить уже при первой виндикации вследствие приобретенной за это время собственности. Однако основания, которые приводит юрист в подтверждение своего высказывания, не оставляют никаких сомнений в том, что он считал такое присуждение невозможным<sup>97</sup>.

Многие авторы пытались усмотреть возражение против высказанного здесь утверждения в следующем фрагменте у Павла<sup>98</sup>:

«Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea, mandati tecum egero, si ante rem judicatam exegeris, condemnandum te esse constat».

На самом деле это возражение отсутствует. Вследствие принятия поручения взыскать деньги уже полностью обоснована *actio mandati*, а вследствие взыскания в ходе спора могут быть в крайнем случае немного иначе сформулированы содержание и объем судебного решения. Таким образом, Павел не хочет сказать, что осуждение вообще должно происходить только в случае предшествующего взыскания<sup>99</sup>, напротив, его мнение сводится к тому, что

<sup>94</sup> «Interpellare» вместо «iudicio interpellare» («предъявить иск») часто встречается и в других местах, например в L. 1 de distr. (20. 5); L. 13, § 3 de injur. (47. 10).

<sup>95</sup> L. 7, § 7 ad exhib. (10. 4) (ср. выше, § 261).

<sup>96</sup> L. 11, § 4, 5 de exc. rei jud. (44. 2).

<sup>97</sup> L. cit.: «...alia enim causa fuit prioris domini, haec nova nunc accessit. Itaque acquisitum quidem postea dominium aliam causam facit, mutata autem opinio petitoris non facit».

<sup>98</sup> L. 17 mandati (17. 1).

<sup>99</sup> Так фрагмент понимают противники, поскольку путем *arg. a contrario* мысленно добавляют: «si non exegeris, absolvendum te esse». Однако безусловное применение этого аргумента вызывает сомнение повсюду, и особенно здесь его следует отверг-

после взыскания обязательно следует присуждать к выплате взыскиваемых денег, тогда как до взыскания следовало бы присудить к выполнению поручения (согласно римскому праву, направленного на интерес). Поэтому высказывание Павла мысленно следует дополнить так: «*decem condemnandum te esse constat*». С целью устранения кажущегося противоречия между этим фрагментом и приведенными выше некоторые авторы<sup>100</sup> утверждали различие между *stricti juris* и *bonae fidei actiones*: в первых, согласно их утверждению, действовало строгое, а во вторых (куда следовало бы отнести иск из поручения) – нестрогое правило. Благодаря только что данному объяснению отпадает необходимость в подобном объединении. Но оно опровергается еще и тем, что вышеприведенные фрагменты о строгом правиле не ограничиваются *stricti juris actiones*, наоборот, ведь как раз в случае *actio ad exhibendum* действует строгое правило, хотя *actio ad exhibendum* относится к арбитражным, стало быть, к самым свободным искам вообще.

На самом деле и рассмотренное здесь правило вовсе не связано со строгими, буквальными формами древнего процесса. Оно основывается скорее на совершенно естественном рассуждении, что в случаях, подобных здесь предположенному, целесообразнее предъявлять новый иск и что противоположный подход может подвергнуть опасности право ответчика, поскольку он до тех пор не мог бы строить свою защиту от якобы вновь приобретенного права истца.

Другие фрагменты, которыми пытались опровергнуть защищаемое здесь мнение, вообще не относятся к случаю, когда право истца отсутствует во время литисконтестации и приобретается позже (здесь речь идет только об этом случае), а скорее к фактическим изменениям, наступающим в ходе процесса; о них речь пойдет отдельно ниже (п. VI).

С рассмотрением нашего вопроса ошибочно пытались связать следующие, совершенно другие вопросы. Когда истец по ошибке неправильно называет в иске предмет или слишком маленькую сумму, это не должно угрожать сохранению его права как согласно древнему праву, поскольку он всегда может исправить ошибку новым иском<sup>101</sup>, так и согласно Юстинианову праву, поскольку он может успешно внести исправление еще в том же процессе<sup>102</sup>. Но такое исправление ошибки, допущенной в иске, полностью отличается от рассматриваемого здесь случая, когда только в ходе процесса возникает новое право истца.

В. Согласно каноническому праву, наша норма права претерпела существенное изменение, поскольку Папа Иннокентий IV сформулировал следующее различие<sup>103</sup>: если в иске определено названо не только само право, но и основание его приобретения, то в случае более позднего приобретения (точно так же как в римском праве) нельзя присуждать, а скорее нужен новый иск; если же в иске названо только само право (например, собственность) без основания его приобретения (например, в силу давности), то приобретение, происходящее в ходе процесса, должно привести к присуждению уже теперь, без нового иска.

С целью защиты этого весьма пространного распоряжения от неправильного толкования, что недавно попытались сделать<sup>104</sup>, ему необходимо предпослать замечание, что данная декреталия, как и многие другие, состоит из двух разных частей: сначала в ней содержится выдержка из судебного дела, т. е. утверждения и основания обеих сторон; затем следует вынесенное судьей решение, которое в конце всего этого закона подтверждает Папа и тем самым

---

нужь, поскольку освобождение, согласно общему характеру иска из поручения, отнюдь нельзя было бы оправдать.

<sup>100</sup> Keller, S. 185, 187; Wächter, H. 3, S. 121.

<sup>101</sup> Gajus, IV, § 55, 56. В некоторых случаях, согласно древнему праву, допущенную ошибку разрешалось исправить уже в первом процессе, а именно в тех случаях, в которых иначе новый иск исключался бы вследствие погашения.

<sup>102</sup> § 34, 35 J., de act. (4. 6). Согласно правилам современного гражданского процесса, подобное изменение искового заявления было бы недопустимым.

<sup>103</sup> C. 3 de sentent. in VI. (2. 14).

<sup>104</sup> Wächter, H. 3, S. 122, 123.

придает ему силу закона<sup>105</sup>. В решении судьи, следовательно, в имеющей законную силу части всего фрагмента, решающие слова звучат так:

«Ex iis enim, quae post inchoatum iudicium eveniunt, quando causa fuit exposita specialis, nec debet nec potest iudicis animus ad proferendam sententiam informari, quia, quum certae facta est mentio, utpote donationis vel venditionis aut alterius specialis, oportet incepti iudicii tempus attendi, ut liquido cognoscatur, an tunc interfuerit actoris, propter illa, quae specialem comitantur causam et necessario adesse debent, veluti locus et tempus et huiusmodi, quae sunt sollicite attendenda, et sine quibus causa vacua et invalida censeretur. Sed quum est in genere absque alicujus causae declaratione petitum, non sic oportet accepti iudicii tempus inspicere, quia non requiruntur, nec sunt opportuna, nec attendi possunt huiusmodi comitantia in hoc casu».

В этих словах точно и недвусмысленно выражено различие между двумя случаями возможной формулировки иска (а именно с указанием основания приобретения права, по которому предъявлен иск, или без него), что я выше назвал содержанием закона<sup>106</sup>. И поэтому данное различие должно быть основополагающим и для нашего современного общего права.

Но при этом само собой понятно, что и в случае, признанном Папой, истец все же не может воспользоваться правом, приобретенным в ходе процесса, если общие правила, существующие для ведения процесса, противоречат этому, стало быть, особенно в том случае, когда новое приобретение происходит после представления доказательств<sup>107</sup>.

## § 263. Действие литисконтестации.

### I. Гарантия присуждения (продолжение)

#### VI. Фактические отношения

Если попытаться полностью назвать те условия, которые определяют осуждение вообще (или же объем присуждения), то среди них помимо права истца, о котором до сих пор шла речь, обнаруживаются еще некоторые фактические отношения, которые по сравнению с названным правом истца (непосредственным основанием любого иска) могут восприниматься как дополнительные обстоятельства. При виндикации, например, основным условием иска является собственность истца, но наряду с этим необходимо также владение ответчика, если должно произойти осуждение. Для подобных фактических отношений следует ответить на вопрос, в какое время необходимо их существование. И хотя при этом обнаружится, что литисконтестация не является требующимся моментом времени, однако и здесь нельзя отказаться от этого исследования, поскольку иначе наряду с эффектами литисконтестации осталась бы сопредельная

<sup>105</sup> «Nos igitur, cardinalis aiusdem sententiam ratam habentes, eam auctoritate apostolica confirmamus». Судебное решение, которому здесь придается сила закона, начинается со слов: «Praefatus igitur cardinalis, praemissis omnibus».

<sup>106</sup> Вехтер (Wächter, Н. 3, S. 122, 123) понимает дело так, будто новое приобретение разрешается использовать и в том случае, когда иск предъявляют исходя из особого основания приобретения, если только позже «именно это же основание приобретения, на котором зиждется вещный иск, будет обосновано последующим событием», что, несомненно, должно означать: последующее истинное основание приобретения должно быть одноименным с прежним ошибочным, ибо оно никогда не может быть ему идентично, как это очень правильно признано именно в словах декреталии. Для доказательства данного утверждения Вехтер ссылается на фрагмент в декреталии, который относится не к судебному решению, имеющему законную силу, а к материалам дела, стало быть, сам по себе не может ничего доказывать. В этой путанице виноват прежде всего Глюк, который именно этот фрагмент судебного дела ошибочно публикует как собственно закон. Но и сам цитируемый фрагмент из судебного дела (при более внимательном его рассмотрении) не обладает содержанием, которое предполагает Вехтер, а полностью совпадает, собственно говоря, с последующим имеющим законную силу решением.

<sup>107</sup> Stryk, lib. 6, tit. 1, § 11; Wächter, S. 124.

область, в которой могли бы расположиться сомнения и заблуждения относительно литискон-  
тестации и действительно нередко располагались<sup>108</sup>.

Здесь, как и в случае с правом истца, следует различать два случая.

Во-первых, подобное фактическое состояние может существовать на момент литискон-  
тестации, а затем исчезнуть. Во-вторых, оно может отсутствовать на момент литискон-  
тестации, а позже возникнуть.

Из соображений целесообразности первый случай будет рассмотрен ниже, в другом кон-  
тексте. Ведь когда в случае виндикации владение ответчика, существовавшее на момент литис-  
контестации, утрачивается в ходе спора, оценка этого случая относится к возможным умень-  
шениям, которые ответчик, согласно обстоятельствам, обязан или не обязан возместить. Об  
этом будет говориться в контексте рассмотрения влияния литисконтестации на объем присуж-  
дения (§ 272 сл.).

Таким образом, здесь следует обсудить только второй случай, когда необходимое факти-  
ческое отношение отсутствует на момент литисконтестации, но возникает в ходе процесса.

Здесь следует считать правилом, что состояние на момент литисконтестации ничего не  
означает и все зависит только от того, существует ли фактическое отношение на момент выне-  
сения судебного решения. Стало быть, здесь действительно правило, обратное тому, которое  
было названо выше для права истца (§ 262).

Высказанное здесь правило необходимо сначала доказать в отдельных исках, в которых  
оно встречается, а затем можно присоединить общее рассмотрение.

А. При виндикации собственности безразлично, владеет ли ответчик на момент литис-  
контестации; на момент вынесения судебного решения это владение обязательно должно суще-  
ствовать<sup>109</sup>.

Чистым применением этого правила является случай, когда наследник ответчика, кото-  
рый как таковой не обязан принимать на себя виндикацию<sup>110</sup>, принимает на себя это обяза-  
тельство, как только сам приобретает владение<sup>111</sup>.

В. В случае иска о наследстве ответчика присуждают пропорционально владению наслед-  
ственными вещами на момент вынесения судебного решения без учета того, что он мог на  
момент литисконтестации не иметь ничего или иметь из наследства меньше, чем на момент  
вынесения судебного решения<sup>112</sup>.

С. В случае *actio ad exhibendum* все зависит исключительно от того, владеет ли ответчик  
вещью на момент вынесения судебного решения<sup>113</sup>, и равным образом наследник изначального  
ответчика подлежит осуждению, если он сам становится владельцем перед вынесением судеб-  
ного решения<sup>114</sup>.

Д. В случае *actio de peculio* результат зависит от денежной стоимости, которой обладает  
пекулий. А эта стоимость устанавливается по времени вынесения решения, а не литискон-  
тестации<sup>115</sup>. И даже если тот, кто привлечен к судебной ответственности по этому иску, продаст

<sup>108</sup> Этот вопрос рассматривают Келлер (Keller, S. 190–194) и Вехтер (Wächter, H. 3, S. 126).

<sup>109</sup> L. 30 pr. de pec. (15. 1); L. 27, § 1 de rei vind. (6. 1): «...si litis contestatae tempore non possedit, quo autem judicatur possidet, probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur». Однако к этому совершенно ясному высказыванию, которое согла-  
суется со всеми прочими фрагментами (см. следующие сноски), не подходит начало параграфа: «Possidere autem aliquis debet  
utique et litis contestatae tempore, et quo res judicatur». Вынуждены оставить без ответа вопрос о том, лежит ли в основе этого  
противоречия неточная формулировка приведенных начальных слов или, напротив, упоминание более древнего разногласия,  
которое больше нельзя увидеть в неполной выдержке компиляторов (Keller, S. 191, 192).

<sup>110</sup> L. 42 de rei vind. (6. 1).

<sup>111</sup> L. 8 in f. ad exhib. (10. 4).

<sup>112</sup> L. 18, § 1 de her. pet. (5. 3); L. 4, 41 pr. eod. Чистое применение этого правила встречается в L. 16 pr. и в L. 36, § 4 eod.

<sup>113</sup> L. 7, § 4 ad exhib. (10. 4); L. 30 pr. de pec. (15. 1).

<sup>114</sup> L. 8 ad exhib. (10. 4).

<sup>115</sup> L. 30 pr. de pec. (15. 1); L. 7, § 15 quib. ex causis (42. 4); L. 5, § 2 de lib. leg. (34. 3); L. 35 de fidej. (46. 3).

раба в ходе процесса, то он все же будет присужден к уплате той стоимости, которая существует на момент вынесения судебного решения<sup>116</sup>.

Е. Если в случае *actio depositi* во время вынесения судебного решения вещь находится во владении ответчика и доступна для него, то его осуждают, даже если в начале спора должно было бы последовать оправдание, потому что отсутствовало одно из этих условий<sup>117</sup>.

Г. Присуждение в случае *actio pignoratitia* зависит от необходимости погашения обеспеченного залогом долга<sup>118</sup>. Если же в ходе правового спора истец предлагает выплатить долг, то тем не менее должно произойти присуждение к возврату залога<sup>119</sup>.

Ульпиан называет основанием этого правила и отдельных его применений то обстоятельство, что об указанных фактических отношениях (владение, стоимость *peculii*) ничего не говорится в *Intentio*, отчего отсутствие этих отношений не исключает ничтожности иска, следовательно, и присуждения<sup>120</sup>.

Данное основание можно было бы понять так, будто в этой случайной формулировке исковых формул заключалось основание указанного правила, так что достаточно было бы только улучшить эти формулы, чтобы возникло совершенно другое правило и всю оценку по этому пункту тоже проводили по состоянию на момент литисконтестації. Но скорее следует предположить обратное – что высказанное выше правило было принято по внутренним причинам, так что упомянутую выше формулировку формул следует считать не основанием, а следствием и выражением правила.

Внутреннее основание правила следует представлять себе, видимо, так. Когда истец утверждает, что хотя его собственность еще не существовала на момент литисконтестації, зато возникла позже (§ 262), то для обстоятельного разрешения правового спора будет полезно, чтобы был предъявлен новый иск, поскольку иначе ответчик мог бы быть ограничен в своей защите. Если, напротив, собственность истца существовала с самого начала и лишь утверждается, что владение ответчика возникло только в ходе процесса, то уже и в текущем процессе можно ожидать удовлетворительного судебного решения; ведь ссылка на новый процесс привела бы в этом случае к ненужному затягиванию дела.

## § 264. Действие литисконтестації. II. Объем присуждения. Введение

Эффекты литисконтестації уже выше были сведены к двум главным правилам: *Гарантия присуждения в целом* (предотвращение оправдания) и *Гарантия объема присуждения* (предотвращение ограниченного присуждения) (§ 260, п. IV).

До сих пор было представлено первое из этих двух правил. Второе, разработка которого последует далее, может применяться только при условии наступления изменений в предмете правового спора в ходе процесса.

Подобные изменения в предмете правового спора могут быть совершенно противоположными:

<sup>116</sup> L. 43 de pec. (15. 1). Если раб умирает в ходе процесса, то учитывается его стоимость на момент смерти.

<sup>117</sup> L. 1, § 21 depos. (16. 3). Отдельные выражения в этом фрагменте можно объяснить путем сравнения с *Gaius*, IV, § 47.

<sup>118</sup> L. 9, § 3 de pign. act. (13. 7).

<sup>119</sup> L. 9, § 5 de pign. act. (13. 7).

<sup>120</sup> L. 30 pr. de pec. (15. 1): «quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, cum ageretur: si modo sit rei judicatae tempore? Proculus et Pegasus nihilo minus teneri ajunt: INTENDITUR ENIM RECTE, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit: quae sententia et a nobis probanda est». Поэтому и в L. 9 de rei vind. (6. 1) сказано: «*Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat an reus possideat*», ибо в *formula* ничего не говорилось о владении ответчика; таким образом, проверка этого относилась к тому, что имел право и обязан был сделать судья помимо инструкции, т. е. именно *officium judicis*.

- а) *расширениями*, куда преимущественно относятся плоды и проценты;
- б) *сокращениями*, куда следует отнести гибель вещи, ее повреждение, утрату владения и т. п.

Но прежде чем мы перейдем к подробному рассмотрению этих специальных и важных вопросов, следует заложить основу этого путем подробного рассмотрения двух понятий права, влияние которых часто настолько схоже с влиянием литисконтестации, что нередко их отождествляли с ней. Я имею в виду *просрочку* и *mala fides*, или недобросовестное владение.

Просрочка относится ко всем обязательствам и личным искам, недобросовестное владение – к вещным правам и искам *in rem*. В обоих содержится сознательная неправота, поэтому они подобны деликтам и часто имеют последствия, аналогичные последствиям из деликтов. Только при этом следует принимать во внимание такое различие, что просрочка заключается в чистом упущении (бездействии) и необязательно основывается на злом умысле, зато часто на простом отсутствии денег, тогда как недобросовестное владение заключается в позитивном действии и всегда связано со злым умыслом.

Зато литисконтестация является «контрактоподобным» отношением (§ 258) и не схожа с деликтом. Само по себе ведение правового спора со стороны ответчика необязательно предосудительно, даже тогда, когда в конце судебное решение выносят не в его пользу.

Итак, у наших авторов очень распространенным является утверждение, что любая литисконтестация в зависимости от того, является ли иск личным или *in rem*, всегда обосновывает просрочку или *mala fides*<sup>121</sup>. Согласно общему рассуждению, это положение следует, несомненно, отвергнуть – отчасти потому, что названный юридический характер этих трех понятий права (подобие деликтам и контрактам) в корне различен, отчасти потому, что как просрочка, так и *mala fides* имеют свои особые условия, так что их существование в каждом конкретном случае зависит от чисто фактического вопроса, положительный ответ на который отнюдь не может последовать из существования литисконтестации<sup>122</sup>. Зато, с другой стороны, безусловно следует согласиться с тем, что литисконтестация по большей части вызывает *эффекты, аналогичные* тем, которые следуют из просрочки или *mala fides*, хотя и по разным причинам<sup>123</sup>.

Теперь вопрос следует рассмотреть отдельно для просрочки и *mala fides*.

#### А. Просрочка

Для закономерного обоснования просрочки необходимо, чтобы должника настоятельно попросили исполнить свое обязательство, а он без причины это не сделал. Поэтому просрочки нет, когда сам долг признан, но не установлен его размер, далее, когда сам долг следует считать сомнительным. Если, стало быть, должник, которого настоятельно просили, доводит дело до предъявления иска, то предположение просрочки зависит от обстоятельств. Ее следует предположить, если он отказывается исполнить без причины или по явно несостоятельным причинам, лишь бы задержать противную сторону; не следует – когда он называет причины задержки, благодаря чему исключается предположение противоправной воли, сознательной неправоты<sup>124</sup>. Таким образом, тот, кто отрицает обязательство, утверждая, что он ничего не знает о своем

<sup>121</sup> Bayer, Civilprozeß, S. 233, 234; Linde, § 200, Note 4, 5. То, что здесь допущение просрочки и *mala fides* сводится даже к моменту инсинуации, обосновывается другими вопросами, которые будут рассмотрены отдельно в соответствующем месте. В данном месте исследования это различие не имеет никакого значения.

<sup>122</sup> Такое правильное понимание того, что существование просрочки и *mala fides* всегда представляет собой *facti quaestio*, встречается у Бинкерсхука (*Bynkershoek*, Obs. VIII, 12), Лейзера (*Leyser*, 83, 5 und 99, 6), Кирульфа (*Kierulff*, S. 277–281), Вехтера (*Wächter*, H. 3, S. 106–108).

<sup>123</sup> Лейзер (сн. 1) не замечает этого и поэтому ошибочно утверждает, что не всегда следует присуждать к возмещению плодов начиная с литисконтестации, *потому что mala fides* не всегда с нею связана.

<sup>124</sup> L. 63 de R. J. (50. 17): «Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere»; L. 24 pr. de usur. (22. 1): «...utique si iuste ad iudicium provocavit». Это означает не «если в конце он окажется правым и поэтому будет оправдан», а тождественно предыдущему *sine dolo malo* и выражает противоположность фивольному процессу. Так же в L. 82, § 1 de V. O. (45. 1) («Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere», т. е. тот, кто чисто произвольно, без видимой причины доводит дело до процесса) и L. 47 de usur. (22. 1).

обязательном деянии, не избежит упрека в просрочке; иначе, когда наследник сомневается в действиях своего наследодателя или когда иск оспаривается с помощью эксцепции<sup>125</sup>. Эти различия подтверждают утверждавшееся выше сходство просрочки и *mala fides*. В случае личных исков можно вообще предположить, что любое фrivольное (предпринятое с осознанием неправоты) ведение процесса ответчиком всегда предполагает просрочку или по меньшей мере теперь ее обосновывает.

Поэтому можно утверждать, что едва ли именно литисконтестація будет обосновывать просрочку, зато она обычно либо существует уже ранее, либо возникнет позже, в самом крайнем случае, правда, со вступлением в силу решения. Даже в редком случае, когда истец до процесса не делает никакого внесудебного напоминания должнику, часто инсинуация иска, поскольку в ней содержится напоминание, может обосновать просрочку; при этом литисконтестація будет реже приниматься во внимание.

Совершенно в этом смысле Папиниан говорит о фидеикомиссах<sup>126</sup>. В большинстве случаев, говорит он, фидеикомисс будет ясным и понятным, и тогда просрочка должна обычно начинаться уже до процесса – с внесудебного напоминания. Если же действительность и размер фидеикомисса вызывают сомнения (поскольку, например, надо учесть вычет Фальцидиевой четверти), тогда просрочка будет начинаться по крайней мере с вступления в силу судебного решения. В этом обзоре возможных случаев он вообще не упоминает литисконтестацию, так что этот момент он вовсе не считает моментом, важным для обоснования просрочки; он даже не упоминает предъявление иска, поскольку, несомненно, предполагает обычный в подобных случаях ход событий – внесудебное напоминание.

Следовательно, каким бы распространенным ни было утверждение новых авторов об общем и обязательном начале просрочки с литисконтестации, оно все же отнюдь не обосновано ни характером относящихся сюда отношений, ни источниками римского права<sup>127</sup>. В этом отношении немного иначе дело обстоит с *mala fides*.

### В. *Mala fides*

Встречаются два фрагмента у Ульпана, в которых, кажется, *mala fides* настолько определенно называется необходимым и неотделимым следствием чисто правового спора, что нацеленное на это же утверждение многих новых авторов находит в них кажущееся оправдание<sup>128</sup>:

<sup>125</sup> L. 42 de R. J. (50. 17); L. 21 de usur. (22. 1).

<sup>126</sup> L. 3 pr. de usur. (22. 1).

<sup>127</sup> Обычно защитники просрочки, вытекающей из литисконтестации, ссылаются на L. 82, § 1 de V. O. (45. 1) (см. выше), которую, правда, можно было бы понять так, будто любой ответчик попадает в просрочку просто из-за решения вести правовой спор. Но при таком объяснении следует абсолютно забыть о том, что неоспоримо следует из прочих фрагментов и из общих принципов права и что невозможно объединить с таким объяснением. В этом опровергаемом здесь мнении можно было бы согласиться как с элементом истины лишь со следующим. Просрочка в каждом отдельном случае предоставлена судье для самой свободной оценки («cum sit magis facti quam juris» (L. 32 pr. de usur.)). Таким образом, судья *может* посчитать возможным, что просрочка началась до всякого спора, или с инсинуации, или даже с литисконтестации (последнее, например, если при литисконтестации явно проявится фrivольное, недобросовестное ведение процесса). Этим можно удовлетворительно разрешить некоторые кажущиеся антиномии, например случай, когда возникновение присужденных процентов, которые следует выплатить легатарии, приписывают *то* просрочке, *то* литисконтестации (§ 271), а также случай обязанности должника отвечать за случайную гибель вещи (§ 273).

<sup>128</sup> Другие, менее решительно звучащие фрагменты, такие как L. 45 de rei vind. (6. 1) и L. 31, § 3 de her. pet. (5. 3), будут упомянуты ниже. Кажется, что с названными фрагментами из-за безусловного высказывания больше всего связана L. 2 C., de fruct. (7. 51), т. е. L. 1 C. Th., eod.: «ex eo tempore, ex quo, re in iudicium deducta, scientiam malae fidei possessionis asserit». Однако эти слова (как они звучат в большинстве изданий) можно истолковать двояко. Они могут означать: начиная с литисконтестации, *потому что* вследствие этого он впадает в *malam fidem*, или же *если* вследствие этого он впадает в *malam fidem*. Иначе также дело предстанет, если мы прочтем вместе с некоторыми рукописями и с Кодексом Феодосия «malae possessionis» (без «fidei» (ср. сноски в издании Германа)). Тогда речь идет вообще не о *недобросовестном* владении, а о неуверенном, сомнительном (об этом понятии речь пойдет ниже).

1) «post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse: quinimo post controversiam motam»<sup>129</sup>;

2) «ex quo quis scit a se peti... incipit esse malae fidei possessor... si scit... puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse»<sup>130</sup>.

Эти фрагменты стали очень важными вследствие того, что оказали решающее влияние на развитие правовой теории в Новое время, однако при этом вообще осталось незамеченным то, что их необходимо привести в соответствие с общими принципами, а также с множеством совершенно иначе звучащих фрагментов римского права. Зато в тех фрагментах нашли кажущееся оправдание два странных мнения: *во-первых*, *mala fides* – это общий результат чисто правового спора; *во-вторых*, сведение этого результата, а также некоторых других от литисконтестации к моменту, когда ответчик узнает о притязании. Оба мнения требуют тщательной проверки. Первое по своим практическим результатам было менее существенным – отчасти потому, что многие эффекты *mala fides* и без того совпадают с эффектами литисконтестации, отчасти потому, что отдельные эффекты обычно регулируются особыми, не вызывающими сомнений предписаниями. Результатом второго, напротив, было то, что почти все новые авторы посчитали, что уже само римское право некоторые самые важные эффекты правового спора больше не связывало именно с литисконтеcтацией, хотя и в этом предположении снова встречаются самые разные мнения.

а) *Mala fides* как общий результат чисто правового спора.

Такое утверждение мы вынуждены решительно отвергнуть прежде всего согласно общим рассуждениям. Недобросовестность сознания, как это уже было отмечено выше, является чистым фактом, который можно установить только по обстоятельствам каждого отдельного случая и нельзя вывести из общего существования чисто правового спора. Таким образом, она часто может существовать до начала правового спора, часто отсутствовать в ходе всего процесса, что станет более понятным благодаря принятию во внимание того, что ответчик ведь может быть осужден несправедливо, а в этом случае, несомненно, он не будет обладать недобросовестным сознанием. Следовательно, связь с литисконтеcтацией не имеет никаких внутренних оснований<sup>131</sup>, и она, стало быть, могла бы обосновываться только фикцией злого умысла – самой опасной и самой произвольной из всех фикций, след которой не встречается ни в одном другом месте.

Совершенно в таком духе Павел разрешает этот вопрос в отдельном случае<sup>132</sup>. Когда после литисконтестации случайно гибнет вещь, которую требуют с помощью *hereditatis petitio* или виндикации, то возникает вопрос, должен ли ответчик как таковой безусловно возмещать это. Согласно словам вышеприведенного решения Сената, это можно было бы допустить в случае *hereditatis petitio*, и поэтому некоторые действительно это допустили, и даже в случае виндикации. Но Павел говорит, что всюду следует проводить различие между добросовестным и недобросовестным владельцами: недобросовестный должен отвечать за случайность, а добросовестный – нет, для чего он приводит следующее, очень понятное основание:

<sup>129</sup> L. 25, § 7 de her. pet. (5. 3).

<sup>130</sup> L. 20, § 11 de her. pet. (5. 3).

<sup>131</sup> Совершенно неприемлемо объяснение Бинкерсхука (Obs. VIII, 12), согласно которому римляне вместе с иском предъявляли свои доказательственные документы и поэтому у них ответчика всегда изобличали в неправоте в начале процесса. Однако очень многие дела разрешаются вовсе не по документам, а доказательственная сила предъявленных документов также часто может вызывать сомнения; судья даже может принять их с нарушением закона. Отсюда он делает вывод, что указанное предположение больше не имеет силы для нас, а из этого делает еще один совершенно ошибочный вывод, что мы не можем больше допускать присужденные проценты (об аналогичной ошибке Лейзера ср. выше).

<sup>132</sup> L. 40 pr. de her. pet. (5. 3).

«Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum  
hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere».

Здесь совершенно четко признано, что добросовестный владелец не становится недобросовестным вследствие литисконтестации и что от него нельзя требовать перестать добиваться своего мнимого права<sup>133</sup>.

Я попытаюсь разрешить или сгладить противоречие между приведенными фрагментами из Ульпиана и общими принципами и другими фрагментами.

Для этого прежде всего смогут послужить некоторые моменты, сами по себе правильные, а также немаловажные, но все же еще недостаточные для поставленной цели.

Во-первых, выше уже было отмечено, что некоторые результаты литисконтестации имеют много общего с результатами *mala fides*, и эта общность результатов могла, пожалуй, послужить поводом для не очень осторожного высказывания, что *mala fides* действительно связана с литисконтестацией. Такое объяснение применимо к некоторым, до сих пор еще не упоминавшимся фрагментам<sup>134</sup>; его явно недостаточно для абсолютных высказываний Ульпиана.

Во-вторых, относительную *mala fides* все же можно допустить в качестве результата литисконтестации. Ведь даже если ответчик твердо уверен в своем праве, он все же не может скрыться от возможности проиграть процесс. Поэтому если путем отчуждения или потребления вещи он умышленно ставит себя в положение, в котором невозможно выполнить возможное присуждение, то в *этих действиях* (даже если не в продолжении самого владения) заключается недобросовестность, поскольку в иске он должен был увидеть требование воздержаться от подобных действий<sup>135</sup>; *из-за них*, если он все же их совершает, он впадает в *mala fides*<sup>136</sup>. Именно в этом отношении Ульпиан действительно приписывает изначально добросовестному владельцу ответственность, аналогичную *praedo*, начиная с момента литисконтестации<sup>137</sup>. И все же даже правильности этого замечания недостаточно для объяснения абсолютного утверждения Ульпиана, что любой ответчик действительно является недобросовестным владельцем начиная с момента литисконтестации<sup>138</sup>.

Настоящее решение затруднения заключается в особом характере правоотношений, с которыми мы здесь – в случае иска о наследстве – имеем дело и к которым обращаются как решение Сената императора Адриана, так и Ульпиан в приведенном фрагменте.

В решении Сената Адриана (Sc. Juventianum) говорится непосредственно только о *hereditatis petitio* фиска о *caduca hereditas* и при этом в нем говорится о двух видах ответчиков: о добросовестном владельце и наряду с этим о таких, *qui bona invasissent, cum scirent ad se non*

<sup>133</sup> Правда, высказывание в этом фрагменте сильно отличается от высказывания в вышеприведенных фрагментах из Ульпиана, однако между ними нет прямого противоречия. Ульпиан не говорит об особом вопросе, касающемся случайной гибели, Павел же занимается здесь только им. Зато разногласие, которое упоминает Павел, относится только к виндикации, так что дословного утверждения Ульпиана о *mala fides* в *hereditatis petitio* при литисконтестации Павел не затрагивает. Однако не вызывает сомнений, что Павел хочет отвести от добросовестного владельца возмещение за случайность в обоих исках.

<sup>134</sup> L. 31, § 3 de her. pet. (5. 3). Добросовестный владелец не отвечает за небрежное отношение к делу вплоть до литисконтестации: «postea vero et ipse praedo est», а именно в отношении указанной ответственности, так что здесь «praedo est» равнозначно «praedonis loco est» (L. 45 de rei vind. (6. 1)). Но особенно это выражено в L. 25 § 7 de her. pet. (5. 3) в словах: «post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur».

<sup>135</sup> L. 10 C., de acqu. poss. (7. 32): «ex interposita contestatione, et causa in iudicium deducta, super jure possessionis vacillet ac dubitet».

<sup>136</sup> Это правильное замечание встречается у Глюка (*Glück*, Bd. 7, S. 547–557) и Кирульфы (*Kierulff*, S. 277).

<sup>137</sup> L. 25, § 2 de her. pet. (5. 3): «ait Senatus: Eos, qui bona invasissent... etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent». К этим словам решения Сената § 7 добавляет следующее объяснение: «Si ante litem contestatam, inquit, fecerint. Hoc ideo adjectum, quoniam post litem contestatam omnes... pares fiunt, et quasi praedones tenentur». Таким образом, произвольный *отказ от владения* (начиная с литисконтестации) является для всех видов владельцев таким же недобросовестным действием и поэтому столь же обязывающим.

<sup>138</sup> В особенности этим не объясняются слова в L. 25, § 7 de her. pet. (5. 3): «post motam controversiam... coepit scire rem ad se non pertinentem possidere is qui interpellatur». Это явно неправильно для действительно добросовестного владельца.

*pertinere*, которых древние юристы обычно называли «*praedones*». В большинстве случаев под этими *praedones* понимают обычных воров или разбойников, что совершенно неправильно. Напротив, взаимосвязь тут следующая.

Согласно древнему римскому праву, вообще любому лицу разрешалось самостоятельно взять себе наследственные вещи, которыми еще не завладел наследник, и сделать их своей собственностью благодаря одногодичному приобретению в силу давности. Этим странным институтом права намеревались побудить наследника к быстрому вступлению во владение наследством<sup>139</sup>. Подобные же владельцы обладали двусмысленным характером и располагались в известной степени посередине между добросовестными и недобросовестными владельцами. Они знали, что не обладают как истинные наследники действительным на данный момент правом на вещи (*cum scirent ad se non pertinere*), но они все же действовали в силу общего законного права; они могли полагать, что никто не захочет вступить в права наследования, да и у них была перспектива стать через весьма короткое время настоящими собственниками путем приобретения в силу давности. Их положение стало еще путаннее и сомнительнее из-за того же распоряжения Адриана, потому что теперь истинный наследник даже после окончания приобретения в силу давности мог потребовать наследственные вещи посредством своего рода реституции<sup>140</sup>.

Положение, а особенно сознание подобных владельцев должно было в корне изменяться вследствие предъявления иска. Возможное до тех пор мнение, будто никто не захочет принять наследство, не исключалось даже этим новым распоряжением. Но как только истец (будь то наследник или фиск) выступал против них, прекращалась существовавшая до тех пор половинчатая добросовестность их сознания, и отныне они становились на самом деле недобросовестными владельцами в полном смысле этого слова. И это изменение должно было наступать не с момента литисконтестаии, а как только они узнавали о действительном предъявлении иска.

То, что в решении Сената Адриана говорилось именно об этом своеобразном правоотношении, не вызывает сомнений благодаря нескольким фрагментам<sup>141</sup>, и этим весьма просто объясняются приводившиеся выше абсолютные высказывания Ульпиана о *mala fides* ответчика, порожденной процессом. Вынужден признать, что не во всех фрагментах, сюда относящихся, явно и несомненно проводится различие только что названных разных видов владельцев. Но следует, пожалуй, принять во внимание, что мы знаем фрагменты решения Сената только в виде неполных выдержек у Ульпиана, а фрагменты Ульпиана – только благодаря неполным выдержкам компиляторов. Поэтому без ответа должен остаться вопрос о том, порождена ли двусмысленность имеющегося у нас высказывания, и особенно не всюду явное отличие действительно добросовестных владельцев от тех двусмысленных, изначально неточной речью авторов или неполнотой дошедших до нас выдержек.

Если согласиться с этим объяснением и одновременно с этим учесть, что названное своеобразное правоотношение полностью исчезло уже в Юстиниановом праве, то станет понятно, что приведенные фрагменты Ульпиана отнюдь не могут быть доказательством того, что *mala fides* является общим, применимым ко всем видам исков результатом литисконтестаии.

б) Сведение результатов литисконтестаии к моменту, когда ответчик узнает о притязании.

Это важное изменение высказывается следующими полностью понятными словами решения Сената Адриана, которых касаются объяснения Ульпиана<sup>142</sup>:

<sup>139</sup> Gajus, II, § 52–58.

<sup>140</sup> Gajus, II, § 58.

<sup>141</sup> L. 20, § 6, L. 25, § 2, 3, 5, 6 de her. pet. (5. 3).

<sup>142</sup> L. 20, § 6 de her. pet. (5. 3) в сравнении с § 11 eod. и L. 25, § 7 eod.

«Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset, censuerunt».

Это отличие от столь многих высказываний римского права объясняется следующими двумя обстоятельствами, абсолютно независимыми друг от друга.

Во-первых, совершенно своеобразным положением вышеупомянутого *praedo*, встречающегося только в случае *hereditatis petitio*, решительную *mala fides* которого следовало предполагать уже с момента, когда он узнавал о предъявлении иска. Мы только что подробно говорили об этом обстоятельстве.

Во-вторых, тем, что в решении Сената Адриана речь шла только об исках фиска о выморочном наследстве. Но эти иски фиска рассматривались не в обычном процессе обычными властями, где только и могла встречаться истинная литисконтестація, а *extra ordinem* служащими фиска, и поэтому, стало быть, нужен был суррогат литисконтеcтации (§ 257). Этот суррогат, который следовало устанавливать во всех экстраординарных процессах, был в этом случае самым решением Сената определен в том моменте времени, в который происходила либо *denunciatio*, либо *evocatio litteris vel edicto*; это было совершенно позитивным положением, которое отнюдь не следовало из общего характера экстраординарных исков (§ 257) и носило фискальный характер.

Оба только что названных обстоятельства, которыми можно удовлетворительно объяснить установление особого момента времени, отличающегося от литисконтеcтации, уже полностью чужды праву Юстиниана, и поэтому указанными фрагментами действительно невозможно доказать, что в духе Юстинианова права для некоего эффекта следует предположить иной момент времени, нежели момент литисконтеcтации.

Даже если не захотят признать предпринятую здесь попытку решения и ее результаты, все же никоим образом нельзя согласиться с тем, как большинство новых авторов обычно подходит к исследованным здесь фрагментам Ульпиана. Ведь в большинстве случаев дословное содержание этих фрагментов считается решающим, применимым вообще ко всем искам правилом новейшего права; вместе с тем игнорируется весьма большое число прочих фрагментов, которые прямо противоречат этому, поскольку в них литисконтеcтацию все еще признают решающим моментом для наступающих в ходе процесса эффектов. Но этот метод следует отвергнуть, как произвольный и некритический. Мало проку и в допущении того, что здесь выражено либо разногласие древних юристов, либо отношение нового права к отмененному прежнему правовому принципу. Ведь фрагменты, в которых литисконтеcтация названа решающим моментом, возникли отчасти в то же время, автором их является тот же Ульпиан, выдержками из которого хотят доказать, что вообще вместо литисконтеcтации был установлен другой и более ранний момент времени.

Если же попытаться здесь точно придерживаться буквы права Юстиниана, тогда осталось бы только следующее допущение. В случае иска о наследстве следовало бы – в отличие от всех остальных исков – допускать более ранний срок для возникновения материальных эффектов правового спора, а именно вместо литисконтеcтации уведомление о подаче иска, т. е. инсинуацию. Однако при таком утверждении следует согласиться с тем, что основанием этой особенности была не сущность самого названного иска, а исторические обстоятельства, которые давно исчезли в эпоху Юстиниана, так что ее сохранение в Дигестах в любом случае (даже если ей хотят придать силу практического права) следует считать некоторой непоследовательностью, в которой можно упрекнуть компиляторов<sup>143</sup>.

<sup>143</sup> Ведь решение Сената Адриана, которое изначально было введено только для фискальной *hereditatis petitio*, т. е. для *publica causa*, позже стали применять и к иску о наследстве частных лиц, сделав его тем самым общим правом (L. 20, § 6, 11 de her. pet. (5. 3)), но может вызывать сомнение, все ли его части или только те, которые действительно подходили и к

\* \* \*

Здесь было показано, какие колебания появились уже в высказываниях древних юристов вследствие особых исторических причин и как они распространились в новой юридической литературе, а в ней даже увеличились вследствие некоторых недоразумений. При этом весьма поучительно увидеть, какое влияние, в свою очередь, эта литература общего права оказала на новое законодательство, хотя здесь можно было свободно принимать те положения, которые отвечали внутренней необходимости.

Прусское земское право включило это учение в раздел о владении и трактует его следующим образом<sup>144</sup>.

Там в таких же абсолютных выражениях, как это выше было показано в некоторых фрагментах Ульпиана о *hereditatis petitio*, правовому спору приписывается эффект, согласно которому ответчик ставится в положение *недобросовестного владельца*, а возникновение этого состояния предполагается с момента инсинуации иска, если только нельзя доказать недобросовестное сознание ранее.

§ 222: «Если невозможно установить более ранний момент времени *недобросовестности владения*, то им *считается* день, в который владельцу судом вручается иск».

Это высказывание дословно совпадает с учением многих новых романистов. Однако при разработке Прусского закона к этому предписанию пришли лишь постепенно. В одном из ранних проектов началом *недобросовестности* считали момент оглашения судебного решения. Против этого положения возражал Тевенар, утверждая, что любой неправомерный владелец может и должен признать свою неправоту по инсинуированному иску, а если он не захочет это признать, то такая «плесень» не заслуживает никакой пощады<sup>145</sup>. Суарец замечает на это: «Я полностью согласен с этим», но сразу ослабляет данное положение дополнением: «Впрочем, ведь *иное, в зависимости от обстоятельств, определение* момента возникновения *недобросовестности* остается на усмотрении судьи».

Итак, в духе этого последнего высказывания предписание в изданном проекте Уложения было сформулировано так<sup>146</sup>:

«Если не установлен *более ранний или более поздний* момент *недобросовестности владения*, то им *считается* день... вручения иска».

Тем самым инсинуации придали силу довольно безобидной и недействующей презумпции, и все отдали на усмотрение судьи. Однако и это снова вызывало большие сомнения: Гослер вместе с другими увещателями утверждал, что убеждение представляет собой *Internum*, с чем не может согласиться законодатель, поэтому закон должен неизменно определить начало *недобросовестности*, а от альтернативы («или более поздний») следует отказаться<sup>147</sup>. Так и

частным истцам. Положение в § 6 («aut denunciatum esset ei, aut litteris vel edicto evocatus esset») кажется все же не подходящим к частным искам, тогда как другие положения, например о *dolo facere quo minus possiderent* и о разных подходах к *bonae fidei* и *malae fidei possessor*, применимы всюду.

<sup>144</sup> A. L. R., Th. 1, Tit. 7. Весьма примечательные материалы по этому разделу напечатаны в: Simon u. Strampff, Zeitschrift für preußisches Recht, Bd. 3, Berlin, 1836, 8.

<sup>145</sup> Simon, a.a.O., S. 171. Это совершенно произвольное утверждение опровергается самым обычным опытом, согласно которому многие ответчики, которых в конце осуждают, тем не менее ведут процесс в твердой убежденности в своем праве. Кто захочет усомниться в этом, должен учесть то обстоятельство, что часто в судебных коллегиях встречаются разные мнения относительно оправдания или осуждения. Ответчику, пожалуй, также следует разрешить верить в то, во что добросовестно верит меньшинство.

<sup>146</sup> Entwurf eines Gesetzbuchs für die Pr. Staaten, Th. 2 (1787), Tit. 4, § 153.

<sup>147</sup> Simon, S. 321, 322.

случилось в Прусском земском праве, как это показывает напечатанный выше фрагмент, в котором ранее предложенная презумпция отныне обрела характер абсолютного предписания, *фигиции mala fides*, полностью совпадая с только что изложенными мотивами этого изменения. Но то, как мало это способствовало уверенному разрешению вопроса и ясным, твердым понятиям, показывает следующее высказывание Суареца<sup>148</sup>. Он различает три возможных состояния сознания владельца: 1) недобросовестный владелец (сюда относится любой, кому инсинуирован иск; кроме того, любой, кто считает свое владение правоммерным по виновной фактической ошибке; наконец, любой, кто при получении владения сомневается в правоммерности); 2) владелец, который *знает, что его владение неправомерно* (т. е. истинный *malae fidei possessor*); 3) владелец-мошенник, т. е. получивший владение *dolose*. Но ко всем ним добавляется еще (как полностью отдельный класс) владелец, который получает владение наказуемым действием<sup>149</sup>.

Все эти положения в главном (только с более тонкими различиями) следуют за пониманием новых романистов, которые также обосновывают фикцию *mala fides*

---

<sup>148</sup> Simon, S. 330, No. 2 (ср. там же, с. 633). Собранные в этом высказывании Суареца тонкие различия вошли также в Прусское земское право (не в его пользу): Th. 1, Tit. 7, § 11–17, 222, 229, 239–242.

<sup>149</sup> Simon, S. 332, No. 12.

## **Конец ознакомительного фрагмента.**

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.