

*Если я видел дальше других,
то потому, что стоял на плечах гигантов.*

Исаак Ньютон

МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ВОЛГОГРАДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ

В.А. ЛЕТЯЕВ

**РЕЦЕПЦИЯ РИМСКОГО ПРАВА
В РОССИИ XIX – НАЧАЛА XX В.
(историко-правовой аспект)**

Волгоград 2001

ББК 67.3(0)4
Л52

Научный редактор д-р филос. наук, проф. *В.Л. Гавеля*

Рецензенты:

д-р юрид. наук, проф. ВА МВД РФ *П.М. Филиппов*;
д-р юрид. наук, проф. ВА МВД РФ *И.В. Ростовщиков*

Печатается по решению
библиотечно-издательского совета университета

Летяев В.А.

Л52 Рецепция римского права в России XIX — начала XX в. (историко-правовой аспект). — Волгоград: Издательство ВолГУ, 2001. — 244 с.

ISBN 5-85534-433-9

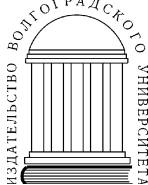
В данной работе впервые в отечественной историографии проведено специальное исследование рецепции римского права в России XIX — начала XX в. как историко-правового явления. Установлены возможности и объем применимости к отечественному правовому развитию понятия «рецепция римского права».

Автором определены и систематизированы историографические проблемы исследования применимости темы к России XIX—XX веков. Выявлены процессы формирования в отечественной историографии негативных и позитивных стереотипов отношения к роли римского права для права российского, их устойчивость и изменчивость. Исследуемое историческое явление рассмотрено на фоне эпохи и в развитии, выявлены его специфические особенности и обусловившие факторы, основные тенденции влияния римского права на гражданское право России.

Автор исследовал генетическую преемственность системного сходства и различия между римским и вешным, наследственным и обязательственным правом России. Обозначены римско-правовые конструкции анализируемых в работе правовых институтов.

Предназначено для исследователей российского права, преподавателей, студентов и всех интересующихся историей развития отечественного права.

ISBN 5-85534-433-9



© В.А. Летяев, 2001
© Издательство Волгоградского
государственного университета, 2001

Введение

В истории права мы не сможем обнаружить ни одной национальной правовой системы, которая развивалась бы только в соответствии с логикой своего внутреннего развития, которая сохраняла бы свою полную историческую и национальную самобытность, независимость. Русский ученый П.Г. Виноградов, профессор нескольких европейских университетов, очень образно высказался о том, что «нет права, которое, при всей тонкости своего анализа и всей широте своих общих представлений, не обнаруживало бы на своей логической поверхности рубцов и швов, свидетельствующих об истинном слиянии в нечто единое доктрин, не могущих быть подведенными под какой-нибудь принцип»¹. Это методологическое замечание точно выражает диалектическую логику историко-правовой преемственности юридических понятий.

Проведенное исследование является актуальным как в силу внутренней логики развития историко-правовой науки, определяемой степенью исследованности темы, направлениями и тенденциями ее развития, так и в прикладном аспекте, то есть в востребованности предшествующего законодательного и научного опыта современной российской цивилистикой. Междисциплинарность, историко-правовой характер темы, ее дискуссионность в отечественной историографической традиции требуют теоретико-методологического, целостного осмысления поставленной автором проблемы, комплексного подхода к ее разрешению.

Мы сейчас являемся очевидцами того, как происходит трансформация системы российского права из так называемой социалистической в романо-германскую правовую семью. А последняя, как известно, основана на рецепции римского права. Россия не всегда была закрытой страной. В процессе своей длительной исторической жизни, по нашему глубокому убеждению, отечественное право уже испытало на себе благодетельность рецепции римского права, при этом развивая в отечественном праве и свои национальные особенности. Следовательно, учитывая вектор дальнейшей трансформации рос-

сийского права, непременно возникает и теоретическая проблема вспомогательности римско-правовых институтов и норм в процессе адаптации российского права к правовым системам, входящим в романо-германскую правовую семью. В этой связи как не вспомнить выражение классиков немецкой политэкономии о том, что «римское право — классическое выражение жизненных условий и конфликтов общества, в котором господствует частная собственность»^{1а}.

Историческое происхождение и дореволюционное развитие российской правовой системы было традиционно (еще с византийского периода) связано с римской правовой доктриной. Это влияние усилилось в процессе создания Свода законов Российской империи в XIX веке и в начале XX, когда шла работа над проектом Гражданского Уложения, так и не вступившего в действие. Институты и многие нормы римского обязательственного и вещного права, методы толкования правовых источников реципированы российской правовой системой еще в дореволюционный период. Традиционно такая преемственность, в том числе и идеологическая, была воспринята ГК РФ 1994 г. и ныне действующим ГК РФ, утвердившими в России господство римского частнопроводного подхода. Влияние римского права на историческое происхождение и развитие правовой системы, на господствующую в нем доктрину и ее специфику, на своеобразие правовых институтов, правовые источники и методы их толкования, идеологию, было воспринято российским правом.

В настоящее время возникла потребность в унификации национального законодательства в странах СНГ. А еще ранее эта проблема ставилась и в рамках законодательства СССР. В последние десятилетия и в объединенной Европе возрастает удельный вес модельных (рекомендательных) законодательных актов, служащих правовой унификации в целях более высокой степени развития национальных законов. Поэтому доктринальная сплоченность стран романо-германской правовой семьи актуализирует и вспомогательную роль римского права, секрет долговечности которого заключается, прежде всего, в том, что римляне научились творчески воспринимать и синтезировать чужой опыт.

Важное вспомогательное значение римское право может иметь для решения проблемы толкования норм в процессе гражданского судопроизводства. Применительно к истории до-революционного права, после судебной реформы 1864 года, это отмечал еще Г.Ф. Шершеневич, известный русский цивилист. Тогда в новых судебных учреждениях воспрещено было останавливать решение дел под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов. И «проявилась потребность в систематизированном знании права, в понимании сущности правовых институтов, а не в простом заучивании буквы закона, уже недостаточном при новых условиях»².

Такая потребность и возможность существуют и сейчас. Так, ст. 6 ГК РФ прямо устанавливает применение гражданского законодательства по аналогии: «При невозможности исполнения аналогии закона, права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости». Таким образом, законодатель установил, что в правоприменительной практике отношения сторон могут регулироваться с помощью правового опыта, правовой доктрины, в том числе он не исключает и доктрины зарубежных стран романо-германской правовой семьи. Однако современная российская судебная практика, не обладая для этого необходимым теоретическим и справочным материалом, не смогла выработать для плодотворного применения данной нормы устоявшуюся традицию.

Прикладная актуальность данной темы постоянно прослеживается в новейшей юридической литературе³. Современные исследователи и в нашей стране, и за рубежом⁴ указывают на перспективность использования римского правового наследия для утверждения частнопроводного подхода в постсоциалистической экономике и даже для разрешения конституционно-правовых проблем в странах Восточной Европы.

Что касается потребностей внутренней логики современного развития науки истории права и государства, то наблюдается неисследованность этой проблемы. Между тем уже в дооктябрьский период она тоже привлекала внимание⁵. В России последнего времени прошли уже две международные конференции, проводимые совместно Институтом всеобщей ис-

тории РАН, Центром изучения римского права РАН, МГУ им. Ломоносова, СПбГУ, Санкт-Петербургским институтом Генеральной прокуратуры РФ и Международным центром романистики (Италия) по проблемам римского права и его рецепции. С этого же времени начал издаваться общероссийский журнал «Древнее право», посвященный римскому праву и его рецепции на Западе и Востоке⁶.

Внутренняя логика развития науки тяготеет к теоретическим обобщениям. А в этом аспекте римское право, как общий предок европейского права, — теоретическое выражение генетической общности правового развития. Не случайно римское право является общепринятой основой в системе международного права, которое, согласно международным договорам, имеет приоритет перед внутренним (национальным) правом. В теоретическом плане мы имеем в данном случае возможность исследовать проблему соотношения общих и частных начал в праве. Это актуально особенно сейчас, когда Россия ищет пути к практическому единению с Европейским сообществом⁷.

Из всего сказанного выше можно сделать вывод о том, что, толкуя современную правовую терминологию, важно прояснить исходный источник принятой в российском гражданском праве нормы или конструкции для оптимального понимания ее существа, тем более что правотворчество в нашей стране сейчас отличается невиданной ранее динамикой.

Перейдем в этой связи к рассмотрению сущности данной научной проблемы. А это связано с отношением автора к уже существующей в науке дискуссии по проблеме «рецепция римского права в России».

Начнем с рассмотрения термина «рецепция». В научной литературе разных областей знания он используется довольно часто. И под ним понимается, прежде всего, процесс восприятия чего-либо⁸. Поэтому уже исходя из сложившейся в науке традиции и потому, что термин «рецепция» может применяться не только в юриспруденции, то он может, по нашему убеждению, иметь широкое толкование, пределы которого может определить сам автор научного исследования.

В отечественной научной литературе *в отношении понятия «рецепция римского права», применительно к России, не сло-*

жилося единого понимания. Это и отрицание самого факта рецепции, и признание ограниченного, в сравнении с Западом, характера рецепции, и убеждение в обоснованности употребления такого понятия в буквальном его смысле и т. д. Эти мнения отличаются не только объяснением одних и тех же фактов истории российского права, но и различным пониманием самого термина «рецепция». Некоторые исследователи отмечали, что если российское право не испытало «рецепции» в той форме, в какой она была свойственна Западу, то в таком случае некорректно вообще употреблять данный термин применительно к истории отечественного права⁹.

Целью данной работы является проведение специального монографического исследования данной проблемы как целостного историко-правового явления применительно к России XIX—XX вв., которое в научной литературе до настоящего времени отсутствовало. Перед автором стояла цель определить наличие преемственности норм и институтов от римского к гражданскому праву дореволюционной России и тенденций влияния римского права на становление российского гражданского законодательства¹⁰.

Результаты предпринятого исследования кардинально меняют многие представления по этой проблеме, сложившиеся как в дореволюционной, так и в послеоктябрьской историко-правовой науке России, они могут восприниматься как базовые в новом научном направлении изучения истории отечественного права.

Вместе с тем разработка данной проблемы приводит нас к убеждению в том, что она обнаруживает тесную взаимосвязь с более широкой и малоисследованной научной проблемой — «рецепция иностранного права в России»¹¹. Не случайно известный русский ученый Б. Кистяковский, получивший основательное юридическое образование на Западе¹², еще в начале XX в. в знаменитом сборнике «Вехи» заметил, что магистральный путь развития отечественной правовой системы — заимствование западного права¹³. Даже в современных работах, посвященных новым подходам к происхождению государства и права, российскую цивилизацию называют цивилизацией «догоняющего развития». Такое название некоторые авторы объясняют тем, что направление для развития нашего

государства всегда задавали более совершенные зарубежные образцы¹⁴. Тема о степени иностранного влияния на российское право еще ждет своего специального и глубокого исследования. Заметим только, что, говоря о степени влияния на русское право иностранного, в том числе знаменитой французской кодификации, необходимо иметь в виду то, что все они в значительной степени сами основаны на римском праве.

Отмечая сложившийся в науке диапазон мнений, мы убеждены в том, что *российская рецепция римского права была императивным, необходимым фактом становления и развития нашего права*. В процессе применения сравнительно-правового метода выяснилось, что не только в римском, но и в любом иностранном праве некоторые правовые проблемы разрешались оптимальным образом, и поэтому стала возможной в России такая рецепция. Рудольф фон Иеринг отмечал, что «вопрос о рецепции иностранных правовых институтов является вопросом не «национальной принадлежности», а простой целесообразности, необходимости. Никто не будет нести из далеких краев то, что у него самого имеется аналогичного или лучшего качества. Только неразумный будет отказываться от коры хинного дерева лишь на том основании, что оно выращено на чужом поле»¹⁵.

Кроме того, такая «бомбардировка культуры» текстами из чужой культуры приводит к новой интерпретации и самих привнесенных иносистемных текстов, и самого системного контекста (внутреннего, национального права). Это неизбежно порождает новые смыслы в человеческой деятельности¹⁶. Использование наследия римского права в законотворческой и правоприменительной практике России несколько не умаляло оригинальности национального права. По этому пути шли и другие страны. Более того, юридическая логика, понятийная точность, прочность конструкций римского права только способствовали повышению уровня русского законодательства, его значимости и эффективности.

Не случайно известный дореволюционный цивилист и романист И.А. Покровский писал, что «рецепция римского права была и исторической необходимостью, и фактором прогресса, ибо позволила удовлетворить общеевропейскую потребность в универсальном, общем праве, основанном на ин-

дивидуалистических (частноправовых) началах и позволяющем оформлять имущественные взаимосвязи различных лиц независимо от их национальной и государственной принадлежности»¹⁷.

Историко-юридические исследования были традиционными еще в дореволюционной России (работы Д.И. Азаревича, Н.П. Боголепова, П.Г. Виноградова, Ф.М. Дадынского, Н.М. Крылова, В.И. Синайского и др.). Их оптимальность заключается в плодотворности межотраслевого подхода, его возможностях проследить правовой факт или проблему на фоне эпохи, на фоне развития науки и в исторической перспективе. И предложенная тема, посвященная проблеме рецепции римского права в России, оптимально исследуется посредством его применения.

Автор при рассмотрении вопросов данной работы использовал, прежде всего, такой метод познания государственно-правовых явлений, как сравнительно-правовой. Он основывается на выявлении общего и различного в правовых нормах, институтах, отраслях и системах права. Главным приемом его является сравнение правовых норм, действующих в разных регионах и странах. При этом базой сравнения являются правовые системы различных исторических типов, стран, а также одной страны на разных этапах ее существования. Применение сравнительного метода, как точно определил еще К.Д. Кавелин, будет заключаться в том, что «мы глубже будем всматриваться в начала нашего законодательства и чрез это облегчится путь к дальнейшему его развитию»¹⁸.

Чаще всего исследователи в области рецепции римского права применяют нормативный, или формально-юридический, и системный методы, введенные в науку еще позитивистами в XIX веке, при которых сравнению подвергаются сходные правовые нормы, институты или законодательные акты. Однако «...внешне идентичные юридические термины не всегда имеют одно и то же значение в различных правовых системах... те же самые правовые нормы и институты могут выполнять различные функции»¹⁹. Поэтому в данном случае оптимально наряду с этим применение функционального и системного методов исследования, чтобы избежать упрощения при поиске только законодательных аналогий. Системный ме-

тод позволяет изучать право, государство, политику как целостный процесс, выявлять на общем фоне развития те или иные проявления, проследить их причинно-следственные связи.

Немаловажное значение в изучении тех или иных правовых явлений играет историко-правовой метод, который предполагает критический анализ и сопоставление суждений, понятий и категорий с теми историческими фактами, событиями, процессами, в ходе осмысления которых эти суждения, понятия, категории возникали, формулировались²⁰.

Применение этих методов в исследовании позволило системно учесть экономические, социальные, идеологические, политические факторы, уровень правовой культуры и правовых традиций, внутреннюю логику развития науки, которые могут допускать или нет функционирование отдельных норм римского права в современной российской правовой системе. Важно было также от микросравнения на уровне параллельного сопоставления норм перейти к сравнению институтов и правовых систем в целостном виде. Такое макросравнение процесса формирования правовых систем, их источников и социальной основы является более сложной задачей, но только оно ведет к созданию целостного представления о правовой системе.

ГЛАВА 1

Проблема рецепции римского права в России: историография вопроса

1.1. Историография исследования проблемы в XIX — нач. XX в.

Отечественная историография российской истории XIX — нач. XX в. до сих пор изобилует мифами в отношении интерпретации нашего прошлого, закономерностей его развития. Исторических концепций было создано множество. Как ярко и точно заметил Ю.М. Лотман, «...представление об истории как поле действия определенных закономерностей стало складываться в 1830-е гг. ...Идея исторической закономерности внесла подлинный переворот в науку, что дает известные основания относить все предшествующее в донаучный период. Однако где достижения, там и потери. Начиная с Полевого, Кавелина, С. Соловьева, историк не мог уже уклониться от создания организующей концепции. А это стало порождать стремление пренебречь фактами, в концепцию не укладываемымися»²¹.

Данная глава будет посвящена анализу всего спектра точек зрения на поставленную нами проблему. Авторы этих мнений зачастую не ставили своей целью специальное исследование этой темы, а чаще всего только фрагментарно излагали свои точки зрения по этому поводу. В иных работах делались попытки исследования, которые становились основой для последующего их концептуального оформления. Предлагая свое видение исследуемой темы, автор настоящей работы также не может ограничиться исключительно установлением историко-правовых фактов, не выстраивая на их основе собственных концептуальных, теоретических обобщений. Автор надеется избежать при собственном теоретическом осмыслении как уже имеющихся в распоряжении науки, так и выявленных им историко-правовых фактов по данной проблеме необоснован-

ных и односторонних оценок в отношении развития российского права.

Остановимся подробнее на точках зрения по данной проблеме в дореволюционной историографии; автор считает их репрезентативными. Они имеют широкий спектр, и их можно сгруппировать следующим образом:

1. Противники признания фактов рецепции римского права в России, считавшие, что отечественное право развивалось на всем протяжении российской истории самостоятельно от римского права.

2. Те, кто признавал факты влияния норм римского права на русское право. Но при этом они считали, что рецепции, подобной той, что была на Западе, то есть прямой рецепции римского права, в России не было.

3. Рецепция римского права в России была и прямая, и опосредованная.

4. На определенных этапах развития российского права произошли заимствования отдельных институтов и понятий из римского права.

5. Римское право в России имеет значение только пропедевтическое, научное и образовательное, а не практическое.

Начнем с первой точки зрения.

Не признавал рецепцию римского права в России С.Е. Десницкий. По его мнению, даже в Европе оно вводилось насильственно, чтобы уничтожить национальное законодательство²². В этом же духе не видел перспектив у римского права в нашем Отечестве и А. Благовещенский. По его мнению, которое также не подкреплялось специальными исследованиями, русское законоведение, порядок его формирования и изложения не должны подчиняться никакой чужой системе²³. Скептически о перспективах российской рецепции римского права отзывался и такой известный русский юрист и знаток западной рецепции, как С.А. Муромцев. Для развития национального права, считал он, подражание чужой системе может привести к подчинению ей. «Долгое подчинение римскому праву отозвалось на современной юриспруденции робостью в конструировании новых юридических понятий и упорным желанием объяснить правовые явления современной жизни прин-

ципами римского права²⁴. Ему вторил Н.И. Крылов, считавший вторжение римского элемента в европейское законодательство слишком обширным и разрушительным «для органического развития национальных прав». Стремление к созданию национальных кодексов, в его представлении, реакция на засилье римского права²⁵.

Вместе с тем Н.И. Крылов гибче относился к данной проблеме, считая, что заимствования из римского права возможны и необходимы, особенно в части юридической логики. Он предлагал соединить ее с российским «материальным богатством». Из этого соединения может образоваться «колоссальная русская юриспруденция», которая сможет «увековечить славу нашего Отечества»²⁶. *Н. Л. Дювернуа придерживался сходного мнения, но утверждал необходимость для России теоретического влияния римского права.* В таких правовых элементах, как бумаги на предъявителя, полисы, государственные облигации, римское право может быть основой для научных исследований²⁷.

Понимание проблемы у известного в русском правоведении XIX века А.В. Гуляева нельзя назвать четко определенным в отношении какой-либо конкретной точки зрения. Однако его разноплановые и глубокие суждения представляют особый интерес. Так, он признает, *что на определенных этапах своего развития русское право заимствовало ряд римских понятий и институтов*, но также приводит и свое объяснение того, почему в России в целом «рецепции» не было. «Мы не имеем основания, — писал он, — говорить о рецепции римского права в нашем Отечестве, потому что связи непосредственной между римской культурой и нашей никогда не было»²⁸. Но это мнение не находит подтверждения историческими фактами, также и многими авторитетными исследователями и в XIX, и в XX вв.

Так, обращение к римской истории и культуре имело в России свои глубокие традиции²⁹. Еще на рубеже XV—XVI вв., по мере формирования русского централизованного государства, среди «русских книжников» стали возникать историко-философские теории о том, что Москва должна занять место Константинополя как центра мировой истории. Эти идеи нашли отражение в древнерусских памятниках («Повесть о нов-

городском белом клобуке», «Сказание о Вавилоне-граде», «Сказание о князьях Владимирских»). В них Москва объявлялась «третьим Римом», обосновывалось право русских царей на византийское наследство. С принятием Россией статуса «третьего Рима» она окончательно усвоила византийскую (греко-римскую) идею права в московском ее прочтении. В XVI в., все более ориентируясь на Запад, обосновывая свои потребности в выходе к Балтийскому морю, Россия выдвинула новую идею о том, что московские цари — потомки и наследники императора Августа. Идея западного происхождения царей нашла отражение в «Царском Титулярнике», составленном в период правления русского царя Алексея Михайловича.

В российском обществе благодаря переводам сочинений античных авторов стали углубляться исторические представления как о греческой, так и о римской истории. Переводчиков и издателей привлекали, прежде всего, темы, связанные с Римской империей, деятельностью императоров, а из истории Греции — Троянская война и личность Александра Македонского. По мере распространения знаний об античном мире сюжеты из его истории все чаще стали проникать в исторические сочинения. Против распространенной в русской историографии традиции выводить Рюрика из Пруссии как потомка Августа выступил Г.З. Байер. Затем критика этой теории была продолжена Ю. Крижаничем, Г.Ф. Миллером, А.Л. Шлецером. М.В. Ломоносов, обосновывая критику взглядов норманистов, привлек сочинения Непота, Катона, Плиния, Тацита, Ливия, Иордана. При этом он призывал русских историков подражать лучшим образцам античной историографии. В своей «Древней Российской истории» он, сравнивая римскую историю с русской, определил V в. от Р. Х. как рубеж между древней историей и временем Средних веков. В связи с проблемой гражданской власти и самодержавия в Древнем Риме, он поднял вопрос о борьбе славян с римлянами. А.Н. Радищев в своей «Песне исторической» также обращался к римской истории. Общее увлечение античностью в век Просвещения становилось неотъемлемой частью русской культуры и образованности. К сюжетам из римской истории обращались В.Н. Татищев, Н.М. Карамзин. Необходимо отметить, что политические убеждения декабристов во многом склады-

вались под влиянием произведений Плутарха, Корнелия Непота, Тита Ливия, Тацита. Скептические высказывания П.Я. Чаадаева об античной культуре и ее отрицательной роли в мировой цивилизации представляют интерес хотя бы уникальностью таких оценок, но исторические взгляды этого оригинального русского философа в этом аспекте не исследованы. По отношению к тем, кто изучал классическое наследие в тот период, складывались традиции меценатства, распространенным был и любительский подход, но при этом осуществлялось немало переводов сочинений античных авторов, развивалось их изучение. Увлечение русских поэтов и писателей сюжетами из римской античности общеизвестно, кроме того, об этом написаны и отдельные исследования³⁰.

Обращаясь непосредственно к пониманию А.В. Гуляевым места римского права, выделим его точку зрения о том, что *существуют постоянные и неменяющиеся мотивы, которые делают для современных ему юристов, и не только в России, настоятельно необходимым изучение римского права. Он выделил следующие мотивы: исторические, практические и теоретические*³¹. Так, по его убеждению, и в России, и в Германии сложились сходные традиции в изучении римского права. Так, пишет он, «римское право (в Германии. — В.Л.) усвоило в настоящее время присущий ему характер предварительной, пропедевтической и исторической дисциплины, тот характер, каким, по отношению к нашему праву, всегда отличалось изучение римского права в России...» «Для нас, — добавляет он, — римское право всегда имело значение только посредственное, историческое и теоретическое, с преобладанием последнего элемента, и никогда не имело у нас практической силы»³².

Это мнение не вызывает никаких сомнений, за исключением той категоричности, с которой он настаивает на влиянии римского права только с пропедевтической и исторической точек зрения. Тем более что далее по тексту своей статьи он сам раскрывает и другие стороны того, что значит для нас римское право, в том числе и практическую.

Как нам представляется, А.В. Гуляев преуменьшает значение римского права для истории нашего Отечества. Например, он говорит о том, что «...между нашим правом и римскими источниками нет преемственной исторической связи, у

нас римское право никогда не было практическим элементом нашего правосознания; для нас, современных юристов, *римское право* представляет только теоретический интерес, *являясь материалом для построения “общей части” всякого гражданского права, в том числе — и это для нас самое главное — для нашего гражданского права...*»³³ (Курсив наш. — В. Л.).

В следующем параграфе данной главы автор коснется этого вопроса в связи с отечественными исследованиями XX в., заметим сейчас лишь то обстоятельство, *что теперь появились работы, в которых их авторы аргументированно доказывают фундаментальное влияние византийского (греко-римского) права на русское право, что римское право носило практический характер еще в ранний период российской истории, а в дальнейшем оказывало влияние и в опосредованном виде*. Примечательно при этом, что и в XIX, и в XX вв. некоторые нормы римского права стали восприниматься как истинно русские.

В период составления Свода, считал А.В. Гуляев, о римском праве у нас знали мало. Только с возникновением юриспруденции нашим юристам пришлось обратиться к римской системе³⁴. Это тоже не соответствует исторической действительности, так как в римском праве хорошо разбирались те, кто проводил кодификацию, о чем подробнее будет сказано далее.

Вместе с этим ученый сделал очень важные выводы относительно того, что повлияло на усвоение римского права в России. Так, на основе собственных наблюдений он заключил, что *«проводили в наше правосознание готовые юридические формулы, сложившиеся на почве теоретической разработки источников римского права: университетское преподавание, научная разработка цивилистических вопросов, судебная практика и в особенности практика Гражданского Кассационного департамента Правительствующего сената»*³⁵ (курсив наш. — В. Л.).

Он предпринял попытку выделить ряд понятий и структурных заимствований из римского права, которые вошли в российское правосознание. По его мнению, это — представление о разделении прав на вещные и личные; понятие «*vis major*» (то есть понятие о природной, высшей, непреодолимой силе); понятие договора в пользу третьего лица; понятие «*hereditas jacens*» (то есть «лежачее наследство»); понятие ус-

ловия в двух его видах — резолютивного и суспензивного; понятие «modus»; понятие фидуциарных, фиктивных и симулятивных сделок и т. п.³⁶ Эти выводы были сделаны им, по всей видимости, без подробного исследования, а в качестве аргумента в пользу изучения современными юристами римского права. Он считал, что «для всех этих понятий развитого гражданского оборота у нас не было точных определений в действующем законе, но в виду ст. 9 и 10 Устава гражданского судопроизводства *наша судебная практика оказалась вынужденной искать и найти в нашем законодательном материале ответ на все эти вопросы, сформулированные так, как они сложились в научной системе права*»³⁷ (курсив наш. — В. Л.).

А.В. Гуляев, тем не менее, отметил также и опосредованное влияние римского права в России через теорию. Это было связано с тем, что римское право проникало в российское, на его взгляд, чаще всего через судебные решения, через деятельность Кассационного департамента Сената, а не через закон, построенный на теоретическом римско-правовом опыте. «...Не подлежит сомнению, — читаем мы в его статье, — что в последнее полу столетие *наука права, основанная на источниках римского права, оказала могущественное влияние на наше правосознание, что с особенной осязательностью выразилось в проекте Гражданского уложения, построенном хотя и из отечественных материалов, но по теоретическим научным образцам. Если современному поколению суждено дожить до превращения проекта в гражданское уложение, то мы увидим, как научные римские положения проникнут в нашу жизнь не обходным путем, через авторитет судебных решений, а непосредственно — через веление законодателя*»³⁸ (курсив наш. — В. Л.).

Важным представляется и наблюдение А.В. Гуляева о *международном значении римского права* как научной основы 1-й части X тома Свода законов Российской империи. *Его роль значительна в деле объединения в общее правовое пространство этнически разнородных частей Российской империи.* «Сравнительное изучение источников действующего права, — пишет он, — покажет нам, в какой мере возможно было объединить в одном Гражданском уложении материально общие, но формально раздельные положения будущего Гражданского закона, извлеченные из 1-й ч. X т. Свода законов, из гражданского

кодекса Царства Польского и из Свода гражданских узаконений губерний Прибалтийских. Благодаря *научной основе этих последних кодексов, то есть положениям римского права* (курсив наш. — В. Л.), эти формально отдельные источники в огромном большинстве случаев дают материально однородные положения, почему и нет препятствий к объединению отдельных источников и к созданию общего единого Гражданского уложения для всех частей единой и неделимой Империи»³⁹.

А.В. Гуляев выделяет *для студентов цель изучения римского права. Это — освещение и разрешение сомнительных вопросов нашего действующего права*⁴⁰.

Совершенно отстраненно о роли римского права отзывается М.М. Сперанский⁴¹.

Это действительно удивляет, так как он сам внес значительный вклад в создание Свода законов, первую российскую кодификацию, определяя римскому праву его место, он, тем не менее, считает его почетным. Римские законы, как он пишет, остаются чужды для нас, а преподавание римского права должно играть вспомогательную роль. *Как нам удалось установить в главах о вещных правах и об обязательствах, эти отрасли российского права кодифицированы с полнейшим восприятием не только норм, но институтов римского права.* Однако человек, в большей степени причастный к этому, как нам представляется, просто опасался писать об истинном значении римского права, так как его личная судьба (ссылки, опала) научили его покорности судьбе и учету господствовавшей в 30-е гг. в России теории официальной народности⁴².

Как писал о М.М. Сперанском известный историк Ю.М. Лотман, «...в Сперанском было две души: он был и маркиз Поза, стремившийся завладеть умом и сердцем тирана и превратить его в свое орудие, и старательный столоначальник, умело превращающий идею начальника в округлые канцелярские формы»⁴³.

Иная точка зрения принадлежала Н. Дювернуа. По его мнению, *«русское право не может потерять, а может только выиграть от соприкосновения с римским правом, как выиграло германское право»*⁴⁴ (курсив наш. — В. Л.).

Подобную точку зрения высказывал и известный русский цивилист Г.Ф. Шершеневич, считавший, что «догмати-

ческое изучение гражданского права имеет господствующее значение в науке права. Собственно *системы обобщения, определения вырабатываются преимущественно на римском праве, а затем прилагаются к отдельным законодательствам*, к праву французскому, германскому, русскому. Но теоретическое построение системы гражданского права, установление определений различных институтов может и должно быть исполнено независимо от римского права, на основании того более богатого материала, который содержится в современных законодательствах европейских народов. Выработка теории на римском праве освобождает западных юристов от вырабатывания системы на основе отечественного права... У нас догматическое направление в гражданском праве установилось со времени судебной реформы 1864 года, когда в новых судебных учреждениях, которым воспрещено было останавливать решение дел под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречия законов, проявилась потребность в систематизированном знании права, в понимании сущности правовых институтов, а не в простом заучивании буквы закона, уже недостаточном при новых условиях»⁴⁵ (курсив наш. — В. Л.).

Как считал Е. Васьковский, «...у нас в России римское право действующим законодательством никогда не было»⁴⁶.

По мнению М.Я. Пергамента, осуждавшего попытки переносить римское право в наш современный оборот в возможно чистом и неприкосновенном виде, «немаловажная польза от серьезного углубления в римские источники для права современного заключается, между прочим, именно в том, чтобы, уловив римское положение во всей его совокупности, окраске и обстановке и уразумев все вызвавшие его мотивы и условия — социальные, экономические, процессуальные, формальные, философские и т. д., взвесить, применимы ли эти мотивы и условия и к нашей нынешней действительности и насколько, и в том, чтобы затем, в случае отрицательного ответа, суметь отрешиться от римского наследия как отслужившего свою службу, суметь не влачить его за собой, а отбросить, как ненужный балласт» (с. 170 примеч. Пергамента). По мнению г. Пергамента, следует считать отжившими и не заслуживающими подражания многие положения римского права относительно неустойки (напр., на с. 37, 160—169, 287—

299) и руководствоваться при оценке постановлений современных кодексов не «фактом совпадения их с положениями *Corpus juris*, а внутренним достоинством и пригодностью с точек зрения справедливости и целесообразности нравственной и практической» (с. 198 Пергамента⁴⁷).

Е. Васьковский, рецензировавший труд вышеуказанного автора, так считает потому, что современные ему гражданские законы совершенно устарели и официально признаны подлежащими сдаче в архив. «Россия теперь, — писал он, — накануне издания нового Гражданского уложения, призванного обновить наш правопорядок и послужить залогом дальнейшего его прогресса. В такие важные исторические моменты обязанность каждого юриста — содействовать по мере своих сил и в пределах своей специальности успешному ходу кодификации. *От романистов, в частности, можно требовать, чтобы они, оставив для более досужего времени чисто археологические изыскания, занялись выяснением вопроса: что и в какой мере может быть заимствовано из римского права новейшим законодателем с пользою для современного юридического быта.* Эту задачу превосходно разрешил г. Пергамент в применении к договору неустойки: он не только выяснил положение названного института в римском праве, но и дал ему критическую оценку, проследил модификации, которым подверглось римское учение в новейших законодательствах, и показал, в каких частях оно сохранило значение для настоящего времени, отделив в нем, таким образом, жизнеспособные зерна от мертвой шелухи»⁴⁸ (курсив наш. — В. Л.).

По словам С.В. Пахмана, из его «Истории кодификации гражданского права», *в истории кодификации гражданского права первое место должно быть отведено праву римскому, не только по времени, но и по тому громадному влиянию, какое отразилось более или менее в законодательствах всех цивилизованных народов нового мира.* Недаром римское право называют общим наследием современной Европы. «Но было бы крайностью, — писал он, — если бы мы видели в нем всеобщий писанный разум (*ratio scripta*) юридического порядка. Не говоря уже о политических формах быта, в самой области частного, гражданского права немало можно указать таких учреждений, господствовавших в римском юридическом быту, которые отжи-

ли свой век, не оставив никаких почти следов в позднейшей истории частноправового строя общественной жизни; таковы в особенности те сферы правовых отношений, в которых наиболее раскрывается разнообразие национальности и цивилизации... не найти никакого образца для таких форм сделок и обязательств, каковы, например, промышленные ассоциации, вексельные сделки и т. п. Непригодность многих начал римского права обнаруживается все более в особенности в области т.н. частного торгового права, так что многое, что считалось прежде непреложным, должно будет рушиться под натиском новых юридических форм и понятий. Из сказанного очевидно, что не следует преувеличивать значение римского права, иначе пришлось бы в нем видеть последнее слово права и справедливости и отринуть мысль о возможности прогресса. К счастью, сама жизнь всем своим современным движением свидетельствует о бесплодности такого опасения. Но с другой стороны, было бы крайней нелепостью относиться к римскому праву как к источнику чуть ли не всех зол в современной юридической организации общества»⁴⁹.

Крупнейший дореволюционный цивилист и романист И.А. Покровский видел *в рецепции римского права и историческую необходимость, и фактор прогресса, ибо она позволила удовлетворить общеевропейскую потребность в универсальном, общем праве, основанном на индивидуалистических началах и позволяющем оформлять имущественные взаимосвязи различных лиц независимо от их национальной и государственной принадлежности*⁵⁰.

В.М. Хвостов в своей «Истории римского права» ссылаясь на *практику церковных судов на Руси, которые напрямую руководствовались нормами римско-византийского права*, имели такую юрисдикцию, которая распространялась и на лиц, не принадлежавших к церкви. Таким образом, они активно создавали нормативную базу в сфере гражданского судопроизводства⁵¹.

Другие исследователи, ставя под сомнение национальный характер Свода, писали, что многие положения гражданских законов были реципированы из кодексов Западной Европы. Так, Г.Ф. Шершеневич писал: «Значительная часть материала т. X, ч. I составляет заимствование из французского образца,

иногда просто перевод, подчас весьма неудачный. Исторические указания подчас совершенно механически связаны с текстом статьи, и представление о наших гражданских законах как о продукте многовекового национального развития является значительно преувеличенным»⁵².

Г. Винавер в статье «К вопросу об источниках X т. Свода законов» весьма убедительно доказывает, что большинство норм Свода — иностранного происхождения⁵³.

С.М. Барац в статье «О чужеземном происхождении большинства русских гражданских законов» приводит мысль: «Редакторы Свода, лишь для формы и, так сказать, для очистки совести выставляли напоказ материал, содержащийся в полном собрании, но в действительности только пользовались чужеземными кодексами»⁵⁴.

И в доказательство этой мысли он выдвигает два тезиса, которые затем пытается подтвердить в своей статье:

«1. Ни одно государство в мире не имеет гражданского кодекса, столь мало проникнутого самобытными национальными элементами, как Россия; наши гражданские законы не содержат в себе начал, выработанных русской жизнью, и не служат выражением народных правовых воззрений, а представляют собой большей частью лишь широкие заимствования из самых разнообразных чужеземных кодексов: из законодательств греко-римского, германского, шведского, голландского, саксонского, польского и пр.

2. Т. X, ч. 1, — <...> представляет лишь сборник статей, которые большей частью извлечены не из древних узаконений (соборного уложения, боярских приговоров, грамот, указов и т. д.), а переведены, притом нередко весьма неудачно, из кодексов французского, прусского и австрийского, а равно из иностранных юридических сочинений и учебников права»⁵⁵.

Для анализа представленной проблемы важны и наблюдения С.М. Бараца, исследовавшего происхождение русских законов и сделавшего вывод о чужеземном происхождении большинства русских законов. Так, он замечает, что «почти все представители русской юридической науки проникнуты твердым убеждением, с одной стороны, в том, что наши гражданские законы, в историческом своем развитии, сложились,

так сказать, из самих себя, как плод самобытного творчества русского законодательства, сообразовавшегося всегда с внутренним существом жизни русского народа, независимо от всяких посторонних, в частности, иноземных влияний, а с другой стороны, что ныне действующий свод гражданских законов на самом деле представляет собою только *structuram novam velerum legum*, по афоризму Беккариа, то есть изложение лишь в новой стройной форме наших прежних *старых* законов»⁵⁶ (курсив наш. — В. Л.).

Автор одной из диссертационных работ сделала попытку объяснить возникновение негативного отношения к римскому праву в первой половине XIX века условиями феодально-крепостнической экономики России, в которой нормы этого права не находили достаточного применения⁵⁷. Это объясняется, на наш взгляд, совершенно другим — влиянием теории официальной народности. Но и оно не было всеобщим, о чем автор будет убеждать во второй главе. Кроме того, в России было как бы два законодательства, для разных сословий. Одно — для высших классов, другое — нормы обычного права для остального народа страны.

Уместно в этой связи вспомнить и высказывание одного из классиков немецкой политэкономии о том, что «римское право — классическое выражение жизненных условий и конфликтов общества, в котором господствует частная собственность»⁵⁸. А также его высказывание о том, что «римское право есть законченное право *простого товарного производства*, следовательно докапиталистического; это право, однако, включает в себе большую часть правовых отношений капиталистического периода. Стало быть, именно то, в чем нуждались наши горожане в период возникновения городов и чего они не находили в местном обычном праве»⁵⁹.

Н.И. Крылов по степени заимствования римского права, определяемой чисто географическим признаком близости к Риму или отдаленности от него, делит европейские страны на шесть групп, к последней из которых он отнес Россию. «Византия — прямая преемница и продолжательница всей римской истории: “переменена только власть, а быт, политический и гражданский, оставлен на прежних исторических началах”. *Россия, считает ученый, также получила кое-что из рим-*

кого правового наследства, но, конечно, гораздо меньше, чем другие страны»⁶⁰ (курсив наш. — В. Л.).

Д. Азаревич, считал, что изучение византийского права является необходимым условием для разработок истории русского права и права славянских народов. Под византийским правом он понимал «римское право, отмеченное особенностями византийского элемента, ...исторически выработанное в Восточной Римской империи на началах частного римского права»⁶¹.

Сторонник применимости понятия рецепции римского права Л. Казанский считал, что задача науки гражданского права и др. — раскрытие законов в науке о праве. *В римском праве уже были открыты законы общие, а национальное право новых народов заимствовало это, облекая в национальные одежды. По этому другие национальные науки — прикладные к чистой* ⁶². Более того, юридические понятия открыты и получили твердую постановку в науке римского права ⁶³. Ему в этом убеждении вторит Виндшейд, воспринимавший содержание римского права в большинстве случаев не как национальный продукт, а как общечеловеческое понимание общечеловеческих правоотношений ⁶⁴.

Вместе с тем, считал он, что в России римское право не реципировано как действующее. Его влияние происходило через греко-римское право, вместе с христианской религией и через французский Code civil. Это оказало влияние на разработку в России действующего Свода законов. Для нас римское право необходимо для практического приложения правовых норм и для законодательной деятельности ⁶⁵. Он уверен в том, что *изучение римского права способствует не водворению чуждых начал, а разработке своего гражданского права с его национальными особенностями. Но необходимо и прямое заимствование чужого. Замкнутость — грех против себя и других* ⁶⁶. Кроме того, существует и педагогический аспект изучения римского права, так как это способствует юридическому мышлению. Не юридической логике, так как логика у всех одинакова. *Римское право в России будет способствовать умению точно и определенно выразить юридические понятия* ⁶⁷.

Д.И. Азаревич и М.В. Владимирский-Буданов считают, что *наше гражданское право подпало под влияние греко-римского, про-*

*водившегося в жизнь духовенством*⁶⁸. Казанский, поддерживая это мнение, пишет о том, что это влияние сохраняется и доныне, «...между тем как переделки в наших законах по западным образцам и заимствования национальных особенностей западных народов, происшедшие после Петра Великого, разорвавшего живую связь между обычным правом и законодательством, дали этому последнему несогласное с народными воззрениями направление. *Римское право* здесь ни при чем. Оно скорее могло бы нам помочь объединить два параллельно действующих у нас правовых порядка»⁶⁹ (курсив наш. — В. Л.).

Исполнение закона в России было затруднено без толкования их. Этим в стране, в качестве высшей судебной инстанции, занимался Кассационный департамент Сената. Толкование закона более точно, если известен первоисточник. По словам Винавера, «*вопрос о происхождении институтов нашего гражданского права имеет практическое значение... потому что знание действительного источника закона даст возможность проверить правильность его толкования*, выяснить, не дала ли недомолвка или неясность в законе простора для построения теорий, несогласных с существом заимствованных отношений, и не возведено ли случайное противоречие или неполнота в самом законе на степень чего-то непредусмотренного, а следовательно, должного»⁷⁰ (курсив наш. — В. Л.).

В усилении внимания к римскому праву в России важную роль сыграло применение сравнительного метода.

В XIX веке в европейской юриспруденции, особенно в Германии, были широко распространены идеи исторического правоведения. Они проникли и в нашу страну, где в 30—70-е гг. XIX в. начали доминировать. Представители отечественного исторического правоведения восприняли основные идеи западноевропейской школы, исследуя процесс возникновения, образования и развития русского права. Они убеждали в том, что русское право развивалось органически, что в своей эволюции оно было тесно связано с сознанием, бытом, характером и судьбой русского народа⁷¹.

Поскольку представители исторической школы права в Германии при исследовании римских правовых источников пытались выявить генетическую связь между древним и современным им правом, они пришли к выводу о закономерности

его органического развития. В германской науке сложилось убеждение во взаимном проникновении и влиянии римского и немецкого права. В связи с этим в этой стране произошло взаимное влияние и взаимопроникновение двух систем права⁷². *Русское правоведение, в связи с восприятием исторической школы, также стало обращаться к исследованию римского права и к его рецепции.* Однако в целом не поддерживало мнения о влиянии римского права на русское.

С точки зрения автора исследуемой в данной работе проблемы важно отметить, что в России была воспринята от исторической школы идея развития. А в этой связи *стало возникать убеждение в том, что в процессе влияния на национальное право иносистемных элементов происходит некая ассимиляция, приспособление их к содержанию национального права и к общему направлению его эволюции*⁷³. Таким образом, влияние иностранного права на русское не только не стало отрицаться, но и произошло изменение и развитие точек зрения на рецепцию римского права в России.

Не все отечественные юристы поддержали идеи исторической школы. Так, петербургский профессор А.П. Куницын, учитель А.С. Пушкина, будучи представителем противоположного, естественно-правового, направления, не поддерживал идеи органического, преемственного развития русских законов, ибо считал, что многие из них привнесены варягами⁷⁴.

Постепенное признание в русской правовой науке наличия иностранных влияний, по словам Н.В. Калачова, тем не менее приводит к убеждению в том, что все чужеродные элементы, например варяжский, не изменили твердой опоры русского права. Все привносимое другими народами служило необходимым, но в то же время лишь дополнительным материалом для укрепления и развития русского законодательства⁷⁵. И.Д. Беляев, также признавая влияние иностранного права, писал, что оно не изменило существа русского духа. «*Основа старой русской жизни, известное отличие Руси от других народов осталось неприкосновенным*»⁷⁶.

Интерес для прояснения проблемы представляют и взгляды К.А. Неволина, сторонника преемственного развития отечественного законодательства. С философских позиций он утверждал, что возникновение и развитие положительных зако-

нодательств вообще, в том числе и законодательства России, есть постепенное раскрытие идеи закона. Это, безусловно, философское влияние немецкой философии Гегеля и Шеллинга, особенно популярных в России в 20—30-е гг. XIX в. И. Киреевский, описывая русское общество, утверждал, что в середине 40-х годов не было человека, который бы не говорил философскими терминами и не рассуждал бы о Гегеле⁷⁷. Так, К.А. Неволин писал, что для того, *чтобы представить всеобщее органическое развитие отечественного законодательства, его особенный характер, его относительное достоинство, его всеобщая идея могут быть усмотрены только из сличения с другими законодательствами*⁷⁸.

Ему же вторит Н.И. Крылов, говоря о том, что возникновение и существование права отдельного народа есть не что иное, как одна из сторон в развитии идеи права⁷⁹. «Идея права развивается всем человечеством, она едина, неделима, следовательно, все явления юридической жизни, различные “по разнообразию времен, народов, климата, истории”, все-таки выражают одну вечную идею, поэтому находятся во взаимной органической связи между собою»⁸⁰.

Исходя из концепции основателя исторической школы права Ф. Савиньи, со временем правопроизводительная сила народа иссякает, народные представления, народное право продолжают жить в законе и науке⁸¹. В русской науке Д.И. Мейер занимал иную позицию. Он считал, что с развитием народа постепенно прекращается его исключительно органическое существование, следовательно, меняется характер правообразования. Новые правила появляются на основе дополнительных источников, непосредственного участия народного сознания в этом процессе нет. Однако народное сознание остается хранилищем нравственных критериев, которые вольно или невольно используются при создании новых норм поведения⁸².

Таким образом, развивая на российской почве идею органического происхождения права и доказывая, что в правотворческом процессе основополагающую роль играет индивидуально-народное начало, русские юристы одновременно не отрицали и того, что в любом национальном праве присутствуют всеобщие (общечеловеческие) элементы.

С.В. Пахман отстаивал свое убеждение в том, что в России как бы существовали две правовые системы. «Громадное большинство нашего населения, — писал он, — руководится в сфере частных гражданских отношений не писаным законом, а правилами, слагавшимися путем обычая и во многом несогласными с началами законодательства»⁸³.

Русские юристы И.Г. Оршанский и Д.И. Мейер также считали, что гражданские правоотношения регулируют в России две самостоятельные системы права: формальную (законодательную) и обычную. «Данные системы имели различную юрисдикцию, то есть регулировали жизнь разных сословий населения страны. В системах по-разному были расставлены акценты. Если законодательство все свое внимание сосредоточило на отношениях собственности и договоров, обычное право регулировало, главным образом, семейные и тесно связанные с ними наследственные отношения»⁸⁴.

Ф.К. Савиньи в этой связи выделял роль науки в соотношении закона и обычного права в процессе образовании права. Так, он писал, что «...научное право призвано восполнять пробелы в обычном праве и законодательстве», «приноравливать нормы права к истинным потребностям», «указывать новые начала, требуемые жизнью» и «служить основанием против произвольных и противных духу народа законов»⁸⁵.

Точку зрения исторической школы права на проблему правовых заимствований ясно выразил С.Н. Орнатский. В его изложении органическое развитие права допустимо до определенных пределов и только относительно общего направления, общего духа законов того или другого народа, главнейших черт и сильнейших его оттенков⁸⁶. *Более того, любое органическое развитие не есть развитие собственными силами и внутри собственного круга. На тех или иных этапах оно нуждается в привлечении «новых» сил, «неродных» элементов.* Такую же потребность испытывает и право в своем органическом развитии⁸⁷.

С ним согласен и М.М. Михайлов, так как в современную эпоху не существует совершенно самостоятельных законодательств. Все они заключают в себе чужеродные элементы, приспособленные к условиям страны. Он выделяет и причины неизбежности правовых заимствований:

1. Все государства приходят на историческую сцену в разное время, поэтому вольно или невольно перенимают у уже сложившихся государств те или иные правила общения.

2. Ни один народ не имеет абсолютно совершенного законодательства⁸⁸.

Ф.Л. Морошкин считал, что все заимствованное из чужих источников совершено в духе русского законодательства⁸⁹.

Русская цивилистика рассматривала проблему заимствований особенно в связи с началом эпохи русского императора Петра Первого. М.М. Михайлов в «Истории русского права» сделал вывод о том, что в XVIII в. Петр I активно обращался к иностранным источникам. «Этому предшествовала, — писал исследователь, — большая работа по приведению в порядок отечественного законодательства и изучению возможности использования его в деле государственных преобразований. И лишь после того, как Петр I убедился в недостаточности отечественных средств, он обратил внимание законодателей на датское и шведское Уложение»⁹⁰.

В одной из работ Н.И. Крылова мы можем найти его размышления о том, что заимствования неизбежны потому, что идея права развивается всем человечеством, и поэтому все национальные системы находятся во взаимной органической связи, предполагающей взаимовлияние и взаимопроникновение. Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод: любая национальная система права может безбоязненно и безболезненно заимствовать элементы других систем. Например, в российской юриспруденции «недостает общих логических норм, общих понятий и слов». Этот пробел, отмечал он, можно восполнить, заняв у римлян эту «формальную сторону» и «переведя на наш язык...»⁹¹. *Римское право Крылов рассматривал как «собственность всего человечества», обладающую «высшей юридической логикой». Поэтому по «общему Уставу человечества» возможно необходимое заимствование, тем более, что «все новейшие народы делают такой заем»*⁹².

Однако в российском правоведении XIX века отсутствовали специальные и фундаментальные исследования по проблеме правовых заимствований, в том числе и из римского права. Отсутствовал также анализ степени влияния римского

права на процесс развития отечественного права в России. Между тем сама проблема ставилась.

Безусловно, законы не могут быть навязаны народу извне. Поэтому всякое заимствование, совершенное в истории, обуславливалось внутренней жизненной необходимостью⁹³. По мере становления русского общества, экономического развития страны, расширения взаимосвязей России с Западной Европой усиливалось взаимодействие русского права с другими правовыми системами, увеличивались заимствования. При этом заимствования относились к тому общечеловеческому элементу в праве, который и позволял говорить о единстве правового развития всех народов мира. Как точно выразился А.А. Ворошилов, *«заключая в себе своеобразное, ни один народ не может отказаться от того общего, которое связывает его с другими народами»*⁹⁴ (курсив наш. — В. Л.).

Русское право нуждалось в выработке общих начал, что требовало значительных теоретических знаний, ясного и выверенного языка юридических терминов, понятий и категорий. Это составляло существенную проблему для отечественной цивилистики. Какой же путь был избран правоведением и правительством России? *Был избран путь подготовки юристов по теоретическим образцам римского права.* Разве это была не рецепция римского права в нашем Отечестве? По словам Н.Л. Дювернуа, *«для подготовки таких юристов нужна была научная школа с серьезными основами классического образования, могущая научить юристов мыслить логически с учетом исторического опыта, способная заставить будущих законотворцев размышлять над проблемами не только сегодняшнего дня, но и завтрашнего...только от юристов, которые образовывались в такой школе, можно требовать, чтобы они были действительно юристами не по одному только имени»*⁹⁵.

А.Х. Гольмстен был более радикален. Он считал, что российский законодатель не должен опасаться иноземного правового опыта. *Он советует законодателю смелее осуществлять заимствования из римского права, поскольку оно уже испытано временем.* «Положенное римскими юристами основание, — убежден он, — стоит твердо. На Западе хорошо понимают, что Америку открывать уже более не приходится, что изучение науки права надо начать с римского права, — римские

юристы уже много сделали, открыли много законов юридической статистики, и, не изучив их, рискуешь потратить бесплодно немало сил на отыскание того, что давно уже найдено»⁹⁶.

Н.И. Крылов, рассуждая о своеобразном и очень развитом инстинкте самосохранения русского духа, определил его особенность в том, что оно способно поглотить, приспособить к своим условиям любое чужеродное, но приемлемое для него явление⁹⁷. «Все, что другими народами выработано лучшего и возведено до всеобщих начал, — писал он, — мы готовы себе усвоить: но эти лучшие временные явления идей вечных мы пересаживаем на свою почву, свежую, богатую разнородными силами, перерабатываем их сообразно нашей народности и делаем из них нашу отдельную неотчуждаемую собственность»⁹⁸.

1.2. Современная историография проблемы в XX — нач. XXI в.: на пути к признанию частноправового подхода

Обращаясь к исследованию современной историографии проблемы, заметим, что «задача историка не в том, чтобы апологетизировать то, что вчера огульно зачеркивалось. Задача историка в том, чтобы найти фактам прошлого их подлинное место и соотнести их со всей динамикой исторического процесса»⁹⁹. Истина, на наш взгляд, может находиться где-то между либерализмом и консерватизмом в методологических подходах. Исходя из этого, нам не следует отрывать последующие в XX в. исторические события от предшествующих им звеньев единой исторической цепи, чтобы оценить мнения наших предшественников с политической или моральной точек зрения современной эпохи. *Потому что наши предшественники в науке, в действительности, являются не нашими учениками, а нашими учителями.* Только так мы сможем приблизиться к подлинному пониманию прошлого и настоящего в истории государства и права России¹⁰⁰.

Современная историография более позитивно относится к признанию роли римского права в становлении отечественного права. И чем ближе мы находимся ко времени принятия

нового, ныне действующего ГК РФ, тем более ощущается позитивное отношение к нему.

Примечательно также и то обстоятельство, что все высказывания, связанные с употреблением термина «рецепция римского права» применительно к России, не содержат определений понятия, которые исследователи вкладывают в содержание этого термина. На наш взгляд, создается традиционное заблуждение в том, что рецепция возможна только полная и в качестве примера имеется в виду рецепция римского права на Западе.

Сгруппировав точки зрения современных исследователей, приходим к убеждению в том, что складывается в основном три точки зрения:

1. *Отрицание существования такого явления в развитии отечественного права, как рецепции римского права в России.* Эта точка зрения традиционно исходит от дореволюционной историографии проблемы и усиливается отрицанием частноправового подхода в советском праве.

2. *Признание наличия рецепции и норм, и институтов римского права в России, выделяя при этом те этапы, когда рецепция была полная и когда частичная.* Эта же группа исследователей, тем не менее, склонна, на наш взгляд, *понимать под полноценностью термина «рецепция» именно западноевропейский ее вариант.* Между тем, как будет исследовано в главе второй, на западе Европы рецепция римского права в разных странах носила своеобразный характер.

3. Точка зрения и определение понятия автором впервые высказывается в отечественной историографии данной проблемы и выносится на защиту. Она заключается в том, что *понятие «рецепция римского права» автор считает применимым к истории российского права в XIX— начале XX в.* Оно имеет полное право на существование, так как *само явление российской рецепции римского правового наследия было и необходимым, и достаточным в той форме, в какой оно реализовалось в нашей стране.* Это убедительно доказывается как нашими предшественниками в изучении проблемы (отечественной историографической традицией), так и исследованием, проведенным автором в представленной к защите квалификационной работе. Проблема заключается в том, что в некоторых странах кон-

тинентальной Европы, а также в некоторых других странах мира, в отличие от России, рецепция римского права носила всеобъемлющий по многим нормам и институтам характер. Между тем, и это было уже убедительно доказано в отечественной историографии, римские нормы в России, так же как и в других странах, были действующими. Однако их количество и системность носили ограниченный российскими условиями характер. Кроме того, их действие происходило в основном не в рамках римских кодексов, как в странах континентальной Европы, а в рамках российских сводов законов. Но специфика российских условий влияния римского права не может, на наш взгляд, доказывать неприменимость понятия «рецепция римского права» для России. *Важно при употреблении уже бытующего в науке термина обозначить пределы его использования, определить, таким образом, понятие, а соответственно, и степень влияния норм римского права. Важно выявить достаточность для России рецепции в тех формах, в которых она реализовалась для вывода о том, можно ли данный термин употреблять.*

Остановимся на первой точке зрения. Так, по мнению М.Х. Хутыза, о процессе российской рецепции римского частного права если и можно говорить, то только применительно к проекту дореволюционного Гражданского кодекса. «В силу известных причин, — писал он, — Россия не реципировала римское частное право». Начавшийся процесс его восприятия проектами гражданских кодексов в начале века был прерван Октябрьским переворотом, вскоре после которого В.И. Ульянов (Ленин) заявил: “Мы ничего “частного” не признаем...” и потребовал “применять не *corpus iuris romanum* (свод римского права. — М.Х.), а наше революционное правосознание” (Письмо Курскому Д.И., 20.02.22)¹⁰¹.

На этой же позиции находится и профессор В.А. Тархов. Он писал: «В России рецепции римского права не было. Хотя русские юристы много и плодотворно работали в области римского права, это почти не нашло отражения в литературе»¹⁰².

Западный исследователь истории России У.Э. Батлер вообще противоречив в своих высказываниях. Так, он отмечает, что «законы Петра I очень походили на европейские, которые он читал или заставлял себе читать, часть из них была переве-

дена на русский язык»¹⁰³. В другой части этой работы он пишет, что вообще «рецепция западного права в России не была особенно замечена исследователями»¹⁰⁴.

Незнанием фактической стороны данного вопроса отличается и мнение другого известного и очень авторитетного американского историка России Ричарда Пайпса. Так, он считает, что в России не было знания римского права в период Средневековья, или, как он его называет, в период вотчинного государства¹⁰⁵.

М.В. Сидорчук считает, что «рецепция римского права оказала значительное влияние на систематику буржуазного права европейских стран. Однако менее всего это влияние сказалось на законодательстве России, отличающемся индивидуальностью и своеобразием в силу особенностей исторического развития. Феодально-крепостнический характер законодательства исключал возможность заимствования буржуазно-правовой системы. М.М. Сперанский понял это и отказался от существенных заимствований римского права»¹⁰⁶. В главе второй мы предпримем попытку проанализировать возможность того, что он в своей кодификационной работе пытался использовать максимум из иностранного правового наследия, а представлял царю и общественности совсем другое, чтобы удалось реализовать хоть минимум буржуазного, европейского духа законодательства.

И.А. Емельянова вообще обнаружила в целом негативное отношение в первой половине XIX века к римскому праву. Между тем источники, на которые она ссылается в своей книге, говорят об обратном, и мы представим свой анализ и обобщение его в главе второй настоящей работы. Заметим только, что греко-римское право в России уже было рецептировано, в виде церковного права оно действовало на Руси и вошло в правовой менталитет народа, увлечение античностью и римской культурой стало составной частью русской культуры и образованности еще с XV—XVI вв., поэтому странно, что так резко правосознание и менталитет могут измениться в первой половине XIX века. Так, в подтверждение сказанного выше, И.А. Емельянова пишет: «Представляется, что корни этого негативного отношения (в 1-й половине XIX века. — *В. Л.*) к римскому праву и его науке следует искать в том, что в условиях феодально-крепостнической экономики России нормы

этого права не находили достаточного применения»¹⁰⁷. С этим обобщением также можно поспорить.

Сошлюсь в этой связи на авторитетное мнение современных немецких авторов К. Цвайгерта и Х. Кетца о том, что в основе ГК Франции, равно как и Прусского всеобщего земского права (1794), и Австрийского гражданского уложения (1811), лежало убеждение, освященное эпохой Просвещения с ее верой во всеислие разума, в то, что путем планомерной и всеобъемлющей систематизации права можно заложить фундамент для построения общества на рациональных началах. Но все названные кодексы по-разному стремятся достигнуть этой цели и в различных исторических условиях. Прусское всеобщее земское право по сути оставалось феодально-сословным, хотя в ряде случаев и чувствовалось влияние духа эпохи Просвещения... Австрийское Гражданское уложение (АГУ) в гораздо большей степени было пропитано идеализмом и рационализмом эпохи Просвещения... Другое дело — Франция. Здесь кодекс был декретирован не просвещенными монархами, как в Пруссии или Австрии, а буржуазией. Она революционным путем уничтожила одряхлевшие социальные институты старого режима и создала новое государство на основе принципа формального равенства. И только в этой ситуации появился кодекс, который удовлетворял требованиям революции о свободе и равенстве»¹⁰⁸. Главное отличие в том, что во Французском гражданском кодексе 1804 г. нашли отражение важные достижения революции: принцип равенства при разделе наследства, полная секуляризация браков, отказ от феодальных повинностей, запрет фидеикомиссных субститутов и т. д.¹⁰⁹ Как считают современные французские авторы, даже во Франции к римскому праву всегда относились лишь как к “писаному разуму”, но не как к общему действующему праву»¹¹. Поэтому понимание рецепции римского права в Западной Европе, сложившееся в российском правоведении, исходя из последних западноевропейских исследований в области сравнительного права, должно быть пересмотрено.

Негативное отношение к данной теме сохраняется и в некоторых отечественных работах последнего времени, но явно локализуясь в московских рамках. Так, в публичную дискуссию с доцентом МГУ Е.В. Салогубовой, признававшей факты

рецепции римского права в России еще применительно к X—XVI вв., вступила доцент МГУ Т.Е. Новицкая. По ее мнению, «рецепция римского права в России — тема, искусственно поднятая... В нашем случае спора быть не может, поскольку идея заимствования римского права в России (высказывавшаяся еще в XIX в. и тогда же отвергнутая российской наукой) не получила в свое подтверждение ни новых документальных свидетельств, ни иных фактов»¹¹¹. Она, в частности, скептически относится и к проводимым Институтом всеобщей истории РАН, совместно с МГУ, СПбГУ и другими научными центрами России и Италии конференциям по проблемам рецепции римского права (в том числе и в России). По ее мнению, заставила обратиться к римскому праву сегодня «конъюнктура (то есть сложившееся положение вещей)», «идея поиска “общих ценностей”, возникшая в 90-е годы XX вв.»¹¹² Вместе с тем и она не отрицает фактов современной рецепции римского права в России. «Современный ГК РФ, — пишет Т.Е. Новицкая, — рецепирует сервитут в его понимании в римском праве, поэтому следует говорить о рецепции римского права в 90-е годы XX в. В этот период, как уже отмечалось, началась рецепция западноевропейского частного права, базирующегося на римском частном праве»¹¹³.

Обратимся ко второй точке зрения. Она разнопланова, неоднозначна. *Создается представление о том, что исследователи постоянно находятся во внутренней борьбе со своими же представлениями, сложившимися под влиянием своих учителей—предшественников в области правоведения.* Однако автор сразу же должен заметить здесь, что никто из дореволюционных авторов в полном объеме и в совокупности поставленных в настоящей работе задач, проблемы рецепции римского права в России не ставил. Устоявшаяся историографическая традиция исследования проблемы в основном мифологична, часто не опирается на конкретное исследование подотраслей гражданского права и его институтов. И поэтому устоявшаяся традиция нуждается в переосмыслении и выработке обобщений на основе специально проведенного исследования.

О сказанном выше красноречиво свидетельствует одно из мнений двух уважаемых автором коллег. «Российское гражданское право, — пишут они, — почти никогда не использо-

вало напрямую законодательные решения римского права (подобно тому, как это сделал известный наполеоновский Code Civil, до сих пор формально действующий во Франции). Оно заимствовало прежде всего сами идеи, суть таких решений, вырабатывая на этой базе собственные юридические конструкции. Поэтому о прямой рецепции римского права здесь говорить не приходится. Но с другой стороны, российское правоведение самым активным и непосредственным образом использовало материалы как собственно римских источников, так и германских пандектистов для развития юридического образования и подготовки юристов к законодательной деятельности»¹¹⁴.

Однако еще в начале XX века науке было известно то обстоятельство, что церковные суды на основании норм римско-византийского права имели довольно обширную юрисдикцию, распространявшуюся и на лиц, не принадлежащих к церкви, активно вмешиваясь, таким образом, в гражданское судопроизводство¹¹⁵.

К его мнению присоединяется и Я.Н. Шапов, глубоко исследовавший византийские корни рецепции. Он считает, что *римское право оказало на Россию не меньшее влияние, чем на Западную Европу*. Своеобразие этого влияния заключалось в том, что Кодекс и Дигесты Юстиниана проникли в Россию в X—XII вв. из Византии вместе с христианством. Поэтому, если княжеские своды хотя и ссылались на греческие, то есть византийские законы, но преимущественно опирались на местное, обычное право, то Православная церковь была наиболее последовательным проводником римско-византийского права. Наиболее древние пласты брачного, обязательственного и налогового права именно в этот период активно заимствовались из Дигест и Кодекса Юстиниана. Об этом, в частности, свидетельствует *содержание русской редакции Кормчей книги, которая включает в себя древнейшие русские переводы из законодательства Юстиниана*¹¹⁶. К этой же точке зрения присоединились А. Николин, В.А. Цыпин, Д. Азаревич, Л.В. Милов и др.¹¹⁷.

Уже цитируемые нами выше авторы Е.А. Суханов и Л.Л. Кофанов находили в дореволюционной России рецепцию, более того, обосновывали ней 4 этапа¹¹⁸. Так, ссылаясь на работы Я.Н. Шапова, исследования Соборного уложения 1649

г., и др. работы, они были согласны с тем, что в X—II вв. влияние римского права происходило через Византию. Они связывали дальнейшие влияния с падением Константинополя в 1453 г. и гибелью Восточной римской империи. Именно тогда все инсигнии римской власти, а вместе с ними и некоторые принципы и положения римско-византийского права, были унаследованы русскими царями. Хотя в судебныхниках продолжались ссылки на греческие законы, как на один из основных источников права. При этом, считали они, о серьезной рецепции римского частного права в России можно говорить лишь с некоторой натяжкой. Таким образом, в России в XI—XVII вв. влияние римско-византийского права было обусловлено распространением христианства и историческим обоснованием царской власти. На Западе оно было связано не только с вышеуказанными причинами, но и с чисто светским интересом к римскому праву, с необходимостью развития коммерции (обязательственного и вещного права). Таким образом, там произошла прямая и непосредственная рецепция римских законов¹¹⁹. Однако в этом случае возникает вопрос, почему же не вся территория Франции была охвачена рецепцией римского права? Как известно, на севере этой страны длительное время действовали кутюмы, о чем подробнее автор скажет в главе второй. Современный французский историк права Оливье Мортан отмечал, что «редактирование кутюмов в XVI веке, по инициативе королевской власти, без сомнения, избавило Францию от тотальной рецепции римского права, осуществленной в Германии»¹²⁰.

С точки зрения научного признания факта рецепции в России, важен вывод Е.А. Суханова и Л.Л. Кофанова о том, что «...с 18 в. можно говорить и о рецепции в России римского права в западно-европейском понимании этого слова»¹²¹. Это было связано с желанием Петра I построить российские законы на принципах европейских гражданских институтов. Однако данный вывод несколько противоречит предыдущему у этих же авторов, но он отражает историческую реальность того времени. Последующий вывод о том, что Свод законов Российской империи, в разработке которого принимали участие многие специалисты по римскому праву, в значительной степени воспринял не только терминологию, но и институты римско-

го публичного, и особенно частного, права¹²², что также достаточно точно, на наш взгляд, характеризует существо вопроса.

Е.А. Суханов, Л.Л. Кофанов используют термин «рецепция». «Рецепция римского права, — считают они, — началась на Руси еще в X в. и осуществлялась через посредничество Византии, особенно Византийской православной церкви»¹²³. И далее утверждают, что рецепция римского права в России в ее западноевропейском варианте началась лишь в XVIII веке, в эпоху преобразований Петра I, однако реальное значение для правоправедения и законотворчества она приобрела позднее, в XIX в.»¹²⁴ Обращаем внимание также и на то, что в этой части они отождествляют западный и российский варианты рецепции.

В статье этих же авторов делается осторожный вывод о том, что в России, точнее, была «рецепция духа римского права». Они поясняют это следующим образом: «...Особенностью рецепции римского частного права в России можно считать то обстоятельство, что здесь она сыграла важную роль в развитии не столько законодательства (ее значение в этой области можно считать опосредованным), сколько правовой науки и университетского юридического образования. *Влияние римского частного права и его идей на многие поколения российских профессиональных юристов не только велико, но и чрезвычайно важно. Ведь именно эти люди в конечном счете формировали и формируют законодательство и практику его применения. Поэтому и возникает точка зрения о том, что необходимо говорить о “рецепции духа римского частного права”, а не его догмы*»¹²⁵. Безусловно, существует реальная проблема того, что на самом деле заимствуется. Правовые институты, элементы юридической техники, правоприменительная практика или «идея права» (согласно Ж. Бюрдо), то есть система общих взглядов относительно основ правового порядка¹²⁶ или «дух римского права» (согласно цитировавшейся выше работе Р. Йерринга)? *На наш взгляд, который автором будет отстаиваться в главах о рецепции римского вещного и обязательственного права в России, в нашей стране воспринят был не только дух римского права, но произошла рецепция на уровне институциональном, на уровне многих конструкций гражданских правоотношений.*

С точки зрения перспектив исследования проблемы и для правотворческой деятельности особую важность представляет вывод Е.А. Суханова и Л.Л. Кофанова о том, что «...поиск общих корней может способствовать в будущем естественному сближению западноевропейской и российской правовых моделей, связанных общей основой — рецепцией римского права»¹²⁷.

Важным, на наш взгляд, является и наблюдение А.Н. Медушевского о том, что русская школа римского права, сформировавшаяся в конце XIX в., внесла весомый вклад в изучение истории и системы римского права, закономерностей его восприятия и переработки позднейшими европейскими законодательствами, в формирование на базе римского права общей теории гражданского права¹²⁸. Последнее особенно важно.

Обратимся еще раз к исследованию М. Сидорчук. По ее мнению, «М. Сперанский заимствовал из французского кодекса конструктивную сторону, основанную на системе римского права. Большая часть статей проекта только по форме напоминала Гражданский кодекс 1804 г...»¹²⁹ В своем исследовании она приходит к убеждению в том, что М. Сперанский использовал уложения фр., прус., герм.¹³⁰ *С этим можно было бы согласиться только в том случае, если бы сами эти кодификации не были бы основаны на том же римском праве.* Если такая рецепция и имела место, то это была, на наш взгляд, рецепция римского права через посредство западноевропейского законодательства.

Так, по мнению современных немецких исследователей К. Цвайгерта и Х. Кетца, европейцами «...из писаного права, а практически и из римского права было заимствовано почти все обязательственное право. При этом создатели использовали очень хорошо практическую разработку Потье о том, что касается регулирования отношений соседей — собственников недвижимостей, составления завещаний и системы правил пользования и сохранения приданого как договорных имущественных отношений супругов»¹³¹. Кошакер отмечал, что «неприятие римского права в Англии... равно как и умеренное и взвешенное его применение во Франции, объясняется среди прочего и тем, что в обеих странах довольно рано возникло

организованное и потому влиятельное сословие юристов-практиков, которые считали себя союзниками королевской власти, были заинтересованы в создании единой королевской юстиции и открыто выступали сторонниками национального права»¹³². Поэтому о тотальной, полной и т. п. рецепции римского права в Западной Европе сейчас говорить уже не приходится. А в связи с этим в российскую традицию понимания данной проблемы необходимо внести существенные коррективы, если не полностью отказаться от некоторых точек зрения.

По мнению Н.В. Акчуриной, историческая школа права в XIX веке утверждала необходимость спонтанного развития права, подобного развитию нравов и языка и отражающего конкретно-исторический уровень цивилизации в каждой стране. Но в силу любопытной логики глава этой школы Савиньи пришел к обоснованию рецепции римского права и даже к требованию более строгого применения римского права в Германии. По его мнению, признанными выразителями духа народа в области права являются юристы, которые хотят применять римское право. Замечание Салейля о том, что «желание устранить римское право при создании кодекса значило бы (в конце XIX в.) создать немецкий кодекс без немецкого права, было совершенно верно: *римское право стало в ту эпоху национальным правом Германии*»¹³³ (курсив наш. — В. Л.).

М. Сидорчук поставила в связи с «кодификацией М. Сперанского» еще одну теоретическую проблему, которая также еще ждет своего исследования. Она убеждена и в том, что Свод законов Российской империи — это результат систематизации законодательства в форме инкорпорации, то есть в данном случае новых норм и институтов не создается¹³⁴. Она пишет, что система построения Свода была разработана М. Сперанским. И это, на ее взгляд, инкорпорация. Подобной инкорпорацией был Свод Юстиниана. А его принципы были заимствованы большинством западноевропейских государств¹³⁵. Однако эта точка зрения оспаривалась ее современниками в во второй половине XX в. Так, отечественные исследователи А.Н. Иодковский и А.А. Ушаков убедительно считали это результатом кодификационной деятельности¹³⁶.

В актуальности эмфитевтического-чиншевого права для современной России мы можем убедиться из работ А.В. Ко-

пылова. Он считает, что на территории дореволюционной России существовало чиншевое право, происхождение которого от эмфитевзиса признавалось большинством цивилистов того времени. Он полагает, что ознакомление с опытом развития этой правовой конструкции представляет интерес не только для науки, но и для практики»¹³⁷. «Пожизненное наследуемое владение, — доказывает он, — есть особое вещное право, обязанное своим происхождением римскому эмфитевзису и чиншевому праву»¹³⁸. А.В. Копылов убежден в том, что эмфитевтическое право Рима более совершенно, чем российское право пожизненного наследуемого владения, установленного ЗК РСФСР 1991 г.

В исследовании А.В. Копылова «Сервитуты в русском дореволюционном и современном российском гражданском праве» рассмотрена проблема соотношения терминов «право участия частного», «право угодий в чужом имуществе» и собственно «сервитутов», сделан вывод о сходстве правовой природы прав угодий с римскими сервитутами, описаны перспективы развития данного института¹³⁹.

Важным и интересным представляется вывод А.А. Белякова, сделанный им в своем исследовании «Римское право и законы Российской империи о правовых основах рационального водопользования», где он отметил, что «...рациональное водопользование может осуществляться лишь на основе римских правовых положений, реципированных законами Российской империи. Автор дал рекомендации по коррекции действующего водного законодательства РФ»¹⁴⁰ (курсив наш. — В. Л.).

Не только для западной истории права, но и для российской актуально объяснение секрета долговечности римского права, который точно был аргументирован в работе Л.Л. Кофанова, отметившего, что «...уже в архаический период римляне научились творчески воспринимать, синтезировать и впитывать чужой опыт. Кроме того, в рамках жреческого, особенно авгурального, права была выработана стройная, философски обоснованная логичная система исков и права»¹⁴¹.

В ряде работ зарубежных романистов отмечается важность современной рецепции римского права не только в России, но и в объединенной Европе.

Так, Андреас Ваке (Кельн) в докладе «Приобретение собственности покупателем посредством простого консенсуса или же путем передачи вещи? Процесс рецепции в Западной Европе как модель (прототип) рецепции на Востоке» отмечал важность изучения римского права и его рецепции в современных условиях «...как средства диалога между Востоком и Западом в разработке общих разумных принципов современного права, в чем особую роль играет общее для всех наследие римского права... Одной из важнейших юридических проблем современного европейского права является соотношение консенсуальных контрактов купли-продажи и реального (одностороннего) акта передачи собственности на вещь. В разных странах Европы это соотношение решается по-разному. Так, например, согласно Гражданскому кодексу Франции, продавец теряет собственность сразу после заключения контракта, а в Германском гражданском уложении (BGB) установлен принцип сохранения собственности за продавцом до полной уплаты цены. При поиске общих принципов разрешения различий следует опереться на общие правовые традиции, то есть на римское право. Странам Восточной Европы при рецепции римского права в выборе модели важно учитывать как позитивный, так и негативный опыт западных стран, а также свои собственные насущные потребности»¹⁴².

М. Гарсио — Гарридо (Мадрид) в работе «Новые исследования римских юридических произведений: Similitudines Digestorum» «...было обращено внимание на значение римской классической юриспруденции в праве современной Европы, причем не только для романистов, но и для юристов-практиков, ибо Дигесты дают огромное число юридических казусов, многие из которых актуальны и сегодня. Поэтому весьма важен текстологический анализ Дигест: выявление интерполяций, сопоставление сходных отрывков...»¹⁴³

В. Володкевич (Варшава) в работе «Римское право и современная юридическая культура» отметил, что «*современная рецепция в Восточной Европе может быть охарактеризована, например, таким фактом, что Конституционные суды иногда напрямую ссылаются на *regi lae iuris* римского права*»¹⁴⁴.

В заключение отметим, что сравнительное право дает возможность лучше узнать национальное право и совершенство-

вать его. Правовая наука по самой своей природе носит транс-национальный характер. По мнению самих европейцев, «романо-германская правовая система объединила народы Европы, уважая при этом и существующие между ними различия, без которых Европа не была бы тем, чем она является, и той, какой мы хотим ее видеть»¹⁴⁵. Важно изучить степень влияния римского права и как оно осуществлялось. В современной французской юриспруденции принято считать, что возрождение изучения римского права отнюдь не обязательно имело следствием повсеместное восприятие на практике предлагавшихся университетами решений. Следствием этого возрождения было, прежде всего, возвращение Европы к чувству права, к уважению права, пониманию его значения для обеспечения порядка и прогресса общества. Это чувство права было потеряно в Европе после падения Римской империи, и здесь, как и на Дальнем Востоке или в примитивных обществах, большее значение, чем право, приобрели согласительные процедуры и поиски компромисса. Университеты показали ценность права и то незаменимое значение, которое оно призвано иметь в обществе. В этом состоит значение изучения римского права, независимо от рецепции самого права. Была возрождена концепция, видевшая в праве основу гражданского порядка.

Кроме того, возрождение изучения римского права означало, что стали применять термины римского права, использовать принятые в нем структуру и понятия. *Деление права на публичное и частное, классификация прав на вещные и личные, понятия «пользование», «сервитут», «давность», «представительство», «найм» были восприняты юристами, воспитанными на базе римского права.*

Возрождение изучения римского права — вот главное, что отмечает возникновение романо-германской правовой семьи. Страны, входящие в эту семью, — это исторически те страны, где юристы и практики получали правовое образование в университетах, воспринимали правовые концепции, взгляды и образ мыслей школы римского права.

Неважно, что основной практический материал — действующие нормы — они получали из местных, а не римских источников. Рецепция римских решений — это совершенно иной вопрос, и он имеет второстепенное значение. Универси-

теты никогда не стремились навязать то или иное римское решение, они никогда не были наднациональными учреждениями, уполномоченными применять право. Университеты просто учили, как нужно понимать право, и, исходя из норм римского права, стремились показать, какое, по их мнению, право было наилучшим и как можно его познать. Они стремились лишь убеждать, а не внедрять властно единообразные нормы¹⁴⁶. «По мере того как шло время, наука римского права все более и более становилась просто наукой права; римское право, преподававшееся в университетах, стало восприниматься как “писанный разум” всего христианского мира»¹⁴⁷.

Обоснованные заключения рождаются из специальных фундаментальных исследований проблемы на основе конкретного анализа законодательства и на фоне эпохи, тенденций в развитии науки изучаемого времени. Но для начала необходимо немногое: сравнить тексты правовых источников, чтобы подойти к решению данной проблемы — рецепции римского права в России. Великий французский философ эпохи Просвещения Клод Адриан Гельвеций сказал: «Новая идея появляется в результате сравнения двух вещей, которые еще не сравнивали»¹⁴⁸. Мы бы добавили к этому только одно: которые еще не сравнивали специально и на фоне исторической эпохи, *то есть в историко-правовом аспекте*.

ГЛАВА 2.

Факторы, влиявшие на рецепцию римского права в России XIX — начала XX в.

2.1. Исторические факторы

Процесс становления и развития правовой системы находится под влиянием многочисленных факторов (как внутренних, так и внешних), находящихся в диалоге между собой. Поэтому привлечение к исследованию права достижений других наук, в том числе истории и философии, совершенно необходимо для обеспечения глубины анализа. Ибо с точки зрения методологии историко-правовой науки важно выяснить, почему право в какой-либо конкретный исторический период приобретает именно такие формы, а не иные. Как заметил немецкий историк римского права Г. Гуго, «ремесленное искусство спрашивает только о том, что предписывает право, но правоведение как наука исследует, почему право так предписывает»¹⁴⁹.

*С методологической точки зрения автор считает необходимым использовать в процессе исследования системный анализ, а именно: учесть историографические и конкретно-исторические факторы отечественного правотворчества и правоприменения при сопоставлении правовых актов (экономические, социальные, политические факторы). Здесь важен и учет уровня национальной правовой культуры, правовых традиций*¹⁵⁰. Потому что, если мы обратимся только к поиску законодательных аналогий, это может привести только к упрощению содержания предпринятого исследования, которое неизбежно будет поверхностным.

Исторические факторы развития правотворчества в нашей стране содержат свою внутреннюю логику, которая складывалась в течение длительного исторического времени.

Роль византийского (греко-римского) права, как фактора становления российской правовой системы, анализировалась в работах В.М. Хвостова, Д. Азаревича, Е.Н. Щапова, А.

Николина, В.А. Цыпина, Л.В. Милова, Е.В. Салогубовой и др. В своей работе автор опирается на эти исследования. В них было убедительно доказано, что византийское право, проникнув на Русь вместе с христианством в X—XII вв., имело широкую юрисдикцию и распространялось не только на церковное, но даже и на гражданское судопроизводство. Углубляет процесс римского влияния на русскую культуру падение Константинополя в 1453 г., возникновение идеи «Москва — Третий Рим», в которой обосновывались права русских царей на римское наследство. Эти выводы уже сложились в современной отечественной историографии¹⁵¹.

Многие нормы национального (самобытного) русского права по существу являлись византийскими. Не случайно, еще С.В. Пахман отмечал совпадение обычного русского права с римским в вопросах приобретения собственности по купле-продаже, отличающееся от тех норм, которые существовали уже в XIX веке¹⁵². Критикуя западное влияние на русское право, произошедшее после Петра Великого, Л. Казанский заметил, что оно разорвало живую связь между обычным правом и законодательством, что дало последнему «несогласное с народными воззрениями направление». А римское право, напротив, могло бы помочь нам объединить два параллельно действовавших в России правовых порядка¹⁵³.

Другим важнейшим историческим фактором стала «петровская рецепция западного права» русским правом. Кстати сказать, сам термин, «петровская рецепция»¹⁵⁴ уже имеет хождение в историко-правовой литературе. Хотя некоторые западные авторы, например У.Э. Батлер, считают, совершенно безосновательно, что «рецепция западного права в России не была особенно замечена исследователями»¹⁵⁵. Это звучит действительно странно, тем более что в другом месте уже цитировавшейся нами статьи, этот же автор замечает, что «законы Петра I очень походили на европейские, которые он читал или заставлял себе читать, часть из них была переведена на русский язык»¹⁵⁶. По мнению В.Н. Синюкова, который ввел в науку термин «петровская рецепция западного права», с XVIII века ведет свое начало наша современная теория (философия) права, возникшая как компиляция сугубо европейских доктрин естественного права в его абсолютистских ин-

терпретациях, чуждых русскому правовому сознанию и традициям русской общественно-политической и философской мысли¹⁵⁷. Начинается, выражаясь его словами, явление так называемого «культурно-правового космополитизма»¹⁵⁸.

Этот процесс не следовало бы однозначно воспринимать только с отрицательными последствиями, как это отмечалось в литературе и о чем говорилось выше. Ведь любое взаимное сближение правовых систем выявляет в них не только различия, которые можно принимать или нет. Оно выявляет в них и всеобщее начало, что не менее важно для развития национального права и международных отношений. Так, А.А. Ворошилов указал, что «позаимствования относятся не к национальному только, а и к общечеловеческому, заключающемуся в праве. Заклучая в себе своеобразное, ни один народ не может отказаться от того общего, которое связывает его с другими народами»¹⁵⁹.

Обращению Петра I к иностранным источникам предшествовала значительная работа по приведению в порядок отечественного законодательства и изучению возможности использования его в деле государственных преобразований. По мнению некоторых исследователей, лишь после того, как Петр I убедился в недостаточности отечественных средств, он заострил внимание законодателей на датском и шведском уложении¹⁶⁰.

Россия в XVIII веке начала с простого копирования всего западного, даже на уровне бытовой культуры, которым увлеклись царский двор и придворная элита, а затем началось увлечение самим духом западной культуры. Усиление западных влияний вызвало желание у правящих кругов и русского дворянства во всем быть похожей на западную аристократию, в том числе в части ее статуса и прав.

В истории права XIX век нередко называют веком кодификаций. Во многих странах приходит к власти буржуазия, принимаются законодательные акты, в которых закрепляются буржуазные принципы, основанные на концепциях естественного права, общественного договора, рационализме. Целью многих европейских государств теперь становится создание общего для всей страны законодательства. Так, известно, что во Франции принимаются пять знаменитых кодексов Наполеона

(в том числе Гражданский — 1804 г.), в 1811 г. — Австрийский Гражданский кодекс, в 1865 г. — Итальянское Гражданское уложение и в 1896 г. — Германское Гражданское уложение.

В России в период царствования Александра I в так называемом «Негласном комитете», в кругу его друзей, обсуждались приемлемые для России формы систематизации законодательства... Малоизвестен тот факт, что для составления общероссийского уложения предполагалось даже обратиться за помощью к западноевропейским юристам. И такое обращение было составлено 17 марта 1802 г.¹⁶¹

Война с Наполеоном оказала глубокое влияние на развитие российского общества и права. Во время войны как на территории России, так и в Европе огромному количеству русских людей удалось непосредственно ознакомиться с достижениями западноевропейской цивилизации. В русском обществе появились настойчивые требования модернизации по западноевропейскому образцу. Вместе с тем эти настроения были не единственными. Отечественная война 1812 г. всколыхнула и национальное самосознание русского народа. Кроме того, император Александр I стал еще сдержаннее относиться к тем настроениям, которые шли с Запада. Он и желал реформ, и опасался их одновременно. Он стремился реформировать страну, но при всем этом продолжал политику «кабинетных» государственных реформ. Все это явно затягивалось, а проникновение идей естественного права, рационализма становилось все ощутимее.

Новая государственная политика началась в сфере образования.

Граф С.С. Уваров составляет записку, где впервые указывает на особый дух русского народа, который необходимо учитывать в преподавании и раскрывать, таким образом, самобытные основы России. Он писал: «Среди быстрого падения религиозных и гражданских учреждений в Европе, при повсеместном распространении разрушительных понятий... надлежало укрепить отечество на твердых основаниях... найти начала, составляющие отличительный характер России и ей исключительно принадлежащие, собрать в одно целое священные остатки ее народности и на них укрепить якорь нашего спасения»¹⁶². Эти идеи он постоянно, на протяжении двадца-

ти лет, пропагандировал в своей деятельности. В 1833 г. в циркуляре на имя попечителей учебных округов, в связи со вступлением его в должность министра народного просвещения, С.С. Уваров назвал три составляющие будущей идеологии, которые могут быть основами России: самодержавие, православию, народность¹⁶³. Это нашло поддержку у Николая I, для которого главным было укрепление государства и дисциплины. Для сильного государства, по его мнению, важно, чтобы не было «беспорядка во мнениях», «противоречий с прошедшим», «нерешительности на счет настоящего», «незнания будущего»¹⁶⁴.

Д.П. Рунич и М.Л. Магницкий, проводники этой новой идеологии, обратили свое внимание на состояние преподавания истории, философии и естественного права в университетах. Наиболее губительной для отечественного образования была объявлена наука естественного права, признававшая за человеком естественные, неотчуждаемые права на жизнь, свободу, счастье, равенство, собственность, охраняемые законом, право народа в силу «общественного договора» на участие в управлении делами общества. Цесаревич Константин Павлович после ознакомления с одним из учебных пособий по доктрине естественного права заметил: «После таких правил... мудрено ли, что много есть подобных Кюхельбекеров?»¹⁶⁵ Прежняя идеология и политика «просвещенного абсолютизма», внедрявшаяся в русское общество Екатериной II и Александром I, уступила идеям «официальной народности». Идеологом ее и стал попечитель Петербургского учебного округа, президент Российской академии наук, министр народного просвещения с 1833 г. граф С.С. Уваров.

С приходом к власти Николай I дает указание привести в порядок действующие нормы, при этом в праве ничего не меняя. Для этого кодификационная комиссия была преобразована во 2-е Отделение Собственной его Величества Канцелярии. Государственный совет должен был заниматься подготовкой законопроектов к принятию. Кроме того, Николай I учредил семь ревизионных комиссий с целью проверить тождество подготовленного свода существовавшему в то время законодательству. Успеху работы комиссии способствовал ее фактический руководитель М.М. Сперанский, впервые при-

влеченный к кодификационной работе еще в 1808—1809 гг. Полное собрание законов (ПСЗ) включило в себя все нормативные материалы от Соборного уложения до начала царствования Николая I в хронологическом порядке. Затем появилось второе Полное собрание законов Российской империи, охватившее законодательство до 1881 г., и третье, включившее законы с марта этого года. После издания Полного собрания законов М.М. Сперанский приступил ко второму этапу работы — созданию Свода законов Российской империи. При этом он исходил из того, что «свод есть верное изображение того, что есть в законах, но он не есть ни дополнение их, ни толкование»¹⁶⁶.

Новеллой Свода явилось деление права на публичное и частное, идущее от западноевропейских концепций, восходящих к римскому праву. Эти группы законов М.М. Сперанский называл государственными и гражданскими. Свод просуществовал вплоть до Октябрьской революции, и только в 1885 г. к нему был добавлен 16-й том, содержащий процессуальное законодательство. М.М. Сперанский планировал создать и Уложение, которое бы не только систематизировало законодательство, но и развивало бы право¹⁶⁷.

Юрисдикция Свода распространялась на территории Царства Польского, Прибалтийские губернии и др., для которых закон вводил региональные особенности правового регулирования. Это диктовалось различиями в обычном праве этих регионов и составляло значительные трудности для систематизации русского законодательства. Кроме того, по словам И.Г. Оршанского, все гражданские правоотношения в России регулируют формальную (законодательную) и обычную системы права, обращенные к разным strataм населения страны. «Данные системы, — писал И.Г. Оршанский, — имели различную юрисдикцию, то есть регулировали жизнь разных сословий населения страны. В системах по-разному решался ряд вопросов. Если законодательство все свое внимание сосредоточило на отношениях собственности и договоров, обычное право регулировало, главным образом, семейные и тесно связанные с ними наследственные отношения»¹⁶⁸. С.В. Пахман писал, что «громдное большинство нашего населения руководится в сфере частных гражданских отношений не писаным

законом, а правилами, слагавшимися путем обычая и во многом несогласными с началами законодательства»¹⁶⁹.

В связи с этим *римское право*, как базис всего европейского законодательства, *реально способствовало объединительным процессам в развитии русского права, способствовало созданию территориально единого правового пространства империи*. Международное значение римскому праву как научной осно-

в
1-й ч. X т. Свода законов придавали в XIX веке и современники. Так, А.В. Гуляев считал, что римское право способствовало объединению этнически разнородных частей империи в единое по территории правовое пространство. «Сравнительное изучение источников действующего права покажет нам, в какой мере возможно было объединить в одном гражданском уложении материально общие, но формально отдельные положения будущего гражданского закона, извлеченные из 1-й ч. X т. Свода законов, из Гражданского кодекса Царства Польского и из Свода Гражданских узаконений губерний Прибалтийских. Благодаря научной основе этих последних кодексов, то есть положениям римского права, эти формально отдельные источники в огромном большинстве случаев дают материально однородные положения, почему и нет препятствий к объединению отдельных источников и к созданию общего единого гражданского уложения для всех частей единой неделимой Империи»¹⁷⁰. Этой же точки зрения придерживался и И.Н. Данилович¹⁷¹. Безусловно, процесс систематизации стимулирует развитие самой науки и повышает ее роль в образовании права. Развитие отрасли и науки, правоприменительной практики призвано восполнять пробелы в обычном праве и законодательстве, указывать на необходимые изменения в соответствии с реалиями жизни.

В начале XX века нормы гражданского права в основном содержались в Своде законов гражданских¹⁷², а в 1906 году по поручению Николая II «Высочайше учрежденные, государственные законы» приняты как изменения и дополнения к Своду законов, раскрывающие статус российского царя, права и обязанности его подданных и дающие понятие закона.

Гражданское законодательство было кодифицировано в 1832 г. в России впервые. Последующие редакции Свода законов были изданы в 1842, 1857, 1876, 1887 гг.

Составители собрания российских законов под каждой из статей поместили перечень документов национального права, на которых была основана статья. Сам Сперанский считал, что российское законодательство должно быть основано на собственных источниках¹⁷³. Однако уже в XIX в. многие исследователи ставили под сомнение положение только о национальном происхождении т. X, ч. 1, Свода законов гражданских.

Однако А. Любавский в своей работе «Юридические монографии и исследования» считал, что «ни одно государство в мире не имеет кодекса гражданских законов, отличающегося столь национальным характером, как Россия: у нас гражданские законы выработаны действительной жизнью русского народа; они не заимствованы из прав римского, общегерманского или французского, не заключают в себе ничего чужеземного, импровизированного... Т. X, ч. 1, Свода законов гражданских составлен по источникам “Полного собрания законов” из массы нескольких десятков тысяч боярских приговоров, наказов, инструкций, положений, мнений, грамот, указов и пр.; он представляет собою приведенное в систематическое целое извлечение из наших древних узаконений и заслуживает внимательного изучения современных и будущих юристов»¹⁷⁴.

И.Г. Оршанский утверждал: «Составители Свода поставили себе задачу скромную и точно определенную: не создавать никаких правовых норм, а собрать воедино уже существующие законы, изложив их в более кратком виде»¹⁷⁵. С.В. Пахман делал акцент на том же. «Главные достоинства Свода, — писал он, — заключаются в том, что в нем содержатся лишь такие начала, которые выработаны жизнью... и что в нем сохранены источники прошедшего времени»¹⁷⁶. На схожей позиции, изложенной им в Очерках юридической энциклопедии, находился и Н. Ренненкампф¹⁷⁷. Обзор всей палитры точек зрения в историографии проблемы содержится в главе 1.

Безусловно, XIX век отмечен единством направлений развития русского и западноевропейского законодательства. Некоторые исследователи считали, что на Свод значительное влияние оказал Французский Гражданский кодекс 1804 года¹⁷⁸. В литературе указывалось, что М.В. Сперанский заимствовал из Французского кодекса конструктивную сторону, основанную на системе римского права. Большая часть статей проекта только по форме напоминала Гражданский кодекс 1804 г.¹⁷⁹ М.В. Сидорчук считает, что Сперанский при составлении свода использовал уложения французское, прусское...¹⁸⁰

Экономика определила дальнейшее проникновение буржуазных элементов в российское законодательство XIX в., в том числе и посредством традиций римского права. XIX в. в России — яркий пример развития буржуазного права в условиях самодержавия и крепостного права. «Юридическая норма, — как считал С. Муромцев, — результат совокупного воздействия многих факторов исторического развития, и среди них экономические могут играть не первостепенное значение и могут не найти в юридической норме своего полного удовлетворения»¹⁸¹. Стоит ли говорить о том, что сам экономический фактор — явление многоаспектное. Возможно, что одни и те же причины приводят в движение экономические и правовые изменения и могут быть следствием одной и той же причины. Таким образом, речь идет о том, что право находится и в теснейшей взаимосвязи с культурой в целом. Вместе с тем, безусловно, существовала и потребность в юридических нормах, которые регулировали бы отношения, основанные на развившейся частной собственности и торговых сделках. Эту потребность, как прежде в странах Западной Европы, могло удовлетворить в России римское право. С его помощью можно было *минимизировать законодательный процесс, пользуясь готовыми постановлениями, содержащимися в римских юридических сборниках.*

Исследование этой проблемы выводит нас на полемику в русском обществе между западниками и славянофилами. Развитие права оказалось в XIX веке в тесной зависимости от этих идейных течений. На наш взгляд, в основе научной проблемы, связанной с выяснением истинных источников свода законов Российской империи, находились более широкие те-

оретические дискуссии между западниками и славянофилами. Они оказали влияние и на методологию русского правоведения в этот период. Эта зависимость будет выявлена и исследована ниже, в параграфе втором данной главы.

Предметом интереса славянофилов было настоящее и будущее России, своеобразии путей ее социального развития. При этом они рассматривали своеобразии русского исторического процесса как проявление определенной закономерности.

Еще Н.М. Карамзин связывал право, государство, сословный строй России с идеей самобытного народного духа. Он считал, что, идя по пути просвещения, власть не должна навязывать народу чуждые ему законы и учреждения: «Законы народа должны быть извлечены из его собственных понятий, нравов, обыкновений, местных обстоятельств». В подготовленном при участии Сперанского проекте Уложения гражданских законов Н.М. Карамзин усмотрел лишь перевод Гражданского кодекса Наполеона. Он считал, что они «шьют нам кафтан по чужой мерке». Н.М. Карамзин утверждал, что к России вообще неприменимо понятие прав гражданских: «У нас дворяне, купцы, мещане, землевладельцы и проч. — все они имеют свои особенные права — общего нет, кроме названия русских». Понятия, нравы и обыкновения народа складываются веками, поэтому «для старого народа не надобно новых законов». В России, был уверен Н.М. Карамзин, нужно либо подготовить Кодекс, основанный на обобщении и согласовании указов и постановлений, изданных со времен царя Алексея Михайловича, либо издать «полную сводную книгу российских законов или указов по всем частям судным»¹⁸².

Славянофилы ставили задачу найти русский путь, открыть русский правовой мир, сопоставив его с западными культурными и политическими образцами. Они пытались открыть в России свое, чтобы не искать это же и затем заимствовать у других. Один из активных деятелей славянофильского движения А. Кошелев писал: «Мы вовсе не желали воскресить Древнюю Русь, вовсе не хотели, обожествляя крестьянина и его общину, всех превратить в него. Мы делали попытку найти в нем, этом крестьянине, истинно русские черты, свойственные нашему народу в целом»¹⁸³. Много работавший в этом направлении русский историк и юрист К.Д. Кавелин считал, что

«русские всегда жили сами собой, развивались из самих себя»¹⁸⁴. Поэтому Россия и Европа не имели, даже проживая рядом, ни одной сходной черты, и наоборот, много противоположных¹⁸⁵.

Эти взгляды были настолько распространены в русской науке, что только к концу XIX в. им на смену приходят научные концепции о том, что древняя история славян подобна истории всех народов, выходящих из первобытного состояния.

Один из русских славянофилов И. Киреевский получил основательное образование в Германии. Там он слушал лекции Гегеля, Шлейермахера, Шеллинга, под воздействием которых формировалось его правосознание, методология. Он приходит к убеждению, что русскому правосознанию чужд западный юридический формализм потому, что он основан на римском наследии. Римско-западное восприятие, по его мнению, базируется на неправильном принципе: «Форма — это самый закон». Западная правовая система стремится к такой кодификации правовых норм, при которой каждая норма проистекает из «отвлеченно-умственной необходимости». Этому И. Киреевский противопоставляет «хорошее» русское правосознание: «Выходя из двух источников: из бытового предания и из внутреннего убеждения — <эти законы должны> “в своем составе и в своих применениях” носить характер более внутренних, чем внешний, правда, предпочитая очевидность существенной справедливости буквальному смыслу формы; святость предания — логическому выводу; нравственность требования — внешней пользе». Этому критерию «внутренней истины» соответствует древнерусское право. И. Киреевский выступал против «переоценивания» написанного права на Западе и восхвалял большую роль обычного права в России. И. Киреевский радикально противопоставлял Запад и Россию как два разных культурных мира. Их различие он освещал одновременно генетически и структурно-типологически по трем критериям: рецепция христианства, способ принятия греко-римской образованности и развитие государственности¹⁸⁶.

По представлениям славянофилов, сам Запад не воспринимает и никогда не воспринимал Россию как равного себе партнера. «Он может либо бороться, — как писал И. Аксаков,

— либо презирать ее, все время тщетно пытаясь преодолеть российское невежество и непонятливость»¹⁸⁷. Духовный предшественник и сподвижник славянофилов В. Одоевский точно так же, как и первый русский западник П. Чаадаев, видел превосходство России в ее огромном нерастратченном потенциале: она стоит у начала своего исторического пути, она имеет возможность выбора и изучения европейского опыта, наконец, она вооружена истинной православной идеей¹⁸⁸. Как патриоты своей страны, славянофилы искренне верили в ее высокое предназначение, в то, что она способна повлиять и на другие страны Запада. Славянофилы вели речь о разумном, полезном изучении европейского опыта. Так, они положительно относились к праву Англии. В широком смысле слова они считали, что Россия как держава имеет огромный потенциал и должна самостоятельно развиваться, опираясь на свое исконно-русское понимание права, морали, на свою культуру.

Идеи об «особости» исторического развития России нашли благоприятные политические условия в российской действительности 30—40-х гг. XIX в. Идеология, официальный политический курс Николая I противопоставили Россию и Европу, привели к утверждению мысли о превосходстве России над Западом. Россия в этой связи воспринималась как оплот борьбы с Западом, западными идеями свободы и демократии. Эта официальная обстановка в значительной мере питала славянофильство. Но в славянофильстве основной упор делался не столько на идею превосходства России над Западом, сколько на признание и обоснование особого пути России, ее общественно-исторического развития. Тем самым славянофильство не следовало всецело в русле официальной правительственной идеологии. Определяя особый характер развития российского общества, славянофилы одновременно указывали на необходимость преобразований в современной им России.

Как конкретное теоретико-политическое течение российской действительности середины XIX в. славянофильство достигает своего расцвета в 50—60-е гг., а затем постепенно утрачивает некоторые позиции. Этому способствовало движение России в направлении западноевропейской цивилизации и выход страны после 1861 г. на путь свободного предпринимательства. Однако его идеи плодотворны и поныне, возрож-

даясь в России каждый раз, как Феникс из пепла, на переломных этапах ее развития.

Под «западничеством» в истории русской общественно-политической мысли понимается направление, содержание которого составляла идея об усвоении Россией достижений европейской цивилизации: науки, политического строя, других ценностей, ориентированных на Западную Европу, выросших из нее. Западники считали, что Россия должна учиться у Европы и пройти тот же исторический путь, что и она. Сама по себе такая постановка проблемы не противоречила делу прогресса России, успеху ее общественного развития. Западники высоко ценили достижения Европы, считали ее культуру последним словом мировой цивилизации, полагали, что дальнейшее движение России вперед невозможно, если она предварительно не усвоит результаты европейского образования и буржуазные формы жизни.

При этом в политико-правовой идеологии российского западничества были некоторые важные черты, сближающие ее со славянофильством. Как писал западник Н.Г. Чернышевский, «всмотритесь хорошенько в самого заклятого западника, он... часто оказывается славянофилом»¹⁸⁹. Западники и славянофилы различались в основном во взглядах на пути исторического развития России: если славянофилы настаивали на собственном и особенном пути, западники предполагали повторение Россией уже пройденного Западом пути развития. Таким образом, западники не только положительно относились ко всякого рода заимствованиям, но и поощряли их, в том числе и в праве.

Отсталость, по мнению западников, дает России существенные преимущества. Появившись на исторической арене позже других национальных государств, Россия сможет избежать тех грубых ошибок, которые те допускали в ходе своего становления. Но если она свернет в сторону с этого пути и будет игнорировать опыт Запада, то она остановится в своем развитии. Все западники были едины в том, что Петр I наметил верный путь, заимствуя у Европы только то, что было полезным, прочным и ценным для России. Хорошо известна мысль Белинского о том, какими должны быть заимствования с Запада. Он считал, что отсутствие здоровых традиций сдела-

ло русских подражателями и заимствователями. «Мы предчувствовали, переосмыслили, пережили всю умственную жизнь Европы... За нас трудились другие, а мы только брали готовое и пользовались им: в этом-то и заключается тайна невероятной быстроты наших успехов и причина их невероятной непрочности»¹⁹⁰.

Таким образом, западники поощряли заимствования из Европы, при этом так же, как и славянофилы, считали, что это должно происходить мудро, нужно продумывать и изучать каждый шаг для того, чтобы знать, как же отразится то или иное иностранное нововведение на отечественной почве, подходит ли оно для нас, необходимо ли данное новшество видоизменить для того, чтобы оно подошло для нашей культуры.

По существу, научная дискуссия об аналогиях и заимствованиях в русском праве и о его полной самобытности не была поставлена на научную основу, так как аргументы вырабатывались на основе бессистемного сравнения одних только правовых источников, без учета множества исторических факторов, в том числе социально-экономических, идеологических, политических, культурных, и внутренней логики развития самой науки.

2.2. Русская цивилистическая наука и культурное наследие римского права

Возникновение и развитие русской цивилистической науки в XIX веке происходило под воздействием разных факторов: социально-экономических, идеологических, политических, культурных, которые были рассмотрены выше. При этом у нее была и своя внутренняя логика развития, которая ощутила на себе традиционное воздействие правовой культуры и науки, права других европейских стран. Наследие римского права, как важная составляющая такого воздействия, оказалось вовлеченным в постоянный культурно-правовой диалог с русским правом и правоведением. Оно оказало воздействие на становление юридического образования в России, создавая, таким образом, в лице русских юристов опосредованных носителей влияния «духа римского права».

Влияние иностранной правовой культуры, как уже отмечалось ранее, носило в России волновой характер: сначала это было византийское (греко-римское) влияние, затем возникла идея «Москва — Третий Рим», в XVIII веке произошла «петровская рецепция западного права». В том же, восемнадцатом, веке на русское правосознание начала оказывать влияние теория естественного права. По мнению В.Н. Синюкова, наша современная теория (философия) права ведет свое начало именно с XVIII века и возникает как компиляция европейских доктрин естественного права, чуждых русскому правовому сознанию и традициям русской общественно-политической, философской мысли¹⁹¹. В это же время, в соответствии с доктриной естественного права о просвещенном монархе как субъекте правосознания, в русское законодательство проникает содержание не только институтов зарубежного права, но и целых нормативных актов.

Так, известно, что Артикулы Воинские 1716 года — буквальный перевод военных артикулов 1621—1632 гг. шведского короля Густава-Адольфа, фрагменты законов императора Леопольда I, датского короля Христиана V, французские ординансы и регламенты. Вексельный Устав Петра II практически полностью заимствован из современных ему вексельных уставов и издан на русском и немецком языках одновременно. Знаменитый Наказ императрицы Екатерины II, адресованный комиссии по подготовке нового Уложения 1767—1768 гг. (не осуществленного), в значительной своей части есть буквальные выдержки из сочинений Ш. Монтескье и Ч. Беккариа¹⁹². В 1718 году Петр, желая подготовить новое Уложение взамен знаменитого Акта 1649 года, приказал Сенату целиком взять за основу будущей работы шведское уложение, выбрав из русского законодательства в дополнение и изменение к нему лишь некоторые положения; для раздела же о праве земельной собственности (поместном праве) царь указал полностью заимствовать лифляндское и эстляндское законодательство¹⁹³.

«Культурно-правовой космополитизм»¹⁹⁴ XVIII века продолжился и в веке XIX. В России так же, как и в других европейских странах, в конце XVIII — начале XIX в. приступили к переосмыслению конституционалистских экспериментов революционной Франции. Оно стало происходить в XIX веке в

рамках тех же идейных течений, что и на Западе, — консерватизма, либерализма и социализма. Как на Западе, так и в России эти течения стали приобретать национальные черты, что, очевидно, связано с последствиями промышленного переворота, интегративными процессами во всех сферах, с расширением капиталистических элементов в экономике, ростом национального самосознания.

Так, в ходе Отечественной войны 1812 года и заграничного похода русских войск произошло непосредственное знакомство России с Западом. Последствием этого стало возникновение двух тенденций в развитии страны. Одна из них выражалась в продолжении развития культурного диалога с Западом, в восприятии западного влияния (выступление «декабристов», «западники»). Вторая — в росте национального самосознания (теория официальной народности, «славянофилы»). Примечательно то, что диалектическое примирение двух этих тенденций нашло свое выражение в увлечении в России «исторической школой права», пришедшей из германской юриспруденции. По словам Г.Ф. Шершеневича, «в учении исторической школы скрывалась внутренняя притягательная сила, которой невольно подчинились русские ученые... Только что вступающая в жизнь русская наука скоро утомилась повторением идей естественного права, возникшего и развивавшегося на чуждой почве, и, не встречая возможности применения их к русскому быту, стала искать чего-нибудь более свежего, способного связать науку с жизнью и сознанием практической пользы, возбудить ученый ум. Молодая страна с далеким и темным прошлым составляла благодатную почву для исторических изысканий. Составление Свода законов и Полного собрания законов встряхнуло пыль с исторических памятников и возбудило интерес к исследованию прошлого государственного быта России»¹⁹⁵.

Влияние германской исторической школы права на русское законодательство и правоведов проявилось в схожести социально-экономического развития обеих стран в начале XIX века. Оба государства отставали в своем развитии от других европейских стран, поскольку в них феодализм занимал сильные позиции, а развитие капиталистических элементов порождало возникновение новых идейно-политических течений.

Так, в Германии реакцией на развитие капитализма стала концепция исторической школы права, в России — концепция «официальной народности», а в дальнейшем «государственная школа» историков русского права и государства. Очевидно, что следует говорить не столько о влиянии на отечественное правоведение немецкой исторической школы права, сколько об идейном совпадении немецкой концепции с русской идеологией «православия, самодержавия, народности».

На русское общество и науку оказала влияние не только историческая школа права Германии, но и немецкая философия Г.В.Ф. Гегеля. По словам И. Киреевского, в середине 40-х годов не было в России человека, который бы не говорил философскими терминами и не рассуждал бы о Гегеле¹⁹⁶. По отзывам других современников, гегелевская философия во многом определяла развитие русского правоведения 30—40-х гг. XIX в. Диалектика Гегеля воспринималась как метод отыскания равнодействующей тенденции среди противостоящих сил¹⁹⁷, под диалектическим «покоем» понималась приверженность вере и монарху, под диалектическим «движением» — реформы, проводимые по инициативе власти¹⁹⁸.

Государство также способствовало устранению влияния естественного права, например, в такой области, как преподавание. Так, согласно Высочайшему повелению от 5 апреля 1833 г. «О преподавании естественного права» предлагалось официально «вернуть страну во всем ее объеме» только «к нашему порядку вещей», «приостановить преподавание естественного права» с целью защитить будущее от «тлетворного влияния Запада»¹⁹⁹. Поэтому предмет, где изучалось «естественное право», был удален из учебного процесса. О результатах произошедших в системе образования изменений свидетельствует Отчет ректора Казанского университета К.Ф. Фукса за 1826/27 учебный год. В нем он писал: «...В науках политических Казанский университет, исключительно от всех прочих, преподает науку естественного права в обличительном смысле... Прочие же предметы прав, по соединению их в одну кафедру, преподает он со следующими от прочих университетов отменами: всю теоретическую часть сей науки, все то, что не может быть из прав древнейших народов и даже римского приложено к российскому законодательству, — проходит он...

кратко... употребляя как можно более времени на изучение законодательства и судопроизводства отечественного...»²⁰⁰

В Германии влияние исторической школы права поддерживал соперник Г.В.Ф. Гегеля по Берлинскому университету Фридрих Карл фон Савиньи. Господство исторического правоведения продолжалось в России вплоть до 40—50-х годов XIX в. В 1840 г. были опубликованы первые три тома «Системы современного римского права», в которых Ф. Савиньи заявил, что историческая школа выполнила свое предназначение и уступила место новому направлению в науке — системно-практическому²⁰¹, которое, как известно, основывалось на позитивизме. Однако в 70-х годах XIX в. русский юрист П.П. Цитович отмечал, что «история происхождения положительного права, которая выработана немецкой исторической школой.. все-таки остается господствующей, то есть влияние исторической юриспруденции ощущалось в правовой науке почти до конца XIX в.»²⁰²

Н.В. Акчурина, специально исследовавшая историческое правоведение в России как научное направление²⁰³, выделила 2 этапа его развития в нашей стране:

- 1 этап — 30—60-е гг. XIX в. — господство и преобладание его. Задачи его: определить истоки российского правотворчества, показать органическую, преемственную связь законодательства XIX в. с прежним, существовавшим в далекой старине, наконец, доказать самостоятельность и самобытность русского права. Также использовались идеи о славянском единстве.

- 2 этап — 60—80-е гг. XIX в. — слияние исторического правоведения с рационализмом (с социологическим позитивизмом), в результате чего родилась идея органического и преемственного развития: историко-генетический, историко-сравнительный методы исследования как ядро исторического метода. Так, в результате слияния правового историзма с рационализмом стал формироваться исторический метод, широко применявшийся теперь в науке. В конце XIX в. о нем говорили как об одном из основных методов в научном правоведении²⁰⁴.

Соединение истории с социологией в 70—80-е гг. XIX в. направило некоторых ученых к поиску законов в развитии права.

Это юристы-историки (М.Н. Капустин), юристы-социологи (С.А. Муромцев), юристы-догматики (А.Х. Гольмстен).

Глава научной школы Ф. Савиньи направил свои усилия на изучение правовых источников древних времен путем их исторического рассмотрения и соединения его с действующим правом. Так, по его мнению, должно было создаваться общее для Германии право. Примечательно то, что, обратившись к германскому средневековому праву, фон *Савиньи заметил, что истоки его восходят к римскому праву*. Таким образом, историческая школа повлияла на воскрешение в Германии Свода римского гражданского права (*Corpus Juris Civilis*). Позднее в Германии возникает школа «германистов». Для них было характерно стремление показать, что германское право и основанные на нем положения, создавались на таком же высоком уровне, что и римское право. Историческая школа права приходит к убеждению в том, что при вторжении в процесс развития права чуждых элементов происходит своеобразная ассимиляция, приспособление их к содержанию национального права и к общему направлению его эволюции²⁰⁵.

Отношение русских ученых к роли римского права для развития русского законодательства не могло не находиться под воздействием школы Ф.К. Савиньи. На русскую цивилистику не мог не повлиять научный опыт исторической школы права, утверждавшей необходимость спонтанного развития права, подобного развитию нравов и языка и отражающего конкретно-исторический уровень цивилизации в каждой стране. «В силу любопытной логики глава этой школы Савиньи, — заметила Н.В. Акчурина, — пришел к обоснованию рецепции римского права и даже к требованию более строгого применения римского права в Германии. По его мнению, признанными выразителями духа народа в области права являются юристы, которые хотят применять римское право. Замечание Салейля о том, что “желание устранить римское право при создании кодекса значило бы (в конце XIX в.) создать немецкий кодекс без немецкого права”, было совершенно верно: римское право стало в ту эпоху национальным правом Германии»²⁰⁶.

Историческое правоведение понимало развитие права как органический процесс саморазвития до совершенных форм,

поэтому закономерности такого развития на примере римского права представляли интерес для исторической школы. Однако этот интерес был взвешенным и поэтому плодотворным. Так, о действительной роли римского права для становления национального германского права Ф. Савиньи в работе «Система современного римского права» писал следующее: *«Применительно к римскому праву исторический подход вовсе не означает, как думают многие, признание полного господства римского права, скорее он позволяет выделить в массе правовых явлений те, что действительно берут свое начало в римском праве»*²⁰⁷ (курсив наш. — В. Л.). *Эти выводы, сделанные таким авторитетным ученым, как Ф. Савиньи, вновь вернули интерес в России к римскому праву, потому что его роль в правотворчестве в эпоху кодификации национального законодательства стала не только теряться, но даже и возрастать.*

Благодаря историческому направлению, в науке расширяется сравнительный анализ источников права: законов, обычаев, традиций. В России сравнительно-исторический метод применяли Ал. Артемьев, В.Н. Лешков, П. Колмыков, П. Соколовский, Д. Семеновский, Я. Баршев, Н. Калачев и др. По мнению Н. Коркунова, только под влиянием исторической школы права в первой половине XIX века стала успешно разрабатываться историческая часть русского права²⁰⁸.

П.Г. Редкин считал объективно необходимым изучать совместно зарубежную и отечественную историю права, так как мало разработок в этой области, из-за чего *«русский правоведец... часто принужден быть вместе и историком вообще, и юристом»*²⁰⁹ (курсив наш. — В. Л.). Ученый — юрист А. Башмаков писал, что *«сравнительный метод проникает теперь в правоведение, хотя его результаты для него еще впереди. Но уже теперь самое стремление к сравнению сделалось настолько популярно, даже модно, что... в настоящее время у нас в России нет учебника судопроизводства или любого отдела права, который не оплатил бы этой дани духу времени; даже иное руководство практической юриспруденции, претендуя на всесторонность, иной раз обременяет невинного читателя массой фактов, сопоставленных без всякого вывода и подобранных из всевозможных иностранных законодательств»*²¹⁰. Все более утверждается мысль о том, что проблемы развития рус-

ского права могут быть исследованы только с помощью сравнительно-исторического метода²¹¹. Н.М. Капустин в середине XIX века писал, что К. Неволин, «усвоивши науку права в том виде, в каком она преподавалась в германских университетах, ...смелою рукою принялся разрабатывать историю нашей юридической жизни и установил у нас историческое направление»²¹².

Появляются работы, в которых их авторы на основе применения сравнительно-правового метода пытались определить общие законы правового развития, углублялись в изучение первоначальных форм права. Таким образом, исследованию подвергся огромный историко-правовой материал, чтобы по прошествии времени передать эстафету юридическому позитивизму.

Закономерность развития права, целостность идеи права становятся важнейшими методологическими основами развития русского правоведения в XIX веке. Так, Н.И. Крылов считал, что возникновение и существование права отдельного народа есть не что иное, как одна из сторон в развитии идеи права²¹³. Идея права развивается всем человечеством, она едина, неделима, следовательно, все явления юридической жизни, различные «по разнообразию времен, народов, климата, истории», все-таки выражают одну вечную идею, поэтому находятся во взаимной органической связи между собою»²¹⁴.

Согласно представлениям исторической школы, как в Германии, так и в России закон приобретает правообразующую функцию со временем, по мере развития народа, когда обычай перестает выполнять роль основной формы права. Именно тогда и наступает время законодателя²¹⁵. По всей видимости, *в России такое время наступило в начале XIX века, когда кодификация русского законодательства стала объективной необходимостью и оказалась востребованной.*

В связи с активным применением сравнительно-правового метода вновь возникает дискуссия о заимствовании права, его целесообразности и ценности.

К.А. Неволин писал: «Чтобы представить всеобщее органичное развитие отечественного законодательства, необходимо проследить его развитие от примитивных форм до сложных, присущих обществам с «совершенным устройством жизни».

Нельзя, по его словам, узнать вполне ни одного законодательства, не зная других; его особенный характер, его относительное достоинство, его всеобщая идея могут быть усмотрены только из сличения с другими законодательствами ²¹⁶.

Русская юридическая наука, тенденции в ее развитии были во многом обусловлены состоянием законодательства, судебной практики, правосознания и юридического образования в стране. Важнейшее значение имело осознание властью того обстоятельства, что создание новой правовой системы может оказаться несостоятельным без изменений в отечественной правовой культуре. М. Сперанский считал: плохая работа судов в России объяснялась тем, что судьи не обладали достаточными знаниями и подготовкой. Пользы от усовершенствования законов может не быть до тех пор, пока суды не будут укомплектованы лицами, способными применить новые законы, то есть создание таких законов должно сопровождаться повышением образовательного уровня государственных служащих. Европа предлагала свой опыт, исходя из которого для занятия должности на государственной службе необходимо было либо окончить университет, либо пройти через экзаменационные испытания ²¹⁷. Поэтому Александр I начинает свой «либеральный» этап правления с учреждения 3 высших учебных заведений (Харьковского и Казанского университетов — в 1804 г., Главного пединститута в Санкт-Петербурге, а с 1819 г. — Санкт-Петербургского ун-та). В 1835 году, в период правления Николая I, в России стали открываться первые специальные учебные заведения для правоведов — Училища правоведения.

Процесс специализации управленческих ведомств потребовал повышенной квалификации персонала. Восстание декабристов помогло Николаю I преодолеть традиционное недоверие самодержавия к специализированной правовой экспертизе и способствовало, как это ни странно звучит, развитию юридического образования в стране. Русский император был убежден в том, что общее образование предыдущих десятилетий порождало в России революционные настроения в умах молодого поколения. Более того, оно знакомило молодых людей в университетах с либеральными просветительскими идеями и мешало им получать специальные знания, необ-

ходимые для выполнения административной работы. Он рассматривал специализированное образование как инструмент по внедрению привычки повиноваться и способности понимать и использовать законодательство. В результате Николай I попытался ввести правовую подготовку, которая бы обучала молодежь национальному законодательству, а не общим правовым концепциям, подрывающим власть. Начав с предположения о том, что образование может создать раболопное и отзывчивое чиновничество, русский император сделал первые шаги к построению сильной судебной системы в России²¹⁸. Это диктовалось необходимостью тщательного соблюдения закона при привлечении декабристов к ответственности, что позволило бы продемонстрировать цивилизованной Европе привлекательный образ России.

Еще в 1828 г. в России не было ни одного университетского курса по русскому праву. Николай I распорядился о том, чтобы наилучшие студенты Московской и Санкт-Петербургских семинарий были направлены в Императорскую канцелярию для изучения права. Они изучали там, кроме русского публичного права, что важно, римское право, а также политическую экономию. Их учителями были Балугянский, Куницын, Плисов и Клоков. Они принимали участие в разработке кодексов, изучали собранные в Канцелярии русские законы. После завершения образования в Санкт-Петербурге их направили в Берлинский университет для изучения права под руководством Ф. Савиньи. Еще в конце XVIII в. многие представители русской интеллигенции обучались на юридических факультетах знаменитых западноевропейских университетов. Так, известно, что И. Новгородцев и С. Муромцев внимательно изучали историческую школу права в Германии. Среди тех, кто получил образование за границей и практиковался во 2-м Отделении Императорской Канцелярии, можно выделить братьев С. и Я. Баршевых, Н. Крылова, И. Платонова, Л. Редкина и других. А.С. Пушкин, описывая космополитическую молодежь России первой половины XIX века, «с душою прямо геттингенской», приезжавшую после обучения в немецких университетах, заметил о них следующее: «...Он из Германии туманной привез учености плоды, вольнолюбивые мечты, дух

пылкий и довольно странный, всегда восторженную речь и кудри, черные до плеч».

По возвращении из-за границы посланцы Министерства народного просвещения защищали докторские диссертации и приступали к преподавательской деятельности. Университетский закон 1835 г. закрепил, что главной функцией университетов является обучение праву. В соответствии с ним были созданы отдельные факультеты права. Курс естественного права был исключен из преподавания. Студенты должны были подробно изучать русское право. И хотя преподаватели заставляли студентов заучивать наизусть Свод законов, ограничения были скорее формальными, чем реальными. Так, в Энциклопедии права фактически читались принципы естественного права, изучалось и римское право. Преподаватели, которые стремились донести студентам философский и теоретический подходы, часто имели большее влияние на студентов, чем сам процесс изучения законов. Цель Николая I, по мнению министра образования России графа С. Уварова, — устранить влияние иностранных учителей на молодых аристократов и восстановить государственное. Частные репетиторы и пансионы, в которых обучались состоятельные аристократы, были обвинены в распространении европейских идей в России ²¹⁹.

Юридическое образование начала XIX в. на широком философском фундаменте (в основном изучались европейские концепции естественного права), через который проникали в Россию буржуазные идеи, уступало место узкопрофессиональной подготовке юридических кадров, необходимых для все разветвляющегося аппарата чиновничье-самодержавного государства. Идеологическое обоснование нового подхода к юридическому образованию заключалось в «возвышении своей народности». Министерство народного просвещения России в 30-е гг. XIX века стало ориентировать ученых на изучение русских законов вместе с историей их создания, чтобы ею заполнить сокращение философских основ юридического образования. Кроме того, с исторических позиций необходимо было обосновать взаимосвязь православия, самодержавия и народности. М.Н. Капустин писал, что К. Неволин, «усвоивши науку права в том виде, в каком она преподавалась в германских университетах, ...смелою рукою принялся разрабатывать историю

нашей юридической жизни и установил у нас историческое направление»²²⁰.

Влияние теории официальной народности ярко проявилось в усилении научного интереса к истории славян и, в частности, к сравнительно-правовому изучению славянского права. В разработке истории славян, их языка, литературы, законов принимал участие широкий круг ученых — историков, филологов, правоведов. Активизируется славяноведение (нац.-освоб. движение, преобладание интереса к славянскому быту, политические интересы царизма на Балканах...). Понятие «славянство» появилось в одном ряду с «эллинизмом», «латинством», «европеизмом», «германизмом». В частности, «германистским» концепциям, отрицавшим самобытность славянской истории, противопоставлялись крайне славянофильские взгляды. Для каждого славянина, писал Н.Я. Данилевский, «идея славянства должна быть высшей идеей, выше свободы, выше науки, выше просвещения, выше всякого земного блага»²²¹. В связи с вышеизложенным, заметим, что русская наука истории права в XIX веке ощущала явное социальное влияние.

Тем не менее, в рамках славянофильского направления Варшавский университет подготовил сочинение Иосифа Губе «Наследство по Римскому, Германскому и Славянскому правам»²²². Н.Д. Иванишев, как сторонник сравнительно-исторического метода, первым из русских правоведов обратившийся к изучению славянского права в России, отмечал, что законодательство каждого отдельного народа может быть понятно только тогда, когда мы будем рассматривать его в связи с законодательством других одноплеменных народов²²³. Как мы можем убедиться из названия данной работы, для сравнения со славянским правом он избрал именно римское и германское право.

Культурно-правовое наследие римского права оставалось актуальным в России на протяжении всего девятнадцатого и начала двадцатого века. Известно, что братья Тургеневы еще в начале XIX в. в своих письмах отмечали: «Займись...римским правом и вообще юриспруденцией: это очень пригодится в России, где теперь наука эта в большой моде. К тому же она — родная сестра истории»²²⁴.

При этом надо учесть то историческое обстоятельство, что науке римского права в первой половине XIX века, наравне с участью «естественного права», была уготовлена не менее печальная судьба. Римское право некоторыми учеными стало признаваться «чужеземным» и «языческим», не составляющим «источников законов русских», и оно виновато было в том, что, по мнению П. Сергеева, из его начал выросла наука естественного права²²⁵. На лекциях по «Праву знатнейших народов» студенты знакомились с политическим устройством античных республик, его народовластием. Это давало многочисленные основания для сравнений. Об академической атмосфере того времени характерно свидетельствуют документы о диспутах при защите диссертаций. Так, политические симпатии студентов Московского университета к республиканскому образу правления проявились во время диспута по кандидатскому сочинению монархиста Малова на тему «Монархическое правление суть самое превосходное из всех других правлений». В ходе диспута защитники республиканской формы правления приводили аргументы из сочинений французских просветителей XVIII в. Студенческая оппозиция самодержавию была настолько ощутимой, что декан юридического факультета Сандунов, под председательством которого проходил диспут, вынужден был его закрыть²²⁶. По словам А. Благовещенского, изучение отечественного законодательства ставилось тогда в прямую взаимосвязь с изучением законов других «знатных» народов²²⁷. Поэтому трудно согласиться с утверждением И.А. Емельяновой о том, что корни негативного отношения в 1-й половине XIX века к римскому праву и его науке следует искать только в том, что в условиях феодально-крепостнической экономики России нормы этого права не находили достаточного применения²²⁸. Причины были гораздо шире, о чем уже сказано выше.

По словам Г. Пухты, «римские юристы довели свою юриспруденцию до степени совершенства, вследствие чего они предназначены быть образцом и наставниками всех грядущих времен»²²⁹. Истории римского права были посвящены в это время труды А. Протасова²³⁰, Л. Цветаева²³¹, И. Васильева²³². Яркой фигурой среди русских романистов XIX в. был профессор Московского университета Н.И. Крылов. По его мнению,

римский народ осуществил свое историческое предназначение с помощью своей правовой системы, а значение римского права заключается в том, что на многие века оно стало нормой юридического мышления. Рим, считал Н.И. Крылов, дал начало европейской цивилизации, вместил в себя весь Древний мир. В связи с этим римское право не только нашло свое второе рождение в праве новых европейских народов, но и имеет самое непосредственное отношение к законодательствам всего Древнего мира. Он утверждал, что все право европейских государств, вплоть до кодификаций XVIII в., является по своему существу и содержанию римским правом.

По степени заимствования римского права, определяемой чисто географическим признаком близости к Риму или отдаленности от него, Крылов делит европейские страны на следующие группы: 1) романские страны — Италия, Испания, Португалия, которые приняли римское наследие целиком, так как не имели своего права; 2) Франция, занимающая как бы середину между романскими и германскими странами и народами, что определило и германский элемент во французском праве (*coutumier*), и римский (*Code Civil*); 3) Германия, представлявшая собой наилучшую почву для заимствований из римского права; 4) Англия, где преобладает скандинавский элемент и остается мало места для римского влияния; 5) сами скандинавские страны — Дания, Швеция, Норвегия, в которых, вследствие удаленности их от Рима, нет никакого правового влияния Рима; 6) Византия — прямая преемница и продолжательница всей римской истории. Россия, считал Н.И. Крылов, также получила что-то от римского права, но меньше, чем другие страны²³³.

В XIX веке, когда в России шла интенсивная кодификационная работа, необходимо было опереться на какие-либо общие, теоретические начала, выработать ясный понятийно-категориальный аппарат. «...Русское право нуждалось в выработке общих начал, что требовало значительных теоретических знаний, ясного и четкого юридического языка. Однако только что возникшая русская юридическая наука не располагала еще собственными теоретическими исследованиями в этой области. Поэтому роль римского права, на котором базировалось и все континентальное право, было исключительным. Со-

ответственно возрастала потребность в подготовке юристов, обладавших знаниями основ классического образования, знаниями в области юридической логики» (курсив наш. — В. Л.). Как подчеркивал Н.Л. Дювернуа, «только от юристов, которые образовывались в такой школе, можно требовать, чтобы они были действительно юристами не по одному только имени»²³⁴.

Во второй половине XIX — начале XX в. интерес к римскому праву еще более усиливается. Он связан с интенсивным развитием норм русского частного права. Публикуются десятки пособий и учебников по римскому праву, многие из которых выдержали несколько изданий в течение короткого промежутка времени. Особое внимание уделяется пандектному праву, преимущественно в его немецком варианте. Во многих университетах открываются кафедры римского права, на которых читаются спецкурсы и проводятся семинары по римскому частному и публичному праву, по источникам римского права, подробно изучаются оригинальные латинские тексты Законов XII таблиц, Институций Гая, Дигест и Кодекса Юстиниана. Свод законов Российской империи, в разработке которого принимали участие многие специалисты по римскому праву, в значительной степени воспринял не только терминологию, но и институты римского публичного и особенно частного права²³⁵. *В конце XIX в. формируется русская школа римского права.* Она внесла весомый вклад в изучение истории и системы римского права, закономерностей его восприятия и переработки позднейшими европейскими законодательствами, в формирование на базе римского права общей теории гражданского права²³⁶. Во второй половине XIX в. и в начале XX в. в России появилось большое количество переводных и отечественных учебников и монографий по римскому праву²³⁷.

Современные исследователи отмечают значительную роль римского права именно в развитии правовой науки и университетского юридического образования. «Влияние римского частного права и его идей на многие поколения российских профессиональных юристов не только велико, но и чрезвычайно важно. Ведь именно эти люди в конечном счете формировали и формируют законодательство и практику его применения.

Можно, следовательно, говорить о «рецепции духа римского частного права»...»²³⁸ Как отмечал в конце XIX века Н.И. Кареев, «наука едина, национализировать ее в том смысле, чтобы сводить ее к какой бы то ни было исключительности, значит разбивать единство точек зрения... Это не в интересах всеединной и общечеловеческой науки, ни в наших собственных интересах...»²³⁹

Наследие римского права стало важнейшей составляющей, на которой выстраивалось развитие русского права и отечественного правоведения. Оно помогало русскому праву, при сохранении своих самобытных черт, довести свою систему до научных теоретических образцов, содержащихся в римском праве. И это, на наш взгляд, нисколько не принижало отечественное право, напротив, поднимало его понятийно-категориальный аппарат, русскую правовую науку и образование юристов до современного уровня развития европейской юридической науки. Эти подходы позволили русской науке в конце XIX — начале XX в. достичь признанных мировой наукой результатов. Однако об остроте этой научной проблемы ярко свидетельствует мнение Н.И. Кареева, высказанное им еще в 80-е гг. XIX века. «Многие у нас, — писал он, — еще догоняют Запад, не ставя себе вопроса, в чем мы могли бы его и перегнать; другие же все еще хлопочут о сохранении остатков нашей самобытности, не думая о том, что за два века мы успели приобрести некоторые новые, поистине оригинальные особенности. То же и в науке нашей: одни все еще преклоняются перед западными шаблонами, не подозревая возможности создания своего, так сказать, национального стиля, хотя, как увидим, не в западном смысле; другие, наоборот, не доверяют научным новшествам, не подозревая, что именно на молодой русской почве этим новшествам может предстоять самое оригинальное развитие»²⁴⁰.

ГЛАВА 3

Римское право и вещное право России: генетическая преемственность

3.1. Правовая характеристика вещных прав (понятие, становление, развитие)

Важность римского вещного права для становления и развития последующего законодательства объясняется тем, что оно очень подробно разработало порядок закрепления отношения лица к вещи (имуществу).

Главное место в системе вещных прав занимает право собственности — один из важнейших правовых институтов гражданского права. К нему примыкает право на чужую вещь, находящуюся в собственности другого лица, а именно: сервитуты, чинш (эмфитевзис — по римскому праву), залог.

Объектом гражданских прав является вещь в материальном значении слова. Этим признаком обуславливается природа вещных прав, возможность вытребовать вещь из чужого незаконного владения. Вещное право устанавливает непосредственное отношение лица к вещи в том смысле, что для осуществления своего права на вещь оно не нуждается в посредничестве других лиц. Носитель вещного права всегда действует в сложной сети социальных связей и отношений, в результате чего характер юридически значимого приобретает как его собственное поведение, так и поведение окружающих его третьих лиц.

Римское право в понятие вещи включало не только саму вещь в материальном ее смысле, но и юридические отношения и права²⁴¹. Поэтому Гай и делил все вещи на телесные (которые можно осязать) и бестелесные (то есть права)²⁴², которые нельзя осязать²⁴³.

Вещное право у римлян подразделялось следующим образом: права на свои вещи (право собственности) и права на чужие вещи (сервитуты, эмфитевзис, суперфиций, залог). То

же самое можно сказать и о русском праве. При этом главное место в системе вещного права и римские? и русские юристы отдавали, бесспорно, праву собственности. Они определяли за собственником права владения, пользования и распоряжения. Однако, помимо отдельных разновидностей вещных прав, большое внимание римляне уделяли владению как фактическому состоянию связанности лица с вещью. И в римском и в русском праве институт права собственности начинался с понятия о владении.

Сравнивая римское вещное право с русским, можно заметить сходство и в делении права на абсолютное и относительное. Так, по римскому и русскому праву к первому относятся права вещные, исключительные; ко второму — права обязательственные. Иск для защиты абсолютного права у римлян мог быть направлен против всякого нарушителя права, кто бы им не оказался (*actio in rem*)²⁴⁴. Так же определял это право и Г.Ф. Шершеневич, говоря, что «иск следует за вещью всюду, где бы и у кого бы она ни находилась, каким бы путем ни дошла она к этому лицу, потому что одно нахождение вещи в его руках составляет уже нарушение права, если оно отказывается выдать ее»²⁴⁵. Таким образом, и в русском праве иск для защиты данного права направлен против всякого нарушителя права.

Понятие и виды владения. Владение составляет существенный элемент права собственности. Римские юристы слово «владение» — *possessio* — выводили от *sedere* — *сидеть*, *оседать*, а само *владение* — от *positio* — *поселение*. «Владение было названо, — как говорил Лабейон, — от оседаний <будучи> как бы поселением, так как оно естественно удерживается тем, кто на нем стоит...»²⁴⁶

Владением (*possessio*) по римскому праву признавалось реальное господство лица вещью, вытекавшее из фактического, физического отношения лица к предмету владения²⁴⁷. «Лицо стоит или сидит на земле, оно держит вещь. Это отношение должно быть не преходящим, а представлять упрочившееся отношение лица к вещи; тогда оно может обеспечиваться от нарушений со стороны других лиц и получает защиту»²⁴⁸. Следовательно, преходящее владение не пользовалось исковой защитой. Держатель вещи вынужден был каждый раз

обращаться за защитой к собственнику, а сам подавать иск не мог. Соответственно в римском праве фактическим обладанием вещью, то есть владением, признавалось не любое фактическое обладание вещью. Таким образом, римляне проводили различие между собственно владением (*possessio*) и держанием (*detentio*). О пользовании речь пойдет ниже по тексту.

Русское право полностью заимствовало понятие владения из римского права. Этот вывод следует из того определения, которое владению давал еще Г.Ф. Шершеневич, а именно: «Владением называется фактическое господство лица над вещью, соединенное с намерением присвоить ее себе»²⁴⁹.

В определениях владения, которые давали и римские, и русские юристы, они различали два существенных элемента: объективный (*corpus possessionis* — *реальное господство над предметом владения*) и субъективный (*animus possidendi* — *намерение или воля владеть вещью для себя, на себя*). Объективный признак — это возможность пользоваться и распоряжаться вещью, то есть фактическое обладание вещью (*corpus possessionis*). Субъективный признак — воля лица (*animus possessionis*), то есть, господствуя над вещью без всякого законного основания, лицо, тем не менее, желает иметь ее для себя, пользоваться и распоряжаться ею, как будто оно имеет эту вещь на праве собственности²⁵⁰. Таким образом, и в римском, и в русском праве владение осуществлялось наличием объективного и субъективного его признаков (наличием фактического обладания вещью и воли лица, то есть намерения обладать вещью, как своей собственной). Отсутствие субъективного признака квалифицировало власть над вещью только в форме держания (владения на основе аренды, хранения...)

Виды владения. *И римское, и русское законодательство различали несколько видов владения: законное и незаконное; добросовестное и недобросовестное*²⁵¹. Как и по римскому праву, законное владение по русскому праву может основываться на таком законном способе приобретения, каким приобретается и само право собственности. Напротив, незаконными признаются владельцы, приобретшие владение, например, путем насильственного захвата, но не на основании юридического факта²⁵². Русское законодательство развивает видовые различия незаконного владения усматривая в нем следующие

дополнительные виды: а) подложное, б) насильственное, в) самовольное²⁵³. При этом русские цивилисты считали, что само различие законного и незаконного владения в русском праве не имело того значения, какое оно имело по праву римскому, а также и в западном праве в XIX — начале XX века²⁵⁴.

Римское право, как впоследствии и русское, подразделяло незаконное владение на добросовестное незаконное и недобросовестное незаконное владение. Владение признавалось добросовестным, когда тот, кто владеет вещью по праву собственности, не знает об обстоятельствах, препятствующих приобретению им этого права, то есть владелец не сознает неправильности своего владения. Например, лицо, приобретшее вещь от не собственника, выдававшего себя за собственника. Примером недобросовестного владения может служить владение вора, который знает, что вещь не его, но, тем не менее, ведет себя так, как будто вещь принадлежит ему²⁵⁵.

Термин «владение» согласно ГК РФ²⁵⁶ входит в содержание права собственности и именуется как правомочие владения. ГК РФ, так же как и в римском, и в русском праве, производит деление владения на законное и незаконное²⁵⁷. Законное владение по российскому праву представляет собой такое владение, которое опирается на какое-либо правовое основание, то есть на юридический титул (его именуют титульным). Незаконное владение, напротив, является беститульным, то есть не опирается на правовое основание. Таким образом, тот, у кого находится вещь, предполагается имеющим право на владение ею, пока не будет установлено обратное²⁵⁸. Эта классификация владельческих ситуаций, безусловно, рецепция римской классификации, в которой также различались титульное владение (*possessio civilis*) и беститульное (*possessio naturalis*)²⁵⁹.

Так же, как в римском, и русском праве, в ГК РФ вводится деление незаконного владения на добросовестное и недобросовестное²⁶⁰. Так, владелец будет добросовестным, если он не знал и не должен был знать о незаконности своего владения. Владелец будет недобросовестным, если он об этом знал или должен был знать²⁶¹. Такое деление необходимо для подачи виндикационного иска, где ответственность будет зависеть от того, является ли владелец добросовестным или нет.

Для возникновения владения по римскому и по русскому праву необходимо было наличие двух моментов: субъективного и объективного. Они, как это уже было отмечено, заключались в намерении присвоить и в господстве над вещью одновременно. Римские юристы утверждали, что владение приобретается, когда соединены и телесный момент (*corpus possessionis*), и владельческая воля (*animus possessionis*). «...И приобретаем мы владение посредством материального и волевого элементов, а не одним материальным или одним волевым элементом»²⁶².

Овладеть вещью и по римскому, и по русскому праву было возможно или с согласия и при участии прежнего ее владельца, или без него. В первом случае будет передача, представляющая собой двухсторонний акт овладения, основанный на взаимном согласии прежнего и нового владельца и на действиях той и другой стороны — на вручении и принятии вещи. «Мы приобретаем владение через нас самих»²⁶³, — утверждал Павел. Римское право регулировало и случаи самовольного захвата владения. В таком случае, по словам Ульпиана, самовольный захватчик окончательно приобретал владение только в том случае, если прежний владелец, узнав об этом, не оспаривал захвата, или если и оспаривал, то без успеха²⁶⁴.

Таким образом, для возникновения владения и по римскому и по русскому праву требуется соединение субъективного и объективного моментов. Для прекращения владения и по римскому, и по русскому праву достаточно устранения того или другого момента. Так, владение прекращается, когда теряется господство над вещью, по собственной ли воле владельца, при вручении ее другому лицу, при оставлении ее на произвол или же, помимо его воли, утратой вещи, захватом ее со стороны другого²⁶⁵. Овладеть вещью и прекратить владение, как по римскому, так и по русскому праву, можно было и через представителя²⁶⁶.

Защита владения. Защита владения по римскому праву осуществлялась посредством интердиктов претора. Претор защищал сам факт владения, а не правовое его основание, которое являлось предметом разбирательства суда между истцом и ответчиком. Существовало 3 категории интердиктов о владении:

1. Интердикты (*interdicta retinende possessionis*), направленные на удержание существующего владения, в которых за лицом утверждалось существование владения и воспрещались какие-либо посягательства на его нарушения другой стороной.

2. Интердикты (*interdicta recuperandae possessionis*) о возвращении насильственно или тайно утраченного владения, с помощью которых вытребывалось и возвращалось назад утраченное таким образом владение.

3. Интердикты (*interdicta adipiscendae possessionis*) об установлении владения впервые (например, в области наследования)²⁶⁷.

Римское право допускало также и судебную защиту владельческих прав на чужие вещи²⁶⁸.

*Русское законодательство так же, как и римское, осуществляло защиту владельческих прав на имущество от насилия и самоуправства средствами правительства до тех пор, пока на основании судебного решения это имущество не будет передано другому лицу*²⁶⁹. Таким образом, и русское право проводит различие между владельческими правами и правом собственности, обеспечивая, таким образом, правовую защиту владения вне зависимости от споров о праве собственности на это имущество. Более того, как и в римском процессуальном праве, в России²⁷⁰ суд, рассматривая дела о нарушении владельческого права на конкретное имущество, не берет во внимание документы, удостоверяющие право собственности на это конкретное имущество. Перед судом в России стояла только задача восстановить нарушенное право владения.

В русском праве целый ряд вопросов, касающихся защиты владения, носил дискуссионный характер. Так, русские цивилисты колебались в вопросе о том, подлежит защите только владение недвижимостями или также движимыми вещами?²⁷¹ Между тем римское право не только защищало оба вида имущества, но и предусматривало их исковую защиту²⁷². Спорным стал и вопрос о том, всякая ли связь лица с вещью подлежит защите или только владение в виде собственности, то есть господство, связанное с намерением присвоения²⁷³. Русское право стало перед проблемой: допустить совместно возможность владельческого иска и для собственника, и для арендатора, как это делает, например, Германское Гражданское

уложение (параграф 868), то есть признать двух владельцев по отношению к одной и той же вещи, притом без всякой общности владения? Но это противоречило бы определению владения как фактического господства²⁷⁴. Сенат попытался решить эту проблему в своем кассационном решении, а именно: для обращения к защите необходимо, чтобы истец непосредственно перед самым нарушением владения был владельцем²⁷⁵.

Право собственности по римскому праву означало полное господство над вещью. Поэтому и для древнейшего обозначения права собственности использовалось слово «*dominium*» (от глагола «*domare*» — *укрощать*). Это означало господство над чем-либо. Вещь, на которую существовало право, именовали «*proprietas*». Это название затем и закрепилось за правом собственности²⁷⁶. Содержание права собственности выражалось в возможности собственника одновременно пользоваться вещью (*ius utendi*), распоряжаться ею (*ius abutendi*), извлекать доходы от пользования и распоряжения вещью (*ius fruendi*).

К этому добавляют также право владеть вещью (*ius possidendi*), право истребовать вещь от каждого ее фактического обладателя, безразлично — владельца или держателя (*ius vindicandi*)²⁷⁷. Кроме того, римские юристы подразумевали под правом собственности полное господство над вещью, то есть право делать с ней все то, что ему прямо не запрещено законом: издревле устанавливались и законные ограничения права собственности (например, собственник обязан был не препятствовать установлению сервитута)²⁷⁸.

Русское законодательство по существу полностью воспринимает основные признаки содержания римского права собственности. Так, по русскому законодательству право собственности — это «власть, в порядке, гражданскими законами установленном, исключительно и независимо от лица постороннего *владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом* вечно и потомственно»²⁷⁹. Вместе с тем русская цивилистика испытывала определенные затруднения при определении этого понятия, о чем свидетельствуют дискуссии по этой проблеме²⁸⁰.

Таким образом, можно утверждать, что объектом права собственности и в римском, и в русском праве является имуще-

ство как вещь. Признавалась исключительность и независимость этого права от посторонних лиц. Исключительность означает, что никто без и помимо воли собственника не имеет права препятствовать ему или присваивать себе пользование той вещью, которая является объектом его права собственности. Независимость указывает на полную свободу осуществления своего права. *И в Риме, и в дореволюционной России право собственности являлось неограниченным правом.* Собственник имел право делать со своей вещью все, что ему прямо не запрещено. А ограничения могли быть явно установлены законом или договором²⁸¹.

Рецепция существа римского понимания права собственности как триады пользования, владения и распоряжения происходила в России и после Октябрьской революции. Так, ГК РСФСР 1922 г. давал традиционное определение права собственности: собственнику принадлежали в пределах, установленных законом, право владения, право пользования и право распоряжения имуществом (статья 58). Однако было упразднено деление имущества на движимое и недвижимое. Теоретически это объяснялось национализацией земли. «Строения же, возведенные на земле, могли принадлежать и не государству, следовательно, в советском гражданском праве потеряло свое значение положение, закрепленное в римском праве, «*Superficies solo cedit*», или «Постройка следует судьбе земли»²⁸².

Современное российское право трактует право собственности как «систему правовых норм, регулирующих отношения по владению, пользованию и распоряжению собственником принадлежащей ему вещи по усмотрению собственника и в его интересах, а также по устранению вмешательства со стороны всех третьих лиц в сферу его хозяйственного господства»²⁸³. Как видно из этого определения, *современная российская цивилистика также пошла по пути рецепции римских признаков права собственности.*

Различия в понимании права собственности обнаруживаются тогда, когда мы обратимся к сопоставлению видов собственности. К примеру, если римскому праву известны были такие формы собственности, как квинтская, преторская (богнитарная) и перегринская, то русское гражданское законо-

дательство различает право собственности в двух значениях
284.

1) в первом значении — собственность или право собственности — власть исключительного и независимого от постороннего лица, вечного и потомственного владения, пользования, распоряжения и управления имуществом. Выражения «вечное владение», «вечно» относятся только к юридическим лицам. Выражения «потомственное владение», «потомственно» — к физическому лицу — человеку;

2) во втором значении собственность есть вещь, принадлежащая исключительно известному субъекту права.

В первом значении собственность, как правило, бывает:

- полная и неполная;
- государственная, общественная, частная;
- личная и вещная;
- ограниченная и общая;
- мануфактурная, художественная;
- ученая, или литературная.

Во втором значении:

- дворянская и недворянская;
- движимая и недвижимая;
- благоприобретенная и родовая;
- наличная и долговая;
- раздельная и нераздельная;
- самостоятельная и зависимая.

Как видно из вышеизложенного, *русское право знало намного больше видов собственности, чем римское, что объяснялось специфическими национальными особенностями и стадийным фактором развития права. Эта же закономерность, которая определяется национальными особенностями и стадийностью, прослеживается в России и в дальнейшем.* Конституция РФ 1993 г., закрепившая частноправовые отношения, выделяет в первую очередь такие виды собственности, как частная, государственная, муниципальная, иные. Как видим, список неполный. Все виды собственности равным образом защищаются государством, никакой отдельной собственности предпочтения не отдается. Далее в ГК РФ происходит конкретизация видов собственности²⁸⁵. Так, частная собственность распадается на собственность юридических и физических лиц; государственная

— на федеральную, собственность субъектов федерации; муниципальная — на собственность городов, сельских поселений, иных муниципальных образований. К тому же этим деление видов собственности не ограничивается. Существует общая собственность (долевая и совместная), собственность акционерных обществ, товариществ и т. д. Как видно, современное гражданское право знает намного больше видов собственности.

Еще древний классик Сцевола высказывал идею собственности многих лиц на одну вещь в идеальных долях — *pars pro indiviso*²⁸⁶. Эта идея получила дальнейшее развитие в русском праве: не могло быть несколько прав собственности на одну и ту же вещь, но одно право собственности на одну и ту же вещь вполне могло принадлежать нескольким лицам, и тогда налицо право общей собственности, которое римские юристы называли *communio* или *condominium*²⁸⁷.

Общая собственность²⁸⁸ предполагает непременно наличие двух условий:

- 1) одной вещи как объекта гражданского права,
- и
- 2) нескольких субъектов того же права.

То же самое мы обнаруживаем и в римском праве²⁸⁹, то есть возможно, что несколько лиц будут совместными субъектами одного и того же права собственности на одну и ту же вещь. В соответствии с Дигестами²⁹⁰, в римском праве каждый из сособственников имеет право не на всю вещь, а на известную долю. В то же время существует совместное право всех собственников на вещь и право каждого из них на идеальную долю. Со своей стороны каждый из соучастников может распорядиться своей долей: продать, подарить, завещать или заложить свою долю, но при этом соучастники пользуются правом преимущества.

Как видно, *русское право полностью заимствовало понятие права общей собственности из Дигест Юстиниана.*

Таким образом, понимание отношения права собственности в качестве долевого права на всю вещь приводило к тому, что, если право собственности одного из участников почему-то прекращалось, право другого расширялось.

ГК РФ также содержит понятие о праве общей собственности. Но данный вид права собственности характеризуется более сложными отношениями, нежели теми, которые рассматривались выше. Это объясняется существованием в правовой системе нашего государства таких субъектов правовых отношений, как члены крестьянского (фермерского) хозяйства, а также сложившимися отношениями между членами семьи на приватизируемое жилье.

Общая собственность по ГК РФ поделена на долевую и совместную²⁹¹. Но, как и в римском и в русском законах, так и в российском праве необходимыми условиями общей собственности являются имущество в качестве права собственности и наличие нескольких лиц. Общая долевая собственность характеризуется также тем, что каждому лицу принадлежит известная доля в имуществе, которой он волен распоряжаться по своему усмотрению (продать, подарить), но при этом ГК РФ закрепляет право преимущественной покупки отчуждаемой доли сособственником.

3.2. Основания приобретения и прекращения права собственности

Способы приобретения права собственности, с наступлением которых лицо приобретает такое право, юристами издавна, еще с римского права, принято подразделять на первоначальные и производные²⁹². Такое деление было принято в России не только в дореволюционный период, но действует и сейчас. Использовалось оно и в Средние века (Ирнерий)²⁹³. Гай писал: «Иногда мы приобретаем право собственности на вещи по всеобщему праву, которое на естественном основании одинаково соблюдается среди всех людей, иногда по гражданскому праву, то есть по собственному праву нашей гражданской общины»²⁹⁴.

Способ считался первоначальным, если право собственности в лице одного субъекта устанавливалось независимо от другого лица. В римском праве, как сообщал Гай, первоначальное приобретение права собственности было основано на естественном порядке вещей и обычно регулировалось по *ius gentium*. Римские юристы к первоначальным способам приобретения относили завладение (*occupatio*), спецификацию

(*specificatio*), соединение вещей (*accessio*), приобретательную давность (*usucapio*), приобретение плодов, клад (*thesaurus*), находку.

Способ считался производным, когда право собственности в лице одного субъекта устанавливалось на основании права прежнего собственника. Со времени Законов XII таблиц главным производным способом приобретения права собственности была манципация, а также существовал менее сложный способ приобретения собственности — судебная цессия (*in iure cessio*). Ввиду их сложности и громоздкости они были вытеснены новым способом — традицией (*traditio*). Под ней подразумевалась передача вещи с намерением переместить и право собственности на нее. Она осуществлялась на основании договоров купли-продажи, дарения, мены и т. п. В Кодификации Юстиниана традиция была закреплена в качестве единственного способа приобретения собственности. Кроме частных способов приобретения собственности, в римском праве были еще публичные способы, в частности приобретение собственности на основании закона, публичная лицитация (торги), раздел государственной земли. Производным способом приобретения права собственности считалось также присвоение плодов собственником вещи или ее добросовестным владельцем, а также узуфруктарием²⁹⁵.

Российская цивилистика проводит такое же деление способов возникновения права собственности, как в римском и русском праве.

Наиболее древним и наиболее важным оригинальным способом приобретения собственности является *оккупация* (*occupatio*) — захват, завладение вещью. Римское право предусматривало, что путем такого захвата можно было приобрести право собственности на вещи, которые вообще не имели собственника (бесхозные вещи), и вещи, от права собственности на которые собственник отказался (брошенные вещи).

Вещи, не имеющие хозяина, назывались *res nullius*. К ним принадлежали: «*Ferae bestiae et volucres et pisces, id est ornnia animalia quae in terra mari coelo nascuntur*»²⁹⁶ («дикие животные, и птицы, и рыбы — все то, что живет, все, что находится на земле, в море и на небе»).

К этим вещам относились и животные, когда-то одомашненные, но опять одичавшие, жемчуг и драгоценные камни, найденные в море или на берегу; возникшие острова.

Вещи, которые хозяева отвергли с намерением никогда больше не включать их в свое имущество, отказавшись от права собственности на них, назывались «*res derelictae*»²⁹⁷.

Юридически в тождественном положении оказались и *res hostiles*²⁹⁸ — имущество военного противника (принадлежало ли оно государству или населению), захваченные территории, то есть вещи, чьи хозяева не обладали правовой защитой своей собственности по уложениям римского права.

Таким образом, предметом оккупации могли быть бесхозяйные вещи, брошенные вещи и вещи врагов, как и сами враги²⁹⁹.

В римском праве существовала норма³⁰⁰, согласно которой вещи, относившиеся к имуществу любого из указанных видов, становились собственностью того, кто первым завладел им (*res nullius cedit primo occupanti*). Классические юристы не были, однако, едины в вопросе о режиме брошенных вещей до момента захвата³⁰¹.

«Сабинианцы, чье мнение по этому вопросу впоследствии возобладало, — отмечал исследователь римского права Д.В. Дождев, — исходили при решении контроверзы из того, что собственность на брошенную вещь утрачивается вместе с владением. На этом основании Сабин и Кассий не считали возможным признать состав кражи (*furtum*) при *occupatio* брошенной вещи, даже если захватчик овладевал ею с противоправным намерением, полагая, что совершает воровство (*animo turandi*). Мнение последователей Прокула оказала влияние на развитие конструкции приобретения брошенных вещей по давности, что на практике выражалось в допустимости в течение года иска прежнего собственника к владельцу, считавшему вещь брошенной (*res pro derelicta habita*): для успеха виндикации ему достаточно было отрицать наличие намерения утратить вещь (ссылаясь, например, на то, что она была потеряна). Владение *pro derelicto* оказывается основанием пассивного управомочения на виндикационный иск»³⁰².

Оккупация какой-либо из указанных вещей должна была совершаться лицом *animo et corpore*, способным к оккупа-

ции, желающим присвоить себе эту вещь (*animus sibi habendi*) и физически овладевшим вещью (*corpus*). В момент, когда все эти условия были выполнены, устанавливалось право собственности оккупанта: «*Quad enim nullus est, id rations natural, occupanti conceditur*»³⁰³. Оккупированные вещи оставались в собственности оккупанта, пока вновь не получали естественную свободу или пока хозяин не отчуждал и не отвергал их.

Русское право не употребляло такого термина, как «оккупация» («захват»), но использовало термин «находка». Об использовании этого понятия в русском законодательстве пойдет речь ниже.

ГК РФ дает сходное с римским определение бесхозяйной вещи: это вещь, которая не имеет собственника или собственник которой неизвестен либо вещь, от права собственности на которую собственник отказался³⁰⁴. В отличие от римского права, сюда не входит вражеское имущество (*res hostiles*).

Порядок приобретения права собственности на бесхозяйные вещи по ГК РФ отличается от порядка, установленного римскими нормами. Российский законодатель проводит разграничение бесхозяйных вещей на движимые и недвижимые и для каждого вида устанавливает отдельный порядок.

По сравнению с ранее действовавшим законодательством³⁰⁵, которое предусматривало административно-правовой порядок учета, оценки и реализации имущества, признанного судом бесхозяйным по заявлению финансового органа, ГК РФ установил основным способом приобретения права собственности на бесхозяйное движимое имущество приобретательную давность. Однако для приобретения права собственности на движимые вещи, от которых собственник отказался, либо собственник неизвестен, либо утратил на них право, ГК РФ предусмотрел специальные правила. Порядок приобретения права собственности на эту группу вещей зависит от их стоимости. Эти вещи, находящиеся на недвижимом имуществе, может обратить в свою собственность законный владелец земельного участка, водоема или иного объекта путем совершения фактических действий, свидетельствующих о его намерении присвоить их. Для приобретения права собственности на более дорогие вещи необходимо решение суда. Закон не ограничивает круг лиц, которые вправе требовать призна-

ния вещи бесхозьяйной, однако эти лица должны предварительно вступить во владение вещью.

Что же касается бесхозьяйных недвижимых вещей, то в ГК РФ определены особые правила для приобретения их в собственность³⁰⁶. Они сначала должны быть взяты на учет органом, осуществляющим государственную регистрацию права на недвижимое имущество, по заявлению органа местного самоуправления, на территории которого они находятся. До решения суда право собственности сохраняется за оставившим его лицом, и оно может взять его во владение. Такое имущество может быть приобретено в этот период и по приобретательной давности. Следовательно, в законе установлен определенный период времени, в течение которого бесхозьяйная недвижимая вещь может вернуться к собственнику или перейти к другим лицам по приобретательной давности. Только по истечении этого периода времени суд по иску органа, уполномоченного управлять муниципальным имуществом, признает бесхозьяйное недвижимое имущество муниципальной собственностью.

Вновь выявляемые объекты, которые не имеют собственника или собственник которой неизвестен, представляющие историческую, научную, художественную или иную культурную ценность, поступают в собственность государству, если законодательством не предусмотрено иное³⁰⁷.

Таким образом, российское законодательство предусматривает более сложный порядок приобретения права собственности на бесхозьяйную вещь по сравнению с римским правом. Это связано с усилением защиты прав собственника, с необходимостью государственного учета и государственной регистрации недвижимого имущества. *Тем не менее в основе положений о бесхозьяйных вещах, установленных в ГК РФ, лежат правила, разработанные еще римскими юристами.*

К бесхозьяйным вещам римское право относило также диких животных, рыбу в реке и т. п., то есть вещи, общедоступные для сбора. На них распространялось общее правило оккупации: *res nullius cedit primo occupanti* (бесхозьяйные вещи поступают в собственность первого захватившего их)³⁰⁸.

Гражданский кодекс РФ также регулирует приобретение права собственности на общедоступные для сбора плоды при-

роды, рыбу, животных. Однако по российскому праву данные объекты не относятся к бесхозяйным. Они имеют собственника, который при соблюдении определенных правил предоставляет возможность всем желающим приобрести их в свою собственность. Они находятся чаще всего в государственной или муниципальной собственности, что определено специальными законами, которые регулируют и порядок обращения в собственность общедоступных для сбора вещей. Например, Лесной кодекс устанавливает право граждан бесплатно собирать для собственных нужд дикорастущие плоды, ягоды, орехи, грибы, лекарственные растения и техническое сырье, дает право на охоту. Вместе с тем сбор дикорастущих плодов, ягод, орехов, грибов и других растений может быть ограничен законодательством субъектов Российской Федерации³⁰⁹.

Нормативные акты об охоте устанавливают, кто имеет на нее право, где и в какое время года допускается охота на определенных зверей и птиц, как можно использовать продукты охоты. Закон «О животном мире» от 24.04.95³¹⁰ предусматривает получение лицензии на изъятие объектов животного мира, перечень которых был установлен Постановлением Правительства от 04.01.2000 года № 1 «О предельных размерах платы за пользование объектами животного мира, отнесенными к объектам охоты, изъятие которых из среды обитания без лицензии запрещено»³¹¹.

Определенные правила установлены для рыболовства. Запрещены сбор и заготовка гражданами дикорастущих растений и грибов, которые занесены в Красную книгу РФ и в перечень наркосодержащих растений и природного наркосодержащего сырья. По Закону РФ «О недрах» от 21.02.92 (ред. от 02.01.2000 г.)³¹² установлено, что они являются государственной собственностью; владение, пользование и распоряжение недрами осуществляют совместно Российская Федерация и ее субъекты. Предоставление недр для разработки месторождений и общераспространенных полезных ископаемых и порядок их использования устанавливается законами и иными нормативными правовыми актами субъектов Российской Федерации. Собственники, владельцы земельных участков, имеют право по своему усмотрению в пределах их границ осуществлять без применения взрывных работ добычу общерасп-

ространенных полезных ископаемых, не числящихся на государственном балансе ³¹³. Соответствующими нормативными правовыми актами регулируется использование других общедоступных для сбора природных богатств.

Таким образом, сбор общедоступных вещей может иметь место, когда он допускается в соответствии с законом, общим разрешением, данным собственником или местным обычаем. Право собственности на указанные вещи приобретает лицо, осуществившее их сбор или добычу.

Можно сделать вывод о том, что, в отличие от римского права, обращение в собственность общедоступных для сбора вещей по российскому законодательству не относится к оккупации в юридико-техническом смысле слова, поскольку лицо, осуществившее сбор или добычу, приобретает право собственности не на те вещи, которые никому не принадлежат, а на вещи, которые к моменту сбора и добычи составляют чью-то собственность.

Таким образом, по римскому праву оккупировать можно было и потерянную прежним владельцем вещь. Поэтому в русском и российском праве выделяется **«находка»** как способ первоначального приобретения права собственности. Его можно считать и составной частью римской «оккупации».

Поскольку находка не является бесхозной вещью, она по возможности должна быть возвращена собственнику или другому потерявшему ее лицу. В каком же случае надо признать вещь брошенной, а в каком — потерянной?

Римские юристы решали данный вопрос, учитывая основания в каждом случае. Если лицо находит какую-нибудь ветошь, старые тряпки и т. п., оно вправе считать найденные вещи выброшенными; если оно замечает какую-то более или менее ценную вещь, нет основания предполагать, что она выброшена собственником, скорее нужно считать, что вещь потеряна. По римскому праву, если лицо, нашедшее потерянную вещь, «захватывает» ее себе, это приравнивалось к краже. Нашедший вещь обязан был принять меры к отысканию ее собственника. Все расходы, связанные с хранением вещи и отысканием собственника, нашедший вправе был переложить на последнего, но специального вознаграждения за находку римское право не предусматривало ³¹⁴.

По русскому законодательству «находкою» называется обретение вещей и других движимых имуществ, которых владелец неизвестен»³¹⁵. Законодатель определил квалифицирующие признаки того, когда находка может перейти в собственность нашедшего: только тогда, когда в случае публичного объявления о ней, не найдено будет хозяина вещи. Тот, кто находил чужую вещь, должен был объявить об этом полиции или военному начальству (если вещь принадлежала военноружающему), то есть нашедший вещь обязан был предпринять действия по розыску собственника найденной вещи. То же самое и в римском праве. В том случае, если настоящий хозяин вещи объявлялся с полными доказательствами о принадлежности ему найденной вещи, то она должна быть ему возвращена беспрекословно. При этом нашедший данную вещь (по русскому праву) получал право на вознаграждение в размере третьей части цены найденной вещи³¹⁶. Как было указано выше, римское право не предусматривало установления специального вознаграждения за находку вещи и ее собственника, однако предусматривало порядок возмещения расходов лица, нашедшего вещь, и расходов, связанных с ее хранением.

В русском праве проводилось разграничение того, что считать находкой, а что — кладом. «Находка» основывалась на предположении о том, что собственник может быть найден, тогда как клад создает предположение о том, что отыскание собственника уже невозможно. Поэтому закон и признает принадлежность клада собственнику земли, в которой он найден, тогда как правосубъектность находки законодатель определял по произведению определенных в самом законе действий со стороны нашедшего вещь³¹⁷.

Современное российское законодательство не дает понятия термину «находка». Между тем в цивилистической литературе можно найти различные по форме, но единые по содержанию определения этого юридического термина. Так, Ю.К. Толстой находкой признает «вещь, выбывшую из владения собственника или иного управомоченного на владение лица помимо его воли вследствие потери и кем-либо обнаруженную»³¹⁸. О.Н. Садиков под находкой понимает «вещь, которую

собственник или другой владелец потерял, а другое лицо нашло»³¹⁹.

ГК РФ выделяет круг обязанностей лица, нашедшего потерянную вещь³²⁰. Они направлены на достижение той же цели, что и римско-правовые нормы, то есть отыскание собственника. Нашедший потерянную вещь обязан немедленно уведомить об этом лицо, потерявшее ее, или собственника вещи, или кого-либо другого из известных ему лиц, имеющих право получить ее, и возвратить найденную вещь этому лицу. Если указанное лицо или место его пребывания неизвестны, нашедший обязан заявить о находке в милицию или орган местного самоуправления. Если вещь найдена в помещении или на транспорте, она подлежит сдаче лицу, представляющему владельца этого помещения или средства транспорта.

Нашедший вещь вправе хранить ее у себя или сдать на хранение в милицию, орган местного самоуправления или указанному ими лицу. Скоропортящаяся вещь или вещь, издержки по хранению которой несоизмеримо велики по сравнению с ее стоимостью, может быть реализована нашедшим вещь с получением письменных доказательств, удостоверяющих сумму выручки. Деньги, вырученные от продажи найденной вещи, подлежат возврату лицу, уполномоченному на ее получение. За утрату или повреждение вещи нашедший отвечает лишь в случае умысла или грубой неосторожности в пределах стоимости вещи.

Если в течение шести месяцев с момента уведомления милиции (органа местного самоуправления) о находке лицо, уполномоченное получить найденную вещь, не будет установлено или не заявит о своем праве получить вещь, нашедший приобретает на нее право собственности.

В отличие от ГК 1964 г., ГК РФ предоставляет право лицу, нашедшему чужую вещь, а также ее владельцам во время хранения получать как полное возмещение всех необходимых произведенных расходов, связанных с розыском лица, потерявшего вещь, хранением, реализацией находки, так и вознаграждение за нее³²¹. Поскольку размер вознаграждения сейчас точно не установлен (до двадцати процентов стоимости вещи), возможные споры между обязанными и уполномоченными лицами будут решаться в судебном порядке. Если лицо, потеряв-

шее вещь, публично объявило о выплате денежного вознаграждения за возврат находки или сообщение сведений о ней, то действуют правила ГК РФ о публичном обещании награды³²².

Таким образом, ГК РФ в отношении находки предусматривает такие же обязанности лиц, как и римское право: обязанность лица, нашедшего вещь,— отыскать собственника вещи; обязанность собственника вещи — возместить все понесенные расходы лицу, нашедшему ее.

Различны последствия невыполнения обязанностей: по римскому праву попытка утаить найденную вещь рассматривалась как кража, а по российскому законодательству — нашедший лишается лишь права на вознаграждение. Расхождение норм можно увидеть и в выплате вознаграждения: в российском законодательстве предусмотрено право нашедшего потребовать вознаграждения за находку, а в римском праве — нет.

В качестве частного случая находки ГК РФ определяет правовой режим безнадзорных животных³²³. Он распространяется как на безнадзорный, или пригульный, скот, так и на других безнадзорных домашних животных и не применяется к диким животным, даже если они содержатся в домашних условиях. Римское же право специальных правил в отношении безнадзорных животных не предусматривало, на них распространялись общие правила о находке. Российское законодательство более внимательно и гуманно относится к животным, именно этим вызвано установление специальных правил в отношении безнадзорных животных.

Рассмотрим *нормы о кладе (thesaurus)* как о первоначальном способе приобретения имущества. Это отдельный, самостоятельный вид овладения брошенными вещами.

В древнем римском праве клад рассматривался как составная часть вещи, в которой он спрятан (обычно в земле), а потому принадлежал ее собственнику. Начиная со II века н.э. для поощрения отыскания кладов (и следовательно, включение спрятанных имуществ в оборот) римские законы о приобретении собственности на сокровища вводят норму: *thesaurus* полностью принадлежит тому, кто нашел его на своей земле, как и тому, кто случайно обнаружил его на так называемой

loca sacre religiosa; thesaurus делился на равные части между собственником земли и случайно нашедшим его на чужой земле или на земле фиска³²⁴. Если же нашедший thesaurus намеренно производил розыски на чужой земле с целью отыскания клада, то он не имел права участвовать в разделе данного сокровища³²⁵.

Между открытием клада по римским законам и открытием клада по русскому законодательству есть немало общего.

Во-первых, само понятие: кладом по русскому законодательству называется сокрытое в земле сокровище³²⁶. Данное определение есть и в римском праве³²⁷. Сходным в данном случае является следующее:

1) сокровище предполагается скрытым так давно, что совсем забывают о том, кому эти вещи принадлежат, и не сохранилось лиц, которые могли бы доказать принадлежность вещей им;

2) клад — это вещь, скрытая в земле или же просто скрыта, не важно, в каком месте;

3) клад принадлежит собственнику земли, и без его позволения никто не может отыскивать его, будь то частное лицо или местное начальство, следовательно, собственник земли имеет право на все, заключающееся в ее недрах³²⁸;

4) и русский, и римский законы упоминали то обстоятельство, что одна половина клада в определенных случаях может принадлежать тому, кто его случайно открыл на чужой земле. По русскому законодательству гипотеза этой нормы устанавливает ее действие только на территориях Черниговской и Полтавской губерний³²⁹.

Таковы общие положения римского и русского права об открытии клада как способа приобретения права собственности.

Российское законодательство в ГК РФ дает следующее определение клада: это «есть зарытые в земле или сокрытые иным способом деньги или ценные предметы, собственник которых не может быть установлен либо в силу закона утратил на них право»³³⁰. В отличие от находки, при которой вещь из владения собственника или иного управомоченного лица всегда выбывает помимо его воли, кладом можно считать лишь намеренно скрытые ценности. Способы сокрытия ценностей

различны. Клад может быть зарыт в земле, замурован в стене, спрятан в дупле дерева и т. д. Кладом можно считать не всякое намеренно скрытое имущество, а лишь деньги (золотые, серебряные монеты, отечественная и иностранная валюта) или иные ценные предметы (драгоценные камни, жемчуг, драгоценные металлы в слитках, изделиях и ломе, антиквариат и т. д.). Наконец, клад — это не всякое намеренно скрытое имущество, а лишь такое, собственник которого не может быть установлен или утратил на него право. При отсутствии хотя бы одного из указанных признаков имущество нельзя считать кладом.

По сравнению с ранее действовавшим советским законодательством³³¹ в Гражданском кодексе РФ установлены новые положения о судьбе клада. Если раньше клад признавался собственностью государства, а лицо, его нашедшее, имело лишь право на вознаграждение, то теперь он поступает в собственность лица, которому принадлежит имущество (земельный участок, строение и т. п.), где клад был сокрыт, и лица, обнаружившего клад, в равных долях, если между ними не установлено иное соглашение. При обнаружении клада лицом, производившим раскопки или поиск ценностей без согласия на это собственника земельного участка или иного имущества, где он был сокрыт, тот подлежит передаче собственнику земельного участка или иного имущества.

В случае обнаружения клада, содержащего вещи, относящиеся к памятникам истории или культуры, они подлежат передаче в государственную собственность. Исчерпывающего перечня таких объектов в законе нет. Поэтому вопрос в случае спора должен решаться судом на основании научной экспертизы. Собственник земельного участка или иного имущества, где клад был сокрыт, и лицо, обнаружившее его, имеет право на получение вознаграждения в размере пятидесяти процентов стоимости клада, которое распределяется между этими лицами в равных долях, если соглашение между ними не установлено иное. Оно выплачивается государственными финансовыми органами.

При обнаружении такого клада лицом, производившим раскопки или поиски ценностей без согласия собственника имущества, где клад был сокрыт, вознаграждение этому лицу

не выплачивается и полностью поступает собственнику. Эти правила не применяются к лицам, в круг трудовых или служебных обязанностей которых входило проведение раскопок и поиска, направленных на обнаружение клада.

Таким образом, правила, установленные в ст. 233 ГК РФ, полностью совпадают с положениями о кладе, разработанными римскими юристами. Можно сделать вывод о том, что эти положения дошли до нас практически в неизменном виде. Аналогичным моментом является указание в российском гражданском законе на то, что клад поступает в собственность лица, которому принадлежит строение, земельный участок, и лица, обнаружившего клад, в равных долях, если не установлено иное. Однако лицо должно обнаружить клад именно случайно, то есть такие действия не должны считаться служебными обязанностями. Эта же статья ГК РФ указывает, что при археологических раскопках вознаграждение не выплачивается.

Еще римскому праву была известна, как основание приобретения (возникновения) права собственности, *спецификация (specificatio)*. Она определяется как переработка вещи для себя, создание из чужого материала новой вещи для себя. Например, изготовление вина из чужого винограда, вазы из материала, не принадлежащего мастеру (спецификанту). Спецификация имеет место лишь тогда, когда переработка осуществляется несобственником материала и материал приобрел новую форму (*nova species*), позволяющую констатировать появление новой вещи. Так определяли спецификацию римские юристы, о чем подробнее речь пойдет ниже.

Ю.К. Толстой дает сходное по смыслу определение спецификации: «Переработка или спецификация как способ приобретения права собственности на вновь изготовленную движимую вещь характеризуется тем, что вещь создается в результате приложения труда одного лица к материалу, принадлежащему другому лицу»³³².

Если и материал, и труд принадлежали одному лицу, вопрос о праве собственности решался просто: новая вещь принадлежала тому же лицу. Но если труд по переработке приложен к чужому материалу, то возникает вопрос о принадлеж-

ности новой вещи, который сторонниками разных направлений римской юриспруденции решался неоднозначно.

Сабинианцы, следуя учению стоиков о приоритете материи, считали, что собственником новой вещи является тот, кому принадлежит материал. Сабинианский подход, который внешне предстает отрицанием социальной ценности обрабатываемого труда, по сути, основан на том, что переработка производится с ведома и по воле собственника материала, и сущность ситуации исчерпывается личной связью (договором) сторон, когда работа не ставит мастера в непосредственное отношение к созданной вещи. Именно наличие воли прежнего собственника не позволяет считать придание новой формы способом присвоения материалов³³³.

Прокулианцы, вслед за Аристотелем, напротив, считали доминирующей форму, и потому собственником новой вещи, по их мнению, является ее создатель, который должен возместить собственнику материала его стоимость³³⁴.

Юстиниан занял компромиссную позицию. В Кодификации Юстиниана проблема была решена следующим образом: если, несмотря на переработку, вещь можно вернуть опять в первоначальный вид (например, изготовленную из металла вазу переплавить в слиток металла), она принадлежит собственнику материала, если же это невозможно (например, в случае изготовления мебели из досок), вещь поступает в собственность того, кто произвел спецификацию, но при условии его добросовестности и с обязательством вознаградить собственника материала в размере полученного обогащения³³⁵.

В случае самовольной переработки чужого материала последователи Прокула усматривали воровство, предоставляя собственнику материала наряду с «иском из воровства» (*actio furti*) также кондикционный иск для возмещения ущерба, раз с исчезновением прежней вещи виндикация становилась невозможной³³⁶.

Собственник мог требовать возмещения в двойном размере, так как бревно было использовано в постройке без его ведома, то есть украдено. Положение закона XII таблиц (6, 8) было посредством интерпретации распространено на любые строительные материалы, в чем проявлялось уважение к производительному труду. Строение рассматривалось как состав-

ная вещь, которая может быть возвращена к исходным материалам. Однако разрушение здания открывает возможность для виндикации лишь тем, что снимает ограничения, установленные законом, тогда как само право собственности хозяина материала сохраняется и во время существования постройки. Создание новой вещи не имеет реального эффекта в отношении материала, собственность на строение принадлежит хозяину участка в соответствии с принципом *superficies solo cedit*.

Русскому гражданскому законодательству также был хорошо известен такой первоначальный способ приобретения права собственности, как переработка: «владельцу принадлежит все то, что трудом и искусством его произведено в том имуществе»³³⁷, то есть при всех видоизменениях право собственности на продукт труда принадлежит собственнику материала. Однако как поступить в том случае, когда свой труд прилагается к чужому материалу? В русском законе спецификация не предусмотрена, но русская цивилистика ее рассматривала.

По русскому законодательству право собственности на переработанную вещь будет признано за собственником материала, из которого она сделана³³⁸. Г.Ф. Шершеневич упоминает то обстоятельство, что собственник материала обогащается неосновательно, вследствие возрастающей ценности принадлежащей ему вещи, поэтому «следует признать его обязанность вознаградить представителя труда за этот излишек стоимости»³³⁹.

Переработка в ГК РФ также относится к первоначальному способу возникновения права собственности и характеризуется тем, что вещь создается в результате приложения труда одного лица к материалу, принадлежащему другому лицу. Российский закон указывает на необходимость наличия трех условий, когда спецификатор может стать собственником новой вещи, в случае если она произведена из чужого материала³⁴⁰ стоимость труда существенно выше стоимости материала, сам спецификатор не знает и не предполагает, что использует чужой материал, то есть является добросовестным, переработка произведена в его собственных интересах, а не на заказ. В том случае, если не будет соблюдено хотя бы одно условие,

то спецификатор обязан отдать новую вещь тому, чей был материал, а также возместить ему причиненные убытки.

Вышеуказанная 220-я статья Гражданского кодекса РФ устанавливает, что, если иное не предусмотрено договором, право собственности на новую движимую вещь, изготовленную лицом путем переработки не принадлежащих ему материалов, приобретает собственником материалов, то есть действует сабинианский подход. Но в договоре может быть предусмотрено, что собственником станет спецификатор.

Однако Гражданский кодекс РФ устанавливает исключение из этого правила. В случае, если стоимость переработки существенно превышает стоимость материалов, то право собственности на новую вещь приобретает лицо, которое, действуя добросовестно, осуществило переработку для себя, то есть применяются положения, разработанные юристами прокулианской школы. Данное правило рассчитано на случаи, когда спецификатор использует чужой материал при отсутствии договора между ним и собственником материала. Спецификатор может стать собственником новой вещи лишь при одновременном наличии трех условий: стоимость труда существенно превышает стоимость материала; спецификатор добросовестен, то есть до завершения переработки он не знал и не должен был знать о том, что использует чужой материал; спецификатор осуществил переработку для себя, а не в коммерческих целях. При отсутствии хотя бы одного из этих условий собственником изготовленной вещи становится собственник материала.

В римском и российском праве действует правило о возмещении стоимости материала, если собственником вещи стал спецификатор, и наоборот, если собственником вещи стал собственник материала, то он обязан возместить спецификатору стоимость переработки, если иное не предусмотрено договором. Это правило подлежит применению и тогда, когда договор между собственником материала и спецификатором вообще отсутствует. Вопросы перераспределения расходов регулируются так, чтобы никто не обогатился, не будучи несобственником.

Более жесткие правила применяются в тех случаях, когда собственник материалов утратил их в результате недобросо-

вестности спецификатора ³⁴¹: последний обязан не только передать новую вещь в собственность тому, кто утратил материал, но и возместить ему причиненные убытки. Такое же правило существовало и в римском праве.

Таким образом, российский законодатель совместил в Гражданском кодексе РФ два подхода к переработке, существовавших у римских юристов сабинианской и прокулианской школ.

Правила возмещения полученного обогащения стороной, получившей вещь в собственность, также пришли в наше законодательство из римского права.

При недобросовестности спецификанта собственник материала имеет право требовать возврата новой вещи и возмещения ущерба. Это положение существует как в римском праве, так и в российском законодательстве.

Можно сделать вывод о том, что положения Гражданского кодекса РФ, регулирующие переработку, полностью заимствованы из римского права.

Соединение вещей (accessio). Для того чтобы избежать ущерба из-за раздела соединенных вещей, если они состояли из частей, перед соединением в новую вещь принадлежащих различным собственникам, были созданы правила принадлежности, или акцессии. В случае присоединения одной вещи к другой (в качестве ее составной части) право на присоединившуюся вещь принадлежало собственнику основной вещи заново, и потому приобретение признавалось первоначальным, а не производным.

Основная идея римского права, выраженная в правилах об акцессии, заключалась в следующем: *accessio cedat principali* ³⁴², то есть собственность на вещь, состоящую из жестко соединенных частей, перед соединением принадлежавших различным собственникам, переходила к собственнику главной вещи (*principale*) и прекращалась для собственников принадлежностей. Вопрос о том, какую из соединенных вещей следует считать главной, а какую — придаточной, решался от случая к случаю, в зависимости от хозяйственного назначения вещи, ее ценности, соответственно ведя счет от самого незначительного предмета, переходящего в собственность лица, являющегося собственником более важной вещи.

Случаи *accessio*, или принадлежности, делились на три основные группы:

1) случаи соединения недвижимой вещи с частями другой недвижимой вещи;

2) случаи соединения недвижимой вещи с движимой по своей природе вещью;

3) случаи соединения двух движимых вещей.

Случаи соединения недвижимых вещей были следующие: *alluvio*, *avulsio*, *insula in flumine nata* и *alvens derelictus*.

Alluvio, или речной нанос, происходил вследствие постепенного и постоянного увеличения одного участка земли за счет частиц, уносимых с чужого участка, при этом «не было возможности подсчитать, насколько участок увеличился в данный момент»³⁴³. Собственность на речной нанос переходила к собственнику участка, к чьим границам река нанесла частицы.

Avulsio, или унос земли, происходил, когда неожиданно отрывались и переносились целые части земли. Отделенные части доставались собственнику земли, к чьим границам были донесены, но только когда растения оторвавшейся части пустят корни в земле нового хозяина.

Insula in flumine nata, или остров, возникший на стрежне реки, доставался хозяевам соседских участков по двум сторонам реки, а если он находился не на самом стрежне, — хозяевам участков, находящихся ближе к нему.

Alveus derelictus, или покинутое речное русло, доставалось хозяевам соседних участков и делилось соразмерно величине их участков.

Двумя основными случаями соединения движимой и недвижимой вещи были *inaedificatio* и *implantatio*.

По правилу *superficies solo cedit*, созданному в период полностью отделенной и развитой частной собственности на землю, любая *inaedificatio*³⁴⁴, или любое строение, воздвигнутое на одном участке земли, принадлежало его собственнику, поскольку строение рассматривалось в Риме как *pars soli*, то есть часть земли. Это решение имело силу и в том случае, когда собственник участка возвел строение на своей земле, но из чужого материала, или когда другие лица построили строение на чужой земле из своего материала.

Правило *superficies solo cedit* действовало и для так называемой имплантации (*satio et plantatio*), или любого засеивания и посадок, совершенных на чужой земле. Уже в момент засеивания брошенное семя становилось составной частью земли, тогда как саженцы становились составной частью только тогда, когда пускали корни и жестко связывались с подложкой. В случае, когда имплантация на чужом участке совершалась добросовестными лицами, собственники земли должны были возместить стоимость вложенного труда, как и стоимость семян и саженцев³⁴⁵.

Случаи соединения двух движимых вещей были *scriptura*, *pictura*, *tinctura*, *textura* и *ferruminatio*.

Словом «*scriptura*» обозначался случай, когда чужой пергамент или другой пишущий материал был употреблен для составления текста³⁴⁶. Спор о собственности в этом случае решался в пользу хозяина материала для письма, даже когда буквы были золотыми. В случае *pictura*, или написания картины на чужом холсте, мнения римских юристов разделились: одни считали, что собственность принадлежит собственнику холста, другие, что эту собственность следует предоставить художнику. Это последнее мнение разделял Юстиниан: «*Ridiculum est enim picturam Appelis vel Pharhasii in atcessionem vilissimae tabulae cedere*» («Нелепо картину Апелиса или Фарразия считать принадлежностью ничтожной доски»)³⁴⁷.

Собственник вновь образовавшейся в результате соединения вещи был обязан возместить стоимость вошедших в нее предметов. Так, собственник земли или материала должен был возместить расходы строителю (или писцу). Последний же, то есть автор приращения (например, художник), мог потребовать возместить расходы посредством иска, аналогичного виндикации, — *actio utilis*, предварительно возместив стоимость материала, или виндигировать свою вещь, предварительно добившись ее отделения посредством иска о предъявлении, например в случае припайки. Невольный отчуждатель получает удовлетворение в любом случае. Очевидно, что правомерная работа с чужим материалом возможна только в рамках договора подряда, когда стороны связаны обязательственным отношением.

Правило «*accessio cedat principali*» распространялось и на вещи принадлежностные, или принадлежности главной вещи, которые римские юристы отличали от составной части вещи. Составная часть не имеет самостоятельного физического существования, вследствие чего на нее и не может быть права собственности, отдельного от права собственности на всю вещь в целом. Принадлежность вещи имеет самостоятельное физическое существование, но хозяйственно она тяготеет к другой, являющейся по отношению к ней главной. Это «тяготение» выражается в том, что совместное пользование обеих вещей (главная и принадлежность) хозяйственно более целесообразно, чем раздельное их использование. Примером таких вещей в римских условиях мог служить земельный участок (главная вещь) и сельскохозяйственный инвентарь (принадлежность). Юридическое значение принадлежности заключалось в том, что если актом воли управомоченных лиц (или законом) не было установлено в конкретном случае отдельного права на принадлежностную вещь, то на нее распространялись те же правоотношения, какие установлены относительно главной вещи (за отсутствием иного соглашения или указанного закона «принадлежность следует за главной вещью»).

Разновидностью соединения движимых вещей является смешение, когда нельзя указать, какая из вещей поглотила другую (когда они, так сказать, поглотили взаимно друг друга), например сплав из двух металлических предметов. Смешивание подразделялось на *confusio* (смешивание, например, стад скота, принадлежащих различным собственникам при невозможности их выделения) и *comixtio* (смешивание жидких, сыпучих предметов, например зерна).

Смешение приводит к установлению права общей собственности лиц, имевших право собственности на вещи, подвергшиеся смешению. Если смешаны однородные сыпучие тела (например, зерно одного сорта, принадлежащее разным собственникам, ссыпано в одно общее зернохранилище), то за каждым собственником признается индивидуальное право на то количество, которое принадлежало ему до смешения.

Этот способ приобретения права собственности присутствует и в русском законодательстве³⁴⁸. По римскому и русскому

праву собственность возникает либо по воле хозяина, либо случайно. По римскому праву в случае, когда собственность возникает по воле хозяина, устанавливаются отношения совместной собственности. При этом обязательным условием является соединение до этого отдельных количеств вещей. Русское же право считает, что рождается общее право собственности по смеси. Но оно составляет нарушение права собственности другого хозяина, не изъявившего желания на смешение. И поэтому нарушитель должен был вознаградить другого хозяина за все убытки, какие произойдут в результате смешения.

При случайном смешении по римскому праву отношения совместной собственности не устанавливаются. В таких случаях сразу закон вводил право требовать возвращения части материала от держателя. По русскому праву, напротив, возникало общее право собственности. Каждый предмет смеси есть собственность того и другого лица.

И при случайном, и при самовольно-одностороннем смешении могло произойти немедленное прекращение посредством раздела. При разделе опять устанавливается отдельное право собственности, хотя и не по тем самым предметам.

Обратимся для сравнения к современному российскому праву. Еще ранее ГК РСФСР 1922 г. закреплял всего три способа возникновения права собственности: реквизиция, конфискация, а также презумпция принадлежности государству имущества, хозяин которого неизвестен (не востребовавшие собственником находки, клады, имущество, брошенное собственником)³⁴⁹. Позднее современное развитие российского общества оказывается невозможным без таких способов, как приватизация, национализация, выкуп и другие.

В российском законодательстве «смешение» как специальный способ приобретения права собственности отсутствует. Однако общее правило акцессии — «*accessio cedat principali*» — отражено в ГК РФ, которая делит вещи на главные и принадлежности³⁵⁰. *Итак, в российском и в римском праве проводится деление вещей на главную и принадлежность.* Принадлежность не имеет самостоятельной ценности и предназначена служить главной вещи, которая имеет самостоятельное значение. Юридическое значение такого деления состоит в том,

что «вещь, предназначенная для обслуживания другой, главной вещи и связанная с ней общим назначением (принадлежность), следует судьбе главной вещи, если договором не предусмотрено иное»³⁵¹. Таким образом, *эта статья ГК РФ дублирует правило, разработанное римскими юристами: принадлежность следует за главной вещью.*

Также в качестве частного случая *accessio* можно выделить самовольную постройку. Согласно ГК РФ, право собственности на самовольную постройку может быть признано судом за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка. В этом случае лицо, за которым признано право собственности на постройку, возмещает осуществившему ее лицу расходы на постройку в размере, определенном судом³⁵².

Таким образом, статья 222 ГК РФ полностью воспроизводит римское правило *superficies solo cedit* (строение поступает в собственность того, кому принадлежит земля), а также правила, касающиеся возмещения расходов строителю, осуществившему постройку.

В отличие от римского права, в российском законодательстве самовольная постройка выделяется в качестве самостоятельного первоначального способа приобретения права собственности. Самовольным считается строительство объекта недвижимости при наличии любого из следующих условий: нарушение порядка землеотвода или его целевого назначения, отсутствие необходимых разрешений на строительство (хотя бы одного из них), существенное нарушение строительных норм и правил³⁵³.

Институт приобретательной давности (*usucapio*) имеет целью придать существующим фактическим отношениям юридическое значение, служит устойчивости права и гражданского оборота. Если собственник имущества длительное время не выражал намерений признать вещь своей, он смирился с ее утратой, и то, при отсутствии презумпции государственной собственности, обычно эта вещь признается собственностью фактического, добросовестного владельца.

В одном из комментариев юриста Гая говорилось, что приобретение права собственности по давности владения вве-

дено по соображениям «общественного, публичного блага» (*bono publico*), чтобы не создавалось на большие промежутки времени, а то и навсегда, неуверенности и неопределенности в собственнических отношениях. Интересы собственников (тех вещей, которые закрепляются по давности владения за другими лицами) подобного рода правилом не нарушаются, так как в их распоряжении был достаточный промежуток времени, чтобы отыскать и истребовать свои вещи³⁵⁴.

«Из этих слов Гая, — писал И.Б. Новицкий, — видна сущность приобретения права собственности по давности владения. Лицо получает вещь в свое владение добросовестно. Оно имеет основание считать себя собственником. Объективно же положение иное: право собственности принадлежит другому лицу, и если оно предъявляет иск об изъятии вещи и доказывает на суде свое право собственности, добросовестному владельцу приходится отдавать вещь. Однако если в течение определенного, предусмотренного в законе, срока иск об изъятии вещи не предъявлялся, то целесообразность требовала, чтобы положение добросовестного владельца получило окончательное закрепление, чтобы никакие дальнейшие потрясения в его хозяйстве на почве истребования вещи ее прежним собственником не могли иметь места. Провладев (при наличии известных предположений, о которых речь ниже) вещь в течение установленного (давностного) срока, владелец превращался в собственника. Его право не выводилось из права прежнего собственника, а возникало заново...

Таким образом, приобретательную давность можно определить как такой способ приобретения права собственности, который сводится к признанию собственником лица, фактически провладевшего вещь в течение установленного законом срока, но не являющегося ее собственником и при наличии определенных условий»³⁵⁵.

Приобретение по давности (*usucapio*) является исключительно римским способом оригинального приобретения. «Чтобы собственность на какие-либо вещи надолго или навсегда не оставалась неизвестной»³⁵⁶, в римском праве была введена приобретательная давность. Условия, необходимые для приобретения права собственности по давности владения, практически такие же, как в российском праве. Реквизиты

usucapio были сведены средневековыми юристами в строку гексаметра, чтобы любой мог ее запомнить наизусть: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*. Рассмотрим элементы этого списка.

Res habilis (подходящая вещь) — приобретение по давности возможно только в том случае, если приобретаемая вещь такова, что может быть приобретена по давности владения³⁵⁷.

По предписаниям римского права предметом приобретательной давности могли быть все вещи, принадлежащие физическому лицу, если не имелись в виду вещи, на которые приобретательная давность не распространялись еще по Законам XII таблиц. Таковы ворованные вещи³⁵⁸, награбленное³⁵⁹; межа между земельными участками шириной в 5 шагов³⁶⁰; сервитуты³⁶¹⁻³⁶².

Римское право предусматривало, что *usucapio* ворованных вещей становится возможной, когда они возвращаются во власть собственника; до этого момента не только сам вор, но и третьи лица не могут приобретать их по давности.

Кроме того, приобретательная давность не распространялась на вещи, полученные в *rescriptum*, на провинциальную землю, на подарки провинциальным магистратам.

Justus titulus (законное основание) — приобретение по давности происходит только в том случае, если владение было приобретено на правомерном основании: в результате покупки, в виде дара, приданого и т. п.

Передача владения становится основанием для приобретения по давности только в следующих случаях: если объектом *traditio* была *res mancipi* или если вещь была отчуждена несобственником. Римская юриспруденция составила закрытый список правомерных оснований для *usucapio*:

- *pro emptore* (в качестве покупателя);
- *pro donato* (как подаренным);
- *pro legato* (как отказным по завещанию);
- *pro dote* (как приданым);
- *pro soluto* (как данным в исполнение обязательства);
- *pro noxae dedito* (как выданным в возмещение ущерба);
- *pro derelicto* (как брошенным);
- *pro herede* (в качестве наследника)³⁶³.

Сделка, на которой основано приобретение, должна действительно существовать. Если передача произведена на основании условной сделки, течение срока давности не начинается, пока не реализовано условие ³⁶⁴.

Считалось, что приобретатель собственности на вещь имел *bona fides* (добрая совесть) всегда, когда при установлении владения не был извещен о том, что основание, по которому он получил предмет, и способ, по которому это произошло, содержали недостатки, из-за которых он не мог стать собственником вещи ³⁶⁵.

Добросовестность необходима только на момент приобретения вещи. Если в дальнейшем владелец узнает, что приобрел чужую вещь, *usucapio* тем не менее продолжается, то есть последующие сведения о дефектности совершенного акта не исключают права собственности по давности владения. Это положение средневековые юристы выразили в правиле: «*Mela superveniens non nocet*» (последующая недобросовестность не вредит правильно начатой *usucapio*)³⁶⁶.

Possessio — для правомерной приобретательной давности требовалось и владение вещью. Необходимо было выполнение двух условий такого владения: оно должно было быть материальным и соответствовать воле владельца ³⁶⁷.

Для приобретательной давности требовалось владение вещью на протяжении предписанного законом времени: один год для движимых и два года для недвижимых вещей ³⁶⁸. Приобретатель вещи должен был в предписанное время открыто и публично владеть предметом, то есть относиться к предмету как собственник. Давность не приводила к установлению собственности, если до истечения срока собственник вещи отменял эту давность.

Срок исковой давности устанавливался в 10 лет *inter praesentes* (для жителей одной и той же провинции) и до 20 лет *inter absentes* (для жителей разных провинций)³⁶⁹.

В связи с тем, что в постклассическом праве исчезли различия между *res mancipi* и *res mancipi*, между италийскими и провинциальными землями, как и различия между римскими гражданами и другими жителями римского государства, Юстиниан объединил оба эти вида давности, *longi temporis praescription* превратилось в установление приобретательной

давности и слилось с *usucapio*. *Longi temporis praescriptio* как давность приобретения при тех же условиях, что и прежняя давность, кроме сроков, которые и в дальнейшем составляли 10 лет *inter praesentes* и 20 лет *inter absentes*, действовала как давность для недвижимых вещей, в то время как давностью для движимых вещей служила *usucapio* с новым сроком в 3 года³⁷⁰.

Уложение Юстиниана ввело также экстраординарную приобретательную давность. Она служила для защиты владельцев, которые 30 или 40 лет владели чужим имуществом без каких-либо правовых оснований. До Юстиниана такие владельцы имели право на решение по отклонению иска собственника (давность погашения). Юстиниан и за ними признал право получения собственности (давность приобретения)³⁷¹.

Русское право определяет срок непрерывной давности владения в 10 лет³⁷².

Таким образом, и по русскому, и по римскому законам можно выявить несколько явных сходств в построении конструкции института приобретательской давности владения:

1) Срок установлен в 10 лет.

Римляне также упоминали о владении в отношении движимых вещей — 3 года. Но такого срока нет в русском праве.

2) Владение должно быть беспспорным.

3) Необходимый элемент — это владение в виде собственности (то есть юридическое владение, а не только держание³⁷³ или же владение вещью).

4) Свод законов и римское право указывают на то, что давностное владение должно быть непрерывным на протяжении всего срока. Это означает, что владение прерывается тем, что владелец оставляет намерение присвоения, или тем, что он лишается возможности господства над вещью.

Таковы общие условия для приобретения права собственности по давностному владению. Русскому законодательству были чужды требования добросовестности со стороны владельца и законного основания для владельца, которые требовались римскими юристами. Поэтому, анализируя русское право, можно утверждать, что украденная вещь может быть приобретена в собственность в силу одной только давности, тогда как Юстиниан четко указывал на тот факт, что способно-

стью к приобретению по давности не обладали краденые вещи (хотя бы данный владелец был добросовестным).

Еще один немаловажный момент, не указанный ранее, но относящийся ко всем трем законам, — это то, что вещи не должны быть изъяты из оборота.

Следует также отметить, что по римскому праву лицо, приобретшее имущество по данному способу, имело защиту от собственника имущества, выражавшуюся в следующем: собственник имел право подать на такое лицо иск только в срок, определенный законом. Если же этого не сделано, то всякое притязание считалось неправомерным, так как владелец являлся теперь уже настоящим собственником³⁷⁴. ГК РФ также содержит положения о защите давностного владения от собственника или других третьих лиц. Данная защита примерно выражается так же и у римлян. Однако здесь есть некоторая особенность: владелец сам может воспользоваться теми же средствами защиты, какими располагает собственник и иное третье лицо³⁷⁵.

Институт приобретательной давности в современной России был введен Основами гражданского законодательства³⁷⁶ и действует с 3 августа 1992 года.

Позднее, с принятием ГК РФ, российское законодательство устанавливает, что приобрести право собственности по давности владения может лицо, не являющееся собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее как своим собственным недвижимым имуществом в течение пятнадцати лет либо иным имуществом в течение пяти лет³⁷⁷. Закон устанавливает, что такое право собственности (если оно подлежит государственной регистрации) возникает только с момента такой регистрации. Между тем до приобретения на такое имущество права собственности владелец по российскому закону имеет право на защиту своего владения. Закон вводит для лица, ссылающегося на давность владения, право на присоединение ко времени своего владения всего времени, в течение которого этим имуществом владел тот, чьим правопреемником это лицо является.

Таким образом, основополагающие положения статьи 234 ГК РФ о приобретательной давности полностью заимствованы из римского права. Это относится как к добросовестности, не-

прерывности, открытости владения, так и к владению имуществом как своим собственным в течение установленного законом срока. Российское гражданское право пошло по пути римского деления срока давности в зависимости от того, является имущество движимым или недвижимым. Немаловажным является и то, что и в римском, и в российском праве вещи не должны быть изъяты из оборота, то есть необходима была способность вещи к приобретению по давности.

Реципировано и положение о присоединении времени владения при правопреемстве вещи, то есть допускается суммирование времени, в продолжение которого вещь находилась у правопродшественника и правопреемника.

Конечно же, имеются и различия в приобретении права собственности по давности владения в римском праве и в российском законодательстве, что связано с огромным промежутком времени, разделяющим эти две правовые системы.

В частности, это касается установленных законом сроков, в течение которых должно осуществляться владение вещью. Если Уложение Юстиниана устанавливает 3 года для движимого и 10 лет (для жителей одной провинции) или 20 лет (для жителей разных провинций) — для недвижимого имущества, то российский законодатель определяет 5 и 15 лет соответственно. Пятнадцатилетний срок для недвижимости является как бы средним арифметическим между 10 и 20 годами, установленными римским правом. Возможно, установление 15-летнего срока связано с высокой современной коммуникацией, то есть существование телефона, телеграфа, факса, Интернета позволяет на любом расстоянии управлять своей собственностью, осуществлять за ней постоянный контроль, и поэтому нет необходимости делать разграничение по срокам давности владения для жителей разных областей.

В целях упорядочения отношений собственности российский законодатель ввел обязанность государственной регистрации права собственности на недвижимое имущество. Только с момента такой регистрации у лица возникает право собственности. Введение данного положения также связано с изменением собственнических отношений по сравнению с отношениями, существовавшими в Древнем Риме.

Римские юристы выделяют *res habillis* как отдельный ре­квизит *usucapio*. Российский законодатель от этого отказался, поскольку данное условие является само собой разумеющимся. Вещи, изъятые из оборота, краденые и т. п., не могут находиться в собственности лица, и речь о них не идет изначально.

Российский законодатель пошел дальше римских юристов. Он установил защиту владельца против третьих лиц, не являющихся собственниками имущества и не имеющих прав на владение в силу установленного законом или договором основания. Но в то же время защищаются и права собственника: течение приобретательной давности начинается не ранее истечения срока исковой давности.

Давностный владелец по российскому праву так же, как и по русскому и по римскому, о чем шла речь выше, должен владеть имуществом как своим собственным (в виде собственности).

Как можно было наблюдать ранее, по русскому праву владеть украденной вещью можно было только в силу давности. Римский же закон указывал на то, что такие вещи не могут быть приобретены в собственность по давности владения, несмотря на то, что владелец считается добросовестным.

Специфически римским производным способом приобретения права собственности была **передача вещи по договору**. Основной принцип римского права, которому была подчинена передача права собственности по договору, следующий: «Никто не может перенести на другого больше права, чем имел бы сам»³⁷⁸. Для этого применялись три способа — манципация (*mancipatio*), *in iure cessio*, *traditio*. Манципация осталась специфически римским инструментом и не вышла за хронологические рамки римской истории. Разумеется, этим не умаляется ее значение как действенного стимулятора развития римского права. Однако в праве Юстиниана сохранилась только традиция. Поэтому мы рассмотрим именно ее.

Традиция (*traditio*) применяется и в современных правовых системах в соответствии со своим изначальным назначением — как производный способ приобретения права собственности. В Риме традиция изначально применялась к неманципируемым вещам (*res nec mancipi*) или к вещам, при-

обретатели которых не являлись римскими гражданами. Применение традиции к *res nec mancipi* создавало квинритскую собственность, а к *res mancipi* — бонитарное обладание.

Впоследствии, когда вышли из употребления *mancipatio* и *in jure cessio* и стерлись различия между манципируемыми и неманципируемыми вещами, роль традиции возросла, и ее действие было распространено на отношения между римскими гражданами. В Кодификации Юстиниана традиция закреплена в качестве единственного способа заключения вещного договора о перенесении права собственности на движимое и недвижимое имущество ³⁷⁹.

Не всякая *traditio*, или передача вещи, представляла собой способ приобретения собственности. В римском праве существовало много случаев передачи, при которых устанавливалась не собственность, а только лишь естественное (*detentio*) или правовое владение (*possessio civilis*). Лишь передача, при которой были выполнены специальные действия, действовала как приобретение собственности.

В *traditio* должны были существовать два субъекта: отчуждатель вещи (*tradens*) и приобретатель вещи (*accipiens*). В связи с тем что *traditio* была способом приобретения собственности по предписаниям *jus gentium*, право- и дееспособными субъектами при этом выступали не только римские граждане, но и другие свободные жители римского государства, правомочные заключать имущественные сделки по *jus gentium*. Если *traditio* выступала как способ приобретения собственности, субъектам требовалось прийти к согласию о том, что собственность переносится одним лицом (отчуждателем) на другое (приобретателя), а приобретатель принимает эту вещь в собственность ³⁸⁰. Если *tradens* и *accipiens* не приходили к взаимному соглашению, *traditio* не имела транслятивного характера. Согласие *траденса* и *акципиенса* должно было быть основано на правовом основании, обязывающем *траденса* перенести право собственности на *акципиента* и уполномочивающем *акципиента* требовать у *траденса* в собственность его вещь. Таким основанием была обоюдная воля сторон на отчуждение и приобретение имущества. Причины, в силу которых отчуждающие должны были передать вещи в собственность приобретателей, а приобретатели требовать передачи предмета,

были различными: договор купли-продажи (*pro emptore*), договор приданого (*pro dote*), договор дарения (*pro donato*), договор наследства (*pro herede*), легат (*pro legato*) и т. д. Все эти причины назывались *justa causa traditiones*³⁸¹.

Определенный договор, мотивировавший волю сторон на перенесение собственности — *justus titulus* (законный титул), должен предшествовать передаче вещи. «Никогда голая одна передача не переносит собственности, но только в тех случаях, если ей предшествует продажа или какое-либо законное основание, в силу которого последовала передача»³⁸².

Если воля передающего и воля принимающего не соответствовали, *traditio* не могла привести к переходу права собственности от одного лица к другому. Сложнее обстояло дело, если по вопросу о переходе права собственности соглашение сторон было достигнуто, но существовало разногласие относительно цели традиции (*causa*). По этому вопросу в содержащихся в Дигестах отрывках из сочинений юристов даются различные ответы. Например, Юлиан³⁸³ приводил такие примеры: передается земельный участок, причем передающий имеет в виду передачей участка исполнить волю завещателя, а принимающий считает основанием обязательство по договору; передается денежная сумма, причем передающий преследует цель дарения, а принимающий берет деньги взаймы. Юлиан говорит о том, что это разногласие относительно цели передачи не препятствует переходу права собственности от одного лица к другому. Напротив, Ульпиан³⁸⁴ рассуждал так: поскольку в последнем случае нет соглашения ни о передаче в дар, ни о передаче взаймы, традиция не имеет силы.

Это разногласие юристов сводится к тому, является ли *traditio* сделкой абстрактной (то есть отвлеченной от преследуемой в конкретном случае цели, *causa*, и потому приводящей к переходу права собственности независимо от осуществления цели) или же сделкой казуальной (то есть предполагающей для своей действительности осуществление цели, *causa*, откуда и название «казуальная сделка»). Юлиан стоял на точке зрения абстрактности традиции; его точка зрения признается господствующей в литературе римского права.

Для правомерной традиции, как способа приобретения собственности, требовалось совершить акт передачи. Одного

только соглашения сторон для переноса права собственности недостаточно: *traditio bus dominio rerum, non pactis transferruntur* (собственность переносится передачей, а не соглашением). Передачей же считалось как фактическое вручение вещи приобретателю, так и соответствующее символическое действие. Символическая передача существовала, когда отчуждающий вещи вместо предмета, который требовалось передать, передавал приобретателю некий символ предмета или каким-нибудь символическим действием демонстрировал, что отрекается от своего права, собственности и переносит его на приобретателя. Это случалось, когда собственник вместо введения покупателя во владение предметом передавал ему ключи как символ власти над купленным домом или когда с возвышения обозначал границы имения с целью показать приобретателю, что все это находится в его власти ³⁸⁵.

Особым видом традиции, применяющимся как для движимого, так и для недвижимого имущества, была *traditio brevi manu* (передача короткой рукой). Она применялась в случае, когда вещь уже находилась у приобретателя (например, дом, которым он пользовался по договору найма). В этом случае передача признавалась состоявшейся в момент заключения договора найма. Напротив, когда отчужденная вещь оставалась во владении отчуждателя, но уже не по праву собственности, а по иному основанию (например, в порядке бессрочного пользования), она считалась в момент заключения договора купли-продажи переданной покупателю и одновременно, в силу заключения второго договора, возвращенной продавцу, переставшему уже быть собственником. В этом случае действовала *traditio longa manu* (передача длинной рукой) ³⁸⁶.

Таким образом, *traditio* как способ приобретения права собственности по римскому праву предполагала следующие элементы: а) переход владения вещью к приобретателю по воле отчуждателя; б) так называемую легитимацию на передачу, то есть право передающего вещь на ее отчуждение; такое право нормально принадлежит собственнику, но уполномочен на отчуждение иногда и не собственник (заложенный кредитор); в) соглашение сторон о том, что владение вещью передается для перенесения права собственности на передаваемую вещь; г) не должно быть запрещения для передающего

го вещь отчуждать ее (например, такое запрещение было установлено для мужа в отношении отчуждения земельного участка, полученного им в приданое).

Только когда были выполнены все предписанные условия, традиция действовала как способ приобретения собственности.

В русском праве под юридическим термином «передача вещи» понималось то же самое, что и в римском праве (под термином «традиция»), а именно: «...вручение одним лицом другому вещи с намерением перенести право собственности»³⁸⁷ (курсив наш. — В. Л.).

Основанием передачи вещи (или «традиции», по римскому праву) служил договор купли-продажи, займа и др., так как «договору, в понимании русской цивилистики, по существу его чуждо установление вещной связи: он создает лишь право требования и таким путем подготавливает вещное право. Договор проявляет свою силу в отношении договаривающихся — для установления обязанности третьих лиц необходим еще один акт»³⁸⁸. Таким образом, и русское законодательство придерживается требования передачи имущества или ввода во владение для установления права собственности на это имущество³⁸⁹.

Сходным между римским и русским правом здесь являются переход владения вещью к приобретателю по воле отчуждателя, а также правило о том, что передача является излишней в некоторых случаях. Речь идет о том, когда приобретатель уже владеет вещью, когда прежний собственник, по соглашению, продолжает держать вещь у себя, когда отчуждаемая вещь находится во владении третьего лица и состоялось соглашение, в силу которого собственник уступает приобретателю свое право на иск.

Известный русский цивилист Д.И. Мейер считал, что в русском праве существовала и подразумеваемая передача:

1) передача составляет до такой степени непосредственное, необходимое последствие сделки, на основании которой она должна произойти, при этом как следствие подразумевается сама собой, хотя и не была совершена на самом деле. Например, при покупке движимого имущества очень часто бывает, что заключается договор купли-продажи, покупатель

оплачивает все, но купленная вещь остается пока в руках продавца, а все-таки считается уже собственностью покупателя;

2) приобретателю права собственности передается не сама вещь, а знак ее, представитель. Например, в нашем древнем юридическом быту передача глыбы земли считалась передачей земельного участка³⁹⁰.

К подразумеваемой передаче следует отнести и те случаи, когда сам ее факт излишен, потому что вещь уже могла находиться в руках и такого лица, которое не имеет над ней права собственности. В римском праве это называется «передачей короткой рукой».

Все вышеперечисленное касается сходства. Но русское законодательство пошло еще дальше и, кроме требования передачи вещи, право собственности приобреталось вводом во владение³⁹¹.

Традиция являлась наиболее массовой, повседневно применяемой в условиях развитого оборота формой реализации имущества. Российская правовая система также включает в себя этот способ приобретения права собственности. ГК РФ гласит: «Право собственности на имущество, которое имеет собственника, может быть приобретено другим лицом на основании договора купли-продажи, мены, дарения или иной сделки об отчуждении этого имущества»³⁹². Для возникновения права собственности необходимо, чтобы между отчуждателем имущества и его приобретателем был заключен договор, соответствующий требованиям закона, в том числе в требуемой законом форме». Пленум Верховного суда РФ разъяснил: сделка, требующая нотариального удостоверения, но не оформленная надлежащим образом, может быть признана судом действительной также при условии доказанности самого факта заключения договора³⁹³.

Право собственности у приобретателя возникает с момента государственной регистрации в тех случаях, когда она предусмотрена, если иное не установлено законом³⁹⁴. В некоторых случаях государственной регистрации подлежит не только переход права собственности, но и сам договор об отчуждении имущества. Например, согласно ст. 7 Закона РФ о приватизации жилищного фонда договор о передаче жилья в собственность граждан подлежит государственной регистрации.

Договор продажи предприятия также считается заключенным с момента государственной регистрации³⁹⁵.

Определение момента, с которого у приобретателя вещи возникает право собственности, очень важно. От этого зависит решение многих важных практических вопросов. В частности, с момента перехода права собственности к приобретателю переходит бремя содержания имущества, в том числе уплата за него налогов, риск случайной гибели, право обращения взысканий на вещь по долгам собственника и др. Действующее законодательство РФ устанавливает, что право собственности у приобретателя имущества по договору возникает с момента передачи вещи, если иное не предусмотрено законом или договором³⁹⁶.

Передачей, согласно ГК РФ, признается прежде всего вручение вещи приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи для пересылки приобретателю вещей, отчужденных без обязательства доставки³⁹⁷.

Прямая рецепция римского права содержится и в пункте 2 ст. 224 ГК РФ, где в числе способов переноса на приобретателя прав собственности используется римское правило traditio brevi manu — передача короткой рукой. Вещь признается переданной приобретателю с момента заключения договора об отчуждении вещи, если к этому времени она уже находится во владении приобретателя. Наиболее распространенным договором, на основании которого осуществляется передача «короткой рукой», является договор аренды с правом выкупа. Арбитражные суды по-разному решают дела о признании права собственности по договорам аренды с правом выкупа. В целях обеспечения правильного и единообразного рассмотрения дел этой категории Пленум Высшего Арбитражного суда РФ отправил на новое рассмотрение дело о признании права собственности истца на выкупленное по договору аренды имущество, поскольку не был выяснен вопрос о стоимости имущества на момент сдачи его в аренду³⁹⁸. Некоторые цивилисты выкуп арендованного имущества рассматривают в качестве способа приобретения права собственности³⁹⁹.

Приравнивается к передаче также вручение распорядительного документа на товары⁴⁰⁰, например коносамента⁴⁰¹. Коносамент в качестве товарораспорядительного документа предусмотрен для морской перевозки⁴⁰². Вручение товарораспорядительного документа означает передачу приобретателю всех правомочий по распоряжению вещами. Приобретатель, которому в установленном порядке передан товарораспорядительный документ, может путем совершения сделок с указанным документом продать товар, заложить его и т. д. Поэтому передача товарораспорядительного документа и приравнивается к передаче самой вещи.

Примером рецепции римского права современным российским могут считаться и случаи так называемой символической передачи. Так, передача может быть совершена посредством вручения ключей от помещения, в котором находится товар, особых знаков распоряжения вещью и т. п. В этом случае с того момента, когда между сторонами достигнуто соглашение, временно оставив вещь у отчуждателя, приобретатель становится собственником вещи, хотя она и не была ему передана, то есть используется римский способ передачи вещи *constitutum possessorium*.

Иначе определен законом момент перехода права собственности на квартиру, дачу, гараж, иное имущество от потребительского кооператива к члену кооператива. Этим моментом является внесение полного паевого взноса за это имущество. С этого времени указанное имущество автоматически меняет собственника, совершается переход права собственности от потребительского кооператива к члену жилищно-строительного, дачно-строительного, гаражного и др. кооператива⁴⁰³, а последующее оформление документации на это имущество только подтверждает право собственности нового собственника, но не имеет правообразующего значения.

Таким образом, в российской правовой системе «римская традиция» выступает как всеобщее правило, хотя и с отдельными исключениями. Это общее правило о моменте перехода права собственности может быть изменено законом или договором. Кроме traditio, российский законодатель ввел и особые римские виды традиции: traditio brevi manu и constitutum possessorium, а также символическую передачу вещи.

Можно сделать вывод об определяющем влиянии римского законодательства на российское право, которое регулирует переход права собственности по договору.

Прекращение права собственности

Сходных положений, которые касаются прекращения права собственности по римскому и по русскому праву, не много.

Прежде всего, сходным было понимание «конфискации», под этим термином и в русском, и в римском праве понималось изъятие государством в виде наказания у собственника принадлежащей ему вещи.

Также русское право заимствовало из римского такие способы прекращения права собственности, как:

- 1) право собственности на известный объект, приобретенное другим лицом с согласия собственника (передача);
- 2) право собственности, приобретенное другим лицом помимо воли собственника (давность).
- 3) вещь погибает физически (например, она сломана);
- 4) вещь погибает юридически (например, изъята из оборота).

В русском законодательстве особое внимание было уделено принудительному прекращению или отчуждению права собственности при участии власти, в частности, это судебное постановление⁴⁰⁴, экспроприация, то есть насилие, исключает возможность добровольного соглашения⁴⁰⁵. Но данных способов при анализе римского права не обнаружено.

Российское законодательство в отличие от римского права предусмотрело намного больше оснований, в силу которых право собственности прекращается.

Прекращение права собственности может иметь место без возникновения его у другого лица и с возникновением, то есть происходит как бы деление на две группы. Общими являются прекращение права собственности в случае, когда вещь погибает, она уничтожена, изъята из оборота, произошла конфискация имущества. Кроме того, ГК РФ указывает на неполный перечень случаев прекращения права собственности.

Защита права собственности

Виндикационный иск, или иск об истребовании имущества собственником из чужого незаконного владения, упоминается и в римском, и в российском законодательстве.

Сходными нормами здесь являются:

1) понятие иска — требование невладельщего собственника к фактическому владельцу имущества о возврате последнего в натуре;

2) стороны процесса — истец, ответчик. Ответчик в свою очередь подразделяется на добросовестного и недобросовестного.

По римскому праву добросовестный владелец отвечал по иску лишь со времени его предъявления. Он не возмещал собственнику потребленных или отчужденных плодов за время до предъявления иска. Возвращал только наличные плоды. Имел право на отделение своих вложений в вещь, если это возможно, без нанесения повреждения ей; на возмещение издержек, в случае когда они были необходимы для сохранения вещи. Российский добросовестный владелец обладает аналогичными правами, но отвечает по иску со времени, когда получена повестка либо когда он узнал о неправомерности своего владения.

Недобросовестный владелец по римскому праву отвечал за гибель вещи до предъявления иска (при легкой небрежности). Он отвечал за гибель вещи и после предъявления иска независимо от вины с его стороны. При защите права собственности по ГК РСФСР 1922 г. использовались разработанные еще римскими юристами нормы о добросовестности и недобросовестности приобретателя. ГК защищал интересы добросовестного владельца, то есть приобретателя, не имевшего оснований считать, что лицо, передающее ему имущество, не вправе им распоряжаться. Кодекс отменил декрет об истребовании предметов домашнего обихода бывшими собственниками. Чаще всего изъятие происходило в пользу государства. Следовательно, в тот период строительства нового общества, при регулировании института права собственности, закон встал на классовые позиции: открыто защищал право государственной собственности и окончательно ограничил права

частного собственника. ГК РСФСР снимал с государства ограничения в предъявлении иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения. Если частное лицо и кооперативная организация могли истребовать свое имущество у добросовестного приобретателя только при условии, что оно было из их владения помимо их воли, то на государство это ограничение не распространялось⁴⁰⁶.

Разным является и предмет иска. По ГК РФ — это требование о возврате имущества из незаконного владения; по римскому праву — вещь со всеми плодами и приращениями. Но дело здесь обстоит в самом подходе к пониманию предмета как такового.

Что же касается иска негативного, то упоминание его по римскому праву столь мало и неполно, что затрудняет его рассмотрение и изучение.

Таким образом, произведя сравнительный анализ этого вида иска, можно утверждать, что российское право многое восприняло и использовало для защиты собственника из норм римского права.

3.3. Сервитуты, эфитевзис и чинш

Возможные формы принадлежности имущества не исчерпываются правом собственности. Поэтому целый ряд правомочий связан с законным, но ограниченным правом на чужие вещи.

Самой важной категорией прав на чужую вещь по римскому праву являлись так называемые сервитутные права (или сервитуты — *servitutes* — «рабство вещи», «служение ее»). Это вещные права на чужую вещь, обеспечивающие полное или частичное пользование вещью и неразлучно связанные с определенным земельным участком или с определенным лицом⁴⁰⁷. К правам на чужие вещи относились также эфитевзис и суперфиций (права вещного наследственного пользования чужой землей или строением на чужой земле) и залоговое право, которое устанавливалось в обеспечение платежа по какому-нибудь обязательству, обеспеченному залоговым правом, обратить взыскание на заложенную вещь. Эфитевзис, суперфиций и залог по римскому праву имели не только правомо-

чие пользования чужой вещью, но и правомочие распоряжения ею.

В русском праве «сервитут — это вещное право пользования чужим имуществом в определенном отношении, не обязывающее собственника к положительным действиям»⁴⁰⁸. Необходимо заметить, что понятия «эмфитевзис» русское дореволюционное законодательство не знало. Зато ему было известно чиншевое право, связь которого с эмфитевзисом будет рассмотрена ниже. Русскому гражданскому праву не был известен и термин «суперфиций», при этом не существовало в России и аналоговых отношений, поэтому его рассмотрение здесь отсутствует.

ГК РФ не упоминает о правах на чужие вещи в том виде, в каком они рассматривались в римском и русском законах. Однако с учетом особенностей российской правовой системы законодатель назвал данный институт «ограниченные вещные права» и поместил его в главу 18 Гражданского кодекса России, которая пока не введена в действие. Сюда включены право пожизненного наследуемого владения, право постоянного пользования земельным участком, а также институт сервитутного права.

Понятие и виды сервитутов

Нередки случаи, когда определенный земельный участок не имеет всех тех свойств и качеств, какие необходимы для нормального его использования: например, на данном участке нет воды, нет пастбища и т. д. Поэтому возникает потребность в пользовании (в соответствующем отношении) соседней землей. Для этого еще со времени римского права существует такой институт, как сервитут, который восполняет естественные недостатки одних участков за счет природных богатств других участков, чем поднимает их ценность.

Сервитуты известны русскому законодательству и представляют собой вещные права пользования чужой вещью, исходя из интереса определенного лица. Характерную черту сервитута составляет принадлежащее ему вещное свойство, которое отличает его от обязательственного правоотношения, где право пользования находится в зависимости от воли и лица собственника.

Римское право знало многочисленные формы сервитутных отношений, которые разделялись в основном на личные и земельные (предиальные), а последние — на сельские и городские сервитуты ⁴⁰⁹.

В римском праве личный сервитут (*servitutes personarum*) служил только для определенного лица и не переходил после смерти этого субъекта на его наследников. Например, usufrukt (*ususfructus*). Тот же порядок установлен и в русском праве, где субъектом является определенное лицо.

Предиальный (земельный) сервитут (*servitutes praediorum*) представляет собой необходимость принадлежности самого имущества ⁴¹⁰. Он устанавливался не в отношении конкретного лица, а в отношении конкретной вещи. В связи с этим отличием смена собственника вещи не приводила к прекращению действия сервитута. В римском праве были дорожные, водные, сельские, городские и др. сервитуты.

Русское законодательство предиальный сервитут называло реальным. Этот институт разрабатывался очень слабо, мало затрагивала сервитуты и практика ⁴¹¹. В Своде законов выделялись такие виды сервитутов, как пользование (usufrukt) ⁴¹², право въезда в лес ⁴¹³, примычка плотины ⁴¹⁴, а также те, которые выработаны практикой — право на бортные ухажья, то есть право ставить улья в чужом лесу или устраивать их в дупле деревьев и добывать из них мед, право на бобровые гоны (возможность бобрового промысла), сервитут звериной, птичьей охоты или рыбной ловли; право пожизненного жительства в известном доме или имении, предоставленное определенному лицу (оно нуждалось в крепостном утверждении его с отметкой в реестре) ⁴¹⁵.

Практика применения сервитутов в разных частях Российской империи, как было замечено Копыловым А.В. ⁴¹⁶, имела отличия. Так, нормы Свода законов для западных областей Российской империи, в отличие от общего правила по России, допускали некоторые исключения. Например, общая норма заключалась в том, что сервитут не мог состоять в совершении определенных действий обязанным лицом в пользу управомоченного лица. Это обязанное лицо должно было только терпеть действия сервитуария в отношении своего имущества либо воздерживаться от собственных действий по использова-

нию своей вещи. В отличие от общей нормы правила для западных областей реципировали римскую норму, а именно: «собственник обязанного здания должен ту стену или тот столб, на которых возведено строение пользующегося сервитутным правом, содержать в исправности и поддерживать починкой»⁴¹⁷.

Русское право использовало римский правовой институт узуфрукта («пользования»). Свод законов определял, что пользование могло быть установлено в силу договора⁴¹⁸, завещания⁴¹⁹, закона⁴²⁰. Его законодательное регулирование усилилось после 1862 года с принятием правил о предоставлении владения родовым именем одним супругом другому, которые русское право по аналогии распространяло⁴²¹ и на другие случаи пожизненного пользования⁴²².

В современном российском гражданском праве термин «предиальный сервитут» не используется. В соответствии с ГК РФ сервитутом может быть обременен собственник земельного участка, сохраняющий при этом право владения, пользования и распоряжения этим участком⁴²³. ГК РФ не предусматривает возможность обременения сервитутом земельного участка, принадлежащего не на праве собственности, (а, например, на праве пожизненного наследуемого владения, постоянного пользования).

В римском праве сервитуты возникали по следующим основаниям: в результате юридического действия — посредством договора с собственником служащей вещи (обычно, *in iure cessio* или *actio eet stipulatio, traditio et patientia, actio*), судебного решения (*adiudicatio*), завещательного отказа (*legatum*) и приобретательной давности (*usucapio*, позднее — *longa possessio*), на основании закона⁴²⁴.

Перечень земельных сервитутов по русскому праву⁴²⁵ был значительно беднее того, который существовал согласно римскому законодательству. Вместе с тем перечень сервитутов местного уровня был гораздо шире общероссийского⁴²⁶.

Главным основанием установления сервитутного права по русскому законодательству являлась воля собственника, которая отражается в форме договора⁴²⁷. Возникновение сервитутов допускалось и в силу закона: право проезда к своему участку, расположенному в окружении чужих участков⁴²⁸, право въезда священнослужителей в леса, принадлежащие селени-

ям их приходов⁴²⁹. Известный русский цивилист Шершеневич Г.Ф. включал в основания установления сервитутов завещание и приобретательную давность⁴³⁰. Однако более убедительными представляются нам аргументы А.В. Копылова, доказывавшего, что завещание допускалось в качестве основания установления сервитута только для Прибалтийских губерний, но не для России в целом. Обязанность наследника заключить договор с легатарием возникала с момента принятия наследства, а само сервитутное право возникало позднее, после утверждения этой сделки старшим нотариусом, то есть обычным договорным порядком⁴³¹. Кроме того, по убеждению А. Копылова, и приобретательная давность не могла служить основанием возникновения сервитута, так как, согласно Своду гражданских законов, применение давности ограничивалось только правом собственности⁴³². Этого не признавала и судебная кассационная практика⁴³³. По мнению А. Копылова, Г.Ф. Шершеневич смешивал два понятия: «приобретательная давность» и известный еще римскому праву под названием «*vetustas*» институт незапамятного времени. А.В. Копылову, на наш взгляд, удастся убедительно доказать, что *vetustas* в Риме являлось не правопорождающим юридическим фактом, а в отличие от *usucapio*, только правоподтверждающим, к помощи которого прибегали при отсутствии иных доказательств наличия у лица определенного титула (в том числе и у сервитуария)⁴³⁴.

Интересным наблюдением является и мысль А.В. Копылова о том, что судебное решение (римское *adiudicatio* — судебное решение, вынесенное по иску о разделе наследства или общего имущества), будучи неизвестно русскому законодательству в качестве основания земельных сервитутов, тем не менее не противоречит общему смыслу Свода законов и могло применяться на практике. Он приводит в качестве примера также и ст. 1251 и 1253 Свода гражданских узаконений губерний Прибалтийских, где предусматривалось, что при вынесении решения по делам о разделе наследства или общего имущества суд может обязать недвижимость одного из участников спора сервитутами в пользу другого⁴³⁵.

По гражданскому законодательству Российской Федерации, сервитут устанавливается по соглашению между лицом,

требующим установления сервитута, и собственником соседнего участка⁴³⁶. И это установление подлежит обязательной государственной регистрации. В случаях разногласий и недопущения соглашения между сторонами спор решается судом по иску лица, требующего установления сервитута. Сервитут также мог устанавливаться не только по требованию и в интересах собственника земельного участка, но в интересах и по требованию лица, которому участок предоставлен на праве пожизненного наследуемого владения или на праве постоянного пользования. ГК РФ впервые установил право собственника участка, обремененного сервитутом, требовать от лиц, в интересах которых установлен сервитут, соразмерную плату за пользование участком⁴³⁷. Однако в проекте ЗК РФ заложена норма о бесплатности для сельских жителей и их объединений права пользования чужой землей в форме сервитутов⁴³⁸. *Для сравнения: бесплатность сервитутного права существовала и в римском, и в русском дореволюционном праве.*

Существуют сходства и некоторые различия в установлении оснований для прекращения сервитутов: а) вследствие отказа от него субъекта права⁴³⁹; б) путем погасительной давности (если личные сервитуты не использовались в течение двух лет при недвижимостях и одного года при движимых вещах)⁴⁴⁰; в) в силу слияния обоих прав; г) при гибели здания от огня⁴⁴¹ или смерти управомоченного, умаления его правоспособности. Русское законодательство устанавливало пять оснований для прекращения сервитута⁴⁴², выбор которых зависел от того, личные они или реальные. Как и в римском праве, для существования личного сервитута важное значение имела утрата субъектом его прежнего статуса: смерть, лишение прав состояния, переход в монашество. Данное положение звучит как осуществление отречения со стороны субъекта права, как и в римском праве, через отречение со стороны субъекта такого права с фиксацией этого акта в реестре крепостных дел. Воспринято было и такое основание, как слияние прав собственности на господствующий и на служебный участок. Русское право вводило и два своих особых основания — прекращение интереса к данному сервитуту вследствие уничтожения самого источника сервитута (например, гибель дома, в котором предоставлялся сервитут) и вырубка леса на том

пространстве, на котором въезд был назначен, выдел лесного участка из территорий, на которых действовало права сервитута⁴⁴³.

Законодательство дореволюционной России в отличие от римского права восприняло только частично римско-правовые способы защиты права на сервитут. Так, в русском праве отсутствовал единый вещный иск (аналогичный римскому конфессорному иску), было ограничено действие иска, сервитутарию нельзя было применить владельческие средства защиты⁴⁴⁴.

Таким образом, русскому дореволюционному праву сервитуты были, безусловно, известны. Более того, оно заимствовало эту форму прав на чужие вещи. Сервитутное право вызывалось необходимостью сгладить неудобства и затруднения, возникающие вследствие неравномерности распределения естественных благ между отдельными земельными участками. *Как видно из сравнительного анализа, у сервитутов по русскому и римскому праву есть немало сходных элементов, а именно: само определение понятия «сервитут» и его прекращение, некоторое сходство обнаруживается и в видах сервитутов.* Однако в России институт сервитута оказался менее развит, чем в Риме. Следует согласиться с объяснениями причин этого, изложенными теми исследователями, которые отмечали, что в России длительно отсутствовали развитые отношения мелкой земельной собственности, которые могли бы способствовать развитию такого рода прав и созданию о сервитутах единого нормативного акта⁴⁴⁵.

Русское гражданское право ввело также особый институт «права участия частного», обозначенный как «право постороннего участия в выгодах чужого имущества... установленное единственно и исключительно в пользу кого-либо из частных владельцев»⁴⁴⁶. Некоторые русские цивилисты причисляли этот институт к сервитутам (Н.Л. Дювернуа, А. Гольмстен, И. Горюнович). Другие (Д.Л. Мейдер, Г.Ф. Шершеневич, Е.В. Васьковский, В.И. Синайский) воспринимали его как законное ограничение права собственности в интересах соседей. Как это убедительно было доказано А. Копыловым, право участия частного не являлось особым *ius in re aliena* сервитутного типа, а представляло собой разновидность ограничений права позе-

мельной собственности, отличаясь от традиционных римских сервитутов содержанием и основанием возникновения⁴⁴⁷.

Эмфитевзис и чиншевое право

Проходящая в настоящее время в России земельная реформа создает возможность для граждан получить земельный участок в собственность, пожизненное наследуемое владение или в аренду. При этом закрепленное право пожизненно наследуемого владения нередко рассматривается как новая правовая конструкция, однако этот институт был разработан еще римскими юристами (*«emphyteusis»* — от греч. «насаждать», «обрабатывать»). Эмфитевзис — это «вещное, отчуждаемое и наследственное право владения и пользования чужой землей и плодами ее за арендную плату с обязанностью обрабатывать и не ухудшать имения»⁴⁴⁸. На территории дореволюционной России, в свою очередь, существовало чиншевое право, происхождение которого от римского эмфитевзиса признавалось большинством цивилистов того времени. Проследим, что же общего у римского эмфитевзиса с русским чиншевым правом.

Под чиншевым правом в дореволюционной России понималось право наследственного пользования чужой землей при условии взноса платы в определенном раз и навсегда размере. Объектом чиншевого права является как сельская, так и городская недвижимость. Оно существенно отличается от арендного пользования тем, что, во-первых, бессрочно и, во-вторых, имеет вещный характер⁴⁴⁹.

Чиншевое пользование землей в губерниях, принадлежавших к составу Царства Польского до присоединения их к России, сложилось исторически. Оно было известно Риму под именем эмфитевзиса, составляло распространенное явление в средневековом обществе. Нельзя отрицать, что римское право, которое пользовалось большим авторитетом в Польше, могло повлиять на склад поземельных отношений. Само название института происходит от латинского слова *census* (*census, zins, чинш*)⁴⁵⁰. После присоединения к России части Царства Польского в конце XVIII в. русское правительство Указом от 25.07.1840 г. подтвердило на будущее время действие имуще-

ственных прав (в том числе и чиншевых) жителей этих мест, приобретенных на основании прежних законов. В Положении о поземельном устройстве сельских вечных чиншевиков в губерниях Западных и Белорусских от 9 июня 1886 г. констатировалось, что до 1876 г. чиншевое пользование может возникнуть⁴⁵¹. В то же время в Положении опровергалась возможность установления чиншевых отношений с 1876 г. без указания на какие-либо причины, послужившие основанием к такому решению. Этот закон касался только сельских чиншевиков и не упоминал о чиншевых отношениях, которые могли возникать в Новороссийском крае.

Как и эфитевктор, чиншевик не был связан экономическим назначением вещи. Он мог заниматься на чужой земле даже торговлей, не испрашивая дозволения у собственника⁴⁵².

В содержание эфитевзиса входит право пользования земельным участком (с правом изменения характера участка, но без ухудшения его)⁴⁵³, сбора с него урожая (плоды), закладывания эфитевзиса, отчуждение и передача его по наследству. К правам эфитевтора можно также отнести и такие, как право осуществления всего содержания права собственности; плоды земли и все доходы переходили в его собственность⁴⁵⁴; его права переходили к наследникам, могли быть завещаны, подарены и проданы надежным приобретателям, но при этом он обязан был отчислить 25 % с цены собственнику; мог устанавливать залоги и сервитуты. В целом же права чиншевика шире прав эфитевтора. Владелец чиншевого участка мог даже ухудшать его, отчуждать без согласия собственника, не был связан правом собственника на преимущественную покупку при продаже земли, мог отказаться от осуществления чиншевого права. Право же отчуждения эфитевзиса ограничено обязанностью субъекта эфитевзиса земли о предполагаемом отчуждении эфитевзиса, причем за собственником признавалось право преимущественной покупки (в течение двух месяцев). При отчуждении эфитевзиса собственник имел право на получение 2 % покупной цены⁴⁵⁵.

Обязанности чиншевика, как и эфитевтора, сводятся к уплате периодически известной суммы, чинша (по римскому

праву — арендная плата — это *vectigal, canon, pencio*), а также он должен вести хозяйство, как хороший хозяин ⁴⁵⁶.

Способы возникновения чиншевого владения несколько отличаются от тех, которые установлены для эмфитевзиса. Так, эмфитевзис мог возникнуть в двух случаях:

- 1) из договора;
- 2) на основании завещания, в котором хозяин мог учредить для кого-нибудь эмфитевзис на свою землю.

Помимо этого, чиншевое право может возникать в силу давности, а также на основании феодального принципа «*nulle terre sans seigneur*» (после присоединения польско-литовских территорий к России). Причем договор мог быть как в виде письменной или словесной сделки, так и учредительного акта, расписки о получении чинша, акта о переходе права, свидетельских показаний ⁴⁵⁷.

Все сведения как об эмфитевтическом договоре, так и о чиншевом, регистрировались в Кадастровой книге.

Возвращение земли, занятой чиншевиком, к собственнику было возможно в следующих случаях:

- 1) целостное уничтожение предмета (частичное же не только не вело к прекращению эмфитевтического и чиншевого права, но и не служило основанием для уменьшения канона или чинша);
- 2) смерть чиншевика, не оставившего наследников (не упоминается по римскому праву);
- 3) дереликция, то есть оставление чиншевиком участка, что не допускалось при эмфитевзисе;
- 4) консолидация — слияние прав собственника и чиншевика в лице первого;
- 5) давность, то есть когда вечно-чиншевое право приобреталось посредством давности другим лицом, которое становилось на место прежнего чиншевика. Давностью погашались не только чиншевые недоимки, она могла влиять на количество уплачиваемого чинша, но сама обязанность внесения арендной платы находилась вне ее влияния;
- 6) принудительное отчуждение на государственные или общественные нужды;
- 7) выкуп чиншевиком участка в собственность;

8) по инициативе собственника земли, если чиншевик нарушал условия договора⁴⁵⁸.

В Дигестах Юстиниана⁴⁵⁹ также упоминается такой способ прекращения эмфитевтических отношений, как уплата долга или же дано иное удовлетворение, например, предоставлено обеспечение. Неуплата канона в течение трех лет приводила к прекращению эмфитевзиса также, как и невзнос чинша.

Для защиты вечно-чиншевого права его субъект обладал всеми процессуальными средствами, приближаясь в этом к эмфитевктору, а именно: мог быть предъявлен иск по аналогии с *actiones utiles*, суть которого заключалась в том, что если одно лицо неправомерно уничтожает или повреждает чужое имущество, то причинитель вреда отвечает лишь при условии, если вред причинен телесным воздействием на телесную вещь⁴⁶⁰.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что чиншевые отношения не совсем тождественны эмфитевтическим, имеют некоторые особенности. Но *в целом происхождение чиншевого института от эмфитевзиса и его вещный характер не вызывают сомнений*. Этот институт имел важное значение в истории поземельных отношений в России. Не случайно, что и Проект Гражданского уложения Российской империи включал чиншевое право, но под другим названием, а именно: наследственное оброчное владение⁴⁶¹⁻⁴⁶².

В советское гражданское законодательство понятие о праве пожизненного наследуемого владения впервые было введено Основами законодательства Союза ССР и союзных республик о земле от 28.02.1990 г. Этот же нормативный акт установил также права и обязанности землевладельца, основания прекращения данного права. Закон о собственности в СССР от 6 марта 1990 г. возродил категорию вещного права, а Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. окончательно определили место вещного права в системе гражданско-правовых институтов.

Принятые в конце 1990 г. Законы РСФСР о земельной реформе и о крестьянском (фермерском) хозяйстве установили, что земельный участок может предоставляться гражданам в пожизненное наследуемое владение. Дальнейшее разви-

тие данный институт получил в Земельном кодексе РСФСР 1991 г., который исходил из того, что во всех случаях, когда земельный участок мог быть предоставлен в собственность, он по выбору гражданина мог быть оформлен и в пожизненное наследуемое владение. В то же время устанавливалось, что, когда участок не мог стать собственностью гражданина, он предоставлялся им в пожизненное наследуемое владение (для дачного и гаражного строительства, предпринимательской деятельности, иных, не запрещенных законом целей).

Указом Президента РФ «О приведении земельного законодательства РФ в соответствие с Конституцией РФ» от 24.12.1993 г. термин «пожизненное наследуемое владение» был исключен, хотя в других законах он сохранился. В Указе ничего не сказано о том, как быть гражданам, имеющим земельный участок на этом титуле. В новом ГК РФ снова используется данный термин, ему посвящено несколько статей, правда, они в основном включены в главу 17, которая пока не введена в действие.

Права землевладельца по ЗК РСФСР (ст.52) в целом были схожи с эфитевтическими, но есть и некоторые различия:

1) землевладелец имеет право на использование залегающих на участке общераспространенных полезных ископаемых, но не может заложить участок;

2) землевладелец, ведущий крестьянское хозяйство, имеет право обменять участок, чего был лишен эфитевтор;

3) владелец земли не может отчуждать ее при жизни.

Однако землевладелец должен был повышать плодородие земли, чего не требовалось от эфитевтора (а тем более от чиншевика).

ГК РФ закрепляет, что право пожизненного наследуемого владения может возникнуть на земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности. Другой собственник не вправе передать участок в пожизненное наследуемое владение. На данном титуле земля может принадлежать только гражданину, в том числе ведущему крестьянское (фермерское) хозяйство. Землевладелец не вправе продать, подарить, переуступить земельный участок, даже внести его в уставный (складочный) капитал хозяйственного общества или товарищества. ЗК РФ (ст. 13) предусматривает

право землевладельца передать участок во временное безвозмездное пользование, но эта статья в настоящее время утратила свою силу ⁴⁶³. Однако в ГК РФ (ст. 276) закреплено право землевладельца передать участок в безвозмездное срочное пользование или аренду ⁴⁶⁴, но эта статья еще не введена в действие.

Основанием возникновения права владения в тот период являлось решение Совета народных депутатов о предоставлении земельного участка, а не договор, который характерен для эфитефзиса. Такой порядок ставил Совет в исключительное положение, наделяя его прерогативами единственного полномочного органа по передаче государственной земли в пожизненное наследуемое владение, что противоречило принципу равенства всех форм собственности.

Основания прекращения права владения землей ⁴⁶⁵ и эфитефзиса совпадают, за исключением возможности добровольного отказа от земельного участка, предоставленного землевладельцу.

Получение гражданами земельного участка на праве постоянного (бессрочного) пользования ЗК РСФСР 1991 г. не предусматривает, данный титул возможен был только для юридических лиц. Для граждан же были установлены такие титулы права на землю, как собственность, пожизненное наследуемое владение и аренда. Этот подход следует признать логичным, прежде всего, потому, что разница между постоянным (бессрочным) пользованием и пожизненным наследуемым владением земель ничтожна, но второй титул для граждан несколько предпочтительнее. Особенно разница незаметна, когда на земельном участке имеются возведенные в установленном порядке здания и сооружения. И в том и в другом случаях, если они находятся в собственности землепользователя или землевладельца, при передаче права собственности на строение и сооружение переходит и право пользования соответствующим земельным участком.

С принятием Закона о земельной реформе, ЗК РСФСР 1991 г., ряда указов Президента РФ осуществлялось переоформление права постоянного (бессрочного) пользования граждан на собственность или пожизненное наследуемое владение. Но ГК РФ снова предусмотрел право граждан на получение

земли в постоянное (бессрочное) пользование, сохранив при этом пожизненное наследуемое владение. Такой же подход к этому вопросу и в проекте ЗК РФ. Это, бесспорно, шаг назад.

Судьба такого основания пользования землей, как временное (срочное), пользование, сейчас не определена. Этот титул права на землю присутствовал в ранее действующем законодательстве, а затем в несколько измененном виде был урегулирован в ст. 14 ЗК РСФСР 1991г., ныне признанной недействительной.

Согласно Кодексу, во временное пользование земельные участки передаются гражданам и организациям землевладельцами, землепользователями и арендаторами из их земель, то есть не собственниками. Из этих же позиций исходит и глава 17 ГК РФ⁴⁶⁶. Но ГК РФ не называет в числе субъектов, предоставляющих во временное пользование землю, арендаторов и сам вид пользования определяет как безвозмездное (срочное) пользование.

Согласно ГК РФ, владелец земельного участка, то есть лицо, которому принадлежит участок на праве пожизненного наследуемого владения, может передать его в безвозмездное срочное пользование самостоятельно (ст. 267), а лицо, у которого земля находится в постоянном бессрочном пользовании — с согласия собственника. Других положений на этот счет ГК РФ не содержит. Представляется, что такое основание, как безвозмездное срочное пользование, нежизнеспособно и на практике будет использоваться в качестве скрытой аренды. Срочное же возмездное пользование по существу является арендой. Поэтому лучше сразу предусмотреть в законе для таких случаев арендные отношения.

Таким образом, пожизненное наследуемое владение есть особый институт вещного права, обязанный своим происхождением римскому эфитевзису и русскому чиншевому праву. Вместе с тем право постоянного пользования по объему правомочий его субъекта не имеет аналогов с эфитевтическим правом и даже с узупфруктом.

Еще одной разновидностью прав на чужие вещи является **залоговое право**, возникшее в Риме в раннереспубликанский период. Единого термина для его обозначения римляне не знали. Однако сущность залога оставалась постоянной — обес-

печение определенного обязательства. Таким образом, залог — это средство обеспечения исполнения обязательства, устанавливающее вещное право залогополучателя на предмет залога. Подробное рассмотрение залогового права отнесено к главе об обязательственном праве.

3.4. Римское наследственное право как базис становления наследственного права России

В трудах римских юристов наследственное право рассматривалось как способ приобретения собственности «mortis causa», то есть в случае смерти прежнего собственника.

Римское частное право выработало важнейшие понятия наследственного права, воспринятые современными правовыми системами. К таким понятиям и положениям относятся: наследство (hereditas) — имущество, переходящее в связи со смертью собственника; наследодатель (defunctus — умерший); наследник (heres); универсальное правопреемство, в соответствии с которым на наследника переходят все имущественные права и обязанности, включая долги наследодателя; сингулярное правопреемство — преемство в отдельном праве; основания наследования и порядок приобретения наследства; отношения наследников между собой и с кредиторами наследодателя⁴⁶⁷.

В римском праве наследование выступало как универсальное, так и сингулярное правопреемство. Наследование было возможно по двум основаниям: по закону (hereditas legitima — законное наследство) и по завещанию (secundum tubulas testamenti). Характерной особенностью римского наследственного права была недопустимость сочетания двух названных оснований (завещания и закона) при наследовании после одного и того же лица, то есть недопустимо было, чтобы одна часть наследства перешла к наследнику по завещанию, а другая часть того же наследства — к наследникам по закону. Таким образом, если в завещании был назначен хотя бы один наследник, пусть даже в ничтожной доле, наследство открывалось по завещанию, и наследники по закону не призывались. Этот порядок выражает правило, сформированное на основании классических текстов: «Nemo pro parte testatus pro

patre intestatus decedere potest» — «никто не может умереть частично с завещанием, частично — без»⁴⁶⁸.

Завещанию придавала юридическую силу его форма, которая была выражением воли наследователя. Частные завещания составлялись в присутствии семи свидетелей. Публичные завещания имели несколько форм: перед судом, магистратом или императором. Тенденция к преобладанию письменного завещания по сравнению с устной наметилась во второй половине республиканского периода, и в Поздней империи нормальным становится письменное завещание, подписанное завещателем и семью свидетелями ⁴⁶⁹.

При отсутствии завещания имущество умершего переходило к наследникам по закону. В наследовании по закону основными являются правила, устанавливающие круг законных наследников и размер наследственной доли каждого из них. Древнейшая римская система наследования по закону исходила из семейной общности имущества и агнатского родства. Преторское право в регулировании наследственных отношений отразило тенденцию преобладающего значения когнатского родства над агнатическим, явившейся следствием распада патриархальной римской семьи. Процесс вытеснения агнатического родства когнатическим в качестве основания наследования был завершён новеллами Юстиниана, которые вовсе не упоминают агнатов и говорят лишь о когнатах ⁴⁷⁰. Новеллы устанавливают пять очередей законных наследников:

первая очередь — все нисходящие родственники умершего с тем, что каждое поколение после первого, то есть внуки, правнуки, наследуют по праву представления;

вторая очередь — все восходящие родственники, а также родные братья и сестры с тем, что близкие родственники устраняют от наследования более отдаленных;

третья очередь — неполнородные братья и сестры умершего, а также их потомство, наследующее по праву представления;

четвертая очередь — все прочие кровные родственники без ограничения с тем, что более близкая степень родства устраняет более отдаленную;

пятая очередь — переживший супруг ⁴⁷¹.

В связи с этим следует отметить, что действующее наследственное право России предусматривает первую и вторую очереди законных наследников, но в Проекте части третьей ГК РФ «Наследственное право» очередность расширена по образцу римского права и предусматривается также пять очередей.

Размер наследственной доли определяется в соответствии с правилом, согласно которому законные наследники одной и той же очереди наследуют в равных частях⁴⁷².

Римское право различало две стадии наследования: открытие наследства и вступление в наследство⁴⁷³. Наследство открывается в момент смерти наследодателя. Открытие наследства является условием преемства в имущественных правах и обязанностях наследодателя как законными наследниками, так и указанными в завещании. Но эти лица еще не становились собственниками вещей в момент открытия наследства. Переход прав происходит только в момент вступления в наследство, когда наследник выражает волю принять наследство.

Момент открытия наследства и момент вступления в него совпадал для *sui heredes* («свои наследники»), а также для наследников первой очереди, проживающих совместно с наследодателем до его смерти. Все они обязывались законом к принятию наследства, поскольку переход имущества к указанным лицам означал оставление его в семье наследодателя. Поэтому они назывались обязательными наследниками.

Наследство принималось добровольными наследниками одним из двух способов: торжественным заявлением в присутствии свидетелей или конклюдентными действиями, определенно свидетельствующими о соответствующем решении. По преторскому праву принятие наследства оформлялось вводом во владение, а по Кодификации Юстиниана достаточно было подачи соответствующего письменного заявления в магистрат.

Срока для принятия наследства не существовало, но он мог быть установлен судом по требованию кредиторов наследодателя. Преторское право определило этот срок в сто дней для нисходящих и восходящих и в один год — для прочих наследников.

С принятием наследства на наследника переходили не только все имущественные права наследодателя, но и имущественные обязанности, кроме неразрывно связанных с личностью.

По русскому праву «завещанием называется законное объявление воли владельца о его имуществе на случай его смерти»⁴⁷⁴. *Таким образом, сущность русского завещательного распоряжения, как и в римском праве, имущественная.* Между тем русское законодательство допускало, в отличие от римского права, наличие в завещании неимущественного распоряжения, например, о назначении опекуна малолетним наследникам, определение системы воспитания, указание места погребения и т. д.⁴⁷⁵ Более того, русское право допускало и такие случаи, когда завещания делались не только на случай смерти, но и на случаи, когда наследство открывалось в связи со вступлением в монашеское состояние, в связи с лишением всех прав состояния, безвестное отсутствие. Лицо, находящееся под следствием и судом, могло оставить завещание, которое начинало действовать с момента вступления в силу приговора в отношении этого физического лица⁴⁷⁶.

Русское законодательство так же, как и римское, признавало два основания наследования: завещание⁴⁷⁷ и закон⁴⁷⁸. Между тем в русской цивилистике высказывалось мнение о том, что обычная практика в России использовала и третий вид наследования — по договору двух или более лиц⁴⁷⁹, назначивших друг друга наследниками после себя. Однако русское право не признавало этого основания для наследования по причине того, что договор устраняет возможность дальнейшего изменения воли наследодателя, в отличие, например, от завещания. А это, в свою очередь, противоречит принципу свободы воли наследодателя⁴⁸⁰.

Русское право установило такую же процедуру возникновения права на наследство, какой придерживалось и римское право, а именно: оно различало понятия открытия наследства и вступления в наследство, придавая им в обеих системах права одинаковое содержание⁴⁸¹. Русское право под влиянием римского первоначальную словесную форму завещательного распоряжения заменило на письменную форму⁴⁸². Также допускались только нотариальная и домашняя (то есть без участия органов власти, жела-

тельно, при участии свидетелей) формы завещания⁴⁸³. Некоторые случаи завещательных распоряжений были связаны с особыми обстоятельствами их оформления, например, так называемые «военнопоходные», «морские», госпитальные, заграничные и т. п. завещания, получавшие силу нотариальных.

*Русское и римское право допускают фидеикомиссные субституции, то есть завещательные распоряжения наследникам передать на случай своей смерти унаследованное имущество другому лицу, также указанному в завещании*⁴⁸⁴. Не чужда ему была и идея легата, однако русское законодательство не дает определения этого понятия, не устанавливает условий и последствий его назначения. В ряде статей Свода законов⁴⁸⁵ говорилось о денежных выдачах, к которым завещатель обязывал наследников своего имущества. Признавала легат и судебная практика⁴⁸⁶. Более того, право эпохи нового времени не только в России, но и в других странах (Германия, Англия, Франция) идет дальше и вводит институт душеприказчиков, которого не знало римское право. В России они должны были приводить в исполнение волю завещателя помимо наследников, между которыми могут существовать споры, а воля завещателя не исполнена⁴⁸⁷.

*Русское, римское право, а также и западное, восприняли норму о назначении наследника под отлагательным условием, но не допускали завещания под отменительным условием*⁴⁸⁸.

Римское право, как мы могли убедиться из рассмотренного выше, не допускало, чтобы одна часть наследства перешла к наследнику по завещанию, а другая часть того же наследства — к наследникам по закону. Русское же право это допускало. Так, в тех случаях, когда имущество было завещано двум лицам поровну, но ко времени открытия наследства одно из них становилось неспособным к принятию, половина имущества поступала к наследнику по завещанию, а другая — к наследникам по закону, не исключая того, кто мог уже получить свою долю наследства согласно завещательному распоряжению⁴⁸⁹. В русском праве получило дальнейшее развитие положение о возможности наличия нескольких завещаний, притом не только отменяющих одно другим в силу разного времени их составления, но и таких, которые дополняли одно

другим в отношении распоряжения всей наследственной массой⁴⁹⁰.

Оно также, в отличие от римского, допускало некоторые ограничения в правоспособности к принятию наследства, которые отражали и некоторые национальные особенности русского наследственного права. Сюда включаются: запрещение завещать недвижимые дворянские имения лицам, не имеющим права владеть ими⁴⁹¹, запрещение завещаний недвижимости в пользу евреев, поляков и иностранцев в тех местностях, в которых они не могут владеть недвижимостью или могут приобрести их только в силу наследования по закону⁴⁹² (правда, римское право ограничивало правоспособность перегринов).

При этом в римском и в русском законодательстве допускались случаи ограничений завещательных распоряжений. Если в римском праве это была «обязательная законная доля», понятие о которой было рецепировано в западном праве, то русскому законодательству такое понятие оказалось чуждо. Однако русское законодательство вводит ограничение свободы завещаний по роду имущества. Так, родовые имения не подлежали завещанию вообще⁴⁹³.

В римском и в русском праве наследование по закону было построено на началах кровного родства, при этом без ограничения степенями родства. Родственники, имеющие право наследования, призывались к наследованию последовательно, в порядке кровного родства, а не совместно. При этом ближайшие родственники фактически полностью устраняли последующих родственников. *Нисходящая линия и в римском, и в русском праве имела ближайшее право наследования*⁴⁹⁴. Российское законодательство имело свои особенности, связанные с порядком наследования по нисходящей линии: наследовали родственники и по мужской, и по женской линии, но наследники по мужской линии наследовали большую долю, чем наследники по женской линии. Но при наследовании в боковой линии женщины-сестры при живых родных братьях вообще лишались наследства⁴⁹⁵. Кроме того, российское наследственное право вообще лишает супруга (супругу) умершего на какое-либо наследство, чего не делает римское право, помещая супругов в пятую очередь для получения наследственной доли

по закону. Это свидетельство влияния патриархальных традиций в России. Следует заметить, что это особенность не только российского закона. Такие же черты патриархальности мы наблюдаем и в гражданских кодексах Франции, Германии, других стран на сходной стадии социально-политического развития⁴⁹⁶. Между тем в конце XIX века в английском (закон 1890 года), французском (закон 1891 года), германском (уложение) праве наметилась тенденция к расширению права супруга на наследство⁴⁹⁷.

Гражданский кодекс РФ в качестве одного из производных способов приобретения права собственности также устанавливает приобретение права собственности в порядке наследования: в случае смерти гражданина право собственности на принадлежащее ему имущество переходит по наследству к другим лицам в соответствии с завещанием или законом⁴⁹⁸.

В Риме и в России наследование было возможно по завещанию или по закону. В соответствии с принципом свободы завещания наследование по закону имеет место, когда и поскольку оно не отменено или не изменено завещателем.

Правило о том, что наследство делится поровну между законными наследниками первой очереди также пришло к нам из Рима.

В российском праве также существует правило обязательной доли. ГК РФ устанавливает, что несовершеннолетние и нетрудоспособные дети наследодателя (в том числе усыновленные), а также нетрудоспособный супруг, родители (усыновители) и иждивенцы умершего наследуют, независимо от содержания завещания, не менее двух третей доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону⁴⁹⁹.

Так же, как и в римском праве, в российском законодательстве право на обязательную долю имеют ближайшие родственники наследодателя, относящиеся к первой очереди. Но в российском законодательстве предусмотрено еще одно условие — нетрудоспособность родственника или нахождение его на иждивении у наследодателя. Также российский законодатель предусмотрел больший размер обязательной доли, чем римские юристы, хотя при Юстиниане размер обязательной доли оп-

ределялся более гибко: в зависимости от того, какую часть наследства по закону получило бы данное лицо. *Российское право вслед за римским лишает обязательной доли недостойных наследников.* К ним отнесены граждане, которые своими противозаконными действиями, направленными против интересов наследодателя, кого-либо из его наследников или против последней воли наследодателя, выраженной в завещании, способствовали призванию их к наследованию, если эти обстоятельства подтверждены судом. Пленум Верховного суда РФ разъяснил, что указанные действия должны быть установлены приговором суда и совершены умышленно. Если же лицо осуждено за совершение неосторожного преступления, то указанное обстоятельство не может служить основанием для отстранения его от наследования⁵⁰⁰.

Наследодатель может распорядиться своим имуществом по своему усмотрению путем составления завещания. Завещание должно быть составлено письменно с указанием места и времени его составления, собственноручно подписано завещателем и нотариально удостоверено. В проекте части 3 ГК РФ раздел VI «Наследственное право», находящийся в настоящее время на рассмотрении Государственной Думы РФ, предусматривает также закрытое завещание, означающее, что завещатель в праве совершить завещание, не предоставляя при этом никому, в том числе нотариусу, возможность ознакомиться с его содержанием. Такая форма завещания была известна еще из французского гражданского кодекса Наполеона под названием «тайного завещания». Такое завещание передается в закрытом конверте нотариусу лично завещателем в присутствии двух свидетелей, которые ставят на конверте свои подписи. Это нововведение, несомненно, отражает преемственность из русского дореволюционного права, имевшего такой же порядок.

Наследство открывается со смертью гражданина. Факт смерти, установленный на основании медико-биологических данных, удостоверяется в свидетельстве о смерти, выдаваемом органами загса. К смерти гражданина по правовым последствиям приравнивается объявление судом безвестно отсутствующего гражданина умершим, а также установление

судом факта смерти гражданина. Временем открытия наследства признается день смерти наследодателя, а при объявлении его умершим — день вступления в законную силу соответствующего решения суда либо тот день, который указан в его решении.

Под «местом открытия наследства» понимается последнее место жительства наследодателя. Если оно неизвестно, то местом открытия наследства признается место нахождения наследства или его основной части.

В момент открытия наследства возникает наследственное правоотношение. Его юридическое содержание составляет право наследника, призванного наследованию по закону или завещанию, принять наследство или отказаться от него. Право на принятие наследства может быть осуществлено как путем прямого волеизъявления (подачей наследником заявления о принятии наследства в нотариальную контору по месту его открытия), так и конклюдентными действиями, из содержания которых можно сделать вывод о намерении наследника принять наследство (путем вступления во владение или управление наследственным имуществом). В проекте раздела VI уточняется порядок фактического вступления во владение или управление наследственным имуществом. Этот порядок действует, в частности, когда наследник:

- принял меры сохранения имущества и защиты его от посягательств или притязаний третьих лиц;
- произвел за свой счет расходы на содержание наследственного имущества;
- оплатил за свой счет долги наследодателя или получил от третьих лиц причитавшиеся ему суммы.

Для принятия наследства в законе установлен шестимесячный срок с момента его открытия. Если наследник в указанный срок наследство не примет, то он утрачивает право на его принятие. В то же время, если срок пропущен по уважительным причинам, он может быть продлен судом. Наследник может принять наследство после уточнения указанного срока и без обращения в суд, если на то согласны все остальные наследники. Таким образом, под «моментом приобрете-

ния права собственности в порядке наследования» понимается момент принятия наследства наследником.

После принятия наследства наследники должны обратиться в нотариальную контору за выдачей свидетельства о праве на наследство. Оно выдается наследникам по истечении шести месяцев со дня открытия наследства. Недвижимое имущество и право на него подлежат также государственной регистрации.

Иным был срок для принятия наследства, в российском законодательстве: он одинаков для всех наследников, а в римском праве зависит от родства: сто дней — для нисходящих и восходящих, один год — для остальных наследников.

Несмотря на некоторые различия, все основные положения наследственного права России основаны на римском праве. Это касается открытия завещания, принятия наследства, наследования по закону и завещанию, обязательной доли, наследственной трансмиссии, легатов и т. д.

ГЛАВА 4

Римское право как прообраз обязательственного права России

4.1. Понятие, источники и порядок исполнения обязательств

Понятие обязательства

В доктрине римского права для определения существа обязательственного правоотношения обычно использовались два понятия обязательства, представленные в Институциях Юстиниана. Так, согласно первому из них, возможно понятию Папиниана, представляющему старое национально-римское гражданское право, — «*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*»⁵⁰¹, то есть обязательство — это правовые путы, сила которых принуждает нас к исполнению в пользу какого-либо лица в соответствии с нормами нашей гражданской общины⁵⁰². Второе — это определение Павла, согласно которому: «*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum vel praestandum*»⁵⁰³. Таким образом, в соответствии с убеждением Павла, сущность обязательств состоит не в том, чтобы какое-либо тело или сервитут становились нашими, но в том, чтобы другое лицо вынуждено было в нашу пользу перенести собственность, или сделать что-либо, или обеспечить. Во втором определении мы наблюдаем размежевание права на вещь и права требовать действия.

Кумулятивное определение понятия о содержании обязательства в римском праве выводилось из высказываний Павла, Гая и Ульпиана. Согласно процитированному выше определению Павла, обязанное лицо должно *dare, facere, praestare*: дать, сделать, предоставить⁵⁰⁴. О распространенности в римском праве понятия содержания обязательства, как *dare, facere, praestare*, свидетельствует Гай: «*In personam actio est...quotiens*

cum intendimus dare facere praestare oportere» (4.2). А именно: личный иск имеет место тогда, когда мы предъявляем искомое требование о том, что другой должен дать, сделать, предоставить. Подытоживает классическое определение содержания обязательства Ульпиан — современник Павла: «In rem actio est, quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est qui rem possidet. In personam actio est, qua eum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet⁵⁰⁵». А именно: иском мы истребуем нашу вещь, которою владеет другой; этот иск всегда направлен против того, кто ею владеет. Личный иск имеет место, когда мы судимся с тем, кто обязан в отношении нас к совершению какого-либо действия или к тому, чтобы «дать»; этот иск всегда направлен против данного лица.

Обратившись далее к русскому гражданскому праву, отметим, что под содержанием термина «обязательство» здесь понималось такое юридическое отношение, из которого обнаруживается право одного лица на известное действие другого, неопределенного лица. Так, русское законодательство употребляло сам термин «обязательство» в нескольких значениях: а) в смысле обязанности пассивного субъекта⁵⁰⁶; б) в смысле права активного субъекта⁵⁰⁷; в) в смысле всего юридического отношения⁵⁰⁸; д) в смысле акта, удостоверяющего существование подобного отношения⁵⁰⁹. Используя принятое в дореволюционном русском праве понятие обязательства (приведено выше) и судебную практику⁵¹⁰, мы можем вывести его объект. Так, в русском гражданском праве объектом обязательственного правоотношения является действие, которое в то же время составляет и содержание обязательства.

Для сравнения, в Гражданском кодексе РФ дается следующее понятие обязательства: в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т. п. либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности⁵¹¹.

Из перечисленных выше подходов к определению общей конструкции обязательства, принятых в отечественном праве

в разное время, мы наблюдаем их явную преемственность от римского права и неизменность по существу.

Субъекты обязательства

В римском праве простой случай обязательственного отношения, с точки зрения числа его участников, это тот, когда в нем участвуют один кредитор (*creditor — reus stipulandi*) и один должник (*debitor — reus promittendi*). «*Reus*» от слова «*res*» сначала означало «участвующего в деле» как на активной, так и на пассивной стороне; лишь позднее за словом «*reus*» сохранилось значение ответчика в гражданском деле, подсудимого — в уголовном деле. «*Promittere*» — значит обещать, принимать на себя обязательство; «*stipulari*» — значит выговорить в свою пользу, притом не только по стипуляции, но и по любому виду обязательства: должник обещает, кредитор «стипулирует»⁵¹².

В русском гражданском праве XIX века кредитор (активная сторона) именовался верителем, пассивная сторона — должником. Для сравнения, в Гражданском кодексе РФ, исходя из смысла его ст. 307, активная сторона — кредитор, пассивная — должник.

Вместе с тем русское право, кроме сходства с римско-правовыми нормами, определяющими понятие и субъектов обязательства, обнаруживает и дальнейшее развитие этих определений.

Как уже было указано выше, в обязательственном правоотношении участвуют в основном 2 субъекта: активный субъект — кредитор (веритель — по русскому праву); пассивный субъект — должник. Наличие только этих двух субъектов имеет место в простом обязательстве, но есть обязательственные отношения, более сложные по числу участников: с несколькими должниками, с несколькими кредиторами. Кроме того, в русском праве возникает и понятие о неопределенности субъектов обязательства⁵¹³.

Согласно разъяснению известного немецкого юриста Б. Виндшейда, неопределенность субъектов обязательства имела место еще в римском праве (сюда относятся *actiones poxales*, т.н. *actiones in rem scriptae* и обязанность исправления здания, связанная с *servitus oneris ferendi*, в последнем случае не оп-

ределено ни лицо кредитора, ни лицо верителя)⁵¹⁴. Но русское право пошло дальше. Это было обусловлено развитием товарно-денежных отношений в России, потребностью возникновения обязательств по бумагам на предъявителя и по приказам, понятие о которых не было известно римскому праву.

*Русское дореволюционное право заимствовало и развило римское понятие о субъектах обязательства и в части множественности его субъектов*⁵¹⁵.

Так, в простом случае обязательственного правоотношения на активной и пассивной стороне встречаются по одному лицу, то есть одному кредитору соответствует один должник. Но бывают случаи, когда активных и пассивных субъектов возникает два и более. Так, еще в законах XII таблиц приводился казус, при котором на месте одной или обеих сторон простого обязательства выступает множество субъектов (а именно: в случае наследования)⁵¹⁶. Это стечение субъектов возможно благодаря тесной связи ряда обязательственных правоотношений, представляющих в своей совокупности нечто целое. В этой связи российское дореволюционное право ввело понятие долевого обязательства⁵¹⁷. Оно имеет место тогда, когда должник обязан выполнить определенное действие каждому из нескольких кредиторов, но только в своей части. Или кредитор имеет право требовать исполнения обязательства только в части от каждого из нескольких должников. Следует заметить, что сама конструкция долевого обязательства возникла еще в римском праве. Так, Кодекс Юстиниана, а еще раньше Павел⁵¹⁸, возводили это правило к законам XII таблиц. Согласно законам XII таблиц, наследственные долги делятся автоматически на доли (Таблица VI. 9 а).

Долевые обязательства нашли свое отражение и в ГК РФ, повторив, по сути, определение римского, а затем и русского гражданского права. ГК РФ гласит: «Если в обязательстве участвуют несколько кредиторов или несколько должников, то каждый из кредиторов имеет право требовать исполнения, а каждый из должников обязан исполнить обязательство в равной доле с другими постольку, поскольку из закона, иных правовых актов или условий обязательства не вытекает иное»⁵¹⁹.

Римское право, выделяя множественную ответственность, допускало ее солидарный характер (*solidum* — то есть цели-

ком): каждый из нескольких субъектов обязательства обязан был исполнить его целиком или вправе был требовать целиком, с тем, однако, что обязательство подлежало исполнению только единожды⁵²⁰. При наличии нескольких солидарных должников говорят о пассивной солидарности, а при наличии нескольких солидарных кредиторов говорят об активной солидарности. Наибольшее практическое значение имела пассивная солидарность.

Термин «солидарное обязательство» был известен и русскому гражданскому праву XIX века⁵²¹. «Солидарность, — как ее характеризовал Г.Ф. Шершеневич, — бывает на активной и пассивной стороне, смотря по тому, существует ли в обязательстве несколько таких верителей или несколько таких кредиторов. Солидарность пассивная дает верителю право обратиться с требованием к каждому из должников, исполнение которым прекращает все обязательственное отношение. Активная солидарность давала право каждому из верителей обратиться с требованием к должнику, и исполнение с его стороны прекращало обязательственное отношение. Примером солидарного обязательства может служить отношение по товариществу, в силу которого каждый из товарищей обязан отвечать вполне за сделки, заключенные товариществом, и, наоборот, каждый из товарищей может требовать от контрагента исполнения по таким сделкам⁵²². Завещатель может предоставить своему старому слуге право требовать 100 рублей от любого из сонаследников. В случае повреждения груза, прошедшего несколько железных дорог, отправитель вправе потребовать вознаграждение от любой дороги»⁵²³. Из приведенных выше примеров мы видим, что солидарность по русскому праву основывалась на юридической сделке (завещание, договор) или на указании закона⁵²⁴.

Для сравнения, современное российское гражданское законодательство дает следующее понятие «солидарного обязательства»:

«1. Солидарная обязанность (ответственность) или солидарное требование возникает, если солидарность обязанности или требования предусмотрена договором или установлена законом, в частности при неделимости предмета обязательства.

2. Обязанности нескольких должников по обязательству, связанному с предпринимательской деятельностью, равно как и требования нескольких кредиторов в таком обязательстве, являются солидарными, если законом, иными правовыми актами или условиями обязательства не предусмотрено иное»⁵²⁵.

Как следует из этого определения солидарных обязательств, современное российское гражданское право сохранило общую конструкцию построения субъектов обязательства, идущую как от римского, так и от русского права XIX века. Термины «обязанность» и «ответственность» в вышеприведенной статье ГК РФ употребляются как синонимы, хотя, на наш взгляд, это неправильно, поскольку обязанность, согласно ГК РФ⁵²⁶, может возникнуть, а ответственность может и не наступить. Поэтому один из вышеуказанных терминов: либо обязанность, либо ответственность — российский законодатель должен, как нам представляется, исключить.

В ГК РФ конкретнее урегулированы права кредитора при солидарной ответственности:

1. При солидарной обязанности должников кредитор вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга.

2. Кредитор, не получивший полного удовлетворения от одного из солидарных должников, имеет право требовать недополученное от остальных солидарных должников.

Солидарные должники остаются обязанными до тех пор, пока обязательство не исполнено полностью⁵²⁷.

Также Гражданским кодексом РФ были введены ограничения, когда в случае солидарной обязанности должник не вправе выдвигать против требования кредитора возражения, основанные на таких отношениях других должников с кредитором, в которых данный должник не участвует⁵²⁸.

В статье ГК РФ закреплена возможность исполнения солидарной обязанности одним из должников⁵²⁹:

1. Исполнение солидарной обязанности полностью одним из должников освобождает остальных должников от исполнения кредитору.

2. Если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками:

- должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого;

- неуплаченное одним из солидарных должников другому, исполнившему солидарную обязанность, падает в равной доле на этого должника и на всех остальных.

3. Правила настоящей статьи применяются соответственно при прекращении солидарного обязательства зачетом встречного требования одним из должников.

То же самое можно сказать и о норме, касающейся солидарных требований⁵³⁰.

В данном случае мы наблюдаем явную преемственность и развитие в современном российском гражданском законодательстве определений римского, а затем и русского гражданского права XIX века в части исполнения солидарного обязательства одним из должников и в части солидарных требований.

Таким образом, *положения, касающиеся субъектов обязательства, в большей части были восприняты русским, а затем и современным гражданским правом, но это было не слепое копирование, а адаптация римского права к условиям российской действительности, с обязательным дополнением и развитием данных определений.*

Источники возникновения обязательства

Для возникновения обязательственного отношения необходимо, как известно, юридический факт, с наступлением которого закон связывал бы такое последствие. Сведенные в определенные группы, эти факты носят название источников обязательства. В римском праве классификация источников, способных основывать обязательственное отношение, прошла определенные ступени развития.

Обычно в этой связи ссылаются на Гаю⁵³¹, который сгруппировал источники возникновения обязательств по способу их возникновения, а именно: «obligatio aut ex contractu nascuntur; aut ex maleficio; aut proprio quodum jure ex variis causarum figures». Таким образом, источники возникновения обязательств по Гаю сводились к следующему:

- обязательства по договорам;
- обязательства вследствие преступных деяний;

- остальные обязательства (ex variis...).

Позже в римском праве его исследователями была выработана следующая классификация источников возникновения обязательств, которая приведена у Г.Ф. Шершеневича: «1) договор; 2) как бы договор; 3) правонарушение; 4) как бы правонарушение; 5) все прочие факты, не подходящие ни под одну из указанных категорий. Данная классификация является дискуссионной». Как справедливо указывал знаток римского права Барон, выражения «как бы договор» или «как бы правонарушение» вовсе не указывают, каково основание происхождения этих обязательств. Они указывают лишь на то, что должник по «как бы по договору» должен обсуждаться подобно должнику по договору; должник по «как бы по правонарушению» — подобно должнику по правонарушению, но и только. Поэтому из всех указанных в римском праве оснований могут быть удержаны только два: договор и правонарушение. Расширяя римскую классификацию, русские юристы XIX века выделяли два источника обязательств: юридическая сделка и правонарушение»⁵³². В кассационной инстанции прямым источником обязательства признавался закон⁵³³.

Русское право сводило все основания возникновения обязательства к следующим группам: 1) юридическая сделка; 2) правонарушение; 3) неосновательное обогащение⁵³⁴. Таким образом, можно заключить, что *русское право реципирует ту конструкцию источников возникновения обязательства, которая указана в римском праве.*

Для сравнения, в современном российском законодательстве⁵³⁵ указано на следующие источники возникновения обязательств: обязательства возникают из договора, вследствие причинения вреда, и из иных оснований, указанных в настоящем Кодексе⁵³⁶.

Действие обязательств. Образ исполнения

Естественный способ прекращения обязательственного правоотношения — исполнение его. Римское право устанавливало ряд условий, при соблюдении которых должник освобождался от исполнения обязательства.

Во-первых, оно должно быть исполнено только тем лицом, которое способно распоряжаться своим имуществом⁵³⁷. В

источниках римского права мы не найдем прямого указания на то, что строго личные обязательства должны быть исполнены только должником. Римское право определяло порядок, согласно которому обязательство могло быть исполнено не только должником, но и любым лицом, даже без ведома и согласия должника⁵³⁸. Платить нужно кредитору или тому, кому он прикажет — *iussu eius*, или опекуну, попечителю, доверенному, наследнику, рабу-управляющему — *servus actor*⁵³⁹. В римском государстве допускалось существование лиц, subsidiарно (подсобно) управомоченных на получение платежа, то есть *solutonis causa adiectus* — лицо, добавленное для целей платежа. Личное исполнение должником обязательства требовалось только в том случае, когда его содержание имело строго личный характер⁵⁴⁰. Согласно римскому праву, если делимость исполнения не была предусмотрена, то в этом случае, если предмет обязательства и допускал деление, веритель не обязан соглашаться на исполнение его по частям⁵⁴¹.

Во-вторых, исполнение производится только кредитору, который может распоряжаться своим имуществом, его законному представителю, поверенному, лицу, специально указанному в договоре.

В-третьих, содержание обязательства непосредственно влияет на исполнение его. Так, обязательство нельзя было исполнять по частям. Кроме того, по соглашению сторон предмет обязательства мог быть заменен⁵⁴². При Юстиниане эта норма получила развитие с введением *datio in solutum necessaria*⁵⁴³, а именно: если должник по денежному займу обладал имуществом, для которого он не сумел найти покупателя, то кредитор был обязан принять его по справедливой оценке в качестве исполнения.

По русскому гражданскому праву порядок исполнения обязательства должен был, как и в римском праве, соответствовать условленному в соглашении. А за отсутствием соглашения — законному порядку или такому, который вытекал из содержания обязательства, то есть сущности действия, составляющего его объект⁵⁴⁴. Заключение о сущности записанного в договоре принадлежало по русскому праву суду⁵⁴⁵.

Для сравнения: по современному российскому праву, если кредитором принята часть того, что ему следует, это не ли-

шает его права требовать от должника немедленного исполнения обязательства в остальной части, если бы даже состоялось и соглашение об отсрочке исполнения. Согласно норме, заложенной в ГК РФ («Исполнение обязательства по частям»), кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, условиями обязательства и не вытекает из обычаев делового оборота или существа обязательства⁵⁴⁶.

Однако в некоторых, исключительных, случаях русское право допускало частичное исполнение обязательства. Несмотря на то, что само обоюдное соглашение могло установить возможность исполнения действия и по частям, оно обязывало верителя к принятию частичного исполнения помимо соглашения. Так, еще Г.Ф. Шершеневичем было замечено⁵⁴⁷, что векселедержатель не вправе отказаться от предлагаемого ему частичного исполнения и может совершить протест лишь в неплатеже остальной суммы⁵⁴⁸. Так же и по приговору земского начальника, мирового или городского судьи, уездного члена окружного суда, ввиду отсутствия наличных средств ответчику может быть рассрочена уплата долга на определенные сроки⁵⁴⁹.

Но эти случаи составляли исключения⁵⁵⁰ и не допускали распространительного толкования. Должник обязан исполнить именно то действие, которое имелось в виду при возникновении обязательства. Без согласия верителя должник не имеет права предлагать исполнение другого действия, хотя бы оно представляло и большую имущественную ценность. Исполнение любого другого действия, кроме условленного, создавало видимость как бы неисполнения обязательства и не лишало верителя его права требования⁵⁵¹. Точно так же и суд не вправе заменять условия, поставленные в договоре, другими, по собственному усмотрению⁵⁵². Подобное положение вытекает и из ГК РФ и общего принципа свободы договора, зафиксированного там же⁵⁵³. Замена одного действия другим при исполнении возможна только при изъявлении согласия верителя на это.

Таким образом, как для римского, так и для русского и российского права, обязательство означает, в первую очередь, юридическую связанность должника обязанностью совершить

или, наоборот, воздержаться от совершения какого-то определенного действия в пользу кредитора. Главную роль играет исполнение, к которому относится все обязательство. *И в римском, и в отечественном гражданском праве обязательственное право с самого начала рассчитано на прекращение его естественным образом, то есть путем исполнения.* Этим оно и отличается от правоотношения по принадлежности материальных благ на праве собственности или другом вещном праве. Гражданское законодательство еще с римского права устанавливало базовое правило, без которого невозможно себе представить никакой нормальной хозяйственной деятельности: обязательства должны исполняться надлежащим образом и в установленный срок. Кроме того, личный характер исполнения обязательства, как и в римском праве, существовал в отдельных случаях, когда, например, индивидуальность (личные качества) должника имела значение. Так, личный наем, доверенность, товарищество, комиссия обуславливались способностью, знанием, опытом, искусством должника, и потому веритель был заинтересован, чтобы обязательство исполнилось тем лицом, которое к тому обязалось⁵⁵⁴. Вместе с тем во многих обязательственных отношениях интерес верителя не был связан с личностью должника, то есть ему было безразлично, кем исполнялось обязательство. В качестве примера можно привести норму⁵⁵⁵ о том, что векселедержатель, в случае неудовлетворения со стороны должника, не вправе отвергнуть платеж от третьего лица.

За исключением случаев, предусмотренных договором или законодательством, односторонний отказ от исполнения обязательства или одностороннее изменение условий договора как в римском, так и в русском праве, не допускались.

Исполнение, произведенное надлежащим образом, всегда прекращает обязательство. К определению исполнения обязательства при самом заключении соглашения предъявляются, конечно, определенные требования. Исполнение не должно быть невозможным, недозволенным или безнравственным, а также слишком неопределенным, то есть должно поддаваться оценке в деньгах, считали авторитеты римской юриспруденции. Аналогичный принцип содержит и отечественная цивилистика: договоры, содержащие условия, наступление

которых невозможно, не имеют законной силы, они ничтожны.

Успешное исполнение заключенных сделок, их эффективность во многом зависят от того, насколько прочно и надежно стороны защитили в них свои права и интересы, поэтому изучение механизмов и способов обеспечения исполнения обязательств, их преемственности или самостоятельного пути в их разработке для России всегда имело важное практическое значение.

Под понятием **«место исполнения обязательства»** обычно подразумевается то место, в котором должник обязан исполнить, а кредитор принять действие, составляющее объект обязательственного отношения.

Определить место исполнения обязательства важно в силу того, что цены на товары, а также и цена кредита могут быть разными в зависимости от региона, а потому этот вопрос бы поставлен еще римскими юристами⁵⁵⁶. Обычно место исполнения договора по римскому праву определялось условиями соглашения. Место исполнения могло быть определено альтернативно. В этом случае выбор места исполнения по закону принадлежал должнику, а в случае неисполнения выбор места суда — истцу⁵⁵⁷. В том случае, если место исполнения не было обусловлено, надлежащим местом исполнения, *locus orrortunus*, считалось то, где может быть предъявлен иск по данному обязательству. «*Cum...neque adscriptum, quo loco detur, quosumque loco petetur, dari debet*» — «если (в сделке, например, в завещании) не добавлено, в каком месте должно произойти исполнение, то оно должно иметь место в том месте, где будет предъявлен иск»⁵⁵⁸. Место подсудности определялось принадлежностью лица к той или иной общине, либо местом жительства должника. Кроме того, любой иск может быть, независимо от гражданства или места жительства, предъявлен в Риме по принципу *Roma communis nostra patria est*: Рим — наше общее Отечество⁵⁵⁹.

В том случае, если в договоре обусловлено место исполнения, например, Эфес, а иск предъявлен в Риме, то истец обязан в своем исковом требовании упомянуть о месте исполнения, Эфесе, в противном случае считалось, что он допустил в своем исковом требовании стеснение прав ответчика в

виде *plus petrio loco* (излишнее, неправильное требование истца в отношении места), а это влекло за собой отказ в иске⁵⁶⁰. Со II века д. н. э., когда в практику римского общества вошло заключение обязательств между лицами, живущими в разных местах, и в отношении товаров, находящихся не в месте заключения договора, место заключения и соответственно исполнения обязательства стало играть все большее значение.

*В дореволюционном праве России исполнение обязательства в ином, нежели это обусловлено в обязательстве, месте рассматривалось как просрочка или как уклонение от исполнения обязательства*⁵⁶¹. Как и в римском праве, если в договоре не указано место исполнения обязательства, то нередко оно определялось самим законом, восполняющим волю сторон. Порядок, определенный законом, указывает на общее правило или обычай (в каждую эпоху, он, естественно, мог быть разным), установившийся между указанными лицами в их постоянных сношениях, например, в предшествующих поставках товар доставлялся до склада (сравним норму ст. 316 ГК РФ, и тогда выяснится ее явная аналогия и с римским и с русским дореволюционным правом: если место исполнения не определено законом, иными правовыми актами или договором, не явствует из обычаев делового оборота или существа обязательства, исполнение должно быть произведено... и далее определяются конкретные места исполнения в соответствии с видом обязательства).

Русское гражданское право исследовало и такие случаи, когда стороны обходили молчанием вопрос о месте исполнения, и он не выяснялся заведенным порядком. Выделялись и такие обязательства, которые основаны не на договоре, где не могло быть и речи о соглашении по данному вопросу. В русской цивилистике обсуждались две точки зрения: обязательство должно быть исполнено по месту жительства должника или по месту жительства кредитора. Г.Ф. Шершеневич доказывал, что местом исполнения должно быть место жительства должника (в полном соответствии с нормой римского права), пока иное не будет установлено договором или законом или не вытекает из существа обязательства⁵⁶² (сравним ст. 316 ГК РФ, которая доказывает явную аналогию норм от римского права через русское дореволюционное к современному:

«если место исполнения не определено... по всем другим обязательствам — в месте жительства должника, а если должником является юридическое лицо — в месте его нахождения»).

Вместе с тем русское право допускает исключение из этого правила в том случае, когда содержание обязательства состоит в передаче вещи, определенной индивидуальными признаками. Тогда местом исполнения является место нахождения данной вещи. В сделках с недвижимостью сама природа вещей приковывает место исполнения к месту нахождения недвижимости. Сравним также это исключение с ГК РФ, которое аналогично русскому праву: «...по обязательству передать земельный участок, здание, сооружение или другое недвижимое имущество — в месте нахождения имущества...»⁵⁶³.

В римском праве вопрос **о времени исполнения обязательства** решался, прежде всего, в соответствии с условиями договора сторон: обязательство должно быть исполнено в срок, предусмотренный в договоре сторон. В том случае, если срок в договоре не установлен, то первоначально действовало правило, сформулированное в комментарии Помпония к Сабину: «*In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*» — «во всех обязательствах, в которых срок не предусмотрен, долг возникает немедленно»⁵⁶⁴. Или, согласно терминологии наследственного права, *ubi pure quis stipulatus est, et cessit et venit dies* — если договор заключен без срока и условия, то момент возникновения обязательства и срок исполнения совпадают⁵⁶⁵. Однако расширение торгового оборота в Риме, увеличение количества сделок выявило иную проблему: договор, заключенный в одной части империи сегодня, не мог быть сразу же исполнен в другой ее части, если дата исполнения не оговаривалась условиями самого договора. Поэтому по мере развития договорного права на принципах «доброй совести» подробнее стала оформляться норма о действии таких договоров, в которых срок исполнения обязательства не предусматривался. Так было установлено правило Венулея, согласно которому определение срока должно быть предоставлено судье, который в качестве доброго мужа соображает, какой срок потребовался бы заботливому хозяину для исполнения⁵⁶⁶. В тех случаях, когда конкретный срок исполнения обязательства сторонами устанавливался, римские

юристы толковали его установление интересами обеих сторон, а не одного только должника. Поэтому судья должен был выяснить в таком случае, в чьих интересах был установлен такой срок и не нарушены ли досрочным исполнением обязательства интересы чьей-либо стороны по соглашению. Так регулировались случаи досрочного исполнения обязательства⁵⁶⁷. Римское право установило также нормы о просрочке исполнения соглашения.

Русское право закрепило и ту норму из римского права, которая регулировала случаи, когда срок не установлен и не мог быть определен из сущности обязательства. Тогда веритель точно так же, как и в римском праве, получал право требовать исполнения обязательства немедленно по его установлении, оставляя должнику столько времени, сколько необходимо для совершения действия⁵⁶⁸. В договоре процентного займа должник так же, как и в римском праве, не мог потребовать, чтобы веритель принял у него до срока занятую сумму, потому что таким путем нарушался бы интерес верителя⁵⁶⁹. Но русское законодательство допускало исключение из этого правила: по займам, по которым условленный рост за пользование капиталом превышал 6 %, должник имел право в любое время, спустя 6 месяцев по заключении займа, возвратить занятый капитал⁵⁷⁰.

Из приведенного сравнения можно сделать вывод, что вся конструкция исполнения обязательства в русском праве была основана на нормах, сложившихся в римском праве. Вместе с тем накопление хозяйственного опыта в условиях экономического развития России в XIX веке стимулировало детализацию законодательства, включение в него таких норм, которые исходили из российской специфики экономического развития или сложившихся в стране традиций. Так, русское право устанавливало различные отсрочки исполнения обязательства (*moratoria*), по-русски — «полетные грамоты». В некоторых из них оговаривались особые случаи, допускавшие отсрочку исполнения обязательств: «смятения и бегство населения из городов, пораженных холерой... ввиду запутанности в юридических сделках, какую может произвести резкая перемена таможенной политики...» Такие отсрочки для векселей, — пи-

сал Г.Ф. Шершеневич, — были установлены в 1905 и 1906 годах по случаю народных волнений»⁵⁷¹.

Срок исполнения обязательства регулируется в статье 314 ГК РФ. *Ее содержание полностью соответствует и римскому праву, и дореволюционному законодательству.* То есть в данном случае наблюдается полная преемственность и рецепция. Законодатель лишь устанавливает семидневный срок исполнения обязательства со дня предъявления требования кредитором. Кроме того, российское гражданское право в качестве дополнительных условий исполнения обязательства в семидневный срок бланкетно ссылается на возможное регулирование такого срока в иных законах и правовых актах, условиях данного обязательства, обычаях делового оборота или в существе обязательства. Не противоречит такой преемственности и содержание статьи 315 ГК РФ, регулирующей досрочное исполнение обязательства. Таким образом, наблюдается стремление законодателя максимально учесть исторический опыт и современную практику обязательственных правоотношений.

Обеспечение обязательств

Римское право в качестве средств обеспечения обязательств использовало задаток (*arra*), неустойку (*stipulatio poenae*), поручительство (*adpromissio*), залог (*fiduciae, pignus, hypothecam*).

Задаток в римском праве назывался словом «*arra*». Его передача означала подкрепление факта заключения договора (*arra confirmatoria*). «То, что дается в виде задатка, является доказательством заключенного договора купли-продажи»⁵⁷². Он мог выражаться в денежной сумме или в виде материальной ценности. Продавец, отказавшийся от исполнения обязательства, терял задаток, а покупатель, не исполнивший его, возвращал задаток в двойном размере⁵⁷³.

Следует согласиться с мнением В.Л. Исаченко о том, что «...ни одна сделка, заключаемая русским народом, в которой исполнение предполагается во времени, не обходится без задатка: совершается ли купля-продажа, покупатель дает задаток продавцу; заключается ли договор о найме имущества или о личном найме, наниматель дает задаток; подряжается ли кто-либо что-либо доставить, устроить, сделать, задаток да-

ется подрядчику; стоит выйти в базарный день на рынок в любом русском городишке, чтобы увидеть, что крестьянин не всегда повезет какой-нибудь мешок овса или хлеба, не получив прежде задатка»⁵⁷⁴. По мнению Г.Ф. Шершеневича, задаток имеет в русском быту громадное значение, каким он далеко не пользуется на Западе⁵⁷⁵.

Понятие задатка принятое как в римском, так и в русском праве, обнаруживает свою идентичность в их признаках. Это следует из сравнения, изложенного выше понятия задатка по римскому праву и приводимого нами ниже понятия по русскому праву. А именно: согласно принятому в русской цивилистике понятию, задатком называлась производимая при самом заключении договора уплата части денежной суммы, следуемой от одного лица другому за исполнение условленного действия⁵⁷⁶. Правильно отмечено в литературе, что «...по народному представлению, как скоро задаток дан и принят, значит, договор заключен бесповоротно»⁵⁷⁷. Эта норма русского права, выражавшая основной признак понятия задатка, в точности корреспондируется с вышеприведенной нормой о значении задатка у Гая. Напомню: «То, что дается в виде задатка, является доказательством заключенного договора купли-продажи»⁵⁷⁸.

Указом Юстиниана 528 г. устанавливалась штрафная функция задатка, цель которой — побудить должника исполнить обязательство: «покупатель, отказывающийся исполнить договор, теряет задаток, а продавец, отказывающийся исполнить договор, обязан возвратить задаток в двойном размере»⁵⁷⁹. Значение выданного и полученного задатка по русскому праву состоит в том, что при неисполнении действия, составляющего содержание обязательственного отношения, лицо, давшее задаток, теряет его, а лицо, получившее задаток, если не исполнит своей обязанности, должно возвратить его⁵⁸⁰. В том случае, когда неисполнение наступает по вине лица, получившего задаток, или без вины кого-то из контрагентов, вследствие случайной невозможности, задаток должен быть возвращен⁵⁸¹.

При разрешении проблемы о задатке русская цивилистика ставила два вопроса. Первый: может ли лицо, получившее задаток, освободиться от обязательства, возвратив зада-

ток? На это русское гражданское право отвечает отрицательно⁵⁸². Однако римское право на этот вопрос отвечало положительно. Второй вопрос: освобождается ли лицо, давшее задаток, оставлением его в руках получившего, от своей главной обязанности, прекращается ли обязательство с потерей задатка или нет? На этот вопрос русские юристы отвечали так: получивший задаток считал себя удовлетворенным оставшейся в его руках денежной суммой. На этой же позиции стояло и римское право.

Современное гражданское право России, учитывая значение задатка и частоты его использования, гораздо детальнее разработало его нормативную основу. Согласно ГК РФ, задатком признается денежная сумма, выдаваемая одной из договаривающихся сторон в счет причитающихся с нее по договору платежей другой стороне в доказательство заключения договора и обеспечения его исполнения⁵⁸³. *Норма о зачете задатка в сумму платежа по обязательству содержалась и в римском праве*⁵⁸⁴. Специфические черты задатка:

1. Задатком могут обеспечиваться лишь обязательства, возникающие из договоров, следовательно, он не может быть использован для обеспечения деликтных обязательств, обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения, и некоторых других.

2. Задаток, являясь способом обеспечения договорного обязательства, одновременно выполняет роль доказательства заключения договора. Это означает, что, если сторонами не оспаривается факт выдачи (получения) задатка, а также если оспаривается, но этот факт подтверждается доказательствами, договор считается заключенным. С другой стороны, если договором предусмотрена уплата одной из сторон задатка, он будет считаться заключенным лишь после исполнения соответствующим контрагентом своей обязанности.

3. Задатком может быть обеспечено только исполнение денежных обязательств. Этот вывод следует из положения о том, что задаток выдается соответствующей стороной в договорном обязательстве в счет причитающихся с нее платежей. Соглашение о задатке независимо от его суммы должно быть заключено только в письменной форме.

Кроме того, возникли и другие нормы, регулирующие задаток в ГК РФ. Прежде всего, необходимо отметить значительное расширение сферы договорных обязательств, исполнение которых может обеспечиваться задатком. Ранее этим способом могли обеспечиваться лишь такие договорные обязательства, в которых хотя бы одной из сторон являлся гражданин⁵⁸⁵. В связи с этим задаток обычно применялся при заключении гражданами договоров найма нежилых помещений в домах, принадлежащих гражданам на праве личной собственности, договоров подряда и т. п. Теперь ограничения обязательств, обеспечиваемых задатком, в зависимости от их субъектного состава устранены. Задаток может выступать в качестве способа обеспечения также договорных обязательств, сторонами в которых являются и юридические лица, и индивидуальные предприниматели.

Далее ГК РФ дополняет правовое регулирование задатка положениями, определяющими судьбу денежной суммы, внесенной в качестве задатка, в двух конкретных случаях, а именно: когда имеются сомнения в том, является ли уплаченная сумма задатком (в частности, вследствие несоблюдения правила о простой письменной форме соглашения о задатке), в этом случае внесенная денежная сумма признается авансом, если не будет доказано другое⁵⁸⁶; когда обязательство, обеспеченное задатком, прекращается по основаниям, установленным законом, до начала его исполнения, в этом случае уплаченная денежная сумма должна быть возвращена стороне, внесшей задаток⁵⁸⁷.

Что касается значения задатка как способа обеспечения договорного обязательства, то оно состоит в том, что задаток прежде всего имеет целью предотвратить неисполнение договора. Этой цели служат нормы о последствиях неисполнения обязательства, обеспеченного задатком. Если за неисполнение обязательства ответственна сторона, предоставившая задаток, денежная сумма, внесенная в качестве него, остается у другой стороны. Если же за неисполнение обязательства ответственна сторона, получившая задаток, она обязана уплатить стороне, внесшей его, двойную сумму⁵⁸⁸. Эта норма в точности повторяет римскую, о которой говорилось выше. Следует подчеркнуть, однако, что названные правила приме-

няются лишь в ситуации, когда соответствующее обязательство не исполнено сторонами в полном объеме и не распространяется на случаи ненадлежащего исполнения договорных обязательств.

Неисполнение обязательства влечет и возмещение убытков. На этот счет ГК содержит положение, определяющее соотношение убытков и денежной суммы, внесенной в качестве задатка: если в договоре не предусмотрено иное, убытки подлежат возмещению с зачетом суммы задатка⁵⁸⁹. Это означает, что, если за неисполнение договора отвечает сторона, предоставившая задаток, она должна возместить убытки в части, превышающей сумму задатка. В случаях, когда за неисполнение договора отвечает сторона, получившая задаток, другая сторона в обязательстве, предоставившая его, может потребовать уплаты двойной суммы и, сверх того, возмещения убытков в части, превышающей однократную сумму.

Неустойка (*stipulatio poenae*) — это штрафная сумма, которую обязан выплатить должник кредитору при неисполнении или неполном исполнении обязательства. Неустойка заключалась в форме стипуляции⁵⁹⁰. Она не выплачивалась в том случае, если само обязательство признавалось недействительным. Неустойка также могла скрепить обязательство не пользовавшееся защитой. Дигесты признавали, что должник не обязан кумулятивно и к исполнению обязательства, и к уплате неустойки за неисполнение⁵⁹¹, если не было предусмотрено иное.

В России XIX века неустойка имела широкое применение, поскольку была важным средством оказания давления на должника. *Нормы римского и русского законодательства в определении сущности понятия неустойки не различались*. Так, в русском законодательстве в этой связи зафиксирована норма, согласно которой «неустойка, определенная в самом договоре, взыскивается в том количестве, какое назначено, но независимо от взыскания по неисполнению самого договора, который и при взыскании неустойки остается в своей силе, разве бы в содержании договора было изъяснено, что платежом неустойки он прекращается»⁵⁹². И практика определяла неустойку как штраф «за неисправность» в исполнении дого-

вора⁵⁹³. Таким образом, по русскому праву неустойка определялась законом и договором⁵⁹⁴.

Важным представляется исследование вопроса о взаимоотношении неустойки и интереса — отношений неустойки к исполнению обязательства, с одной, и затем к вознаграждению за вред и убытки, с другой стороны. Эта тема нашла отражение в работе русского юриста XIX века М.Я. Пергамента, который проанализировал римские источники и положения русского законодательства, касающиеся данной проблемы⁵⁹⁵.

«Лабеон, а за ним и Ульпиан, — писал М.Я. Пергамент, — высказывают следующий взгляд: истец, доказавший свой иск в процессе о праве собственности на раба и добившийся благоприятного решения, может либо потребовать данного раба и взять его себе, либо потребовать выплаты неустойки, взыскание которой было предусмотрено договором на случай, если контрагент не поставит раба к определенному сроку. Но на то и другое он, истец, не имеет права. Вступив во владение рабом, нельзя требовать еще сверх того и внесения пени: иначе была бы нарушена справедливость»⁵⁹⁶.

Поэтому из представленного выше можно сделать вывод, в соответствии с которым веритель по материальному обязательству, обеспечивший свое право добавочным условием о неустойке, имеет альтернативное право требовать по своему выбору одно из двух: или исполнения по основному обязательству, или уплаты выговоренной неустойки, то есть верителю принадлежит по римскому праву правомочие выбора между иском из главного обязательства и иском об обещанной неустойке.

При этом, подчеркивает М.Я. Пергамент, необходимо иметь в виду две возможности. Во-первых, иск из основного обязательства по своему размеру может быть равен неустойке. Во-вторых, размер иска об убытках (из главного обязательства) может быть не равен неустойке. В первом случае после того, как кредитор произведет выбор одного из двух альтернативно принадлежащих ему исков, другой его иск исчезает бесследно⁵⁹⁷.

Во втором случае, видимо, нужно рассматривать две ситуации: либо кредитор, взыскав причитавшееся ему по одному требованию, совсем лишается всякого права, вытекающе-

го из другого требования; либо кредитор имеет право дополучить тот остаток, на который непредъявленный иск превышает предъявленный. Источники римского права свидетельствуют о том, что римские юристы придерживаются последней позиции, то есть, высказываются в пользу сохранения кредитором права на довыскание разницы между двумя альтернативными исками.

Римское право, помимо вышеприведенного альтернативного отношения, допускает возможность заключения соглашения между сторонами о взыскании в случае нарушения обязательства одновременно как неустойки, так и интереса. В пользу такого правила М.Я. Пергамент приводит высказывания Папиниана и Гермогениана, согласно которым по соглашению контрагентов может иметь место и так называемое «кумулятивное отношение», когда взыскивается неустойка, а по главному действию, составляющему предмет договора, требуется исполнение договора в полной мере. Оба юриста отмечают необходимость того, чтобы такое намерение сторон было, вне всякого сомнения, и в согласии с явно выраженным содержанием договора⁵⁹⁸.

Соединение неустойки с интересом является исключением из общего правила римского права об альтернативном отношении.

Статья 1585 ч. 1 т. X Свода законов гласила: «Договоры и обязательства по обоюдному согласию могут быть укреплены и обеспечиваемы: 1) поручительством; 2) условием неустойки; 3) залогом имуществ недвижимых; 4) залогом имуществ движимых». Как мы видим, в числе других средств обеспечения договоров упоминается неустойка. Неустойка могла быть законной, которая определялась законом, или добровольной, устанавливаемой «особым условием в договоре по обоюдному согласию обязывающихся сторон»⁵⁹⁹.

Сущность договорной неустойки раскрывалась, прежде всего, в ст. 1585 ч. 1 т. X Свода законов, которая содержала следующее положение: «Неустойка, определенная в самом договоре, взыскивается в том количестве, какое назначено, но независимо от взыскания по неисполнению самого договора, который и при взыскании неустойки остается в своей силе,

разве бы в содержании договора было изъяснено, что платежом неустойки он прекращается».

Большинство русских юристов толковало данную норму в смысле признания в русском праве принципа кумулятивного отношения между требованиями неустойки и интереса. «При этом означенное начало кумуляции, — по словам М.Я. Пергамента, — проводится у нас строго последовательно и в полной мере по двум направлениям, в двойном смысле: в смысле совместного требования с неустойкой, с одной стороны, исполнения самого обязательства, а с другой — возмещения ущерба, понесенного от неисполнения»⁶⁰⁰. Отсюда следует, что договор оставался в силе при взыскании неустойки, и взыскание неустойки не должно было оказывать какого-либо влияния на последствия нарушения должником принятого обязательства. То есть кредитор имел право как на соединение требования о неустойке с иском об исполнении основного обязательства, так и одновременно мог подать иск о вознаграждении за вред и убытки при определенных обстоятельствах.

Придерживался кумулятивного отношения и Сенат. «...Не... одно только право требовать исполнения договора, но и... право производить взыскание за последствие неисполнения оно»⁶⁰¹. Неустойка — «это условленная сторонами особая кара за нарушение договора; это не эквивалент чего-либо, уступленного одной стороной другой, а условленное обогащение одного контрагента на счет другого, собственно в наказание последнего за нарушение договора»⁶⁰².

Таким образом, неустойка в тот период толковалась в качестве наказания, возмездия за нарушение договора.

М.Я. Пергамент подвергал критике положения русского законодательства о неустойке. Он говорил об оценочном характере данного средства обеспечения договора у большинства европейских народов, о том, что римский взгляд на неустойку близок ко взгляду общеевропейскому. Если в западноевропейском праве ответственность должника со времен римского права была ослаблена, то русское законодательство, напротив, встало на путь безусловной кумуляции. «Кумулятивное отношение, практикуемое в русском праве в занимающем нас вопросе, не заслуживает сохранения»⁶⁰³.

Автор пытается уйти от грамматического толкования ст. 1585 ч. 1 т. X Свода законов, из которой следует безусловная кумуляция к толкованию логическому, стремясь взглянуть на исторический процесс создания данной нормы. Он указывает на то, что данное положение было заимствовано Сперанским из австрийского права, который якобы неправильно понял соответствующую норму статьи. М.Я. Пергамент отмечает несоответствие второй части ст. 1585, содержащей указание на отступное первой части этой нормы. При этом он утверждает: «Логически правильно только исключение двоякое: либо исключение в пользу альтернатиции из кумуляции (или наоборот), либо исключение в пользу отступного из альтернатиции. Но не из кумуляции в пользу отступного»⁶⁰⁴.

Вышеприведенные рассуждения позволяют отвергнуть возможность кумулирования убытков с неустойкой на основании исследования генезиса ст. 1585 ч. 1 т. X Свода законов.

Что касается права судьи понижать размер неустойки, то римское право такого не знает. Единственным ограничением величины неустойки в римском праве служит то, которое вытекает из запрета скрытого ростовщичества.

Вообще, устанавливая ограничение неустойки, законодатель преследует специальные цели, не связанные с природой неустойки. Ограничение неустойки наблюдается в истории законодательства обычно при сделке займа и долговых обязательствах.

Свобода установления добровольной неустойки была ограничена законом от 24 мая 1893 г. «О преследовании ростовщических действий». Чрезмерная неустойка, принятая должником под влиянием стесненных обстоятельств или скрывающая чрезмерный рост, признается недействительной, не касаясь силы главного обязательства⁶⁰⁵.

Министерство финансов Российской империи выработало в 1898 г. проект закона для сделок купли-продажи с срочкой платежа, в котором, в частности, было сказано следующее: «Неустойка по срочным платежам, буде таковая оговорена в условии, не должна превышать по каждому срочному платежу размера этого последнего и, в совокупности, одной десятой части цены имущества. Неустойка, определенная

в высшем против указанного размера, может быть соответственно уменьшена судом»⁶⁰⁶.

Таким образом, если римское право лишь в качестве исключения из правил предусматривало кумулятивное отношение неустойки и интереса в обязательстве, то русское законодательство устанавливало безусловную кумуляцию. Римское законодательство не знает права судьи понижать размер неустойки за исключением единственного ограничения, вытекающего из запрета скрытого ростовщичества. Принятый в 1893 году Закон Российской империи «О преследовании ростовщических действий» также установил возможность признания договорной неустойки чрезмерной. Можно говорить еще и о том, что в русском законодательстве XIX века намечалась тенденция к наделению суда правом понижать в определенных случаях размеры договорной неустойки (это касается неустойки, устанавливаемой сторонами на случай неисполнения обязательств по договорам купли-продажи с рассрочкой платежа).

В юридической литературе XIX — начала XX века шли дискуссии по поводу определения понятия «неустойки». Ряд авторов понимал под неустойкой «...присоединенное к главному обязательству дополнительное условие о платеже должником известной суммы на случай неисправности в исполнении»⁶⁰⁷. Другие считали, что неустойка может заключаться не только в платеже известной денежной суммы, но и в передаче должником кредитору определенного имущества либо в совершении для последнего какого-либо действия. При этом и Сенат придерживался позиции, согласно которой неустойка выступала «...в качестве условия об ответственности, заключающегося в доставлении одной стороной другой имущественного удовлетворения, то есть не одной только денежной суммы, но и другого имущества или действия, имеющих известную ценность»⁶⁰⁸.

Казалось бы, проект Гражданского уложения Российской империи установил, что данный способ обеспечения обязательства состоит в платеже заранее оговоренной денежной суммы. Согласно его тексту: «Денежная сумма, которую одна из договаривающихся сторон обязывается уплатить другой в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения приня-

того на себя обязательства, признается неустойкою»⁶⁰⁹. Однако уже ст. 1608 распространила действие соответствующих норм о задатке, отступном, неустойке и на те случаи, когда данные способы обеспечения обязательств «...условлены по договору не в денежной сумме»⁶¹⁰. Включение данного положения в текст проекта объяснялось его авторами тем, что «...хотя в основных нормах (ст. 1601—1607) о предмете задатка, отступного, неустойки говорится только о деньгах в целях удобства изложения, а также потому, что в большинстве случаев они действительно состоят в деньгах; но так как задаток, отступное и неустойка могут заключаться во всякого рода вещах и действиях, причем отношения, возникающие из соглашений этого рода, ничем, по существу, не отличаются от отношений денежного характера, то и признается необходимость распространить на них соответствующие правила»⁶¹¹.

Отсюда можно сделать вывод о том, что дореволюционное российское право признавало в качестве неустойки не только денежную сумму, подлежащую уплате кредитору должником, нарушившим обязательство, но и обязанность передать определенное имущество или совершить определенное действие.

Ранее уже был рассмотрен вопрос о соотношении неустойки и убытков в русском гражданском праве второй половины XIX века и в римском праве. *При этом если в римском праве соединение неустойки и интереса являлось исключением из общего правила об альтернативном отношении, то в русском праве указанного периода, напротив, принцип кумулятивного отношения устанавливался в качестве основного*⁶¹². Взыскание неустойки вообще не освобождало должника от ответственности за неисполнение обязательства.

Проект Гражданского уложения и комментарий к нему свидетельствуют о том, что в нем в качестве общего правила закреплялось положение, согласно которому при неисполнении должником обязательства кредитор имел право требовать или платежа неустойки, или же исполнения обязательства и возмещения убытков. Однако правило закона о несовместимости неустойки со взысканием убытков могло быть изменено соглашением сторон⁶¹³.

В современном российском гражданском праве одним из наиболее распространенных способов обеспечения договорных обязательств также является неустойка. Неустойкой (штрафом, пеней) признается по ГК РФ⁶¹⁴ определенная законом или договором денежная сумма, которую должник обязан уплатить кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства, в частности, в случае просрочки исполнения. По требованию об уплате неустойки кредитор не обязан доказывать причинение ему убытков. Традиционно в качестве разновидностей неустойки применяются штрафы и пени. Пенья характеризуется тем, что устанавливается на случай просрочки исполнения обязательства и определяется, как правило, в процентах по отношению к сумме обязательства, не исполненного в определенный в договоре срок.

В современном российском гражданском праве⁶¹⁵ выделяется законная и договорная неустойка. Законная неустойка подлежит применению независимо от того, предусмотрена ли обязанность ее уплаты соглашением сторон. Размер законной неустойки может быть увеличен по желанию сторон договора лишь в том случае, если закон не запрещает этого.

Договорная неустойка устанавливается по соглашению сторон. Ее размер, порядок исчисления, условия применения определяются исключительно по их усмотрению. Однако необходимо иметь в виду, что ГК РФ закрепляет письменную форму соглашения о неустойке независимо от формы основного обязательства. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения о неустойке⁶¹⁶.

Гражданский кодекс 1964 г. содержал норму, в соответствии с которой при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательства убытки возмещались в части, не покрытой неустойкой. Хотя законом или договором допускалось взыскание только неустойки, но не убытков; убытки взыскивались в полной сумме сверх неустойки; по выбору кредитора взыскивались либо неустойка, либо убытки⁶¹⁷.

Ныне действующий Гражданский кодекс РФ дословно воспроизводит положения ст. 189 ГК РСФСР 1964 г. Однако ГК РФ указывает на возможность ограничения взыскания убытков, подлежащих возмещению в части, не покрытой неустойкой, либо сверх ее, либо вместо нее. Данное ограничение мо-

жет быть установлено законом по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности⁶¹⁸.

Интерес представляет рассмотрение вопроса о возможности уменьшения размера договорной неустойки судом в его развитии.

В Своде законов Российской империи норма о наделении суда правом понижать размер неустойки отсутствовала. Однако 24 мая 1893 г. был принят Закон о преследовании ростовщических действий, которым «...свобода установления добровольной неустойки, имевшая своим результатом возрастание долговой суммы далеко свыше действительного долга...»⁶¹⁹, была ограничена.

Проект Гражданского уложения определял право судьи на уменьшение размера неустойки следующим образом: «Если в договоре назначена неустойка в очевидно преувеличенном размере или если она представляется чрезмерною ввиду неисполнения должником обязательства в незначительной части, то суд может, по просьбе должника, уменьшить размер неустойки, но обязан при этом принять в соображение не только имущественные, но и другие справедливые интересы верителя»⁶²⁰.

В этой норме необходимо обратить внимание на то, что основным обстоятельством, при наличии которого суд наделяется правом уменьшить размер неустойки, признавалась незначительность допущенного должником нарушения обязательства.

Если мы обратимся к ГК РСФСР 1964 г., то заметим, что его норма по этому поводу гласила о том, что если подлежащая уплате неустойка (штраф, пеня) чрезмерно велика по сравнению с убытками кредитора, суд вправе уменьшить неустойку (штраф, пеню). При этом должны быть приняты во внимание степень выполнения обязательства должником; имущественное положение граждан, участвующих в обязательстве; не только имущественный, но и всякий иной, заслуживающий уважения, интерес кредитора⁶²¹. То есть здесь уже законодатель право судьи на уменьшение неустойки связывает с размером понесенных кредитором убытков вследствие неис-

полнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником.

Гражданский кодекс РФ так же, как и проект Гражданского уложения Российской империи, напрямую не связывает право суда на уменьшение неустойки с размером убытков кредитора. ГК РФ говорит о том, что «если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе уменьшить неустойку»⁶²². Критерием для уменьшения размера неустойки служит соразмерность последствиям допущенного должником нарушения обязательства, что не исключает учета незначительности самого нарушения.

Следующим способом обеспечения исполнения является **поручительство** (*adpromissio*). Это принятие на себя третьим лицом (наряду с должником) ответственности за неисполнение обязательства. Оно осуществлялось в римском праве также путем стипуляции, заключаемой одновременно с установлением основного обязательства⁶²³. Обязательство поручителя являлось аксессуарным и существовало лишь постольку, поскольку было в наличии главное обязательство, обеспечиваемое поручительством.

В римском праве последовательно возникало несколько видов ответственности поручителей за должника перед кредитором. Остановимся на корреальной ответственности. Она заключалась в том, что каждый из поручителей, к которому обращался кредитор с просьбой заплатить долг, обязан удовлетворить его претензию в полном объеме, при невозможности требования части с других поручителей⁶²⁴. Солидарная ответственность между поручителями была введена законом Апулея (*lex Apuleia*). Этот закон устанавливал между поручителями подобие товарищества (*quandam societatem*); в нем все поручители вместе обязывались отвечать за должника. Так, кредитор имел право взыскать всю сумму долга с одного из поручителей, который, в свою очередь, имел право взыскать эту сумму в пропорциональных долях с других поручителей. Таким образом, возникло право регресса (*jus regrediendi*), то есть право востребования одним из солидарных должников частей долга. Об этом сказано Ульпианом: если лицо дало за ответчика 10, оно может истребовать обратно часть с других поручителей⁶²⁵. Кроме этого, существовало и понятие пропорцио-

нальной ответственности. Так, согласно закону (*Lex Furia de sponsiu*), несколько поручителей непосредственно отвечали перед кредитором только в пропорциональной части долга, следовательно, все они отвечали равномерно (*pro rata*). Кроме того, закон Фурия ограничивал время ответственности поручителей определенным сроком, а именно: если в течение двух лет со дня наступления срока исполнения обязательства кредитор не взыскал долга с поручителей, они освобождались от ответственности перед ним⁶²⁶.

Таким образом, в римском праве с течением времени возник принцип пропорциональной ответственности нескольких поручителей. Но очень долго оставалось в силе такое правило, согласно которому если за должника имеются поручители и обязательство в срок не исполнено, то кредитор имеет право обратиться с требованием исполнить обязательство или к должнику, или к любому из поручителей; кредитор мог миновать должника и обратиться за удовлетворением напрямую к поручителю. И только Юстиниан в одной из своих новелл⁶²⁷ установил *beneficium excussionis seu ordinis*, то есть такой порядок удовлетворения кредиторов, на основании которого поручители отвечают лишь в том случае, когда кредиторы исчерпали все средства должников при взыскании долга; если же кредитор обратился к поручителю, обойдя должника, то поручитель мог сослаться на *beneficium excussionis seu ordinis*, то есть предложить кредитору сначала потребовать имущество должника («*excussio*» — «вытряхивание»), а затем, если чего-либо не хватит, обратиться за недостающим к поручителю.

В России XIX века поручительство получило широкое распространение, так как в общественном правосознании укрепилось мнение о том, что оно — более действенное средство исполнения обязательства, чем задаток и неустойка. Это можно объяснить тем, что при наличии у должника шаткого имущественного положения, препятствовавшего ему заплатить главную сумму, ситуацию с исполнением обязательства не могли спасти ни задаток, ни неустойка.

Русское законодательство не давало общего определения поручительства. Между тем в правоведении того времени «под поручительством» понималось присоединенное к главному обязательству дополнительное условие об исполнении его треть-

им лицом, поручителем, в случае неисправности должника»⁶²⁸. Из данного определения видно, что основой поручительства является договор между заинтересованными лицами, то есть поручительство — это отношение договорное. Хотя русское законодательство и не установило общего понятия поручительства, тем не менее оно установило его виды, а именно: полное, частичное, срочное, простое.

1. Полное, то есть принятое во всей сумме.

2. Частичное, то есть принятое в части. В том случае, если договор не устанавливает, что поручительство является частичным, то поручитель отвечает в объеме всей суммы обязательства должника⁶²⁹.

3. Простое, то есть поручительство только за платеж суммы. В данном случае поручитель обязывается исполнить обязательство только тогда, когда все имущество должника при объявлении его несостоятельным подвергается распределению между его кредиторами, и становится ясно, что кредитор или кредиторы не получили для себя должного удовлетворения.

4. Срочное, то есть поручительство за платеж на определенный срок. В этом случае поручитель был обязан исполнить обязательство сразу же по обнаружении несостоятельности должника. Эти два последних вида поручительства регулировались статьей 1557 части 1 тома X Свода законов Российской империи.

Русское законодательство устанавливало и ответственность должника перед поручителем. Последний, в случае исполнения обязательства превращался в кредитора и соответственно получал право возвращения ему должником уплаченной суммы, включая проценты с нее⁶³⁰.

Как видно из вышеизложенного, понятие поручительства, виды его (кроме четвертого, по русскому праву), право регрессного требования, солидарность обязательства, долевой и пропорциональный характер поручительства являются категориями, заимствованными из римского права. В последнем не оговаривались только проценты, что появилось в дореволюционном русском праве. Отсутствовало в римском праве и срочное поручительство как вид с содержанием, указанным выше. При этом, как уже говорилось, в римском праве сроки для поручительства существовали.

Современное российское гражданское право понимает термин «поручительство» в том же традиционном значении, в каком оно воспринималось и в римском, и в русском праве. Так, его существо по ГК РФ заключается в том, что поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части⁶³¹. Но возникают и новые составляющие этого понятия. Так, по сравнению с вышеуказанными системами предшествующего права договор поручительства теперь может быть заключен также и для обеспечения обязательства, которое возникнет в будущем⁶³². Кроме этого, закон стал устанавливать для договора поручительства обязательность письменной формы под страхом его недействительности⁶³³. В ГК РФ появляется и ряд новелл принципиального характера, отличающих его от ранее действовавшего законодательства, в том числе и в СССР. Они позволяют устранить основные барьеры, препятствовавшие в прошлые годы широкому применению этого способа обеспечения исполнения обязательств.

Срок прекращения поручительства теперь удлинён. *Вместо месяцев он, как и в римском праве* (в соответствии с законом Фурия), *стал исчисляться годами*. Так, согласно ныне действующему ГК РФ, поручительство прекращается по истечении указанного в договоре поручительства срока. Если он договором не предусмотрен, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение года со дня наступления срока исполнения обеспеченного поручительством обязательства. Возможен и такой вариант, когда срок исполнения основного обязательства не указан и не может быть установлен или определен моментом востребования, поручительство прекращается, если кредитор не предъявит иска к поручителю в течение двух лет со дня заключения договора поручительства⁶³⁴.

Залог (*fiduciae, pignus, hypothecam*) — это ответственность вещи, а не лиц, в отличие от двух предшествующих форм⁶³⁵. Как сказано в Дигестах, залог совершается путем соглашения, когда кто-либо договаривается, чтобы его вещь была связана с залогом в обеспечение какого-либо обязательства⁶³⁶. В Риме существовало три вида залога: фидуция, пигнус и ипотека. *Фидуция* — это передача на праве собственности вещи в

качестве залога по договору займа. *Пигнус* — это передача вещи в качестве залога не в собственность, а во владение. *Ипотека* — это залог, который остается во владении должника и не приносит ему за период залога убытков от невладения, по сравнению с пигнусом или фидуцией⁶³⁷. В Риме не существовало государственной регистрации ипотечного кредитования, поэтому одна и та же вещь могла быть заложена несколько раз, а сам ипотечный кредитор не знал о том, первый он кредитор или нет. Поэтому существовали два способа регулирования этого процесса. Во-первых, это право ипотечного старшинства, а именно: «кто раньше по времени, тот сильнее в праве»⁶³⁸. Во-вторых, в самом соглашении стороны оговаривали имя конкретного лица, которому вещь может быть заложена⁶³⁹. Римское право защищало интересы должника. Так, кредитор мог продать заложленную вещь только после троекратного предупреждения об этом должника о необходимости выкупа залога во избежание его продажи⁶⁴⁰⁻⁶⁴¹. Кредитор также не мог сам или через подставное лицо купить заложленную вещь. Необходимо отметить, что римскому праву были известны и залог права требования, и перезалог, и залог складов и магазинов с товарами⁶⁴². Вышеприведенные «...основные правила римского права, по данным современных исследований, оказали значительное влияние на формирование западноевропейского и российского залогового права»⁶⁴³.

Русское залоговое право значительно продвинулось в развитии того состояния, которое существовало в римском праве. И это естественно, так как залог является эффективнейшей формой обеспечения действительности обязательства. В русском праве рождается много новых форм, развивающих функционирование залога. При этом нормы римского права продолжают составлять базисную конструкцию залога.

Как такового определения залога в русском дореволюционном праве не было. Так, известный юрист того времени Л.А. Кассо писал: «В нашем ныне действующем праве можно отыскать официальное.. определение залога, но не там, где следовало бы ожидать, не в связи с учением об этом институте в 1 ч. Х т. Там указывается лишь на обеспечительную функцию залога⁶⁴⁴; определение же выставлено как бы случайно в Уставе судопроизводства торгового по поводу сделок *in fraudem*

creditorum: из примечания к ст. 569 этого устава мы узнаем, что «залог есть не что иное, как отчуждение права распоряжения, составляющего нераздельную принадлежность права собственности». Не говоря уже о том, что эти слова не указывают на главное значение осуществления залогового права и останавливаются лишь на одном из последствий этого обременения: можно, кроме того, усмотреть в этом неполном определении положение, не соответствующее ныне действующему праву»⁶⁴⁵.

По русскому законодательству легальной ипотеки не существует, не упоминаются также такие виды залога, как *pignus* («ручной заклад»), *fiducia cum creditore*. Русское право образует новые виды залога, которые не были известны римлянам: залог недвижимости в кредитных установлениях (Государственный дворянский банк, городские кредитные общества, акционерные поземельные банки и т. п.); ссудные кассы для предупреждения злоупотреблений доверием закладчиков⁶⁴⁶.

*И русское, и римское право относят залоговое право к вещному, считая, что его объектом может быть только вещь, но не обязательство, которое не дает вещного права*⁶⁴⁷. Основанием залогового права обычно признавалось обязательственное отношение, установленное договором⁶⁴⁸. Несмотря на то что в России существовала государственная регистрация залога имущества и норма о недействительности второго залога⁶⁴⁹ так же, как и в римском праве, другие нормы допускали возможность последовательных залогов. Например, Устав гражданского судопроизводства устанавливал порядок удовлетворения из заложенного имущества «по старшинству закладных»⁶⁵⁰. Это правило явно римского происхождения от права ипотечного старшинства, о котором говорилось выше: «кто раньше по времени, тот сильнее в праве»⁶⁵¹. Игнорируя норму закона, и судебная практика допускала несколько закладных на одну и ту же вещь⁶⁵². Русское право так же, как и римское право, защищало интересы должника. Правда, здесь не предусматривалось трехкратного предупреждения должника о продаже заложенной вещи и не запрещалось самому кредитору на торгах купить заложенную вещь в случае неисполнения обязательства.

В XIX и начале XX в. русское залоговое право развивалось с учетом соблюдения интересов залогодержателей и залогодателей, обеспечивая первым широкие возможности удовлетворения своих требований, а вторым — право распоряжения имуществом, являющимся предметом залога. В законе предусматривался залог недвижимости (ипотека), залог движимого имущества (заклад), залог права требования, залог ценных бумаг.

Русские исследователи в области римского права делали различные выводы относительно природы залоговых отношений в римском праве и предлагали различные подходы к оценке правовой природы залоговых прав по российскому гражданскому праву. Отсутствие единого взгляда на природу залога предопределялось несовершенством действовавшего тогда законодательства.

Г.Ф. Шершеневич все же отмечал, что залоговое право имеет ряд особенностей, отличающих его от других вещных прав. Оно в противоположность другим вещным правам, не имеет самостоятельного значения, а стоит в зависимости от права по обязательству, тогда как содержание других вещных прав заключается в пользовании вещью, залоговое право не дает ни владения, ни пользования.

4.2. Прекращение обязательств

Обычным способом прекращения обязательства является точное его **исполнение**, соответствующее договорным или законным условиям. Соответственно, обязательство прекращается только тогда, когда оно исполнено тем лицом и тому лицу, кому следовало, в надлежащее время и в надлежащем месте, наконец, надлежащим образом. Римское и русское законодательство XIX века не указывали на этот вид прекращения обязательства потому, что это указание «...вытекает из существа обязательственного отношения и не могло бы быть отменено законом»⁶⁵³. Однако этот недочет восполнило затем современное российское право, о чем пойдет речь ниже.

Так, ГК РФ следующим образом закрепил данный вид прекращения обязательства:

1. Надлежащее исполнение прекращает обязательство.

2. Кредитор, принимая исполнение, обязан по требованию должника выдать ему расписку в получении исполнения полностью или в соответствующей части.

Если должник выдал кредитору в удостоверение обязательства долговой документ, то кредитор, принимая исполнение, должен вернуть этот документ, а при невозможности возвращения указать на это в выдаваемой расписке. Расписка может быть заменена подписью на возвращенном долговом документе. Нахождение долгового документа у должника удостоверяет, пока не доказано иное, прекращение обязательства.

При отказе кредитора выдать расписку, вернуть долговой документ или отметить в расписке невозможность его возвращения должник вправе задержать исполнение. В этих случаях кредитор считается просрочившимся⁶⁵⁴.

В римском праве **замена исполнения** (*datio in solutum*) связывалась с согласием на это кредитора. По общему правилу исполнение должно в точности соответствовать обязательству. *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest* — без согласия кредитора нельзя ему платить одно вместо другого⁶⁵⁵. Но с согласия кредитора можно платить *aliud pro alia*⁶⁵⁶. Таким образом, перед нами замена исполнения, его суррогат, *datio in solutum*, буквально — дача в уплату. Чаще всего это происходит в виде *res pro pecunia soluta* — уплата вещи вместо денег; такой вещью в Риме был в особенности земельный участок.

ГК РФ вместо термина «замена исполнения» использует термин «отступное», но смысл от этого не меняется: «По соглашению сторон обязательство может быть прекращено предоставлением взамен исполнения отступного (уплатой денег, передачей имущества и т. п.). Размер, сроки и порядок предоставления отступного устанавливается сторонами»⁶⁵⁷.

Понятие «обновление обязательства», **«новация»** (*novatio*), возникло в римском праве. Новация заключается в замене одного обязательства другим, соответственно, занимающим место прежнего⁶⁵⁸. *В русском праве, так же как и в римском, существовала принудительная новация, которая производилась по решению суда*⁶⁵⁹.

Новация предусмотрена и ныне действующим ГК РФ:

1. Обязательство прекращается соглашением сторон о замене первоначального обязательства, существовавшего между ними, другим обязательством между теми же лицами, предусматривающим иной предмет или способ исполнения (новация).

2. Новация не допускается в отношении обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью, и по уплате алиментов.

3. Новация прекращает дополнительные обязательства, связанные с первоначальным, если иное не предусмотрено соглашением сторон ⁶⁶⁰.

В данном случае мы видим, что и в русском праве, и в российском смысл и основные положения новации не изменились, а остались почти такими же, как были во времена Римской империи, за некоторыми исключениями и дополнениями, произошедшими в России сейчас. Например, ГК РФ включены нормы об уплате алиментов и вреде, причиненном жизни и здоровью человека, что не было известно римлянам и не играло такого большого значения в юриспруденции XIX века ⁶⁶¹.

Прощение долга в римском праве именовалось «*erlass*». Данный вид прекращения обязательственного отношения отличается от всех остальных случаев тем, что прекращение обязательства в таком случае происходит исключительно по воле кредитора, в противоположность, например, новации, где воля кредитора служит только средством к основанию возникновения нового обязательства.

Прощение долга должно иметь форму договора, но в римском праве это правило соблюдалось не всегда, о чем будет сказано ниже. В данном случае источники подразумевают посмертное прощение долга ⁶⁶². «Договор этот может иметь различное содержание: а) он может быть направлен к непосредственному прекращению обязательства (такова римская *acceptilatio*)⁶⁶³. *Acceptilatio* есть договорное заявление о принятии, учиненное в форме ответа на вопрос (*acceptum habes? Acceptum habeo*), это есть договор, посредством которого кредитор заявляет, что наступило то же действие, как будто обязательство исполнено относительно него. Поэтому *acceptilatio* понимается в том смысле, что ей освобождается должник «*solutionis exemplo*», затем «*solutioni comparatur*»⁶⁶⁴.

Русское гражданское право XIX века не предусматривало прощение. Но это не значит, что в России XIX века такой способ прекращения обязательства не использовался. Правовой основой данного вида прекращения обязательства служила норма Свода законов, где говорилось, что сторонам предоставляется право включать в договор всякие условия, законом не противные⁶⁶⁵. Позднее Гражданское уложение исправило этот недостаток, но лишь частично, так как не закрепило прямо данный вид прекращения обязательства, а пошла другим путем и законодательно зафиксировала ответственность за «состоявшееся заранее соглашение сторон об устранении или ограничении ответственности должника на случай умышленного неисполнения им обязательства»⁶⁶⁶. «Соглашение об освобождении вперед должника от ответственности за умышленное неисполнение обязательства, как противное его существу, является безусловно недействительным... Само собой разумеется, что стороны могут распространить ответственность должника на случайные обстоятельства, как равно могут освободить его от исполнения обязательства»⁶⁶⁷.

Современное законодательство, а именно ГК РФ, в отличие от русского гражданского права XIX века, выделила данный способ прекращения обязательственного отношения в отдельную, 415 статью.

Римское право использовало в качестве формы прекращения обязательства также **зачет (compensatio)**. Под ним понималось погашение встречных однородных требований при наличии нескольких условий. Требования должны быть встречными, то есть кредитором по предъявляемому к зачету требованию должен быть должник по требованию, в отношении которого осуществляется зачет. Они должны быть однородными, то есть такими, по которым срок исполнения уже наступил или определен моментом востребования⁶⁶⁸. Русское законодательство не устанавливает правила для зачета, однако русские цивилисты считали, что само понятие зачета ему не чуждо⁶⁶⁹.

В римском праве существовало и понятие **смерти** как вида прекращения обязательства. Вообще смерть кредитора или должника безразлична для дальнейшего существования обязательства, но есть такие случаи, когда обязательство неразрывным

образом связано с личностью кредитора или должника. Источники достаточно четко и детально проработали данный вопрос: «D. Ad leg. Fulc. 35. 2. 1. Договор о работе, при котором принимается в соображение способность к работе именно этого обязавшегося (D. de sol 46. 3.), договор о предоставлении права пользования, то есть права, продолжающегося в течение жизни именно этого субъекта (D. de V. O. 45. 1)...⁶⁷⁰.

По русскому гражданскому праву XIX века в значительном большинстве случаев содержание обязательства настолько мало связано с личностью должника или кредитора, как, впрочем, и сейчас, поэтому и не было никаких препятствий к переходу прав и обязанностей на наследников⁶⁷¹. Но из этого общего правила существуют исключения в части тех обязательств, которые тесно связаны с личностью верителя или должника, содержание которых обуславливается личными качествами обязанного лица. Так, русское гражданское законодательство определяет, что «...договоры о действиях личных, как то: о найме в услуги и тому подобные, имеют силу только для лиц, заключивших их, и не распространяются на наследников»⁶⁷².

С такими же последствиями, как смерть, русское законодательство связывает необходимость выбытия из обязательственного правоотношения, а именно: лишение всех прав состояния, пострижение в монашество⁶⁷³.

Современное гражданское право РФ, восприняв положения римского права и русского гражданского права XIX века, так же закрепило данный способ прекращения обязательства:

1. Обязательство прекращается в связи со смертью должника, если исполнение не может быть произведено без личного участия должника либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью должника.

2. Обязательство прекращается в случае смерти кредитора, если исполнение предназначено лично для кредитора либо обязательство иным образом неразрывно связано с личностью кредитора⁶⁷⁴.

Таким образом, реципировав нормы римского и русского дореволюционного права, современный Гражданский Кодекс РФ не принял такие формы прекращения обязательства,

свойственные дореволюционному праву: пострижение в монашество и лишение всех прав состояния. Также был упрощен ранее действовавший в римском и в русском праве порядок прекращения обязательственного отношения в результате смерти активной или пассивной стороны обязательства.

4.3. Преемственность и юридическая природа договорных обязательств

Римское право рассматривало договор с трех точек зрения: как основание возникновения правоотношения, как само правоотношение, возникшее из этого основания, и как форму, которую соответствующее правоотношение принимает. О.С. Иоффе, являвшийся последовательным сторонником множественности значений договора, обращал внимание на то, что для всестороннего ознакомления с его сущностью договор «...должен быть изучен и как юридический факт, и как правоотношение»⁶⁷⁵. Необходимо также иметь в виду, что ч. 1. т. X Свода законов Российской империи не делает различий между договором и обязательством. На этот факт указывал и Правительствующий сенат, отмечая, что «обязательства, возникающие из договоров, суть составные части последних»⁶⁷⁶. Что касается науки гражданского права, то такой видный ее представитель, как Г.Ф. Шершеневич, отмечал, что «в громадном большинстве случаев, договор направлен к установлению обязательного отношения, так что договор и обязательство чаще всего находятся в связи, как причина и следствие. Однако область договора выходит за пределы обязательственных отношений, как, в свою очередь, и обязательства могут иметь в своем основании не договор, а другой юридический факт, правонарушение, неосновательное обогащение»⁶⁷⁷.

Представление о договоре и в римском, и в русском праве как об основании возникновения, изменения, прекращения правоотношений включало три его неизменных признака: во-первых, соглашение, во-вторых, особое основание соглашения в виде определенной цели и, в-третьих, предмет договора.

Для обозначения договора римляне использовали слово контракт (contractus), в отличие от пакта (pactum) как термина более широкой значимости, рассчитанного не только на

договоры, но и на любые соглашения вообще. Как всякая сделка, договор предполагает выражение воли лиц, совершающих его. При этом воля должна быть согласной, что наглядно выражается термином *conventio*, соглашение, — «...это слово прилагается и к тем, которые соглашаются об одном и том же, исходя из различных побуждений души (то есть сходятся на одном решении)»⁶⁷⁸.

Русские юристы XIX столетия определяли договор как «...соглашение двух или более лиц, порождающее право на чужое действие, имеющее имущественный характер, то есть ценность в общежитии»⁶⁷⁹. *Такой же позиции, как и в римском праве, придерживалось большинство дореволюционных русских цивилистов, усматривая смысл договора в том, что он представляет собой взаимное соглашение.* «Взаимное соглашение сторон есть необходимое условие каждого договора, который не может почитаться состоявшимся, пока не наступит окончательное соглашение сторон»⁶⁸⁰.

Соглашение предполагает согласную волю двух или нескольких лиц. Воля контрагентов должна соответствовать одна другой в существенных моментах, то есть в таких, отсутствие которых устраняет саму возможность соглашения. При этом недостаточно существования согласной воли двух или более лиц, соглашение предполагает взаимное познание этой воли. «Соглашение сторон удостоверяется не одною подписью договора, но и другими их действиями, свидетельствующими о том, что договор принят к исполнению»⁶⁸¹. В римском праве согласная воля сторон, выраженная вовне, является необходимым условием действительности договора. Так, Лабейон говорит, что «можно достигнуть соглашения либо посредством вещи, либо посредством письма, либо даже при помощи вестника (*nuntius*), если стороны не находятся в одном месте; признается даже, что можно достигнуть соглашения молчаливым согласием...»⁶⁸². Указывается также и на возможность заключения договора такими действиями, при которых сообщение достигает цели и без слов, поскольку воля одной из сторон выражена в самом действии. *Эта форма волеизъявления в современной цивилистике квалифицируется как конклюдентное поведение.*

Для некоторых сделок римское право предписывало совершенно определенный способ выражения воли (формальные договоры, например, стипуляция). Другие же договоры отличались тем, что стороны могли выражать свою волю различными способами по своему усмотрению (так называемые «неформальные» договоры). В русском законодательстве XIX века письменная форма как средство доказательства устанавливалась для большинства сделок. Поэтому можно сказать, что русское право того времени отличалось, в известной степени, формализмом. Г.Ф. Шершеневич указывал на то, что «...нельзя найти основания, почему купля-продажа может быть совершена словесно, а родственная ей поставка требует письменной формы. Жизнь сильно страдает от формализма нашего права»⁶⁸³.

Воля контрагентов может сформироваться и под влиянием сторонних обстоятельств: принуждения, заблуждения и обмана.

Принуждение к заключению договора может выразиться в физическом насилии, психическом давлении, угрозах. На угрозу можно сослаться тогда, когда она: 1) являлась противозаконной; 2) реальной; 3) по содержанию представлялась для подвергающегося угрозе важным злом. Угроза (*metus*) в начальной стадии развития римского частного права совсем не принималась во внимание и заключенного соглашения ни в какой мере не затрагивала. Считалось даже, что вынужденная воля, тем не менее, является волей. («*Coactus tamen volui*», — говорили римские юристы; что значит: хотя и под давлением, под принуждением, но все-таки я волю выразил). «Если страх принудил меня принять наследство, то я полагаю, что я сделался наследником: хотя я и не выразил бы желания, если бы я пользовался свободой, но будучи принужден, я все же выразил свою волю»⁶⁸⁴. Римляне полагали, что контрагент, который пусть под воздействием угрозы заключил соглашение, хотел этого гораздо в большей степени, чем самой ее реализации. Постепенно отношение к угрозе изменилось. Действовавший под влиянием угрозы должник получил со стороны претора два защитительных средства. Первое представляло собой возражение об угрозе (*exceptio metus*) и применялось в случаях, когда исполнения договора, заключенного под ее

влиянием, требовал кредитор. Второе средство носило исковой характер. Это был иск, который в связи с угрозой должник мог предъявить кредитору (*actio quod metus causa*). Удовлетворение такого иска означало, что договор утрачивал силу, при этом исполненные стороны возвращали друг другу в целях восстановления прежнего состояния (*restitutio in integrum*)⁶⁸⁵. «Если заимодавец путем неправомерного лишения атлета свободы и воспрепятствования ему принимать участие в состязаниях принудил атлета дать обеспечение на сумму, превышающую долг, то по установлении этих обстоятельств компетентный судья постановляет о восстановлении дела по справедливости в прежнее положение»⁶⁸⁶.

В Своде законов Российской империи закреплялась норма о том, что «принуждение бывает, когда кто-либо захвачен во власть другого, принуждается к отчуждению имущества или ко вступлению в обязательства насильственно, страхом настоящего или будущего зла, могущего постигнуть его лицо или имущество»⁶⁸⁷. Так как при психическом принуждении юридическая сделка является все же выражением воли действовавшего, которому предстоял выбор — или нести страдание, или исполнить сделку, то для уничтожения силы последней необходимы некоторые условия. Это прежде всего: 1) противозаконность грозимого зла; 2) значительность грозимого зла; 3) основательность страха. Необходимо отметить, что длительное время судебные инстанции давали разъяснения, согласно которым «...под принуждением понимается лишь такое, которое наказуется уголовным законом; совершение сделок под влиянием нравственного давления не делает сделку недействительной»⁶⁸⁸. Однако в последующем такая точка зрения была пересмотрена, и под принуждением, нарушающим свободу воли, и в случае согласия при заключении сделок стало пониматься «не одно только насильственное физическое действие, наказуемое уголовным законом, но и нравственное принуждение посредством угроз, возбуждающих серьезный страх пред настоящим или будущим злом»⁶⁸⁹.

Под обманом (*dolus*) в римском праве понималось умышленное введение кого-либо в заблуждение с намерением вызвать волеизъявление, причиняющее ущерб лицу, совершающему такое волеизъявление. К обману, как и к угрозе, со сто-

роны норм римского частного права вначале было безразличное отношение. Однако позднее кредитор, обманутый должником, получал от претора исковую защиту, а, когда жертвой обмана становился должник, он мог противопоставить кредиторскому требованию об исполнении договора возражение, основанное на том, что договор заключен под влиянием обмана. Каждая из сторон имела также право, сославшись на обманные действия другой стороны, потребовать восстановления прежнего состояния. То есть договор, совершенный под влиянием обмана, не являлся абсолютно ничтожным. Он вызывал юридические последствия, но лицу, выразившему свою волю под влиянием обмана, давались средства для того, чтобы договор лишить силы. «То, что продавец говорит, чтобы похвалить (свой товар), следует рассматривать как не сказанное и не обещанное. Но если это сделано для введения покупателя в обман, то равным образом следует считать, что не возникает иска, основанного на высказываниях или обещаниях, но возникает иск об умысле...»⁶⁹⁰. Хотя претору давались рекомендации не дожидаться подачи иска потерпевшей стороной, «...нужно оказывать помощь тем, кто был обманут без своей вины, если обманные действия совершает противник, и эту помощь нужно оказывать даже тогда, когда может быть использован иск об обмане (*actio de dolo malo*). И хорошему претору более приличествует приводить спор в первоначальное положение, как этого требуют разум и справедливость, чем предоставлять иск, влекущий за собой бесчестие (*actio famosa*); к этому (иску) следует нисходить лишь тогда, когда не могут быть использованы другие средства»⁶⁹¹.

В русском гражданском праве XIX века юридические последствия относительно влияния принуждения и обмана на действительность договора были весьма близки последствиям, наступавшим по римскому праву. Русские юристы высказывали мнение о том, что «...обман, даже не наказуемый законом, должен быть признаваем нарушением свободы воли»⁶⁹².

Относительно влияния принуждения и обмана на действительность договора в русском праве существовало две теории. Одни юристы полагали, что договор, заключенный под влиянием принуждения и обмана, недействителен, потому что не представляет единства воли. Данная теория получила на-

звание теории унитета⁶⁹³. Другие же утверждали, что договор сам по себе действителен, но сторона, принужденная или обманутая, имеет право требовать прекращения договора или вознаграждения за понесенные убытки, так как принуждение или обман составляют нарушение ее права — теория прекращения договора. Известный русский юрист Д.И. Мейер придерживался последней точки зрения. Он указывал на следующее: «...если иметь в виду, что задача ее (практики) — не уничтожать, а по возможности поддерживать установившиеся юридические отношения, она должна только в крайности признавать несуществующими даже ненормальные юридические отношения. А так как законодательство наше не постановляет, что договор, заключенный под влиянием насилия или обмана, сам по себе недействителен, то и нужно держаться теории действительности договора, признавая, разумеется, за принужденным или обманутым контрагентом право требовать или прекращения договора, или вознаграждения»⁶⁹⁴.

То есть можно сказать, что по вопросу, касающемуся юридических последствий договора, заключенного под влиянием принуждения или обмана, положения римского и русского законодательства XIX века схожи. Сходство заключается, прежде всего, в том, что существует презумпция действительности договора. Он может быть признан недействительным по требованию потерпевшей стороны в судебном порядке.

Воля контрагентов, проявляющаяся в соглашении, может находиться также и под влиянием заблуждения (*error*). Под заблуждением понимается неправильное представление лица о фактических обстоятельствах, которое побудило заблуждающегося сделать данное волеизъявление. Ошибка делала соглашение юридически порочным, если оно было существенным. Такой квалификации по римскому праву заслуживало лишь заблуждение, возникавшее вследствие того, что неправильно воспринимались: а) тип договора (*error in negotio*), когда, например, предложение о продаже ошибочно принято за намерение совершить дарственный акт; б) участник договора (*error in persona*), когда, например, заключение договора состоялось только потому, что один из контрагентов имел

неправильное представление о личности второго контрагента; в) предмет договора (*error in corpore*).

Аналогичные нормы имелись и в русском праве, что позволяет сделать вывод о восприятии отечественным правом правил римского законодательства. Примерами, подтверждающими эти положения, могут служить следующие высказывания римских и русских юристов: «...если я считал, что покупаю Корнелианское имение, а ты считал, что продаешь Семирониановское имение, то покупка ничтожна, так как у нас имеется разногласие в отношении предмета...»⁶⁹⁵. «Ошибка в предмете договора может служить поводом к его уничтожению»⁶⁹⁶.

Довольно сложно решается вопрос, когда ошибка относится к качеству предмета сделки — *error in substantia*. Лабен в книге «*Posteriores*» пишет, что если кто-либо купит чиненую одежду как новую, то, по мнению Требация, покупателю должны быть возмещены убытки, если он по незнанию купил ее. Это мнение одобряет Помпоний, с ним согласен и Юлиан, который говорит, что если продавец не знал, то он отвечает за саму вещь, а если знал, то и за возникшие убытки. Подобно тому, если продавец по незнанию продал сосуд из желтой меди как золотой, то он обязан предоставить золото, которое он продал⁶⁹⁷.

Можно привести выдержку из решения Гражданского Кассационного департамента Сената Российской империи, которая соответствует вышеприведенному изречению римского юриста Марцелла: «Ошибка или заблуждение в достоинстве вещи, состоящей предметом договора, служит основанием для признания его недействительным»⁶⁹⁸. Таким образом, *и в части, касающейся ошибки и заблуждения в качестве предмета сделки, как основания признания договора недействительным, нормы римского права и русского законодательства одинаковы.*

По русскому праву так же, как и по римскому, «не всякое заблуждение контрагентов при заключении договора влечет за собою его недействительность, а лишь такое, которое касается самого основания сделки или же одного из существенных ее условий»⁶⁹⁹. При этом к существенному условию относилась ошибка, касающаяся самого договора, ошибка в лице контрагента и ошибка, относящаяся к предмету.

Нужно иметь в виду, что если ошибка касалась мотивов договора, побуждений, по которым он заключался, то договор признавался действительным. *И в русском, и в римском праве несущественным признавалось заблуждение в мотивах заключения договора.*

Договор всегда совершается с известной юридической целью. Эта цель, для которой договор служит средством, является его материальным основанием (causa). Если кто-либо вступает в договор займа, то его ближайшая цель — получить от взаимодавца известную сумму. «...Я дал тебе (раба) Стиха, чтобы ты отпустил на свободу (раба) Памфила...»⁷⁰⁰. Здесь в качестве материального основания, побуждающего заключить договор, выступает желание освободить раба Памфила. Римское право считало важным, чтобы основание договора не было противоправным, противонравственным.

Такого же рода положения существовали и в русском праве. «Цель, которую преследует контрагент, вступающий в договор, если она не противна закону, не имеет никакого влияния на действительность договора»⁷⁰¹. «Цель договора не должна быть противна благочинию, то есть понятию нравственности»⁷⁰².

Помимо соглашения сторон и основания, в содержание договора включается его предмет. Без этих трех существенных частей договора быть не может.

Относительно предмета соглашения в римском праве существовало два различных мнения: предметом его является содержание обязательства (дать, сделать, предоставить — dare, facere, praestare); предмет соглашения — тот объект, на который распространяется обязательство (вещи, деньги, работы, услуги). В отечественной юридической литературе высказывается точка зрения, согласно которой в зависимости от характера соглашения предметом его может быть и действие, и вещь (как материальный объект внешнего мира)⁷⁰³. Интерес для кредитора может представлять и действие, и вещь или и то и другое, вместе взятые. Предмет соглашения может быть обозначен индивидуально (species), или же он определяется родовыми признаками (genus). Это различие приобретает практическое значение при исполнении обязательства. В случае гибели индивидуально—определенной вещи становится невоз-

возможным ее исполнение. При гибели родовой вещи без вины должника обязательство не прекращается, так как сохраняется возможность замены вещи.

Согласно римскому праву, действие, составляющее предмет обязательства, должно быть возможным: *impossibilium nulla est obligatio* (нет обязательства, если его предмет невозможен). Невозможность действия может быть физическая, юридическая, моральная. Обязательство с невозможным предметом для исполнения недействительно. В частности, это утверждение может быть подтверждено следующими отрывками из высказываний римских юристов:

«Договоры, содержащие постыдное основание, не подлежат исполнению»⁷⁰⁴.

«Если то, что мы стипулируем дать в собственность, таково, что не может быть дано в собственность, стипуляция ничтожна; например, если кто-то стипулирует, чтобы ему был дан свободный человек, которого он считал живым, или священное или религиозное место, которое он считал вещью человеческого права»⁷⁰⁵.

«Договоры против правил гражданского права не имеют силы...»⁷⁰⁶.

Русское законодательство аналогично регулировало такие случаи. В нем было закреплено, что *предметом договора могут быть или имущества, или действия лиц; цель его не должна противоречить законам, благочинию и общественному порядку.* Один и тот же договор мог быть заключен и об имуществе, и о действиях лиц. Главное ограничение состоит в том, чтобы действие, составляющее предмет договора, было возможным. Невозможность же, препятствующая признанию за соглашением договора, по мнению русских юристов, бывает физическая, юридическая и нравственная. Физическая невозможность должна быть объективной, то есть когда действие предполагается невыполнимым для каждого, а не для данного только лица⁷⁰⁷.

Договор недействителен и обязательство ничтожно, если побудительная причина к его заключению есть достижение цели, законом запрещенной. При этом русское законодательство содержало примерный перечень случаев, когда была юридическая невозможность заключения договора. Целями согла-

шения сторон не могли быть: 1) расторжение законного супружества; 2) подложное «переукрепление» имени во избежание платежа долгов; 3) «лихоимственные извороты»; 4) присвоение частным лицом такого права, которое оно по состоянию своему иметь не может; 5) вред государственной казне⁷⁰⁸. Ст. 1529 ч. 1 т. X Свода законов, по мнению кассационной инстанции, не имела исчерпывающего характера: при перечислении случаев недействительности договоров, они могут быть признаваемы недействительными и в случаях, в ней не указанных⁷⁰⁹.

Препятствием для силы договора является и то, нравственная невозможность его исполнения, когда соглашение противоречит нравственности. Так, например, Правительствующий сенат признал, что «содействие к устройству брака за известную плату, как противное чистоте учения о брачном союзе, оскорбительное для его достоинства и могущее колебать нравственность и благочиние в семействах, не может быть предметом гражданского договора по точному смыслу 1528 и 1529 ст. т. X ч. 1»⁷¹⁰.

Таким образом, как в русском, так и в римском частном праве, в качестве существенных элементов договора назывались соглашение сторон, цель договора и его предмет. Предметом договора выступают как вещи, так и действия лиц, заключающих соглашение. При этом действие, составляющее предмет обязательства, должно быть возможным. Невозможность же бывает физическая, юридическая, нравственная.

В современной науке гражданского права так же, как и в римском, и в русском дореволюционном праве, термин «договор» аналогичным образом трактуется в таких же его значениях. Под договором в современном российском гражданском праве понимается и юридический факт, лежащий в основе обязательства, и само договорное обязательство, и документ, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения⁷¹¹. Действующий Гражданский кодекс РФ, следуя общепризнанной практике, сохранил единый термин — «договор» — для заключения различных гражданско-правовых сделок.

В первом своем значении договор может быть поставлен в один ряд с другими сделками, выступая в качестве юриди-

ческого факта. ГК РФ сделками называет действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей⁷¹². От других сделок договор отличается лишь тем, что для его заключения необходимо выражение согласованной воли двух либо трех или более сторон. Подробное определение понятия договора содержится и в другой статье ГК РФ: договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей⁷¹³. Здесь имеется в виду понятие договора как сделки.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский указывали на то, что «сделочная природа договора подчеркивалась во всех трех Гражданских кодексах России. Это обстоятельство послужило обоснованием структуры Кодекса. Имеется в виду, что, как уже отмечалось, все общее, присущее сделкам как таковым, а значит, и договорам, содержится в объединенной главе 9 ГК о сделках. Это относится в основном к определению условий действительности сделок, а также к порядку и последствиям признания их недействительными. Исключение составлял только ГК 1922 г., который перенес в раздел об обязательствах последствия признания договоров недействительными, сохранив в общей части Кодекса лишь условия действительности сделок и тем самым договоров. При такой структуре законодателю оставались три возможности: либо оставить без регулирования последствия недействительности односторонних сделок, либо дублировать соответствующие нормы применительно к завещанию и иным односторонним сделкам, либо включить в регулирование односторонних сделок отсылки к договорам. Из этих трех вариантов ГК 1922 г. выбрал первый, едва ли не наиболее сомнительный.

Этот явный недостаток структуры Кодекса был устранен в последующих аналогичных актах: в ГК 1964 г. и в действующем Гражданском кодексе»⁷¹⁴.

Нужно отметить тот факт, что в ГК РСФСР 1964 г. не содержалось определения правовой конструкции договора. В ст. 158 ГК упоминалось лишь о том, что договор является одним из оснований возникновения обязательства. Поэтому можно сказать, что сегодня законодатель в сущности возвращает к формулировке договора из дореволюционного права Рос-

сии, поскольку определения договора, содержащиеся в ГК РФ и в работах юристов конца XIX — начала XX века, очень похожи. И в том, и в другом случае говорится о договоре как о соглашении двух или более лиц, конечной юридической целью которого является установление, изменение или прекращение правоотношений⁷¹⁵.

Так же, как и в римском, в российском праве воля сторон может находиться под влиянием таких обстоятельств, как заблуждение, принуждение, обман. Так, в ГК РФ содержится норма о недействительности сделки, совершенной под влиянием заблуждения⁷¹⁶. Сделка, совершенная под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение, может быть признана судом недействительной по иску стороны, действовавшей под влиянием заблуждения. Существенное значение имеет заблуждение относительно природы сделки либо тождества или таких качеств ее предмета, которые значительно снижают возможности его использования по назначению. Заблуждение относительно мотивов сделки не имеет существенного значения.

Если сделка признана недействительной как совершенная под влиянием заблуждения, то действует правило о двусторонней реституции. Кроме того, сторона, по иску которой сделка признана недействительной, вправе требовать от другой стороны возмещения причиненного ей реального ущерба, если докажет, что заблуждение возникло по вине другой стороны. Если это не доказано, сторона, по иску которой сделка признана недействительной, обязана возместить другой стороне по ее требованию причиненный ей реальный ущерб, даже если заблуждение возникло по обстоятельствам, не зависящим от заблуждавшейся стороны.

Анализируя норму ГК РФ о признании недействительным договора (сделки), заключенного под влиянием заблуждения, можно прийти к выводу, что они очень близки нормам римского права и русского гражданского права второй половины XIX века. Так, в настоящее время договор признается недействительным лишь при наличии заблуждения, имеющего существенное значение, причем существенным признается заблуждение относительно природы сделки или тождества либо таких качеств ее предмета, которые значительно

снижают возможности его использования по назначению (в римском и русском дореволюционном праве говорилось о неправильном восприятии типа договора, участника договора, предмета договора). Получило законодательное закрепление и правило о том, что заблуждение относительно мотивов сделки не имеет существенного значения.

Необходимо обратить внимание на изменение формулировки в ГК 1994 г. по сравнению с ГК 1964 г. Если в ГК РСФСР 1964 г. было закреплено положение, согласно которому «сделка, совершенная под влиянием заблуждения, имеющего существенное значение, признается недействительной...»⁷¹⁷, то в ныне действующем кодексе говорится о том, что по указанному обстоятельству «сделка...может быть признана судом недействительной». То есть здесь наблюдается «...явная уступка интересам оборота (обязательность признания договора недействительным по требованию сторон превратилась в возможность)»⁷¹⁸.

Помимо заблуждения на действительность договора, по российскому праву могут оказать влияние такие обстоятельства, как обман, принуждение. Согласно ГК РФ, сделка, совершенная под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной, а также сделка, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась (кабальная сделка), может быть признана судом недействительной по иску потерпевшего. Если сделка признана недействительной, то потерпевшему возвращается другой стороной все полученное ею по сделке, а при невозможности возратить полученное в натуре возмещается его стоимость в деньгах. Кроме того, потерпевшему возмещается другой стороной причиненный ему реальный ущерб⁷¹⁹.

Примерно такие же положения имелись и в предшествующем праве. За потерпевшим также признавалось право обращения в суд⁷²⁰.

Г.Ф. Шершеневич писал, что «содержание договора, или, как неправильно выражается наш закон, предмет договора... есть то юридическое последствие, на которое направлена согласная воля двух или более лиц. Достижение этой цели пред-

полагает, прежде всего, действительность договора, то есть наличность всех условий, при которых государственная власть готова дать юридическую обеспеченность соглашению. Действительность договора обуславливается именно его содержанием»⁷²¹. В качестве элементов содержания автор выделял физическую возможность, юридическую дозволенность и нравственную допустимость.

Ст.ст. 168, 169 ГК РФ посвящены недействительности сделок, не соответствующих требованиям закона, основам нравственности и правопорядка. Сделка, не соответствующая требованиям закона или иных правовых актов, ничтожна, если закон не устанавливает, что такая сделка оспорима, или не предусматривает иных последствий нарушения.

Что касается сделки, совершенной с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, то она признается ничтожной. При наличии умысла у обеих сторон такой сделки — в случае исполнения сделки обеими сторонами — в доход Российской Федерации взыскивается все полученное ими по сделке, а в случае исполнения сделки одной стороной, с другой стороны взыскивается в доход Российской Федерации все полученное ею и все причитавшееся с нее первой стороне в возмещение полученного. При наличии умысла лишь у одной из сторон все полученное ею по сделке должно быть возвращено другой стороне, а полученное последней либо причитавшееся ей в возмещение исполненного взыскивается в доход Российской Федерации.

Норма о недействительности договора, совершенного с целью, противной основам правопорядка, а также нравственности, появилась впервые в России после революции. В ГК 1964 г. имелись правила о признании недействительными сделок, совершенных с целью, противной интересам социалистического государства и общества. Однако схожие правила существовали в дореволюционный период развития гражданского права. Об этом, в частности, свидетельствовала ст. 1528 ч. 1 т. X Свода законов, в которой законодатель ввел понятие «благочиния» и «общественного порядка».

Толкование договора

Одним из обязательных элементов существования договора является наличие воли лица, вступающего в правоотношение. Однако возможны случаи, когда форма выражения воли непонятна, не ясен ее смысл либо он вызывает существенные сомнения. Именно здесь возникает проблема толкования договора.

Начало изучения данной проблемы положено еще римскими юристами.

Так, в римском праве выделялось две группы договоров: договоры строгого права (*stricti iuris*) и договоры доброй совести (*bonae fidei*). Первоначально договоры толковались по их буквальному тексту. Несоответствие между внешним выражением договора и тем, что сторона имела в виду, во внимание не принималось. Предпочтение отдавалось форме, но не мыслям, в ней выраженным. Так, Квинт Муций Сцевола говорил: «Иногда больше значит написанный текст, чем намерение сторон»⁷²². Соответствующие договоры этого периода получили наименование *negotio stricti iuris* — договоры строгого права.

Дальнейшее развитие римского права происходило в борьбе двух позиций. С одной стороны, это сторонники буквального толкования и применения условий договора, а с другой — приверженцы установления намерения сторон. Постепенно, с развитием экономики, на букву стали смотреть как на средство выражения известной мысли. «В соглашениях договаривающихся сторон было признано важным обратить внимание больше на волю, чем на слова»⁷²³. При рассмотрении споров, возникших из договоров, принимались во внимание различные ситуации, не вытекавшие непосредственно из их буквального содержания, например, учитывалась добросовестность стороны. Римские юристы определили новый способ интерпретации — толкование по доброй совести. В этом случае при толковании использовались моральные категории, такие как справедливость, добросовестность. Поэтому теперь договоры, допускавшие такое толкование, стали именоваться договорами доброй совести — *negotia bonae fidei*.

В России в XIX веке нормы о правилах толкования договоров вошли в Свод законов Российской империи. При этом отечественный законодатель предпринял попытку использо-

вать все римские достижения в области толкования договора. Так, в Своде закреплено положение, согласно которому «при исполнении договоры должны быть изъясняемы по словесному их смыслу»⁷²⁴. Однако правило буквального толкования действовало в том случае, если смысл договора был ясен. Когда же смысл договора представлял обоснованные сомнения, договор должен быть изъясняем в судебном порядке по намерению сторон и доброй совести. Эта формула фактически была заимствована русским правом из римского права. В данном случае мы исходим из преемства русским правом логики именно этой римско-правовой конструкции, в которой также буквальное толкование договора постепенно уступало место толкованию договоров по намерению сторон, «доброй совести».

Механизм толкования договоров судом был следующим:

Суд, решающий дело по существу, должен был установить, ясен ли договор, или нет. В том случае, если договор не представлял сомнений, нужно было применить другую норму, согласно которой «договоры должны быть исполняемы по точному оных разуму, не уважая побочных обстоятельств и не взирая ни на каких особ»⁷²⁵. В случае же неясности закрепленных в нем положений появляется необходимость прибегнуть к толкованию договора по намерению и доброй совести. Однако законом предусматривалась и такая ситуация, когда одна часть договора признавалась ясной, а другая его часть вызывала существенные сомнения. В этом случае суд обязан был руководствоваться по ясной части договора ст. 1538 (то есть исходя из буквального текста договора), а по возбудившей сомнение — ст. 1539 (исходя из намерения договаривающихся сторон и их доброй совести)⁷²⁶.

Практически такие же правила были закреплены и в ныне действующем Гражданском кодексе РФ. В качестве общего правила закон также устанавливает буквальное толкование договора, а суд выясняет истинную волю сторон, основываясь примерно на тех же обстоятельствах (предшествующих заключению договора переговорах, обычае делового оборота и др.).

Для сравнения, советское гражданское право не исследовало нормы, регулирующие данную проблему. Потому что таких норм не было ни в Гражданском кодексе 1922 г., ни в Гражданском кодексе 1964 г. И только в Основах гражданско-

го законодательства Союза ССР 1991 г. появилась ст. 59 «Толкование договора». Часть первая Гражданского кодекса РФ, так же как Основы гражданского законодательства Союза ССР, придерживается иерархической двухступенчатой системы толкования. Формулировка ст. 431 ГК РФ незначительно отличается от положений ст. 59 Основ, а именно: «При толковании условий договора судом принимается во внимание буквальное значение содержащихся в нем слов и выражений. Буквальное значение условия договора в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. Если правила, содержащиеся в части первой настоящей статьи, не позволяют определить содержание договора, должна быть выяснена действительная общая воля сторон с учетом цели договора. При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон».

Нормы действующего ныне Гражданского кодекса РФ обнаруживают явное сходство с нормами дореволюционного гражданского законодательства. Так, в качестве общего правила толкования договора ГК РФ также называет буквальное толкование. В ГК РФ говорится о том, что в случае неясности конкретного условия договора его буквальное значение уясняется путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом⁷²⁷. Но и Свод законов Российской империи закрепляет ту же норму, согласно которой «...договоры должны быть изъясняемы по словесному их смыслу»⁷²⁸. При этом толкование отдельных условий договора особо не оговаривается. Однако этот недостаток устраняется в п. «в» ст. 1539 Свода законов, в котором закрепляется, что «когда договор, по неясности словесного смысла, изъясняется по намерению его и по доброй совести, тогда неясные статьи объясняются по тем, кои не сомнительны и вообще по разуму всего договора».

Если вышеуказанные правила не позволяют определить содержание договора (согласно ч. 2 ст. 431 ГК РФ) и если «словесный смысл представляет важные сомнения» (согласно ст. 1539 Свода законов), то допускается толкование договора

по намерению сторон. При этом суд должен соблюдать определенные условия. Так, Гражданский кодекс РФ указывает на необходимость обращения внимания суда на такие обстоятельства, как: предшествующие договору переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон. Часть из этих обстоятельств содержится и в Своде законов. Так, п. «б» ст. 1539 Свода содержит норму, согласно которой в случае, если в договоре упущено такое слово или выражение, обычно в договорах употребляемое, то суд не должен «ставить в вину» отсутствие такого слова или выражения (обычай делового оборота); п. «г» гласит: «когда выражения, в договоре помещенные, не определяют предмета во всех его частях с точностью, тогда принадлежности оного изыскиваются обычаем...» (обычай делового оборота).

Те из обстоятельств, которые целесообразно было учитывать при толковании договора по намерению сторон, но не были конкретно указаны в законе, применялись дореволюционными судами в кассационной практике. Так, например, «При толковании договора по намерению и доброй совести могут быть принимаемы во внимание и такие обстоятельства, предшествовавшие его заключению, в коих выразилась истинная воля сторон»⁷²⁹ (то есть здесь фактически имеются в виду предшествующие договору переговоры, переписка). Или «Правила о толковании договоров имеют в виду лишь взаимные отношения сторон друг к другу, и только права, из их соглашения возникшие, а не положение одной или обеих сторон к лицам, в сделке не участвовавшим...»⁷³⁰ (то есть учитывается практика, установившаяся во взаимных отношениях сторон).

На наш взгляд, актуальные наблюдения о перспективах юридической защиты прав участников договора в процессе его судебного толкования можно вывести и из сравнения отечественной правовой традиции толкования договоров и правил, существующих в международной практике. Это актуально в силу того, что в соответствии со ст. 7 ГК РФ нормы международного договора, заключенного Российской Федерацией, регулирующие те или иные отношения иначе, чем внутреннее законодательство России, обладают приоритетом. Обратимся в этой связи к тексту Конвенции ООН о договорах

международной купли-продажи товаров 1980 г. Использование сравнительно-правового метода приводит нас к выводу о том, что в международной торговле применяются правила толкования, установленные вышеназванной конвенцией, а не ст. 431 ГК РФ, поскольку данный международный договор закрепляет способ толкования, основанный сразу на установлении намерения сторон. Когда же действительное намерение сторон не известно, то «заявления и иное поведение стороны толкуются в соответствии с тем пониманием, которое имело бы разумное лицо, действующее в том же качестве, что и другая сторона при аналогичных обстоятельствах»⁷³¹. Суд при этом должен учитывать все соответствующие обстоятельства, включая переговоры, любую практику, которую стороны установили в своих взаимных отношениях, обычаи и любое последующее поведение сторон. Таким образом, Конвенция 1980 г. при закреплении правил толкования соглашений идет дальше и кроме того, вводит понятие так называемого «разумного лица», предоставляя судье большую свободу действий (судья должен учитывать те обстоятельства, которые предшествовали заключению договора, последующее поведение контрагентов). Таким образом, в отличие от Гражданского кодекса РФ нормы, регулирующие отношения, возникающие в сфере международной торговли, закрепляют правило толкования договора именно по намерению сторон.

В заключение обратимся к логике рассуждений первопроходца русской цивилистики XIX века профессора Казанского университета Дмитрия Ивановича Мейера. На его взгляд, при изъяснении смысла сделки, как и при толковании закона, следует руководствоваться ее буквальным смыслом, то есть первым правилом герменевтики. Оно заключается в том, что рассудительный человек, желая выразить свою волю, выражает ее ясно, общепринятым языком, так что воля его соответствует ее выражению органом слова. Но как открыть истинный смысл сделки, когда воля участника явно и непосредственно не выражается, а это встречается часто, так как сделки заключают и образованные люди, у которых развит дар слова, и необразованные. И здесь необходимо исходить из намерения сторон, доброй совести, то есть раскрыть их истинную волю⁷³².

Виды договоров

В римском частном праве⁷³³ проведена классификация договоров по нескольким основаниям. Согласно данной классификации, все контракты можно подразделить на несколько групп.

Во-первых, различаются договоры односторонние и двусторонние. Эта классификация зависит не от числа сторон в сделке, а от того, сколько сторон в отношении несет (или может нести) обязанность. Если только одна сторона выступает в роли кредитора, а другая — в роли должника, договор является односторонним. Подобным образом отношения между сторонами складывались, например, при так называемой стипуляции, когда заключение договора проявлялось в том, что одно лицо в установленной форме отвечало утвердительно. В результате задававший стипуляционный вопрос становился кредитором, а отвечавший на него — должником. Классическим примером одностороннего договора является договор займа: в качестве обязанной стороны здесь выступает только заемщик; займодавец имеет право требовать от заемщика возврата занятой суммы, но никакой обязанности на нем нет.

В договоре двустороннем (синаллагматическом) каждый участник приобретает как право, так и обязанности, выступая одновременно в качестве кредитора и должника. «...Например, я дал тебе вещь, чтобы ты дал мне другую вещь, дал (тебе вещь), чтобы что-нибудь сделал; это является синаллагмой, и отсюда рождается гражданское обязательство»⁷³⁴. В такого рода договорах как бы происходит обмен одного обещания на другое; отсюда эти договоры получили название синаллагматических (от греческого слова *synallagma* — мена, оборот, договор. Этим словом подчеркивается взаимный характер действий договаривающихся сторон).

Деление договоров на односторонние и двусторонние имело место и в российском праве.

Важную роль в римском праве играло деление договоров на реальные и консенсуальные (*contractus reales* и *contractus consensuales*). Для заключения реального контракта, помимо соглашения сторон, необходима передача вещи должнику. К таким договорам относятся заем, поклада, залог. Все эти кон-

тракты считаются существующими, как скоро одно лицо действительно передало другому вещь, доставление которой составляет предмет договора.

Для заключения консенсуального договора необходимо, чтобы стороны пришли к согласию, то есть для его существования достаточно одного лишь соглашения (купля-продажа, наем, товарищество).

Следующая группа договоров — литеральные и вербальные контракты. Литеральным контрактом назывался договор, который должен был заключаться в письменной форме. Древнереспубликанский письменный контракт заключался посредством записи в приходные расходные книги, которые велись римскими гражданами. В классический период приходно-расходные книги утратили значение, по-видимому, в связи с вошедшими в практику более простыми и удобными формами записи долгов.

Вербальным контрактом назывался договор, устанавливающий обязательство *verbis* (словами), то есть договор, получающий юридическую силу с момента произнесения известных фраз. В качестве основного вербального контракта выступала стипуляция. Под стипуляцией понимался договор, заключаемый посредством вопроса будущего кредитора и совпадающего с вопросом ответа со стороны лица, соглашающегося быть должником по обязательству.

В русском гражданском праве важное практическое значение имело деление договоров на словесные, совершаемые устно, и письменные, совершаемые посредством акта, что фактически соответствует вербальным и литеральным контрактам по римскому праву. «Порядок составления и совершения письменных договоров и обязательств определяется законом: порядок же заключения словесных договоров состоит в полной воле договаривающихся лиц, лишь бы оные утверждались на принужденном произволе и взаимном согласии и не содержали в себе ничего законом противного»⁷³⁵.

В зависимости от того, имеется ли кауза в основании договоров, они подразделялись в римском праве на казуальные и абстрактные. Когда говорят о каузе договора, то имеют в виду не наличие цели, так как бесцельных договоров нет, и не интерес, так как отношение, лишенное интереса, не име-

ет юридического значения. Под основанием договора понималась ближайшая причина установленной обязанности. Такие договоры, как купля-продажа, наем имущества, связаны с определенной хозяйственной целью и поэтому назывались казуальными.

Однако бывают такие договоры, из которых не видно, какая кауза лежит в их основании. Подобного рода договоры как бы отвлечены от своей каузы, от своего основания, а потому получили название абстрактных. Примером абстрактного договора может служить стипуляция.

Русские юристы XIX века также выделяли в отдельную группу договоры обоснованные и абстрактные. Абстрактным обязательством, оторванным от своего основания, назывался, в частности, вексель. Причем, по мнению большинства ученых, исторической предтечей векселя являлась стипуляция, которую они характеризуют как устный вексель. Вообще нужно отметить, что в XIX веке существовали различные предположения относительно происхождения векселя. Некоторые считали, что вексель берет свое начало в римском праве, ссылаясь при этом на отрывки из сочинений Цицерона, где говорится о переводе денег. Однако все же господствующее мнение заключалось в том, что вексель впервые был введен в правовую жизнь общества Италии периода нового времени⁷³⁶.

Практическое значение различия между обоснованными и абстрактными договорами состоит в том, что отсутствие обстоятельства, составляющего основание обоснованного договора, поражает силу последнего, тогда как при абстрактном договоре неосуществление ожидаемого обстоятельства, которое имелось в виду той или другой стороной при установлении обязательства, не имеет никакого влияния на силу договора.

Рассмотренные положения римского и дореволюционного гражданского права России относительно договоров позволяют прийти к некоторым выводам.

Во многом юридические конструкции правовой системы Российской империи в области договорного права схожи с нормами римского гражданского права:

1. Как в римском, так и в русском гражданском праве договор — соглашение двух или более лиц, направленный к

установлению, изменению или прекращению юридических отношений. Предметом договора выступают как вещи, так и действия лиц, заключающих соглашение. При этом действие, составляющее предмет обязательства, должно быть возможным. Невозможность бывает физическая, юридическая, нравственная.

2. Как в римском, так и в русском гражданском праве выделяются, в частности, такие группы договоров, как односторонние и двусторонние; литеральные (письменные) и вербальные (словесные); каузальные (обоснованные) и абстрактные.

3. Рассмотренные автором отдельные договоры, а именно: залог, товарищество, *contractus aestimatorius* — в своих основных чертах схожи в римском и русском праве.

Однако при этом нормы русского права отличались своеобразием:

1. Если в римском праве имелось две группы договоров *stricti iuris* и *bonae fidei* и постепенно буквальное толкование уступало место толкованию договоров по намерению сторон, доброй совести, то в русском гражданском праве того времени в качестве общего правила устанавливалось толкование договоров по словесному смыслу, и лишь в случае неясности договор должен быть изъясняем по намерению сторон.

2. Если римское право лишь в качестве исключения из правил предусматривает кумулятивное отношение неустойки и интереса в обязательстве, то русское законодательство устанавливает безусловную кумуляцию.

3. Для русского права XIX века не имеет значения деление договоров на реальные и консенсуальные. По российскому законодательству всякий договор считается существующим при соглашении, имеющем значение договора, и для заключения сделки не требуется передачи вещи.

Заключение

Специальное монографическое исследование проблемы рецепции римского права в России XIX — начале XX вв. (в историко-правовом аспекте) как целостного процесса предпринято в отечественной историографии впервые.

В работе определена и систематизирована историографическая проблематика исследуемой темы в XIX — XX вв., выявлен процесс формирования негативных и позитивных стереотипов отношения к римскому праву в России, их устойчивость и изменчивость.

Автор пришел к убеждению в том, что теоретико-методологическая новизна исследования должна заключаться в необходимости системного исследования данной проблемы. Исходя из этого, автор, опираясь на принцип историзма, рассмотрел данное историческое явление в его развитии, выявив при этом его специфические особенности и обусловившие их факторы. На основе применения принципа целостности познания, автор исследовал данную проблему на широком историческом фоне эпохи, в которой, как и в любой системе, существуют взаимосвязанные элементы исторического знания и причины, детерминирующие их изменения. Автор при исследовании данной проблемы применил методологический принцип ценностного подхода, который сориентировал его обратить внимание на идеи, положения и явления, которые имеют значение для современной науки. Это позволило ему прийти к убеждению в актуальности темы, формулированию сущности научной проблемы.

Этот анализ был проведен автором на фоне основных тенденций влияния римского права на гражданское право России. Автором в контексте исследуемой проблемы выявлены причины и факторы развития русского правоведения в XIX — начале XX в. Таким образом, автор пришел к выводу о том, что научные дискуссии об аналогиях и заимствованиях в русском праве и о его содержательной самобытности в историографической традиции исследования проблемы в XIX—XX вв. не были поставлены на научную основу. На основе проведен-

ного историографического анализа сделано обобщение о том, что современная историография более позитивно относится к признанию роли римского права в становлении отечественного права.

Выявлены и исследованы на институциональном уровне генетическая преемственность, а также системные сходства и различия между римским и вещным, наследственным и обязательственным правом России, обозначены римско-правовые конструкции, анализируемые в работе правовых институтов.

На основании проведенного анализа установлена возможность и объем применимости к отечественному правовому развитию понятия «рецепция римского права».

Практическая (прикладная) значимость данного исследования нашла выражение в том, что автор, не ставя себе конкретной задачи провести системное исследование рецепции римского права современным российским правом, тем не менее, вне рамок своих исследовательских задач такое сравнение произвел, сделав в заключение этого выводы.

Понятие «рецепция римского права» автор считает применимым к истории русского гражданского права в XIX— начале XX в. Оно имеет полное право на существование, так как само явление российской рецепции римского правового наследия было и необходимым и достаточным в той форме, в какой оно реализовалось в нашей стране. Оно соотносимо с аналогичными процессами в европейском праве. Это убедительно доказывается как нашими предшественниками в изучении проблемы (отечественной историографической традицией), так и исследованием, проведенным автором в представленной монографии. Проблема заключается в том, что в некоторых странах континентальной Европы, а также в других странах мира, в отличие от России, рецепция римского права носила всеобъемлющий по многим нормам и институтам характер. Между тем и это было уже убедительно доказано в отечественной историографии, римские нормы в России, так же как и в других странах, в определенные периоды истории страны тоже были действующими. Однако их количество и системность носили ограниченный российскими условиями характер. Кроме того, их действие происходило в основном не в рамках

римских кодексов, как в странах континентальной Европы, а в рамках русских собраний законов. Но специфика российских условий влияния римского права не может, на наш взгляд, доказывать неприменимость понятия «рецепция римского права» для России. Важно при употреблении уже бытующего в науке термина обозначить пределы его использования, определить, таким образом, понятие, а соответственно и степень влияния норм римского права. Важно выявить достаточность для России рецепции в тех формах, в которых она реализовалась, чтобы сделать вывод о том, репрезентативно ли данное понятие и возможно ли его употребление.

Российская рецепция римского права была императивным, необходимым фактом становления и развития нашего законодательства. В процессе применения сравнительно-правового метода выяснилось, что не только в римском, но и вообще в иностранном праве некоторые правовые проблемы разрешались оптимальным образом, и поэтому в России стала возможной такая рецепция. Автор сделал вывод о том, что *римское право проникало в Россию не только непосредственно, но опосредованно, то есть через иностранное право*, потому что это общий предок для европейского права. Оно само по себе создавало генетическую общность правовых понятий, институтов и явлений. И, таким образом, оно выполняло как в России, так и в других странах основную задачу цивилистики — раскрытие законов в этой правовой науке.

В ходе исследования установлено, что явление российской рецепции римского права возникло в процессе общеевропейской тенденции правового развития, хотя имело и свои особенности. *Ее необходимость — в объективной исторической преемственности правового развития*, которая в России проявилась в традиционном использовании норм римского права в законодательстве, что раскрыто в ряде отечественных исследований, и той роли, которую играло изучение римского права в университетах России, во взаимозависимости между европейскими (германскими) научными школами и российскими учеными. *Русскому праву в этот период оказалось вполне достаточно тех форм рецепции, которые помогали его становлению, влияли на эффективность нормотворчества*, способствовали созданию Проекта нового Гражданского уложения. Имен-

но эти направления восприятия римского права оказались оптимально востребованными в России и наукой, и судебной практикой, и образованием. *К началу XX века сложились устойчивые формы проникновения римского права в российское правосознание* через университетское преподавание, научную разработку цивилистических вопросов, судебную практику, и в особенности практику Гражданского Кассационного департамента Правительствующего сената.

По существу, научная дискуссия об аналогиях и заимствованиях в русском праве и о его полной самобытности не была поставлена на научную основу, так как аргументы вырабатывались на основе несистемного сравнения одних только правовых источников, без учета множества исторических факторов, в том числе социально-экономических, идеологических, политических, культурных и внутренней логики развития самой науки. Никто из дореволюционных авторов в полном объеме и в совокупности поставленных в настоящей работе задач проблемы рецепции римского права в России не ставил. Устоявшаяся историографическая традиция исследования проблемы зачастую не опирается на конкретное исследование подотраслей гражданского права и его институтов и поэтому нуждается в переосмыслении и выработке обобщений на основе специально проведенного исследования.

Проведенное автором исследование преимущества между римским и русским вещным, обязательственным правом позволяет сделать вывод о том, что *в нашей стране воспринят был не только «дух римского права», но произошла рецепция на уровне институциональном, на уровне многих конструкций гражданских правоотношений.*

Наследие римского права стало важнейшей составляющей, на которой выстраивалось развитие русского права и отечественного правоведения. Оно помогло русскому праву сохранить свои самобытные черты, довести свою систему до научных теоретических образцов, содержащихся в римском праве. И это, на наш взгляд, нисколько не принижало отечественное право, напротив, поднимало его понятийно-категориальный аппарат, русскую правовую науку и юридическое образование до уровня развития европейской юридической науки. Эти подходы позволили русской

науке в конце XIX — начале XX в. достичь признанных мировой наукой результатов.

В монографии выявлена и исследована преемственность между римским правом, вещным и наследственным правом России, определены римско-правовые конструкции в обязательственном праве России. Как удалось установить автору, русское право обнаруживает схожесть и преемственность в понятиях с римским вещным, наследственным и обязательственным правом, оно использовало римско-правовую конструкцию построения этих подотраслей гражданского права. Для целей исследования поставленной автором проблемы важным представляется методологический вывод Ф. Савиньи о том, что *«применительно к римскому праву исторический подход вовсе не означает, как думают многие, признание полного господства римского права, скорее он позволяет выделить в массе правовых явлений те, что действительно берут свое начало в римском праве»*⁷³⁷.

Римское право оказало влияние на господствующую в России правовую доктрину и ее специфику, на своеобразие правовых институтов, правовые источники и методы их толкования и было воспринято русским дореволюционным и современным российским правом. Оно преобразовало стиль российской правовой системы, *сделав ее носителем традиций романо-германской правовой семьи.*

Примечания

¹ *Vinogradoff P.G. Villainage in England. L., 1982. P. 128.*

^{1a} Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 21. С. 412.

² *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995. С. 17.*

³ См. некоторые точки зрения: *Суханов Е.А., Кофанов Л.Л. О роли изучения и преподавания римского права в России // Древнее право. М., 1996. С. 9; Копылов А.В. Возникновение и развитие ограниченного вещного права на землю // Государство и право. 1993. № 4. С. 144—150; Кофанов Л.Л. Первая Международная конференция «Римское право и его рецепция» (Москва, 28—30 октября 1997 г.) // Вестн. древней истории. 1998. № 4. С. 221; Новицкая Т.Е. К вопросу о так называемой рецепции римского права в России // Вестн. Моск. ун-та. Серия 11 (Право). 2000. № 3; Копылов А.А. Вещные права на землю. М., 2000. 256 с.*

⁴ См.: *Кофанов Л.Л. Указ. соч. С. 219; Zimmerman R. Das romisch-kanonische ius commune als Grundlande europaischer Rechtseinheit = Римско-канонические законы как историческая основа унификации европейского гражданского права // Juristenzeitung. Tübingen, 1992. Jg. 47, № 1. S. 8—20*

⁵ Так, по мнению А.В. Гуляева, римское право помогало российской правовой системе разрешать сомнительные вопросы действующего права. (См.: *Гуляев А.В. Современные задачи преподавания римского права // Журнал Министерства юстиции. 1909. № 2. С. 127, 128.*)

⁶ См.: *Кофанов Л.Л. Указ. соч.*

⁷ По мнению польского исследователя В. Володкевича, конституционные суды в Восточной Европе в некоторых случаях напрямую ссылаются на нормы римского права, что выявляет перспективы римского права и в конституционном строительстве (*Володкевич В. Указ. соч. С. 219.*)

⁸ Русскоязычный справочно-информационный web-сайт «Яндекс» дает 4713 упоминаний в в русскоязычной сети слова «рецепция». Подобный сайт «Рамблер» дает 981 документ, в котором упоминается слово «рецепция». Термин «рецепция»

упоминается также в связи с рецепцией планет, клеточной рецепцией, в рекламе пятизвездочных отелей, где «сейфовые ячейки установлены в рецепции (бесплатные)». В филологии мы встречаем работы, опубликованные в последнее время: «Рецепция творчества русского писателя И.С. Тургенева в Англии 1850—1900 гг.», «Генезис литературного произведения и его рецепция», «Рецепция итальянской лирики в сербской поэзии XVI—XVIII вв.», «Рецепция зарубежной литературы в СССР в период с 1954 г. — по 1964 г.». В области юриспруденции, напр.: *Бойцова Л.В.* Международный коллоквиум «Исламское право и его рецепция судами на Западе» // Изв. вузов. Правоведение. СПб., 1999. № 2. С. 279—280; *Urszulak W.* *Regulae iuris w kulturze prawnej dawnej Polski = Regulae iuris* (правовые нормы) как понятие римского права и его применение в правовой культуре феодальной Польши // *Krakowskie studia praw.* R. 22. S. 79—108; и т. д.

⁹ Обзор некоторых точек зрения представлен также в статьях Е.В. Салогубовой. Так, она выделяет три точки зрения: первая — объединяла тех, кто не признавал факт рецепции римского права в России (С.А. Муромцев, Ф. Леонтович); вторая — тех, кто признавал наличие полной рецепции римского права (К.Д. Кавелин); третья — тех, кто признавал ограниченный характер рецепции римских понятий и институтов (Н. Рождественский, Н.Л. Дювернуа, А.М. Гуляев). [См., в частности: *Салогубова Е.В.* Влияние римского права на российское гражданское процессуальное законодательство // *Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11 (Право).* 1997. № 2. С. 29—37; *Она же.* Элементы римского права в российском судопроизводстве X—XVII вв. / / *Древнее право.* 1999. № 1(4). С. 173—179; *Она же.* Влияние римского права на российское гражданское процессуальное законодательство // *Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11 (Право).* 1997. № 2. С. 29—37].

¹⁰ Под термином «русское право» в данной работе понимается русское дореволюционное право, под термином «русское право» — современное российское право, под выражением «право России» — и русское, и российское право вместе.

¹¹ См. об этом: *Батлер У.Э.* Русское право к 1800 году глазами иностранцев: некоторые размышления // *Вестн. Моск.*

ун-та. Серия 11 (Право). 1996. № 3. С. 73; *Синюков В.Н.* Российская правовая система: Введение в общую теорию. Саратов: Полиграфист, 1994. С. 119, 120; *Казанский Л.* Значение науки римского права: [Речь, произнесенная на торжественном акте в Университете Св. Владимира 16 января 1893 г.] // Университетские известия. Киев, 1893. № 2. С. 17; *Победоносцев К.П.* Курс гражданского права. 2-е изд. Ч. 1. С. 253 и след.; *Барац С.М.* О чужеземном происхождении большинства русских гражданских законов (в виду составления гражданского уложения) // Журнал гражданского и уголовного права. 1884. Кн. VIII. С. 1—34; 1884. Кн. 10. С. 109—146; 1885. Кн. 9—10. С. 45—80; *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 42; *Бычков А.Ф.* К 50-летию II отделения / Русская старина. 1876. Март. С. 587.

¹² Свое юридическое образование Б.А. Кистяковский завершал в Дерптском университете, в Берлине, Страсбурге, Париже. При этом занимался в научных семинарах Виндельбанда, Кнаппа, Циглера, Еллинека. (См. об этом: *Василенко Н.П.* Академик Богдан Александрович Кистяковский // *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права. СПб.: РХГИ, 1998. С. 652—658).

¹³ См.: *Кистяковский Б.А.* В защиту права (интеллигенция и правосознание) // Вехи: интеллигенция в России: 1909—1910: Сб. ст. М.: Молодая гвардия, 1991. С. 5—20, 110, 113.

¹⁴ См.: *Кашанина Т.В.* Происхождение государства и права: Современные трактовки и новые подходы. М.: Юрист, 1999. С. 114—115.

¹⁵ *Ihering R.* Geist des roemischen Rechts auf den verschiedenen Stuten seiner Entwicklung. Teil I. 1955. S. 8.

¹⁶ См.: *Лотман Ю.М.* Внутри мыслящих миров. Человек — текст — семиосфера — история. М.: «Языки русской культуры», 1999. С. 21—22 и след.

¹⁷ См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 25—29.

¹⁸ *Кавелин К.Д.* Взгляд на историческое развитие порядка законного наследования и сравнение теперешнего русского законодательства об этом предмете с римским, французским, прусским — 8 февраля 1880. СПб, 1880. Кн. 2. С. 55.

¹⁹ *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 1993. С. 53.

²⁰ *Теория государства и права* / Под ред. проф. *М.Н. Марченко*. М., 1987. С. 8.

²¹ *Лотман Ю.М.* «О древней и новой России в ее политическом и гражданском отношениях» Карамзина — памятник русской публицистики начала XIX века // *Лотман Ю.М.* Избр. ст.: В 2 т. Таллинн: «Александра», 1992. Т. 2. С. 225.

²² *Десницкий С.Е.* Слово о прямом и ближайшем способе к научению юриспруденции // Юрид. произведения прогрессивных русских мыслителей. Вторая половина XVIII в. М., 1956. С. 161.

²³ *Благовещенский А.* История метод науки законоведения в XVIII в. // Журнал Министерства народного просвещения (далее — ЖМНП). 1835. Ч. 6. С. 47.

²⁴ *Муромцев С.А.* О консерватизме римской юриспруденции. М., 1875. С. 182.

²⁵ *Крылов Н.И.* Критические замечания, высказанные на публичном диспуте в Московском университете 21 декабря 1856 г. на сочинение Б.Н. Чичерина «Областные учреждения в России в XVII в.» // Русская беседа. 1857. Кн. 5. С. 80, 87.

²⁶ *Он же.* Об историческом значении римского права в области наук юридических. М., 1838. С. 63.

²⁷ *Дювернуа Н.Л.* Значение римского права для русских юристов. Ярославль: Тип. г. Фальк., 1872. С. 55.

²⁸ *Гуляев А.В.* Указ. соч. С. 127.

²⁹ См.: *Алпатов М.А.* Русская историческая мысль и Западная Европа: XII—XVII вв. М.: Наука, 1973. 476 с.; *Он же.* Русская историческая мысль и Западная Европа: XVII — первая четверть XVIII в. М.: Наука, 1976. 454 с.; *Он же.* Русская историческая мысль и Западная Европа: XVIII — первая половина XIX в. М.: Наука, 1985. 262 с.; *Атласов Г.В., Жигунин В.Д., Константинова А.Д., Шофман А.С.* Историография античности: Античность и XVIII век. Вып. 1. Казань, 1974. 96 с.; *Кожмякин П.Г.* Русская историография античности первой трети XIX в.: на основании дворянской и буржуазной историографии: Автореф. дис. ... канд. ист. наук. М., 1981. 28 с.; *Путныйнъ Э.К.* Истоки русской историографии античности. Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1968. 136 с.; *Фролов Э.Д.* Русская историография античности (до середины XIX в.). Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1967. 143 с.; *Черняев П.Н.* Материны для истории развития

классической филологии в России. Казань: Гимназия, 1899. Вып. 1. С. 1—10; *Он же*. Пути проникновения в Россию сведений об античном мире в связи с краткой характеристикой лиц, пролагавших эти пути // *Филологическое обозрение*. 1910. Вып. 6. С. 858—885.

³⁰ См.: *Савельева Л. И.* Античность в русской поэзии конца XVIII — начала XIX века. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1980. 120 с.; *Она же*. Античность в русской романтической поэзии. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1986. 79 с.; и т. д.

³¹ *Гуляев А. В.* Указ. соч. С. 122—123.

³² *Там же*. С. 125.

³³ *Там же*. С. 126.

³⁴ *Там же*. С. 126—127.

³⁵ *Там же*. С. 127.

³⁶ *Там же*.

³⁷ *Там же*.

³⁸ *Там же*.

³⁹ *Там же*. С. 128.

⁴⁰ *Там же*. С. 129.

⁴¹ *Сперанский М. М.* Обзорение исторических сведений о Своде законов. СПб., 1833. С. 102.

⁴² См.: *Томсинов В. А.* Светило русской бюрократии (М. М. Сперанский). М: Теис, 1997.

⁴³ *Лотман Ю. М.* «О древней и новой России в ее политическом и гражданском отношениях» Карамзина... С. 198.

⁴⁴ *Дювернуа Н.* Указ. соч. С. 22.

⁴⁵ *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 17.

⁴⁶ См.: *Васьковский Е.* [Рецензия] // *ЖМЮ*. 1899. Сентябрь. С. 154. Рец. на кн.: *Пергаментъ М. Я.* Договорная неустойка и интерес въ римском и современном гражданском праве. Одесса: Экономическая типография, 1899.

⁴⁷ *Там же*. С. 154—155.

⁴⁸ *Там же*. С. 155—156.

⁴⁹ *Пахман С. В.* История кодификации гражданского права: В 2 т. Т. 1. СПб., 1876. С. 1—2.

⁵⁰ См.: *Покровский И. А.* Указ. соч. С. 25—29.

⁵¹ *Хвостов В. М.* История римского права. М., 1919. С. 441.

⁵² *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 42.

⁵³ Цит. по: *Пергамент М.Я.* Договорная неустойка и интерес в римском и современном гражданском праве. Одесса: Экономическая типография, 1899. С. 251.

⁵⁴ *Журнал гражданского и уголовного права.* 1884. Октябрь. С. 5.

⁵⁵ *Там же.* С. 4.

⁵⁶ *Барац С.М.* Указ. соч. С. 1.

⁵⁷ *Емельянова И.А.* «Всеобщая история права» в русском дореволюционном правоведении (XIX в.). Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1981. С. 138, примеч. 106.

⁵⁸ *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 3. С. 63.

⁵⁹ *Там же.* Т. 21. С. 412.

⁶⁰ См.: *Крылов Н.И.* Очерк историко-органического развития права вообще: (Введение к истории римского права). 1868/69: Литографированный курс. Б. м., Б. г. С. 11, 14.

⁶¹ См.: *Азаревич Д.И.* История византийского права. Т. 1. Ч. 1. Ярославль, 1876. С. V, VIII, XXI, XII, XV.

⁶² *Казанский Л.* Указ. соч. С. 7.

⁶³ *Там же.* С. 8.

⁶⁴ *Там же.* С. 11.

⁶⁵ *Там же.* С. 11—12.

⁶⁶ *Там же.* С. 13.

⁶⁷ *Там же.* С. 16. [Он в данном случае ссылается на книгу С.В. Пахмана «Обычное гражданское право в России» (т. 1, с. 123), где речь идет о передаче вещи для получения права собственности].

⁶⁸ См.: *Азаревич Д.И.* Система римского права. СПб., 1887. Т. 1. С. 24; *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. Вып. 1—2. Киев, 1886. С. 188

⁶⁹ См.: *Казанский Л.* Указ. соч. С. 17. См. также: *Победоносцев К.П.* Указ. соч. С. 253 и след.

⁷⁰ Цит. по: *Пергамент М.Я.* Указ. соч. С. 256.

⁷¹ См.: *Акчурина Н.В.* Историческое правоведение: Становление, развитие в России в 30—70-х годах XIX века. Саратов: СГАП, 2000. С. 5.

⁷² *Там же.* С. 44.

⁷³ *Там же.* С. 53.

⁷⁴ *Там же.* С. 66.

⁷⁵ *Калачов Н.В.* Предварительные юридические сведения для полного объяснения Русской Правды. М., 1846. С. 1.

⁷⁶ *Беляев И.Д.* Лекции по истории русского законодательства. М., 1879. С. 3.

⁷⁷ Цит. по: *Русское общество 40—50-х годов XIX в.* Ч. 1: Записки Кошелева. М., 1991. С. 16.

⁷⁸ *Неволин К.А.* Энциклопедия законовещения. Киев, 1840. Т. 2. С. 3.

⁷⁹ *Крылов Н.И.* Об историческом значении римского права... С. 8.

⁸⁰ *Там же.* С. 11.

⁸¹ Цит. по: *Акчурина Н.В.* Указ. соч. С. 93.

⁸² *Мейер Д.И.* О значении практики в системе современного юридического образования. Казань, 1855. С. 7.

⁸³ *Пахман С.В.* Обычное гражданское право... С. 1.

⁸⁴ *Оршанский И.Г.* Исследование по русскому праву обычному и брачному. СПб., 1879. С. 38.

⁸⁵ Цит. по: *Акчурина Н.В.* Указ. соч. С. 122.

⁸⁶ *Орнатский С.Н.* Речь об отношении между общим и частным в законодательстве и законовещении // ЖМНП. 1839. Т. 23. № 8. С. 89.

⁸⁷ *Акчурина Н.В.* Указ. соч. С. 146.

⁸⁸ *Михайлов М.М.* История русского права. СПб., 1871. С. 4.

⁸⁹ *Морошкин Ф.Л.* Об Уложении и последующем его развитии. М., 1839. С. 23.

⁹⁰ *Михайлов М.М.* Указ. соч. С. 422.

⁹¹ *Крылов Н.И.* Об историческом значении римского права... С. 66.

⁹² *Там же.* С. 62, 66.

⁹³ *Ворошилов А.А.* О современном историческом изучении права // Временник Демидовского юридического лица. 1872. Кн. 3. С. 235.

⁹⁴ *Там же.*

⁹⁵ *Дювернуа Н.Л.* Указ. соч. С. 54.

⁹⁶ *Гольмстен А.Х.* Позитивизм, метафизика и римское право // Юрид. исслед. и ст. СПб., 1894. С. 27.

⁹⁷ *Крылов Н.И.* Критические замечания... С. 94.

⁹⁸ *Он же.* Об историческом значении... С. 58.

⁹⁹ *Лотман Ю.М.* «О древней и новой России в ее политическом и гражданском отношениях» Карамзина... С. 205.

¹⁰⁰ См. также: *Там же.* С. 195—196.

- 101 *Хутыз М.Х.* Римское частное право. М.: Былина, 1995. С. 11.
- 102 *Тархов В.А.* Римское частное право. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1994. С. 8.
- 103 *Батлер У.Э.* Указ. соч. С. 67.
- 104 *Там же.* С. 73.
- 105 *Пайнс Ричард.* Россия при старом режиме. М.: «Независимая газета», 1993. С. 62.
- 106 *Сидорчук М. В.* Систематизация законодательства России в 1826—1832 гг.: Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 125.
- 107 *Емельянова И.А.* Указ. соч. С. 138, примеч. 106.
- 108 *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное право-ведение в сфере частного права: В 2 т. Т. 1: Основы. М.: «Международные отношения», 2000. С. 133—134.
- 109 *Там же.* С. 134.
- 110 *Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози.* Основные правовые системы современности. М.: «Международные отношения», 1999. С. 32.
- 111 *Новицкая Т.Е.* Указ. соч. С. 134.
- 112 *Там же.* С. 122.
- 113 *Там же.* С. 133.
- 114 *Суханов Е.А., Кофанов Л.Л.* Влияние римского права на новый гражданский кодекс Российской Федерации // Древнее право. М.: Спарк, 1999. № 1(4). С. 8—9.
- 115 *Хвостов В.М.* Указ. соч. М., 1919. С. 441.
- 116 *Щапов Я.Н.* Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI—XII вв. М., 1978. С. 166 и след.; *Он же.* Римское право на Руси до XVI в.: (Новые аспекты проблемы) // Феодализм в России. М., 1987; и др. работы этого автора.
- 117 *Николин А.* Церковь и государство (история правовых отношений). М.: Сретенский монастырь, 1997. С. 53—66; *Азаревич Д.И.* История византийского права... С. V, VIII, XII, XV и др.; *Он же.* Система римского права...; *Цыпин В.А.* Церковное право. М., 1995. С. 99—110; *Он же.* «Кормчая книга» в русском церковном праве // Древнее право. 1997. № 2. С. 86—89; *Милов Л.В.* Византийская Эклога и Пространная Русская Правда (проблемы рецепции) // Древнее право. 1998. № 1 (3); *Салогова Е.В.* Элементы римского права... С. 173—179.

¹¹⁸ Суханов Е. А., Кофанов Л.Л. О роли изучения и преподавания римского права... С. 10.

¹¹⁹ Там же.

¹²⁰ Цит. по: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 122.

¹²¹ Суханов Е. А., Кофанов Л.Л. О роли изучения и преподавания римского права... С. 10.

¹²² Там же. С. 11.

¹²³ Суханов Е.А., Кофанов Л.Л. Влияние римского права... С. 7.

¹²⁴ Там же. С. 8.

¹²⁵ Там же. С. 9.

¹²⁶ См.: Батыр К.И. Институционализм в изучении российской государственности XVII—XVIII веков // Право и идеология: Сб. науч. тр. / Отв. ред. И.А. Исаев. М.: МЮИ, 1991. С. 22—24; Исаев И.А. История России: правовые традиции. М.: ЮКИС, 1995. С. 72—152.

¹²⁷ Суханов Е. А., Кофанов Л.Л. О роли изучения и преподавания римского права... С. 13.

¹²⁸ Медушевский А.Н. История русской социологии. М., 1993. С. 73—79.

¹²⁹ Сидорчук М.В. Указ. соч. С. 45.

¹³⁰ Там же. С. 99.

¹³¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. С. 136.

¹³² Цит. по: Там же. С. 124.

¹³³ Акчурина Н.В. Указ. соч. С. 46.

¹³⁴ Сидорчук М.В. Указ. соч. С. 119.

¹³⁵ Там же. С. 124.

¹³⁶ Иодковский А.Н. Вопросы кодификации законодательства: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1948. 17 с.; Ушаков А.А. Важнейшие кодификационные работы на первой фазе Советского государства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1953. 18 с.

¹³⁷ Копылов А.В. Возникновение и развитие ограниченно-вещного права... С. 144—150.

¹³⁸ Там же. С. 150.

¹³⁹ Кофанов Л.Л. Первая Международная конференция «Римское право и его рецепция»... С. 222.

¹⁴⁰ Там же. С. 221.

¹⁴¹ Там же. С. 222.

¹⁴² Там же. С. 219.

- ¹⁴³ Там же.
- ¹⁴⁴ Там же.
- ¹⁴⁵ Рене Давид, Камилла Жоффре-Спинози. Указ. соч. С. 37.
- ¹⁴⁶ Там же. С. 41.
- ¹⁴⁷ Там же. С. 69.
- ¹⁴⁸ Гельвеций К.-А. Соч.: В 2 т. М., 1974. Т. 2. С. 581.
- ¹⁴⁹ Цит. по: Тарановский Ф.В. Лейбниц и так называемая внешняя история права. СПб., 1906. С. 17.
- ¹⁵⁰ Для нашего анализа важно методологическое замечание, высказанное Ю.А. Тихомировым о системном анализе. (См.: Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. М.: Изд-во Норма, 1996. С. 54).
- ¹⁵¹ См.: Суханов Е.А., Кофанов Л.Л. Влияние римского права... С. 7—20.
- ¹⁵² Пахман С.В. Обычное гражданское право... С. 123.
- ¹⁵³ Казанский Л. Значение науки... С. 17.
- ¹⁵⁴ Синюков В.Н. Указ. соч. С. 117.
- ¹⁵⁵ Батлер У.Э. Указ. соч. С. 73.
- ¹⁵⁶ Там же. С. 67.
- ¹⁵⁷ Синюков В.Н. Указ. соч. С. 117.
- ¹⁵⁸ Там же. С. 125.
- ¹⁵⁹ Ворошилов А.А. О современном историческом изучении права // Временник Демидовского юридического лицея. 1872. Кн. 3. С. 235.
- ¹⁶⁰ Михайлов М.М. Указ. соч. С. 422.
- ¹⁶¹ См.: Романов Н.М. Граф Павел Александрович Строганов. 1774—1814: В 3 т. Т. 2. СПб.: Тип. экспедиции заготовл. гос. бумаг, 1903. С. 193—194.
- ¹⁶² Цит. по: Емельянова И.А. Историко-правовая наука России XIX в. История русского права: Методические и исторические очерки. Казань, 1988. С. 11.
- ¹⁶³ Цит. по: Емельянова И.А. Историко-правовая наука... С. 12.
- ¹⁶⁴ Собственноручная записка Николая I о прусских делах 1848 г. // Русская старина. 1870. № 1. С. 295.
- ¹⁶⁵ Фатеев А.Н. К истории юридической образованности в России // Ученые записки, основанные Русской учебной коллегией в Праге. Т. 1. Вып. III. Прага, 1924. С. 224.

¹⁶⁶ *Чистяков О.И., Штамм С.И.* История отечественного государства и права: Учеб. пособие: В 2 ч. Ч. 1. М.: Юрколледж, 1994. С. 261.

¹⁶⁷ *Там же.* С 262.

¹⁶⁸ *Оршанский И.Г.* Указ. соч. С. 38.

¹⁶⁹ *Пахман С.В.* Обычное гражданское право... С. 1.

¹⁷⁰ *Гуляев А.В.* Указ. соч. С. 128.

¹⁷¹ *Данилович И.Н.* Взгляд на литовское законодательство и литовские статуты // Юрид. зап., изд. П.Г. Редкиным. М., 1841. Т. 1. С. 42.

¹⁷² Т. X, ч. 1. (В монографии в дальнейшем ссылки на русское гражданское законодательство будут делаться по изданию: Гражданские законы: (Свод законов. Том X, часть I) с разъяснением их по решениям Правительствующего сената. 6 изд., доп. СПб.; М., 1872. 774 с., XIII с.: тип. *И.П. Анисимова*. В тексте автором принято следующее сокращение применительно к этому изданию, например: Т. X, ч. 1, с. 560).

¹⁷³ Цит. по: *Пергамент М.Я.* Указ соч. С. 2.

¹⁷⁴ *Любовский А.* Юридические монографии и исследования. Т. 3: Введение. СПб., 1875.

¹⁷⁵ *Журнал гражданского и уголовного права.* 1873. № 3. С. 20—21. См. также: *Пергамент М.Я.* Указ. соч. С. 3.

¹⁷⁶ Цит. по: *Пергамент М.Я.* Указ соч. С. 6.

¹⁷⁷ *Ренненкамф Н.* Судьбы привилегированных и непривилегированных юристов. Киев, 1868. С. 138; *Пергамент М.Я.* Указ соч. С. 6, примеч.

¹⁷⁸ *Синюков В.Н.* Указ. соч. С. 123—124.

¹⁷⁹ *Сидорчук М.В.* Указ. соч. С. 45.

¹⁸⁰ *Там же.* С. 99.

¹⁸¹ *Муромцев С.* Рецепция римского права на Западе. М., 1886. С. 144—145.

¹⁸² Цит. по: *Антология мировой политической мысли: В 5 т.* М.: Мысль, 1997. Т. 3. С. 384.

¹⁸³ *Кошелев А.И.* Записки. Берлин, 1884. С. 25.

¹⁸⁴ *Кавелин К.* Указ. соч. С. 8

¹⁸⁵ См.: *Кавелин К.* Взгляд на юридический быт древней России // Современник. 1846. Т. 1. С. 2, 11.

¹⁸⁶ См.: *Игнатов А.* Русская философия истории и романтический консерватизм // Вопросы философии. 1999. № 11. С. 102—103.

¹⁸⁷ См. *Аксаков И.* Соч. Т. 2. М., 1886—1887. С. 695; 704—705; 363—364.

¹⁸⁸ *Исаев И.А., Золотухина Н.М.* История политических и правовых учений России 11—20 века. М.: Юристъ, 1995. С. 250.

¹⁸⁹ *Чернышевский Н. Г.* Полн. собр. соч. Т. 4. С. 727.

¹⁹⁰ *Белинский В.* Соч. Т. 1. М., 1948. С. 117—118.

¹⁹¹ См.: *Синюков В.Н.* Указ. соч. С. 118.

¹⁹² Там же. С. 119.

¹⁹³ Там же. С. 120.

¹⁹⁴ Там же. С. 125.

¹⁹⁵ *Шершеневич Г.Ф.* Наука гражданского права в России. Казань, 1993. С. 28—29.

¹⁹⁶ Цит. по: *Русское общество...* Ч. 1. С. 16.

¹⁹⁷ *Гольмстен А.Х.* Следы гегелевской философии в трудах Кавелина в области правоведения // ЖМНП. 1910. № 6. С. 4.

¹⁹⁸ См.: подробнее о этом: *Ивановский Игнатий.* О началах постепенного усовершенствования государств // ЖМНП. 1837. Т. XVIII.

¹⁹⁹ *ЖМНП.* 1834. № 1. С. 6.

²⁰⁰ Цит. по: *Загоскин Н.П.* Императорский Казанский университет... С. 471—472.

²⁰¹ Цит. по.: *Акчурина Н.В.* Указ. соч. С. 54.

²⁰² Цит. по: *Там же.* С. 54.

²⁰³ См.: *Там же.* С. 62—63, 64.

²⁰⁴ *Коркунов Н.М.* Сб. ст. СПб., 1898. С. 10; *Владимирский-Буданов М.Ф.* Об истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 3

²⁰⁵ См.: *Акчурина Н.В.* Указ. соч. С. 53.

²⁰⁶ *Там же.* С. 46.

²⁰⁷ Цит. по: *Кульчар К.* Историзм в юридической науке XX вв. // Критика современной буржуазной теории права. М., 1969. С. 217.

²⁰⁸ См.: *Вайнштейн О.Л.* Историография средних веков в связи с развитием исторической мысли от начала средних веков до наших дней. М.; Л., 1940.

²⁰⁹ *Редкин П.* Какое общее образование требуется современностью от русского правоведа: [Речь в торжественном со-

брании Московского университета 15 июня 1846 г.]. М., 1846. С. 53, 55.

²¹⁰ *Юридический вестник*. 1886. Т. 22. С. 551—552.

²¹¹ *Капустин М.Н.* Юридическая литература за 1855 год: Обзорение // *Русский вестник*. 1856. Ч. 1. Кн. 2. С. 41.

²¹² *Там же*. С. 136.

²¹³ *Крылов Н.И.* Об историческом значении римского права... С. 8.

²¹⁴ *Там же*. С. 11.

²¹⁵ См.: *Акчурина Н.В.* Указ. соч. С. 115.

²¹⁶ *Неволин К.А.* Указ. соч. С. 3.

²¹⁷ *Wortman, Richard S.* The development of Russia legal consciousness. Chicago; L., 1976. P. 45.

²¹⁸ *Ibid.* P. 44.

²¹⁹ См. об этом подробнее: *Ibid.* P. 47.

²²⁰ *Капустин Н.М.* Указ. соч. С. 136.

²²¹ *Данилевский Н.Я.* Россия и Европа. 2-е изд. СПб., 1871. С. 129, 132.

²²² См.: *Сборник исторических и статистических сведений о России и народах ей единоверных и единоплеменных*. М., 1845.

²²³ *Иванишев Н.Д.* Соч. Киев, 1876. С. 5—6.

²²⁴ *Архив братьев Тургеневых*. Вып. 2: Письма и дневники А.И. Тургенева Геттингенского периода 1803—1804 гг. Пг., 1921. С. 382.

²²⁵ *Сергеев П.* Исследование истинного значения римских понятий о праве естественном, народном и гражданском // *ЖМНП*. 1822. Ч. 6.

²²⁶ *История Московского университета*. Т. 1: 1755—1917. М.: Изд-во МГУ, 1955. С. 200.

²²⁷ *Благовещенский А.* Указ. соч. Ч. VI—VII. С. 419, 422.

²²⁸ *Емельянова И.А.* Указ. соч. С. 138, примеч. 106.

²²⁹ *Пухта Г.* История римского права. М., 1864. С. 315—316.

²³⁰ *Протасов А.* Обзорение истории римского права. М., 1809

²³¹ *Цветаев Л.* Краткая история римского права. М., 1818

²³² *Васильев И.* Обзорение римского законодательства. М., 1820

²³³ *Крылов Н.И.* Очерк историко-органического развития права... С. 11, 14.

²³⁴ *Дювернуа Н.Л.* Значение римского права... С. 54.

²³⁵ *Суханов Е. А., Кофанов Л.Л.* О роли изучения и преподавания римского права... С. 11, 13.

²³⁶ См.: *Медушевский А.Н.* Указ. соч. С.73—79.

²³⁷ См. обзор их в работе: *Шеголев А.В.* Библиография русской литературы по римскому праву с 1860 по 1996 гг.// Древнее право. 1997. № 2. С. 137—148.

²³⁸ *Суханов Е.А., Кофанов Л.Л.* Влияние римского права... С. 9.

²³⁹ *Кареев Н.И.* О духе русской науки: [Лекция, читанная 9 ноября 1884 г. в Русском собрании в Варшаве] // Русская идея. М.: Республика, 1992. С. 182.

²⁴⁰ Там же. С. 176.

²⁴¹ D. 50.16.23. В работе принят стандартный способ ссылки на латинские источники: после сокращенного имени автора следует сокращенное название сочинения, затем номер книги, параграфа. Только фрагменты из «Институций» Гая также традиционно вводятся указанием просто имени автора, без названия, а далее следуют номера книги и параграфа. Так, I. — Институции Юстиниана, например: I.2.22.1 — Институции, 2-я книга, 22 титул, параграф 1; D. — Дигесты Юстиниана, например: D. 4.8.9.2 — Дигесты, 4-я книга, 8-й титул, 9-й отрывок (фрагмент), параграф 2; C. — Кодекс Юстиниана, например: C. 4.30.5 — Кодекс, 4-я книга, 30-й титул, 5-й закон; N. — Новеллы Юстиниана, например: 28N. 4.2 — 28 Новелла, 4-я глава, параграф 2; Gaï. 3.1 — Институции Гая, 3-я книга, параграф 1.

²⁴² *Римское частное право* / Под ред. *Новицкого И.Б.* и *Претерского И.С.* М.: Изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 158.

²⁴³ Gaï. 2.13.14.

²⁴⁴ *Новицкий И.Б.* Римское право: Учебник. М., 1993. С. 74.

²⁴⁵ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 141.

²⁴⁶ D. 41.2.1.

²⁴⁷ *Римское частное право*... С. 169.

²⁴⁸ Там же.

- ²⁴⁹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 150.
- ²⁵⁰ Ср.: Т. X, ч. 1, ст. 560; *Римское частное право...* С. 169. *Ефимов В.* Лекции римского права. СПб., 1884. С. 457.
- ²⁵¹ Ср.: Т. X, ч. 1, ст. ст. 523, 529 и *Новицкий И.Б.* Указ. соч. С. 78.
- ²⁵² Т. X, ч. 1, ст. 524.
- ²⁵³ Т. X, ч. 1, ст. ст. 525—528.
- ²⁵⁴ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 155. *Анненков К.* Система русского гражданского права. Т. 1. С. 509—612.
- ²⁵⁵ *Новицкий И.Б.* Указ. соч. С. 78.
- ²⁵⁶ *ГК РФ.* Ст. 209.
- ²⁵⁷ *ГК РФ.* Ст. ст. 302—303.
- ²⁵⁸ *Гражданское право* / Под ред. *А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого.* Ч. 1. М.: «Проспект», 1998. С. 340.
- ²⁵⁹ *Дождев Д.В.* Римское частное право. М., 1996. С.331—336.
- ²⁶⁰ *ГК РФ.* Ст. ст. 302—303.
- ²⁶¹ *Гражданское право...* С. 340, п. 3, ст. 10.
- ²⁶² Д. 41.2.3.1.
- ²⁶³ Д. 41.2.1.2.
- ²⁶⁴ *Римское частное право...* С. 180, Д. 41.2.120.
- ²⁶⁵ Ср.: Д. 41.2.8; Т. X, ч. 1, ст. 527.
- ²⁶⁶ Ср.: Т. X, ч. 1, ст. 527.
- ²⁶⁷ *Римское частное право...* С. 185.
- ²⁶⁸ Д. 8.1.20.
- ²⁶⁹ Т. X, ч. 1, ст. 531.
- ²⁷⁰ *Устав гражданского судопроизводства с объяснениями по решениям Гражданского Кассационного департамента Правительствующего сената.* 2-е изд., перераб. СПб., 1889. 1216 с.: тип. Суворина. Ст. 73.
- ²⁷¹ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 159—160.
- ²⁷² *Римское частное право...* С. 185.
- ²⁷³ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 160.
- ²⁷⁴ *Там же.* С. 160—161.

²⁷⁵ *Кассационное решение* 1875, № 123; 1870, № 572; 1869, № 310; 1872, № 638; 1870, № 877 // Свод кассационных положений по вопросам русского гражданского материального права за 1866—1905 гг. / Сост. *В.Л. Исаченко*. СПб., 1906.: тип. Меркушева. 769 с. В дальнейшем принято следующее сокращение по этому изданию, напр.: *Кас. реш.* 1875 № 123.

²⁷⁶ *Римское частное право...* С. 191.

²⁷⁷ *Новицкий И.Б.* Указ. соч. С. 92.

²⁷⁸ *Там же*. С. 93.

²⁷⁹ Т. X, ч. 1, ст. 420.

²⁸⁰ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 166

²⁸¹ См. о понятии право собственности подробнее: *Камышанский В.П.* Право собственности на недвижимость: вопросы ограничений. Элиста, 1999. 331 с.

²⁸² *Собственность: право и свобода: (Сб. ст.)* / РАН; Отв. ред. *Е.А. Скриплев*. М., 1992. С. 116.

²⁸³ *Гражданское право...* С. 344.

²⁸⁴ Т. X, ч. 1, кн. 2, раздел 1, гл. 1—3.

²⁸⁵ *ГК РФ*. Ст. ст. 213—216.

²⁸⁶ D. 50.16.25.

²⁸⁷ D. 13.6.5.15.

²⁸⁸ Т. X, ч. 1, ст. 543.

²⁸⁹ *Новицкий И.Б.* Указ. соч. С. 100.

²⁹⁰ D. 13.6.5.15.

²⁹¹ *ГК РФ*. П. 2. Ст. 244.

²⁹² *Гражданское право...* С. 348.

²⁹³ *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 357, примеч. 24.

²⁹⁴ *Gai.* 2 *reg. cott.*; D. 41.1.1 *pr.*

²⁹⁵ D. 47.2.62.8; D. 39.5.6.

²⁹⁶ I. 2.1.12.

²⁹⁷ I. 2.1.47.

²⁹⁸ *Gai.* 2.69; I. 2.1.17.

²⁹⁹ *Cels.* 2 *dig.*; D. 41.1.51.1.

³⁰⁰ *Gai.* 2.66; D. 41.1.1.1.

³⁰¹ *Paul.* 54 *ad ed.*, D. 41.7.2.1.

³⁰² *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 358.

³⁰³ *Gai.* 2.69; I. 2.1.17.

³⁰⁴ *ГК РФ*. Ст. 225.

- ³⁰⁵ *ГК* 1964 г. Ст. 143.
- ³⁰⁶ *ГК РФ*. Ст. 225, п. 3.
- ³⁰⁷ *Закон РСФСР «Об охране и использовании памятников истории и культуры»* от 15.12.78 (в ред. 18.01.85). Ст. 4 // *Свод законов РСФСР*. Т. 3. С. 498.
- ³⁰⁸ D. 41.1.1.1; Gai. 2.66.
- ³⁰⁹ *Лесной кодекс РСФСР*. Ст. 86.
- ³¹⁰ *Собрание законодательства РФ* от 24.04.95 № 17. Ст. 1462.
- ³¹¹ *Собрание законодательства РФ* от 10.01.2000 № 2. Ст. 243.
- ³¹² *Собрание законодательства РФ* от 06.06.93 № 10. Ст. 823.
- ³¹³ *Собрание законодательства РФ* от 06.06.93 № 10. Ст. 19.
- ³¹⁴ D. 41.1.1.5; Paul. 54 ad ed.; D. 41.7.2.1.
- ³¹⁵ Т. X, ч. 1, ст. 538.
- ³¹⁶ Т. X, ч. 1, ст. 539.
- ³¹⁷ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 196.
- ³¹⁸ *Гражданское право...* С. 308.
- ³¹⁹ *Комментарий к ГК РФ*. Ч. 1 / Отв. ред. *Садилов О.Н.* М.: Юринформцентр, 1997. С. 256.
- ³²⁰ *ГК РФ*. Ст. 227.
- ³²¹ *ГК РФ*. Ст. 229.
- ³²² *ГК РФ*. Ст. ст. 1055, 1056.
- ³²³ *ГК РФ*. Ст. ст. 230—232.
- ³²⁴ D. 41.2.3.3.
- ³²⁵ D. 41.1.31.1
- ³²⁶ Т. X, ч. 1, ст. 430.
- ³²⁷ *Ефимов С.* Указ. соч. С. 349.
- ³²⁸ Т. X, ч. 1, ст. ст. 430, 432.
- ³²⁹ Т. X, ч. 1, ст. 430. Г.Ф. Шершеневич считал, что эта оговорка следует началам Литовского Статута и примыкает к точке зрения западных законодательств, а именно: *ФГК* (§ 716, п. 1) и *ГГУ* (§ 984). (См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 194—195).
- ³³⁰ *ГК РФ*. Ст. 232.
- ³³¹ *ГК* 1964 г. Ст. 148.
- ³³² *Гражданское право...* С. 306.
- ³³³ *Римское частное право...* С. 207—208.
- ³³⁴ Gai. 2 rer.cott.; D. 41.1.7.7.
- ³³⁵ *Римское частное право...* С. 207—208.

- ³³⁶ Gai. 2 rer. Cott.; D. 41.1.7.7.
- ³³⁷ Т. X, ч. 1, ст. 425.
- ³³⁸ Т. X, ч. 1, ст. 609.
- ³³⁹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 206.
- ³⁴⁰ *ГК РФ*. Ст. 220, п. 1.
- ³⁴¹ *ГК РФ*. Ст. 220, п. 3.
- ³⁴² D. 34.2.19.13.
- ³⁴³ D. 14.1.7.1—2; Gai. 2.70—71.
- ³⁴⁴ Gai. 2.73; D. 41.1.7.12.
- ³⁴⁵ Gai. 2.74; D. 41.1.7.13.
- ³⁴⁶ Gai. 2,77; D. 41.1.9.1—2.
- ³⁴⁷ I. 2.1.34.
- ³⁴⁸ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 203—204.
- ³⁴⁹ *ГК РСФСР 1922*. Ст. ст. 68, 69, 70.
- ³⁵⁰ *ГК РФ*. Ст. 135.
- ³⁵¹ *ГК РФ*. Ст. 135.
- ³⁵² *ГК РФ*. Ст. 222, ч. 2, п. 3.
- ³⁵³ *ГК РФ*. Ст. 222, п. 1.
- ³⁵⁴ D. 41.3.1.
- ³⁵⁵ *Новицкий И.Б.* Указ. соч. С. 96.
- ³⁵⁶ D. 43.3.1.
- ³⁵⁷ Gai. 4 ad ed.; D. 41.3.9.
- ³⁵⁸ Res furtivae; XII tab. 7.44; Gai. 2.45.
- ³⁵⁹ Res vi possessae; Gai. 2.45; D. 41.3.33.3.
- ³⁶⁰ XII tab. 7.4.
- ³⁶¹⁻³⁶² D. 41.3.2.28.
- ³⁶³ *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 366.
- ³⁶⁴ D. 41.4.2.2.
- ³⁶⁵ D. 50.16.109.
- ³⁶⁶ D. 41.1.48.1.
- ³⁶⁷ D. 41.3.5.
- ³⁶⁸ Ulp. 19.8; XII tab. 6.3.
- ³⁶⁹ *Дождев Д.В.* Указ. соч. С. 377.
- ³⁷⁰ *Там же.*
- ³⁷¹ *Там же.* С. 379.
- ³⁷² Т. X, ч. 1, ст. 533.
- ³⁷³ Т. X, ч. 1, ст. 560.

- ³⁷⁴ Д. 41.3.1.
- ³⁷⁵ *ГК РФ*. Ст. 234, п. 2; Ст. ст. 301, 305.
- ³⁷⁶ *Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР*. 26.06.91. № 26. Ст. 733.
- ³⁷⁷ *ГК РФ*. Ст. 234.
- ³⁷⁸ Д. 50.17.54.
- ³⁷⁹ *Римское частное право...* С. 202—203.
- ³⁸⁰ Д. 41.1.31 пр.
- ³⁸¹ Д. 41.1.31.
- ³⁸² Д. 41.1.31 пр.
- ³⁸³ Д. 41.1.36.
- ³⁸⁴ Д. 12.2.18 пр.
- ³⁸⁵ Д. 41.2.1.21; Д. 41.2.18.2; I. 2.1.45.
- ³⁸⁶ *Хутыз М.Х.* Указ. соч. С. 87.
- ³⁸⁷ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 183.
- ³⁸⁸ Там же.
- ³⁸⁹ Т. X, ч. 1, ст. ст. 707, 991, 992, 1378, 1380, 1510, 1523.
- ³⁹⁰ *Мейер Д.И.* Русское гражданское право: В 2 ч. Печатается по изд. 1902 г. М., 1997. Ч. 2. С. 63.
- ³⁹¹ Т. X, ч. 1, ст. ст. 707, 1378, 1380, 1510, 1523, 991, 992.
- ³⁹² *ГК РФ*. Ст. 218. П. 2.
- ³⁹³ *Бюллетень Верховного суда РФ*. 1994. № 5. С. 1.
- ³⁹⁴ *ГК РФ*. Ст. 223, п. 2.
- ³⁹⁵ *ГК РФ*. Ст. 560.
- ³⁹⁶ *ГК РФ*. Ст. 223, п. 1.
- ³⁹⁷ *ГК РФ*. Ст. 224.
- ³⁹⁸ *Вестн. Высшего Арбитражного суда РФ*. 1999. № 1. С. 31.
- ³⁹⁹ *Савичев Г.П.* Выкуп арендованного имущества как способ приобретения права собственности // *Вестн. Моск. ун-та. Серия 11 (Право)*. 1996. № 2. С. 34.
- ⁴⁰⁰ *Гражданское право...* С. 378.
- ⁴⁰¹ *ГК РФ*. Ст. 143.
- ⁴⁰² Кодекс торгового мореплавания. Ст. ст. 123—127, 152.
- ⁴⁰³ *ГК РФ*. Ст. 218, п. 4.
- ⁴⁰⁴ Т. X, ч. 1, ст. 1509.
- ⁴⁰⁵ Т. X, ч. 1, ст. 575.
- ⁴⁰⁶ *ГК РСФСР*. Ст. 60.

⁴⁰⁷ *Бартошек Милан*. Римское право: понятия, термины, определения. М: Юридическая литература, 1989. С. 294.

⁴⁰⁸ *Синайский В.И.* Русское гражданское право. Вып. 1: Общая часть. Вещное право. Авторское право. Киев, 1917. С. 216.

⁴⁰⁹ Д. 8.1.1.

⁴¹⁰ Д. 50.16.86.

⁴¹¹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 237.

⁴¹² Т. X, ч. 1, ст. 514, 533.

⁴¹³ Т. X, ч. 1, ст. 453, 455, 458.

⁴¹⁴ Т. X, ч. 1, ст. 442.

⁴¹⁵ Т. X, ч. 1, ст. 464.

⁴¹⁶ *Копылов А.В.* Вещные права на землю... С. 43.

⁴¹⁷ *Буковский В.* Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских. Т. 1. Рига, 1914. С. 488.

⁴¹⁸ Т. X, ч. 1, ст. 514.

⁴¹⁹ Т. X, ч. 1, ст. 533, 1011.

⁴²⁰ Т. X, ч. 1, ст. 1141, 1145.

⁴²¹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 231.

⁴²² Кас. реш. 1872 № 7.

⁴²³ *ГК РФ*. Ст. 274.

⁴²⁴ *Бартошек Милан*. Указ. соч. С. 295.

⁴²⁵ Т. X, ч. 1, ст. ст. 442, 446, 453, 458—451, 459, 463; Устав Лесной. Ст. 673 (ч. 1, т. VIII Свода законов Российской империи); Особое прил. к кн. IV. Т. IX Свода законов Российской империи.

⁴²⁶ *Нолькен А.М.* Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских. СПб., 1891. С. 146—155; *Буковский В.* Указ. соч. С. 475—490; *Абрамович К.Г.* О крестьянских сервитутах в губерниях Западных, Прибалтийских и Царстве Польском. СПб., 1895. С. 3; *Губе К.* Гражданские законы губернии Царства Польского. Варшава, 1877. С. 340—341.

⁴²⁷ Т. X, ч. 1, ст. 446.

⁴²⁸ Т. X, ч. 1, ст. ст. 448—451.

⁴²⁹ Т. X, ч. 1, ст. 458.

⁴³⁰ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 231—232.

⁴³¹ *Копылов А.В.* Вещные права на землю... С. 51.

- ⁴³² Т. X, ч. 1, ст. 533.
- ⁴³³ Кас. реш. 1886 № 87 и др.
- ⁴³⁴ *Копылов А.В.* Вещные права на землю... С. 52.
- ⁴³⁵ *Там же.* С. 52—53.
- ⁴³⁶ *ГК РФ.* Ст. 274.
- ⁴³⁷ *ГК РФ.* Ст. 274.
- ⁴³⁸ *ЗК РФ.* Проект. Ч. 2, п. 4, ст. 55.
- ⁴³⁹ *Gai.* 2.3.
- ⁴⁴⁰ *D.* 8.2.17.
- ⁴⁴¹ *D.* 7.4.5.2.
- ⁴⁴² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 230.
- ⁴⁴³ Т. X, ч. 1, ст. 459.
- ⁴⁴⁴ *Копылов А.В.* Вещные права на землю... С. 53.
- ⁴⁴⁵ *Там же.* С. 59.
- ⁴⁴⁶ Т. X, ч. 1, ст. ст. 432, 433, 442—447.
- ⁴⁴⁷ *Копылов А.В.* Вещные права на землю... С. 45.
- ⁴⁴⁸ *Ефимов В.В.* Догма римского права. Т. 1. Пг., 1918. С. 369.
- ⁴⁴⁹ Кас. реш. 1877 № 109.
- ⁴⁵⁰ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 237.
- ⁴⁵¹ Т. IX, ч. 1, ст. 669.
- ⁴⁵² *Шимановский М.В.* О чиншевых правоотношениях. Одесса, 1886. С. 106.
- ⁴⁵³ *I.* 3.24.3.
- ⁴⁵⁴ *D.* 22.1.25.1.
- ⁴⁵⁵ *Копылов А.В.* Вещные права на землю... С. 94.
- ⁴⁵⁶ *Капустин М.* Институции римского права. М., 1880. С. 200.
- ⁴⁵⁷ Т. IX, ст. 669.
- ⁴⁵⁸ *Копылов А.В.* Вещные права на землю... С. 111—112.
- ⁴⁵⁹ *D.* 3.6.6.
- ⁴⁶⁰ *Чиларж К.* Учебник институций римского права. М., 1906. С. 157.
- ⁴⁶¹⁻⁴⁶² См. об этом: *Фрейтаг-Лоринговен А.Л.* Материальное право проекта Вотчинного устава. Юрьев, 1914. Т. 1. С. 24.
- ⁴⁶³ *ЗК РФ.* Ст. 13.
- ⁴⁶⁴ *ГК РФ.* Ст. 276.
- ⁴⁶⁵ *ЗК РСФСР.* Ст. 39.

- ⁴⁶⁶ *ГК РФ*. Ст. ст. 267, 270.
- ⁴⁶⁷ *Хутыз М.Х.* Указ. соч. С. 142.
- ⁴⁶⁸ D. 50.17.7; D. 29.1.6; D. 49.1.17.2.
- ⁴⁶⁹ *Римское частное право...* С. 241—245.
- ⁴⁷⁰ *Хутыз М.Х.* Указ. соч. С. 145.
- ⁴⁷¹ *Там же*. С. 145.
- ⁴⁷² *Там же*. С. 145—146.
- ⁴⁷³ *Новицкий И.Б.* Указ. соч. С. 235—237.
- ⁴⁷⁴ Т. X, ч. 1, ст. 1010.
- ⁴⁷⁵ Т. X, ч. 1, ст. 227.
- ⁴⁷⁶ Т. X, ч. 1, ст. 1223.
- ⁴⁷⁷ Т. X, ч. 1, ст. 1010.
- ⁴⁷⁸ Т. X, ч. 1, ст. 1104.
- ⁴⁷⁹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 468.
- ⁴⁸⁰ Т. X, ч. 1, ст. 1032; Кас. реш. 1878 № 1372.
- ⁴⁸¹ Т. X, ч. 1, ст. 1222.
- ⁴⁸² Т. X, ч. 1, ст. 1023.
- ⁴⁸³ Т. X, ч. 1, ст. ст. 1048, 1051.
- ⁴⁸⁴ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 489.
- ⁴⁸⁵ Т. X, ч. 1, ст. ст. 1011, 1086.
- ⁴⁸⁶ Кас. реш. 1900 № 104.
- ⁴⁸⁷ Т. X, ч. 1, ст. 1084.
- ⁴⁸⁸ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 489.
- ⁴⁸⁹ *Там же*. С. 479, 497—498.
- ⁴⁹⁰ *Там же*. С. 496.
- ⁴⁹¹ Т. X, ч. 1, ст. 1028.
- ⁴⁹² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 485.
- ⁴⁹³ Т. X, ч. 1, ст. 1068.
- ⁴⁹⁴ Т. X, ч. 1, ст. ст. 1111, 1121, 1122.
- ⁴⁹⁵ Т. X, ч. 1, ст. 1136.
- ⁴⁹⁶ *Летяев В. и др.* Особенности регулирования обязательственных правоотношений во Франции и Германии в XIX веке // II Межвуз. науч.-практ. конф. студентов и молодых ученых г. Волжского. Волжский, 1997. С. 32—34.

⁴⁹⁷ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 507.

⁴⁹⁸ *ГК РФ.* Ст. 218.

⁴⁹⁹ *ГК РФ.* Ст. 535.

⁵⁰⁰ *Постановление Пленума Верховного суда РФ* от 23.04.91 (ред. от 25.10.96) «О некоторых вопросах, возникающих у судов по делам о наследовании» // Сборник Постановлений Пленума Верховного суда РФ 1961—1993. М.: «Юридическая литература», 1994.

⁵⁰¹ I. 3.13 pr.

⁵⁰² Ср. русское выражение «обязательство» происходит от старого «обязательство» // *Покровский И.А.* История римского права. СПб.: Изд-во «Торговый Дом Летний Сад», 1998. С. 376.

⁵⁰³ D. 44.7.3 pr.

⁵⁰⁴ Впрочем, значение слова *praestare* является спорным; некоторые переводят: *praestare* — нести ответственность (*praes stare*). Позднейшее право шло в направлении поисков единого термина, покрывающего классическое триединое *date, facere, praestare*. Институты Юстиниана в отрывке, приведенном выше, пользуются выражением *solvere* — развязать, платить, выполнить // Римское частное право / Под ред. *И.Б. Новицкого* и *И.С. Претерского*. М.: Юрид. изд-во Министерства юстиции, 1948. С. 206.

⁵⁰⁵ D. 44.7.25.

⁵⁰⁶ Т. X, ч. 1, ст. 1548.

⁵⁰⁷ Т. X, ч. 1, ст. 418.

⁵⁰⁸ Т. X, ч. 1, ст. 533(8).

⁵⁰⁹ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 265.

⁵¹⁰ Кас. реш. 1870 № 1091.

⁵¹¹ *ГК РФ.* Ст. 307, п. 1.

⁵¹² *Римское частное право...* С. 277—278.

⁵¹³ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 274.

⁵¹⁴ Об обязательствах по римскому и русскому праву по Виндшейду // Судебный журнал 1873. № 5—6. С. 98.

⁵¹⁵ *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 274—277.

⁵¹⁶ Tab. V. 8b. См. также: D. 1.16.

⁵¹⁷ Т. X, ч. 1, ст. 648.

⁵¹⁸ Д. 10.2.25.9.13.

⁵¹⁹ *ГК РФ*. Ст. 321.

⁵²⁰ *Римское частное право...* С. 278.

⁵²¹ Общий устав Российских железных дорог (ч. 1 т. XII Свода законов Российской Империи). Ст. 118.

⁵²² Т. X, ч. 1, ст. 2134.

⁵²³ *Общ. Уст. Рос. ж. д.* Ст. 115.

⁵²⁴ Т. X, ч. 1, ст. 1548.

⁵²⁵ *ГК РФ*. Ст. 322.

⁵²⁶ *ГК РФ*. Ст. 327.

⁵²⁷ *ГК РФ*. Ст. 323.

⁵²⁸ *ГК РФ*. Ст. 324.

⁵²⁹ *ГК РФ*. Ст. 325.

⁵³⁰ *ГК РФ*. Ст. 326.

⁵³¹ Д. 44.7; Фг. 1.

⁵³² *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права... С. 269—270.

⁵³³ Кас. реш. 1872 № 19.

⁵³⁴ Т. X, ч. 1, ст. ст. 568—572, 574, 609, 644, 684, 1086, 1259, 1328, 1367, 1427, 1428, 1510, 1528. Г. У. ст. 1568 (Обязательства возникают из договоров и других указанных в законе оснований).

⁵³⁵ *ГК РФ*. Ст. 307, ч. 2.

⁵³⁶ То есть *ГК РФ* пошел по наиболее точному пути классификации оснований возникновения обязательств, приняв положения римского и русского гражданского права XIX века, оставив точную ссылку на договор и дополнил их другими основаниями, указанными в законе (куда входит в том числе и неосновательное обогащение, так как в условиях современной действительности существуют и другие источники возникновения обязательств и, скорее всего, появятся новые). Естественным представляется тот факт, что в настоящее время ссылка на такие источники обязательств, как бы договор и как бы правонарушение, не является адекватной. Ведь современная теория обязательственного права уже очень давно не оперирует этими понятиями, и они были бы нежизнеспособны в современных условиях.

⁵³⁷ I. 1.21. pr.

⁵³⁸ D. 3.55.38; D. 46.3.53.

⁵³⁹ D. 46.3.49.

⁵⁴⁰ Между тем Г.Ф. Шершеневич, на наш взгляд совершенно необоснованно придерживался взгляда о том, что римское право основывалось на принципе индивидуальности обязательств, считая обязательство чисто личным, а потому изменение лиц в нем было равносильно у римлян изменению самого обязательства (см.: *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права...* С. 287). Имущественный интерес составлял сущность обязательства и в римском праве и в отечественном.

⁵⁴¹ D. 5.2.21: «...кто потребует 10, не может быть принужден потребовать и требовать остального...»

⁵⁴² *Datio in solutum* — предоставление вместо платежа или замена исполнения (Gai. 3.168).

⁵⁴³ Nov. 463a.535.

⁵⁴⁴ Т. X, ч. 1, ст. ст. 570, 1536.

⁵⁴⁵ Кас. реш. 1867. № 146.

⁵⁴⁶ *ГК РФ*. Ст. 311.

⁵⁴⁷ *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права...* С. 281.

⁵⁴⁸ Уст. Векс. Ст. 47. Цит. по: *Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.* С. 281.

⁵⁴⁹ Т. XVI, ч. 1; Уст. Гр. суд. Ст. 136. Произв. дел зем. нач. Ст. 91.

⁵⁵⁰ *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права...* С. 281.

⁵⁵¹ *Там же*. С. 282. Ср.: D. 4.51: «...сколько вещь будет стоить, столько, судья, присуди...»

⁵⁵² *Кас. реш.* 1870. № 149.

⁵⁵³ *ГК РФ*. Ст. ст. 309, 420.

⁵⁵⁴ *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права...* С. 286.

⁵⁵⁵ Уст. Векс. Ст. 86.

⁵⁵⁶ D. 13.4.3.

⁵⁵⁷ D. 13.4.2.3.

⁵⁵⁸ *Римское частное право...* С. 284.

⁵⁵⁹ *Римское частное право....* С. 284.

⁵⁶⁰ Gai. 4.53-а.

⁵⁶¹ *Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права...* С. 282.

⁵⁶² *Там же*. С. 282.

⁵⁶³ *ГК РФ*. Ст. 316.

⁵⁶⁴ D. 50.17.14.

⁵⁶⁵ D. 50.16.213.

Содержание

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. Проблема рецепции римского права в России: историография вопроса	13
1.1. Историография исследования проблемы в XIX — нач. XX вв.	13
1.2. Современная историография проблемы в XX — нач. XXI в.: на пути к признанию частноправового подхода	33
ГЛАВА 2. Факторы, влиявшие на рецепцию римского права в России XIX — начала XX вв.	47
2.1. Исторические факторы	47
2.2. Русская цивилистическая наука и культурное наследие римского права	60
ГЛАВА 3. Римское право и вещное право России: генетическая преемственность	75
3.1. Правовая характеристика вещных прав (понятие, становление, развитие)	75
3.2. Основания приобретения и прекращения права собственности	85
3.4. Римское наследственное право как базис становления наследственного права России	136
ГЛАВА 4. Римское право как прообраз обязательственного права России	145
4.1. Понятие, источники и порядок исполнения обязательств	145
4.2. Прекращение обязательств	178
4.3. Преемственность и юридическая природа договорных обязательств	183
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	206
ПРИМЕЧАНИЯ	211

Для заметок

Для заметок

Научное издание

Летяев Валерий Алексеевич

**РЕЦЕПЦИЯ РИМСКОГО ПРАВА
В РОССИИ XIX – НАЧАЛА XX В.
(историко-правовой аспект)**

Главный редактор *А.В. Шестакова*
Редактор *О.С. Кашук*
Технический редактор *М.Н. Растегина*
Художник *Н.Н. Захарова*

ЛР № 020406 от 12.02.97

Подписано в печать 21.05 2001 г. Формат 60×84/16.
Бумага типографская № 1. Гарнитура Таймс. Усл. печ. л. 14,18.
Уч.-изд. л. 15,25. Тираж 300 экз. (1-й завод 100 экз.).
Заказ . «С» 48.

Издательство Волгоградского государственного университета.
400062, Волгоград, ул. 2-я Продольная, 30.