

Ах
VIII
185

А. О. ШОТТОВСКИЙ
0
1917

ЮРИДИЧЕСКИХЪ

В Ы М Ы С Л А Х Ъ

ПРОВЕРЕНО

И

ПРЕДПОЛОЖЕНІЯХЪ,

О

СКРЫТЫХЪ И ПРИТВОРНЫХЪ
ДѢЙСТВІЯХЪ,

Дм. Мейера.



КАЗАНЬ.

1854.

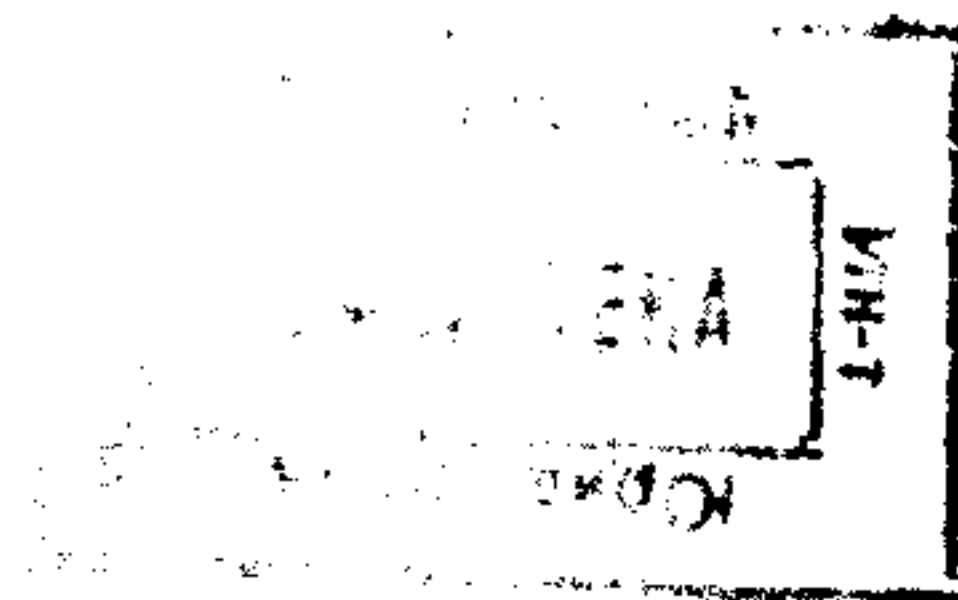


Проверено 1966

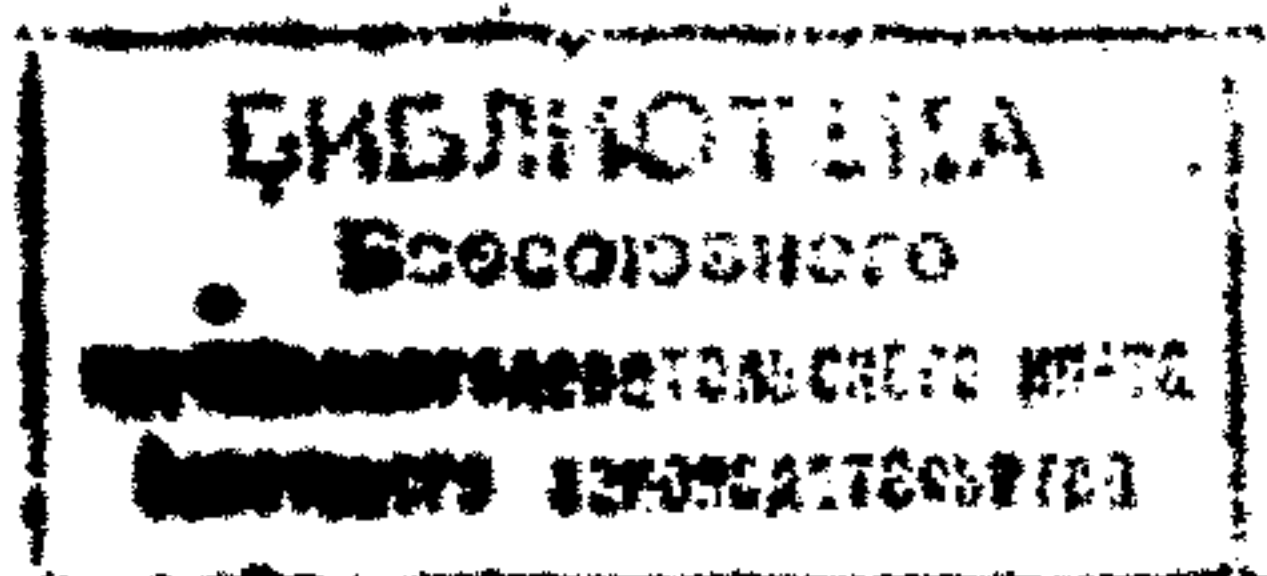
1857

Перепечатано изъ IV-й книжки Ученыхъ Записокъ за 1855 годъ.

13872.



16599



О ЮРИДИЧЕСКИХЪ
ВЫМЫСЛАХЪ И ПРЕДПОЛОЖЕНІЯХЪ,
СКРЫТЫХЪ И ПРИТВОРНЫХЪ ДѢЙСТВІЯХЪ.

Существующія въ юридическомъ быту опредѣленія, какъ бы отвлеченно они ни были выражены, относятся къ фактамъ, т. е. къ дѣйствіямъ людей и случаямъ, такъ-что можно по примѣненію какой-либо нормы заключить о существованіи соотвѣтственнаго факта; напр., на основаніи законовъ, А приговаривается къ платежу неустойки: значитъ, онъ былъ неисправенъ по договору; Б признается за собственника вещи: значитъ, онъ пріобрѣлъ ее однимъ изъ существующихъ способовъ пріобрѣтенія права собственности; В объявленъ незаконнорожденнымъ: значитъ, онъ родился не отъ того лица, которое при зачатіи или рожденіи было мужемъ матери. Обыкновенно однакожь нѣтъ никакого повода путемъ заключеній доходить до существованія фактовъ, подлежащихъ юридическимъ опредѣленіямъ: оно представляется наблюденію само собою и предшествуетъ приложенію по-

слѣднихъ, вызываетъ его. Но юридическій бытъ знакомить насъ также съ уклоненіями отъ нормальнаго порядка: опредѣленія, разсчитанныя на извѣстные факты, получаютъ силу, хотя послѣднихъ мы и не усматриваемъ. Къ такимъ уклоненіямъ обыкновенно относятъ слѣдующіе случаи. 1) Вымышленное существованіе факта, о которомъ извѣстно, что онъ вовсе не существуетъ или существуетъ въ другомъ видѣ: принадлежатъ сюда такъ называемые вымыслы права — *fictiones juris*. 2) Существованіе факта не раскрыто съ несомнѣнностью, но оно болѣе или менѣе вѣроятно и потому предполагается, и относящіяся къ нему опредѣленія идутъ въ ходъ: здѣсь заключеніе о фактѣ называется предположеніемъ, *praesumptio*. 3) Существованіе факта выражается другимъ фактомъ, какъ знакомъ его или эквивалентомъ. 4) Юридическія опредѣленія отнесены къ факту, выставляемому существующимъ въ замѣнъ другого факта, собственно подлежащаго тѣмъ юридическимъ опредѣленіямъ.

I.

Обратимся къ первому случаю: я указалъ его, имѣя въ виду преимущественно римское право, ученый анализъ котораго именно добылъ понятіе о юридическомъ вымыслѣ. Такъ уже у классическихъ римскихъ юристовъ встрѣчаемъ множество указаній на вымыселъ — *fictio*. Напр. Гай, изложивъ въ началѣ 4-го комментарія Институцій о *legis actiones*, представляетъ затѣмъ подходящія къ нимъ иски, основанные на какомъ-либо вымыслѣ. Въ § 32 читаемъ (по изд. Бекинга): «*Item in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo*

captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur». Здѣсь идетъ рѣчь объ откупщикѣ, которому предоставляется искать на должникѣ денегъ, какъ будто бы должникъ будетъ платить деньги для выкупа захваченнаго у него залога, тогда какъ захватъ залога (*pignoris capio*) не допускается и слѣдовательно нѣтъ повода къ его выкупу. Въ § 34: «Habemus adhuc alterius etiam generis fictiones in quibusdam formulis, velut cum is, qui ex edicto bonorum possessionem petiit, ficto se herede agit: cum enim praetorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum esse, neque id, quod defuncto debebatur, potest intendere dare sibi oportere; itaque ficto se herede intendit, veluti hoc modo: judex esto: si Aulus Agerius, id est ipse actor, Lucio Titio heres esset, tum si fundum, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oporteret; vel si in personam agatur, praeposita simili fictione — ita subjicitur: tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere». Т. е. bonorum possessor по вымыслу принимается за наследника (*fictus heres*) и затѣмъ въ правѣ предъявлять иски по имуществу умершаго. [Ср. у Ульпіана *Fragm. XXVIII. 12.* (по издан. Гуго) «Hi, quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur, beneficio Praetoris. Ideoque seu ipsi agant, seu cum his agatur, fictitiis actionibus opus est, in quibus heredes esse finguntur».] Въ § 35: «Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet: nam ex persona ejus, cujus bona emerit, sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset vel illi dare oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species

actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur». Покупщикъ наслѣдства ищетъ въ качествѣ наслѣдника по вымыслу. Въ § 56: «Ejusdem generis est quae Publiciana vocatur: datur autem haec actio ei, qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit; nam quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: judex esto: si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret et reliqua». Actio Publiciana предоставляется владѣльцу по вымыслу, будто отыскиваемая вещь уже приобрѣтена истцомъ по давности. Въ § 37: «Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi, velut si furti agat peregrinus aut cum eo agatur (si cum eo agatur), formula ita concipitur: judex esto: si paret, (ope) consiliove Dionis Hermaei filii furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret et reliqua; item si peregrinus furti agat, civitas ei romana fingitur. Similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni injuriae agat aut cum eo agatur, ficta civitate Romana judicium datur». Иностранецъ по вымыслу принимается за римскаго гражданина, когда является истцомъ либо отвѣтчикомъ по иску, установленному между римскими гражданами. Наконецъ въ § 38: «Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse: nam si ex contractu nobis obligatus obligatave sit et capite demi-

nutus deminutave fuerit, velut mulier per coëmptionem, masculus per adrogationem, desinit jure civili debere nobis, nec directo intendere — dare eum eamve oportere; sed ne in potestate ejus sit jus nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamve actio utilis, rescissa capitis deminutione, id est in qua fingitur, capite deminutus deminutave non esse». Подвергшійся capitis deminutio вымышленно не признается за такового и какъ отвѣтчикъ подлежитъ иску по обязательству, состоявшему до capitis deminutio. Съ возвращеніемъ изъ плѣна соединяется вымыселъ, что плѣна не было¹⁾. Равнымъ образомъ закону Корнеліеву о возвращеніи изъ плѣна приписывается установленіе вымысла, будто умершій въ плѣну умеръ уже ранѣе, передъ самымъ взятіемъ въ плѣнъ. (Fictio legis Corneliae. § 5. I. quibus modis jus potest. solvitur. I. 12. L. 1. C. de postliminio reversis. VIII. 51).

Я нахожу однакожь, что понятіе о юридическомъ вымыслѣ состоятельно только по-видимому, въ сущности же чуждо всякаго значенія и потому не производитъ исключенія изъ правила, которое подчиняетъ одни дѣйствительные факты юридическимъ опредѣленіямъ. Въ случаяхъ вымысла, представляющихся въ источникахъ римскаго права, мы усматриваемъ лишь обобщеніе извѣстнаго правила, распространеніе его отъ одного предмета на другой: какъ ни различны, можетъ быть, эти предметы между собою, но оказывается, что нѣкоторыя черты въ нихъ общія, и именно тѣ,

¹⁾ § 5. I. quib. mod. jus potest. solv. I. 12.... postliminium fingit eum, qui captus est, semper in civitate fuisse.

которыя собственно имѣтъ въ виду относящееся первоначально къ одному предмету юридическое опредѣленіе: поэтому, встрѣчая ихъ же и въ другомъ предметѣ, оно и его себѣ подчиняетъ. И такъ въ отношеніи къ данному правилу оба предмета дѣйствительно однородны и не требуется вымысла, чтобы представить ихъ таковыми. Я покажу это на примѣрѣ. По римскому праву¹⁾ возвратившійся изъ плѣна восстанавливается въ правахъ, и пребываніе въ рабствѣ у непріятеля смягчается такимъ образомъ мыслью, что по крайней мѣрѣ юридическія отношенія плѣнника въ отечествѣ не поражаются дѣйствіемъ рабства; но онъ можетъ не вернуться туда, можетъ умереть на чужбинѣ: что въ такомъ случаѣ содѣлается съ правами, восстановление которыхъ его ожидало? Чтобы смерть въ рабствѣ лишилась своего гражданского жала и чтобы посмертныя юридическія отношенія какъ умершаго въ плѣну, такъ и изъ него возвратившагося были уравнены между собою, требуется высвободить первого изъ — подъ дѣйствія правилъ, по которымъ обсуживается смерть человека, попавшаго въ неволю, и подчинить опредѣленіямъ о смерти свободного гражданина, не предшеству-

¹⁾ Ulp. Fragm. X. 4. Si pater ab hostibus captus sit, quamvis servus hostium fiat, tamen cum reversus fuerit, omnia pristina jura recipit jure postliminii. Sed quamdiu apud hostes est, patria potestas in filio ejus interim pendebit, et cum reversus fuerit ab hostibus, in potestate filium habebit; si vero ibi decesserit, sui juris filius erit. Filius quoque, si captus fuerit ab hostibus, similiter propter jus postliminii patria potestas interim pendebit. XXIII. 5. Si is, qui testamentum fecit, ab hostibus captus sit, testamentum ejus valet: siquidem reversus fuerit, jure postliminii; si vero ibi decesserit, ex lege Cornelia, quae perinde successionem ejus confirmat, atque si in civitate decessisset.

емой притомъ нахожденіемъ въ плѣну, ибо иначе онъ все-таки отзовется на дѣлахъ умершаго. Такимъ образомъ смерть плѣнника должна получить такое же значеніе, какое присвоено смерти свободного лица при поступленіи въ плѣнъ, что выражается вымысломъ, будто умершій въ плѣну скончался, когда былъ захваченъ непріателемъ. Можетъ показаться, что ближе бы было распространить на смерть плѣнника постановленія о смерти лица въ мгновеніе возврата изъ плѣна, такъ-какъ задача именно заключается въ томъ, чтобы одинаково опредѣлить гражданское положеніе подпавшихъ плѣну, какъ возвращающихся изъ чужой стороны, такъ и тамъ умирающихъ. Тогда послѣдніе по вымыслу должны бы были также считаться возвратившимися, но скончавшимися на порогѣ отечества. Замѣтимъ однакоже, что во времена Корнеліева закона¹⁾ смерть въ этотъ моментъ съ точки зрѣнія права ничѣмъ не разнилась съ смертью лица, захватываемаго въ плѣнъ: въ томъ и другомъ случаѣ нѣтъ поры рабства въ жизни умершаго, а потому все равно, куда ни отнести вымыселъ. Вѣроятно притомъ, что возвращеніе изъ плѣна встрѣчалось у Римлянъ гораздо рѣже нежели смерть въ битвѣ и что объ умершемъ плѣнникѣ могли и не всегда знать, когда онъ скончался и не убитъ ли онъ непріателемъ. Тутъ вымыселъ и дѣйствительность могли иногда совпадать.

Юридическій вымыселъ въ такомъ случаѣ основательно притязалъ бы на самостоятельное значеніе и не составлялъ бы

¹⁾ См. *Das jus postliminii und die fictio legis Corneliae. Eine rechtshistorische Abhandlung* von Ed. Fr. Hase. 1851. Стр. 192 — 194.

только приёма для распространения правила отъ одного предмета на другой, если бы достаточно было допустить вымыселъ, чтобъ обнимаемый имъ фактъ совершенно отрѣшился отъ настоящей своей юридической природы, облекся бы, такъ сказать, въ новую юридическую природу и сталъ бы во всѣхъ отношеніяхъ совпадать съ фактомъ - прототипомъ, или если бы вымыселъ относился къ чему - либо вовсе не существующему, оказывающемуся юридически существующимъ именно только по вымыслу. Но нѣтъ ни того, ни другого: только въ извѣстномъ отношеніи вымыселъ дѣйствуетъ на фактъ, который во всемъ прочемъ подходитъ подъ собственныя свои опредѣленія: такъ умершій плѣнникъ по посмертнымъ юридическимъ отношеніямъ вымышляется умершимъ при взятіи въ плѣнъ; напр. законно составленное имъ на свободѣ духовное завѣщаніе не признается уничтоженнымъ вслѣдствіе *capitis deminutio maxima*¹⁾, но онъ, напр., не считается умершимъ въ званіи опекуна, если и былъ таковымъ при плѣненіи²⁾. Равнымъ образомъ всегда есть из-

¹⁾ L. 1. § 1. D. ad legem Falcidiam. XXXV. 2. Lex Falcidia etiam ad eos, qui apud hostes moriuntur, propter legem Corneliam pertinere videtur, quod ea lex perinde eorum testamenta confirmat, atque si in civitate decessissent: propter quam fictionem lex Falcidia et omnes testamentariae pertinent, quae tamen possint locum habere.

²⁾ § 4. I. quibus modis tutela finitur. I. 22. Sed et capitis deminutione tutoris, per quam libertas vel civitas ejus amittitur, omnis tutela perit. Minima autem capitis deminutione tutoris, veluti si se in adoptionem dederit, legitima tantum tutela perit, ceterae non pereunt. Sed pupilli et pupillae capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelas tollit. — L. 14. § 1. 2. D. de tutelis.

вѣстные факты, подвергаемые дѣйствию вымысла, только что они въ данномъ случаѣ опредѣляются иначе чѣмъ въ другихъ случаяхъ. Въ нашемъ примѣрѣ смерть плѣнника дѣйствительно воспослѣдовала, но только юридическою нормою по отношеніямъ посмертнымъ служатъ ей правила о смерти свободного человѣка¹⁾).

Но если понятіе о юридическомъ вымыслѣ не представляетъ самостоятельнаго начала, не допускаетъ неограниченнаго простора для выводовъ и даетъ не болѣе и не менѣе какъ простое распространеніе законоположенія, то спрашивается, къ чему оно праву и какъ попало оно именно въ практическое римское право? Вымыселъ есть плодъ воображенія, гостя незваннаго и нежданнаго въ области права: какъ случилось, что въ холодномъ и чуждомъ увлеченій римскомъ правѣ онъ нашелъ себѣ пріютъ и значеніе? Непогрѣшительный оракулъ исторіи даетъ намъ отвѣтъ: попытаемся изъяснить его и какъ слѣдуетъ имъ воспользо-ваться.

XXVI. 1. Item si in servitutem pupillus redigatur, utique finitur tutela. Aliis quoque modis desinunt esse tutores, si forte quis ab hostibus fuerit captus, vel pupillus vel tutor. — L. 7 § 1. l. 8. D. de tutelae et rationibus distrahendis, et utili curationis causa actione. XXVII. 3. Si tutor in hostium potestatem pervenerit, quia finita tutela intelligitur, fideiussores, qui pro eo rem salvam fore sponderint, et si quis existat defensor ejus, qui paratus est suscipere judicium tutelae, vel si quis sit curator bonis ejus constitutus, recte convenientur. — Quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit reintegrare.

¹⁾ Дѣйствіе вымысла выражается слѣдующею формулою: *fictio idem operatur in casu ficto, quod veritas in casu vero*. Weiske *Rechtslexikon* IV. 277.

Извѣстно, что въ глубокой древности строгій формализмъ характеризуетъ римское право и составляетъ тотъ могучій остовъ, съ которымъ является оно въ послѣдствіи въ державномъ всемірно-историческомъ величіи: съ точно-стью опредѣлены были случаи, когда общественная власть вступалась въ дѣла прибѣгавшихъ къ ней частныхъ лицъ, которыхъ дѣятельность при семъ устанавливалась съ величайшею точностію, съ неумолимымъ примѣненіемъ извѣстныхъ формулъ. Гай рассказываетъ анекдотъ, что проситель, искавшій о подрѣзанныхъ лозахъ, потерялъ дѣло затѣмъ, что не назвалъ ихъ деревьями, такъ — какъ служившій ему основаніемъ законъ 12 таблицъ упоминалъ вообще о подсѣченныхъ деревьяхъ. *Gaj. IV. 11.*

Формализмомъ древняго права объясняется сохранившаяся донынѣ въ римскомъ правѣ индивидуальная связь между правомъ и искомъ, его охраняющимъ, связь, вызывавшая въ отдѣльныхъ случаяхъ изслѣдованіе и разрѣшеніе вопроса, слѣдуетъ ли такое — то право охранить такимъ — то искомъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ точнѣйшее опредѣленіе и того и другого. Даровитѣйшіе люди нашли себѣ въ этомъ занятіи обширное поприще практической умственной дѣятельности и тѣмъ подготовили позднѣйшее значеніе римскаго права. Съ другой стороны формализмъ долженъ былъ породить потребность въ обобщеніи законныхъ опредѣленій: принадлежа къ быту младенческому, они конечно какъ и всѣ первобытные законы, относились всегда къ конкретнымъ случаямъ, которые характеризовали живо, наглядно, но съ исчисленіемъ индивидуальныхъ признаковъ случая, и

потому затрудняли распространение на другие однородные случаи, представлявшие какія-либо особенности въ безконечномъ разнообразіи дѣйствительности. Формализмъ требовалъ буквального примѣненія конкретнаго закона, жизнь требовала его обобщенія, котораго однакожь нельзя было совершить чрезъ замѣну того закона изложеніемъ общаго кроющагося въ немъ юридическаго начала: на то не приспѣло время, ни созрѣло достаточно право; такое обобщеніе есть дѣло мысли, науки, а у насъ въ виду пора римской жизни, когда чувственныя воззрѣнія преобладали въ учрежденіяхъ и отвлеченная дѣятельность, хотя бы и проявилась, не могла получить практическое значеніе. Та же сила, которая создала законъ въ конкретномъ видѣ, какъ опредѣленіе отдѣльнаго случая съ чувственными, осязательными признаками, указала на пріемъ для распространенія этого закона на другие случаи, для примиренія, значитъ, формализма съ упорствующею противъ него дѣйствительностію, — сила воображенія. Законъ велитъ представлять такой-то случай: есть случай однородный, но съ нѣсколькими иными признаками и потому подъ законъ не подходящій; и вотъ законъ же велитъ представлять, что нѣтъ этихъ особенностей, что случай потому тотъ же, что изображенъ закономъ, и слѣдовательно подъ него подходящій. Другими словами, власть прибѣгаетъ къ вымыслу: не жертвуя формализмомъ, она удовлетворяетъ условіямъ жизни и вмѣстѣ съ тѣмъ вѣрна духу времени.

Такъ объясняется происхожденіе вымысла въ положительномъ римскомъ правѣ и долженъ онъ поему относиться къ древнѣйшему юридическому быту. Дѣйствительно у Гая,

составляющаго главнѣйшій нашъ авторитетъ, вымыслы связаны съ *legis actiones*, древнѣйшими судопроизводственными актами, которые именно сгубилъ наконецъ доведенный до крайности формализмъ¹⁾, и связаны съ замѣнившимъ *legis actiones* формулярнымъ судопроизводствомъ, которое также пропитано формализмомъ; *postliminium* современенъ римскому государству;²⁾ Корнеліевъ законъ, къ которому сводится вымыселъ о военноплѣнныхъ, явился никакъ не позже временъ республики. Но очень можетъ быть, что римскіе юристы по преданію и въ послѣдствіи выясняли себѣ распространеніе закона при посредствѣ вымысла, тѣмъ болѣе, что усовершеніе права постоянно происходило путемъ разширенія его источниковъ: по подобію употребительныхъ исковъ преторъ даетъ новые — *utiles actiones*; являются учрежденія на подобіе существующихъ, какъ-бы съ ними тождественныя — *quasi ex contractu obligatio*, *quasi ex delicto obligatio*, *quasi possessio* и др. Но ни въ какомъ случаѣ юристы съ вымысломъ не связывали никакой практической особенности, а имѣли въ виду только одно примѣненіе юридической истины ко всѣмъ случаямъ, по сущности своей подѣе подходящимъ, хотя бы по-видимому они исключали ея примѣненіе.

Практическая сила вымысла предполагала формализмъ какъ условіе своей жизни, но юристы сокрушили его, и онъ отслужилъ свою службу: вмѣстѣ съ тѣмъ и вымыселъ оказался совершенно лишнимъ пріемомъ въ правѣ, и потому

¹⁾ Gaj. IV. 30.

²⁾ Газе, стр. 17. 18.

вовсе не кстати понятіе о вымыслѣ независимо отъ историческаго значенія получило ходъ въ ученой разработкѣ римскаго права: гдѣ встрѣчалось какое-нибудь обобщеніе правила, юристы готовы были допустить существованіе вымысла.

1. Такъ выставили они вымышленное владѣніе¹⁾: именно есть случаи, въ которыхъ на лицо не владѣющее распространяются нѣкоторыя положенія о владѣльцѣ; отвѣтчикомъ по иску собственности представляется владѣлецъ отыскиваемой вещи и наравнѣ съ нимъ лицо, не владѣющее ею, но отъ иска не уклонившееся или только для того переставшее владѣть, чтобъ имѣть поводъ уклониться отъ иска²⁾. Но въ источникахъ и помину нѣтъ о вымыслѣ, а только идетъ рѣчь о послѣдствіяхъ недобросовѣстности, обнаруженной человекомъ, который сталъ на судъ какъ отвѣтчикъ, вмѣсто того, чтобы объявить истцу, что владѣлецъ и вмѣстѣ съ тѣмъ отвѣтчикъ — другой, или который, чтобы только не стать на судъ, передалъ владѣніе кому-либо стороннему. Но что тутъ нѣтъ вымышленнаго владѣнія, показываетъ самое признаніе

¹⁾ См. у Мюленбруха *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, 3-te Aufl. 1840. II. § 231.

²⁾ L. 25. D. de rei vindicatione. VI. 1. Is, qui se obtulit rei defensionī sine causa, quum non possideret, nec dolo fecisset, quo minus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait. Quae sententia vera est; sed hoc post litem contestatam. Ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, quum vere non possideret; nec videtur se liti obtulisse, qui discessit. — L. 13. pr. D. de hereditatis petitione. V. 3. Nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.