7183

ОБЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХЪ

ПО РИМСКОМУ ПРАВУ

сочиненіе

Б. ВИНДШЕЙДА.

Переводъ съ нѣмецкаго подъ редакціею и съ примѣчаніями

редактора-издателя «Судебнаго Вѣстника».

А. Б. ДУМАШЕВСКАГО.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія А. Думашевскаго, Невскій проспектъ, № 8.
1875.

Помѣщая настоящее сочиненіе въ видѣ приложенія къ издаваемому мною «Судебному Журналу», мы сочли полезнымъ пустить въ продажу нѣсколько оттисковъ этого сочиненія въ видѣ отдѣльной книги, чтобы этимъ доставить возможность пользоваться ею и тѣмъ изъ нашихъ юристовъ, которые не состоятъ подписчиками на наши изданія.

Оканчивая этотъ значительный трудъ, мы не можемъ не выразить своего сожалѣнія, что при предпріятіи его мы слишкомъ понадѣялись на свои личныя рабочія силы: мы надѣялись имѣть время самому сдѣлать весь переводъ текста и снабдить его подробными примѣчаніями по русскому праву. Къ сожалѣнію, занятія по редактированію издаваемыхъ нами двухъ періодическихъ изданій, составленію и печатанію «Свода» и др. изданій лишили насъ возможности вполнѣ осуществить это намѣреніе наше. Мы лишены были возможности снабдить это изданіе примѣчаніями въ томъ размѣрѣ, какъ это было предположено нами.

Пользуемся этимъ случаемъ, чтобы выразить нашу признательность за оказанное намъ содѣйствіе присяжному повѣренному В. Д. Рычкову и помощнику присяжнаго повѣреннаго М. И. Мышу, коимъ принадлежитъ весь переводъ примѣчаній и часть текста; но при этомъ считаемъ нужнымъ добавить, что большая часть текста переведена лично нами, а остальная часть провѣрена нами по оригиналу, а потому принимаемъ на себя полную отвѣтственность за точную передачу текста.

Въ виду трудности типографскаго набора и корректуры подобнаго сочиненія, состоящаго изъ смѣшаннаго (русскаго, латинскаго и нѣмецкаго) содержанія и возможныхъ по этому опечатокъ, — все сочиненіе, по отпечатаніи его, было провѣрено съ оригиналомъ г. Мышемъ, который уполномочилъ насъ заявить, что кромѣ составленнаго имъ списка поправокъ и опечатокъ, другихъ неисправностей противъ оригинала въ выпускаемой нами книгѣ нѣтъ.

Переводъ сдѣланъ по третьему изданію.

Покорнѣйше прошу читателей исправить указанныя опечатки. (См. стр. XIII).

А. Думашевскій.

18 декабря 1874 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ

ОБЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХЪ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

I. Понятіе права по обязательству 1

II. Предметъ обязательствъ 6

A. Вообще . . . . . —

Дѣлимость и недѣлимость удовлетворенія 8

Опредѣленность и неопредѣленность удовлетворенія . . 10

B. Предметы обязательствъ, заслужив. особаго разсмотрѣнія 18

1. Деньги . . . . . —

2. Удовлетворенія интереса 23

3. Проценты 30

III. Содержаніе обязательствъ 36

A. Вообще . . . . . —

B. Послѣдствіе для должника отъ доведенія кредитора до суда 37

C. Невозможность удовлетворенія 40

Виновность должника 43

Д. Несостоятельность и конкурсъ 46

1. Несостоятельность . . . . . —

Право несостоятельнаго должника на оставленіе ему имущества, необходимаго для его существованія . 47

2. Конкурсъ 51

E. Время исполненія 56

1. Надлежащее время исполненія . . . . . —

Учетъ процентовъ 57

Недобровольная отсрочка 59

2. Просрочка 60

a. Понятіе . . . . . —

b. Необходимыя условія просрочки 61

c. Дѣйствіе просрочки 67

d. Прекращеніе просрочки 72

F. Мѣсто исполненія 73

G. Усиленіе власти кредитора 76
1. Вообще . . . . . —
2. Обѣщаніе исполненія обязательства 77
3. Добровольная неустойка 79

H. Естественныя обязательства 83
1. Понятіе . . . . . —
2. Юридическое значеніе 86
3. Частные случаи. 90

IV. О субъектахъ обязательствъ 98
Обозрѣніе . . . . . —

A. Неопредѣленность субъекта . . . . . —

B. Множество субъектовъ въ обязательствѣ 101
Введеніе . . . . . —
1. Корреальныя обязательства 103
a. Правовое отношеніе . . . . . —
b. Возникновеніе обязательства. 113
2. Обыкновенныя солидарныя обязательства 115
3. Множество должниковъ или кредиторовъ при недѣлимости удовлетворенія по обязательству 119
Прибавленіе 123

V. Возникновеніе обязательственныхъ правъ . . . . . —
Введеніе. . . . . —

A. Юридическія сдѣлки. 124
1. Одностороннія юридическія сдѣлки . . . . . —
2. Договоръ. 126
a) понятіе и заключеніе . . . . . —
b) предварительный договоръ и предварительные приговоры (Punctatio) 141
c) условія дѣйствительности договоровъ. 143
α) Вообще. . . . . —
β) Форма договоровъ . . . . . —
γ) Договоръ, заключ. посредствомъ воли другаго . 146
δ) Содержаніе договоровъ 150
Договоръ, исполненіе коего невозможно 151
Договоръ въ пользу третьяго лица.. 154
Договоръ за счетъ третьяго лица 161
Основаніе договора. . . . . —
d) Виды договора 164
α) Чистый (абстрактный) договоръ и договоръ, опредѣляемый по его индивидуальнымъ признакамъ . —
β) Односторонніе и двухсторонніе договоры . . . 165

ε) Двусторонніе договоры въ особенности 166
γ) Договоры, основанные на рискѣ (Glücksverträge) . 174
δ) Дополнительные договоры (Nebenvertäge) . . . 175
e) Обеспеченіе договора 178
α) Присяга. Неустойка . . . . . —
β) Задатокъ . . . . . —

B. Правонарушенія (Delictum) 179

VI. Измѣненіе права требованія 182
a) Относительно предмета его. . . . . —

b. Относительно субъектовъ обязательства. 185
1. Посредствомъ общаго преемства. . . . . —
2. Посредствомъ частнаго преемства . . . . . —
c) Частное преемство въ правѣ требованія . . . . —
Введеніе . . . . . —
α) Актъ передачи. 189
β) Дѣйствіе передачи 191
γ) Возможность передачи 203
δ) Правоотношенія между кредиторомъ и пріобрѣтателемъ права по обязательству 207
ε) Передача вещныхъ требованій 208

Частное преемство отвѣтственности по обязательствамъ. 210

VII. Прекращеніе правъ по обязательствамъ 214
A. Общія правила. . . . . —
B. Отдѣльные способы прекращенія обязательствъ . . 215
1. Исполненіе . . . . . —
α) Дѣйствіе и условія его. . . . . —
C. Доказательство исполненія 225
D. Просрочка со стороны кредитора 227
α) Общія условія . . . . . —
β) Дѣйствіе 229
d) Предоставленіе предмета обязательства чрезъ посредство суда 231
2. Компенсація (зачетъ). 242
a) Понятіе . . . . . —
b) Дѣйствіе 233
c) Презумпція 237
d) Дополненіе 242
3. Соединеніе въ одномъ лицѣ права и отвѣтственности по обязательству 244
4. Возобновленіе обязательства, новація (novatio). . 246
a) Понятіе и дѣйствіе . . . . . —

b) Условія 249
c) Значеніе новаціи въ смыслѣ установленія новаго обязательства. 255
Такъ называемая novatio necessaria. 258
5. Прощеніе долга (Erlass) 259
Недобровольное прощеніе. Квалифициров. прощеніе. . 262
6. Смерть кредитора или должника 264
7. Невозможность исполненія. 268
8. Другіе случаи прекращенія обязательствъ 270

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Отдѣльныя обязательственныя права. 272
Обзоръ . . . . . —
I. Обязательственныя права, основанныя на договорѣ. . . 273
Обзоръ . . . . . —
A. Чистый договоръ. 274
B. Дареніе. 275
1. Понятіе. . . . . —
2. Обязательство. 280
3. Особенныя постановленіи о дареніи 282
4. Особые виды даренія. 286
C. Договоры, имѣющіе своимъ содержаніемъ возвращеніе взятаго имущества 291
1. Заемъ . . . . . —
a) Понятіе и общія условія . . . . . —
в) Обязательства 294
c) Доказательство. 296
d) Воспрещ. займа состоящимъ подъ чужою властью . 299
2. Ссуда. 305
a) Ссуда въ тѣсномъ смыслѣ слова. . . . . —
α) Понятіе . . . . . —
β) Обязательство 306
3. Отдача на храненіе 310
a) Обыкновенный случай. . . . . —
α) Понятіе . . . . . —
β) Возникающія изъ договора поклажи обязательства 311
a) Особенные случаи 312
α) Такъ называемое depositum irregulare. . . . —
β) Секвестръ 314
4. Залогъ 315
a) Понятіе . . . . . —
b) Обязательства 316

5. Такъ называемый contractus aestimatorius 318
6. Принятіе вещей корабельщиками и содержателями гостинницъ и постоялыхъ дворовъ. 320
7. Другіе договоры, съ обязательствомъ возвратить полученное 322

Д. Договоры, основанные на обмѣнѣ 323
1. Купля - продажа . . . . . —
a) Понятіе . . . . . —
b) Заключеніе сдѣлки. 325
c) Обязательства 331
α) Вообще . . . . . —
β) Частности 334
aa. Покупщикъ несетъ рискъ. . . . . —
bb. Отвѣтственность продавца за эвикцію. . . 339
cc. Отвѣтственность продавца за свойство вещи. 346
αα) За недостатки . . . . . —
ββ) Отсутствіе въ проданной вещи какихъ либо достоинствъ. 353
d) Право отказа. 354
e) Особенные предметы купли. 356
2. Мѣна. 357
3. Наемъ . . . . . —
α) Понятіе и совершеніе . . . . . —
b) Обязательства 359
α) Имущественный наемъ . . . . . —
β) Личный наемъ 364
c) Прекращеніе. 368
d) Особенное примѣненіе договора найма . . . 370
e) Товарищество 374
1. Понятіе и заключеніе. . . . . —
2. Правоотношенія 377
α) Внутреннія, между самими товарищами . . . —
b) Внѣшнія, къ третьимъ лицамъ. 379
3. Прекращеніе 381
f) Порученіе 383
1. Понятіе и заключеніе . . . . . —
2. Обязанности 384
3. Прекращеніе 386
4. Особенные виды порученія 387

G. Договоры съ цѣлью юридическаго упроченія чего либо . 393
1. Признаніе . . . . . —

2. Мировая сдѣлка 400
a) Понятіе и правоотношеніе. . . . . —
1. Причины недѣйствительности 403
2. Договоръ третейскаго разбирательства 406
a) Понятіе и дѣйствіе. . . . . —
b) Условія обязательности распоряженій третейскаго судьи. Недѣйствительность договора о третейскомъ разбирательствѣ 408
c) Договоръ съ третейскимъ судьей 410
3. Договоръ о рѣшеніи спора присягой. . . . . —
H. Игра и пари 411
II. Обязательства изъ quasi-договорныхъ основаній. . . . 416
A. Обогащеніе безъ законнаго основанія . . . . . —
1. Понятіе. . . . . —
a) Обогащеніе . . . . . —
b) Обогащеніе безъ законнаго основанія. 419
2. Обязательство. 425
3. Особенные случаи. 428
a) Обогащеніе изъ удовлетворенія, даннаго во исполненіе обязательства, по ошибкѣ предположеннаго существующимъ . . . . . —
b) Обогащеніе изъ удовлетворенія, даннаго подъ предположеніемъ, которое должно осуществиться въ будущемъ 435
B. Добровольное веденіе чужихъ дѣлъ 440
C. Опека и попечительство надъ имуществомъ 449
Опека надъ несовершеннолѣтними . . . . . —
Введеніе. . . . . —
a) Установленіе опеки 452
α) Назначеніе . . . . . —
β) Способность и годность къ опекѣ 457
γ) Отказъ отъ опеки 459
б) Вступленіе 462
в) Прекращеніе опеки 463
D. Правоотношенія. 465
α) Правоотношеніе между опекуномъ и подъопечнымъ . . . . . —
aa. Вообще. . . . . —
bb. Въ частности. 468
β) Власть опекуна 470

c) Взаимныя отношенія опекуновъ, когда ихъ бываетъ нѣсколько 476
δ) Отвѣтственность придаточныхъ и другихъ лицъ. 479
1) Опекунскій надзоръ 481
2. Другіе случаи опеки 482
3. Попечительство надъ имуществомъ 484
D. Должность 486
E. Общность владѣнія и неопредѣленность границъ. . . 487
1. Общность владѣнія . . . . . —
2. Неопредѣльность границъ. 492
III. Требованія, возникающія изъ проступковъ и сходныхъ съ ними случаевъ 493
Злой умыселъ . . . . . —
A. Похищеніе (Entwendung) 495
1. Понятіе. . . . . —
2. Обязанности 497
3. Особенные случаи. 499
B. Поврежденіе 502
1. Аквильскій законъ и его распространеніе . . . . —
2. Другія постановленія. 508
3. Поврежденіе вещами. 512
a) Недвижимыми (Grundstüke). . . . . —
α) Вообще . . . . . —
β) Въ частности 513
c) Прибавленіе 516
C. Движимыми вещами 518
D. Принужденіе и обманъ . . . . . —
E. Переукрѣпленіе имущества ко вреду кредиторовъ. . . 520
F. Противозаконное нарушеніе фактическаго состоянія. . 526
1. Нарушеніе владѣнія . . . . . —
2. Учиненіе чего либо противъ чужой воли 528
3. Учиненіе чего либо вопреки возраженія 533
G. Нарушеніе постановленій объ употребеніи публичныхъ вещей 539
H. Нарушеніе права погребенія 542
I. Нарушеніе судебной защиты. . . . . —
K. Нарушеніе обязанностей службы 543
L. Неправый процессъ 546
M. Оскорбленіе (iniuria) . . . . . —
IV. Другія законныя обязательства 548

A. Обязательства, возникающія изъ законныхъ ограниченій собственности . . . . . —
B. Обязанность къ предъявленію. 551
C. Обязанность къ доставленію пропитанія 553
V. Отвѣтственность за обязательства другихъ 558
A. Поручительство. . . . . —
1. Понятіе и совершеніе . . . . . —
2. Обязанности поручителя 560
a) Вообще . . . . . —
b) Право поручителя требовать, чтобы взысканіе было прежде обращено на должника 564
c) Множество поручителей. Поручитель за поручителя 567
d) Прекращеніе обязанности поручителя. . . . 570
Регрессъ поручителя 571
B. Такъ называемыя actiones adiectitiae qualitatis . . 572
1. Actio quod iussu, actio institoria, actio exercitoria. —
2. Actio de in rem verso. 577
3. Actio de peculio. 579
C. Принятіе на себя чужихъ обязательствъ лицами женскаго пола 583
1. Право веллеяновскаго сенатусконсульта 583
2. Позднѣйшія измѣненія 591

ОПЕЧАТКИ.

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО:	ДОЛЖНО БЫТЬ:
3	—	27	подаетъ	подастъ
—	—	9	понятія	понятія
10	5	—	недѣлимаго	недѣлимыхъ
11	—	2	на	въ
12	16	—	относятся	относится
13	—	24	dlvevs	diversa
—	—	22	какъ	»
16	—	8	собственный трактъ	особенный трактатъ
17	—	2	исполненіе	объявленіе
—	—	15	условнюмъ	условнымъ
18	—	18	томъ	этомъ
19	11	—	Poldschmidi	Goldschmid
—	—	12	этомъ	этотъ
20	26	—	Göuner	Gönner
21	8	—	рода	родъ
22	—	9	доставленія	доставленіе
—	—	13	въ	къ
23	—	7	онъ	оно
—	—	22	Schadenersatb	Schadenersatz
—	—	23	Lchöman	Schöman
—	—	26	Beiträhe	Beiträge
24	—	20	nber das Mass	über das Mass des
28	—	13	Если извѣстно	если неизвѣстно
29	17	—	Венгеровъ	Вангеровъ
29	21	—	Quad	Quod
30	—	24	OAJ	OAG
31	19	—	также	таковое
—	—	13	наростаютъ	не наростаютъ
—	—	15	предаточное	придаточное
32	—	5	Согласно	согласенъ
—	—	19	Ст.	См.
33	7	—	проценты или выражаютъ	проценты выражаютъ
—	—	4	совершенномъ	современномъ
40	16	—	этотъ	этомъ
—	—	2	Einflutz	Einflüss
42	14	—	послѣднюю	послѣдняго
43	—	9	учинилъ	уяснилъ
44	—	4	А. М.	Др. Мн.
—	—	16	Scludmoment	Schuldmoment
45	20	—	если	или
—	—	5	обохъ	обоихъ
46	1	—	вовсе не предусматриваютъ	предусматриваютъ
48	21	—	Вагнеровъ	Вангеровъ
49	9	—	деньги	долги
—	—	3	А. М.	Др. Мн.
50	18	—	на время	во время
52	—	10	Пухна	Пухта
—	—	11	обыкновенныхъ	обыкновенныя
55	—	6	легаторіи	легатаріи
59	15	—	Moratovium	Moratorium
61	22	—	не можетъ	можетъ
63	14	—	невозможно	не нужно
64	—	23	Ссылаясь	Ссылались

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО:	ДОЛЖНО БЫТЬ:
64	—	17	спора	вопроса
65	—	16	couveniatur	conveniatur
66	17	—	HIB	HGB
—	—	7	кретитора	кредитора
67	6	—	удовлетворенію	къ удовлетворенію
68	4	—	его	ею
—	19	—	actienes	actiones
—	—	2	производится perpetuari	производитъ perpetuatio
69	6	—	споромъ	споренъ
—	9	—	моменту	къ какому моменту
—	—	6	исполненіемъ	исполненія
70	13	—	удовлетворенія полученія предмета	предмета
72	14	—	послѣднія условія	послѣднія опредѣляютъ условія
—	—	10	къ пользу	въ пользу
73	16	—	позицію	новацію
74	3	—	должникъ	кредиторъ
—	10	—	мѣста, нахожденія	по мѣсту нахожденія
76	6	—	его должника	его, должника
—	11	—	обязалъ	обязанъ
—	—	13	предполагается	предлагается
77	—	12	constitum	constitutum
78	—	2	bebiti	debiti
81	12	—	неретойку	неустойку
—	16	—	несвоевреченнаго	отъ несвоевременнаго
—	—	6	Лзбе	Либе
82	13	—	Бухкз	Бухка
—	—	14	volnerim	volucrim
83	—	2	Christianzen	Christianzen
84	11	—	Jagrb	Jahrb.
—	10	—	hanbelsrechtlichen	handelsrechtlichen
—	14	—	bes	des
—	19	—	Neid.	Heid.
—	—	7	ondebiti	indebiti
85	15	—	обязательными	обязательствами
—	—	9	потому	почему
86	7	—	настолько	не столько
—	—	14	obliratio	obligatio
—	—	9	ud	ad
87	—	7	отличіе приведенному	отличіе, приведенное
—	—	8	поведеніе	проведеніе
—	—	19	что нибудь	что что нибудь
88	19	—	colut	Soluti
91	9	—	наслѣдователемъ	наслѣдодателемъ
92	20	—	подписателемъ	надписателемъ
93	—	2	naurati	naturali
95	—	26	обязательствъ	обязательство,
97	—	12	истопниковъ	источниковъ
99	16	—	d. hem. Rehts	d. gem. Rechts
100	—	18	акцентъ	акцептъ
—	—	8	Фриблабъ	Фридлабъ
101	—	18	VJSeg	VJSch
102	23	—	экономическаго	экономическаго
104	13	—	obligaño	obligatio
—	19	—	присяги судей	присяги
—	—	3	торжествомъ	тождествомъ
105	—	2	beneficium u excussionis	u beneficium excussionis
—	—	9	Brit.	Krit.
106	—	10	Brit.	Krit.
107	6	—	можетъ	можетъ быть
108	22	—	составленъ	доставленъ
—	—	6	оно	она
117	—	10	поклажъ принимателей	поклажепринимателей
127	—	27	gem. K	gem. R.

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО:	ДОЛЖНО БЫТЬ:
130	14	—	заказа инаго	заказаннаго
—	—	21	по дѣйствію	къ дѣйствію
131	10	—	въ томъ случаѣ когда	въ какой
—	—	13	преемственности	привѣнимости
133	—	6	повредитъ	не вредитъ
134	—	16	Ст.	См.
135	2	—	одного	однако
139	—	2	выскаетъ	вытекаетъ
141	12	—	приговоры	переговоры
154	—	3	Штрипшенманъ	Штрипшельманъ
166	—	5	ecterisque	ceterisque
168	1	—	за то	то
170	—	26	Madan	Madai
171	—	11	преграда	природа
179	—	2	невыдачи	невыдачи предмета
184	—	12	Дарибургъ	Дерибургъ
186	—	19	давать вообще	давать не вообще
188	—	4	Кöрреп	Кöрреп
191	—	19	ниже	внизу
195	—	3	кава	какъ
196	14	—	тотъ же	тамъ же
197	—	19	Вингеровъ	Вангеровъ
198	—	24	должно	то должно
199	—	25	А. М.	Др. Мн.
—	—	26	Швачертъ	Шванертъ
200	—	11	ss fungibiles	res fungibiles
201	19	—	доказательство той сдѣлки	доказать ту сдѣлку
206	12	—	Кроннъ	Кроппъ
207	—	9	мѣсто	мѣста
220	—	17	Hereditoris	hereditatis
230	2	—	обусловливаются	обусловливаемыя
232	22	—	за	zu
233	6	—	уничтожаетъ	не уничтожаетъ
236	14	—	ему	ему, должнику
240	19	—	по второму	ко второму
241	5	—	права обязанности	права и обязанности
243	9	—	того торга	торга
—	22	—	право учрежденія	право удержанія
—	—	17	V. G.	VJ.
273	—	2	и то	и то,
275	—	9	изъятія переданнаго изъ имущества	изъятія изъ имущества
276	—	7	посредство	посредствомъ
282	—	17	я въ	и въ
283	14	—	оно распространяется	оно безмотивно распространяется
284	—	24	lexcineia	lex Cineia
285	—	1	verier	verior
—	—	2	revocutio	revocatio
—	—	13	наслѣдовало	послѣдовало
—	—	17	затрачиваетъ	затрогиваетъ
287	—	10	Verles.	Vorles.
288	12	—	Pabla	Pauli
289	—	8	veiit	velit
291	—	7	naseitur	nascitur
—	—	21	aepositum	depositum
—	—	22	Muium	Mutuum
292	13	—	possepionis	possessionis
—	23	—	называютъ	показываютъ
—	—	4	nousine	nomine
294	—	4	консестальный	консесуальный
—	—	13	долгахъ	деньгахъ
—	—	18	ves	res
—	—	21	bena	bona
295	—	16	Безолеръ	Безелоръ

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО	ДОЛЖНО БЫТЬ:
295	—	18	nuaticum	nauticum
296	—	13	Cob Gormog	Ced. Germog.
—	—	28	у Глейста	у Гнейста
297	20	—	Кроппъ	Кроппъ
299	17	—	получивъ	получилъ
—	32	—	deconiae	pecuniae
—	—	11	Ryp	Ryk
302	—	19	думая	думаю
303	—	20	пзданъ	не данъ
304	19	—	Veigt	Voigt
308	—	25	Ст.	См.
309	21	—	формуленнаго	форму ленного
310	—	18	на томъ концѣ.	на тотъ конецъ
313	6	—	къ догору	къ договору
—	—	20	несправедливо	несправедливо —
318	—	20	покупателя	получателя
321	—	19	оно	же
—	—	5	poiuit	potuit
325	13	—	опредѣленію	опредѣленіе
—	—	24	изъ заклада	безъ заказа
—	—	14	empio	emtio
—	—	1	perfectum	imperfectum
326	14	—	недѣйствительна	не недѣйствительно
—	—	1	поподнить	исполнить
—	—	18	necepitate	necessitate
327	—	18	venditu	venditio
—	—	5	Rauf	Kauf
328	21	—	совершеннаго	современнаго
232	—	13	Kealexecution	Realexecution
334	—	15	GB	HGB
—	—	16	Erfü Uungsort	Erfüllungsort
335	—	12	Necgsario	Necessario
—	—	16	Кодга	когда
336	—	16	отъ того	отъ него
—	—	22	Реченьсбергеръ	Регельсбергеръ
—	15	—	продавецъ	покупщикъ
—	18	—	gem. B.	gem. R.
337	19	—	commiporia	commissoria
—	—	8	заемъ	за симъ
338	—	1	на одну	за одну
—	—	8	iraditus	traditus
—	14	—	право	праву
—	22	—	po;essio	possessio
340	22	—	что покупщикамъ	что за покупщикомъ
341	2	—	заявленіе продавца	заявленіе продавцу
—	12	—	имѣть	имѣетъ
—	21	—	dementiare	denuntiare
342	12	—	владѣнія [28]	владѣнія
343	2	—	права иска [29]	права иска [28]
—	—	18	какъ	искъ
344	6	—	покупщика	продавца
—	—	11	анвтернативой	альтернативой
344	18	—	эдиповъ	эдиловъ
—	—	11	iacteutur	iactentur
—	—	12	sela	sola
347	9	—	igucravit	ignoravit
—	10	—	tamon	tamen
—	—	29	cos	eos
348	—	12	fucrit	fuerit
349	—	2	когда оказывается	когда продавецъ оказывается
350	—	11	pietaris	pietatis
351	2	—	повѣрилъ бы	завѣрилъ бы
352	8	—	продавецъ	покупщикъ

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО:	ДОЛЖНО БЫТЬ:
353	—	1	Кирзяперъ	Кирульфъ
355	—	14	clegerit	elegerit
—	—	—	prstio	pretio
356	—	17	Arch.	Art.
—	—	29	lacto enormis	laesio enormis
357	—	19	de rorum	de rerum
358	—	12	перезти	перевезти
—	—	28	кладами	плодами
360	—	20	Дезенкольбъ	Дегенкольбъ
361	—	8	совершеннаго	современнаго
—	—	15	deut. K.	deut. R.
363	—	2	наемщикомъ	наемщикомъ и
366	16	—	фрактовымъ	фрахтовымъ
—	—	15	переуступивъ	переуступилъ
367	—	2	зоркомъ	грузомъ
—	—	7	trausit	trausit
—	—	10	fecipe vidcatur	fecisse videatur
368	—	8	намъ	наемъ
—	—	25	приходитъ	переходитъ
371	—	20	о суммѣ	и суммѣ
374	—	17	Vosträge	Verträge
375	8	—	пріобрѣтателя	пріобрѣтенія
377	—	4	fierst	fierit
378	22	—	Бурарди	Бухарди
381	1	—	прочіе	то прочіе
382	—	11	заключеніе	заявленіе
384	—	8	Abhandlunger	Abhandlungen
386	—	12	probabili	probabili
387	—	24	интерполяцію	интерполяцію
388	6	—	Amocilung	Anweisung
—	—	21	Zahlundsmandat	Zahlungsmandat
389	—	3	permissur	permissus
390	—	11	contr. enit.	contr. emt.
—	21	—	интересомъ	интересамъ
—	5	—	что	то
393	17	—	reterre	referre
—	—	4	уложенія	изложенія
394	—	9	когда	Кто
—	—	14	истолкованіемъ	истолкованіемъ
—	—	29	8 и 9 съѣзда	для 8 и 9 съѣзда
—	—	34	Lyst.	Syst.
—	—	35	K Gesch.	R Gesch.
395	22	—	послѣдняго	послѣдней
—	—	—	доставить ему	доставить ей
—	—	12	свѣдѣнія	сведенія
397	—	6	его	ею
398	9	—	Archio	Archiv
—	—	16	caosam	causam
399	18	—	которой	который
—	—	26	ex vatione monsae	ex ratione mensae
—	—	—	religia	reliqua
—	—	9	indistreta	indiscreta
401	25	—	daterum	datorum
402	—	12	и оборотъ	и оборота
403	21	—	cendictio	condictio
—	25	—	(untergeschoben)	(untergeschoben);
—	—	6	нѣмъ	немъ
406	18	—	aperiautur	aperiantur
407	—	14	и штрафомъ	штрафомъ
408	—	—	стороны	страны
—	20	—	Важныя	Вещныя
409	15	—	мнѣнію, а слово	мнѣнію о слово
—	17	—	находитъ	исходитъ

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО:	ДОЛЖНО БЫТЬ:
409	24	—	писать	искать
410	—	16	manifestasit	manifestavit
411	19	—	Sututio	Solutio
—	—	10	abatoribus et abarum	aleatoribus et alearum
412	15	—	существованіе или несуществованіе, наступленіе или ненаступленіе	существованіемъ или несуществованіемъ, наступленіемъ или ненаступленіемъ
413	—	7	правахъ	правахъ
414	—	14	9 проигрыша	и проигрыша
415	—	5	На теперешнее примѣчаніе	Но теперешнее примѣненіе
416	—	11	aegum est	acquum est
418	—	27	считать	считаетъ
—	—	5	пріобрѣтеніе	пріобрѣтенія
419	23	—	ininstae denationis	iniustae donationis
420	—	8	ex ve	ex re
—	—	13	судебный	судебной
—	—	20	который	которой
—	—	30	candici	condici
421	20	—	тѣмъ случаемъ	въ томъ случаѣ
422	—	2	ex turdi	ex turpi
—	—	31	на чужія на вещи, но	на чужія вещи не
423	2	—	виновному	виновнику
—	3	—	все пользовался	воспользовался
—	—	14	имѣетъ	мѣста
424	7	—	предположенность	предположенное есть
—	11	—	ex alsa	ex falsa
—	18	—	Пангенштеферъ	Пангенштехеръ
—	—	13	томъ	тамъ
—	—	18	воображенному	воображаемому
425	18	—	обязательство секундарная	обязательство. Секундарная
—	—	9	такомъ	тѣсномъ
—	—	26	математическое	систематическое
—	—	26	indicii	iudicii
426	14	—	de erict.	de evict.
428	—	10	деликатному	деликтному
429	—	15	но	не
—	—	1	обязательства	условія
430	7	—	прибавить	требовать
—	12	—	Indebitium	Indebitum
—	—	20	utem	autem
—	—	10	de R. J. гласитъ?	de R. J. 50. 17. гласитъ:
431	—	17	de pobat.	de probat.
—	—	19	роштокскимъ error iuris	error iuris роштокскимъ
—	—	29	не по	не на
—	—	33	предположенное	преподанное
432	—	7	repoti	repeti
—	—	24	indicatio	iudicati
—	—	25	ихъ	изъ
—	—	26	потребованіе	истребованіе
433	12	—	пополненія	исполненія
—	—	6	vol	vel
435	17	—	daterum	datorum
436	13	—	мое мнѣніе	мнѣніе
437	12	—	чтобы	что
438	9	—	теряетъ	онъ теряетъ
—	—	14	praeseriptis, vorbis	praescriptis verbis
439	—	17	Гефортеръ	Геффтеръ
440	12	—	отвѣтчикъ	отвѣтчикъ
—	—	7	Bertträge	Veträge
—	—	25	repeter	repetet
—	—	27	не наводитъ	наводятъ
441	—	18	умоляетъ	умаляетъ
442	—	1	cic.	cit.

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО:	ДОЛЖНО БЫТЬ:
442	—	27	Ведтеръ	Вехтеръ
444	17	—	въ принципѣ	въ принципъ
—	—	20	свѣдѣніи	сведенія
445	22	—	Вантеръ	Вальтеръ
—	16	—	ubsidiare	Subsidiare
—	15	—	кредиторъ	преторъ
446	—	21	поступившій	наступившій
—	—	9	actione	actione
449	2	—	онъ	оно
—	—	12	но если	нежели
450	—	3	pr. (de tutelis	pr. I de tutelis
451	—	2	auctoriratis	auctoritatis
452	—	17	zu leinen	zu seinen
453	19	—	прид.	проц.
—	24	—	лебеніанскаго	либеніанскаго
—	—	8	послѣдователя	наслѣдодателя
454	3	—	но оно	то оно
455	3	—	призову	призыву
—	16	—	конгатовъ	когнатовъ
—	—	8	юстиліановскаго	юстиніановскаго
—	—	12	avrus	avus
—	—	17	praecodentibus	praecedentibus
456	—	23	Рудерфъ	Рудорфъ
—	14	—	qui dandi haben	qui ius dandi habent
457	—	9	ani	aut
—	—	14	murdo	murbo
—	—	23	petantuv	petantur
458	—	17	versati	versari
—	—	18	si puas	si quae
459	—	—	вотчинъ	вотчимъ
460	—	12	de falr.	de fals.
463	—	13	наслѣдователи	наслѣдодателя
—	—	19	не допускается	но допускается
465	18	—	inertia	ineptia
—	—	11	indicium	iudicium
—	—	20	en	et
466	—	9	acto	actio
—	17	—	culfa	culpa
468	—	11	подлежащей	надлежащей
469	24	—	дензги	деньги
—	—	13	должникамъ	должникомъ
471	16	—	edministrat	administrat
—	—	4	Евтимія Севора	Септимія Севера
—	—	10	veb	vel
472	19	—	нессіи	цессіи
—	22	—	Cepion	Cession
—	—	11	amitri	amitti
—	—	12	ntatur	utatur
473	27	—	necepitas	necessitas
480	—	23	tutotum	tutorum
—	—	28	Гирштаннеръ	Гиртаннеръ
481	—	22	furum originis	forum originis
482	—	19	elus	eis
484	—	11	bonorum	(bonorum
—	—	22	cuib.	quib
485	—	8	dem.	gem.
486	12	—	несущества.	имущества
—	—	8	20 лѣтъ	10 лѣтъ
—	—	15	od civita tes pertincutium	ad civitates pertinentium
487	10	—	и писатель эти	писатели эти
—	—	4	codi	cedi
—	—	6	agua	aqua
—	—	27	udicii	iudicii

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО:	ДОЛЖНО БЫТЬ:
488	—	1	Биркманъ	Бринкманъ
—	—	8	Соля	Селя
—	—	27	3 I de obl.	§. 3 I de obl.
489	—	4	потребованія	нетребованія
—	—	16	eint	sint
490	—	17	de off. ind.	de off. iud.
491	14	—	не только	не столько
—	16	—	Cepion	Cession
—	22	—	lecsio	laesio
492	17	—	не допустить	не допустимъ
494	—	3	рѣшеніе об. апп.	рѣшеніе мюнхенскаго об. апп.
499	—	9	креторскомъ	преторскомъ
500	—	15	gitur	igitur
501	—	4	Гефертеръ	Геффтеръ
—	-	12	Ширшеръ	Ширмеръ
503	3	—	распространены	распространены [a]
—	—	13	18 Д.	l. 18 D.
505	17	—	legis Aquiliae	legis Aquiliae actio
—	—	19	Madau	Madai'
507	—	12	уелльское	целльское
508	—	6	D. vi don.	D. vi bon.
509	—	2	cir.	cit.
—	—	13	autione indicant	actione iudicant.
510	—	3	показаніе	пользованіе
—	—	7	puae	quae
511	11	—	понижать	понимать
—	26	—	Eiv.	Civ.
512	—	10	обратно	обработано
513	—	1	eia	ei
—	—	13	losi	loci
514	—	2	Багофенъ	Бахофенъ
515	—	8	награжденные	награжденіе за
—	—	15	введеннаго	введенному
516	10	—	itiam	etiam
—	—	9	обѣщанъ	обѣщалъ
518	—	15	дла обѣщанія есть есть	дача обѣщанія есть
519	—	17	nictus	metus
—	—	26	puae	quae
—	—	28	fallus	falsus
520	16	—	R. F.	N. F.
—	18	—	Nether benrecht	Notherbenrecht
522	17	—	raudandi	fraudandi
—	—	11	полученнаго	полученную
—	—	16	на владѣніе, деликтъ	не владѣніе, а деликтъ
523	4	—	должникъ	пріобрѣтатель
524	—	7	кремекъ	временемъ
526	—	6	нормальный	поземельный
527	—	5	владѣніями	владѣнія
528	—	11	Eiv.	Civ.
529	—	25	лицомъ	лежащаго
533	3	—	знаетъ	желаетъ
—	22	—	неимѣющаго	неимѣющихъ
534	8	—	не допустить	не допустимъ
—	11	—	Glossem	принадлежитъ Глоссѣ
—	—	12	BISCh.	VJSch.
536	8	—	в оспаривалъ	а оспаривалъ
537	—	3	rutam	ratam
—	—	6	ближайшій	ближайшее
538	—	9	nord. nunt.	novi nunt.
540	4	—	сокруженія	сооруженія
541	19	—	прогиторный	прогибиторный
542	—	14	Illup	Illud
542	18	—	убытковъ	убытковъ [1]

Страница.	Строка сверху.	Строка снизу.	НАПЕЧАТАНО	ДОЛЖНО БЫТЬ:
543	—	1	лой	злой
544	6	—	въ противномъ	въ первомъ
548	5	—	примѣняемъ	перемѣняемъ
—	24	—	Геффертъ	Геффтеръ
—	—	13	l. 13 de he	заголов. l. 13 D. h.
549	17	—	pluriae	pluviae
—	24	—	ст.	см.
—	—	1	имѣетъ	имѣется
—	—	4	eut	aut
—	—	5	прошедшему	происшедшему
550	22	—	Zietfchr	Zeitschr.
551	—	15	ст.	см.
544	5	—	uli	ubi
556	—	17	къ иску о	къ иску о дефлораціи (
—	—	5	выходящихъ	восходящихъ
557	—	14	Мардинъ	Мартинъ
563	12	—	настроилъ	построилъ
—	—	19	entm	enim
—	—	—	sec	sed
564	—	19	iut	int.
—	—	21	призенты	проценты
566	10	—	не безъ	но безъ
—	—	5	454 слѣд.	454 слѣд.;
570	—	16	еще	отъ
574	—	21	cencessum	concessum
577	14	—	sum	suam
—	16	—	de stib.	de stip.
—	—	14	rigularitr dicumus	regulariter dicimus
578	—	9	clogisti	elegisti
579	—	7	hervum	servum
580	9	—	aestrense	castrense
—	18	—	полагало	полагаю
—	—	10	контратруетъ	контрагируетъ
—	—	22	profecticum	profecticium
581	21	—	мѣсто	мнѣніе
—	—	—	производительнымъ	произвольнымъ
582	—	21	но исключаетъ	но исключенія
583	—	29	дошедшихъ	дошедшей
584	15	—	непринятіе	не принятіе
—	—	17	fiereut	fierent

ОБЪ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХЪ *).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Объ обязательствахъ вообще.

I. Понятіе права по обязательству **).

§ 1. Права по обязательствамъ образуютъ особый родъ личныхъ правъ; личныя же права суть тѣ, которыя непосредственнымъ своимъ содержаніемъ имѣютъ подчиненіе чужой воли.—Чтобы дойти до понятія правъ по обязательствамъ, необходимо выдѣлить изъ круга правъ личныхъ права семейныя, т. е. тѣ права, которыя, основываясь на семейныхъ отношеніяхъ, имѣютъ своимъ назначеніемъ проявить присущую этимъ отношеніямъ нравственную идею. Остальныя личныя права и суть права по обязательствамъ.

§ 2. Права по обязательствамъ имѣютъ своимъ непосредственнымъ содержаніемъ подчиненіе чужой воли. Это значитъ:

1. Въ силу сего права можно требовать [1], чтобы третье лицо направляло свою волю въ извѣстномъ направленіи, чтобы оно дѣйство-

---

*) Отдѣльные труды по праву по обязательствамъ суть: Bucher das Recht der Forderungen, 1815. 2-е изд. 1830.—Unterholzner quellenmäszige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anvendung. 2 тома 1840. Savigny das Obligationenrecht. 2 тома 1851—1853.—Molitor les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français. 3 тома 1851—1853.—Koch das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preussischem Recht mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen. 3 тома 1836—1843. 2-е изд. 1858—1859.—Сочиненіе Савиньи не окончено. Сочиненія Унтергольцнера и Молитора изданы послѣ смерти ихъ авторовъ.

**) Savigny Oblig. 1 § 2—4. Brinz krit. Blätter III стр. 3—11. Pand. I стр. 361 слѣд., 534 и слѣд. Kuntze die Obligation und die Singularsuccession § 1—6. Lehre von den Inhaberpapieren § 54—58. Unger österreich. Privatrecht. I стр. 539—553.

§ 1. [1] Т. е. «воля должна быть осуществлена въ томъ направленіи, что»,—какъ полагаетъ Бринцъ (krit. Blätter стр. 10—11. Pand. стр. 536), опираясь на выраженіи древне-нѣмецкаго права, понимающаго подъ выраженіемъ „fordern"—„klagen" „Forderungsrecht"—„Klagerecht". Я считаю это неосновательнымъ. Если мы кому нибудь приписываемъ въ настоящее время право требовать, то мы при этомъ думаемъ о его правѣ иска не болѣе, какъ при всякомъ другомъ правѣ

вало только извѣстнымъ образомъ.[2]. Дѣйствіе, котораго можно требовать въ силу права по обязательству, обыкновенно имѣетъ денежную, имущественную стоимость; но для понятія обязательства это не необходимо [3].

Съ этимъ послѣднимъ положеніемъ автора никакъ нельзя согласиться; оно противорѣчитъ самой сущности понятія правъ гражданскихъ, которыя суть именно права, имѣющія *имущественную* стоимость, могущую быть переведенною на деньги. Это положеніе особенно странно встрѣтить у Винд-

---

[2] Права по обязательствамъ суть права на дѣйствіе, а не права въ дѣйствіи и надъ дѣйствіемъ. (Puchta Pand. § 219. Instit. I § 30. Savigny Obl. I, стр. 4. System I, стр. 339, Kuntze die Oblig. стр. 3—6). Называя обязательственныя права правами въ дѣйствіи и надъ дѣйствіемъ, мы уравниваемъ послѣднее, которое въ силу ихъ можетъ быть требуемо, съ вещью, не существующее съ существующимъ, проходящее съ постояннымъ. А это не можетъ уяснять, а запутываетъ лишь и приводитъ въ заблужденіе. Исходя изъ этой точки зрѣнія, Кунтце дошелъ до взгляда, что дѣйствіе, какъ предметъ права требованія, можетъ уничтожиться, и изъ этого онъ выводитъ рѣшительный, по его мнѣнію, аргументъ противъ возможности частнаго преемства въ обязательственныхъ правахъ (ср. § 80, примѣч. 10). Другаго взгляда Виндшейдъ Actio стр. 153 сл. (Kritische Ueberschau т. VI стр. 221, примѣчаніе *). Противъ оспариваемаго здѣсь взгляда высказались далѣе: Brinz krit. Blätter т. III стр. 4, Bekker Heidelb. krit. Zeitschrift т. III стр. 450 Fitting Correalobligation стр. 29, Ziebarth die Realexecution und die Obligation (Halle 1866) стр. 23 слѣд.

[3] Это несогласно съ господствующимъ мнѣніемъ. По господствующему мнѣнію существо обязательственнаго права требуетъ, чтобы дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, имѣло для вѣрителя имущественный интересъ, денежную цѣнность. Мнѣніе это ссылается главнымъ образомъ на 19 § 2. D. de statu lib. 40,7:— „ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt". Между тѣмъ отвѣтъ, для обоснованія котораго здѣсь выставлено это положеніе, состоитъ въ томъ, что обязательство—доставить собственность на свободнаго человѣка не можетъ имѣть силы; доставленіе же собственности на такого человѣка не есть столько дѣйствіе безъ имущественной цѣнности, сколько невозможное дѣйствіе. При томъ же всякій знаетъ, что нельзя принимать въ буквальномъ смыслѣ подобныя общія изреченія источниковъ, высказанныя по поводу извѣстнаго случая. Правда, въ источникахъ встрѣчается цѣлый рядъ мѣстъ, въ которыхъ дѣйствительное основаніе отказа въ обязательственномъ правѣ есть отсутствіе для вѣрителя въ должномъ дѣйствіи имущественнаго интереса, такъ напр. 1,7. D. de praescript. verb. 19. 5, 1. 38 § 17. l. 95 D. de V. O. 45. 1; но эти мѣста объясняются вполнѣ необходимостью денежнаго присужденія, въ предположеніи котораго онѣ писаны. Въ другихъ мѣстахъ, вопреки этой необходимости, признаются обязательственныя права, не имѣющія имущественнаго интереса для вѣрителя; такъ: 1. 11. § 1. D. quod vi 43. 24, l. 3 § 13. D. de hom. lib. exh. 43. 29 и въ особенности 1. 54 pr. D. mand. 17. 1; нужно принять, что судья присудилъ здѣсь отвѣтчика къ уплатѣ денежной суммы, опредѣленной по собственному усмотрѣнію судьи (Windscheid Heidelb. krit. Zeitschrift т. II стр. 538—540, Mommsen Lehre vom Interesse стр. 124—133). Если судья хотѣлъ взять самое дѣло въ руки, то онъ могъ выступать наложеніемъ денежныхъ штрафовъ, какъ это доказано относительно случая принужденія кого нибудь къ рѣшенію по добросовѣстному усмотрѣнію, l. 3 § 1. l. 32 § 12 D. de recept. 4. 8. (см. далѣе l. 92

шейда, который смотритъ на права по обязательствамъ съ ихъ процессуальной стороны, называя ихъ не правами по обязательствамъ, а «правами требованій» (Forderungsrechte), а авторъ, безъ сомнѣнія, не отрицаетъ непререкаемости юридическаго положенія: l'interet fait l'action, т. е. *требовать* судебнымъ порядкомъ можно только того, что имѣетъ для требующаго (истца) *имущественную*

D. de cond. 35. 1—и кромѣ того III § 385 примѣч. 1). Для сравненія можно цитировать и тѣ мѣста, въ которыхъ признается принужденіе къ дѣйствію, неимѣющему денежной цѣнности, l. D. de annuis 33, 1, l. 44 D. de manum test 40. 4,—какъ и тѣ, въ которыхъ, въ другихъ отношеніяхъ, находитъ защиту интересъ, который не есть интересъ денежный, l. 35 D. de min. 4. 4, l. 36 D. de bon. lib. 38. 1, l. 71 D. de evict. 21, 2 (иначе l. 131, § 1 D. de V. O. 45. 1). Въ современномъ правѣ не можетъ затруднять ни вопросъ о присужденіи, ни объ исполненіи, такъ какъ у насъ нѣтъ болѣе принципа денежной кондемнаціи; ибо у судьи не можетъ, на основаніи § 162 I. R. A. (послѣдн. постановленія импер. сейма 1654 г.) и практики, быть оспорено право вынудить исполненіе своего рѣшенія посредствомъ штрафовъ (см. учебники гражданскаго судопроизводства Martin § 262, Linde § 374. Bayer § 336, Osterloh § 235, Wetzell § 50. Wächter Erörterungen т. II, стр. 27). Поэтому для современнаго права слѣдуетъ признать принципомъ, что обязательству вообще дѣйствительному не можетъ быть отказано въ признаніи потому только, что дѣйствіе, составляющее его содержаніе, неимѣетъ для вѣрителя денежной цѣнности. Изъ этого, конечно, не слѣдуетъ, чтобъ судья во всѣхъ случаяхъ долженъ былъ подавать руку помощи, когда требуется что нибудь, неимѣющее для истца денежной цѣнности. Судья не превыситъ своихъ правъ, если онъ откажетъ въ помощи тогда, какъ въ основаніи требованія лежитъ прихоть, и подастъ ее тогда, когда требованіе является выраженіемъ справедливаго, по его мнѣнію, интереса. Но если, напримѣръ, сосѣдъ мой обязался прекратить игру на инструментѣ, которая мѣшаетъ мнѣ въ моихъ работахъ, то можно ли ему предоставить свободу безнаказанно нарушить договоръ? Поэтому слишкомъ ограниченъ взглядъ Пухты § 220 (срав. также Buchka Stellvertretung стр. 190, 191), который не придаетъ значенія денежному интересу въ тѣхъ лишь случаяхъ, «когда требованіе есть для вѣрителя вмѣстѣ съ тѣмъ и нравственная обязанность». Безъ всякаго ограниченія (причемъ особенное вниманіе обращено на договоръ въ пользу третьяго лица), высказался за допущеніе обязательственныхъ правъ на дѣйствія, не имѣющія для вѣрителя денежной цѣнности, Гейеръ Abhandlungen № 1 (1841) и Zeitschrift f. Civil. Pr. N. F. т. III. 1 (1847); однако же его доказательства недостаточны. Ср. объ этомъ Sintenis т. II § 102 примѣч. 4. Girtanner Bürhschaft стр. 63 и слѣд., Buchka Stellvertretung стр. 5 и слѣд., Vangerow т. III § 608 прим. № 1. I., а также примѣчаніе Рудорфа къ § 220. 1 Пухты. Сказанное здѣсь признано Рудорфомъ въ другихъ мѣстахъ и въ примѣчаніи i, тамъ же; согласенъ съ этимъ и Цибартъ въ названномъ выше сочиненіи стр. 29 и слѣд. 171—172. (Unger der revidirte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen (Wien 1865) стр. 52 слѣд. Jahrb. f. Dogm. т. X, стр. 58, примѣч. 72). См. также у Seuff. Archiv. т. II и у Бухки и Будде рѣшенія ростокскаго верховнаго аппеляціоннаго суда т. II, 30. Съ высказаннымъ мнѣніемъ несогласенъ Neuner (Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse 1866 стр. 64 и слѣд.), доводы котораго въ сущности состоятъ въ томъ, что наложеніе штрафа судомъ не всегда доставляетъ кредитору то, въ чемъ заключается его интересъ, и что таковое вовсе не помогаетъ, когда дѣло идетъ о дѣйствіи, сдѣлавшемся невозможнымъ. Но развѣ не слѣдуетъ вовсе помогать кредитору потому только, что ему не можетъ быть пособлено вполнѣ?

стоимость. Въ этомъ смыслѣ неоднократно высказался гражданск. кассац. департ. правит. сената (см. «Сводъ» А. Б. Думашевскаго, т. II. 1,711). *А. Д.* *.

2. Эти права имѣютъ чужую волю своимъ *непосредственнымъ* содержаніемъ. Въ окончательномъ своемъ результатѣ и вещныя права имѣютъ своимъ содержаніемъ подчиненіе чужой воли; но это не составляетъ ихъ *непосредственнаго* содержанія. Непосредственное содержаніе вещныхъ правъ заключается въ томъ, что въ силу таковыхъ воля извѣстнымъ образомъ можетъ быть осуществлена по отношенію къ данному *предмету*; право требовать, чтобы этой волѣ не противодѣйствовала воля чужая, является уже на второмъ планѣ. Отношеніе между этими двумя родами правъ можно выразить еще такъ: права по обязательствамъ исчерпываются, погашаются, консомируются осуществленіемъ возникающихъ изъ нихъ правъ требованій, тогда какъ это не имѣетъ мѣста по отношенію къ правамъ вещнымъ.

Различіе между этими двумя родами правъ заключается еще въ томъ, что для понятія права по обязательству необходима противоположная ему *обязанность*, тогда какъ для правъ вещныхъ это не необходимо [4].

§ 3. Относительно употребляющихся здѣсь терминовъ необходимо замѣтить, что вмѣсто «права требованія» употребляютъ просто «требованія» (Forderungen) [1]. Противоположное праву требованія обязательство называютъ также «долгомъ», но на практикѣ обыкновенно это послѣднее слово употребляется только въ денежныхъ

---

[4] Если не ошибаюсь, то подобнаго взгляда придерживается и Брандъ (примѣчаніе **) на понятіе объ обязательственномъ правѣ, хотя взглядъ этотъ у него не вполнѣ выясненъ.

§ 3. [1] Вмѣсто права на дѣйствіе называется самое дѣйствіе, какъ мы говоримъ «искъ» вмѣсто «право на искъ», «пользованіе» вмѣсто «право пользованія», и какъ римляне говорили «actio» вмѣсто «ius agendi», «ususfructus» вмѣсто «ius utendifruendi». Срав. 1 § 43, примѣч. 1 § 44, примѣч. 1, § 203, примѣч. 1. Дельбрюкъ (Die Uebernahme fremder Schulden стр. 3—15) требуетъ для выраженія «Forderung», въ противоположность къ праву требованія, особеннаго, основывающагося на нѣмецкомъ правовомъ воззрѣніи, понятія. «Forderung» должно, по его мнѣнію, означать право требованія въ его абстрактномъ качествѣ, какъ имущественная цѣнность, и «Forderung» не должно, такимъ образомъ, принадлежать къ обязательственному праву. См. противъ этого Windscheid krit. Ueberschau т. I, стр. 36 — 38. Kuntze die Obligation § 25—27; ср. также Gürgens Jahrb. für. Dogm. т. VIII, стр. 250 слѣд.; ср. далѣе § 252 примѣч. 1.

* Мѣста, набранныя крупнымъ шрифтомъ (цицеро) и помѣченныя буквами *А. Д.* принадлежатъ А. Б. Думашевскому, коему принадлежитъ и передача текста настоящаго труда. *А. Д.*

обязательствахъ [2]). Рядомъ съ этими выраженіями мы заимствовали изъ римскаго юридическаго языка выраженіе «обязательство» (obligatio), но по образцу римскаго права мы этимъ выраженіемъ опредѣляемъ не только противоположное праву требованія обязательство, но и самое право требованія, равно какъ все это отношеніе, въ которомъ право требованія и обязательство представляютъ только двѣ различныя стороны [3]. Имѣющій право по обязательству называется «кредиторомъ» (вѣрителемъ, противоположный ему, обязавшійся—«должникомъ» (Debitor) [4].

---

[2] Точнѣе: въ обязательствахъ, предметъ которыхъ состоитъ въ доставленіи собственности на денежную сумму. Въ этомъ смыслѣ «долгъ» есть то, что римляне называютъ aes alienum (см. именно l. 213 § 1 D. de V. B. 50. 16. Сравни также выводы Бринца Pand. § 92 и Сальковскаго zur Lehre von der Novation стр. 9 и слѣд.— Дельбрюкъ (прим. 1), согласно съ его взглядомъ на «Forderung», видитъ и въ выраженіи «долгъ» названіе самостоятельнаго понятія, обязательство въ его абстрактномъ качествѣ, какъ уменьшеніе имущества, какъ отрицательную имущественную цѣнность.

[3] Римское выраженіе obligatio означаетъ, какъ и нѣмецкое выраженіе Verpflichtung: 1) фактъ, вслѣдствіе котораго принято обязательство (напр. l. 20 D. de iud. 5. 1, l. 19 D. de V. S. 50. 16); 2) обязанное состояніе, вызванное этимъ фактомъ. Въ этомъ смыслѣ опредѣляетъ pr. l. de oblig. 3. 13 обязательство, какъ «iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura». Но выраженіе употребляется также 3) для обозначенія соотвѣтствующаго обязательству права требованія, точно также, какъ servitus есть самое обыкновенное выраженіе для обозначенія права служебности.. Это неточность оборота, которая коренится и такъ часто встрѣчается въ римскомъ правѣ, что излишними являются особенныя толкованія. Только слѣдуетъ здѣсь указать на l. 30 D. de O. et A. 44. 7, гдѣ даже говорится объ «obligatio creditorum», и на то, что склонность къ такому обороту видна и относительно втораго, встрѣчающагося въ источникахъ, опредѣленіи понятія obligatio L. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7. «Obligationum substantia... in eo consistit, ut... alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum». Тѣмъ болѣе выраженіе obligatio могло бы быть употреблено тамъ, 4) гдѣ не односторонне выдвигается право требованія или обязательство, а гдѣ дѣло идетъ объ обозначеніи всего отношенія. О смыслѣ слова «obligatio» трактуютъ статьи Hugo въ его civil. Magazin т. I, 9. (1791 г.) и т. III, 20 (1812) и Riedel тамъ же т. V, 3 (1814). Срав. также Кунтце die Obligation § 5, Виндшейдъ die Actio стр. 169, прим 3, Кунтце Inhaberpapiere стр. 243, примѣч. 7. Для нашего «Forderungsrecht» римляне не имѣли соотвѣтственнаго выраженія, и должны были употреблять общее выраженіе „Anspruch“ (actio), хотя въ болѣе тѣсномъ смыслѣ подъ actio понималася искъ личный (вытекающій изъ обязательственныхъ отношеній l. 178 § 2 D. de V. S. 50. 16, l. 28 D. de O. et A. 44. 7), такъ что весьма часто выраженія actio и obligatio употребляемы были какъ равнозначущія; ср. между прочимъ l. 8 § 11 D. ad Senatus Cons. Vell. 16. 1, l. 10 D. de A. E. V. 19 1, l. 7 § 1 D. de cap. min. 4. 5.

[4] Creditor—debitor, l. 10 l. 11 l. 12 pr. D. de V. S. 50. 16. Первоначально значеніе этихъ терминовъ было болѣе узкое, l. 5 § 3 D. O. de et A. 44 7. Общее выраженіе для субъекта обязательства есть «reus», хотя выраженіе это ограничивалось позднѣе почти однимъ лишь должникомъ; впрочемъ, срав. Festus s. v. reus. Cicero de oratore . II 43, а также напримѣръ: l. 1 D. de duob. reis 45. 2: «Qui stipulatur, reus tipulandi dicitur, qui promittit, reus promittendi habetur». Выраженіямъ «creditor» и «debitor» соотвѣтствуютъ выраженія „creditum“ и „debitum“; напр.: l. 3 D. fam. erc. 10. 2, l. 1 D. de compens. 16. 2.

II. Предметъ обязательствъ.

А. Вообще.

§ 4. Подъ предметомъ обязательства понимается дѣйствіе, къ которому оно обязываетъ должника [1].

Въ этомъ смыслѣ предметъ обязательства обозначаютъ словомъ «удовлетвореніе» (Leistung). Относительно удовлетворенія необходимо замѣтить слѣдующее:

1) Оно можетъ быть положительное или отрицательное, т. е. оно можетъ имѣть своимъ содержаніемъ дѣйствіе или бездѣйствіе, упущеніе [1a]. Важнѣйшіе случаи удовлетворенія суть, конечно, положительное [2]; между ними особенно важны тѣ, которые имѣютъ своимъ содержаніемъ доставленіе права собственности, «дачу» (dare)

---

§ 4. [1] Выраженіе „предметъ права требованія" имѣетъ различное значеніе. Подъ нимъ можно разумѣть, какъ и здѣсь бываетъ, дѣйствіе, котораго можно требовать въ силу обязательства, но можно разумѣть и то, надъ чѣмъ кредиторъ имѣетъ юридическое господство; таковымъ предметомъ господства является въ обязательственномъ правѣ лицо, иначе воля послѣдняго (т. I, § 38), какъ въ вещныхъ правахъ — вещь. Наконецъ, нельзя отклонить и другаго, хотя и неточнаго словоупотребленія, которымъ обозначается и вещь, доставленія которой (владѣнія, пользованія, собственности) можно требовать въ силу обязательственнаго права. Было бы весьма желательно устранить это различное значеніе «предмета права требованія» чрезъ введеніе новыхъ выраженій, которыя, впрочемъ, не имѣются. Такимъ образомъ остается лишь обратить вниманіе на это различное значеніе и предостеречь отъ безсознательнаго употребленія выраженія то въ одномъ, то въ другомъ смыслѣ. Срав. также Кунтце die Obligati и § 34, который подъ предметомъ обязательства разумѣетъ требуемое дѣйствіе, какъ таковое, въ противоположность къ его содержанію. Такого же взгляда Сальковскій (zur Lehre von der Novation стр. 4. Köppen Erbrecht 246—248, считающій предметомъ обязательства имущество должника, которое въ силу этого уменьшается; онъ, слѣдовательно, какъ и Дельбрюкъ (§ 3, прим. 1), на котораго онъ ссылается, останавливается на экономическомъ результатѣ права требованія, упуская изъ виду его юридическую структуру. Ср. еще Unger т. I, стр. 499—500, 543.

[1a] И бездѣйствіе есть дѣйствіе, опредѣленіе воли—не къ дѣятельности, а къ бездѣятельности. Эту мысль выражаютъ два новѣйшихъ писателя (H. Gerber Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast § 11, Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen стр. 200 — 210) не совсѣмъ удачно слѣдующимъ образомъ: права требованія на бездѣйствіе суть права требованія на отказъ отъ права на дѣятельность См. противъ этого Unger т. 11 § 128, примѣч. 31a

[2] Примѣры отрицательныхъ дѣйствій изъ источниковъ: l. 2 § 5 l. 4 pr. l. 75 § 7 l. 83 pr. l. 85 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 13 pr. D. comm. praed. 8. 4. Сюда принадлежатъ также нѣмецкія Bannrechte, т. е. тѣ права, въ силу которыхъ извѣстное лицо можетъ воспретить жителямъ извѣстнаго района покупку своихъ жизненныхъ потребностей у другаго лица, а не у него (Bierzwang, Mühlenzwang, Backofenzwang).

въ строгомъ, юридическомъ смыслѣ этого слова [3]. Кромѣ того, положительное удовлетвореніе можетъ имѣть своимъ содержаніемъ: доставленіе какого-либо иного права, освобожденіе отъ какого-нибудь вещнаго или иного обязательства, передачу вещи для фактическаго держанія, употребленія или пользованія, наконецъ, всякую другую дѣятельность. Содержаніе удовлетворенія можетъ быть, наконецъ, смѣшанное, т. е. заключаться въ дѣйствіяхъ и упущеніяхъ или совмѣстно въ разныхъ родахъ дѣйствія [4].

2) Удовлетвореніе можетъ быть переходящее или продолжительное [5], т. е. оно можетъ опредѣлить временную или продолжительную дѣятельность воли. Продолжительнымъ всегда бываетъ отрицательное удовлетвореніе, но таковымъ можетъ быть и положительное [6].

3) Удовлетвореніе можетъ быть простое или сложное [7]. Простымъ будетъ такое удовлетвореніе, которое направлено къ одному единичному результату; сложное есть то, результатъ котораго достигается множествомъ дѣйствій воли, изъ коихъ каждое можетъ быть осуществлено съ различнымъ успѣхомъ [8]. Сложное удовлетвореніе состоитъ, собственно говоря, изъ многихъ удовлетвореній, но это множество разсматривается какъ одно. Тамъ, гдѣ нѣтъ этой объединяющей точки зрѣнія, имѣетъ мѣсто не *сложное* удовлетвореніе, а *множество* удовлетвореній [9].

---

[3] Но не говорятъ: давать собственность, а по общепринятому словоупотребленію, отождествляющему право собственности съ его предметомъ,—давать вещь.

[4] Римляне употребляютъ, для обозначенія возможнаго различія содержанія исполненія выраженія: dare, facere, praestare (l. 3 pr. D. de O. et A. 44. 7) Dare въ тѣсномъ смыслѣ означаетъ доставленіе правъ на вещь (по гражданскому праву), въ болѣе обширномъ смыслѣ—всякое иное доставленіе, наприм : dare operas (l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1). Точно также facere означаетъ какъ противоположность къ dare, такъ и обнимаетъ собой dare (l. 2 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 218 D. de V. S. 50. 16). Весьма сомнителенъ смыслъ praestare. Ср. Унтергольцнеръ т. 1 § 98, Marezoll Zeitschrift, für Civilr. u. Praxis. X. 8, Пухта Inst. т. II § 165, начиная отъ примѣчанія i, Савиньи Oblig. т. I стр. 299 — 301 и System. т. V Beil. XIV № XXV—XXIX, Рудорфъ Zeitschrift. f. geschichtl. Rechts-Wissenschaft т. XIII стр. 187, прим. 9, Huschke тамъ же т. XIII стр. 249 — 259, Бринцъ Pandekt. § 135. Впрочемъ, римское право не связываетъ съ этими выраженіями особенныхъ, отличныхъ другъ отъ друга правовыхъ нормъ. Савиньи Oblig. т. I стр. 301.

[5] Савиньи Oblig. т. I стр. 302.

[6] Напр. дѣйствіе наемщика, опекуна.

[7] Сintенисъ т. II стр. 36, 37, Герберъ Jahrb. f. Dogm. т. II. стр. 43—52, Muther zur Lehre von der römischen Actio стр. 118 слѣд. ср. также т. I § 107 прим. 8 т. II (объ обязательствахъ) § 215, прим. 4.

[8] Примѣры: простымъ дѣйствіемъ будетъ дѣйствіе отрицательное; сложнымъ—управленіе имуществомъ, дѣйствіе сотоварища.

[9] Дѣйствіе того, который обязывается заплатить долги другаго (все, что имѣетъ качество быть долгомъ другаго) есть сложное дѣйствіе. Если кто нибудь обязывается

Дѣлимость и недѣлимость удовлетворенія *).

§ 5. Удовлетвореніе можетъ быть дѣлимое и недѣлимое. Дѣлимое [1] есть то, которое безъ вреда для его сущности можетъ быть раздѣлено на части, такъ что каждая часть удовлетворенія совершенно однородна съ удовлетвореніемъ въ цѣломъ его составѣ и отличается отъ этого послѣдняго только *количественно*. Недѣлимымъ будетъ такое удовлетвореніе, въ которомъ немыслимо такое дѣленіе [2]. Подъ частями удовлетворенія слѣдуетъ, такимъ

заплатить за другаго его долгъ А и его долгъ Б, то онъ обязывается не къ сложному дѣйствію, а къ нѣсколькимъ дѣйствіямъ, хотя бы это другое лицо не имѣло, кромѣ А и Б, никакихъ долговъ, ср. l. 29 pr. D. de V. O. 45 I. «Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species sunt... Quamvis autem placuerit, tot esse stipulationes, quot summae, totque esse stipulationes quot res, tamee, si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipuletus sit, vel acervum pecuniae, non tot sunt stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio: nam per singulos denarios singulas esse stipulationes absurdum est. Stipulationem quoque legatorum constat unam esse, quamvis plura corpora sint vel plura legata. Sed et familiae vel omnium servorum stipulatio una est. Item quadrigae aut lecticariorum stipulatio una est. At si quis *illud et illud* stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora». L. 861. 140 pr. eod., l. 75 § 9 eod., l. 16 § 1 l. 140 § 1 eod., l. 58 pr. D. de fidei. 46. 1, l. 21 pr. D. de recept. 4. 8, l. 35 § 7 D. de m. c. don. 36. 6.

* Новѣйшее и самое подробное сочиненіе по этому предмету—это сочиненіе Ubbelohde: die Lehre von den untheilbaren Obligationen (1862). Къ другимъ монографическимъ трудамъ по этому ученію относится: Rubo Versuch einer Erklärung der Fragmente lex II, III, IV, LXXXV Dig. de verborum obligationibus (1822), de Scheuerl commentatio ad LL. 2, 3, 4, 72 et 85 D. de verborum obligationibus (1835). Кромѣ того необходимо прежде всего сравнить Савиньи Obl. т. I § 29—36; далѣе Ribbentrop zur lehre von den Correal-Obligationen § 21—24, Brinz krit. Blätter т. IV стр. 45—52 и Pandekten § 139, Vangerow т. III § 567 прим. 2, Sintenis т. II, стр. 40—55. (Siebenhaar Correalobligationen стр. 135 слѣд. 208 слѣд.)

§ 5. [1] Wächter Archiv. f. civil Praxis XXVII стр. 187, Рубо стр. 32 слѣд., Шейерлъ стр. 49 слѣд., Савиньи § 31, Уббелоде стр. 22.

[2] Это юридическое понятіе дѣлимости дѣйствій, тогда какъ обыденная рѣчь склонна называть дѣлимымъ то дѣйствіе, которое можетъ быть исполняемо не иначе, какъ рядомъ отдѣльныхъ, отдѣленныхъ другъ отъ друга дѣяній, напримѣръ сооруженіе зданія. Въ юридическомъ смыслѣ сооруженіе зданія есть недѣлимое дѣйствіе, такъ какъ отдѣльныя дѣйствія, посредствомъ которыхъ оно осуществляется, не имѣютъ своимъ содержаніемъ постройки зданія (таковая постройка есть лишь ихъ цѣль). Ср. l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35, 2. Примѣч. 8. Напротивъ, дача суммы денегъ есть дѣлимое дѣйствіе, ибо дача какой бы то ни было суммы, даже менѣе должной, есть все-таки дача суммы денегъ. Дѣйствіе, которое въ указанномъ вульгарномъ смыслѣ называется дѣлимымъ, не есть столько дѣлимое, сколько сложное; то, что называютъ его частями, не суть столько части, сколько составныя части (§ 4. № 3). При дѣйствіяхъ понятіе дѣлимости тождественно съ этимъ же понятіемъ при вещахъ (т. I § 140, прим. 1). Ср. Seuff. Arch. XVII 15 (?).

образомъ, разумѣть *доли*, или вѣрнѣе *цифровыя доли* [3]. Въ частности дѣлимымъ будетъ то удовлетвореніе, которое имѣетъ своимъ содержаніемъ доставленіе права собственности [4] или иного какого-либо дѣлимаго права [5]; недѣлимымъ будетъ то, которое имѣетъ своимъ содержаніемъ доставленіе недѣлимаго права [6]. То же различіе нужно имѣть въ виду и въ томъ случаѣ, когда удовлетвореніе имѣетъ своимъ содержаніемъ освобожденіе отъ права другого лица [7]; удовлетвореніе, имѣющее своимъ содержаніемъ не достиженіе какого-либо юридическаго результата (а какое-либо фактическое дѣйствіе)—какъ положительное, такъ и отрицательное, обыкновенно недѣлимо [8]; однако и здѣсь не исключена возможность частичнаго осуществленія результата [9]. Сообразно характеру удовлетворенія и самое право требованія будетъ дѣлимо или недѣлимо. Практическое значеніе различія между дѣлимыми и

---

[3] При дѣлимыхъ вещахъ часть бываетъ тѣлесная, но естественно, что это должно быть иначе при дѣйствіяхъ, предметахъ безтѣлесныхъ. Если и при вещахъ говорятъ о дробныхъ частяхъ, то таковыя также относятся, къ безтѣлесному, къ цѣнности вещи.

[4] Доставленіе собственности на количество замѣнимыхъ вещей дѣлимо, такъ какъ самое количество дѣлимо l. 2 § 1 l. 54 pr. l. 85 § 1 l. 117. D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 l. 29 D. de solut. 46. 3. Доставленіе собственности на дѣлимую вещь, напр. на поземельный участокъ, дѣлимо потому, что самая вещь дѣлима. Но при всѣхъ обстоятельствахъ дѣйствіе, имѣющее своимъ содержаніемъ доставленіе собственности, бываетъ дѣлимо чрезъ идеальное дѣленіе (дѣленіе цѣнности) вещи, подлежащей доставленію. L. 54 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 9 § 1 l. 34 § 1 D. de solut. 46. 3. Уббелоде § 6.

[5] L. 5 D. de usufr. 7. 1. l. 13 § 1 D. accept. 46. 4. Уббелоде § 9. 10.

[6] L. 17 D. de servit. 8. 1, l. 25 § 9—11 D. de fam. erc. 10. 2, l. 2 § 1 l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 13 § 1 D. de accep. 46. 4. Уббелоде § 8.

[7] Уббелоде § 10.

[8] L. 72 E. de V. O. 45. 1. «Stipulationes non dividuntur earum, rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae.... Idem puto et si quis faciendum si qu de stipulatus sit, ut puta fundum tradi (объ этомъ Савиньи Oblig т. I стр. 335 ch. Уббелоде § 7, Рудорфъ примѣчаніе къ § 212. b. Пухты), vel fossam fodi ri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem....» L. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2: — «si opus municipibus heres facere iussus est, individuum videtur legatum; neque enim ullum balneum, aut stadium fecisse intellegitur, qui ei propriam formam, quae ex consummatione contingit, non dedevit.. .» L. 85 § 2 D. de V. O. 45. 1. Для бездѣйствій; l. 2 §. 5. 6 l. 3 l. 4 pr. lib. 85 § 3 D. de V. O. 45. Уббелоде § 11—14

[9] Сюда относится напр. соглашеніе о неосуществленіи извѣстнаго требованія; соглашеніе это можетъ распространяться на все требованіе или часть онаго. L. 4 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 44 §. 6 D. fam. erc. 10 2 (срав., впрочемъ, Уббелоде стр. 285—284). Еще яснѣе выступаетъ дѣлимость дѣйствія, когда оно опредѣлено количественно, напр. опредѣленное количество рабочихъ дней. L. 54 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 §. 1 D. de op. lib. 38 1.

недѣлимыми обязательствами заключается въ томъ [10], что дѣлимое обязательство можетъ быть и уничтожаемо по частямъ и такимъ образомъ разложиться на многія другъ отъ друга независимыя обязательства, тогда какъ это невозможно въ обязательствахъ недѣлимаго [11].

Опредѣленность и неопредѣленность удовлетворенія *).

§ 6. Содержаніе удовлетворенія можетъ быть болѣе или менѣе опредѣлено фактическимъ основаніемъ самого обязательства [1]. Относительно случаевъ, въ коихъ опредѣленность эта не совсѣмъ полная, въ юридическомъ отношеніи весьма важно слѣдующее различіе: указанъ или не указанъ способъ разрѣшенія этой неопредѣленности. Въ послѣднемъ случаѣ разрѣшеніе этой неопредѣленности есть право *должника*, ибо внѣ того, къ чему должникъ положительно не обязанъ, онъ свободенъ [2]. Если же неопредѣленность такого рода, что послѣдствіемъ ея должникъ можетъ вовсе освободиться отъ обязанности удовлетворенія, то и самое обязательство будетъ только мнимое [3]. Способъ разрѣшенія этой неопредѣленности можетъ заключаться въ заявленіи одной изъ сторонъ или третьяго лица [4], или же усмотрѣніи суда [5], или, нако-

---

[10] Савиньи стр. 322—325. 349—351. Уббелоде стр. 19—21.

[11] L. 2 § 11. 85. pr. § 2 D. de V. O. 45 1, l. 13 § 1 D. de accept. 46. 4. О томъ, какъ поступать, когда при недѣлимыхъ обязательствахъ бываетъ нѣсколько вѣрителей или должниковъ, будетъ говорено ниже (въ § 51) болѣе подробно.

§ 6. * Унтергольцнеръ т. I § 105. 106, Савиньи Obl т. I § 38 слѣд. Синтенисъ т. II. стр. 26—36, Holzschuher т. III § 208.

[1] О строгихъ условіяхъ, которыя римляне связывали съ «certum», какъ предметомъ обязательства (stipulatio certi, condictio certi) см. Савиньи Obl. т. I стр. 388, прим. с и System т. V Beil. XIV № XXXIII—XLVI.

[2] Ср. l. 99 pr. D. de V. O. 45 1, lib. 106 тамъ же.

[3] L. 94 l. 95 l. 115 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 71 pr. D. de leg. I° 30, l. 35 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 69 § 4 D. de I D. 23. 3, l. 1 C. de dot. prom. 5. 11. L. 71 pr. cit.:—«magis derisorium est, quam utile legatum.» Ср l. 17. l. 46 § 3 l. 108 § 1 D. de V. O. 45. 1. См. также § 65 прим. 1. Ср. Seufl. Archiv т. X. 241, XIII. 219, XV. 211, XVI. 26.

[4] Въ lib. 25 pr. D. loc. 19. 2 сказано: «Simerces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur». Особенное значеніе слѣдуетъ придавать слову «generaliter», смыслъ котораго состоитъ въ томъ, что вовсе не было названо опредѣленное лицо. Противоположность заключается въ слѣдующемъ: «sin autem quanti Titius aestimaverit».

[5] Такъ бываетъ съ actiones bonae fidei arbitrariae, in aequum et bonum conceptae. Ср. т. I § 46. Окончательное опредѣленіе зависитъ отъ судьи и тогда, когда содержаніе дѣйствія должно быть опредѣлено не столько голой волей назначеннаго лица, сколько его добросовѣстнымъ усмотрѣніемъ arbitrium boni viri въ противоположность къ arbitrium вообще). L. 24 pr D. loc. 19. 2, l. 76—80 D. pro soc. 17 2, l. 69 § 4 D. de I. D. 28. 3. l. 3 C. de dot. prom. 5. 11. l. 1 § 1 D. de Hºg. Iº 31, l. 22 § I D. de R. I. 50. 17. Ср. l. 35 D. mand. 117. 1.

нецъ, въ какомъ либо другомъ фактѣ [6]. Если разрѣшеніе этой неопредѣленности предоставлено волѣ должника, то опять таки слѣдуетъ обратить вниманіе на то, не освобождается-ли онъ черезъ это отъ самаго обязательства и не уничтожается ли этимъ сіе послѣднее [7]. Если тотъ, кому предоставлено разрѣшеніе этой неопредѣленности, отказывается отъ сего, то это равносильно тому, если бы вовсе не былъ указанъ способъ разрѣшенія ея [8]. Если же оказывается сомнительнымъ, возможно-ли достигнуть посредствомъ указаннаго способа разрѣшенія оставшейся неопредѣленности, а эта послѣдняя такого рода, который дѣлаетъ сомнительнымъ существованіе самаго обязательства, то обязательство остается пока условнымъ [9].

§ 7. Особеннаго вниманія заслуживаютъ тѣ случаи неопредѣленности удовлетворенія, въ коихъ оно обозначено только *альтернативно* (дать, сдѣлать то *или* другое) или *генерически*. Въ этихъ случаяхъ и самое обязательство будетъ или *альтернативное* или *генерическое*.

I. *Альтернативное обязательство* [1]. Въ этихъ случаяхъ обязавшійся имѣетъ доставить или сдѣлать то, *или* другое [2]; одно изъ двухъ онъ долженъ доставить; неопредѣленнымъ остается не то, что онъ *долженъ* доставить что-нибудь, а то, *что* онъ долженъ доставить. Поэтому альтернативное обязательство не слѣдуетъ разсматривать, какъ обязательство условное [3]. Выборъ предмета удовлетворенія, согласно сказанному, принадлежитъ должнику, а

---

[6] Напр. покупка за цѣну, за которую продавецъ самъ купилъ вещь. Ср. l. 7 § 1. 2 l. 37 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 § 5. 6 тамъ же, l. 27 D. de leg. II° 31.

[7] Ср. § 137, прим. 6. 7.

[8] Но должникъ не долженъ отклонять рѣшеніе, если ближайшее опредѣленіе содержанія дѣйствія предоставлено ему; этимъ онъ бы уничтожилъ право требованія. Если онъ поэтому упорствуетъ, то рѣшеніе слѣдуетъ предоставить кредитору. Такъ, напр., при альтернативныхъ обязательствахъ (§ 7 къ прим. 11)

[9] L. 75 D. pro socio 17. 2, l. 25 pr. D. loc. 19. 2, l. 141 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 15 C. de contr. emt. 4 38, § 1. l. de emt. et vend. 3. 23.

[1] Объ альтернативномъ обязательствѣ сравнп. Вангеровъ т. III. § 569 прим., § 7. Саввиньи Obl. т. I § 38. Фиттингъ Correalobl. стр. 136—169, Гольцшуеръ т. III, § 210.

[2] Напримѣръ, дать ту или другую вещь, дать вещь или исполнить работу. Понятно, что число дѣйствій, между которыми выборъ долженъ состояться, можетъ быть и болѣе двухъ.

[3] Поэтому альтернативный отказъ переходитъ на наслѣдниковъ (l. 19 D. de opt. leg. 33. 5) между тѣмъ какъ съ условнымъ, какъ извѣстно, бываетъ противное (т I § 89, примѣч. 8). Ср. также l. 72 § 4. D. de sol. 46. 3 съ l. 31 D. de V. O. 45. 1. По исключенію можетъ, конечно, альтернативное обязательство быть на дѣлѣ условнымъ, если выборъ зависитъ отъ такого лица, которое можетъ на немъ отказать, какъ въ l. 141 § 4 D. de V. O. 45 1 (§ 6, прим. 9).

не кредитору [4]. Въ случаѣ предоставленія выбора кредитору, это должно быть особенно условлено при самомъ установленіи обязательства [5]. Альтернативное обязательство можетъ превратиться въ простое, т. е. можетъ ограничиться *однимъ* предметомъ удовлетворенія, такъ что съ исчезновеніемъ права выбора предмета удовлетворенія наступаютъ всѣ тѣ правовыя послѣдствія, которыя должны были бы имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда обязательство съ самаго начала имѣло бы только одинъ предметъ удовлетворенія [6]. Такое измѣненіе вызывается: 1) учиненнымъ удовлетвореніемъ [7]; 2) соглашеніемъ между сторонами [8];

---

[4] § 33 I. de act. 4 6, l. 25 pr. l. 34 § 6 D. de contr. emt. 18. 1, l. 10 § 6 D. de I. D. 23. 3.

[5] L. 75 § 8 l. 112 pr. D. de V. O. 45. 4, l. 10 § 6 D. de I. D. 23. 3. Понятно, что вѣрителю можетъ въ данномъ случаѣ принадлежать выборъ по законному опредѣленію; но приведенный Савиньи случай (Obl. i. 395. l 17 § 5 D. comm. 13. 6) не относится сюда: въ немъ вѣритель имѣетъ выборъ, такъ или иначе квалифицировать предлежащій фактъ и сообразно съ этимъ вывести то или другое право требованія. Если выборъ принадлежитъ вѣрителю, то должно сказать, что каждое дѣйствіе есть in obligatione съ возникновеніемъ обязательства, такъ какъ ничто не мѣшаетъ вѣрителю заявить тотчасъ свою волю, чтобы это именно дѣйствіе было исполнено. Отсюда разрѣшеніе въ l. 76 D. de leg. I° 30. Другаго мнѣнія Фиттингъ; противъ него Виндшейдъ Krit. Vierf. j. Schrift. т. III стр 165—167. Иначе бываетъ, когда выборъ принадлежитъ должнику; въ этомъ случаѣ нельзя тотчасъ говорить о какомъ либо дѣйствіи, которое онъ состоитъ должнымъ, только дѣйствительнымъ исполненіемъ оно обнаруживается. Отсюда l. 75 § 4 D de leg. I° 3, l. 50 § 1 D. de leg. II° 31. См. также l. 75 § 8 D. de V. O. 45. 1. Съ другой стороны столько же, конечно, вѣрно, что каждое дѣйствіе можетъ сдѣлаться дѣйствительно должнымъ, и индивидуально опредѣлено, какъ возможный предметъ права требованія. Слѣдствіемъ этого есть то, что должникъ не связанъ ни однимъ изъ этихъ дѣйствій, чѣмъ единственно и объясняются l. 95 § 1 D. de sol 46. 3 (примѣч. 14), l. 5. § 2 D. qui et a quib. 40. 9. Въ этомъ смыслѣ и въ этомъ случаѣ можно о каждомъ дѣйствіи сказать что оно есть in obligatione съ самаго возникновенія обязательства; ср. l. 123 D. de V. O. 45. 1, l. 11 § 1 D, de leg. II 31.—Существенно отличенъ отъ альтернативнаго обязательства тотъ случай, когда должникъ, будучи обязанъ къ дѣйствію, имѣетъ право замѣнить оное другимъ дѣйствіемъ (такъ называется facultas alternativa). Здѣсь второе дѣйствіе не есть никоимъ образомъ in obligatione, а лишь solutione Ср. въ видѣ примѣра § 147 прим. 3 и вообще Wächter т. II стр. 198—200, Унгеръ т. I стр. 493—495.

[6] Это относится именно къ освобожденію должника по случаю наступленія невозможности исполненія избраннаго дѣйствія.

[7] Дѣйствіе должно быть исполнено *вполнѣ*. Исполненіе въ части одного изъ многихъ дѣйствій не есть вовсе исполненіе, такъ какъ неизвѣстно, будетъ ли совершена другая часть того же дѣйствія; право же требованія не можетъ быть удовлетворяемо частью однимъ, частью другимъ дѣйствіемъ. Поэтому должникъ не освобождается въ части, онъ освобождается по отношенію къ цѣлому лишь тогда, когда исполнитъ другую часть того же дѣйствія. Если онъ этого не дѣлаетъ, а исполняетъ другое дѣйствіе, то онъ можетъ прежде исполненное требовать обратно вслѣдствіе недостигнутаго намѣренія освободить себя. L. 26 §. 13. 14 D. de cond.

3) одностороннимъ заявленіемъ стороны, коей предоставленъ выборъ предмета удовлетворенія, не устанавливается такое измѣненіе развѣ это особенно было условлено при заключеніи обязательства [9]);

---

ind. 12. 6, l. 2 § 1 D. de V. O. 45. 1 (ср. Вангеровъ т. III § 567 прим. 2 № 11. 1, Ерклебенъ condictiones sine causa т. II стр. 206) l. 85 § 4 i. f. тамъ же, l. 15 D. de leg. Io 31. Ср. § 178 прим. 5.—Вліяніе заблужденія при исполненіи: l. 19 D. de leg. Io 31, l. 10 C. de cond. ind. 4. 5, l. 26 § 13 i. f. D. тамъ же 12. 6. O. l. 12 D. тамъ же см. Вангеровъ т. III § 569 прим. 1 № 1.

[8] Ср. l. 25 pr. D. de pec cont. 13. 5, l. 27 § 6 D. de pact. 2. 14.

[9] Пріобрѣтенное той или другой стороной, вслѣдствіе неопредѣленности содержанія обязательства, выгодное юридическое положеніе, можетъ, если при самомъ совершеніи обязательства не было постановлено другое опредѣленіе, быть потеряно по тѣмъ причинамъ, по которымъ теряются права вообще. L. 138 § 1 D. de V O. 45. 1, ср. 106 тамъ же. См. далѣе приведенныя въ 7-мъ примѣчаніи мѣста, изъ коихъ видно, что даже исполненіе въ части одного дѣйствія не влечетъ за собой сосредоточенія обязательствъ на этомъ дѣйствіи, также l. 17 D. de ассер. 46. 4. Сравни еще l. 21 § 6 D. de A. E V. 19. 1 (Seuff. Archiv т. I. 189) —Вопросъ о томъ, условлено ли, при самомъ совершеніи обязательства, чтобы право выбора терялось и однимъ лишь заявленіемъ, долженъ быть разрѣшенъ, на основаніи истолкованія сдѣлки, если послѣдняя не высказалась объ этомъ недвумысленно (ср. l. 11 § 1 D. de leg. Io 30). При этомъ необходимо прежде всего обращать вниманіе на то, постановлено-ли вообще какое-нибудь опредѣленіе на счетъ выбора; если таковаго нѣтъ, то въ большей части случаевъ не будетъ никакой точки опоры для истолкованія содержанія. Въ подобныхъ случаяхъ источники вовсе исключаютъ толкованіе, l. 138 § 1 D. de V. O. 45. I. «Cum pure (т. е. безъ положительнаго предоставленія права выбора) stipulatus sum, *illud aut illud dari*, licebit tibi quoties voles mutare voluntatem in eo praestiturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae et eius quae inest». Ср. также l. 106 D. тамъ же. Но и при наличности постановленія о выборѣ возможно, что стороны хотѣли выразить имъ лишь то, кто можетъ выбирать, а не то, что какъ совершившійся выборъ ведетъ за собой окончательное рѣшеніе о должномъ дѣйствіи; и если опредѣленіе имѣетъ тотъ смыслъ, что исполненіе должно послѣдовать по выбору вѣрителя, право выбора котораго не подразумѣвается само собой, то это будетъ самое подходящее толкованіе. Наши источники, конечно, склонны приписывать постановленному въ сдѣлкѣ опредѣленію о выборѣ болѣе вещное, чѣмъ исключительно личное значеніе, см. l. 84 § 9 D. de leg. Io и arg. l. 138 § 1 D. V. O. 45. 1, далѣе l. 95 pr. D. de sol. 46. 3; ср. также l. 112 pr. D. de V. O., гдѣ различается, сказано ли «quem voluero» или «quem volam». Въ новѣйшее время высказался съ особенной силой Ерингъ въ пользу того, что въ современномъ правѣ право выбора теряется во всѣхъ случаяхъ однимъ заявленіемъ управомоченнаго на выборъ (Jahrb. f. Dogm. т. I, стр. 31—33), противоположное рѣшеніе оправдывается лишь «съ точки зрѣнія римской теоріи стипуляціи»; согласны съ этимъ Demelius, Zeit. f. Civil. и Praxis XVII 2 и Regelsberger Arch. f. civ Prax. XLIX стр. 208—209). Ерингъ не задавалъ себѣ вопроса: если объявленіе должникомъ, имѣющимъ право на выборъ, обязательно для него, то даетъ ли оно ему какое-нибудь право? освобождаетъ ли его наступившая невозможность исполненія отъ обязанности исполнить избранное дѣйствіе? Я полагаю, что еслибъ онъ сдѣлалъ это, то возникло бы въ немъ сомнѣніе въ состоятельности его мнѣнія. По крайней мѣрѣ при родовыхъ обязательствахъ онъ рѣшительно устраняетъ переходъ риска на вѣрителя вслѣдствіе одного объявленія должника (см. примѣч. 20 и § 141 примѣч. 8). Демеліусъ и Регельсбергеръ выводятъ положительно послѣдствіе, что вмѣстѣ съ объявленіемъ должника и

4) предъявленіе иска превращаетъ альтернативное обязательство въ простое только въ томъ случаѣ, когда выборъ предмета удовлетворенія предоставленъ кредитору, а этотъ послѣдній точно обозначилъ предметъ удовлетворенія въ своей исковой жалобѣ [10], тогда какъ должникъ никогда не теряетъ предоставленнаго ему права выбора черезъ вступленіе въ искъ, и теряетъ это право, и притомъ въ пользу кредитора, только въ случаѣ упорнаго отказа отъ исполненія по обязательству, до самаго приведенія рѣшенія въ исполненіе [11]. 5) Наконецъ, альтернативное обязательство можетъ обратиться въ простое въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ предметовъ удовлетворенія дѣлается невозможнымъ [12]. Но такое измѣненіе имѣетъ мѣсто только тогда, когда невозможность эта наступила по винѣ должника, а самый выборъ предмета удовлетворенія былъ предоставленъ кредитору; въ этомъ случаѣ кредитору предоставляется требовать удовлетворенія вмѣсто предмета, сдѣлавшагося невозможнымъ.

Кромѣ того нужно еще замѣтить: а) что когда право выбора предметовъ удовлетворенія было представлено должнику, а одинъ изъ нихъ сдѣлался невозможнымъ не по винѣ его, должника, этотъ послѣдній можетъ удовлетворить кредитора и *стоимостью*

рискъ переходитъ на вѣрителя, и Регельсбергъ, въ силу послѣдовательности, подчиняетъ этому послѣдствію и родовыя обязательства. Ср. еще Синтенисъ т. II § 83, примѣч. 35.—Противъ Еринга—Лангъ Beiträge zur Hermeneutik стр. IX сд., ср. еще для господствующаго мнѣнія Арндтсъ § 203 примѣч. 3 и krit. V. J. Schr. V. стр. 339, Вангеровъ т. III § 569 прим. 1 № 2 (который въ 7-мъ изд. высказывается рѣшительно противъ Еринга и Демеліуса); Seuff. Archiv. IV. 29. Впрочемъ, это господствующее мнѣніе нуждается въ дополненіи. И необязательное объявленіе лица управомоченнаго на выборъ, обязываетъ его, въ случаѣ новаго другаго выбора къ возмѣщенію такъ называемаго отрицательнаго интереса, т. е. того вреда, который противная сторона понесла отъ того, что она полагалась на доставленіе предмета, указаннаго должникомъ въ сдѣланномъ имъ заявленіи о выборѣ (§ 58 примѣч. 5). Если интересъ этотъ долженъ быть уплоченъ на основаніи заявленія, сдѣланнаго въ силу договора, то нельзя отвергать такую же обязанность вознагражденія и вслѣдствіе заявленія объ исполненіи.

[10] L. 112 pr. i. f. D. de V. O. 45 I. § 125 прим. 11. § 126 прим. 7. Вѣритель не долженъ, впрочемъ, въ искѣ выбирать, а можетъ требовать, чтобъ должникъ былъ присужденъ къ тому или другому дѣйствію. Онъ долженъ въ точности опредѣлить дѣйствіе, когда онъ требуетъ исполненія (взысканія).

[11] § 33 I de act. 4. 6; ср. l. 11 § 1 D. de ied. III 31. Просрочкой должникъ не теряетъ права выбора. Вехтера Erört. т. III стр. 117, примѣч. 64, Вангеровъ т. III § 269, примѣч. 1 № 4, Моммзенъ Beiträge zum Obligationenr. т. III, стр 259 слѣд. Seuff. Archiv XXII. 125). O l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 42. 4, смотри Вехтеръ и Моммзенъ, Reatz Lehre vom Erfüllungsort стр. 3. 4.

[12] L. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4. l. 34 § 6 de contr. emt. 18. 1, l. 95 pr. § 1, D. de sol. 46. 3, l. 16 D. de V. O. 45. 1. При начальной невозможности дѣйствія сосредоточеніе обязательства наступаетъ въ самомъ началѣ.

предмета, сдѣлавшагося невозможнымъ [13]. b. Если одинъ изъ альтернативныхъ предметовъ удовлетворенія сдѣлался невозможнымъ по винѣ должника, хотя бы выборъ былъ предоставленъ ему, онъ не освобождается отъ обязанности удовлетворенія; если даже за тѣмъ и другой изъ альтернативныхъ предметовъ сдѣлался невозможнымъ и не по его винѣ, онъ долженъ вознаградить кредитора за то, что по его винѣ онъ не можетъ получить ни одного изъ альтернативныхъ предметовъ удовлетворенія [14].

Что касается вопроса о силѣ и значеніи альтернативныхъ обязательствъ по русскому праву, то въ этомъ отношеніи необходимо различить обязательства по *договорамъ* отъ обязательствъ, *возникающихъ изъ другихъ основаній*.

О перваго рода обязательствахъ, сколько намъ извѣстно, нѣтъ никакихъ указаній въ нашихъ законахъ; но нѣкоторыя обязательства втораго рода прямо предусмотрѣны нашими законами (т. X ч. I ст. 612, 614, 616, 618, 627 и нѣкот. др.).

Но отсутствіе въ законахъ упоминанія о договорныхъ альтернативныхъ обязательствахъ не даетъ, конечно, права заключать, что онѣ не допускаются по нашему праву (т. X ч. I ст. 1,520 и 1,529). Нельзя, однакожъ, не замѣтить, что подобныя обязательства представляютъ значительныя затрудненія при *судебномъ* осуществленіи ихъ.

Согласно ст. 257, 332, 333, 706 и 773 уст. гр. суд., истецъ долженъ *съ точностью* указать въ своей исковой жалобѣ *предметъ* своего иска. Примѣненіе этого требованія закона не представитъ затрудненій при искахъ по такимъ альтернативнымъ обязательствамъ, въ которыхъ выборъ предмета исполненія предоставленъ кредитору. Въ этомъ случаѣ онъ можетъ съ точ-

---

[13] L. 47 § 3 D. de leg. Io 30 и arg 1. 95 § 1 D. de sol 36. 3. Дѣйствіе это не исключается послѣдствіе этого изъ обязательства; и хотя бы и другое дѣйствіе сдѣлалось невозможнымъ, но не по винѣ должника, то послѣдній не обязанъ доставлять цѣнности перваго. Впрочемъ, Беккеръ допускаетъ для должника указанное здѣсь право лишь съ ограниченіями Jarb. d. g m. т. V. стр. 374.

[14] Причемъ, однакоже, онъ можетъ пользоваться указанными въ примѣчаніи 13 правомъ L. 95 § 1 D. de sol. 46 3: si facto deditoris alter (одинъ изъ слѣдовавшихъ рабовъ) sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest... tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo morlepatur, non commiserit stipulationem; sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito des derabitur. Не подлежитъ сомнѣнію, что римляне не ставили условіемъ для iudicum bonae fidei actio doli и еще менѣе обвиняли бы въ iudicium bonae fidei отвѣтчика за одну небрежность, такъ что въ настоящее время условіе «facto debitoris» не имѣетъ значенія. Такого взгляда придерживается и господствующее мнѣніе.—О вліяніи невозможности дѣйствія и на альтернативное обязательство есть

ностью обозначить въ своей исковой жалобѣ избранный имъ предметъ обязательства и вмѣстѣ съ тѣмъ и своего иска. Мы полагаемъ, что онъ вправѣ даже альтернативно требовать всѣхъ предметовъ исполненія.

Но если право выбора предмета исполненія предоставлено должнику, то судебное принужденіе къ исполненію подобнаго обязательства представляется невозможнымъ, ибо истецъ можетъ требовать, а судъ присудить только тотъ предметъ, который избранъ отвѣтчикомъ, а этотъ послѣдній очевидно не можетъ быть принужденъ къ учиненію этого выбора.

При этомъ необходимо, однакожъ, имѣть въ виду, что затруднительность или даже полная невозможность судебнаго осуществленія какого либо обязательства не уничтожаетъ еще силы этого послѣдняго и не дѣлаетъ его недѣйствительнымъ. Обязательство, хотя и невозможное къ осуществленію при содѣйствіи судебной власти, не перестаетъ быть обязательствомъ, и какъ таковое, можетъ быть, напримѣръ, обезпечено залогомъ, поручительствомъ и пр., и можетъ быть предметомъ платежа или компенсаціи (см. ниже).

Что же касается альтернативныхъ обязательствъ, возникающихъ не изъ договоровъ, а изъ другихъ основаній, то они опредѣляются самимъ закономъ (см. вышеуказанныя статьи т. X ч. I), при чемъ законъ, за исключеніемъ т. X ч. I ст. 614, самъ указываетъ, кому принадлежитъ право выбора предмета. А. Д.

II. *Обязательства генерическія* [15]. Въ этихъ обязательствахъ содержаніе опредѣлено только общими (родовыми) признаками, а не конкретно. Важнѣйшій случай будетъ тотъ, въ которомъ обязательство состоитъ въ дачѣ вещи, опредѣленной только общими (родовыми) признаками или количествомъ такихъ вещей [16]. Кругъ указанныхъ вещей можетъ быть болѣе или менѣе тѣсный, са-

собственный трактъ Zimmern Arch. f. civ. Praxis I 23 (1820); кромѣ того, ср. Fuchs тамъ же XXXIV стр. 235—241 (1851), Моммзенъ Beiträge zum Obligationenrecht т. I § 26 (1853), Вангеровъ III § 569 примѣч. 2, Гольцшуеръ III стр. 31—36.

[15] Ср. Ерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. 5 (1861), Беккеръ Jahrb. des gem. т. V. 17 (1862). Гольдшмидъ Handelsrcht I § 62.

[16] Родовое обязательство будетъ и тогда, когда кто-нибудь обязывается къ работѣ, опредѣленной лишь по роду своему, ср. l. 54 § 1 D. de V. O. 45 1.

мыя вещи могутъ быть замѣнимыя или незамѣнимыя [17] (*). Генерическое обязательство точно также, какъ и альтернативное, не есть обязательство условное: и здѣсь самое обязательство *существуетъ*; не опредѣлено только *содержаніе* удовлетворенія [18]. Относительно права выбора предмета удовлетворенія здѣсь примѣняются тѣже начала, какъ и при обязательствахъ альтернативныхъ, такъ что право это принадлежитъ кредитору только въ томъ случаѣ, когда это положительно было условлено [19]. Что же касается возможности превращенія генерическаго обязательства въ простое, то здѣсь точно также дѣйствуютъ тѣже начала, какъ въ обязательствахъ альтернативныхъ [20], исключая того случая, когда

---

[17] Примѣры, годная лошадь — годная верховая лошадь — годная для фронта верховая лошадь — лошадь этого рода четырехъ лѣтъ. Мѣра пшеницы — мѣра польской пшеницы — мѣра польской пшеницы вѣсомъ столько-то фунтовъ. Мѣра пшеницы изъ такого-то корабельнаго груза; мѣра вина изъ такой-то бочки; одна изъ моихъ картинъ. — Въ тѣхъ случаяхъ, когда кругъ вещей, изъ коихъ одна должна быть доставлена, опредѣленъ другими признаками, чѣмъ тѣ, которыми опредѣляется родъ (какъ въ трехъ послѣднихъ примѣрахъ), Савиньи (Obl. I § 38 q. l. и стр. 400) принимаетъ альтернативное, а не родовое обязательство. См. противъ этого Моммзенъ Beiträge zum Obligationenrecht I стр. 341, прим. 23. Ерингъ стр. 406 и др., Беккеръ стр. 365 и въ другихъ мѣстахъ. Впрочемъ, надо обращать вниманіе на то, не есть ли родовое опредѣленіе сокращеніе альтернативнаго, т. е. не имѣлись ли въ виду, и при родовомъ обозначеніи, опредѣленные индивиды. Или: хотятъ ли нѣкоторые принять совершенно различное право (примѣч. 21), смотря по тому, обѣщаетъ ли собственникъ двухъ лошадей «одну изъ моихъ лошадей» или «мою лошадь А или мою лошадь Б?».

(*) Съ перваго взгляда можетъ казаться немыслимымъ *генерическое* обязательство, предметъ коего состоялъ бы въ *незамѣнимыхъ* вещахъ, такъ какъ оба эти понятія исключаютъ другъ друга. Но это кажущееся противорѣчіе устраняется *относительностью* понятія *замѣнимыхъ* или *незамѣнимыхъ* вещей, такъ какъ каждая вещь въ одно и то же время можетъ быть замѣнимою и незамѣнимою, какъ это видно изъ примѣровъ, приведенныхъ въ примѣч. [17]. А. Д.

[18]) Отказъ вещи, опредѣленной родовыми признаками переходитъ на наслѣдниковъ, ср. напр. l. 25 § 17 D. fam. erc. 10—2. Родовое обязательство считаетъ Моммзенъ условнымъ стр. 337. 341 и др. м. См. противъ этого Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. II. стр. 137 прим. 21. Беккеръ стр. 368—370, 398—400 и др. м. Регельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLIX стр. 188 сл. См. также § 141 прим. 9.

[19] L. 32. § D. de cond. ind. 12. 6, l. 52 D. mand 17. 1. § 22 l. de leg. 2. 20.

[20] Именно, что концентрація бываетъ слѣдствіемъ или дѣйствительнаго исполненія (ср. l. 2 § 1 l. 85 § 4 D. de V. O. 45 1. l. 9 § 1 l. 34 § 1 D. de sol. 46 3), или договора между сторонами, которымъ таковая обусловлена; что же касается объявленія выбора лицомъ, имѣющимъ право на таковой, то объявленіе влечетъ за собой концентрацію лишь тогда, когда это постановлено въ сдѣлкѣ (ср. l. 117 D. de V. O. 45. 1). Объ этомъ вопросѣ трактовали въ новѣйшее время, по отношенію къ куплѣ вещей, опредѣленныхъ родовыми признаками: съ какого времени несетъ рискъ покупщикъ? См. въ особенности Thöl Handelsrecht I § 73. Ерингъ и Беккеръ въ приведенныхъ въ примѣч. 15 сочиненіяхъ, Регельсбергеръ Arch. f. civ. Prax. XLIX. 8. Писатели эти согласны въ томъ, что одно лишь исполненіе продавцомъ предмета обязательства, подлежащаго выдачѣ, не переноситъ риска на покупщика. О

самое удовлетвореніе возможно только однимъ предметомъ; и въ этомъ случаѣ обязательство не концентрируется на этомъ единомъ возможномъ предметѣ [21]. Съ другой стороны, должникъ, въ случаѣ наступленія, по его винѣ, невозможности удовлетворенія по обязательству, отвѣчаетъ на общемъ основаніи.

В. Предметы обязательствъ, заслуживающіе особаго разсмотрѣнія.

I. Деньги *.

§ 8. Между предметами обязательствъ есть такіе, которые, по важному значенію ихъ, необходимо особо разсмотрѣть здѣсь, въ общей части ученія объ обязательствахъ. Къ этимъ предметамъ принадлежатъ прежде всего деньги.

Удовлетвореніе деньгами есть не только одно изъ важнѣйшихъ родовъ удовлетворенія, на которые могутъ быть направлены обязательства съ самаго начала ихъ, но и всякое другое удовлетвореніе, имѣющее имущественную стоимость, при извѣстныхъ обстоятельствахъ можетъ превратиться въ денежное удовлетвореніе. Относительно этого рода удовлетворенія необходимо имѣть въ виду слѣдующія юридическія правила:

существующемъ между ними различіи въ мнѣніяхъ см. § 141 прим. 8. Въ пользу перехода опасности вслѣдствіе одного лишь объявленія выбора высказался Гегеръ Zeitchr. f. civ. Prax. № F. XV стр. 23 слѣд. (Гофманъ. über das Periculum beim Kause стр. 118 слѣд.).

[21] Когда при куплѣ альтернативно опредѣленныхъ предметовъ всѣ уничтожаются безъ вины продавца, то рискъ несетъ покупщикъ (l. 24 § 6 Д. de contr. emt. 18. 1); иначе бываетъ съ куплей по роду опредѣленныхъ предметовъ (l. 35 § 7 тамъ же, l. 1 § 1 l. 5 l 14 § 1 Д. de peric. 18. 6.) Если при альтернативномъ обязательствѣ одна изъ опредѣленныхъ вещей переходитъ въ собственность кредитора, или состоитъ въ его собственности съ самаго начала совершенія обязательства, то она, хотя бы и за симъ вышла изъ его права собственности, не можетъ быть ни требуема отъ должника, ни доставляема имъ (l. 72 § 4 d. de sol. 46. 3, l. 128 d. de V. O. 45. 1); съ родовымъ обязательствомъ бываетъ иначе и въ томъ отношеніи (l. 67. l. 72 § 4 D. de sol. 46 3). Между римскими юристами находило, конечно, представителей и мнѣніе, что родовое обязательство должно въ послѣднемъ отношеніи подчиняться тѣмъ же правиламъ какъ и альтернативное, а компиляторами было даже принято одно мѣсто, въ которомъ высказано подобное мнѣніе (l. 66 § 3 D. de leg. IIo 31); но мѣсту этому нельзя придавать значенія въ виду упомянутыхъ мѣстъ о томъ, кто несетъ рискъ при договорѣ купли. Поэтому слѣдуетъ сказать, что въ родовомъ обязательствѣ ни одна изъ принадлежащихъ къ опредѣленному роду вещей не есть in obligatione въ томъ смыслѣ, какъ это бываетъ при альтернативномъ обязательствѣ, гдѣ каждая изъ альтернативно обозначенныхъ вещей есть in obligatione (§ 7 прим. 5), а изъ этого явствуетъ практическое значеніе сказаннаго въ 17 примѣчаніи. Ср. также Беккеръ § 4. 7 и въ др. м., Моммзенъ Beiträge zum Obligationenrecht I стр. 341, Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. стр. 138 прим. 21.

§ 8. * Hufeland über die rechtliche Natur der Geldschulden, Berlin 1851. Pfeiffer praktische Ausführungen 1 7 и VII. 5 (1825. 1814). Souchay Zeitschr. f. Civ. u. Pr N. F. IX. 12 (1851). Fritz. Erläuterungen II, стр. 12—20, Unterholzner I § 113—115, Vangerow III § 570, Savigny Obl. I § 40—48, Arndtz § 205, Sintenis II § 85, Holzschuher III § 212. Beseler deutsch. Privatr. II § 112. (G. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und

1) Можетъ случиться, что названіе монеты, въ которой выраженъ денежный долгъ [1], обозначено монетами различной стоимости [2]. Въ этомъ случаѣ необходимо посредствомъ интерпретаціи опредѣлить, какой именно родъ монеты подразумѣвается въ обязательствѣ, причемъ сомнѣніе разрѣшается въ пользу монеты меньшей стоимости [3].

2) Денежный долгъ можетъ быть удовлетворенъ и не тою монетою, въ которой онъ выраженъ [4], развѣ это было особо условлено [5]; съ другой стороны кредиторъ не обязанъ принимать вся-

---

den Inhalt von Geldschulden (1868) Объ этомъ: Karlowa krit. V. I. Sch. XI стр. 526 ср. (1869) и Goldschmidt Handbuch des Handelsrechts 1. стр. 1060—1231).

[1] Всякій денежный долгъ выражается въ монетахъ. Ибо «монета» есть обозначеніе количествъ, денежный матеріалъ которыхъ (въ настоящее время исключительно благородный металлъ) употребляется въ оборотѣ какъ мѣрило (счетная монета) и эквивалентъ цѣнности (дѣйствительная монета, чеканенная монета). Дѣйствительная монета, есть вмѣстѣ съ тѣмъ счетная монета, но послѣдняя не должна необходимо быть дѣйствительной монетой.

[2] Какъ это и бывало неоднократно съ названіемъ большей части употребляемыхъ въ Германіи счетныхъ монетъ—талера и гульдена, что отчасти еще и теперь бываетъ Ср. Савиньи стр. 419—423.

[3] По правилу, что въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ предпочитать болѣе мягкое для должника толкованіе, а при договорныхъ денежныхъ долгахъ въ особенности — по правилу, что слѣдуетъ толковать противъ того, который долженъ былъ бы яснѣе высказаться См. I § 84 примѣч. 4 и 5, Савиньи стр. 466—467.

[4] Это вовсе невозможно, когда тотъ сортъ монеты, которымъ выраженъ долгъ, есть лишь счетная монета. Но это не необходимо и тогда, когда сортъ монеты, которымъ выраженъ долгъ, дѣйствительно существуетъ; ибо существо дѣйствительной монеты состоитъ лишь въ томъ, что она представляетъ собой опредѣленное количество благороднаго металла. Поэтому обязанность къ представленію опредѣленнаго количества дѣйствительныхъ монетъ есть по существу своему ничто иное, какъ обязанность доставить опредѣленное количество благороднаго металла въ формѣ монеты. Вексельное уложеніе (ст. 36) и торговый кодексъ (ст 336) дозволяютъ, въ томъ случаѣ когда опредѣленный въ договорѣ сортъ монетъ не есть туземная монета, платить другимъ сортомъ, но лишь подъ условіемъ, чтобъ этотъ сортъ не имѣлъ обращенія въ мѣстѣ платежа. Монетный договоръ 24 января 1857 г. между соединенными монетной конвенціей 30 іюля 1838 г. таможенными государствами съ одной стороны и австрійской имперіей и княжествомъ Лихтенштейнъ — съ другой, постановляетъ въ § 18 на счетъ новыхъ золотыхъ монетъ союза (кроны и полукроны), что имъ не приписывается качества платежнаго средства, которое могло бы замѣнять туземную монету и что никто не можетъ быть законно принужденъ къ принятію ихъ въ этомъ качествѣ. (Договоръ этомъ отмѣненъ въ 1867 году).

[5] При этомъ, что касается въ особенности долговъ, вытекающихъ изъ займа, необходимо обращать вниманіе на слѣдующіе вопросы, требующіе разъясненія. а) Не заключается ли уже въ томъ, что заемъ сдѣланъ въ извѣстномъ сортѣ монеты, безмолвное соглашеніе, что онъ долженъ быть возвращенъ тою же монетой? — Понятно, что нѣтъ. Несправедливо ссылались въ подтвержденіе противнаго на l. 99 D. de sol. 46. 3. Ср. Савиньи стр. 470, Вингеровъ № 1. в) Какъ же будетъ, когда въ актѣ займа положительно сказано, что занятая сумма дана тѣмъ или другимъ сортомъ монеты?— И этого не слѣдуетъ понимать въ смыслѣ обязанности произвести платежъ тѣмъ же сортомъ монеты; самое подходящее толкованіе будетъ даже то, что этимъ стороны имѣли въ виду точнѣе опредѣлить размѣръ отданной въ заемъ суммы. Особенно ясно

кую монету. Размѣнную монету онъ обязанъ принимать только въ опредѣленномъ закономъ размѣрѣ [6]; онъ не обязанъ принимать дурную [7] монету, равно какъ и такую, которая не имѣетъ обращенія на мѣстѣ удовлетворенія [8]. Даже и въ томъ случаѣ, когда положительно было опредѣлено, что удовлетвореніе имѣетъ быть произведено только опредѣленнымъ родомъ монеты, кредиторъ обязанъ принимать платежъ другимъ родомъ монеты, если условленный родъ монеты изъятъ изъ обращенія ко времени платежа [9] или сдѣлался столь рѣдкимъ, что не можетъ быть пріобрѣтенъ безъ особаго пожертвованія [10].

3) Дѣйствительная стоимость монеты опредѣляется не ея названіемъ, и съ другой стороны она не опредѣляется также постановленіемъ государственной власти, пустившей монету въ обращеніе (номинальная цѣна) [11] (*). Она не опредѣляется, наконецъ, и

выступаетъ это тогда, когда къ этому присоединяется указаніе на цѣнность, въ которую подлежащій сортъ монеты долженъ быть исчисленъ. c) Точно также слѣдуетъ обсудить тотъ случай, когда въ актѣ займа сказано, что дана сумма изъ столькихъ-то «штукъ» извѣстнаго сорта монеты. Ср. Пфейферъ § 9 — 11 и въ другихъ мѣстахъ.

[6] Размѣнная монета, которая не представляетъ собой всего того количества благороднаго металла, которое ею обозначается. Ср. Савиньи стр. 414—416. Размѣръ, до котораго размѣнная монета должна быть принята, опредѣленъ § 76 имперскаго уложенія 1576 года въ 25 гульденовъ (тогдашніе 25 гульденовъ равняются, можетъ быть, 59 гульденамъ настоящаго времени, коихъ 24 выходитъ изъ опредѣленнаго въ монетной системѣ количества благороднаго металла). Синтенисъ § 85 примѣч. 18 Seuffert § 239 примѣчаніе 5). См. Glück XII стр. 67 (къ этому Gönner Staatsrecht § 597) и § 14 упомянутаго въ 4-мъ примѣчаніи монетнаго трактата: «Никто не можетъ въ странахъ договаривающихся государствъ быть принужденъ къ принятію платежа, который достигаетъ цѣнности малѣйшей простой монеты».

[7] Т. е. такихъ монетъ, у которыхъ государственною властью отнято данное имъ ею же качество быть деньгами. Ср. l. 24 § 1 D. de pign. act. 13 7.

[8] При этомъ безразлично, внутреннія ли это монеты или заграничныя. Внутреннія монеты не обязательны къ принятію, когда онѣ не находятся болѣе въ обращеніи; заграничныя должны быть принимаемы, если онѣ въ мѣстѣ платежа имѣютъ курсъ. Кредитору должно быть доставлено то количество благороднаго металла, котораго онъ въ правѣ требовать, и въ той формѣ, въ какой онъ таковое можетъ дѣйствительно употребить какъ эквиваленть цѣнности. Ср. Унтергольцнеръ стр. 231 — 232, Вангеровъ № 1 и въ др. м., Синтенисъ стр. 59—60, Пфейферъ I стр. 57 допускаетъ заграничныя монеты только подъ условіемъ, чтобъ онѣ внутри страны получили закономъ опредѣленную цѣнность; это находится въ связи со всѣмъ его взглядомъ на деньги (примѣчаніе 13).

[9] Тогда наступила для должника невозможность исполненія безъ его вины.

[10] Arg. l. 71 § 3 de leg. I° 30. Унтергольцнеръ стр. 235, Вангеровъ № 11 II. Савиньи стр. 468 d, Синтенисъ § 85, примѣчаніе 27.

[11] Вмѣсто «номинальной цѣнности» многіе говорятъ «внѣшняя цѣнность». Выраженіе это не слѣдуетъ рекомендовать потому, что оно обнимаетъ собой и курсовую цѣнность.

*) Читатель не долженъ забывать, что это относится только къ такъ называемому «нынѣшнему римскому праву» (Das heutige römische Recht), а не къ нашему отечественному. См., впрочемъ, конецъ сего параграфа.

количествомъ содержащагося въ монетѣ благороднаго металла (металлическая стоимость) [12], ибо возможно, что обращеніе придаетъ ей высшую или низшую стоимость, какую она должна была имѣть по количеству содержащагося въ ней благороднаго металла. Въ этомъ случаѣ дѣйствительная стоимость ея опредѣляется курсовою цѣною [13]. Согласно этимъ правиламъ должна быть опредѣлена стоимость, по которой кредиторъ обязанъ принимать данный родъ монеты, или рода монеты [14], которая вовсе не можетъ быть пріобрѣтена или можетъ быть пріобрѣтена только съ большими пожертвованіями [15]. Напротивъ, если дѣло идетъ объ опредѣленіи стоимости мо-

---

[12] Металлическая цѣнность, въ противоположность къ «внѣшней цѣнности» (примѣчаніе 12), называется также и «внутренней цѣнностью».

[13] Сказанное въ текстѣ далеко не безспорно. Другіе писатели высказались за металлическую цѣнность (ср. Савиньи стр. 478 — 479); въ особенности же защищается номинальная цѣнность, какъ имѣющая рѣшительное значеніе для дѣйствительной цѣнности монеты, въ поименованныхъ выше * трактатахъ Пфейфера и Суше и Синтениса, сравни также Безелера. Послѣднее мнѣніе выходитъ изъ того положенія, что государство дѣлаетъ деньги деньгами; если это справедливо, то вѣрно и то, что номинальная цѣнность имѣетъ самое рѣшительное значеніе, такъ какъ она даетъ деньгамъ ихъ цѣнность. Въ противуположность къ этому воззрѣнію въ новѣйшее время Савиньи, по примѣру прежнихъ писателей (ср. приведенное выше * сочиненіе Гуфеланда), выставилъ другое, по которому дѣятельность государства при созданіи денегъ есть только посредствующая, и окончательное рѣшеніе о томъ, что должно быть деньгами, слѣдовательно и въ какой цѣнности послѣднія суть деньги, дается признаніемъ публики. Не подлежитъ, конечно, сомнѣнію, что государство можетъ закономъ предписать, чтобы монета была принимаема въ опредѣленной цѣнности, и что судья связанъ такимъ закономъ, какъ и всякимъ другимъ. Но развѣ ли въ томъ заключается уже предписаніе, что государство (посредствомъ надписанія на монетѣ или публичнаго объявленія) просто высказываетъ, что монета имѣетъ извѣстную цѣнность? Это утверждаютъ противники, но отвергается Савиньи (стр. 444—447) и, конечно, не безъ справедливаго основанія. О мѣстахъ римскаго и каноническаго правъ, на которыя были сдѣланы ссылки въ подтвержденіе своихъ доводовъ, см. Савиньи § 44.

[14] Онъ не можетъ быть принужденъ къ принятію его въ другой цѣнности, чѣмъ какую онъ имѣетъ по курсу, но по этой цѣнности кредиторъ обязанъ его принимать. Если по этому сорту монеты, которымъ производится платежъ, имѣетъ противъ номинальной цѣнности, высшую или металлическую цѣнность (предполагая согласіе послѣдней съ курсовою цѣнностью), то количество подлежащихъ къ выдачѣ штукъ монетъ повышается или понижается въ одинаковомъ отношеніи. Точно такъ и бываетъ, когда курсовая цѣнность бываетъ противъ металлической выше или ниже.

[15] Если сортъ монеты вовсе исчезъ изъ обращенія, такъ-что не можетъ быть рѣчи о курсовой цѣнности, то слѣдуетъ заплатить его металлическую цѣнность (ср. Seuff. Arch. II 15). Если онъ находится еще въ оборотѣ, но не можетъ быть полученъ безъ чрезмѣрныхъ жертвъ, то и тогда слѣдуетъ платить его курсовую цѣнность, т. е. ту, въ которую кредиторъ можетъ его израсходовать. — Утверждали, что когда требованіе положительно обусловлено опредѣленнымъ количествомъ штукъ извѣстнаго сорта монетъ, которыя сдѣлались нумизматической древностью и рѣдкостью, то должникъ обязанъ заплатить цѣнность, которую онѣ, какъ таковыя, имѣютъ, т. е. рыночную цѣнность (Синтенисъ стр. 65—66). Но это невѣрно въ томъ случаѣ, когда имѣется въ виду

неты, то и здѣсь она опредѣляется не номинальной цѣной [16]; что касается отношенія номинальной цѣны къ металлической или курсовой цѣнѣ, то необходимо взвѣсить, не слѣдуетъ-ли заключить въ данномъ случаѣ, что стороны имѣли въ виду номинальную, а не курсовую стоимость, и только въ томъ случаѣ, когда обязательство состоитъ къ возвращеніи полученнаго, необходимо принять курсовую [17]. Во всякомъ случаѣ необходимо отвергнуть то мнѣніе, по которому при опредѣленіи содержанія денежнаго обязательства слѣдуетъ обращать вниманіе и на *мѣновую* стоимость денегъ [18].

4) Извѣстно, что кромѣ металлическихъ денегъ, исключительно о которыхъ по сіе время шла рѣчь, есть еще деньги, бумажныя. Бумажныя деньги суть не настоящія деньги, а только *денежные знаки*; они не представляютъ выраженнаго въ нихъ количества благороднаго металла, а только изображаютъ его [19]; поэтому никто не обязанъ принимать ихъ средствомъ платежа, развѣ это постановлено особымъ предписаніемъ закона (принудительный курсъ). Стоимость ихъ опредѣляется курсомъ [20].

дѣйствительный денежный долгъ; оно вѣрно только тогда, когда монета принимается въ соображеніе, какъ товаръ.

[16] Кто имѣетъ право требовать гульденовъ или талеровъ одного вѣса — можетъ не принимать таковыхъ другаго высшаго вѣса, и не можетъ требовать гульденовъ или талеровъ другого, болѣе высокаго вѣса. Seuff Arch. II, 15, 147.

[17] Такъ бываетъ при займѣ. Дѣйствительно получена только та цѣнность, въ которую принятыя монеты могли быть израсходованы. Если же дѣлается долгъ иного рода въ такое время, когда курсовая цѣнность уклоняется отъ номинальной, то, въ виду ненормальности такого уклоненія, должно полагать, что на него не обращено было вниманія. Причемъ, однако же, слѣдуетъ исключить тотъ случай, когда положительно выражено, что долговая сумма получена опредѣленнымъ количествомъ штукъ извѣстнаго сорта монеты. Здѣсь намѣреніе сторонъ вѣроятно состояло въ томъ, чтобы долгъ былъ уплоченъ тѣми монетами, которыя существовали при его заключеніи, такъ что должно быть обращено вниманіе не на ихъ курсовую цѣнность по отношенію къ металлической, а на послѣднюю по отношенію къ номинальной цѣнности.—Сдѣланному въ текстѣ (къ примѣчанію 14 сл.) различію обыкновенно не придаютъ значенія. Можетъ быть, что неупущеніе его изъ виду будетъ содѣйствовать примиренію противорѣчащихъ взглядовъ.

[18] Мѣновая цѣнность денегъ зависитъ отъ отношенія, которое оборотъ вообще указываетъ цѣнности благородныхъ металловъ въ цѣнности имуществъ. Отношеніе это непостоянно, и вслѣдствіе этого полагали, что если оно измѣнилось между происхожденіемъ и погашеніемъ денежнаго долга, то обстоятельство это должно быть принято въ соображеніе; слѣдовательно, соразмѣрно этому измѣненію должно быть уплочено больше или меньше. Это ошибочно Содержаніе денежнаго долга — доставленія количества монетъ, которыя могутъ быть употреблены въ обращеніи въ качествѣ представителей опредѣленнаго количества благороднаго металла. Для содержанія денежнаго долга безразлична власть, которая дается собственнику деньгами. Ср. Савиньи стр. 433—435. 461—463, Вангеровъ № 1. 4, Синтенисъ § 85 примѣч. 20.

[19] Бумажныя деньги имѣютъ сходную съ размѣнной монетой природу; размѣнная монета только приблизительно представляетъ собою количество благороднаго металла, которое ею обозначается.

[20] Приведенныя въ текстѣ положенія о бумажныхъ деньгахъ безспорны.

II Удовлетворенiе интереса *.

§ 9. Быть обязаннымъ къ удовлетворенiю интереса значитъ: быть обязаннымъ къ удовлетворенiю убытка [1], происшедшаго въ имущественномъ положенiи лица чрезъ какой-либо положительный или отрицательный фактъ. Это лицо должно быть удовлетворено на сколько оно заинтересовано тѣмъ [1a], чтобы не случилось то, что дѣйствительно произошло, или чтобы случилось то, чего въ дѣйствительности не было. Въ этомъ отношенiи сущность самаго интереса опредѣляется даннымъ лицомъ и его особыми обстоятельствами; интересъ составляетъ, такимъ образомъ, противоположность *стоимости*, которая опредѣляется объективнымъ, для всякаго одинаково дѣйствующимъ масштабомъ (такъ называемая вещевая стоимость) [2]. Между основанiями [2a], изъ которыхъ можетъ возникнуть обязательство къ удовлетворенiю интереса, важнѣйшее есть *виновность:* лицо должно отвѣчать за послѣдствiя факта, въ коемъ оно виновно. Эта виновность можетъ составить или самостоятельный проступокъ [3], или же она можетъ существовать только въ силу особаго, для даннаго лица существующаго юридическаго

---

* Главный трудъ по ученiю объ интересѣ—это сочиненiе Моммзена: zur Lehre vom Interesse (его «Beiträhe zum Obligationenrecht» второй отдѣлъ, 1855). Сюда относятся замѣтки Виндшейда Heid krit. Zeitschrift т. II стр. 525—563. См. далѣе: Cohnfeldt die Lehre vom Interesse nach Römischem Recht. Mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebung. 1865. Прежнiе «опыты» (Puchta § 224 a) обработки этого ученiя суть: Lehöman Lehre vom Schadenersatb, 2 части (1807). Fr. Hänel Versuch einer kurzen und fasslichen Darstellung der Lehre vom Schadenersatze (1823). v. Wening Ingenheim (младшiй) die Lehre vom Schadenersatze nach römischem Rechte (1871). О болѣе древней литературѣ см. Моммзенъ въ предисловiи и другихъ мѣстахъ. Унтергольцнеръ I 125—131, Вангеровъ III § 571 прим. 1—4, Сиитенисъ II § 86, Унгеръ Oesterreichische V. I. SCHR. XIV стр. 110 слѣд. Гольцшуеръ III § 218. § 9.

[1] Ср. § 10 прим. I въ концѣ.

[1a]. Quanti (quod) eius interest, напр. moram factam non esse (l. 36 § 2 D. de usufr. 7. 1, l. 114 D. de V. O. 45. 1), rem evictam non esse (l. 23 C. de evict. 8. 45). Другiя названiя источниковъ для интереса суть: utilitas, damnum, causa rei (Моммзенъ § 5. Конфельдтъ стр. 63—64, 68—69). О выраженiи quanti ea res est см. слѣдующее примѣчанiе.

[2] Verum rei pretium, vera rei aestimatio (ср. напр. l. 2 § 13 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 179 D. de V S. 50. 16). Выраженiе «quanti ea res est» источники употребляютъ для обозначенiя то цѣнности вещи, въ противоположность къ интересу, то даютъ ему болѣе обширный смыслъ, такъ что онъ обнимаетъ собой и интересъ Ср. напр. l. 179 l. 193 D. de V. S. 50. 16, l. 1 § 4 D. si quis ius 2. 3, l. 9 § 8 D. ad. exh. 10 4; l. 63 D. R. V. 6. 1, l. 3 § 11 C uti possid. 43. 17. Моммзенъ § 6. Конфельдтъ стр. 64 слѣд.; уклоняется Савинья Syst, V т., прибавленiе XII. Сравни и Виндшейдъ стр. 529 и въ др. мѣстахъ.

[2a]. Сравни къ слѣдующему Конфельдтъ стр. 23 слѣд. 212 сл. 243 сл.

[3] Обманъ, похищенiе, попрежденiе. Ср. в Seuff Arch. 1 X. 25.

обязательства [4]; но виновность не есть единственное основаніе обязательства къ удовлетворенію интереса. Это обязательство можетъ наступить и безъ всякой виновности, въ силу юридической сдѣлки, судебнаго распоряженія или постановленія закона [5]. Удовлетвореніе интереса можетъ составить предметъ не только обязательственнаго права; въ извѣстныхъ случаяхъ можно требовать удовлетвореніе интереса и въ силу вещнаго права [6]. Для этого случая дѣйствуютъ тѣ же начала.

§ 10 *. Содержаніе обязательства удовлетворенія интереса ближайшимъ образомъ опредѣляется слѣдующими правилами:

1) Обязанный долженъ доставить удовлетвореніе за убытокъ, наступившій въимущественномъ положеніи кредитора, вслѣдствіе даннаго факта. Заключается-ли этотъ убытокъ въположительномъ вредѣ или въ лишеніи прибыли—это все равно[1]. Но нельзя требовать возмѣщенія убытка, имѣющаго свое основаніе въ непомѣрной роскоши[2],

---

[4] Напр., должникъ исполняетъ свою обязанность несвоевременно, онъ по нерадѣнію или злому умыслу поставляетъ себя въ невозможность исполнить обязательство. Сравни и Seuff. Arch. V. 145.

[5] Договоръ можетъ, напр., имѣть цѣлью возмѣщеніе убытковъ, которые возникли для кредитора изъ опредѣленнаго обстоятельства, какъ и всякое другое дѣйствіе.

[6] Вещный искъ превращается, какъ и личный, въ требованіе уплаты интереса, когда исполненіе сдѣлалось невозможнымъ для обязаннаго лица по собственной винѣ послѣдняго. Точно также можетъ просрочка въ исполненіи влечь за собой для обязавшагося лица уплату интереса. Ср. I § 43 прим. 9. § 124.

§ 10. * Сравни, сверхъ названныхъ въ предъидущемъ § сочиненій, G. Nussbaumer über das Mass Schadenersatzes 1855 (объ этомъ Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. III стр. 12—74.

[1] L. 13 pr. D. ratam rem 46 8:—«in quantum mea interfuit, i. e. quantum mihi abest, quantamque lucrari potui.» L. 33. D. loc. 19. 2—«quanti eius interfuerit grui, in quo etiam lucrum e us continebitur». L. 7 C. arb tut. 5. 5, l. 21 § 2 D. quod met. causa 4. 2, l. 23 pr. i. f D. ad leg. Aq, 9. 2, l. un. C. de sentent. quae pro eo 7. 47 R. D. A. 1600 § 139. O. l. 71 § I D. de furt. 47. 2 см. Моммзенъ стр. 135—137, Вантеровъ прим. 3 № 1 и др. м., Конфельдтъ стр. 93 сл. Въ настоящее время обыкновенно говорятъ о damnum emergens и lucrum cessans. — Если здѣсь сопоставляется понятію вреда понятіе убытка, какъ понятіе болѣе общее, то слѣдуетъ допустить, что этимъ выраженіемъ дается юридическій характеръ, котораго они въ жизни не имѣютъ. Если, для избѣжанія этого, хотятъ опредѣлить содержаніе обязанности къ уплатѣ интереса въ томъ смыслѣ, что она относится къ возмѣщенію отнятой прибыли (какъ это дѣйствительно дѣлаетъ Конфельдтъ смотри § 1. 6 7), выходя изъ того, что понятіе интереса само по себѣ не предполагаетъ понесенія вреда, то этимъ, какъ мнѣ кажется, допускаютъ болѣе необыкновенное и запутанное понятіе для damnum emergens, чѣмъ какое лежитъ въ избранномъ способѣ выраженія для lucrum cessans.

[2] L. 46 pr. D. de damno infecto 39. 2: — «honestus modus servandus est, non immoderata eu usque luxuria subsequenda». L. 14 § 1 D. de S. P. U. 8. 2. Моммзенъ стр. 233—234.

или даже безчестности [3]. Если данный фактъ вызвалъ не только убытокъ, но и выгоду, то дѣйствительный убытокъ опредѣляется вычетомъ выгоды [4]. Что касается момента, которымъ опредѣляется размѣръ вызваннаго даннымъ фактомъ убытка, то понесшій убытокъ обыкновенно въ правѣ требовать всего того убытка, который наступилъ для него ко времени заявленія требованія объ удовлетвореніи, слѣдовательно, когда дѣло дошло до процесса—ко времени постановленія рѣшенія; впрочемъ, по постановленію закона или по подразумѣваемому соглашенію сторонъ, это можетъ опредѣлиться и другимъ моментомъ [4a]. Если для опредѣленія интереса необходима оцѣнка его на деньги [5], то наклонности и вкусы имѣющихъ право на убытки не должны быть принимаемы въ соображеніе [6]. Если стоимость подлежащаго оцѣнкѣ предмета измѣнилась [6a], то имѣющій право на убытокъ въ правѣ требовать стоимости по тому времени, когда предметъ выбылъ изъ его имущества [7], или высшей стоимости ко времени по-

---

[3] L. 33 D. de R. V. 6. 1, l. 11 l. 76 § 1 D. de furtis 47. 2. Ср. l. 71 § 1 тамъ же (прим. I). Также и невозмѣщеніе прибыли отъ прибыли? См. съ одной стороны, l. 2 § 5 D. de adm. rer. 50. 8, l. 15 D. de usur. 22. 1, съ другой—l. 8 тамъ же. Моммзенъ стр. 189—190.

[4] Это вытекаетъ изъ природы вещей, но не доказывается, по крайней мѣрѣ непосредственно, l 11 D. de neg. gestis 3. 5, ни опровергается l. 23 § 1 D. pro socio 17. 2; оба мѣста не трактуютъ о случаѣ, когда однимъ и тѣмъ же фактомъ причиняется вредъ и доставляется убытокъ (что касается l. 23 § 1 cit., то admissio socii и praepositio servi распадаются на столько отдѣльныхъ дозволеній на веденіе дѣла, сколько приходится вести отдѣльныхъ товарищескихъ дѣлъ). О различныхъ мнѣніяхъ см. Fritz. Erläuterungen II, стр. 73, Вангеровъ, прим. I и др. м., Моммзенъ стр. 195—196, Виндшейдъ стр. 548—549 и др. м. Конфельдтъ стр. 168 слѣд. Ср. также примѣч. къ § 192. Ср. Seuf. Arch. VII, 166, X. 257.

[4a]. L. 6 § 4. l. 8 § 1 D. de edendo 2. 13, l. 12 § 1 D. si quis caut. 2. 11. Ср. Моммзенъ § 19, Конфельдтъ § 13.

[5] Уплата интереса можетъ имѣть своимъ непосредственнымъ содержаніемъ уплату денегъ; это бываетъ тогда, когда подлежащій фактъ лишилъ кредитора именно денегъ. Но фактъ этотъ можетъ лишить вѣрителя не денегъ, а чего нибудь другаго; въ этомъ случаѣ искъ вѣрителя простирается сначала на послѣднее и переходитъ въ требованіе опредѣленной посредствомъ оцѣнки денежной суммы тогда только, когда доставленіе этого другаго невозможно, или когда оно не можетъ быть вынуждено.

[6] Такъ назыв. моральный интересъ. При опредѣленіи интереса слѣдуетъ принимать въ соображеніе особенныя фактическія отношенія, въ которыхъ вѣритель находится, и въ этомъ именно заключается сущность этого интереса, но не особенныя субъективныя склонности кредитора. Это доказывается l. 33 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2. Ср. l. 6 § 2 D. de operis 7. 7, l. 63 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2 и Моммзенъ стр. 214—217. Также Конфельдтъ стр. 69—71.

[6a]. Ср. объ этомъ трудномъ вопросѣ Моммзенъ стр. 217—231 и Beiträge III стр. 211—213, Виндшейдъ стр. 554—558 и др. м. (сказанное мною въ этомъ мѣстѣ слѣдуетъ измѣнить въ смыслѣ § 33 прим 15), Конф льдтъ стр. 29 сл., 248 сл. Смотри также Büff Arch. f. civ. Pr. XXXIII. 5. 10.

[7] Въ частности нужно замѣтить слѣдующее. Если вѣритель требуетъ позна-

становленія рѣшенія [8].—Когда вознагражденіе интереса требуется вслѣдствіе неисполненія или ненедлежащаго исполненія обязательства, то къ сказанному присоединяется еще то ограничивающее правило, что въ видѣ вознагражденія интереса никогда нельзя требовать болѣе двойной стоимости предмета обязательства, если эта стоимость точно опредѣлена [9].

2) Обязанный долженъ дать удовлетвореніе за убытокъ, происшедшій въ имущественномъ положеніи кредитора вслѣдствіе извѣстнаго факта. Необходимо, чтобы убытокъ составлялъ *непо-*

гражденія за дѣйствіе, исполненіе котораго сдѣлалось невозможнымъ для должника, то, независимо отъ случая просрочки,—объ этомъ см. § 33 прим. 2—3,—слѣдуетъ принимать въ соображеніе цѣнность времени, когда требованіе было заявлено (когда дѣло доходитъ до процесса, то цѣнность ко времени постановленія рѣшенія), такъ какъ это есть именно то время, когда вещь отнимается отъ имущества кредитора (когда бы онъ ее получилъ, не наступи невозможность). Это вѣрно и на тотъ случай, когда обязанность должника къ исполненію относилась къ раньшему сроку. Ибо неисполненіемъ въ срокъ кредиторъ лишается не самаго исполненія, а выгоды, доставляемой временемъ относительно послѣдняго. L. 22 D. de R. C. 12. 1, l. 4 D. de cond. trit. 13. 3, l. 59 l. 60 D. de V. O. 45. 1. объясняются лишь необходимостью римской денежной кондемнаціи; l. 11 D. de re iud. 42. 1 предполагаетъ просрочку. Иначе бываетъ, когда собственникъ требуетъ вознагражденія за вещь, поврежденную или уничтоженную третьимъ лицомъ. Въ этомъ случаѣ вещь была отнята у него (вполнѣ или частію) во время уничтоженія или поврежденія, и поэтому оцѣнку слѣдуетъ производить по цѣнности, которую вещь имѣла въ это время.

[8] Онъ можетъ сказать, что еслибъ вещь не была отнята у него, то онъ имѣлъ бы теперь вещь высшей цѣны. Должникъ, конечно, можетъ возражать, что вѣритель продалъ бы вещь прежде. Если подлежащій оцѣнкѣ предметъ уничтожился до того времени, когда онъ былъ изъятъ изъ имущества управомоченнаго лица, то слѣдуетъ принимать въ соображеніе цѣнность, которую онъ имѣлъ во время истребленія. L. 3 D. de cond. trit. 1—33. Конфельдтъ стр. 249.

[9] Положеніе это основывается на l. un. C. de sentetiis quae pro eo quod interest proferuntur 7. 47, Юстиніана. Мѣсто это дало поводъ къ цѣлому ряду спорныхъ вопросовъ и, что еще хуже, къ спорамъ, которые навряд-ли можно будетъ когда нибудь употребить на удовлетворительное для всѣхъ разрѣшеніе. Споръ идетъ именно о томъ, не должно ли упомянутое ограниченіе примѣняться и къ тѣмъ случаямъ, когда вознагражденіе требуется не за исполненіе обязательства, а за что нибудь другое? Господствующее мнѣніе стоитъ за высказанное въ текстѣ отрицательное рѣшеніе этого вопроса. Ср. Вангеровъ прим. 4 № 1 и др. мн., Моммзенъ стр. 235, Конфельдтъ стр. 39; противъ этого въ новѣйшее время самъ Конфельдтъ стр. 46 сл. 207. За симъ споръ идетъ о томъ, когда можно сказать, что цѣнность предмета обязательства есть вѣрная? Съ одной стороны, говорятъ: только тогда, когда обязательство направлено на доставленіе вещи или количества вещей; съ другой—когда обязательство направлено прямо на интересъ. Вангеровъ прим. 4 № 2 и въ др. м., Конфельдтъ стр. 41 сл. Въ новѣйшее время Моммзенъ стр. 235—238 заявилъ господствовавшее когда-то мнѣніе, состоящее въ томъ, что слѣдуетъ прежде всего обращать вниманіе не на предметъ обязательства, а на условленный за него эквивалентъ, именно состоитъ ли онъ въ деньгахъ или нѣтъ; только когда эквиваленъ не состоитъ въ деньгахъ, то рѣчь идетъ о самомъ предметѣ обязательства. Объ l. un. cit. есть особенная монографія W. Sell въ Sell's Jahrb. I. 5 (1841); кромѣ того, сравни Fritz Erläut. II, стр. 86—92, Вангеровъ

средственное [10] и *необходимое* [11] послѣдствіе даннаго факта; необходимо удовлетворить и за тотъ убытокъ, который вызванъ участіемъ другихъ посредствующихъ фактовъ [12], хотя и такихъ, которые могли и не случиться [13]; безразлично также—могли ли быть эти факты предусмотрѣны или нѣтъ [14].—Во всякомъ случаѣ необходимо, чтобы причиненный вредъ не могъ имѣть мѣста, еслибы данное обстоятельство не случилось [15]. Доказать эту связь

III § 571 прим. 4, Сиптенисъ II § 86 прим. 32, Моммзенъ стр. 235—238, Конфельдтъ § 5. 15. Seuff. Arch. XI. 140. 224, XIV. 215, XV. 9, XVII. 17. 223, XIX. 130, XX. 23, (XXIII. 21).

[10] О мнѣніи, что такъ называемый непрямой интересъ (интересъ extra rem въ противоположность къ интересу circa rem) не всегда подлежитъ уплатѣ. Сравни Моммзенъ § 24—26, Конфельдтъ стр. 10 сл., 174 сл.

[11] Необходимость (неизбѣжность) слѣдствія требуютъ еще и новѣйшіе писатели, извращая, безъ сомнѣнія, истинную сущность причинной связи. Ср., кромѣ приведенныхъ у Моммзена стр. 142 прим. 8 сочиненій, Сиптениса стр. 71.

[12] Въ томъ именно и состоитъ существо интереса, что обращается вниманіе на особенныя отношенія, которыя имѣются на сторонѣ вѣрителя. Примѣры: должникъ неисполняетъ своего обязательства; если вѣритель обѣщалъ, съ своей стороны, должный предметъ третьему лицу, подъ страхомъ неустойки, то должникъ обязанъ ему возмѣстить и эту неустойку. Кто-нибудь продаетъ больную скотину,—онъ обязанъ возмѣстить покупщику вредъ, который этотъ понесъ отъ того, что больное животное заразило другихъ здоровыхъ животныхъ покупщика. Сравни lex 21. § 2 I. 22. 23. pr. § 4 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 18 pr. D. commod. 13. 6, l. 13 pr. § 2 D. de A. E. V 19. 1, l, 19 § 1 D. loc. 192.

[13] Не необходимо, чтобы покупщикъ больнаго животнаго поставилъ его въ соприкосновеніе съ другими животными. Не необходимо, чтобъ тотъ, который противозаконно беретъ на дорогу полученную имъ въ ссуду вещь, былъ по дорогѣ ограбленъ (l. 18 pr. D. commod. 13. 6). Сравни Seuff. Arch. IV. 113.

[14] Моммзенъ стр. 165 — 171, Конфельдтъ стр. 19. 137. Seuff. Arch. XV. 208. Только тогда не подлежитъ возмѣщенію непредвидѣнный убытокъ, когда на обязанности противной стороны лежало выяснить возможность таковаго. Deuelius Iarb. f. Dogm. T. V. Стр. 77—79.—Что непредвидѣнный убытокъ не подлежитъ вообще возмѣщенію, сталъ въ новѣйшее время утверждать, что касается случая простой небрежности (о болѣе древнихъ писателяхъ см. Моммзенъ стр. 166 прим. 30, Конфельдтъ стр. 16 слѣд., сравни также Code civil art. 1150)—Іерингъ das Schuldmoment im römischen Privatrecht стр. 35 сл. Между приведенными имъ доказательствами не имѣютъ, кажется, силы тѣ, которыя онъ основываетъ на мѣстахъ, поименованныхъ на 57 стр. въ примѣч. 110; источники эти исключаютъ, что касается случая простой небрежности, не неограниченную обязанность къ уплатѣ интереса, а обязанность къ уплатѣ интереса вообще. Съ другой стороны заслуживаетъ вниманія приведенный далѣе Іерингомъ l. 43—45 D. de A. E. V. 19. 1. Но и это мѣсто предполагаетъ во всякомъ случаѣ bonae fidei iudicium (ср. l. 22 pr. l. 23 pr. § 4 D. ad leg. Aq. 9. 2), и можетъ быть содержитъ даже въ себѣ ius singulare для случая эвикціи по отношенію къ римскому обычаю duplae stipulatio (l. 44 cit., Вангеровъ § 571 прим. 4 № 3),—или исчезаетъ даже, по смыслу этой l. 44 cit. въ связи съ Юстиніановскимъ правомъ, въ правилѣ, положенномъ въ l un. C. de sent. quae pro eo (прим. 9).

[15] Необходимо различать слѣдующіе случаи: а) Убытокъ былъ въ дѣйствительности вызванъ совершенно другимъ фактомъ; фактъ, вслѣдствіе котораго дается вознагражденіе, причинилъ бы также этотъ убытокъ, хотя бы и указанный другой фактъ не

легче, конечно, тамъ, гдѣ дѣло идетъ о вознагражденіи за причиненный убытокъ, чѣмъ при искѣ вознагражденія за лишенную прибыль [16]. Только въ одномъ случаѣ, несмотря на наличность такой связи, нельзя требовать вознагражденія убытковъ: если они могли быть избѣгнуты при надлежащей заботливости понес-

---

случился тѣмъ временемъ. Напримѣръ: кто-нибудь наноситъ чужому животному смертельную рану, а затѣмъ оно поражается громомъ (убытокъ: смерть животнаго). b) Убытокъ можно, правда, сводить къ факту, вслѣдствіе котораго платится вознагражденіе, но онъ можетъ быть слѣдствіемъ и другаго событія. Примѣръ: должникъ ставитъ себя по собственной винѣ въ невозможность исполнить обязательство, а между тѣмъ истребляется вещь безъ вины должника (убытокъ: неисполненіе обязательства). c) Убытокъ дѣйствительно причиненъ фактомъ, вслѣдствіе котораго онъ возмѣщается; но еслибъ фактъ этотъ не причинилъ его, то вмѣсто него причинилъ бы убытокъ другой фактъ. Примѣръ: фрахтовой корабельщикъ нагружаетъ подлежащіе перевозкѣ предметы, вопреки контракта, не на назначенномъ кораблѣ, а на другомъ; и тотъ и другой корабль терпятъ крушеніе. d) Убытокъ причиненъ даннымъ событіемъ, засимъ наступаетъ другой фактъ, который вызвалъ бы тотъ же убытокъ, еслибъ онъ не былъ причиненъ первымъ событіемъ. Примѣръ: кто нибудь разрушаетъ чужой домъ; засимъ наступаетъ всеобщій пожаръ, который истребляетъ до тла всѣ дома города. Въ первыхъ трехъ случаяхъ нѣтъ основанія для обязанности уплачивать интересъ, въ четвертомъ же есть; ибо въ первыхъ трехъ случаяхъ причиненный убытокъ имѣлъ бы мѣсто, хотя бы даннаго событія и не было, не то въ четвертомъ.—правда, былъ бы убытокъ, но не тотъ, который причиненъ. Сравни ad a) l. 11 § 3 l. 15 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2 (l. 51 pr. §. 2 eod. содержитъ въ себѣ уклоняющееся, но не вполнѣ, мнѣніе Юліана; предложенное Вангеровымъ систематическое соединеніе т. III § 681 прим. 2 дѣлается невозможнымъ въ виду принятой для втораго поступка (delictum) оцѣнки времени); ad b) l. 27 § 2 D. de R. V. 6. 1 („legis autem Aquiliae actio durat"—на возмѣщеніе убытка, происшедшаго отъ нанесенія ранъ рабу, независимо отъ основанной на владѣніи обязанности къ выдачѣ), l. 36. § 3 D. de H. P. 5. 3, l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4. l. 4 i. f. D. de imp. 25. 1, l. 45 D. de O. et. A. 44. 7; ad c) l. 10. § 1 D. de lege Rhodia 14. 2, l. 7 § 4 D. quod vi aut clam 43. 24; ad d) l. 7 § 4 cit. i. f., l. 37 D. mand. 17. 1, l. 16 § 2 D. de evict. 21. 2 2 (vv. et *quam actionem*). Ad. b) слѣдуетъ, однако же, присовокупить, что когда вредное послѣдствіе можно свести къ проступку какъ одного, такъ и другаго лица, то всѣ они за таковой убытокъ отвѣтствуютъ, l. 51 § 1 ad leg. Aq. 9 2. Сравни вообще объ условіи причинной связи Моммзенъ, стр. 137 сл., Виншейдъ стр. 540 сл. 549—552, Конфельдтъ стр. 136 сл. (Вангеровъ въ 7 изд. III § 571 прим. 3 № 1 и 2); Seuff. Arch. I. 210. II. 39. XII. 22. XV. 189. 208.—Если извѣстно, произошелъ ли тотъ или другой убытокъ отъ даннаго факта (еслибъ даннаго факта не было, то вѣритель находился бы въ томъ или другомъ имущественномъ положеніи), то должникъ обязанъ альтернативно. Ср. l. 12 § 1. D. de I. D. 23. 3.

[16] Въ первомъ случаѣ надобно лишь указывать связь между существующими фактами, во второмъ, что еслибъ одинъ фактъ былъ, то и другой имѣлъ бы мѣсто. Эта трудность доказывать, что касается случая отнятой прибыли, нашла рѣзкое выраженіе въ источникахъ, въ которыхъ прямо отвергается возможность требовать, вмѣстѣ съ интересомъ, и вознагражденіе потерянной прибыли; такъ въ l. 29. § 3 D. ad. leg. Aq. 9. 2, l. 33 pr. i. f. eod., l. 21 § 3 D. de A. E. V. 19. 1, l. 19 D. de per. 18. 6. На основаніи этихъ мѣстъ утверждали, что потерянная прибыль можетъ быть причислена къ интересу лишь при совершенно опредѣленныхъ предположеніяхъ, такъ см. Пухта § 225 № 3 и 4, Пфейферъ ver-

наго таковые [17]. Но это исключеніе не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ мотивомъ для иска объ убыткахъ служитъ обманъ причинившаго таковые [18].

3) Обязанный къ вознагражденію долженъ возмѣстить убытки, происшедшіе вслѣдствіе извѣстнаго обстоятельства въ имуществѣ *имѣющаго право* на таковое вознагражденіе; поэтому, если этотъ послѣдній пріобрѣлъ это право въ интересѣ третьяго лица, то и содержаніе иска о вознагражденіи опредѣляется интересомъ этого послѣдняго лица [19]. Что касается

---

mischte Aufsätze стр. 227 сл. Это ошибочно; требованіе вмѣстѣ съ интересомъ потерянной прибыли не нуждается въ другомъ предположеніи, кромѣ возможности указать на необходимую причинную связь. См. l. 8 l. 51 § 3 D. de evict. 21. 2; l. 23 pr. l 41 pr. § 2 D. ad. leg. Aq. 9. 2, l. 3 D. de cond. furt. 13. 1, l. 52 § 28 D. de furtis 47. 2; l. 23 § 2. D. ad leg. Aq. 9. 2; l. 17 l. 18 l. 24 § 4 D. loc. 19. 2; l. 39 § 1 D. de leg. I° 30; l. 3 D. si quadrupes 9. 1, l. 7 pr. ad leg. Aq. 9. 2, l. 7 D. de his qui effud. 9. 3; l. 35 pr. D. leg. III° 32; l. 12 D. de A. E. V. 19. 1; l. 2 § 8 D. de eo quod certo loco 13. 4; R. D. A. 1600 § 139. Моммзенъ § 17. 26 (Виндшейдъ стр. 546 — 548), Вангеровъ прим. 3 № 3 и № 5 (7 изд.), Спитенисъ § 86 прим. 21, Унгеръ стр. 114 (прим. 6), Конфельдтъ стр. 98 слѣд., 192 сл., 292 сл. (A. Pernice стр. 242 сл.). Seuff. Arch. II. 155, XI. 130, XII. 15. 105, XIII. 11, XV. 8, XVII. 224, XIX. 129 (XXII 27. 250).

[17] L. 203 D. de R. I. 50 17. „Quad quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire". Отдѣльныя разрѣшенія въ: l. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 23 § 9 D. de aed. ed. 21. 1; l. 45 § 1 D. de A. E. V. 19. 1; l. 29 § 1 l. 56 § 3 l. 66 pr. D. de evict. 21. 2; l. 61 § 7 D. de furtis 47. 2; l. 28 § 1. l. 30 § 4 l. 52 pr. ad. leg. Aq. 9. 2. Также принадлежитъ сюда l. 21 § 3 D. de A. E. V. 19. 1 въ словахъ: „no magis quam si triticum emerit cett". (Ср. Seuff. Arch. XII. 255). Моммзенъ стр. 157—160, Демеліусъ Jahrb. f. Dogmat. V. Стр. 58 — 71, Arndts krit. VJSchr. V. стр. 172 сл. Другой взглядъ у Конфельдта стр. 142 сл. (См. также A. Pernice стр. 58 сл. 174). Съ другой стороны, не вредитъ вѣрителю то, что онъ замедлилъ извлечь прибыль, которую онъ могъ бы извлечь вслѣдствіе причинившаго убытокъ факта. Ср. Seuf. Arch. I. 41, IX. 273, XI. 130, XII. 255, XIII. 235, XV. 209, XIX. 129 (Kierulff Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 стр. 770—771 (Seuff. Arch. XXII. 26)].

[18] L.45 § 1 i. f. D. de A. E. V. 19. 1, l. 9 § 4 D. ad leg. Aq. 9. 2 („*uticne*"). Моммзенъ стр. 257—259, Демеліусъ стр. 71—75, [Вангеровъ § 571 прим. 3 № 5 въ 7-мъ изданіи, см. также A. Pernice стр. 62 сл.]. A. M. Конфельдтъ стр. 149 сл. Не должно ли къ указанному исключенію присоединить другое, по которому нельзя требовать возмѣщенія убытковъ и тогда, когда причиненію ихъ содѣйствовала вина третьяго лица? См. l. 52. pr. D. ad. leg. Aq. 9. 2 („medici *inscientia*"), l. 22 § 4 D. ratam rem 46. 8, и объ этихъ мѣстахъ Моммзенъ стр. 160 — 164, Виндшейдъ стр. 543—546, Демеліусъ стр. 69—71, Унгеръ стр. 115 (прим. 7 при концѣ), Конфельдтъ стр. 143 сл., A. Pernice стр. 61. 178 сл. [Вангеровъ III стр. 89 въ въ 7-мъ изд.]. Ср. Seuff. Arch. XIII. 28.

[19] Вступая въ договоръ въ интересѣ третьяго лица, онъ этимъ дѣлаетъ интересъ послѣдняго своимъ собственнымъ. (Примѣръ: продавецъ товаровъ заключаетъ фрахтовый контрактъ о перевозкѣ товаровъ въ отдаленное мѣстожительство покупщика). Это важное положеніе прямо признано въ l. 14 D. si quis caut. 2. 11, l. 81 § 1 D. de V. O. 45, 1, сравни также l. 28 D. de neg. gestis 3. 5, l. 8 § 3 D. mand. 17. 1. Сравни въ особенности прекрасный трактатъ Циммермана (въ Лю-

вопроса о доказываніи интереса, то нужно замѣтить, что тамъ, гдѣ этотъ интересъ требуется на основаніи обмана со стороны обязаннаго къ вознагражденію,—истецъ можетъ требовать допущенія его къ присягѣ для опредѣленія размѣра этого вознагражденія [20].

3. Проценты. *)

§ 11. Подъ процентами понимаютъ вознагражденіе кредитора за временное лишеніе пользованія тѣмъ, чего онъ въ правѣ требовать [1]. Но не всякое вознагражденіе этого рода подходитъ подъ понятіе *проценты*; для этого, кромѣ того, еще необходимо: а) что бы то, чего въ правѣ требовать кредиторъ, состояло въ количествѣ *замѣнимыхъ* вещей [2], б) чтобы вознагражденіе состояло также въ этого рода вещахъ [3]. Важнѣйшіе проценты суть *денежные* [4]; но они могутъ заключаться и не въ деньгахъ [5].

Обязанность къ вознагражденію процентами не подразумѣвается само собою; она должна быть обоснована. Основана же она можетъ быть на юридической сдѣлкѣ [6], на судебномъ поста-

---

бекѣ) въ новомъ Archiv für Handelsrecht T. I стр. 48 — 82 и Seuff. Arch. XI. 36, XIV 23.

[20] Сравни, кромѣ уже названныхъ сочиненій, Унтергольцнеръ I, стр. 257—262. Свобода судейской оцѣнки: Моммзенъ стр. 231—232, Конфельдтъ стр. 110—111; Seuff. Arch. II. 155 въ концѣ, IX, III, XIII. 29. 272 [XXIII. 131. 132, Кирулфъ Entscheidungen des OAJ. zu Lübeck 1867 № 66. 70. 117]. Ср. G. Lehmann der Nothstand des Schädenprocesses. Leipzig 1865 [Verhandlungen des 6. deutschen Iuristentages T. III стр. 7 сл. 250 сл.

* Dig. 22. 1 de usuris (et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora). Cod. 4 32 de usuris. Глюкъ XIII стр. 1—50, Фрицъ Erläut. II стр. 20—71, Унтергольцнеръ 1. § 150—159, Вангеровъ I 76—79, Сиптеннсъ II. § 87, Унгеръ въ Oesterreichischen VJSchr. XIV стр. 117 сл. См. также Савиньи System VI § 268 — 269. [Randa die Lehre von den Zinsen und von der Conventionalstrafe. Mit Rücksicht auf das österreichische Gesetz vom 14 Juni 1868. und das norddeutsche Bundesgesetz von 14 November 1867. Wien 1869].

§ 11. [1] Поэтому проценты принадлежатъ къ плодамъ, если не къ естественнымъ (l. 121 D. de V. S. 50. 16), то къ юридическимъ (l. 34 D. h. t., l. 29 § 2 D. de aed. ed. 21. 1). Ср. I § 144 прим. 5 и 6.

[2] Въ l. 25 C. h. t. предполагается, что отданное для отчужденія дано деньгами; ср. l. 3 § 4 D. h. t., l. 8 C. si cert. pet. 4. 2. Что касается l. 17 § 8 D. h. t., то слѣдуетъ принять, что подлежащая употребленію сумма назначена завѣщаніемъ.

[3] Въ l. 16. 17 C. h. t. подлежащее уплатѣ разсматривается не какъ проценты, а какъ замѣна процентовъ. Ср. l. 11 § 1 D. de pign. 20. 1, l. 11 C. h. t., l. 14 eod.

[4] Между денежными процентами являются самыми важными проценты по займамъ.

[5] L. 26 § 1 C. h. t., 12, l. 23 eod.

[6] Именно посредствомъ договора. Но также одностороннимъ обѣщаніемъ и завѣщательнымъ распоряженіемъ. l. 10 D. de poll. 50. 12, l. 3 § D. de ann. leg. 33. 1.

новленіи или же непосредственно на постановленіи закона; въ этомъ послѣднемъ случаѣ говорятъ о процентахъ *узаконенныхъ* [7].

Обязанность къ вознагражденію процентами всегда предполагаетъ другую, *главную* обязанность; но первая можетъ находиться ко второй въ самыхъ разнообразныхъ отношеніяхъ: а) первая изъ этихъ обязанностей можетъ быть хотя и зависимою, но тѣмъ не менѣе сама по себѣ существующею [8]; б) она можетъ и не существовать сама по себѣ [9], а составлять только часть главнаго обязательства. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ она безусловно раздѣляетъ судьбу главнаго обязательства, и если кредиторъ безого-

---

[7] Между законными процентами особенную важность имѣютъ проценты просрочки (§ 32 прим. 6). Въ извѣстныхъ случаяхъ наступаетъ законная обязанность къ платежу процентовъ и безъ просрочки, съ истеченіемъ лишь срока требованію (§ 30 прим. 13). Обвиненный рѣшеніемъ суда платитъ законные проценты, если онъ въ теченіе четырехъ мѣсяцевъ медлитъ выдачей присужденной суммы (I § 129 прим. 5а). Далѣе платитъ законные проценты: 1) покупщикъ по передачѣ ему купленной вещи (§ 41 прим. 18); 2) тотъ, который, имѣя чужое имущество въ своихъ рукахъ, пользуется имъ не такъ, какъ онъ бы долженъ былъ пользоваться, или же употребляетъ также для собственной пользы (§ 162 прим. 9. 10, § 172 прим. 8, § 181 прим. 7—10, см. далѣе l. 1 § 1 D. h. t., l. 6 § 1 D. de ping. act. 13. 7, l. 4 C. dep. 4. 34); 3) кто обязанъ вознаградить издержки, сдѣланныя для него другимъ лицомъ (l. 37 D. h. t., l. 19 § 4 D. de neg. gest. 3. 5, l 12 § 9 D. mand. 17. 1, l. 67. § 2 D. pro socio 17. 2, l 3 § 1. 4 D. de contr. tutelae 27. 4, l. 18 C. de neg. gest. 2 19. Ср. Унтергольцнеръ стр. 323—327, Сиитенисъ стр. 99, Арндтсъ § 207 прим. 2, Унгеръ стр. 119, 120 (прим. 3). [Seuff. Arch. XXIII. 20 и цитата къ этому]. — Можетъ ли обязанность къ платежу процентовъ возникать по давности? Полагали, что это возможно въ виду l. 6. pr. D. h. t. Но законъ этотъ слѣдуетъ понимать въ смыслѣ презумпціи доказательства. Особенные труды по предмету юридическаго значенія долгосрочнаго платежа процентовъ суть: Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten № 1 (1817), Müller civilrechtl. Abhandl. № 6 (1833), H. Keller въ Cell's Jahrb. III. 5 (1845); ср. кромѣ того Унтергольцнеръ Verjährungslehre II § 253, Fritz Erläuter. II, стр. 30—33, Сиитенисъ II § 87 прим. 4, Гольцшуеръ III ст. 56—58. Seuff. Arch. II 268; ср. IX. 148, X. 251, XVI. 32. См. также § 54 прим. 2. — Римское выраженіе legitimae usurae означаетъ дозволенные закономъ (§ 12 прим. 2), а на вытекающіе изъ предписанія закона проценты.

[8]. Оно второстепенное, предаточное обязательство (ср. I § 144 прим. 9). Какъ таковое, оно уничтожается съ главнымъ обязательствомъ, т. е. съ этого времени проценты наростаютъ болѣе, но наросшіе не перестаютъ быть долгомъ. L. 7 D. h. t., l. 18 D. de nov. 46. 2, l. 19 C. h. t. Но съ потерей, вслѣдствіе давности, главнаго иска теряется и искъ наросшихъ уже процентовъ (§ 107 прим. 8). Распространеніе существующаго для главнаго долга закладнаго права на обязательство о процентахъ: I § 226 примѣчаніе 4 и 5.

[9] Такого характера бываетъ обязательство къ платежу тѣхъ процентовъ, о которыхъ въ источникахъ говорится, что они не суть „in obligatione", а „officio iudicis praestantur", куда въ особенности причисляются проценты просрочки (l. 49. § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 58 pr. D. ad. SC. Treb. 36. 1). [Выраженія эти имѣютъ тотъ смыслъ, что особенный искъ процентовъ не можетъ имѣть мѣста (ср. l. 4 C. de p. 4. 34), но что формула, въ которой выражается главное обязательство, даетъ судьѣ право постановить рѣшеніе и о процентахъ (сюда относятся въ особенности „quidquid paret Nm Nm dare facere oportere ex fide bona" къ

ворочно принялъ капитальное удовлетвореніе, онъ не можетъ уже затѣмъ требовать процентовъ [10].

§ 12. Размѣръ процентовъ [1] опредѣляется главнымъ образом

---

actio bonae fidei, но не одно это, ср. напр. l. 12 i. 23 C. h. t., Savigny System VI стр. 129—132). Въ переводѣ на языкъ современнаго права это значитъ, что относительно процентовъ нѣтъ самостоятельно существующаго обязательства, но что главное обязательство обнимаетъ собой и проценты. Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что къ процентамъ, которые officio iudicis praestantur, относятся, согласно римскому взгляду, и проценты договорные, если договоръ этотъ не былъ stipulatio, но обстоятельство это не имѣетъ значенія въ современномъ правѣ, въ которомъ договоръ, какъ таковой, имѣетъ такую же силу, какъ и римская стипуляція. Ср. l. 24 D. de praescript. verb. 19. 5, l. 1. 3. 4 C. h. t., Paul. S. R. II. 14. § 1.

[10] Т. е. и наросшихъ даже. L. 49. § 1 D. de A. E. V. 19. 1. „Pretii. sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio iudicis praestentur". Если должникъ предлагаетъ капиталъ въ томъ смыслѣ, чтобы совсѣмъ освободиться отъ долговаго отношенія, и вѣритель принимаетъ предложенное безъ дальнѣйшаго объясненія, то онъ за симъ не можетъ сказать, что онъ не получилъ всего ему должнаго. Иначе бываетъ, когда онъ положительно сохранилъ за собой требованіе процентовъ. Приведенное мѣсто предполагаетъ какъ знаніе вѣрителя, такъ и несохраненія имъ за собой права, и его заключительныя слова имѣютъ только тотъ смыслъ, что потому именно необходимо сохраненіе за собой правъ, что на проценты не распространяется особенное право требованія. Впрочемъ, другіе писатели (такъ, Вехтеръ II стр. 344, Синтенисъ II стр. 97 прим. 21, ср. также § 33 прим. 9) строже, и понимаютъ это мѣсто въ томъ смыслѣ, что съ погашеніемъ капитала исключается просто требованіе процентовъ. Но почему же просто исключается? Вѣдь отъ quidquid—dare facere oportere все же остается еще что нибудь, какъ и наоборотъ quidquid можно употребить въ дѣло, чтобъ отыскивать однихъ лишь процентовъ (l. 23 D. de exc. rei iud. 44. 2). Сила сохраненія за собой права на требованіе процентовъ признано и въ рѣшеніи у Seuff. Arch. VI 321 (ольденбургскій верховный апелляціонный судъ): въ противномъ смыслѣ состоялось рѣшеніе тамъ же XII. 254 (іенскій верх. апелл. судъ). Ср. также VII. 14, VIII. 117, X. 26.—О мнѣніи, что рѣшеніе о главномъ долгѣ, даже когда таковой присужденъ этимъ рѣшеніемъ, исключаетъ искъ процентовъ, которые не были требуемы и, слѣдовательно, не присуждаемы, ст. I § 130 прим. 24. Въ классическомъ римскомъ правѣ имѣла въ этихъ случаяхъ значеніе такъ называемая отрицательная функція exceptio rei iudicatae, такъ какъ принималось въ соображеніе, что въ quidquid формулы предоставлялось разрѣшенію судьи все содержаніе долговаго отношенія, и слѣдовательно кредиторъ лишался другаго иска. Но не говоря уже о томъ, что отрицательная функція exceptio rei iudicatae вышла впослѣдствіи изъ употребленія, возможно было и по классическому праву ограничивать силу рѣшенія дѣйствительнымъ требованіемъ, вводя въ формулу соотвѣтственное измѣненіе или прибавляя praescriptio (l. 23 D. de exc. rei iud. 44. 2), почему же въ настоящее время сила рѣшеніе должна простираться за предѣлы того, что дѣйствительно было требуемо? Само собою находитъ себѣ мѣсто предположеніе, что кредиторъ вмѣстѣ съ главнымъ долгомъ безмолвно требовалъ процентовъ, о которыхъ идетъ рѣчь (противъ этого Seuff. Arch. XII. 19 ср. также X. 296). Оспариваемый въ этомъ примѣчаніи взглядъ имѣетъ себѣ представителя въ Синтенисѣ II стр. 96—99; согласно съ высказанномъ здѣсь Унгеръ стр. 122 (прим. 8). См. также Arndts Krit. V. J. SCH. V стр. 1[illegible]—183.

§ 12. [1] Высота процентовъ выражается обыкновенно у насъ, как и у римлянъ, въ сотыхъ частяхъ (процентахъ) капитала. Только мы считаем[illegible] сотыя части на годы, тогда какъ римляне считали ихъ помѣсячно. Такъ [illegible]tesima usura у рим-

соглашеніемъ или предписаніемъ закона, но размѣръ процентовъ, установляемый взаимнымъ соглашеніемъ, не можетъ выходить за установленныя закономъ границы [2]; опредѣленія (римскихъ) источниковъ [3] о размѣрѣ узаконенныхъ процентовъ частію превышаютъ размѣръ, установленный нынѣ дѣйствующими законами [4].

При отсутствіи достовѣрнаго соглашенія о размѣрѣ процен-

лянъ = 12%; болѣе низкіе проценты или выражаютъ въ двѣнадцатыхъ доляхъ (unciae) этой centesima usura. Ср. Унтергольцнеръ § 152.

[2] Въ настоящее время 5%; болѣе подробное объ этомъ въ слѣдующемъ §.

[3] Между этими опредѣленіями имѣютъ общее значеніе: 1) что казна можетъ требовать только 5%, l. 17 § 6 D. h. t.; 2) что распорядитель чужими деньгами, употребившій ихъ нечестнымъ образомъ въ свою пользу, обязанъ былъ платить за нихъ самые высшіе проценты, какіе только можно изъ нихъ законно изыскать. l. 38 D. de neg. gest. 3. 5, l. 7 § 4 10 D. de adm. et per. 26, 7, l. de us. pupill. 5. 56. Ср. § 162 прим. 10, § 191 прим. 9, и Дернбургъ Pfandrecht II, стр. 221. Остальныя, относящіяся сюда, опредѣленія относятся къ особеннымъ случаямъ и будутъ приведены въ своемъ мѣстѣ; см. напр. I § 129 прим. 5а, 1 § 169а прим. 4 № 4 (къ этому слѣдующее примѣчаніе), II § 32 прим. 8, II § 247 прим. 10, II. § 254 прим. 3. Унтергольцнеръ стр. 329 — 330, Пухта § 228, Арндтсъ § 208 прим. 2.

[4] За предѣлы, опредѣленные римскимъ правомъ (6%), выходятъ проценты, присуждаемые рѣшеніями и проценты, подлежащіе уплатѣ согласно I § 16 9 а прим. 4 № 4 (и тѣ, и другіе составляютъ 12%, l. 20, de us. rei iud. 7.54, l. 4 C. de aed. priv. 8, 10); за предѣлы, опредѣляемые настоящимъ правомъ (5%), выходятъ фискальные проценты (l. 17 §. 6 D. h. t., прим. 3). Впрочемъ, полагаютъ, что эта высота процентовъ должна въ настоящее время быть сводима къ высотѣ, дозволяемой закономъ въ настоящее время. Мнѣніе это имѣетъ отчасти основаніе. Ибо, что касается прежде всего 12% l. 4 C. de aed. priv., то выходя изъ точки зрѣнія Юстиніановской компиляціи, можно справедливо сомнѣваться въ томъ, слѣдуетъ ли таковые удерживать даже для одного римскаго права, и не должно ли, напротивъ, полагать, что компиляторы только по недосмотру забыли, послѣ измѣненія законной мѣры процентовъ „cum centesimis usuris," превратить ее въ „cum legitimis usuris" или „cum semissibus usuris" Ср. l. 26 § 1 C. h. t.: „et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent" и выразительность, съ которой, въ виду этого предписанія, выставляется исключеніе въ l. 2 C. de us. rei iud. 7. 54. Но и по отношенію къ дозволеннымъ казнѣ 6% кажется вѣроятнымъ, что таковые суть не болѣе, какъ дозволенный процентный максимумъ римскаго права. Если сказанное справедливо, то не подлежитъ сомнѣнію, что въ обоихъ случаяхъ должно примѣнять настоящій процентный максимумъ (5%). Съ другой стороны я не вижу достаточнаго основанія для одинаковаго пониженія процентовъ, присуждаемыхъ судебными рѣшеніями. Ссылаются на R. D. A. 1606 г. § 139. Но послѣдній говоритъ лишь о процентахъ просрочки. И если говорятъ, что „въ приведенномъ случаѣ рѣчь идетъ о процентахъ просрочки, покрайней мѣрѣ въ обширномъ смыслѣ, то мнѣ кажется, что при этомъ упускаютъ изъ виду то, что опредѣленіе римскаго права не заключаетъ въ себѣ моментъ наказанія. Нельзя также указывать на прочнь отмѣняющій опредѣленіе о процентахъ, судебный обычай.—Впрочемъ, разсмотрѣ[illegible] въ предыдущемъ различіе мнѣній не есть единственное, которое высказывало[illegible] по вопросу о совершенномъ примѣненіи римскихъ опредѣленій о высотѣ зако[illegible]хъ процентовъ. Такъ, напр., утверждали, что подобно тому, какъ высшій римск[illegible] процентъ слѣдуетъ понижать у насъ до 5%, такъ и низшій процентъ должно повышать до размѣра послѣднихъ, ср. въ особенности Fritz

товъ, принимается въ соображеніе мѣстный обычай [5], предполагая, конечно, что онъ не противорѣчитъ размѣру узаконенныхъ процентовъ [6].

§ 13 Обязанность къ вознагражденію процентами подлежитъ нѣкоторымъ ограниченіямъ, общій характеръ которыхъ заключается въ стремленіи къ огражденію должника отъ притѣсненій [1].

1) Первое ограниченіе заключается уже въ упомянутомъ въ предыдущемъ параграфѣ узаконенномъ *размѣрѣ* процентовъ: взаимнымъ соглашеніемъ [2] не можетъ быть установленъ размѣръ процентовъ свыше 5 процентовъ [3]. Исключеніе составляетъ тотъ

Erläut. II стр. 40—46, 55—61, кромѣ того Глюкъ XXI стр.10—1, 103, Унтергольцнеръ стр. 317 и § 159, Seuffert § 238, Пухта § 238, Арндтсъ § 210, Спинтеписъ II стр. 100—102, Гельцшуеръ III § 215 стр. 78.

[5] Это относится какъ къ случаю, когда обязательство платить проценты основывается на объявленіи воли, такъ и къ тому, когда оно основано на законѣ. Въ обоихъ случаяхъ, и при отсутствіи руководящихъ началъ для другаго толкованія, можно съ достовѣрностью полагать, что стороны имѣли въ виду тѣ проценты, которые обыкновенно получаются въ данномъ мѣстѣ. Что касается законныхъ процентовъ, то это положительно выражено въ l. 1 pr. l. 37 D. h. t., l. 7 § 10 i. f. D. de admin. et per. 26, 7, l. 39 § 1 D. de leg. 1o 30. Если мѣстный обычай колеблется, то, по общимъ правиламъ толкованія, слѣдуетъ рѣшить за низшій размѣръ. Торговое право (Art. 287) опредѣляетъ законные проценты въ 6%.

[6] L. 1 pr. D. l. 26 § 1 C. h. t.

§ 13. [1] Каноническое право запрещаетъ, на основаніи Mos. II, 22. V. 25. III. 25 V. 35—37. V. 23 V. 19, 20, всякое взиманіе процентовъ (Caus. 14 qu 4, titt X. 5. 19. in VI° § 5. 5. in Cl. 5. 5). Но запрещеніе это обходили въ Германіи сначала (требованіе интереса, покупка рентъ), а за симъ оно было отмѣнено постояннымъ обычаемъ, признаннымъ имперскими законами (R. P. O. 1577 Tit. 20. § 6, R. D. A 1600 § 139, I. R. A. §, 147). Въ тоже время была принята римская теорія процентовъ. Унтергольцнеръ стр. 314; Fritz Erläut. II. Стр. 46—51.—Новѣйшее законодательство не благопріятствуетъ ограниченію процентовъ. По всей вѣроятности ограниченія эти будутъ въ непродолжительномъ времени вовсе устранены въ Германіи, какъ они отчасти уже отмѣнены. [Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages I. Стр. 237 сл. 395 сл. III стр. 82 сл. 325 сл. Zimmermann Arch. f. civ. Prax. L III. 15].

[2] Законы имѣютъ ближайшимъ образомъ въ виду договоры о процентахъ; но тоже самое должно, по ихъ смыслу, имѣть примѣненіе къ завѣщательному распоряженію и судебнымъ рѣшеніямъ.

[3] Классическое римское право дозволяло брать 12%, Юстиніанъ (l. 26 § 2 C. h. t.)—6%, но съ нѣкоторыми исключеніями (ср. также Nov. 32—34). Римское правило никогда не было отмѣнено въ Германіи общимъ закономъ. Напротивъ, для заступавшей въ прежнее время процентныя сдѣлки покупки рентъ высота процента была, конечно, опредѣлена имперскими законами въ 5% (R. P. O. 1577 Tit. 17 § 9), и гдѣ въ послѣднихъ рѣчь идетъ о процентахъ, тамъ они 5% разсматриваютъ какъ высшую, дозволенную мѣру процентовъ. Такъ, P. O. P. 1577 Tit. 20 § 6 (проценты евреевъ), I. R. A. 1654 § 174 (проценты для долговъ со времени тридцатилѣтней войны), ср. R. D. A. 1600 § 139 (проценты просрочки). Защищенный въ прежнее время нѣкоторыми такъ называемый „sechste Zinsthaler“ теперь совсѣмъ оставленъ. Ср. Fritz Erläut. II стр. 51—55, Унтергольцнеръ § 154 г, Синтенисъ § 87 прим. 46, Гольцшуеръ III § 216 № 6.—Торговое право (Art. 292) дозволяетъ брать при торговыхъ сдѣлкахъ 6%, при займахъ, получае-

случай, гдѣ проценты составляютъ премію за принятый на себя рисзъ [4].

2) Неуплоченные проценты не могутъ быть обложены процентами ни подъ видомъ прибавленія ихъ къ капитальной суммѣ, ниже въ видѣ обращенія ихъ въ отдѣльный капиталъ [5].

3) По достиженіи процентами размѣра капитальной суммы дальнѣйшій ростъ ихъ прекращается [6].

Всякія сдѣлки для обхода этихъ ограниченій недѣйствительны [7], равно какъ и тѣ, которыя прямо противорѣчатъ имъ [8].

мыхъ купцомъ и при долгахъ купца, вытекающихъ изъ его торговыхъ дѣлъ, и болѣе. Ср. Seuff. Arch. XI. 24. 129. XVII. 16.

[4] Такъ при foenus nauticum. См. § 123 въ концѣ.

[5] Такъ называемый anatocismus—cauiunctus, separatus. L. 26 § 1 D. de cond. ind. 12, 6. l. 29 D. h. t. 27 D. de re iud. 42, 1 l. 20 C. ex quib. caus. inf. 2. 12, l. 3 C. de us. rei. iud. 7. 54, l. 28 C. h. t Въ томъ не заключается исключеніе, что кто нибудь можетъ требовать процентовъ съ процентовъ, которые онъ принялъ за другаго, или которые онъ заплатилъ за другаго, l. 10 § 3 i. f. D. mand. 17. 1, l. 17 § 12 l. 58 § 1 4 D. de adm. et per. 26. 7); въ обоихъ случаяхъ это не заплаченные проценты, которые приносятъ проценты. Изъ этихъ мѣстъ выводили положеніе, что законное запрещеніе не имѣетъ мѣста, коль скоро наступаетъ обновленіе обязательства, или когда вслѣдствіе обновленія вступаетъ въ обязательство новый вѣритель или новый должникъ; я считаю это неосновательнымъ. Ср. Fritz Erläut. II стр. 64—65, Пухта § 229, ii, Спинтеисъ § 27 прим. 49, Гольцшуэръ III § 215 № 4, Seuffert Arch. II. 150. Дѣйствительное исключеніе дѣлаетъ H. G. B. (Art. 261) для излишка, остающагося отъ текущаго счета (conto corrento). Ср. Seuffert Pand. § 233 прим. 10, Seuff. Arch. II. 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207, XVI. 19, 202, XVII. 16, XVIII, 217. См. еще III § 215 № 5.

[6] Нѣтъ процентовъ ultra duplum, или какъ теперь говорятъ ultra alterum tantum. L. 26 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 10 l. 27 § 1 C. h. t. По позднѣйшимъ узаконеніямъ Юстиніана ростъ процентовъ долженъ былъ прекращаться тогда, когда уплоченные проценты достигали размѣра капитала (l. 29, l. 30 C. h. t., Nov. 222, 138, 160); но мѣста эти, къ счастью, не глоссированы. Впрочемъ, современное примѣненіе названнаго въ текстѣ правила не безспорно ни на практикѣ, ни въ теоріи, и даже тамъ, гдѣ оно признается, обыкновенно прибавляютъ ограниченіе, что вѣритель не имѣлъ надлежащей заботливости во изысканіи процентовъ. См. Пфейферъ prakt. Ausführ. VII, стр. 40 — 42. 45 — 46, Гольцшуэръ III § 215 № 1. Seuff. Arch. II. 269, IX. 14, X. 207 (238), XV. 188, XVIII. 26; Кирульфъ Entscheidungen des O. A. G. zu Lübeck I стр. 1092. Отпадаетъ ли это правило тогда, когда противъ должника имѣется судебное рѣшеніе, вошедшее въ окончательную законную силу? За это Пфейферъ prakt. Ausführ. VII, стр. 42 сл. — См. еще Seuff. Arch. V 14, X. 239, XVII. 222. — Литература, кромѣ названнаго трактата Пфейфера: W. Sell въ Jahrb. Sell'a I. 2 (1841); ср. также Fritz Erläuter. II стр. 61 — 63. — H. G. B. Art. 293: „Проценты могутъ при торговыхъ сдѣлкахъ превышать въ общемъ итогѣ капиталъ". Ср. Seuff. Arch. II. 149, VII. 290, VIII. 21, X. 207.

[7] Въ рѣшеніи любекскаго верховнаго апелляціоннаго суда (Seuff. VIII. 242) сказано, что на нарушеніе законовъ о лихвѣ должно обращать вниманіе ex officio.

[8] Это не есть что нибудь особенное (I. § 70 прим. 2); но въ этомъ именно ко-

Проценты, уплоченные свыше узаконеннаго размѣра, обращаются прежде всего на погашеніе капитала, излишекъ же возвращается должнику [9].

III. Содержаніе обязательствъ.

А. Вообще.

§ 14. Подъ содержаніемъ обязательствъ разумѣется здѣсь ихъ юридическій составъ, власть, которую они даютъ кредиторамъ [1]. Это юридическое содержаніе уже отчасти нами опредѣлено въ томъ смыслѣ, что кредиторъ въ правѣ требовать отъ должника извѣстнаго удовлетворенія (§§ 1 и 2); здѣсь же мы ближе опредѣлимъ это содержаніе и разсмотримъ его изъ слѣдующихъ пунктовъ:

1) Что должно имѣть мѣсто въ томъ случаѣ, когда должникъ не удовлетворяетъ требованіе кредитора?

Въ этомъ случаѣ кредиторъ, согласно общимъ началамъ, обязанъ и въ правѣ обратиться къ суду; если и по присужденіи должникъ не доставляетъ должнаго удовлетворенія, тогда наступаетъ присужденіе. Но для должника не всегда безопасно доводить кредитора до суда. Объ этомъ ниже.

2) Что имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда удовлетвореніе сдѣлалось для должника невозможнымъ?

ренится болѣе всего опасность обхода закона, ср. l. 44 D. h. t., l. 13 § 26 D. de A. E. V. 19. 1, l. 15. l. 16 § 1 C. h. t. Seuff. Arch. III. 155. Въ послѣднемъ изъ приведенныхъ мѣстъ запрещаетъ Юстиніанъ снимать, подъ какимъ бы то ни было предлогомъ („siliquarum nomine vel sportularum", что въ настоящее время называется провизіей), что либо изъ капитала, даваемаго должнику въ займы; снятое не можетъ быть ни облагаемо процентами, ни требуемо обратно. (Ср., впрочемъ, Seuff. Arch. I. 26, III. 308, VIII. 22, 225, XI. 1 29, XVI. 21. 202, XVII. 16; Thöl Standelsr. I. III. прим. 5b). Сюда не относится самое отчисленіе процентовъ впередъ, хотя въ этомъ могутъ корениться лихвенные проценты въ томъ смыслѣ, что кредиторъ получаетъ такимъ образомъ, кромѣ процентовъ, и ту выгоду, которую они могутъ ему приносить до срока платежа оныхъ. Ср. о различныхъ взглядахъ на этотъ пунктъ—Глюкъ XXI стр. 71 сл., Редеръ Abhandl. über. praktische Fälle des Civilrechts № 4 (1833), Fritz Erläuter. II стр. 66 — 71, Вангеровъ I § 77 примѣч. 2, Сиятеннсъ II § 37 прим. 55, Гольцшуэръ III стр. 73. 74. Къ сдѣлкамъ, совершаемымъ въ обходъ закона, принадлежитъ также такъ называемый contractus mohatrae (продажа любаго предмета въ кредитъ и обратная вслѣдъ за симъ покупка его за меньшую сумму). Ср. еще Seuff. Arch. IX. 297, X. 153, 154.

[9] L. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 l. 26 § 1 C. h. t.; ср. Paul S. R. II. 14 § 2. 4. Редеръ Abhandlungen № 5, Вангеровъ I § 76 прим. 2 № 3, Витте Vereicherungsklagen стр. 71 сл. Seuff. Arch. IX. 297.

§ 14. [1] Выраженіе „Inhalt des Forderungsrechs" имѣетъ различное значеніе, какъ и выраженіе „Gegenstand des Forderungsrechtse" (§ 4 прим. прим. I). Въ обыкновенной рѣчи подъ „Inhalt des Forderungsrechs" разумѣютъ также дѣйствіе (содержаніе дѣйствія), къ которому обязываетъ должника право требованія. Напримѣръ,

Здѣсь, по различію случаевъ, должникъ или вовсе освобождается, или обязывается къ денежному вознагражденію. (См. §§ 15 и 17).

3) Какія послѣдствія наступаютъ въ томъ случаѣ, когда имущество должника недостаточно для удовлетворенія кредитора?

Здѣсь говорятъ о несостоятельности къ платежу, а при совокупной наличности многихъ кредиторовъ—*о конкурсѣ*.

4) Особаго разсмотрѣнія заслуживаетъ срокъ, къ которому и мѣсто, въ которомъ должникъ обязанъ представить удовлетвореніе.

5) Предоставленныя обязательствомъ кредитору права могутъ быть, такъ сказать, искусственно усилены.

6) Съ другой стороны, есть обязательства, которыя не даютъ кредитору той полноты правъ, которая вообще порождается обязательствами. Эти обязательства не могутъ быть даже названы таковыми въ собственномъ смыслѣ этого слова; обыкновенно обозначаютъ ихъ названіемъ—естественныя обязательства.

В. Послѣдствія для должника отъ доведенія кредитора до суда.

§ 15. Эти послѣдствія наступаютъ или уже тогда, когда должникъ допустилъ кредитора до иска, или же когда довелъ его до обязанности доказывать таковый, или же, наконецъ, только тогда, когда онъ не удовлетворилъ кредитора до самаго судебнаго приговора.

Эти вредныя послѣдствія наступаютъ уже съ моментомъ предъявленія иска относительно неудовлетворяющаго по отказу въ пользу церкви или богоугоднаго заведенія. Если онъ доводитъ дѣло до иска, онъ платитъ слѣдующую съ него сумму вдвое [1].

2) Вредныя послѣдствія, наступающія для должниковъ въ случаѣ отрицанія правъ кредитора, заключаются также или въ уве-

---

можно сказать: содержаніе требованія изъ займа есть платежъ занятой суммы. Употребленное въ этомъ смыслѣ, выраженіе это означаетъ именно то, что мною названо предметомъ права требованія. Ср. Савиньи Obl. I. стр. 295: «предметъ обязательства, который можно также называть его содержаніемъ». Кунтце, die Obligation etc. § 34, называетъ «предметомъ обязательства» дѣйствіе, какъ таковое, а «содержаніемъ обязательства»—конкретное содержаніе дѣйствія, и употребляетъ вмѣсто «содержаніе обязательства» выраженіе «Vermögensstoff der Obligation»; согласенъ съ этимъ Салковскій zur Lehre von der Novation. Стр. 4. Puchta (§ 220—237) трактуетъ подъ рубрикой «Inhalt der Obligation»: 1) о предметѣ, 2) о субъектахъ, 3) объ ихъ занятѣ; Арндтсъ (§ 201—217)—подъ рубрикой «Wesen und Inhalt der Obligationen» о названныхъ трехъ пунктахъ и о понятіи обязательства. Ср. еще Унгеръ I стр. 499—500. 543.

[1] § 19, 23, 26. I. de act. 4. 6, ср. 46. § 7 C. de ep. et cl. 1. 3 (lex rest.). § 15 Прежнее право: § 7 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, Gai. II. 282. IV, 9. 171, Paul. S. R. I. 19. § 1.—Рудорфъ въ приведенномъ въ примѣч. 2 мѣстѣ стр. 399—417. (Арндсъ Foris. von Glück XLVI стр. 76 сл.

личеніи правъ требованія кредиторовъ даже до двойнаго размѣра [2], или же въ уменьшеніи правъ защиты должника.

а) Право требованія кредитора увеличивается до двойнаго размѣра взысканія при искахъ на основаніи аквиліанскаго закона (Lex Aquilia), когда должникъ отрицаетъ противозаконно причиненный имъ вредъ [3], а при искахъ на основаніи долговаго документа, выданнаго отвѣтчикомъ,—когда этотъ послѣдній отрицаетъ или почеркъ своей руки, или самое полученіе взыскиваемой съ него суммы [4].

б) Уменьшеніе правъ защиты должника наступаетъ при слѣдующихъ случаяхъ [5]. Поручитель, отвергающій свое поручительство, теряетъ право требовать раздѣленія отвѣтственности между многими поручителями, если таковые имѣются, равно какъ предварительнаго предъявленія требованія къ тѣмъ лицамъ, которыя обязаны преимущественнымъ предъ нимъ удовлетвореніемъ по обязательству (except. divisionis, except. ex cussinis, seu ordinis) [6]. Товарищъ, отвергающій договоръ товарищества, лишается права на

---

[2] Источники говорятъ: lis infitiatione crescit in duplum. Ср. объ этомъ ученіи именно о его первоначальномъ значеніи и историческомъ развитіи: C. Sell въ Sell's Jahrb. II. 1. 5 (1843), Huschke Nexum стр. 175—212 и Zeitschr. f. gesch. RW. XII стр. 256—284 (1846).

[3] L. 2 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, § 19. 23. 26 I de act. 4 6, l. 4 C. ad leg. Ap. 3. 35. Рудорфъ стр. 374—375. 391—392 (ср. также A. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 105 слѣд.). См., впрочемъ, и ниже 207 № 5 въ концѣ.

[4] Nov. 18 c. 8, Auth. Contra C. de non num. pec. 4. 38. Такимъ же образомъ наказывается штрафомъ въ размѣрѣ своего требованія вѣритель, который отрицаетъ подписанную имъ квитанцію въ полученіи платежа.—Присужденіе къ платежу въ двойномъ количествѣ не имѣетъ мѣста, когда отвѣтчикъ на предложенную ему присягу признаетъ требованіе истца; онъ обязанъ однакоже уплатить употребленные до того времени издержки. Если отрицающій свою подпись отвѣтчикъ приводитъ за симъ возраженія, то онъ, хотя бы таковыя доказалъ, обвиняется, но не въ двойномъ размѣрѣ. Nov. 18 c. cit. положительно признаетъ это относительно возраженія о платежѣ. Тоже самое слѣдуетъ полагать и въ случаѣ, означенномъ въ 3-мъ примѣчаніи. Мнѣніе, что въ обоихъ случаяхъ непризнающій своей подписи отвѣтчикъ теряетъ всѣ возраженія и присуждается вмѣстѣ съ тѣмъ къ платежу иска въ двойномъ количествѣ (Селль стр. 183, Рудорфъ стр. 471) находится въ противорѣчіи съ Nov. 18 c. 8 и не находитъ достаточнаго основанія въ I. 43 pr. D. de R. I. 90. 17. См. объ этомъ и другихъ вопросахъ Селль стр. 175—283, Рудорфъ стр. 469—475, Синтенисъ II стр. 346 и тоже прим. 73.

[5] Сравни къ слѣдующему еще I § 196 прим. 7. § 197 прим. I. § 235 прим. 26. Къ послѣдующимъ опредѣленіямъ обыкновенно прибавляютъ еще одно, состоящее въ томъ, что собственникъ животнаго, отрицающій свое право собственности при требованіи отъ него вознагражденія вреда, причиненнаго послѣднимъ, теряетъ право на noxae datio; причемъ упускаютъ изъ виду, что, по l. 1 § 15 D. de paup. 9. 1 эта невыгода наступаетъ для собственника только тогда, когда отрицаніе послѣдовало на interrogatio in iure. Если же хотятъ въ этомъ отношеніи придать interrogatio in iure практическое значеніе, то нѣтъ основанія не примѣнять и опредѣленія l. 11 § 3. 4 l. 17 D. de interrog. 11. 1.

[6] L. 10 § 1 D. de fidei. 46. 1. Что касается льготы объ обращеніи взысканія предварительно на должника, то см. § 230 прим. 8.

удержаніе для себя необходимаго для его существованія изъ имущества его, на которое обращается взысканіе (beneficium competentiae, in id quod debitor facere potest, quatenus debitor facere potest) [7].

Принявшій неслѣдовавшее ему удовлетвореніе и отвергающій затѣмъ это полученіе лишается преимуществъ, принадлежащихъ всякому отвѣтчику въ гражданскомъ процессѣ, относительно обязанности доказывать спорныя обстоятельства дѣла (onus probandi [8]).

3) Неудовлетвореніе до воспослѣдованія судебнаго рѣшенія влечетъ за собою присужденіе къ двойной суммѣ взысканія при требованіи возвращенія вещи, отданной на сохраненіе во время опасности [9], а равно отданной въ наемъ, или во временное безмездное пользованіе до востребованія (precarium) [10]; а также при требованіи принятія назадъ проданнаго предмета вслѣдствіе обнаружившихся въ немъ пороковъ [11]; при требованіяхъ съ откупщиковъ общественныхъ доходовъ, возвращенія, предметовъ, забранныхъ ими или ихъ служителями и при взысканіяхъ съ нихъ вознагражденія за умышленно причиненный ими или ихъ людьми вредъ [12]. Присужденіе возвышается до четырехкратной суммы взысканія при искахъ, вытекающихъ изъ насилія [13]; а въ случаѣ, упоминаемомъ въ законѣ, указанномъ въ примѣчаніи [14], взысканіе увеличивается на одну треть.

Впрочемъ, примѣненіе этихъ штрафовъ и въ настоящее время многими оспаривается [15].

---

[7] L. 67 § 3 D. pro soc. 17. 2, l. 22 § 1 D. de re ind. 42. 1.

[8] Онъ и обязанъ въ такомъ случаѣ доказывать существованіе долга, а не истецъ—не существованіе. L. 25 pr. D. prob. 22. 3.

[9]. Требованіе простирается, по преторскому эдикту съ самаго начала на удвоенную сумму (§ 17 1 l de act. 4. 6, l. 1 § 1 D. dep. 16. 3); но выдачей предмета въ простомъ размѣрѣ можно отвратить присужденіе къ уплатѣ въ двойномъ количествѣ. Институціи неточно причисляютъ этотъ случай къ случаямъ, въ которыхъ lis infitiatione crescit in duplum. Рудорфъ стр. 457—463.

[10] Это по опредѣленію императора Зенона 484 года, l. 10 C. unde vi 8. 4 (въ сокращенномъ видѣ l. 34 C. de loc. 4. 65).

[11] d. 46 D. de aed. ed. 21. 1.

[12] L. 1 pr. l. 5. pr. D. de publ. 39. 4.

[13] § 25. 27. 1. de act. 4. 6, l. 14 § 1 D. quod met causa 4. 2.

[14] L. 33 pr. C. de inoff. test. 3. 28. Ср. Т. III. § 582, примѣчаніе 8.

[5] Объ этомъ трудномъ вопросѣ замѣчу слѣдующее: 1) Менѣе всего оспорена примѣнимость въ настоящее время опредѣленій, приведенныхъ подъ № 2 lit l. Ср. Wetzell Civilproc. 2 изд. стр. 280 сл. (см. однакожъ Seuff. Arch. XVII 37). 2) Что касается увеличенія требеванія въ двойномъ и четверномъ размѣрѣ (№ 1. 2, а. 3), то споръ о современномъ значеніи этого увеличенія разсматривался цивилистами съ давняго времени въ связи съ вопросомъ о томъ, имѣютъ ли въ настоящее время силу римскія actiones poenales вообще. При чемъ число писателей положительно разрѣшающихъ этотъ вопросъ, было съ давняго времени всегда больше числа отрицательно его разрѣшающихъ. См. указанія у Глюка VI стр.

С. Невозможность удовлетворенія *.

§ 16. При ссылкѣ должника на невозможность удовлетворенія необходимо различить—существовала ли она съ самаго начала, т. е. во время возникновенія факта, на коемъ кредиторъ основываетъ свое право (первоначальная невозможность), или же невозможность эта возникла впослѣдствіи.

---

185 прим. 70 и учебники гражданскаго судопроизводства Мартина § 39, Линде § 118, Геффтеръ § 133, Байеръ § 23, Остерло § 121, Ветцелль § 30. 3) Недоказано, чтобы гдѣ либо практика постоянно признавала увеличеніе требованія; напротивъ защитники увеличенія допускаютъ сами, что на практикѣ судъ присуждаетъ требованія только въ одиничномъ размѣрѣ. См. въ особенности Struck Us. mod. Pand. lib. IX tit. 2 § 20. Но, съ другой—есть примѣры практическаго примѣненія какъ римскихъ штрафныхъ исковъ вообще, такъ и спеціально тѣхъ, о которыхъ идетъ здѣсь рѣчь. См. § 78 прим. 5. 4) Если же хотятъ пройти мимо эти случаи примѣненія, какъ единичные, и сообразно съ этимъ принять для римскихъ штрафныхъ исковъ вообще и разсматриваемыхъ здѣсь въ особенности—non usus, то спрашивается, слѣдуетъ ли видѣть въ этотъ non usus лежащее въ его основаніи юридическое сознаніе? Если уже крайне сомнительно отвѣчать утвердительно на этотъ вопросъ, что касается штрафныхъ исковъ вообще (см. напр. учебникъ во мн. мѣстахъ), то относительно разсматриваемыхъ здѣсь исковъ должно сказать слѣдующее. Всякому извѣстно рѣзкое различіе между штрафами, налагаемыми за нарушеніе юридическаго порядка и такими, которыя имѣютъ цѣлью побудить къ дѣйствію или бездѣйствію по отношенію къ опредѣленнымъ интересамъ. Если въ основаніи развитія уголовнаго права лежитъ мысль, что штрафы перваго рода могутъ быть налагаемы по иниціативѣ государства, какъ охранителя юридическаго порядка, то штрафовъ втораго рода нельзя разсматривать съ этой точки зрѣнія. Но что штрафы, о которыхъ идетъ здѣсь рѣчь, по крайней мѣрѣ большинство ихъ, принадлежатъ къ штрафамъ послѣдней категоріи, видно съ перваго раза. Ср. также Nov. 18 c. 8:—non quia amario ibus legibus delectamur, sed quia lites eorum minores efficimus, quatenus timore poenae citius dicant quod confiteri competit. 5) Менѣе всего можно бы было возражать противъ примѣнимости положенія о присужденіи требованія въ двойномъ количествѣ при завѣщаніяхъ въ пользу церквей и благотворительныхъ учрежденій; въ этомъ случаѣ практическое значеніе удвоенія допускается даже такими писателями, которые въ другихъ случаяхъ отвергаютъ римскія штрафные иски въ многократномъ размѣрѣ, такъ, Lauterbach Coll. theor.-prac. ad libros de legat. nº 55, Boehmer de act. II c. 3 § 77, Heineccius elem. iur. IV. 6 § 11, 27, Müller ad Leyser. obs. cp. также Селль стр. 250 сл. Что касается приведенныхъ подъ № 3 опредѣленій, то относительно ихъ нужно спеціально сообразить, не имѣютъ ли они, по крайней мѣрѣ отчасти, свое основаніе въ добросовѣстномъ разрѣшеніи судьи (arbitratus iudreis), предшествующемъ, по римскому праву, судебному рѣшенію, и не уничтожились ли они вмѣстѣ съ этимъ arbitratum iudicis. Но очень возможно, что arbitratum iudicis не встрѣчалось болѣе даже во времена Юстиніана, и что § 31, de act 4, 6, указывающій на таковое было безтолково списано съ сочиненія древняго юриста (Савиньи System V стр. 145. Сривни вообще Глюкъ V стр. 390. VI стр. 182 слѣд., Селль 246—251, Родорфъ стр. 476—478, Синтенисъ II стр. 343—347, Клейншмидтъ Arch. f. pract. RW. N. F. I. 3. Зейфертъ Arch. XIV. 245, XVII 37 (противъ современнаго значенія).

* Fr. Mommsen die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einflutz auf obligatorische Verhältnisse (der „Beiträge zum Obligationenrecht“ первое отдѣленіе 1853). Къ этому

При первоначальной невозможности необходимо еще различать невозможность объективную (абсолютную) отъ невозможности субъективной (относительной), т. е. для должника [1]. Объективная невозможность недопускаетъ самаго возникновенія обязательства, которое данный фактъ самъ по себѣ могъ бы породить, и въ семъ случаѣ нельзя требовать ни удовлетворенія, ни, взамѣнъ его, денежнаго вознагражденія [2]. Напротивъ того, субъективная невозможность не препятствуетъ возникновенію обязательства; эта послѣдняя имѣетъ своимъ предметомъ, вмѣсто невозможнаго удовлетворенія, соразмѣрное вознагражденіе денежное [3]. Первоначальная невозможность удовлетворенія будетъ еще подробнѣй разсмотрѣна ниже въ ученіи о возникновеніи правъ по обязательствамъ [4].

2) При впослѣдствіи возникшей невозможности удовлетворенія имѣетъ важное значеніе не субъективность или объективность ея, а только то, виновенъ-ли должникъ въ ея возникновеніи или нѣтъ. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ онъ освобождается отъ отвѣтственности [5], и онъ обязанъ доставить кредитору только то, что оста-

---

Вишшейдъ Heid. Prit. Zeitschr. II стр. 186—145, Бринцъ krit. Ueberschau V, стр. 278—302, Моммзенъ Lehre von der Mora стр. 407—428. Трактатъ Ude Arch. f. civ. prax. XLVIII. 10. 14 (1865) хорошо написанъ, но не содержитъ въ себѣ ничего новаго.—Савиньи Obl. I § 37. II § 81 Унтергольцнеръ I § 100—102, Спитенисъ II стр. 22—25.

§ 16. [1] Примѣры: дача вещи, которая уже уничтожилась—дача вещи, не состоящей въ собственности должника; не, существующая вещь не можетъ быть даваема; вещь, не состоящая въ собственности должника, не можетъ быть имъ даваема. См. l. 137 § 4 5 D. de V. O. 45. 1, гдѣ дѣлается различіе между „impedimentum naturale" и отсутствіемъ „facultas dandi"; ср. также l. 55 D. de A. E. V. 19. 1. Противоположность можетъ быть также обозначаема выраженіями „относительная возможность", хотя другіе употребляютъ это выраженіе въ другомъ смыслѣ (Моммзенъ стр. 4. 5, Бринцъ стр. 283. 284). О подробностяхъ см. Моммзенъ § 2—10.

[2] L. 185. D. de R. I. 50. 17. „Impossibilium nulla obligatio est". L. 1 § 9. 10. D. de O. et A. 44. 7, l. 34. l. 35 pr. l. 83 § 5 l. 103 D. de V. O. 45. 1, § 1. 2 I de inut. stip. 3. 19; l. 15 pr. l. 34 § 1 l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1. 1 l. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4; l. 49 § 3 D. de leg. II° 31, l. 39 § 8—10 D. de leg. I° 30.

[3] L. 34 D. de V. O. 45. 1, l. 137 § 4. 5 eod., l. 15 § 3. i. f. D. de usurp. 41. 3; l. 23 D. de contr. emt. 18. 1; l. 49 § 3 D. de leg. II° 31, l. 39 § 7 l. 40 l. 71 § 3 D. de leg. I° 30. Сравни l. 104 § 2. D. de leg. I° 30 l. 55 D. de A. E. V. 19. 1, l. 103 i. f. D. de V. O. 45. 1 (Моммзенъ стр. 16, Вишшейдъ стр. 110 примѣчаніе I).

[4] Тамъ именно получитъ разрѣшеніе вопросъ о томъ, не обязанъ ли обѣщающій, при объективной невозможности, по крайней мѣрѣ вознаградить другаго контрагента, который объ этой невозможности незналъ, за то, что онъ былъ обманутъ въ ожиданіи дѣйствительнаго договора, затѣмъ—вопросъ, не допускаетъ ли какого-либо исключенія положеніе, что обѣщающій не можетъ ссылаться на субъективную невозможность.

[5] Ср. между многими мѣстами I. 1 § 4. D. de O. et A. 44. 7, l. 37. l. 51 D. de V. O. 45. 1, l. 107 D. de sol. 46. 3; l. 26 § 1 l. 47 § 4 6 D. de leg. I° 30, l. 22 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Бывало, выражали это положеніе и слѣдующимъ образомъ: должникъ не отвѣтствуетъ за случай (ср. l. 23 D. de R. I. 50. 17); по этимъ не ска-

влено ему изъ предмета удовлетворенія событіемъ, вызвавшимъ эту невозможность или то, что это событіе доставило ему вмѣсто предмета удовлетворенія [6].

Напротивъ, если самъ должникъ виновенъ въ возникновеніи этой невозможности, то онъ обязанъ къ денежному вознагражденію интереса кредитора [7]; но, съ своей стороны, онъ можетъ требовать отъ кредитора уступки ему принадлежавшихъ сему послѣднему правъ относительно предмета удовлетворенія [8].

зано ничего новаго, а лишь отрицательное, что должникъ не отвѣтствуетъ, если онъ не виновенъ въ невозможности. О смыслѣ, въ которомъ источники говорятъ о „casus" (случай), см. Моммзенъ стр. 241—247. Негодится и невѣрно, по своей общности, правило: casum sentit dominus. Бехтеръ Arch. f. civ. Prax XV стр. 117—138, Моммзенъ стр. 247—252. О мѣстахъ, на которыхъ основывали это правило, сравни именно послѣднюю стр. 250 прим. 32 (Goose Iahrb. Dogm. IX. I *).

[6] L. 1. § 47 l. 2 D. dep. 16. 3, § 3 i. f. I. de emt. 3. 23, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 i. f. D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 13. § 12. 17 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 pr. D. de furt. 47. 2. Нѣтъ противорѣчія, какъ полагаетъ Моммзенъ стр. 289, въ l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1, l. 98 § 8 D. de sol. 46. 3. И страховая сумма входитъ въ составъ того, что должникъ обязанъ дать въ замѣнъ кредита, подлежащаго доставленію; ср. l. 13 §. 12 D. de A. E. V. cit. vv. *damni forte infecti*. Липпманнъ Iarhb. f. Dogm. VII. 2, Кунце у Гольцшуера III стр. 825. 826, [Вангеровъ § 635 въ концѣ въ 7-мъ изданіи]. Ср. также Моммзенъ стр. 118 сл., Іерингъ Iahrb. f. Dogm. III стр. 472—474, [Гофманъ Periculum beim Kauke стр. 153 сл.].

[7] Устанавляющееся при этомъ правоотношеніе не слѣдуетъ себѣ такъ представлять, что существовавшее до сихъ право требованія будто уничтожилось вслѣдствіе наступившей невозможности исполненія, и что виной должника обосновывается новое право требованія противъ него. Напротивъ, существующее теперь есть прежнее право требованія, что практически обнаруживается въ томъ, что всѣ дѣйствующія для прежняго права требованія юридическія опредѣленія продолжаютъ существовать, напр. залогъ, поручительство, конкурсныя привилегіи, просрочка, переходъ на наслѣдниковъ и. т. п. Если невозможность есть чисто субъективная, то юридически не измѣняется ничего даже въ самомъ предметѣ обязательства; какъ прежде, должникъ продолжаетъ быть обязаннымъ къ первоначальному дѣйствію, и то обстоятельство, что съ него берется денежный эквивалентъ, есть лишь слѣдствіе необходимости. При объективной невозможности право требованія не можетъ продолжать существовать на первоначальномъ дѣйствіи, точно также какъ оно не могло бы возникнуть послѣ, при существующемъ положеніи; оно продолжается лишь съ измѣненнымъ предметомъ. Однакоже, соображеніе, что объемъ этого предмета, количество подлежащаго уплатѣ интереса, должны быть приводимы въ извѣстность, привело старую римскую юриспруденцію къ тому взгляду, что и при объективной невозможности должнымъ все-таки продолжаетъ считаться первоначальный предметъ обязательства. См. именно l. 91 § 3. 6 D. de V. O. 45. 1, также l. 95 pr. D. de sol. 45. 3; а также l. 31 § 11 D. de aed. ed 21. 1, Paul S. R. V. 7 § 4. Ср. Моммзенъ стр. 229 слѣд. и Beiträge III стр. 413, Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 212 сл., Нейнеръ Wesen und Arten der Privatrechts verhältnisse стр. 178 слѣд.

[8] L. 25 § 8 l. 60 § 2 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. I (§ 79 примѣч. 12). Сравни l. 63. 69 D. de R. V. 1 (§ 89 примѣчаніе 1).

Виновность должника *.

§ 17. Вопросъ о томъ, въ какихъ случаяхъ можно утверждать, что должникъ виновенъ въ наступленіи невозможности удовлетворенія, не можетъ быть разрѣшенъ одинаково для всѣхъ родовъ обязательствъ. Въ этомъ отношеніи самый существенный предметъ заключается вообще въ томъ, виновенъ ли должникъ въ злоумышленности [1], т. е. въ умышленномъ созданіи невозможности удовлетворенія, или въ небрежности [2], т. е. въ недостаткѣ надлежащаго напряженія воли для устраненія этой невозможности [3].

1) При злоумышленности должникъ отвѣтственъ во всѣхъ обязательствахъ [4], и отъ этой отвѣтственности онъ не можетъ быть даже освобожденъ никакимъ *предварительнымъ* соглашеніемъ [5].

2) Точно также должникъ отвѣтственъ во всѣхъ обязательствахъ при грубой, явной небрежности [6], т. е. при небрежности, переходящей почти въ умышленность [7].

---

* Сравни I § 101 и поименованныхъ тамъ въ * и примѣчаніи 5-мъ писателей. Сверхъ того Унтергольцнеръ I § 133—137.

§ 17. [1] Dolus. Что источники избѣгаютъ этого выраженія тамъ, гдѣ мотивъ дѣйствія не безнравственный, уже было замѣчено I § 101 примѣч. 6.

[2] Техническое выраженіе источниковъ для небрежности—это „culpa", хотя это слово встрѣчается въ смыслѣ „вины вообще". См. I. § 101 прим. 7. Противоположность culpa въ техническомъ смыслѣ обозначается выраженіемъ diligentia. Особенный видъ diligentia составляетъ custodia; custodia есть diligentia, направленная на охраненіе вещи. Впрочемъ, источники говорятъ какъ culpam praestare, такъ и diligentiam praestare, custodiam praestare. Очень часто употребляютъ они также выраженія culpa и diligentia, culpa и custodia, diligentia и custodia. Гассе § 38. 54 — 55. 76—78. 87—90. Ср. также § 136 примѣч. 6. [Баронъ Arch. f. civ. Pr. LII. 2].

[3] Недостатокъ этотъ можетъ проявляться какъ въ дѣйствіи, такъ и въ бездѣйствіи (culpa in faciendo, in non faciendo). См. l. 91 pr. D. de O. 45. 1 и Гассе § 27—34.

[4] Обязанность къ дѣйствію содержитъ въ себѣ по необходимости обязанность не сдѣлать произвольно невозможнымъ это дѣйствіе.

[5] L. 23 D. de R. I. 50. 17, l. 27. § 3 D. de pactis 2. 14, l. 17 pr. D. comm. 13. 6, l. 1 7 D. dep. 16. 3, l. 6 § 9 D. de A. E. V. 19. 1. Зейфертъ Arch. XVI. 27.

[6] Техническое обозначеніе источниковъ есть „lata culpa". Ср. Гассе § 21—23

[7] L. 213 § 2 D. de V. S. 50. 16. „Lata culpa est nimia neglegentia, i. e. non intellegere, quod omnes intellegunt". L. 223 pr. eod.: „Latae culpae finis est, non intellegere id, quod omnes intellegunt". Если должникъ ссылается на небрежность этого рода, то ему даже нельзя вѣрить, что онъ былъ лишь небреженъ; если же онъ дѣйствительно не учинилъ себѣ послѣдствій своихъ дѣйствій, то ошибка эта наврядъ-ли менѣе важна ошибочности воли, прямо направленной на правонарушеніе. По этому и о такой небрежности говорится „prope dolum est" l. 29 pr. D. mand. 17. 1) „dolo comparabitur" (l. 1. § 1 D. si mens. 11. 6), или прямо „dolus est (l. 226 D. de V. S. 50. 16, l. 32 D. dep. 16. 3). Сравни кромѣ того l. 8 pr. D. de edendo 2. 13, l. 2 § 5 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 5 § 15 D. ut in poss. 36. 4, l. 8 § 3 D. de prec. 43. 26, l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4. Моммзенъ Beitr. III стр. 347 слѣд. попытался свести этотъ видъ небрежности къ понятію неизвинительнаго заблужденія. Противъ этого Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. III стр. 278—280.

3) Но и обыкновенная небрежность, т. е. стоящая ниже внимательности, которую каждый порядочный человѣкъ обращаетъ на свои дѣла [8], переходитъ въ умышленность въ томъ случаѣ, когда должникъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ бываетъ обыкновенно заботливѣе [9]. Поэтому въ указанномъ случаѣ должникъ отвѣтственъ и при обыкновенной небрежности [10].

4) За исключеніемъ этого случая отвѣтственность за обыкновенную небрежность составляетъ общее правило, которое допускаетъ, впрочемъ, много исключеній [11]. Такъ, исключеніе изъ этого правила имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ отношеніе, изъ котораго вытекаетъ обязательство, было направлено исключительно въ пользу кредитора [12], хотя и это исключеніе, въ свою очередь, не вполнѣ строго проводится [13].

5) Въ нѣкоторыхъ обязательствахъ, въ коихъ имѣетъ мѣсто

---

[8] См. 1 § 101 примѣч. 8 и сравни также Моммзена стр. 360—373 и къ этому Виндшейда стр. 281. Употребляемое здѣсь выраженіе „обыкновенная небрежность" должно выражать собой то, что источники называютъ „levis culpa". Этимъ послѣднимъ выраженіемъ обозначается не особенно легкая степень небрежности, а лишь то, что небрежность не есть lata culpa; понятіе levis culpa есть понятіе чисто отрицательное. Впрочемъ, источники обозначаютъ обыкновенно levis culpa просто какъ culpa; когда говорится, что кто-нибудь отвѣтствуетъ не только за dolus, но и за culpa, то это значитъ, что онъ отвѣчаетъ и за levis culpa, между тѣмъ какъ отвѣтственность за lata culpa разумѣется само собой. Гассе. § 43.

[9] L. 32 D. dep. 16. 3.... „Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret. См. также l. 22 § 3 D. ad SC. Treb. 36. 1. Мнѣніе, что избѣгнутая должникомъ въ собственныхъ дѣлахъ levis culpa называется также lata culpa, не находитъ себѣ подтвержденія въ этихъ мѣстахъ. Ср. Гассе. Стр. 171, 195—209.

[10] Моммзенъ Beiträge III стр. 377 слѣд. выставляетъ такое правило, что должникъ отвѣтствуетъ лишь при намѣренной небрежности къ чужимъ дѣламъ. См. противъ этаго Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. III стр. 281 слѣд.

[11] Гассе § 92—99 b., Бетманнъ-Голлвегъ въ прибавленіи IV къ сочиненію Гассе стр. 533—579, Моммзенъ Beitr. III. стр. 391—406, Іерингъ das Schuldmoment im römischen Privatrecht стр. 53—54. Ср. также Бринцъ стр. 594.

[12] L. 5 § 2 D. comm. 13. 6, l. 17. § 2 D. praescr. verb. 19. 5, l. 108 § 12 D. de leg. I° 30; l. 23. D. de R. I. 50. 17 (Гассе стр. 224 прим. 2, Гушке Rhein. Mus. VII стр. 74).

[13] Именно во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда непосредственное содержаніе права требованія содержится въ томъ, что кто нибудь обязывается совершить, въ интересъ другаго, какую-нибудь дѣятельность при порученіи, веденіи дѣлъ, опекѣ, и т. п. Ср. § 162 прим. 4.—Должникъ по стипуляціи отвѣчалъ за culpa in faciendo, а не за culpa in non faciendo, l. 91 pr. D. de V. O. 45. 1. Это значитъ, что римское право того взгляда, что изъ права требованія, какъ таковаго, вытекаетъ, конечно, обязанность къ избѣжанію небрежной дѣятельности, но не обязанность къ избѣжанію небрежнаго упущенія. А. М. Бетманнъ-Голлвегъ въ поименованномъ въ примѣчаніи 11 трактатѣ, который выводитъ изъ права требованія, какъ таковаго, обязанность къ избѣжанію всякой небрежности, и видитъ въ l. 91 pr. cit. лишь вліяніе формуловой концепціи. См. также Бринцъ стр. 592.

отвѣтственность за обыкновенную небрежность, должникъ можетъ извиниться тѣмъ, что онъ и къ своимъ собственнымъ дѣламъ не внимательнѣе [14]. Правило это можетъ быть выражено такъ: должникъ отвѣчаетъ только за относительную внимательность [15].

6). Что касается вопроса о доказательствахъ (onus probandi) [16], то должникъ, ссылающійся на невозможность исполненія, обязанъ указать и доказать тѣ обстоятельства, при которыхъ невозможность эта наступила, а затѣмъ, на основаніи этихъ данныхъ, судъ рѣшаетъ, имѣется ли въ виду такая виновность должника, которая необходима для его обвиненія [17]. Если для этого необходимо сравнить дѣйствіе должника съ образомъ веденія имъ своихъ собственныхъ дѣлъ [18], то доказывать этотъ образъ, въ случаѣ, приведенномъ подъ № 3, долженъ кредиторъ; напротивъ, въ случаѣ, указанномъ подъ № 5—должникъ [19].

---

[14] Гассе § 39—42, Моммзенъ Beitr. III стр. 374—390 и къ этому Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. III стр. 281—284.

[15] Другія употребляемыя въ настоящее время обозначенія суть: должникъ отвѣчаетъ за diligentia quam suis (sc. rebus adhibere solet)—также и источники, ср. напр. l. 25 § 16 D. fam. erc. 10. 2, l. 72 pr. D. pro soc. 17. 2, l. 17 pr. D. de I. D. 23. 3; если, должникъ отвѣчаетъ за culpa levis in concreto.—Наказаніе за относительную заботливость есть смягченіе отвѣтственности за обыкновенную небрежность; поэтому тотъ, который штрафуется за относительную заботливость, обязанъ употреблять лишь попеченіе порядочнаго хозяина. Гассе § 41.

[16] Гассе § 57. 74, Моммзенъ стр. 390, Виншейдъ стр. 283; Веберъ Verbindlichkeiten zur Beweisführ. N VI § 21—25, Г. Герберъ Beitr. zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast 68—90. Maxen über Berveislast стр. 179—190, Синтенисъ II стр. 340—343, Вехтеръ II § 113, Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsrr. III стр. 82. Зейффертъ Arch. I. 338 (VII. 31), I. 168, IV, 113. 114, V. 306, VII. 225. 310. X. 41, XI 237, XIII. 225.

[17] Въ процессуальномъ отношеніи дѣло представляется въ слѣдующемъ видѣ. Истецъ ссылается на свое право требованія и доказываетъ его происхожденіе. Отвѣтчикъ возражаетъ, что это право уничтожилось вслѣдствіе наступившей невозможности исполненія. Но такъ какъ не всякая же невозможность исполненія уничтожаетъ право требованія, то отвѣтчикъ долженъ доказать, что невозможность наступила въ требуемомъ видѣ. Обязанность доказывать лежитъ на немъ даже тогда, когда онъ отвѣтствуетъ лишь за злой умыселъ (dolus); мнѣніе, будто кредиторъ обязанъ доказывать существованіе этого умысла со стороны должника, не находитъ себѣ подтвержденія. Нельзя ссылаться на l. 18 § 1. D. de prob. 22. 3; ибо истецъ можетъ и не знать о зломъ умыслѣ противника. Ср. также l. 1 § 16 D. dep. 16. 3 и Вехтеръ прим. 3. Въ l. 9 § 4 D. loc. 19. 2, l. 5 C. de pign. act. 4. 24 признается за отвѣтчикомъ, отвѣчающимъ и за небрежность, обязанность доказывать.

[18]. Образъ дѣйствія порядочнаго хозяина не составляетъ предмета доказательства со стороны сторонъ; онъ принадлежитъ праву, которое судья обязанъ знать.

[19] Въ обоихъ случаяхъ предполагается, что изъ установленныхъ обстоятельствъ обнаруживается небрежность, ибо если изъ нихъ обнаруживается злой умыселъ, то должникъ обвиняется въ искѣ безъ дальнѣйшаго изслѣдованія; если же изъ нихъ обнаруживается отсутствіе всякой небрежности, то онъ безъ дальнѣйшаго освобождается отъ суда. Такимъ образомъ, въ первомъ случаѣ небрежность служитъ

Наши законы вовсе не предусматриваютъ послѣдствія невозможности исполненія только относительно немногихъ отдѣльныхъ договоровъ (т. X ч. 1 ст. 1407, 1408, 1411 и слѣд. 1416, 1687—1688, 1984 и слѣд.) и не даютъ общихъ правилъ на сей предметъ. Но изъ этихъ частныхъ постановленій усматривается, что и наше законодательство разсматриваетъ послѣдствія неисполненія договоровъ съ точки зрѣнія вознагражденія за вредъ и убытки, и въ семъ отношеніи изложенныя начала римскаго права имѣютъ полное примѣненіе и у насъ, такъ какъ онѣ вполнѣ согласны съ постановленіями нашихъ законовъ о вознагражденіи за вредъ и убытки. *А. Д.*

Д. Несостоятельность и конкурсъ.

1. Несостоятельность.

§ 18. Недостаточность имущества должника для удовлетворенія требованій кредитора не имѣетъ вліянія на сущность обязательства; [1] то, что должникъ не можетъ доставить теперь, онъ обязанъ доставить впослѣдствіи, по пріобрѣтеніи новаго имущества. Тамъ, гдѣ по мѣстнымъ законамъ несостоятельность къ платежу влечетъ за собою личное задержаніе или лишеніе торговой чести [2], должникъ можетъ избѣгнуть этихъ послѣдствій добровольною уступкою своего имущества кредитору или кредиторамъ своимъ, если ихъ много [3]. [4]. Впрочемъ, къ такой уступкѣ имущества допускается только тотъ, который впалъ въ имущественную несостоятельность не по своей винѣ [5].

сама по себѣ основаніемъ къ освобожденію; лишь тогда она не служитъ такимъ основаніемъ, когда она больше обыкновенной небрежности должника. Во второмъ случаѣ небрежность не есть сама по себѣ основаніе къ освобожденію, и бываетъ основаніемъ лишь тогда, когда обыкновенная небрежность должника одинаково велика. Правильное различеніе между случаями, указанными подъ № 3 и 5 есть, безъ сомнѣнія, самый трудный пунктъ въ ученіи о culpa. Въ другомъ видѣ представляетъ различіе Моммзенъ (см. объ этомъ прим. 10), между тѣмъ какъ Бринцъ, по примѣру Денелла, вовсе отрицаетъ различіе.

§ 18. [1] Марціанъ (II. 3) насмѣхается, говоря:

Sexte, nihil debes; nil debes, Sexte, fatemur.
Debet enim, si quis solvere, Sexte, potest.

[2] Какъ это имѣло мѣсто по римскому праву (см. мѣста въ примѣчаніи 4). О современномъ значеніи задержанія за долги см. въ особенности Ветцель Civilproc. § 50. 1. 2.

[3] Cessio bonorum. Dig. 42. 3 de cessione bonorum. Cod. 7. 71 qui bonis cedere possunt. Унтергольцнеръ I § 175, Сиитенисъ II § 159 160, Гольцшуэръ III § 232 № 1—3.

[4] L. 1 l. 8 C. h. t., l. II C. ex quib. caus. inf. 2. 12.

[5] Ограниченіе это положительно признано въ l. 1 C. Th. qui bonis 4, 20, между

Право несостоятельнаго должника на оставленіе ему имущества, необходимаго для его существованія *.

§ 19. Не во всѣхъ случаяхъ кредиторъ въ правѣ забрать для своего удовлетворенія все имущество должника; въ извѣстныхъ случаяхъ должникъ пользуется правомъ оставить себѣ изъ своего имущества необходимое для его существованія [1]. Это право предоставлено [2]:

1) нижнимъ чинамъ—относительно всѣхъ обязательствъ [3];

2) восходящимъ родственникамъ—по обязательствамъ относительно ихъ нисходящихъ [4];

3) супругамъ—въ ихъ взаимныхъ обязательствахъ [5], а мужу и

тѣмъ какъ оно не упоминается въ юстиніановской компиляціи. Но не подлежитъ сомнѣнію, что оно въ ней предполагается, см. l. 8 pr. C. h. t. и Бетманнъ-Голлвегъ Handb. des Civilproc. I стр. 345, Ветцеллъ прим. 47. Для современнаго права сравни также продолженіе къ Reichsabschieds-Anfangs von 1671 № 10. (Emminghaus стр. 513). А. М. Гольцшуэръ № 1. Зейффертъ Arch. XIV. 88, XIX. 207.

* Holtius въ Bibliothèque qu Jurisconsulte et du Publiciste I стр. 389—405 (1826), повторено въ его трактатахъ, переведенныхъ Сутро, № 5. Франке Arch. f. civ. Pr. XXIII. 14 (1840). Синтенисъ Zeitschr. f. Civ. u Pr. XV, 13 (1841). Унтергольцнеръ I § 181—182, Синтенисъ II стр. 160—166, Вангеровъ I § 174 прим. 1 и 2, Гольцшуэръ III § 231.

§ 19. [1] Новѣйшіе писатели обозначаютъ эту законную льготу выраженіемъ „beneficium competentiae". Источники обозначаютъ ее словами in id quod facere debitor potest, quatenus facere debitor potest. Выраженіе это означаетъ лишь только то, что должникъ можетъ быть присужденъ къ платежу лишь въ размѣрѣ его имуществъ; ср. именно l. 82 D. ad leg. Falc. 35. 2, § 37 I. de act. 4. 6, l. 49 D. de pactis 2. 14, l. 21 D. de re iud. 42. 1, также Theoph. IV. 6 § 37. Для римлянъ льгота заключалась въ томъ, что должникъ, не могшій быть объявленнымъ несостоятельнымъ къ платежу, не могъ также подпасть подъ невыгоды несостоятельности. Но позднѣе (это „позднѣе" отвергаетъ Унтергольцнеръ § 181 d) болѣе свободное толкованіе стало понимать подъ facere posse возможность исполненія безъ нужды l. 19 § 1 D. de re iud. 42. I, l. 173 pr. D. de R. I. 50, 17). Чрезъ это первоначальное содержаніе льготы слишкомъ расширилось. – Нѣкоторые принимаютъ и для новѣйшаго права двоякое содержаніе beneficium competentiae. Послѣднее даетъ право требовать: 1) чтобъ судъ не присуждалъ должника къ платежу въ большемъ противъ имуществъ размѣрѣ; 2) чтобъ, при исполненіи рѣшенія, ему оставлены были необходимыя средства содержанія. Противъ этого говоритъ l. 173 pr. D. de R. I. 50. 17 („in condemnatione.... non totum.... extorquendum est"). См. именно Франке стр. 388—397, Вангеровъ примѣч. 1; также Арндтсъ § 225 прим. 1. Ср. впрочемъ и ниже § 20 примѣчаніе 5.

[2] Въ предстоящемъ перечислены только случаи, въ которыхъ beneficium competentiae принадлежитъ по закону; само собою разумѣется, что оно можетъ быть обосновано договоромъ. См. l. 49 D. de pactis 2. 14.

[3] L. 6 pr. l. 18 D. de re iud. 42. 1. Ср. Гольцшуэръ № 4.

[4] § 38 I. de act. 4, 6, l. 54 D. sol. matr. 24. 3, l. 16 D. de re iud. 42. 1.

[5] L. 20 D. re iud. 42. 1. Мнѣніе, будто beneficium competentiae продолжается и по прекращеніи брака относительно требованій возникшихъ при существованіи брака, не оправдывается (Вангеровъ прим. 2 № 2). Этого нельзя основывать и на

относительно требованія вознагражденія расходовъ на похороны жены [6];

4) лицамъ, недавно только вышедшимъ изъ подъ родительской власти безъ полученія какой-либо значительной части изъ родительскаго имущества,—относительно обязательствъ, возникшихъ еще во время состоянія должника подъ родительскою властью, за исключеніемъ обязательствъ, вытекающихъ изъ проступковъ [7];

5) лицамъ, добровольно уступившимъ имущество свое кредиторамъ своимъ,—относительно обязательствъ, возникшихъ еще до этой уступки [8];

6) товарищу—по обязательствамъ, вытекающимъ изъ договора товарищества (actio pro socio) [9];

7) дарителю—по обязательству даренія [10];

8) бывшему мужу, дѣтямъ отъ этого брака, а равно и отцу мужа—относительно требованія возвращенія приданаго [11];

томъ, что мужу принадлежитъ beneficium competentiae противъ требованія о приданомъ (№ 8), ибо требованіе это не только получило начало во время брака, но имѣетъ свое основаніе въ бракѣ. Ср. 52 D. de re iud. 42. 1.

[6] L. 27 § 2 l. 28 D de rel. 11. 7. A. M. Пухта § 245 aa.

[7] L. 2—7 D. quod cum eo 14. 5, l. 37 § 2 D. de adm. et per. 26. 7, l. 49 D. de re iud. 42. 1. Унтергольцнеръ § 181. ц, Вагнеровъ прим. 2 № 9, Дитцель 80. Macedonianum стр. 13—16.

[8] § 40. I de act. 4. 6, l. 4 pr. l. 6. 7 D. de cess. bon. 42. 3, l. C. de bon. auct. iud. 7. 72. По поводу l. 4 § 1 D. de cess. bon. полагали, что beneficium competentiae имѣетъ мѣсто и по отношенію требованій, возникшихъ послѣ уступки имуществъ (Thibaut civ. Abhandl. № 16). Но 1) слѣдуетъ ли это мѣсто понимать о требованіяхъ, возникшихъ послѣ; 2) если слѣдуетъ, то позволительно видѣть въ немъ историческое замѣчаніе, и избѣжать такимъ образомъ противорѣчіе съ § 40 I cit.; 3) если есть противорѣчіе, то оба мѣста уничтожаютъ другъ друга, и засимъ нѣтъ доказательствъ для упомянутаго распространенія. Зейфф. Arch. III 253, VI. 127, VIII. 106, XII. 352, XIV. 89, [XXII. 284]. Гольцшуэръ № 10; срав. также его № 8.

[9] § 38 I. de act. 4. 6 предоставляетъ товарищу beneficium competentiae вообще, а l. 63 pr. D. pro socio 17. 2—положительно и „socius unius rei", между тѣмъ какъ l. 16 D. de re iud.—42. 1 ограничиваетъ его „socius omnium bonorum". Я не думаю, чтобъ можно было устранить противорѣчіе между послѣдними мѣстами; я поэтому принимаю, что они взаимно уничтожаются, и остается лишь общее постановленіе § 38 cit. О различныхъ мнѣніяхъ см. Глюкъ XV стр. 426 слѣд., Gensler Arch. f. civ. Pr. II. 21, Генслеръ тамъ же II. 22, Нойштетель тамъ же II. 33 (стр. 343), Марецолль Zeitschr. f. Civ. u Pr. XIV, 9, Фрицъ Erläut. II. стр. 118—120, Унтергольцнеръ I. § 181. б, Вангеровъ прим. 2 № 7, Гольцшуэръ № 1. Новѣйшая попытка къ примиренію сдѣлана Рейтеромъ Zeitschr. f. Civ. u Pr. A. F. XXI. 1 (1864).

[10] L. 33 D. de I. D. 23. 3, l. 32 pr. D. de don. 39. 5, l. 19 § 1 D. de re iud. 42. 1.

[11] § 37 I de act. 4. 6, l. 12 l. 14 pr. l. 15 § 2 l. 16. 17 § 2. l. 18. pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21 D. de re iud. 42. 1, l. un. § 7 C. de rie ux. act. 5. 13. Что beneficium competentiae принадлежитъ не только женѣ, но и ея наслѣдникамъ, вытекаетъ изъ послѣдняго поименованнаго мѣста и положительно говоритъ l. 27 D. sol.

9) женѣ [12] и тестю—относительно требованія обѣщаннаго приданаго; тестю, впрочемъ, это право принадлежитъ безусловно только тогда, когда требованіе это заявлено было еще во время существованія брака [13], [14].

§ 20. Тотъ, кому предоставлено изъясненное право, можетъ требовать, чтобы ему было оставлено то, что необходимо ему для жизни вообще, а не сообразно его состоянію [1].

При этомъ должникъ не можетъ вычитывать изъ состава имущества остальные свои деньги, исключая дарителя [2]. Наличность (активъ) имущества опредѣляется моментомъ заявленія сказанна-

---

matr. 24, 3.—Несомнѣнно, что за мужемъ слѣдуетъ признавать право на beneficium competentiae противъ всякаго другаго, касающагося его, какъ супруга, по партикулярному праву, обязательства къ выдачѣ имуществъ. Ср. l. 52 D. de re iud. 42. 1.

[12] Безъ сомнѣнія, во время существованія брака, по общему правилу въ № 3; но и по прекращеніи брака, по общему постановленію l. 17 § 1 D. sol. matr. 24. 3.

[13] L. 17. pr. D. sol. matr. 24. 3, l. 21. 22 pr. D. de re iud. 42 1, l. 84 D. de I. D. 23, 3. L. 84 cit.:—„si diremto matrimonio petitur, ex causa et persona id tribuendum puto. Quid enim, si socer specie futurae dotis induxerit generum, et cum sciret, se praestare dotem non posse, id egerit, ut genero insidiaretur"?—L 33 D. de I. D. 23. 3, даетъ законную льготу (ben. comp.) и extraneus promissor, между тѣмъ, какъ ему положительно отказываетъ въ ней l. 84, тамъ же, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1 При противорѣчіи этихъ мѣстъ слѣдуетъ сказать, что нѣтъ основанія для такого распространенія льготы. О попыткахъ къ примѣренію, см. Meyerfeld Rhein. Mus. VII. стр. 111 слѣд., Синтенисъ I. § 91 прим. 67, Вангеровъ прим. 2 № 3, v. Salpius Novation und Delegation.

[14] Неосновательно, въ особенности въ прежнее время, утверждали, что benef. compet. допускается и во многихъ другихъ случаяхъ, кромѣ поименованныхъ здѣсь; такъ, напримѣръ, въ пользу нисходящихъ, въ пользу братьевъ и сестеръ (по поводу I. 63 D. pro soc. 17. 2), тестя (по поводу, l. 16 D. sol. matr. 24. 3), ex iure tetrii (когда должникъ живетъ средствами третьяго лица). Сравни объ этихъ и другихъ случаяхъ Вангеровъ прим. 2 № 1. 3, и стр. 294—296, Гольцшуэръ № 3, и стр. 232 примѣч. *.

§ 20. [1] „—ne egeant", l. 173 D. de R. I. 50. 17; также l. 19 § 1 D. de re iud. 42. 1, L. 30 тамъ же: —„ita ut.... aliquid sufficiens relinquatur" L. 6 D. de cess. bon. 42. 3:—„unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod acquisitum est. an ex qualitate? Et putem, ex quantitate id aestimandum esse...." L. 7 тамъ же, l. 3. C. de bon. auct. iud. 7. 72. Гольцшуэръ № 5. Не подлежитъ сомнѣнію, что необходимыя средства содержанія должника распространяются и на потребности его жены и дѣтей. Что касается содержанія сообразно званію, то объ этомъ см. рѣшеніе верховнаго апелляціоннаго суда въ Ростокѣ у Бухки и Будде Entscheidungen VI стр. 95.

[2] L. 53. 54. D. sol. matr. 24. 3, l. 12 D. de don. 39. 5, l. 16 l. 19 pr. l. 49. 50 D. de re iud. 42. 1. Нѣтъ противорѣчія въ l. 3 D. quod cum eo 14. 5, гдѣ словами „nisi si quis privilegiarius и проч." выражается лишь то, что privilegiarius можетъ назадъ отнять отъ получившаго удовлетворенія то, что онъ получилъ. А. М. Унтергольцнеръ стр. 388, который допускаетъ еще и другое исключеніе на случай уступки имущества. Ср., впрочемъ, еще Гольцшуэръ № 9.

го права [3], при чемъ въ составъ имущества включается и все то, что должникомъ было скрыто [4]. Это право удержанія осуществляется въ видѣ возраженія противъ требованія кредитора 4[a], каковое возраженіе можетъ быть заявлено не только во время судебнаго разбирательства [5], но и въ исполнительномъ производствѣ [6]. Съ другой стороны, имущество, разъ уже выданное кредитору, не можетъ быть уже требуемо отъ него обратно должникомъ [7]. Изъясненное право абсолютно-личное, а потому не переходитъ на наслѣдниковъ и не можетъ быть требуемо ни поручителями, ни вообще тѣми лицами, которыя заступили должника въ обязательствѣ [8]. Право это не имѣетъ мѣста относительно обязательствъ, вытекающихъ изъ проступковъ, а равно и тогда, когда на должника падаетъ обвиненіе въ злоумышленности [9]. Отказъ отъ этого права недѣйствителенъ тамъ, гдѣ снисхожденіе это вызывается какими-либо нравственными обязанностями [10]. Само собою разумѣется, что съ пріобрѣтеніемъ новаго имущества должникъ обязанъ уплатить оставшееся за нимъ въ долгу [11].

---

[3] Слѣдовательно, на время рѣшенія, если ben. compet. заявляется при рѣшеніи, и на время исполненія, когда оно заявляется при исполненіи. Только о времени рѣшенія говорятъ l. 63 § 6 D. pro soc. 17. 2, l. 15 pr. D. sol. matr. 24, 3.

[4] L. 18 § 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 63 pr. § 7 D. pro soc. 17. 2, l. 68 § 1 тамъ же, l. 51 pr. D. de re iud. 42. 1.

[4a] Безъ реплики противъ встрѣчнаго требованія: Seuff Arch. XII. 111, XIX. 288.

[5] Ссылка, въ виду иска, на ben. comp. называется exceptio въ l. 63 § 2 D. pro socio 17. 2, l. 17 § 1 D. sol. matr. 24. 3, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 7 pr. D. de exc. 44. 1, l. 33 D. de nov. 40. 2. Сравни l. 22 pr. D. de exc. 44, 1. „Exceptio est condicio quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem". Ср. Келлеръ röm. Civilproc. Стр. 143—145 (3 изд. стр. 146—148), [А. Шмидъ Cession. II стр. 36 слѣд.].—Синтенисъ Zeitschr. f. civ. u. Pr. XV стр. 339—341 того мнѣнія, что возраженіемъ, по современному процессуальному праву, не достигается болѣе уменьшеніе присуждаемой рѣшеніемъ суммы, а сохраняется право по отношенію къ исполненію. И я полагаю, что судья въ правѣ такъ поступать, ибо этимъ доставляется полное удовлетвореніе отвѣтчику безъ необходимости для истца начать новый процессъ. См. также Фраике стр. 403.

[6] L. 17 § 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 33 pr. D. de don. 39. 5, l. 41 § 2 D. de re iud. 42. l. Зейф. Arch. I. 395

[7] L. 8. 9 D. de cond. ind. 12. 6.

[8] L. 63 § 1. 2. D. pro socio 17. 2, l. 23—25 l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 7 pr. D. de exc. 44. 1, l. 4 § 3 D. quod cum eo 14. 5, l. 12. 13. 14 pr. l. 15 § 1 D. sol. matr. 24. 3, § 4 I de repl. 4. 14. Гольцшуэръ № 7.

[9] L. 4 § 1 2 L. quo deum eo 14, 5, l. 10 l. 22 § 1 l. 52 D. de re iud. 42. 1, l. 21 § 6 D. de act. rer. am. 25. 2, l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. Сравни еще Гольцшуэръ № 6.

[10] Такая нравственная обязанность существуетъ именно между супругами и здѣсь положительно признана недѣйствительность отказа (l. 14 § 1 D. sol. matr. 24. 3). Но она въ одинаковой мѣрѣ существуетъ между восходящими и нисходящими. Синтенисъ считаетъ отказъ во всѣхъ случаяхъ необязательнымъ. 318—320.

[11] L. 8 C. sol. matr. 5. 18. Законная льгота не измѣняетъ юридическаго состава права требованія, а отсрочиваетъ лишь его исполненіе или полное исполне-

Эти постановленія римскаго права, въ принципѣ, согласны и съ нашими законами (См. т. X ч. 2 ст. 2230 и слѣд. и 2242 и слѣд.; т. XI ст. 1902). *А. Д.*

2. Конкурсъ. *

§ 21. Если несостоятельный должникъ имѣетъ много кредиторовъ, то каждому изъ нихъ предоставляется отыскивать себѣ вознагражденія, какъ онъ умѣетъ; неудовлетвореннымъ останется, такимъ образомъ, тотъ, который предъявилъ свое взысканіе, когда имущества уже не осталось[1]. Но это отношеніе измѣняется, когда надъ имуществомъ должника открывается конкурсъ, что производится посредствомъ судебнаго постановленія [2]. Значеніе конкурса заключается въ томъ, что имущество должника распредѣляется судебною властію между кредиторами и что никто изъ нихъ не можетъ получить удовлетворенія инымъ способомъ [3]. Процессуальныя правила конкурса не относятся сюда [4]. Здѣсь должны быть разсмотрѣны

---

nic. Сравн l. 47 § 2 D. de rec. 15. 1:—„socius universum debet". Поэтому обязательство должника нельзя называть, въ виду этой льготы, лишь естественнымъ обязательствомъ. Савиньи Obl. I. стр. 105, Эрклебенъ condictiones sine causa I стр. 110—111.—Въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ дополнительное требованіе встрѣчало затрудненіе со стороны процессовой консумціи. Средствомъ для устраненія этого затрудненія служило подлежащее исполненію обѣщаніе должника; объ этомъ еще l. 47 § 2 D. de rec. 15. 1, l. 63 § 4 D. pro soc. 17. 2, l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13. См. также l. 8 C. sol. matr. 5, 18. Франке стр. 414—427, Синтенисъ 327 слѣд.

* Dig. 42. 5 de rebus auctoritate iudicis possidendis seu vendandis. Cod. 7. 72 de bonis auctoritate iudicis possidendis seu venumdandis et de separationibus bonorum. Gmelin die Ordnung der Gläubiger bei Gantprozessen 5 изд. 1813). Унтергольцнеръ I § 183—185, Вангеровъ III § 592—594, Синтенисъ II стр. 222—228, Гольцшуэръ III § 232 № 4—13. См. тамже поименованныя въ примѣчаніи 4 сочиненія Дабелова гл. 21, Kori книга 2, Schweppe § 67—80.

§ 21. [1] L. 6 § 6. 7 (примѣч. 3) l. 10 § 16 l. 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8.

[2] О мнѣніи, что при добровольной уступкѣ имуществъ не требуется судебнаго распоряженіе, см. Байеръ (примѣч. 4) стр. 126 прим. 2, стр. 130—131.—По римскому праву наступали дѣйствія конкурса, коль скоро одинъ изъ вѣрителей получилъ, съ цѣлью исполненія, missio in possessionem bonorum, l. 6 § 7 D. quae in fraud. cred. (прим. 3).

[3] L. 6 § 7 D. quae in fraud. cred. 42, 8. „Sciendum, Iulianum scribere, eeque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in potrionem vocandum exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris bona possessa, cum iam par cendicio omnium creditorum facta esset".

[4] См. объ этомъ Дабеловъ ausführliche Erläuterung der Lehre vom Concurse der Gläubiger (2 изд. 1801). Кори System des Concursprocesses (2 изд. 1828) Швеппе das System des Concurses der Gläubiger (3 изд. 1829). Фонъ Байеръ Theorie des Con-

только тѣ начала, по которымъ имущество должника распредѣляется между кредиторами.

§ 22. Главнѣйшее изъ названныхъ началъ состоятъ въ томъ, что всѣ кредиторы равны между собой, каждый изъ нихъ получаетъ удовлетвореніе сообразно своимъ правамъ [1]. Это начало имѣетъ, однакожъ, исключеніе; преимущество между кредиторами можетъ быть обосновано:

1) правомъ залога, коимъ обезпечено данное обязательство [2], при чемъ естественно привилегированныя обязательства имѣютъ преимущество предъ непривилегированными [3];

2) постановленіемъ закона, дающимъ какому либо обязательству преимущество въ конкурсѣ («конкурсовыя привилегіи») [4].

Мнѣніе, что есть еще обязательства, которыя подлежатъ удовлетворенію только послѣ другихъ, а именно штрафы, не находитъ себѣ основанія въ источникахъ [5].

§ 23. Конкурсовыя привилегіи имѣютъ свое основаніе или въ характерѣ должника, или въ характерѣ обязательства; привилегіи послѣдняго рода (№ 6—10) переходятъ на наслѣдниковъ и на дру-

---

cursprocesses (4 изд. 1850). Въ первыхъ трехъ изъ поименованныхъ здѣсь сочиненіяхъ трактуется также и о порядкѣ старшинства вѣрителей (см. примѣчаніе *).

§ 22. [1] L. 6 C. h. t.

[2] Кредиторъ, не имѣющій закладнаго права для своего требованія, называется въ источникахъ chirographarius creditor, см. l. 10 C. qui pot. 8. 18 и поименованное въ предъидущемъ примѣчаніи мѣсто; срав. также l. 4 C. h. t., l. 38 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5.—Само собою разумѣется, что преимущество требованія, обезпеченнаго залогомъ, не простирается за предѣлы залоговаго предмета.—Вѣрителямъ по закладамъ не нужно было, по римскому праву, вовсе вступать въ конкурсъ, l. 6. C. h. t. Байеръ § 10.

[3] На это я указываю здѣсь лишь потому, что, по обычаю, требованія, обезпеченныя залогами, образовали два конкурсныхъ класса (второй и третій, о первомъ см. § 23 примѣч. 16), смотря по тому—пользуются ли они привилегіей или нѣтъ.

[4] Источники обозначаютъ конкурсную привилегію какъ privilegium exigendi. L. 24 § 1 D. h. t. l. 1 l. 25 D. de R. C. 12. 1, l. 1 D. de cess. bon. 42. 3. Въ l. 52 § 10 D. pro soc. 17. 2 говорится: „exigendo privilegio utetur.“ G. M. Asher disquisitiones historicae (Heidelbergae 1855) p. 17 sq., который полагаетъ, что выраженіемъ privilegium exigendi обозначается законное залоговое право. Выводы его не убѣдительны.—Требованія, снабженныя конкурсной привилегіей, составляютъ четвертый конкурсный классъ, обыкновенныхъ хирографарическія—пятый.

[5] Положеніе это выставляютъ напр. Пухта § 248 № 1 и Арндтсъ § 227. Но если можно изъ l. un. C. poen. fiscal. вывести для всѣхъ штрафныхъ требованій общее правило, хотя мѣсто это говоритъ лишь о фискальныхъ штрафныхъ требованіяхъ, то все же содержаніе правила: poenae exactio postponitur (ср. также l. 17 D. de I. F. 49. 14) въ l. 37 D. de I. F. слѣдуетъ истолковать въ томъ смыслѣ, что подъ postponi должно разумѣть non anteponi, и такимъ образомъ остается только отказаться отъ означеннаго положенія. Въ концѣ концовъ, слѣдуетъ во всякомъ случаѣ сказать, что при противорѣчіи поименованныхъ мѣстъ нельзя его нитѣмъ потвердить. Сравни также Унтергольцнеръ § 183. о, Вангеровъ § 594 примѣч. № 1. 1.

гихъ преемниковъ правъ; другія же привилегіи не переходятъ (№ 1—5) [1]. Въ частности привилегіи принадлежатъ [2].

1) казнѣ [3];

2) монарху и его супругѣ [4].

3) городскимъ обществамъ [5],—всѣмъ этимъ лицамъ принадлежатъ эти привилегіи по всѣмъ обязательствамъ, исключая штрафовъ [6];

4) женѣ и ея дѣтямъ, даже женѣ по недѣйствительному браку (putative ehe), а равно невѣсткѣ—относительно обратнаго требованія приданаго [7];

5) подъопечнымъ—относительно обязательствъ ихъ, вытекающихъ изъ управленія ихъ имѣніемъ опекунами ихъ или управляющими имѣніями [8];

6) займамъ, сдѣланнымъ съ цѣлію возстановленія зданія, покупки, сооруженія или оснащенія судна, равно какъ и обязательству, вытекающему изъ покупки судна [9];

7) требованіямъ вознагражденія расходовъ на починку общаго зданія [10];

8) требованіямъ возвращенія денегъ, отданныхъ банкиру изъ процентовъ [11], а согласно судебной практикѣ преимуществомъ въ

---

§ 23. [1] L 68 I. 196 D. de R. I. 50. 17 (I. § 29, примѣч. 5), l. 19 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. un. C. de priv. dotis 7. 74. l. 42 D. de adm. et per. 26. 7.

[2] Въ нѣкоторыхъ случаяхъ конкурируетъ съ конкурсной привилегіей законная ипотека. Это объясняется тѣмъ, что сначала дарована была конкурсная привилегія, а за симъ законная ипотека. Но послѣдняя не простирается такъ далеко, какъ первая, см. № 4. 5. — Давшій деньги на удовлетвореніе привилегированнаго кредитора вступаетъ въ его мѣсто относительно конкурсной привилегіи, I. 24 § 3 D. h. t., l. 2 D. de cess. bon. 42. 3. Сравни I § 233b примѣч. 16.

[3] L. 10 pr. D. de pactis 2. 14. l. 34 D. h. t., l. 6 pr. D. de I. F. 49. 14, Paul. S. R. V. 12 § 10

[4] L. 6 § 1 D. de I. F. 49. 14.

[5] l. 38 § 1 D. h. t. Синтенисъ 11 § 94 примѣч. 12.

[6] См. § 22 примѣч. 5. Практика уравниваетъ во многихъ случаяхъ церкви, даже корпораціи съ городскими обществами. Сантенисъ § 94 примѣч. 13, у Гмелина объ этомъ ничего нѣтъ, ср. стр. 213. 576.

[7] L. un. C. de priv. dotis 7. 74. l. 22 § ult. D. sol. matr. 24. 3, l. 17 § 1 l. 18 l. 19 pr. D. h. t., l. 74 D. de I. D. 23. 3. Сравни l. 12 C. qui pot. 8. 18. Переходъ къ дѣтямъ подтверждается l. 12 cit. § 1 и Nov. 91 pr. c. 1. Что переходъ къ наслѣдникамъ не имѣетъ мѣста—говоритъ положительно l. un. cit.

[8] L. 19 § 1—l. 23 D. h. t., l. 9 § 1 l. 42 l. 44 § 1 D. de adm. et. per. 26. 7. Нѣтъ перехода къ наслѣдникамъ и другимъ правопреемникамъ: I. 19 § 1 cit., l. 42 cit. Нѣтъ привилегіи противъ curator bonorum: l. 22 § 1 l. 24 D. h. t. (§ 199 примѣч 10).

[9] l. 24 § 1 l. 26 l. 34 D. h. t., l. 25 D. de R. C. 12. 1, l. 1 de D. cess. bon. 42. 3.

[01] L. 52 § 10 D. pro socio 17. 2.

[11] L. 24 § 2 D. h. t, l. 7 § 2. 3. l. 8 D. dep. 16. 3. Срав., впрочемъ, Сантенисъ § 94 примѣч. 31.

конкурсѣ пользуются требованія возвращенія денегъ, отданныхъ банкиру на какомъ бы то ни было основаніи [12];

9) требованію возмѣщенія издержекъ, употребленныхъ на похороны должника или такого лица, которое онъ обязанъ былъ похоронить [13]; наконецъ, согласно судебной практикѣ,

10) расходамъ на послѣднюю болѣзнь должника, равно какъ неуплоченному жалованью домашней прислугѣ [14].

Римское право не даетъ никому преимущества въ конкурсѣ предъ залоговымъ правомъ [15], но судебная практика даетъ нѣкоторымъ требованіямъ преимущество и предъ этимъ послѣднимъ, а именно: издержкамъ на похороны и на послѣднюю болѣзнь должника, жалованью прислугѣ и общественнымъ повинностямъ [16].

Что касается отношеній между отдѣльными привилегіями, то общее правило заключается въ томъ, что всѣ онѣ равны между собой и старшинство по времени не даетъ никакого преимущества [17]. Но здѣсь допускаются только слѣдующія исключенія:

Всѣмъ остальнымъ предшествуютъ 1) привилегіи издержекъ на похороны [18], требованій казны [19], а равно требованія противъ банкира, если отданныя ему деньги имѣются еще въ наличности [20],

---

[12] Гмелинъ стр. 559: „на основаніи безспорной практики". Унтергольцнеръ стр. 391, Вангеровъ § 594 примѣч. № II. 5.

[13] L. 45 D. de rel. 11. 7, l. 17 pr. D. h t. Сравни l. 14 § 3–5 l. 37 D. de rel. Samhaber Zeitschrift f. Civ. u. Prax. XIII. 16. Walther тамъ же № F. XVII. 13 (стр. 364 слѣд.).

[14] Дабеловъ стр. 596—606, Швеппе § 69, Гмелинъ § 64, 65, 68. Унтергольцнеръ стр. 392, Вангеровъ 593 примѣч. III, 1, 1. Зейфф. Arch. III. 309; X. 329; XII. 257.

[15] L. 9 C. qui pot 8. 18 (ср. l. 74 D. de I. D. 23 3).—Кажущееся изъятіе относительно привилегіи расходовъ на погребеніе, Paul. S. R. I. 21 § 15, l. 45 D de rel. 11. 17, l. 14 § 1 D. Тамъ же Вангеровъ § 594 примѣч. стр. 249—250 [7 изд. стр. 222—223].

[16] Поименованныя здѣсь требованія составляютъ собой первый конкурсный классъ (§ 270 примѣч. 3, 4).—Дабеловъ стр. 596–615, Швеппе § 68, Гмелинъ § 63—77, Синтенисъ § 94 примѣч. 30.

[17] L. 32 D. h. t.

[18] См. поименованныя въ примѣчаніи 15 мѣста.

[19] L. 34 i. f. D. h. t., Paul. S. R. V. 12 § 10.

[20] L. 7 § 2. 3 D. dep. 16 3. Ср. примѣч. 22.—Различіе между этими тремя привилегіями не подтверждается источниками. Обыкновенно даютъ привилегіи погребальныхъ расходовъ абсолютное преимущество. Но хотя въ l. 45 D. de rel 11. 7 и сказано: „quae etiam omne creditum solet praecedere", то въ l. 7 § 2 D. dep. 16. 3 равнымъ образомъ говорится: „quoties foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum», и тогда: „et ante privilegia... depositariorum ratio habetur". Что касается фиска, см. Paul. S. R. V. 12. § 10: „Privilegium fisci est, inter omnes creditores primum locum tenere". Однако же вопросъ этотъ не имѣетъ значенія для современнаго права, такъ какъ оба первыя требованія попадаютъ для удовлетворенія въ первые конкурсные классы.

2) Привилегія обратнаго требованія приданаго предшествуетъ всѣмъ другимъ младшимъ по времени [21].

3) Привилегія требованія противъ банкира, если отданные деньги не имѣются уже въ наличности, слѣдуетъ послѣ другихъ привилегій [22].

§ 24. Къ сказанному слѣдуетъ еще добавить:

1) Конкурсовою массою, подлежащею раздѣлу между кредиторами, считается то, что остается по исключеніи чужихъ, только фактически съ имуществомъ должника соединенныхъ стоимостей. Лица, имѣющія право на выдѣлъ этихъ стоимостей, обыкновенно называется виндикантами [1]. Къ виндикантамъ принадлежатъ и тѣ, которымъ принадлежитъ хотя обязательственное право, но которые могутъ осуществить оное въ формѣ вотчиннаго иска [2]. По выдѣлѣ изъ конкурсовой массы этихъ частей, прежде, чѣмъ конкурсовая масса поступитъ на удовлетвореніе кредиторовъ, надлежитъ удовлетворить еще такъ называемыхъ кредиторовъ массы, т. е. тѣхъ, которые имѣютъ обязательство непосредственно на конкурсовую массу [3].

2) Нѣкоторые кредиторы въ правѣ требовать удовлетворенія изъ извѣстныхъ частей конкурсовой массы съ исключеніемъ остальныхъ кредиторовъ [4] и надъ этими частями конкурсовой массы можетъ быть назначенъ даже отдѣльный конкурсъ [5]. Важнѣйшій изъ сихъ случаевъ есть тотъ, въ которомъ кто либо становится должникомъ вслѣдствіе принятаго наслѣдства: въ этомъ случаѣ кредиторы наслѣдодателя [6] могутъ требовать выдѣла имъ наслѣдственнаго имущества [7]. Конкурсъ имѣетъ еще то послѣд-

---

[21] L. 9 C de I. D. 5. 12. Положеніе, что дотальная привилегія предшествуетъ не только младшимъ привилегіямъ, является, не смотря на l. 12 pr. C. qui pot. 8. 18, слишкомъ смѣлымъ, срав. Вангеровъ стр. 251—252 [7 изд. 224—225].

[22] L. 24 § 2 D. h. t. Мнѣнія объ отношеніи этого мѣста къ поименованному въ примѣчаніи 20 различны. Принятому здѣсь (вангеровскому) взгляду дѣлаетъ, конечно, затрудненіе l. 8 D. dep. 16. 3. Но развѣ необходимо думать, что компиляторы, вставляя это мѣсто, желали принять сказанное въ предъидущемъ о мѣстѣ, занимаемомъ привилегію? Ср. Вангеровъ стр. 252—256 [7 изд. стр. 225—228].

§ 24. [1] Или сепаратистами ex iure dominii. Байеръ § 51.

[2] Смотри I § 174 примѣч. 9 и поименованные тамъ источники и писателей.

[3] Или вслѣдствіе юридической сдѣлки съ кредиторами, или по другому основанію. Байеръ § 50. По общему праву относятся сюда и расходы по конкурсу. Швеппе § 91.

[4] Такъ называемые сепаратисты ex iure crediti. Байеръ § 21.

[5] Т. н. партикулярный конкурсъ въ противоположность ко всеобщему конкурсу.

[6] Къ которымъ относятся и легаторіи. Dig. 42. 6 de separationibus Cod. 7. 72. Подробное въ наслѣдственнохъ правѣ [III § 607]. Срав. еще Гольцшуэръ № 21, 13.

[7] О другихъ случаяхъ, которые, бывало, относили сюда, основательно или безъ основанія, см. Байеръ, Дабеловъ гл. 12, Швеппе § 148, Гмелинъ § 57—62 [Фрицъ Arch f. civil Prax. XII. 17]. См. также НГВ. ст. 122. „Въ случаѣ конкурса надъ обществомъ вѣрители его удовлетворяются изъ отдѣльнаго обществен-

ствіе, что должникъ лишается права распоряженія своимъ имуществомъ [8].

Е. Время исполненія.

1) Надлежащее время исполненія.

§ 25. * Сроки, заключающіеся въ обязательствѣ могутъ быть опредѣлены или предписаніемъ закона [1], или же выраженіемъ воли, служащимъ основаніемъ самаго обязательства [2]; наконецъ обязательство можетъ быть и безъ опредѣленія срока. Если обязательство заключаетъ въ себѣ опредѣленіе срока, то до наступленія его кредиторъ не въ правѣ требовать исполненія [3]. Если обязательство безъ опредѣленія срока, то кредиторъ тотчасъ въ правѣ требовать исполненія [4] и долженъ оставить должнику такой срокъ, который необходимъ по сущности даннаго исполненія [5]. Исполненіе, котораго кредиторъ въ правѣ уже требовать называется *наступившимъ* (fällige Leistung); точно также и объ обязательствѣ говорятъ, что оно наступило (срокъ его наступилъ: es ist *fällig*) [6].

наго имущества и могутъ искать удовлетворенія изъ частнаго имущества товарищей лишь при дефицитѣ. Thol Handelsr. I стр. 236.

[8] По современному, а не римскому праву. L. 9 сравни l. 10 § 16 D. quae in fraud. cred. 42. 8. Байеръ § 23, 24.

§ 25. [1] Унтергольцнеръ I § 109—111, 169, Савиньи Obl. I. § 50, Синтенисъ II стр. 151—154.

См. напр. l. un. § 7 C. de rei ux. act. 5. 13.

[2] § 2 I. de V. O. 3. 15, § 26 I. de inut. stip. 3. 19. l. 50 D. de O. et A. 44. 7, l. 42 D. de V. O. 45. 1. l. 41 pr. тамъ же, l. 17 § 3 D. de manum. test. 40. 4, l. 217 § 1 D. de V. S. 50. 16, l. 11 § 6 D. de leg. III° 32. Зейф. Arch. III. 14, IV. 108, XIII. 228; III. 151, VIII. 249, IX. 15, XII, 233. XIV. 121, XV. 7. 218, XVII. 18. XX. 111. 112 [XXIII. 116]. V. 273, [XXII. 124]. Кирульфъ Entscheidungen des OAG. въ Любекѣ I. 41. [Blätter. f. RAnw. XXXIII стр. 157 слѣд.]. Ср. также Зейф. Arch. XV. 191, XVI. 23. 24, XVII, 227. Ср. I § 96. Также Гольцшуэръ III § 327 № 8 a.

[3] § 2. I de V. O. 3. 15, l. 42 D. de V. O. 45. 1, l. 213 pr. D. de V. S. 50. 16.

[4] L. 213 pr. D. de V. S. 50. 16, l. 14 l. 186 D. de R. I. 50. 17, l. 41 § 1 l. 42 D. de V. O. 45. 1. Зейффертъ Arch. VIII. 240.

[5] L. 186 D. de R. I. 50. 17, l. 14. l. 41 § 1 l. 60 l. 73 pr. l. 98 § 1 l. 137 § 2. 3 D. de V. O. 45. 1, l. 2 § 6 D de eo quod certo loco 13. 4, § 5 I de V. O. 3. 15, § 27 I. de inut. stip. 3. 19. O I. 72 § 2 D. de. V. O. см. Унтергольцнеръ стр. 227, Синтенисъ § 91 примѣч. 12. Ср. l. 105 D. de sol. 46. 3; l. 71 § 2 D. de leg. I° 30, l. 21 D. de iud. 5. 1. Особенное право для constitutum (поручительство): l. 21 § 1 D. de pec. const. 13. 5, Брунсъ Zeitschr. f. Rechtsgeschichte I стр. 62. 91.

[6] Источники говорятъ: dies venit. L. 213 pr. D. de V. S. 50. 16. „Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam: venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem cessit dies, sed nondum venit; ubi sub condicione, neque cessit venit dies pendente adhuc, condiciones."

Весьма важно знать, обязанъ ли должникъ, по наступленіи срока исполненія, выжидать требованія со стороны кредитора, или же онъ обязанъ чинить таковое безъ всякаго востребованія? Если обязательство не заключаетъ въ себѣ опредѣленія срока, то вопросъ этотъ обыкновенно долженъ быть разрѣшенъ въ первомъ смыслѣ, т. е. должникъ не обязанъ чинить исполненіе безъ востребованія со стороны кредитора; только въ исключительныхъ случаяхъ законъ требуетъ отъ него исполненія безъ таковаго востребованія. Если обязательство заключаетъ въ себѣ опредѣленіе срока, то необходимо обратить вниманіе на смыслъ его; опредѣленіе это можетъ быть въ томъ смыслѣ, что должникъ обязанъ къ назначенному сроку чинить исполненіе, не выжидая требованія со стороны кредитора; или же срокъ этотъ, можетъ имѣть тотъ смыслъ, что до наступленія его кредиторъ не въ правѣ требовать исполненія [7]. (Подробности смотри ниже въ § 30).

Другой вопросъ заключается въ томъ, къ какому сроку должникъ въ правѣ чинить исполненіе и, слѣдовательно, требовать отъ кредитора принятія таковаго? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить: должникъ обыкновенно въ правѣ чинить исполненіе тотчасъ по возникновеніи обязательства, предполагая конечно, что избранное имъ для сего время нельзя признать неудобнымъ. Исключеніе составляетъ тотъ случай, когда срокъ исполненія опредѣленъ исключительно въ интересахъ кредитора.

Учетъ процентовъ.

§ 26. Можетъ представиться надобность опредѣлить стоимость обязательства, срокъ которому еще не наступилъ [1]. Эта

---

[7] L. 39 D. de sol. 46. 3, l. 38 § 16 D. de V. O. 45. (l. 70 D. de sol. 46. 3), l. 41 § 1 l. 137 § 2 D. de V. O., l. 17 D. de R. I. 50. 17. Ср. l. 43 § 2 D. de leg. II° 31, l. 15 D. de ann. leg. 33. 1. Моммзенъ Beitr. zum Obligationenr. III стр. 156—158.

§ 26. [1] Напримѣръ, при исчисленіи quarta по lex Falcidiae; когда въ составѣ наслѣдства находятся требованія, которымъ не наступилъ еще срокъ, или когда въ завѣщаніи назначенъ платежъ по такому требованію, или когда самое завѣщательное распоряженіе подлежитъ удовлетворенію (уплатѣ) лишь по истеченіи извѣстнаго времени (l. 1 § 10 l. 45 pr. l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2); или когда должникъ уплачиваетъ сполна, для уменьшенія своихъ долговъ, требованіе, которому еще не наступилъ срокъ и получатель долженъ возвратить то, что онъ получилъ сверхъ настоящей цѣнности требованія (l. 10 § 12 l. 17 § 2 D. quae in fraud. cred. 42. 8); или должникъ принуждается, по исключенію, къ платежу до срока (l. 24 § 2 D. sol. matr. 24. 3); или стороны изъявляютъ согласіе, чтобъ требованіе, срокъ которому наступитъ только въ будущемъ, выплачивалось сейчасъ съ уменьшеніемъ его до настоящей его цѣнности.—Но нельзя сказать, что кредиторъ можетъ противъ собственной воли быть принужденъ къ принятію настоящей цѣнности своего требованія, которому срокъ имѣетъ наступить въ будущемъ. Ср. Вангерова III § 587 прим. № VII. VIII; Petzoldt Zeitschr. f. Rechtspflege und Verwalt. in Sachsen N. F. XIX стр. 386—400.

стоимость, предполагая, что право по обязательству не распространяется на пользованіе предметомъ исполненія, будетъ ниже номинальной стоимости обязательства. Важнѣйшій, относящійся сюда, случай есть тотъ, въ которомъ дѣло идетъ *о денежномъ безпроцентномъ* обязательствѣ; разница между теперешнею стоимостію его называется учетомъ interusurium на торговомъ языкѣ—Rabat или disconto)[2]. Исчисленіе учета [3] производится такимъ образомъ, что отыскивается сумма, которая вмѣстѣ съ узаконенными процентами на нее отъ момента, въ который исчисляется учетъ до наступленія срока обязательству, — составитъ сумму, слѣдующую кредитору. Нужно ли при этомъ исчислять проценты на проценты [4]—зависитъ отъ того, имѣетъ ли кредиторъ, по обстоятельствамъ дѣла, возможность полученные проценты отдавать въ ростъ [5].

---

[2] Выраженіе interusurium означаетъ собственно проценты, которые подлежатъ снятію съ должной суммы, до наступленія срока платежа, l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 66 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. Равнозначущія болѣе общія выраженія суть: commodum temporis, mediitomparis commodum, repraesentationis commodum (l. 24 § 2 D. sol. matr. 24. 3, l. 82 pr. D. de leg. II. 31, l. 55 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l 1 § 10 тамъ же, l. 1 § 2. 12 D. de dote praeл. 33. 4, l. 10 § 12 D. quae in fraud. cred. 42. 8 Ср. Фрицъ Erläut. II стр. 129—131.

[3] Шрадеръ civil. Abhandlungen № 2 (1816). F. Zachariä über die richtige Berechnungsart des Interusurii (1831). Oettinger Arch. f. civ Prax. XXIX. 2 (1846) P. F. Keil das Interusurium (1854). Фрицъ Erläuter. II стр. 128—136, Унтергольцнеръ I § 132, Вангеровъ III. § 587 примѣч., Спитенисъ II стр. 155—156.

[4] Обращаетъ на это вниманіе лейбницовское исчисленіе (Лейбницъ meditatio iuridico-mathematica de interusurio simplice въ Acta erudtorum 1683 г. стр. 425, 569) въ противоположность гофманскому (G. A. Hoffmann Klugheit Haus zu halten, или Prudentia oeconomica, съ прибавленіемъ объ interusurium, 1731). Третій видъ вычисленія, такъ называемое карпцовское (Ben. Carpzow opus decisionum ill Saxon. 1704 P. III dec. 275), находитъ искомую сумму просто, такимъ образомъ, что онъ снимаетъ съ номинальной цѣнности требованія, причитающійся до срока онаго процентъ, слѣдовательно отнимаетъ у кредитора то, что онъ получилъ бы слишкомъ много, еслибъ ему дано было то, чего не дается. Этотъ видъ исчисленія, не смотря на свою невѣрность, и лежитъ въ основаніи единственнаго мѣста источниковъ, которое опредѣляетъ размѣръ interusurium'а , l. 88 § 3 D. ad leg Falc. 35. 2. Но всѣ согласны въ томъ, что мы не связаны этой попыткой разрѣшить чисто ариѳметическую задачу. (Впрочемъ, слѣдуетъ замѣтить, что вопросъ, на который непосредственно отвѣчаетъ поименованное мѣсто, есть совершенно другой. Предложенный тамъ вопросъ слѣдующій: если А только теперь получаетъ 100 по завѣщанію, В же получилъ 100 нѣсколько времени тому назадъ, то насколько меньше имѣетъ А, чѣмъ В? Вѣрный отвѣтъ былъ бы слѣдующій: А имѣетъ 100 В 100+x. Но указанное мѣсто говоритъ: Отказъ В составляетъ 100, а отказъ А—100—x, причемъ оно оставляетъ моментъ полученія А и становится на моментъ, когда В получаетъ; отказъ В составляетъ 100, а отказъ А 100—x).

[5] Эта мысль и выведена именно въ сочиненіи Кейля, тогда какъ Эттингеръ старается доказать, что лейбницское вычисленіе есть единственно вѣрное. Доказательство это вовсе не нужно, если вопросъ свести къ тому, какое вычисленіе математически точно; на юридическіе моменты Эттингеръ не обращаетъ вни-

Недобровольная отсрочка *.

§ 27. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ кредиторъ, не смотря на наступленіе срока обязательству не долженъ требовать исполненія:

1) Вслѣдствіе принадлежащей должнику привиллегіи beneficium competentiae (см. § 19).

2) Если большинство кредиторовъ, по суммѣ претензій, изъявило согласіе на отсрочку должнику, то это согласіе обязательно и для остальныхъ кредиторовъ, только не болѣе, чѣмъ на пятилѣтній срокъ. Если часть кредиторовъ согласныхъ на отсрочку равна, по суммѣ исковъ, части кредиторовъ несогласныхъ на таковую, то вопросъ объ отсрочкѣ рѣшается по большинству (вирильныхъ) голосовъ. При равенствѣ же голосовъ вопросъ рѣшается въ пользу должника [1].

3) Должнику можетъ быть дана отсрочка и монаршимъ распоряженіемъ (Movatovuim полѣтныя грамоты) [2]. Если такая отсрочка получена на основаніи представленныхъ фальшивыхъ данныхъ, то она недѣйствительна [3]. Вопросъ о томъ, простирается

манія. Неточность гофманскаго вычисленія обнаруживается, когда сопоставляютъ требованіе кредитора (сколько долженъ кредиторъ получить теперь, чтобы по истеченіи опредѣленнаго времени имѣть свой капиталъ) съ требованіемъ должника (сколько долженъ удерживать должникъ съ капитала, чтобъ по истеченіи опредѣленнаго времени имѣть столько, сколько, не платя, онъ могъ бы получить процентовъ за все это время). Если здѣсь кредиторъ и должникъ не принимаютъ въ одинаковой мѣрѣ въ разсчетъ проценты какъ капиталъ, приносящій проценты, то ошибка должна естественно быть еще больше. Эттингеръ стр. 85 слѣд. Другой аргументъ, употребляемый Эттингеромъ [стр. 74 слѣд.] состоитъ въ томъ, что онъ беретъ такой случай, гдѣ кредиторъ имѣетъ нѣсколько требованій съ различными сроками, одно по истеченіи года, другое по истеченіи двухъ лѣтъ, и что онъ двухгодичные проценты не исчисляетъ съ той суммы, которую кредиторъ дѣйствительно получаетъ на свое второе требованіе, а съ той суммы, которая увеличилась чрезъ уменьшеніе суммы, получаемой вѣрителемъ на свое первое требованіе и съ которой исчисляются только годичные проценты.

* Гольцшуэръ III § 230.

§27. [1] Опредѣленія эти высказаны Юстиніаномъ въ l. 8 C. qui bonis cedere 7. 71. Пфейферъ praktische Ausführungen IV. 3. Имѣетъ ли мѣсто это принудительное право большинства и послѣ открытія конкурса? Шпангенбергъ Zeitschrift f. Civilr. u Pr. VI стр. 235 слѣд. Можетъ ли меньшинство требовать обезпеченія? Утвердительно отвѣчаютъ на это рѣшенія у Зейфферта Arch. V. 264; противъ этого Пфейферъ стр. 66. Приноситъ ли отсрочка пользу и поручителямъ меньшинства? Нѣтъ, по аналогіи l. 58 §. 1 D mand. 17. 1 (§ 358 по примѣч. 4). [Сравни также Зейфф. Arch. XXII. 104.]

[2] Унтергольцнеръ l. стр. 371, Синтенисъ II стр. 157—158, Зейфферть § 252, Байеръ Concursproc. § 36. О законодательномъ значеніи института Миттермайеръ Arch. f. civil. Prax. XVI. 17. Обозначеніе "moratorium„ происходитъ безъ сомнѣнія отъ встрѣчающагося въ l. 2 C. de precibus l. 19 выраженія "moratoria praescriptio, которое значитъ лишь отсрочивающее возраженіе вообще. Зейффер. Arch. XIV. 84.

[3] R. P. O. 1577 Tit. 23 §. 4. Постановленіе l. 4 C. de prec. l. 19, что разрѣ-

ли такая отсрочка и на долги, возникшіе послѣ полученія таковой, разрѣшается смысломъ высочайшаго повелѣнія объ отсрочкѣ [4].

2 Просрочка *.

А. Понятіе.

§ 28. Если должникъ пропустилъ срокъ, къ которому онъ обязанъ былъ чинить исполненіе, не учинивъ таковаго, то онъ оказывается въ *просрочкѣ* [1]. Но въ технически-юридическомъ смыслѣ это выраженіе употребляется только относительно того должника, которому просрочка эта можетъ быть поставлена въ вину [2]. Юридическая просрочка (а только въ этомъ смыслѣ мы будемъ употреблять сіе выраженіе) имѣетъ важныя послѣдствія (§ 32), а это дѣлаетъ необходимымъ ближайшее разсмотрѣніе условій ея [3].

шеніе не можетъ имѣть мѣста и тогда, когда кредиторамъ не гарантируется удовлетвореніе въ будущемъ, не соблюдается болѣе въ настоящее время (Байеръ во многихъ мѣстахъ и поименованные тамъ въ примѣчаніи 9); во всякомъ случаѣ оно не препятствуетъ мѣстному суверену освобождать должника отъ представленія гарантіи.

[4] Если отсрочка дается на основаніи представленныхъ должникомъ обезпеченій, то слѣдуетъ полагать, что мѣстный государь не можетъ выступать противъ позднѣйшихъ кредиторовъ, не имѣющихъ этихъ гарантій. Что касается поручителей, то случай этотъ долженъ быть разрѣшаемъ по аналогіи съ l. 58 §. I. D. mond. 17. 1. (примѣчаніе 1). Должно ли платить проценты за время отсрочки? Гольцшуэръ № 8 и III § 216 № 4.

* Dig. 22. l. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et *mora*.—v. Madai die Lehre von der Mora (1837). C. W. Wolff zur Lehre von der Mora (1841) Фр. Моммзенъ Beiträge zum Obligationenrecht. 3 часть die Lehre von der Mora (1855). Къ послѣднему сочиненіи Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. III стр. 253—278 (1856). Обозрѣніе старой литературы у Мадаи стр. V—XIV. Унтергольцнеръ I § 52—59, Фрицъ Erläuter. II стр. 325—347, Вангеровъ III §. 588, Синтенисъ II § 93, Унгеръ въ Haimerl's Vierteljehresschrift XIV стр. 125 слѣд., Гольцшуэръ III. § 233.

§ 28. [1] Латинское выраженіе есть „mora". Выраженіе это не имѣетъ необходимо отношенія къ неисполненію обязательства; ср. напр. l. 5 D. de off. proc. l. 16; „quid enim si necessriam moram in itinere patiatur"? Mora означаетъ, далѣе, истеченіе времени вообще, ср. напр. l. 15 D. de neg. gest. 3. 5. l. 53 D. ne H. P. 53, l. 51 D. de pec. 15. I и Моммзенъ 3. 1 примѣч. 9.

[2] См. именно l. 24 pr. D. h. t. 22 1. и l. 127 D. de V. O. 45. 1. L. 24 pr. cit. „Si qius solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram; utique si iuste ad iudicium provocavit„.—Для обозначенія этого двоякаго вида просрочки употребляетъ Вольфъ выраженія „объективная, субъективная просрочка". Это выраженіе довольно подходяще; но Моммзенъ справедливо замѣчаетъ, что объективная просрочка противопоставляется субъективной, какъ отдѣльный юридическій институтъ.

[3] И вѣритель можетъ быть in mora относительно принятія исполненія, къ которому обязанъ должникъ—mora creditoris или mora accipiendi въ противополож-

В. Необходимыя условія просрочки.

§ 29. Просрочка предполагаетъ:

1) дѣйствительное обязательство, дающее право на искъ и противъ котораго не могутъ имѣть мѣста законныя возраженія (Einreden) [1];

2) чтобы срокъ, къ которому должникъ обязанъ былъ исполненіемъ, прошелъ безъ учиненія таковаго. О срокѣ этомъ уже было сказано выше (§ 25); мы разсмотримъ его ближе въ слѣдующемъ параграфѣ. Далѣе необходимо,

3) чтобы должникъ зналъ, что онъ обязанъ исполненіемъ и при томъ именно теперь и въ томъ видѣ, въ какомъ оно отъ него требуется [2]. Неизвинительная ошибка въ соображеніе не принимается [3]. Наконецъ, необходимо,

4) чтобы должникъ не имѣлъ никакого основанія къ извиненію, коимъ могло бы оправдываться неучиненіе имъ своевременно исполненія [4]. Имѣется ли таковое основаніе въ каждомъ данномъ случаѣ, рѣшаетъ судейское усмотрѣніе [5]; но если должникъ ссылается на то, что своевременное исполненіе было для него невозможно, то получаютъ примѣненіе начала, изъясненныя выше въ § 16. Если препятствіе къ своевременному исполненію существовало уже въ моментъ установленія обязательства, то должникъ не можетъ ссылаться на таковое, только въ томъ случаѣ, когда оно объективно, а не субъективно [6]. Если же препятствіе

ность къ mora debitoris или mora solvendi. Нѣтъ основанія совмѣщать въ одномъ представленіи просрочку кредитора съ просрочкой должника. Просрочка послѣдняго принадлежитъ ученію о содержаніи, просрочка кредитора—ученію объ уничтоженіи права требованія.

[1] L. 54 D. de pact. 2. 14, l. 40 D. de R. C. 12. 1, l. 78 pr. D. de leg. II° 31, l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 88 D. de R. I. 50. 17. Ликвидація требованія? Ср. Зайфф. Arch. XX. 113.

§ 29.

[2] По этому l. 63 D. de R. I. 50. 17: „Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur dolo facere,“ точно также l. 24 pr. D. h. t. (§ 28 примѣч. 2). Напротивъ l. 82 §. 1 D. de V. O. 45, 1. „et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit, quam restituere“. Зейф. Arch. VII 10. 291. См. также l. 21 i. f. l. 22 D. h. t.. l. 3 pr. eod. ср. съ l. 38 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l 99 D de R. I. 50. 17, ср. также l. 13 dr. D. dep. 16. 3.

[3]. L. 5 D. до R. C. 12. 1, l. 42 D. de R. I. 50. 17. Ср. къ этому и предъидущему примѣчанію Моммзенъ стр. 57—61.

[4]. L. 5 D. de R. C. 12. 1:—„animadverti debebit.... in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris, quominus esset vel fuerit nec ne...“ L. 17. § 3 h. t.:—„quid enim potest imputri ei, qui solvere, etiamsi vellet, hon potuit?“ См. кромѣ того l. 21 l. 23 pr. D. h. t., и сравни также 1. 9 § 1 тамъ же, l. 23 § 1 D. de rec. 4. 8, l. 47 pr. D. de leg. I° 30.

[5] L. 91. § 3 D. de V. O. 45. 1:—„esse enim hanc quaestionem de bono et aequo, in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose... erratur.“ Ср. также l. 32 pr. D. h. t. Зейфф. Arch. XII. 134, XIII. 12.

[6] L. 137. §. 4. D. da V. O. 45. 1.

возникло только впослѣдствіи, то необходимо также различить, виновенъ ли въ этомъ должникъ или нѣтъ, при чемъ судья имѣетъ обращать вниманіе и на то, отвѣчаетъ ли должникъ, согласно данному обязательству, только за злоумышленность или же и за неосторожность, и въ какихъ именно размѣрахъ [7]. Несостоятельность къ платежу вслѣдствіе несчастныхъ и независимыхъ отъ должника случаевъ должно быть также признано извиняющимъ обстоятельствомъ [8].

§ 30. Время, къ которому должникъ обязанъ чинить исполненіе, обыкновенно опредѣляется востребованіемъ кредитора; обыкновенно должникъ постановляется въ просрочку только *напоминаніемъ* (§ 31) [1]. Это правило допускаетъ однако исключенія.

---

[7] Это не высказано положительно въ источникахъ, но нельзя этого отрицать. Если кто-нибудь, при продолжающейся невозможности, отвѣчаетъ лишь за злой умыселъ, то какимъ образомъ можно его сдѣлать отвѣтственнымъ за небрежность, если невозможность есть лишь временная? Ср. также l. 13 pr. D. dep. 16. 3. Или почему обращаться съ нимъ въ послѣднемъ случаѣ снисходительнѣе, если и при небрежности вмѣняется въ вину продолжающаяся невозможность? Выводить изъ l. 5 D. de R. C. 12. 1 (прим. 4) argumentum a contrario негодится (Моммзенъ стр. 67). О различныхъ мнѣніяхъ см. Мадаи стр. 10, Вольфъ стр. 255 слѣд. Моммзенъ стр. 14. 23. 67—69.

[8] Положеніе это не признается господствующимъ мнѣніемъ, но оно вытекаетъ изъ приведеннаго принципа. Ср. Зейффертъ § 245 прим. 13, Виндшейдъ Heid. kr. Zeitschr. II. стр. 112. Противъ этого не говоритъ также l. 137 § 4 D. de V. O. 45. 1. Ибо мѣсто это трактуетъ о томъ случаѣ, когда недостатокъ средствъ у должника существуетъ съ самаго начала, уже во время дачи обѣщанія; къ этому случаю примѣнимо указанное въ примѣчаніи 6 правило.—Вліяніе конкурса: Зейфф. Arch. VI. 117, X. 323, XIII. 306.

[9] Положеніе, что юридическая просрочка [исключается всякой уважительной причиной, не вездѣ признается. Нѣкоторые писатели хотятъ знать лишь тѣ уважительныя причины, которыя положительно поименованы въ источникахъ, или учатъ, что должникъ не можетъ ссылаться на такія причины, которыя имѣютъ свое основаніе въ его лицѣ. Мнѣнію этому давали слѣдующее, не совсѣмъ счастливое, выраженіе: для mora не требуется culpa. Оно защищается Schömann'омъ Handbuch des Civilrechts II № 11 и Lehre vom Schadenersatz II стр. 10 слѣд., Benfey въ Allgem. Liter. Zeit. von 1842 г. стр. 351 слѣд., Gerau Zeitschr. f. Civilr. und Pr. № F. II стр. 218—249, Пухта § 268 a. § 269 h, Синтенисъ II § 93 примѣч. 50 и стр. 208, C. Esmarch inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam quae sit differentia ex iure Romano quaeritur (1852; писатель этотъ сильно ограничиваетъ дѣйствія mora). Противъ приведеннаго мнѣнія ср. Мадаи § 2, Вольфъ стр. 252 слѣд. (См. его же 289—301), Моммзенъ § 2. 8, Вангеровъ III § 588 примѣч. I. Между аргументами для этого мнѣнія играетъ главную роль l. 137 § 4 D. de V. O. Но мѣсто это, какъ уже замѣчено, содержитъ лишь положеніе, что первоначальная субъективная невозможность не можетъ быть выставляема должникомъ какъ уважительная причина.

§ 30. [1] Напоминаніе называется въ источникахъ interpellatio L. 32 pr. D. h. t. „Mora fieri intellegitur non exre, sed expersona, i. e. si interpellatus oportuno loco non solverit". L. 36 § 3 D. de leg. I° 30, l. 23. 24 D. de V. O. 45. 1, Paul. S. R. III 8 § 4. Сравни l. 24 D. quando dies 362. См. также l. 53 pr. D. de fideic. lib. 40. 5.—„libertas non privata, sed publica res est, ut ultro is qui eam debet. offerre debeat".

1) Напоминаніе это не требуется въ томъ случаѣ, когда при установленіи обязательства указано было время въ томъ смыслѣ, что къ оному должникъ обязанъ былъ чинить исполненіе [2], а не въ томъ, что кредиторъ до наступленія его не въ правѣ требовать исполненія [3] (§ 25). Мнѣніе, что опредѣленіе срока исполненія всегда устраняетъ необходимость напоминанія столь же неосновательно, какъ и противуположныя мнѣнія, что установленіе такого срока *никогда* не устраняетъ необходимости таковаго [4];

---

[2] Случай этого рода имѣетъ въ виду I. 10 C. de A. E. V. 4. 49. „Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non ex hibuisse proponas, ex etmo actione eum, quanti intersit tua, si tunc tibi praestita fuisset, apud praesidem provinciae convenire potes. Правда, мѣсто это хотѣли понимать о томъ случаѣ, когда, по истеченіи опредѣленнаго срока, мясо не нужно уже покупщику, и поэтому исполненіе продавцомъ своей обязанности невозможно уже (Моммзенъ стр. 88); но ясно, что объясненіе это вноситъ что-то въ это мѣсто, что не должно быть внесено. Болѣе сомнительно, слѣдуетъ ли относить сюда и l. 114 D. de V. O. 45. 1. „Si fundum certo die praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit, moram factam non esse". Возможно именно, что выраженіемъ „per promissorem steterit" хотѣли обозначить совершившееся напоминаніе. Противъ этого нельзя возражать (Вангеровъ стр. 216 (7 изд. стр. 194), что напоминаніе съ юридическимъ дѣйствіемъ не можетъ быть дѣлаемо до истеченія срока исполненію, такъ какъ положеніе это не можетъ быть признаваемо вѣрнымъ (§ 31 прим. 4). Сравни также l. 11 D de re iud. 42. 1.

[3] Сюда относится, напримѣръ, случай, когда при договорѣ найма установлено соглашеніе о срокахъ, въ которые должна быть уплачиваема наемная плата. L. 17 § 4 D. h. t. „Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, nonnisi ex mora usuras praestare debet". Правда, возражали, что это мѣсто имѣетъ лишь въ виду законный срокъ платежа (Моммзенъ стр. 91, Вангеровъ стр. 219 [7 изд. стр. 196], но оно говоритъ вообще „tardius" и слишкомъ поздно уплачена будетъ уплата наемныхъ денегъ не въ условленный срокъ [Зейффертъ Arch. XXI. 112].

[4] Что „dies adiectus interpellat pro homine"—было господствующимъ мнѣніемъ со времени глоссаторовъ до новѣйшаго времени, въ особенности въ Германіи исчезло, съ конца прошлаго столѣтія, всякое сомнѣніе въ вѣрности этого правила. Оно вновь было оспорено Савиньи въ его Vorlesungen и въ первый разъ открыто Нейштетелемъ Arch f. civ. Prax V. 8 (1822). Съ этого времени юристы раздѣлились, по отношенію къ нему, на два лагеря. Противниками этого правила выступили дальше: v. Schröter (въ особенно подробномъ изслѣдованіи) Zeitschrift f. Civilrecht u. Prax. IV, 5. (1831) и VII. 3 (1834), Вольфъ § 27—39, Фрицъ Erläuter. II стр. 331 слѣд., Унтергольцнеръ I стр. 115—117, Пухта § 269. q, Спитенисъ II § 93 примѣч. 71, Бринцъ стр. 551; защищается оно Мадаи § 24, Моммзенъ § 11, Зейффертъ § 245, Вангеровъ III § 588 примѣч. 2, Арндтсъ § 251 примѣч. 6, Гольцшуэръ III § 223 № 2. Болѣе подробныя литературныя указанія у Шретера IV стр. 100—128, Мадаи § 16—23, Моммзенъ стр. 102—104, Вангеровъ стр. 206—208 [7 изд. 186—187]. Тѣмъ не менѣе всѣ поименованные писатели не выдаютъ поддерживаемое ими мнѣніе за абсолютно вѣрное, а допускаютъ, что опредѣленіе срока можетъ имѣть и противоположный смыслъ. См. съ одной стороны Шретеръ VI стр. 106, Фрицъ стр. 332, а съ другой—Моммзенъ стр. 109—12, 116—119, Зейффертъ § 245 примѣч. 8 (Bl f. R. Anwend. in Bayern I № 1. 2), Вангеровъ стр. 210 внизу [7 изд. стр. 189 внизу]. Сравни также Брунсъ

въ случаѣ необходимости и когда обстоятельства дѣла не достаточны для интрепретаціи, необходимо принять, что установленіе срока сдѣлано въ видахъ устраненія надобности въ напоминаніи [5]. Сказанное здѣсь не распростаняется на указанные сроки исполненія; для этихъ случаевъ правило, что безъ напоминанія нѣтъ просрочки, не имѣетъ исключенія [6].

2) Напоминаніе не требуется, далѣе, въ обязательствахъ о возвращеніи кредитору предмета, котораго онъ лишился чрезъ пре-

---

Zeitschr. f. R Gesch. I стр. 65—67, 105. Самое главное и существенное въ этомъ спорѣ, мнѣ кажется, есть то, что эта двоякая возможность признается. Въ болѣе подробномъ доказательствѣ она не нуждается, такъ какъ она вытекаетъ изъ природы вещей; не о томъ можетъ быть споръ, можетъ ли опредѣленіе срока имѣть какъ тотъ, такъ и другой смыслъ, а о томъ, какой смыслъ оно должно имѣть въ случаѣ сомнѣнія (примѣч. 5). См. объ этомъ поименованныя въ примѣчаніи 2 и 3 мѣста изъ источниковъ. Нужно, конечно, допустить, что данное въ приведенныхъ мѣстахъ толкованіе этихъ цитатъ не есть необходимо обязательное, но тѣмъ болѣе слѣдуетъ утверждать, что изъ источниковъ нельзя привести безспорнаго доказательства въ подтвержденіе безусловной вѣрности того или другаго мнѣнія. Между мѣстами, на которыя, кромѣ приведенныхъ, ссылаются съ той и другой стороны, самую большую доказательную силу, и притомъ противъ правила, имѣютъ тѣ, которыя поименованы въ примѣчаніи 1; но и они не исключаютъ возможности изъятій. Остальныя имѣютъ еще менѣе рѣшительное значеніе, и оставлены даже приверженцами того мнѣнія, въ пользу котораго они выставляются. Главнѣйшія изъ нихъ суть: l. 47 D. de A. E. V. 19. 1, l. 33 D. de V. O. 45. 1, l. 135 § 2 тамъ же, l. 8 D. si quis caut. 2. 11, l. 12 C. de contr. stip. 8. 38, l. 2 C. de inre emph. 4. 66, c. 4 X. de loc. et cond. 3. 18; l. 49 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, l. 5 C. de A. E. V. 4. 49, l. 87 § 1 D. de leg. II° 31, ср. Моммзенъ стр. 84—98. Ссылаясь также на предшествовавшія R. D. A. 1600 г. разсужденія, и въ особенности на одно изъ нихъ, которое высказано было императорскими комиссарами и коимъ признано положеніе: dies adiectus interpellat pro homine (Зейффертъ въ его „Архивѣ" къ VI. 163); но разсужденіе это не введено даже въ имперскій законъ. Моммзенъ стр. 99—101. Такимъ образомъ, остается лишь вопросъ о томъ, не рѣшенъ ли нашъ споръ несомнѣннымъ обычнымъ правомъ и единственно на этомъ основываютъ все Моммзенъ и Арндтсъ. Относительно этого спора имѣется дѣйствительно въ наличности обычное право; но и этотъ обычай не подтверждаетъ того, чтобы правило: dies adiectus interpellat pro homine было при всѣхъ обстоятельствахъ вѣрно. См. слѣдующее примѣч.

[5] Если смотрѣть лишь на римское право, то, на основаніи l. 32 pr. D. h. t. (примѣч. 1), слѣдовало бы, безъ сомнѣнія, разрѣшить въ противоположномъ смыслѣ. Но что нѣмецкая практика съ давняго времени придерживалась крѣпко положенія: dies adiectus interpellat pro homine—этого никто не оспаривалъ. См. также рѣшенія у Зейфферта Arch. I 332, VI. 163, X. 144, XI. 140. Обоснованное такимъ образомъ обычное право не уничтожилось опять отъ того, что лежащее въ его основаніи правовое убѣжденіе перестало въ новѣйшее время быть общимъ; уклоняющемуся убѣжденію надлежитъ осуществить съ своей стороны противоположное дѣйствіе. Но вѣрно, что обычай этотъ не имѣетъ того смысла, что противное ему не можетъ быть практикуемо, признаваемо, если толкованіемъ выяснено, что стороны этого нежелали. Ср. Моммзенъ стр. 104 107, Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. III стр. 257. 258 (уклоняется).

[6] Моммзенъ стр. 116.

ступное дѣяніе, напримѣръ [7] кражу [8], противозаконное лишеніе владѣнія [9]. [10].

3) То чнотакже не требуется напоминанія по обязательствамъ принадлежащимъ лицамъ не достигшимъ совершеннолѣтія [11].

4) Если напоминаніе сдѣлалось невозможнымъ вслѣдствіе отсутствія должника или иного касающагося личности его обстоятельства, то оно можетъ быть замѣнено заявленіемъ суду [12].

Во всѣхъ другихъ случаяхъ безъ напоминанія имѣетъ мѣсто не просрочка со всѣми ея правовыми послѣдствіями, а только обязанность должника къ платежу кредитору узаконенныхъ процентовъ [13].

---

[7] См. еще Зейфф. Arch. XVIII. 220.

[8] L. 8 § 1 l. 20 D. cond. furt. 13 1, l. 17 § 2 l. 29 D. rer. am. 25. 1, l. 7 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7. Разрѣшать это нужно на основаніи не современнаго понятія о furtum, а римскаго: l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, l. 1 § 25 D. dep. 16. 3. Ср. впрочемъ l. 30 § 1 D. de iurei. 12. 2.

[9] L. 1 § 34. 35 l. 19 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de his quae vi 2. 20.

[10] Ср. Моммзенъ стр. 76 слѣд.

[11] L. 87 § 1 D. de leg. II° 31, l. 3 § 2 D. de adim. leg. 34. 4, l. 26 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5, l. 3 C. in quib. caus. i. i. r. 2. 41, l. 5 C. de A. E. V. 4, 49. См. также l. 17 § 3 D. 2. t. Если въ l. 87 § 1 cit. сказано: „tamen non pro mora hoc habendum est. то этимъ обращается вниманіе лишь на особенность, что просрочка прекращается, коль скоро несовершеннолѣтній достигъ совершеннолѣтія. Въ l. 5 cit. слова „licet nulla mora intercesserit“ говорятъ лишь то, что по обыкновеннымъ правиламъ здѣсь нѣтъ mora. Другіе принимаютъ, на основаніи этихъ мѣстъ, въ пользу несовершеннолѣтнихъ не просрочку, а законную привилегію на проценты; такъ, напримѣръ, Вольфъ § 9, Моммзенъ § 12. Я же полагаю, что затрудненія представляемыя поименованными мѣстами принятію дѣйствительной просрочки, менѣе важны, чѣмъ тѣ, которыя вытекаютъ изъ l. 3 § 2 D. de adim. leg. 34, 4 для противоположнаго воззрѣнія. Дѣйствительная просрочкая принимается и Мадаи § 26. Сравни Зейфф. Arch. I. 190. Рѣшеніе у Зейфф. II. 130 уравниваетъ церкви съ малолѣтними; противъ этого Медаи стр. 157, см. еще Зейфф. Arch. V. 102, VII. 13.

[12] L. 2 D. de naut. foen. 22. 2:—„si nemo sit, qui a parte premissoris.... interpellari possit.“ L. 23 § 1 D. h. t.:—„si forte non exstat qui conveniatur“. Ограниченіе на случай отсутствія не подтверждается (Моммзенъ стр. 76 примѣч. 6) l. 5 § 20 D. ut in poss. 36. 4. Однако же обстоятельство, дѣлающее невозможнымъ напоминаніе можетъ сдѣлать неисполненіе извинительнымъ и исключить такимъ образомъ просрочку; такъ напр. когда должникъ несовершеннолѣтенъ, или безуменъ, или когда онъ даже не родился еще. Такую же извинительную причину можетъ доставлять отсутствіе.

[13] Случаи, сюда относящіеся слѣдующіе: a) Казна получаетъ проценты на свои требованія съ момента наступленія имъ срока, l. 17 § 5. 6. l. 43 D. h. t., l. 10 § 1 D. de publ. 39, 4 (сравни, впрочемъ, Зейфф. Arch. XVIII. 22. 23). b) По отказамъ на благочестивыя цѣли подлежатъ возвращенію, 6 мѣсяцевъ послѣ утвержденія завѣщанія, плоды, проценты и другія приращенія, Nov. 131 c. 12. l. 46 § 4 C. de episc. 4. 3 (lex rest.). c) Супругъ, замедляющій выдачу приданнаго, въ теченіи года послѣ прекращенія брака, платитъ проценты, l. un § 7 C. de rei ux. act. 5. 13, d) Наоборотъ, тотъ, который обѣщалъ приданое, но не дастъ его въ теченіи двухъ лѣтъ, тоже платитъ проценты; если приданое заключается не въ денежной суммѣ,

§ 31 *. Опредѣленная форма напоминанія не требуется [1]; но она не дѣйствительна, если таковымъ требуется отъ должника то, къ доставленію чего онъ не обязанъ. Такимъ образомъ, напоминаніе недѣйствительно, если таковымъ требуется отъ должника исполненіе на мѣстѣ, въ которомъ [2] или ко времени, къ которому онъ не обязанъ чинить таковое [3]. Съ другой стороны не требуется, чтобы напоминаніе сдѣлано было на мѣстѣ или къ сроку исполненія [4]. Напоминаніе должно быть сдѣлано кредиторомъ, если онъ, дѣеспособенъ [5] или его законнымъ представителемъ [6]. Точно также напоминаніе должно быть сдѣлано должнику [7], если онъ дѣеспособенъ [8], или его законному представителю [9].

Хотя должникъ обязанъ немедленно удовлетворить напоминанію, но это не значитъ, что онъ обязанъ чинить исполненіе имен-

---

то, съ истеченіемъ этого срока, наступаютъ противъ него всѣ послѣдствія начатаго спора. L. 31 § 2 C. de I. D. 5. 12.—Другіе принимаютъ въ такихъ случаяхъ настоящую просрочку. Ср. Пухта § 269, Моммзенъ стр. 127—129.—Ср. HJB. Art. 289. „Купцы во взаимныхъ сдѣлкахъ имѣютъ право требовать процентовъ, и безъ предварительнаго соглашенія или напоминанія, по всякому требованію со дня его просрочки".

§ 31. * Мадан § 5—12, Вольфъ § 22, Моммзенъ § 5 7.

[1] Именно не требуется судебности напоминанія. Только приглашеніе въ судъ содержитъ въ себѣ напоминаніе, но не подачу исковой жалобы. Ср Гольцшуэръ № 4. Напоминаніе подачей иска въ ненадлежащій судъ? Зейфф. Arch. XX. 213.HGB. Art. 288 Abs 2.: „Пересылка счета не имѣетъ сама по себѣ значенія напоминанія"

[2] L. 32 pr. D. h. t. „Mora fieri intellegitur....si interpellatus oportuno loco non solverit, quo dapud iudicem examinabitur".

[3] L. 49 § 3 D. de V. O. 45. 1. „Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, interpellatus sit, en servus decesserit, non videtur per eum stetisse".

[4] Это не признается всѣми, въ особенности что касается срока напоминанія. Но оно вытекаетъ изъ понятія напоминанія, и нельзя доказывать противное изъ источниковъ. Приведенныя въ примѣчаніи 2 и 3 мѣста предполагаютъ, какъ видно, что исполненіе было требуемо въ мѣстѣ и во время напоминанія. Но я не думаю, чтобъ вслѣдствіе этого можно было вывести изъ l. 32 pr. D. h. t. (примѣч. 2), что напоминаніе должно совершаться въ надлежащемъ мѣстѣ. Правда, употребляемыя въ этомъ мѣстѣ слова „oportuno loco" имѣютъ непосредственную связь съ „interpellatus", а не „non solverit"; но смыслъ ихъ все-таки тотъ, что напоминаніе недѣйствительно - не когда оно воспослѣдуетъ въ ненадлежащемъ мѣстѣ, а когда имъ требуется исполненіе не въ надлежащемъ мѣстѣ.

[5] Напоминать можетъ тотъ только, кто имѣетъ право распоряженія требованіемъ. Моммзенъ стр. 51.

[6] L. 24 § 2 D. h. t. Изъ этого мѣста можно бы было вывести, что и не уполномоченный представитель кредитора можетъ дѣлать напоминаніе. Но оно признаетъ безъ сомнѣнія право за negotiorum gestor поставить должника in mora по тѣмъ требованіямъ, которыя возникли изъ negotiorum gestio. Моммзенъ стр. 53.

[7] L. 32 § 1 D. h. t.

[8] L. 24 D. de V. O. 45. 1.

[9] Мадан стр. 53 слѣд., Вольфъ стр. 271 слѣд., Моммзенъ стр. 55, Синтенисъ II § 93 примѣч. 59.

но въ моментъ воспослѣдованія напоминанія. Для сего необходимо дать ему извѣстное время, ближайшее опредѣленіе котораго принадлежитъ судейскому усмотрѣнію [10].

С. дѣйствіе просрочки *.

§ 32. Дѣйствіе просрочки заключается вообще въ томъ, что она обязываетъ должника удовлетворенію интереса кредитора [1]. Частныя примѣненія этого правила суть слѣдующія [2]:

1) Должникъ обязанъ доставить кредитору всю ту прибыль, которую кредиторъ могъ бы получить отъ предмета при своевременномъ исполненіи [3], а именно [4]: плоды [5] и процен-

---

[10] И къ этому случаю относятся общія изреченія l. 32 pr. D. h. t. и l. 91 § 3 D. de V. O. 45 1. Ср. l. 105 D. de sol. 46. 3 (—„nec enim cum sacco adire debet"); также I. 21 § 12 D. de rec. 4. 8, l. 5 § 1 D. de coll. 37. 6. Мадаи § 14, Моммзенъ стр. 63 65.

* Мадаи § 44—55, Вольфъ § 37—42, Моммзенъ § 19—29.

§ 32. [1] L. 36 § 2 D. de usufr. 7. 1:—„aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse heredem, quanti legatarii intersit, moram factam non esse". L. 114 D. de V. O. 45. 1 (§ 30 примѣч. 2), см. кромѣ того l. 9 § 8 D. ad exh. 10. 4, l. 21 § 3 l. 31 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 26 D. de leg. III° 32, l. 113 § 1 D. de V. O. 45. 1 Зейфф. Arch. II. 155, III. 136, V. 156.—Просрочкѣ приписывали и то дѣйствіе, что должникъ теряетъ вслѣдствіе просрочки принадлежащее ему право выбора. См. противъ этого Моммзенъ стр. 259 слѣд., Вангеровъ III § 569 примѣч. I № 4 (§ 7 примѣч. 11). Далѣе, говорили, что при обоюдныхъ договорахъ кредиторъ, вслѣдствіе просрочки со стороны должника, пріобрѣтаетъ право отступаться отъ договора. Но и это несправедливо; кредиторъ имѣетъ лишь право отклонять исполненіе со стороны должника, если таковое сдѣлалось для него ненужнымъ. Больше нельзя вывести изъ l. 24 § 4 D. loc. 19. 2. Сравни Моммзенъ стр. 257. Слѣдуетъ, однакоже прибавить: 1) можетъ существовать безмолвное соглашеніе отомъ, что просрочка одного контрагента даетъ другому право на отступленіе отъ договора; 2) нужно имѣть въ виду, не пріобрѣтаетъ ли кредиторъ особенныя права отъ того, что просрочившій должникъ находится въ тоже время in mora accipiendi. Эта mora accipiendi можетъ быть очень важна для разрѣшенія вопроса о томъ, не можетъ ли продавецъ перепродавать невзятый товаръ. Если можетъ, то возникаетъ кажущееся право на отказъ, которое въ дѣйствительности не существуетъ. Зейфф. Arch. II. 154, III. 164, X. 155, XI. 141. 230. 232, XIV 123; II. 154, (V. 156) VIII. 351, XI 139. 231. 232; IX. 139, XVI. 208; Тель Handelsr. § 86, 87, Pauli въ neuen Arch. f. Handelsr. III стр. 123 слѣд. При договорѣ купли допускеется безусловное право отступленія HGB. Art. 354 - 359.—О другихъ предполагаемыхъ послѣдствіяхъ mora см. Мадаи § 55, Вольфъ стр. 468—470, Моммзенъ § 27; сравни, впрочемъ, къ этому № 4 текста.

[2] Не единственно возможныя, но болѣе всего встрѣчающіяся. Ср. l. 3 D. de in lit. iur. 12. 3, l. 57 i. f. D. sol. matr. 24. 3.

[3] Omnis causa. f. 17 §. 1. D. de R. V. 6. 1, l. 8 D. h. t., l. 8 § 6 D. de prec. 43. 26. Сравни § 10 примѣч. 16.

[4] Сравни кромѣ того l. 17 §. 1 D. de R. V. 6. 1, l. 14 pr. D. h. t., l. 39. § 1 D. de leg. I°. 30.

[5] L. 38 §. 15 D. h. t., l. 8 l. 39 D. тамъ же, l. 39 §. 1 D. de. leg. I° 30, l. 26.

ты [6]. Узаконенная процентная неустойка при денежныхъ обязательствахъ [7] простирается до 5% [8]. Она не имѣетъ мѣста при обязательствахъ изъ даренія [9], въ долгахъ казны и изъ заключенныхъ его контрактовъ [10] и въ фискальныхъ денежныхъ штрафахъ [11].

2) Если исполненіе сдѣлалось невозможнымъ послѣ просрочки [12], то должникъ не освобождается отъ таковаго даже и въ томъ случаѣ, когда невозможность эта наступила не по его винѣ [13]. Ему не помогаетъ и то, если онъ докажетъ, что и при своевременномъ исполненіи предметъ его погибъ бы у кредитора; кредиторъ можетъ на это возразить, что при своевременномъ полученіи предмета удовлетворенія онъ могъ бы превратить его въ имущественную стоимость его до погибели. Въ семъ случаѣ долж-

---

D. de leg. III° 32 l. 18 pr. D. ad. SC. Treb. 36. 1, l. 17 § 1 l. 62 D. de R. V. 6. 1. L. 39 §. 1 D. cit—„Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos heres percepit, sed quos legatarius percipere potuit. Ср. также I §. 124 прим. 6. Для историческаго развитія: Gai. II. 280, Paul S. R. III. 8. § 4, l. 38 § 7 D. h. t.

[6] L. 32 §. 2 D. h. t., l. 2 C. dep. 4. 34, l. 78 § 2 l. 87 §. 1 D. de leg. II° 31. R. D. A. 1600 г. § 139. При stricti iudicii actiones римлянамъ и здѣсь дѣлала затрудненіе формула, каковое однакоже, когда дѣло шло объ иномъ предметѣ обязательства, чѣмъ деньги, было впослѣдствіи преодолѣно. L. 22 D. de don. 39. 5, l. 1 C. de cond ind 4, 5. l.C. de cond. ob. turp. caus. 4. 4. 7, l. 3 C. de usur, 4. 32, l. 12, l. 23 тамъ же. Зейфф. Arach. l. 59; ср. также § 11 примѣч. 9 и 10.

[7] Въ требованіяхъ другихъ замѣнимыхъ вещей столько процентовъ, сколько кредиторъ можетъ, доказать, что онъ получилъ бы на капиталъ при своевременномъ исполненіи. Ср. Зейфф. Arch. IV. 103, X. 142.

[8] Если кредиторъ не желаетъ доказывать, что онъ могъ бы больше извлечь. По римскому праву можно было безъ всякихъ доказательствъ требовать обычныхъ въ томъ мѣстѣ процентовъ R. D. A. 1600 г. опредѣлялъ проценты просрочки 5%. Господствующее мнѣніе высказывается за распространеніе на всѣ проценты просрочки. Мадаи стр. 359, Вольфъ стр. 452, Моммзенъ стр. 246, Фрицъ Erläuter. II стр. 56, Синтенисъ II стр. 102. Взглядъ Пухты (§ 228. bb), что R. D. A. нехотѣлъ опредѣлить для займовъ проценты просрочки въ 5%, остался безъ отголоска. Ср. замѣтку Рудорфа на приведенное мѣсто, Зейфф. Arch. XII. 14.— HGB. Art. 287: 6%.

[9] L. 22 D. de don. 39. 5. Но доказательная сила этого мѣста не несомнительна. Объ l. 16 pr. D. h. t. и l. 1 pr. D. de poll. 50. 12 см. Мадаи стр. 378—380, Моммзенъ стр. 242, Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. III стр. 267. Ср. еще Моммзенъ стр. 250—252,

[10] L. 17 § 5 D. h. t., l. 2 C. de fisc. usur. 10. 8. Зейфф. Arch. XVIII. 24.

[11] L. 9 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1 C. de fisc. usur. 10. 8.

[12]. Мадаи § 44—47, Вольфъ § 40, Моммзенъ § 20, Савиньи Syst. VI § 273—276, Вангеровъ III § 588 прим. 3, Синтенисъ II стр. 192—194.

[13] L. 5 D. de R. C. 12. 1, l. 12 § 2 D. dep. 16. 3, l. 25 § 2 D. sol mat. 24. 3, l. 39. § 1 l. 10. 8 § 11 D. de leg. I° 30, l. 82 § 1 D. de V. O. 45. 1, l. 31 pr. D. de nov. 46. 2, l. 95 pr. D. de sol. 46. 3, l. 3 C. de us. et fr. 6. 47; l. 7 § 2 l. 8 pr. l. 16 l. 20 D. de cond. furt. 13. 1, l. 1 §. 34 l. 19 D: de vi. 43 I° l. 1 C. de his quae vi 2. 20, l. 2 C. cond. furt. 4. 8, l. 9. C. de furt. 6. 2. Въ этомъ смыслѣ сказано въ источникахъ, что просрочка производится „perpetuari" обязательства.

никъ освобождается только тогда, если онъ докажетъ, что кредиторъ не учинилъ бы такого превращенія [15].

---

[15] Вопросъ о томъ, какъ быть съ отвѣтственностью должника, когда, послѣ просрочки, исполненіе дѣлается для него невозможнымъ безъ его вины и когда предметъ исполненія уничтожился бы для вѣрителя и при своевременномъ исполненіи,—былъ споромъ еще во время глоссаторовъ, и источники не представляютъ по отношенію къ нему никакого яснаго результата. Если разрѣшать его по общимъ правиламъ, то представляется двоякое воззрѣніе. Все сводится къ тому, моменту относить лишеніе кредитора, вслѣдствіе просрочки, предмета исполненія. Событія, наступившія послѣ этого момента, безразличны для требованія кредиторомъ вознагражденія, хотя бы они и могли повести за собой потерю предмета исполненія (§ 10 прим. 15). Такимъ можно считать тотъ моментъ, когда слѣдовало доставить исполненіе, которое не было доставлено; въ этомъ случаѣ должникъ не можетъ ссылаться на то, что кредиторъ, и при своевременномъ исполненіи, потерялъ бы предметъ удовлетворенія. Но можно также сказать, что неисполненіемъ кредиторъ лишился не предмета удовлетворенія, а выгоды, доставляемой временемъ по отношенію къ нему. Послѣдній отнимается у кредитора лишь чрезъ то, что онъ не доставляется ему вообще, слѣдовательно и теперь. Согласно этому воззрѣнію должникъ можетъ выставлять всѣ событія, которыя до этого времени могли бы причинить потерю предмета удовлетворенія, и кредиторъ можетъ, въ виду сего, разсчитывать на успѣхъ своего иска о вознагражденіи, лишь доказавъ, что онъ обратилъ бы предметъ исполненія въ его цѣнность. Мнѣ кажется, что это послѣднее воззрѣніе есть, безъ сомнѣнія, самое правильное.—Если обратить вниманіе на содержаніе источниковъ, то найдемъ слѣдующее: 1) На одной сторонѣ стоятъ поименованныя въ примѣчаніи В мѣста, которыя совершенно безусловно высказываютъ положеніе, что наступившая послѣ просрочки невозможность исполненія, даже безъ вины должника, не служитъ въ его пользу, и сообразно съ этимъ приписываютъ просрочкѣ дѣйствіе „perpetuatio“ обязательства. Мѣста эти рѣшительно указываютъ на первое изъ означенныхъ воззрѣній. 2) Съ другой стороны и противоположное воззрѣніе не осталось безъ представительства. Есть мѣста, въ которыхъ проглядываетъ сомнѣніе, отвѣтственъ ли должникъ тогда, когда кредиторъ, и при своевременномъ исполненіи, не имѣлъ бы теперь предмета исполненія, причемъ противъ этого сомнѣнія выставляется возможность продажи до потери онаго (l. 12 § 4 D. ad. exh. 10. 4, l. 14 § 1 D. dep. 16. 3, l. 14 § 11 D. quod. metus c. 4. 2, l. 47 §. 6 D de leg. I° 30, l. 20 § 21. l 40° pr. D. de H. P. 5. 3, l. 15 § 4 D. de R. V. 6. I). Трудно однакоже разрѣшить, принимается ли это въ томъ смыслѣ, что кредиторъ можетъ лишь тогда требовать вознагражденія, когда онъ докажетъ, что онъ продалъ бы, или же указаніемъ на это сомнѣніе считается безъ дальнѣйшаго устраненнымъ. Прежде я высказался за первую альтернативу (Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 556—558, III. стр. 263—265). Если я теперь беру назадъ свое мнѣніе и объявляю себя за вторую, то къ этому побуждаетъ меня разсмотрѣніе упомянутыхъ выше мѣстъ, относительно которыхъ я и теперь остаюсь того мнѣнія, что онѣ скорѣе говорятъ за противоположное, въ особенности же l. 3 §. 3 D. de A. E. V. 19. 1. Въ этомъ мѣстѣ сказано, что при наступившемъ послѣ просрочки пониженіи цѣны кредиторъ можетъ требовать высшей цѣнности времени просрочки.—Пониженіе цѣны обосновываетъ частичную невозможность исполненіемъ (невозможность доставленія предмета обязательства надлежащаго качества); — для частичной невозможности могутъ дѣйствовать тѣ же правила, что для полной; — пониженіе цѣны имѣло бы мѣсто и тогда, когда бы обязательство было исполнено своевременно;—мѣсто это не содержитъ въ себѣ и слѣда того, чтобъ вѣритель имѣлъ право на вознагражденіе лишь тогда, когдабъ онъ продалъ до пониженія цѣны; — другое предложенное мною прежде объясненіе

Въ томъ же смыслѣ слѣдуетъ рѣшить вопросъ о вознагражденіи, въ случаѣ порчи предмета и исполненія послѣ просрочки и невозможности, вслѣдствіе сего, для должника надлежащаго исполненія [16].

3) Сказанное имѣетъ примѣненіе и въ случаѣ уменьшенія стоимости предмета исполненія послѣ просрочки [17].

Несмотря на то, что въ этомъ случаѣ безспорно, что должникъ неповиненъ въ уменьшеніи этой стоимости и что это имѣло бы мѣсто и при своевременномъ исполненіи, должникъ все-таки обязанъ удовлетворить кредитора въ размѣрѣ высшей стоимости предмета въ періодъ времени просрочки, если онъ не можетъ доказать, что кредиторъ и при своевременномъ полученіи удовлетвореніи полученія предмета сохранилъ бы его до настоящаго времени [18].

Незаконно лишившій кого либо вещи обязанъ также вознаградить кредитора въ размѣрѣ высшей стоимости съ того времени, когда кредиторъ былъ лишенъ таковой [19]. Если предметъ

(Heid. Krit. Zeitschr. III стр. 265) насилуетъ равнымъ образомъ смыслъ этого мѣста, и можетъ наврядъ ли расчитывать на признаніе; такимъ образомъ, въ виду этого мѣста, я не вижу исхода и полагаю, что труднѣе склонить его въ пользу указанныхъ мѣстъ, чѣмъ наоборотъ, хотя, конечно, и это не легко. Къ этому присоединяется еще l. 8 §. 1 D. de cond. furt. 13 1, который только тогда вяжется съ высказываемымъ мною взглядомъ, когда предположимъ, что юристы въ тоже время принимаютъ, что увеличеніе, а не уменьшеніе цѣнности, имѣетъ мѣсто на сторонѣ вѣрителя.—Во всякомъ случаѣ нельзя, на основаніи упомянутыхъ мѣстъ, не предоставить должнику по крайней мѣрѣ возможность доказывать, что вѣритель не продавалъ бы. Въ пользу этого результата высказывается и господствующее мнѣніе; см. именно Савиньи, Моммзенъ и Вангеровъ. За обязанность кредитора доказывать говоритъ Синтенисъ II. § 93 прим. 44 (что вѣритель продалъ бы), Унгеръ стр. 132 примѣч. 10 (намѣреніе и случай продажи), Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 196—197 (случай продажи). Вполнѣ безусловную отвѣтственность должника поддерживаютъ Мадаи стр. 296 слѣд., Шиллингъ въ рецензіи книги Мадая Krit. Iahrb. f. deutsche R. W. Iahrb. 1838 стр. 253. 254, Фрицъ Erläuter. II. 359 слѣд. Среднее мнѣніе (см. именно Пухта § 268. с., Синтенисъ II § 93 примѣч. 45) требуютъ безусловной отвѣтственности покрайней мѣрѣ при просрочкѣ вслѣдствіе проступка (delictum); см. противъ этого Моммзенъ стр. 197, Вангеровъ § 558 при концѣ.

[16] L. 8 § 1 D. de cond. furt. 13. 1, l. 3. D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 2 D. de sol matr. 24. 3. l. 108 § 11 D. de leg. I° 30, l. 37 D. mand. 17. 1. И въ этихъ мѣстахъ, какъ въ приведенныхъ въ примѣч. 13, не указывается на ограниченіе отвѣтственности должника.

[17] Савиньи Syst. VI § 277, Моммзенъ § 21. См. также Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 253 слѣд.

[18] L. 3 § 3 D. de A. E. V. 19. 1; см. также l. 37 D. mand. 17. 1, который выражается вообще такъ, что не можетъ быть относимъ къ случаю пониженія цѣны. Ограниченія не видно и здѣсь. Зейфф. Arch. IY. 21. 22, XV. 10, XVIII. 219. Сравни I. 37. 44.

[19] L. 8 § 1 D. de cond. furt. 13. 4; сравни l. 50 pr. D. de furt. 47. 2. Къ этому мѣсту относится сказанное въ прим. 18 объ l. 37 D. mand. - Другіе (напр., Вольфъ стр. 456, Пухта § 268, Арндтсъ § 251 слѣд.) выводятъ изъ этихъ мѣстъ общее

удовлетворенія отчасти или весь погибъ, то кредиторъ также въ правѣ требовать высшей стоимости его въ вышеуказанное время; равно какъ въ случаѣ возвышенія цѣнъ, кредиторъ въ правѣ требовать стоимость предмета за послѣднее время. Этого послѣдняго права кредиторъ лишается въ томъ случаѣ, если должникъ докажетъ, что первый не сохранилъ бы предмета до настоящаго времени [20].

4) Послѣ просрочки смерть кредитора или должника не имѣетъ никакого вліянія на право по обязательству [21]. Съ другой стороны просрочка не пріостанавливаетъ теченія давности, тогда какъ, если обязательство установленное взаимнымъ отношеніемъ, ограничено извѣстнымъ временемъ, должникъ, въ случаѣ просрочки, съ истеченіемъ этого времени не освобождается отъ исполненія [22].

правило для всѣхъ случаевъ просрочки; см. противъ этого Моммзенъ стр. 208. 209, Синтенисъ § 93 примѣч. 41. Зейфф Arch. II. 152, IV. 103, XI. 140, XII 135, XIII. 240.

[20] Кредиторъ можетъ исчислять причиненный ему просрочкой убытокъ до того момента, когда онъ требуетъ удовлетворенія (§ 10 прим. 8).—Если наступило повышеніе цѣны для существующаго еще предмета исполненія, то само собою разумѣется, что должникъ не можетъ требовать разницы. Зейфф. Arch. V. 263; ср. II. 158. XV. 10. Напротивъ, для классическаго римскаго права, знавшаго лишь денежную кондемнацію, вопросъ состоялъ въ томъ, слѣдуетъ ли при оцѣнкѣ принимать въ соображеніе и эту высшую цѣнность настоящаго времени. Вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно въ l. 3 § 3 l. 21 § 8 D. de A. E. V. 19. 1. Первое изъ поименованныхъ мѣстъ содержитъ въ себѣ еще дальнѣйшее опредѣленіе, по которому истцу принадлежитъ выборъ какъ между цѣнностью времени, въ которое исполненіе должно было послѣдовать, и времени предъявленія иска, такъ и между цѣнностью мѣста, въ которомъ исполненіе должно было послѣдовать, и мѣста подачи иска. Опредѣленіе это потеряло вмѣстѣ съ необходимостью денежной кондемнаціи всякое основаніе, и непримѣнимо поэтому въ настоящее время. Если, наприм., предъявляется послѣ просрочки искъ въ Любекѣ о винѣ (l. 3 § 3 cit. трактуетъ о продажѣ вина), которое подлежало сдачѣ въ Бордо, то съ какой стати судья долженъ присудить исполненіе въ Любекѣ. О различныхъ мнѣніяхъ см. Мадаи стр. 331, Моммзенъ стр. 220, Виндшейдъ стр. 266, Вехтеръ Erörter. II стр. 61, Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 257 слѣд., Зейф. Arch. II. 157.

[21] Противъ этого господствующее мнѣніе. См. именно Моммзенъ стр. 265—268. Но это вытекаетъ изъ принципа, и положительно признано для требованія о приданомъ, Ulp. VI. z. fr. Vat. § 97. 112. То, что требованіе это не наслѣдственно болѣе по юстиніановскому праву не можетъ уменьшать доказательную силу этого аргумента. Въ видѣ возраженія приводятъ сказанное въ источникахъ, что съ litiscontestatio наступаетъ наслѣдственность; заключеніе о contrario кажется мнѣ здѣсь болѣе чѣмъ сомнительнымъ. Ссылаются далѣе на то, что int. unde vi распространяется на наслѣдниковъ обязавшагося лишь относительно обогащенія. Но понятно установленіе особеннаго правила для обязательствъ, вытекающихъ изъ проступковъ. На l. 59 § 5 D. mand. 17. 1 нельзя, конечно, основывать защищаемое здѣсь мнѣніе.

[22] Послѣднее вытекаетъ изъ принципа, а не изъ l. 59 § 5 D. mand. 17. 1, на которомъ нѣкоторые основываютъ оное (Мадаи стр. 402, Фрицъ Erläut. II стр 367, Унтергольцнеръ стр. 122). Что исковая давность не исключается просрочкой, съ

D. Прекращеніе просрочки.

§ 33. Просрочка прекращается:

1) исполненіемъ со стороны должника и предложеніемъ кредитору надлежащаго удовлетворенія [1]; но для сего необходимо, чтобы должникъ, вмѣстѣ съ симъ предложилъ кредитору и все то, на что даетъ право ему просрочка [2];

2) отсрочкою со стороны кредитора [3] или какимъ бы то ни было отказомъ съ его стороны отъ немедленнаго исполненія [4];

3) просрочка, служащая въ пользу несовершеннолѣтняго и наступившая безъ напоминанія, прекращается съ достиженіемъ совершеннолѣтія [5]. Въ томъ же смыслѣ разрѣшается вопросъ о просрочкѣ, возникшей для отсутствующаго безъ напоминанія со стороны кредитора [6];

достовѣрностію можно заключить изъ молчанія источниковъ. При точности, съ которою послѣднія условія перерыва исковой давности (§ 107), они не проходили бы молчаніемъ напоминаніе, еслибъ были того мнѣнія, что напоминаніемъ исключается давность даже косвенно. При исковой давности дѣло представляется иначе, чѣмъ то, что освобождаетъ должника: не истеченіе времени, какъ таковое, а бездѣятельность кредитора въ теченіи извѣстнаго времени, такъ что вопросъ о томъ, что должно считать надлежащей дѣятельностью, остается открытымъ.

* Мадаи § 66—68, Вольфъ § 45—47. Моммзенъ § 34 35.

§ 33. [1] L. 91. § 3 l. 73 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de per. 18. 6, l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 72 § 1 D de sol. 46. 3; l. 72 § 3 тамъ же, l. 8 pr. D. de cond. furt. 13. 1, l. 2 C. de cond. furt. 4. 8. Источники говорятъ въ подобныхъ случаяхъ о purgatio или emendatio morae. Зейф. XII. 256, XVIII. 220.

[2] Моммзенъ стр. 323. 324. И сюда относится безъ сомнѣнія l. 91 § 3 D. de V. O. 45. 1:—„esse enim hanc quaestionem de bono et aequo". Допускается ли отказъ отъ права устранить просрочку надлежащимъ предложеніемъ исполненія? Противъ этого Моммзенъ стр. 326; за—Мадаи стр. 497, Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. III стр. 276.—Начатіемъ процесса право это не теряется, какъ полагали на основаніи l. 84 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de pec. const. 13. 5. Моммзенъ стр. 328, Вехтеръ Erörter. III стр. 26. 40.

[3] Объ этомъ случаѣ трактуетъ l. 54 D. de pact. 2. 4. Сравни объ этомъ мѣстѣ Моммзенъ стр. 329 прим. I, Книпъ Einfluss der bedingten Novation auf die Obl. стр. 104—106, Виндшейдъ Krit. V Ischr. II стр. 245 внизу, Ремеръ bedingte Novation стр. 216—220. Послѣдній писатель отрицаетъ, чтобъ просрочка прекращалась назначеніемъ новаго срока. Книпъ (ср. еще стр. 116. 117) смотритъ на этотъ вопросъ, какъ на вопросъ толкованія.

[4] Сюда относится, между прочимъ, случай, когда должникъ изъявилъ готовность предстать предъ судьей, но вѣритель не предъявилъ за симъ иска. Несомнѣнно, что этимъ прекращается просрочка; но нельзя къ пользу этого ссылаться на l. 32 § 1 l. 47 D. h. t. (Мѣста эти говорятъ о томъ случаѣ, когда должникъ объявляетъ себя, по сдѣланному ему напоминанію, готовымъ на вступленіе въ процессъ, кредиторъ же „omittit repetendi debiti instantiam"; въ этомъ случаѣ нѣтъ вовсе надлежащаго напоминанія, и должникъ не приходитъ вовсе in mora). Невчинаніе процесса противъ должника, пришедшаго in mora вслѣдствіе проступка, не вредитъ, l. 20 D. de cond. furt. 13. 1 сравни l. 19 D. de vi 43. 16.

[5] L. 87 § 1 D. de leg II° 31 (§ 30 прим. 11).

[6] Мадаи стр. 224; Моммзенъ стр. 320 примѣч. 2. Конечно, положеніе это не находитъ себѣ опоры въ l. 32 § 1 D. h. t.

4) Наконецъ, само собою разумѣется, что просрочка прекращается исчезновеніемъ самого обязательства [7]. Прекращеніе обязательства имѣетъ своимъ послѣдствіемъ не только прекращеніе просрочки, но и освобожденіе должника отъ всего того, къ чему обязывала его таковая [8]. Это послѣднее не имѣетъ мѣста въ томъ случаѣ, когда кредиторъ, при принятіи удовлетворенія, прямо или косвенно сохранилъ за собою всѣ права, возникшія для него изъ просрочки [9].

f. Мѣсто исполненія*.

§ 34. Мѣсто исполненія можетъ быть опредѣлено самою природою удовлетворенія, такъ что исполненіе въ другомъ мѣстѣ невозможно [1]; само собою разумѣется, что въ такомъ случаѣ удовлетвореніе можетъ быть требуемо только въ этомъ мѣстѣ. Мѣсто исполненія можетъ быть опредѣлено также соглашеніемъ сторонъ, въ каковомъ случаѣ исполненіе здѣсь только и можетъ быть требуемо [2]. Не требуется, чтобы такое опредѣленіе положительно

---

[7] Въ особенности объ уничтоженіи права требованій чрезъ полицію: l. 8 pr. D. de nov. 42. 2, l. 17 D. de cond. furt. 13 1; o l. 29 § 1 D. de V. O 45). См. Liebe стр. 286 слѣд., Моммсенъ стр. 331 прим. 4, Виндшейдъ Krit. Ueberschau II стр. 246, Кинцъ (см. ниже) стр. 77—94, Ремеръ (см. ниже) стр. 147—159, Сальковскій (см. ниже) стр. 291—303. Условная новація: l. 14 pr. l. 31 pr. D. de nov. 46, 2. l. 72 § 1—3 D. de sol. 46. 3, l. 56 § 8 D. de V. O. 45. 1. Сравни (для обѣихъ, условной и безусловной новаціи) Кинцъ Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngiche Obligation стр. 31 слѣд. и къ этому Виндшейдъ Krit. VISchr. II стр. 242 слѣд., Ремеръ die bedingte Novation стр. 142 слѣд. и къ этому H. Witte Krit. VISchr. VI стр. 48—52, ср. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 285 слѣд., 458 слѣд. (Вангеровъ 7-е изд. III § 619 прим. 2).

[8] Ибо просрочка не порождаетъ новаго права требованія, а производитъ лишь особенной видъ первоначальнаго. Ср. Ремеръ стр. 163 слѣд. А. М. Сальковскій стр. 303—304.

[9] Послѣднее признается не всѣми, см. § 11, примѣч. 10. Вольфъ стр. 505 слѣд. и Моммсенъ стр. 330 — 331 приписываютъ сохраненію за собой указанныхъ правъ лишь то дѣйствіе, что кредиторъ получаетъ naturalis obligatio. Ошибочно также мнѣніе Виндшейдъ Heid. Kzit. Zeitschrift III, стр. 277.

* Reatz die Lehre vom Erfüllungsort (1862). Унтергольцнеръ I § 108, Савиньи Syst. VIII § 370. Obl. I § 49. Синтенисъ II § 92. § 34.

[1] Такъ именно бываетъ съ исполненіями фактическаго свойства, которыя касаются недвижимыхъ вещей.

[2] § 33 I de act. 4. 6, l. 47 pr. § 1 D. de leg. I° 30. У римлянъ возникало въ подобныхъ случаяхъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, затрудненіе, вслѣдствіе того, что судья могъ присуждать лишь по мѣсту нахожденія суда. Если поэтому искъ былъ предъявленъ не въ установленномъ мѣстѣ, а въ другомъ, и соотвѣтствующая обяза-

было выражено; достаточно, если оно можетъ быть установлено интрепретаціей [3]. Если мѣсто исполненія не было опредѣлено, то должникъ вправѣ требовать исполненія во всякомъ мѣстѣ, въ которомъ онъ, въ случаѣ неисполненія со стороны должника въ правѣ требовать и дѣйствительно добился присужденія его къ таковому [4]. Это правило допускаетъ однакоже слѣдующія исключенія: 1) Если обязательство заключается въ передачѣ индивидуально опредѣлен-

---

тельству формула была не на столько широка, чтобы судья въ правѣ былъ принимать въ соображеніе разность между цѣнностью удовлетворенія въ установленномъ мѣстѣ и цѣнностью мѣста, нахожденія суда, то онъ вовсе не могъ присуждать. Но въ подобномъ случаѣ являлся на помощь преторъ съ actio arbitraria (такъ назыв. actio de eo quod certo loco), которою онъ давалъ судьѣ недостающее ему право редукціи. Dig. 13. 4, Cod. 3. 18. Ясно, что эта actio arbitraria не имѣетъ въ настоящее время никакого значенія. Въ настоящее время требованіе, гдѣ бы оно предъявляемо ни было, присуждается по установленному мѣсту исполненія, и оцѣнка наступаетъ по общимъ правиламъ лишь тогда, и притомъ въ пользу кредитора, когда должникъ находится in mora или исполненіе невозможно. Вехтеръ Erörter. II стр. 122 примѣч. 119. О римскомъ правѣ см. того же, тамъ же стр. 58—61. Бетманъ-Голлвегъ Versuche стр. 37—45. Альтернативное опредѣленіе мѣста: l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13. 4; ср. объ этомъ поименованныхъ въ § 7 примѣч. 11-мъ писателей.

[3] L. 47 pr. D. de leg. I° 30: —«ubi testator voluit, vel ubi verisimile est, eum voluisse» § 1 тамъ же:—«nisi alia mens fuit testantis». L. 50 pr. l. 52 § 1. 2 D. de iud. 5. 1. Ср. Савиньи Syst. VIII стр. 214—226, Realz § 3. Въ частности можно не безъ основанія принять, что при договорѣ ссуды намѣреніе контрагентовъ состоитъ въ отнесеніи *назадъ* ссуженой вещи. Ср. l. 12 § 1 D. comm 13. 6. HGB. Art. 324. «Исполненіе торговой сдѣлки должно совершаться въ мѣстѣ, которое опредѣлено въ договорѣ или которое должно считаться мѣстомъ исполненія, согласно природѣ сдѣлки или намѣренію контрагентовъ».

[4] Источники говорятъ: исполненіе должно быть совершено въ томъ мѣстѣ, гдѣ онаго ищутъ. L. 38 de iud, 5. 1, l. 47 § 1 D. de leg. I° 30. l. 1. D. de annuis 33. 1; v. 11. § 1 D. ad exh. 10. 4. l. 12. § 1 D. dep. 16. 3, l. 47 pr. D. de leg I° 30; сравни l. 22 D. de R. C. 12. 1, l. 4 D. de cond. trit. 13. 3. Но въ какомъ мѣстѣ можетъ кредиторъ требовать исполненіе безъ иска съ тѣмъ, чтобы отказъ отъ исполненія въ этомъ мѣстѣ былъ нарушеніемъ права и чтобы должникъ пришелъ чрезъ это in mora? Источники не отвѣчаютъ положительно на этотъ вопросъ; слѣдуетъ принять, что они считали отвѣтъ на него само собою подразумѣвающимся. Отсюда открывается выведенное въ текстѣ правило. Кредиторъ можетъ требовать исполненія во всякомъ мѣстѣ, гдѣ должникъ можетъ быть привлеченъ къ суду; но если онъ предъявляетъ искъ противъ отказывающагося отъ исполненія въ этомъ мѣстѣ должника не въ этомъ мѣстѣ, а въ другомъ, гдѣ должникъ можетъ тоже быть привлеченъ къ суду, то въ этомъ лежитъ отказъ отъ требованія исполненія въ первоначально назначенномъ мѣстѣ, такъ что правонарушеніе должника, вслѣдствіе отказа уничтожается, и онъ долженъ считаться никогда не бывшимъ in mora. — Вехтеръ Erörterungen II стр. 123, Моммсенъ Beitr. III стр. 224—226, Realz стр. 25 слѣд., 74 слѣд., считаютъ римское правило непримѣнимымъ. Ихъ доводы кажутся мнѣ неубѣдительными. Относительно мѣста, которое въ настоящее время должно заступать мѣсто предъявленія иска, первые два писателя непыставляютъ правила. Рецъ считаетъ такимъ мѣстомъ, при обязательствахъ въ

ной вещи или количества, то должникъ обязанъ чинить исполненіе только въ мѣстѣ нахожденія вещи, исключая того случая, когда онъ недобросовѣстно перенесъ ее въ другое мѣсто, причемъ по требованію кредитора онъ можетъ быть принужденъ къ доставленію предмета удовлетворенія на свой счетъ и рискъ въ то мѣсто, въ которомъ кредиторъ въ правѣ его требовать; 2) отказы должны быть выплачиваемы только въ томъ мѣстѣ, въ которомъ находится наибольшая часть наслѣдства [6].

пользу кредитора, мѣсто жительства должника, при обязательствахъ въ пользу должника (стр. 83 слѣд.) quasi-мѣстожительства, иначе «мѣсто назначенія» исполненія (на основаніи l. 61 § 5 D. de furt. 47. 2, l. 7 D. test. quemadm. 29. 3). При этомъ онъ полагаетъ, что договоры купли, найма и займа должны считаться заключенными въ пользу покупщика, наемщика и заемщика (стр. 94 слѣд.) О мѣстѣ исполненія обязательствъ, при которыхъ «ни одна сторона не имѣетъ выгоды» трактуетъ Рецъ § 22. HGB. Art. 324 Abs. 2. «Если нѣтъ въ виду такихъ предположеній (прим. 3), то обязавшійся имѣетъ исполнять въ томъ мѣстѣ, въ которомъ онъ во время заключенія договора имѣлъ торговое помѣщеніе или, за неимѣніемъ его, мѣсто жительства». Только денежные платежи должникъ, наоборотъ, долженъ производить кредитору въ мѣстѣ его торговаго помѣщенія или жительства на страхъ и расходы его, должника (Art. 325). Опредѣленія эти повторены въ Art. 342 для договора купли. — Зейффер. Arch. VII 292, X. 24.

[5] l. 38 D. de iud. 5. 1, l. 11. § 1 D. ad exh. 10. 4, l. 12. § 1 D. dep. 16. 3, l. 26. § 1 l. 47 pr. § 1 l. 108 pr. D. de leg. I° 30. См. далѣе l. 1 § 3. l. 2 pr. l. 4. § 2 l. 5. D. de per. et comm. 18. 6, l. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Также l. 3 § 4. D., тамъ же, относится сюда, такъ какъ подъ «vinum quod a Brudusio venit» можно понимать не иное, какъ вино, сложенное въ Брундузіумѣ (сравни, впрочемъ, Моммсенъ Beitr. III стр. 217, Рецъ стр. 44—46). При stricti iudicii actionis должникъ не имѣлъ этой выгоды, l. 12. § 1. dep. cit., l. 137. § 4. D. de V. O. 45. 1. Моммсенъ стр. 215—218, Рецъ § 9—11. 13—18. — Послѣдній писатель полагаетъ, что въ настоящее время кредиторъ можетъ требовать транспорта вещи (на свой счетъ и рискъ) въ любое опредѣляемое имъ мѣсто. Тотъ же писатель даетъ кредитору и право (стр. 82 внизу) требовать, на собственной счетъ и страхъ, присылки генерически опредѣленныхъ вещей, слѣдовательно и проданныхъ не индивидуально опредѣленныхъ вещей (стр. 103 слѣд.). Противъ этого Іерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 421. 427—428.—HGB. Art. 324 Abs. 2 въ концѣ (сравни примѣч. 3. 4): «Если, однакоже, подлежитъ передачѣ опредѣленная вещь, которая, при заключеніи контракта, находилась съ вѣдома контрагентовъ въ другомъ мѣстѣ, то передача совершается въ этомъ мѣстѣ. Зейфф. Arch. IV. 91.

[6] l. 40 pr. D. de iud. 5. 1, l. un. C. ubi. fideic. 3. 17. Въ этихъ мѣстахъ признается поименованное въ текстѣ положеніе лишь для фидеикоммиссовъ; не подлежитъ, впрочемъ, сомнѣнію, что проявляющееся въ нихъ болѣе свободное развитіе въ смыслѣ юстиніановскаго права, должно быть разсматриваемо какъ имѣющее примѣненіе ко всѣмъ завѣщательнымъ распоряженіямъ вообще. Бетманъ-Голлвегъ Vers. стр. 48 прим. 110, Моммсенъ стр. 217 примѣч. 11, Рецъ стр. 80.

Другой вопросъ есть тотъ, въ какомъ мѣстѣ должникъ въ правѣ чинить исполненіе и слѣдовательно требовать отъ кредитора принять таковаго? На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить: 1) если мѣсто исполненія опредѣлено, то должникъ только въ этомъ мѣстѣ и можетъ чинить таковое, развѣ мѣсто было опредѣлено исключительно въ интересѣ его должника [7]; 2) если мѣсто исполненія не было опредѣлено, то при обязательствѣ должника доставить предметъ удовлетворенія кредитору, онъ въ правѣ сдѣлать это во всякомъ мѣстѣ, въ которомъ онъ застаетъ этого послѣдняго, предполагая, конечно, что мѣсто это не можетъ быть признано неудобнымъ [8]; если же кредиторъ обязалъ самъ взять у должника предметъ удовлетворенія, то должникъ долженъ чинить въ мѣстѣ своего жительства [9].

---

g. Усиленіе власти кредитора.

1. Вообще.

§ 35. Власть, предоставляемая кредитору правомъ по обязательству, можетъ быть усилена искуственнымъ образомъ: 1) присягою должника; 2) тѣмъ, что должникъ вторично обѣщаетъ исполненіе своего обязательства; 3) установленіемъ штрафа на случай неисполненія (неустойки); 4) соединеніемъ обязательства съ

---

[7] L. 2 § 7. l. 9 D. de eo quod certo loco 13. 4, l. 122 pr. D. de V. O. 4 5. 1 l. 9 C. de sol. 8. 45. Рецъ стр. 15—20.

[8] L. 39 D. de solut. 46. 3:—«quid enim si inoportuno... loco obtulerim?» Напр. кредитору предполагается что нибудь во время увеселительнаго путешествія.

[9] Нужно выходить изъ того, что неопредѣленность права требованія по отношенію къ мѣсту исполненія служитъ въ пользу должника, коль скоро кредиторъ не воспользовался своимъ правомъ опредѣлять таковое (примѣч. 4). Съ другой стороны, кредиторъ, если имѣетъ только что нибудь получить, то онъ имѣетъ получить не вообще, а отъ должника, должникъ же находится по праву тамъ, гдѣ онъ имѣетъ мѣсто жительства. Та же противоположность, какъ между принесеніемъ и взятіемъ, проявляется тамъ, гдѣ право требованія касается исполненія работы: обязанъ ли должникъ являться къ кредитору за исполненіемъ работы, или же кредиторъ долженъ взять работу у должника? Все сказанное вѣрно, конечно, въ томъ предположеніи, что мѣсто исполненія не опредѣлено даже безмолвно. Сравни о различныхъ мнѣніяхъ Пухта § 246 i и къ этому Vorles. Синтенисъ II стр. 174—176, Савиньи Obl. I стр. 514—516. Моммсенъ Beiträge III стр. 223—224, Рецъ стр. 21 слѣд.

залогомъ; 5) привлеченіемъ третьяго лица къ отвѣтственности по обязательству.

Усиленіе власти кредитора присягою должника имѣетъ не правовой, а фактическій характеръ, ибо посредствомъ присяги связывается только совѣсть должника. Такъ какъ ученіе объ усиленіи обязательства посредствомъ залога и привлеченія третьихъ лицъ (поручительства), относится къ другимъ отдѣламъ, то мы здѣсь остановимся только на остальныхъ способахъ усиленія обязательствъ.

2. Обѣщаніе исполненія обязательства *.

§ 36. Если должникъ вторично обѣщаетъ исполненіе по обязательству [1], то кредиторъ пріобрѣтаетъ двойное право требованія одного и того же исполненія, изъ которыхъ каждое однакожъ погашается исполненіемъ другаго [2]. Во всякомъ случаѣ кредиторъ имѣетъ нерѣдко практическій интересъ въ такомъ подкрѣпленіи своего права требованія слѣдующаго ему исполненія [3]. Въ семъ случаѣ, съ утратою первоначальнаго права, кредиторъ не всегда лишается возможности получить удовлетвореніе [4]. Но, съ другой стороны, нельзя утверждать, что вторично пріобрѣтенное право требованія всегда переживаетъ утраченное первоначальное; все зависитъ отъ природы и значенія повода къ утратѣ первоначальнаго права [5]. Другое преимущество, которое подобное обѣщаніе можетъ доставить кредитору, имѣетъ спеціальный характеръ, а именно: корреальный кредиторъ полученіемъ такого обѣщанія устраняетъ другаго корреальнаго кредитора отъ участія въ правѣ по обязательству [6].

---

*) Dig. 13. 5 de pecunia constituta. Cod. 4. 18 de constituta pecunia.—Brunsdes constitutum debiti, Zeitchrift für R. Gesch. I. 2 (1861). Glück XIII стр. 361—425: Унтергольцнеръ II. § 761—764, Сантенисъ II стр. 310—314 (Cötz Verhandlungen des 8 deutschen Juristentags I стр. 312—320). § 36.

[1] Римское право давало право иска изъ обѣщанія исполненія, даннаго даже не въ формѣ стипуляціи. Техническое выраженіе римскаго права для (неформальнаго) обѣщанія исполненія есть constitum (constituere se soloturum, constituere debitum, constituere decem, Stichum etc. Брунсъ § 1).

[2] L. 18 § 3 D. h. t.

[3] Брунсъ стр. 105—109.

[4] Напр. истеченіемъ давности, l. 18 § 1 D. h. t. (Брунсъ въ др. м. и стр. 71—73); смертью вѣрителя или должника (Брунсъ стр. 107). Далѣе относится сюда случай, когда при actio de peculio отпадаетъ или исчезаетъ peculium, или когда при требованіи, предполагающемъ обогащеніе, отпадаетъ или исчезаетъ обогащеніе (l. 1 § 8 l. 19 § 2 l. 20 D. h. t.). Ср. также l. 28 D. de nov. 46. 2.

[5] Ср. l. 3 D. de resc. vend. 18. 5, l. 36 D. de iurei. 12. 2. См. § 54 примѣч. 4—7.

[6] L. 10 D. h. t. Ср. § 49 примѣч. 2.

Подобное обѣщаніе предполагаетъ существующее обязательство, въ противномъ случаѣ обѣщаніе ничтожно [7]. Точно также ограниченія, существовавшія относительно перваго обязательства, переходятъ и на новое, обѣщаніемъ установленное [8], за исключеніемъ того случая, когда противоположное было положительно или молчаливо условлено. Впрочемъ, такое обѣщаніе не должно необходимо обнимать все обязательство; это послѣднее можетъ быть измѣнено въ пользу кредитора или должника [9]; но если было обѣщано болѣе, чѣмъ слѣдовало по первоначальному обязательству, то это составитъ совершенно новое обязательство [10]. Если обѣщаніе не обнимаетъ всего обязательства, то въ этомъ можетъ заключаться намѣреніе сторонъ вовсе прекратить существующее обязательство [11]. Если же сего не было, то во всякомъ случаѣ, первоначальное обязательство не можетъ быть осуществлено въ противорѣчіе съ волею, выраженною въ послѣднемъ обязательствѣ [12].

Наконецъ, обѣщаніе можетъ быть дано не самимъ должникомъ, а третьимъ лицомъ [13], равно какъ въ пользу не кредитора, а

---

[7] L. 1 § 1 l. 18 § l. 3 § 1 D. h. t.; l. 1 § 5. 8 l. 11 § 1 l. 12 l. 24 eod. Существованіе долга есть для обѣщанія исполненія не одно лишь предположеніе, а условіе, данное содержаніемъ обѣщанія. L. 31 D. h. t., Достаточно и естественнаго обязательства, l. 1 § 7 D. h. t., но не какого бы то ни было (см. § 41 примѣч. 4 и § 42). Безразлично, имѣетъ ли обязательство силу само по себѣ или оно можетъ быть ослаблено возраженіемъ, l. 3 § 1 D. h. t. (Зейфф. Arch. XVI. 91).—Съ обѣщаніемъ исполненія можетъ быть связано признаніе долга, погашеніе котораго обѣщается; но это не необходимо. Брунсъ стр. 77—78. 93—94; ср. Bähr Anerkennung стр. 170—171.

[8] Такъ принадлежащее должнику beneficium competentiae, l. 3 pr. D. h t. l. 33 pr. D. de don. 39. 5 Ср. l. 8 D. de iud. 5. 1. Это мѣсто можно было бы примирить съ l. 5 §. 1 D. h. t., если относить послѣднюю къ обѣщанію платить въ Римѣ.

[9] L. 1 § 5 D. h. t. (хлѣбъ вмѣсто денегъ), l. 25 pr. eod. (одинъ изъ многихъ альтернативно задолженныхъ предметовъ), l. 8 l. 30 eod. (придача или отнятіе solutionis causa adiectus, ср. l. 29 D. de sol. 46. 3, Брунсъ стр. 82 прим. 75), l. 4 l. 5 pr. l. 16 pr. eod. (другое время и другое мѣсто исполненія).

[10] Въ этомъ случаѣ обѣщаніе было по римскому праву безъ иска. L. 1 § 8 l. 11 § l. 12 l. 24 D. h. t.

[11] Обѣщаніе исполненія можетъ осуществить новацію, но не осуществляетъ таковую необходимо. L. 28 D. h. t., I. 15. D. de in rem verso 15. 3. Брунсъ стр 80. 115—117. A. M. Кунце die Obligation § 48.

[12] L. 25 pr. D. h. t. «Illud aut illud debuit, et constituit alterum: an vel alterum quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi, non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutae rei frangere», Брунсъ стр. 81.

[13] Constitutum debiti alieni. L. 2 l. 5 § 2—4 l. 26—28 D. h. t. Брунсъ 97—101.

третьяго лица [14]. Разсмотрѣніе этихъ двухъ случаевъ относится также и къ другому отдѣлу [15].

3. Добровольная неустойка *.

§ 37. Добровольная неустойка есть штрафъ, обѣщаемый должникомъ кредитору на случай неисполненія по обязательству. Такой условный штрафъ всего чаще встрѣчается въ договорныхъ обязательствахъ и притомъ такъ, что онъ установляется при самомъ заключеніи договора. Но онъ можетъ быть установленъ и послѣ установленія обязательства и при томъ не при однѣхъ договорныхъ обязательствахъ.

1) Если обязательство имѣетъ своимъ содержаніемъ не какое-либо положительное дѣйствіе, а отрицательное упущеніе, то неустойка наступаетъ, коль скоро должникъ учинитъ то, что, согласно обязательству, онъ не долженъ былъ дѣлать [1]. Если обязательство имѣетъ своимъ содержаніемъ какое нибудь положительное дѣйствіе съ установленіемъ для него срока, то неустойка наступаетъ, коль скоро должникъ не учинитъ сего дѣйствія къ условленному сроку; до наступленія права требовать кредиторъ не обязанъ напоминать должнику о слѣдующемъ съ него исполненіи [2]. Если для исполненія обязательства не былъ установленъ опредѣленный срокъ, то вопросъ о неустойкѣ будетъ зависѣть отъ смысла условія, коимъ она была установлена; смыслъ этотъ можетъ быть тотъ, что неустойка установлена только на тотъ случай, когда должникъ не исполнитъ обязательства по востребованію кредитора [3];

---

[14] L. 5 § 2. 6. 7 l. 7 § 7 D. h. t. Брунсъ стр. 101—102.

[15] Въ первомъ случаѣ имѣетъ мѣсто привлеченіе другаго обязаннаго лица, во второмъ—нѣтъ увеличенія власти кредитора.

* Унтергольцнеръ I § 122. 123, Савинья Obl. II § 80, Вангеровъ III. § 614, § 37. Синтенисъ II стр 109—120, Гольдшуеръ III стр. 344—350. Вольфъ zur Lehre von der Mora стр. 36 слѣд. Либе Stipulation § 24. Сальвіусъ Novation und Delegation стр. 239—243. Сальковскій zur Lehre von der Novation стр. 194—213 (Randa стр. 31 слѣд.).

[1] L. 122 § 6 D. de V. O. 45. 1.

[2] L. 23 de O. et A. 44. 7, l. de contr. emt. 8. 38, ср. l. 23 pr. D. de rec. 4. 8. Зейфф. Arch. IX. 32; см. также XIV, 134. Если извѣстно, что то, что должно быть сдѣлано, не можетъ болѣе быть исполнено до опредѣленнаго времени, то штрафа можно требовать и до истеченія опредѣленнаго срока. L. 113 pr. D. de V. O. 45. 1. Зейфф. Arch. II. 278. Смягченіе для спеціальнаго случая содержитъ въ себѣ l. 8. D. si quis caut. 2 II. (Судебное разрѣшеніе при сомнительномъ постановленіи договора? Зейфф. Arch. XXII. 127).

[3] Это совершенно ясно, напр., въ томъ случаѣ, когда должникъ по займу обѣ-

въ случаѣ сомнѣнія о смыслѣ условія слѣдуетъ принять, что неустойка наступаетъ, коль скоро обязательство немедленно не было исполнено[4]; но это «немедленно» не слѣдуетъ понимать буквально[5]; до вчинанія иска должникъ можетъ освободиться отъ неустойки исполненіемъ по обязательству[6]. Наконецъ, мысль контрагентовъ можетъ заключаться въ томъ, что должникъ въ правѣ исполнить обязательство когда онъ хочетъ, и что неустойка наступаетъ только въ случаѣ неисполненія по обязательству; въ этомъ случаѣй неустойка можетъ быть требуема только тогда, когда становится положительно достовѣрнымъ, что исполненіе обязательства уже невозможно[7].

2) Частичное исполненіе не устраняетъ ни неустойки, ни обязанности платить ее всю, развѣ изъ условія о неустойкѣ будетъ явствовать противоположное намѣреніе сторонъ[8].

3) Если исполненіе обязательства сдѣлалось для должника невозможнымъ не по его винѣ, то, въ случаѣ сомнѣнія относительно намѣренія сторонъ, слѣдуетъ принять, что онъ освобождается и отъ неустойки[9].

щаетъ штрафъ, при чемъ не обращено никакого вниманія на срокъ уплаты долга. Другой примѣръ въ l. 24 pr. D. quando dies 36. 2. Предусмотрѣнный здѣсь случай разрѣшается, конечно, въ противоположномъ смыслѣ въ l. 19 pr. eod., l. 1 D. de penu leg. 33. 9, l. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1. Сравни примѣч. 16 (Зейфф. Arch. III. 37, XXI. 225).

[4] L. 155 § 2. D. de V. O. 45. 1. Ср. также и другія, поименованныя въ концѣ предъидущаго примѣчанія мѣста, а о различныхъ взглядахъ—Фрицъ Erläut II стр. 318, Вольфъ стр. 51 сл., 70 слѣд., Вангеровъ NIII. 2, Ситтенисъ II § 88 примѣч. 12 въ концѣ. Зейфф. Arch. 37 VI. 172.

[5] L. 21 § 12 D. de rec. 4. 8. «Intra quantum autem temporis, nisi detur quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo Digestorum, inesse quoddam modicum tempus: quod ubi praeterierit, poena statim peti potest». Ср. Зейфф. Arch. III. 37.

[6] Поименованное въ предъидущемъ примѣчаніи мѣсто продолжаетъ: «et tamen, inquit, et si dederit ante acceptum in dicium, agi ex stipulatu non poterit». L. 52 eod. «Si qui iussus est (ab) arbitro ex compromisso solvere pecuniam, moram fecerit, poenam ex compromisso debet; sed postea solvendo poena liberatur». L. 122 § 2 D. de V. O. 45. 1. Ср. I § 125 примѣч. 12 въ концѣ.

[7] L. 115 pr. D. de V. O. 45. 1.

[8] Ср. l. 47 D de A. E V. 19. 1, l. 9 § 1 D. si quis caut. 2. 11. Примѣненіе къ случаю, когда право требованія раздробляется чрезъ переходъ по наслѣдству къ нѣсколькимъ должникамъ или кредиторамъ: l. 25 § 13 D. fam. erc. 10. 2, l. 5 § 3. 4 l. 85 § 6 D. de V. O. 45 1; l. 2 § 6 l. 3 eod. Зейфф. Arch. II. 277. VI 171.

[9] Въ случаѣ сомнѣнія не слѣдуетъ принимать, что стороны, установивъ дого-

Но, съ другой стороны, невозможность своевременнаго исполненія обязательства хотя и не по винѣ должника, въ случаѣ сомнѣнія, не служитъ въ его пользу [10], если только препятствіе къ своевременному исполненію не зависѣло отъ самого кредитора [11]. Само собою разумѣется, что здѣсь соглашеніемъ сторонъ могутъ быть установлены другія условія [12].

4) Точно также и вопросъ о вліяніи наступленія неустойки на главное обязательство есть предметъ интрепретаціи [13]; стороны могли имѣть своимъ намѣреніемъ, чтобы кредиторъ: а) имѣлъ право вмѣстѣ съ неустойкою требовать исполненія и главнаго обязательства [14] или б) по своему усмотрѣнію требовать или неустойки,

---

ворную нерстойку, желали этимъ изъять обязательство изъ подъ вліянія закономъ признанныхъ способовъ погашенія обязательствъ. Зейф. Arch. III. 37, XVI. 205; ср также XIII. 217.

[10] Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принимать, что штрафъ установленъ въ томъ смыслѣ, чтобъ обезпечить кредитора на всякій случай въ убыткахъ несвоевременнаго исполненія. L. 77 D. de V. O. 45. 1. «Ad diem sub poena pecunia promissa et ante siem mortuo promissore committitur poena, licet non sit hereditas eius adita». Точно также l. 21 § 9 D. de rec. 4. 8, l. 9 C. de naut. foen. 22. 2. Въ l. 23 D. O. et A. 44. 7 говорится не о противоположности между виной и невиновностью должника, а о томъ, имѣетъ ли просрочка свое основаніе въ должникѣ или вѣрителя (ср. l. 51 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 49 § 2 D. de V. O. 45. 1). L. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1 выражетъ лишь то, что при отсутствіи точно опредѣленнаго срока исполненія должнику слѣдуетъ оставлять столько времени, сколько обусловливаетъ природа исполненія.

[11]) L. 1 § 3 D. de eo per. quem fact. 2. 10, l. 25 § 1. 3 l. 40 D. de rec. 4. 8 l. 8 D. de naut, foen. 22. 2, l. 122 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 9 C. de usur. 4. 32.

[12] Объ одномъ случаѣ, когда штрафъ имѣетъ мѣсто, не смотря на то, что исполненіе слѣдовало положительно невозможнымъ для должника. говоритъ l. 22 pr. D. ad leg. Aq. 9, 2. Отсутствіе намѣренія сторонъ платить штрафъ, при просрочкѣ должникомъ своевременнаго исполненія, источники полагаютъ тогда, когда дѣйствіе, съ цѣлью достиженія правъ, обѣщано предъ публичнымъ или третейскимъ судьей. l. 2 § 1—l. 4 § 3 D. si quis caut. 2. 11, l. 21 § 9 D. de rec. 4. 8. Ср. также l. 115 pr. i. f. D. de V. O. 45. i (о § 1 eod. См. § 39 примѣчаніе 4).—Ср. о различныхъ взглядахъ на высказанное подъ № 3 Вольфъ во ин. м. 17 слѣд. 38 сдѣд., Унтергольцнеръ стр. 250—252, Вангеровъ № 111. 1 — V, Савиньи стр. 279 — 281, Синтенисъ II. Стр. 113 и стр. 112 прим. 12, Зейфф. Arch. III. 37.

[13] Унтергольцнеръ стр. 247 — 249; Савиньи стр. 275 — 278, Вангеровъ въ указ. мѣстахъ № IV, Синтенисъ стр. 114 — 118, Лэбе стр. 309 — 320, Г. Герберъ Beiträger zur Lehre vom Klaggrunde und der Beweislast § 26, Maxen über Beweislast-Einreden und Exceptionen стр. 222 — 242, Салковскій въ указ. мѣстахъ стр. 200 слѣд.

[14] L. 115 § 2 D. de V. O. 45. 1, ср. l. 122 § 6 eod. «Отношеніе это не предполагается, а его слѣдуетъ принимать или при существованіи особаго договора, или

или исполненія главнаго обязательства [15] или, наконецъ, в) требовать одной только неустойки [16]. Если смыслъ условія таковъ, что должнику предоставленъ выборъ исполнить обязательство или доставить что нибудь другое [17], то такое условіе не можетъ быть, впрочемъ, названо условіемъ о неустойкѣ [18].

5) Кредиторъ не обязанъ доказывать неисполненія со стороны должника; напротивъ, должникъ, въ случаѣ требованія съ него неустойки, долженъ доказать, что обязательство имъ исполнено [19].

§ 38. Если обязательство, для котораго установлена неустойка недѣйствительна, а должникъ воображаетъ его дѣйствительнымъ, то

при особомъ содержаніи обоихъ договоровъ». Савиньи стр. 277. Зейфф. Archiv III. 38 X. 246, XIX. 136. Сохраненіе права требовать исполненія главнаго обязательств Зейфф. Arch. VI. въ концѣ, XVI. 207, XIX. 137. Бухиз и Будде Entscheid. der OAG. zu Rostock V. стр. 231. 236.

[15] L. 41. 42 l. 71 pr. D. pro soc. 17. 2, l. 28 D. de A. E. V. 19. 1, l. 4 § 7 D. de doli exc. 44. 4; l. 10 § 1. D. de pact. 2. 14, l. 12 § 2 D. de pact. dot. 23. 4, l. 40 C. de transact. 2. 4. Штрафъ имѣютъ здѣсь характеръ оцѣнки въ пользу вѣрителя его интереса, каковая оцѣнка освобождаетъ его отъ обязанности доказывать размѣръ послѣдняго § 7 I de V. O. 3. 15). При этомъ слѣдуетъ, въ случаѣ сомнѣнія, считать желаніемъ сторонъ, что кредиторъ можетъ требовать и излишка отъ другаго, l. 41. 42 cit., l 28 cit. Зейфф. Arch. III. 38, XIX. 136. Точно также HGB. Art. 398.

[16] L. 44 § 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 115 § 2 i. f. D. de V. O. 45. 1; ср. I. 1 § 8 D. ad. leg. Falc. 35. 2, l. 2. pr. D. quando dies 36. 2. l. 19 pr. eod., I. D. de penn leg. 33. 9. Также l. 14 C. de pactis 2. 3 относится сюда. Салковскій въ указан. мѣстахъ стр. 206. Выгода, которую обѣщаніе штрафа доставляетъ кредитору, заключается и въ этомъ случаѣ въ томъ, что онъ освобождается отъ обязанности доказывать свой интересъ. Ср. l. 38 D. de ree. 4. 8. Съ другой стороны и должникъ имѣетъ выгоду отъ условія неустойки, на сколько отъ него зависитъ или платать штрафъ, или исполнить обязательство. Но во всякомъ случаѣ, если должникъ выбираетъ исполненіе то таковое есть исполненіе по обязательству. Онъ, конечно, обязанъ подъ условіемъ si volnerim (§ 93); но это условіе есть резолютивное, а не суспенсивное. Сравни и конструкціи этого случая, относительно котораго юристы, какъ видно изъ приведеннаго, не были согласны, въ особенности Вангеровъ, Либе, Герберъ, Макксен и Салковскій въ указанныхъ мѣстахъ.

[17] Отличіе отъ предъидущаго случая состоитъ въ томъ, что здѣсь должникъ съ исполненіемъ не обязывается къ платежу штрафа, но остается въ обязанности исполнить обязательство.

[18] Это въ дѣйствительности отказанныя деньги; тѣмъ не менѣе говоратъ и здѣсь о «mulcta poenitentiatis» Зейфф. III. 42. 43.

[19] Если достовѣрно извѣстно, что главное требованіе возникло, то несомнѣнно, что оно существуетъ и теперь, что оно, слѣдовательно, не исполнено, до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано (I § 133. I. a). Ср. Герберъ въ приведен. мѣстахъ § 25—30, Максенъ въ привед. м. Съ этимъ согласенъ Зейфф. Arch. VIII. 121. Иначе тамъ же XII. 153.

и условіе о неустойкѣ не имѣетъ силы [1]. Иначе будетъ въ томъ случаѣ, когда должникъ при установленіи неустойки зналъ о недѣйствительности главнаго обязательства [2]; въ семъ случаѣ условіе о неустойкѣ будетъ недѣйствительно только тогда, когда оно имѣетъ въ виду достиженіе воспрещенной закономъ цѣли [3].

Условіе, коимъ кто либо принимаетъ на себя отвѣтственность на случай исполненія или неисполненія какого-либо дѣйствія безъ принятія на себя обязанности, къ сему дѣйствію или упущенію нельзя также признать условіемъ о неустойкѣ и должно быть обсуживаемо по правиламъ объ условныхъ договорахъ [4].

Штрафъ за неисполненіе обязательства можетъ быть не только обѣщанъ самимъ обязующимся, но и возложенъ завѣщателемъ [5] или судьею [6]. Названіе «неустойки» здѣсь, конечно, неумѣстно, но правовые принципы тѣ же самые.

h. Естественныя обязательства *.

1. Понятіе.

§ 39. При опредѣленіи понятія естественныхъ обязательствъ необходимо исходить изъ различія юридическаго и естественнаго

---

[1] L. 63 de V. O. 45. 1. § 38.

[2] Условіе о штрафѣ употребляется тогда какъ средство вынудить обязательство, когда послѣднее само по себѣ не можетъ быть вынуждено. Ср. § 19. 21 I de inut. stip. 3. 19, I. 38 § 2. 4. 17 D. de V. O. 45. 1. Зейфф. Arch. III. 35. 36. 39, XIII. 217, XVII. 200, XX. 221. Но см. также XII. 261. У римлянъ принадлежалъ сюда еще тотъ случай, когда обѣщаніе штрафа было присоединено къ неформальному, но отъ формъ не свободному, договору Зейфф. Arch. XXII. 127.

[3] L. 61 D. de V. O. 45. 1, l. 134 pr. D. eod., l. 2 C. de inut. spit. 8. 39. Зейфф. Arch. II. 28, III. 41, XV, 200.

[4] Въ этомъ случаѣ недостаетъ именно точки опоры для признанія обѣщающаго обязаннымъ, коль скоро онъ не предпринимаетъ тотчасъ того дѣйствія, недоставленіе котораго составляетъ условіе обѣщанія (§ 38 прим. 4), или не обязаннымъ,—если исполненіе дѣйствія дѣлается невозможнымъ безъ его вины (§ 38 прим. 9). L. 115 § 1. 2 D. de V. O. 45. 1, l. 8 eod. См. также l. 44 § 5 D. de O. et A. 44. 7, l. 68 D. de V. O. 45. 1.

[5] Ср. поименованныя въ § 38 прим. 16 мѣстъ.

[6] I. R. A. § 162. Ср. § 3 прим. 3.

*A. D. Веберъ Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeiu (1784, 5 изд 1824). R. Fr. v. Reinhardt die römische Lehre von der Verbindlichkeit im Allhemeinen und der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere (vermischte Aufsätze 3 Heft, 1827). v. d. Pfordten de obligationis civilis in naturalem transitu (1843). C. Christianzeu zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti (1844). Савиньи Obl. I § 5—14 (1851). Holtius Abhandlungen civilistischen und § 39.

воззрѣнія на предметъ. Это различіе сказывается здѣсь точно также, какъ и въ другихъ отдѣлахъ права [1]. Но эти два воззрѣнія не предполагаютъ непремѣнно противорѣчія между ними; въ нѣкоторыхъ случаяхъ они могутъ быть не противорѣчивы, и такимъ образомъ естественно обязательство можетъ быть вмѣстѣ съ тѣмъ и юридическимъ [2]. О естественныхъ обязательствахъ этого послѣдняго рода мы не будемъ говорить здѣсь; мы разсмотримъ только обязательства, которыя представляются таковыми съ точки зрѣнія естественной. Эти («только») естественныя обязательства [3] совер-

---

hanbe lsrechtlichen Inhalts, переводъ Сутро, № 1 (1852, въ органахъ появилось 1845 г.). Бринцъ krit. Blätter III стр. 12—60 (1853). Беккеръ Iagrb. d. gem. R. IV. 13 (1860). Шванертъ die Naturalobligationen des Römischen Rechts (1861). v. Scheuerl die römischen Naturaloblihationen, Iahrb. f. Dogm. VII. 6 (1865) v. Scheuerl Recension bes werkes. v. Schwanert, Krit. VIShr VI стр. 489 слѣд. См. кромѣ того Франке civilistische Abhandlungen. стр. 66 слѣд. (1826), v. Meyerfeld Lehre von den Schenkungen § 18 (1835), Büchel civilrechtliche Erörterungen II № 1. стр. 75 слѣд. (1836), Renaud Arch. f. civ. Prax. XXIX стр. 432—444 (1846), Erxleben die condictiones sine causa I стр. 118—125 (1850), v. Scheuerl Neid. krit. Zeitschrift I стр. 506—517 (1853), Унтергольцнеръ I § 6—9, Вехтеръ Würtemberg. Privatr. II стр. 480—487, Бринцъ (Lehrb.) I стр. 571—581, Спитенасъ II стр. 5—17.

[1] Источники говорятъ: obligationes naturales. Противоположность къ obligatio naturalis образуетъ obligatio civilis. Но выраженіемъ «obligatio civilis» означается также особенный видъ юридическихъ обязательствъ,—обязательства, основывающіяся на ius civile въ противоположность ius gentium, или преторскому праву (l. 5 pr. D. de pign. 20. 1, l. 1 § 1 D. de nov. 46. 2. ср. Гай III. 93). Мнѣніе Шейерла (Neid. Krit. Zeitschr. стр. 504), что выраженіе «obligatio civilis» относится въ источникахъ всегда лишь къ юридическому обязательству послѣдняго рода, а не къ обязательству вообще, опровергается, по моему мнѣнію, l. 7 § 2. 4 D. de pactis 2. 14, l. 5 § 1 D. de praescript verb. 19. 5, l. 16 § 3 въ связи съ § 4 D. de fidei. 16. 1. изъ коихъ въ особенности первое и третье мѣсто служатъ несомнѣннымъ доказательствомъ. — Выраженія «naturalis» и «civilis» означаютъ здѣсь такую же противоположность между естественнымъ и юридическимъ, какъ въ naturalis и civilis possessio и другими поименованными въ I § 148 примѣч. 12 обязательствами; ср. еще naturale-civile saeculum) Schömann Greifswalder Rectoratsprogramm 1856 стр. 5).

[2] Въ этомъ смыслѣ называется въ l. 126 § 2 D. de V. O 45. 1 обязательство по займу естественнымъ обязательствомъ, а въ l. 15 pr. D. de cond. ind. condictio ondebiti обозначается какъ naturalis. См. еще l. 5 pr. D. de auct. 26. 8. Также относится сюда l. 84 § 1 D. de R. I. 50. 17.—Въ томъ же смыслѣ обозначаетъ выраженіе «naturales liberi» не только юридическихъ дѣтей (дѣтей отъ конкубината), но и тѣхъ юридическихъ дѣтей, которыя суть въ тоже время естественныя (не усыновленныя) дѣти.

[3] Выраженіе «obligatio tantum naturalis» встрѣчается въ l. 5 pr. D. de pign 20. 1.

шенно чужды праву. Въ обыденной жизни считается обязательствомъ и даже правомъ требованія многое такое [4], что для права совершенно безразлично. Съ другой стороны, есть другія («только») естественныя обязательства, которыя не чужды и праву; если оно и не вполнѣ признаетъ, то оно и не совсѣмъ игнорируетъ ихъ, а считаетъ ихъ въ томъ или другомъ отношеніи обязательными. Объ обязательствахъ этого рода мы и будемъ говорить здѣсь. Если ихъ называютъ вообще естественными, то это происходитъ отъ того, что, съ одной стороны, признаваемыя правомъ естественныя обязательства суть вмѣстѣ съ тѣмъ и юридическія, а съ другой стороны само собою разумѣется, что если въ правовѣдѣніи говорятъ о естественныхъ обязательствахъ, то не такихъ, которыя чужды всякаго юридическаго характера [5]. Ихъ можно называть обязательными не въ точномъ смыслѣ [6].

---

[4] Говорятъ, напримѣръ, я долженъ такому-то господину контръ-визитъ; другъ можетъ требовать отъ друга, чтобъ онъ сказалъ ему правду. Не слѣдуетъ упускать изъ виду и неодобряемыя закономъ обязательства, напр. обязательства, возникающія изъ запрещенной игры.

[5] Мнѣнія о смыслѣ, въ которомъ источники говорятъ объ obligatio naturalis, расходятся. (Ср. подробное изложеніе у Шванерта стр. 7—66). По одному, весьма сильно распространенному мнѣнію, наименованіе обязательства naturalis указываетъ на признаніе его въ естественномъ правовомъ порядкѣ каковой порядокъ, понимается многими весьма различно,—какъ ius naturale въ смыслѣ естественнаго права (Веберъ), какъ ius naturale въ смыслѣ ius gentium (Савиньи, ф. д Пфордтенъ, Эрклебенъ, Спитенисъ, Пухта, Арндтсъ), какъ aequitas (Шейерлъ въ Heit. Krit. Zeitschr.). Не подлежитъ также никакому сомнѣнію, что источники дѣйствительно говорятъ въ этомъ смыслѣ объ obligatio naturalis, именно тогда, когда они хотятъ обозначить civilis obligatio какъ naturalis (ср. съ l. 15 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l 14 eod., но также l. 64 eod.) Но не видно, чтобы они этотъ смыслъ всегда связывали съ выраженіемъ naturalis obligatio и тогда, когда они желаютъ указать на неполноту, несовершенство обязательства, ибо обыкновенно естественный юридическій порядокъ признается и ius civile, а когда онъ не признается, то вполнѣ. Въ виду этого другіе приняли иной смыслъ для obligatio naturalis, и въ обозначеніи обязательства какъ naturalis находили непосредственное указаніе на его юридическое несовершенство (Бюхель, Гольтіусъ, Шванертъ, Беккеръ). Взглядъ этотъ долженъ бороться съ трудностью доказывать, потому именно несовершенное обозначается какъ естественное (ср. Бюхель стр. 60, Гольтіусъ стр. 5, Шванертъ стр. 231, Беккеръ стр. 328). Изложенный въ текстѣ взглядъ разрѣшаетъ эту трудность, освобождая въ тоже время отъ необходимости принимать для obligatio naturalis двоякій смыслъ. Взглядъ этотъ выходитъ изъ представленія, д вольно неопредѣленнаго для совмѣщенія въ себѣ всего того, что источники дѣйствительно обозначаютъ выраженіемъ naturalis obligatio, изъ представленія естественнаго пониманія. Естественное представленіе примыкаетъ ближайшимъ образомъ къ основанному на природѣ вещей, къ данному самой природой вещей, и старается по возможности вѣрно возстановить таковое; naturalis obligatio

2. Юридическое значеніе.

§ 40. Юридическое значеніе естественныхъ обязательствъ прежде всегоотрицательное. Естественноеобязательство не даетъкредитору

въ этомъ смыслѣ есть въ то же время obligatio естественнаго юридическаго порядка. Но естественное пониманіе должно принять за благо то, что право его исправляетъ и отказываетъ ему въ нѣкоторыхъ его требованіяхъ; тогда naturalis obligatio является настолько обязательствомъ порядка, съ которымъ право расходится, сколько обязательствомъ съ юридическимъ основаніемъ (ratio). Въ этомъ смыслѣ понимаетъ и Бранцъ obligatio tantum naturalis (Pand. стр. 577); точно также и Христіанзенъ (стр. 27. 84. 118). Ср. также Пухта Inst III стр. 69. Въ сущности согласенъ съ этимъ теперь и Шейерлъ въ трактатахъ, помѣщенныхъ въ Jahrs. f. D gmatik и krit. VISchr. Взглядъ Шейерла отличается отъ изложеннаго здѣсь взгляда лишь тѣмъ, что онъ въ частномъ признаніи теоріи неюридическаго разума, къ которой и онъ сводитъ naturalis obligatio, видитъ незаконченное развитіе римскаго права, законченность которой вела бы къ признанію естественныхъ обязательствъ гражданскими, и устранила бы вполнѣ различіе между obligationes civiles и obligationes naturales. Въ этомъ смыслѣ считаетъ Шейерлъ naturalis obligatio (въ собственномъ смыслѣ, см. сейчасъ ниже) специфическимъ римскимъ институтомъ, для котораго нѣтъ болѣе мѣста въ современномъ правѣ (Jahrb. f. Dogm. стр. 352—353). Эта теорія Шейерла не оправдывается предлежащимъ матеріаломъ источниковъ (§ 42), и я не думаю, чтобъ положительное право могло когда либо совершенно отказаться отъ признанія обязательствъ не въ собственномъ смыслѣ (uneigent, liche Obligationen). Съ другой стороны совершенно вѣрно замѣчаніе Шейерла, что naturalis obligationes могутъ имѣть мѣсто и въ положительномъ правѣ тогда, когда право это отказываетъ въ данномъ случаѣ обязательству лишь въ опредѣленномъ дѣйствіи, напр. въ искѣ, оставляя за нимъ другія дѣйствія. Этотъ случай имѣетъ мѣсто при SC. Macidonianum и равносильныхъ ему постановленіяхъ, если таковыя есть (§ 42 примѣчаніе 22).

« Что naturalis obliratio не есть собственно obligatio, на это указываютъ источники довольно опредѣлительно. L. 10 D. de V. S 50. 16:—«quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum». L. 16 § 4. D. de fidei. 46. 1;—«licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per adusionem intellegi possunt debitores». L. 41 D. de pec. 15. 1. «Nec servis quicquam debere potest nec servopotest doberi, sed cum eo verbo abutimus, factum magis demonstramus, quam, ad ius civile referimus obligationem». Въ этомъ смыслѣ и говорится въ l. 95 § 4 D. de sol. 46. 3, что naturalis obligatio основывается лишь на vinculum acquitatis.—Предостерегать слѣдуетъ противъ мнѣнія Шваперта (стр. 225—230), что въ naturalis obligatio признана юридически лишь обязанность, которой не соотвѣтствуетъ какое либо право. Право не знаетъ обязанностей безъ соотвѣтствующихъ имъ правъ; оно знаетъ лишь обязанности, какъ корреляты извѣстныхъ правъ. Предоставляя право, оно можетъ, конечно, выходить изъ положенія, что обязанность уже обоснована, но коль скоро оно признаетъ эту обязанность то оно даетъ и право.

(если вообще здѣсь можно говорить о кредиторѣ[1]) права иска[2]. Это право несовмѣстно съ понятіемъ о естественномъ обязательствѣ; кто въправѣ осуществить свою волюприпосредствѣ высшей власти, располагающей, вслучаѣ надобности, и мѣрами принужденія,—тому ничего не достаетъ до полновластія права: онъ имѣетъ таковое не только съ естественной, но и съ юридической точки зрѣнія. Съ другой стороны, право иска есть такое необходимое предположеніе для осуществленія полномочія представляемаго правомъ[3], что тамъ, гдѣ нѣтъ этого права, можно говорить только о правѣ не въ точномъ смыслѣ этого слова. Такова *отрицательная* сторона естественныхъ обязательствъ; *положительно* юридическое значеніе ихъ нельзя опредѣлить однимъ общимъ для всѣхъ случаевъ правиломъ; юридическое содержаніе каждаго естественнаго обязательства должно быть опредѣлено отдѣльно[4]. Можно сказать только то, что естественное обязательство, за исключеніемъ права иска, можетъ имѣть все то значеніе, которое принадлежитъ всякому юридическому обязательству[5]. Въ частности надлежитъ указать слѣдующее[6]:

---

[1] L. 42 § 1 D. de O. et A. 44. 7. «Creditores eos accipere debemus qui aliquam actionem.... habent....» Ср. L. 10. l. 108. l. 178 § 3 D. de V. S. 50. 16, l. 16 § 4 D. de fidei. 46 1. § 40.

[2] L. 16 § 4 D. de fidei. 46. 1 (примѣч. 11), l. 94 § 3 D. de sol. 46. 3.

[3] Хотя оно не принадлежитъ понятію права.

[4] Положеніе это имѣетъ громадную важность для яснаго пониманія ученія объ естественномъ обязательствѣ. Естественное обязательство не имѣетъ точно опредѣленнаго содержанія какъ юридическое. Изъ того, что нибудь обозначается въ источникахъ какъ naturalis obligatio, или что ему въ томъ или другомъ отношеніи присвоивается юридическое значеніе, нельзя безъ дальнѣйшаго заключить, что оно нашло себѣ юридическое признаніе во всемъ объемѣ, который вообще возможенъ въ естественномъ обязательствѣ. Въ частности признавалось это всегда, въ особенности въ томъ отношеніи, что отъ естественныхъ обязательствъ въ собственномъ смыслѣ отличали обязательства не въ собственномъ смыслѣ, которымъ приписывали слабѣйшее дѣйствіе. Такого взгляда Саппиньи (§ 12) и Шванертъ (§ 9—11), который съ этимъ различіемъ ставитъ въ связь naturaliter debere Но слѣдуетъ идти и дальше и выставить положеніе, что юридическое содержаніе каждаго естественнаго обязательства должно быть установлено отдѣльно. Этой точки зрѣнія придерживался и Шванертъ, и въ этомъ я вижу главную заслугу его книги. Ясно, что послѣдовательное поведеніе этой точки зрѣнія дѣлаетъ излишнимъ всякое отличіе приведенному выше. Ср. кромѣ того Бринцъ Krit Blätter III стр. 57, Снитенисъ II стр. 11—16, Келлеръ Iahrb. d. gem. K. IV. 382—383, Беккеръ тамъ же стр. 402.

[5] Бринцъ (Krit. Blätter III. Стр. 48—50) обнимаетъ юридическое значеніе естественнаго обязательства въ слѣдующей формулѣ: оно исполнимо (erfüllbar), т. е. оно юридически признается обязательствомъ для относящагося къ нему акта исполненія. Точно также Шванертъ стр. 222—225. Я не считаю эту формулировку удачной;

1) Естественное обязательство можетъ быть разсматриваемо, какъ увеличеніе состава имущества для кредитора и уменьшеніе таковаго для должника [7].

2) Юридическое значеніе естественныхъ обязательствъ можетъ сказываться въ томъ, что учиненное по нимъ исполненіе разсматривается, какъ таковое, а не какъ дареніе [8], или съ какой нибудь другой точки зрѣнія [9].

3) Естественное обязательство можетъ дать кредитору право удержать себя въ данномъ положеніи [10]. Сюда принадлежитъ прежде всего право удержанія за собой всего того, что было по-

---

ибо поручительство и закладъ можно называть актами исполненія лишь съ большими ограниченіями, существо же компенсаціи состоитъ не въ томъ, что ею исполняется и обязательство, а въ томъ лишь, что кредиторъ получаетъ посредствомъ нея удовлетвореніе противъ воли должника.—Шейерлъ (Jarb. f. Dogm. стр. 328 слѣд., Krit. V. I Schr. стр. 516 слѣд.) выставляетъ, вмѣсто Брянцовской формулы, другую: naturalis obligatio признаваемо (anerkennbar); юридическая сила, принадлежащая naturalis obligatio, «принадлежитъ ему не само по себѣ, а вслѣдствіе признанія» (Jahrb. стр. 332). И въ deductio и compensatio требуется лишь признаніе. Однакоже признаніе съ непосредственнымъ слѣдствіемъ имущественнаго ущерба и *требуетъ* признанія! Правда, Шейерлъ говоритъ въ другомъ мѣстѣ (Jahr. стр. 334) naturalis obligatione не заключаетъ въ себѣ ни «права требованія, ни какого нибудь другаго юридическаго обязательства». Христіанзенъ отказываетъ естественному обязательству во всякомъ самостоятельномъ юридическомъ дѣйствіи, находя основаніе тѣхъ юридическихъ дѣйствій, которыми оно окружено, единственно въ свободной волѣ должника. Какъ онъ за симъ объясняетъ solut retentio и при ошибочномъ принятіи civilis obligation компенсацію, слѣдуетъ читать у него самаго (ср. въ особенности стр. 17—21. 128. 138)

[6] Ср. Савиньи стр. 45—50, Шванертъ стр. 187—232.

[7] Такъ бываетъ при исчисленіи peculium'a; оно настолько больше, насколько владѣлецъ его можетъ требовать отъ собственника онаго, и насколько меньше, настолько онъ послѣднему долженъ. L. 7 § 6. 7 l. 6 § 2. 4. l. 17 i. f. D. de pec. 15. l. 38. § 1. 2 D. de cond. iud. 12. 6, l. 20 § 2 D. de statulib. 40. 7 (примѣч. 12). Далѣе, при исчисленіи наслѣдства, когда естественный кредиторъ сдѣлался наслѣдникомъ естественнаго должника или наоборотъ. L. 95 § 2 D. de col. 46. 3. См., съ другой стороны, l. 1 § 17 D. ad. leg. Falc. 35. 2, l. 25 § 11 D. de H. P. 5. 3.

[8] L. 19 § 4 D. de don. 39. 5. Ср. ф. Мейерфельдъ Lehre von den Schenkungen § 18.

[9] L. 21. pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 44 D. de sol. 46. 3 (естественный кредиторъ завѣщалъ что нибудь естественному должнику подъ условіемъ исполненія имъ своего долга; исполненное не разсматривается какъ condicionis imolendae gratia datum).

[10] Естественное обязательство не годится для возраженій, но годится для защиты. Ср. l. 94 § 3 D. de sol. 46. 3.

лучено во исполненіе такого обязательства [11]; далѣе оно даетъ право устранить предъявленное кредиторомъ требованіе ссылкою на такое естественное обязательство [12].

4) Естественное обязательство можетъ составить достаточно основанія для такого юридическаго отношенія, существованіе котораго предполагаетъ обязательство, напримѣръ: залогъ [13], поручительство [14], возобновленіе обязательства [15], послѣдующее обѣщаніе исполнить обязательство [16].

---

[11] L. 16 § 4 D. de fidei 46. 1 «Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Я понимаю это мѣсто, о которомъ весьма много говорили, и повторенное въ l. 10 D. de O. et A. 44. 7, слѣдующимъ образомъ. Если приходится опредѣлить, существуетъ ли естественное обязательство или нѣтъ, то нельзя ограничиться разсмотрѣніемъ лишь того, имѣетъ ли мѣсто actio, но нужно обращать вниманіе и на то, имѣетъ ли мѣсто soluti retentio. Другія мнѣнія у Вангерова III стр. 5, Савиньи стр. 40—41, Шпвнеретъ стр. 83 слѣд., Франке Commentar zum Pandektentitel de her. pet. стр. 294 въ примѣчаніи. Ср., кромѣ поименованнаго мѣста, l. 3 § 7 D. quod quisque iuris 2. 2, l. 42 pr. D. de iurei 12. 2, l. 13 pr. l. 19 pr. l. 26 § 12 l. 88 § 1. 2 l. 41. l. 60 pr. l. 64 D. de cond. ind. 12. 6. Недопущеніе обратнаго требованія относится не только къ тому случаю, когда исполняющій зналъ, что онъ юридически не должникъ — это разумѣется тогда само собою, — но и къ тому случаю, когда онъ ошибочно считалъ долгъ юридическимъ. L. 40 pr. l. 64 D. de cond ind. 12. 6. Но понятно, что обратное требованіе не исключается тогда, когда естественный должникъ желалъ исполнить совершенно иное обязательство, чѣмъ то, существованіе котораго онъ по заблужденію принялъ. Объ этомъ случаѣ нужно понимать l. 20 D. de SC. Maced. 14. 6, которая трактуетъ объ исполненіи совершеніемъ новаго обязательства (обновляющій обязательство считаетъ долгъ, который онъ обновляетъ, возникшимъ не изъ займа, а изъ другого основанія). Такъ Мюленбрухъ Arch. f. civ. Prax. II стр. 429; другіе взгляды у Ренауда тамъ же XXIX стр. 4 37, Дитцель SC. Macedonianum стр. 135 355, ф. Сальніусъ Novation und Delegation стр. 303 — 306, Витте Krit. VISchr. VIII стр. 202 — 208, Dueckers de SC° Macedoniam (Берлинъ 1866) стр. 85.

[12] Право компенсаціи. L. 6. D. de comp. 16. 2. «Etiam quod natura debetur venit in compensationem». Ограничивать это мѣсто обратными требованіями, возникшими изъ того же основанія, какъ это дѣлаетъ Гольціусъ стр. 28, произвольно. Ср. также l. 8 § 1 D. ratum rem 46. 8. Съ другой стороны не относится сюда l. 20 § 2 D. de statulib. 40. 7. Законъ этотъ говоритъ лишь, какъ показываетъ самое заглавіе, что при исчисленіи пекуліума, подлежатъ зачету и естественные долги господина рабу.— Право вычета при исчисленіи пекуліума, когда кредиторы его получаютъ искъ противъ собственника, см. примѣчаніе 7.

[13] L. 5 pr. l, 14 § 1 D. de pign. 20 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Ср. I § 225 примѣч. 8.

[14] L. 6 § 2 l. 7 l. 16 § 3 l. 60 D. de fidei 46. 1, l. 13 pr. D. de cond. ind. 12. 6.

[15] L. 1 D. de nov. 46. 2.

[16] L. 1 § 7 D. de pec. const. 13. 5 (§ 37 примѣч. 7).

3. Частные случаи *.

§ 41. Не всѣ частные случаи естественныхъ обязательствъ, встрѣчающіеся въ римскихъ источникахъ [1], имѣютъ и нынѣ практическое значеніе [2]. Тѣ, которыя имѣютъ таковое суть слѣдующіе:

---

* Бюхель стр. 64—119, Христіанзенъ стр. 84—114, Эрклебенъ стр. 123—134, Савиньи стр. 52—123, Бринцъ стр. 13—28, Шванертъ стр. 244—481.

[1] По мнѣнію многихъ, источники, кромѣ случаевъ, поименованныхъ ниже, признаютъ естественное обязательство и вслѣдствіе потери иска по давности, см. объ этомъ I § 112 примѣч. 5, оправдательнаго рѣшенія, см. I § 129 примѣч. 7 (Дернбургъ Compensation 2 изд. стр. 471), вслѣдствіе beneficium competentiae, см. § 268 примѣч. 11. Естественное обязательство l. 59 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 принято съ цѣлью чисто теоретическаго посредства, см. I § 249 примѣч. 4. — Естественное обязательство вслѣдствіе литисконтестаціи? Виндшейдъ die Actio Ac. стр. 56 — 58, Шванертъ стр. 424—433. Распространяется ли естественное обязательство, обезпеченное actio de peculio, и за предѣлы этого пекуліума? L. 11 D. de cond. ind. 12. 6. Бринцъ стр. 27, Эрклебенъ стр. 111—117, Шванертъ стр. 266 примѣч. 58; иначе Савиньи стр. 103—105; еще другаго мнѣнія Келлеръ Jahrb. d. gem. Rechts III стр. 177—178. — Естественное обязательство платить проценты? За таковое обязательство стоятъ Thibaut Versuche II стр. 152—169, Вангеровъ I § 76 примѣч. 2 № 2, Христіанзенъ стр. 92—96 по поводу l. 26 pr. D. de cond. ind. 12. 6. Другіе стараются избѣгнуть естественнаго обязательства тѣмъ, что они въ приведенномъ мѣстѣ предполагаютъ завѣдомый платежъ (Веберъ стр. 149 слѣд., Эрклебенъ стр. 63). Самое правильное мнѣніе, какъ полагаютъ и Унтергольцнеръ II стр. 47, Г. Витте Beveicherungsklagen стр. 69 слѣд., Спитенсъ II § 87 примѣч. 58 (во второмъ изданіи), Зейфф. Arch. XVI. 49, будетъ несомнѣнно то, которое принимаетъ, что l. 26 pr. cit. желаетъ лишь исключить обратное требованіе процентовъ, но не начисленіе ихъ на капиталъ (l. 5 § 2 l. 102 § 3 D. de sol. 46. 3, l. 18 C. de usur. 4. 32). Но въ такомъ случаѣ должно далѣе читать вмѣсто «sed» «sed et».— Естественное обязательство вслѣдствіе nudum pactum? Въ новѣйшее время увеличивается число голосовъ противъ этого. Мейерфельдъ стр. 344—346, Либе Zeitschr. f. Civ. u. Prax. XV. стр. 201, Гнейстъ formelle Verträge стр. 169 слѣд., Унтергольцнеръ I. § 23, Гольціусъ стр. 7—16, Бринцъ Krit. Blätter стр. 16—25, Беккеръ стр. 395, Іерингъ Geist des römischen Rechts I стр. 128 (136) примѣч. 45, Гиртаннеръ Stipulation стр. 401 слѣд., Шейерлъ Jahrb. f. Dogm. стр. 343—346 и Krit. VISchr. стр. 501, Кунтце, объясненія къ сочиненію Гольцшуера III стр. 7. Но есть такіе, которые стоятъ за упомянутое обязательство, именно Бюхель стр. 65—68, Савиньи стр 53—59, также Шейерлъ Heid. kritch. Zeitschr. стр. 516. По моему мнѣнію, мѣста, которыя дѣйствительно имѣютъ значеніе для настоящаго вопроса, суть: съ одной стороны—l. 1 § 2 D. de V. O. 45. 1, съ другой—l. 5 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 3. 4. C de usur. 4. 32, l. 11 § 3 D. de pign. act. 13. 7. L. 1 § 2 cit. говоритъ противъ допущенія естественнаго обязательства. Поименованныя только-что мѣста говорятъ непосредственно лишь то, что кредиторъ не обязанъ возвращать проц нты, которые ему обѣщаны по nudum pactum и что онъ можетъ доставить себѣ удовлетвореніе таковыхъ и изъ даннаго ему за-

1. Естественная обязанность къ благодарности юридически принимается въ соображеніе въ томъ отношеніи, что признано: а) что подарокъ сдѣланный одареннымъ дарителю составляетъ уменьшеніе доставленнаго ему даромъ увеличенія состава его имущества, равно какъ умаленіе пожертвованія со стороны дарителя [3]; б) доставленіе чего либо изъ признательности за спасеніе жизни не разсматривается съ точки зрѣнія дара [4].

2. Точно также не считается дареніемъ, если наслѣдникъ исполняетъ возложенныя на него наслѣдователемъ обязательства и свыше размѣра, въ которомъ онъ по закону имѣетъ право уменьшить таковое [5].

3. Данное во исполненіе нравственной обязанности, ошибочно принятой за юридическое обязательство, не можетъ быть требуемо назадъ [6]. По этому послѣдовавшее по такому обязательству пору-

---

клада. Я считаю опаснымъ видѣть въ этомъ вообще признаніе nuda pacta (ср. въ особенности l. 8 D. in quib. caus. pign. 20. 2). Ср., впрочемъ, § 65 прим. 9.

[2] Сюда относятся въ особенности естественное обязательство раба,—самый важный для римлянъ случай естественнаго обязательства, l. 14 D. de O. et A. 44, 7, l. 1. pr. M. de cond. ind. 12. 6, Савиньи стр. 59—61. Syst. II. § 65 и Beil. IV, Шванертъ стр. 244—299; далѣе естественное обязательство вслѣдствіе capitis diminutio (l. 2 § 2 D. de cap. min. 4. 5, ср. l. 8 eod., Савиньи стр. 80, Шванертъ стр. 413—424), вслѣдствіе потери иска по давности (l. 8 § 1 D. ratam rem 46. 8, l. 30 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, Савиньи стр. 98, Шванертъ стр. 433—437), естественное обязательство изъ положенія: quod quisque iuris in alterum statuerit. ut ipse eodem iure utatur, l. 3 § 7 D. tit. cit. 2. 2. Савиньи стр. 99, Шванертъ стр. 471—473).

[3] L. 25 § 11 D. de H. P. 5. 3. l. 10 § 7 i. f. D. de in rem verso 15. 3. Ср. также l. 54 § 1 D. de furtis 47. 2. Но требованіе даже дара за даръ не считается увеличеніемъ имущества, l. 25 § 11 cit.

[4] L. 34 § 1 D. de don. 39. 5 (Paul. S. R. V. 11 § 6). Сравни къ этому и предъидущему примѣчанію § 121 прим. 10. 11. Также Франке Commentar zum Pandektentitel de her. pet. Стр. 293. 594.

[5] L. 5 § 15 D. de d n. i. v. e. u. 24. 1, l. 19. 20 D. quae in fr. cred. 42. 8. Но уплоченное по ошибкѣ можетъ быть требуемо обратно, l. 5 § 15 cit. i. f., l, 9 § 5 D. de iur. e. facti ign. 22. 6. L. 1 C. ad leg. Falc. 6. 50, отказывающую въ правѣ обратнаго требованія, слѣдуетъ понимать о завѣдомомъ исполненіи. См, еще l. 62 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 C. de fideic. 6. 42, и ср. Христіанзенъ стр. 88—90, Савиньи Syst. IV стр. 83—86 (Зейфф. Arch. XXIII. 129).

[6] Это общее положеніе можно, какъ я думаю, утверждать на основаніи l. 32 § 2 D. de cond. ind. 12. 6 (жена мужу даетъ приданое) и l. 26. § 12 eod. (вольноотпущенный исполняетъ въ пользу патрона operae officiales). Сравни въ особенности l. 32

чительство [7], возобновленіе (novatio) [8], а равно залогъ и вторичное обѣщаніе исполненія по обязательству [9], имѣетъ полную силу. Исполненіе по симъ обязательствамъ не подходитъ подъ понятія даренія [10].

4. Обязательство несовершеннолѣтняго, данное безъ участія его попечителя, разсматривается какъ таковое во всѣхъ тѣхъ случаяхъ [11], когда не требуется *принужденія* должника къ исполне-

---

cit.:—«sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest». Такого же мнѣнія Пухта Inst. III стр. 66, Бюхель стр. 99, Эрклебенъ стр. 149—152. А. М. Савиньи стр 101. Съ другой стороны еще далѣе идетъ Шванертъ стр. 118—120, недопускающій обратнаго требованія во всѣхъ случаяхъ, гдѣ таковому противостоитъ соображеніе — нравственное или справедливости И Бринцъ Pand. стр. 375 считаетъ долгъ, имѣющій основаніе въ aequitas (Billigkeitsschuld), достаточнымъ для исключенія condictio indebiti.—Нѣтъ нравственной обязанности къ исполненію обязательства, которое право не признаетъ дѣйствительнымъ, напр. по недостатку формы (см. сказанное въ примѣчаніи 1 о nudum pactum), или вслѣдствіе полнаго истеченія давности (ср. I § 112 примѣчаніе 5) Я не считаю поэтому правильнымъ рѣшеніе берлинскаго оберъ-трибунала у Зейфф. Arch. XVIII. 140, что потеря векселемъ силы вексельнаго права, вслѣдствіе несвоевременнаго протеста, оставляетъ naturalis obligatio въ ущербъ подписателя.

[7] L. 7 D. de fidei. 46. 1. «Quod enim solutum repeti non potest, convenieus est, huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse».

[8] Вновь вступившій по аналогіи съ поручителемъ; если остается прежній должникъ то онъ отвѣтствуетъ уже потому, что въ новаціи заключается съ его стороны исполненіе.

[9] Со стороны третьихъ лицъ по аналогіи съ поручительствомъ. Тѣмъ болѣе обязанъ должникъ самъ отвѣчать.

[10] Зейфф. Arch. VI. 18, XX. 35 (даръ, который кто нибудь дѣлаетъ матери своихъ дѣтей, рожденныхъ внѣ брака, или бѣдной дочери своего брата, не требуетъ извѣщенія о немъ одаряемыхъ), XII. 275 (тоже о дарѣ отъ отца сыну для основанія ему самостоятельнаго существованія), XII. 167 (когда мужъ записываетъ свою жену членомъ вдовьей кассы или страховаго отъ жизни общества, то таковое дѣйствіе мужа не подходитъ подъ запрещеніе даренія между супругами).

[11] Вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ естественное обязательство несовершеннолѣтняго нашло себѣ признаніе въ правѣ, весьма споренъ. Излагаемому здѣсь среднему мнѣнію противостоятъ два крайнія воззрѣнія. 1) Обязательство несовершеннолѣтняго не нашло себѣ вовсе юридическаго признанія; мѣста источниковъ, въ которыхъ признается обязательство несовершеннолѣтняго, предполагаютъ его обогащеніе. Такъ напр. Пухта § 237. h. 2. Оно нашло полное признаніе, которое можетъ вообще доставаться на долю естественнаго обязательства. Такого мнѣнія въ особенности Савиньи стр. 61 слѣд.; кромѣ того Фрицъ Erläuter II стр 269—274, Бюхель стр 75—83 Эрклебенъ стр. 125, Шейерлъ Heid. krit. Zeitschr. стр. 507. 508, Рудорфъ Vormundsch. II стр. 280, Синтенисъ I § 17 примѣчаніе 24. Излагаемое здѣсь среднее мнѣніе защищается (по крайней мѣрѣ въ основной мысли) Глюкомъ IV стр. 66 слѣд., Веберомъ § 71, Рейнгардтомъ § 72. 73, Россгартомъ въ его Zeitschr. I стр. 130 слѣд., Брандисомъ

нію, [12] По этому-то кредиторъ не можетъ употребить такое обязательство для зачета (compensatio) [13] и обязанъ возвратить все уплоченное ему по ошибкѣ по такому обязательству [14], при чемъ безразлично, послѣдовало ли такое ошибочное исполненіе со стороны самого должника, или преемника его правъ [15], а въ случаѣ та-

---

Zeitschr. f. siv. u. Prax. VII. стр. 149 слѣд., ср. также Рудорфъ zu Puchtas Vorlesungen § 237 примѣчаніе 5, Шейерломъ, VISchr. стр. 521. Между этимъ среднимъ мнѣніемъ и воззрѣніемъ, приведеннымъ подъ 2 занимаютъ опять среднее мѣсто Келлеръ Jahrb. d. gem. Rochts. IV, 12, Шванертъ § 18, Вангеровъ I § 279 примѣчаніе (въ новѣйшемъ изданіи), съ которыми согласенъ Арндтсъ § 230 примѣч. въ концѣ. См. объ этомъ примѣчаніе 16. Своеобразенъ также Бранцъ Krit. Bl. III, стр. 15. Pand. стр. 572. Въ прежнее время старались выпутываться, дѣлая различіе между impuberes infantiae и pubertati proximi. См. Фрицъ стр. 721 примѣчаніе 78. — Начатая Гольдшмидтомъ новая обработка вопроса никѣмъ не была продолжена (Arch. f. civil. Prax. XXXIV. 17 (1856).

[12] a) Обязательство несовершеннолѣтнихъ обозначается какъ naturalis obligatio въ l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2., l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 25 § 1 D. quando dies 36. 2. l. 95 § 4 D. de sol. 46. 3.—b) Если кто нибудь завѣщаетъ то, что ему долженъ несовершеннолѣтній, то завѣщаніе недѣйствительно потому, что онъ завѣщанное обозначалъ какъ должное, l. 25 § 1 D. quando dies 36.—c) Заключенный съ несовершеннолѣтнимъ договоръ купли разрушаетъ при in diem addictio прежнюю куплю, 14 § 3 D de in diem addic. 18. 2.—d) Исполненіе несовершеннолѣтнимъ своего обязательства не подходитъ ни подъ точку зрѣнія даренія, ни подъ какую либо другую юридическую точку зрѣнія, а лишь подъ понятіе даренія, l. 19 § 4 D. de don 39. 5. l. 21 pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2, l. 44 D. de sol. 46. 3.—e) Потеря обязательствъ есть потеря его цѣнности,, l. 95 § 2 D. de sol. 46. 3.—f) Ручавшійся за такое обязательство несетъ отвѣтственность, l. 2 D. de fidei 46. 1, l. 35 D. de rec. 4. 8. l. 127 D. de V. O. 45. 1, l. 95 § 4 D. de sol. 46. 3 (o l. 35 D. de fidei, см. Гиртаннеръ Bürgsch. стр. 21 слѣд.).—g) Оно можетъ быть обновляемо и можетъ обновлять l. 1 § 1 D. de nov. 46. 2, § 3 I quib. mod. tollitur 3. 29.

[13] Противоположное не доказывается l. 3 § 4 D. de neg. gest. 3. 5. Въ этомъ мѣстѣ содержится лишь положеніе, что несовершеннолѣтній не можетъ требовать долга, возникшаго изъ извѣстнаго факта, не исполняя собственнаго обязательства, возникшаго изъ этого же факта. Противъ права компенсаціи естественнаго кредитора говоритъ также l. 4 § 4 D. de doli exc. 44. 4 (Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. стр. 375 примѣч. 3). Что несовершеннолѣтнему не можетъ быть противопоставлено pactum de non petendo,—объ этомъ говоритъ l. 28 pr. D. de pact. 2. 14.

[14] L. 41 D. de cond. ind. 12 6, l 13 § 1 eod. Въ этомъ смыслѣ говорится въ l. 59 D de O. et A 44. 7: «Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem iure naturati obligatur.

[15] Несправедливо утверждали противоположное на основаніи l. 64 pr, D. ad. SC.

кого исполненія со стороны самого должника, все полученное подлежитъ возвращенію независимо отъ того, послѣдовало ли исполненіе до или послѣ достиженія совершеннолѣтія, безъ или съ согласія опекуна [16].

Естественное обязательство по договору займа, сдѣланнаго вопреки мацедоніановскаго сенатскаго указа [17], исключаетъ право требовать обратно данное въ исполненіе сего обязательства [18] и составляетъ достаточное обязательство для поручительства, залога, новаціи и послѣдующаго обѣщанія исполнить таковое [19]. Но залогъ, новація и вторичное обѣщаніе, данные по такому обязательству самимъ должникомъ, тогда только имѣютъ силу, когда они послѣдовали уже послѣ освобожденія его изъ подъ родительской власти [20]. Та-

---

Treb. 36. 1. Брандисъ стр. 152 не допускаетъ послѣдовательно, на основаніи этого мѣста, право несовершеннолѣтняго обратно требовать даже тогда, когда на мѣсто кредитора вступаетъ наслѣдникъ.

[16] Это отрицаютъ не только тѣ, которые присвоиваютъ естественному обязательству несовершеннолѣтняго полную силу, но и Келлеръ, Швангертъ, Вангеровъ (примѣч. 11). Они полагаютъ, что право обратнаго требованія основано лишь на отсутствіи въ несовершеннолѣтнемъ способности отчуждать, но не на ошибочномъ представленіи о юридическомъ обязательствѣ (ср l. 29 D. de cond. ind. 12. 6.). По моему мнѣнію, въ источникахъ лежитъ здѣсь противорѣчіе. На одной сторонѣ стоятъ l. 41. D. de cond ind 12. 6 («quia nec natura debet»). l. 13 § 1 eod. («et locupletior factus est»), 159 D. de O et A. 44. 7 («pupillus... ne quidem iure naturali obligatur), на другой—l. 42 pr. D. de iurei. 12. 2, l. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Я не считаю возможнымъ примиреніе безъ натяжки. Поэтому слѣдуетъ сказать, что поименованныя мѣста источниковъ взаимно уничтожаются и что согласно съ этимъ нѣтъ доказательства въ пользу исключенія права обратнаго требованія при ошибочной уплатѣ долга несовершеннолѣтнимъ.

[17] Саваньи стр. 77, Швангертъ § 17. Дитцель SC-um Macedonianum стр. 138—150. Dueckers de SC-te Macedoniano (Берлинъ 1866) стр. 70—102.

[18] L. 9 § 4 D. de SC Mac. 14. 6, l. 26 § 9 l. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 14 D. de R. C. 12. 1. l. 19 D. de nov. 46. 2.

[19] L. 9 § 3—1. 11 l. 18 D. de SC. Mac. 14 6, l. 9 pr. eod, l. 2 D. quae res pignori 20. 3, l. 2 C. ad SC. Mac. 4 28 (ср. объ этомъ мѣстѣ § 126 примѣч. 18). О l. 20 D. de SC. Mac. см. § 41 примѣч. 11. Дѣйствительность обѣщанія исполненія не выражена положительно, но она несомнѣнна. Ср. впрочемъ l. 2 c. Cit.: «vel alias agnovit». А. М. Дитцель стр. 126. 131.—По правилу нельзя принуждать поручителя къ платежу, если онъ имѣетъ регрессъ къ главному должнику (l 9 § 3 cit.). Въ подобномъ случаѣ принадлежитъ и третьему закладчику exceptio SC-i, l. 2. D. quae res pignori 20. 2.

[20] Отдача въ залогъ до прекращенія отеческой власти уже потому недѣйствительна, что отдающій въ залогъ не имѣетъ ни собственности, ни способности къ распоряженію, ср. l. 9 pr. D. de SC. Mac, 14. 6. («si paterfamilias factus»). Но тоже придется ска-

кое обязательство не даетъ однакожъ кредитору права зачета [21]. Сомнительно, слѣдуетъ-ли допускать естественныя обязательства въ тѣхъ случаяхъ, когда заключеніе обязательствъ воспрещено предписаніями, сходственными мацедоніановскому сенатскому указу [22].

6. Естественное обязательство между отцомъ и состоящими въ его родительской власти дѣтьми, владѣющими отдѣльными имуществомъ (peculium), т. е. имуществомъ, находящимся въ рукахъ дѣтей,

---

зать о недѣйствительности обязательныхъ сдѣлокъ на основаніи l. 2 C. ad SC. Mac. 4. 28, въ которомъ заключеніе a contrario наврядъ-ли можно отклонить (§ 126 примѣч. 18). Ср. Вехтеръ Würtemb. Privatr. II стр. 488, Дитцель стр. 120 слѣд., Dueckers l. c. p. 77 слѣд.

[21] Господствующее мнѣніе признаетъ и это право. Но на право компенсаціи нигдѣ не указано. И если должникъ можетъ быть принужденъ къ оставленію въ пользу вѣрителя того, что онъ ему далъ, то слѣдуетъ ли изъ этого, что его можно принудить оставить ему и то, что онъ ему не давалъ? Противъ права компенсаціи—Унтергольцнеръ 1 стр. 149, Синтенисъ II стр. 544, Шейерлъ Jahrb. f. Dogmat. стр. 341—342. krit. VISchr. стр. 529.

[22] Попытки къ подобному распространенію дѣлали римскіе юристы, которые видятъ основаніе, почему мацедоніановское постановленіе оставляетъ въ силѣ естественное обязательство въ томъ, что постановленіе это издано въ наказаніе кредитору, а не въ пользу должника (l. 9 § 4 D. SC. Maced. 14. 6); въ связи съ этимъ, они выставляютъ общее положеніе: естественное обязательство остается всегда, когда обязательство объявляется недѣйствительнымъ лишь въ наказаніе кредитора (l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 14 6). Но извѣстно, какъ опасно понимать буквально подобныя абстрактныя изреченія римской юриспруденціи (Ср. I § 123 примѣч. 8). И дѣйствительно, почему закону, отказывающему, въ видѣ наказанія, въ правѣ требованія, имѣть необходимо тотъ смыслъ, что право требованія теряется лишь отчасти? Этотъ взглядъ находитъ себѣ, конечно, примѣненіе въ l. 3 § 2. 7 D. quod quisque iur. 2. 2; но безъ ссылки на карательный характеръ опредѣленія. Излагаемаго здѣсь мнѣнія придерживаются Кирульфъ стр. 27. 186, Савиньи Syst. V стр. 375—377, Эрклебенъ стр. 130, Дитцель стр. 139—141, Синтенисъ I § 32 примѣчаніе 43 и II § 82, примѣчаніе 15; и въ сущности—также Швапертъ стр. 350. 471 слѣд., который хочетъ, правда, дать правилу общее примѣненіе, но при этомъ онъ принимаетъ въ соображеніе особенную волю отдѣльнаго закона. За ограниченное примѣненіе: Вангеровъ I § 133 и III § 574 примѣчаніе 2 подъ № 1 (если отказано въ правѣ иска), Христіанзенъ стр. 106—111 (если кредитору угрожается потерей права требованія на тотъ конецъ, чтобы удержать его отъ вступленія въ сдѣлку), Шейерлъ Jahrb. f. Dogm. стр. 343 (при эдиктѣ о ius iniquum и при decretum D. Marci, ср. стр. 353). За безусловное примѣненіе: Унтергольцнеръ I стр. 511, ср. d. Пфордтенъ § 9, прежде также Шейерлъ Heid. krit. Zeitschr. стр. 514. Особенный взглядъ у Франке стр. 71 — 73. Савиньи пытался прежде поставить на мѣсто этого правила другое, состоящее въ томъ, что естественное обязательство остается тогда, когда дѣйствіе обязательства исключено въ силу предпи-анія ius civile въ противоположность къ ius gentium. Мнѣніе это онъ, какъ кажется, оставилъ впослѣдствіи. Ср. Syst. стр. 377—379 съ Obl. I стр. 78. Сходно съ Савиньи Fein Arch. f. civ. Pr. XXVI стр. 387 слѣд.

но юридически принадлежащему отцу [23]. Это имущество, принадлежа къ составу имущества отца, фактически является имуществомъ дѣтей. Отсюда съ естественной точки зрѣнія возникаетъ вопросъ между собственнымъ имуществомъ отца и особымъ имуществомъ дѣтей,—отношеніе, которое юридически сказываются: 1) въ томъ, что имущество это принимается въ соображеніе, когда приходится разсматривать отдѣльныя имущества дѣтей по отношенію ихъ къ правамъ третьихъ лицъ [24]; 2) въ томъ, что отношенія эти составляютъ достаточно основанія для поручительства, залога, вторичнаго обѣщанія и новаціи [25]. Прекращеніемъ родительской власти эти обязательныя отношенія не усиливаются [26].

Примѣчаніе. Обязательства между отцомъ и дѣтьми, не имѣющія отношенія къ сказанному особому имуществу ихъ, суть не естественныя, а юридическія. [27]

---

[23] Такъ называемое peculium profeciticium, см. § 237 примѣч. 2 и 4, § 271 примѣч. I. Шванертъ стр. 309 слѣд. ср. д. Пфордтенъ Abhandlungen aus dem Pandetenrechte № 2. (Maudry, Begriff und Wesen des Peculium стр. 54 слѣд. 82 слѣд).

[24] Въ особенности въ виду кредитор въ при actio de peculio (§ 237 прим. 14. 15); далѣе, въ виду того, кому отецъ завѣщалъ отдѣльное имущество (l. 5 l. 6 § 4 D. de pec. leg. 33. 8, l. 6 pr. § 1. 4. 5 l. 7 l. 8 § 1. 2 l. 9 § 1. 2 l. 10 l. 16 l. 21. l. 22 pr. D eod).

[25] L. 3 § 7 D. de pec. 15. 1 (ср. § 1. I de fidei. 3. 20, l. 56 § 1 D. de fidei. 46. 1, l. 34 § 8 D. de sol. 46. 3) признаетъ положительно возможность поручительства за пекуліарный долгъ, и такое поручительство имѣетъ то значеніе что даетъ отцу возможность доставить себѣ то, чего онъ не могъ безъ этого получить. По аналогіи съ поручительствомъ должны имѣть юридическую силу и закладъ, обѣщаніе исполненія, новація. См. также l. 11 § 1 D. de pec. 15. 1. Съ другой стороны, поручительство (и по аналогіи съ нимъ — залогъ, а также обѣщаніе исполненія) не имѣетъ для пекуліарнаго требованія юридической силы, такъ какъ здѣсь отецъ представляетъ въ одномъ лицѣ и кредитора и должника, l. 56 § 1 cit. (ср. l. 71 eod.).

[26] Отсюда объясняется просто знаменитая l. 38 D. de cond. ind. 12. 6 (l. Frater a fratre). Ср., впрочемъ, ф. д. Пфордтенъ стр. 172 слѣд. Мнѣніе этого писателя (стр. 184 слѣд.) будто § 2 поименованнаго мѣста связываетъ *требованіе* дитяти съ его личностью, какъ таковой, а не съ пекуліумомъ, неосновательно; см. напротивъ Сантенисъ III § 142 прим. 19 L. 64 D de cond. ind. 12. 6, l 14 D. de O. et. A. 44. 7, слѣдуетъ понимать о случаѣ отсутствія пекуліума.

[27] По первоначальному римскому праву не было вообще возможно юридическое обязательство между отцомъ и дитятей, находившимся подъ отеческой властью (l. 4. 11 D. de iud. 5. 1. I. 16 D. de furtis 47. 2, l. 2 pr. D. de contr. emt. 18 1, § 6. I do inut. stip. 3. 19). Ибо обязательство предполагаетъ двѣ самостоятельно

Изъ сказаннаго объ естественныхъ обязательствахъ видно, что это суть такія-же точно обязательства, какъ и всякія другія, но отличаются отъ нихъ только тѣмъ, что не даютъ права иска.

Обязательства этого рода извѣстны и нашему законодательству. При дѣйствіи прежняго порядка судопроизводства законъ (т. X ч. 1 ст. 2226), положительно признавалъ таковыми обязательства изъ словесныхъ договоровъ личнаго найма. Законъ не давалъ имъ судебной защиты, но тѣмъ не менѣе признавалъ ихъ обязательными въ томъ, напримѣръ, смыслѣ, что все уплаченное по такому обязательству не могло быть требуемо назадъ.

Впрочемъ, при дѣйствіи уставовъ 20 ноября и эти обязательства получили право иска и сдѣлались вполнѣ юридическими (см. «Сводъ» I, 555; contra: 552—554).

Но кромѣ сказанныхъ обязательствъ естественными обязательствами слѣдуетъ признавать по нашему праву и многія другія. Таковыми слѣдуетъ считать, какъ и въ римскимъ правѣ, обязательства, выданные въ несовершеннолѣтствѣ. Законъ (т. X ч. 1 ст. 222) отказываетъ въ искѣ по нимъ; отсюда слѣдуетъ, что если было учинено по нимъ исполненіе, то уплаченное не можетъ быть требуемо назадъ.

Естественно-юридическій характеръ этихъ обязательствъ сказывается еще въ томъ, что они, опять-таки какъ и въ римскомъ правѣ, могутъ служить основаніемъ для послѣдующаго обѣщанія, возобновленія обязательства, а равно для залога.

противостоящія другъ другу имущественныя сферы; но такого имущества дитя не имѣло по отношенію къ отцу. Мало-по-малу дитя пріобрѣтало, конечно, такую имущественную самостоятельность (peculium castrense и quasi castrense, т. наз. peculium adventicium), и насколько оно пріобрѣло ее, слѣдуетъ признать возможность юридическаго обязательства между нимъ и отцомъ. Возможность эта явствуетъ положительно изъ источниковъ относительно peculium castrense (l. 4 D. de iud. 5. 1, l. 2 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 15 § 1. 2 D. de castr. pec. 49. 17): но ее слѣдуетъ допустить и для peculium adventicium, хотя компиляторы упустили извлечь нужную послѣдовательность. Такимъ образомъ, для естественнаго обязательства остаются лишь: 1) случай дѣловыхъ отношеній между отцомъ и отдѣльнымъ имуществомъ сына, какъ таковымъ; 2) случай, когда дитя, не имѣя отдѣльнаго имущества, пріобрѣтаетъ требованіе противъ отца изъ имущества его—ибо для пріобрѣтенія изъ имущества отца оставалась прежняя неспособность l. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61), и такимъ образомъ такое требованіе, пріобрѣтенное дитятей, становится peculium profecticium. Ср. § 272 прим. 5, § 237 прим. 2, а о различнихъ мѣстахъ—ф. д. Шфордтенъ Abhand. стр. 141 слѣд., Шванертъ стр. 332 слѣд., Зейфф. (Pand.) § 483, Синтенисъ III § 142 прим. 8, Арндсъ § 435. 436.

Это свойство сихъ обязательствъ сознается, хотя пока еще смутно, и нашею кассаціонною практикою («Свода» I, 19; изд. 2 №№ 32—33).

Этотъ взглядъ сената смутно сказывается въ тѣхъ рѣшеніяхъ, въ коихъ онъ признавалъ, что *сознаніе* обязательства, выданнаго въ несовершеннолѣтствѣ, дѣлаетъ его *обязательнымъ*.

Сознаніе не можетъ, конечно, воскресить силу подобнаго обязательства, но оно можетъ получить силу черезъ вторичное обѣщаніе и новацію, если только само обязательство или эти послѣднія были даны въ установленной закономъ формѣ (сравни «Свода» I примѣч. къ № 19, изд. 2 № 32). *А. Д.*

IV. О субъектахъ обязательствъ.

Обозрѣніе.

§ 42 Субъекты обязательствъ суть, съ одной стороны, кредиторъ а съ другой стороны должникъ; при этомъ нужно имѣть въ виду:

1) Обыкновенно эти субъекты суть опредѣленные индивиды (§ 43).

2) Обѣ стороны въ обязательствѣ—и кредитора и должника—могутъ быть представляемы многими лицами (§ 44).

3) Субъекты обязательствъ могутъ измѣняться, о чемъ будетъ говорено ниже въ ученіи объ измѣненіи обязательствъ (§ 80 и слѣд.)

А. неопредѣленность субъекта *.

§ 43. Неопредѣленность субъекта обязательства представляется тогда, когда званіе кредитора и должника связано съ извѣстнымъ отношеніемъ такимъ образомъ, что всякій, вступающій въ это отношеніе, становится кредиторомъ или должникомъ, при томъ только доколѣ онъ остается въ этомъ отношеніи. Въ числѣ такихъ отношеній, обусловливающихъ званіе кредитора или должника, особенно важно отношеніе къ извѣстнымъ вещамъ, какъ напр. право собственности или иныя вещныя права, а равно владѣнія. Впрочемъ, эта искуственная связь между обязательствомъ и субъектомъ въ римскомъ правѣ менѣе выработана [1], чѣмъ въ современномъ.

---

§ 43. * Савиньи Obl. I § 15.

[1] Изъ римскаго права относятся сюда actiones noxales, такъ называемыя actiones in rem scriptae (l. § 45 примѣч. 6), и обязанность исправленія зданія, сви-

Между всѣми относящимися сюда правовыми институтами особенную важность имѣетъ принадлежащее современному праву институтъ обязательствъ по бумагамъ на предъявителя [2] и по приказамъ [3].

занная съ servitus oneris ferendi (I § 211 a примѣч. 3); въ послѣднемъ случаѣ неопредѣлено какъ лицо вѣрителя, такъ и кредитора. Другой случай неопредѣленности вѣрителя въ § 226 прим. 16. И обязанность возмѣщенія недоимочной поземельной подати относилась бы сюда, еслибъ было несомнѣнно, что римское право освобождало прежняго собственника въ той мѣрѣ, какъ обязывало новаго. Зейфф. Arch. XI. 45. См. l. 7 pr. D. de publ. 39. 4, l. 2. 3 C. sine censu 4. 47, l. 2 C. de ann. et trib. 10. 16. Ср. Дернбургъ Pfandrecht I стр. 352—354 и вообще Беккеръ Zeitschrift für Handelsr. IV стр. 508. 532—537. Произвольнаго соединенія обязательства съ поземельнымъ имуществомъ римское право не допускаетъ, l. 81 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 12 D. de ann. leg. 33. 1. Что въ современномъ правѣ (и помимо случая вещественныхъ повинностей, см. объ этомъ примѣч. 6) иначе бываетъ, утверждаетъ Meibom Jahrb. d. hem. Rechts IV стр. 457 слѣд.; противъ этого Герберъ Jahrb. f. Dogm VI стр. 279 слѣд.

[2] Ученіе о бумагахъ на предъявителя, изложеніе котораго не относится къ настоящему сочиненію, получило въ новѣйшее время очень богатую литературу: перечень ея у Теля Handelsrecht I § 54 прим. I, прибавить слѣдуетъ Кунтце Zeitschrift f. Handelsr. V. стр. 198 слѣд. VI стр. 1 слѣд., Ресслеръ тамъ же V. стр. 198 слѣд. VI стр. 327 слѣд. Главное сочиненіе: Кунтце die Lehre von den Inhaberpapieren oder Obligationen au porteur, 1857. Вопросъ, которымъ это сочиненіе связывается съ настоящимъ пунктомъ системы и который требуетъ отвѣта, состоитъ въ томъ: въ какомъ видѣ представляется право требованія съ различными кредиторами? Вопросъ этотъ получилъ весьма различное разрѣшеніе, причемъ обнаруживаются слѣдующія главныя направленія: 1) Право требованія переходитъ отъ одного кредитора къ другому посредствомъ цессіи; этимъ хотятъ выразить то, что первый кредиторъ остается собственно настоящимъ кредиторомъ, каждый же послѣдующій предъявитель пріобрѣтаетъ лишь право осуществить принадлежащее первому право требованія. 2) Право требованія переходитъ отъ одного кредитора къ другому посредствомъ частнаго преемства, т. е. каждый предъявитель есть дѣйствительный кредиторъ, но онъ все таки продолжаетъ выводить свое право изъ права своего предмѣстника 3) Никакой предъявитель не выводитъ своего права изъ права предшественника, а право требованія передвигается, въ силу присущей ему силы, чрезъ различныхъ владѣльцевъ, при чемъ оно обладаетъ возможностью существовать и безъ мгновеннаго вѣрителя (существованіе въ спокойномъ состояніи: дереликція бумаги, возвращеніе бумаги, къ должнику). 4) Каждый предъявитель пріобрѣтаетъ новое право. 5) До предъявленія бумаги нѣтъ вообще права требованія; бумага даетъ лишь право сдѣлаться кредиторомъ чрезъ предъявленіе. Третій взглядъ изложенъ въ текстѣ. Говоря о бумагахъ на предъявителя, слѣдуетъ имѣть въ виду не одни лишь требованія, но и билетъ на входъ въ театръ, на проѣздъ по желѣзнымъ дорогамъ, марки на входъ въ бани, обѣденныя марки и т. п.

[3] Главный представитель приказовъ есть вексель; ср. въ подробности HGB Art.

Отъ указаннаго выше случая нужно отличить другой, въ которомъ званіе кредитора и должника также зависитъ отъ извѣстнаго отношенія лица, но въ которомъ тотъ, кто черезъ такое отношеніе разъ сдѣлался кредиторомъ или должникомъ, окончательно остается таковымъ, независимо отъ того, продолжаетъ ли онъ оставаться въ этомъ отношеніи или нѣтъ [4]. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ представляется не неопредѣленность субъекта обязательства, а неопредѣленность первоначальнаго обозначенія этого субъекта, — неопредѣленность, которая разъясняется послѣдствіями. Этотъ случай отождествляется съ предъидущимъ тогда, когда сказанное отношеніе проявляется не одинъ разъ, а всякаго вступающаго въ оное превращаетъ въ кредитора или должника [5], такъ что всѣ возникающія изъ сего отношенія права и обязанности, разсматриваются какъ слѣдствія одного и того же права или обязательства. Между всѣми относящимися сюда правовыми институтами особеннаго вниманія заслуживаютъ реальныя обязательства, институтъ, который также относится не къ римскому праву, а къ германскому [6] *.

301—305. (Гольдшмидъ Handelsrecht I стр. 672 слѣд. 760 слѣд. 787 слѣд. 793 слѣд.). Вопросъ объ отношеніи требованія къ субъекту представляется здѣсь такимъ же, какъ въ бумагахъ на предъявителя; различіе состоитъ лишь въ томъ, что отношеніе, которое требованіе приноситъ съ собой чрезъ различныхъ кредиторовъ, иначе опредѣляется, и что акцентъ или надписаніе обосновываетъ или можетъ основать, на ряду съ обязательствомъ векселедателя, другія подобныя обязательства (обязательства съ неопредѣленными кредиторами) для акцептанта или надписателя, ср. Кунце Wechselrecht стр. 312—317.

[4] Примѣръ: завѣщаніе въ пользу того, кто вступитъ въ бракъ съ опредѣленнымъ лицомъ (§ 25. 27. I. de leg. 2. 20).

[5] Примѣръ римскаго права: соединенная съ эмфитевзисомъ или суперфиціемъ, для эмфитефты или суперфиціарія, обязанность къ платежу ежегодной подати въ пользу собственника.

[6] См. учебники нѣмецкаго гражданскаго права. Монографическія обработки этого ученія: Дункеръ die Lehre von den Reallasten (1837) Фриблабъ die Rechtstheorie der Reallasten (1860 ст. Krit. VISchr. IV. стр. 307—310). Впрочемъ, еще постоянно идетъ споръ о томъ, дѣйствительно ли составляютъ вещественныя повинности (Reallasten) обязательства, и не относятся ли онѣ, напротивъ, къ вещнымъ правамъ. См. объ этомъ вопросѣ изъ новѣйшаго времени Häberlin Zeitschr. f. deutsch. R. XVIII. 5 (1858), Герберъ Iahrb. f. Dogm. II 2 (1858) и IV 5 (1862), v. Мейбомъ Iahrb. d. gem. R. IV стр. 498 слѣд. (1860).

* См. прибавленіе I. *А. Д.*

В. Множество субъектовъ въ обязательствѣ *.

Введеніе.

§ 44. Если многія лица вмѣстѣ имѣютъ право требовать чего либо или исполнить что нибудь, то по общему правилу имѣетъ мѣсто долевое дѣленіе между ними исполненія по обязательству. Только, повидимому, каждый кредиторъ имѣетъ право требовать, и каждый должникъ имѣетъ исполнить одно и тоже, и только повидимому для всѣхъ кредиторовъ и всѣхъ должниковъ имѣетъ мѣсто одно и тоже право по обязательству; но въ дѣйствительности, какъ каждый кредиторъ имѣетъ право требовать, а каждый должникъ исполнить нѣчто совершенно отдѣльное, точно также существуетъ для нихъ совершенно отдѣльное, независимо отъ другаго обязательство.

Это дѣленіе имѣетъ мѣсто какъ и въ томъ случаѣ, когда общность правъ и обязательствъ была первоначальная, т. е. основано

---

* Риббентропъ zur Lehre von den Correal-Obligationen (1831). Савиньи Obligationenrecht I § 16—27 (1821). Бринцъ Krit. Blät. № 4 (1853). Беккеръ die processualische Consumption § 17 (1853). Rückert zur Theorie der Correal-Obligationen, Zeitschrift f. Civ. u. Pr. N. F. XII. 1. (1855). Вангеровъ III § 537 (1866). Кунтце die Obligation etc. § 30—57 (1856, ср. его въ Гольцшуеру III стр. 111—115 (1864). v. Helmolt die Correal-Obligationen (1857). Demangeat des obligations solidaires en droit romain (1858). Виндшейдъ zur Lehre von den Correalobligatonen, Krit. Ueberschau VI. 11. (1859). Fitting die Natur der Correalobligationen (1859). Stintzing zur Lehre von den Correalobligationen, krit (1861). Виндшейдъ въ krit. VISch. III. стр. 161—179 (1861). VISchr. I 18 (1859) Girtanner die Stipulation стр. 252—289 (1859). Samhaber zur Lehre von de. Correalobligation. Дворцакъ zur Lehre von der Correalobligation, Haimerl's österr VIScg. т. VIII. II. 2 (1861). О. Шенеманнъ въ Beilage zur Zeitschrift f. Civ. u. Pr. II. F. XIX стр. 9—17 (1862). Фритцъ Beitrag zur Lehre von den Correalobligationen und über den Musterfall der römischen Correalobligationen, Zeitshrift f. Civ. u. Pr. H. F. XVII. 6. XVIII. 18. XIX. 2. XXII. 12 (1860—65). Баронъ die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. R. стр. 205—391 (1864). Siebenhaar Correalobligationen nach römischem, gemeinem und sächsischem Recht (1867—1868). (Сочиненіе это объявляетъ себя какъ протестъ практики противъ теоріи, въ особенности же противъ Келлеръ-Риббентропской теоріи. Я осмѣливаюсь утверждать, что протестъ этотъ пройдетъ безслѣдно). Унтергольцнеръ I. § 86—91, Вангеровъ III § 573, Синтенисъ II § 89, Бринцъ § 142—143.—Еще въ 1829 году могло быть написано Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts стр. 262): «Не легко встрѣчать, чтобъ литература по какому бы то ни было главному пункту римскаго права была такъ бѣдна, какъ по этому». Не одинъ желалъ бы можетъ быть вернуть это состояніе.—Обозрѣнія по исторіи догмъ у Виндшейда въ названномъ трактатѣ, Дворцакъ. Замгабертъ, Фрицъ въ трактатѣ XVII. 1. § 44.

[1] Для этого послѣдняго случая дѣленіе было положительно признано въ 12 таблицахъ: l. 6 C. fam. erc. 3. 36, l. 1 C. si un. ex plur. 8. 32. Относительно случая

на томъ, что фактъ, установившій обязательство, одновременно охватываетъ многихъ лицъ, такъ точно и въ томъ случаѣ, когда эта общность есть послѣдующая, т. е. когда она имѣетъ свое основаніе въ томъ, что на мѣсто первоначальнаго кредитора или должника, посредствомъ наслѣдства, явилось нѣсколько лицъ [1]. Такое дѣленіе исполненія, а равно и права по обязательствамъ между многими лицами, не всегда однакожъ имѣетъ мѣсто. Оно невозможно, во-первыхъ, когда исполненіе по природѣ своей не допускаетъ дѣленія (см. выше § 5). Но и тамъ, гдѣ дѣленіе возможно, оно можетъ быть исключено соглашеніемъ сторонъ или постановленіемъ закона. Объ этихъ двухъ случаяхъ мы и будемъ говорить здѣсь; но они должны быть отличаемы другъ отъ друга, такъ какъ для нихъ не вездѣ имѣютъ примѣненіе одинаковые принципы. Сначала поговоримъ о послѣднемъ изъ этихъ двухъ случаевъ; исконное названіе для сего случая есть: «корреальное обязательство» [2].

Одинаковое экономическое значеніе съ корреальнымъ обязательствомъ имѣетъ другое отношеніе, юридическое строеніе котораго совершенно отлично,—отношеніе, въ которомъ при множествѣ кредиторовъ или должниковъ можетъ быть требуемо единичное исполненіе, но въ которомъ для каждаго кредитора и должника существуетъ отдѣльное право по обязательствамъ. По сходству к ономическаго значенія отношеніе это должно быть разсматриваемо совмѣстно съ корреальнымъ обязательствомъ, хотя по системѣ права оно относится къ другому отдѣлу. Для обозначенія этого отношенія обыкновенно употребляютъ выраженіе: «*только солидарное обязательство*» [3].

первоначальной общности см. l. 11 § 1 2 D. de duobus reis 45. 2, l. 5 C. si certum 4. 2, l. 1 l. 2 C. si plures 7. 55, l. 43 D. de re iud. 42. 1.

[2] Термины эти основываются на разъ встрѣчающемся въ нашихъ источникахъ названіи «correus» (въ l. 3 § 3 D. de lib. leg. 34. 3). Обыкновенно источники просто говорятъ одни или plures rei или съ прибавленіемъ credendi, debendi (l. 34 pr. D. de rec. 4. 8), или stipulandi, promittendi (очень часто)—каковыя выраженія не суть, впрочемъ, строго техническія, ср. l. 31 § 10 D. de aed. ed. 21. 1 (Риббентропъ стр. 158—169), l. 5 § 15 D. commod. 13. 6, также l. 35 D. de adm. et per. 26. 7.

[3] И корреальное отношеніе есть солидарное отношеніе, т. е. отношеніе, въ которомъ и должникъ можетъ требовать и обязанъ отвѣчать «solidum». Но корреальное

Корреальныя обязательства *.

а) правовое отношеніе.

§ 45. Корреальное обязательвтво есть одно обязательство со множествомъ субъективныхъ отношеній. [1] Здѣсь имѣется только одно обязательство, но не только для *одного* кредитора и для *одного* должника, но и въ одинаковой степени и для многихъ кредиторовъ и должниковъ, если таковые имѣются; при томъ для каждаго изъ нихъ такъ, какъ-бы онъ былъ единсвенный креди-

---

отношеніе имѣетъ, кромѣ солидарности, и другое свойство, свойство единства обязательства. Савиньи употребляетъ, для обозначенія простаго солидарнаго отношенія, выраженіе «unächte Correalität» или «unächtes Correalverhältniss». — Выраженіе, что каждый вѣритель и должникъ имѣетъ право требовать и обязанъ отвѣчать, «solidum», «согласно съ источниками (сравни напримѣръ § 1 I. de duob. reis 3. 16, l, 2 D. eod. 45. 2, l. 55 pr. D. de adm. tut. 26. 7); но оно не значитъ, что можно требовать лишь однократнаго исполненія, вслѣдствіе чего источники не стѣсняются употреблить то же выраженіе тамъ, гдѣ многіе отвѣтствуютъ изъ какого нибудь факта въ цѣломъ такъ, что каждый изъ нихъ обязанъ исполнить все обязательство, ср. наприм. . 21 § 9 D. de furt. 47. 2, l. C. de cond. furt. 4. 8. Тамъ, гдѣ источники хотятъ сказать, что можно исполнить только разъ, они говорятъ, что многіе кредиторы, или должники имѣютъ право требовать или обязаныисполнить «idem», «eandem pecuniam», ср. напр. l. 21 § 5 D. de pact. 2. 14, l. 12 § 3 D. de inoff. 5. 2, l. 17 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 2, l. 18. l. 19 D. de duob. reis 45. 2, l. 38 pr. l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 52 § 3 D. de fidei. 46. 1.

* Inst. 3. 16 de duobus reis stipulandi et promittendi. Dig. 45. 2 de duobus reis constituendis. Cod. 8. 40 de duobus reis stipulandi et promittendi. § 45.

[1] Формула эта для обозначенія существа корреальнаго обязательства была въ первый разъ построена Келлеромъ (über Litiscontestation und Urtheil стр. 446 слѣд.) и доведена до общаго признанія приведеннымъ подъ * § 45 сочиненіемъ Рибентропа. Но въ новѣйшее время получаетъ почву другое воззрѣніе, которое и въ корреальномъ обязательствѣ, какъ въ солидарномъ отношеніи, принимаетъ формальное множество обязательствъ для отдѣльныхъ кредиторовъ и должниковъ. Это воззрѣніе признается Риккертомъ, Кунтце, ср. Гельмолтъ, Фрицъ (который хотя и соединяетъ внѣшнимъ образомъ теорію единства съ теоріей множества, но единство это онъ основываетъ на вульгарномъ словоупотребленіи, — противъ этого Фрицъ XXII. стр. 455, но см. XVII стр. 165 — 166. XVIII стр. 877—367—), Шенеманнъ, Синтенисъ во 2-мъ изданіи. Э. А. Зейффертъ въ новѣйшемъ изданіи учебника его отца § 228 примѣчаніе 4. См. противъ этого Виндшейдъ, Замгаберъ, Дворцакъ. Что въ этомъ спорномъ вопросѣ образъ выраженія источниковъ не можетъ имѣть рѣшающаго значенія, должно быть признано безспорнымъ. Источники говорятъ какъ объ una obligation (pr. I. b. t., l. 9

торъ или должникъ. Поэтому-то каждый изъ кредиторовъ можетъ требовать исполненія обязательства безъ содѣйствія другого, равно какъ отъ каждаго должника оно можетъ быть требуемо безъ права его ссылаться на существованіе другихъ содолжниковъ. Но если исполненіе разъ было учинено, то этимъ освобождается каждый изъ должниковъ; впрочемъ кредиторъ по своему желанію можетъ раздѣлить обязательство.

---

pr. D. de pact. 2. 14, l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 3 § 1. l. 9 § 1 D. h. t., l. 71 pr. D. de fidei. 46. 1, l. 16 pr. D. de acc. 46. 4, D. ratam rem 46. 8), такъ и объ plures obligationes (l. 3 pr. l. 9 § 2 l. 13 D. h. t. l. 5 D. de fidei. 46. 1, l. 31 § 1 D. de nov. 46. 2. l. 128 D. de V. O. 45. 1). Защищаемый здѣсь взглядъ объясняетъ «plures obligationes» какъ множество субъективныхъ отношеній одного обязательства; противоположному воззрѣнію представляется для una obligatio объясненіе въ обязанности однократнаго исполненія (ср. впрочемъ и Виндшейдъ krit. Ueberschau IV. стр. 212). Мнѣ кажется, что рѣшительное значеніе въ пользу единства имѣетъ то, что безъ него необъяснимо, почему извѣстныя основанія, погашающія обязательства, хотя бы таковыя имѣлись въ лицѣ одного только кредитора или должника, устраняютъ и остальныхъ кредиторовъ и освобождаютъ и остальныхъ должниковъ. Это можно въ особенности сказать относительно прощенія долга, присяги судей, рѣшеній, вчинанія иска (litis contestatio); ср. Виндшейдъ krit. Ueberschau стр. 213—218. krit. VISch. стр. 169—174, и ниже подъ § 48 прим. 3. 4. 6. 8, § 49 примѣчаніе I.— Есть и такія теоріи корреальныхъ обязательствъ, которыя ищутъ связи между теоріей единства и множества (Гасse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft стр. 47. 48 и прим. 1) Беккеръ во многихъ мѣстахъ, см. напротивъ Рибентропъ стр. 17 слѣд., Виндшейдъ krit. Uebeschau стр. 222, или комбинируютъ обѣ теоріи (Бракенгёфтъ Identität und Connexität стр. 145. см. напротивъ Вангеровъ стр 70 [7 изд. стр. 64]—далѣе: Баронъ въ особенности въ § 19 и Зибенгааръ, о томъ и другомъ см. ниже, — въ извѣстномъ смыслѣ относится сюда и Фрицъ см. выше), или относятся равнодушно къ противоположности между единствомъ и множествомъ обязательства. Къ этому роду относится въ особенности воззрѣніе Фиттинга (см. кромѣ того Кохъ Recht der Forderungen II § 62, Гиртаннеръ Bürgschaft стр. 75—79. 397—402. 568. Stipulation стр. 252—574), которое сопоставляетъ корреальное обязательство съ альтернативнымъ. Фиттингъ видитъ сущность корреальнаго обязательства въ томъ, что въ немъ до выбора существуетъ неопредѣленность касательно лица кредитора или должника, которая уничтожается послѣдовавшимъ позднѣе выборомъ. Къ воззрѣнію этому въ сущности присоединился Штинцингъ. См. противъ этого воззрѣнія Виндшейдъ krit. VSlch. стр. 164 слѣд. и ср. теперь также Сальковскій Novation стр. 456 слѣд. (Вангеровъ 7-е изд. III стр. 62). Однако же я полагаю, что въ этомъ воззрѣніи лежитъ правдоподобный элементъ. Даже теорія единства, если она не хочетъ вмѣстѣ съ торжествомъ субъекта отказаться отъ тождества исполненія, не можетъ не понимать корреальнаго обязательства, какъ направленнаго на альтернативно опредѣленное удовлетвореніе—удовлетвореніе чрезъ А и Б, А и В. Только, гдѣ каждое исполненіе мо-

Указанная строгая отвѣтственность корреальныхъ должниковъ не всегда впрочемъ примѣняется въ полной ея силѣ. Извѣстные корреальные должники пользуются привиллегіею отвѣчать только субсидіарно, только въ томъ случаѣ, когда кредиторъ не имѣетъ возможности получить удовлетвореніе отъ другаго должника. Эта привиллегія простирается или на все обязательство, такъ что привиллегированный должникъ сначала остается вовсе бозотвѣтственнымъ [5]. или только на тѣ доли, которыя падаютъ на остальныхъ должниковъ, такъ что привиллегированный должникъ за свою личную долю отвѣтственъ съ самаго начала [6]. Привиллегіею перваго рода пользуется поручитель въ отношеніи къ главному должнику [7]., точно также всякій другой корреальный должникъ, принявшій на себя

жетъ быть требуемо тотчасъ, тамъ каждое является тотчасъ in obligatione, и поэтому каждое изъ поименованныхъ въ корреальномъ обязательствѣ лицъ становится тотчасъ кредиторомъ и должникомъ (§ 8 прим. 5). См. также Арндтсъ 5 изд. § 213 къ прим. 6. Изъ теорій соединенія упомянемъ здѣсь еще о теоріи Барона и Зибенгаара, какъ новѣйшей по корреальнымъ обязательствамъ. Баронъ принимаетъ для каждаго изъ кредиторовъ и должниковъ отдѣльное обязательство, но кромѣ того—единое обязательство для совокупности кредиторовъ и должниковъ. Намѣреніе, при обоснованіи кореальнаго отношенія, состоитъ именно въ созданіи единаго, нераздѣльнаго обязательства, но эта цѣль не можетъ, въ виду предписанія 12 таблицъ „nomina sunt ipso iure divisa", быть достигнута при многихъ кредиторахъ; поэтому изъ отдѣльныхъ личностей контрагентовъ образуется новое, единое лицо (Баронъ обозначаетъ это лицо какъ „естественное", и требуетъ признаніе его по крайней мѣрѣ „вымышленнымъ" (fingirte) лицомъ, стр. 71), которому и приписывается единое нераздѣльное обязательство. Но это совершается такъ просто на тотъ конецъ, чтобы для каждаго кредитора и должника, какъ члена совокупности, имѣло мѣсто обязательство in solidum; общее обязательство есть просто переходная ступень, отдѣльныя обязательства его цѣль (стр. 237). И дѣйствительно, у Барона нигдѣ не выступаетъ созданное имъ единое лицо активно или пассивно; его общее обязательство имѣетъ свою жизнь въ лицѣ отдѣльныхъ кредиторовъ и должниковъ. При этомъ онъ выходитъ изъ того, что событіе, касающееся отдѣльнаго обязательства, не затрогиваетъ другихъ; иначе бываетъ съ исполненіемъ и распоряженіемъ; факты эти погашаютъ и другія отдѣльныя обязательства—вслѣдствіе единства обязательства (стр. 245 въ связи съ стр. 234 и 235). Зибенгааръ (см. въ особенности стр. 26 слѣд.) учитъ, что въ корреальномъ обязательствѣ имѣетъ, правда, мѣсто множество обязательствъ, но послѣднія равны („äqual"), и по этому, не смотря на множество ихъ, есть только единое обязательство! Это единое обязательство есть для него не только что-то воображаемое, а дѣйствительно существующее, которое, какъ таковое, можетъ быть погашено (стр. 281)! Объ особенномъ направленіи, которое Бринцъ далъ теоріи единства, см. Виндшейдъ Brit. Uebersehau 227—229, Фиттингъ стр. 5 слѣд., Дворцакъ стр. 6, Арндтсъ § 213, примѣч. 5; но также Рудорфъ zu Puchta § 233 a.

[5] Такъ наз. beneficium excussionis или ordinis.

[6] Такъ наз. beneficium divisionis. Подробное объ этихъ двухъ beneficia будетъ, для сохраненія связи, изложено ниже, въ ученіи о поручительствѣ, гдѣ они находятъ главное примѣненіе. HGB. Art. 281 вовсе исключаетъ изъ торговыхъ сдѣлокъ возраженіе о раздѣленіи beneficium и excussionis.

[7] Nov. 4, c. 1.

отвѣтственность только въ интересѣ свего содолжника [8].; привиллегія втораго рода принадлежитъ: *а*), многимъ поручителямъ по одному и тому же обязательству [9], *б*) договорному корреальному должнику, котораго отвѣтственность матеріально касается только въ его долѣ [10].

Единство корреальнаго обязательства не препятствуетъ тому, чтобы субъективныя отношенія различныхъ субъектовъ были различны; такъ напримѣръ, одинъ изъ нихъ можетъ быть кредиторомъ

---

[8] Nov. 99, c. 1. Если изложенное въ прим. 10 толкованіе этого мѣста вѣрно, то приведенное въ текстѣ положеніе есть необходимое слѣдствіе его. Впрочемъ, согласно Nov. 99, c. 1, должникъ, съ котораго взыскиваютъ, можетъ не столько требовать предварительнаго предъявленія иска къ его содолжнику, сколько одновременнаго привлеченія его къ суду, при чемъ судья обязанъ соединить оба процесса, и въ окончательномъ рѣшеніи, если содолжникъ оказывается несостоятельнымъ, присудить прежде привлеченнаго къ суду должника къ платежу долга. По этому выраженіе beneficium excussionis не идетъ сюда, однакоже оно удерживается для сокращенія.

[9] § 4. I de fidei 3. 20, l. 26—28, l. 51 § 4 D. cod. 46. 1, l. 7 D. de fidei tut. 27. 7, l. 3 C. de pec. const. 4. 18. Исключеніе: l. 12 D. rem pupilli 46. 6.

[10] Nov. 99, c. 1. Толкованіе этаго мѣста весьма спорно. Главнѣйшія уклоняющіяся мнѣнія слѣдующія: 1) Предписаніе новеллы распространяется на всѣхъ корреальныхъ должниковъ, или даже на всѣхъ солидарныхъ должниковъ, за исключеніемъ лишь тѣхъ, которые сдѣлались таковыми вслѣдствіе деликта. 2) Оно распространяется лишь на корреальныхъ должниковъ, которые ручались взаимно другъ за друга. 3) Оно распространяется на должниковъ, отвѣтствующихъ въ части, когда они ручались другъ за друга. Я одобряю толкованіе Вангерова. На это толкованіе указываетъ, кажется, какъ буквальный смыслъ мѣста (оно говоритъ о такихъ, которые, съ одной стороны, сдѣлались «ὁλληλεγγύως ὑπεύθυνοι», а съ другой — положительно объявили, что каждый изъ нихъ долженъ отвѣчать въ цѣломъ), такъ и природа вещи; согласно этому толкованію, Юстиніанъ сдѣлалъ весьма близкій шагъ къ признанію, и по отношенію къ кредитору, лежащаго въ основаніи пассивнаго корреальнаго обязательства матеріальнаго правоотношенія. Господствующее мнѣніе есть то, которое изложено подъ 1), и въ пользу которой высказалась распространенная практика (ср. Зейф. Arch. VIII. 134, XII. 336, XIII. 95. 134 (XXIII. 28); Гольцшуеръ III § 220 № 3). Но мнѣ кажется, что, въ преимущественно научномъ вопросѣ, практика эта не можетъ имѣть рѣшительнаго значенія. Она уже оставлена въ рѣшеніи у Зейф. XII. 13, ср. также II 173 и Бурхардъ Arch. f. civ Pr. XIX стр. 50. Литература и обзоръ различныхъ взглядовъ у Вангерова § 573, прим. 4; прибавить (къ 4 изд.); Ф. Гешмонтъ § 18 (для третьяго мнѣнія, Wieding Novella Iustiniani 99, Берлинъ 1857 для общаго мнѣнія, ср. Brit VJS ch. I стр. 285—290). Nov. 99 c. 1 является распространеніемъ Nov. 4 c. 1. Изъ этого слѣдуетъ, что для нея дѣйствуютъ не положенія о benefic. divisionis поручителя, а положенія Nov. 4 c. 1. Поэтому должникъ имѣетъ здѣсь право требовать привлеченія къ суду содолжника, безъ обязанности доказывать состоятельность его къ платежу (ср. § 232, прим. 3—5). На это не обращено вниманія въ Erk. у Зейфферта. IX. 140, XII. 336. (На оборотъ слишкомъ далеко идетъ Erk. XIII. 95 [прим. 3]. Съ другой стороны, должникъ можетъ и здѣсь требовать не предварительнаго, а одновременнаго привлеченія къ суду его содолжника, прим. 8). Изъ древнѣйшаго права: l. 47 D. loc. 19. 2.

или должникомъ безусловно, другой же подъ условіемъ или срочно, наконецъ каждый изъ нихъ можетъ участвовать въ обязательствѣ подъ различными условіями и сроками [11]. Точно также эти разнообразныя отношенія къ корреальному обязательству примѣнимы къ одному и тому же лицу въ томъ смыслѣ, что это лицо, не смотря на единство обязательства, можетъ многократно управомочено имъ или обязано [12].

§ 46. Если одинъ изъ кредиторовъ по корреальному обязательству взыскалъ или же одинъ изъ должниковъ уплатилъ все слѣдовавшее по сему обязательству, то могутъ-ли—въ первомъ случаѣ остальные кредиторы требовать отъ взыскателя выдѣла слѣдующихъ имъ долей, а во второмъ случаѣ, можетъ-ли должникъ, уплатившій по обязательству, требовать отъ остальныхъ должниковъ возмѣщенія падающихъ на нихъ долей [1].? Юридическая природа корреальныхъ обязательствъ не даетъ отвѣта на эти вопросы [2]. разрѣшеніе ихъ зависитъ отъ тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя послужили основаніемъ къ возникновенію этихъ обязательствъ [3]. Въ силу этихъ отношеній сказанные иски могутъ простираться нетолько на подлежащія доли, но и на все уплаченное по обязательству [4]. Въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ уплатившій, по обяза-

---

11 § 2 I h. t., l. 7 D. h. t. Ср. l. 9 § 2 D. eod. Но содержаніе удовлетворенія не должно быть различно для различныхъ субъектовъ, l. 9 § 1 l. 15 D. h. t.

12 L. 13 D. h. t., l. 5. D. de fidei. 46. 1, l. 93 l. 95 § 3 D. de sol. 46. 3. Срав. Зейф. Arch. IX. 272.

1 В. Сель Zeitschr. f. Civil. u. Pr. III. 21. IV. 2 (1830—1831) v. Schröter, тамъ же VI стр. 409—435 (1833) Habicht rechtl. Erörterungen I стр. 1 слѣд. (1843). Шмидтъ die grundlehren der Cession I стр. 369—374 (1863). Савиньи § 23—25, Вангеровъ III § 573, прим. 3, Виндшейдъ Krit. Ueberschau VI стр. 229—232, Замгаберъ § 19. Болѣе подробныя литературныя указанія у Шрётера, Вангерова и Замгабера. § 46.

2 Другаго мнѣнія о корреальномъ долгѣ Сель и Савиньи, также Цаунъ Arch. f. pr. RW. N. F. I стр. 132 слѣд.; писатели эти даютъ прямо корреальному должнику, исполнившему обязательство, право требовать возмѣщенія. Въ пользу этого мнѣнія не говоритъ l. 2 C. h. t. (прим. 3), и такъ же мало l. 65 D. de evict. 21. 2 (Вангеровъ стр. 83 [7 изд. стр. 75]. Противъ этого мнѣнія говоритъ рѣшительно l. 62 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, какъ и то, что поручитель, уплачивающій долгъ, не имѣетъ регресса противъ сопоручителя; см. кромѣ того l. 34 pr. D. de rec. 4. 8. l. 10 § 10 D. de in rem verso 15. 3., l. 29 D. de lib. leg 34. 3—мѣста, на которыя только Замгаберъ и Фиттингъ (стр. 40 прим. 41. стр. 103 прим. 129) обратили вниманіе. См. также Зейф. Arch. I. 331, (XXII 237).

3 Не говоря о случаяхъ, въ которыхъ въ основаніи корреальнаго обязательства лежатъ отношенія товарищества или порученія, регрессъ имѣетъ мѣсто всегда тамъ, гдѣ эквиваленгъ пріобрѣтеннаго требованія доставленъ всѣмъ кредиторами, или гдѣ сдѣланный долгъ пошелъ въ пользу всѣхъ должниковъ по правиламъ condictio sine causa (§ 175, прим. 4) и negotiorum gestio (§ 184, прим. 12). О послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ вѣроятно понимать l. 2 C. h. t. Ср. также Зейф. Arch. VII 158.

4 Такъ именно при поручительствѣ.

тельству имѣетъ право на обратный искъ къ своимъ содолжникамъ, онъ можетъ требовать отъ кредитора уступки ему своихъ исковыхъ правъ по отношенію къ симъ послѣднимъ [5]. Это право предоставлено также сопоручителямъ, хотя они не имѣютъ права регресса другъ къ другу [6].

§ 47. Не только удовлетвореніемъ однимъ изъ должниковъ одного изъ кредиторовъ, по корреальному обязательству, освобождаются другіе должники и удовлетворяются остальные кредиторы: но есть еще цѣлый рядъ способовъ прекращенія обязательства, которые простираютъ свои дѣйствія и на остальныхъ участвующихъ въ обязательствѣ лицъ. Сюда принадлежатъ прежде всего всѣ способы замѣняющіе исполненіе по обязательству какъ то: удовлетвореніе вмѣсто исполненія по обязательству (см. ниже § 94 № 2-й), представленія предмета обязательства въ судебное установленіе и *осуществленная* компенсація [1]. (зачетъ); но зачетъ заявленный въ видѣ возраженія даже не тому кредитору, противъ котораго имѣется встрѣчное обязательство и не тѣмъ должникомъ, коему принадлежитъ это послѣднее,—можетъ имѣть мѣсто только тогда, когда объектъ обязательства, представляемаго въ зачетъ долженъ быть выданъ тому кредитору, который состоитъ должникомъ въ обязательствѣ, представляемомъ къ зачету, или объектъ долженъ быть составленъ тѣмъ должникомъ, который состоитъ въ томъ обязательствѣ кредиторомъ.

Наконецъ сюда относится и новація [3]. Объективное дѣйствіе

---

[5] L. 13. C. de loc. 4. 65. Ср. l. 47. D. loc. 19. 2. Зейф. Arch. XX. 21.

[6] L. 11. C. de fidei. 8, 41, l. 39. D. cod. 46. 1. Ср. § 234, прим. 9. 10.

§ 47. [1] Нельзя привести доказательствъ въ подтвержденіе сказаннаго здѣсь объ этихъ фактахъ; но оно вслѣдствіе этого не менѣе вѣрно. Подъ проведенной компенсаціей (durchgeführte Compensation) разумѣется компенсація, совершившаяся въ силу договора или судебнаго рѣшенія.

[2] L. 10. D. h. t. „Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri pecuniam debet“. Болѣе подробное см. § 103, прим. 18. 19.

[3] L. 31. § 1. D. de nov. 46. 2. (о смыслѣ конца этого мѣста см. съ одной стороны Hasse Güterrecht der Ehegatten nach röm. R., стр. 305 слѣд., Бехманнъ röm Dotalrecht I стр, 115 также Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. II стр. 156 слѣд., съ другой v. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 175), ср. l. 8. § 11. l. 20. D. ad. SC. Vell. 16. 1, l. 33. §. 1. D. de stip. Serv. 45. 3. L. 27. pr. D. de pact. 2. 14 трактуетъ объ argentarii socii, которые не суть собственно корреальными вѣрителями. См. Савиньи, стр. 174 слѣд. и ниже § 50, прим. 8. О различныхъ мнѣніяхъ см. Вангеровъ прим. 5 № 1. 2. Объективное дѣйствіе новаціи не служитъ доказательствомъ въ пользу единства корреальнаго обязательства потому именно, что оно есть суррогатъ исполненія. Во всякомъ случаѣ результатъ новаціи тотъ, что кредиторъ имѣетъ въ замѣнъ потеряннаго права требованія другое (для себя или третьяго лица), которое онъ пріобрѣлъ чрезъ отдачу потеряннаго, вымѣнилъ на потерянное. Поэтому нельзя приписывать новаціи одинаковаго объективнаго дѣйствія и тамъ, гдѣ существуетъ множество обязательствъ при однократномъ исполненіи. Въ подкрѣпленіе объективнаго дѣйствія новаціи и говорит-

имѣетъ также и прощеніе долга [4]., предполагая конечно, что бы прощеніе простиралось на все обязательство, а не только на личную отвѣтственность того въ пользу кого прощеніе это дано [5]. Тоже самое слѣдуетъ сказать о прекращеніи обязательствъ ми-

---

ся въ l. 31. § 1. D. de nov. 46. 2: „eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus". Ср. § 106, прим. 2, гдѣ указана и литература. См. еще прим. 5.

[4] Acceptilatio: l. 31. § 1. D. de nov. 46. 2, l. 43. § 12. l. 16. D. de accept. 46 4. Имѣло ли pactum de non petendo in rem (о pactum de non petendo in personam см. l. 22. l. 25. § 1. D. de pact. 2. 14, l. 3. § 3. D. de cib. leg. 34. 3, [Зейф. Arch. XXII. 1. 115] дѣйствіе въ пользу другихъ корреальныхъ должниковъ и противъ другихъ корреальныхъ кредиторовъ? Несомнѣнно въ пользу другихъ должниковъ въ случаѣ обратнаго требованія, l. 21. § 5. l. 24 l. 25. pr. l, 32. D. de pact. 2. 14. l. 9. § 1. D. h. t. (Ср. Зейффертъ Pand. § 291, прим. 2a). Болѣе распространительное дѣйствіе pactum, слѣдоват. въ пользу другихъ корреальныхъ должниковъ, при отсутствіи обратнаго требованія, и въ пользу другихъ корреальныхъ кредиторовъ вообще, отрицается общимъ мнѣніемъ. Но при этомъ слѣдуетъ принимать въ соображеніе: а) что l. 25. § 2. l. 26. D. de pact. 2. 14, даютъ изъ pactum'а поручителя главному должнику и сопоручителю, если не exceptionem pacti, то exceptionem doli; в) что l. 34 pr. D. de vec. 4. 8, что касается корреальныхъ кредиторовъ, говоритъ по меньшей мѣрѣ то, что при наличности обратнаго требованія, требованіе одного кредитора есть въ то же время требованіе другаго, между тѣмъ какъ l. 27 pr. v. f. D. de pact. 2. 14, отвергающая силу pactum'а для другаго кредитора, не должна быть необходимо распространяема на случай обратнаго требованія. Что касается современнаго права, то мы въ прощеніи долга (Quittung) имѣемъ соотвѣтственный римской acceptilatio институтъ (§ 110, прим. 13. 14). Въ настоящее время не нужно дѣлать различія между pactum de non petendo и договоромъ о прямомъ прощеніи долга, если воля сторонъ несомнѣнно направлена на то, чтобы право требованія лишилось силы во всѣхъ отношеніяхъ (§ 110, прим. 7). Прямое прощеніе, хотя бы таковое и не было облечено въ форму квитованія долга, имѣетъ силу для всѣхъ корреальныхъ кредиторовъ и должниковъ, въ силу единства корреальнаго обязательства. Что касается доказательства, которое можно вывести изъ поименованныхъ опредѣленій римскаго права для единства корреальнаго обязательства, то я думаю (теперь ср. Krit. V. Zsch. III стр. 170), что объективное дѣйствіе acceptilatio можетъ быть объяснено и безъ принятія единства корреальнаго обязательства (ср. § 110, прим. 5), но не указанное въ l. 25. § 2. l. 26. D. de pact. 2. 14 объективное дѣйствіе pactum de non petendo. Ср. къ сказанному G. Ph. v. Bülow Abhandlungen uber einzelne Materien des römischen Rechts II. № 19 и Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts № 11; далѣе Вангеровъ см. прим. 5, № 11. 2 и поименованныхъ тамъ писателей, кромѣ того Рикертъ стр. 36—39, Шейерль Beiträge II, стр. 27. 28, Фиттингъ стр. 44 слѣд. 93 слѣд. Е. А. Зейффертъ въ Seufferts Pand. §. 291 прим. 3. 4, Баронъ стр. 293 слѣд. 308 слѣд. (Прибавленіе это относится къ 6-му изданію Вангерова).

[5]) См. предъидущее примѣчаніе. Слѣдуетъ ли то же ограниченіе присовокупить по отношенію къ новаціи, и признать возможность такой новаціи, по которой на мѣсто существующаго обязательства не вступаетъ другое, а на мѣсто субъективнаго отношенія, существующаго и продолжающагося обязательства вступаетъ другое субъективное отношеніе? Противъ этого господствующее мнѣніе, которое впослѣдствіи было защищено Фритцемъ XIX стр. 72—73. Салковскій Novation стр. 351 слѣд.; за—Гушке Zeitschr. f. Civ. u Prax. N. F. II стр. 153 слѣд.,

ровою сдѣлкою [5a]. третейскимъ судомъ и добровольною присягою [6]. Судебное рѣшеніе, признающее силу такого обязательства [7], имѣетъ дѣйствіе относительно всѣхъ кредиторовъ и должниковъ хотя бы они и не участвовали въ процессѣ, по коему послѣдовало рѣшеніе [8]. Напротивъ черезъ сліяніе личности кредитора и должника въ одномъ лицѣ изъ обязательства выбываетъ только это послѣднее, тогда какъ для всѣхъ остальныхъ участвующихъ въ обязательствѣ лицъ онъ продолжаетъ существовать [9].

Арндтсъ § 268 прим. 10, Рикертъ стр, 15. 41 слѣд. Гельмольтъ стр. 142, Баронъ стр. 391 слѣд., каковые писатели (исключая Арндтса) заходятъ даже такъ далеко, что они выставляютъ общимъ правиломъ ограниченное дѣйствіе новаціи (на основаніи l. 31 § 1. D. de nov. 46. 1 „cum id specialiter agit", каковыя слова съ другой стороны, и притомъ гораздо правильнѣе [ср. l. 29 cod.] считаются словами вставочными.

[5a] Савиньи стр. 179, Бринцъ стр. 40 слѣд., Ришъ vergleich стр. 195 слѣд.

[6] Относительно присяги см. l. 28 pr. § 1. 3 l. 42. § 1. 2 D. de iurei. 12. 2, I. 1. § 3. D. quar. rer. actio 44. 5. L. 34 pr. D. de vec. 4. 8 говоритъ лишь о платежѣ штрафа, а не о возраженіи, вытекающемъ изъ третейскаго договора. Естественно и здѣсь договорная воля (и рѣшеніе, которому она подчиняется) должна быть направлена на самое обязательство, а не на личное отношеніе одного субъекта обязательства. L. 28 § 1 cit.: „si modo ideo interpositum est ius iurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur", См. еще l. § 3 cit.— Во всякомъ случаѣ для третейскаго договора достаточно было по римскому праву одного nudum pactum. Доказательную силу, которая лежитъ въ этомъ, Фиттингъ § 12 думаетъ устранить указаніемъ на l. 28 § 2 D. de iurei 12. 2, находя высказаннымъ въ этомъ мѣстѣ положеніе, что третейская присяга имѣетъ одинаковое объективное дѣйствіе и при простомъ солидарномъ обязательствѣ. Но мнѣ кажется несомнѣннымъ (теперь ср. kritisch. viert jahrschr III стр. 172), что приведенное мѣсто трактуетъ о случаѣ поручительства. Въ пользу этого говоритъ: а) связь съ § 1; в) конецъ мѣста: quod et in fideiussore *debiti* distinguendum est."; с) l. 2 § 5 D. qui satisd. 2. 8. „In *fideiussorem* qui aliquem *iudicio sisti promiserit*, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor". Ср. также Баронъ стр. 378.

[7] Обязательство, а не простое личное отношеніе онаго.

[8] L. 42 § 3 D. de iurei 12. 2 (что мѣсто это игнорируетъ дѣйствіе litis contestatio, объясняется изъ I. 28 C. de fidei. 8. 41:—„invenimus etenim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex *pacto* huiusmodo causae esse prospectum"). Объективное дѣйствіе рѣшенія отвергаютъ Кунтце стр. 210 слѣд., Фиттингъ стр. 70. 71. А. Э. Зейффертъ въ Seufferts Pand. § 296 прим. 2. Въ пользу такого дѣйствія высказался въ новѣйшее время Гартманнъ Arch. f. civ. Pr. L. стр. 133 слѣд. Ср. еще I § 132 прим. 4—6. Равную силу съ рѣшеніемъ имѣетъ возстановленіе въ прежнее состояніе. Оно дѣйствуетъ объективно, если имъ погашается само обязательство, субъективно—когда оно погашаетъ лишь субъективное отношеніе обязательствъ. О послѣднемъ случаѣ трактуютъ l. 3 § 4. l. 48 pr. D. de min. 4. 4. Ср. Савиньи стр. 195, Баронъ стр. 333.

[9] L. 71 pr. D. de fidei 46. 1:—„et puto... confusione obligationis eximi personam". Основаніе, почему конфузія погашаетъ обязательство, заключается въ томъ, что никто не можетъ быть своимъ собственнымъ кредиторомъ или должникомъ; основанія этого нѣтъ, когда подлѣ кредитора, слившагося съ должникомъ, есть еще и другой кредиторъ, подлѣ должника слившагося съ кредиторомъ—другой должникъ. Фиттингъ видитъ въ субъективномъ дѣйствіи конфузіи рѣшительное до-

Точно также истеченіе давности уничтожаетъ обязательство только для лица, пропустившаго давность [10], хотя перерывъ давности по отношенію къ одному изъ кредиторовъ или должниковъ имѣетъ силу и для другихъ [11]. Наконецъ, невозможность исполненія обязательства по отношенію къ одному изъ кредиторовъ или должниковъ, наступившая не по винѣ сихъ послѣднихъ, не имѣетъ вліянія на другихъ кредиторовъ [12]. Точно также наоборотъ наступленіе

казательство противъ единства корреальнаго обязательства, стр. 103 слѣд.; противъ этого Замгаберъ стр. 118, Виндшейдъ Krit. V. J. Sch. III стр. 176—L. 71 pr. cit. говоритъ лишь о пассивномъ корреальномъ обязательствѣ, но господствующее мнѣніе примѣняетъ, и вполнѣ справедливо, правило, въ немъ содержащееся, и къ активному обязательству. Др. мн. Арндтсъ Rechtslex. IV стр. 18 прим. 140 и Pand. § 273 прим. 2, Фиттингъ стр. 202 — 203; противъ этого Фрицъ XIX стр. 76 — 80. Баронъ стр. 356 — 357. Объ этомъ вопросѣ нужно замѣтить слѣдующее: а) чрезъ конфузію кредиторъ теряетъ свое право не безъ эквивалента — онъ освобождается отъ исполненія долга, который въ противномъ случаѣ обременялъ бы его; поэтому-то источники сопоставляютъ confusio съ solutio (§ 105 прим. 4) Отсюда позволительно спросить, не дѣйствуетъ ли конфузія и при корреальномъ обязательствѣ «potestate solutionis» (l. 50 D. de fidei 46. 1) и дѣйствительно вопросъ этотъ предлагается («iusta dubitatio est»), но разрѣшается отрицательно. Еслибъ его разрѣшали утвердительно, то это вело бы къ признанію объективнаго дѣйствія конфузіи не только при активномъ, но и при пассивномъ корреальномъ обязательствѣ. Если сокредитору можно возразить, что онъ требуетъ того, что должникъ (прежній сокредиторъ) уже уплатилъ потерей своего требованія, то содолжнику (теперешнему кредитору) можно возразить, что онъ требуетъ того, за что онъ уже удовлетворенъ вслѣдствіе освобожденія отъ долга. в) Собственный выборъ сокредитора, унаслѣдовавшаго должника или имъ унаслѣдованнаго (Фиттингъ), невозможенъ по той простой причинѣ, что корреальный кредиторъ имѣетъ выборъ лишь между многими должниками, но онъ не есть свой собственный должникъ, такъ какъ онъ имъ быть не можетъ.

[10] Такъ какъ бездѣйствіе, въ которомъ потеря иска по давности имѣетъ свое основаніе, имѣетъ мѣсто лишь по отношенію къ тому лицу, которое допустило таковое. Др. мн. Пухта § 235 zu k, Кунтце стр. 193, Фиттингъ стр. XIV, Арндтсъ § 277. Прим. 2.

[11] L. 5 C. h. t. Сингулярное предписаніе Юстиніана, которое, впрочемъ, принимаетъ въ свое основаніе единство корреальнаго обязательства. Нельзя ли, по крайней мѣрѣ, на основаніи этого предписанія, распространить дѣйствіе потери права иска по давности на всѣхъ субъектовъ обязательства? Такъ смотритъ Кунтце стр. 193, Фиттингъ стр. XIV. Но какъ ни близко это дополненіе мысли, Юстиніанъ не высказалъ его. Нельзя также сказать, что, по постановленію, истеченіе исковой давности необходимо совершается въ одно и то же время для субъектовъ обязательства; вспомнимъ, наприм., случай, въ которомъ для одного изъ кредиторовъ или должниковъ дѣйствуетъ суспенсивное условіе или срокъ. Савиньи стр. 194 Фрицъ XIX стр. 90.

[12] Невозможность исполненія, ограниченная лицомъ корреальнаго кредитора, представляется тогда, когда послѣдній пріобрѣтаетъ предметъ, подлежащій доставленію, другимъ способомъ, о чемъ подробнѣе въ § 13, № 3. Невозможность для лица одного лишь корреальнаго должника представляется тогда, когда невозможность эта наступила для него безъ его вины, но по винѣ содолжника.

невозможности исполненія обязательства по винѣ одного изъ должниковъ не имѣетъ своимъ послѣдствіемъ прекращенія силы обязательства относительно другихъ должниковъ [13]. Въ такихъ случаяхъ обязательство продолжаетъ сохранять свою силу относительно кредиторовъ, неповинныхъ въ наступленіи невозможности исполненія онаго, только тогда, когда ихъ обязанность есть ничто иное, какъ продолженіе обязательства, лежавшаго на лицѣ, виновномъ въ невозможности исполненія его [14].

§ 48. Возможно-ли сосредоточеніе корреальнаго обязательства на одномъ субъектѣ другими способами, кромѣ тѣхъ, которые устраняютъ другихъ лицъ изъ обязательства, за исключеніемъ даннаго субъекта? Подобная возможность признана только для активныхъ корреальныхъ обязательствъ. Здѣсь каждый изъ кредиторовъ исключаетъ другаго: а) предъявленіемъ иска [1]) и б) полу-

---

[13] Это доказываетъ: а) что главный должникъ не отвѣтствуетъ за вину поручителя, l. 19 D. de dolo 4. 3, l. 32 § 5 D. de usur. 22. 1, l. 88 D. de V. O. 45. 1, l. 38 § 4 D. de solut. 46. 3, и точно также b) correus не отвѣчаетъ за просрочку содолжника, l. 32 § 4 D. de usur. 22. 1. Тѣмъ не менѣе господствующее мнѣніе выставляетъ противоположное положеніе, причемъ оно ссылается на единство обязательства и на l. 87 D. h. t. «Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet». Но мнѣ кажется заблужденіемъ, что положеніе это будто вызывается единствомъ обязательства или даже имъ объясняется: почему и здѣсь, какъ въ другихъ случаяхъ, не погаситься обязательству для одного субъективнаго отношенія, въ то время, когда оно продолжается для другаго? Что же касается l. 18 lit., то Фрицъ XIX стр. 83 (см. также Баронъ стр. 288 слѣд.) доказалъ, что во всякомъ случаѣ не невозможно понимать это мѣсто и въ другомъ смыслѣ. Другіе старались пособить исправленіемъ «non» или «nequaquam» вмѣсто «quoque», или «stipulandi» или «credendi» вмѣсто «promittendi», Кунтце стр. 155, прим. 9; «sociis» вмѣсто «factis», Беккеръ Jahrd. d. gem. R. III стр. 123 слѣд. — противъ этого Фрицъ XIX стр. 85. или чрезъ допущеніе, не упуская изъ вида l. 5 C. h. t. (Фиттингъ стр. 81, прим. 96 и стр. 241, прим. 260). см. также Гиртаннеръ Bürgsch. стр. 499 и Stipulation стр. 265, прим. 217. Сравнеще Риккертъ стр. 19—31, Wirth Arch. f. civ. Pr. XXXIV 6, Замгаберъ стр. 102 слѣд.

[14] Такъ отвѣтствуетъ поручитель за обязательство главнаго должника, отецъ при actio quod iussu и сходныхъ искахъ по обязательству сына. L. 91 § 45 D. de V. O. 45. 1.

§ 48. [1] Въ классическомъ римскомъ правѣ litis contestatio погашало обязательство въ остальномъ, продолжая его лишь для этого процесса. (I § 124, прим. 1). Этимъ самымъ оно исключало всякаго другаго корреальнаго кредитора, равно какъ и освобождало всякаго другаго корреальнаго должника. Правда, погашающая сила litis contestatio уничтожилась въ Юстиніановскомъ правѣ, но тѣмъ не менѣе не подлежитъ сомнѣнію, что и по этому праву каждый корреальный кредиторъ теряетъ свое право требованія вслѣдствіе того, что сокредиторъ вчинаетъ процессъ противъ должника и доводитъ его до начала litis contestatio. Только litis contestatio дѣйствуетъ уже не въ силу своего процессуальнаго характера, а какъ осуществленіе кредиторомъ принадлежащаго ему права выбора, или, что есть лишь другой оборотъ той же мысли, какъ предупрежденіе (оккупаціи). Изъ этихъ точекъ зрѣнія первая рѣшительно выдвигается въ нашихъ источникахъ на ряду со второй

ченіемъ отъ должника вторичнаго обѣщанія исполнить обязательства [2].

Б. Возникновеніе обязательства.

§ 49. Корреальное обязательство, подобно всякому другому, можетъ быть установлено договоромъ, судебнымъ постановленіемъ и предписаніемъ закона. Общее присущее всѣмъ этимъ случаямъ свойство состоитъ въ томъ, что дѣйствіе факта установляющаго обязательство переходитъ безраздѣльно на многихъ лицъ.

1) *Договоръ*. а) Договоры заключаются между многими лицами, но одинъ и тотъ же договоръ для всѣхъ, а не для каждаго отдѣльно [1а]). При этомъ положительно или молчаливо устано-

---

(ср. Фиттингъ § 31, Фрицъ XIX стр. 98—99). Доказательствомъ сказаннаго служитъ то: а) что Юстиніанъ еще особенно выдвинулъ положеніе о томъ, что корреальный должникъ освобождается вслѣдствіе начатія процесса съ сотоварищемъ по дѣлу (l. 28 C. de fidei. 8. 41), тогда какъ онъ ни слова не говоритъ о соотвѣтствующемъ положеніи для кредиторовъ; b) что компиляторы включили цѣлый рядъ мѣстъ, въ которыхъ упоминается о послѣднемъ положеніи l. 2. 16 D. h. t., l. 5 D. de fidei, 46. 1, l. 31 § 1 D. de nov. 46. 2), тогда какъ они выпустили или сдѣлали безвредными мѣста, которыя говорятъ о первомъ (напр. l. 2 D. h. t., l. 8 § 1 D. de leg. 1° 30). Тѣмъ не менѣе господствующее мнѣніе приписываетъ начатію процесса одинаковое вліяніе на активное корреальное обязательство, какъ и на пассивное (ср. Вангеровъ стр. 102). Излагаемый здѣсь взглядъ защищалъ въ особенности Фиттингъ, который заходитъ слишкомъ далеко только въ томъ, что онъ заставляетъ litis contestatio въ классическомъ римскомъ правѣ дѣйствовать исключительно съ точки зрѣнія выбора. Этой односторонности избѣгалъ Фрицъ XIX § 22—25. Срав. еще Замгаберъ стр. 95 слѣд. 131 слѣд. Виндшейдъ Krit. V J. Sch. III, стр. 172—174, Арндтсъ § 271, прим. 4, Е. А. Зейффертъ въ Seufferts Pand. § 295, прим. 6 а, Баронъ стр. 363 слѣд. (который потому заставляетъ дѣйствовать litis contestatio противъ другихъ кредиторовъ, что онъ приписываетъ ей погашающую силу и въ Юстиніановскомъ правѣ), [Вангеровъ 7, изд. III, стр. 92].

[2] L. 10 D. de pec. const. 13. 5. Тѣмъ, которые не признаютъ точки зрѣнія выбора или предупрежденія, приходится, въ виду этого мѣста, очень круто. Ср. Фрицъ XIX § 27 и его указанія на литературу Брунсъ Zeitschr. f. Rechtsg. I стр. 81—83, Баронъ стр. 302 слѣд. (который полемизируетъ противъ точки зрѣнія выбора или предупрежденія и учитъ, что корреальный кредиторъ имѣетъ, въ силу своего корреальнаго права, власть обязывать должника платить лишь ему).

[1] Ср. Виндшейдъ Krit. Ueberschau VI. Стр. 226—228. § 49.

[1а] Единство договора выступаетъ особенно ясно въ стипуляціонной формулѣ, которую источники считаютъ основаніемъ корреальнаго обязательства. Pr. I. h. t. „Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: *spondeo*, ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo*. Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Maevi quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim: *spondeo*". Ср. l. 3 pr. l. 4 l. 6 § 3 l. 12 pr. D. h. t., l. 28 § 2 D. de stip. serv. 45. 3. По вопросу о томъ, можно ли было основать, по римскому праву, корреальное обязательство и при посредствѣ другой

вляется соглашеніе, что порождаемое договоромъ обязательство имѣетъ безраздѣльно существовать для всѣхъ контрагентовъ [2]. Или б) договоромъ установляется, что новое лицо вступаетъ уже въ существующее обязательство въ качествѣ кредитора или должника [3].

2) *Завѣщательныя распоряженія.* И здѣсь необходимо выраженіе воли завѣщателя, чтобы тѣ въ пользу которыхъ устано-

---

формы договора, кромѣ стипуляціи (и contractus litterae? l. 9. pr. D. de pact. 2. 14, l. 34 pr. D. de rec. 4. 8, Савиньи стр. 148—150, Ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 97—98), см. l. 9 pr. D. h. t., l. 13 § 9 l. 47 D. loc. 19. 2, l. 16 pr. D. de pec. const. 3. 5, l. 5. 9. 12 C. si certum 4. 2, и Риббентропъ 18. 19. 20, Савиньи стр. 153—157, Бринцъ стр. 10, Кунтце стр. 169—172, Фрицъ XXII стр. 461 слѣд. l. 9 pr. h. t. стр. 475 слѣд).

[2] L. 11 § 1. 2 D. h. t. „Cum tabulis esset comprehensum, *illum et illum centum aureos stipulatos* neque adiectum, *ita ut duo rei stipulandi essent*, virilem partem singuli stipulati videbantur. Et et contrario cum ita cautum inveniretur: *tot aureos recte dari stipulatus est Julius Corpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius*, partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum, singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent". L. 5. 9. 12 C. si cert. 4. 2. Нѣмецкія формулы: одинъ за всѣхъ, всѣ за одного; совокупно и отдѣльно. Ср. Замгаберъ стр. 164.—Выставляемое часто положеніе, что солидарная отвѣтственность нѣсколькихъ договаривающихся должниковъ должна быть *положительно* выражена, основывается на ошибочномъ толкованіи Nov. 99 c. l. Ср. Вангеровъ стр. 90 [7 изд. стр. 81]· HGB Art. 280. „Когда два или нѣсколько лицъ вступили сообща въ обязательство по сдѣлкѣ, которая есть для нихъ торговая сдѣлка, то они разсматриваются какъ солидарные должники, если только въ соглашеніи съ кредиторомъ не выражено противное".

[3] Что и такимъ образомъ можетъ быть обосновано корреальное обязательство, это не всѣми признается; нѣкоторые утверждаютъ, что обязательство, вытекающее изъ послѣдующаго договора есть новое, по крайней мѣрѣ, формально. Ср. Фрицъ XVIII стр. 363 слѣд. и поименованныхъ тамъ, теперь также Баронъ стр. 254 слѣд. (который дѣлаетъ различіе между активнымъ и пассивнымъ корреальнымъ обязательствомъ). Въ пользу защищаемаго здѣсь взгляда ссылаются обыкновенно главнымъ образомъ на l. 3 pr. D. h. t.; слѣдуетъ допустить, что мѣсто это не имѣетъ рѣшительнаго значенія. Такое же значеніе имѣютъ и другія мѣста, которыя обыкновенно приводятъ, l. 9 § 2 D. h. t., l. 7 § 1 D. de auct. 26. 8, l. 8 § 5 D. de nov. 46. 2. Но признано, что послѣдующей стипуляціей можетъ быть привлеченъ fideiussor, и хотя источники не называютъ fideiussor'a correus'омъ, а напротивъ повсюду противопоставляютъ fideiussor'a и reus'a многимъ должникамъ („plures rei"), но обязательство fideiussor'a въ отношеніи своемъ къ главному обязательству, показываетъ всѣ характеристическія свойства корреальнаго обязательства, и въ l. 1 § 8 D. de O. et A 44. 7, говорится положительно о fideiussor'ѣ, что онъ отвѣтствуетъ „eadem obligatione". Ср. Замгаберъ стр. 169 слѣд., для противоположнаго взгляда—Баронъ стр. 262 слѣд., Арндтсъ § 350, прим. 4. Засимъ: еслибъ стороны положительно объявили, что на вновь вступающаго должно распространяться лишь существующее обязательство, то почему не допустить такой воли? Сюда относится также правоотношеніе, имѣющее мѣсто при цессіи обязательства до объявленія объ этомъ должнику, хотя при этомъ правоотношеніи примѣняются къ возможности концентраціи въ лицѣ одного кредитора несходныя правила.

вляется или на которыхъ возлагается какое либо обязательство безраздѣльно относились къ этому послѣднему [4].

3) Тоже самое слѣдуетъ сказать и о судебныхъ постановленіяхъ [5].

4) *Постановленіе закона* не посредственно установляетъ корреальное обязательство вслѣдствіе перенесенія онаго изъ состоящихъ подъ властію другаго на этого послѣдняго [6]. Далѣе корреальное обязательство въ силу закона существуетъ для хозяевъ животнаго причинившаго вредъ [7].

2) *Обыкновенныя солидарныя обязательства.*

И здѣсь каждый кредиторъ [1]. можетъ требовать исполненія § 50.

---

[4] Это изъявленіе воли заключается, между прочимъ, въ томъ, что наслѣдодатель обязываетъ нѣсколькихъ альтернативно: ille *aut* ille centum dato. L. 25 pr. D. de leg. III° 32, l. 8 § 1 D. de leg. I° 30 (гдѣ слова „et solutum" вставлены), l. 9 pr. i. f. D. h. t. (гдѣ вмѣсто „et Maevius" слѣдуетъ, безъ сомнѣнія, читать „aut Maevius"). Еслибъ, въ виду такого распоряженія, остановились на правилѣ, что при альтернативномъ обязываніи, лицо обязанное имѣетъ выборъ, если о противномъ не сказано, то наслѣдникъ по завѣщанію не могъ бы требовать ни отъ кого; поэтому-то при отказѣ и допустили болѣе свободное толкованіе. Изъ отказа въ пользу одного или другаго возникло, со времени постановленія Юстиніана въ l. 4 C. de V. S. 6. 38 требованіе о раздѣленіи. Ср. l. 16 D. de leg. II° 31, l. 17 § 1 l. 24. l. 67 § 7. l. 77 § 4 eod., l. 21 § 1 D. de statul. 4° 7. Фиттингъ стр. 151, прим. 179. См. еще Фиттингъ § 29, Фрицъ XVIII. § 5. XXII § 3, Баронъ стр. 256 слѣд. [ср. III § 625, прим. 106. 11].

[5] L. 43 D. de re iud. 42. 1, l. 1. 2. C. si plures 7. 55. Впрочемъ судебное рѣшеніе (не говоря о присужденіи къ платежу судебныхъ издержекъ), обосновываетъ собственно корреальное обязательство лишь тогда, когда рѣшеніе ошибочно, ибо иначе оно постановило бы только о томъ, что существуетъ. Ср. Замгаберъ стр. 166 слѣд., гдѣ тщательно перечислена и литература (прибавить однакоже Гельмольтъ § 10 прим. 2 и теперь Баронъ стр. 260 слѣд.).

[6] При такъ называемыхъ actiones adiectitiae qualitatis. Ср. Замгаберъ стр. 176 слѣд. и поименованныхъ тамъ писателей, теперь и Баронъ стр. 262 слѣд., Зейф. Arch. XIV. 93.

[7] И по римскому праву многіе собственники раба, совершившаго проступокъ. Основаніемъ корреальности служитъ единство деликта въ связи съ единствомъ существующей для всѣхъ собственности (I § 169 a прим. 5). L. 1 § 14 D. si quadrupes 9. 1, I. 8 D. de nox. act. 9. 4, l. 7 l. 8. l. 20 pr. D. de inter 11. 1. Ср. еще l. 11 § 9 l. 27 § 8 D. de pec. 15. 1. Риббентропъ § 26, Бринцъ стр. 14—18 Вангеровъ § 573 прим. 2 № 4, Баронъ стр. 272—274.

[8] Римское право знаетъ еще другой случай основанной на законномъ опредѣленіи корреальности,—когда именно двое argentarii производили свое занятіе сообща; впрочемъ корреальность эта, по крайней мѣрѣ, что касается ея активной стороны, была весьма не выработана. Ср. Auct. ad Her II. 13, I. 27 pr. D. de pact. 2. 14. Савиньи стр. 150—153; Rösler Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 269—275. См. далѣе l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21. 1. Сюда относится также I. 31 § 10 eod? Ср. Риббентропъ стр. 158 слѣд. Ср. HGB. Art. 112: „товарищи отвѣтствуютъ солидарно и всѣмъ своимъ имуществомъ по обязательствамъ товарищества. Противный сему уговоръ не имѣетъ юридическаго значенія относительно третьихъ лицъ".

[1] Обыкновенно учатъ, что простое солидарное правоотношеніе не можетъ встрѣ- § 51.

всего обязательства и каждый должникъ обязанъ исполненіемъ также всего обязательства; и здѣсь также удовлетвореніемъ по обязательству устраняются всѣ кредиторы и освобождаются всѣ должники [2], но здѣсь для каждаго кредитора и должника существуетъ отдѣльное право требованія. Послѣдствіе этого есть то, что обстоятельство уничтожающее обязательство въ лицѣ одного изъ кредиторовъ или должниковъ, за исключеніемъ исполненія обязательства и подобныхъ ему способовъ прекращенія онаго,— не имѣетъ никакого значенія для остальныхъ кредиторовъ или должниковъ [3]. По этому то [3]а. одинаковое дѣйствіе съ исполненіемъ имѣютъ: удовлетвореніе вмѣсто исполненія [4], представленіе предмета обязательства въ судебныхъ установленіяхъ [4]. осуществленная компенсація (зачетъ) [4], новація [5], квитированіе [6]. Соли-

---

чаться на сторонѣ кредиторовъ. Это конечно слишкомъ много, хотя также вѣрно и то, что главное примѣненіе этого отношенія лежитъ на сторонѣ должника. Несомнѣнный случай простаго солидарнаго управомоченія множества кредиторовъ содержится въ l. 14 pr. D. de nox. act. 9. 4 (—„ei itaque debetur, non qui prior egit sed qui prior ad sententiam pervenit"). Ср. также Пухта § 233 l.

[2] L. 14 § 15 D. quod met. causa 4. 2, l. 1 § 43 D. dep 16. 3 и мн. др.

[3] И такимъ образомъ была, по римскому праву, безразлична для остальныхъ кредиторовъ и должниковъ litis contestatio. L. 1 § 10 l. 2 l, 3 l. 4 D. de his qui eff. 9. 3, I. 1 § 43 D. dep. 16. 3, l. 18 § 1 D. de adm. et per. 26. 7 и мн. др. Риббентропъ стр. 1, прим. 2. Изъ этого выходилъ Риббентропъ, когда онъ дѣлалъ различіе между простымъ солидарнымъ обязательствомъ и корреальнымъ въ томъ смыслѣ, въ какомъ это признается и по настоящее время правильнымъ большинствомъ писателей. Фрицъ (XXII стр. 471. 478—79. 492) полагаетъ возможнымъ устранить этотъ аргументъ въ пользу различенія двоякаго вида солидарнаго обязательства указаніемъ на то, что и при корреальномъ обязательствѣ возможно исключеніе объективнаго дѣйствія литисконтестаціи посредствомъ договора, что встрѣчается обыкновенно (l. 28 C. de fidei. 8. 41). Иначе Зибенгааръ стр. 79—80. 111—112, что ради полноты слѣдуетъ здѣсь цитировать.

[3]а Сравни къ этому еще Ремера, bedingte Novation § 23 въ связи съ § 20—22 (конечно и Сальковскій Novation стр. 456—458).

[4] Ср. § 48 прим. Въ доказательствахъ чувствуется недостатокъ и здѣсь.

[5] Согласно изложеннаго въ § 48 прим. 3, и § 106 прим. 3. Для того, чтобы новація имѣла это дѣйствіе не необходимо, чтобы новое обязательство было по цѣнности равно замѣненному, но чтобы кредиторъ смотрѣлъ на него какъ на эквивалентъ утраченнаго. Иначе представляется здѣсь прощеніе долга въ части. Фиттингъ § 9, въ особенности стр. 56; ср. впрочемъ и Риббентропъ стр. 271, Савиньи стр. 202 (стр. 176), Вангеровъ § 573 въ концѣ.

[6] На сколько оно соотвѣтствуетъ римской acceptilatio (§ 110 прим. 13. 14). Acceptilatio же есть объявленіе воли, что не должно считать такъ, какъ бы послѣдовало исполненіе (§ 110 прим. 5). Она есть *договорное* (verträgsmassig) объявленіе этой воли; но въ корреальномъ обязательствѣ она безспорно производитъ свое дѣйствіе и далѣе другаго субъекта договора, почему же здѣсь быть этому иначе? Такого взгляда — въ противоположность господствующему мнѣнію — Фиттингъ § 8 именно стр. 48. ср. § 48 прим. 4 въ концѣ. Но то же самое, что сказано было объ acceptilatio, нельзя сказать о прощеніи долга, не облеченнаго въ форму признанія въ полученіи уплаты. Такъ и l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C.

дарное обязательство отличается отъ корреальнаго еще тѣмъ, что здѣсь невозможно концентрированіе всего обязательства на одномъ лицѣ [7]. Во всемъ остальномъ для обоихъ родовъ обязательствъ дѣйствуютъ одинаковыя начала. Такъ и въ солидарныхъ обязательствахъ можетъ случиться что кредиторъ не можетъ требовать непосредственно отъ каждаго изъ должниковъ исполненія по сему обязательству, но долженъ обращаться къ каждому изъ нихъ послѣдовательно съ долевыми требованіями (benef. competentiae, ordinis) [8]. Эти преимущества принадлежатъ обязанному, совмѣстно съ другимъ къ вознагражденію за причиненный ущербъ; если одинъ нихъ есть главный виновникъ ущерба, то другой можетъ требовать, чтобы понесшій ущербъ прежде всего обратился къ нему съ своимъ искомъ [9]; если же они оба одинаково виновны въ причиненіи ущерба, то кредиторъ можетъ обращаться къ каждому изъ нихъ только съ долевыми требованіями [10]. Послѣднее примѣняется особенно къ тому случаю, когда всѣ должники отвѣтствуютъ за чужую вину [11]. Въ тѣхъ случаяхъ когда должникамъ предоставлены эти преимущества, то каждый изъ нихъ уплатившій больше чѣмъ съ него слѣдовало, можетъ требовать возмѣщенія этого убытка отъ другихъ содолжниковъ [12]; точно также уплатившій больше чѣмъ съ него слѣдовало

---

de transact. 2. 4. Лишь тогда, когда кто нибудь отвѣтствуетъ на второмъ планѣ за причиненный третьимъ лицемъ вредъ, прощеніе долга послѣднему идетъ въ пользу перваго. L. 41. 45. D. de adm. et per. 26. 7.—0 l. 28 § 2 D. de iurei. 12. 2. См. § 48 прим. 6.

[7] Дѣйствіе это не можетъ быть достигнуто ни чрезъ litis contestatio (l. 14 pr. D. de nox act. 9. 4), ни чрезъ constitutum.

[8] См. § 47 прим. 5. 6.

[9] Это признано: a) для соопекуновъ, l. 3 § 2 l. 39 § 11 l. 55 § 2 D. de adm. et per. 26. 7, l. 12 D. rem. pup. 46. 6, l. 8 C. de adm. tut. 5. 37, l. 2. 3. C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5. 54, l. 1. C. si tut. vel. cur. 5. 64; b) для сослуживцевъ, l. 11—13 D. ad mun. 50. 1, l. 3 pr. l. 9 § 8 D. de adm. rer. 50. 8, l. 1. 2. 4 C. quo quisque ord. 11. 35. Не признаніе въ этихъ постановленіяхъ выраженія общаго принципа я считаю неосновательнымъ, въ особенности въ виду допущенія въ большихъ размѣрахъ beneficium divisionis и регресса сторонъ при одномъ и томъ же положеніи (l. 22 D. dep. 16. 3, l. 4 D. de his qui eff. 9. 3), (Зейфф. Arch. XXIII. 138).

[10] Признано: a) для соопекуновъ, l. 38 pr. § 1 de adm. et per 26. 7. l. § 11. 12 D. de tutelae 27. 3; b) для сослуживцевъ, l. 45 D. de adm. et per. 26. 7. l. 7 D. de mag. conv. 27. 8, l. 3 C. eod. 5. 75; c) для многихъ поклажъ принимателей (наслѣдниковъ поклажъ принимателя), l. 22 D. dep. 16. 3; d) для многихъ откупщиковъ податей, которые отвѣчаютъ за похищеніе или повреждение, l. 6 D. de public. 39. 4. Въ двухъ послѣднихъ случаяхъ признается beneficium divisionis даже въ случаѣ общаго злаго умысла; иначе постановляетъ l. 7. eit. для сослуживцевъ. О мнѣніи, основанномъ на Nov. 99. C. 1, по которому всѣ договорные должники должны имѣть beneficium competentiae, см. § 46 прим. 10, Вангеровъ стр. 91 (7 изд. стр. 82).

[11] Ср. l. 5 pr. D. de his qui eff. 9. 3.

[12] L. 30 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 § 13. 14 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de

имѣетъ право требовать отъ кредитора уступки ему права его относительно другихъ должниковъ [13].

Возникновеніе солидарнаго обязательства [13]а. предполагаетъ съ одной стороны существованіе *нѣсколькихъ* фактовъ, а съ другой стороны, что всѣ порожденныя этими фактами права требованія направлены къ единой цѣли, такъ что если одно изъ сихъ правъ удовлетворено, то другія остаются безъ удовлетворенія [14]. Главнѣйшій случай возникновенія солидарныхъ обязательствъ представляетъ отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ за причиненный ущербъ по закону [15],

---

contr. iud tut. 5. 58, l. 26, 8. 9 D. de adm. rer. 50. 8, l. 4 D. de his qui eff. 9. 3. Случай злой воли исключается положительно l. 1 § 14 eit. Ср. Шмидъ Grundlehren der Cession I. стр. 359—369.

[13] L. 1 § 13. 14. 18 l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6. C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58. Случай злой воли исключаютъ положительно (для соопекуновъ) l. 1 § 14 cit., l. 38 § 2 D. de adm. et per. 26. 7.

[13]а О различныхъ взглядахъ см. обозрѣніе у Замгабера § 16, также Баронъ § 16. 17.

[14] Удобное выраженіе: многія права требованія должны быть направлены на одно и тоже удовлетвореніе (ср. § 42 прим. 3 въ концѣ) не разъясняетъ достаточно отношенія, въ которомъ многія права требованія должны стоять другъ къ другу. Имѣетъ ли мѣсто одно и тоже удовлетвореніе, если въ силу одного и того же права требованія, можно требовать 100 гульденовъ? Конечно нѣтъ. Или если два права требованія распространяются на доставленіе собственности на вещь, индивидуально опредѣленную? Нѣтъ. Когда же? Ср. также I § 121 прим. 10.

[15] При этомъ безразлично, подходитъ ли это недозволенное дѣйствіе подъ точку зрѣнія деликта или нарушенія конкретной юридической обязанности. О первомъ случаѣ см. l. 1 § 4 D. de eo per quem fact. erit. 2. 10, l. 14 § 15 l. 15 D. quod met. causa 4. 2, l. 17 pr. D. de dolo 4. 3, l. 5 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 3 pr. D. si mens. 11. 6, l. 7 § 4 l. 8 D. quod falso tut. 27. 6, l. 1 § 13 D. de vi 43. 16, l. 1 C. de cond. furt. 4. 8 (Риббентропъ § 14. 15); о второмъ случаѣ см. l. 5 § 15 D. comm. 13. 6, l. 1 § 3, l. 22 D. dep. 16. 3, l. 15 D. de tutelae 29. 3 (l. 18 § 1 D. de adm. et per. 26. 7), ср. Риббентропъ § 9. 10. 19. Къ сказанному слѣдуетъ еще замѣтить: a) недозволенное дѣйствіе, которое нѣсколько лицъ предпринимаютъ сообща. есть недозволенное дѣйствіе для каждаго изъ нихъ; единство дѣйствія является здѣсь только кажущимся. Ср. l. 1 § 11 D. de tutelae 27. 3. „Plane si ex dolo communi conventus praestiterit tutor, neque mandandae sunt actiones, neque utilis competit, *quia proprii delicti poenam subit*...“ Тоже l. 15 eod. (см. ниже). Указывается ли въ l. 15 § 2 D. quod vi 43. 24 на единство дѣйствія по исключенію и принимается ли вслѣдствіе этого корреальный долгъ для многихъ преступниковъ, или же мѣсто это должно объяснять иначе? Ср. Риббентропъ стр. 95 слѣд., Шмидтъ Interdiktenverfahren стр. 200 слѣд., см. еще Баронъ стр. 219—221. b) Если многимъ лицамъ была отдана на сохраненіе, или въ заемъ, одна и та же вещь, или многимъ лицамъ дано порученіе (ср. еще l. 60 § 2 D. mand. 17. 1) или если нѣсколько лицъ обязаны, по другому основанію, пещись о чужихъ дѣлахъ, то имѣетъ мѣсто недѣлимое обязательство. Слѣдствіемъ такой недѣлимости бываетъ то, что каждый отвѣчаетъ за свою вину не только въ соотвѣтственной долѣ, но и въ цѣлости. Въ случаѣ какой-либо вины обязательство принимаетъ для него новый видъ. Если многія обязанныя лица оказываются виновными, то они, относительно этой вины, являются солидарными должниками. Это рѣшительное воззрѣніе источниковъ. L. 5 § 15 D. comm. 13. 6: — „sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam

договору[16]. или по другимъ основаніямъ [17], но не единственный случай [18].

3. Множество должниковъ или кредиторовъ при недѣлимости удовлетвореніе по обязательству *).

§ 51. Если нѣсколько лицъ вмѣстѣ имѣютъ требовать или чинить не дѣлимое удовлетвореніе по обязательству, то по римскому праву также наступаетъ солидарное отношеніе [1], но эта солидарность имѣетъ свои особенности [2]. Прежде всего эта солидарность только формальная; кредиторъ, получившій все удовлетвореніе, безусловно обязанъ удовлетворить другихъ сокредиторовъ, точно также, какъ всякій должникъ, учинившій удовлетвореніе, имѣетъ право обратнаго иска соразмѣрно ихъ долевой отвѣтственности [3]. За тѣмъ и съ формальной стороны эта солидарность не вполнѣ строго проводится, а именно при нѣсколькихъ кредиторахъ. Если въ этомъ случаѣ удовлетвореніе имѣетъ такой характеръ, что учиненное одному изъ кредиторовъ, оно удовлетворяетъ и дру-

---

in totum me praestare debere". L. § 14 D. de tutelae 27. 3 (см. выше). L. 15 D. cod. „Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri; nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat... ut in duobus quibus res commodata est, vel deposita, quibusque mandatum est". См. далѣе l. 81 § 1 D. de sol. 46. 3 (—„sed etsi sine praetore sine dolo malo hoc fecero, liberabor, *aut, quod verius est, non incidam in obligationem*") и l. 21 § 1. D. dep. 16. 3 (l. 1 C. an serv. 4. 14). Ср. Баронъ стр. 208 слѣд. Фрицъ XXII стр. 373 слѣд. принимаетъ въ подобныхъ случаяхъ корреальность по волѣ сторонъ, которая хотя и не высказана прямо, но вытекаетъ сама собою изъ природы обѣщаннаго дѣйствія.

[16] L. 21 l. 59 § 3 D. mand. 17. 1, l. 52 § 3 D. de fidei. 46. 1.

[17] Такъ отвѣтствуютъ солидарно многіе жильцы одной комнаты при actio de effusis et eiectis. L. 1 § 10—l. 4 D. de his qui eff 9. 3. Почему они не корреальные должники, какъ многіе собственники одного преступнаго раба или наносящаго вредъ животнаго? Когда многіе живутъ совмѣстно, то житье одного не есть житье другаго; но если многіе состоятъ общими собственниками, то собственность одного есть, конечно, собственность другаго (I § 169 a).

[18] Простое солидарное обязательство возникаетъ еще и вслѣдствіе того, что кто нибудь (не принимаетъ, а) обѣщаетъ исполнить обязанность другаго. L. 18 § 3 D. de pec. caust. 13. 5, ср l. 97 § 1 D. de V. O. 45. 1.

* Литература этаго ученія указана при § 4.

§ 51.

[1] L. 2 § 2 l. 85 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 17 D. de serv. 8 1, l. 19 D. de S. P. R. 8. 3, l. 25 § 9—11 D. fam. erc. 10. 2, l. 11 § 23. 24 de leg. 111° 32, l. 80 § 1 D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 192 pr. D. de R. l. 50. 17

[2] Солидарность эта,—т. е. та солидарность, которая наступаетъ лишь потому, что удовлетвореніе недѣлимо. Но при недѣлимости удовлетворенія можетъ имѣть мѣсто и одно изъ другихъ основаній солидарности. Въ этомъ случаѣ примѣняются правила, изложенныя въ предъидущемъ положеніи.

[3] Это право регресса источники признаютъ прямо лишь для содолжниковъ, и при томъ такихъ, которые сдѣлались таковыми по наслѣдству, —l 25 § 10 l. 44 § 8 D. fam. erc. 10. 2, l. 49 § 4 D. de leg. 11° 31, l. 11 § 23. 24 D. de leg.

гихъ [4], то должникъ обязанъ чинить удовлетвореніе одному изъ нихъ, если при семъ ему дается обезпеченіе противъ требованія другихъ кредиторовъ [5]; если же вмѣсто исполненія по обязательству приходится уплачивать деньгами, то каждый кредиторъ получаетъ только свою долю [6]. Напротивъ если есть нѣсколько должниковъ, то каждый изъ нихъ обязанъ исполнить все обязательство даже безъ сказаннаго обезпеченія и даже въ томъ случаѣ, когда вмѣсто исполненія по обязательству, приходится платить деньгами [7]. Никто изъ должниковъ не можетъ быть привлеченъ

111° 32, l. 2 § 2 D. de V. O. 45. 1. Но не подлежитъ сомнѣнію, что правомъ этимъ должны пользоваться и другіе содолжники, такъ же и сокредиторы. Хотя бы въ данномъ случаѣ права регресса нельзя было оправдывать особеннымъ лежащимъ въ его основаніи правоотношеніемъ, какъ напр. порученіемъ или товариществомъ (actio mandati, pro socio [ср. напр. l. 52 § 12 D. pro soc. 17. 2]), то его можно основывать на исполненіи того, что матеріально должно въ части пасть на другаго должника; полученіи кредиторомъ того, что слѣдуетъ и другому кредитору actio negotiorum gestorum, condictio sine causa, l. 31 § 7 D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 § 2 D. comm. div. 10. 3, см. вообще § 184 прим. 12). Ср. А. Бринкманнъ Verhältniss der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum стр. 108. 142 слѣд., Уббелоде въ цитированномъ подъ § 6 сочиненіи стр. 261. 270—274.

[4] Примѣры: многіе совладѣльцы вправѣ требовать возстановленія сооруженія, коимъ защищается ихъ поземельный участокъ отъ наводненія; многіе въ правѣ требовать выдачи отданной на сохраненіе вещи. Возстановленіе сооруженія идетъ въ пользу всѣхъ владѣльцевъ, хотя бы таковое послѣдовало по домогательству одного изъ нихъ (l. 11 § 1 D. de aqua et aquae 39. 3); но выдача одному поклажедателю предмета поклажи не идетъ въ пользу другихъ поклажедателей.

[5] L. 1 § 36 l. 14 pr. D. dep. 16. 3. Ср. l. 54 § 1 i. f. D. de V. O. 45. 1. Но должникъ можетъ и не нуждаться въ гарантіи, такъ какъ онъ освобождается отъ долга относительно всѣхъ кредиторовъ, хотя бы исполненіе не заключало въ себѣ удовлетворенія всѣхъ, а лишь одного. L. 81 § 1 D. de solut. 46. 3. Уббелоде стр. 233—235. Зейф. Arch. X. V. 78; но см. также VII. 27. тамъ же.

[6] Онъ не можетъ требовать больше того, что составляетъ его интересъ. По классическому римскому праву указанный случай имѣлъ мѣсто уже тогда, когда дѣло доходило до кондемнаціи. Отсюда l. 25 § 9 D. fam. erc. 10. 2 (ср. l. 4 § 3 D. si serv. 8. 5), l. 1 § 31 44, l. 17 pr. D. dep. 16. 3. Въ современномъ правѣ онъ наступаетъ при исполненіи, или когда удовлетвореніе сдѣлалось невозможнымъ. О послѣднемъ случаѣ трактуетъ l. 8 pr. D. de op. lib. 38. 1, ср. l. 54 § 1 D. de V. O. 45 1 (Уббелоде стр. 72—73).

[7] Кредиторъ не можетъ, при недѣлимости обязательства, требовать болѣе того, что составляетъ его интересъ, но послѣдняго онъ можетъ требовать вполнѣ. Однако же господствующее мнѣніе не согласно съ построеннымъ въ текстѣ положеніемъ. Мнѣніе это выходитъ изъ того, что, по римскому праву, денежная кондемнація касалась каждаго изъ многихъ должниковъ лишь въ соотвѣтственной части, равно какъ каждый изъ многихъ кредиторовъ пользовался судебною защитою лишь въ причитающейся ему части. Дѣлимость эта принимается и для современнаго права, или прямо (по крайней мѣрѣ что касается исполнительной инстанціи), или же изъ нея выводятъ для должника право требовать, чтобъ его присудили къ платежу совмѣстно съ другими должниками (т. наз. exceptio plurium litis consortium). Ср. о различныхъ мнѣніяхъ Вангеровъ § 567 прим. 2 № 1. 2.

къ отвѣтственности за вину другаго [8], развѣ таковая положительно была условлена [9].

въ к., Синтенисъ II § 84 прим. 27, Риббентропъ стр. 184, Ветцель Civilpr. § 63, начиная отъ примѣч. 39, Арндтсъ § 216 прим., Уббелоде стр. 281—284. Противъ господствующаго мнѣнія во всемъ его объемѣ высказался одинъ только Савиньи (§ 34). Уббелоде, оспаривая это мнѣніе относительно положительныхъ дѣйствій (стр. 76—95, 251—256), присоединяется къ нему, что касается отрицательныхъ (стр. 105 примѣч. 1a), и къ этому мнѣнію примкнулъ также Арндтсъ въ 5 изд. § 216 прим. 2. Объ этомъ вопросѣ нужно замѣтить слѣдующее: a) Признано, что, по римскому праву, каждый изъ многихъ должниковъ, по обязательству установить недѣлимую служебность, присуждался къ исполненію обязательства въ цѣлости, l. 25 § 10 D. fam. erc. 10. 2, l. 2 § 2 D. de V. O. 45. 1. Господствующее мнѣніе не могло представить достаточнаго основанія, почему этому быть иначе при другихъ обязательствахъ (см. объ этомъ Уббелоде стр. 77—82; новѣйшая попытка у Барона Gesammtrechtsverhältnisse стр. 215 слѣд.). b) Доказательство противъ господствующаго мнѣнія лежитъ и въ l. 21 § 5 D. de O. N. N. 39. 1 (Уббелоде стр. 143). c) Законъ этотъ ссылается на l. 72 pr. D. de V. O. 45. 1. Хотя же Савиньи объясняетъ, что мѣсто это представляетъ собой одну историческую замѣтку, но гораздо вѣрнѣе объясненіе Уббелоде, по которому мѣсто это слѣдуетъ понимать о томъ случаѣ, когда уже при жизни первоначальнаго должника наступила для него невозможность исполненія по его винѣ, и обязательство превратилось вслѣдствіе этаго въ дѣлимое между его наслѣдниками (l. 7 § 1 l. 9 D. dep. 16. 3, l. 3 § 3 въ связи съ l. 17 § 2 D. comm. 13. 6). d) O l. 11 § 3 l. 6 § 1 D. de aqua et aquae 39. 3 см. Уббелоде § 22. L. 49 § 4 даетъ, какъ извѣстно, господствующему мнѣнію весьма слабую опору (Бринцъ въ поименованномъ подъ § 6 мѣстѣ стр. 46). e) Что касается въ частности обязанности къ недѣлимому бездѣйствію, то Уббелоде ссылается на то, что здѣсь о многихъ должникахъ говорится не singuli in solidum tenentur (какъ это бываетъ при обязанности къ недѣлимому дѣйствію), а omnes tenentur и т. п. Но l. 2 § 2 D. de V. O. 45. 1 говоритъ вообще;—„si divisionem res promisa non recipit.... heredes promissoris singuli in solidum tenentur“, и упоминаніе при этомъ о правѣ прохода прибавляется лишь въ видѣ примѣра (veluti). См. также l. 102 pr. D. de R. J. 50. 17. Уббелоде выставляетъ за симъ то, что по обязательству къ бездѣйствію можно искать не прежде, какъ оно, вслѣдствіе нарушенія, превратилось въ обязательство денежное. Вѣрно; но почему примѣнять сюда другое правило, чѣмъ когда обязательство къ дѣйствію превращается по винѣ должника въ денежное обязательство?

[8] Если исполненіе сдѣлалось невозможнымъ по винѣ одного содолжника, то другіе содолжники освобождаются, и лишь виновный продолжаетъ нести отвѣтственность. L. 10 D. dep. 16. 3; ср. l. 1 § 43 cod, l. 5 § 15 D. comm. 13. 6. O l. 7 § 1 D. cod. см. Риббентропъ стр. 130 примѣчаніе 12. Если содержаніемъ удовлетворенія бываетъ бездѣйствіе, то должникъ отвѣчаетъ лишь за свое собственное дѣяніе, а не за дѣяніе другаго должника.

[9] Это бываетъ тогда напр., когда кто нибудь принимаетъ обязанность къ бездѣйствію „за себя и своихъ наслѣдниковъ“. Каждый изъ многихъ его наслѣдниковъ отвѣчаетъ за то, что подлежащее дѣйствіе не будетъ предпринято „наслѣдниками“, слѣдовательно онъ отвѣчаетъ и за дѣяніе другаго, хотя съ правомъ регресса противъ него. Объ этомъ трактуютъ l. 2 § 5 l. 131 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 25 § 12 l. 44 § 5 D. fam. erc. 10. 2, ср. L. 4 § 1 l. 85 § 3 D. de V. O. 45. 1. Такимъ же образомъ можетъ кто нибудь принять на себя и за своихъ наслѣдниковъ обязанность къ дѣйствію, или нѣсколько лицъ могутъ въ сказанномъ смыслѣ обязываться съ самаго возникновенія обязательства къ дѣйствію или бездѣйствію. Но, безъ особеннаго обоснованія, никогда не наступаетъ отвѣтствен-

Что касается вопроса о томъ, насколько упомянутые здѣсь способы прекращенія обязательствъ въ лицѣ одного изъ кредиторовъ или должниковъ имѣютъ дѣйствіе для остальныхъ,—то нужно исходить изъ принципа, что распоряженіе одного изъ кредиторовъ не имѣетъ значенія для другихъ [10], и что напротивъ распоряженія одного изъ должниковъ служатъ въ пользу остальныхъ, какъ и при корреальныхъ обязательствахъ [11]. Согласно первому изъ сихъ правилъ и здѣсь для каждаго изъ кредиторовъ не представляется возможности концентрировать все обязательство исключительно въ своемъ лицѣ [12].

§ 52. Въ дополненіе къ сказанному о нераздѣльныхъ обязательствахъ нужно добавить слѣдующее:

1) Нѣсколько лицъ могутъ принять на себя нераздѣльное обязательство и въ томъ смыслѣ, что каждый изъ нихъ принимаетъ на себя только извѣстнаго рода содѣйствіе къ исполненію онаго; въ семъ случаѣ каждый изъ нихъ отвѣтственъ только въ предѣлахъ принятыхъ имъ на себя обязательствъ [1].

2) Если предметъ обязательства заключается въ обязанности не дѣлать чего либо, то оно нераздѣльно между должниками даже и тогда, когда оно само по себѣ дѣлимо [2]. О дѣленіи исполненія здѣсь можетъ быть рѣчь только въ томъ преположеніи, что потенція, безъ которой не можетъ быть учинено дѣйствіе, упущеніе коего условлено по договору, положительно раздѣлена между многими должниками [3].

ность одного должника за дѣйствія другаго должника, противныя обязательству. Это, обыкновенно не признается, или упускаютъ это изъ виду. И Уббелоде смотритъ на отвѣтственность за вину содолжника, по крайней мѣрѣ при многихъ должникахъ, сдѣлавшихся таковыми по наслѣдству, или при obligationes stricti iudicii,—какъ на разумѣющуюся само собой стр. 73. 108, ср. стр. 222. 236. Спрашивается, не можетъ ли право требованія, при нѣсколькихъ кредиторахъ, имѣть такое содержаніе, что каждому изъ кредиторовъ должно принадлежать право требовать отъ другаго кредитора воздержанія отъ нарушенія обязанности? Конечно, на сколько кредиторъ имѣетъ интересъ въ ненарушеніи обязанности противъ сокредитора. L. 2 § 6 l. 3 D. de V. O. 45. 1.

[10] Это слѣдуетъ изъ того, что одинъ кредиторъ не можетъ, даже чрезъ принятіе исполненія, лишить другихъ кредиторовъ ихъ права требованія.

[11] Когда солидарность наступаетъ въ дѣйствительности лишь вслѣдствіе недѣлимости удовлетворенія, то существуетъ единство требованія. Ср. Уббелоде стр. 256 слѣд. Зейф. Arch. XV. 112.

[12] Ср. Уббелоде стр. 261 ниже.

§ 52. [1] Уббелоде стр. 239—240. 243—250.

[2] Основаніе весьма простое: двукратное дѣйствіе по 1/2 составляетъ цѣлое дѣйствіе, но двукратное бездѣйствіе по 1/2 не составляетъ цѣлаго бездѣйствія.

[3] Уббелоде стр. 106 слѣд. Сказанное имѣетъ мѣсто въ поименованномъ въ l. 4 § 1 D. de V. O. 45. 1 случаѣ, гдѣ каждый, который обѣщалъ: amplius non agi, оставляетъ послѣ себя нѣсколькихъ наслѣдниковъ. Ср. объ этомъ мѣстѣ (§ Cato) Уббелоде стр 129 слѣд. и Beil. II.

Прибавленіе.

§ 53. Множество обязательствъ при единичной обязанности къ исполненію (смотр. выше § 50) можетъ имѣть мѣсто и безъ различія субъектовъ обязательства; тотъ же должникъ долженъ тому-же кредитору изъ новыхъ основаній. Это отношеніе можетъ имѣть свои основанія во вторичномъ [1] или въ неоднократномъ [2] обѣщаніи исполненія должникомъ кредитору или въ томъ, что одинъ изъ солидарныхъ должниковъ становится наслѣдникомъ другаго. Это отношеніе заслуживаетъ вниманія только потому, что здѣсь можетъ имѣть мѣсто вопросъ, насколько прекращеніе одного изъ обязательствъ уничтожаетъ другое [3]. Отвѣтъ здѣсь будетъ тотъ же какъ и при солидарныхъ обязательствахъ а именно, что такое дѣйствіе имѣетъ только *исполненіе* [4] по обязательству и равные ему способы прекращенія онаго [5], [6]. Только въ одномъ случаѣ необходимо строго обращать вниманіе на то, прекращаетъ-ли данное обстоятельство только одно или всѣ существующія между сторонами обязательства [7].

V. Возникновеніе обязательственныхъ правъ.

ВВЕДЕНІЕ.

§ 54. Обязательственное право возникаетъ какъ всѣ права вообще: или посредствомъ юридической сдѣлки, или посредствомъ судебнаго опредѣленія, или посредствомъ инаго дѣйствія, къ которому законъ присоединяетъ возникновеніе права требованія. О юридическихъ сдѣлкахъ, какъ основаніи къ возникновенію обязательственныхъ правъ будетъ сказано подробнѣе ниже (§ 55 и слѣд.). Судъ установляетъ обязательственное право посредствомъ судебнаго признанія чьего либо права; подробности этого способа возникновенія обя-

---

[1] Обѣщаніе исполненія, constitutum debiti. См. § 37. § 53.

[2] Возникающее обязательство имѣетъ своимъ предметомъ не исполненіе другаго, а тождественное съ другимъ обязательствомъ удовлетвореніе съ тѣмъ однакоже, что, по намѣренію сторонъ, исполненіе одного обязательства есть и исполненіе другаго (l. 18 D. de V. O. 45. 1)—такъ наз. придаточная стипуляція. L. 2 l. 9 pr. l. 16 l. 28 D. de nov. 46. 2, l. 38 § 2 D. de solut. 46. 3, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5. Bähr Anerkennung § 13, Либе Stipulation § 14, Гнейстъ formelle Verträge стр. 138 слѣд. 145 сл., [Сальковскій Novation § 6].

[3] См. объ этомъ въ особенности Рёмеръ bedingte Novation стр. 231—300 (ср. § 108) прим. 17.

[4] L. 18 § 3 D. de pec. const. 13. 5, l. 38 § 2 D. de sol. 46. 3.

[5] Удовлетвореніе имѣсто условленнаго исполненія по обязательству, представленіе платежа по обязательству въ судъ, осуществленная компенсація, новація, квитированіе.

[6] Ср. l. 18 § 1 D. de pec. const. 13. 5, l. 28 D. de nov. 46. 2 (§ 37 прим. 4).

[7] Такъ бываетъ при прощеніи долга, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5,—при договорѣ о третейской присягѣ, l. 36 D. de iurei 12. 2.

зательственнаго права изложены въ ученіи о судопроизводствѣ. Между остальными дѣйствіями, служащими къ возникновенію обязательственныхъ правъ, нужно особенно замѣтить преступленіе, о которыхъ подробнѣе также будетъ сказано ниже (§ 78). Чтобы различать другія основанія возникновенія права требованія, которыя не могутъ быть отнесены ни къ юридическимъ сдѣлкамъ, ни къ преступленіямъ, нужно обращать вниманіе на то, стоятъ ли эти иныя основанія ближе къ юридическимъ сдѣлкамъ, или къ преступленіямъ. [1] [2]

А. Юридическія сдѣлки.

§ 55. Къ юридическимъ сдѣлкамъ, какъ способу возникновенія обязательственнаго права должно быть примѣнено общее ученіе о юридическихъ сдѣлкахъ. Здѣсь точно также слѣдуетъ различать одностороннія и двухстороннія сдѣлки (договоры). Одностороннія сдѣлки или совершаются на случай смерти, или являются сдѣлками между живыми. Здѣсь можетъ идти рѣчь только о послѣднихъ; о первыхъ же говорится въ ученіи о наслѣдственномъ правѣ.

1. Одностороннія юридическія сдѣлки.

§ 56. Одностороннее заявленіе о желаніи дать или сдѣлать что-либо въ пользу другаго собственно не установляетъ права требованія даже въ томъ случаѣ, когда заявленіе это учинено съ цѣлью обязаться исполненіемъ [1], другими словами, сдѣлавшій подобное за-

---

§ 54. [1] Въ этомъ смыслѣ источники, употребляя договоры вмѣсто сдѣлокъ, говорятъ, что обязательства „aut... ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio“ (§ 2 I de obl. 3. 13, ср. pr. I de obl. quae quasi ex contr. 3. 27 pr. I de obl. quae quasi ex delicto 4. 5). Другое мѣсто (l. I pr. D. de O. et A. 44. 7) опредѣляетъ обязательства quasi ex contractu и quasi ex maleficio или delicto—какъ обязательства „ex variis causarum figuris“. Новѣйшіе писатели говорятъ о quasi-контрактахъ и quasi-деликтахъ.

[2] Возникновеніе правъ требованія по давности? Конечно, не по римскому праву (къ l. 1 C. de fidei 6. 42 срав. l. 16 § 1 C. de test. 6. 28, о l. 6 pr. D. de usur 22. 1. См. § 11, примѣч. 7 и, кромѣ цитированныхъ тамъ писателей, Буркгардъ die civilistischen Präsumtionen стр. 234 слѣд.). Унтергольцнеръ Verjährungslehre II § 252. 253, Г. Келлеръ въ Sell's Jahrb. III стр. 184 слѣд. А по современному праву? О незапамятной давности см. I § 113, примѣч. 5. Рѣшенія, приведенныя у Зейфф. Arch. VII. 269 и XVI. 5, признаютъ и давность владѣнія въ обязательственныхъ отношеніяхъ юридическихъ лицъ и сословій; противоположное VII. 5. См. тамъ же I. 317 и Брунсъ Besitz стр. 421—422. 481—483, Унтергольцнеръ Verjährungslehre II § 254. Ниже въ этомъ учебникѣ § 216, прим. 4. 5. Ср. также Зейфф. Arch. XVIII. 123.

* Dig. 50. 12 de pollicitationibus. Унтергольцнеръ II § 575, Синтенисъ II стр. 276.

§ 56. [1] Изъявленіе воли, безъ намѣренія обязываться никогда и ни при какихъ

явленіе можетъ взять его обратно [2]. Изъ этаго правила существуютъ однако исключенія [3].

1) Если кто-либо сдѣлаетъ одностороннее обѣщаніе въ пользу общества, то для этаго общества возникаетъ право требовать исполненія этаго обѣщанія; но право это возникаетъ безусловно только въ томъ случаѣ, когда обѣщаніе имѣетъ за собой достаточное основаніе [4]. Если же такаго основанія не существуетъ, то обѣщавшійся отвѣтствуетъ только въ окончаніи уже начатаго имъ исполненія обѣщанія [5], но даже и подобное окончаніе онъ можетъ въ случаѣ обѣдненія своего замѣнить выдачей пятой части своего имущества [6]. Наслѣдники его точно также отвѣтствуютъ лишь въ томъ случаѣ, когда обѣщаніе имѣетъ за собой достаточное основаніе [7]; за исключеніемъ же этого случая наслѣдники отвѣчаютъ въ томъ случаѣ, если исполненіе обѣщанія начато еще при жизни наслѣдодателя; при этомъ отвѣтственность ихъ ограничивается пятою частью, а отвѣтственность нисходящихъ—десятою частью унаслѣдованнаго имущества [8].

обстоятельствахъ не порождаетъ права требованія. Объявленіе воли должно содержать въ себѣ не только enuntiatio, но и dispositio; не только выраженіе намѣренія или рѣшимости, но и выраженіе подчинить волю волѣ другаго.

[2] Ср., впрочемъ, § 307. № 1.

[3] Римское право называетъ одностороннее обѣщаніе pollicitatio. d. L. 3 pr. h. t. „Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum". Впрочемъ, выраженіе это употребляется также, съ одной стороны, для обозначенія изъявленія воли безъ намѣренія обязываться, а съ другой — не формальнаго и даже облеченнаго въ надлежащую форму договора (l. 5 C. de contr. stip. 8. 38, l. 43 § 1 D. de contr. emt. 18. 1).

[4] L. 1 § 1. 5 l 3 pr. l. 4 l. 6 § 2 l. 7 l. 9 l. 13 pr. l. 14 D. h. t., l. 19 pr. D. de don. 39. 5.

[5] L. 1 § 2—5 l. 3 pr. l. 5. (См. объ этомъ мѣстѣ Марецоль Zeitschr f. Civ. u. Pr. I стр. 374 слѣд., Уттергольцнеръ во многихъ мѣстахъ, прим. 9, Гольцшуеръ III § 235 № 1) l. 8 D. h. t.

[6] L. 9 D. h. t.

[7] L. 6 pr. l. 9 l. 11 l. 14 D. h. t. Въ этихъ мѣстахъ говорится, правда, лишь объ обѣщаніи „ob honorem" (разъ—l. II cit.—прибавляется „vel sacerdotium"), можно однако же расширить это въ томъ смыслѣ, какъ сдѣлано въ текстѣ. Даже гарантіей исполненія обѣщанія выставляется „честь" (honor) преимущественно, и нерѣдко исключительно (см. l. 3 pr. l. 6 § 2 l. 9. l. 13 pr. D. h. t., l. 19 D. de don. 39. 5).

[8] L. 9 l. 14 l. 15 D. h. t. L. 9 и l. 14 cit. противорѣчитъ другъ другу въ томъ только смыслѣ, что послѣднее мѣсто прямо говоритъ объ отвѣтственности пятой или десятой долей, тогда какъ первое прибавляетъ: „si bona liberalitati solvendo non fuerint". Слѣдуетъ принять, что эти слова означаютъ не условіе для отказа отъ исполненія, а поводъ для наслѣдника отказаться отъ окончанія начатаго исполненія. Синтенисъ II § 96, прим. 55, который понимаетъ эти слова въ смыслѣ условія, и считаетъ неточностью неупоминаніе объ этомъ условіи въ L. 6 § 1 l. 14 cit. нужно понимать о такомъ изъявленіи уваженія, которое имѣется только въ виду (l. 11 D. h. t.)

2) Такимъ же образомъ возникаетъ право требовать исполненія обѣщаннаго для богоугоднаго учрежденія, въ случаѣ обѣта, т. е. обѣщанія пожертвовать съ благотворительною цѣлью [9].

3) Новѣйшее право значительно расширило возможность возникновенія обязательствъ посредствомъ односторонняго заявленія должника, именно при долговыхъ обязательствахъ, выдаваемыхъ на предъявителя или по предъявленіи. Подробности этого не относятся къ настоящему отдѣлу [10].

2. Договоръ.

а) Понятіе и заключеніе. *

§ 57. Обязательственный договоръ, какъ и каждый иной, состоитъ въ совокупномъ изъявленіи двухъ воль. Изъявленіе воли однаго изъ контрагентовъ направлено къ тому, чтобы сдѣлаться должникомъ, подчинить свою волю волѣ другаго контрагента [1]; изъявленіе воли другаго направлено къ тому, чтобы подчинить себѣ эту волю, усвоить ее,—точнѣе къ тому, что онъ хочетъ получить право на то дѣйствіе, совершить которое обязывается противная сторона. Которое изъ этихъ двухъ изъявленій воли является раньше,—безразлично: договоръ можетъ состояться не только въ

---

[9] Такъ было уже по римскому праву и каноническому. L. 2 D. h. t.; c. 18 X. de cens. 3. 39. Вальтеръ Kirchenrecht § 346, Рихтеръ, Kirchenrecht § 276.

[10] Вопросъ о томъ, имѣютъ ли бумаги на предъявителя, приказы (Ordrepapierforderung), въ особенности векселя, свое основаніе въ договорѣ или въ одностороннемъ объявленіи воли должника, не разрѣшенъ еще наукою. Ср. Кунтце Inhaberp. § 53—83. Wechselrecht стр. 293—312 и поименованныхъ тамъ писателей. Мнѣ кажется, что принятіе договора будетъ имѣть основаніе тогда только, когда на каждаго послѣующаго кредитора будутъ смотрѣть какъ на преемника правъ предшественника. Безъ этого, т. е. давая каждому предъявителю или индоссатару самостоятельное право на основаніи выраженнаго въ бумагѣ изъявленія должникомъ своей воли (schuldnerische Erklärung), придется право это давать ему исключительно на основаніи этого изъявленія; ибо въ противномъ случаѣ должникъ могъ бы, отказываясь отъ односторонняго своего заявленія, воспрепятствовать новому лицу вступать въ обязательство въ качествѣ кредитора. За теорію договора вновь выступилъ Биндингъ Zeitschr. f. Hand. X, стр. 400 слѣд. и Регельсбергеръ въ поименованномъ ниже сочиненіе стр. 6. О вопросѣ, имѣетъ ли всякій право выпускать бумаги на предъявителя или право это принадлежитъ одному лишь государству, см. Савиньи Obl. II стр. 122—130, Кунтце Inhaberpapiere стр. 535—551, Тёль Handelsr. I § 54a, прим. 4 и прим. 2 въ концѣ; Зейф. Arch. VII, стр. 262—265, X, стр. 116—124, XVII. 55. 112, XV. 237. [Гольдшмидтъ Handelsr. I, стр. 1200, 1220, ф. Пошингеръ die Lehre von der Befugniss zur Ausstellung von Inhaberpapieren. Мюнхенъ 1870 г.].

* Ср. къ слѣдующему: Регельсбергеръ civilrechtliche Erörterungen I Heft. 1868.

§ 57. [1] Слѣдуетъ повторить (ср. § 304, прим. 1), что изъявленіе воли тѣмъ, кто имѣетъ сдѣлаться должникомъ, должно содержать въ себѣ желаніе подчинить свою волю волѣ другаго лица.

томъ случаѣ, когда должникъ заявляетъ о подчиненіи своей воли волѣ кредитора, но и въ томъ случаѣ, когда кредиторъ заявляетъ о подчиненіи его волѣ воли должника [2]. Сначала выраженное изъявленіе воли можетъ быть одновременно волей должника и кредитора: такъ бываетъ при взаимныхъ договорахъ (§ 72).

§ 58* Необходимо-ли для заключенія договора, чтобы до свѣдѣнія предлагающаго дошло извѣстіе о принятіи предложенія? [1]. На этотъ вопросъ нужно отвѣчать, что принятіе предложенія существуетъ независимо отъ того, дошло ли свѣдѣніе о немъ до предлагающаго [2], но что оно можетъ быть взято назадъ до тѣхъ поръ,

---

[2] Напримѣръ, кто нибудь даетъ порученіе своему пріятелю, который постоянно исполняетъ для него подобныя порученія. Кто нибудь посылаетъ другому книгу для чтенія безъ требованія со стороны послѣдняго (договоръ ссуды). Но самый общеизвѣстный примѣръ даетъ римская стипуляція. Въ первомъ изданіи я выставилъ положеніе, что когда поводъ къ заключенію договора исходитъ отъ кредитора, то, въ случаѣ сомнѣнія, можно въ этомъ видѣть лишь запросъ (Vertragsanfrage), а не предложеніе договора. Положеніе это я теперь оставляю. Противъ этого см. также Dahn Zeitschr. f. Handelsr. IX. 6.

* Ср. къ этому и слѣдующему §, кромѣ поименованнаго выше сочиненія Регельсбергера стр. 23 слѣд., еще слѣдующія: Бюловъ и Гагеманъ pract. Erörter. IV. 3 (1804). ф. Веннингъ-Ингенгеймъ Arch. f. civ. Prax. II. 25. (1821). Hasse Rhein. Museum II, стр. 371 слѣд. (1829). v. Scheurl Beiträge I, стр. 305 слѣд. (1853) и Jahrb. f. Dogm. II 5 (1858), Беккеръ Jahrb. de gem. K. II. 11. III, стр. 116 слѣд. 295 слѣд. (1858—1859). Данъ Zeitshr. f. Handelsr. IX. 6 (1866). Filippo Serapini il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale, стр. 48—82 (Pavia 1862). Болѣе полныя литературныя указанія у Тёля Handelsr. I § 57, прим. 13. Къ этому слѣдуетъ прибавить: Перингъ Jarb. f. Dogm. IV, стр. 86 слѣд., Гиртаннеръ Stipulation, стр. 478 слѣд., Арндтсъ § 231, прим. 3, Синтенисъ 11 стр. 246 слѣд., Келлеръ стр. 443; болѣе обширныя указанія на заграничную литературу у Серафини стр. 51—52. 54—55, Миттермайеръ Arch. f. civil. Prax. XL VI, стр. 9 слѣд. [Гауэръ Zeitschr. f. Handelsr. XII, стр. 34 слѣд. (1868). Эммингаусъ Arch f. prakt. R. W. N. F. VI, стр. 113 слѣд. (1869). Вангеровъ 7 изд. III § 603, прим. 1 (1869)]. § 58.

[1] Вопросъ этотъ весьма споренъ въ новой и старой литературѣ, и мало надежды на примиреніе мнѣній. Изъ поименнованныхъ выше писателей высказались за положительное разрѣшеніе предложеннаго вопроса: Гассе, Шейерль въ Beiträge, Беккеръ, Арндтсъ, Регельсбергеръ, [Вангеровъ], кромѣ того, Вехтеръ Arch. f. civ. Prax. XIX стр. 116, прим. 3. За отрицательное рѣшеніе: Бюловъ и Гагеманъ, Веннингъ-Ингенгеймъ, Шейерль въ Jahrbüchern, Тёль, Синтенисъ, Данъ, Серафини, кромѣ того, Пухта § 251, а и Vorles. Кунтце къ Гольцшуеру III стр. 309—313 (послѣдній только изъ практическихъ соображеній). Изъ практики за утвердительное рѣшеніе: Зейф. Arch. I. 194, III,. 19. 310. V. 116, VIII. 24; за отрицаніе: тамъ же II. 160, VII. 16, XVI. 203. Мнѣ кажется, что все стремится здѣсь къ среднему мнѣнію, каковое я уже выставилъ въ первомъ изд.: мнѣніе, изложенное здѣсь, ведетъ въ сущности къ тому же результату, только конструкція другая.

[2] Ср. l. 4 pr. D. de manum. vind. 4°. 2. „Si pater filio permiserit servum manumittere... deinde...ignorante filio... vetuisset per nuntium et antequam filius certior fieret, servum manumisisset, liber non fit. Nam ut filio manumittente servus ad libertatem per-

пока свѣдѣніе о немъ не дошло до предлагающаго [3]. Поэтому изъявленіе воли со стороны кредитора можетъ служить основаніемъ къ возникновенію обязательства не прежде, какъ свѣдѣніе о немъ дойдетъ до предлагающаго [4], и если это свѣдѣніе вовсе не дойдетъ до предлагающаго, то вообще оно не служитъ основаніемъ къ возникновенію обязательства [5]; между тѣмъ изъявленіемъ воли

---

veniat, durare oportet patris voluntatem; nam si mutata fuerit, non erit verum, volente patre filium manumisisse". Не объявленная воля не имѣла здѣсь равно никакого юридическаго значенія. См. далѣе l. 7 D. de divort. 24. 2. Говорили (Шейерль прежде, а Беккеръ и теперь), что acceptatio не окончена до тѣхъ поръ, пока она не дойдетъ до того лица, которое предлагаетъ договоръ, что до этого времени хотя и существуетъ acceptatio, но acceptatio, не заявленная тому, который предлагаетъ вступленіе въ договоръ. Я полагаю, что это невѣрно. Коль скоро лицо, согласное на договоръ, изъявило это согласіе, то здѣсь есть не простая законченная acceptatio, но и acceptatio, *направленная* на лицо, дѣлающее предложеніе, и если говорятъ, что подъ acceptatio слѣдуетъ разумѣть акцептацію, *дошедшую* до лица, сдѣлавшаго предложеніе, то это выходитъ на одно и то же.

[3] Согласіе, которое я даю кому нибудь принадлежитъ мнѣ до тѣхъ поръ, пока оно не дошло къ нему. Изъявленіе согласія послѣдовало, но такъ какъ оно не дошло еще до того, кому согласіе дается, то оно можетъ быть взято назадъ. Выставленное здѣсь положеніе подлежитъ меньше всего спору въ этомъ весьма спорномъ вопросѣ. Та теорія, которая запрещаетъ принимающему предложеніе на вступленіе въ договоръ вернуть посланнаго съ согласіемъ, или потребовать съ почты отправленное письмо, не можетъ разсчитывать на всеобщее признаніе. Къ тому же положеніе это находитъ себѣ подтвержденіе въ приведенномъ въ слѣдующемъ примѣчаніи разъясненіи источниковъ. Acceptatio можетъ быть взято назадъ, доколѣ оно не дойдетъ до предлагающаго сдѣлку, и независимо отъ того, знаетъ ли послѣдній о содержаніи этой акцептаціи или нѣтъ. Письменное изъявленіе согласія, дошедшее до адрессата, принадлежитъ ему съ момента полученія имъ письма, а не ознакомленія съ содержаніемъ послѣдняго.

[4] До этого времени принимающій предложеніе этимъ не обязывается, онъ находится въ томъ же положеніи, въ какомъ находится дающій обѣщаніе подъ условіемъ si voluerim (I. § 93). И, подобно ему, онъ не перестаетъ опять быть должникомъ вслѣдствіе того, что онъ беретъ назадъ свое согласіе, такъ какъ ни тотъ, ни другой вовсе не дѣлались должниками. Требованію противной стороны - „ты долженъ"—тотъ и другой можетъ противопоставить возраженіе: „я не хочу".

[5] Въ источникахъ разъяснено, что глухой не можетъ вступать въ стипуляцію (l. 1. 15 D. de O. et A. 44. 7, l. 1 pr. D. de V. O. 45. 1). Противъ доказательной силы этого разъясненія приводили то, что стипуляція была формальнымъ актомъ; но справедливо возражали противъ этого, что внутренняя связь между этимъ рѣшеніемъ и необходимой для стипуляціи формой здѣсь ни при чемъ. Изъ необходимости вопроса и отвѣта не вытекаетъ еще необходимость, чтобъ предлагающій вопросъ понялъ отвѣтъ. Ср. также приведенное Регельсбергеромъ мѣсто изъ Мерлена Repertoire s. m. Vente (t. XIV стр. 308 париж. изд. 1815 г. „Je me trouve en présence d'un sourd, qui me dit: voulez-vous m'acheter telle chose, moyennant tel prix? Je lui réponds: je le veux bien; mais il ne m'entend pas, il me déclare ne m'avoir pas entendu, et il me prie de lui mettre par écrit la réponse qu'il juge, d'après le mouvement de mes lèvres, lui avoir été faite par moi. Alors, je prends une plume, et je lui trace ces mots: je vous ai dit, que je voulais bien, mais, toutes réflexions faites, votre proposition ne me convient pas. Cet homme pourra-t-il prétendre,

со стороны должника послѣдній дѣлается обязаннымъ, не смотря на то, что онъ точно также можетъ взять свое заявленіе обратно, пока свѣдѣніе о немъ не дошло до предлагающаго, и что поэтому нѣкоторое время остается не опредѣленнымъ возникло ли изъ него право требованія. Если идетъ дѣло о взаимномъ договорѣ, то предлагающій дѣлается обязаннымъ съ того времени, какъ сдѣлаетъ предложеніе, а принимающій предложеніе лишь съ того времени, когда заявленіе его о принятіи предложенія дойдетъ до предлагающаго [6]. Сказанное относится лишь къ тому случаю, когда заявленіе о принятіи предложенія совершается изустно. Если же это заявленіе совершается молчаливо, то принимающій предложеніе дѣлается обязаннымъ съ того времени, какъ окончено дѣйствіе, которымъ онъ выразилъ желаніе принять предложеніе [7].

---

que, par la réponse que je convient lui avoir faite de vive voix, je me suis lié irrevocablement envers lui? Non certainement; et s'il me poursuit, le juge le déboutera sans hésiter". Въ томъ же мѣстѣ Мерленъ приводитъ другой примѣръ: предлагающій заключеніе договора получаетъ отвѣтъ чрезъ слуховую трубу; которая такъ своеобразно устроена, что она передастъ звукъ лишь по истеченіи нѣсколькихъ минутъ. Принимающій предложеніе отвѣчаетъ чрезъ слуховую трубу «да», но прежде чѣмъ звукъ этотъ доходитъ до дѣлающаго предложенія, онъ беретъ назадъ свое согласіе обыкновеннымъ путемъ.

[6] Принимающій находится, до того времени, пока заявленіе его доходитъ до дѣлающаго предложеніе, въ томъ же положеніи, въ какомъ находится несовершеннолѣтній, заключившій двусторонній договоръ, или покупающій на пробу, и остается въ томъ же положеніи, если заявленіи его вовсе не доходитъ до дѣлающаго предложеніе. Но само собою разумѣется, что принимающій не можетъ, въ силу одного этого, требовать исполненія, не исполнив самъ. Ср. § 321, № 4. 5. Для двусторонняго именно договора разсматриваемый здѣсь спорный вопросъ имѣетъ особенное значеніе, и его разсматривали главнымъ образомъ по отношенію къ двустороннему договору. Но различіе между сторонами двусторонняго договора стоитъ въ доктринѣ и въ практикѣ по настоящее время почти изолировано. Обѣ согласны въ томъ (ср. только Блума Encyklopädie II § 266. 267), что обязательство обоихъ контрагентовъ наступаетъ одновременно, и спорятъ лишь о томъ, какое время принять за такой моментъ. Я же убѣжденъ, что указанное именно различіе можетъ привести къ удовлетворительному результату. Противоположнаго мнѣнія Тёль, который называетъ „противнымъ всякому порядку" то, чтобы дѣлающій предложеніе обязывался прежде, чѣмъ принимающій оное. Но для перваго—это слѣдствіе избраннаго имъ пути для заключенія договора. На подобномъ соображеніи основывается разъясненіе l. 17 § 1 l. 65 § 8. D. pro socio 17. 2. Во всякомъ случаѣ и торговое уложеніе (ст. 319. 320) не стѣснялось признать дѣлающаго предложеніе обязывающимся прежде, чѣмъ принимающій предложеніе, а послѣдняго только тогда, когда данное имъ согласіе дошло до дѣлающаго предложеніе, при чемъ само собою разумѣется, обязательство возникаетъ для дѣлающаго предложеніе не раньше какъ когда его предложеніе дошло по назначенію. И все это законъ дѣлаетъ не на томъ основаніи, что договоръ состоялся въ пользу послѣдняго, а на основаніи обязательной силы односторонняго договора.

[7]) Такимъ образомъ составляется для обѣихъ сторонъ договоръ ссуды тѣмъ, что присланная для чтенія книга прочитывается (принимается для чтенія), до-

§ 59. Совершеніе договора послѣ того, что будетъ сдѣлано и принято предложеніе, можетъ не состояться:

1) вслѣдствіе отреченія. Предложеніе договора можетъ быть взято обратно до тѣхъ поръ, пока противной стороной не заявлено о принятіи его [1]. Принятіе предложенія можетъ быть взято обратно до тѣхъ поръ, какъ заявленіе о немъ не дошло до предлагающаго [2]. Для дѣйствительности подобнаго отказа въ томъ и другомъ случаѣ нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы до противной стороны дошло свѣдѣніе объ отказѣ [3]. Тѣмъ не менѣе отказывающійся обязанъ вознаградить противную сторону, которая полагала, что договоръ состоялся [4] за всѣ убытки, происшедшіе для нея отъ этого предположенія [5]. Отъ подоб-

---

говоръ порученія—исполненіемъ послѣдовавшаго порученія. Съ другой стороны договоръ купли не составляется еще для продавца отсылкой заказа иного товара: онъ можетъ еще вернуть этотъ товаръ, какъ и отправленное письмо.

§ 59. [1] Ибо до этого времени дѣлающій предложеніе не связанъ еще своимъ предложеніемъ; дѣйствительное же обязательство возникаетъ для него съ принятіемъ предложенія.

[2] См. § 58.

[3] Тѣ, которые утверждаютъ противное (ф. Вепингъ-Ингенгеймъ, Гассе, Регельсбергеръ), [Вангеровъ], ссылаются лишь на то, что всякое объявленіе однимъ контрагентомъ своей воли существуетъ для другаго контрагента не прежде, чѣмъ оно дошло до него. Но это именно мнѣніе, въ его общемъ видѣ, я не считаю вѣрнымъ. Противъ него говорятъ проведенныя уже въ предъидущемъ § примѣч. 2 мѣста, и оно также не подтверждается l. 17 § 1 D. pro soc. 17. 2, ни l. 15 D. mand. 17. 1, 12 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 D. de SC. Mac. 14 6 (Беккеръ, стр. 361 - 363). Послѣднія мѣста содержатъ лишь то положеніе, что тотъ, воля котораго опредѣлилась по дѣйствію подъ вліяніемъ другаго лица не долженъ пострадать отъ того, что послѣднее, безъ его вѣдома, взяло назадъ свое предложеніе («ne damno afficiatur is qui suscipit mandatum», l. 15 cit.), и если въ l. 17 § 1 D. pro soc. говорится, что отказъ отъ товарищескаго договора имѣетъ силу по отношенію къ другому товарищу не прежде, какъ послѣдній узналъ объ немъ, то отсюда очень далеко до положенія, что отказъ отъ даннаго согласія не имѣетъ вовсе значенія, если противникъ вовсе не узналъ про него, т. е. что договоръ, не смотря на отказъ, все-таки осуществляется. Излагаемое здѣсь мнѣніе признается также въ рѣшеніяхъ, приведенныхъ у Зейфф. Arch. VII. 16, VIII. 24, XIV. 15, но тамъ же находится и противоположный взглядъ (III 310). Противъ этого мнѣнія также торговое уложеніе Art. 320. «Равнымъ образомъ принятіе предложенія считается какъ бы несуществующимъ, если отказъ дошелъ до сдѣлавшаго предложеніе еще до полученія имъ отвѣта о принятіи или одновременно съ нимъ».

[4] Чрезъ объявленіе о принятіи.

[5] Не то онъ долженъ ему доставить, что этотъ имѣлъ бы, еслибъ договоръ былъ заключенъ, а то, что онъ имѣлъ бы, еслибъ ему вовсе не подавали надежды на заключеніе договора. Напр. покупщикъ, въ надеждѣ на заключеніе договора, не позаботился инымъ способомъ заготовить то, что ему нужно; продавецъ отклонилъ случай выгодно продать свой товаръ. Йерингъ назвалъ этотъ интересъ отрицательнымъ договорнымъ интересомъ; ср. его Jahrb. f. Dogm. IV, стр. 16 слѣд., Савиньи III § 168. d) Моммзенъ Unmöglichkeit der Leistung стр. 107, Беръ

наго права отказаться отъ заключенія договора возможно отреченіе [6].

Jahrb. f. Dogm. VI стр. 305—306. Что отказывающійся отъ даннаго имъ согласія дѣйствительно обязанъ возмѣстить интересъ,—это признаетъ Тёль Handelsr. I § 57 примѣч. 3b. 15, Шейерль Jahrb. f. Dogm. II стр. 273 слѣд., Йерингъ тамъ же IV. стр. 24. 86 слѣд., Беккеръ Jahrb. d. gem. R. II. стр. 364 слѣд. Что касается основанія этой обязанности, то можно въ видѣ общаго положенія, выставить то, что всякая вступающая въ договоръ сторона обязана въ той мѣрѣ отвѣчать за вредныя послѣдствія, которыя произошли для противника вслѣдствіе отказа отъ вступленія въ договоръ, когда на таковое изъявлено согласіе, въ томъ случаѣ, когда договоръ не состоялся по причинѣ неизвѣстной противнику и знать которую онъ не былъ обязанъ. Она должна отвѣчать за довѣріе, которое возбудила въ послѣднемъ, и потому именно, что она возбудила въ немъ таковое, что понудила его къ этому. Въ силу этого она принимаетъ на себя гарантію за послѣдствія. Положеніе это признано въ источникахъ относительно случая, когда кто нибудь обѣщаетъ невозможное,—l. 8 § 1 D. de relig. 11. 7, l. 62 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 8 D. de H. v. A. V. 18. 4 (см. § 67 прим. 7). Основанія, по которымъ Спитепись (II § 96 прим. 18a) противится обобщенію заключающихся въ этихъ мѣстахъ разъясненій, недостаточны. Требовать исполненія этой обязанности можно было, по римскому праву посредствомъ такъ называемой actio in factum (l. 8 § 1 Cit.); а если дѣло дошло до заключенія контракта, хотя бы только внѣшнимъ образомъ, то этой цѣли можно было достигнуть при посредствѣ того иска, которымъ контрактъ защищается (l. 62 § 1 l. 8 Cit.). Впрочемъ, почти удивляться нужно тому, что здѣсь въ источникахъ не встрѣчается actio mandati contraria, такъ какъ въ дѣйствительности указанная отвѣтственность вполнѣ тождественна съ римскими положеніями о порученіи, ср. l. 15 D. mand. 17. 1, l. 12 § 2 D. de solut. 46. 3. Шейерль воспользовался даже этими положеніями для разрѣшенія разсматриваемаго вопроса (Jahrb. стр. 274); но его выводы не кажутся мнѣ достаточными (ср. и Беккеръ стр. 366). Йерингъ избралъ совершенно иной путь для построенія ученія объ этомъ предметѣ (ему слѣдуетъ во всемъ Вангеровъ § 109 7-го изд. [но см. также III § 603 прим. 1. № 5, ср. еще Зейфф. Arch. XXI. 29]. Йерингъ учитъ, что всякій вступающій въ договоръ обязанъ при заключеніи онаго избѣгать всякой culpa (т. наз. culpa in contrahendo), точно также какъ онъ обязанъ, это дѣлать послѣ заключенія договора. Я не думаю, чтобъ эта точка зрѣнія была достаточна (см. § 67 прим. 7, а также ниже въ этомъ § прим. 10 и самаго Йеринга das Schuldmoment im römischen Privatrecht стр. 38 прим. 73), хотя она вѣрна относительно разсматриваемаго именно здѣсь случая (Йерингъ стр. 88); по крайней мѣрѣ источники допускаютъ даже въ подобномъ случаѣ actio doli (l. 34 D. de dolo 4. 3, l. 16 § 1 D. de praeser. verb. 19. 5). Но actio doli, по своей ограниченной преемственности, не удовлетворяетъ потребности оборота. Излагаемое здѣсь мнѣніе признаетъ въ принципѣ Регельсбергеръ стр. 33 [см. еще Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse стр. 426]. Отказывающійся отъ вступленія въ договоръ не обязанъ отвѣчать за послѣдствія дѣйствій, предпринимаемыхъ той стороной, которой дѣлается предложеніе въ надеждѣ на осуществленіе договора, но до принятія ею этого предложенія (Йерингъ стр. 43. 89). Она не должна была предпринимать какихъ либо дѣйствій прежде, чѣмъ она сдѣлала что нибудь съ своей стороны для заключенія договора.

[6] Отказъ можно, конечно, взять назадъ, если таковой не былъ еще принятъ другой стороной и договоръ можетъ такимъ образомъ получить осуществленіе. Но принятіемъ отказа считается не отклоненіе онаго (безмолвное изъявленіе воли). [Вангеровъ № 6]. Регельсберг. стр. 70 слѣд. полагаетъ, что во всякой поллицитаціи, предоставляющей противной сторонѣ право немедленно привести договоръ

2) [7] Договоръ признается несостоявшимся при заявленіи о принятіи предложенія, когда предлагающій умретъ ко времени этого заявленія [8]; тѣмъ не менѣе наслѣдники его обязаны возна-

---

въ дѣйствіе, а въ купеческой—безъ исключенія, заключается безмолвный отказъ отъ взятія назадъ сдѣланнаго предложенія. Этимъ Регельсбергеръ хочетъ защитить принимателя предложенія отъ вредныхъ послѣдствій, которымъ онъ подлежитъ, согласно его, Регельсбергера, теоріи объ осуществленіи договора. Но по этой именно теоріи для осуществленія договора необходимо, чтобы принятіе отказа отъ обратнаго взятія сдѣланнаго предложенія дошло до свѣдѣнія того лица, которое сдѣлало таковое. Если Регельсбергеръ отвѣчаетъ на это, что можно съ достовѣрностью разсчитывать на принятіи отказа, то ясно, что онъ этимъ сильно ослабляетъ выставляемое имъ условіе объ извѣстности дѣлающему предложеніе о томъ, что отказъ его принятъ. Вмѣсто такой положительной извѣстности является отсутствіе сомнѣнія въ томъ, что принятіе отказа послѣдуетъ. Но, предположивъ даже, что Регельсбергеръ правъ, то все таки остается открытымъ главный вопросъ о томъ, можно ли дѣйствительно предполагать на сторонѣ дѣлающаго предложеніе такой безмолвный отказъ взять назадъ послѣднее. Въ этомъ отношеніи Регельсбергеръ ссылается на обычай. Не касаясь этого, тѣмъ болѣе, что вопросъ о значеніи сдѣланнаго купцами предложенія о вступленіи въ договоръ разрѣшенъ Торговымъ уставомъ (см. ниже),—то все же кажется весьма сомнительнымъ указанное предположеніе, что касается предложенія не купеческаго. Къ тому же самъ Регельсбергеръ отнимаетъ отъ этого предположенія большую часть той пользы, которую онъ желалъ бы извлечь изъ него. Желая защитить принимателя предложенія противъ требованія съ него такъ называемаго отрицательнаго договорнаго интереса, Регельсбергеръ объявляетъ тѣмъ не менѣе отказъ недѣйствительнымъ въ той мѣрѣ, въ какой договоръ уже исполненъ или распоряженіе къ обязательному исполненію сдѣлано, во время полученія сдѣлавшимъ предложеніе свѣдѣнія объ отказѣ отъ первоначальнаго даннаго согласія. [Вангеровъ № 7, ср. № 3]. Торговый уставъ (Art. 319) исключаетъ возможность отказа отъ даннаго согласія со времени полученія предложенія до того момента, „когда сдѣлавшій предложеніе можетъ ожидать прибытія отвѣта при правильной, своевременной отсылкѣ онаго“.

[7] Шейерль Jahrb. стр. 265—267, Беккеръ стр. 370—380, Йерингъ стр. 91—93, Регельсбергеръ стр. 98—122 [Вангеровъ № 8].

[8] Къ наслѣдникамъ переходятъ существующія уже правоотношенія. Къ нимъ можетъ перейти и имѣющееся въ виду въ будущемъ правоотношеніе, когда таковому соотвѣтствуетъ обязанность противной стороны (см. I § 89 прим. 6, но также l. 18 D. comm. praed. 8. 4). Но римскому праву вовсе неизвѣстно вступленіе наслѣдниковъ въ такія соглашенія, которыми не обоснована еще обязанность. L. 41 D. de R. C. 12. 1, l. 2 § 6 D. de don. 39. 5. Зейфф. Arch. XIV. 15. Что касается торговаго устава, то онъ постановляетъ: „Предложеніе, порученіе или уполномочіе, исшедшія отъ купца, въ сферѣ его торговаго предпріятія, не уничтожаются его смертью, развѣ бы изъ объявленія его или обстоятельствъ дѣла вытекало противоположное намѣреніе“. Ср. впрочемъ еще l. 17 § 3 D. de inst. act. 14. 3. По мнѣнію Регельсбергера договоръ, не смотря на смерть дѣлающаго предложенія, подлежитъ на основаніи общаго права осуществленію, если принятіе предложенія послѣдовало при неизвѣстности событія о смерти. Онъ ссылается при этомъ на l. 33 D. de poss. 41. 2, въ которой онъ видитъ толчекъ къ болѣе свободному развитію римскаго права По моему же мнѣнію слова „recte possessio tradita erit“ слишкомъ неопредѣленны, чтобъ на нихъ, въ виду вышеизложенныхъ мѣстъ, можно было бы что нибудь основывать [Вангеровъ стр. 254].

градить принявшаго предложеніе, если оно принято при невѣдѣніи о послѣдовавшей смерти (вознагражденіе за отрицательные убытки) [9]. Если предлагающій умретъ послѣ того, что заявленіе о принятіи предложенія сдѣлано, но до того, что свѣдѣніе о немъ дошло до предлагавшаго, то наслѣдники его становятся обязанными, но не пріобрѣтаютъ правъ [10]. Наоборотъ, если принимающій предложеніе умретъ ранѣе полученія предлагающимъ свѣдѣнія о принятіи предложенія, то наслѣдники его пріобрѣтаютъ право, но не становятся обязанными; во всякомъ же случаѣ они обязаны вознаградить за убытки [11].

3) Равносильное дѣйствіе со смертію имѣетъ наступленіе потери для одной изъ сторонъ способности къ юридическимъ дѣйствіямъ [12].

4) Запоздавшее принятіе предложенія остается безъ всякаго дѣйствія, такъ что для принимающаго не возникаетъ и права на полученіе вознагражденія за убытки. Принятіе предложенія признается запоздавшимъ, когда оно послѣдуетъ послѣ срока, назначеннаго для него предлагавшимъ [13]. Но когда срокъ не назначенъ опредѣлительно, онъ предполагается выраженнымъ: никто навсегда не дѣлаетъ предложенія заключить договоръ. Опредѣленіе этого срока зависитъ въ каждомъ данномъ случаѣ отъ судьи [14].

5) Условное, или иначе ограниченное принятіе предложенія не есть принятіе, но оно заключаетъ въ себѣ новое предложеніе [15].

---

[9] Ср. § 10. I de mand. 3. 26, l. 26 pr. D. mand. 17. 1, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5 въ связи съ сказаннымъ въ примѣчаніи 5. Противъ требованія вознагражденія Беккеръ а также Шейерль. За искъ о вознагражденіи стоитъ рѣшительно Йерингъ, хотя онъ сознается въ томъ, что случай этотъ можно подвести подъ понятіе culpa (прим. 5) лишь съ большой натяжкой, а также Регельсбергеръ; но послѣдній смотритъ на этотъ искъ съ той точки зрѣнія, которая здѣсь принята.

[10], [11] Согласно тому, что сказано въ § 58 и въ предъидущемъ примѣчаніи.

[12] Шейерль Jahrb. стр. 267—269, Беккеръ стр. 380, Регельсбергеръ стр. 122 слѣд. [Вангеровъ № 9] Зейфф. Arch. XIV. 15.

[13] Ср. сюда Регельсбергеръ стр. 78 слѣд.

[14] Шейерль Jahrb. стр. 260. 276 слѣд., Тель Handelsr. I § 57 № 2, Регельсбергеръ стр. 65 слѣд. Зейфф. Arch. II. 17, VI. 168, XVI. 30, XVII. 20. Торговый уставъ требуетъ немедленнаго отвѣта на предложеніе, сдѣланное между лицами, жительствующими въ одномъ мѣстѣ, тогда какъ предложеніе, сдѣланное между отсутствующими утрачиваетъ свою силу въ тотъ моментъ, когда слѣдовало бы ожидать отвѣта, предполагая правильную и своевременную отсылку онаго, съ тѣмъ однакоже, что несвоевременное прибытіе таковаго, во время отправленнаго, повредитъ, если сдѣлавшій предложеніе не извѣстилъ тѣмъ временемъ, или вслѣдъ за полученіемъ отвѣта, противную сторону объ отступленіи отъ сдѣланнаго предложенія.

[15] L. 1 § 3 D de V. O. 45. 1. Регельсбергеръ стр. 91 слѣд. HGB. Art. 322. „Принятіе предложенія подъ извѣстными условіями и ограниченіями равносильно отклоненію таковаго, сопряженному съ новымъ предложеніемъ“.

§ 60. Изъявленіе воли (со стороны кредитора или должника) можетъ послѣдовать не только опредѣлительно, но и молчаливо, если тому не препятствуетъ установленная форма договора [1]. Молчаливое изъявленіе воли можетъ заключаться въ молчаніи на сдѣланное предложеніе; но оно не заключается въ немъ обязательно [2]. Изъявленіе воли, при подобномъ предположеніи, можетъ послѣдовать отъ лица самаго заключающаго договоръ, или отъ уполномоченнаго имъ посредствующаго лица,—устно или письменно [3]. Если оно послѣдуетъ письменно, то изъявленіе признается совершившимся не въ моментъ написанія или подписанія, но въ моментъ отправленія письма [4]. Если избраннымъ способомъ воля будетъ передана не вѣрно [5], то договоръ признается не состоявшимся, такъ какъ онъ не соотвѣтствуетъ волѣ; но сдѣлавшій заявленіе отвѣтствуетъ передъ противной стороной за убытки,

---

§ 60. [1] Ср. напр. § 58 примѣч. 7. Безмолвное объявленіе воли лежитъ также въ началіи исполненія сдѣланнаго заказа. Шейерль Beiträge I стр. 311, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 89, Регельсбергеръ стр. 93.

[2] Ср. I. § 72 примѣч. 10. Тёль Handelsr. I § 57 № 3, Регельсбергеръ стр. 93 слѣд. Послѣдній выставляетъ общимъ правиломъ то, что молчаніе равносильно согласію въ томъ случаѣ, когда дѣлающій предложеніе вправѣ, по обстоятельствамъ дѣла, разсчитывать на принятіе. Соотвѣтственно этому говорится въ HGB. Art. 323, Abs. I: „Когда между купцомъ, которому дѣлается предложеніе и тѣмъ, который даетъ таковое, существуютъ дѣловыя сношенія, или когда первый вызвался исполнить подобныя порученія послѣдняго, то онъ обязанъ немедленно отвѣчать на сдѣланное ему предложеніе, въ противномъ случаѣ молчаніе равносильно принятію порученія“. Тотъ, которому сдѣлано предложеніе, не обязанъ также „принимать или обратно отсылать присланные ему предметы, имѣющіе отношеніе къ предлагаемому договору или употреблять на нихъ какія бы то ни было положительныя дѣйствія, развѣ есть какія нибудь особыя основанія“. Тёль во многихъ мѣстахъ, Регельсбергеръ стр. 60 слѣд. Зейфф. Arch. VII. 97, Ср. V. 7. Ср. HGB. Art. 323 Abs. 2: „Даже въ случаѣ отклоненія имъ предложенія, онъ (см. выше) обязанъ охранять, на счетъ давшаго порученіе, присланные вмѣстѣ съ таковымъ товары или иные предметы въ той мѣрѣ, въ какой расходы эти покрыты и въ какой онъ можетъ это дѣлать безъ вреда для себя“.

[3] Ст. I § 73 прим. 1. И посредствующее довѣренное лицо можетъ говорить какъ устно, такъ и письменно. Къ послѣднему случаю относится и извѣщеніе по телеграфу.

[4] Тёль во многихъ мѣстахъ № 4 („слѣдовательно послѣ того какъ согласіе написано“). Но простое писаніе письма (blosse schreiben des Briefes) есть не болѣе какъ приготовленіе къ согласію, о дѣйствительномъ же согласіи свидѣтельствуетъ лишь отправленіе письма. Шейерль (Jahrb. f. Dogm. II стр. 258) проводитъ слѣдующее различіе: объявленіе воли (согласіе) заканчивается написаніемъ письма, но объявленіе воли *противной* сторонѣ заканчивается отсылкой таковаго. И это я не считаю вѣрнымъ.

[5] На разсматриваемый ниже вопросъ обратилъ вниманіе разбиравшійся въ 1856 году въ Кёльнскомъ земскомъ судѣ случай, въ которомъ Кёльнскій торговый домъ далъ Франкфуртскому торговому дому по телеграфу порученіе купить акціи на весьма значительную сумму, чиновникъ же телеграфной станціи сдѣлалъ изъ «kaufen» (купить) «verkaufen» (продать). Происшедшій отъ этого убытокъ простирался почти до 40,000 талеровъ. Литература: Рейшеръ Zeitschr. f. deutsches

происшедшія для нея отъ того, что она разсчитывала на состоявшійся договоръ [6]. Послѣднее положеніе одного должно быть пояснено слѣдующими опредѣленіями: 1) изъявляющій волю не отвѣчаетъ за убытки, если уполномоченное имъ посредствующее лицо передаетъ его волю умышленно невѣрно [7]; 2) изъявляющій волю не отвѣчаетъ за убытки, если искаженіе произойдетъ отъ обстоятельствъ, которыя нельзя было предвидѣть [8].

R. XIX стр. 289—296. 456 слѣд. (1859). Фуксъ Arch. f. civ. Pr, XLIII. 5 (1860). Беккеръ Jahrb. d. gem. R. IV. 5 (1860). Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV стр. 83—86. 106—112 (1861). Bähr тамъ же VI. 6 (1862). Бушъ Arch. f. civ. Pr. XLV. 1 (1862). Серафини (цит. въ § 306 примѣч. *) стр. 120 слѣд. (1862). Миттермайеръ Arch f. civ. Pr, XLVI стр. 21 слѣд. (1863). XLVII стр. 215—217. 223—225. 228 (1864).

[6] Ибо кто для объявленія своей воли выбираетъ опредѣленное средство, тотъ принимаетъ на себя и результатъ этого средства какъ свое объявленіе. Послѣднія слова надобно замѣтить, такъ какъ они не означаютъ того же, что и слова: „какъ объявленіе *своей воли*". (Противоположность эта не выяснена въ трактатѣ Фукса, который во всемъ остальномъ стоитъ на одной почвѣ съ разсматриваемымъ здѣсь взглядомъ, а еще менѣе у Спитериса [II § 96 прим. 13], принявшаго выводы Фукса). Такимъ образомъ здѣсь представляется выраженіе, которое не соотвѣтствуетъ дѣйствительной волѣ. И хотя при этомъ договоръ недѣйствителенъ, но, согласно началу, высказанному въ § 59, для виновника объявленія существуетъ обязанность къ вознагражденію противной стороны. Йерингъ выходитъ и здѣсь изъ точки зрѣнія виновности. Ему, какъ мнѣ кажется, основательно возражали, что въ выборѣ непрямаго извѣщенія вмѣсто непосредственнаго не заключается никакой виновности, хотя бы это было и сообщеніе по телеграфу. Въ сообщеніи послѣдняго рода находило виновность рѣшеніе кёльнскаго земскаго суда въ приведенномъ въ примѣчаніи 5 случаѣ, см. Рейшеръ стр. 465 слѣд. Беръ оставляетъ безъ разсмотрѣнія основаніе, по которому объявляющій свою волю обязанъ вознаградить противную сторону, но онъ того мнѣнія, что если лицо, уполномоченное передать объявленіе, высказываетъ послѣдней, что ему извѣстна сущность сдѣлки, по которой оно служитъ посредникомъ, то оно дѣйствуетъ на счетъ собственной своей воли, и обязана поэтому привести таковую въ исполненіе. Большая часть писателей, поименованныхъ въ примѣчаніи 6 (Рейшеръ, Бушъ, Серафини, Миттермайеръ) не признаютъ за виновникомъ объявленія воли обязанности къ вознагражденію, за исключеніемъ того лишь случая, когда дѣйствительно имѣется въ наличности виновность, или когда послѣдовавшее порученіе относится къ немедленному дѣйствію (безъ предварительнаго встрѣчнаго увѣдомленія), или же когда между дающимъ порученіе и принимающимъ таковое существуетъ непрерывное договорное отношеніе, въ силу котораго первый обязанъ возмѣстить послѣднему всякій убытокъ, понесенный имъ при исполненіи данныхъ порученій. Беккеръ допускаетъ обязанность къ вознагражденію въ одномъ лишь случаѣ именно, когда договоръ, подлежащій заключенію есть договоръ довѣренности (Mandat); но при этомъ онъ дѣлаетъ различіе между послѣдовавшимъ порученіемъ и его содержаніемъ. Противъ обязанности къ вознагражденію—Бурхарди über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen (Киль 1861) стр. 35. 36.

[7] Объявляющій свою волю присвоиваетъ себѣ результатъ, доставляемый избраннымъ имъ средствомъ объявленія, но только тотъ результатъ, который согласенъ съ выраженнымъ имъ намѣреніемъ. Посему завѣдомо ложная передача уполномоченнымъ воли довѣрителя не есть слѣдствіе этого намѣренія.

[8] Этотъ пунктъ не безспоренъ. Однакоже выставленное положеніе не кажется

§ 61. Изъявленіе воли, необходимое для дѣйствительности договора, можетъ быть обращено и не къ тому лицу, принятіе которымъ сдѣланнаго предложенія, установляетъ договоръ.

1. Изъявленіе воли можетъ быть обращено къ неопредѣленному лицу. Это бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: а) при публичномъ обѣщаніи исполнить извѣстное дѣйствіе въ пользу того, кто съ своей стороны дастъ обѣщаніе произвести другое опредѣленное дѣйствіе (Auslobung [1]) [2]. Тѣмъ что кто либо производитъ это дѣйствіе, онъ заявляетъ, что принимаетъ сдѣланное обѣщаніе и такимъ образомъ приводитъ договоръ въ исполненіе [3]; при этомъ однако предполагается, что онъ произвелъ это дѣйствіе именно съ цѣлью пріобрѣсти право на обѣщанное дѣйствіе [4]. Другимъ способомъ, кромѣ приведеннаго, сдѣланное обѣщаніе не можетъ быть принято [4]а. До принятія обѣщанія предлагающему предоставляется отступить

мнѣ очень сильнымъ. Принимая на свой счетъ результатъ избраннаго имъ средства объявленія, онъ имѣетъ въ виду лишь правильное дѣйствіе этого средства и неразрывныя съ нимъ возможныя пертурбаціи. Согласно съ этимъ слѣдовало бы разрѣшить тотъ случай, когда бы напр. посредникъ впалъ въ умопомѣшательство и исказилъ бы смыслъ даннаго ему порученія.

§ 61. [1] G. Ph. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen bürgerlichen Rechts I N. II (1817). Schütze Jahrb. des gem. R. V. 2 (1862). Кромѣ того Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. Стр. 93—106, Сиитенисъ II. § 96 прим. 58, Кунтце къ Гольдшуеру III. Стр. 297—302. [Вангеровъ, 7 изд. III §. 603 прим. 2. (1869) Exner Brit. V. J. Sch. XI стр. 337 слѣд. (1869). K. Tschirner D. de indole ac natura promissionis popularis, «Auslobung» quam vocant. Берлинъ 1869].

[2] Наприм. доставить утерянный предметъ, представить лучшее сочиненіе по извѣстному вопросу.

[3] Этотъ взглядъ на рекламу раздѣляютъ Бюловъ, Шютце, Йерингъ, Регельсбергеръ [Вангеровъ, Экснеръ], также Унтергельцнеръ I стр. 53. Другіе, разсматривая рекламу какъ поллицитацію, считаютъ ее односторонней юридической сдѣлкой, напр. Кунтце, Пухта § 259 № 4, Арндтсъ § 241 № 3. И Сиитенисъ склоняется къ этому воззрѣнію, хотя съ другой стороны онъ допускаетъ обратное взятіе обѣщанія до дѣйствительнаго воспослѣдованія исполненія. Савиньи Obl. II стр. 90 слѣд. смотритъ на рекламу съ разсматриваемой здѣсь точки зрѣнія, но онъ отвергаетъ возникновеніе изъ нея, по общему праву, правъ требованія. Нельзя, конечно, выводить таковое прямо изъ римскаго права (относительно мѣстъ, на которыя пытались или могли бы ссылаться см. Шитце стр. 56—61), хотя въ пользу его говоритъ аналогія съ iactus missilium (I § 172 прим. 11) и предсмертнымъ распоряженіемъ въ пользу persona incerta (§ 27 I. de leg. II 20). Но во всякомъ случаѣ на практикѣ сдѣлка признается юридически обязательной настолько, что можно принять существованіе обычнаго права подобнаго содержанія. См. также Зейф. Arch. IX. 275, и ср. томъ XI. 217.

[4] Ибо въ противномъ случаѣ въ этой дѣятельности не заключается акцептація обѣщанія противной стороны. Регельсбергеръ стр. 211—213. [Вангеровъ № 3. Иначе Экснеръ стр. 344 слѣд.]. Какъ же будетъ въ томъ случаѣ, когда нѣсколько лицъ исполняютъ предложенное условіе одновременно или сообща? Регельсбергеръ стр. 209—211 [Вангеровъ № 6. Экснеръ стр. 351].

[4]а Регельсбергеръ стр. 204.

отъ заключенія договора; но если кто либо уже началъ производить то дѣйствіе, которое предполагалось, и при этомъ понесъ расходы, то отступающій отъ договора долженъ вознаградить его за нихъ [5]. Подобное публичное обѣщаніе не имѣетъ значенія обязательства, если явно обнаружится, что въ немъ не заключалось намѣренія къ заключенію таковаго [6]. Далѣе сюда относится

---

[5] Здѣсь дѣйствуетъ то же начало, какъ въ случаяхъ, упомянутыхъ въ § 59 прим. 5. 10. 11, § 60 прим. 5. И здѣсь объявленіе воли вызываетъ въ противной сторонѣ довѣріе, неоправдывающееся на дѣлѣ, вслѣдствіе чего она несетъ убытокъ. Но здѣсь довѣріе направлено не на осуществленіе договора въ настоящемъ, а на осуществленіе его или на возможность осуществленія его въ будущемъ. Если сдѣлавшій рекламу утверждаетъ, что противникъ и безъ того не получилъ бы преміи, слѣдовательно, что принесенныя жертвы пропали бы для него даромъ и тогда, когда бы первый и не взялъ назадъ своего предложенія, то онъ обязанъ это доказать; работающій основываетъ свое требованіе не на томъ, что онъ выигралъ бы премію, а на томъ, что онъ лишился возможности заработать. Регельсбергеръ (стр. 220), не признающій этого раздѣленія обязанности доказывать, заимствуетъ изъ него аргументъ противъ всего положенія. Онъ [также Вангеровъ № 4] признаетъ недѣйствительнымъ отказъ отъ сдѣланнаго въ рекламѣ предложенія, коль скоро началось исполненіе требуемаго дѣйствія, причемъ онъ принимаетъ и здѣсь, какъ и при предложеніи договора, безмолвный отказъ отъ взятія назадъ предложенія. Это, кажется мнѣ, имѣетъ еще меньшее основаніе здѣсь, чѣмъ тамъ. Другіе видятъ акцептацію въ начатіи исполненія, каковое начатіе служитъ къ осуществленію договора; такъ Ф. Бюловъ, Пухта, Арндтсъ, Синтенисъ. По мнѣнію Кунтце сдѣлавшій предложеніе съ самаго начала не можетъ отказываться отъ таковаго; онъ допускаетъ, впрочемъ, отдѣльныя исключенія по особеннымъ соображеніямъ (стр. 299). Право требовать вознагражденія въ томъ смыслѣ, какъ говорится здѣсь, признаютъ Савиньи, Шитце, Йерингъ; первые двое— по праву acto doli, а послѣдній—на основаніи выставляемаго имъ понятія о culpa in contrahendo (§ 59 прим. 5; стр. 104—106). Одинаковое дѣйствіе съ отказомъ должна имѣть смерть сдѣлавшаго рекламу и потеря имъ дѣеспособности (§ 59 № 2. 3). Кунтце полагаетъ, что эти событія не должны вредить юридической прочности рекламы; Регельсбергеръ [также Вангеровъ № 5] считаетъ смерть безразличной для того, который приступилъ къ исполненію предложенія (ср. § 59 прим. 10). [Экспеpъ придерживается изложеннаго здѣсь мнѣнія. Стр. 351 слѣд.].

[6] Положеніе это настолько же вѣрно въ принципѣ, насколько затруднительно примѣненіе его къ отдѣльному случаю. При этомъ слѣдуетъ вспомнить всякаго рода надувательскія объявленія (Marktschreiereien), въ которыхъ предлагается иногда значительное вознагражденіе тому, который укажетъ недостатки какого нибудь товара. Во всякомъ случаѣ Шитце идетъ очень далеко (стр. 46 слѣд.), утверждая, что реклама должна считаться не серьезной, когда рекламистъ не имѣетъ интереса въ исполненіи поставленнаго имъ условія (противъ сего Йерингъ стр. 99), или когда послѣднее можетъ быть послѣдовательно исполнено многими лицами. См. также Кунтце стр. 301—302. Регельсбергеръ стр. 205 слѣд. считаетъ необязательной всякую рекламу, когда дѣлающій таковую имѣетъ интересъ въ неисполненіи оной, но не по отсутствію серьезной воли, а потому что такое обѣщаніе имѣетъ скорѣе характеръ односторонняго пари, которое не признается общимъ правомъ. Я полагаю, что это не вѣрно (ср. § 172 прим. 4), во всякомъ случаѣ основаніе рѣшенія, на которое ссылается Регельсбергеръ (Зейфф. Arch.

в) аукціонная продажа [7]. Аукціонная продажа относится сюда только тогда, когда аукціонистъ связанъ всякимъ сдѣланнымъ ему предложеніемъ. Въ этомъ случаѣ аукціонная продажа есть предложеніе заключить договоръ, обращенное къ тому, кто предложитъ наиболѣе выгодныя условія, т. е. кто предложитъ болѣе другихъ, или болѣе другихъ сбавитъ. Посредствомъ каждаго предложенія возникаетъ договоръ съ аукціонистомъ [8], но подъ тѣмъ условіемъ въ случаѣ сомнѣнія уничтожающимся [9], что ни-

---

XVI. 217), есть отсутствіе серьезной воли. [Вангеровъ № 7. Экснеръ стр. 338 слѣд.].

[7] E. A. Seuffert de auctione (Habilitationsschrift 1854) Kindervater Jahrb. f. Dogm. VII. 1. (1865); къ этому Йерингъ тамъ же № 4; отвѣтъ Киндерфатера № 7; возраженіе Йеринга № 7. Унгеръ тамъ же VIII. 5. (1866). Регельсбергеръ въ поименованномъ подъ § 57 сочиненіи стр. 162—125. Унтергольцнеръ I стр. 54, Пухта § 252 и Vorles. dazu, Арндтсъ § 231 прим. 4, Синтенисъ II стр. 252—257, Келлеръ стр. 433—444 [Вангеровъ 7 изд. III § 636].

[8] Производящій продажу съ публичныхъ торговъ выражаетъ волю признать своимъ вѣрителемъ того, который предложитъ высшую цѣну, слѣдовательно ближайшимъ образомъ всякаго торгующагося, принятіе же этой воли выражается въ каждомъ отдѣльномъ предложеніи торгующихся. Йерингъ отрицаетъ юридическую возможность подобнаго осуществленія договора. Практика, говоритъ онъ, признала обязательность полицитаціи in incertam personam лишь для предложеній, дѣлаемыхъ посредствомъ рекламъ. Я же другаго мнѣнія. Я полагаю, что практика признала относительно рекламы такой принципъ, который примѣнимъ и къ другимъ случаямъ серьезнаго предложенія договора (ср. впрочемъ и Зейфф. Arch. XI. 218). Я не думаю, чтобъ какой нибудь нѣмецкій судъ призналъ по однимъ теоретическимъ основаніямъ, за предложившимъ сдѣлку съ торговъ право отступиться отъ предложенія, не смотря на то, что предложеніе было сдѣлано серьезно. Я когда то присутствовалъ при аукціонной продажѣ рыбы, при которой продавецъ выкрикивалъ цѣны сверху внизъ, все уменьшая ихъ до тѣхъ поръ, пока одинъ изъ присутствующихъ воскликнулъ: «мое». Будетъ ли Йерингъ и въ подобномъ случаѣ того мнѣнія, что осуществленіе договора предполагаетъ еще другое, отъ произвола продавца зависящее объявленіе воли? Изъ употребительной у насъ формы аукціонныхъ торговъ Йерингъ заимствуетъ и другое основаніе въ пользу необязательности заключающагося въ объявленіи о торгахъ предложенія, именно что въ этомъ предложеніи не опредѣлена цѣна. И это основаніе не убѣдительно. Предложеніе не обязательно, когда опредѣленіе цѣны зависитъ отъ произвола того, который дѣлаетъ предложеніе, но оно несомнѣнно обязательно, когда опредѣленіе цѣны поставлено въ зависимость отъ воли третьяго лица (§ 1. I de emt. et vend. 3, 22, l. 15 C. de cont. emt. 4. 38). И почему нельзя предоставить опредѣленіе цѣнъ на усмотрѣніе того, кому дѣлается предложеніе? См. § 138 прим. 6. 7. Конечно Йерингъ утверждаетъ, что здѣсь не представляется pretium certum въ смыслѣ римскаго права и что когда опредѣленіе цѣны зависитъ отъ будущаго, то не можетъ быть и рѣчи объ обязательствѣ продавца. Но если смотрѣть на дѣло такимъ образомъ, то пришлось бы признать необязательной продажу по цѣнѣ, которая будетъ опредѣлена третьимъ лицомъ, а между тѣмъ поименованныя выше мѣста говорятъ противное. Ср. также Зейф. l. c. p. 14, Регельсбергеръ стр. 171 [Вангеровъ № 1. 3]. Зейф. Arch. XX 214.

[9] Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принять, что, по намѣренію сторонъ, прочное

кто не предложитъ болѣе выгодныхъ условій. Такимъ образомъ каждое предложеніе болѣе выгодныхъ условій уничтожаетъ предъидущій договоръ [10] и договоръ заключается окончательно лишь съ послѣднимъ предложеніемъ [11]. Но аукціонная продажа можетъ имѣть и то значеніе, что аукціонистъ не желаетъ обязаться ни предъ однимъ изъ предлагающихъ. Въ этомъ случаѣ аукціонная продажа есть не предложеніе договора, обращенное къ неопредѣленному лицу, но приглашеніе, обращенное къ обществу, сдѣлать съ своей стороны аукціонисту договорныя предложенія и договоръ признается заключеннымъ, когда аукціонистъ приметъ одно изъ такихъ предложеній [12]. Какое значеніе имѣетъ данная аукціонная продажа,—это вопросъ, подлежащій разрѣшенію для каждаго случая отдѣльно. При сомнѣніи однако ей не можетъ быть придано первое значеніе [13]. Если признано, что она имѣетъ второе значе-

---

правоотношеніе имѣетъ наступить лишь по окончаніи аукціона. Зейф. стр. 15 Киндерфатеръ стр. 10. 11. А. М. Пухта.

[10] Въ особенности въ прежнее время было сильно распространено мнѣніе, что хотя новая надбавка освобождаетъ предложившаго торгъ отъ его обязанности по отношенію къ предъидущему торгующемуся, но не освобождаетъ отъ нея послѣдняго. Мнѣніе это основывалось на невѣрномъ аналогическомъ примѣненіи in diem addictio, изъ которой дѣлали и другіе неправильные выводы. Глюкъ XVI стр. 267 слѣд. Противъ этого Зейффертъ стр. 11 слѣд., Киндерфатеръ стр. 11 слѣд., 360 слѣд. Регельсбергеръ стр. 175—177. См. также прим. 15.

[11] Закрытіе торговъ имѣетъ въ этомъ случаѣ значеніе не объявленія аукціонистомъ своей воли объ окончательномъ заключеніи контракта, а оно констатируетъ лишь то, что дальнѣйшія надбавки прекратились, что слѣдовательно послѣдне предложенной цѣной исполнено условіе, необходимое для заключенія договора. Киндерфатеръ стр. 14 ниже, Зейффертъ стр. 14.

[12] Въ этомъ случаѣ закрытіе торга имѣетъ дѣйствительно значеніе объявленія воли, вслѣдствіе котораго договоръ приводится къ окончательному заключенію.

[13] Такъ полагаетъ большая часть новѣйшихъ писателей, Унтергольцнеръ, Синтенисъ, Келлеръ, Зейффертъ, Унгеръ, Регельсбергеръ [Вангеровъ], и въ особенности Йерингъ, который съ большой энергіей возсталъ противъ Киндерфатера, хотя и послѣдній говоритъ, что аукціониста только тогда обязываетъ его предложеніе, «когда онъ объявляетъ, что заключитъ договоръ съ тѣмъ, кто къ опредѣленному сроку, сдѣлаетъ ему самое выгодное предложеніе» (стр. 15; см. также стр. 367). Впрочемъ это положеніе не окончательно изъято отъ сомнѣнія. Конечно не слѣдуетъ принимать, что аукціонистъ готовъ отдать свою вещь за любую цѣну, но не имѣетъ ли онъ возможность увеличить цѣну самъ или при посредствѣ третьяго лица? И не показываетъ ли частое обращеніе къ этому средству, что аукціонистъ сознаетъ, что онъ былъ бы связанъ своимъ предложеніемъ? Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ признать, что мѣстный обычай имѣетъ здѣсь рѣшительное значеніе. Рѣшенія, приведенныя у Зейфф. XI 134. 219, относятся къ тѣмъ случаямъ, когда предлагавшіе сдѣлку съ торговъ положительно выговорили себѣ необязательность таковыхъ. Въ пользу необязательности и безъ такой оговорки говоритъ VI. 183; VIII. 38 принимаетъ необязательность сдѣлки для суда, производящаго торги. Унгеръ того мнѣнія, что воля аукціониста, чтобы торги были для него обязательны, выекаетъ изъ опредѣленія наименьшей цѣны. Противъ этого Регельсбергеръ стр. 171.

ніе, то возникаетъ еще вопросъ, можетъ ли аукціонистъ заключить договоръ съ каждымъ предлагающимъ, или только съ сдѣлавшимъ послѣднее предложеніе. Это тоже вопросъ, подлежащій разрѣшенію суда; при сомнѣніи, принимается послѣднее, т. е. то, что предлагающій освобождается отъ договора при послѣдовавшемъ болѣе выгодномъ предложеніи [14]. Но во всякомъ случаѣ нельзя сказать, что если аукціонистъ не становится обязаннымъ, то и предлагающій можетъ отступить отъ своего предложенія по собственному усмотрѣнію [15]. c) Приведенные случаи не единственные, когда можетъ состояться договоръ при предложеніи, сдѣланномъ неопредѣленному лицу [16]. Но не слѣдуетъ смѣшивать съ предложеніемъ договора, обращеннымъ къ неопредѣленному лицу, публичныя объявленія, которыми приглашаются къ заключенію различныхъ сдѣлокъ подъ различными условіями [17]; это—не предложеніе договора, но приглашеніе сдѣлать такое предложеніе, и потому оно не имѣетъ значенія обязательства [18].

---

[14] И въ этомъ случаѣ Йерингъ держится другаго мнѣнія; точно также и Унтергольцнеръ. Противъ этого Зейффертъ, Синтенисъ, Регельсбергеръ, [Вангеровъ № 2. 6]; неопредѣленно высказывается Келлеръ. Я не думаю, чтобъ взглядъ Йеринга былъ господствующимъ на практикѣ, а между тѣмъ все сводится къ этому. Регельсбергеръ принимаетъ, что предложенія, дѣлаемыя несостоятельнымъ къ платежу, не должны быть принимаемы въ соображеніе.

[15] При двустороннемъ договорѣ обязанность одной стороны можетъ существовать и при отсутствіи обязанности другой стороны. См. § 73 прим. 23. 24. 25. Киндерфатеръ стр. 8, Йерингъ стр. 178, Регельсбергеръ стр. 172—175, [Вангеровъ № 2 a]. Зейффертъ стр. 16 слѣд. принимаетъ pactum de emendo (см. также Йерингъ и Регельсбергеръ стр. 180). Невѣрное мнѣніе у Швенне röm. Privatr. III § 422, Венингъ-Ингенгеймъ gem. Civilr. II § 260, Гёшенъ gem. Civilr. II. 2. § 506, Но аукціонный торгъ можетъ имѣть и тотъ смыслъ, что онъ для торгующихся долженъ быть столько же необязателенъ, какъ и для самаго аукціониста. Зейфф. стр. 18. Но если нѣтъ другаго условія, то предложившій цѣну остается обязаннымъ лишь до истеченія срока торга. Зейфф. Arch. VI 183.

[16] «Чего не достаетъ для дѣйствительности предложенія, если кто нибудь предлагаетъ публично въ гостинницѣ свои часы за опредѣленную цѣну?» Регельсбергеръ стр. 49. Йерингъ (прим. 8), также Беккеръ Jahrb. d. gem. R. II стр. 356 и рѣшеніе, приведенное у Зейфф. Arch. XI. 218. Другіе относятъ сюда и обязательства, возникающія изъ бумагъ на предъявителя, а также приказы. См. объ этомъ § 56 прим. 10. Составляетъ ли предложеніе вызовъ къ подпискѣ на акціи? Регельсбергеръ стр. 52 слѣд.

[17] Объявленіе о цѣнахъ на товары, книги и квартиры, объявленія о поѣздахъ желѣзныхъ дорогъ или рейсахъ пароходства и т. п.

[18] Шютце Jahrb. d. gem R. V. стр. 42—44, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV стр. 95—97. VII. стр. 174, Беккеръ Jahrb. d. gem. R. II стр. 356. HGB Art. 337. «Предложеніе продажи, которое дѣлается многимъ лицамъ, въ особенности чрезъ сообщеніе прейсъ-курантовъ, реестровъ товарамъ, пробъ и образцовъ... не есть обязательное для купли предложеніе». Зейфф. Arch. XVII. 20.

2) Изъявленіе воли о заключеніи договора можетъ быть обращено къ третьему лицу. Собственно говоря, подобное изъявленіе воли, обращенное къ третьему лицу, о томъ, что существуетъ желаніе сдѣлаться кредиторомъ или должникомъ извѣстнаго лица, есть простое сообщеніе объ этой волѣ, и не заключаетъ въ себѣ дѣйствительнаго изъявленія воли. Но если положительно доказано, что такое сообщеніе заключаетъ въ себѣ дѣйствительное изъявленіе воли, то оно имѣетъ такое же значеніе, какъ если бы было непосредственно обращено къ тому лицу, которое посредствомъ этого изъявленія воли должно сдѣлаться кредиторомъ или должникомъ [19].

в) Предварительный договоръ и предварительные приговоры (Punctatio).

§ 62. 1) Заключенію договора можетъ предшествовать другой договоръ, которымъ установляется обязанность заключить главный договоръ. Такой договоръ можетъ быть названъ предварительнымъ договоромъ (Vorvertrag) [1]. Изъ предварительнаго договора возникаетъ право требовать заключенія главнаго договора, въ томъ случаѣ, когда одна изъ сторонъ отказывается отъ его заключенія и право требовать доставленія того, что получила бы управомоченная сторона при заключеніи главнаго договора [2]. Но это бываетъ только въ томъ случаѣ, когда при заключеніи предварительнаго договора соблюдены всѣ установленныя закономъ условія, отъ соблюденія

---

[19] Положеніе это нельзя подтвердить относительно римскаго права, но я полагаю, что его слѣдуетъ признать для современнаго права. Оно есть непосредственное слѣдствіе возможности юридически-обязательнаго объявленія воли неопредѣленному лицу. Относящійся сюда случай приведенъ у Зейфф. Arch. X. 47. № 2. Другой случай у Кнрульфа Entscheidungen des OAG. zu Lübeck I стр. 627 (№ 3). Относится ли сюда и тотъ случай, когда кто нибудь принимаетъ на себя уплату долга третьяго лица? См. § 90. Подписка на акціи до учрежденія товарищества? Регельсбергеръ стр. 54 слѣд.—Регельсбергеръ стр. 8. 9. прибѣгаетъ въ подобныхъ случаяхъ къ неестественному предположенію, что третье лицо уполномочивается на передачу кредитору объявленія должника. [Унгеръ Jahrb. f. Dogm. X стр. 91 прим. 130. Зейфф. Arch. XXI. 115].

[1] Обыкновенно говорятъ: pactum de contrahendo. Выраженіе „Vorvertrag" предложилъ Тёль (Handelsr. I §. 62 прим. 1). Во всякомъ случаѣ выраженіе это означаетъ само по себѣ лишь договоръ, который предшествуетъ другому договору, а не то, что предшествующій договоръ прямо направленъ къ заключенію этого другаго договора. Впрочемъ неточностей этого рода нельзя избѣгнуть при выборѣ и образованіи техническихъ выраженій. Поименованное подъ § 57 сочиненіе Регельсбергера трактуетъ о предварительномъ договорѣ стр. 129—133. § 62.

[2] L. 68 D. de V. O. 45. 1. „Quodsi ita stipulatus fuero: *pecuniam te mihi crediturum spondes?* incesta est stipulatio quia id venit in stipulationem, quod mea interest". L. 122 §. 3 D. eod., l. 75 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1 Ср. § 122 прим. 18.

которыхъ зависитъ дѣйствительность главнаго договора. Такимъ образомъ изъ предварительнаго договора не возникаетъ права требованія въ томъ случаѣ, если для дѣйствительности главнаго договора установлена закономъ особая форма и она не соблюдена при заключеніи предварительнаго договора [3].

2) Подъ punctatio [4] понимается письменное заявленіе, сдѣланное сторонами до заключенія договора или до того времени, что они признаютъ его состоявшимся, относительно тѣхъ обстоятельствъ, которыя обусловливаются договоромъ. Такая punctatio можетъ состоять въ памятной замѣткѣ, безъ того, чтобы стороны были ею въ чемъ либо связаны. Въ этомъ случаѣ она не имѣетъ никакого юридическаго значенія [5]. Она можетъ быть сдѣлана и съ цѣлью связать стороны. a) Между сторонами состоялось соглашеніе относительно главныхъ частей договора; но имъ предстоитъ еще согласиться относительно второстепенныхъ частей его. Въ этомъ случаѣ можетъ быть потребовано исполненіе договора и въ томъ случаѣ, если не состоится соглашенія относительно второстепенныхъ частей договора, онѣ разрѣшаются въ силу закона [6]. b) Стороны согласны относительно всѣхъ частей договора; но онъ долженъ быть еще облеченъ въ особую форму. Въ этомъ случаѣ долженъ быть заключенъ или предварительный договоръ, или то, что стороны называютъ punctatio, въ которомъ собственно заключается договоръ. Въ обоихъ случаяхъ нужно различать, требуется ли совершеніе договора въ опредѣленной закономъ формѣ, или она установлена добровольно. Въ первомъ случаѣ punctatio никого не обязываетъ [7], во второмъ же случаѣ возникаетъ право требовать заключенія договора въ установленной формѣ или исполненія его и независимо отъ этой формы [8].

---

[3] Тёль Handelsrecht I. стр. 374 ср. впрочемъ и Арндтсъ Krit. VJSchr. V. стр. 166. 167, Регельсбергеръ стр. 141—144. Если по мѣстному праву установленная закономъ форма имѣетъ то значеніе, что сю обусловливается право иска или доказательная сила предварительнаго договора (см. § 64 прим. 8 -10), то при отсутствіи этой формы онъ не можетъ ни быть представляемъ ко взысканію, ни быть принимаемъ въ доказательство.

[4] Тёль Handelsrecht I § 62, Синтенисъ II стр. 249. 250, Регельсбергеръ. Стр. 136 слѣд.

[5] Переговоры о заключеніи договора, которыми не установлены еще никакія обязательственныя отношенія, обозначаются выраженіемъ „Tractate“.

[6] Тёль стр. 389, Синтенисъ прим. 16.

[7] Ср. примѣчаніе 3.

[8] Ср. § 64 въ концѣ. Относительно случая несходства между предварительнымъ опредѣленіемъ условій договора и главнымъ договоромъ см. Зейфф. Arch. X. 242.

c) Условія дѣйствительности договоровъ.

α) *Вообще.*

§ 63. Для дѣйствительности договора необходимо: 1) чтобы два (или болѣе) изъявленія воли стали другъ къ другу въ такомъ смыслѣ, который соотвѣтствуетъ содержанію договора; 2) чтобы каждое изъ этихъ изъявленій воли само по себѣ было дѣйствительно. Относительно перваго условія подробно говорено выше (§ 57 и слѣд.). Въ добавленіе къ сказанному слѣдуетъ еще сдѣлать тотъ выводъ, что оба изъявленія воли должны быть направлены къ одному и тому же предмету. Поэтому если принятіе предложенія противной стороны направлено къ чему-либо иному, а не къ тому, что составляетъ дѣйствительное содержаніе предложенія, при чемъ принимающій предложеніе составилъ себѣ ложное представленіе о его содержаніи, то объявленное принятіе предложенія является лишь кажущимся, но не дѣйствительнымъ. При этомъ несогласіе договаривающихся сторонъ въ несущественной части договора не имѣетъ вреднаго значенія. Дѣйствительность изъявленій воли, соединившихся въ договорѣ, слѣдуетъ обсуждать по общимъ правиламъ о силѣ юридическихъ сдѣлокъ вообще. Къ этому слѣдуетъ присовокупить, что изъявленіе признается недѣйствительнымъ въ томъ случаѣ, когда оно не соотвѣтствуетъ дѣйствительной воли, въ существенной ея части. На это положеніе необходимо обратить особенное вниманіе, потому что къ изложенному необходимо прибавить еще, что если договоръ признается недѣйствительнымъ вслѣдствіе несогласія между изъявленіемъ воли и дѣйствительнымъ ея содержаніемъ, то тѣмъ не менѣе сдѣлавшій предложеніе отвѣтствуетъ передъ противной стороной за убытокъ, происшедшій для нея отъ увѣренности ея въ томъ, что договоръ состоится [1]. Здѣсь слѣдуетъ подробнѣе изложить о дѣйствительности договорнаго изъявленія воли по отношенію: a) къ ея формѣ; b) къ ея содержанію; c) къ вопросу о томъ можетъ ли для договорнаго изъявленія воли служить воля другаго лица.

β. *Форма договоровъ.*

§ 64. Римское право выставляетъ то правило, что обязательственный договоръ, для того чтобы произвести право требованія [1], долженъ имѣть форму стипуляціи [2]. Но изъ этого правила допу-

---

[1] Согласно началу, изложенному въ § 59. Ср. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. Стр. 73 слѣд. [Гольдшмидтъ Handelsr. I § 62 прим. 10—12 § 63 прим. 27]. § 63.

[1] По вопросу о томъ, возникало ли изъ договора, при несоблюденіи установленной для него формы, естественное обязательство, см. § 41 прим. I. § 64.

[2] Характеристическія особенности стипуляціи состояли въ томъ, что она за-

скаются исключенія, именно въ томъ случаѣ, если значеніе обязательства придается соглашенію сторонъ, самому по себѣ [3], или въ томъ, если такое значеніе придается соглашенію сторонъ, по отношенію къ дѣянію, совершенному уже кредиторомъ въ пользу должника [4].

Это правило не получило примѣненія въ Германіи. По существующему обычному праву нынѣ дѣйствуетъ обратное правило, что какимъ бы способомъ не было выражено взаимное согласіе сторонъ, оно производитъ право требованія [5]. Изъ этаго правила

ключалась: 1) между присутствующими посредствомъ устной рѣчи, 2) посредствомъ вопроса и отвѣта. Впрочемъ форма стипуляціи весьма ослабла въ новѣйшемъ римскомъ правѣ. Правда достовѣрно не извѣстно, чтобъ указъ императора Леона отъ 469 года (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38) отмѣнилъ необходимость вопроса и отвѣта, но едва ли можно понимать слова закона въ другомъ смыслѣ, ср. также § 1. I de V. O. 3. 15. Во всякомъ случаѣ уже и прежде можно было замѣнять стипуляцію удостовѣряющимъ таковую письменнымъ актомъ (Paul. S.R.V. 7 § 2, § 17 I de inut. stip. 3. 19, § 8 I. de fidei. 3. 20, l. 30 l. 134 § 2 D. de V.O. 45. 1, l. 57 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Юстиніанъ положительно опредѣлилъ, что противъ подобнаго акта можно спорить не иначе, какъ доказавъ отсутствіе сторонъ во время совершенія акта изъ мѣста совершенія (l. 10 C. de contr. stip. 8. 38); что возраженіе не могло основываться на несоблюденіи при устныхъ переговорахъ сторонъ требуемой формы, объ этомъ кажется никто никогда не спорилъ. Гнейстъ formelle Verträge стр. 243—265, Келлеръ стр. 434—436. О попыткахъ доказать существованіе въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ письменной формы договора, см. въ особенности Кропнъ in Heise и Кропнъ Abhandl. I. № 18, Беръ Anerkennung § 36. 37 и Jahrb. f. Dogmat. II стр. 339—342; противъ этого Сентенисъ въ Sell's Jahrbücher I стр. 268—272, Гнейстъ formelle Verträge стр. 321 слѣд., Арндтсъ Krit. Ueberschau IV стр. 230—235, Шлезингеръ zur Lehre von den Formalcontracten стр. 67 слѣд. Объ относящемся сюда сочиненіи Эйнерта: über das Wesen und die Form des Literalcontracts, wie dieser zur Zeit der Justinianischen Gesetzgebung ausgebildet gewesen (1852), см. рецензію Фика. Heid. Krit. Zeitschr. I стр. 479 слѣд.

[3] Contractus qui consensu fiunt (такъ назыв. консенсуальные контракты); такъ назыв. pacta praetoria и pacta legitima.

[4] Contractus qui re fiunt, такъ назыв. реальные контракты. Понятіе реальнаго контракта состоитъ ближайшимъ образомъ въ слѣдующемъ: кредиторъ даетъ должнику вещь, возлагая на него извѣстную обязанность; должникъ, принимая эту вещь, вмѣстѣ съ тѣмъ принимаетъ на себя возложенную обязанность. Возможность подобнаго рода соглашенія сторонъ и безъ посредства стипуляціонной формы, признана первоначально лишь за четырьмя договорами (mutuum, commodatum, depositum, pignus); признаніе же общаго правила относится къ позднѣйшему времени (ср. прим. 5). Эти четыре контракта обыкновенно называютъ въ настоящее время реальными контрактами, всѣ же прочіе договоры, основывающіеся на передачѣ чего нибудь отъ кредитора должнику—безъимянными реальными контрактами (Contractus innominati).

[5] Сравни къ тому, что доселѣ было сказано въ этомъ § — ф. д. Пфордтенъ Abhandlungen № 3, Савиньи Obl. II § 72—78, Шлезингеръ Formalcontracte стр. 96—98. О времени возникновенія права иска по консенсуальнымъ и реальнымъ (поименованнымъ) контрактамъ см. новѣйшее изслѣдованіе Демеліуса Zeitschr. f.

существуютъ исключенія, но они не многочисленны [6]. Въ томъ случаѣ, когда въ видѣ исключенія для какого-либо договора предписана опредѣленная форма, то договоръ недѣйствителенъ при несоблюденіи этой формы. Общее германское право не знаетъ формъ договоровъ, которыя установлены въ новѣйшихъ законодательствахъ [8], и соблюденіемъ которыхъ обусловлена не дѣйствительность договора, а право иска [9] или доказательность его [10].

Въ томъ случаѣ, когда опредѣленная форма договора не предписана закономъ, она можетъ быть установлена соглашеніемъ договаривающихся сторонъ. Это соглашеніе можетъ имѣть различный смыслъ: a) форма можетъ имѣть значеніе доказательства по отношенію къ заключенному договору; въ этомъ случаѣ можно требовать соблюденія формы, но также и исполненія договора, безъ соблюденія условленной формы его; b) заключенъ предварительный договоръ (Vorvertrag), которымъ условлено заключить договоръ въ опредѣленной формѣ. Въ этомъ случаѣ возможно

Rechtsgesch. II стр. 177 слѣд. (1863), см. также Leist Mancipation und Eigenthumstradition стр. 94 слѣд. [Дернбургъ Compensation 2 изд. стр. 48 слѣд. 597 слѣд.]. О времени возникновенія права иска по безъимяннымъ контрактамъ (actio praescriptis verbis) см. Voigt condictiones ob causam стр. 462 сл. и поименованныхъ тамъ въ прим. 426 писателей. Такъ какъ римское правило о реальныхъ контрактахъ не существуетъ болѣе, то можно ли сказать, что въ настоящее время нѣтъ такихъ контрактовъ? Ничто не можетъ быть болѣе невѣрно. Въ настоящее время нѣтъ болѣе договоровъ, при которыхъ дѣйствіе кредитора въ пользу должника было необходимо вслѣдствіе формальныхъ основаній; но есть договоры, которые получаютъ осуществленіе вслѣдствіе того, что дается что либо подъ извѣстной обязанностью и которое принимается подъ условіемъ исполненія этой обязанности. (Неправильно говорилось въ первомъ изданіи: есть договоры, которые предполагаютъ, по своему содержанію, дѣйствіе кредитора въ пользу должника. Наемщикъ не обязанъ, конечно, выдавать нанятую вещь, которую онъ не принималъ, а между тѣмъ договоръ имущественнаго найма не есть реальный договоръ. Все сводится къ тому, имѣли ли стороны намѣреніе *обосновывать* контрактъ лишь посредствомъ дачи и принятія вещи). Ср. ф. д. Пфордтенъ стр. 296 слѣд., Бринцъ Krit. Blätter стр. 18 слѣд. и Pand. стр. 370 слѣд. 410 слѣд., Демеліусъ Jahrb. f. Dogm. III. 5, Унгеръ тамъ же VIII. 1; также въ этомъ учебникѣ § 73 прим. 10, § 123 прим. 6, § 129 прим. 3, § 135 прим. 7, § 136 прим. 7.

[6] Къ нимъ относится напр. договоръ даренія, для котораго необходимо судебное засвидѣтельствованіе, когда таковое простирается болѣе чѣмъ на 500 дукатовъ; для соглашенія объ отказанныхъ по завѣщанію алиментахъ — судебное утвержденіе. К. А. 1551 года § 79 признаетъ всякую „запись или обязательство“ въ пользу еврея недѣйствительными, если таковые не совершены предъ судомъ. Ср. Безелеръ deutsch. Privatr. § 64 прим. 13. Зейфф. Arch. I. 36, X. 27.

[7] Ср. Тёль Handelsr. I стр. 375—376.

[8] Ср. Арндтсъ въ Ulrich's Arch. f. preuss. R. I стр. 132 слѣд., Регельсбергеръ стр. 144—145.

[9] A.L.R. I. 5 § 131. 155. 156. Тёль Handelsr. I, § 59

[10] Code civil art. 1341 слѣд.

требовать такого заключенія договора. Но намѣреніе сторонъ можетъ состоять еще и въ томъ, что с) до выполенія условленной формы самое обязательство не должно имѣть мѣста. Въ этомъ случаѣ до осуществленія формы каждая сторона можетъ отступить отъ договора, но при этомъ она теряетъ задатокъ или же стоимость полученнаго имущества [11]. Если условлена письменная форма договора, то обязательство наступаетъ только при подписаніи обѣими сторонами бѣловаго экземпляра договора. [12] [13].

γ. *Договоръ, заключаемый посредствомъ воли другаго.*

§ 65. Уже выше было замѣчено (§ 60), что воля, направленная къ заключенію договора, можетъ быть выражена при посредствѣ третьяго лица въ томъ случаѣ, если подобному выраженію не препятствуетъ установленная для договора форма. Далѣе возникаетъ вопросъ, можетъ ли быть замѣнено этимъ способомъ не только объявленіе воли, но и самая воля, т. е. возникаетъ ли для лица договоръ въ томъ случаѣ, если другое лице изъявитъ волю отъ его имени и какъ бы его волю? [1]. Отвѣтъ на этотъ вопросъ въ общихъ чертахъ заключается въ ученіи объ изъявленіи воли вообще. Римское право даетъ на него, какъ вообще, такъ и относительно обязательственныхъ договоровъ, отрицательный отвѣтъ.

---

11 L. 17 i. f. C. de fide instr. 4 21.

12 L. 17 C. cit., cp. pr. I. de emt. et vend. 3. 23, l. 2 §. 1 D. de contr. emt. 18. 1. Впрочемъ, объ истинномъ смыслѣ содержащагося въ этихъ мѣстахъ постановленія закона идетъ споръ. По другому мнѣнію, смыслъ этого постановленія тотъ, что каждому изъ контрагентовъ дозволено отступаться даже отъ письменнаго, слѣдовательно и отъ перфектнаго договора, когда таковой не облеченъ еще въ окончательную форму. Посредствующее мнѣніе держится того, что законъ разрѣшаетъ отступленіе отъ договора покрайней мѣрѣ въ случаѣ сомнѣнія. По моему мнѣнію, и эта мысль не содержится въ законѣ; но понятно, когда дѣло идетъ объ истолкованіи намѣренія сторонъ, которыя не желали связать себя тотчасъ, то нельзя, по общимъ началамъ толкованія (I §. 84 прим. 4. 5), принимать подобнаго обязательства. Ср. маленькую монографію Зетцера (Abhandlungen aus dem Civilrecht I [1860], Регельсбергеръ стр. 145 слѣд.; далѣе Глюкъ IV стр. 566. XVI стр. 29, Пухта § 251. a. f Арндтсъ § 232 прим. 3, Синтенисъ стр. 253. 244, Келлеръ стр. 436. 437, Унгеръ II § 86 примѣч. 16, Тёль Handelsr. I § 60. 61 Зейфф. Arch. I 198, VIII. 350, XII. 259, XVI. 102.

13 О случаѣ, когда на ряду съ письменнымъ договоромъ между сторонами допущены словесные уговоры, см. Тёль стр. 386—388 и Зейфф. Arch. VI. 19, IX. 233, X. 248, XIII. 216, XX. 216, 217. [272, XXI. 33]; ср. также тамъ же III. 30. 154, XV. 13, XVII 21. 125.

§ 65. 1 Управляющій чужимъ имуществомъ даетъ въ займы отъ имени своего хозяина. Опекунъ продаетъ отъ имени опекаемаго. Опекунъ и управляющій не изъявляютъ воли тѣхъ, за которыхъ они дѣйствуютъ, а свою собственную волю,

По римскому праву тому, кто хочетъ заключить договоръ для другаго, остается заключить договоръ за свой счетъ и самому пріобрѣсти по нему право, или обязаться, и затѣмъ только косвеннымъ путемъ можетъ быть достигнуто, чтобы замѣщенное лице получило возможность осуществить для себя пріобрѣтенное заключившимъ договоръ право требованія и наоборотъ, чтобы кредиторъ по договору получилъ возможность требовать отъ лица замѣщеннаго исполненія той обязанности, которую приняло на себя лице, заключившее договоръ [2]. Однако римское право допускаетъ изъ этаго принципа исключенія. Оно признаетъ, что если кто-либо даетъ что-нибудь отъ имени другаго подъ условіемъ возвращенія взятаго, то съ согласія принявшаго имущество, между нимъ и тѣмъ, отъ имени кого было передано имущество, возникаетъ договоръ [3]. Въ нынѣшнемъ правѣ римскій принципъ совершенно вытѣсненъ обычнымъ правомъ и теперь дѣйствуетъ обратное правило, что, если только тому не препятствуетъ особое свойство договора, онъ можетъ быть заключенъ и при посредствѣ представителя, и при этомъ въ томъ смыслѣ, что

но они желаютъ, чтобъ эта воля принималась въ соображеніе, какъ воля тѣхъ лицъ, которыхъ они заступаютъ. Предложенный вопросъ обозначаютъ обыкновенно какъ вопросъ о возможности допустить представительство при договорахъ. Ср. I § 76 прим. 2.

[2] Ср. § 234 и Мюленбрухъ Cession § 14, Бухка Stellvertretung § 5—7, Савиньи Obl. II § 54. 55, Шмидъ Grundlehren des Cession I стр. 383 слѣд.

[3] Положеніе это признано относительно займа: L. 9 § 8 D. de K. C. 12. 1, l. 35 § 2 D. de don. 39. 5, l. 126 § 2 D. de V. O. 45, 1, l. 2 C. per quas pers. 4. 27. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. II стр. 87—120, ср. Бухка Stellvertretung стр. 81—87, Бринцъ Krit. Blätter II стр. 24—32, Савиньи Obl. II стр. 66—67. Шейерль Krit. Uebertshau I стр. 328, Йерингъ Jahrb. f. Dogm I стр. 283—287, Шейерль тамъ же II стр. 2, Якоби тамъ же IV стр. 282, Шмидъ Cession I стр. 374 слѣд. Йерингъ относитъ сюда и l. 6. C. de don. i. v. e. u. 5. 16; мнѣ кажется, что въ этомъ мѣстѣ нѣтъ и рѣчи объ основаніи обязательства для представляемаго. L. 1 §. 11 D. dep. 16. 3 положительно не относится сюда; представитель, о которомъ законъ этотъ трактуетъ, объявляетъ чужую волю. Ср. впрочемъ еще Шмидъ Cession I стр. 440. 0 l. 4 C. si cert. pet. 4. 2. см. ниже примѣч. 6. Римское право не требуетъ, чтобъ отданное состояло въ собственности заступаемаго лица, достаточно, что оно отдается отъ его имени. Йерингъ объясняетъ себѣ это тѣмъ, что, въ силу praesumptio iuris et de iure, отданная вещь разсматривается, какъ бы принадлежащею въ собственность заступаемаго, и представитель разсматривается какъ органъ его воли. Мнѣ кажется, что такое представленіе невѣрно. Если кто нибудь уплачиваетъ третьему лицу собственными деньгами мнимый долгъ, то онъ хотя и получаетъ противъ него condictio indebiti, но не condictio furtiva въ случаѣ недобросовѣстности получателя; это значитъ, что хотя предполагается, что отдача послѣдовала изъ имущества представляемаго лица, но не признается, чтобы отдающій въ силу передачи пересталъ быть собственникомъ отдаваемой вещи. L. 6 §. 3 l. 47. l. 57 pr. D. de cond-ind. 12. 6, l. 6 C. cod. 4. 5, l. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 80 §. 7 D de furt. 47. 2 (къ послѣднему мѣсту ср. § 179 прим. 4).

для представителя договоръ не имѣетъ никакихъ послѣдствій, для представляемаго же возникаютъ тѣ же послѣдствія, какъ если бы онъ самъ заключилъ договоръ [4].

Относительно дѣйствительности подобнаго представительства должно сказать тоже самое, что относительно изъявленія воли вообще [5]; къ этому слѣдуетъ прибавить, что если кто-либо отъ имени другаго отдаетъ что-нибудь подъ условіемъ воз-

---

[4] Объявленіе воли представителя разсматривается юридически какъ воля представляемаго. Ст. I § 73 прим. 16. Другіе думаютъ, что и по современному праву представитель получаетъ по заключенному имъ договору права и обязанности по крайней мѣрѣ формально, и что противоположность между современнымъ и римскимъ правомъ заключается лишь въ томъ, что по первому 1) контрактъ можетъ быть заключенъ непосредственно (im Ausdruck) отъ имени представляемаго; 2) что возникающіе для представителя права и обязанности имѣютъ во всякомъ случаѣ силу исключительно для представляемаго а не для представителя. См. цитированныя въ I. § 73 сочиненія (прим. 16). Къ сказанному я прибавлю еще слѣдующее. Поименованные писатели различествуютъ между собою въ своихъ взглядахъ. Большая часть изъ нихъ признаютъ за представляемымъ право и обязанность исполненія по чужому обязательству. Кунтце выводитъ для представляемаго побочное обязательство (Zweigobligation) при недѣйствительности главнаго обязательства (Stammobligation) представителя. Онъ объясняетъ себя противъ излагаемаго здѣсь воззрѣнія единственно изъ практическихъ соображеній. Онъ полагаетъ, что если разсматривать объявленіе воли представителя какъ объявленіе воли представляемаго, то оно должно быть обсуждаемо съ точки зрѣнія лица представляемаго. (См. I §. 73 въ концѣ). Я не могу допустить этого вывода. Волю представляемаго должно представить себѣ не какъ волю одинаковаго содержанія съ волей представителя, а какъ волю представителя со всѣми тѣми особенностями, которыя придаетъ ей внутреннее состояніе послѣдняго. Кунтце ссылается далѣе на то, что къ фикціямъ, какъ къ крайнимъ средствамъ, не слѣдуетъ прибѣгать до тѣхъ поръ, пока есть возможность объяснить извѣстное явленіе юридическими началами. Но допущенная здѣсь фикція кажется мнѣ не цивилистической конструкціей, а простымъ выраженіемъ воли сторонъ, которыя желаютъ, чтобъ извѣстное дѣйствіе относилось не къ дѣйствующему, а къ другому лицу. Онѣ безъ сомнѣнія желаютъ, чтобы для представителя возникало не право и обязанность, а лишь форма права и обязанности. (Ср. теперь еще Унгеръ Jahrb. f. Dogm. X. стр. 4—14).—Ср. HGB. Art. 52. „Изъ сдѣлки, заключаемой прикащикомъ или уполномоченнымъ по торговлѣ отъ имени хозяина, возникаютъ для послѣдняго, относительно третьяго лица права и обязанности. При этомъ безразлично, заключена ли сдѣлка положительно отъ имени хозяина, или же изъ обстоятельствъ дѣла можно заключить, что по намѣренію контрагентовъ, таковая заключена для хозяина. Эта сдѣлка не порождаетъ для прикащика или уполномоченнаго ни правъ, ни обязанностей". Къ этому Art. 298.—Нельзя ли принудить представителя къ исполненію обязательства покрайней мѣрѣ на счетъ имущества представляемаго, если таковое находится въ его рукахъ? Отвѣтъ: просто на томъ основаніи, что договоръ получилъ осуществленіе при посредствѣ его. Тель Handelsr. I § 26. Текстъ подъ прим. 18; Зейфф. Arch. V. 279, VI. 33, XVII. 240.

[5] Уполномочіе представителя (Institor); Тёль Handelsr. I §. 30—31d, и кутеческаго повѣреннаго по торговому уставу: тамъ же Art. 41—51. 53. 54. Ср. Лабандъ Zeitschr. f. Handelsr. X. стр. 218 слѣд.

вращенія отданнаго, то для этого другаго возникаетъ право требовать и независимо отъ существованія его воли [6]. Здѣсь также имѣетъ примѣненіе правило, что недостаточность полномочія быть представителемъ восполняется послѣдующимъ изъявленіемъ согласія со стороны представляемаго. При этомъ не требуется, чтобы это согласіе было дано при жизни заступившаго мѣсто; точно также не имѣетъ значенія наступившая впослѣдствіи потеря дѣеспособности его [7]. До разрѣшенія вопроса о томъ, послѣдуетъ ли согласіе представляемаго на договоръ или нѣтъ, другой контрагентъ остается обязаннымъ [8], и онъ

---

[6] L. 9 §. 8 D. de R. C. 12. 1, l. 35 § 2 D. de don. 39. 5. Положеніе это несомнѣнно относительно того случая, когда отдающій желаетъ сдѣлать другому лицу даръ; см. кромѣ l. 35 § 2 cit. еще l. 43 §. 1 l. 59 §. 2 D. de I D. 23. 3 правда, послѣднія мѣста не трактуютъ о договорномъ обязательствѣ, но доказываютъ однакоже, что третье лицо можетъ путемъ даренія быть поставлено въ такое положеніе, какъ будто оно даръ этотъ дѣлало подъ извѣстнымъ условіемъ. Но положеніе это подлежитъ сомнѣнію въ томъ случаѣ, когда отдающій желаетъ зачесть отдаваемое тому, на имя котораго онъ даетъ, слѣдовательно, когда онъ хочетъ обязать его чѣмъ нибудь. Безъ его воли онъ не можетъ его обязывать, но возможенъ ли переходъ вещи безъ перехода той обязанности, которой онъ обусловливается? Тѣмъ не менѣе l. 8 §. D. de R. C. 12, 1 говоритъ за приведенное положеніе, и въ этомъ распространительномъ смыслѣ. Всѣ попытки толковать это мѣсто съ самаго его начала ограничительно нельзя не упрекнуть въ произволѣ. Менѣе доказательнымъ я считаю l. 4 C. si cert. pet. 4. 2, которую, кажется, можно понимать о condictio sine causa. Противъ указаннаго распространительнаго толкованія говоритъ l. 47 D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 D. de cond furt. 13. 1, l. 80 §. 7 D. de furt. 47. 2, по смыслу которыхъ condictio indebiti не можетъ быть пріобрѣтаемо безъ воли того, кому платежъ производится, если плательщикъ хочетъ зачесть ему таковой. Ср. относительно различныхъ мнѣній Бринцъ Krit. Blätter II стр. 24 слѣд., Йерингъ Jahrb. f. Dogm. II стр. 87 слѣд. и цитированныхъ у нихъ писателей. Бринцъ (въ указ. мѣстѣ стр. 38) того мнѣнія, что третье лицо можетъ по современному праву, путемъ даренія сдѣлаться кредиторомъ и безъ своей воли, вслѣдствіе какого бы то ни было договора представителя. Я полагаю, что это мнѣніе идетъ слишкомъ далеко.

[7] L. 24 §. 1 D. ratam rem. 46. 8. Бухка Stellvertr. стр. 211 Бринцъ Krit. Blät. II стр. 40 [Вангеровъ изд. 7 III стр. 295. Л. Зейффертъ die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte стр. 35 слѣд., Регельсбергеръ Krit. VJSchr. XI стр. 371 Онъ же Civilr. Erörterung. I стр. 89, Ruhstrat Jahrb. f. Dogm. XI стр. 240]. Какъ быть въ томъ случаѣ, когда представляемый умеръ до признанія имъ сдѣлки? Бринцъ и Бухка не допускаютъ перехода признанія къ наслѣдникамъ. Это кажется мнѣ сомнительнымъ. Развѣ нельзя сказать, что представляемый котораго нельзя болѣе противъ его воли лишить права сдѣлаться кредиторомъ чрезъ признаніе, находится въ такомъ же положеніи, какъ и тотъ, которому обѣщано что либо подъ условіемъ? [Точно также смотритъ на это Регельсбергеръ Krit. VJSch. XI стр. 371 см. далѣе Л. Зейффертъ въ указ. мѣстѣ стр. 26 слѣд. Вангеровъ въ указ. мѣстѣ стр. 295 такого же мнѣнія, какъ Бринцъ и Бухка].

[8] См. l. 24 D. de neg. gest. 3 5 и I § 74 прим. 4 [Рушстратъ въ указ. мѣстѣ X стр. 211 слѣд. 243 слѣд.].

не можетъ быть освобожденъ отъ своего обязательства и представителемъ, относительно котораго онъ обязался [9]. Если согласія не послѣдуетъ, то представитель обязанъ вознаградить другаго контрагента за понесенный имъ ущербъ, если онъ опредѣлительно, или молчаливо принялъ на себя отвѣтственность въ томъ, что согласіе послѣдуетъ [10].

δ. Содержаніе договоровъ.

§ 66. 1. Договоръ недѣйствителенъ, если предметъ обязательства остался на столько неопредѣленъ, что этимъ исключается всякая обязанность должника [1]. Это правило не примѣняется къ тому случаю, когда предметъ обязательства опредѣляется не произволомъ должника, но его усмотрѣніемъ, т. е. заключеніемъ, основанномъ на наличныхъ обстоятельствахъ и отношеніяхъ.

2. Недѣйствителенъ договоръ, предметъ котораго не возможенъ. Объ этомъ будетъ сказано подробнѣе въ § 67.

3. Недѣйствителенъ недозволенный договоръ [3]. Недозволены: а) договоры, противные нравственности. Это относится къ случаямъ, когда договоръ направленъ къ возникновенію запрещеннаго, или къ воспрепятствованію осуществленію предписаннаго [4]; далѣе, когда договоръ оказываетъ вліяніе на свободу дѣйствія лица въ такихъ случаяхъ, когда онъ не долженъ руководствоваться внѣш-

---

[9] См. I § 74 прим. 4. [Л. Зейфферть въ указ. мѣстѣ стр. 40 слѣд. Регельсбергеръ Krit. VJSch. XI стр. 366 слѣд.], Регельсбергеръ civilrechtl. Erörterungen I стр. 88 слѣд. [Вангеровъ 7 изд. III стр. 295. Рушгротъ въ указ. мѣстѣ стр. 220 слѣд.].

[10] См. I § 74 прим. 8. HGB Art. 55. 298 предоставляетъ другому контрагенту выборъ требовать отъ представителя „возмѣщенія убытковъ или исполненія". Точно также вексельный уставъ Art. 95. Ср. Еухка Stellvertret стр. 238. Бринцъ Krit. Blätter II стр. 39, Тель Handelsr. I стр. 156 Веръ Jahrb. f. Dogm. VI стр. 289 слѣд., Лабандъ Zeitschr. f. Handelsr. X. стр. 229 слѣд. (см. объ этомъ I § 74 въ указ. мѣстѣ).

§ 66. [1] См. § 6 прим. 3.

[2] L. 3. C. de dot. prom 5. 11, l. 69 §. 4 D. de J.D. 23. Ср. l. 24 pr. D. loc. 19. 2, l. 22 § 1. D. de R. I. 50. 17; также I §. 93 прим. 7. Ср. Зейфф. Arch. XX. III.

[3] L. 26 D. de V. O. 45. 1 „Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti". L. 4 C. de inut. stip. 8. 39.—„cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint". L. 6 l. 30 C. de pact. 2. 3, Paul S. R. III 4 B. § 2. Ср. I §. 94 прим. 9—15.

[4] L. 27 pr. l.35 §. 1 l. 123 D. de V. O. 45. 1, I. 6 §. 3 l. 22 §. 6 D. mand. 17. 1, l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 C. cod 4. 7, l. 27 § 4 D. de pact. 2. 14. Зейфф. Arch. I. 196, (XXI 32); II. 19, XX. 114 (иначе I. 195, VI. 167, X. 10, XVIII. 28) IV. 18, V. 118; VI. 166; VII. 274, VIII. 25, XIII. 126, XIV. 143, XVIII. 126, XIX. 100; VIII 119 (иначе III. 20, X. 146, XVI. 28); XI. 33; XXII. 16, XVII. 201; XVIII. 29. Ср. еще III. 20, VII. 18. XII. 274, XIII. 14. 242. XIV 124. Ср. Зейфф. Pand. § 258 прим. I.

ними соображеніями [5]; наконецъ договоръ можетъ быть противнымъ нравственности вслѣдствіе оказывающейся въ немъ недобросовѣстности намѣренія [6]; b) особыми предписаніями закона, исходящими изъ заботы объ общественномъ благѣ, могутъ быть запрещены и другіе договоры, напр. договоръ о лихвенномъ ростѣ (§ 13), договоръ игры (§ 171) [7].

4. Договоръ недѣйствителенъ и въ томъ случаѣ, когда цѣль, достигаемая кредиторомъ, не будучи прямо предосудительной, по мнѣнію судьи не заслуживаетъ охраненія [8].

5. При подробномъ разсмотрѣніи этого предмета возникаетъ вопросъ, можетъ ли быть заключенъ договоръ въ пользу или за счетъ третьяго лица, а также обязательно ли для дѣйствительности договора указаніе цѣли, съ которой онъ заключается. Объ этомъ будетъ сказано въ §§ 68—70.

Договоръ, исполненіе коего невозможно *).

§ 67. Если эта невозможность только субъективная, то она не имѣетъ никакаго значенія для дѣйствительности договора [1]; должникъ вмѣсто доставленія предмета обязательства, которое для него невозможно, долженъ вознаградить кредитора деньгами [2]. То обстоятельство, что должникъ, при вступленіи въ обязательство, не зналъ о невозможности его исполненія, не освобождаетъ

---

[5] L. 71 § 1. D. de cond. 35. 1, l. 134 pr. l. 19 D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de inut stip. 8. 39, l. 97 § 2 D. de V. O. 45. 1. Ср. 1 §. 94 прим. 13.

[6] Такимъ бываетъ договоръ, въ силу котораго кто нибудь заставляетъ себѣ заплатить за извѣстное поведеніе по отношенію къ какому нибудь дѣлу, l. 7 § 3 D. de pact. 2. 14 (I §. 94 прим. 12); далѣе договоръ о наслѣдствѣ не умершаго еще лица, l. 30 C. de pact. 2. 3 (ср. l. 2 §. 2 D. de vulg. 28. 6: „improbum esse Julianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate“). См. далѣе l. 6. 7 D. de serv. exp. 18. 7 (—„viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset“). Ср. также Зейфф. Arch. VIII. 119 (иначе III. 20, X. 146, XVI. 28).

[7] См. вообще l. 6 C. de pact. 2. 3, l. un. §. 16 C. de rei ux. act. 5. 13, Paul. S. R. III. 4 B §. 2.

[8] Право не служитъ прихотямъ и капризамъ. Если нѣкоторые говорятъ, что договоръ недѣйствителенъ, когда кредиторъ не имѣетъ интереса въ обѣщанномъ дѣйствіи, то можно спросить, можетъ ли разумный человѣкъ требовать обѣщанія того, въ чемъ онъ не имѣетъ интереса. Напротивъ изъ отсутствія интереса можно заключить объ отсутствіи намѣренія сторонъ, чтобъ договоръ имѣлъ обязательную силу. Ср. § 3 и § 68 примѣч. 3, равно какъ и цитированныхъ тамъ писателей, кромѣ того и Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 73 слѣд.

* Литературныя указанія подъ § 16. § 67

[1] Источники приведены подъ § 16 прим. 3.

[2] Моммзенъ Lehre vom Interesse § 7—11, въ особенности стр. 90, 98 слѣд. Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 535. 536. Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 224 слѣд. Йерингъ das Schuldmoment im röm. Privatr. стр. 46.

его отъ этой обязанности [3]. Если невозможность предмета обязательства является объективной, то договоръ недѣйствителенъ; должникъ освобождается отъ обязанности доставить невозможное или денежный эквивалентъ [4]. Это не измѣняется ни тѣмъ, что тотъ, кому было обѣщано доставленіе, не зналъ о невозможности этого доставленія [5], ни тѣмъ, что онъ зналъ о ней [6]. Но сдѣлав-

---

[3] Это признано общимъ правиломъ, что обѣщающій доставленіе чужой вещи отвѣчаетъ за интересъ, независимо отъ того, считалъ ли онъ вещь своею или нѣтъ, и имѣлъ ли онъ въ первомъ случаѣ основаніе думать такъ или нѣтъ. См. §. 60 D. de evict. 21. 2, l. 17 C. de fide instr. 4. 21. Моммзенъ въ указ. стр. 74 слѣд. Я прежде выставилъ положеніе (Heid. Krit. Zeitsch. II стр. 108—110), что обѣщающій не отвѣчаетъ въ томъ случаѣ, когда прежде существовала возможность исполненія, которая между тѣмъ, и вслѣдствіе неизвѣстнаго ему факта, превратилась въ невозможность; точно также высказался и Моммзенъ (Beiträge zum Obligationenrecht II стр. 12—21. III стр. 407—410). Положеніе это я теперь оставляю. Внутреннее основаніе его заключается повидимому въ томъ, что обѣщающій гораздо менѣе виновенъ относительно незнанія невозможности, которая существовала съ самаго начала. Но это именно ошибочно. Незнаніе факта, дѣлающаго возможное невозможнымъ, можетъ быть поставлено ему больше въ вину, чѣмъ невѣдѣніе факта, исключившаго возможность съ самаго начала, или не надлежащая оцѣнка существующихъ фактовъ. Но если обратимся къ источникамъ, то найдемъ, что единственная опора высказаннаго положенія заключается въ l. 55 D. de A. E. V. 19. 1. Но въ этомъ законѣ вовсе не говорится, чтобы проданный, находящійся apud hostes рабъ, попалъ въ руки непріятеля безъ вѣдома о томъ продавца. Мѣсто это ничего не говоритъ о знаніи или незнаніи сторонъ, и имѣетъ ясный смыслъ и тогда, когда предположимъ, что договоръ былъ заключенъ при полномъ знакомствѣ съ обстоятельствами, въ ожиданіи или на случай возвращенія раба. Во всякомъ случаѣ прежнее мое толкованіе этого мѣста слишкомъ шатко, чтобъ можно было на немъ основывать разсматриваемое здѣсь положеніе.

[4] Источники подъ § 16 прим. 2. Единственный, относящійся сюда вопросъ состоитъ въ слѣдующемъ. Недѣйствителенъ договоръ о несуществующей вещи (l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1); не дѣйствителенъ договоръ о не существующемъ наслѣдствѣ (l. 1. 7 D. de H. V. A. V. 15. 4),—дѣйствителенъ договоръ о не существующемъ обязательствѣ (l. 4. 5. eod., l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2; Шлиманнъ Haftung des Cedenten стр. 64 [противъ этого Зейфф. Arch. XXII. 35]) Какъ объяснить это? Ср. о различныхъ воззрѣніяхъ Моммзенъ Unmöglichkeit стр. 134, Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 118, Бринцъ Krit. Ueberschau V. стр. 297—299, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 69—71, Зейффертъ въ Seuffert's Pand § 300 прим. 5. Ср. также § 397, прим. 1.

[5] Исключеніе допускаетъ римское право для того случая, когда кто нибудь по заблужденію купилъ въ рабы свободнаго человѣка. l. 70 D. de contr. emt. 18. 1, l. 34 § 2 eod., l. 4 D. quib. ad lib. 40. 13, l. 39 § 3 D. de evict. 21. 2. Нѣкоторые изъ римскихъ юристовъ пошли далѣе, объявивъ дѣйствительной куплю всякой изъятой изъ оборота вещи при незнаніи сего, l. 4—6 pr. D. de contr. emt. 18. 1, § 5 I de emt. 3. 23. Противоположное мнѣніе находитъ себѣ поддержку въ l. 22—24, l. 34 § 1. l. 62. § 1 D. de contr. emt. 18. 1. При противорѣчіи этихъ изрѣченій источниковъ приходится признать, что они взаимно уничтожаются, и что, слѣдовательно, нѣтъ доказательства въ подтвержденіе дѣйствительности куп-

шій обѣщаніе, зналъ-ли онъ о невозможности предмета договора, или не зналъ, обязанъ вознаградить принявшаго обѣщаніе, если послѣдній не зналъ и не обязанъ былъ знать о невозможности доставленія предмета договора, за тотъ вредъ, который онъ потерпѣлъ отъ того, что полагалъ, что для него состоялся дѣйствительный договоръ [7]. Если невозможность относится лишь къ части

ли. Такъ въ результатѣ и Моммзенъ Unmöglichkeit § 13, Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 115—117. Другіе придерживаются напротивъ дѣйствительности договора купли; см. цитированныхъ у Моммзена § 13 прим. I и Бринцъ Krit. Ueberschau V, стр. 295—296. 300. 301 (который не допускаетъ вовсе противорѣчія въ источникахъ). Рёмеръ Leistung an Zahlungsstatt стр. 86 слѣд. Еще далѣе идетъ Савиньи Obl. II § 81. Онъ допускаетъ дѣйствительность договора купли и другихъ однородныхъ договоровъ при *всякой* неизвѣстной покупщику невозможности. Это находится въ явномъ противорѣчіи съ l. 15 pr. l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4. Наоборотъ Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV стр. 63 слѣд., думалъ что источники признаютъ недѣйствительной и куплю свободнаго человѣка даже при незнаніи о семъ покупщика, причемъ онъ относитъ подлежащія мѣста къ такъ называемому отрицательному договорному интересу (прим. 8).

[6] L. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1.

[7] Такъ называемый отрицательный договорный интересъ (§ 59, прим. 5), напр. покупщикъ отказался вслѣдствіе купли отъ другой купли, отъ которой онъ имѣлъ бы прибыль. Отличіе этого интереса отъ интереса исполненія, т. е. того, что кредиторъ имѣлъ бы, еслибъ обѣщанное удовлетвореніе было ему доставлено, ясно само собой. Положеніе, приведенное въ текстѣ не признается господствующимъ мнѣніемъ. Мнѣніе это допускаетъ для кредитора искъ о вознагражденіи лишь въ случаѣ злаго умысла (и грубой неосторожности) со стороны обѣщающаго (такъ и Моммзенъ въ привед. мѣстѣ стр. 109, Бринцъ стр. 291. 299, Ude въ привед. м. стр. 258 слѣд.), даже я самъ высказался прежде въ этомъ смыслѣ. Господствующее мнѣніе было оспорено Йерингомъ Jahrb. f. Dogm. IV. 1 (1861); ему слѣдуетъ во всемъ Вангеровъ въ новѣйшемъ изданіи 1 прим. къ § 109. И я не придерживаюсь болѣе господствующаго мнѣнія. Я не думаю, чтобъ возможно было поддерживать его въ виду l. 8 § 1 D. de rel. 11. 7, l. 8 D. de H. v. A. V. 18. 4. Объясненіе, что въ этихъ мѣстахъ предполагается злой умыселъ обѣщающаго, произвольно; и l. 21 pr. D. de A. E. V. 19. 1, не нуждается въ предположеніи злаго умысла. Но хотя я согласенъ съ Йерингомъ въ существѣ, я не могу согласиться съ нимъ на счетъ конструкціи выведеннаго положенія. Онъ основываетъ послѣднее на виновности контрагента. Согласно съ этимъ слѣдовало бы освободить его въ томъ случаѣ, когда нельзя порицать незнаніе имъ невозможности; но объ этомъ источники ничего не говорятъ. И Йерингъ не знаетъ этого, ибо, говоритъ онъ, уже въ томъ заключается вина, что кто нибудь вступаетъ въ сдѣлку не зная основательно обстоятельствъ ее сопровождающихъ (стр. 36). Но, другими словами, это значитъ: контрагентъ виновенъ, давая обѣщаніе что-либо сдѣлать въ предположеніи возможности, тогда какъ на дѣлѣ существовала невозможность. Здѣсь называется виновностью то, что можетъ быть вовсе невиновнымъ. (Главнѣйшія мѣста изъ трактата Йеринга, имѣющія значеніе для разсматриваемаго положенія, суть: стр. 26, 29, 34, 40, 41, 42, 43, 52, 60—62). Я считаю самой вѣрной ту конструкцію, которая приведена въ § 59 прим. 5.

предмета договора, то и договоръ недѣйствителенъ только въ части [8]; развѣ бы воля контрагентовъ совершенно не была направлена на ту часть договора, исполненіе которой осталось возможнымъ [9]. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ обѣщающій освобождается отъ всякой отвѣтственности; въ первомъ же случаѣ, и если онъ зналъ о наступившей невозможности, обѣщающій отвѣтствуетъ не только за ту часть договора, исполненіе которой возможно, но и за весь договорный интересъ [10]. Послѣдующее уничтоженіе невозможности дѣлаетъ договоръ дѣйствительнымъ лишь въ томъ случаѣ, если это уничтоженіе заключалось въ характерѣ невозможности; если же оно было случайное, то не имѣетъ этого значенія [11].

Договоръ въ пользу третьяго лица *.

§ 68. Можетъ-ли договоръ заключаться въ доставленіи предмета его третьему лицу? Этотъ вопросъ можетъ быть предложенъ двояко: 1) возникаетъ ли изъ такаго договора право требованія для лица, которому дано обѣщаніе? 2) возникаетъ ли изъ него право требованія для третьяго лица?

1. Право требованія для лица, заключившаго договоръ, возникаетъ для него независимо отъ того, что посредствомъ даваемаго обѣщанія обѣщающій принимаетъ на себя обязанность совершить обѣщанное дѣйствіе въ пользу третьяго лица. Кто получаетъ обѣщаніе, что извѣстное дѣйствіе будетъ совершено въ пользу третьяго лица, тотъ въ дѣйствительности получаетъ обѣща-

---

[8] Моммзенъ въ указан. м. § 17—19 и къ этому Виндшейдъ въ указан. м. стр. 119—126; также Моммзенъ стр. 411—413.

[9] Хотѣлъ ли тотъ, который обѣщалъ домъ, обѣщать вмѣстѣ съ тѣмъ и пепелище, которое въ моментъ обѣщанія одно и оставалось? L. 1 § 9 D de O. et. A. 44. 7, l. 57 § 1 D. de contr. emt. 18. 1.

[10] L. 57 § 1 cit. Однородный съ этимъ вопросъ, хотя и не относящійся сюда, заключается въ томъ, что если при заключеніи контракта удовлетвореніе сдѣлалось невозможнымъ въ части, то на сколько можно, при договорахъ о дѣйствіи, эквивалентомъ котораго служитъ другое дѣйствіе, требовать эквивалента за ту часть дѣйствія, исполненіе которой возможно. См. объ этомъ § 73 прим. 21.

[11] § 2 de inut. stip. 3. 19, l. 83 § 5 D. de V. O. 45. 1. Ср. l. 35 § 1 eod. Моммзенъ въ прив. м. § 16 Копфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 123 слѣд.

§ 68. * Безелеръ Lehre von den Erbverträgen II. 1, стр. 71—83 (1837) deutsch. Privatr. § 120 N III (1853. 1866). Штрипшеманнъ Entscheidungen des O. A. G. zu Cassel V. стр. 1 слѣд. (1848). Бушъ Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter (1860). Беръ Jahrb. f. Dogm. VI. 3 (1862). Цаунъ Arch. f.

ніе, клонящееся въ его пользу; его выгода заключается именно въ томъ, чтобы извѣстное дѣйствіе было исполнено въ пользу третьяго лица, а не въ его пользу; совершеніе дѣйствія въ пользу третьяго лица, есть совершеніе дѣйствія въ пользу его самого [1]. По современному праву безразлично какаго рода его выгода въ томъ, чтобы дѣйствіе было совершено въ пользу третьяго лица; именно нѣтъ надобности, чтобы въ этомъ заключалась личная выгода его, она можетъ состоять и въ простомъ благодѣяніи относительно третьяго лица [2]. Но если тотъ, кому дано обѣщаніе, вовсе не имѣетъ никакаго интереса въ томъ, чтобы было совершено въ пользу третьяго лица обѣщанное дѣйствіе, то нельзя признать, чтобы онъ хотѣлъ пріобрѣсти право требованія; въ этомъ случаѣ является скорѣе не договоръ, но лишь не имѣющее юридическаго значенія соглашеніе [3].

2. Римское право не признаетъ въ принципѣ возникновенія права требованія для третьяго лица, въ пользу котораго по содержанію договора должно быть произведено извѣстное дѣйствіе [4]; но оно допускаетъ цѣлый рядъ исключеній. Эти исключенія суть слѣдующія:

---

pract. R. W. N. F. I стр. 42 слѣд. (1864). [Унтеръ Jahrb. f. Dogm. X. 1 (1869) къ этому Регельсбергеръ Krit. VJSch. XI стр. 559 слѣд. (1869)].

[1] Примѣры: l. 38 § 20—23 D. de V. O. 45. 1 (§ 10 I de inut. stip. 3. 19).

[2] См. § 3 прим. 3 и въ особенности поименованные тамъ трактаты Гейсера. Относительно римскаго права см. приведенныя тамъ мѣста, именно l. 38 § 17 D. de V. O. 45. 1 (§ 19 I de inut. stip. 3. 19): — „ceterum ut alii detur, nihil interest mea". Но ср. также l. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7 (Дернбургъ Pfandrecht II стр. 234) въ связи съ мѣстами въ § 10 прим. 19.

[3] Напр. кто нибудь уговариваетъ своего пріятеля заплатить свои долги, тотъ отвѣчаетъ: хорошо, завтра же заплачу все, что я долженъ (Беръ стр. 36). Здѣсь ни обѣщающій не хотѣлъ себя обязать, ни приниматель обѣщанія не хотѣлъ сдѣлаться кредиторомъ. Если выразить сказанное въ текстѣ такимъ образомъ: договоръ въ пользу третьяго лица недѣйствителенъ, когда приниматель обѣщанія не имѣетъ интереса въ дѣйствіи, подлежащемъ исполненію въ пользу третьяго лица, то этимъ какъ будто возбуждается представленіе, что независимо отъ воли сторонъ, которая не подлежитъ сомнѣнію, должно еще доказать существованіе особаго интереса на сторонѣ кредитора; понятно, что это невѣрное представленіе. См. § 66 прим. 8. Если я не ошибаюсь, то это таже мысль, которую Беръ въ указ. м. стр. 136 выразилъ такъ: приниматель обѣщанія тогда получаетъ право требованія, когда причинная связь обѣщанія заключается въ отношеніяхъ обѣщающаго къ тому, кому обѣщаніе дается (а не въ отношеніяхъ его къ третьему лицу). Мнѣ кажется, что подобная формулировка не можетъ содѣйствовать уразумѣнію предмета. Ср. также Безелеръ Erbvertr. стр. 75. deut. Privatr. стр. 486, Бушъ стр. 41.

[4] L. 11 D. de O. et A. 44. 7. „Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter

a) когда при дареніи на одаряемаго возлагается обязанность передать что-либо третьему лицу [5];

b) когда при выдачѣ приданаго, даваемаго за женщиной, на того, кто принимаетъ приданое, возлагается обязанность выдать это приданое самой женщинѣ или ея потомству [6];

c) когда имущество третьяго лица будетъ заложено или отдано въ ссуду съ тѣмъ, что оно будетъ возвращено не тому, кто передаетъ имущество, но третьему лицу [7];

d) если что-либо вручается лицу съ тѣмъ, чтобы онъ передалъ врученное третьему лицу [7a];

---

suo nomine recte agat, possumus". L. 1 C. per quas pers. 4. 27 (I § 73 прим. 4). L. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1, l. 73 § 4 D. de R. I. 50. 17, l. 19 l. 26 C. de I. D. 5. 12. L. 26 cit. „Si genero dotem dando pro filia pater communis eam reddi tibi extraneo constituto stipulatus est, nec sibi cessante voluntate, nec tibi prohibente iure quaerere potuit actionem".

[5] L. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55. Постановленіе это издано въ 290 году императорами Діоклетіаномъ и Максиміаномъ, но оно ссылается на рѣшенія предшествующихъ императоровъ. Впрочемъ мѣсто это понимаютъ весьма различно. a) Говорятъ, что оно нестолько даетъ третьему лицу право требовать исполненія возложенной обязанности, сколько право требовать обратно дара вслѣдствіе неисполненія этой обязанности. Такъ Эрклебенъ cond. sine causa II стр. 300—310. По другимъ, право обратнаго требованія существуетъ рядомъ съ требованіемъ исполненія. Мейерфельдъ Lehre von den Schenkungen I стр. 422. Противъ этого Савиньи Syst. IV. стр. 285—286, Виндшейдъ Voraussetzung стр. 174, Бухка Stellvertretung стр. 114, Шмидъ Grundlehren der Cession I стр. 449—453. b) Говорятъ, что третье лицо не имѣетъ самостоятельнаго права требовать исполненія, а лишь производное отъ дарителя (воображаемая цессія). Такъ Мюленбрухъ Cession стр. 97 слѣд., Мейерфельдъ въ указ. м., и въ особенности Шмидъ въ указ. м. Противъ этого Савиньи, Бухка, Виндшейдъ въ прив. м.; послѣдній и въ сочиненіи über die Actio и т. д. стр. 129. Вопросъ этотъ повторяется и для поименованныхъ далѣе случаевъ. См. также ниже прим. 15a—16. [Унгеръ, стр. 33 слѣд.].

[6] L. 45 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 C. de pact. conv. 5. 14. Послѣднее мѣсто относится ко времени Діоклетіана и Максиміана (294 г.). Пандектное мѣсто было, вѣроятно, приписано въ послѣдствіи, ибо заключительныя предложенія „sed dicendum est" и „sed permittendum est" едва ли происходятъ отъ одного и того же автора. См. впрочемъ l. 43 § 1 l. 59 § 2 D. de J. D. 23. 2. Ср. также Шмидъ въ прив. м. стр. 453—460. [Бехманнъ röm. Dotalrecht II стр. 153. Унгеръ, стр. 37 слѣд.].

[7]. L. 8 C. ad. exh. 3. 42. Это мѣсто принадлежитъ Діоклетіану и Максиміану и относится къ 293 году. См. также l. 19 C. de usuris 4. 32. Ср. Йершнгъ Jahrb. f. dogm. II стр. 116—120. Schmid, въ указ. мѣстѣ I стр. 439—445 Dernburg Pfandrecht I стр. 155—157 [Unger стр. 46 и слѣд.].

[7a] Случай этотъ разсматривался уже въ классической юриспруденціи съ точки зрѣнія negotiorum gestio. L. 6 § 2 D. de neg. gest. 3. 5. „Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit. Ср. § 431, прим. 7. [Унгеръ, стр. 46, прим. 55, Рушгратъ Jahrb. f. Dogm. X, стр. 219 слѣд.].

e) если кто-либо получаетъ обѣщаніе въ пользу его наслѣдниковъ [8], или одного изъ нихъ [9];

f) если представитель юридическаго лица или опекунъ получаетъ обѣщаніе въ пользу представляемаго имъ лица [10];

g) если залогодержатель при продажѣ заложеннаго имущества выговариваетъ въ пользу собственника продаваемаго имущества возвращеніе ему этого имущества при уплатѣ продажной цѣны его [11].

Кромѣ того этотъ принципъ римскаго права оставался безъ примѣненія вслѣдствіе другаго начала, согласно которому находящійся подъ властью есть органъ пріобрѣтенія для того, кто имѣетъ надъ нимъ власть [12].

---

[8] Согласно постановленію Юстиніана выраженному въ l. un. C. ut. act. ab her. 4. 11; въ прежнемъ же правѣ дѣйствовало положеніе: ab heredis persona obligationem (actionem) incipere non posse, l. un. cit. и Gai. III. 100. 117. 158. Шейерль Beiträge I № 3 выразилъ мнѣніе, что l. un. cit. не содержитъ въ себѣ означеннаго правила, что напротивъ Юстиніанъ повторилъ въ этомъ законѣ лишь правило l. 11 C. de contr. stip. 8. 38, въ силу котораго дозволяется обязывать кого нибудь и на время послѣ смерти, каковое правило онъ желалъ охранить отъ возраженій. Вопросъ этотъ не лишенъ сомнѣнія (ср. также § 13. I de inut. stip. 3. 19); но опредѣленность постановленія l. un. cit. говоритъ кажется противъ мнѣнія Шейерла. Во всякомъ случаѣ уже по классическому праву можно было пріобрѣтать по договору права *за себя и своихъ наслѣдниковъ* даже въ томъ случаѣ, когда обязательство не подлежало переходу по наслѣдству. Здѣсь имѣло въ дѣйствительности мѣсто обязательство въ пользу наслѣдниковъ,—l. 38 § 12. 14. l. 137 § 8 D. de V. O. 45. 1 (ср. l. 13 C. de contr. stip. 8. 38). l. 33 D. de pact. 2. 14 (pactum de non petendo in personam).

[9] Ограниченіе однимъ изъ наслѣдниковъ допускалось по классическому праву тамъ, гдѣ вообще можно было обосновывать обязательство въ пользу наслѣдниковъ (прим. 8), l. 33 D. de pact. 2. 14, l. 137 § 8 D. de V. O. 45. 1 (ср. l. 56 § 1 cod.). По мнѣнію Шейерля (прим. 8), въ силу котораго договоръ и по Юстиніановскому праву долженъ быть отнесенъ къ лицу наслѣдодателя, ограниченіе однимъ изъ наслѣдниковъ возможно лишь при неунаслѣдуемости требованія. Ср. о сказанномъ въ этомъ и въ предъидущемъ примѣчаніи еще Бухка Stellvertret. § 8, Дернбургъ Heid. Krit. Zeitschr. I. 3—5, Вангеровъ III, стр. 311, 312, [К. Шмидтъ Arch. f. civ. Pr. L. II, 13. Унгеръ, стр. 40 слѣд.].

[10] L. 5 § 9 D. de pec. const. 13, 5. [Унгеръ стр. 6 прим. 6]. L. 28 § 1 D. de pact. 214 не относится сюда. Подъопечному не дается здѣсь права ссылаться на договоръ опекуна, а право ссылаться на односторонее объявленіе воли кредитора (онъ пріобрѣтаетъ exceptionem doli, а не pacti). Ср. l. 10, § 2 l. 15, l. 25 § 2 cod.

[11] L. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7, ср. l. 7 § 1 D. de distr. pign. 20. 5. Исключеніе это не идетъ такъ далеко, какъ тѣ исключенія, которыя приведены до сихъ поръ. Ибо во всякомъ случаѣ третье лицо можетъ, въ силу условія о выкупѣ, выступить въ качествѣ собственника („debitor... vindicare rem poterit"). Почему ему не дозволять тогда ссылаться на договоръ между продавцемъ и покупщикомъ („aut in factum actione adversus emtorem agere")? Ср. еще Шмидтъ Grundlehren der Cession I стр. 460 слѣд. (Унгеръ стр. 27 слѣд.).

[12] Поэтому права по обѣщанію могли пріобрѣтать какъ подвластный для своего господина, такъ и послѣдній для своихъ подвластныхъ. Въ первомъ случаѣ сти-

Въ Германіи теорія и практика пошли гораздо дальше [13]. Этотъ фактъ нельзя игнорировать, потому что въ немъ болѣе всего выразилось сознаніе новѣйшаго права. Но въ чемъ именно заключается это сознаніе,—это вопросъ трудный и спорный. Наиболѣе правильный взглядъ заключается, кажется, въ слѣдующемъ [14]:

а) Отчужденіе имущества съ возложеніемъ обязанности выдать

пуляцтъ дѣлалъ кредиторомъ своего господина, а во второмъ, онъ самъ дѣлался кредиторомъ чрезъ лицо подвластныхъ; § 4 I. de inut. stip, 3. 19, l. 38 § 17, l. 39, l. 45, pr. l. 56, § 3 l. 130, D. de V. O. 45. 1, l. 2 C. de contr. stip. 8. 38. Но то только обѣщаніе въ пользу подвластныхъ было для господина дѣйствительно, въ силу котораго онъ самъ что либо пріобрѣталъ l. 130 cit. Впрочемъ признавали дѣйствительной и стипуляцію: post mortem meam filiae dari l. 45 § 2. D. de V. O. 45. 1, l. 9, l. 23. D. de pact. dot. 23. 4. (Унгеръ стр. 38, прим, 46). Римское право имѣетъ еще въ настоящее время силу относительно пріобрѣтенія ex re patris. Ср. § 268 № 3.

[13] См. указанія у Бухки Stellvertretung стр. 158 слѣд. и ср. Дельбрюкъ die Uebernahme fremder Schulden стр. 81—107. Въ новѣйшее время наступила въ доктринѣ рѣшительная реакція въ пользу чистаго римскаго права; см. въ особенности Бухка въ указ. м. стр. 187—202, Савиньи Obl. II § 59 и учебники Пухты § 256. 273. b) Арндтсъ § 246, Келлеръ стр. 461—462, Синтенисъ § 102, прим. 3 и 4, Вангеровъ 7 изд. III, стр. 295—296. Съ другой стороны практика обнаруживаетъ такую же рѣшительную склонность признавать за третьимъ лицомъ право требованія изъ заключеннаго въ его пользу договора и въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ таковое не допускается римскимъ правомъ. Въ этомъ смыслѣ высказались верховные апелляціонные суды: кассельскій (Зейф. Arch. III. 31, 32, 34 и №№ 1—4, 6—7, 9—10, 12—15 приложенія къ поименованному при * сочиненію Буша), дрезденскій (Зейфф. Arch. III. 312, VI. 21, XXI. 38, Бушъ № 16—21), дармштадтскій (Зейфф. Arch. VIII. 29, X. 152, Бушъ № 37 -39), ростокскій (Зейфф. Arch. XIX. 33, XX. 220), вольфенбюттельскій, а также вольфенбюттельскій кассаціонный судъ (Зейфф. Arch. XI. 133, XII. 142, XIV. 131, XVI. 182, Бушъ № 40, 41, 43) и лейпцигская судебная коллегія (Бушъ № 22). Относительно отдѣльныхъ случаевъ выходятъ за предѣлы римскаго права верховные апелляціонные суды—висбаденскій (Зейфф. Arch. X. 33, [Ср. XXI. 37]) и цельсскій (Зейфф. Arch. V 299, XVIII. 128, [ср. XXI. 40]), послѣдній, впрочемъ, держится въ принципѣ римскаго права; см. тамъ же XIV. 3. Въ пользу удержанія постановленій римскаго права высказались далѣе въ принципѣ верховные апелляціонные суды—кильскій (Зейфф. Arch. IX. 18, Бушъ № 44), любекскій (Зейфф. Arch. XI. 83, Бушъ № 35), въ особенности же іенскій (Зейфф. Arch. VII. 22, 23, (XXI 38), Бушъ № 23, 24, 26), впрочемъ послѣдній не оставался вѣренъ этому воззрѣнію (Зейфф. Arch. II. 213, VIII. 30, Бушъ № 25, 27, 30). Неопредѣленно высказалось рѣшеніе штуттгартскаго верх. трибунала (Зейфф. Arch. XV. 214). Ср. тамъ же и XIX. 135. [По мнѣнію Унгера, право требованія возникаетъ по современному праву для третьяго лица во всѣхъ случаяхъ, когда договоръ заключенъ исключительно въ его пользу, такъ напр. стр. 55 слѣд.].

[14] Различія этого не дѣлаютъ обыкновенно. Гораздо хуже смѣшеніе договора, заключеннаго *въ пользу* третьяго лица, съ договоромъ *отъ имени* третьяго лица. Это встрѣчалось часто, въ особности въ прежнее время (см. указанія у Бухки), и случается еще и теперь. А между тѣмъ различіе это весьма важно. Кто заключаетъ договоръ отъ имени третьяго лица, тотъ желаетъ, чтобъ это лицо

что-либо въ пользу третьяго лица, порождаетъ для этого третьяго лица право требованія [15]. Это право требованія основывается на обязанности, возложенной отчуждающимъ, на приказаніи его; его воля производитъ такое же правоотношеніе, какъ воля наслѣдодателя, назначающаго отказъ [15a]. Поэтому право требованія возникаетъ для третьяго лица безъ его содѣйствія [15b], и безъ его содѣйствія это право требованія не можетъ быть унего отнято [16] — въ противномъ случаѣ сдѣланное въ пользу его отчужденіе было бы отчужденіемъ на случай смерти.

b) Если эта точка зрѣнія не можетъ быть примѣнена, то слѣдуетъ обратить вниманіе на то, не можетъ-ли изъявленіе воли дающаго обѣщаніе быть истолковано въ томъ смыслѣ, что имъ выражается воля сдѣлаться должникомъ не только принимающаго обѣщаніе, но и третьяго лица [17]. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ

было само контрагентомъ; кто же заключаетъ договоръ въ пользу другаго лица тотъ желаетъ, чтобъ его самаго считали контрагентомъ, но чтобъ договоръ его имѣлъ юридическую силу для этого другаго.

[15] Я даю здѣсь правилу l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55 распространительное толкованіе въ силу обычнаго права (см. впрочемъ и Виндшейдъ Voraussetzung стр. 174). Изъ новѣйшей юридической жизни слѣдуетъ имѣть въ виду передачу крестьянами имущества, съ обязанностью производить выдачи въ пользу младшихъ братьевъ и сестеръ а также наслѣдственные договоры, въ которыхъ обусловлены извѣстныя дѣйствія въ пользу третьихъ лицъ. Относительно перваго случая в іенскій верховный апелляціонный судъ призналъ за третьимъ лицомъ право требованія (Зейфф. Arch. II. 213 Бушъ № 27, иначе тамъ же № 26); см. кромѣ того рѣшенія берлинскаго тайнаго верховнаго трибунала отъ 22 іюля и 25 августа 1846 г. (Зейфф. Arch. I. 78, III. 90, Бушъ № 32). Во второмъ случаѣ, право требованія признаютъ за третьимъ лицомъ и тѣ, которые вообще придерживаются римскаго права, такъ Бухка въ указ. м. стр. 194 слѣд., любекскій верх. апелляціонный судъ (Зейфф. Arch. VII. 68) и целльскій (тоже V 299). Мюленбрухъ Fortsetz. von Glück XXXVIII. стр. 68 слѣд. даетъ третьему лицу, на основаніи l. 3 C. cit., право требованія изъ наслѣдственнаго договора только тогда, когда договоръ этотъ содержитъ въ себѣ чистый даръ въ пользу наслѣдника по договору, не возлагая на него обязанности произвести выдачу въ пользу будущаго наслѣдователя.

[15a] Савиньи System IV, стр. 286. [Унгеръ, стр. 36 прим. 42].

[15b] Что третье лицо пріобрѣтаетъ право требованія безъ своего содѣйствія, вытекаетъ изъ того, что l. 3 C. cit. признаетъ за наслѣдникомъ третьяго лица право иска. (Въ этомъ послѣднемъ отношеніи Эрклебенъ того мнѣнія, что это право требованія есть condictio ob causam datorum).

[16] Другаго мнѣнія Бухка Stellvertretung стр. 114, причемъ онъ ссылается на право иска по отказамъ. Но аналогія съ завѣщательнымъ распоряженіемъ приводится здѣсь для разъясненія лишь дѣйствія односторонняго объявленія воли. Здѣсь не сказано, что объявленіе воли, о которомъ говорится, есть завѣщаніе. Этого не говоритъ и Савиньи (прим. 15a). Другаго мнѣнія и Синтенисъ I § 21, прим. 36 ср. еще Эрклебенъ (прим. 5) стр. 308 слѣд. [Унгеръ, стр. 64 слѣд.].

[17] Во всякомъ случаѣ, если не въ другомъ (§ 90), то въ этомъ видѣ можно конструировать случай принятія на себя уплаты чужаго долга. Но необходимо,

посредствомъ послѣдующаго со стороны третьяго лица принятія предложенія [18] между нимъ и обѣщающимъ возникаетъ самостоятельный договоръ, по которому первый дѣлается кредиторомъ, а послѣдній должникомъ [19]. До заявленія со стороны третьяго лица о принятіи или непринятіи предложенія, оно не можетъ быть исключено изъ договора ни тѣмъ, что обѣ стороны отступятся отъ договора, ни одностороннимъ отказомъ со стороны обѣщающаго [20]. При этомъ безразлично, хочетъ-ли принимающій предложеніе сдѣлать благодѣяніе третьему лицу, или нѣтъ [21].

чтобъ новый контрагентъ объявилъ не только то, что онъ вступаетъ въ обязанности должника, но и то, что онъ защититъ должника отъ притязанія кредитора. Слѣдуетъ припомнить далѣе случай, когда кто нибудь дѣлаетъ за третье лицо взносы въ общество страхованія жизни, сберегательную кассу и т. п. Общество признаетъ себя должникомъ не только лица, дѣлающаго взносы, но и третьяго лица. [HGB Art. 785, 786].

[18] Безразлично, какъ оно проявляется: оно обнаруживается и въ предъявленіи иска.

[19] Есть три воззрѣнія, которыя имѣютъ своею цѣлью дать основаніе стремленію новѣйшей теоріи и практики признать за третьимъ лицомъ право требованія, выходящаго за предѣлы постановленій римскаго права. 1) По первому изъ нихъ право требованія возникаетъ для третьяго лица по приказу промиссара (лица, принявшаго обѣщаніе), по аналогіи съ отказами по завѣщанію. Воззрѣніе это только что получило примѣненіе къ нѣкоторымъ случаямъ. 2) Право требованія третьяго лица разсматривается какъ право требованія промиссара, которое перешло отъ послѣдняго къ первому вслѣдствіе безмолвной или законной передачи. Это господствующее мнѣніе. Цаунъ основываетъ его на римскомъ правѣ; Беръ внесъ въ него то измѣненіе, что третье лицо должно разсматриваться не какъ цессіонарій, а какъ простой уполномоченный (mandatar). Противъ этого воззрѣнія можно сказать, что промиссаръ часто вовсе не имѣетъ намѣренія сдѣлать третье лицо кредиторомъ. Такъ напр. при принятіи къ платежу чужаго долга; прежній должникъ желаетъ обезпечить лишь себя, а не дать кредитору новое право требованія. 3) Третье воззрѣніе есть то, которое излагается здѣсь. Оно выдаетъ за положеніе современнаго права то, что воля должника не нуждается въ объявленіи оной кредитору, и въ доказательство этого положенія оно ссылается на рекламу (Auslobung) (§ 61). Такого же мнѣнія, съ указаніемъ на древнее нѣмецкое право, Полтнеръ Arch. f. civ. Pr. L. стр. 220 слѣд. [Зейфф. Arch. XXI. 41].

[20] Господствующее мнѣніе принимаетъ, что до акцептація обѣщанія со стороны третьяго лица, право требованія можетъ быть исключено съ согласія контрагентовъ, но не вслѣдствіе односторонняго отступленія одного изъ нихъ. Излагаемое же здѣсь воззрѣніе признаетъ безразличнымъ одностороннее отступленіе промиссара, но не промиттента. По мнѣнію Бера акцептація не даетъ третьему лицу неотъемлемаго права требованія, напротивъ право это можетъ быть у него отнято во всякое время одностороннимъ заявленіемъ промиссара или промиттента. Впрочемъ въ первомъ случаѣ лишеніе это не имѣетъ тогда мѣста, когда промиттентъ имѣетъ при этомъ самостоятельный интересъ исполнить дѣйствіе въ пользу третьяго лица.

[21] Бушъ въ указ. мѣстѣ принимаетъ обычное право, которое признаетъ право требованія третьяго лица, лишь въ первомъ случаѣ.

c) Если и эта точка зрѣнія не примѣнима, то, за исключеніемъ случаевъ указанныхъ выше, подъ a — g, для третьяго лица не возникаетъ права тебованія.

Договоръ за счетъ третьяго лица.

§ 69. Если кто-либо обѣщаетъ дѣйствіе третьяго лица, то послѣднее ни къ чему не обязывается, за исключеніемъ того случая, если обѣщано дѣйствіе наслѣдниковъ обѣщающаго, или одного изъ нихъ [1]. Въ этомъ отношеніи не пошло далѣе и новѣйшее право [2]. Напротивъ того обѣщающій обязывается самъ, если цѣль договора заключается въ томъ, что обѣщающій обязывается достигнуть собственными средствами, чтобы третье лице произвело данное дѣйствіе, или что онъ во всякомъ случаѣ принимаетъ на себя отвѣтственность за дѣйствія этого третьяго лица [3].

Основаніе договора *.

§ 70. Во многихъ отношеніяхъ говорятъ, что для дѣйствительности или полнаго значенія договора недостаточно одного принятія предложенія, что для этого необходима еще причина обязательства (causa). Въ этомъ отношеніи нужно замѣтить слѣдующее:

1. Если подъ причиной обязательства понимать то основаніе, которое имѣлъ обѣщающій, давая обѣщаніе, то нужно сказать, что безъ такой причины немыслимъ договоръ. Какъ вообще ни одно человѣческое дѣйствіе не производится безъ намѣреннаго

---

[1] L. un. C. ut act. ob. her. 4. 11 ср. l. 56 § 1 D. de V. O. 45. 1 и § 65 прим. 8, 9. § 69.

[2] Договоръ можетъ имѣть силу только тогда, когда толкованіемъ его доказано будетъ, что намѣреніе обѣщающаго было обѣщать отъ имени третьяго лица.

[3] § 3. 21. I. de inut. stip. 3. 19, l. 14 § 2 D. de pec. const. 13. 5, l. 38 § 1 2. 13. 24. D. de V. O. 45. 1, l. 83 pr. l. 112 § 1 cod. l. 65 D. de fidei. 46. 1, l. 13 pr. l. 18. 19. D. ratam rem. 46. 8. Зайфф. Arch. XVIII. 31.

* Ср. къ слѣдующему: Либе die Stipulation und das einfache Versprechen стр. 1—3. 66 слѣд. (1840). Шмидтъ, критика этого сочиненія Krit. Jahrb. т. 10, стр. 880—904 (1841). Либе Zeitschr. f. civ. u Prax. XV. стр. 197 слѣд. (1841). Дельбрюкъ Zeitschr. f. volksthümliches Recht von Eberty I стр. 128 слѣд. 186 слѣд. (1844). Гнейстъ die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts стр. 113 слѣ. (1845) Виншейдъ die Lehre von der Voraussetzung стр. 198. 199 (1850). Саввиньи Obl. II § 78 (1853). Беръ die Anerkennung als Verpflichtungsgrund стр. 11 слѣд. 152 см. (1855—2 изд. [1867] стр. 11 слѣд. 166 слѣд.). Геймбахъ Zeitschr. f. Civilr. u Prax. N. F. XIII. 3 (1856). Арндтсъ Krit. Ueberschau IV. стр. 220—223. 236—239 (1857). Унтеръ rechtliche Natur der Inhaberpapiere стр. 64—70 (1857). Беръ Jahrb. f. Dogm. II. стр. 293—306. 367—394 (1858). Шлезингеръ Zur Lehre von den Formalcontracten стр. 1 слѣд. (1858, ср. объ этомъ Krit. VJSchr. I. стр. 105 слѣд.). Гнейстъ Comm. de causae probatione stipulatoris (1858). Г. Витте Bereicherungsklagen § 32 (1859) Гиртаннеръ die Stipulation (1859, ср. объ этомъ § 70.

основанія [1], такъ безъ такого намѣреннаго основанія не дѣлается обязательственнаго обѣщанія.

2. Обѣщаніе можетъ имѣть двоякое отношеніе къ своему основанію. Или основаніе можетъ заключаться въ обѣщаніи, какъ необходимая составная часть его, или оно можетъ отдѣлиться отъ него и получить самостоятельное значеніе [2]. Если утверждаютъ, что обѣщаніе, существующее отдѣльно отъ своего основанія, не можетъ породить обязательства, иначе какъ въ видѣ исключенія, то это мнѣніе должно быть отвергнуто, какъ по самой природѣ вещей, такъ и по положительнымъ постановленіямъ общаго права [3]. Также мало можетъ быть признано правильнымъ то положеніе, что если обѣщаніе не указываетъ на свое основа-

---

отчетъ Krit. VJSch. I стр. 427 слѣд.). Кунтце Wechselrecht стр. 42—44. 276—285 1862). Voigt Condictiones ob causam § 32. 61 (1862). Ф. Салпіусъ Novation und Delegation стр. 504 слѣд. (1864). Йерингъ Geist des römischen Rechts III стр 199—209 (1865). Кохъ Zeitschr. f. Hand. X. стр. 446 слѣд. (1866). Беккеръ Krit VJSchr. IX. стр. 260—281. Весьма обстоятельный обзоръ литературы даетъ Г. Витте Krit. VJSch. VI. стр. 330—398. Пухта § 257 и къ этому Vorles., Рудорффъ zu Puchta § 257 g. h., Арндтсъ § 233, Синтенисъ II стр. 257—261 (ср. также стр. 241. 242), Бринцъ стр. 424. [Вангеровъ 7 изд. III § 600 прим. Гессе über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts (1868). (Ср. объ этомъ сочиненіи Бехманна Krit. VJSchr. XI. XI. стр. 133 слѣд.). Шлосманнъ zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge (1868). Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. L II. стр. 396 прим. стр. 404 слѣд.].

[1] За исключеніемъ, конечно случая умопомѣшательства. Ср. Cic. de fato c. 11, „Communi consuetudine sermonis abutimur, cum ita dicimus, velle aliquem aut nolle sine causa, ita enim dicimus sine causa, ut dicamus, sine externa et antecedente causa non sine aliqua“.

[2] Получатель займа обѣщаетъ потому, что онъ въ видѣ займа получилъ сто червонцевъ; но онъ обѣщаетъ также *возвратить полученные* 100. Такимъ же образомъ покупщикъ не обѣщаетъ извѣстную сумму денегъ такъ себѣ, а обѣщаетъ эту сумму *за извѣстную надлежащую ему къ передачѣ вещь*. Точно также уполномоченный обѣщаетъ не просто дѣятельность опредѣленнаго содержанія, а такую дѣятельность, которая необходима для исполненія порученія. Этимъ случаямъ можно противопоставить тотъ, когда кто нибудь выдаетъ росписку слѣдующаго содержанія: Я обѣщаю дать г. X 100 р. 1 числа будущаго мѣсяца. И это обѣщаніе имѣетъ causa (ein Warum), но она не выражена въ обѣщаніи.

[3] Можно спорить о юридическо-философской основѣ обязательной силы договора, но если положительное право разъ признало за договоромъ такую силу, то оно дѣлаетъ это не иначе, какъ признавая волю сторонъ; хотя же воля не возникаетъ безъ причины, которая вызвала ее, но она существуетъ и безъ этого основанія. Очень можетъ быть, что положительное право ограничиваетъ, по соображеніямъ цѣлесообразности, признаніе юридической силы воли въ томъ смыслѣ, что оно даетъ юридическую силу не волѣ, какъ таковой, а волѣ въ связи съ ея causa, но подобное ограниченіе не подразумѣвается само собой. Что римскому праву не было извѣстно ограниченіе этого рода, доказываетъ (не говоря объ исчезнувшемъ впослѣдствіи литеральномъ контрактѣ) стипуляція, значеніе которой состоитъ

ніе, то обѣщающій можетъ уклониться отъ исполненія обѣщанія до тѣхъ поръ, пока кредиторъ не укажетъ на это основаніе [4].

3. Если обѣщаніе дано вслѣдствіе существовавшаго предположенія, и предположеніе это не осуществилось, то обѣщающій можетъ защищаться противъ требованія исполнить обѣщанное, возраженіемъ (exceptio) (Виндш. I § 97). [5]. Объ этомъ необходимо

именно въ томъ, что она есть (или же можетъ быть) договоръ, отдѣленный отъ своей causa (ср. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 214 слѣд.). Нѣтъ основанія, чтобы съ уничтоженіемъ формы стипуляціи (которую наврядъ ли можно было въ послѣднее время назвать формой даже для римскаго права) уничтожилось для насъ начало, представительницей котораго была стипуляція. Конечно, у насъ, какъ и у римлянъ требуется, чтобы при искѣ основанномъ на обѣщаніи, въ которомъ не указано основанія онаго, не существовало сомнѣнія въ томъ, что обѣщаніе дано было просто, какъ обѣщаніе, независимо отъ его основанія, и если это не явствуетъ изъ самаго обѣщанія, то истецъ обязанъ, въ случаѣ спора, доказать это. Но изъ этого вытекаетъ лишь то, что не слѣдуетъ изъ обѣщанія дѣлать того, чѣмъ оно не есть, и что ссылающійся на обѣщаніе съ опредѣленнымъ характеромъ долженъ доказать этотъ характеръ его,—а не то, что обѣщаніе необязательно само по себѣ. Не сдѣлало-ли бы хорошо законодательство, еслибъ оно, для облегченія оборота, постановило, что обѣщаніе должно, при наличности извѣстныхъ условій, разсматриваться какъ чистый договоръ? Такъ Беккеръ въ указан. м. [Кохъ Verhandlungen des 8 deutschen Juristentags I стр. 296 слѣд.].

[4] Это утверждаютъ на основаніи l. 25 § 4 D. de prob. 22 3 и l. 13 C. de non num pec. 4. 30. Но если относительно l. 25 § 4 cit, что нибудь должно считаться безспорнымъ, то это именно то, что это мѣсто трактуетъ о condictio indebiti („Sed haec ubi *solutione* indebiti quaestio est. Sin autem *cautio* indebite exposita esse dicatur...") Если же она трактуетъ о condictio indebiti, то она предполагаетъ и обѣщаніе (актъ обѣщанія) о которомъ положительно извѣстно, что оно дано взамѣнъ обязательства, принятаго за существующее. Обѣщаніе это, за исключеніемъ случая, когда самъ обѣщающій призналъ его debitum, можно взять назадъ, если кредиторъ не докажетъ существованія долга, слѣдовательно оно не порождаетъ дѣйствительнаго требованія. Обѣщаніе же, относительно котораго не доказано, чтобъ оно дано было взамѣнъ обязательства, которое принято за существующее, столь же мало затрогивается этимъ мѣстомъ, какъ не затрогивается предъидущими постановленіями онаго; передача права собственности, о которой не выяснено, чтобы она совершилась animo solvendi. Точно также l. 13 C. cit. исходитъ изъ того, что antecedens causa не подлежитъ сомнѣнію (—„si quid scriptis cautem fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus"). Опровергаемое здѣсь воззрѣніе принадлежитъ Гнейсту formelle Verträge стр. 198 слѣд. и Comm. de causae probatione stipulatoris (1858). Ему слѣдуетъ во всемъ Геймбахъ Lehre vom Creditum стр. 388 слѣд. Фикъ Heid. Krit. Zeitschr. I стр. 486 и Zeitschr. f. Handelsr. III. стр. 251 слѣд., далѣе Дернбургъ Heid. Krit. Zeitschr. III. стр. 509, Зейффертъ въ Seiff. Pand. II стр. 107, ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 322—323. 482—483; ошибочно также воззрѣніе Виндшейда Voraussetzung 198. [Гессе въ указ. м. стр. 144 слѣд.]. Въ пользу защищаемаго здѣсь мнѣнія высказались Бетманнъ-Голлвегъ Versuche стр. 290 прим. 90, Беръ Anerkennung стр. 146. 252 слѣд. (159. 282 слѣд.), Шлесингеръ Zur Lehre von den Formalcontrakten стр. 42, Гиртаннеръ Stipulation стр. 319, Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 293, Витте Krit. VJSch VIII. стр. 207 слѣд. [Вангеровъ въ указ. м.].

[5] Здѣсь смѣшивается двоякое значеніе causa: causa какъ основаніе предположенія и causa, какъ юридическое основаніе договора; ибо, хотя договоръ, кото-

было упомянуть здѣсь потому, что источники говорятъ о такомъ обѣщаніи, что оно здѣлано sine causa. [6]

d. Виды договора.

α. Чистый (обстрактный) договоръ и договоръ опредѣляемый по его идивидуальнымъ признакамъ.

§ 71. Отдѣльные договоры различаются другъ отъ друга не только по своему содержанію; между ними также и есть родовое различіе, которое имѣетъ правовое значеніе. Говоря объ этомъ различіи должно указать на то, о которомъ упомянуто въ предъидущемъ §, именно на тѣ договоры, въ которыхъ доваемое обѣщаніе содержитъ въ себѣ причину свою какъ необходимую составную часть и договоры въ которыхъ этого нѣтъ. [1] Въ договорахъ перваго рода причина обѣщанія имѣетъ согласно волѣ сторонъ значеніе въ содержаніи того дѣйствія, которое составляетъ предметъ обязательства; въ договорахъ втораго рода стороны совершенно исключаютъ всякое вліяніе причины обѣщанія на предметъ обязательства. Для обозначенія того и другаго рода договоровъ обыкновенно употребляютъ выраженія: формальный и матеріальный договоръ; но вѣрнѣе то названіе ихъ, которое приведено въ заголовкѣ настоящаго § [2].

рому недостаетъ предположенія, существуетъ формально по праву, но матеріально несправедливо, чтобы кредиторъ сдѣлался по оному богаче, а должникъ бѣднѣе. См. l. 1 § 1—3. l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. l. 2 § 3 D. de dol. exc. 44. 4; l. 2 l. 4 l. 5 D. de cond. sine causa. l. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. l. 34 l. 66 D. de cond. indeb. 12. 6, l. 3 § 5 D. de coll. 37. 6. Ср. § 174 прим 1, § 175 прим. 8. На смѣшеніи этихъ двухъ видовъ causa (№ 2 и 3 текста) основываются замѣчанія Витте Krit. VJSch. VI стр. 376—379.

[6] Ученіе о недѣйствительности договора sine causa имѣетъ еще и болѣе глубокій корень, который имѣетъ лишь историческое значеніе. Въ l. 7 § 2. 4 de pact. 2. 14, говорится, по отношенію къ римскому ученію о необходимости формы для обязательной силы договора, что форма можетъ быть замѣнена causa даннаго обѣщанія. А это значитъ, что обѣщаніе данное взамѣнъ полученнаго дѣйствія имѣетъ юридическую силу (actio praescriptis verbis).

§ 71. [1] Литература указана подъ § 70 *.

[2] Выраженіе „Formal“ или „formeller Vertrag“ (формальный договоръ) образовалось подъ вліяніемъ ошибочнаго представленія о томъ, что въ абстрактномъ договорѣ, кромѣ объявленной воли, есть что то другое, которому право присвоиваетъ силу породить обязательство. Выраженіе это не заслуживаетъ одобренія и по другому основанію: оно по необходимости возбуждаетъ представленіе о томъ, что будто абсолютный договоръ нуждается для своего существованія въ волѣ, выраженной въ опредѣленной формѣ, каковое представленіе, какъ всѣми признано, ошибочно (хотя къ нему вслѣдствіе неправильности выраженія постоянно возвращаются, такъ напр. недавно Зибенгааръ Correalobligationen стр. 10. 11). Выраженіе это слѣдуетъ поэтому, какъ мнѣ кажется, вовсе оставить. Ср. также Беккеръ Krit. VJSch. IX. стр. 260, 280, Регельсбергеръ Civilr. Erörter. I стр. 138. Рав-

β. *Односторонніе и двухсторонніе договоры.*

§ 72. Наибольшее значеніе имѣютъ обязательственные договоры, которые направлены къ установленію обмѣна дѣйствій; каждая изъ договаривающихся сторонъ обязана за то дѣйствіе, на которое она получаетъ право, съ своей стороны совершить другое дѣйствіе, составляющее эквивалентъ перваго [1]. Эти договоры называются двусторонними (zweiseitige, wechselseitige, gegenseitige Verträge), тѣ же, которые не имѣютъ такого содержанія — односторонними (einseitige). Послѣдніе могутъ быть еще двоякаго вида: 1) Хотя для той стороны, которая получаетъ право, и не устанавляется обязанности, но возможность такой обязанности не исключается совершенно [2]. 2) Эти договоры строго односторонни, такъ что они не оставляютъ мѣста для обязанности стороны, получившей право. [3]

нымъ образомъ нельзя рекомендовать употребляемое Тёлемъ (Wechselrecht § 149) выраженіе „Summenversprechen" (обѣщаніе извѣстной денежной суммы). Абстрактный договоръ направленъ большею частью, но не необходимо, на доставленіе денежной суммы, и обѣщаніе, направленное на доставленіе такой суммы, можетъ быть очень удобно обозначаемо индивидуально. Другое выраженіе, употребительное для обозначенія чистаго договора,—это „простое обѣщаніе" (Ср. Лабе Stipulation стр. 73). У Шлезингера встрѣчаются выраженія „materiell individualisirter, materiell charakterisirter Vertrag." Предлагаемое здѣсь выраженіе „reiner Vertrag" основывается на представленіи, что договоръ этого рода безцвѣтенъ (ср. Унгеръ Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 190 примѣч. 12); его можно называть „абстрактнымъ" въ той мѣрѣ, въ какой онъ отвлеченъ (abstrahirt) отъ своего матеріальнаго основанія. Послѣднее выраженіе употребляетъ Кунтце и для обозначенія противоположности къ „discret". Но Кунтце говоритъ не столько объ абстрактныхъ и дискретныхъ договорахъ, сколько объ абстрактныхъ и дискретныхъ обязательствахъ. Это вѣрно въ томъ смыслѣ, что та же противоположность, которая встрѣчается въ договорахъ, встрѣчается и въ одностороннихъ объявленіяхъ воли. Обязательство, вытекающее изъ бумаги на предъявителя и приказа, есть обязательство однородное, какъ и то, которое возникло изъ абстрактнаго договора (Ср. § 56 прим. 10). Витте Krit. VJSch. VI стр. 332 говоритъ: „abstracte individualisirte Willenserklärung; abstractes, individualisirtes Versprechen". Беккеръ въ указ. м. стр. 275 употребляетъ выраженіе: absolute, relative Obligation.

[1] Таково бываетъ содержаніе договора купли, найма и т. п. Изъ этихъ договоровъ возникало, по римскому праву, для каждаго изъ контрагентовъ actio directa. § 72.

[2] Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить различіе и по отношенію къ этой обязанности. Послѣдняя можетъ быть a) возможна только, въ зависимости отъ особенныхъ обстоятельствъ, которыя могутъ и не наступить. Такъ для довѣрителя возникаютъ изъ договора порученія извѣстныя обязанности, *если* сдѣлка, заключенная уполномоченнымъ, при приведеніи ея въ исполненіе, причинитъ ему ущербъ. Но она можетъ быть b) и существенна, обусловливаться необходимо содержаніемъ договора. Такъ, договоръ ссуды обязываетъ существенно ссужателя оставить ссуженую вещь принимателю оной до истеченія срока пользованія. Если для принужденія къ исполненію этой обязанности имѣется actio, то римляне говорятъ объ actio contraria.

[3] Такъ напр. договоръ найма. Что касается современнаго способа выраженія,

в *Двусторонніе договоры въ особенности.*

§ 73. Относительно двусторонних договоровъ дѣйствуютъ слѣдующія правила:

1) Ни одна изъ договаривающихся сторонъ не можетъ требовать исполненія принятой на себя противною стороною обязанности до тѣхъ поръ, пока съ своей стороны не исполнила, [1] или не предложила исполнить [1a] принятую ею на себя обязанность; развѣ что была установлена положительно или молчаливо иная послѣдовательность, въ которой должны быть совершены соотвѣтствующія дѣйствія. Если этой иной послѣдовательности дѣйствій установлено не было, то противъ стороны, требующей исполненія дѣйствія, на которое она имѣетъ право, безъ предварительнаго исполненія или предложенія исполнить дѣйствіе, которымъ она обязана, возможно возраженіе, что это требованіе не соотвѣтствуетъ намѣренію договора [2]. — Что касается обязанности доказать искъ, то тотъ, кто ссылается на исполненіе, обязанъ доказать свою ссыл-

---

то слѣдуетъ замѣтить, что встрѣчается обозначеніе договоровъ съ actiones contrariae, какъ двусторонних, словами: несовершенные двусторонніе договоры. Старые цивилисты говорили: contractus bilaterales inaequales. Ср. еще Кунтце zu Holzschuher III стр. 37 слѣд.

§ 73. [1] Неполное исполненіе; Зейфф. Arch. I. 48, III. 153, V. 308, IX. 216, [XXI. 221. 222. 223, XXIII. 125.].

[1a] Зейфф. Arch. XV. 14. XIX. 32. 134.

[2] Такъ называемая exceptio non adimpleti contractus. Объ истинномъ значеніи этой exceptio издавна существуетъ споръ. По одному мнѣнію она не составляетъ вовсе возраженія, а прямое отрицаніе иска, объясненіе, что исковое требованіе не имѣетъ само по себѣ никакого основанія. Воззрѣніе это находитъ себѣ въ новѣйшее время защиту въ Глюкѣ XIX стр. 229 слѣд. (1815), Лаше über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1829), Шенкѣ Arch. f. civ. Gr. XVII. 4. 9 (1834). XX. 15 (1837), Трейтшке тамъ же XXII 11. 16 (1839), Спитеннсѣ Zeitschr. f. Civilr. u. Prax. XVI. 7. XVII. 5 (1842) и Lehrb. II § 97 примѣч. 61 и текстъ къ оному, Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. 11 (1860). и Lehrbuch § 243 Въ пользу излагаемаго здѣсь взгляда высказались: Heerwart Arch. f. civ. Prax. VII. 18 (1824). XIV. 9 (1831). XVIII. 15 (1835), Брандисъ въ Schunk's Jahrb. XVII. стр. 126 слѣд. (1831), Дернбурѣ Compensation стр. 69. 83 (1854), В. А. Пухта Jahrb. d. gem. R. V. 5 (1862), Беккеръ тамъ же V. 6 (1862), Вангеровъ III § 607 прим., Пухта § 232, Арндтсъ § 234, Унгеръ II § 123 прим. Первый изъ приведенныхъ взглядовъ нашелъ себѣ безъ сомнѣнія самаго лучшаго защитника въ Келлерѣ. Онъ выходитъ изъ того, что въ двустороннемъ договорѣ эквивалентъ дѣйствія уменьшаетъ самое дѣйствіе, такъ что каждый изъ контрагентовъ обязанъ не просто къ дѣйствію, а къ дѣйствію, уменьшенному вычетомъ его эквивалента. [Карлова de natura atque indole συναλλάγματος, quod emptioni venditioni ecterisque obligationibus mutuis inesse dicitur (1862). Шлезингеръ über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes стр. 32 слѣд. (1869)]. Слѣдуетъ допустить, что воззрѣніе это возможно само въ себѣ, что оно даже наводитъ на размышленіе по поводу нѣкоторыхъ двусторонних договоровъ, напр. договора купли. Но вѣрно также и то, что наши источники дѣйствительно на-

ку, но не противная сторона обязана доказать неисполненіе [3]. Точно также, если споръ идетъ о томъ, достаточно ли совершен-

---

зываютъ exceptio указаніе на неисполненіе дѣйствія, которымъ обусловливается другое дѣйствіе, этого же аргумента не могъ устранить и самъ Келлеръ. Допустимъ, что Gai IV. 126 и l. 25 D. de A. E. V. 19. 1 имѣетъ въ виду не actio venditi, а возникшее вслѣдствіе новаціи condictio certi (ср. что касается послѣдняго мѣста l. 14 D. de exc. 44. 1); но все же остаются l. 5 § 4 D. de doli exc. 44. 4 и l. 5 C. de evict. 8. 45,—мѣста, важность которыхъ не можетъ быть очевидно устранена замѣчаніемъ, что exceptio, о которыхъ они говорятъ, не была выражена въ формулѣ bonae fidei iudicium; во всякомъ случаѣ возраженіе отвѣтчика характеризуется, какъ exceptio (такъ и Беккеръ стр. 120). Въ виду этихъ мѣстъ не имѣетъ значенія l. 13 8 D. de A. E. V. 19. 1, въ которой „nondum est ex emto actio“ можно понимать въ смыслѣ actio, удерживаемой или отрицаемой посредствомъ exceptio; не имѣетъ также значенія и то, что въ источникахъ признается лишь за однимъ изъ контрагентовъ возможность передавать права, вытекающія изъ двусторонняго договора. Что же касается другихъ аргументовъ, то самъ Келлеръ не придаетъ имъ большаго значенія (въ указ. м. стр. 360 слѣд.). Приходится такимъ образомъ признать, что римское право понимало двусторонній договоръ вовсе не такъ, какъ утверждаетъ Келлеръ, что оно смотритъ на обратное дѣйствіе (Gegenleistung) не какъ на уменьшеніе удовлетворенія по договору, а какъ на эквивалентъ, и, сообразно съ этимъ, оно видитъ въ требованіи, безъ собственнаго исполненія, не увеличеніе требованія, а противный намѣренію договора поступокъ exceptio doli l. 5 C. de evict. 8. 45). Правильная формула будетъ не то, что „каждый контрагентъ обязанъ исполнить лишь то, что остается за вычетомъ эквивалента дѣйствія“, а то, что „каждый контрагентъ только тогда обязанъ къ исполненію по договору, когда противная сторона также исполнила свое обязательство“. Ср. Зейфф. Arch. II. 26, IX. 333. X. 39, XI. 138. XII. 141, XV. 14; противъ этого III. 201, VIII. 299. Впрочемъ этотъ спорный вопросъ имѣетъ лишь процессуальное практическое значеніе, если не дѣлать выводовъ изъ того или другаго воззрѣнія, ср. Вангеровъ III стр. 306. Независимо отъ разсмотрѣнныхъ здѣсь двухъ воззрѣній на природу двусторонняго договора, есть еще и два другіе взгляда: 1) Двусторонній договоръ порождаетъ два независимыя другъ отъ друга, обязательства. 2) Оба возникающія изъ него обязательства представляютъ собою лишь двѣ стороны одного и того же обязательства. Первое изъ этихъ воззрѣній заходитъ слишкомъ далеко, а второе не довольно далеко. Ср. относительно перваго прим. 16, а относительно втораго Либе Stipulat. стр. 248 слѣд., Виндшейдъ Voraussetz. стр. 144, Моммзенъ Beiträge I стр. 347—349, III стр. 415—422, Дернбургъ Compens. стр. 66 слѣд. [2 изд. стр. 60 слѣд.], Келлеръ Jahrb. d. gem. R. въ указан. м. стр. 362 слѣд.

[3] Даже и тогда, когда бъ не истецъ первый выступилъ съ указаніемъ на исполненіе, а отвѣтчикъ первый указывалъ бы на исполненіе. Объ этомъ нѣтъ спора. Само собою разумѣется, что тѣ, которые причисляютъ къ основанію иска собственное исполненіе истца, возлагаютъ на него обязанность доказать это исполненіе. Впрочемъ, къ тому же результату приходятъ и тѣ, которые видятъ въ exceptio non adimpleti contractus возраженіе въ собственномъ смыслѣ. Ибо въ этомъ возраженіи отвѣтчикъ ссылается не столько на то, что истецъ еще не исполнилъ, сколько на то, что изъ договора, по которому послѣдній производитъ взысканіе, возникло и для него обязательство, и что, по намѣренію договора, нельзя требовать исполненія отъ отвѣтчика до тѣхъ поръ, пока самъ истецъ не исполнитъ своего обязательства.

ное дѣйствіе для признанія обязанности исполненной за то представленіе доказательствъ лежитъ на истцѣ, при чемъ безразлично; идетъ-ли споръ объ опредѣленіи величины обязанности [4], или о достаточности совершеннаго дѣйствія; [5] но въ послѣднемъ случаѣ необходимо принять въ разсчетъ, не призналъ ли отвѣтчикъ, что совершеннымъ дѣйствіемъ исполнена обязанность. [6] Тяжесть доказательствъ лежитъ на отвѣтчикѣ въ томъ случаѣ, когда онъ, не оспаривая того, что со стороны истца исполнено обязательство, утверждаетъ, что для него, вслѣдствіе наступившихъ обстоятельствъ, возникли новыя права. [7]

[8a] Т. наз. exceptio non rite adimpleti contractus. Ср. объ этомъ возраженіи Глюкъ. XVII. Стр. 231 слѣд., Heerwart Arch. f. civ. Prax. VII. стр. 353 слѣд., Шенкъ тамъ же XX стр. 467 слѣд., Трейтшке Arch. f. civ. Prax. XXII стр. 434 слѣд., Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. Стр. 369 слѣд., В. А. Пухта тамъ же V стр. 96 слѣд., Беккеръ тамъ же V. Стр. 117 слѣд., 124 слѣд., Зейффертъ § 276, Вангеровъ III § 607 прим. № IV, Синтенисъ II стр. 290, Тёль Handelsrecht. I § 85.

[4] Напр. къ размѣру покупной цѣны. Если отвѣтчикъ утверждаетъ, что истецъ долженъ былъ ему доставить не 100, а 150, то этимъ онъ отрицаетъ заключеніе такого договора, на какомъ основывается истецъ. Келлеръ въ привед. м. стр. 368, Беккеръ въ указ. м. стр. 125. Ср. Зейффер. Arch. II. 276.

[5] Отвѣтчикъ, указывая на недостаточность послѣдовавшаго со стороны истца исполненія по обязательству, этимъ отрицаетъ самое исполненіе послѣдняго. Поэтому-то писатели вполнѣ справедливо высказались противъ всего понятія exceptio non rite adimpleti contractus (см. цитированныхъ у Геерварта стр. 354 прим. 34, Г. Ф. Пухта Vorl. II стр. 32, и въ особенности В. А. Пухта въ указ. м.). То, что называютъ exceptio non rite adimpleti contractus, есть просто exceptio non adimpleti contractus., здѣсь допускается смѣшеніе понятій удовлетворенія и исполненія (Leistung und Erfüllung). Зейфф. Arch. I. 337, V. 129. 149. 154, VII. 115, IX. 88, XIV. 129; иначе II. 276.

[6] Въ этомъ случаѣ, равно какъ и въ случаѣ положительнаго одобренія, онъ не безусловно лишается права возражать противъ недостаточности исполненія. Онъ только заявилъ, что послѣдовавшее въ его пользу дѣйствіе есть исполненіе, но не отказался отъ своихъ правъ на тотъ случай, еслибъ таковое не составляло исполненія безъ его вѣдома. Во всякомъ случаѣ значеніе показанія, заключающагося въ его заявленіи, онъ можетъ устранить, доказавъ противное. Ср. ниже § 146 прим. 28. 29 и Тёль Handelsr. I § 84. 85b, Беръ Anerkennung стр. 174 (191); Зейфф. Arch. VII. 295, IX. 88, XV. 213, XIX. 132.

[7] Такъ бываетъ, когда покупщикъ вещи, индивидуально опредѣленной, жалуется на отсутствіе въ этой вещи обѣщаннаго ему качества. Продавецъ обѣщалъ: 1) передачу этой вещи—обязательство это онъ исполнилъ; 2) что эта вещь будетъ опредѣленнаго качества—обѣщаніе это направлено на что-то невозможное и переходитъ въ обѣщаніе возмѣщенія убытка на тотъ случай, еслибъ проданная вещь не имѣла этого качества (такъ говоритъ буквально I. 31 D. de evict. 21. 2). Точно также бываетъ, когда покупщикъ утверждаетъ о существованіи въ вещи скрытыхъ недостатковъ. И здѣсь онъ возражаетъ не неисполненіемъ, а возбуждаетъ actio quanti minoris или redhibitoria. См. въ особенности В. А. Пухта въ прив. мѣс. стр. 96—103, также Тёль Handelsr. I стр. 503, 504. Ср. Зейфф. Arch. II 26. 37. III. 29, IV. 25, V. 147, VI. 169, VII. 160, XI. 235.

2. Тотъ, кто съ своей стороны исполнилъ обязательство, можетъ требовать отъ противной стороны, отказывающейся отъ исполненія своего обязательства, только этого исполненія, но не возвращенія доставленнаго [8]. По римскому праву, возможность требовать въ этомъ случаѣ возвращенія доставленнаго существовала однако при тѣхъ взаимныхъ договорахъ, которые не зависѣли отъ формы ихъ заключенія; [9] по новѣйшему праву этой возможности не существуетъ безусловно. [10] Относительно упомянутыхъ договоровъ римское право шло еще далѣе; оно давало тому, кто съ своей стороны исполнилъ обязательство, право требовать возвращенія доставленнаго имъ даже и въ томъ случаѣ, когда противная сторона была уже готова исполнить свое обязательство (т. п. Reuerecht, т. е., право отказаться вовсе отъ договора) [11] это право точно также не существуетъ теперь [12].

---

[8] Онъ исполнилъ то, къ чему былъ обязанъ, и отказъ противной стороны отъ исполненія своего обязательства не уничтожаетъ его обязательства. Тоже бываетъ въ случаѣ просрочки противника. См. § 32 прим. 1.

[9] Слѣдовательно оно не допускалось лишь при куплѣ, наймѣ, товариществѣ. Если стипуляціонная форма примѣнялась къ другимъ случаямъ двусторонняго уговора, то, вмѣсто одного двусторонняго договора, заключаемы были два независимыхъ другъ отъ друга договора. При неупотребленіи стипуляціонной формы, договоръ существовалъ по праву не прежде, пока одинъ изъ контрагентовъ сдѣлалъ или принялъ по оному исполненіе; не предшествовавшій уговоръ составлялъ собою договоръ законный, а то соглашеніе, которое повторялось въ исполненіи и принятіи онаго. Исполнявшій дѣлалъ, слѣдовательно, то, къ чему онъ не былъ обязанъ, и могъ утверждать, что онъ исполнялъ, предполагая, что исполненіе послѣдуетъ со стороны противника, такъ что, при отсутствіи таковаго, онъ имѣлъ condictio ob causam daturum (I § 99 прим. I).

[10] Потому что, по современному праву, договоръ получаетъ силу и при отсутствіи формальнаго уговора. Ср. Вехтеръ doctrina de condict. c. d. c. n. s. p. 117—128, Эрклебенъ condict. sine causa II стр. 463—474, Вангеровъ III § 599 прим. N. V.—Возможенъ ли и по современному праву обмѣнъ эквивалентовъ, безъ того, чтобъ доставленіе таковыхъ послѣдовало на основаніи предшествующаго обязательства? Представимъ себѣ случай, когда кто нибудь, зайдя въ магазинъ, беретъ вещь, на которой обозначена ея цѣна, при чемъ передаетъ послѣднюю продавцу; или кто нибудь передастъ посыльному, вмѣстѣ съ письмомъ, подлежащимъ доставленію, и плату за трудъ доставленія. Вспомнимъ также договоръ мѣны двухъ требованій и договоръ зачета (§ 103 № 2). Ср. Бринцъ Pand. стр. 370. 371, Унгеръ Jahrb. f. Dogm. VIII. стр. 6 слѣд., Беръ Anerkennung 2 изд стр.. 70 прим. 14.

[11] L. 3 § 2. 3 l. 5 pr. § 3. 4 D. de conp. c. d. c. n. s. 12. 4. Какъ извѣстно существованіе jus repentionis сильно оспаривается, ср. отчетъ у Вангерова III § 599 прим. № IV, прибавить слѣдуетъ Witte Bereicherungsklagen стр. 116 слѣд., Voigt condict. ob causam § 79, оба они заявили себя противъ jus repentionis. Во всякомъ случаѣ право это находитъ себѣ объясненіе въ неравенствѣ, которое, не будь этого права и до введенія actio praescriptis verbis, имѣло бы мѣсто къ выгодѣ получателя и во вредъ дающаго. Ср. Виндшейдъ Voraussetzung стр. 165. 166 (въ особенности же прим. 9. тамъ же). [A. Pernice kr. VJSch. X. стр. 118—119].

[12] Со времени введенія въ римское право actio praescriptis verbis, право раскаяться (jus repentionis) должно было потерять значеніе. Между тѣмъ съ этого

3. [13] Если обязательство одной изъ договаривающихся сторонъ прекращается, то нужно различать, совершилось ли это прекращеніе исполненіемъ обязательства, или инымъ удовлетвореніемъ кредитора [14], или-же оно совершилось безъ удовлетворенія кредитора. Въ первомъ случаѣ сторона, которая болѣе не обязана, не теряетъ пріобрѣтеннаго ею права, [15] во второмъ-же случаѣ дѣйствуетъ то правило, что тотъ, кто не обязанъ исполненіемъ самъ, не можетъ требовать и отъ противной стороны исисполненія ея обязательства. [16] Но это правило не примѣняется

именно времени дающій находится, наоборотъ, въ болѣе выгодномъ положеніи, чѣмъ противникъ, что очевидно несправедливо. Во всякомъ случаѣ jus repentionis не можетъ болѣе дѣйствовать въ настоящее время по тому же основанію, по которому не дѣйствуетъ болѣе, при двустороннихъ договорахъ, condictio ob causam datarum. Практическое его значеніе въ настоящее время поддерживается лишь весьма немногими, напр. Шмиттгеннеромъ über Verträge ins besondere das Reuerecht стр. 164 слѣд. Не къ этому разряду писателей относится Эркслебенъ condict. sine causa II стр. 476 слѣд., противъ котораго нельзя ничего возразить относительно его объясненія, что послѣдовавшее исполненіе, не смотря на готовность получателя исполнить свое обязательство, можетъ и въ настоящее время быть требуемо обратно, если, „по цѣли и направленію заключеннаго договора или вслѣдствіе оговорки, дѣйствительное исполненіе онаго поставлено въ зависимость отъ произвола (исполняющаго),“ другими словами—если jus repentionis выговорено положительно или безмолвно.

[13] Вехтеръ Arch. f. civ. Pr. XV. 6. 9. (1832). Madau die Lehre von der Mora стр. 277—284 (1837), Вольфъ zur Lehre von der Mora стр. 129—145 (1841), Фуксъ Arch. f. civ. Prax. XXXIV. 5. 10. 17 (1851), Моммзенъ Beiträge zum Obligationenrecht I. стр. 329 слѣд. III стр. 416—422 (1853. 1855) и къ этому Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 135 слѣд., Reatz Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 11 (1858); Вангеровъ III § 591 прим., Синтенисъ II стр. 468 слѣд.

[14] Сюда относится, кромѣ удовлетворенія вмѣсто исполненія (Leistung an Erfüllungsstatt), внесеніе платежа въ судебное мѣсто, компенсаціи, новаціи,—и прощеніе долга. Прощая долгъ, кредиторъ не получаетъ ничего, но онъ довольствуется тѣмъ, что ничего не получаетъ. Относительно новаціи ср. еще Рёмеръ bedingte Novation § 12.

[15] Что касается договора прощенія долга, то см. l. 56 D. de pact. 2. 14, l. 5 D. loc. 19. 1, l. 16 D. De lib. leg. 34. 3. Римляне понимали однакожъ acceptilatio въ смыслѣ изъявленія „voluntas utriusque... id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret,“ причемъ acceptilatio „non sua natura, sed potestate conventionis valet,“ l. 5 pr. D. de resc. vendit. 18. 5, см. также l. 23 D. de acc. 46. 4. Ср. Дернбургъ Compensat. Стр. 78 (80), Моммзенъ Beitr. III стр. 417, Беръ Anerkennung стр. 145 (159) прим. 4, Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. стр. 361, Рёмеръ bedingte Novation стр. 133 слѣд.

[16] L. 50 D. de A. E. V. 19. 1. „Bona fides non patitur, ut, cum emtor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua carere...“ l. 9 § 1. 4. 6. D. loc. 19. 2 (Отпаденіе обязательства отдающаго имущество въ наемъ).—Другіе, напр. Вехтеръ въ указ. м., Мадау въ указ. м., Дернбургъ Compens. стр. 76 (77), Рецъ въ указ. м., выставляютъ противоположный принципъ, выходя изъ того, что оба обязательства, по-

безусловно ко всѣмъ случаямъ, именно [17] оно не примѣняется тамъ, гдѣ основаніемъ договора послужило отчужденіе имущества; [18] если въ этомъ случаѣ обязательство прекратится вслѣдствіе уничтоженія отчуждаемаго имущества, происшедшаго безъ вины обязанной отчужденіемъ стороны, или вслѣдствіе утраты этаго имущества, то она не лишается права требовать исполненія соотвѣтствующаго обязательства [19]. Если обязанность

рождаемыя двустороннимъ договоромъ, не зависятъ другъ отъ друга, и что посему отпаденіе одного изъ нихъ не вредитъ другому. Но это воззрѣніе не оправдывается существомъ двусторонняго договора (см. прим. 2). Оба эти обязательства, напротивъ, стоятъ въ зависимости другъ отъ друга и исполненіе одного изъ нихъ обусловливаетъ право требовать исполненія по другому.—Какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда обязательство одной стороны уничтожается въ части, можетъ ли послѣдняя требовать исполненія другаго обязательства въ соотвѣтственной части, или же другая сторона можетъ вовсе отступиться отъ договора? Принципомъ для разрѣшенія сего должно служить то, что надо обращать вниманіе на „contemplatio" этой стороны (ср. l. 58 D. de contr. emt. 18. 1), т. е. стала ли бы она вступать въ договоръ и безъ этой части. Ср. Моммзенъ Beiträge I стр. 290.

[17] Ср. кромѣ того § 123 прим. 8. Конечно, сказанное тамъ весьма спорно. См. также Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. стр. 363. 364.

[18] Подъ выраженіемъ „Entäusserungserklärung" я разумѣю объявленіе лицомъ, что оно отчуждаетъ вещь, въ противоположность къ обѣщанію, что оно намѣрено таковую отчудить. Объявленіемъ объ отчужденіи будетъ напр. объявленіе продавца; при продажѣ отдается проданная вещь (venum datur), а не принимается только обязанность отдать таковую; обязательство возникаетъ для продавца лишь тогда, когда фактическое состояніе не соотвѣтствуетъ его объявленію. Точно также бываетъ напр. и съ договоромъ мѣны, товарищества, когда одинъ изъ товарищей объявляетъ, что онъ внесетъ что нибудь въ товарищество, при передачѣ вмѣсто исполненія (Зейфф. Arch. VIII. 126).

[19] Положеніе это признано въ источникахъ относительно договора купли обыкновенно оно выражается слѣдующимъ образомъ: покупщикъ несетъ страхъ вещи. См. объ этомъ выраженіи Вехтеръ стр. 99—115, Моммзенъ I стр. 237—245, [Ф. Гоффманнъ über das Periculum beim Kaufe (Вѣна 1870) стр. I слѣд.], а о вещи – § 3. I de emt. et vend. 3. 23, l. 34. § 6 D. de A. E. V. 19, 1, l. 5 § 2 D de resc. vend. 18. 5, l. 8 pr. D. de per. et comm. 18. 6, l. 14. 15 D. de J. D. 23, 3 и мн. др.: о l. 12—14 D. de per. и l. 33 D. loc. 19. 2. См. Моммзенъ I стр. 332—336, Иерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 393. 415 слѣд., Вангеровъ III § 519 прим. № IV. 1. [Гоффманъ въ указ. м. стр. 161 слѣд.]. Основаніе подобнаго постановленія о договорѣ купли есть указанная въ предъидущемъ примѣчаніи преграда объявленія продавцемъ своей воли. Вслѣдствіе этого объявленія проданная вещь разсматривается, что касается отношенія продавца къ покупщику, какъ вышедшая уже изъ имущества продавца и поступившая въ имущество покупщика. Но потому именно, что основаніе заключается въ этомъ, слѣдуетъ это постановленіе примѣнить ко всѣмъ другимъ двустороннимъ договорамъ, въ которыхъ содержится объявленіе объ отчужденіи. Ср. также I § 177 прим. 1 и 2. Впрочемъ, сказанное здѣсь далеко не безспорно. Оно защищается (по крайней мѣрѣ въ основной мысли) Виндшейдомъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 136. 137 (гдѣ, впрочемъ, выраженіе довольно неосторожно), Шейерлемъ Beiträge II стр. 64, Келлеромъ Jahrb. d. gem. R. IV. стр. 364—366, Моммзеномъ Erörterungen I стр. 29—31 (ср. его же Beiträge III стр. 422

одной изъ договаривающихся сторонъ уничтожится послѣ того, какъ относительно ея исполнено соотвѣтствующе обязательство, то она конечно не обязана возвратить полученнаго, если она уже съ своей стороны исполнила обязательство, или если кредиторъ удовлетворенъ инымъ способомъ; для другихъ случаевъ не можетъ быть установлено общаго правила. [20]

Если обязательство принятое на себя, одною изъ договаривающихся сторонъ становится для нея, вслѣдствіе несчастнаго случая невозможнымъ уже, то можетъ быть, что и для

прим. *), Гоозе Jahrb. f. Dogm. IX. 2 (ср. § 142 прим. 3), [Штинтцингъ Jahr. f Dogm. X. стр. 193 слѣд.]. Другіе стараются выйти изъ затруднительнаго положенія посредствомъ фикціи: хотя продавецъ не исполнилъ еще, тѣмъ не менѣе разсматривается, какъ будто исполненіе послѣдовало уже съ его стороны, такъ Фуксъ въ указ. м., Моммзенъ Beiträge I стр. 349, Yde Arch. f. civil. Prax. XLVIII стр 396 слѣд. Можно спросить, почему же это такъ разсматривается? Если на это Фуксъ отвѣчаетъ: потому вообще, что невозможность исполненія безъ вины сравнивается съ исполненіемъ, то можно сказать, что онъ этого не доказалъ, см. также Моммзенъ Beitr. I стр. 326—329; когда же Моммзенъ ссылается на природу договора купли, которой будто-бы соотвѣтствуетъ немедленное исполненіе, тогда какъ отсрочка исполненія является чѣмъ-то случайнымъ, — то, по моему мнѣнію, ссылка эта или недостаточна для объясненія того, что подлежитъ разъясненію, или же она представляетъ собой другое, менѣе развитое выраженіе излагаемаго здѣсь мнѣнія. И Вангеровъ ссылается на правило, основанное на природѣ договора купли, о немедленномъ исполненіи III § 591 примѣч. № IV въ концѣ [въ 7 изд. съ прибавленіемъ въ смыслѣ излагаемаго ниже взгляда Регельсбергера]. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. III стр. 462—466 ищетъ объясненія въ виновности покупщика касательно отсрочки исполненія; такая виновность бываетъ обыкновенно, но ее, для избѣжанія споровъ, слѣдуетъ во всякомъ случаѣ признавать существующей по праву. Первое кажется мнѣ невѣрнымъ, а послѣднее — крайне неправдоподобнымъ. Регельсбергеръ, Arch. f. civil. Prax. XLIX стр. 202 слѣд., того мнѣнія, что страхъ потому возложенъ, по соображеніямъ справедливости, на покупщика вещи, что продавецъ не можетъ ее болѣе отчуждать и избѣгнуть такимъ образомъ вреднаго случая. Но въ подобное положеніе поставилъ себя самъ продавецъ, почему же давать ему вознагражденіе за убытокъ, происходящій отъ таковаго? А развѣ отношеніе отдающаго въ наемъ вещи другое? О воззрѣніи, по которому постановленіе о договорѣ купли является не исключеніемъ, а общимъ правиломъ, см. прим. 16. [О воззрѣніи Дегенкольба Platzrecht und Miethe стр. 189 слѣд. см. § 152 прим. 5. „Историческое“ объясненіе старается дать Ф. Гоффманнъ über das Periculum beim Kaufe (Bena 1870). См. также Дернбургъ Compensation во вт. изд. стр. 78].

[20] Приведенная въ примѣч. 16 l. 50 de A. E. V. продолжаетъ: — „possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem [emtor exceptionem rei venditae et traditae abiiciat, ut perinde habeatur, ac si] petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset“ (ср. Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV. стр. 357). Съ другой стороны уплоченныя наличными деньги могутъ быть требуемы назадъ, если пользованіе имуществомъ дѣлается невозможнымъ для наемщика, безъ его вины. L. 9 § 4 l. 19 § 6 l. 33 D. loc. 19. 2, l. 15 § 6 eod., см. также § 152 прим. 5, § 153 прим. 6.

другой стороны обязательство изъ договора не возникаетъ; [21] но если это обязательство и возникнетъ для другой стороны, то та сторона которая осталась не обязанной, не можетъ требовать исполненія его прежде, нежели исполнитъ то, что обѣщала сама, хотя-бы это обѣщаніе и было недѣйствительно. [22] Въ этомъ случаѣ, такимъ образомъ, дѣйствительность всего договора зависитъ отъ воли той стороны, которая осталась не обязанною. [23]

---

[21] Такъ напр. если основаніемъ, по которому для одной стороны не осуществляется обязательство, бываетъ невозможность исполненія, l. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1. — Какъ будетъ при невозможности въ части, возникаетъ ли тогда обязательство въ другой части или нѣтъ, и простирается ли таковое на соотвѣтствующую часть дѣйствія противной стороны (предполагая естественно въ томъ и другомъ случаѣ незнаніе другаго контрагента?) Вообще говоря, все сводится къ его „contemplatio," т. е. вступилъ ли бы онъ въ договоръ ради одной только возможной части исполненія; положительное рѣшеніе въ l. 57 pr. cit. См. также слѣдующую часть этого мѣста и l. 58 eod. Моммзенъ Beitr. I стр. 162 слѣд. Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. II стр. 119 слѣд.

[22] Отношеніе это наступаетъ тогда, когда несовершеннолѣтній вступаетъ въ двусторонній договоръ безъ содѣйствія своего опекуна, pr. I de auct. 1. 21, l. 13 § 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 § 1 D. de auct. 26. 8, l. 7 § 1 D. de resc. vend. 18. 5. Далѣе тогда, когда кто нибудь покупаетъ краденую вещь, зная, что она краденая l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18. 1. См. далѣе l. 31 § D. de R. C. 12. 1, l. 57 pr. D. de aed. ed. 12. 1. (Ср., впрочемъ, что касается несовершеннолѣтнихъ, и конецъ l. 7 § 1 D. de resc. vend.: если несовершеннолѣтній, вступая въ договоръ юридически обязательный, условливается, чтобы договоръ этотъ уничтожился, то въ силу этого для него не возникаетъ обязательства, *равно какъ и для его противника*).

[23] Разсматриваемые въ текстѣ договоры называли negotia claudicantia (хромающими договорами, ср. l. 13 § 29 cit.: — «ex uno latere constat contractus»). Относительно природы этихъ договоровъ нѣтъ единогласія. Слѣдующія воззрѣнія были выставляемы. 1) Въ поименованныхъ договорахъ имѣетъ мѣсто различная (такъ наз. относительная) недѣйствительность (I § 82 прим. 8); сила договора зависитъ отъ воли одного изъ контрагентовъ. Но если онъ высказывается за существованіе договора, то послѣдній пріобрѣтаетъ полную силу, и порождаетъ такимъ образомъ обязательство для обоихъ контрагентовъ. Воззрѣніе это, представителемъ котораго является Савиньи Syst. III. стр. 40, Пухта § 232. a, возможно само по себѣ, но оно не совмѣстимо съ изреченіями источниковъ, въ которыхъ прямо сказано, что одинъ контрагентъ „obligatur," а другой „non obligatur" (ср. впрочемъ и l. 6 § 1. i. f. D. de contr. emt. 18. 1). Формальное видоизмѣненіе этого мнѣнія представляетъ собой мнѣніе Вехтера (I § 82 прим. 8). Послѣдній принимаетъ недѣйствительность договора, который дѣлается дѣйствительнымъ вслѣдствіе объявленія воли однимъ изъ контрагентовъ. 2) Въ дѣйствительности обязательство существуетъ лишь для одного изъ контрагентовъ, но обязательство это имѣетъ своимъ содержаніемъ не просто исполненіе, а исполненіе за какой нибудь эквивалентъ. Такъ Келлеръ Jahrb. d. gem. R. IV стр. 352 слѣд. 358 сл. Воззрѣнію этому противорѣчитъ то, что ссылка на недоставленіе эквивалента на зывается въ нашихъ источникахъ exceptio (см. прим. 2). 3) Только одинъ изъ контрагентовъ обязанъ; но хотя для другаго контрагента не существуетъ обязательства, тѣмъ не менѣе онъ, заявляя свое право требованія безъ исполненія того, что онъ долженъ былъ бы исполнить, дѣйствуетъ противъ намѣренія договора,

5. Подобный-же случай можетъ имѣть мѣсто и безъ того, чтобы договоръ былъ недѣйствителенъ относительно одной изъ сторонъ. Сюда относятся: a) случай, когда установленіе обязанностей одной изъ сторонъ зависитъ отъ ея воли; [24] b) случай, когда договоръ заключается между отсутствующими и потому осуществляется только постепенно. [25] Въ обоихъ случаяхъ исполненіе договора зависитъ отъ усмотрѣнія одного изъ контрагентовъ и различіе ихъ отъ случая, о которомъ говорилось въ п. 4, замѣчается лишь въ томъ, что здѣсь, при исполненіи договора, тотъ, кто требуетъ исполненія его, самъ становится обязаннымъ. [26]

γ. Договоры, основанные на рискѣ (Glücksverträge). *)

§ 74. Особый видъ договоровъ составляютъ договоры, основанные на счастьи или на рискѣ (Glücksverträge oder gewagte Verträge). Такъ называются тѣ договоры, въ которыхъ стороны ставятъ въ зависимость отъ случая то обстоятельство, которая изъ нихъ получитъ отъ договора выгоду или убытокъ. Эти договоры являются или видоизмѣненіемъ договоровъ другаго рода и тогда они не представляются собственно договорами, основанными на счастьи [1],

---

давшаго ему таковое право. Это воззрѣніе защищается здѣсь, см. кромѣ того Арндтсъ § 234 прим. 3. 4. 4) Четвертое воззрѣніе считаетъ обязаннымъ только одного изъ контрагентовъ, и даетъ противнику лишь встрѣчное требованіе въ той мѣрѣ, въ какой для него возникло естественное обязательство. Такъ въ особенности Брандисъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. стр. 133 слѣд., см. кромѣ того Фрицъ Erläuter. II стр. 273. 274, Синтенисъ I § 17 прим. 25, Вангеровъ I стр. 518 слѣд., и ср. также Дернбурґъ Compens. стр. 73. 74 (77), Йерингъ Geist des römischen Rechts III стр. 192.

[24] Ближайшимъ образомъ отношеніе здѣсь таково. Тотъ контрагентъ, обязательство котораго поставлено въ зависимость отъ его усмотрѣнія (условіе: si vo luerim), тѣмъ временемъ вовсе не обязанъ; для другаго контрагента существуетъ обязательство подъ условіемъ хотѣнія противной стороны. Ср. I § 93 прим. I, также II § 61 прим. 15.

[25] См. § 58 прим. 6.

[26] Въ первомъ изъ поименованныхъ случаевъ не обязанный до сего времени контрагентъ обосновываетъ обязательство и для себя, исполняя условіе, подъ которымъ противникъ дѣлается обязаннымъ—объявленіе воли, чтобъ послѣдній былъ обязанъ,—такъ какъ онъ можетъ хотѣть или не хотѣть всей сдѣлки. Во второмъ случаѣ, обязательство возникаетъ для необязаннаго до сего времени контрагента уже вслѣдствіе одного того, что объявленіе о принятіи договора доходитъ до противника (§ 58 прим. 6).

§ 74. * Пухта § 253, Арндтсъ § 236, Синтенисъ II стр. 292—295, ф. д. Пфордтенъ Abhandl. стр. 327 слѣд.

[1] Такъ напр. заемъ подъ залогъ корабля (§ 123 въ концѣ), emtio spei (§ 137 прим. 5). l. 1. 2. 4. C. de naut. foen. 4. 33, l. 5 D. eod. 22. 2, l. 8 § 1 D. de contr. emt. 18, 1, l. 7. 10. 11. 13. D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 11 § 18. l. 12 D. de A. E. L. 19. 1.

или же они имѣютъ только имъ свойственное содержаніе [2]. Подобные договоры не безусловно дозволены. Здѣсь должно быть сдѣлано слѣдующее различіе: не дозволены тѣ договоры, въ которыхъ обѣ стороны рискуютъ убыткомъ для того, чтобы получить выгоду, выиграть; дозволены-же тѣ договоры, въ которыхъ, по крайней мѣрѣ, одна сторона заботится о сохраненіи правоваго интереса [3].

δ. Дополнительные договоры (Nebenverträge).

§ 75. Содержаніе договора, которое относитъ договоръ къ тому или другому роду ихъ и въ этомъ отношеніи подчиняетъ его извѣстнымъ правиламъ, можетъ быть видоизмѣнено въ силу особаго соглашенія, не измѣняясь при этомъ совершенно. Подобное соглашеніе становится относительно главнаго договора дополнительнымъ договоромъ. Дополнительные договоры могутъ быть самаго разнообразнаго содержанія; здѣсь нужно упомянуть о тѣхъ изъ нихъ, которые установляютъ для одной стороны или для обѣихъ возможность отступить отъ договора [1].

Возможность отступленія можетъ быть установлена или безусловно, [1a] или только на случай наступленія извѣстныхъ обстоятельствъ; именно при взаимныхъ договорахъ часто установляется для одной изъ сторонъ право отступить отъ договора на случай, если бы другая сторона не исполнила принятой ею на себя обязанности [2], или на случай, если-бы третье лице заявило, что оно вступаетъ съ нею въ тотъ же договоръ на болѣе выгодныхъ для нея условіяхъ [3]. Установлено-ли право отступленія отъ договора,

---

[2] Такъ напр. договоръ игры, пари, страхованія.—Противъ выдѣленія договоровъ на счастье или рискованныхъ договоровъ въ особенную категорію договоровъ, объявляетъ себя Вильда: Zeitschr. f. Deutsch. R. VIII стр. 200—207.

[3] Въ договорѣ игры напр. обѣ стороны желаютъ исключительно выиграть; въ договорѣ страхованія одна сторона тоже желаетъ выиграть, а другая — обезопасить себя отъ вреда.

[1] Ср. къ слѣдующему Унтергольцнеръ II § 429—431, Синтенисъ II стр. 323—331. § 75.

[1a] Такъ назыв. pactum displicentiae. L. 3 de contr. emt. 18. 1, l. 6 D. de resc. vend. 18. 5, l. 3 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 2 § 5 D. pro emt. 41. 4, l. 11 § 13 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 4 C. de aed. ed. 4. 58. Всѣ эти мѣста относятся къ договору купли. Ср. § 387 во второй части; впрочемъ и Фиттингъ Zeitschr. f. Handelsr. V. стр. 87. 113.

[2] Lex commissoria. Dig. 18. 3 de lege commissoria. И этотъ титулъ, какъ и поименованный въ слѣдующемъ примѣчаніи, относится исключительно къ договору купли. Ср. Вольфъ Mora стр. 76 слѣд., Герберъ Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde § 31. 32 (къ этому Виндшейдъ Krit. VJsch. I стр. 130. 131). [Буркгардъ Arch. f. civ. Pr. L. 1. 12. 17 (1868). Кирульфъ Entscheidungen de O. A. G. zu Lübeck 1867 № 16].

[3] In diem addictio. Dig. 1.2 de in diem addictione. Выраженіе это относится къ тому случаю, когда указанъ срокъ для предъявленія лучшаго предложенія.

безусловно или въ зависимости отъ опредѣленнаго случая, представляется сомнительнымъ, заключалась-ли воля сторонъ въ томъ, что въ случаѣ отступленія отъ договора, самый договоръ признается какъ-бы не заключеннымъ [4]. Другими словами: договоръ, отъ котораго предоставлено отступленіе, въ случаѣ сомнѣнія признается заключеннымъ подъ резолютивнымъ условіемъ, содержаніе котораго состоитъ или въ томъ, что одной сторонѣ предоставляется право прекращенія договора, или-же въ томъ, что это право предоставляется ей при наступленіи извѣстнаго обстоятельства [5]. Этимъ опредѣляется правовое значеніе дополнительнаго договора, установляющаго право отступленія отъ главнаго договора [6]. Кромѣ того нужно замѣтить еще слѣдующее: 1) Если право отступленія установлено на случай болѣе выгоднаго предложенія, то первый контрагентъ, въ случаѣ сомнѣнія, имѣетъ право оставить договоръ за собой на вновь предложенныхъ условіяхъ [7]. 2) Если отступленіе договора установлено на случай неисполненія противной стороной принятой на себя обязанности, то право отступленія возникаетъ коль скоро обязательство не исполнено; напоминанія со стороны кредитора не требуется [8].

Слѣдуетъ ли понимать l. 41 pr. D. de R. V. 6, 1, въ первой ея части, о томъ случаѣ, когда лучшаго предложенія не совершилось? Ср. Унтергольцнеръ II § 429 прим. a). Синтенисъ стр. 326 прим. 13, Вангеровъ I § 96, № 2 b). Когда можно сказать, что предложено лучшее условіе? L. 4 § 6 l. 5 l. 14 § 3, 5 l. 15 D. h. t.

[4] Возможно, что стороны желали, чтобъ отступленіе отъ договора порождало обязательство съ обратнымъ дѣйствіемъ на тѣ юридическія послѣдствія, которыя возникли изъ онаго до отступленія. Ср. 1 § 90 прим. 2, а относительно pactum displicentiae при договорѣ купли § 139 прим. 7.

[5] L. 9 l. 11. § 1 l. 12, 13 pr. l. 14 § 2 D. de in diem addictio 18, 2, l. 2 l. 4 § 2 D. de lege comm. 18, 3.

[6] Поэтому слѣдуетъ сказать: 1) отступленіемъ отъ договора прекращается безусловно (ipso iure) его юридическое дѣйствіе на будущее время, l. 14 pr. D. de R. V. 6, 1, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2, l. 8 D. de lege comm. 18, 3, l. 3 D. quib. mod. pign. 20, 6, l. 4 C. de pactis inter emt. 4, 54. 2) Съ другой стороны договоръ самъ по себѣ продолжаетъ свое дѣйствіе относительно прошедшаго времени, и тотъ, въ пользу котораго оно наступило, можетъ требовать, чтобъ договору была дана обратная сила, l. 4 § 4 l. 6 pr. l. 16 D. de in diem add. 18, 2, l. 4 pr. l. 5 D. de lege comm. 18, 3, l. 11 § 10 D. quod vi aut cl. 43. 24. ср. I § 91 прим. 3. 3) Тѣмъ не менѣе, вслѣдствіе отступленія отъ договора, теряютъ силу тѣ распоряженія, которыя послѣдовали въ промежутокъ времени на основаніи произведеннаго договоромъ юридическаго дѣйствія, l. 4 § 3 D. de in diem add. 18, 2, l. 3 D. quil. mod. pign. 20, 6, за исключеніемъ, впрочемъ, такихъ, которыя были сдѣланы самимъ отступающимъ, такъ какъ для него условіе было условіемъ: si voluerim. l. 3 cit. ср. I § 93 прим. 3.

[7] L. 6 § 1 l. 7, 8 D. de in diem add. 18, 2. 0 l. 6 § 1 cit. см. Гупке Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. VI. F. V. стр. 105.

[8] L. 4 § 4 D. de lege comm. 18, 3. Мѣсто это не различаетъ, былъ ли назначенъ срокъ для исполненія, или нѣтъ; ср. также § 37 прим. 4. Другаго мнѣнія

Точно также не требуется, чтобы промедленіе въ исполненіи обязательства относилось къ винѣ должника [9]; право отступленія отъ договора не возникаетъ лишь тогда, если неисполненіе обязательства произошло по винѣ кредитора [10]. Если кредиторъ разъ выскажется о томъ желаетъ-ли онъ воспользоваться своимъ правомъ отступленія отъ договора, или нѣтъ, то онъ уже не вправѣ измѣнить свое рѣшеніе [11]. Если онъ воспользуется своимъ правомъ, то должникъ не получаетъ обратно ни даннаго имъ задатка, ни того что онъ успѣлъ уже доставить кредитору, если онъ приступилъ къ исполненію обязательства своего, но въ послѣднемъ случаѣ онъ можетъ оставить за собой полученные имъ плоды [12]. Обязанность доказать неисполненіе договора не лежитъ на кредиторѣ [13]. 3) Нельзя признать правильнымъ обыкновенно принимаемое положеніе, что если для осуществленія права отступленія отъ договора не установленъ срокъ, то право это должно быть осуществлено въ теченіи 60 дней [14].

Въ зависимость отъ условнаго или безусловнаго усмотрѣнія одной изъ сторонъ можетъ быть поставлено не только право отступить отъ договора, но и самое осуществленіе договора, дѣйствительность его; въ этомъ случаѣ усмотрѣніе стороны образуетъ не резолютивное, но суспенсивное условіе, подъ которымъ заключенъ договоръ [15]. Но если подобное усмотрѣніе установлено

Унтергольцнеръ II стр. 222 прим. d) Синтенисъ II § 101 прим. 24. [Зейф. Arch XXIII. 196].

[9] Если въ l. 51 § 1 D. de AEV. 19, 1 (соотвѣтствуетъ l. 6 pr. D. h. t. 18 3) сказано, что продавецъ тогда вправѣ отступиться отъ договора если «per emtorem pactum sit, quominus pecuniam solvat», то этимъ выражается лишь, какъ показываетъ l. 51 § 1 cit., противоположность къ помѣхѣ со стороны самаго кредитора. Ср. § 37 прим. 10.

[10] L. 51 § 1 D. de AEL. 19, 1, l. 4 § 4 D. h. t. 18, 3.

[11] L. 4 § 2, l. 6 § 2, l. 7 D. h. t. 18, 3, l. 4 C. de pact. int. emt. 4, 5, 4, Vat. § 249 fr. § 3, 4.

[12] L. 4 § 1 l. 6 pr. D. h. t. 18 3. Положенія эти не безспорны, а второе даже подвержено сомнѣнію. Ср. Синтенисъ въ приведен. мѣстѣ прим. 31, Арндтсъ прим. 2.

[13] Ср. сказанное въ § 37 объ условномъ штрафѣ. Зейф. VI. 273, VIII 135. [Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG zu Rostock VI. 8].

[14] Положеніе это выводится изъ l. 31 22 D. de aed. ed. Но мѣсто это трактуетъ о случаѣ, въ которомъ, согласно употребленному сторонами выраженію („ut nisi placuerit, *redhibeatur*"), казалось несомнѣннымъ, что воля ихъ была—дать покупщику тѣ же права, которыя эдильскій эдиктъ давалъ лишь въ случаѣ недостатковъ въ купленной вещи. Ср. Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. I стр. 125 слѣд. Фиттингъ тамъ же II стр. 272, слѣд. 278.

[15] § 4 l. de emt. 3. 23, l. 20 pr. § 1. D. de praeser. verb. 19. 5, l. 2 l. 4 pr. D. de in diem add. 18 2.

на случай, болѣе выгоднаго предложенія, или неисполненія своего обязательства, противной стороной, то въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принять, что воля сторонъ направлена на установленіе резолютивнаго, а не суспенсивнаго условія [16].

ε. Обезпеченіе договора.

α. *Присяга. Неустойка.*

§ 76. Объ обезпеченіи договоровъ посредствомъ присяги уже было говорено выше [1]. Здѣсь слѣдуетъ прибавить, что нарушеніе договора, обезпеченнаго присягой, ведетъ нарушившаго присягу къ потерѣ пріобрѣтенныхъ имъ изъ договора правъ, причемъ принятое имъ на себя обязательство остается въ своей силѣ [2]. Точно также было упоминаемо выше и объ обезпеченіи договора неустойкою [3].

β. *Задатокъ* *).

§ 77. Задатокъ (Arrha) имѣетъ значеніе признака того, что договоръ имѣетъ состояться и что о дѣйствительности его не можетъ быть сомнѣнія. [1] Поэтому задатокъ долженъ быть возвращенъ при исполненіи договора или зачтенъ при исполненіи противной стороной ея обязательства; точно также онъ долженъ быть возвращенъ, если впослѣдствіи договоръ потеряетъ свое значеніе по соглашенію сторонъ или по другимъ обстоятельствамъ [2]. Но можетъ быть постановлено, что задатокъ остается у того, кто его получилъ. Если установлено право отступленія отъ договора на случай неисполненія обязательства противной стороной, то

---

[16] L. I D. de lege comm. 18. 3. l. 2 § 4 D. pro emt. 41. 4. Зейфф. Arch. X. 49. О случаѣ простаго усмотрѣнія см. § 139 прим. 8.

§ 76. [1] См. I. § 83 a, II. § 35.

[2] См. § 165 прим. 14.

[3] См. § 37. 38.

§ 77. * Унтергольцнеръ I стр. 65, Синтенисъ II стр. 307—310, Гольцшуеръ III § 241, Савиньи Obl. II стр. 267—271.

[1] Pr. I de emt. et vend. 3. 23 («argumentum emtionis et venditionis contractae»), l. 35 pr. D. de contr. emt. 18. I («ut evidentius probari possit, convenisse de pretio»).

[2] Задатокъ дается для исполненія извѣстнаго назначенія; послѣ исполненія или уничтоженія контракта онъ не можетъ болѣе выполнять своего назначенія слѣдоват. нѣтъ на лицо того условія, подъ которымъ онъ былъ данъ, и получатель онаго обогащается, безъ достаточнаго основанія, на счетъ имущества дающаго задатокъ. На этомъ основаніи можно было,—по римскому праву, требовать назадъ задатокъ (condictio sine causa [ob causam dati causa finita]) а если главный договоръ былъ contractus bonae fidei, то на основаніи actio изъ этого договора L. 11 § 6. D. de A. E. V. 19. 1, l. 5 § 15. D. de inst. 14. 3. Ср. I § 97 прим. 4, II § 176 прим. 1.—HGB Art. 285 Abs. 2.

отступающій можетъ оставить у себя задатокъ, хотя бы относительно этого и не было соглашенія [3].

Задатокъ можетъ быть данъ по отношенію къ договору, который имѣетъ быть заключенъ, но относительно заключенія котораго стороны еще не обязались; въ этомъ случаѣ тотъ, кто уклоняется отъ заключенія договора, теряетъ задатокъ [4].

Если что либо будетъ дано въ томъ смыслѣ, что дающій взамѣнъ отданнаго можетъ отступить отъ договора, то это является не обезпеченіемъ договора, но напротивъ уменьшеніемъ его значенія [5].

B. Правонарушенія (Delictum). *)

§ 78. Изъ правонарушеній возникаютъ обязательственныя права двоякаго рода.

1. Каждое правонарушеніе, которое причиняетъ имущественный вредъ производитъ право требовать вознагражденія за этотъ вредъ (§ 9).

2. Кромѣ того изъ правонарушенія можетъ возникнуть для потерпѣвшаго право требовать штрафа,—частнаго штрафа въ противуположность публичнаго [1]. Частный штрафъ состоитъ обыкновенно изъ денежной суммы, уплата которой лежитъ на правонарушителѣ; въ отдѣльныхъ случаяхъ штрафъ этотъ — замѣной вознагражденія за ущербъ [2]. Можетъ случиться, что одно и то же требованіе распространяется и на вознагражденіе за

---

[3] L. 6 pr. D. de lege comm. 18. 3, Ср. l. 8 cod. l. 2 C. de pact. int. emt. 4. 54, и § 75 прим. 12 —Въ мѣстныхъ обычныхъ правахъ встрѣчается, что можно просто удерживать задатокъ, напр. при наймѣ прислуги.

[4] L. 17 C. de fide instr. 4. 21, § 1. I de emt. et. vend. 3. 23. Ср. § 64. прим. 12. На этой же мысли основываются предписанія l. 38. pr. D. de ritu nupt. 23. 2, l. 5 C. de spons. 5. 1, которыя не примѣняются въ настоящее время, такъ какъ, по каноническому праву, нельзя отступиться послѣ обрученія. Ср. впрочемъ Глюкъ XXIV стр. 392 слѣд., въ особенности 411.

[5] Въ Этомъ случаѣ говорятъ объ arrha poenitentialis. Ср. § 37 прим. 19.—HGB Art. 285 Abs. I.

* Унтергольцнеръ I § 46, Синтенисъ I § 29. II b. и II § 100, Савиньи System V. § 210—212 и Obl. II § 82—84. § 78.

[1] Искъ, на основаніи котораго можно требовать частнаго штрафа, есть actio poenalis, poenae persequendae causa comparata; противоположный ему (выходящій за предѣлы обязательственныхъ actiones) actio quae rem persequitur, rei persequendae causa comparata, § 16—19 I. de act. 4. 6, l. 35. D. de O. et A. 44. 7. Ср. I § 46 прим. 3.

[2] При противозаконномъ поврежденіи (actio legis Aquiliae).—Въ источникахъ причисляются къ actiones poenales и тѣ actiones, при которыхъ имѣетъ мѣсто увеличеніе иска, вслѣдствіе отрицанія или невыдачи до подачи жалобы или до рѣшенія (§ 15); см. цитированное мѣсто изъ институтовъ.

ущербъ, и на штрафъ [3]. Римскіе частные штрафы не часто примѣняются нынѣ на практикѣ. Именно они не примѣняются: а) въ томъ случаѣ, когда римское право связывало частный штрафъ съ публичнымъ въ томъ смыслѣ, что примѣненіе послѣдняго исключало первый, и когда и современное право налагаетъ за данное правонарушеніе публичный штрафъ [4]; в) въ томъ случаѣ, когда по римскому праву за данное правонарушеніе не налагалось публичнаго штрафа, новѣйшее же право налагаетъ его [4a]. Затѣмъ далѣе: принципъ римскаго права о частныхъ штрафахъ примѣняется нынѣ безусловно; но при этомъ въ отдѣльныхъ случаяхъ необходимо обращать вниманіе на то, не существуетъ ли особыхъ основаній, по которымъ этотъ принципъ не можетъ быть примѣненъ [5]. Это имѣетъ мѣсто относительно тѣхъ частныхъ штрафовъ, которые по римскому праву могли быть требуемы каж-

---

[3] Въ этомъ случаѣ источники говорятъ объ actio mixta, т. е. объ actio, которое одновременно poenam и rem persequitur, §. 16—19 I. de act. 4. 6.

[4] Ибо публичный штрафъ наступаетъ по необходимости, между тѣмъ какъ по римскому праву обиженный имѣлъ въ указанномъ случаѣ, выборъ между первымъ и вторымъ штрафомъ. L. 3 D. de priv. del—47. 1, l. 56 § 1. l. 92 D. de furt. 47. 2, l. 6 l. 45 D de iniur. 47. 10, § 10 I. cod. 4. 4. Исключеніе составляетъ однако же въ современномъ правѣ случай обиды.

[4a] Исключеніе это не такъ вѣрно, какъ предыдущее. Однако же можно его выставить. Во всякомъ случаѣ въ современномъ правѣ частные штрафы не пользуются особеннымъ расположеніемъ. Въ виду этого можно принять, что тамъ, гдѣ современное право ввело, для римскаго частнаго деликта, публичное наказаніе, то оно это дѣлало не въ комулятивномъ смыслѣ.

[5] Относительно современной примѣнимости римскихъ частныхъ штрафовъ мнѣнія разнорѣчивы. Въ то время, какъ, съ одной стороны, признается всѣми, что и въ настоящее время продолжаетъ существовать частный штрафъ за обиду (iniuria), подобно тому, какъ современное право ввело другой, неизвѣстный римскому праву, частный штрафъ, состоящій въ такъ называемомъ Schmerzensgeld,— многіе заходятъ за предѣлы указанныхъ исключеній изъ примѣнимости римскихъ частныхъ штрафовъ, отрицая таковую, за исключеніемъ случая обиды. Но воззрѣніе это не имѣетъ достаточныхъ основаній. Оно не можетъ ссылаться на общее начало современнаго уголовнаго права, въ силу котораго одно лишь государство, какъ охранитель юридическаго порядка, но не частное лицо, вправѣ требовать наказанія. Противъ этого говоритъ именно частный искъ объ обидѣ и вознагражденіе за причиненныя страданія (Schmerzensgeld). Оно не можетъ далѣе ссылаться на обычное право. Что касается теоріи, то число тѣхъ которые высказывались за примѣнимость римскихъ частныхъ штрафовъ, всегда превышало въ Германіи число противниковъ таковой. Сюда относятся въ особенности: Бруннеманнъ (ad. l. ult. i. f. D. de calumniatoribus и ad I. 5 § 2 D. commod. n. 17), Лаутербахъ (ad. tit. Dig. 47. 1 n. 9), Шилтеръ (exerc. 10 § 74, exeri. 49 § 5), Стрикъ (ad Dig. passim, напр. III. 6 §. 2, IV. 2 § 3, XLIV. 7 § 3 слѣд.), Бергеръ (въ собственной Diss. de usu actionum poenalium, 1705 и 1740), Лейзеръ (spec 56. n. 2), J. T. Бёмеръ (exerc. 93 § 14), Ad. Dictr. Weber, (Versuche über das civilrecht стр. 67 слѣд.), Глюкъ XXIV стр. 411, Тибо (dehrb. § 68), Швеппе (Lehrb. III § 540), ср. Венингъ-Ингенгеймъ (Sehrb. II § 194), Пухта (hehrb. § 261), Вехтеръ

дымъ гражданиномъ, хотя бы его и не касался причиненный правонарушеніемъ ущербъ [6].

Если изъ одного дѣйствія проистекаютъ нѣсколько требованій штрафа, [7] то необходимо различать, имѣютъ ли эти требованія различныя основанія, соединенныя въ одномъ и томъ же дѣйствіи, или же основаніе ихъ одно, но различіе ихъ происходитъ отъ различнаго взгляда на данное дѣйствіе нѣсколькихъ карательныхъ опредѣленій закона. Въ первомъ случаѣ каждое требованіе остается дѣйствительнымъ до полнаго удовлетворенія [8].

Strafr. I § 110 прим. 52), Геффтеръ (Strafr. § 126). Ср. также Унтергольцнеръ 1 § 124. Равнымъ образомъ не было недостатка въ случаяхъ дѣйствительнаго примѣненія (см. объ этомъ Грассъ collatio iuris civil. Rom. com. Recess. imp. sect. 13 p. 39 слѣд., I. H. Böhmer Exerc. ad Pand. excer. 93 § 14, C. G. A. Gruner. Diss. de poenis Romanorum privatis eorumque usu moderno стр. 40) хотя слѣдуетъ признаться, что случаи эти немногочисленны. Но еслибъ, въ виду этой малочисленности принять non usus относительно штрафныхъ исковъ, то возникаетъ другой вопросъ, можно ли найти въ этомъ неупотребленіи юридическое сознаніе (ср. Савиньи Obl. II стр. 315). Ибо безспорно то, что нѣтъ въ наличности практики, которая *отмѣняла* бы штрафной искъ. Въ виду этого слѣдуетъ признать за основную мысль современнаго уголовнаго права то, что штрафы могутъ быть только публичные; но я полагаю, что оспаривать, въ принципѣ, дѣйствіе римскихъ частныхъ штрафовъ въ нѣмецкомъ правѣ— значитъ идти очень далеко. Излагаемое здѣсь мнѣніе находитъ себѣ защиту въ (основательномъ) цитированномъ выше разсужденіи Грунера (1805, которое напечатано также въ Chr. Martin selectarum dissertationum et commentationum iuris criminalis collectio, Iena 1822, I. стр. 68 слѣд.), противоположный взглядъ выводится въ разсужденіяхъ Томазія (de usu actionum poenalium iuris Romani in foro Germaniae (1693) и Гонно (de poenis lucro actoris cedentibus 1747), см. кромѣ того Зейфф. § 282, Кирульфъ стр. 173. 174, Синтенисъ I стр. 256, Савиньи Obl. II § 84, Клейншмидтъ Arch. f. prakt. R. W. №. F. I. 3; своеобразенъ Бринцъ § 118. Ср. также Йерингъ das Schuldmoment im römischen Privatrecht стр. 60. слѣд.—Въ пользу излагаемаго здѣсь мнѣнія нельзя ссылаться на Art. 157 и 158 P. G. O., такъ какъ предписанія эти предполагаютъ вмѣшательство судьи ex officio. Савиньи Obl. II стр. 320.

[6] На основаніи actio popularis (I §. 46 прим. 2 с). Actiones populares не имѣютъ вообще въ настоящее время практическаго значенія. Случается и теперь, какъ и по actio iniuriarum, что государство предоставляетъ обиженному требовать наказанія; но слѣдуетъ признать основнымъ общимъ правиломъ современнаго права то, что государство не можетъ быть представляемо кѣмъ бы то ни было тамъ, гдѣ дѣло идетъ объ охраненіи публичнаго интереса, и, слѣдовательно, о требованіи наказанія. Вехтеръ Strafr. I §. 110 прим. 52 въ концѣ и Würtem. Privatr. 11 стр. 428; другаго мнѣнія Геффтеръ и здѣсь Strafr. § 126 прим. I. Ср. еще Брунсъ Zeitsch. f. R. Gesch. III стр. 410. 411.

[7] Ср. I. §. 121 прим. 10

[8] L. 11 §. 2 D. de servo corrupto 11. 3, l. 14 §. 1 D. de praeser. verb. 19. 5. Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ первомъ мѣстѣ, связаны слѣдующія событія: 1) воздѣйствіе на психическое состояніе раба; 2) осуществленіе кражи (которая не составляетъ необходимости для 1). Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ вторымъ мѣстомъ, имѣется въ наличности: 1) поставленіе раба въ безпомощное состояніе чрезъ отнятіе одежды; 2) присвоеніе одежды (которое не необходимо въ первомъ №).

Во второмъ же случаѣ бо́льшее требованіе поглощаетъ меньшее [9].

Требованіе вознагражденія за ущербъ, причиненный правонарушеніемъ, имѣетъ карательный характеръ въ томъ отношеніи, что обязанный долженъ исполнить требованіе независимо отъ того, состоитъ ли предметъ обязательства въ его распоряженіи или нѣтъ. Въ этомъ отношеніи подобное требованіе имѣетъ то же значеніе, какъ и требованіе штрафа, именно оно переходитъ на наслѣдниковъ обязаннаго лица [10].

VI. Измѣненіе права требованія.

а) относительно предмета его.

§ 79. Право требованія можетъ измѣниться, не прекращаясь [1]. Такое измѣненіе можетъ произойдти относительно предмета обязательства, т. е. того дѣйствія, къ которому оно обязываетъ должника. Измѣненіе предмета обязательства можетъ заключаться или въ томъ, что къ содержанію дѣйствія должника будетъ что либо

---

[9] L. 41 §. 1 D de O. et. A. 447. „Si ex eodem facto duae competant actiones postea (*posceterioris*?) iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tantundem aut minus, id (l. *nil* или *id non*) consequatur". Примѣры: actio legis Aquiliae и actio arborum furtim caesarum: l. 1 D. arb. furt. caes 47. 7; actio furti и actio vi bonorum raptorum: l. 88 D. de furt. 47. 2, l. 1 D. vi bon. rapt. 47. 8. Только, повидимому, противорѣчатъ l. 11 D. arb. furt. caes. 47 7; l. 2. §. 10. 26 D. vi bon. rapt. 47. 8, l. 15 §. 46 l. 25 D. iniur. 47. 10, l. 6 pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5, каковыя мѣста говорятъ лишь то, что возникаетъ тотъ или другой штрафной искъ, а на то, что тотъ или другой искъ можетъ быть проведенъ во всемъ объемѣ, и въ томъ же смыслѣ можно понимать и l. 53 pr. D. eod. Однако же и это мѣсто можно толковать такъ, что оно говоритъ лишь то, что управомоченный получаетъ не полную сумму каждаго иска, а лишь высшую сумму (мѣсто говоритъ: только размѣръ одного иска, предполагая, что управомоченный выберетъ высшій). L. 60 D. de O. et. A. 44. 7 и l. 130 D. de R. I. 50. 17 не предполагаютъ единства наказуемаго дѣйствія. Савиньи принимаетъ три различныхъ и притомъ противоположныхъ мнѣнія между римскими юристами Syst. V стр. 237 слѣд., причемъ онъ считаетъ послѣднимъ результатомъ развитія безусловное совмѣстное существованіе многихъ штрафныхъ требованій, ср. съ другой стороны Вангеровъ III §. 572 прим. Болѣе подробныя литературныя указанія у него же. [A Пернисе zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 132 слѣд.]

[10] См. объ этомъ § III № 2. Къ нимъ также примѣняется выраженіе actio poenalis, напр. I. 1. §. 8 D. ne vis fiat 43. 4. Ср. Савиньи Syst. V. § 210, который употребляетъ выраженіе «двусторонніе штрафные иски», «односторонніе штрафные иски». Ср. также Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 243 слѣд. [A. Пернисе въ указ. м. стр. 116 слѣд.].

§ 79. [1] Не теряя своего существованія,—имѣющееся теперь обязательство не новое, а то, которое существовало прежде. Вслѣдствіе этого продолжаются всѣ другія юридическія послѣдствія права требованія, какъ то: возраженія, привиллегіи, залоговыя права, поручительства, другія побочныя обязательства.

прибавлено, или въ томъ, что отъ него будетъ что либо убавлено [2], или же, наконецъ, въ томъ, что первоначальное содержаніе его замѣнится совершенно инымъ [3]. Объ особыхъ, относящихся сюда случаяхъ, уже была рѣчь, какъ напримѣръ объ измѣненіи предмета обязательства, наступающемъ вслѣдствіе предъявленія иска и судебнаго рѣшенія (I § 124. 129), вслѣдствіе уклоненія должника отъ исполненія обязательства (§ 15), вслѣдствіе невозможности исполненія обязательства (§§ 16, 17), вслѣдствіе промедленія (§ 28). Здѣсь слѣдуетъ еще разрѣшить вопросъ, происходитъ ли измѣненіе предмета договора въ томъ случаѣ, если произойдетъ приращеніе имущества, подлежащаго доставленію, т. е. распространяется-ли право требованія и на это приращеніе [4]. Вопросъ этотъ долженъ быть разрѣшенъ въ положительномъ смыслѣ относительно того приращенія, которое составляетъ естественную составную часть предмета обязательства [5]; въ другихъ случаяхъ вопросъ этотъ не можетъ быть безусловно разрѣшенъ ни въ положительномъ, ни въ отрицательномъ смыслѣ, но онъ разрѣшается отдѣльно для каждаго обязательства [6]. Но въ томъ случаѣ, когда кредиторъ получаетъ право на приращеніе, оно распространяется лишь на то приращеніе, которое дѣйствительно произошло, а не на то, которое могло произойдти [7]. Для разрѣшенія предложеннаго

---

[1] Примѣры: проценты просрочки; частичное уничтоженіе предмета обязательства безъ вины должника.

[2] Такъ, когда, вслѣдствіе невозможности исполненія, должникъ обязывается къ уплатѣ интереса.

[4] Йерингъ Abhandlungen № I (1844). Моммзенъ Erörterungen aus dem Obligationenrecht 1. Heft (1859).

[5] Сюда относится напр. приращеніе § 3 I. de emt. 3. 23, l. 7 pr. de per. 18 6, l. 10 § 1 D. de I. D. 23. 3, l. 16 D. de leg. III° 32 (послѣднее изъ поименованныхъ мѣстъ уравниваетъ приращеніе съ образовавшимся на рѣкѣ островомъ потому именно, что и послѣдній можно разсматривать какъ продолженіе того земельнаго участка, къ которому онъ прилегаетъ); далѣе сюда относится случай соединенія движимой вещи съ другой—движимой или недвижимой вещью, равно и случай юридическаго приращенія, напр. вслѣдствіе уничтоженія вещнаго права, ограничивающаго право собственности. Возникаетъ ли право требовать вознагражденія или реституціи для того, который, вмѣстѣ съ предметомъ, обязанъ выдать и его составныя части,—это вопросъ другой. Моммзенъ въ указ. мѣстѣ стр. 16—24.

[6] Напр. покупщикъ имѣетъ право на выгоды отъ вещи (§. 141 прим. 15), но не легатарій (l. 23 D. de leg. 1° 30, l. 26 D. de leg. 111° 32, l. 8 D. de usur. 22. 1, l. 4 C. cod. 6. 47, Nov. 131 c. 12). Тоже слѣдуетъ сказать о всякомъ правѣ требованія, возникающемъ изъ благотворительнаго основанія. См. l. 31 ,§. 2 C. de I. D. 5. 12 и Моммзенъ стр. 35—41.

[7] Онъ имѣетъ право лишь на lucrum ex re (l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4), такъ въ частности на плоды, на причитающуюся собственнику часть клада l. 7 §. 12 D. Sol. matr. 24, 3 (Йерингъ стр. 8, Моммзенъ стр. 56 прим. 5); но напр.

вопроса было выставлено правило, по которому приращеніе предмета обязательства принадлежитъ тому, кто несетъ страхъ за цѣлость его, т. е. на кого падаетъ отвѣтственность за случайное уменьшеніе его [8]. Это правило однако не вѣрно [9], именно тотъ, кто получаетъ право требованія изъ сдѣлки, заключенной съ цѣлью облагодѣтельствованія, не имѣетъ права на приращеніе, хотя онъ и несетъ страхъ за цѣлость предмета обязательства [10]. Приведенное правило оказывается справедливымъ въ совершенно иномъ смыслѣ [11], именно тотъ, кто принялъ на себя страхъ относительно опредѣленнаго случая, получаетъ право на приращеніе, происшедшее отъ этого опредѣленнаго случая [12].

не на дичь, убитую на обязанномъ поземельномъ имуществѣ, не на lucrum ex negotiatione perceptum (l. 21 cit.). Болѣе подробное изложеніе находится въ поименованномъ сочиненіи Йеринга и у Моммзена въ указ. мѣстѣ §. 5. 10.

[8] Положеніе это высказано въ источникахъ вообще (§. 30 I. de emt. 3. 23, l. 10 D. de R. J. 50. 17, l. 22 §. 3 C. de furt. 6. 3,, и нашло себѣ многократное примѣненіе къ отдѣльнымъ случаямъ.

[9] Заслуга Моммзена, что онъ это доказалъ. Какъ мало значенія можно придавать источникамъ, если они мотивируютъ свои рѣшенія, ссылаясь на означенное правило, показываетъ l 18 D. de J. D. 23. 3, l. 66 §. 3 D. sol. matr. 24. 3.

[10] Примѣч. 6. Равнымъ образомъ принятіе по договору вещи на страхъ не дастъ само по себѣ права на непринадлежащія страхователю выгоды отъ оной, хотя въ этомъ отношеніи дѣлаетъ затрудненіе Vat. fr. §. 114. Моммзенъ стр. 32—33. 45. 50. Ср. также l. 38 §. 7. 15 D. de usur. 22, 1 (Моммзенъ стр. 28. 33—36).

[11] Что означенное правило имѣетъ двоякій смыслъ, не отрицаетъ самъ Йерингъ, но доказалъ это въ особенности Моммзенъ.

[12] Йерингъ стр. 30 слѣд. Моммзенъ §. 7—9. Примѣненіе: a) Если исполненіе дѣлается для должника невозможнымъ, вслѣдствіе проступка другаго лица, то возникающія изъ этого проступка требованія принадлежатъ должнику или кредитору, смотря по тому, обязанъ ли должникъ доставить вознагражденіе за невозможность, или нѣтъ. Требованіе дается тому, кому оно принадлежитъ, или непосредственно (такъ въ особенности, по крайней мѣрѣ обыкновенно, actio furti, §. 17 I de obl. quae ex del. 4. 1, l. 14 §. 16 D. de furt. 47. 2), или посредствомъ принудительной переуступки (l. 25 §. 8 l. 60 §. 2 D. loc. 19. 2, l. 12 D. de re iud. 42. 1, l. 14 pr. l. 80 pr. D. de furt. 47. 2). Болѣе подробное изложеніе у Йеринга стр. 30. 58, Моммзенъ стр. 84—107; но см. также Дернбургъ Pfandrecht I стр. 147—149. b) Кто отдаетъ взаймы изъ процентовъ чужія, вообще подлежащія возвращенію, деньги, тотъ сохраняетъ за собой полученные проценты, или не сохраняетъ ихъ, смотря потому, несетъ ли онъ страхъ или нѣтъ. L. 10 §. 8 D. mand. 17. 1, l. 67 §. 1 D. pro soc. 17. 2. Йерингъ стр. 60; сравни, впрочемъ, Моммзенъ стр. 9, слѣд. Никакого противорѣчія не содержитъ въ себѣ l. 6 §. 1 D. de pign. act. 13. 7, ср. Дернбургъ Pfandrecht II стр. 221. c) Продавецъ вещи, погибшей безъ его вины, не обязанъ выдавать покупщику покупной цѣны, полученной отъ вторичной продажи; вторичная продажа не произвела никакого измѣненія въ обязанностяхъ его относительно перваго покупщика. L. 2 D. de H. v. A. V. 18. 4; Йерингъ стр. 58 слѣд., Моммзенъ стр. 109—111 (но ср. также Йерингъ Jahrb. f. Dog. III стр. 453 слѣд. и ниже § 142 прим. 16).—O. l. 17 pr. D. de R. V. 6. 1 см. Йерингъ

В. Относительно субъектовъ обязательства *).

1. Посредствомъ общаго преемства.

§ 80. Далѣе обязательство можетъ измѣниться относительно субъектовъ его, такъ что на мѣсто прежняго кредитора вступаетъ новый, а на мѣсто должника новый должникъ. Это можетъ произойдти различнымъ способомъ.

1. Обязательство переходитъ къ другому субъекту вмѣстѣ съ имуществомъ, къ которому оно принадлежитъ; происходящее при этомъ преемство права есть общее преемство. Болѣе подробное разсмотрѣніе этого случая относится къ наслѣдственному праву.

2. Одно обязательство, какъ особое правоотношеніе, переходитъ къ другому субъекту; здѣсь имѣетъ мѣсто частное преемство. Объ этомъ случаѣ здѣсь должно быть сказано подробнѣе. При этомъ должно быть сказано отдѣльно о переходѣ активной стороны обязательнаго правоотношенія, права требованія въ тѣсномъ смыслѣ, и о переходѣ пассивной стороны его,—обязанности.

2. Посредствомъ частнаго преемства.

а) Частное преемство въ правѣ требованія *).

Введеніе.

§ 81. Римское право исходило изъ того принципа, что частное преемство въ правѣ требованія не можетъ быть допускаемо. Основаніе этого положенія нужно искать въ томъ [1], что вступленіемъ

стр. 70 слѣд., Моммзенъ стр. 112; o. l. 33 §. 1 l. 36 §. 3 D. de H. P. 5. 3, см. Йерингъ стр. 69. 77.

* Главнымъ сочиненіемъ по этому ученію продолжаетъ еще до сихъ поръ быть сочиненіе Мюленбруха: die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1 изд. 1817 3 изд. 1836. Новую обработку предпринялъ въ новѣйшее время Альб. Шмидъ: die Grundlehren der Cession, 1 ч. 1863 г., 2 ч. 1866. Критика этого труда Бехманна находится въ Krit. V. I. Lch. X стр. 185—218. См. далѣе статью Пухты „Cession" въ Weiske's Rechtslexicon II стр. 636—664 (1839, а также въ малыхъ цивилистическихъ сочиненіяхъ № 27), Глюкъ XVI стр. 338 слѣд., Фрицъ Erläuterungen II. стр. 198 слѣд., Унтергольцнеръ I стр. 598 слѣд., Вангеровъ III §. 574—576, Сиитенисъ II стр. 385 слѣд., 790 слѣд., Брицъ §. 130. 131, Келлеръ §. 280—283. § 80.

* Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendita. § 81.

[1] Можетъ быть, что этому содѣйствовало отсутствіе формы передачи, чему

въ обязательство новаго вѣрителя измѣняется и содержаніе обязанности должника [2]; первоначально римское право принимало, что такое измѣненіе не могло послѣдовать безъ согласія должника; согласіе-же это по римскому праву признавалось дѣйствительнымъ лишь въ формѣ договора, которымъ прекращалось существующее обязательство и на его мѣсто установлялось новое [3]. Такимъ образомъ, если вѣритель желалъ передать другому выгоду своего обязательства и при этомъ желалъ его сохраненія, то ему ничего не оставалось болѣе, какъ уполномочить это другое лицо потребовать исполненія обязательства отъ его, кредитора, имени [4] и затѣмъ оставить себѣ полученное [5].—Но римское право не сохранило этого правила въ неприкосновенности. Съ теченіемъ времени было признано, что должникъ долженъ подчиниться тому, что посредствомъ частнаго преемства права другое лицо пріобрѣтаетъ право требовать отъ него исполненія обязательства отъ своего имени, а не отъ имени кредитора [6]. Тѣмъ не менѣе римское

придавалъ я исключительный вѣсъ въ моемъ сочиненіи объ actio (стр. 164, см. также Бринцъ стр. 560). Ср. Gai II. 38. «Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum (подразумѣвается mancipatio, in iure cessio, traditio) recipiunt; nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum».

[2] Обязательство доставить 100 руб. А. имѣетъ другое содержаніе, чѣмъ обязательство доставить 100—Б. Что вступленіемъ новаго кредитора измѣняется содержаніе обязательства должника, было несправедливо отвергнуто въ поименованномъ въ предъидущемъ примѣчаніи сочиненіи, стр. 151—153. Понятіе обязательства (удовлетворенія) совмѣщаетъ въ себѣ и субъекта, въ пользу котораго удовлетвореніе должно послѣдовать. Можно напр. давать вообще, а можно давать кому нибудь. См. Шейерль Beiträge I стр. 15. Krit. Ueberschau I стр. 331.

[3] Гай продолжаетъ въ указанномъ въ примѣчаніи 1 мѣстѣ: «Sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis».

[4] Гай продолжаетъ (II. 39): «Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri». Полномочіе для предъявленія иска употреблялось лишь какъ крайнее средство. Право получать удовлетвореніе миролюбиво подразумѣвалось само собой.

[5] Уполномоченный былъ не обыкновенный procurator, а procurator „in rem suam".

[6] Римское право выражаетъ это такъ: другой можетъ пріобрѣтать actio suo nomine. Но эта actio, будучи даваема лицу, которому она, собственно говоря, не могла быть даваема—не кредитору,—была для него не directa, а utilis actio. L. ult. C. quando fiscus 4. 15. «In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus *ex persona sui debitoris* adversus eius dibitores creditor experiri potest, *suo* autem *nomine utili actione* recte utetur». L. 18 C. D. de leg. b. 37. «Ex legato nominis, actionibus ab his qui susceperunt non mandatis, *directas* quidem *actiones* legetarius habere non potest, *utilibus* autem *suo nomine* experietur». L. 9. C. h. t., l. 55 D. de prae. 3. 3. см. также l. 5 C. h. t. Utilis actio давалась и тогда, когда

право сохранило то положеніе, что obligatio не можетъ перейдти; вновь вступившему вѣрителю предоставлено было только actio, obligatio-же оставалось за первымъ кредиторомъ [7]. Но такъ какъ оставленіе за первымъ кредиторомъ obligatio не имѣло существеннаго значенія, и такъ какъ мы не знаемъ противоположности, существовавшей между ius и actio, то для насъ остается тотъ результатъ, что право требованія какъ таковое, можетъ перейдти къ другому субъекту [8].

полученное mandatum уничтожилось (l. 55 D. cit., l. 1 C. de O. et A. 4. 10, l. 33 C. de don. 8. 54), даже безъ всякаго mandatum, на основаніи послѣдовавшаго объявленія воли, что требованіе переходитъ къ другому лицу. (l. 16 pr. D. de pact. 2. 14, l. 2 C. de O. et A. 4. 10, l. ult. C. quando fisc. 4. 15, l. 5. 7. 8. 9 C. h. t., l. 18 C. de leg. 6. 37, l. 4 C. quae res. pign. 8. 17. l. 3 C. de nov. 8. 42, l. 33 C. de don. 8. 54), или же по предписаніи закона на основаніи другихъ фактовъ (напр. опекунства). О постепенной выработкѣ utilis actio, которая принадлежитъ императорскому періоду, см. Мюленбрухъ стр. 188 слѣд., Беръ Jahrb. f. Dogm. I стр. 781 слѣд., ср. Шмидтъ I стр. 194 слѣд., ср. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 394—414. Собственно на счетъ значенія utilis actio не существуетъ, впрочемъ, единогласія. Правильнымъ будетъ тотъ взглядъ, что utilis actio есть собственная actio (см. примѣч. 7); но господствующее мнѣніе считаетъ ее за чужой искъ, который осуществляется не управомоченнымъ, а другимъ лицомъ, въ силу собственнаго своего права. Ср. объ этомъ Виндшейдъ die Actio и проч. стр. 126 слѣд.; напротивъ Мутеръ zur Lehre von der römischen Actio стр. 126 слѣд., противъ этого опять Виндшейдъ Abwehr стр. 56 слѣд. См. также ф. Сальпіусъ въ указ. мѣстѣ, также стр. 414, 426, Шмидъ II стр. 170 слѣд. [Франке Commentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione стр. 399 слѣд., Вангеровъ VII изд. III § 574 прим. I № 1]. Въ какомъ видѣ формулировался этотъ искъ,—вопросъ этотъ мы оставляемъ, но что формула эта не такъ гласила, какъ старался доказать въ новѣйшее время Шмидъ I §. 3. 18, это кажется мнѣ несомнѣннымъ [Бехманъ стр. 203 слѣд.].

[7] Въ частности это значитъ: вновь вступающій не можетъ ссылаться на ius; ius принадлежитъ непрерывно прежнему кредитору, но судъ дается вновь вступившему такъ, какъ будто право (ius) принадлежитъ ему, а не прежнему кредитору. Въ этомъ пунктѣ, какъ и во многихъ другихъ, проявляется самостоятельность римскаго порядка юрисдикціи. Ср. I §. 44. Въ виду именно этого, actio, даваемая вновь вступившему въ обязательство, есть просто собственная actio; ему дается не actio того, который продолжаетъ быть субъектомъ обязательства, а actio вмѣсто этого субъекта. Если въ источникахъ говорится о передачѣ obligatio, debitum'а (l. 2 §. 8 D. h. t., l. 5 §. 2 D. quib. mod. pign. 20. 5, l. 64 §. 4 D. sol. matr. 24. 3, l. 64 pr. D. ad. SC. Treb. 36. 1, l. 23. C, mand. 4. 35), то это не точный образъ выраженія, ср. l. un. C. etiam ob chiragr. 8. 27:—«Si novatione) facta in alium ius obligationis transtulisti». Равнымъ образомъ неточно говорятъ l. 7 §. 8 D. de dolo 4. 3, l. 27 §. 3 D. de min. 4. 4 и мн. др. (Кунтце Wechselrecht стр. 315 прим. B).

[8] Отношеніе представляется въ томъ видѣ, какъ бы одинъ признавался heres, а другой (предшественникъ послѣдняго)—bonorum possessor, одинъ dominus ex iure Quiritium, между тѣмъ какъ о другомъ говорится, что онъ имѣетъ вещь «in bonis». Конечно, построенное въ текстѣ положеніе не безспорно. См. ниже прим. 10 и §. 83 прим. 8, 3; ср. также §. 84 прим. 2. 12. Также Зейфф. Arch. II. 27.

Этому соотвѣтствуетъ современная правовая жизнь [9] и основанное на ней примѣненіе права [10].

---

[9] Если римское право признавало уже въ практическомъ результатѣ частное преемство въ требованіяхъ (см. предъидущее примѣчаніе), то таковое безспорно введено въ современное право правомъ обычнымъ. Послѣднее оспаривали, утверждая, что только матеріальное содержаніе юридическихъ началъ, а не ихъ конструкція, можетъ быть опредѣляемо юридическимъ сознаніемъ народа [Вангеровъ III стр. 115 [7 изд. стр. 105]. Но для того обычнаго права, о которомъ говорится здѣсь, принимается лишь матеріальное содержаніе; говорится лишь то, что современное юридическое сознаніе и основывающаяся на немъ практика разсматриваютъ право требованія какъ изъятое отъ всякаго воздѣйствія со стороны прежняго кредитора. Если это вѣрно, а я думаю, что это не можетъ подлежать спору, то вопросъ о томъ, какъ теоретически построить требуемое обычнымъ правомъ положеніе, какъ связать его посредствомъ установившихся понятій,—есть вопросъ другой. Но и необходимость такого посредства (связи) заставляетъ насъ дать этому положенію тотъ смыслъ, что право требованія отрѣшается отъ прежняго кредитора, переходя къ вновь вступившему. См. объ этомъ слѣдующее примѣчаніе. Ср. также Виндшейдъ die Actio etc. стр. 170—171.

[10] Положеніе, что есть частное преемство въ требованіяхъ, далеко не признается всѣми въ современной теоріи права. Напротивъ, господствующее мнѣніе придерживается доселѣ непередаваемости требованія, и, согласно этому, опредѣляетъ въ сущности положеніе вновь вступающаго въ томъ смыслѣ, что онъ пріобрѣтаетъ собственное право на осуществленіе чужаго обязательства (ср., впрочемъ, Виндшейдъ die Actio и проч. стр. 172 слѣд., гдѣ также находятся свѣдѣнія о своеобразномъ воззрѣніи Кунтце [Die Obligation и проч. § 66. 82, присоединить слѣдуетъ теперь Inhaberpapiere §. 54—58, но также примѣчаніе къ Гольцшуеру III стр. 151]. Главное основаніе этого господствующаго мнѣнія состоитъ въ томъ, что требованіе *по своему понятію* непередаваемо. Но этого нельзя признать правильнымъ, не смотря на то, что оно было повторяемо весьма часто, какъ въ новѣйшее время опять Зибенгааръ Zeitschr. f. R. Pflege und Verwalt. im. RR. Sachsen T. XXVIII стр. 289 слѣд. [1866]. Требованіе не передаваемо, если содержаніе должнаго удовлетворенія принадлежитъ къ существу требованія (ср. прим. 2). Но если допускаютъ, что существо требованія не измѣняется, когда напр. на мѣсто сдѣлавшагося невозможнымъ удовлетворенія вступаетъ денежное вознагражденіе, т. е. что, не смотря на эту единственную перемѣну, всѣ другія юридическія дѣйствія обязательства продолжаются,—то почему быть иначе, если должникъ обязывается удовлетворить А вмѣсто В? Ср. на счетъ и противъ попытокъ доказать принципіальную непередаваемость требованія Виндшейдъ die Actio и проч. стр. 148 слѣд.; но см. также Кунтце Inhaberpapiere §. 54—58. И новѣйшая обработка ученія о цессіи (Шмидъ) даетъ вновь вступающему лишь собственное право на осуществленіе обязательства, продолжающагося въ лицѣ цедента, хотя у этого писателя догмѣ о принципіальной непередаваемости обязательства придано меньшее значеніе (ср. II стр. 438). Шмидъ выводитъ изъ этого воззрѣнія и практическія послѣдствія, см. II стр. 181 слѣд., 347 слѣд., 427 слѣд. [Бехманнъ стр. 221 слѣд.]. Съ другой стороны въ пользу частнаго преемства высказались: Дельбрюкъ die Uebernahme fremder Schulden (1853, см. объ этомъ сочиненіи Виндшейдъ Krit. Ueberschau I стр. 27 слѣд., и сравни къ оному Röppen die Erbschaft стр. 18—19. 110. Erbrecht стр. 244 слѣд.), Зейффертъ Pandekten §. 297 прим. 4, Брунцъ Krit. Blätter II стр. 34 и Pandekten §. 130, Безелеръ deut. Privatr §. 110 2, Фёрстеръ Preuss. Privatr. I, стр. 604 слѣд., Рудорффъ zu Puchta §. 280. a, Гюр-

Актъ, которымъ право требованія передается другому кредитору, называется обыкновенно, по примѣру римскаго права, цессіею; то лицо, которому передается право—цессіонаріемъ, а передающее—цедентомъ.

α. Актъ передачи.

§ 82. Передача права требованія можетъ послѣдовать: 1) въ силу изъявленія воли доселѣшняго вѣрителя; 2) въ силу судебнаго рѣшенія; 3) непосредственно въ силу постановленія закона [1].

1) Изъявленіе воли доселѣшняго вѣрителя [2]. Оно можетъ быть учинено на случай смерти и между живыми [3]; въ послѣднемъ случаѣ должно послѣдовать принятіе со стороны того, къ кому должно перейдти право требованія; до того объявленіе о передачѣ можетъ быть взято обратно [4]. Основанія, по которымъ происходитъ передача, могутъ быть столь-же разнообразны, какъ и основанія всякаго отчужденія имущества [5]: именно оно можетъ

генгъ Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 228 слѣд. Также ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 395 защищаетъ возможность частнаго преемства въ обязательствахъ, при чемъ для понятія этого преемства онъ довольствуется тождествомъ содержанія права предшественника съ правомъ преемника. Своеобразное отношеніе къ этому вопросу принимаетъ Беръ Jahrb. f. Dogm. I. 8 (1857). Онъ не находитъ противорѣчія въ томъ, что смотритъ на нововступающаго, въ отношеніи его къ кредитору, какъ на частнаго преемника послѣдняго, а въ отношеніи къ должнику,— какъ на представителя кредитора (стр. 360. 361. 371. 372. 401. 411—413—стр. 361. 407 слѣд.). Согласенъ съ Беромъ Арндтсъ §. 254. 256.—О древнѣйшемъ нѣмецкомъ правѣ см. Штоббе Zeitschr. f. R. Gesch. XI стр. 399 слѣд.

[1] Выраженія источниковъ суть: cedere actione (или actionem), cessio actionis. Источники примѣняютъ эти выраженія лишь въ томъ случаѣ, гдѣ передача совершается по волѣ прежняго кредитора. Новѣйшіе же писатели говорятъ, и при томъ довольно неудачно, о цессіи и цессіонаріи и въ тѣхъ случаяхъ, когда переходъ требованія основывается на распоряженіи суда или предписаніи закона. Выраженіе „цедентъ“ не можетъ въ такихъ случаяхъ имѣть мѣста.

[1] Точнѣе: на основаніи постановленія закона, которое связано съ другимъ событіемъ, кромѣ объявленія воли со стороны прежняго кредитора или судебнаго распоряженія. Ср. I §. 68 прим. 1. § 82.

[2] Мюленбрухъ §. 41, 42. [Цессія по бланковой надписи: Зейфф. Arch. XXII. 227. 228. Ср. 226].

[3] Nomen legatum. L. 18 C. de legat. .6 37.

[4] Отношеніе бываетъ такимъ же, такъ и при передачѣ собственности. Ср. I §. 172 прим. 1.

[5] Если выставляется положеніе, что цессія нуждается въ iusta causa, то это вѣрно въ томъ смыслѣ, въ какомъ то же самое вѣрно для традиціи: изъ предъидущихъ фактовъ должно быть видно, что воля дѣйствительно направлена къ передачѣ требованія. Отдѣльныя iustae causae въ этомъ смыслѣ суть: купля, мѣна, назначеніе приданаго, исполненіе обязательства и проч. Ср. цитированныя въ §. 81 примѣч. 6 мѣста и Шмидъ I. §. 21—24. Необходимость указать въ исковомъ прошеніи основаніе цессіи? См. Зейффертъ въ Pand. Зейфферта §. 298 прим. 4, Шмидъ II стр. 433.

заключаться и въ обязанности произвести передачу, такъ что оно является исполненіемъ этой обязанности [6]. Правила для объявленія о передачѣ тѣ-же, что и для изъявленія воли вообще (Виндш. I § 69 и слѣд.).

2) Судебное рѣшеніе [7]. Въ силу судебнаго рѣшенія право требованія можетъ быть передано: a) при опредѣленіи о раздѣлѣ [8]; b) при опредѣленіи, которое обязываетъ произвести передачу и при этомъ постановляетъ, что передача должна почитаться совершившеюся въ томъ случаѣ, если она не будетъ произведена добровольно [9].

3) Постановленіе закона [10]. Отдѣльные, относящіеся сюда случаи не подходятъ подъ одно общее правило [11]. Именно невѣрно положеніе, что будто во всѣхъ случаяхъ, когда вѣритель обязанъ произвести передачу своего права требованія, оно признается перешедшимъ и безъ того, чтобы вѣритель произвелъ эту передачу [12].

---

[6] Къ этому случаю относится понятіе о cessio necessaria, которая выставлялась обыкновенно какъ противоположность къ cessio voluntaria. Но подъ cessio necessaria понимаютъ не всякую передачу, послѣдовавшую на основаніи обязательства къ передачѣ, а лишь цессію, послѣдовавшую не на основаніи добровольно принятаго обязательства. Ср. Мюленбрухъ §. 36—39, Пухта стр. 460; но также Шлиманнъ Haftung des Cedenten стр. 22, Арндтсъ § 255 прим. 3. Замѣтимъ еще: при продажѣ требованія, объявленіе о передачѣ лежитъ въ самой продажѣ; послѣдняя не обосновываетъ только обязательство передать, что осуществлялось бы особеннымъ актомъ передачи. То же бываетъ съ мѣной, дареніемъ, и вообще со всякой сдѣлкой отчужденія (§. 73 прим. 18). Спеціальный вопросъ: зависитъ ли, при куплѣ, переходъ права требованія отъ наличнаго платежа или кредитованія покупной цѣны точно такъ же, какъ это бываетъ при передачѣ права собственности (I, §. 172 примѣч. 19)? См. объ этомъ вопросѣ Мюленбрухъ стр. 456, Пухта въ указ. мѣстѣ 462 и Vorlesungen II стр. 131—132, Штремпель über die iusta causa bei der Tradition стр. 129, Бухнеръ Arch. f. prakt. R. W. V стр. 161 слѣд., Гоффманъ тамъ же стр. 182 слѣд., Шмидъ I стр. 203, Лейстъ Mancipation und Eigenthumstradition стр. 300 слѣд.

[7] Мюленбрухъ § 40. Шмидъ I стр. 187—189.

[8] L. 3. D. fam. erc. 10. 2.

[9] Ср. I. § 173 прим. 5.

[10] Мюленбрухъ § 43—45, Шмидтъ § 25—50. Въ этомъ случаѣ говорятъ о cessio legis.

[11] Примѣры: l. 8 § 16 D. de inoff. 5. 2. l. 13. § 25. D. de A. E. V. 19. 1.

[12] Правило это защищается въ особенности Пухтой (kl. Schriften стр. 461—463, Pandekt. § 281, Vorlesungen II стр. 131—132) и Савиньи (Oblig. I стр. 243 слѣд.); въ пользу его говорятъ рѣшенія у Зейфферта Arch. III. 259, VI. 313, XIV. 23, XVI. 40. Противъ него высказались: Мюленбрухъ стр. 470, Виндшейдъ die Actio etc. § 20, Бринцъ стр. 567, Арндтсъ § 255 прим. 4, Вангеровъ III стр. 85 [7 изд. стр. 76, см. также въ этомъ изданіи стр. 103]. Беръ Jahrb. f. Dogm. I стр. 399 слѣд., Циммерманнъ Zeitschrift f. Civ. u Prax. N. F. Pr. XV. 4, Цаунъ Arch. f. pr. R. W. N. F. I стр. 18—27, Тёль Handelsr. I § 24 прим. 7, Шмидъ I

β. *Дѣйствіе передачи* *).

§ 83. Посредствомъ передачи пріобрѣтатель права требованія становится кредиторомъ. Онъ не только можетъ осуществить право требованія [1], но онъ вправѣ воспользоваться имъ и инымъ способомъ [2]. Если онъ умираетъ, то оно переходитъ къ его наслѣдникамъ съ прочимъ его имуществомъ [3].

Но передача обязательства не имѣетъ того дѣйствія, что кредиторъ немедленно перестаетъ быть кредиторомъ; а потому и онъ можетъ требовать исполненія обязательства, причемъ должникъ не можетъ ссылаться на совершившуюся передачу [4]. Кредиторъ

стр. 189—192, II стр. 432 [Зейфф. Arch. XXII. 225]. Главный арсументъ противъ этого правила состоитъ въ слѣдующемъ: Если при другихъ имуществахъ, въ особенности же при собственности, обязанность къ передачѣ не равносильна передачѣ, то почему же быть этому иначе при требованіи? Кромѣ того противъ правила говорятъ прямо l. 49. § 2. D. de A. v. A. P. 41. 2, § 4. I de fidei. 3. 20, l. 11 C. eod. 8. 41 въ связи съ l. 17. D. cod. 46. 1; ср. также l. 18 D. de rec. leg. 33. 8, l. 17 § 2 D. de. exc. dol. 44. 4.—Зейффертъ въ Seuffert Pand. § 298, прим. 8 объявляетъ себя противъ господствующаго мнѣнія, которое онъ однакоже удерживаетъ для случая конкурса надъ обязаннымъ къ передачѣ, на основаніи l. 2. D. de inst. act. 14. 3, l. 5. D. de pract. stip. 46. 5, каковыя мѣста трактуютъ, впрочемъ о negotiorum gestor'ѣ, обязанномъ къ передачѣ. См. также HGB. Art. 368.

* Мюленбрухъ § 46—62, Шмидъ II § 30—39. § 83.

[1] По римскому воззрѣнію ему дается actio по его желанію.

[2] Отчужденіе l. 33 C. de don. 8. 54 (*vv* quodet in procuratore). Прощеніе долга: l. 13 § 1 l. 16 pr. D. de pact. 2 D. quib. mod. pign. 20. 6. Присяга: l. 17 § 3 D. de iuri. 12. 2. Въ правѣ компенсаціи отказываетъ еще Гаппніанъ простому in rem suam procurator въ l. 18. D. de comp. 16. 2. Ср. Беръ Jahrb. f. dogm. I стр. 376—377, Шмидъ II стр. 21 слѣд. 110. 438; но также Мюленбрухъ стр. 612, Е. А. Зейффертъ въ Seuffert. Pand. II стр. 161 ниже стр. 162. [Дернбургъ Compensation 2 изд. стр. 403. 405. Зейфф. Arch. XXI. 43].

[3] L. 1. C. de O. et A. 4. 10, l. 33 C. de don. 8. 54.

[4] Положеніе это доказывается слѣдующими мѣстами: a) l. 3 C. de nov. 8. 42 (Gordianus a. 240). „Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actines apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit, *exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris*, et eo modo tui creditoris exactionem adversus eum inhibere". Нельзя возражать противъ этого мѣста, какъ это дѣлаетъ Беръ Jahrb. f. Dogm. I стр. 378 слѣд., тѣмъ что она будто говоритъ лишь съ точки зрѣнія mandata actio. Что мѣсто это не поименовываетъ utilis actio, это не болѣе странно, чѣмъ однородное явленіе въ l. ult. D. de transact. 2. 4, рѣшеніе котораго основывается однакоже исключительно на utilis actio. Конечно, прямое доказательство въ пользу utilis actio относительно in solutum datio, можно привести лишь изъ позднѣйшаго времени (отъ 294 года, l. 5 C. quando fiscus 4. 15); но уже спустя три года послѣ l. 3 cit. въ рескриптѣ того же императора, которому принадлежитъ и послѣднее мѣсто, признается utilis actio при однородной съ куплей сдѣлкѣ (для однородности съ куплей in solutum datio: l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 4 C. de

можетъ также распоряжаться обязательствомъ и инымъ способомъ [5], и со смертью его права по обязательству переходятъ на его наслѣдниковъ [6]. Но новый пріобрѣтатель обязательства можетъ прекратить подобныя отношенія и стать единственнымъ кредиторомъ. Это совершается тѣмъ, что онъ сообщаетъ должнику о пріобрѣтеніи правъ по обязательству, для чего достаточно простаго заявленія [7] [8]. Напротивъ того право прежняго кредитора

---

evict. 8. 45), безъ указанія того, чтобъ этимъ вводилось что либо новое (l. I. C de O. et A. 4. 10, въ связи съ l. 76 D. de sol. 46. 3, ср. также l. 2 C. de O. et A. [*vv* saepe rescriptum est], l. 8 C. h. t. 4. 39. [*vv* secundum ea quae pridem constituta sunt]). Къ этому присоединяется еще то, что съ точки зрѣнія mandata actio не совмѣстны слова: „vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit". Правда, Беръ считаетъ эти слова за позднѣйшую приписку, но онъ не привелъ никакого доказательства въ подтвержденіе сего. Но допустивъ даже, что они приписаны, нельзя не видѣть, что редакторы компиляціи, этой именно прибавкой, ясно показали, что, по крайней мѣрѣ, они желали говорить съ точки зрѣнія utilis actio, b) L. 23. § 1 D. h. t. 18. 4, „Nominis venditor, quidquid vel compensatione vel ex actione fuerit consecutus, integrum emtori restituere compellatur". Нѣтъ никакого сомнѣнія, что мѣсто это говоритъ съ точки зрѣнія utilis actio ибо во всякомъ случаѣ utilis actio давно была признана, при требованіи изъ купли, во время Гермогеніана, откуда она происходитъ. Впрочемъ, другаго доказательства въ подтвержденіи этого мѣста не имѣется. См. объ этомъ, равно какъ объ основаніяхъ, которыя приводятъ противъ выставленнаго въ текстѣ положенія, прим. 8.

[5] Онъ можетъ употребить таковое на компенсацію, l. 23 § 1. D. h. t. 18. 4, (см. впрочемъ и прим. 8). Онъ можетъ простить имъ долгъ, l. 19 D. h. t., составитель которой стоитъ еще на точкѣ зрѣнія порученія. О l. 2 § 5. D. h. t. см. прим. 8.—Лишается ли требованія пріобрѣтатель чрезъ секвестръ онаго? Нѣтъ: Зейфф. Arch. VII. 301; да: тамъ же XII, 338. Ср. XIII. 92.

[6] Онъ можетъ также пріобрѣтать для требованія закладное право или поручительство, l. 6 D. h. t. 18. 4, каковое мѣсто, впрочемъ, по первоначальному своему смыслу, было написано лишь съ точки зрѣнія actio mandata, такъ какъ во время Павла actio utilis при требованіи изъ купли была едва ли признаваема. Ср. впрочемъ и Шмидтъ II стр. 183 слѣд.

[7] L. 3. D. de nov. 8. 42 (примѣч. 4);—antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit". Ср. l. 3 C. mand. 4. 35, l. 4 C. quae res pign. 8. 17. Если одновременно выступаютъ противъ должника передающій и пріобрѣтатель, то послѣдній имѣетъ преимущество, l. 55 D. de proc. 3. 3.

[8] Сказанное до сихъ поръ оспаривается болѣе чѣмъ въ одномъ отношеніи, и, при состояніи нашихъ источниковъ, на врядъ ли можно надѣяться на достиженіе удовлетворительнаго результата. I. Главный вопросъ заключается въ томъ, дѣйствительно ли право прежняго кредитора исключается лишь извѣщеніемъ (denuntiatio) должника, а не передачей требованія? Между тѣмъ, какъ господствующее мнѣніе утверждаетъ первое (Мюленбрухъ стр. 491. 501, Пухта стр. 482, Унтергольцнеръ I стр. 608, Спитеннсъ II стр. 810, Зейффертъ § 300),—въ пользу послѣдняго высказались въ новѣйшее время Беръ Jahrb. f. Dogm. I стр. 369 сл., которому слѣдуетъ ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 419—420, и Шмидтъ II стр. 296 слѣд. По мнѣнію этихъ писателей, прежній кредиторъ, послѣ передачи обязательства не имѣетъ права требовать исполненія по оному,

не исключается ни тѣмъ, что должникъ какимъ-либо инымъ способомъ узналъ о передачѣ обязательства, ни даже заявленіемъ

но должникъ вправѣ возражать противъ новаго пріобрѣтателя какъ платежемъ, учиненнымъ имъ прежнему кредитору, при незнаніи о передачѣ, такъ и другими основаніями, вслѣдствіе которыхъ онъ освободился отъ обязательства. Въ пользу послѣдняго права приводятъ подходящія аналогіи: l. 12 § 2. l. 32 l. 51 D. de sol. 46. 3, l. 15 l. 26 § 1 l. 29 pr. §—3 D. mand. 17. 1. Слѣдуетъ допустить, что съ проведеннымъ взглядомъ согласуются какъ l. 3 C. mand. 4. 35, такъ l. 4 C. quae res pign. 8. 17, и что изъ этихъ мѣстъ нельзя брать доказательства противъ него. Съ другой стороны взглядъ этотъ оказывается, по моему мнѣнію, несостоятельнымъ въ виду поименованныхъ въ 4 примѣчаніи двухъ мѣстъ именно l. 3 C. de nov. (на счетъ втораго мѣста, l. 23 § 1. D. h. t., см. ниже въ этомъ примѣчаніи, о l. 6 eod. см. примѣч. 6). Въ l. 3 C. cit. какъ разъ сказано, что первоначальный кредиторъ сохраняетъ, до извѣщенія должника, *право* осуществить требованіе («*non vetaris*»). Беръ долженъ понимать эти слова въ томъ смыслѣ, что первоначальный кредиторъ сохраняетъ *фактическую возможность* осуществить требованіе, а это кажется мнѣ произвольнымъ. Здѣсь слишкомъ пространно будетъ излагать, какъ Шмидтъ старается устранить это мѣсто (II стр. 211 слѣд. 435). По его взглядъ основывается на странной и неосновательной идеѣ, что хотя римское mandatum actionis, какъ таковое, давало будто и utilis actio, но эта utilis actio должна была быть предъявлена пріобрѣтателемъ для того, чтобы она считалась существующей съ самаго начала.—Значеніе l. 3 C. cit. не уничтожается также какъ мнѣ кажется: a) l. 17 D. de transact. 2. 15. Правда совершенно вѣрно, что мѣсто это не требуетъ извѣщенія для устраненія прежняго кредитора (ср. l. 104 D. de sol. 46. 3); но оно говоритъ также (въ концѣ) о выданномъ наслѣдствѣ на основаніи завѣщанія, слѣдовательно о случаѣ всеобщаго преемства, а что оно съ такимъ наслѣдствомъ уравниваетъ куплю наслѣдства,—это не покажется страннымъ по смыслу l. 13 § 4. l. 54 pr. D. de H. P. 5. 3. b) По тому же основанію не доказываетъ ничего въ пользу Бера и l. 16 pr. D. de past. 2. 14, если даже допустить, что второе положеніе оной нельзя понимать объ excepcio pacti de non petendo, хотя совершенно противное кажется мнѣ несомнѣннымъ (ср. Беръ стр. 383, Шмидтъ II стр. 180). c) L. 18 pr. D. de pign. act. B. 7. Извѣщеніе признается въ этомъ мѣстѣ не лишнимъ, а предполагается.—Изъ l. 17 D. de transact. cit. вытекаетъ, впрочемъ, что изъ l. 2. § 5 D. h. t. нельзя вывести аргумента противъ Бера: мѣсто это слѣдуетъ понимать объ акцептаціи съ должникомъ, не знающимъ о продажѣ наслѣдства. И такъ какъ то, что необходимо здѣсь, слѣдуетъ допустить какъ возможное и для l. 23 § 1. D. h. t., то этимъ ослабляется нѣсколько доказательная сила этого мѣста (прим. 4). (Или можетъ быть l. 2 § 5 cit. думаетъ объ акцептиляціи, послѣдовавшей до продажи наслѣдства? Такъ Е. А. Зейффертъ въ Seuffert. Pand. § 297 прим. 4. Странна во всякомъ случаѣ *lata culpa* въ концѣ мѣста). 2. Беръ того мнѣнія, что тотъ, который требуетъ извѣщенія для окончательнаго перехода обязательства, ставитъ этимъ пріобрѣтателя на точку зрѣнія actio mandata, т. е. указываетъ ему, до воспослѣдованія извѣщенія, то положеніе, которое принималъ римскій procurator in rem suam до введенія utilis actio. Но это рѣшительно ошибочно. Во всякомъ случаѣ пріобрѣтатель имѣетъ и до извѣщенія прочное правоотношеніе къ обязательству. Въ моемъ сочиненіи объ Actio стр. 144 я опредѣлилъ это правоотношеніе по аналогіи съ правоотношеніемъ, основаннымъ на условномъ объявленіи воли. Теперь я считаю нужнымъ идти дальше и признать за пріобрѣтателемъ право требованія, и до извѣщенія. По его желанію дается ему actio suo nomine, чѣмъ

ему о томъ самимъ кредиторомъ [9]. То же положеніе, какъ относительно прежняго кредитора, пріобрѣтатель обязательства принимаетъ относительно преемниковъ его правъ и не только относительно общихъ, но и относительно частныхъ преемниковъ [10]. То же

признается за нимъ право требованія. Слѣдовательно въ дѣйствительности здѣсь предлежитъ случай, корреальнаго обязательства, случай котораго источники только потому не признаютъ таковымъ, что конкурренція относится лишь къ actio, а не къ obligatio. 3. Въ прямую противоположность воззрѣнію, приведенному подъ 1), Мутеръ выставилъ, въ своемъ возраженіи на мое сочиненіе über die actio стр. 171 слѣд., положеніе, что прежній кредиторъ не перестаетъ быть таковымъ даже и вслѣдствіе извѣщенія. Правда, онъ теряетъ право принудить должника къ исполненію, но не право освободить его чрезъ принятіе исполненія или инымъ образомъ, такъ что, согласно этому, пріобрѣтатель имѣетъ требованіе съ должника, основанное на его dolus. Этому мнѣнію, во всякомъ случаѣ неправильному для современнаго права, противорѣчитъ, что касается даже римскаго права, аномалія отношенія, что кто нибудь можетъ сохранять право освобожденія послѣ того, какъ онъ потерялъ право требованія (хотя бы только ope exceptionis). L. 2 § 5. D. h. t. 18. 4 (которая относится сюда на столько, на сколько при куплѣ наслѣдства, согласно излагаемому здѣсь взгляду, непосредственно наступаетъ то состояніе, которое въ другихъ случаяхъ бываетъ слѣдствіемъ извѣщенія) должна быть объясняема по l. 17 D. de transact. 2. 14 (см. выше). Относительно l. 16 pr. D. de pactis 2. 14, (которая также трактуетъ о куплѣ наслѣдства) можетъ, правда, казаться страннымъ, что кредитору противопоставляется exceptio pacti de non petendo, а не указаніе на совершившуюся передачу, — но затрудненіе это существуетъ и для Мутера, который, даже послѣ извѣщенія, отказываетъ должнику въ возраженіи, основанномъ на не воспослѣдованіи передачи. Ср. еще Арндтсъ § 256. Прим. 3.

И это положеніе спорно, Глюкъ XVI стр. 424 слѣд., Мюленбрухъ въ указ. мѣстѣ стр. 492 слѣд., Musset Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XII. Стр. 360 слѣд., Беръ въ указ. м. Стр. 416 слѣд., Арндтсъ § 256 прим. 1, Шмидъ II стр. 242 слѣд. 435. Но источники приписываетъ рѣшительное значеніе лишь дѣятельности пріобрѣтателя, изъ которой явствуетъ желаніе осуществить требованіе. L. 17 D. de transact. 2. 15 содержитъ исключеніе для завѣщательнаго наслѣдства и купли наслѣдства (см. этотъ § въ концѣ). См. также Кнорръ Arch. f. civ. Pr. XLVI. 3. [Вальдекъ Arch. f. civ. Prax. L. 1. 14]. Въ пользу того, что заявленіе о переходѣ обязательства должно быть сдѣлано цессіонаріемъ: Зейф. Arch. VI 25, XII. 338, XV, 120 № 3; противъ этого: III 156, XV. 120 №№ 1 и 2. Что извѣщеніе посредствомъ третьяго лица не достаточно: тамъ же XIII. 91.—Въ другомъ сочиненіи (die Actio etc. стр. 141 и слѣд. 187 и слѣд.) я назвалъ пріобрѣтеніе обязательства пріемомъ его во владѣніе. Противъ этого высказались Muther, въ его возраженіи стр. 172, 173, Bähr. Jahrb. f. Dogm. I стр. 425—427. См. тамъ же, мое возраженія противъ Muther'а стр. 80. Ср. еще Кунце Inhaberpapiere стр. 242 прим. 5 и zu Holzschuher III § 233 № 1, который въ денунціаціи видитъ нарушеніе владѣнія, т. е. устраненіе владѣнія цедента и исходя изъ этого, признаетъ, что передача можетъ быть произведена дѣйствіемъ цедента.

[10] Это такъ же весьма спорный вопросъ. Въ пользу преимущественнаго права перваго пріобрѣтателя высказались Mühlenbruch стр. 502. Вангеровъ III § 575 прим. 4, Bähr въ указ. соч. стр. 435 слѣд. Dernburg Pfandrecht I стр. 472 Schöffer Arch. f. prakt. RW. I 23 и, 18, Шмидъ II стр. 297 и слѣд. Зейфф. Arch. VIII. 248, XIII. 246, XVII 27. Что второй пріобрѣтатель получаетъ преимущественное

слѣдуетъ сказать и о преемникахъ правъ пріобрѣтателя: они вступаютъ въ тѣ же отношенія, какъ и самъ пріобрѣтатель. Если прежній кредиторъ унаслѣдуетъ должнику, или наоборотъ, то это безразлично для правъ пріобрѣтателя, случится ли такое унаслѣдованіе до, или послѣ вступленія его чрезъ заявленіе, въ права по обязательству [11].

Немедленное исключеніе правъ прежняго кредитора имѣетъ мѣсто только въ томъ случаѣ, когда обязательство передается со всѣмъ имуществомъ, къ которому оно принадлежитъ, какъ напримѣръ при покупкѣ наслѣдства. Если должникъ, не зная о совершившемся переходѣ обязательства, исполнитъ его относительно прежняго кредитора, то онъ освобождается отъ обязательства; то же самое должно сказать и о другихъ заключенныхъ съ прежнимъ кредиторомъ сдѣлкахъ объ освобожденіи должника отъ обязательства [12].

право, если онъ ранѣе произвелъ денунціацію доказываютъ Пухта Vorles. zu § 283, Flach, Entscheidungen des OAG. zu Wiesbaden III стр. 141 и слѣд. Musset. Zeitschr. f. Civ. u. Prax. N. F. XII. 12, Кнорръ Arch. f. civ. Pr. XLII. 15. Я такъ же ранѣе высказался въ пользу этого мнѣнія (die Actio etc. стр. 190 и слѣд.); Синтенисъ во второмъ изданіи своего учебника (II стр. 813) діаметрально измѣнилъ свое мнѣніе. Основанія, почему права перваго пріобрѣтателя должны быть предпочтены, изложены въ текстѣ. Никто не можетъ передать болѣе правъ, нежели онъ самъ имѣетъ, а передающій обязательство не имѣетъ права послѣ первой цессіи устранить пріобрѣтателя заявленіемъ о томъ должнику. Послѣднее я прежде отрицалъ совершено неправильно. Передача обязательства дѣлаетъ пріобрѣтателя его еще до заявленія должнику—дѣйствительнымъ кредиторомъ; передающій обязательство можетъ, конечно, нарушить это право кредитора тѣмъ, что онъ осуществитъ оставшееся у него право, но не инымъ способомъ. Если бы передача обязательства не дѣлала пріобрѣтателя дѣйствительнымъ кредиторомъ, то во всякомъ случаѣ, по аналогіи съ вещными дѣлами, она давала бы ему непоколебимое право сдѣлаться кредиторомъ. Если бы передача не имѣла и этого дѣйствія, то право пріобрѣтателя до денунціаціи не могло бы быть ни передаваемо по наслѣдству, ни отчуждаемо (прим. 2 и 3).

[11] Послѣ окончательнаго пріобрѣтенія обязательства—потому что онъ перестаетъ быть кредиторомъ; до окончательнаго пріобрѣтенія, — потому что полученіемъ наслѣдства уничтожается только *его* право, какъ кредитора. L. 20 pr. D. h. t. 18. 4 написана въ то время, когда actio utilis еще не была признана. Компиляторы помѣстили ее лишь по недосмотру, но не выразили въ ней возрѣнія новѣйшихъ римскихъ юристовъ, какъ и въ l. 18 D. de compens. (прим. 2). Ср. Fitting Correal. obl. стр. 107 прим. 137. Другое объясненіе у E. A. Seuffert въ Seufferts. Pand. § 297 прим. 4, еще другое у Шмида II стр. 122 и слѣд.

[12] Въ L. ult. D. de transact. 2. 15 O l. 2 § 5. D. h. t. 18. 4. см. прим. 8. Въ l. 4. C. h. t. 4. 39 текстъ слишкомъ неопредѣленъ и въ критическомъ отношеніи слишкомъ сомнителенъ, чтобы быть выставленнымъ, какъ противовѣсъ. Освобождается ли должникъ посредствомъ отказа въ видѣ дара? Bähr въ указ. соч. стр. 419.—Ср. еще l. 27 i. f. D. de proc. 3. 3.

§ 84. Обязательство переходитъ къ пріобрѣтателю въ томъ видѣ, какъ оно принадлежало прежнему кредитору, со всѣми его недостатками и преимуществами.

1. Оно переходитъ со всѣми недостатками, т. е. со всѣми возраженіями, которыя могли бы быть сдѣланы при прежнемъ кредиторѣ [1]. Но это, впрочемъ, относится не ко всѣмъ возраженіямъ безъ исключенія; сказанное не примѣняется къ тѣмъ возраженіямъ, которыя относятся не къ самому обязательству, но скорѣе къ *личности* даннаго кредитора; эти возраженія уничтожаются съ перемѣной кредитора [2]. Сюда относятся именно возраженія, проистекающія изъ правъ несостоятельнаго должника на оставленіе ему необходимаго имущества, когда основаніе ихъ заключается въ личномъ характерѣ кредитора [3]; далѣе — возраже-

---

§ 84. [1] L. 5. D. h. t. Ср. тотъ же l. 16 § 3. de lib. causa 40. 12 (о l. 17 lod. см. цитату I. § 73 прим. 18). Изъ практики: Seuff. Arch. IV, 106, XI. 31, XIX. 26, XX 98 (стр. 159).—Само собою разумѣется, что здѣсь не идетъ рѣчь о процессуальныхъ возраженіяхъ и отводахъ, какъ напр. отводъ, которымъ требуется отъ истца-иностранца представленія обезпеченія.—На этомъ же основаніи пріобрѣтатель обязательства не обязанъ отвѣчать по встрѣчному иску, направленному противъ прежняго кредитора. L. 33. § 5 l. 70 D. de proc. 3. 3. говорятъ лишь о mandata actio; что касается этой послѣдней, см. l. 33. § 5. cit. t. и l. 34. eod. Ср. впрочемъ Mühlenbruch § 62. Пухта стр. 495, Спинтеннсъ стр. 817. Шмидъ II стр. 419 и слѣд. Зейфф. Arch. V. 234, XII. 146.

[2] Ср. l. 7 pr. D. de exc. 44. 1. Это положеніе признается не всѣми. Именно въ послѣднее время противъ него спорятъ на томъ основаніи, что пріобрѣтатель обязательства является относительно должника лишь лицомъ осуществляющимъ чужое обязательство, лишь представителемъ кредитора. Franke Arch. f. civ. Pr. XVI. 15, Пухта стр. 492 и слѣд. Вангеровъ III § 575 прим. 1, Спинтеннсъ II стр. 815 слѣд. Гольцшуеръ III. § 223 № 2 въ концѣ; см. также Шмидъ II стр. 394 слѣд. Противъ этого Mühlenbruch стр. 588 слѣд. Виндшейдъ die actio etc. стр. 182 слѣд. На основаніи указанной здѣсь точки зрѣнія дальнѣйшее существованіе личныхъ возраженій оправдывается лишь тѣмъ положеніемъ, что посредствомъ передачи обязательства положеніе должника не должно быть ухудшено. Но нужно остерегаться отъ неосмотрительнаго примѣненія этого положенія; граница его примѣненія заключается въ томъ, что передача обязательства допускается по праву. Вслѣдствіе того, что она допускается по праву, должникъ долженъ нести всѣ ея послѣдствія, хотя бы они и были для него невыгодны. Ср. Мюленбрухъ § 59 прим. 133 а. Зейфф. Arch. X 250, XIII 193 (должникъ не можетъ доказывать роспиской кредитора о погашеніи обязательства время этого погашенія, ср. Бергъ Jahrb. f. Dogm. I стр. 446 прим. 124; иначе говоритъ Шмидъ II стр. 406, ср. такъ же Зейфф. Arch. IX, 343).

И мы придерживаемся этого противоположнаго мнѣнія: съ передачею третьему лицу, напримѣръ, обязательства выданнаго отцомъ сыну, это третье лицо не будетъ имѣть права личнаго задержанія (уст. гр. суд. ст. 1226) хотя бы передача была сдѣлана безъ всякой злонамѣренности (см. ниже примѣч. 6 и 13).

А. Д.

[3] См. § 19 № 2 и 3. Это возраженіе исключается и тѣми, которые вообще

нія, проистекающія изъ личнаго договора о прощеніи [4] [5]. Должникъ можетъ выставить личное возраженіе только въ томъ случаѣ, когда передача обязательства была учинена именно съ тою злонамѣренною цѣлью, чтобы лишить его этихъ возраженій [6]. Тѣ возраженія, которыя возникли послѣ пріобрѣтенія обязательства, но до заявленія объ этомъ должнику, могутъ быть противопоставлены новому пріобрѣтателю, съ изложеннымъ выше различіемъ. Возраженія, возникшія для должника послѣ заявленія о передачѣ обязательства, ни подъ какимъ предлогомъ не могутъ быть противопоставлены новому пріобрѣтателю [7].

2. Обязательство переходитъ съ его преимуществами, т. е. со всѣми его добавочными правами—залогомъ, поручительствомъ и процентами [8]. Основываются ли эти преимущества на общемъ законѣ или на спеціальной привилегіи—это безразлично; въ этомъ послѣднемъ случаѣ безразлично. проистекаетъ ли привилегія изъ

допускаютъ примѣненіе личныхъ возраженій, на томъ основаніи, что оно касается не самого обязательства, но только исполненія его. Такъ Пухта стр. 495, Шмидъ II стр. 411; тоже основаніе у Мюленбруха стр. 591 въ примѣч. Противъ этого см. Вангеровъ въ указан. мѣстѣ № 3 ср. такъ же Фрицъ стр. 229.

[4] Т. е. такой договоръ о сложеніи долга, который исключалъ право только извѣстнаго кредитора. Иначе, если смыслъ договора таковъ, что требованіе и основанія обязательства не могло имѣть мѣста при жизни кредитора, но могло быть заявлено его наслѣдниками. См. l. 57 § 1. D. de pact. 2. 14. и ср. Вангеровъ въ указан. мѣстѣ № 2. Шмидъ II стр. 401.

[5] Сюда не относится exceptio doli, которое въ источникахъ (l. 2. § 1. l. 4 § 33. D. de doli mali exc. 44. 4) отнесено къ личнымъ возраженіямъ лишь потому, что оно не могло быть сдѣлано противъ третьяго, невиновнаго лица, которому обманъ послужилъ въ пользу. L. 4 § 27—31 D. de doli mali exc. не относится къ передачѣ обязательства Ср. Вингеровъ въ указанномъ мѣстѣ № 1. Шмидъ II стр. 141 слѣд. 399 слѣд. Зейфф. Arch. XX. 93 (стр. 159).

[6] Ср. l. 34. D. de proc. 3.3, также L., 40 i. f. D. de stip. serv. 45.3. Виндшейдъ. die Actio etc. стр. 183.

[7] До заявленія о передачѣ доселѣшній кредиторъ остается кредиторомъ. и обязательство подлежитъ вліянію его личности; послѣ заявленія онъ перестаетъ быть кредиторомъ. Поэтому должникъ не можетъ противопоставить пріобрѣтателю обязательства возраженія о зачетѣ, проистекающаго изъ основанія, возникшаго послѣ заявленія. Ср. Buchka и Budde Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock V. стр. 221 слѣд., Шмидъ II стр. 413, слѣд.

[8] Въ древнѣйшемъ правѣ этотъ переходъ, по крайней мѣрѣ при передачѣ обязательства по сдѣлкѣ, не предполагался самъ собой, но для каждаго побочнаго права, вытекающаго изъ обязательства, должна была состояться особая передача. Въ новѣйшемъ правѣ это иначе. Ср. l. 6. l. 23 p. r. D. h. t. 18. 14, l. 14 pr. eod. l. 34 pr. D. de leg. III. 32 — l. 6. 7. C. de O. et A. 4. 10, l. 14. C. de fidei. 8. 41 (впрочемъ не совершенно вѣрно, чтобы послѣднее мѣсто содержало въ себѣ указаніе на новое право). Mühlenbruch ст. 477. Schmid. I стр. 19, 27 слѣд. — Ср. еще Seuff Arch. IV. 26, XI, 102 (присяга, принятая цедентомъ не переходитъ къ цессіонарію), XI. 226 (право на полученіе процентовъ за прежнее время не переходитъ съ обязательствомъ).

особенностей самаго обязательства, или изъ личности вѣрителя [9]. Это различіе имѣетъ значеніе только въ томъ случаѣ, когда привилегія еще не даровала особой выгоды обязательству, но предполагаетъ ее лишь въ будущемъ; но въ этомъ послѣднемъ случаѣ, если привилегія основывается на личномъ качествѣ кредитора, пріобрѣтатель не можетъ ею воспользоваться. Сюда относятся, по опредѣленію источниковъ, конкурсныя привилегіи [10].

Что касается возраженій, проистекающихъ изъ личности новаго пріобрѣтателя, то они вполнѣ могутъ быть осуществлены [11]. Съ другой стороны пріобрѣтатель пользуется относительно пріобрѣтеннаго обязательства всѣми принадлежащими ему привилегіями [12], развѣ бы передача произошла злонамѣренно, съ цѣлью ухудшить положеніе должника [13].

§ 85 *. Дѣйствіе передачи обязательства ограничивается положительнымъ закономъ [1] на тотъ случай, когда передача основана на куплѣ [2]. Въ этомъ случаѣ пріобрѣтатель не можетъ требовать отъ должника болѣе того, что онъ самъ заплатитъ за обя-

---

[9] L. 43. D. de usur. 22. 1, l. 7. C. de priv. fidei 7. 73, l. 2. C. de his, qui in prior. 8. 19.

[10] L. 42. D. de adm. et. per. 26. 7, cp. l. 19 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 68 l. 196 D. de R. J. 50. 17. Примѣненіе этого положенія у Зейфф. Arch. XII. 145 [Blätter f. R. Anvend. XXXIII стр. 151 слѣд. XXXIV стр. 114 слѣд.].—Ср. Mühlenbruch § 56, Puchta стр. 485 слѣд. Dernburg Pfandrecht II стр. 449 слѣд. Schmid II стр. 125 слѣд. 397 слѣд. Если смотрѣть на цессіонарія лишь какъ на представителя кредитора, должно, чтобы быть послѣдовательнымъ, предоставить ему безусловное пользованіе всѣми выгодами, принадлежащими кредитору. Виндшейдъ die Actio etc. стр. 186.

[11] Ср. Mühlenbruch § 61, Schmid II стр. 406 слѣд. Зейфф. Arch. VI, 176. Съ точки зрѣнія тѣхъ, кто смотритъ на пріобрѣтателя не какъ на кредитора, при послѣдовательности, должно сказать противоположное. Чтобы обойти эту послѣдовательность, Беръ въ цитир. соч. стр. 445 принимаетъ, что только должнику принадлежитъ право признавать пріобрѣтателя за представителя кредитора; но что ему предоставлено смотрѣть на него и какъ на дѣйствительнаго кредитора. Но Беръ не приводитъ доказательствъ этого различія.

[12] Также какъ относительно обязательства, пріобрѣтеннаго инымъ способомъ. Здѣсь господствующее мнѣніе признаетъ противное, исходя изъ того основанія, что обязательство само по себѣ не переходитъ на пріобрѣтателя. Mühlenbruch § 58, Puchta стр. 489 слѣд. Vangerow III стр. 132, Sintenis II стр. 815; противъ этого Schmid II стр. 387 слѣд. Относительно l. 6. pr. D. de iure fidei 49, 14 см. Виндшейдъ die Actio etc. стр. 187; кромѣ того Мюленбрухъ стр. 578, Пухта стр. 491, Вангеровъ III § 575 прим. 2 въ концѣ (также I § 375 прим. № 1. в.), Синтенисъ II стр. 815 примѣч. 91. Дернбургъ Pfandrecht I стр. 343, Шмидъ II стр. 389 слѣд.

[13] Ср. примѣч. 6.

§ 85. * Мюленбрухъ § 53, Пухта стр. 472 — 478, Шмидъ стр. 34 — 50, Гольцшуеръ III § 226.

[1] Имп. Анастазія l. 22. C. mand. 4. 35. Дополненіе Юстиніана въ l. 23 eod.

[2] L. 22 cit:—«si quis datis pecuniis huiusmodi subieret cessionem».

зательство [3], такъ что должникъ освобождается отъ остальной суммы [4], и не обязанъ платить ее и тому, кому пріобрѣтатель обязательства въ свою очередь передалъ его, хотя бы послѣдній уплатилъ уже всю сумму обязательства [5]. Если этой сдѣлкѣ будетъ данъ другой видъ, то этимъ конечно не исключается примѣненіе приведеннаго законоположенія; въ источникахъ спеціально указывается на тотъ случай, когда сдѣлкѣ придается видъ даренія всего обязательства или части его [6]. Доказательство того, что за обязательство заплачено менѣе его стоимости,—лежитъ на должникѣ [7]. Приведенное законоположеніе распространяется лишь

---

[3] Это постановленіе имѣетъ цѣлью затруднить торговлю обязательствами, которая легко можетъ перейдти въ стѣсненіе должника.—Это постановленіе не имѣло примѣненія въ новѣйшемъ законодательствѣ, такъ оно отмѣнено въ Брауншвейгѣ (законъ 21-го декабря 1848 года), въ Баваріи (законъ 22-го февраля 1851 года), въ Пруссіи (законъ 1-го февраля 1864 года); такъже въ HGB ст. 299. — [Ср. Зейфф. Arch. XXII. 130].

[4] Это опредѣлительно постановлено для того случая, когда сдѣлана попытка обойдти законъ, придавая сдѣлкѣ видъ даренія (l. 23 C. cit.) и поэтому утверждаютъ, что если нѣтъ такой попытки, излишекъ принадлежитъ продающему кредитору (изъ новѣйшихъ юристовъ von Brackenhöft Arch. f. civ. Pr. XXIII. 6, Hertmann. XXXI стр. 68 слѣд. Schmid I стр. 38 слѣд.). Но l. 23 cit. очевидно имѣетъ въ виду только предупредить обходъ постановленія Анастазія, но не опредѣляетъ послѣдствій его нарушенія. См. Вангеровъ III § 576 прим. 1. О признаваемомъ многими, дальнѣйшемъ существованіи естественныхъ обязательствъ см. § 41 прим. 22, Мюленбрухъ стр. 550, Швачертъ die Naturalobligationen стр. 477.

[5] A. M. Arnold prakt. Erörterungen I. 8, а о томъ случаѣ, когда вторичная продажа имѣетъ мѣсто послѣ денунціаціи, Мюленбрухъ стр. 606. Противъ этого см. Пухта § 285. 1 Зейфф. Arch. II. 31.

[6] L. 23. cit.

[7] Не подлежитъ сомнѣнію, что въ случаѣ спора на должникѣ лежитъ обязанность доказать была ли основаніемъ передачи обязательства купля или другая сдѣлка. Напротивъ того господствующее мнѣніе установляетъ что должникъ освобождается отъ представленія доказательствъ того, что, пріобрѣтатель обязательства уплатилъ за него менѣе его номинальной стоимости; наоборотъ пріобрѣтатель обязательства обязанъ доказать, что онъ заплатилъ за него именно столько, сколько онъ требуетъ. Такъ Пухта стр. 478, Синтенисъ II § 128 прим. 57, Вангеровъ III § 576 прим. 2, Шмидъ I стр. 38, см. также Глюкъ XVI стр. 471 и цитир. здѣсь мѣста. Противоположное мнѣніе защищали Веберъ Beweislast VI § 29, Бетманъ—Гольвегъ Versuche стр. 357 и Бурхарди въ особой статьѣ Arch. f. civ. Pr. XVIII. 8. Brackenhöft и Hertmann въ указанныхъ въ прим. 4 мѣстахъ дѣлаютъ и здѣсь тоже самое различіе; при общемъ правилѣ, выраженномъ въ l. 22. C. mand. они возлагаютъ тягость представленія доказательствъ на пріобрѣтателя обязательства, а въ незначительномъ случаѣ, указанномъ въ 23 eod.—на должника. Основаніе, по которому я утверждаю, что тягость доказательствъ лежитъ на должникѣ, заключается въ сказанномъ I § 133 стр. 366: передача обязательства сама по себѣ управомочиваетъ пріобрѣтателя требовать исполненія обязательства въ полномъ его объемѣ; законъ Анастазія установляетъ препятствіе этого значенія передачи. Совершенно аналогическій случай представляетъ l. 17. D. de prob. 22. 3: наслѣдникъ, который въ силу lex Falcidia хочетъ сдѣлать сбавку, долженъ доказать, что она мо-

собственно на договоръ купли, но не на сходныя съ нею сдѣлки, каковы напримѣръ передача вмѣсто уплаты долга, раздѣлъ, учеты [8], и только на частную куплю, а не на куплю съ публичнаго торга [9]. Законоположеніе это предполагаетъ, что предметъ пріобрѣтаемаго обязательства составляетъ извѣстная денежная сумма или вещи, имѣющія рыночную цѣну [10], и что содержаніе договора не представляется неопредѣленнымъ [11]. Обязательства, основанныя на приказахъ и бумагахъ на предъявителя, не подходятъ подъ этотъ законъ уже по тому, что передача ихъ не установляетъ преемства правъ (цессіи) [12] [13].

Lex Anastas., какъ постановленіе положительнаго законодательства, проистекающее не изъ юридической природы предметовъ, а изъ полицейскихъ соображеній (о %) и всѣ положенія, основанныя на этомъ законѣ, не могутъ имѣть примѣненія у насъ.

А. Д.

жетъ имѣть мѣсто, а не получатель отказа долженъ доказать, что она не можетъ имѣть мѣста. Въ пользу обязанности должника доказать (въ силу особаго ганноверскаго закона) Зейфф. Arch. V. 150; въ пользу обязанности пріобрѣтателя—I. 29, V. 126, XV 19.

[8] l. 22. cit.:—„exceptis scilicet cessionibus, quos inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quaecunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his, quos in legatarios seu fidei commissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit“. Изъ этихъ исключеній нельзя вывести заключенія, что законъ этотъ можетъ быть примѣненъ и въ другихъ случаяхъ возмездпаго отчужденія, кромѣ купли. Законъ этотъ исключаетъ даже дареніе и по этому поводу присовокупляетъ: „ut cessiones tam *pro exceptis et specialiter enumeratis, quas aliis causis* factae vel faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant“. См. также Мюленбрухъ стр. 536 слѣд.

[9]) Это принято всѣми. Мюленбрухъ стр. 544, Пухта, стр. 475, Сиитенисъ стр. 806.

[10] Не представляетъ никакого различія, состоялъ ли предметъ обязательства съ самого начала въ платежѣ извѣстной денежной суммы, или только впослѣдствіи предметъ этотъ обратился въ обязанность уплатить денежную сумму. Мюленбрухъ, стр. 543, полагаетъ что законъ этотъ примѣняется ко всѣмъ обязательствамъ, предметъ которыхъ составляютъ ss fungibiles, но согласно ли это съ ограниченіями, указанными въ текстѣ. Другіе говорятъ лишь объ обязательствахъ, предметъ которыхъ составляютъ деньги Ср. Пухта стр. 476, Сиитенисъ стр. 806, Шпидъ I стр. 35.

[11] Пухта стр. 477, Сиитенисъ стр. 807.

[12] См. § 43 прим. 2 и 3. Но независимо отъ этого аргумента всѣми признается непримѣнимость lex Anastasiana къ этимъ обязательствамъ. См. Кунце Inhaberpapiere § 139, 140 и указанную здѣсь литературу.

[13] Другія исключенія, которыя находили возможнымъ дѣлать см. у Мюленбруха ст. 547 слѣд. Этотъ писатель исключаетъ еще тотъ случай, когда нѣсколько обязательствъ на *разныхъ должниковъ* проданы за одну общую цѣну. Такъ и Зейфф.

§ 86 *. Пріобрѣтатель не только обязанъ доказать должнику, что передача обязательства совершилась [1], но онъ долженъ дать должнику возможность опровергать притязанія кредитора, оспаривающаго передачу. Если пріобрѣтатель сдѣлать этого не въ состояніи, то онъ обязанъ обезпечить должника въ томъ, что онъ очиститъ его отъ притязаній, которыя можетъ заявить прежній кредиторъ [2]. Если должникъ исполнилъ обязательство въ пользу

Arch. XIX. 146. Противъ этого съ большимъ основаніемъ возстаетъ Пухта стр. 477, Синтенисъ стр. 807. Я полагаю, что въ этомъ случаѣ продажная цѣна должна быть распредѣлена пропорціонально на различные обязательства. Синтенисъ въ указанномъ мѣстѣ полагаетъ, что тѣ должники, противъ которыхъ предъявлены требованія сначала, должны отвѣтствовать сполна, а когда вся продажная цѣна уплатится, остальные должники освобождаются. — Отреченіе отъ возраженія, основнаго на lex Anastasiana имѣетъ связующее значеніе. Зейфф. Arch. II 30. XVIII. 131.

* Беръ (Jahrb. f. Dogm. I стр. 445 и слѣд.) впервые поднялъ вопросъ объ отношеніяхъ, о которыхъ говорится въ настоящемъ §. См. также Шмидъ II стр. 262 слѣд. Противъ Бера высказался Синтенисъ II § 128 прим. 1. 77. 100. § 86.

[1] Но не доказательство той сдѣлки, которая легла въ основаніе передачи обязательства. Зейфф. Arch. V. 150, X. 36, XI. 136. XIII 18. 90. Ср. Зейфф. Pand. § 298 прим. 4. См. также Зейфф. Arch. I. 336, XI 137, XII, 96. Также v. Salpius Novation и Delegation стр. 418, Шмидъ II стр. 433. Можетъ ли должникъ защищаться указаніемъ на то, что передача есть лишь мнимая? Это отрицаетъ (несправедливо) Шмидъ II стр. 394 и въ рѣшеніяхъ у Зейфф. Arch. XII 337. Ср. впрочемъ Бухка и Будде Entscheidungen des OAG zu Rostok. V. стр. 221. [Зейфф. Arch. XXI. 43. См. далѣе тамъ же XXII. 34].

[2] Иначе должнику грозитъ опасность дважды исполнять обязательство. Напр. пріобрѣтатель доказываетъ должнику передачу обязательства присягой, противъ кредитора, выступившаго впослѣдствіи должникъ не имѣетъ другаго доказательства, какъ присягу; кредиторъ съ своей стороны опровергаетъ присягу присягою же. Должникъ присужденъ къ исполненію обязательства въ пользу пріобрѣтателя и не можетъ требовать отъ него полученнаго обратно, ибо онъ доказалъ, что сталъ кредиторомъ. Беръ стр. 358. 359. Ясно, что этому должна быть оказана помощь, но какъ помочь дѣлу,—не легко рѣшить. Въ этомъ случаѣ Беръ выставляетъ положеніе, что пріобрѣтатель является относительно должника лишь процессуальнымъ замѣстителемъ (§ 329 прим. 10 въ концѣ); отсюда слѣдуетъ, что пріобрѣтатель обязанъ представить cautio de rato. Но этотъ путь, по моему мнѣнію, не приведетъ къ цѣли даже и въ томъ случаѣ, если признать правильною исходную точку Бера. Ибо 1) cautio de rato представляется не въ видѣ обезпеченія отъ иска, предъявленнаго кредиторомъ, но въ видѣ обезпеченія немедленнаго платежа, въ случаѣ предъявленія кредиторомъ этого иска (2. 12 § 3. l. 15 D. ratam rem. 46. 8); 2) cautio de rato имѣло первоначально въ виду не сомнительность права пріобрѣтателя, но непризнаніе этого права со стороны кредитора, независимо отъ его дѣйствительнаго существованія (см. Bethmann-Hollweg Versuche стр. 179 слѣд.); послѣ же того, какъ она ограничилась только случаемъ сомнительности права, то содержаніе ея не могло распространяться на то, что кредиторъ не заявитъ требованій, но распространялось лишь на то, что кредиторъ *дѣйствительно передалъ свое право и поэтому* не предъявитъ требованія; поэтому поручителю должно было быть предоставлено право освободиться отъ поручительства въ случаѣ доказанности передачи права. Но предоставленіемъ цессіонарію пред-

пріобрѣтателя, не истребовавъ такого обезпеченія, то онъ тѣмъ не менѣе можетъ требовать его, когда кредиторъ заявитъ къ нему свои притязанія [3]. Наоборотъ и первоначальный кредиторъ, если онъ, оспаривая передачу обязательства, предъявитъ къ должнику притязанія послѣ того, какъ ему было заявлено о передачѣ,—обязанъ обезпечить должника отъ притязаній пріобрѣтателя обязательства [4]. При дальнѣйшей передачѣ обязательства, возникающія

ставлять такія доказательства, должнику не оказано услуги. Скорѣе достигаютъ цѣли указанныя Беромъ на стр. 454—457 мѣста источниковъ. На основаніи ихъ можно постановить общимъ правиломъ, что каждый, кто требуетъ исполненія обязательства обязанъ представлять должнику обезпеченіе въ томъ, что онъ заступитъ его мѣсто въ случаѣ предъявленія къ нему кѣмъ либо такого же требованія (cautio defensum iri). Правда мѣста эти (l. 1 § 37 D. dep. 16. 3, l 8 § 3 D. de leg II° 31, ср. также l. 57 D. de H. P. 5. 3) отчасти говорятъ лишь о томъ случаѣ, когда по одному и тому же обязательству одновременно заявлены требованія отъ нѣсколькихъ претендентовъ и не касаются случая сомнительности передачи права, но имѣютъ въ виду лишь тотъ случай, когда послѣ исполненія обязательства является еще другое требованіе (l 31 § 1 D. de neg. gest. 3. 5, l 31 pr. D. de H. P. 5, 3. l. 20 § 2 D. fam. erc, 10. 2, l. 1 § 9 D. de dote prael 33. 4, l. 16 § 3. D. od. SC. Treb. 36. 1, l. 14 § 1. D. ind. solvi 46. 7). Что касается послѣдняго, то необходимо замѣтить, что по результату не представляется разницы въ томъ, долженъ ли я признать обращенное ко мнѣ требованіе потому, что оно дѣйствительно существуетъ или потому, что я не могу доказать потери имъ своего основанія; во всякомъ случаѣ есть два мѣста—l. 29 § 6 D. mand. 17. 1 и l. 11. § 21 D. de leg III° 32,—которыя обязываютъ заявляющаго требованіе представить cautio defensun iri, независимо отъ того, имѣетъ ли мѣсто тотъ или другой изъ указанныхъ выше случаевъ. Согласно съ этимъ Шмидъ въ указ. мѣстѣ. О cautio defensum iri см. статью Кроппа въ Heise und Cropp Abhandlungen 1 № 14.

[3] L. 7. § 4 D. de dote prael. 33. 4, l. 5 § 1. D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7. pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 19 D. de praescr. verb. 19, 5. См. также Беръ § 17.—Беръ. стр. 467 держится того мнѣнія, что должникъ, въ случаѣ предъявленія къ нему требованія кредиторомъ, можетъ требовать возвращенія ему всего уплаченнаго имъ цессіонарію, ибо уплата эта произведена съ тѣмъ, молчаливо выраженнымъ предположеніемъ, что прежній кредиторъ не заявитъ по обязательству своихъ требованій. Я не считаю этого вѣрнымъ. Должникъ произвелъ уплату лишь въ томъ предположеніи, что цессіонарію принадлежитъ право по обязательству и что цессіонарій можетъ доказать должнику эту принадлежность.

[4] Для этого случая разрѣшеніе даютъ положенія, содержащіяся въ l. 1 § 37 D. dep. 16. 3, l. 8 § 3 D. de leg. II° 31. Bähr § 19. 20 держится того мнѣнія, что должникъ вправѣ произвести кредитору уплату, освобождаясь отъ дальнѣйшаго платежа, если цессіонарій не въ состояніи оградить его отъ требованій кредитора. Это происходитъ по мнѣнію Бера потому, что кредиторъ имѣетъ fundatam intentionen, которую онъ не обязанъ доказывать; поэтому Беръ исключаетъ тотъ случай, когда кредиторъ, не отрицая факта передачи обязательства, оспариваетъ законность и дѣйствительность ея. Но я не вижу, почему освобожденіе кредитора отъ тяжести представленія доказательствъ даетъ ему право принудить цессіонарія къ осуществленію его права, когда послѣдній не считаетъ осуществленіе своего права совмѣстнымъ съ своими выгодами. Во всякомъ случаѣ, если смотрѣть на кредитора, какъ на всякаго другаго, заявляющаго притязаніе на обязательство, возлагаемая на него тяжесть представленія доказательствъ ни

отсюда правоотношенія обсуждаются по тѣмъ же правиламъ [5]. Если нѣсколько лицъ одновременно заявятъ себя пріобрѣтателями обязательства и представятъ должнику упомянутое обезпеченіе, то онъ платитъ тому изъ нихъ, кто докажетъ свое преимущественное право [6]. Споръ между такими претендентами на обязательство можетъ быть разрѣшенъ тѣмъ, что одинъ изъ нихъ предъявитъ противъ другаго или противъ всѣхъ остальныхъ искъ о признаніи его права [7].

γ. Возможность передачи *).

§ 87. 1. Передача возможна относительно не всѣхъ обязательствъ. Она возможна:

а) Относительно тѣхъ обязательствъ, исполненіе которыхъ возможно только въ пользу извѣстнаго, опредѣленнаго кредитора. На этомъ основаніи не можетъ быть передаваемо обязательство личнаго удовлетворенія [1], именно обязательство, происходящее изъ личной обиды (injuria) [2]. Если исполненіе обязательства пред-

---

коимъ образомъ не усиливается; если онъ впослѣдствіи обязанъ заступить должника въ искѣ предъявленномъ къ нему цессіонаріемъ, онъ, указаніемъ на свое право прежняго кредитора, обязываетъ цессіонарія къ представленію тѣхъ же доказательствъ, которыя должны были бы имѣть мѣсто при заступленіи должника цессіонаріемъ, въ искѣ предъявленномъ кредиторомъ.

[5] Беръ, стр. 477, и въ этомъ случаѣ предоставляетъ лицу, свободному отъ представленія доказательствъ, преимущества, которыя указаны въ предъидущемъ примѣчаніи.

[6] Для этого случая должно, по моему мнѣнію, дать цѣну точкѣ зрѣнія Бера. Источники въ этомъ случаѣ предоставляютъ должнику выборъ (l. 8 § 3 D. de leg. II 31); но собственно потому, что нѣтъ основанія дать предпочтеніе которому либо изъ предъявившихъ требованіе. Но составляетъ большую разницу имѣетъ-ли освобожденіе отъ обязанности представлять доказательства то значеніе, что оно дастъ перевѣсъ надъ равнымъ правомъ противной стороны, или что оно отнимаетъ отъ противной стороны право, которое ей принадлежитъ само по себѣ [Зейфф. Arch. XXI. 270].

[7] См. I § 45 примѣч. 8 и Беръ § 21, Шмидъ II стр. 371 слѣд. [Зейфф. Arch XXI. 270, XXII. 3. Ср. Гольдшмидтъ Handelsrecht I § 73 прим. 11].

* Мюленбрухъ § 22 — 34, Пухта стр. 463 — 472, Шмидъ II стр. 280 слѣд., § 87. Вангеровъ III § 574 прим. 2, Сиитенисъ стр. 797—805, Гольцшуеръ III § 222.

[1] Т. н. actiones vindictam spirantes. Вознагражденіе можетъ быть дано только тому, кто нанесъ ущербъ. Такъ какъ вознагражденіе состоитъ въ извѣстной имущественной уплатѣ со стороны должника, то эта имущественная уплата стоитъ собственно на второмъ планѣ; не эта уплата есть собственно предметъ обязательства, но то вознагражденіе, которое получается субъектомъ обязательства. Поэтому римское право и не причисляетъ къ составу имущества actiones, quæ vindictam continent. L. 28 D. de iniur. 47. 10; l. 8 pr. D. de inoff. test. 5. 2; l. 2 § 4. D. de collat. 37. 6; l. 1. § 8. D. si quid in fr. patr. 38. 4; l. 13. pr. D. de iniur. 47. 10.

[2] Объ остальныхъ относящихся сюда случаяхъ см. § 111 № 1, также Мюленбрухъ стр. 292—302. А. М. Шмидъ II, стр. 228 слѣд.

полагаетъ въ кредиторѣ особое состояніе, которое можетъ быть передаваемо, то вмѣстѣ съ этимъ состояніемъ можетъ быть передано и обязательство; такъ напримѣръ обязательство, содержаніе котораго заключается въ установленіи имущественнаго сервитута можетъ быть передано вмѣстѣ съ правомъ собственности на тотъ участокъ, въ пользу котораго установленъ сервитутъ [3].

b) Невозможна передача тѣхъ обязательствъ, исполненіе которыхъ въ пользу другаго лица возможно только съ убыточнымъ для должника измѣненіемъ содержанія обязательства [4].

c) Обязательственное право можетъ быть такого рода, что, хотя къ нему не относится ни тотъ, ни другой изъ указанныхъ случаевъ, но исполненіе его возможно только относительно даннаго лица. Этотъ случай разрѣшается волей тѣхъ лицъ, которыя создали обязательство, т. е. то правоотношеніе, на которомъ оно основывается [5]. На этомъ именно основаніи [5a] не можетъ быть передано право на полученіе содержанія (alimentum) [6] [7]. Если воля лицъ, создавшихъ обязательство, заключается въ томъ, что оно должно быть исполнено только въ пользу лица, имѣющаго опредѣленное качество, или находящагося въ извѣстномъ поло-

---

[3] Мюленбрухъ § 28 въ началѣ.

[4] Выраженіе употребленное въ текстѣ, вслѣдствіе краткости не совершенно точно. Измѣненіе содержанія обязательства всегда связано съ измѣненіемъ субъекта его (§ 81 прим. 2). Такимъ образомъ здѣсь идетъ рѣчь о такомъ измѣненіи содержанія обязательства, которое происходитъ независимо отъ того, что теперь исполненіе обязательства совершается въ пользу другаго. Такъ напр. при обязательствѣ установить личный сервитутъ при измѣненіи лица кредитора измѣняется самый срокъ сервитута.

[5] Напр. въ договорѣ постановлено, что должникъ становится обязаннымъ лишь относительно опредѣленнаго кредитора. Ср. также Зейфф. Arch. V. 11. [L. Seuffert. Arch. f. civ. Pr. LI. 6].

[5a]. О невозможности передать обязательство, проистекающее изъ pactum de mutuus dando: Зейфр. Arch. XIX. 35. Кирульфъ, Entscheidungen des OAG zu Lübeck. 1866 № 86.

[6] Обязательство доставленія алиментовъ заключается въ томъ, что извѣстное лице обязывается пропитывать и т. п. ребенка, отца и т. п. Если бы это обязательство было передано, то конечно было бы возможно, что получающій алименты получилъ бы достаточныя средства для своего содержанія изъ той цѣны, за которую онъ уступилъ свое право; но это не представляется необходимымъ. Иначе будетъ если обязательство заключается не въ доставленіи содержанія, но въ опредѣленномъ платежѣ, который долженъ служить содержаніемъ. Субъектъ обязательства пользуется этимъ платежемъ и въ томъ случаѣ, если онъ осуществитъ обязательство, передавъ его; но цѣль, достигаемая обязательствомъ не составляетъ содержаніе. Мнѣнія по этому поводу различны. Мюленбрухъ стр, 329, Пухта стр. 466, Синтенисъ стр. 799, Шмидъ II стр, 287 [Зейфф. Arch. XXI. 132].

[7] Другой примѣръ представляютъ opera officiales римскаго libertus'a. L. 9 § 1. D. de op. lib. 38. 1. Мюленбрухъ стр. 304. Далѣе право отступленія. Мюленбрухъ стр. 323 слѣд. Шмидъ II стр. 287.

женіи, то передача возможна только относительно тѣхъ лицъ, которыя имѣютъ эти качества, или находятся въ этомъ положеніи [8].

---

d) Запрещена передача обязательствъ, состоящихъ въ спорѣ [9].

Такого запрещенія въ русскомъ законодательствѣ нѣтъ. (Срав. „Сводъ“ I, 608). А. Д.

Относительно обязательствъ, здѣсь не перечисленныхъ, возможна передача. Она возможна относительно обязательствъ, основывающихся на личной привилегіи вѣрителя [10]; относительно условныхъ [11], срочныхъ [11] и будущихъ [12] обязательствъ; относительно обязательствъ, имѣющихъ сложное содержаніе (§ 4, № 3), хотя бы это содержаніе разъяснилось лишь съ теченіемъ времени [13]; относительно обязательствъ, проистекающихъ изъ взаимныхъ договоровъ или изъ такихъ дѣйствій, которыя могутъ предоставить должнику самостоятельное требованіе [14]; относительно

---

[8] Синтенисъ стр. 800 прим. 32.

[9] См. I § 125 № 1 и указанныхъ тамъ писателей. Зейфер. Pand. 299 прим. 8 Arch. V. 9. 10, XI. 135, XII. 89, XIV. 251, XV. 217 [XXI. 121]. Кирульфъ Entscheidungen des OAG zu Lübeck 1866 стр. 82.

[10] Такъ напр. несовершеннолѣтній можетъ передать свое право просить о возстановленіи прежняго состоянія. L. 24. pr. D. de min. 4. 4. См. также Синтенисъ стр. 801, примѣч. 38.

[11] L. 17. 19. D. de h. t. 18. 4, l. 43. D. mond. 17. 1. [къ этому и слѣд. примѣчанію: Шлезингеръ über die Unzulässigkeit der Beschlagnahme des noch nicht verdienten Lohnes. (Leipzig 1869) § 7].

[12] При будущихъ обязательствахъ, т. е. при такихъ обязательствахъ, которымъ еще не положено основанія (I. § 225 прим. 6). Но для этого положенія нѣтъ рѣшительнаго доказательства. Лучшимъ аргументомъ является то, что возможенъ залогъ будущаго имущества (l. 9. C. quæ res pign. 8. 17), слѣдовательно также и тѣхъ обязательствъ, которыя будутъ пріобрѣтены. L. 3 Cod. de don. 8. 4. („Spem futurae actiones.... posse transferri non immerito placuit“) можетъ быть отнесено къ условному обязательству (§ 4. I. de V. O. 3. 15); l. 11. D. de h. t. 18. 4, не говоритъ о будущемъ наслѣдствѣ. Мюленбрухъ стр. 259—262, Шмидъ II, стр. 284.

[13] Такъ напр. можетъ быть передано обязательство, принадлежащее довѣрителю, товарищу и т. п., т. е. право на все, что можетъ требовать теперь или впослѣдствіи довѣритель или товарищъ въ силу договора довѣренности или товарищества. Пріобрѣтатель обязательства не становится по передачѣ ему обязательства довѣрителемъ или товарищемъ, и слѣдовательно на него не переходятъ обязанности, лежащія на уступающемъ обязательство. Ср. Мюленбрухъ стр. 307, Пухта стр. 464, Зейффертъ. Arch. V. 125.

[14] Actio contraria ср. § 72. Но чрезъ передачу обязательства должникъ не лишается возраженія, возникшаго для него вслѣдствіе того, что относительно его не исполнено соотвѣтствующее обязательство, или что не удовлетворено принадлежащее ему обратное требованіе. Зейф. Arch. I. 28, V. 125, VIII. 35, XI. 32. 225, XIII. 89, ср. XIV, 215 [Шлезингеръ въ указ. соч. § 14. 15, Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. XIII стр. 648 слѣд.].—Отсюда, въ связи со сказаннымъ въ предъидущемъ примѣчаніи, слѣдуетъ, что могутъ быть передаваемы обязательственныя права, воз-

придаточныхъ обязательствъ [15]. Также можетъ быть передано право, соотвѣтствующее естественному обязательству [16] [17].

2. *Не всякому могутъ быть передаваемы обязательства:*

а) Они не могутъ быть передаваемы лицу болѣе вліятельному (potentior) [18], т. е. такому лицу, противъ котораго должнику труднѣе защищаться. Но это запрещеніе предполагаетъ, что передача совершается для стѣсненія должника [19]. Послѣдствіемъ нарушенія этого запрещенія является не только ничтожность передачи, но и потеря обязательства и освобожденіе должника [20].

Это ограниченіе, порожденное хищностью и вымогательствами

никающія изъ договоровъ аренды и имущественнаго найма. Глюкъ XVIII стр. 27 слѣд. Кроппъ въ Heise u. Cropp. jur Abhandlungen I № 10, Шмидъ II стр. 314 слѣд.; Моммзенъ Erörterungen I стр. 136 въ примѣч.; Мюленбрухъ стр. 310 слѣд., и цитированныхъ у Глюка XVIII стр. 28. Зейф. Arch. XVI. 209.

[15] О различныхъ мнѣніяхъ ср. Мюленбрухъ § 28, Пухта стр. 467, Вангеровъ III стр. 119 [7 изд. стр. 109], Спитенисъ стр. 801.

[16] Ср. I. 40 pr. l. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Мюленбрухъ стр. 252 слѣд. Особая статья по этому вопросу: d'Avis u. Arndts въ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X. 5. A. M. Шванертъ Naturalobligationen, стр. 176 слѣд. Шмидъ I, стр. 54 слѣд. Право компенсаціи однако исключается, оно не переходитъ на пріобрѣтателя. Я не считаю этого правильнымъ; если принять это положеніе, то приходится распространять его и на тотъ случай, когда должникъ, *послѣ передачи обязательства*, пріобрѣтаетъ обязательство противъ цессіонарія; этого случая, кажется, не принимаютъ въ соображеніе. Только въ томъ случаѣ можно отказать цессіонарію въ правѣ компенсаціи, когда передача обязательства злонамѣренно производится съ цѣлью ухудшить положеніе должника. Средняго мнѣнія держится Вангеровъ § 574 прим. 2 въ началѣ («in der Regel»). Впрочемъ это положеніе, согласно сказанному въ § 41, непримѣнимо къ новѣйшему праву.

[17] О передачѣ корреальныхъ обязательствъ: Фрицъ, Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX стр. 63. слѣд.

[18] Болѣе вліятельному, potentior. L. 2 C. ne liceat. potent. 2. 14, ср. c. 2 X. de al. iud. mut. l. 42. Мюленбрухъ § 30. Пухта стр. 470, Фрицъ Erläut. II стр. 213. слѣд., Вангеровъ III стр. 120—122 [7 изд. стр. 109—111], Спитенисъ II стр. 802. прим. 40 [Pfeiffer praktische Ausführungen IV. 6 (1836)].

[19] Это слѣдуетъ изъ заключительныхъ словъ закона («aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores»), а также и изъ того, что за нарушеніе этого закона установлено наказаніе („debiti creditores jactura mulctentur"). Другіе не требуютъ наличности злой воли передающаго обязательства. См. писателей, указанныхъ у Мюленбруха стр. 371, примѣч. 284. Мюленбрухъ (а съ нимъ вмѣстѣ и Фрицъ) не допускаетъ примѣненіе установленнаго этимъ закономъ наказанія при наличности одной злонамѣренности передачи обязательства, но требуетъ для этого, чтобы посредствомъ симулированной передачи противъ должника былъ выставленъ болѣе требовательный противникъ. Противъ этого см. Вангеровъ въ цитированномъ сочиненіи. При современныхъ правоотношеніяхъ приведенное запрещеніе значительно утратило свое значеніе. Спитенисъ въ цитированномъ сочиненіи совершенно отрицаетъ возможность его примѣненія. Примѣнимость его предполагается въ рѣшеніи OAG. zu Lübeck у Кирульфа Entscheidungen etc. etc. 1866 стр. 82. Ср. также Гольцшуеръ III § 221 № 3, b.

[20] Другіе установляютъ переходъ обязательства въ казну. Мюленбрухъ стр.

сановниковъ императорскаго правительства Рима, не находитъ себѣ подтвержденія въ нашихъ законахъ.

А. Д.

b) На томъ же основаніи и съ тѣми же послѣдствіями воспрещена передача обязательства еврею на христіанина,—въ пользу христіанина [21].

Это постановленіе также не примѣнимо къ русскому праву, по которому евреи пользуются полнѣйшею судебною защитою.

А. Д.

c) Далѣе воспрещена передача обязательства относительно подопечнаго въ пользу опекуна и даже въ пользу бывшаго опекуна—обязательства, возникшаго при существованіи опеки [22] точно также подъ страхомъ утраты обязательства въ пользу должника [23].

Если сыну, состоящему подъ отцевскою властью, будетъ передано обязательство противъ отца, причемъ эквивалентъ его полученъ изъ имущества этого послѣдняго, то остается только естественное обязательство (см. § 41 № 6) [24].

δ. Правоотношенія между кредиторомъ и пріобрѣтателемъ права по обязательству.

§ 88. Кредиторъ обязанъ при добровольной передачѣ обязательства передать пріобрѣтателю всѣ средства, необходимыя для осуществленія правъ по обязательству [1]. То, что кредиторъ получитъ послѣ передачи обязательства, онъ долженъ передать прі-

---

377. Остается ли затѣмъ естественное обязательство? См. по этому вопросу § 41 примѣч. 22. Шванертъ Naturalobligationen стр. 476.

[21] R. A. 1551 § 79, R. P. O. 1577. Tit. 20 § 4. Мюленбрухъ § 34, Пухта стр. 471, Вангеровъ III стр. 123 [7 изд. стр. 112], Синтенисъ II стр. 804. Относительно примѣненія этого запрещенія теперь см. Гольцшуеръ III § 221 № 3. a.

[22] Nov. 72 c. 5. Мюленбрухъ § 32, Пухта стр. 468, Вангеровъ III стр. 122 [7 изд. стр. 111], Синтенисъ II стр. 803, Зейфф. Arch. IX, 23, XIX, 36.

[23] — „et lucrum fieri adolescentis". См. § 41 примѣч. 22, Мюленбрухъ стр. 392, Пухта стр. 469, Шванертъ Naturalobl. стр. 478.

[24] L. 7. D. de O. et A. 44. 7. „Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate ejus est filius". Исключеніе составляетъ въ смыслѣ этого мѣсто пріобрѣтеніе изъ peculium castrense, и въ смыслѣ компиляторовъ пріобрѣтеніе изъ peculium adventice. Ср. § 41 примѣч. 27; о различныхъ мнѣніяхъ Мюленбрухъ § 33, Пухта стр. 465, Вангеровъ III стр. 118, Синтенисъ стр. 799.

[1] Заявленіе, что обязательство имѣетъ быть передано, недостаточно, если пріобрѣтателю не дано возможности доказать, что передача состоялась. Если обязательство передается въ силу закона или судебнаго приговора, то они требуютъ передачи не только обязательства, но и находящихся въ рукахъ кредитора доказательствъ. Ср. Мюленбрухъ стр. 621, Пухта стр. 480, Беръ Jahrb. f. Dogm. I, стр. 481, Кирульфъ Entscheidungen des OAG zu Lübeck 1866 стр. 426. § 88.

обрѣтателю [2]. На вопросъ о томъ, въ чемъ отвѣтствуетъ кредиторъ предъ пріобрѣтателемъ, только ли въ юридическомъ существованіи обязательства, или же и въ фактической осуществимости его, — не можетъ быть дано отвѣта, основаннаго на одномъ фактѣ передачи; это зависитъ отъ правоотношенія, послужившаго основаніемъ для передачи [3].

ε. Передача вещныхъ требованій.

§ 89. Подобно обязательственнымъ правамъ, могутъ быть передаваемы и вещныя требованія [1]. Къ нимъ примѣняются правила, аналогичныя съ правилами передачи обязательственныхъ правъ.

---

[2] Потому что полученное вошло въ имущество его если и по праву съ формальной стороны, то не по праву съ матеріальной стороны; поэтому здѣсь установляется condictio sine causa, если не право требованія на основаніи правоотношеній, образовавшихся изъ цессіи (l. 23 § 1. D. de h. t. 18- 4). Ср. l. 39. D. de stip. serv. 45. 3, l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 23 eod. l. ult. D. de neg. gest. 3. 5, l. 1. C. de reb. al. non. alien. 4. 51. (§ 174 примѣч. 4). Это относится и къ тому случаю, когда обязательство получаетъ другой цессіонарій. Ср. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. I, стр. 117, Беръ ib. стр. 489.

[3] Это очевидно вѣрное положеніе установлено и тщательно разработано въ сочиненіи Шлимана: die Haftung des Cedenten (1848, 2 изд. 1850). Прежде существовало правило, что цедентъ отвѣтствуетъ за юридическое существованіе обязательства (de veritate nominis), но не за фактическую его осуществимость (de bonitate), при чемъ обобщалось то, что говорится о покупкѣ обязательства въ l. 4. 5 D. h. t. 18. 4, l. 74 § 3. D. de evict. 21. 2. На этой точкѣ зрѣнія стоятъ еще (болѣе или менѣе) Мюленбрухъ § 64, Пухта стр. 481, Синтенисъ стр. 809 (который повидимому не знаетъ сочиненія Шлимана). Примѣры: 1) продавецъ отвѣтствуетъ за существованіе, а не за осуществимость обязательствъ (см. цитиров. мѣста); 2) завѣдывающій чужимъ имуществомъ, который производитъ уплату передачей обязательствъ, отвѣчаетъ за то и другое; 3) даритель не отвѣчаетъ ни за то, ни за другое (l. 18 § 3 D. de don. 39. 5). Ср. Зейффертъ Pand. § 300 съ прим. 4. Зейфф. Arch. XI. 62. — Что считается bonitas nominis? Зейфф. Arch. V. 149. XIII. 20.

§ 89. * Ср. по этому, до сихъ поръ оставлявшемуся безъ вниманія, ученію (кромѣ Мюленбруха стр. 18. 247 слѣд. 507) — статью Йеринга Jahrb. f. Dogm. I. стр. 3 (1857). Виндшейдъ die Actio etc. § 22. Циммерманъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XV. 4, Беккеръ Jahrb. f. gem. R. IV стр. 205 слѣд. Синтенисъ II § 128 прим. 26. Далѣе Шмидъ II стр. 328 слѣд. [Зейфф. Arch. XXII. 229].

[1] Источники приводятъ слѣдующіе случаи примѣненія этого: 1) передача rei vindicatio тому, кто долженъ доставить вещь, но доставить ее не можетъ и поэтому долженъ нести отвѣтственность за убытки. (l. 63. D. de R. V. 6. 1, l. 25 § 8. D. loc. 19. 2, l. 12. D. de re iud. 42. 1); 2) передача rei vindicatio тому, кто имѣетъ получить вещь, которой однако противная сторона не можетъ доставить, потому что она безъ вины ея болѣе не имѣетъ и поэтому не отвѣчаетъ ни за вещь, ни за убытки (l. 21, D. de R. V. 6. 1, § 3 J. de emt. et vend. 3. 23, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 14 pr. D. de furt. 47. 2, l. 39. D. de don i. v. e. u. 24. 1); 3) продажа actio in rem, l. 9. C. h. t. 4. 39.

1. Передача можетъ основываться на изъявленіи воли управомоченнаго, на судебномъ рѣшеніи или на предписаніи закона [2].

2. Передача тотчасъ дѣлаетъ пріобрѣтателя субъектомъ права [3], но доселѣшній кредиторъ перестаетъ быть таковымъ лишь съ момента овладѣнія требованіемъ со стороны пріобрѣтателя по отношенію къ обязанному (заявленіе) [4].

3. Пріобрѣтатель получаетъ право не только въ настоящемъ, но и въ будущемъ его видѣ. Поэтому, въ частности, пріобрѣтатель вещнаго требованія можетъ выступить съ искомъ не только противъ теперешняго, но и противъ будущаго владѣльца. Онъ можетъ выступить и противъ собственника, если бы имущество попало въ его владѣніе [5].

4. Пріобрѣтатель вещнаго требованія не пріобрѣтаетъ однако вещнаго права [6]; оно остается у прежняго субъекта права [7]. Если послѣдній самъ потеряетъ вещное право, то вмѣстѣ съ тѣмъ уничтожается и вещное требованіе къ нему [8]. Тѣмъ не менѣе преемники правъ передающаго, и не одни общіе (универсальные) преемники его правъ должны признавать совершившуюся пере-

---

[2] Въ l. 63 D. de R. V. 6. 1. приведенъ случай передачи на основаніи закона „cum tamen praetor auxilium quandoque daturus sit.“—Сюда не относятся тѣ случаи, когда передача не собственнику rei vindicatio utilis есть лишь римское выраженіе, означающее передачу права собственности или другаго вещнаго требованія. См. I § 174 прим. 9.

[3] Неправильно у Виндшейда die Actio etc. стр. 220. См. § 83, примѣч. 8.

[4] Это отрицаетъ Йерингъ въ указ. соч. стр. 111 слѣд.; онъ не допускаетъ распространенія денунціаціи на передачу вещныхъ требованій. Противъ этого Виндшейдъ стр. 220, Беккеръ стр. 208, Синтенисъ въ указ. соч. См. также Циммерманъ стр. 111.

[5] L. 63 D. de R. V. 6. 1.:—«ipso quoque, qui litis aestimationem perceperit, possidente debet adiuvari». Др. мнѣнія Йерингъ стр. 110 [Экспеpъ Tradition стр. 193 слѣд.]; противъ этого Беккеръ стр. 207, Беръ Jahrb. f. Dogm. I стр. 444, Циммерманъ стр. 109, Шмидъ стр. 329 слѣд. Ср. также Виндшейдъ die Actio etc. стр. 136 [Гольдшмидтъ Handelsr. I § 73 прим. 19. 20].

[6] Требованіе можетъ быть передано ему для того, чтобъ онъ пріобрѣтеніемъ владѣнія пріобрѣлъ и право. Йерингъ стр. 119.

[7] Обязательственное требованіе исчерпываетъ вещное право; если оно передано доселѣшнимъ кредиторомъ новому пріобрѣтателю, то собственно кредиторомъ становится послѣдній, первый же перестаетъ быть имъ. Напротивъ того вещное требованіе не исчерпываетъ вещнаго права; оно является лишь отдѣльною частью его.

[8] Прежде я отрицалъ это (die Actio etc. стр. 221). Но требованіе есть только форма проявленія права, и потому существуетъ и прекращается вмѣстѣ съ нимъ. Если римское право относительно вещнаго требованія признавало противное, то это имѣло основаніе въ томъ, что оно оставляло цеденту не самое право, но лишь одно названіе права. Конечно мыслимо такое положеніе права, которымъ вещному требованію создавалось бы самостоятельное, согласное съ его собственными законами, существованіе; но чтобы такъ далеко пошло римское право, не подтверждается ничѣмъ. Ср. Йерингъ стр. 112 [Goldschmidt въ цитир. соч. прим. 20 въ концѣ].

дачу, преемники общіе—безусловно, а частные—по правиламъ, изложеннымъ въ примѣчаніи [9].

В. Частное преемство отвѣтственности по обязательствамъ.

§ 90. Римское право столь же мало признавало частное преемство пассивной стороны обязательствъ, какъ и активной. И при посредствѣ передачи права иска (actio) оно допускало передачу долга лишь въ томъ случаѣ, когда это требовалось положительно постановленіемъ закона [1]. Съ другой стороны оно не допускало, чтобы право иска (actio) могло быть перенесено съ одного должника на другаго посредствомъ договора [2]. Такимъ образомъ

---

[9] Нужно различать передано ли вещное требованіе для пріобрѣтенія вещнаго права (прим. 6) или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ частный преемникъ отвѣчаетъ безусловно по аналогіи съ т. н. exceptio rei venditae et traditae (I § 197), во второмъ случаѣ онъ отвѣчаетъ лишь тогда, если его преемство основано на титулѣ благотворительности, точно также, какъ и залогодержатель, l. 4 § 27—31 D. de doli etc. 44. 4. Шмидъ стр. 332 допускаетъ отвѣтственность преемника лишь въ послѣднемъ случаѣ. Йерингъ вовсе не допускаетъ ея. Беккеръ стр. 207.

§ 90. * По этому вопросу прежде всего нужно сравнить исполненное достоинствъ сочиненіе Дельбрюкъ: die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischem Recht (1853); см. по этому вопросу Виндшейдъ Krit. Ueberschau I 2 и Гинрихсъ въ Kieler Allg. Monatschrift Jahrg. 1853 стр. 685. слѣд. Далѣе: Кунце die Obligation etc. стр. 301 слѣд. (1856), Виндшейдъ die Actio etc. § 21 (1856), Бушъ Verträge zu Gunsten Dritter § 18—24 (1860), Беръ Jahrb. f. Dogm. VI стр. 170 слѣд. (1863), Цаунъ Arch. f. prakt. RV. N.F. I стр. 113—131 (1864). ф. Сальпіусъ Novation und Delegation § 55. 56. 67—69. 80 (1864), Гюргенсъ Jahrb. f. Dogm. VIII 8 (1866), Арндсъ § 254 прим. 7, Рудорфъ въ 10 изданіи Puchta's Pandekten § 285a, Синтенисъ II § 102 прим. 132. См. также die Lehrbücher des deutschen Privatrechts Безелеръ § 118 и Блюнтчли § 110.

[1] Примѣры: l. 61 D. de proc. 3. 3, l. 4 pr. D. de re iud. 42. 1; l. 1 C. quando ex facto tut. 5. 39, l. 8 D, eod. 26. 9.

[2] Ничто не мѣшаетъ тому, чтобы должникъ противопоставилъ кредитору procurator in rem suam, также какъ и кредиторъ могъ противопоставить его должнику. Но изъ договора, которымъ кто либо принялъ на себя въ качествѣ procurator in rem suam установленное противъ должника actio, для procurator'a не возникало обязательственнаго права противъ кредитора, какъ возникало для procurator'a in rem suam, установленнаго кредиторомъ, право (actio utilis) противъ должника. Точно также и посредствомъ mandatum actionis противъ преемника обязанности должника не установлялось actio utilis. L. 2 C. h. t. 4. 39. «Ratio iuris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fidei commissariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine.... Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest». Точно также l. 26. C. de pact. 2. 3, l. 22. C. de don. 8. 54, l. 28. D. eod. 39. 5, l. 72 pr. D. de J. D. 23. 3. Конечно должникъ оставался обязаннымъ, несмотря на то, какимъ способомъ перенесъ на себя обязанность принявшій долгъ. См. впрочемъ также l. 2 C. de pactis 2. 3. «Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emtores actiones suas movisse probare poteris, eosque eas spontanea voluntate suscepisse, exceptione

по римскому праву измѣненіе лица должника можетъ быть сдѣлано только посредствомъ установленія новаго обязательства, вмѣсто прежняго (novatio).

Современное право идетъ далѣе. Оно допускаетъ, что посредствомъ договора должникъ можетъ быть замѣненъ другимъ, притомъ съ сохраненіемъ тождества обязательства [3]. Но для дѣйствительности такого договора необходимо согласіе кредитора, интересы котораго затрогиваются совершенно иначе перемѣной должника, нежели интересы должника перемѣной кредитора [4]. Это согласіе можетъ быть выражено явно или молчаливо [5], оно можетъ состояться во время передачи, или впослѣдствіи [6]. Если согласіе кредитора не дано одновременно, то принявшій на себя обяза-

---

faciti pacti non inutiliter defenderis». Дельбрюкъ стр. 121—127, Виндшейдъ Actio стр. 204—208.

[3] Если воля сторонъ дѣйствительно направлена къ тому, чтобы существующая обязанность перешла къ другому лицу и чтобы она не замѣнилась другою, то нѣтъ достаточнаго основанія чтобы препятствовать осуществленію этой воли. Если обязательство, по своему юридическому содержанію, не зависитъ отъ личности опредѣленнаго кредитора, то точно также оно можетъ продолжать свое существованіе и послѣ замѣны одного должника другимъ; личность должника для существованія обязательства не имѣетъ болѣе существеннаго значенія, нежели личность кредитора. Римляне были принуждены къ принятію новаціи потому, что необходимое во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ участіе кредитора (см. прим. 4 и слѣдующее въ текстѣ) могло совершиться для нихъ только въ формѣ стипуляціи; стипуляція же всегда создаетъ новое обязательство. То же обстоятельство, что и римское право сознавало, что новація не удовлетворяетъ практической потребности, доказываетъ уже то положеніе, что залоговое право, обезпечивающее прежнее обязательство, могло быть перенесено на новое (I § 233в примѣч. 1), что составляетъ явную непослѣдовательность. Ф. Сальпіусъ (въ цитир. соч.), который безъ достаточныхъ основаній оспариваетъ приведенное положеніе (§ 35) и видитъ въ новаціи преемство, не смотря на то, что ею уничтожается прежнее обязательство (ср. § 82, прим. 10 и § 105, прим. 5), полагаетъ, что новація удовлетворяетъ всѣмъ потребностямъ гражданскаго оборота. Но во всякомъ случаѣ для залоговаго права она требуетъ новаго договора и непремѣнно уничтожаетъ конкурсныя привиллегіи (l. 29. D. de nov. 46. 2).

[4] Если обязательство при перемѣнѣ должника и не теряетъ своего юридическаго содержанія, тѣмъ не менѣе его экономическая стоимость можетъ измѣниться. Обязательство, которое не можетъ быть осуществлено, въ экономическомъ отношеніи равно несуществующему обязательству.

[5] О молчаливомъ согласіи кредитора можно заключить изъ всякаго отношенія его къ лицу, принявшему на себя долгъ, слѣдовательно и изъ предъявленія къ нему иска. Ср. l. 3 C. de pact. 2. 3. Виндшейдъ Krit. Ueberschau стр. 45, Гюргенсъ стр. 274, слѣд.

[6] Отношеніе здѣсь тоже самое, какъ и при отчужденіи чужаго имущества, или, что еще ближе, чужаго обязательства. Безъ согласія субъекта права подобное отчужденіе не дѣйствительно, но оно можетъ сдѣлаться дѣйствительнымъ при послѣдующемъ его согласіи (I § 81 № 3). Это самое простое и естественное объясненіе принятія на себя чужаго долга безъ единовременнаго согласія кредитора, въ томъ видѣ, какъ оно понимается Гюргенсомъ, Арндтсомъ и Рудерфомъ [Ун-

тельство остается во всякомъ случаѣ отвѣтственнымъ до тѣхъ поръ, пока не послѣдуетъ рѣшенія кредитора [7]. Впрочемъ, если кредиторъ не привлеченъ къ участію въ сдѣлкѣ между должникомъ и принимающимъ на себя отвѣтственность, то нужно обращать вниманіе на то, имѣлъ ли этотъ послѣдній намѣреніе дѣйствительно принять на себя отвѣтственность и относительно кредитора, или же его воля заключалась только въ томъ, чтобы обязаться относительно должника защитить его отъ требованія кредитора [8].

Переходъ обязательства по современному праву можетъ совершиться какъ по договору, такъ и по судебному рѣшенію. Согласіе кредитора, конечно, необходимо и здѣсь [9].

геръ Jahrb. f. Dogm. X стр. 87 слѣд.]. Въ первомъ изданіи настоящей книги я предлагалъ другое объясненіе: я принималъ, что въ заявленіи должнику о принятіи его долга заключается и заявленіе кредитору, такъ что послѣдующее согласіе кредитора производитъ между нимъ и принимающимъ на себя долгъ договоръ. Я и теперь считаю подобное объясненіе возможнымъ, но не необходимымъ. Такой ходъ дѣла лишь не вполнѣ соотвѣтствуетъ практической потребности, потому что онъ оставляетъ принимающаго долгъ не обязаннымъ кредитору до тѣхъ поръ, пока имъ не будетъ выражено согласія (ср. прим. 7). О различныхъ попыткахъ дать объясненіе этому вопросу ср. Дельбрюкъ, стр. 70, слѣд. (Виндшейдъ, Krit. Ueberschau стр. 32—35), также Гюргенсъ стр. 235 слѣд. Дельбрюкъ выставляетъ такое положеніе, основанное на нѣмецкомъ правовомъ воззрѣніи и на современномъ развитіи права, въ силу котораго долгъ, какъ вещественное проявленіе обязательства, можетъ быть передаваемъ какъ вещь изъ одного имущества въ другое. Противъ этого см. Виндшейдъ Krit. Ueberschau стр. 36 — 40, Кунце, § 77—79, Гюргенсъ стр. 250, слѣд. Кунце приписываетъ договору о принятіи долга то значеніе, что онъ производитъ дополнительный договоръ между должникомъ и принимающимъ на себя долгъ. Ср. объ этомъ Виндшейдъ стр. 214, 180—181, Гюргенсъ стр. 258 слѣд. Беръ въ договорѣ принятія на себя долга видитъ уступку должникомъ кредитору права воспользоваться въ качествѣ представителя принадлежащимъ ему (должнику) требованіемъ противъ принявшаго на себя долгъ; Цаунъ и другіе видятъ здѣсь молчаливую цессію. Противъ этого см. § 68 прим. 19. Всѣ приведенные писатели оставляютъ совмѣстную отвѣтственность должника и принявшаго на себя долгъ, между тѣмъ какъ предложенная выше конструкція, посредствомъ вступленія въ обязательство принявшаго на себя долгъ, освобождаетъ должника. Изъ практики см. рѣшенія, приведенныя у Бера (цитир. соч.) подъ №№ 1. 9. 10. 12. 17. 20. 24. 25. 28. 30. 35., далѣе Зейфф. Arch. VIII. 30, XI. 83 [XXI. 38. 39. 40. 41].

[7] Точно также и произведшій отчужденіе чужой вещи остается обязаннымъ, пока не послѣдуетъ согласія собственника.—Если до изъявленія кредиторомъ согласія долгъ передается дальше, то становится обязаннымъ и слѣдующій приниматель. Гюргенсъ стр. 306 слѣд.

[8] Ср. Виндшейдъ Actio стр. 211. Ср. Зейфф. Arch. XX. 27.

[9] По римскому праву кредиторъ, предъявивъ требованіе противъ того, кому поручена уплата долга, еще не получалъ противъ него права; такое право устанавлялось только добровольнымъ принятіемъ этимъ лицемъ долга на себя. Ср. l. 3. D. fam. erc. 10. 2. Если по современному праву вообще возможенъ переходъ права отъ одного субъекта къ другому, то такой переходъ можетъ быть установ-

§ 91. Отвѣтственность переходитъ къ новому должнику въ томъ же видѣ, въ какомъ она была и у прежняго, слѣдовательно вмѣстѣ съ относящимися къ ней возраженіями, исключая тѣхъ, которыя относятся къ опредѣленной личности должника, а не къ обязательству [1]. Точно также отвѣтственность переходитъ вмѣстѣ съ ея преимуществами, а именно съ ея придаточными правами [2]. Однако, если третье лицо поручилось за обязательство или установило въ обезпеченіе его залогъ, то нужно имѣть въ виду не желало ли оно представить обезпеченіе только за извѣстнаго должника; въ случаѣ сомнѣнія должно быть принято послѣднее [3].

Основанія для спора, вытекающія изъ отношеній между должникомъ и лицомъ, принимающимъ на себя отвѣтственность за него, не имѣютъ дѣйствія относительно кредитора [4].

§ 92. Что касается возможности передачи отвѣтственности по обязательствамъ, то здѣсь не существуетъ тѣхъ положительныхъ ограниченій, какъ при передачѣ правъ по нимъ. Изъ сущности предмета слѣдуетъ, однакожъ, что она можетъ быть допущена только въ случаѣ возможности исполненія обязательства принимающимъ его на себя [2] и только въ томъ случаѣ, когда такая передача

ленъ и судебнымъ рѣшеніемъ; здѣсь воля того, кто долженъ сдѣлаться должникомъ, замѣняется судебнымъ рѣшеніемъ, точно также, какъ при переходѣ обязательства имъ замѣняется воля прежняго кредитора.

[1] Ср. § 84 № 1 и l. 7. pr. D. de etc. 44. 1. «Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti quam socius habet exceptionem quod facere possit, vel parens patronusve non competit fideiussori....» Дельбрюкъ стр. 108 слѣд. Гюргенсъ стр. 229 слѣд. — Изъ положенія Бера (§ 90 прим. 6) вытекаетъ то послѣдствіе, что принявшій на себя долгъ не можетъ воспользоваться тѣми возраженіями, которыя имѣлъ должникъ противъ кредитора, но, напротивъ, онъ можетъ воспользоваться всѣми тѣми, которыя вытекаютъ для него противъ должника изъ договора о принятіи на себя долга. Беръ, цитир. соч. стр. 176. Само собою разумѣется, что по защищаемому мною взгляду послѣднія возраженія вовсе не касаются кредитора. § 91.

[2] Гюргенсъ стр. 289 слѣд. И такъ кредиторъ сохраняетъ относительно новаго должника тоже залоговое право, которое онъ имѣлъ относительно прежняго должника, *безъ того чтобы объ этомъ нужно было какое либо особое соглашеніе.* Точно также кредиторъ сохраняетъ принадлежавшую ему конкурсную привиллегію.

[3] Поручительство и представленіе залога за другаго имѣютъ собственно характеръ услуги, оказанной опредѣленному лицу вслѣдствіе существующихъ между поручителемъ или залогодателемъ и этимъ лицемъ отношеній и въ виду извѣстнаго экономическаго положенія этого лица.

[4] Принятіе на себя долга есть уплата не кредитору, но должнику въ лицѣ кредитора. Ср. § 107 № 2. в, § 164 прим. 10 и Дельбрюкъ стр. 48, Гюргенсъ стр. 280 слѣд.

[1] Ср. Дельбрюкъ стр. 41, Гюргенсъ стр. 288. § 92.

[2] На этомъ основаніи при т. н. actiones vindictam spirantes не можетъ быть признано существованія принятія на себя долга. Какъ не понесшему ущерба не можетъ быть дано вознагражденія, такъ и тотъ кто не причинилъ ущерба, не можетъ вознаграждать за ущербъ.—Одна субъективная невозможность не служитъ

не исключена волей, установившею обязательство [3]. Передача отвѣтственности допускается также при обязательствахъ съ сложнымъ содержаніемъ исполненія, равно какъ и при обязательствахъ, происходящихъ изъ обоюдныхъ договоровъ [4].

VI. Прекращеніе правъ по обязательствамъ.

А. Общія правила.

§ 93. 1. Обязательственное право можетъ быть прекращено двоякимъ образомъ, прямо и косвенно. Прямо — когда обязательство вовсе перестаетъ существовать; косвенно — когда обязательство хотя и продолжаетъ существовать, но когда для должника возникло право защититься отъ осуществленія его возраженіемъ [1].

2. Прекращеніе обязательства обыкновенно есть полное, такъ что даже не остается и естественнаго обязательства; возможно однако же и противоположное.

3. Естественный способъ прекращенія обязательства есть исполненіе его [2]. Но удовлетвореніе [3] кредитора можетъ наступить

препятствіемъ. Какъ напр. обязанность передать право собственности можетъ принять на себя и не собственникъ, такъ эта обязанность можетъ перейдти и на другаго.

[3] Въ этомъ случаѣ и согласіе кредитора не можетъ сдѣлать возможнымъ переходъ долга. Такимъ согласіемъ, правда, освобождается прежній должникъ и обязывается новый, но самое обязательство уже не остается тѣмъ же самымъ. Здѣсь именно имѣетъ мѣсто новація.

[4] Въ частности при договорахъ аренды и имущественнаго найма. Такъ напр. если покупщикъ принимаетъ на себя договоръ найма, который заключилъ продавецъ. Были попытки вывести обязательство покупщика относительно нанимателя изъ l. 9 C. loc. 4. 65, но неправильно: это мѣсто говоритъ лишь объ обязательствѣ между покупщикомъ и продавцемъ. Ср. Бушъ Verträge zu Gunsten Dritter стр. 66, Беръ Jahrb. f. Dogm. VI, стр. 182.

§ 93. [1] Obligatio ipso iure perimitur, tollitur, evanescit—actor summovetur, removetur expellitur, excluditur exceptione. Объ этомъ и другихъ выраженіяхъ источниковъ см. Бюхель civil. Erörterungen II. 1. стр. 21 слѣд. То значеніе, которое имѣло это противоположеніе для римлянъ, т. е. что въ самой формулѣ нужно было сдѣлать указаніе на exceptio, а не на совершенное уничтоженіе обязательства,—очевидно для насъ утратилось, но съ тѣмъ вмѣстѣ не утратилось его значеніе въ другихъ отношеніяхъ. См. I § 47. прим. 1; l. 27. § 2. D. de pact. 2. 14. Въ экономическомъ отношеніи конечно безразлично, совершенно-ли не существуетъ долга, или должникъ можетъ защититься отъ требованія возраженіемъ. Поэтому l. 112. D. de R. I. 50. 17. «Nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur". L. 66 eod. (ср. объ этомъ мѣстѣ также Рудорфъ zu Puchta § 286. c.), l. 20. § 3. D. de lib. causa 40. 12.

[2] Этимъ объясняется выраженіе, употребляемое источниками: исполненіе прямо называется solutio, хотя это слово собственно является противоположеніемъ слову obligatio (тотъ актъ, которымъ создается обязательство) и поэтому оно могло бы означать всякое прекращеніе обязательства L. 176. D. de V. S. 50. 16: — „solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit». L. 49. D. de sol. 46. 3. Но см. съ другой стороны l. 54. D. eod. „Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam, magisque ad substantiam obligationis refertur quam ad nummorum solu-

и другимъ способомъ, кромѣ исполненія. Наконецъ, обязательство можетъ прекратиться и безъ удовлетворенія кредитора [4].

В. Отдѣльные способы прекращенія обязательствъ.

I. Исполненіе *).

α. Дѣйствія и условія его.

§ 94. Исполненіе [1] прямо погашаетъ [2] обязательственное право [3].

Для исполненія необходимо:

1. Чтобы кредиторъ получилъ именно по данному обязательству то, что онъ имѣлъ получить по оному [4].

2. Чтобы онъ получилъ именно то, чего онъ могъ требовать. Если онъ могъ требовать передачи права собственности, то исполненіе будетъ имѣть мѣсто только тогда, когда ему передано не только право собственности вообще, но [4a] право собственности

---

tionem».L. 80 eod. L. 47 D. de V. S. 50. 16. «Liberationis verbum eandem vim habet, quam solutionis". L. 4 §. 7 D. de re iud. 42. 1. „Solvisse accipere debemus non tantum eum qui solvit, verum omnem omnino qui.... obligatione liberatus est...." L. 176 D. de V. S. 50. 16. см. впрочемъ также § 94. прим. 1.

[3] Satisfactio. L. 52 D. de sol. 46. 3. „Satisfactio pro solutione est." E. 49 eod., l 13 §. 4 D. de pign. 20. 1, l. 6 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Впрочемъ «satisfactio» можетъ имѣть мѣсто и безъ погашенія обязательства l. 53 D. de contr. emt. 18. l. § 41. l. de R. D, 2. l. ср. Лейстъ Mancipation und Eigenthumstradition стр. 88 слѣд.

[4] Здѣсь не приняты во вниманіе приказы и бумаги на предъявителя новѣйшаго права. Для нихъ существуетъ то правило, что они продолжаютъ существовать, пока существуетъ то письмо, въ которомъ они выражаются. Ср. Кунце Inhaberpapiere § 74—76. 136. Wechselrecht стр. 60—62. 291.

* Dig. 46. 3 Cod. 8. 43 de solutionibus et liberationibus. — Унтергольцнеръ § 94. I стр. 460—478, Синтенисъ II стр. 394—415.

[1] Источники для означенія исполненія употребляютъ слово solutio. Ср. § 93 прим. 2. Но въ болѣе тѣсномъ смыслѣ solutio означаетъ исполненіе только денежныхъ обязательствъ. Отсюда становится понятнымъ, почему нынѣ обыкновенно говорятъ вмѣсто „исполненіе" — „уплата". Ср. Синтенисъ II стр. 394, прим. 9. Я считаю это неправильнымъ. — Слѣдуетъ замѣтить еще, что источники относятъ выраженія solvere, solutio не только къ обязательству, но также и къ тому предмету, который долженъ быть доставленъ по обязательству, напр. solvere pecuniam., rem, dotem.

[2] Pr. I. quib. mod. toll. 3. 29.

[3] § 4. I. de inut. stip. 3. 19.

[4] L. 17 D. h. t., l. 28 D. mand. 17. 1. Исключеніемъ является лишь тотъ случай когда одно и тоже исполненіе является объектомъ нѣсколькихъ обязательственныхъ правъ; здѣсь тѣмъ, что исполнено одно обязательство, исполняются и остальныя (§ 50, 53). Здѣсь можетъ идти рѣчь лишь о томъ, не прекращается-ли обязательство вслѣдствіе наступившей невозможности его исполненія за полученіемъ кредиторомъ должнаго ему изъ другаго источника (§ 112 № 2).

[4a] L. 45 §. 1 D. de leg. I° 30:—„ita dare debet, ut eum habere liceat". ср. § 144 прим. 2.

неограниченное [5] и безвозвратное [6]. Поэтому при обязательствѣ съ замѣнимымъ предметомъ кредиторъ, въ случаѣ если ему не было доставлено право собственности, или доставлено не въ надлежащемъ видѣ, можетъ требовать доставленія ему другой вещи [6a]; онъ можетъ также требовать того интереса, который онъ получилъ бы отъ достиженія права собственности [6b]. Не требуется, чтобы право собственности было предоставлено кредитору непосредственно; исполненіе будетъ имѣть мѣсто и тогда, когда кредиторъ достигъ право собственности путемъ давностнаго владѣнія или, при денежныхъ обязательствахъ, чрезъ смѣшеніе [7]. При денежныхъ обязательствахъ не требуется даже, чтобы кредитору было предоставлено право собственности на передаваемые ему денежные знаки; достаточно, если онъ правильнымъ потребленіемъ ихъ пріобрѣтетъ себѣ ихъ имущественную стоимость [8].

---

[5] L. 27 D. h. t: — „si res tradita fuerit, quae debebatur, quamdiu aliquid iuri rei deest, adhuc tamen ipsa res petenda est". L. 20, l. 38 § 3 i. f. l. 98 pr. D. h. t., ср. l. 69. eod.

[6] L. 38 §. 3. l. 72. §. 5 l. 98 pr. D. h. t.

[6a] Evictio не представляется необходимою. Ср. l. 38 §. 3. l. 72 §. 51. 69 D. h. t. Изъ случая evictio исходятъ l. 58 D. de evict. 21. 2, l. 29 § 2 D. de leg. III° 32.

[6b] Онъ можетъ требовать, чтобы должникъ не измѣнялъ своего заявленія, сдѣланнаго при передачѣ имущества, именно, что кредиторъ пріобрѣтаетъ право собственности на переданное ему. По римскому праву конечно такое заявленіе не можетъ произвести обязательства, потому что оно не имѣетъ необходимой формы контракта. Арндтсъ Arch. f. civ Pr. L. стр. 154 полагаетъ, что для современнаго права было бы ошибочно „такъ далеко вести ученіе о значеніи неформальныхъ договоровъ, чтобы совершенно отрицать и сглаживать различіе, которое существуетъ между обязательственнымъ договоромъ и тѣмъ договоромъ, который заключается въ traditio". Но если Арндтсъ допускаетъ, какъ онъ это дѣйствительно и дѣлаетъ, что для дѣйствительности обязательственнаго договора не необходима опредѣленная форма обѣщанія, то онъ долженъ во всякой традиціи признать существованіе обязательственнаго начала; онъ долженъ былъ бы изъяснять всякую традицію слѣдующей формулой: я дѣлаю тебя собственникомъ, если я самъ имъ сдѣлаюсь. До какой степени римляне не были склонны понимать въ этомъ смыслѣ традицію вообще и особенно традицію, имѣющую цѣлію исполненіе обязательства, указываютъ l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 131 §. l. D. de V. O. 45. 1, l. 27 D. h. t., l. 45 §. 1 l. 46 D. de leg. I° 30: такъ какъ традиція вообще не производитъ обязательства, то дѣйствительною традиціею можетъ быть признана только та, при которой добровольно принято на себя обязательство эвикціи. См. также прим. 14. (Можно было бы думать, что сюда можетъ быть отнесена также l. 15 D. quib. ex. caus. in poss. 42. 4, но очевидно, что это мѣсто имѣетъ въ виду т. н. concursus duarum causarum lucrativarum).

[7] L. 60 D. h. t., срав. l. 54 pr. D. de evict. 21. 2; l. 78 D. h. t.

[8] L. 14 §. 8 l. 17 D. h. t., l. 19 §. 1 D. de R. C. 12. 1, l. 9 §. 2. D. de auct tut. 26. 8. Срав. также l. 94 pr. D. h. t. Если кредиторъ издержалъ переданныя ему деньги недобросовѣстно, т. е. зная, что онъ не сталъ ихъ собственникомъ, то онъ отвѣчаетъ предъ собственникомъ ихъ какъ fictus possessor по rei vindicatio, actio ad exhibendum (arg. l. 11 §. 2 D. de R. C. 12, 1, §. 2 l. quib alien. 2. 8), и condictio furtiva (§. 204, 205).

Поэтому за исключеніемъ этихъ случаевъ, исполненіе, которое не соотвѣтствуетъ по своему содержанію обязательству, тогда только слѣдуетъ признать таковымъ, когда кредиторъ сознательно [9] принимаетъ его въ этомъ качествѣ [10]. Обыкновенно отъ воли кредитора зависитъ, принять ли за исполненіе то, что собственно не есть таковое [11]. Только при денежныхъ обязательствахъ кредиторъ, если должникъ продажей своихъ вещей не въ состояніи добыть денегъ, обязанъ принять въ видѣ удовлетворенія недвижимости должника по ихъ оцѣнкѣ, но при этомъ такъ, что ему предоставляется выборъ [12]; церкви и благотворительныя учрежденія, какъ должники, пользуются при этомъ особыми преимуществами [13]. Если кредитору не было доставлено права собственности на имущество, переданное ему вмѣсто исполненія, или доставлено только неполное право собственности, то онъ имѣетъ выборъ, считать ли обязательство продолжающимъ существовать или тре-

---

[9] Сознавая, что его право требованія не распространяется на исполненіе этого рода.

[10] In solutum accipere — in solutum, pro soluto dare. См. напримѣръ l. 4 § 31 D. de dol. exc. 44. 4, l. 5. D. ad SC. Vell. 16. l. l. 4. C. de evict. 8. 45. Но выраженіе in solutum dare употребляется въ одинаковомъ значеніи съ solvendi causa dare, слѣдовательно какъ solvere, такъ напр. въ l. 19 §. l. D. de R. C. 12. 1. Въ новѣйшее время Рёмеръ изложилъ это ученіе въ своей монографіи: «die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht, mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher (1860). Объ этомъ г. Витте Krit. V. Jschr. VIII стр. 482—493. (Вангеровъ 7 изд. III. §. 583 прим. 1). In solutum datio замѣняетъ вполнѣ исполненіе ipso jure. Pr. l quib, modis toll. 3. 29, l. 1 §. 5 D. de pec. const. 13, 5, l. 26 § 4 D. de cond. inb. 12. 6. l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 17 C. h. t. Прокуліанцы однакоже утверждали противоположное, Gai III. 168. Рёмеръ стр. 64 слѣд.— In solutum datio есть исполненіе (въ силу того значенія, которое придаетъ кредиторъ извѣстному дѣйствію, которое само по себѣ не есть исполненіе), а не двусторонній договоръ, по которому кредиторъ уступаетъ принадлежащее ему требованіе за соотвѣтствующее вознагражденіе. На этомъ, кажется, основывалось приведенное мнѣніе Прокуліанцевъ. Историческій обзоръ этого вопроса см. у Ремера стр. 4 слѣд.

[11] «...aliud pro alio invito creditori solvi non potest, l. 2 §. 1 D. de R. C. 12. 1. L. 16 c. h. t. pr. l quib. mod. toll. 3. 29. — Примѣненіе къ платежу по векселямъ см. у Зейфф. Arch. II. 16. 151, XIII. 227.

[12] Т. н, beneficium dationis in solutum. Это основывается на Nov. 4 c. 3. (Auth. *Hoc nisi* C. h. t.). См. объ этомъ у Марецолла въ Magazin f. RW. u. Gesetzgeb. IV. стр. 230—246, Ремеръ стр. 162—177, Унтергольцнеръ I § 174, Синтенисъ II стр. 149—151. Въ законодательномъ опредѣленіи я не нахожу ни ограниченія случая, когда должникъ можетъ требовать, чтобъ онъ былъ допущенъ къ уступкѣ недвижимости (§ 18), ни распространенія на движимыя вещи. Примѣненіе этого опредѣленія къ случаямъ несостоятельности должниковъ, происшедшей отъ тридцатилѣтней войны см. въ J. R. A. § 172. Здѣсь положительно упоминается и о движимыхъ вещахъ.

[13] По Nov. 120 c. 6 §. 2 (Auth. *Hoc ius porrectum* C. de ss. eccl. 1. 2) Оцѣнка возвышается на $^1/_{10}$ и при этомъ кредиторъ не имѣетъ права выбора, но долженъ принять какъ лучшіе, такъ и худшіе участки земли. Кромѣ того полагаютъ, что должнику принадлежитъ право удовлетворить кредитора предоставленіемъ ему съ обезпеченіемъ владѣнія и пользованія плодами извѣстнаго участка, при чемъ арендная

бовать отъ должника возмѣщенія интереса [14]. То же самое имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда вмѣсто исполненія передается несоотвѣтствующее закону обязательство [15 16]; наоборотъ долж-

---

плата понижается до 3%. Но это право основывается лишь на греческомъ текстѣ новелы («εἰ δὲ μὴ δυνηθῇ τούτῳ τῷ τρόπῳ διαλύσαι τὸ χρέος»), vulgata же этого права не признаетъ («si *vero noluerit* (sc. creditor) isto modo debitum transigere»; Auth: «quod si *nolit* creditor ita accipere») Ср. I. Г. Ремеръ ius eccl. prot. III. 16 § 48, Пухта §. 240 въ концѣ Арндтсъ §. 222 примѣч. 2 Сентенисъ II стр. 151.

[14] Первое право онъ имѣетъ потому, что онъ признавалъ передачу не самое по себѣ, но какъ имѣющую силу предоставить ему въ видѣ исполненія обязательства право собственности; второе право принадлежитъ ему потому, что онъ можетъ требовать отъ должника, чтобы онъ исполнилъ свое заявленіе о доставленіи кредитору права собственности на переданное имущество. Римляне, выставляя здѣсь аналогію съ договоромъ купли продажи, полагали правильнымъ предоставить кредитору utilis ex emto actio. Конечно при послѣдовательности они должны были придти къ тому заключенію для насъ уже не имѣющему значенія, что кредитору предоставлялся искъ лишь на случай эвикціи, а не на случай недостатка предоставленнаго права собственности. Первое право признается за кредиторомъ l. 46 pr. §. 1 D. h. t. и l. 8 C. de sent. 7. 45, ср. также l. 60 D. h. t., l. 26 §. 4 D. de cond. ind. 12. 6; а второе предоставляется ему l. 24 pr. D. de pign. act. 13. 7. l. 4 C. de evict. 8. 45, ср. также l. 4 §. 31 D. de doli exc. 44. 4, l. 44 D h. t. Въ существѣ согласенъ съ этимъ, съ тѣмъ лишь различіемъ, что онъ неправильно вводитъ сюда понятіе о реальныхъ договорахъ: Ремеръ стр. 54. Витте стр. 484 относится къ аналогіи съ договоромъ купли продажи болѣе серьезно и поэтому приходитъ къ тому результату, что собственно не существуютъ оба права кредитора, и что римляне должны были бы совершенно отрицать первое изъ нихъ. Дернбургъ, Pfandrecht II стр. 246 слѣд. идетъ далѣе и признаетъ за кредиторомъ лишь право на возмѣщеніе интереса. Беккеръ Jahrb. d. gem. R VI стр. 240 предоставляетъ кредитору право доказывать содержаніе сдѣлки. Шлиманъ Haftung des Cedenten, стр. 46 слѣд. держится того мнѣнія, что мѣста источниковъ, которые упоминаютъ о второмъ правѣ, предполагаютъ со стороны должника существованіе связывающаго его договора. Рубо въ Kamptz Jahrb. f. d. Preuss. Gesetzgeb. etc. XXII стр. 14—16 обращаетъ вниманіе на то, что l. 46 cit. говоритъ о rem pro re solvere, между тѣмъ какъ въ другихъ случаяхъ говорится о solvere rem pro recunia. На этомъ основаніи онъ пытается объяснить l. 46 cit. на основаніи договора мѣны. Но даже исходя изъ той точки зрѣнія, что in solutum datio есть лишь сдѣлка подобная куплѣ, а не самая купли (l. 24 pr. cit: utilis ex emto, l. 4 § 31 cit: vicem emtorum), необходимо замѣтить, что изъ договора мѣны можетъ возникнуть лишь actio praescriptis verbis, а не будетъ того, что „manet durat pristina obligatio“ (l. 56 pr. cit). Подробный историческій обзоръ у Рёмера стр. 24, слѣд. (Вангеровъ цитир. соч. № 5).

[15] Обязательство, передаваемое вмѣсто исполненія можетъ быть передано не только цессіей, но и делегаціей (указаніемъ на обѣщаніе—срав. § 105 прим. 9) См. именно l. 5, l. 8 § 3 D. ad. JC. Vell.

[16] 1. (—«solvit enim et qui reum delegat»). Но при делегаціи нужно обращать вниманіе на то, не представляетъ ли основаніе погашенія обязательства скорѣе новацію нежели исполненіе, что опредѣляется намѣреніемъ вновь вступающаго въ обязательство должника. Срав. § 105 прим. 9, также Рёмеръ, стр. 92, слѣд. Витте стр. 489 слѣд. Однако не всякое посредствомъ указанія предоставляемое требованіе погашаетъ обязательство, но только то, которое кредиторъ принимаетъ съ намѣреніемъ, чтобы погасить обязательство. Такъ напр. обязательство не погашается приказомъ произвести платежъ, принятымъ тѣмъ, кому онъ данъ, хотя то лицо, въ пользу котораго

никъ не отвѣтствуетъ за фактическую осуществимость подобнаго обязательства [17].

3. Если кредиторъ получилъ только часть того, что онъ имѣлъ получить, то и обязательство погашается только въ части [18]. Но вообще кредиторъ не можетъ быть обязанъ къ принятію исполненія по частямъ [19]; исключеніе допускается только въ томъ случаѣ, когда должникъ, при требованіи отъ него исполненія, признаетъ долгъ только въ части [20].

4. Исполненіе должно быть чинимо въ надлежащемъ мѣстѣ (§ 35). Но обязательство погашается, если кредиторъ сознательно принимаетъ исполненіе въ другомъ мѣстѣ, а при денежныхъ

данъ приказъ, пріобрѣтаетъ новое право требованія. Ф. Сальпіусъ (Novation und Delegation § 18, 76) неправильно утверждалъ, что это положеніе основано на нынѣшнемъ, а не на римскомъ правѣ (ср. § 164 примѣч. 17). См. также Рёмеръ стр. 97. 17. Срав. Шлиманнъ Haftung des Cedenten стр. 64—73. Рёмеръ стр. 91, слѣд. 122 слѣд. и § 67 прим. 4. Платежъ векселями и приказами на предъявителя: Рёмеръ стр. 106 слѣд. 130 слѣд., Шауберъ Zeitschr. f. Handelsr. XI стр. 275 слѣд.

[17] Также смотритъ и господствующее мнѣніе (см. впрочемъ Мюленбрухъ Cession стр 628 и противъ него Рёмеръ стр. 124 слѣд), которое однако упускаетъ изъ виду случай делегаціи (ср. впрочемъ Тёль Handelsr. I § 132 № 5. Рёмеръ стр. 130) Исключеніе допускается только тѣми, которые распространяютъ дѣйствіе Nov. 4 c. 3 (прим. 12) на обязательства; это справедливо, потому что въ этомъ случаѣ кредиторъ обязанъ принять обязательство. Относительно цессіи см. Тёль Handelrs. I. § 120. II, который видитъ въ цессіи вмѣсто исполненія не дѣйствіе, совершаемое «вмѣсто платежа», но скорѣе дѣйствіе «заключающее въ себѣ платежъ». Но см также Шлиманнъ, цитир. соч. стр. 54, Рёмеръ стр. 122. Но и самъ Шлиманнъ, стр. 54, держится другого мнѣнія относительно случая, когда должникъ остается не обязаннымъ (прим. 14). Противъ этого Рёмеръ стр. 125 слѣд. Господствующее мнѣніе ссылается на общее правило о цессіи (§ 88, примѣч. 3). Разрѣшить вопросъ должна *аналогія* съ договоромъ купли-продажи; кредиторъ долженъ принимать мѣры осторожности ранѣе, нежели онъ принялъ обязательство; ежели онъ этого не сдѣлалъ или впалъ въ заблужденіе, то отвѣтственность остается на немъ. 0 l. 3 C de nov. 8. 42, см. Витте стр. 491, слѣд. противъ него Рёмеръ стр. 126, слѣд. По вопросу о делегаціи имѣются совершенно ясныя рѣшенія. L. 26 § 2 D. mand. 17. 1: — «bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum», точно также l. 18 D. de fidei. 46. 1 срав. § 2 J. de mand. 3. 27, l. 22 § 2 l. 45 § 7 D. mand. 17. 1—L. 96 § 2 D. h. t. относится къ случаю позднѣйшей несостоятельности должника, (см. впрочемъ объ этомъ мѣстѣ Ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 35, 408, Витте Krit. V. J. Schr. VIII стр. 367. (Вангеровъ цитир. соч. № 6).

[18] L. 9 § 1 D. h. t. При этомъ конечно предполагается, что удовлетвореніе обязательства по частямъ возможно. См § 5 прим. 11 § 7, прим. 7. 20.

[19] L. 41. 8. 1 D. de usur. 22. 1. Гестердингъ Ausbeut· III ст. 410 слѣд. Момсенъ B·itrage III стр. 148 прим. 14. (Гольдшмидтъ Hondelsr·cht I § 63 прим. 29). Другого мнѣнія Савиньи Olb. I стр. 322. WO. art. 58. «Векселедержатель даже и въ томъ случаѣ не можетъ отказаться отъ принятія уплаты части долга, когда принятіе относилось къ полной суммѣ долга.

[20] L. 21 D. de R. C. 12. 1. Другіе понимаютъ это мѣсто только въ смыслѣ присужденія судомъ (Мадзи Мога стр. 238. Вольфъ Мога стр. 427) или считаютъ его устарѣлымъ (Сантенисъ II § 84 прим. 41), или что оно говоритъ лишь объ ограни-

*

обязательствахъ, даже если бы онъ принялъ уплату въ другомъ мѣстѣ не сознательно, онъ вправѣ требовать только возмѣщенія интереса [21].

5. Не требуется, чтобы кредиторъ получилъ слѣдующее ему непосредственно отъ должника. a) Обязательственное право погашается и тѣмъ, если другой уплачиваетъ за должника [22]; согласія должника при этомъ не требуется и этому не препятствуетъ даже положительное желаніе его [23]. И кредиторъ не вправѣ отвергнуть предлагаемую другимъ уплату [24], развѣ бы качество исполненія обусловливалось личностью должника [25]. b) И въ томъ случаѣ погашается обязательство, если кредиторъ получитъ слѣдующее ему при посредствѣ суда [26] или осуществитъ его путемъ принадлежащаго ему залоговаго права [27].

ченіи права иска, а не объ обязанности кредитора (Гестердингъ цитир. соч. стр. 418, 419) О защищаемомъ здѣсь мнѣніи см. Фрицъ, Erläuter. II стр. 106. Моммсенъ цитир. соч. стр. 148. Послѣдній впрочемъ совершенно справедливо прибавляетъ, что кредиторъ не можетъ быть принужденъ вопреки его выгодѣ принять уплату части долга.

[21] L. 9 l. 2 § 7 D. de eo quod certo loco 13. 4.—Нѣтъ необходимости, чтобы кредиторъ получилъ уплату въ надлежащее время. Но чтобы все обязательство было погашено, должникъ, уплачивающій послѣ срока, обязанъ вознаградить за тотъ ущербъ, который понесъ кредиторъ отъ поздняго платежа. Если должникъ уплачиваетъ ранѣе, нежели когда кредиторъ обязанъ принять уплату и кредиторъ по ошибкѣ приметъ уплату, то въ крайнемъ случаѣ кредитору можетъ быть предоставлено въ послѣдствіи отыскивать свой интересъ (по аналогіи съ l. 2 § 7 D. de eo quod certo loco).

[22] За должника, отъ его имени. Если не должникъ исполняетъ обязательство отъ собственнаго имени, т. е. для того, чтобы погасить *собственный* долгъ, то обязательство не прекращается и тогда, если намѣреніе плательщика было направлено на погашеніе именно этого обязательства. L. 28 D. mand. 17. 1, l. 17 D. h. t.; l. 31. pr. D. de H. P. 5. 3, l. 3 § 2 i. f. D. h. t., l. 1. 19 § 1 l. 65 § ult. D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 C. eod 4. 5; o l. 5 l. 12 § 1 C. de P. H. 3. 31 и l. ult. i. f. D. de neg. 2. 5 см Кеммереръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII стр. 196—206, 341—348; что касается новой литературы—Франке, Commentar über den Titel de Heriditeris Petitione стр. 332 слѣд. и указанныя тамъ сочиненія; кромѣ того Г. Витте Bereicherungsklagen стр. 26 слѣд. (Arndts R. Lex. V стр. 230 примѣч. 132. Вангеровъ II § 508 № IV 1). Но когда уплачивающій не имѣетъ обратнаго требованія, то противъ кредитора, требующаго вторичнаго платежа существуетъ возраженіе—L. 31 pr. i. f. D. de H. P. 5. 3, ср. l. 61 D. h. t. (прим. 40).

[23] L. 39 D. de neg. gest. 3. 5:—«solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum». L. 23. 40. 53 D. h. t., pr. I quid. mob. toll. 3. 29.

[24] L. 72 § 2 D. h. t., ср. также l. 31 eod. Очевидно было бы придиркой со стороны кредитора, если бы онъ отказался отъ принятія такой уплаты, которая представляла бы то же самое, что онъ получилъ бы при уплатѣ со стороны должника; но ср. также Сиитенисъ II § 103 прим. 37.

[25] L. 31 D. h. t. Сюда относится и тотъ случай, когда лицо, предлагающее уплату, совершенно неизвѣстно кредитору, такъ что послѣдній не знаетъ, можетъ ли онъ довѣрять ему, именно является ли онъ собственникомъ того, что предлагаетъ въ уплату.

[26] См. I § 173 прим. 5. § 238 прим. 5.

[27] L. 26 D. h. t., l. 10 C. de O. et A. 4. 10.

6. Точно также нѣтъ необходимости, чтобы кредиторъ лично получилъ то, чего онъ вправѣ требовать; обязательство погашается, когда онъ получилъ удовлетвореніе въ лицѣ другаго [28]. Но въ лицѣ другаго онъ получаетъ только въ томъ случаѣ, когда исполненіе произведено тому, кто вправѣ заступать его [29], или тому, кто хотя и не былъ управомоченъ на заступленіе его вообще, но когда это исполненіе было учинено согласно волѣ кредитора, все равно предшествовала ли она исполненію [30], или выражена была послѣ [31]. Что касается случая предварительнаго выраженія воли, то необходимо дѣлать слѣдующее различіе: a) Кредиторъ поручаетъ должнику, указываетъ ему, дозволяетъ ему уплатить другому; такимъ порученіемъ, указаніемъ или дозволеніемъ кредиторъ не связанъ [32]; точно также это не обязательно для его наслѣдниковъ, или для наслѣдниковъ должника [33]. b) Кредиторъ предоставляетъ должнику право освободиться отъ обязательства исполненіемъ другому [34]; такимъ предоставленіемъ кредиторъ связанъ [35]; имъ связаны и его наслѣдники, точно такъ же какъ на него могутъ ссылаться наслѣдники должника [36]. Но должникъ теряетъ это право, если своимъ неисполненіемъ доведетъ кредитора

---

[28] L. 19 C. h. t. «Si actore... debitis recipiendis praeposito... eius dominae pea ipsum fecisti satis...»—L. 59 D. h. t.:—«dum... adiecto solvitur, mihi solvi videtur». L. 180 D. de R. J. 50. 17. «Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset».

[29] Напр. его опекуну (l. 14 § 7 I. 49 D. h. t., но см также I. 25 D. de adm. et per. 5. 37 и § 193 прим. 1), его уполномоченному (l. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 12 pr. I. 34 § 5 D. h. t., I. 19 C. eod., l. 6 § 3 D. de cond. ind. 12. 6). Ср. l. 86 D. h. t. («Hoc iure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur...») HGB, art. 51. «Кто передаетъ товаръ и не квитированный счетъ, этимъ самымъ не представляется уполномоченнымъ къ принятію платежа». Ср. Зейффе. Arch. XXII. 123).

[30] L. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7, I. 12 § 1—3 I. 49. 59. 64. 106 D. I. 4. 12 C. h. t. Сравн. § 164 прим. 9.

[31] L. 12 § 4 I. 49 D. I. 12 C. h. t.

[32] L. 12 § 2 I. 106 D. h. t.

[33] L. 32 D. h. t., l. 26 § 1 D mand. 17. 1, I. 19 § 3 D. de don. 39. 5. I. 77 § 6 D. de leg. II. 31.

[34] Что можетъ имѣть мѣсто при возникновеніи обязательства, и впослѣдствіи. Тотъ, кому должникъ при самомъ возникновеніи обязательства уполномоченъ произвести платежъ, называется въ римскомъ правѣ solutionis causa adiectus. Формулой для назначенія solutionis causa adiectus въ источникахъ является слѣдующее выраженіе: mihi *aut* illi dare spondes? (сравн. напримѣръ § 4 I. de inut stip. 3. 19, но см. также l. 141 § 6 D. de V. O. 45. 1, l. 98 § 5 D. h. t.). И въ настоящее время такое «или» не можетъ быть объяснено иначе. См. solutionis causa adiectus, монографію Брандиса Rhein. Museum V. 11, далѣе Фрицъ Erläuter. II стр. 384 — 390, Вангеровъ, III § 582 прим. 2, Синтенисъ II стр. 407—411.

[35] L. 12 § 2 I. 106 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. 1, § 4. I. de inut stip. 3. 19.

[36] Здѣсь дѣйствуетъ обыкновенное договорное право.

до иска [37]; далѣе, если въ правовомъ положеніи принимателя уплаты произойдетъ такая перемѣна, которая затруднитъ кредитору обращеніе къ нему своего требованія [38]. Должникъ освобождается отъ обязательства и тѣмъ, что онъ по указанію кредитора обѣщаетъ уплатить другому слѣдующее первому [38a].

7. Возможны случаи, гдѣ уплата не кредитору погашаетъ обязательство и безъ того, чтобы исполненіемъ этому третьему лицу доставлялось удовлетвореніе кредитору. Это бываетъ тогда: a) когда получающій удовлетвореніе впослѣдствіи самъ сдѣлается кредиторомъ [39]; b) когда онъ передастъ порученное кредитору [40]; c) когда кредиторъ унаслѣдуетъ получившему платежъ [41]; d) въ одномъ исключительномъ случаѣ должникъ освобождается, произведя платежъ кредитору своего кредитора [42]. Далѣе уплата не

---

[37] L. 57 § 1 D. h. t., l. 16 pr. D. de fidei. 46. l. Рѣшительнымъ моментомъ является моментъ предъявленія иска. Ср. I § 125 прим. 12.

[38] L. 38 pr. D. h t., срав. l. 95 § 6 D. eod., l. 56 § 2 D. de V. O 45. 1. При этомъ нужно замѣтить: a) должникъ можетъ произвести уплату ему самому, а не наслѣдникамъ его (l. 81 pr. D. h. t., l. 55 D. de V. O 45. 1), не попечителю его (l. 95 § 7 D. h. t., срав. l. 11 eod); b) относительно уплаты стороннему лицу могутъ быть сдѣланы такія соглашенія, которыя не будутъ имѣть значенія при уплатѣ кредитору (l. 34 § 2 l. 98 § 46 D. h. t., i. 44 § 4 D. do O et A. 44. 7, l. 141 § 5 sqg. D. de V. O. 45 1); То лицо, которому производится уплата, есть только уполномоченный на принятіе уплаты, но ни въ какомъ случаѣ не субъектъ обязательства (l. 10 D. h. t., l. 10 D. de nov. 46. 2. l. 7 § 1, D. de pec. const. 13, 5, l. 33 D de pign. 20. 1, l. 23 D. de fidei 46. 1).

[38a] L. 21 § 1 D. de don 39. 5, l. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1. Здѣсь является комбинація съ упомянутымъ выше случаемъ in solutum datio. См. впрочемъ прим. 15.

[39] L. 97 § 4 D. h. t.

[40] L. 28 D. h. t. (срав. l. 34 § 4 l. 58 pr. eod., l. 31 § 6 D. de neg. gest. 3. 5; l. 88 D. h. t.). l. 34 § 9 D. h. t. Срав. l. 61 D. h. t. «In perpetuum quotiens id, quod tibi pebeam, ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio».

[41] L. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7.

[42] Именно второй наниматель (sublocator) должную имъ наемную плату уплачиваетъ отдавшему имущество въ наемъ (l. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7. Другіе (Пухта § 288. b. Арндтсъ § 263 d, Синтенисъ § 103 прим. 75) выставляютъ общимъ правиломъ, что уплатою кредитору своего кредитора должникъ освобождается отъ обязательства. Противъ этого В. Мюллеръ Arch. f. civ. R. XV. 12 Бушъ ibid. XXXI стр. 19 — 20 Фрицъ Erläuter. II стр. 383. Вангеровъ III § 582. прим. 1. Это положеніе основываютъ главнымъ образомъ на l. 6 D. de doli exc. 444; но это мѣсто можетъ быть безъ затрудненія понятно и безъ того, чтобы насильственно выводить изъ него положеніе, что посредствомъ платежа должникомъ кредитору своего кредитора, для него возникаетъ противъ послѣдняго обратное требованіе (такъ Фрицъ, Вангеровъ; Мюллеръ относитъ приведенное мѣсто къ тому случаю, когда кредиторъ злонамѣренно допустилъ должника уплатить его кредитору). Вангеровъ и Бушъ отрицаютъ даже и то исключеніе, которое сдѣлано выше на основаніи l. 11 § 5 D. de pign. act. (оба остальные писателя вовсе не обратили вниманія на это мѣсто). Вангеровъ объясняетъ l. 11 § 5 cit. тѣмъ, что для должника въ этомъ случаѣ возникаетъ обратное требованіе на кредитора; Бушъ — тѣмъ, что здѣсь предполагается согласіе кредитора. По-

кредитору освобождаетъ должника: e) когда получающій уплату имѣетъ залоговое право на обязательство или какое нибудь право на полученіе уплаты для себя [43], или когда ему судебнымъ опредѣленіемъ предоставлено получить эту уплату за свой счетъ [44] и, наконецъ, f) должникъ освобождается платежемъ третьему лицу и въ томъ случаѣ, если онъ прежде былъ вправѣ произвести ему эту уплату и не зналъ, что это право его уничтожилось [45].

8. Полученіе кредиторомъ того, что ему слѣдуетъ, не служитъ къ погашенію обязательства въ томъ случаѣ, когда кредитору не принадлежитъ право отчужденія обязательства [46]. Но при вторичномъ требованіи имъ исполненія должникъ можетъ оспаривать таковое на столько, на сколько кредиторъ былъ *имущественно* удовлетворенъ прежнимъ исполненіемъ [47].

Примѣръ: должникъ А. уплатилъ кредитору, состоящему подъ опекой и не могущему, поэтому, законно получить удовлетвореніе; но при вторичномъ требованіи исполненія должникъ можетъ оспаривать оное въ тѣхъ размѣрахъ, въ коихъ имущество кредитора обогатилось прежнимъ исполненіемъ; напримѣръ, если кредиторъ не растратилъ полученнаго удовлетворенія, или если должникъ, вмѣсто удовлетворенія, уплатилъ законный долгъ его.

А. Д.

Мнѣніе автора, какъ основанное на спеціальныхъ постановленіяхъ положительнаго римскаго законодательства, непримѣнимо къ русскому праву. Въ виду отсутствія подобныхъ постановленій въ нашемъ законодательствѣ, необходимо признать, что никто не въ правѣ, безъ надлежащаго полномочія, ликвидировать свои обязательства удовлетвореніемъ кредиторовъ своего кредитора (См. «Сводъ» I, 289 и 296.)

А. Д.

слѣднее объясненіе представляется произвольнымъ, противъ перваго же говоритъ сопоставленіе съ procurator'омъ и тѣмъ, кому производится уплата по указанію кредитора. Мнѣ кажется, что мѣсто это должно быть объяснено такъ, второй наниматель снимаетъ съ перваго часть наемной платы и, уплачивая отдавшему въ наймы, уплачиваетъ первому нанимателю. Изъ практики: Зейфф. Arch. VII. 15. Не составляетъ исключенія право должника въ случаѣ несостоятельности кредитора произвести уплату кредитору послѣдняго. Это объясняется другой точкой зрѣнія, см. прим. 44.

[43] См. l. § 229 прим. 10. § 206 прим. 9.

[44] Сюда относится случай, когда право требованія осуществляется конкурсной массой кредитора; ср. также Синтенисъ II § 103 прим. 50.

[45] Ср. съ одной стороны l. 34 § 4 D. h. t., а съ другой — l. 12 § 2. l. 18. l. 32. l 34 § 3. l. 34. l. 38 § 1. l. 51 D. h. t., l. 3 C. h. t., l. 26 § 8 D. de cond. ind. 12. 6. l. 26 § 1. mand. 17. 1, § 10. l. eod. 3. 26, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5; далѣе § 83 къ прим. 12.

[46] L. 15. 66 D. h. t., § 2. l. quib. al. 2. 8. Конечно уничтожаетъ обязательство на самое принятіе платежа, но то удовлетвореніе, которое производитъ принятіе платежа; безъ принятія платежа не было бы и удовлетворенія.

[47] L. 66 cit. § 2 cit.

§ 95 *. Если кредиторъ имѣетъ противъ должника нѣсколько однородныхъ, по предмету, требованій [1] и если уплаченнаго должникомъ недостаточно для погашенія всѣхъ обязательствъ, то возникаетъ вопросъ: къ которому изъ многихъ обязательствъ должна быть отнесена произведенная уплата? Вопросъ этотъ разрѣшается прежде всего тѣмъ назначеніемъ, которое далъ уплатѣ самъ должникъ [2], при отсутствіи же указанія со стороны должника назначеніе исполненія опредѣляется волею кредитора при принятіи таковаго [3]. И послѣ полученія уплаты кредиторъ можетъ опредѣлить назначеніе ея, но a) лишь непосредственно послѣ полученія уплаты и b) лишь въ интересѣ должника, такъ что кредиторъ имѣетъ въ этомъ отношеніи свободу лишь тогда, когда интересы должника не требуютъ преимущественнаго удовлетворенія одного изъ нѣсколькихъ обязательствъ [4]. Если ни одна изъ сторонъ не указала такого назначенія, то уплата относится прежде всего: a) къ процентамъ [5]; b) къ просроченному обязательству [6]; c) сперва къ обязательству наиболѣе для должника обременительному [7]; d) сперва къ тому, которымъ должникъ обязался отъ собственнаго имени [8]; e) сперва къ старѣйшему по времени обязательству [9]. Если ни одно изъ этихъ основаній не разрѣшаетъ вопроса, то уплата распредѣляется пропорціонально между всѣми обязательствами [10]. Кредиторъ, получающій удовлетвореніе изъ продажи залога, становится въ болѣе выгодное положеніе. Здѣсь онъ можетъ отнести вырученную цѣнность къ тому обязательству, къ которому по-

---

§ 95. * Функе Beiträge zur Erörterung pract. Rechtsmaterien № 4 (1830). фонъ Бухгольцъ Juristiche Abhandlungen № 29 (1833). Фритцъ Erläut. — II стр. 391 — 394. Унтергольцнеръ I стр. 463 — 464. Вангеровъ III § 589, прим., Синтенисъ II стр. 395—404.

[1] Изъ относящихся сюда случаевъ особенно важенъ случай столкновенія денежныхъ претензій.

[2] L. 1. l. 101 § 1 D. l. 1 C. h. t.

[3] Если кредиторъ сдѣлалъ назначеніе *при* самомъ полученіи, то онъ вправѣ сдѣлати его по своему усмотрѣнію, ибо должнику предоставлено протестовать противъ этого назначенія и въ этомъ случаѣ его волѣ дается преимущество; если же онъ не протестовалъ, то слѣдовательно онъ согласился съ назначеніемъ кредитора. Срав. l. 2 D. h. t.

[4] L. 1 C. h. t., l. 1. l. 3 pr. l. 5 § 3 l. 6 D. eod. ср. l. 1. i. f. D. cit: — «constituere in re praesenti, h. e. statim atque *solutum est*», въ противоположность къ l. 2 eod.: «in re agenda».

[5] L. 1. C. h. t., l. 5 § 2. l. 48 D. eod. Зейфф. Arch. I. 191. 142. (X. 121) XV. 16, (XXI. 218. Blätter f. Ranwend. XXXIV. стр. 241 слѣд.).

[6] L. 3 § 1. l. 103 D. h. t.

[7] F. 4 l. 5 pr. l. 71. 94 § 3 l. 97 D. h. t. Зейфф. Arch. X. 23, XV. 193.

[8] L. 4. l. 97 D. h. t.

[9] L. 5. pr. l. 24 l. 97 D. h. t.

[10] L. 8 D. h. t.

желаетъ, даже отдавая преимущество естественному обязательству передъ юридическимъ [11].

Это положеніе примѣнимо къ русскому праву за силою ст. 45 и 2155 т. X, ч. 2.

А. Д.

В. Доказательство исполненія.

§ 96. Относительно доказательствъ исполненія слѣдуетъ замѣтить слѣдующее:

1. Исполненіе долга, основаннаго на письменныхъ документахъ, можетъ быть доказываемо свидѣтелями только показаніемъ пяти свидѣтелей, и приэтомъ они должны были быть спеціально привлечены для присутствованія при актѣ исполненія или при полученіи кредиторомъ уплаты [1]. Сила этого правила въ настоящее время многими отрицается [2].

2. Квитанціи имѣютъ доказательную силу лишь по истеченіи 30 дней [a]; впродолженіе этого времени онѣ могутъ быть потребованы обратно; доказательная сила ихъ можетъ быть совершенно уничтожена заявленнымъ противъ нихъ протестомъ. Если же выдавшій квитанціи не принялъ никакихъ мѣръ въ теченіе 30 дней,

[11] L. 5 § 2 l. 101 § 1 D. h. t., 35 pr. D. de pign. act. 13. 7. Но и въ этомъ случаѣ воля кредитора не вполнѣ неограничена: l. 5 § 2. l. 96 § 3 D. h. t. Дернбургъ Pfandrecht II стр. 211 слѣд.

[1] L. 18 C. de testib. 4. 20 и къ этому Auth. Rogati изъ Nov. 90. a 2. § 96.

[2] Нѣкоторые утверждаютъ, что это положеніе устранено практикой; такъ Тибо § 666 прим. г, Ветцелль Syst. des Civilproz. § 23 прим. 73, Синтенисъ § 103 прим. 88 (Зейфф. Arch. XXII. 88) Бейеръ Vorläge стр. 798, Остерло Lehrb. des Civilproz. § 155. Другіе признаютъ это положеніе и не дѣлаютъ по этому поводу никакого замѣчанія, Glük XXI. стр. 219. Мартинъ Lehrb. des bürg. Proz. § 132 o. Мюленбрухъ doctr. pandect. II § 408 ф. Веннигъ Ингенгеймъ Lehrb. II § 245 (§ 111) Пухта § 287. Зейффертъ § 284 прим. 11 и Арндтсъ § 262 прим. 1 указывая на это положеніе прибавляетъ, что «по мнѣнію большинства писателей оно въ настоящее время не примѣняется». Также неопредѣленно высказывается и Гестердингъ, Arch. f. civ. Pr. IV стр. 17. За примѣненіе его высказывается Линде. Zeitchr. f. Civ. и Pr. I. стр. 242—244. Въ доказательство отмѣны его обычнымъ правомъ ссылаются на свидѣтельства I. H. Bohmer'a ius eccl. prot. II 19 § 34. 20 § 21 и на Strik'a ius mod. pand. II lib. XXII tit. 5 § 15. Но послѣдній выражается неопредѣленно («...non desunt, qui non quinque hodie amplius requiri, sed duos sufficere statuunt»,—ut udeoque dispositio Justiniani... nunquam in praxin recepta videatur»). Въ доказательство сказаннаго оба ссылаются не на нѣмецкихъ, но на нидерландскихъ и французскихъ писателей (Санде, Гроеневегенъ, Фаберъ). Положенія, высказанныя послѣдними, оспариваютъ примѣненіе I. 18. C. cit не безусловно, но только относительно случая когда письменный актъ служитъ лишь для доказательства существованія обязательства, но не относительно того случая, когда такой актъ является существенною принадлежностью обязательства. Io. a Sande rerum in suprema Frisionum curia indicatarum lib. 1 tit. 10 det 1, Codex Fabrianus lib. IV tit. 15 def. 23.

a Ср. т. X ч. 1 ст.

А. Д.

то онѣ составляютъ противъ него полное доказательство не допускающее опроверженій [3]. Это правило не имѣетъ примѣненія къ квитанціямъ въ уплатѣ общественныхъ повинностей [4].

3. Относительно исполненія общественныхъ повинностей квитанціи, за послѣдніе три года рождаютъ презумпцію [5] объ исполненіи таковыхъ и за предъидущіе сроки [6]. Это правило почти всегда распространяется на всѣ срочные платежи вообще [7].

Должникъ имѣтъ право требовать выдачи ему квитанціи, и до выдачи ея онъ вправѣ пріостановиться исполненіемъ.

---

[3] Дѣйствіе exceptio non numeratae pecuniae, противъ заявленія о полученіи служащаго основаніемъ обязательства (§ 124) распространено l. 14 C. de non num pec. 4. 30 и на заявленія о полученіи, служащія для прекращенія обязательства. Ср. Гнейстъ formelle Verträge стр. 25—32. Я не считаю основательнымъ то объясненіе, которое даетъ этому мѣсту Гнейстъ (согласно съ Эркслебеномъ cond. sine. causa II стр. 178 и Витте, Bereicherungsklagen стр. 222), что будто бы оно распространяется лишь на платежныя росписки, относительно такихъ долговъ, которые «возникли изъ передачи денегъ или другихъ вещей, въ чемъ выданъ письменный актъ». Ср. ученіе объ exc. non numeratae pecuniae противъ заявленіи о полученіи перваго рода (§ 124), тамъ сказано болѣе подробно объ уклоняющихся отъ этихъ мнѣній Бера Anerkennung стр. 291 (327) слѣд., (будто истеченіе 30-дневнаго срока не даетъ платежной роспискѣ доказательной силы, но лишаетъ лишь лице, выдавшее ее, возможности доказать противное) и Бера Formalcontracte стр. 279 слѣд. (будто exc. non numeratae pecuniae примѣнима лишь къ тому случаю, когда признано, или когда лице выдавшее росписку въ теченіи тридцати дней отъ ея выдачи доказало, что она выдана до дѣйствительнаго основанія обязательства). Если заявленіе кредитора опровергнуто другими доказательствами, то онъ подвергается штрафу, равному суммѣ его обязательства (§ 15 прим. 4).

[4] L. 4 § 1 cit. l. 4 C. de apoch. publ. 10. 22. Гнейстъ, цитир. соч. стр. 50. Если къ этому присовокупляютъ, что положеніе это не примѣняется къ удостовѣренію присутственнаго мѣста, которымъ подтверждается фактъ исполненія обязательства, то это не составляетъ исключенія; доказательная сила заключается здѣсь не въ признаніи кредитора, но въ удостовѣреніи. Ср. Синтенисъ § 103 прим 90 5 Ср. I § 133 прим. 10. Кромѣ высказаннаго въ текстѣ обыкновенно признаютъ еще двѣ презумціи: a) для возвращенія документа и b) для документа оказавшагося перечеркнутымъ или другимъ способомъ уничтоженнымъ. Но приводимыя въ подкрѣпленіе этого мѣста (l 2 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 24 D. de prob. 22. 3, l. 82 § 3 D. de furt. 47. 2) не доказываютъ положительно, что презумція относится именно къ освобожденію его вообще. Ср. Фермееренъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XI. 7, Фритцъ Erläuter II стр. 395, Синтенисъ § 103 прим. 91. Зейфф. Arch. I. 202. V. 262, XIV. 18, XIX. 138, 223.

[5] L. 3 C. de apoch publ. 10. 22. Предположеніе это распространяется на 3 послѣдніе *года*, а не на три послѣдніе срочные платежа. Оно основывается на представленіи квитанцій за три послѣдніе года, такъ что представленіе квитанцій не можетъ быть заменено другими доказательствами. G. Ph. v. Bulow. Abhandlungen II стр. 192—196, Синтенисъ II стр. 415 къ прим.

[6] Ср. объ этомъ Ph. v. Bulow цитир. соч. стр. 193, Гестердингъ Arch. f. civ. Pr. IV. стр. 11, Синтенисъ § 103 прим. 93 и указанныхъ тамъ писателей. Зейфф. Arch. I. 334. Противъ этого Гестердингъ и Синтенисъ, въ цитированныхъ выше сочиненіяхъ.

[7] Ср. l. 1 C. de apoch. publ. 10. 22, l. 19 C. de fide instr. 4. 21, l. 18 C. de

С. Просрочка со стороны кредитора *.

α. *Общія условія.*

§ 97. Если кредиторъ безъ законнаго основанія не принимаетъ предложеннаго ему исполненія, то онъ оказывается въ просрочкѣ, точно такъ же какъ и должникъ, когда онъ безъ законнаго основанія замедлнетъ исполненіемъ (§ 28 слѣд.) [1].

Ближайшія условія просрочки со стороны кредитора суть слѣдующія:

1. *Предложеніе* исполненія [2]. Это предложеніе должно быть фактическое, а не только на словахъ, т. е. должникъ не только долженъ заявить готовность къ исполненію, но дѣйствительно быть къ нему готовымъ, такъ что кредитору стоитъ только пожелать, чтобы получить дѣйствительное исполненіе [3]. Но что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ слѣдуетъ считать реальнымъ предложеніемъ исполненія—нужно ли, чтобы должникъ представилъ кредитору предметъ исполненія, или достаточно, чтобы онъ далъ ему возможность получить таковой—это зависитъ конечно отъ содержанія даннаго обязательства [4]. Не требуется фактической готовности: a) когда кредиторъ заранѣе положительно заявилъ, что онъ не хочетъ принять предложеннаго исполненія [5]; b) когда для

---

est. 5. 20, Nov. 90 c. 2. Гестердингъ Arch. f civ. Pr. IV. 4 Линде Zeitschr. f. Civ. u. Pr. I стр. 244 — 250. Бушъ Arch. f cif. Pr. XXXI стр. 1 — 12, Платнеръ тамъ же L. стр. 252; уклоняются Рудлоффъ тамъ же XLV. 7, Зейфф. Arch. I. 330, VIII. 246. IX. 19. 20. 21, XIII. 245. (срав. тамъ же XXXIII. 117).

* Ф. Мадаи die Lehre von der Mora § 36 — 42. 62 — 64 69 (1837) Wolff zur Lehre von der Mora § 31—36. 43 – 44. 46. (1841). Моммсенъ die Lehre von der Mora (Beiträge Obligationenrecht B. III) § 14 — 18. 30 — 33. 36 (1855). Фрицъ Erläuterungen II стр. 348 слѣд. Унтергольцнеръ I § 60—62. Синтенисъ II стр. 210—219, Унгеръ въ Haimerl's V. J. Sschr. XIV стр. 127 слѣд. § 97.

[1] Mora debitoris или solvendi соотвѣтствуетъ mora creditoris или accipiendi.

[2] Мадаи § 37 Вольфъ § 33 Моммсенъ § 15, Синтенисъ стр. 214.

[3] Въ этомъ смыслѣ предложеніе платежа (oblatio) (за исключеніемъ случаевъ указанныхъ ниже) всегда должно быть «реальное», одного словеснаго предложенія недостаточно. Приведенное различіе обыкновенно смѣшиваютъ съ другимъ, именно между предложеніемъ платежа совмѣстно съ передачею предмета обязательство и предложеніе платежа безъ такой совмѣстной передачи. Въ этомъ смыслѣ не требуется именно oblatio realis. См. слѣдующее въ текстѣ и слѣд. прим.

[4] Напримѣръ при обязательствѣ, состоящемъ въ исполненіи какой либо работы, возможно, что должникъ явится къ кредитору (даже можетъ быть со всѣми нужными инструментами), возможно, что онъ и не явится. Источники вообще говорятъ offerre (напримѣръ l. 26 D. sol. matr. 24. 3, l. 72 pr. § 2 D. h. t. 46. 3) или paratum esse solvere (l. 3 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l 39 D. h. t.); далѣе источники говорятъ, что при отсутствіи вещи, составляющей предметъ обязательства, изъ того мѣста, гдѣ оно должно быть исполнено, невозможно offerre (l. 72 § 3. D. h. t.); употребляется также выраженіе denuntiare ut tollat. (l. 1 § 3, l. 4. § 2 D. de per. 18. 6).

[5] *Опредѣлительное* заявленіе кредитора — слѣдовательно не въ смыслѣ простаго

исполненія необходимо его содѣйствіе и онъ отказываетъ отъ этого даже по требованію суда [5].

2. Предложеніе *исполненія* [6]. Предложено должно быть именно *то*, чего кредиторъ вправѣ требовать (§ 93 № 2 и 3) самимъ должникомъ или законнымъ представителемъ его (§ 94 № 5), если онъ дѣеспособенъ (§ 94 № 8), его законному представителю или тому, къ кому кредиторъ обратилъ должника [7]; во время и въ мѣстѣ, въ которыхъ кредиторъ обязанъ по закону принять исполненіе (§ 25 въ концѣ, и § 34 въ концѣ).

3. *Противозаконное непринятіе*. Непринятіе исполненія противузаконно, когда оно было возможно кредитору и когда у него нѣтъ никакого извиняющаго основанія къ отказу отъ принятія исполненія, какъ напр. ошибка въ существованіи или въ размѣрѣ обязательства [8].

4. По исключенію просрочка со стороны кредитора наступаетъ безъ всякаго предложенія исполненія должникомъ [9], именно въ томъ случаѣ, когда предложеніе невозможно за отсутствіемъ кре-

---

предположеніи, что онъ не измѣнитъ своего заявленія и въ виду готовности должника произвести платежъ. Срав. Моммсенъ стр. 144. 176. Вольфъ стр. 407. Синтенисъ стр. 218).

[5a] L. 4. C. de usur. pup. 5. 56. l. 5. C. de distr. pign. 8. 28. Моммсенъ стр. 170—173. См. также l. 6. D. de opt. leg. 33. 5.

[6] Мадаи § 38—40 Вольфъ § 34 Моммсенъ стр. 145—160. 223—24. 314—316.

[7] Сюда относится и уполномоченный по управленію всѣмъ имѣніемъ («l. 34 § 3 D. h. t:—«is qui omnibus negotiis suis aliquem proponit, intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant»), но не спеціально уполномоченный; сдѣланное послѣднему порученіе не касается должника. Ср. о различныхъ мнѣніяхъ: Мадаи стр. 249, Вольфъ стр. 493 Моммсенъ стр. 315, Синтенисъ стр. 247.

[9] Мнѣнія здѣсь различны. По другому мнѣнію всякое непринятіе кредиторомъ платежа производитъ для него просрочку, независимо отъ того, можетъ ли подобное непринятіе платежа быть ему поставлено въ вину или нѣтъ; въ этомъ смыслѣ высказываются Фритцъ стр. 357, Синтенисъ стр. 218. Моммсенъ, § 17 толкуетъ въ пользу кредитора и принятіе имъ платежа по невозможности, но напримѣръ не по ошибкѣ. Защищаемаго здѣсь мнѣнія держится Мадаи § 36. 42, смотр. также Вольфъ стр. 405. 434—436. Источники не даютъ относительно этого окончательнаго разъясненія. Они говорятъ объ accipere nolle (напримѣръ l, 26 D. sol. matr. 24. 3, l 73 § 2 D. de V. O. 45. 1), также о stare per creditorem quominus accipiat и о заключающейся здѣсь frustratio (l. 37 D. mand 17. 1); но и эти послѣднія выраженія не указываютъ окончательно на моментъ отвѣтственности. Если въ l. 72 pr. D. h. t. просрочка кредитора обусловливается тѣмъ, что онъ «sine iuste causa... accipere recusavit», но тѣмъ не менѣе остается возможнымъ, что здѣсь слѣдуетъ понимать, что кредиторъ въ правѣ отказаться отъ ненадлежащаго исполненія. Съ другой стороны о томъ, что l. 3 § 4 D. de A. E. V. 19. 1 и l. 18 pr. D de pec, const. 13. 5 не даютъ указаній *противъ* должника смотр. Моммсенъ стр. 163. При такомъ положеніи вопроса для меня становится очевиднымъ, что просрочка влечетъ за собою невыгоды для кредитора во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда противное не установлено положительно закономъ и когда эта невыгода не можетъ пасть на невиновнаго. Во всякомъ случаѣ мнѣніе Моммсена представляется мнѣ наиболѣе основательнымъ. Ср. Виндшейдъ Heideld. krit. Zeitschr. III стр. 268—269.

[8] Безъ всякаго предложенія, не только безъ фактической готовности исполнить (прим.

дитора, предложеніе можетъ быть замѣнено здѣсь *заявленіемъ*, сдѣланнымъ суду [10]. Сюда не относится, напротивъ, тотъ случай, когда кредиторъ обязался самъ въ теченіе извѣстнаго срока, взять у должника предметъ исполненія. Если кредиторъ пропуститъ этотъ срокъ, то онъ отвѣтствуетъ только на основаніи этого особаго договора; но онъ не признается въ просрочкѣ, съ спеціальными ея послѣдствіями, безъ предложенія со стороны должника [11].

Просрочка кредитора прекращается [12], если онъ заявитъ, что готовъ принять исполненіе; но одновременно съ этимъ заявленіемъ онъ обязанъ предложить должнику вознагражденіе за ущербъ, причиненный ему просрочкою [13]. Кромѣ того просрочка кредитора прекращается съ наступленіемъ просрочки должника; наконецъ, само собою разумѣется, что просрочка прекращается съ прекращеніемъ самаго обязательства.

β. Дѣйствіе *.

§ 98. Просрочка кредитора не освобождаетъ должника отъ его обязанности [1]; но должникъ можетъ требовать, чтобы происшедшее отъ просрочки кредитора неисполненіе обязательства не обратилось ему во вредъ. Изъ этого положенія вытекаютъ слѣдующія послѣдствія: 1) Должникъ уже не отвѣчаетъ болѣе за недостатокъ заботливости, но отвѣчаетъ лишь за злой умыселъ и за сходную съ нимъ грубую неосторожность [2]; погибель предмета обязательства, происшедшая безъ злаго умысла или грубой неосторожности должника, освобождаетъ его отъ обязательства даже и въ томъ

---

5. 5а). Срав. Мадая § 42, Вольфъ § 36, Моммсенъ § 28, Фрицъ стр. 365—357, Синтенисъ стр. 218—219.

[10] L. 6 D. de usur. 4. 32. Моммсенъ стр. 168—170.

[11] A. M. Моммсенъ стр. 173 срав. тамъ же стр. 175.

[12] Мадаи § 69. 70, Вольфъ стр. 514—515, Моммсенъ § 36, Синтенисъ стр. 221.

[13] L. 17 D. de per. 18. 6. Объ l. 51 pr. D. de A. E. V. 19. 1 сп. Фритцъ Arch. f. civ. Pr. X. 6, Моммсенъ стр. 340 слѣд. Виндшейдъ Heidel. krit. Zeitschr. III стр. 278.

* Мадаи § 62—64, Вольфъ § 43—44, Моммсенъ § 30—33, Синтенисъ стр. § 98. § 98.
210—214.

[1] О противорѣчащихъ повидимому мѣстахъ см. Моммсенъ стр. 286 прим. 2. Противоположное для другихъ долговъ, кромѣ денежныхъ, утверждаетъ Циммерманъ Arch. f. civ. Pr. III 9; противъ этого Тиботь тамъ же V стр. 332—337.

[2] L. 5 l. 17 D. de per. 18. 6. l. 9 D. sol. matr. 24. 4. Если бы кредиторъ принялъ исполненіе, то для должника не предстояло бы болѣе надобности заботиться объ исполненіи. Отвѣтственность же за злой умыселъ и за грубую неосторожность никогда не прекращается (§ 17 № 1 и 2). Если объектъ обязательства погибнетъ по винѣ или по грубой неосторожности должника, то для оцѣнки отвѣтственности слѣдуетъ руководствоваться обыкновенными правилами. (§ 10 № 1). О l. 3 § 4 D. de A. E. V. 19. 1 см Виндшейдъ Heidelb. krit. Zeitschr. III стр. 275. Моммсенъ стр. 294, Мадаи стр. 460, Вольфъ стр. 495.

случаѣ, если отъ этого не произошла невозможность исполненія обязательства [3]. 2) Права должника обусловливаются исполненіемъ имъ обязательства, могутъ быть осуществлены имъ безпрепятственно [4]. 3) Должникъ можетъ требовать отъ кредитора возмѣщенія потерь, понесенныхъ имъ вслѣдствіе замедленія исполненіемъ обязательства не по его винѣ [5]. Онъ вовсе не обязанъ дѣлать какія-либо затраты, если онъ можетъ избѣжать ихъ доставленіемъ предмета обязятельства, хотя безъ врученія его кредитору; онъ имѣетъ право на то и обязанъ только предупредить объ этомъ кредитора [6]. 4) Просрочка кредитора не прекращаетъ обязанности должника платить проценты [7]; точно такъ же кредиторъ

---

[3] L. 84 § 3 C. de leg. 1° 30, l, 6 D. de doli. exc. 44. 4, l. 72 pr., D. h. t. Въ l. 102 pr. D. h. t. въ концѣ слѣдуетъ читать вмѣсто «creditoris»—«debitoris». Моммсенъ стр. 300 въ прим.

[4] Такъ напр. при двусторонняхъ договорахъ, l. 13 § 8 D de A. E. V. 19. 1. Точно также не препятствуетъ, если для должника безъ его вины послѣдующее исполненіе обязательства сдѣлается невозможнымъ l. 5 i. f. D. de per. 18. 6, l. 36 D. loc. 19. 2. Моммсенъ стр. 302—306. По древне-римскому праву на просрочкѣ кредитора основывалось право требовать возвращенія залога (l. 20 § 2 l. 9 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 6 § 1 D. quib. mod. pign. 20 6, l. 1 pr. § 4 D. de migr. 43. 32); позднѣе для этой цѣли требовалось судебное опредѣленіе l. 10. 12 C. de pign. act. 4. 24, l. 12 C. de compens. 4, 31, l. 20 C. de pign. 8. 14, l. 3 C. de uit. pign. 8. 31. Срав. прим. 7.

[5] L. 38 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 8 D. de tritic. 33. 6.

[6] L. 1 § 3. 4 D. de per. 18. 6, l. 12 l. 14 pr. D. eod. Болѣе снисходительное мнѣніе выражено въ l. 8 D. de trit. 33. 6. Помпоній не даетъ здѣсь должнику возможности ограничиться уплатой стоимости. Также и въ l. 1 § 3 cit. указано, какъ на болѣе правильное не удовлетвореніе вещью за ея цѣнность, но другой способъ, именно продажу вещи за счетъ кредитора. О различныхъ мнѣніяхъ ср. Мадаи стр. 466 слѣд., Вольфъ стр. 488 слѣд., Моммсенъ стр. 308 слѣд.; также Тёль Handelsr. I § 87. 2. I. Зейфф. Arch. XIV. 122. HG. B. ст 343 даетъ продавцу только право продажи. См. также § 32 прим. 1.

[7] Должникъ, правда, можетъ отозваться, что если бы кредиторъ принялъ уплату, то онъ освободился бы отъ платежа процентовъ; но противъ этого кредиторъ можетъ возразить, что должникъ продолжалъ пользоваться должными деньгами. Это безъ сомнѣнія служитъ основаніемъ почему продолженіе обязанности платить ростъ признается l. 1 § 3 l. 7 D. de usur. 22. 1, l. 6. 19 C. eod. 4. 32, l. 28 § 1 D de adm. et per. 26. 7. L. 2 C. de usur. 4. 32 не говоритъ, что ростъ прекращается посредствомъ предложенія произвести уплату, напротивъ: это мѣсто говоритъ, что онъ не прекращается внесеніемъ денегъ безъ предложенія принять ихъ. Болѣе снисходительное, не принятое мнѣніе въ l. 28 § 1 D. de adm. cit; см. также l. 122 § 5 D. de V. O. 45. 1. Уклоняется Моммсенъ стр. 288; противъ—Вандшейдъ Heid. krit. Zeitschr. III стр. 273 ср. также Унтергольцнеръ I стр. 130.—Послѣ просрочки со стороны кредитора должникъ не платитъ неустойки; но лишь потому, что прекратилась его просрочка. По l. 1. 11 C. de usur. 4. 32 просрочившій кредиторъ теряетъ право пользоваться взамѣнъ процентовъ плодами заложенной ему вещи (l. 8 D. in quib. caus pign. 20. 2). Не имѣетъ ли это соотношенія съ древнѣйшимъ правомъ, указанномъ въ прим. 1 относительно actio pignoraticia? Относитъ l. 1. 11 cit. къ договору нѣтъ основанія срав. впрочемъ Мадаи стр. 471, Моммсенъ стр. 289.

не теряетъ чрезъ свою просрочку ни залоговаго права [8], ни права продать заложенное имущество [9].

d) *Предоставленіе предмета обязательства чрезъ посредство суда* *.

§ 99. Если предметъ обязательства состоитъ въ движимомъ имуществѣ, то должникъ можетъ не ограничиваться указанными послѣдствіями просрочки кредитора, ему предоставляется средство совершенно освободиться отъ обязательства; средство это заключается [1] въ представленіи предмета обязательства въ судъ (depositio) [2].

Этимъ средствомъ должникъ можетъ освободиться отъ обязательства и въ томъ случаѣ, когда препятствіе къ его исполненію заключается въ личности кредитора, каковы напр. его отсутствіе, неспособность къ отчужденію, неопредѣленность лица кредитора [3].

Наши законы предусматриваютъ только этотъ послѣдній случай, т. е. когда предметъ обязательства заключается въ деньгахъ или въ движимомъ имуществѣ вообще (т. X ч. 1 ст. 2055); но законъ ничего не постановляетъ о послѣдствіяхъ уклоненія кредитора отъ принятія исполненія въ другихъ случаяхъ. Впрочемъ, по общимъ началамъ права, слѣдуетъ признать, что изложенныя правила имѣютъ примѣненіе и у насъ.

Нужно замѣтить еще, что примѣненіе ст. 2055 т. X ч. 1 возбудило сомнѣніе въ практикѣ новыхъ судебныхъ учрежденій, такъ

---

[8] L. 19 C. de usur. 4. 32.

[9] Срав. I § 237 прим. 2.

* Моммсенъ стр. 306—308, Унтергольцнеръ стр. 470—472, Синтенисъ стр. 412— § 99.
413, Гольцшуеръ III § 246.

[1] Должникъ не имѣетъ иска о понужденіи къ принятію, развѣ бы той юридической сдѣлкой, которая создала обязательство была явно или молчаливо установлена обязанность кредитора принять отъ должника объектъ обязательства въ опредѣленный срокъ. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать l. 9 D. de A. E. V. 19. 1. Моммсенъ § 14 примѣч. 3.

[2] О депозиціи говорятъ: l. 1 § 3 l. 7 D. de usur. 22. 1. l 28 § 1 D. de adm. et. per. 26. 7, l. 2. 6. 19 C. de usur. 4. 32, l. 9 C. de solut. 8 43. Эти мѣста постоянно предполагаютъ существованіе денежнаго долга; но что депозиція можетъ имѣть примѣненіе и относительно другихъ движимыхъ вещей, указываетъ Nov. 91 c. 2, см. также l. 1 § 36. 37 D. d-p. 16. 3. У римлянъ, какъ кажется, депозиція имѣла значеніе лишь въ смыслѣ оставленія запечатанныхъ вещей должникомъ см. l. 7 D. de usur. cit. Впослѣдствіи мѣстомъ депозиціи обыкновенно былъ храмъ срав. Мутеръ Sequestraction и Arrest. стр. 363—368. Нынѣ же депозиція можетъ быть произведена въ каждомъ судѣ. Синтенисъ стр. 413. срав. GB. Arch. 343. Депозиція, безъ предшествующаго предложенія принять уплату, недѣйствительна l. 2 C. de usur. cit. Должникъ не связанъ депозиціей, l. 19 cit. (Унгеръ Iahrb f. Dogm. X стр. 50. 51. Blätter f. R. Anwend. XXXIV стр. 410). Объ отвѣтственности государства за принятіе депозита судомъ см. Зейфф. Arch. II 159, XVII 123, ср. III 327, V 135, VII 321. См. тамъ же VIII 23.

[3] L. 7 § 2 D. de minor. 4. 4, l. 1 § 36. 37 D. dep. 16. 3, l. 56 § 1 D. mand. 17.

какъ трудно сказать, въ какомъ порядкѣ производства они могли бы принимать предметы исполненія, о которыхъ говоритъ эта статья закона. Впрочемъ, спб. окружной судъ, сколько намъ извѣстно, принимаетъ такія суммы по распоряженіямъ предсѣдателя и выдаетъ таковыя по назначенію, если таковое было сдѣлано, по его распоряженіямъ; если же не было указано лица, коему внесенныя суммы подлежатъ выдачѣ, онѣ выдаются по постановленіямъ суда.

А. Д.

2. Компенсація (зачетъ) *.

а) *Понятіе.*

§ 100. Компенсація есть прекращеніе обязательства посредствомъ другого обязательства должника относительно кредитора. При компенсаціи кредиторъ не получаетъ того, что онъ имѣлъ получить; но, вмѣсто этого, онъ освобождается отъ соотвѣтствующаго долга [1]. Поэтому компенсація является однимъ изъ способовъ удовлетворенія [2]. Выраженіе «компенсація» употребляется не только для обозначенія дѣйствія, истекающаго непосредственно изъ противопоставленнаго обязательства, но также и для обозначенія дѣйствія того лица, которое представляетъ обязательство для зачета [3].

1, l. 18 § 1 D de usur. 22. 1. Срав. также l. 47 § 2 D. de fideic. lib. 40. 5, l. 4 pr. D. de statu lib. 40. 7. Зейфф. Arch. I. 34, II. 158 VIII. 23. X. 35. 240, XIII. 92, (XXI. 27. 28. Будде и Шмидтъ Entscheid. des O. A. G. за Rostock VI. 45).

§ 100. * Dig. 16. 2 Cod. 4. 31 de compensationibus. Кругъ die Lehre von der Compensation (1833; объ этомъ Фуръ въ Schnuk's Iahrb XXXIII стр. 109 слѣд. 217 слѣд.). Гарттеръ das römischdeutsche Recht der Compensation, mit Hinblick auf einige besondere in Deutschland geltende Gesetze und Statutem dargestellt (1837). Бринцъ die Lehre fon der Compensation (1849). X. Дернбургъ die Compensation nach römischen Recht mit Rücksicht auf die neuere Gesetzbücher (1854) (второе изд. 1868. Объ этомъ Эккъ Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. R. Pflege in Preussen III стр. 124). Далѣе статьи Гассе Arch. f. civ. Pr. VII 9 (1824), Бетманнъ-Голлвегъ Rhein. Museum I стр. 257—285 (1827), Теллкампфъ Arch. f. civ. Pr. XXIII. 11 (1840). Кругъ ibid. XXV стр. 211—226 (1842), Спитеннсъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVIII. 1 (1843), Гарттеръ ib. XIX, 6 (1844), Фуръ Arch. f. pract. R. W. I. 16 (1853), ср. Шейерль Beiträge I. Nr. 7 (1853), Кругъ Zeitschr. f. Rechtspflehe u. Verwaltung f. d. Königr. Sachsen VIII 6 (1854), Бринцъ Iahrb. d. gem. R. I. 2 (1857), и сочиненія Уббелоде о положеніи ipso iure compensatur (1858), Амера die Compensation im Civilprozess des classischen römischen Rechts (Hebilitationsschrift, 1863). Фритцъ Erläuterungen II стр. 395—410) Унтергольцнеръ I § 254—260. Вангеровъ III § 618, Бринцъ § 149, Спитеннсъ III § 104.

[1] Вообще l. 1 D. h. t. «Compensatio est debeti et crediti inter se contributio».

[2] См. § 93 прим. 3.

[3] Именно для означенія дѣйствія должника, который противъ требованія кредитора выставляетъ собственное требованіе (такъ напр. въ l. 2 l. 10 § 1. 3 i. f. l. 13 i. f. l 21 i. f. D. h. t. и во многихъ другихъ мѣстахъ) такъ же для обозначенія дѣйствія кредитора (напр. l. 18 § 1 l. 3 C. h. t.), или судьи, или другаго лица,

Компенсаціи предполагаетъ извѣстныя презумпціи, безъ которыхъ она не наступаетъ; объ этомъ будетъ сказано ниже въ § 102; здѣсь же изложимъ тѣ основанія, котрыми она приводится въ исполненіе, если существуютъ означенныя предположенія [4].

b) Дѣйствіе.

§ 101. 1) То обстоятельство, что должникъ имѣетъ въ свою очередь обязательство на кредитора, уничтожаетъ права этого послѣдняго; оно продолжаетъ существовать само по себѣ [1].

2) Но съ того момента, когда праву кредитора противопоставляется требованіе должника, противъ него возникаетъ возраженіе (exceptio), которое препятствуетъ его осуществленію. Это возраженіе основывается на естественномъ предположеніи, что было бы скандалезно требовать отъ должника того, что ему должно было быть тотчасъ же возвращено [2].

постановляющаго судебный приговоръ (напр. § 30 I. de act. 4. 6, l. 15 D. h. t. l. 96 § 3 i. f. D. de solut. 46. 3). Это послѣднее значеніе, по которому слово compensare относится къ дѣятельности лица, употребляется въ источникахъ такъ часто, что другое значеніе его почти совершенно исчезаетъ. Это невѣрно. Выраженія compensare и compensatio основываются на представленіи объ уравновѣшеніи; это уравновѣшеніе можетъ быть понимаемо какъ исходящее непосредственно изъ обязательства, и какъ исходящее изъ дѣятельности извѣстнаго лица. Какъ непосредственно исходящее изъ обязательства, это выраженіе употреблено въ упоминутомъ выраженіи ipso iure compensatur (см. объ этомъ § 101 прим. 3). Ср. особенно l. 21 D. h. t, «Posteaquam placuit inter omnes id quod invicem debetur ipso iure compensari, si procurator absentis convenistur, non debeb.t de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur». Здѣсь выраженіе compensatio не примѣняется даже къ дѣятельности должника, производящаго зачетъ. Если бы выраженія «compensare» и «compensatio» не имѣли другаго смысла, кромѣ означенія дѣйствій лица, предъявляющаго встрѣчное требованіе, то мы могли бы обойти выраженія «compensare» и «compensatio» и вмѣсто нихъ употреблять выраженія «зачитать», «зачетъ». Но эти выраженія плохо примѣняются къ означенію дѣйствія, вытекающаго изъ встрѣчнаго требованія. Такимъ образомъ, не остается ничего болѣе, какъ употреблять приведенныя иностранныя выраженія, тѣмъ болѣе, что было бы слишкомъ смѣло говорить «уравновѣшивать, равновѣсіе», что собственно вполнѣ соотвѣтствовало бы этимъ выраженіямъ.

[4] Институтъ компенсаціи развивался у римлянъ лишь постепенно. Еще во времена Гая за исключеніемъ двухъ особенныхъ случаевъ (при требованіи argentarius'а и при требованіи bonorum emtor'а) къ зачету могло быть представлено лишь то встрѣчное требованіе, которое истекало изъ того же правоотношенія. Gai IV. 61—68. По рескриптомъ императора Марка было признано, что помѣщенная въ формулѣ exceptio doli давала судьѣ право принимать въ соображеніе и такое встрѣчное требованіе, которое истекало изъ инаго правоотношенія (§ 30 I. de act. 4. 6). Исторію компенсаціи, о которой, въ связи съ вопросомъ, упомянутымъ въ § 101, прим. 3, было много споровъ, ср. Бринцъ Compensation стр. 76 слѣд., Lerhb. стр. 644 слѣд. Jahrb. стр. 38 слѣд., Дернбургъ стр. 19 слѣд. (2 изд. стр. 15 сл.). Уббелоде стр. 180 слѣд., статью Ассера, и обозрѣніе у Вангерова прим. 1 № II.

[1] Компенсація погашаетъ обязательство не ipso iure, но ope exceptionis Дернбургъ § 101. § 29, Вангеровъ стр. 380—382.

[2] «Dolo facit, qui petit, quod redditurus est». L. 8 pr. D. de oli exc. 44, 4, L

3) Возраженіе о компенсаціи возникаетъ въ силу самаго права; для этого не требуется какой либо дѣятельности должника. Если должникъ въ опроверженіе предъявленнаго противъ него требованія ссылается на принадлежащее ему право, то этимъ онъ не создаетъ возраженія, а пользуется только уже существующимъ правомъ [3].

4) Заявленіемъ о зачетѣ, хотя и косвенно, прекращается обязательство [4]. Поэтому, если должникъ, по невѣдѣнію о принадле-

---

173 § 3 D. de R. I. 50. 17. См. также l. 3 D. h. t. «Ideo compensatio necessaria est' quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere». Были попытки распространить это толкованіе въ томъ смыслѣ, что компесаціи уничтожаетъ обязательство въ силу уплаты кредиторомъ самому себѣ или въ силу уменьшенной уплаты должникомъ, Это ошибочно. Кредиторъ не можетъ требовать въ силу того, что онъ долженъ отдать; но онъ не только не получилъ и не отдалъ, но не можетъ быть и разсматриваемъ какъ получившій и отдавшій. Ср. Вангеровъ, прим. 1 № I. Дернбургъ § 39 (42). Поэтому доказательство компенсаціи не служитъ доказательствомъ уплаты Зейфф. Arch. XII. 94.

[3] Въ этомъ смыслѣ источники говорятъ, что «ipso iure compensatur», «ipso iure compensatio fit», что должникъ «ipso iure eo minus debet, quod ex compensatione retinere potest». L. 4 l. 10 pr. l. 21 D. h. t., l. 4 l. 14 pr. C. h t., § 30 I. de act. 4. 6 Компенсація не *дѣйствуетъ* ipso jure, но *наступаетъ* ipso iure, т. е. компенсація, понимаемая какъ погашеніе обязательства противоположнымъ обязательствомъ, при компенсаціи, направленной противъ дѣйствія должника, выраженіе ipso iure, не имѣетъ смысла. О значеніи ipso ijre было такъ много споровъ, что Убеллоде написалъ объ этомъ цѣлую книгу (см. прим. *). a) Сначала господствующее мнѣніе было то, что ipso iure дѣйствуетъ какъ исполненіе или прощеніе. b) Впослѣдствіи это мнѣніе стало согласоваться съ общепризнаннымъ положеніемъ, что должникъ, если онъ не хочетъ произвести зачета, сохраняетъ свое встрѣчное требованіе, тѣмъ, что компенсація получаетъ дѣйствіе только въ томъ случаѣ, когда этого хочетъ должникъ и что въ этомъ случаѣ оба требованія погашаются въ тотъ моментъ, когда они другъ другъ противопоставлены. Это—теперь господствующее мнѣніе. c) Оно энергически опровергалось Бринцемъ въ его сочиненіи о компенсаціи. Вмѣсто него Бринцъ старался установить прежнее мнѣніе Донельтіуса, но на иныхъ основаніяхъ: онъ доказывалъ, что выраженіе ipso jure означаетъ лишь то, что компенсація возникла и безъ того, чтобы въ формулу была помѣщена exceptio. Таково же, но на другихъ основаніяхъ—мнѣніе Уббелоде (приближающееся къ мнѣнію, изложенному sub a). d) По мнѣнію Дернбурга ipso iure означаетъ, что компенсація возникаетъ въ силу самаго права, т. е. что она не зависитъ ни отъ особенныхъ обстоятельствъ и отношеній, ни отъ убѣжденія судьи. e) Новѣйшій писатель о компенсаціи, Ассеръ, возвратился къ старому мнѣнію, что компенсація дѣйствуетъ ipso iure. Онъ указываетъ, что такое же мнѣніе объ ipso iure было усвоено и Юстиніаномъ, но безъ всякаго отношенія къ значенію этого выраженія. Поэтому было бы «безразсудно «маклачить» въ современной теоріи гражданскаго права» (стр. 57). f) Съ защищаемымъ здѣсь мнѣніемъ согласенъ въ главныхъ основаніяхъ (ср. слѣд. прим.) Бринцъ въ его соч. Jahrb. d. gem. R. и въ его учебникѣ, хотя отчасти онъ придерживается и прежняго своего мнѣнія. (Противъ этого мнѣнія Дернбургъ 2 изд. стр. 304, Вангеровъ, 7 изд. III стр. 361 слѣд.). Это различіе мнѣній не имѣетъ практическаго значенія. Ср. Уббелоде стр. 3—5.

[4] Ср. § 93 прим. 1, въ концѣ L. 4 D. h. t.:—«ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest. Sicut enim, quum totum peto a reo, male peto, ita et fideiussor non tenetur ipso iure in maiorem quantitatem quam reus condemnari potest». L 10 pr. D. h. t.:—«conpensationem factum videri et ipso iure invicem liberationem». L. 4 C. h. t.:—«ipso iure pro soluto compensationem haberi

жащемъ ему правѣ зачета произведетъ платежъ, то онъ въ правѣ требовать возвращенія уплаченнаго имъ, какъ переданнаго безъ основанія[5]. Въ силу того же значенія возраженія о зачетѣ, оно исключаетъ теченіе процентовъ[6], просрочку должника[7], а также наступленіе неустойки, обусловленной неисполненіемъ[8] [9].

5) Воспользоваться ли возраженіемъ о зачетѣ, или нѣтъ—это вполнѣ зависитъ отъ усмотрѣнія должника. Если онъ самъ не ссылается на него, то судья не въ правѣ принять это во вниманіе[10].

6) Если должникъ не воспользуется этимъ возраженіемъ, то онъ сохраннетъ свое право требованія и можетъ воспользоваться имъ другимъ способомъ[11]. Поэтому незаявленіе возраженія о зачетѣ не разсматривается какъ дареніе, которое предполагается въ непользованіи должникомъ всякимъ другимъ принадлежащимъ ему возраженіемъ. Право требованія должника продолжаетъ существо-

---

oportet». О томъ какъ слѣдуетъ читать послѣднія мѣста см. Уббелоде стр. 207, слѣд. и цитированныя у него соч., Бринцъ Jahrb. стр. 38. Бринцъ (Jahrb. и Lehrb.) принимаетъ не прекращеніе требованія посредствомъ встрѣчнаго требованія, но лишь освобожденіе должника. Этимъ онъ хочетъ съ точностью обозначить противоположность съ ослабленіемъ требованія посредствомъ возраженія (Jahrb. стр. 34). Эта послѣдняя противоположность по моему мнѣнію имѣетъ значеніе лишь въ томъ смыслѣ, что должникъ, посредствомъ возраженія о зачетѣ, освобождается, жертвуя соотвѣтствующею цѣнностью. Эта особенность не касается однако уничтожающаго значенія возраженія.

[5] L. 10 § 1 D. h. t. «Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluta». L. 30 D. de cond. ind. 12. 6. Дернбургъ стр. 491—493 (586—587).

[6] L. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 7 C. de solut. 8. 43. Дернбургъ стр. 489—491 (587—589).

[7] Ср. l. 40 D. de R. C. 12. 1. Дернбургъ стр. 493 (589); другаго мнѣнія Бринцъ Compens. стр. 17.

[8] Сюда относятся дѣйствія эмфитеузиса (I. § 122, № 4) и найма (I. 54 § 1. D loc. 19. 2), Дернбургъ стр. 494 (509) Зейфф. Arch. XII 23 152.

[9] Интересное послѣдствіе представляетъ l. 21 D. h. t. Procurator absentis, представляющій къ зачету требованіе отсутствующаго должника, не обязанъ представить cautio de rato, между тѣмъ какъ таковое обязанъ представить всякій, кто, безъ довѣренности, оспариваетъ чужое требованіе. Procurator не оспариваетъ чужаго требованія, но употребляетъ возраженіе, возникающее изъ этого требованія безъ посредства его дѣятельности. Относительно истиннаго смысла l. 21 cit мнѣнія весьма различны. Ср. именно Бринцъ § 35, Дернбургъ стр. 326 слѣд (328 слѣд.), Уббелоде § 25.

[10] L. 2 D. h. t. «Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare». L. 1 § 4 D. de contr. tut. 27. 4—«erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit». (Зейфф. Arch. XXII. 128, XXIII. 122).— То правило, что заявленіе возраженія зависитъ отъ усмотрѣнія должника, примѣняется ко всѣмъ возраженіямъ, но здѣсь это имѣетъ совершенно особый смыслъ. Заявленіе всѣхъ другихъ возраженій доставляетъ должнику выгоду; въ заявленіи же возраженія о зачетѣ заключается и пожертвованіе,—отчужденіе требованія съ цѣлью освобожденія. На этомъ основаніи и корреальный должникъ не можетъ безусловно заявить возраженія о зачетѣ своего права регресса противъ своего содолжника (§ 102 прим. 19).

[11] L. 1 § 4 D. de contr. tut. 27. 4 (прим. 10).

вать и въ томъ случаѣ, если судья отвергнетъ возраженія вслѣдствіе невозможности зачета [12].

7) И кредиторъ можетъ сослаться на зачетъ въ томъ отношеніи [12 a], что онъ не можетъ быть обязанъ къ принятію исполненія обязательства и тѣмъ предоставить должнику воспользоваться принадлежащимъ ему требованіемъ инымъ способомъ [13]. Но если онъ принялъ исполненіе, хотя бы даже и по невѣдѣнію о своемъ долгѣ, то онъ уже не въ правѣ возвращеніемъ полученнаго вновь пріобрѣсти право на зачетъ [14].

8) [15] Если должникъ имѣетъ на кредитора нѣсколько требованій, то избраніе того или другаго изъ нихъ для зачета зависитъ отъ его усмотрѣнія [16]. Если кредиторъ имѣетъ нѣсколько требованій на должника, то въ случаѣ требованія отъ должника исполненія [17], ему принадлежитъ и выборъ; кредитору же выборъ при-

---

[12] Иначе будетъ, если судья отклонитъ компенсацію, признавъ противопоставленное требованіе несостоятельнымъ L. 7 § 1 D. h. t., l. 8 § 2 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 § 4 D. de contr. tut. 27. 4 Ср. I § 130 прим. 21. Дернбургъ § 50 (69).

[12a] Но не въ томъ смыслѣ, чтобы кредиторъ, ссылающійся на компенсацію, могъ понудить должника, отказывающагося отъ нея, допустить производство о противопоставляемомъ обязательствѣ для того, чтобы добиться судебнаго признанія его содержанія. Въ этомъ случаѣ предполагается, что кредиторъ съ самаго начала предъявилъ искъ только о части своего требованія, вторая же часть его, также какъ и противопоставляемое обязательство, устраняются изъ процесса. Того же мнѣнія держится и Синтенисъ Lehrb. стр. 445 въ прим; другаго мнѣнія Дернбургъ стр. 225 (237, 546 сл.). Загадочное и трудное для пониманія исторія компенсаціи мѣсто Paulus'a S. R. II 5 и 3 не содержитъ въ себѣ взгляда, противоположнаго приведенному здѣсь; это мѣсто предполагаетъ обязательную по закону компенсацію («debes»).

[13] Это естественное послѣдствіе положенія «ipso iure compensatur». Противопоставляемое обязательство употребляется для косвеннаго погашенія требованія. Первоначальное требованіе погашается не тѣмъ, что должникъ противопоставляетъ ему другое требованіе. На такое прекращеніе обязательства, имѣющее мѣсто въ силу закона, кредиторъ можетъ ссылаться также какъ и должникъ, и они вправѣ не принимать исполненія по погашенному уже обязательству. Изъ того, что должникъ не обязанъ ссылаться на компенсацію въ случаѣ предъявленія къ нему требованія, еще не слѣдуетъ, чтобы кредиторъ этого не могъ сдѣлать, если отъ него требуютъ чего нибудь вслѣдствіе того, что ему принадлежитъ обязательство.

[14] Противоположное утверждаетъ Дернбургъ стр. 491. 492 (588. 589); но я не согласенъ съ нимъ. Кредиторъ, которому принадлежитъ имущество (обязательственное право на должника), произвелъ это отчужденіе (принявъ платежъ), но при этомъ онъ не произвелъ бы этого отчужденія, еслибы не былъ въ заблужденіи (онъ представилъ бы свое обязательство къ зачету): неужели это обстоятельство даетъ ему права уничтожать произведенное имъ отчужденіе?

[15] Фуръ Arch. f. prakt. R. W. I тетрадь 3 стр. 141—155; Кругъ § 52, Дернбургъ § 48 (65). Синтенисъ стр. 438.

[16] Для разрѣшенія этого исходной точкой служитъ l. 5 D. h. t. Поэтому противъ этого положенія никто не споритъ (Срав. Зейфф. Arch. XXIII. 22).

[17] Также Фуръ и Синтенисъ, цитир. соч.; точно также Унтергольцнеръ стр. 553, Вангеровъ прим. 1 № I въ концѣ. Кругъ и Дернбургъ, цитир. соч., хотя и по различнымъ основаніямъ предоставляютъ выборъ кредитору. Я исхожу изъ того, что отъ усмо

надлежитъ въ томъ случаѣ, когда ему предлагается исполненіе [18] [19].

c) *Презумпція.*

§ 102. Компенсаціи предполагаютъ:

1) Дѣйствительное обязательство, не допускающее никакихъ возраженій [1]. Если противопоставленное обязательство прекращается прямо, или посредствомъ возраженія, то прекращается и компенсація [2].

2) Не требуется, чтобы противопоставляемое обязательство могло быть осуществимо посредствомъ иска; для компенсаціи можетъ служить и естественное обязательство кредитора [3]. Впрочемъ,

---

трѣнія должника зависитъ представить принадлежащее ему обязательство къ зачету или нѣтъ; если да, то ему должно принадлежать и право выбора, противъ котораго изъ требованій кредитора представить свое обязательство. Естественно, что если онъ первый заявилъ требованіе въ качествѣ кредитора, то право выбора переходитъ къ его должнику, который въ то же время является кредиторомъ по нѣсколькимъ обязательствамъ. Во всякомъ случаѣ ни та, ни другая сторона не можетъ заставить другую представить возраженіе о компенсаціи, если она этого не хочетъ.

[18] Относительно послѣдняго дѣйствуютъ тѣ же правила, что и относительно должника. Такъ какъ отъ него зависитъ воспользоваться возраженіемъ о компенсаціи, то ему же предоставляется и опредѣлить, которое изъ своихъ обязательствъ онъ желаетъ погасить посредствомъ зачета.

[19] Какое отношеніе имѣетъ къ разсмотрѣннымъ здѣсь случаямъ положеніе ipso iure compensatur? Опредѣленіе должника или кредитора имѣетъ обратное дѣйствіе въ томъ отношеніи, что опредѣляется, что извѣстное обязательство погашается (въ силу возраженія) извѣстнымъ обязательствомъ. L. 98 § 3. D. de solut. 46. 3.—«sitque et hoc ex his, quae postfactis in praeteritum quid fuerit declarent».

[1] 1 L. 14 D. h. t. «Quaecunque per exceptionem peremi possunt, in compensationem non veniunt». Компенсація обязательства, по ошибкѣ принятаго за имѣющее значеніе Зейфф. Arch. XIX. 224. Компенсація противъ компенсаціи? Зейфф. Arch. XIX. 141—144, (XXII. 33). Компенсація обязательства, по которому уже предъявленъ искъ? Кругъ § 94. Зейфф. Arch. XX 28 (XXI. 117).

[2] Но для прошедшаго продолжаютъ существовать всѣ послѣдствія компенсаціи, § 102.
именно прекращеніе теченія роста и послѣдствій просрочки должника. Компенсація прекращается особенно при прекращеніи главнаго обязательства по давности. Нѣкоторые утверждали противное, основываясь или на положеніи ipso iure compensatur, понимая его въ томъ смыслѣ, что компенсація производитъ непосредственное погашеніе обязательства немедленно, или послѣ сдѣланнаго возраженія о компенсаціи (§ 349 прим. 3 лит. а и б) — также Зейфф. Arch. II. 163, XIV. 19, XV. 118, противъ этого IX. 253—или же основываясь на положеніи, что возраженія не подлежатъ давности (Зейффертъ § 287 прим. 13 въ концѣ. Дернбургъ стр. 436 (473). Послѣдній аргументъ кажется убѣдительнымъ, ибо по праву компенсаціи есть только возраженіе. Но это не исключаетъ возможности осуществить обязательственное право и инымъ способомъ. Тотъ, кому принадлежитъ обязательственное право, остается субъектомъ его въ томъ случаѣ, если онъ не представилъ его къ зачету, и поэтому его право подлежитъ общимъ правиламъ о значеніи давности. Срав. I § 112 прим. 8. см. еще Зейфф. Arch. XIII 8 (противъ прекращенія обязательства безъ основанія къ тому) Зейфф. Arch. XXII. 32).

[3] L. 6 D. h. t. «Etiam quod natura debetur, venit in compensationem». Срав. § 40 прим. 12.

признаваемыя современнымъ правомъ естественныя обязательства не могутъ быть выставляемы для компенсаціи [4].

3) Противопоставляемое обязательство должно быть просрочено [5]; впрочемъ, отсрочка не препятствуетъ ничему [5 а 6]. Нѣтъ необходимости въ томъ, чтобы противопоставляемое обязательство подлежало исполненію въ томъ же мѣстѣ, какъ и главное; но если мѣста исполненія ихъ различны, то долженъ быть принятъ въ разсчетъ могущій зависѣть отъ этого интересъ должника [7].

4) Необходимымъ условіемъ компенсаціи является то, чтобы предметъ противопоставляемаго обязательства былъ однороденъ съ предметомъ другого обязательства [8]. Поэтому главнѣйшіе случаи зачета имѣютъ мѣсто, когда оба обязательства имѣютъ своимъ предметомъ денежные платежи, но эти случаи не исключительные [9]. При этомъ безразлично, относились ли оба обязательства къ однороднымъ предметамъ съ самаго начала, или однородность эта наступила вслѣдствіе послѣдующаго измѣненія одного или обоихъ обязательствъ [10].

---

[4] См. § 41 и особенно прим. 13. 21. 22. Срав. Кругъ § 41, Дернбургъ стр. 437—439 (469—471).

[5] L. 7 pr. D. h. t. «Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat». Зейфф. Arch. II. 279, VIII. 214.

[5а] Для должника—въ обязательствѣ, представленномъ къ зачету, для кредитора—въ главномъ обязательствѣ.

[6] L. 16 § 1 D. h. t.:—«aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitati gratia tempus indulgeri solutionis». Дернбургъ стр. 429—432 (476—483).

[7] Для должника—относительно обязательства, представляемаго къ зачету, для кредитора—относительно главнаго обязательства. Но не принимается въ разсчетъ интересъ кредитора въ обязательствѣ, представляемомъ къ зачету, и интересъ должника въ главномъ обязательствѣ, такъ какъ онъ не обязанъ соглашаться на компенсацію, если онъ не хочетъ отказаться отъ исполненія обязательства въ условленномъ мѣстѣ. L. 45 D. h. t. Другаго мнѣнія Дернбургъ стр. 434 (505).

[8] Необходимо, чтобы то, что должникъ вправѣ требовать отъ кредитора, по роду своему, удовлетворяло тому, что можетъ требовать кредиторъ. Это требованіе вытекаетъ изъ характера компенсаціи и поэтому оно предполагается въ источникахъ, хотя и не выражено въ нихъ категорически. Срав. впрочемъ Paul. S. R. II § 5 § 3 Gai. IV. 66.

[9] Подробности см. у Круга § 42—50. Дернбургъ § 43—44 (57—58). Синтенисъ стр. 428—431. См. также Гольцшуеръ III § 247 № 2.

[10] Срав. l. 8 C. h. t., l. 1 C. rer amot. 5. 21. Въ классическомъ римскомъ правѣ кондемнація выражалась всегда деньгами; поэтому возможна была компенсація денежнымъ требованіемъ противъ всякаго обязательства. Если противопоставляемое обязательство истекаетъ изъ того же основанія, что и главное обязательство, при чемъ всегда предполагается bonae fidei iudicium, то и предоставляемое къ зачету обязательство могло быть выражено въ деньгахъ, такъ что здѣсь безусловно допускается компенсація. Gai. IV. 61. Дернбургъ стр. 421 утверждаетъ, что при actio arbitraria можетъ быть допущена денежная кондемнація по требованію отвѣтчика, чтобы сдѣлать ему возможною компенсацію, въ томъ случаѣ, если онъ уже былъ готовъ къ исполненію, но истецъ промедлилъ принятіемъ исполненія по обязательству,

5) Не мѣшаетъ компенсаціи и то, если противопоставляемое обязательство представляется не безспорнымъ[11], т. е., если оно должно быть учтено или доказано. Впрочемъ, судья не только въ правѣ, но и обязанъ устранить компенсацію[12], если подтвержденіе противопоставляемаго обязательства требуетъ продолжительнаго времени по отношенію къ другому обязательству[13]. При этомъ безразлично, основаны ли оба обязательства на одномъ и томъ же обстоятельствѣ, или нѣтъ[14] [15].

проистекающему ex eadem causa. Такъ какъ это положеніе не вытекаетъ изъ процессуальныхъ нормъ классическаго римскаго права, то Дернбургъ предполагаетъ, что оно примѣнимо и въ настоящее время (ст. 428, слѣд. (493—502). Я не думаю, что это положеніе можетъ быть доказано I. 18 § 4. D. commod. 13. 6, на которое ссылается Дернбургъ. Это мѣсто предполагаетъ денежную кондемнацію, но на какомъ основаніи—объ этомъ ничего не говорится.

[11] Рей Arch. f. civ. Pr. li 17, Генслеръ III ст. 209—210, Гассе и Телькампфъ въ цитированныхъ въ прим. * соч. Бетманнъ-Гольвегъ тамъ же стр. 258—263; Кругъ § 89—93, Дернбургъ § 49 (66—68); Фритцъ, Erläuter. II стр. 406—408, Вангеровъ III § 618 прим. 2, Синтенисъ II стр. 432 также прим. 42.

[12] Изъ этого процесса устраняется компенсація, а не только одно обязательство, для предъявленіи ея особо. Поэтому если должникъ вновь предъявитъ свое требованіе, то онъ вправѣ требовать всего того, что онъ получилъ бы, если бы въ то время принято было въ соображеніе его требованіе о компенсаціи. Это правило относится особенно къ исключенію теченія процентовъ и просрочки. Гассе Arch. f. civ. Pr. VII, стр. 201, Дернбургъ стр. 474—476 (566 слѣд.).

[13] Приведенныя въ текстѣ положенія основываются на постановленіяхъ Юстиніана въ I. 14 § 1 C. h. t. Они признаются однако не всѣми. Такъ существовало ученіе, и это было господствующимъ мнѣніемъ, — что въ правильномъ процессѣ никогда не можетъ быть отклонено возраженіе о компенсаціи, если оно заявлено своевременно, т. е. со ссылкой на предъявленный искъ. Это положеніе основано отчасти на особомъ изложеніи I. 14 § 1 cit., отчасти на обычномъ правѣ, имѣющемъ примѣненіе въ нѣмецкомъ процессѣ (Дернбургъ). Положеніе, изложенное въ текстѣ, развито Гассе. Гассе цитированное сочиненіе. Къ нему примыкаютъ—Фритцъ, Вангеровъ, Синтенисъ, цитир. соч., Пухта § 289 h, Арндтсъ § 264 № 5, также оно признано Зейфф. Arch. V, 123, VIII, 33, IX, 145, 279, XIV, 132, (XVII, 132, 134). Кирульфъ Entscheid des O. A. G. zu Lübeck II, стр. 205, 206. Противъ этихъ писателей и за изложенное мнѣніе высказываются Зейффертъ § 287 въ концѣ, Бриглебъ summar Processe стр. 193 прим. *; Зейфф. Arch. I 366, VII, 108, VIII, 122. XIV, 21, XV, 17, XVIII, 232, (XXI, 116). Особенныя мнѣнія у Бринца Compens. 47, 48, Шейэрль стр. 179—182. См. также Гольцшуеръ III § 247, № 3, 6. Сюда же относится и то мнѣніе, что противъ денежныхъ требованій не можетъ быть представляемо требованіе, основанное на разсчетахъ, потому что послѣднее заключаетъ въ себѣ не денежное требованіе, а скорѣе требованіе произвести разсчетъ. Такъ Зейффертъ Arch. f. civ. Pr. II стр. 195, слѣд. Зейфф. Arch. I 32, II 281, VIII 33, (ср. XVII 133): противъ этого Генслеръ Arch. f. civ. Pr. III стр. 199; Гассе тамъ же, VII стр. 149, Дернбургъ стр. 416—418 (490). Срав. еще Зейфф. Arch. I 31.

[14] L. 14 § 1 cit. выражается весьма обще. Другаго мнѣнія Боссе стр. 184, 203, Бетманнъ-Гольвегъ стр. 258. Ср. Дернбургъ стр. 466, (559), Вангеровъ прим. 2, № 2. (Зейфф. Arch. V 123, IX 279, XIV 132, XVII 134).

[15] Особенность изложенія l. 46 § 4 D. de I F. 49, 14 («Qui compensationem opponit fisco, intra duos menses debitum sibi docere debet») разъясняется изъ I.

6) Что касается субъективныхъ условій[16] примѣненіи компенсаціи, то естественнымъ условіемъ является, чтобы противопоставляемое обязательство было требованіемъ должника на кредитора[17]. Но, впрочемъ, возможны: a) Компенсація поручителемъ требованія главнаго должника[18]; b) Компенсація корреальнымъ должникомъ требованія содолжника своего, если онъ ему обязанъ въ силу права регресса[19]. Точно такъ же c) должникъ можетъ представить для зачета принадлежащее ему обязательство на сокредитора своего кредитора, если послѣдній имѣетъ къ первому право регресса[20]. d) Посредствомъ перехода обязательства не отнимается у должника разъ пріобрѣтенное имъ возраженіе о компенсаціи; такимъ образомъ онъ можетъ представлять къ зачету противъ новаго пріобрѣтателя обязательства свое требованіе

---

41 C. Th. de appell. 11, 30, и поэтому признается въ настоящее время не примѣнимымъ. Дернбургъ стр. 469 (561). Ср. Зейфф. Arch. III 112.

16 Кругъ § 58—70, Дернбургъ § 40—42 (44—54); Синтенисъ стр. 419—423).

17 Такимъ образомъ должникъ не можетъ представлять къ зачету то, что можетъ требовать не онъ, а третье лице, и также то, что онъ можетъ требовать не отъ кредитора. Къ первому относится l. 18 § 1 D. l. 9. C. h. t. по второму l. 33 Deod. l. 16 D. h. t. см. Дернбургъ стр. 381—383 (389—390). Вліяніе имущественныхъ отношеній между супругами: Кругъ § 70, Дернбургъ стр. 401—404 (450). Саванъ Zeitchr. f. civ. и Pr. N. F. XVIII, 4 (римское право приданаго) Зейфф. Arch. II 280, XI 159. Компенсація противъ торговаго товарищества H. G. B. ст. 121, 169; Töl Handelsr. I стр. 237, (Дернбургъ § 52).

18 Собственно говоря поручитель представляетъ требованіе главнаго должника къ зачету не противъ своего обязательства, но противъ обязательства главнаго должника въ томъ смыслѣ, что онъ прекращаетъ или уменьшаетъ значеніе послѣдняго и поэтому въ качествѣ поручителя отвѣтствуетъ лишь столько же, сколько и главный должникъ. L. 4 D. h. t. (§ 101 прим. 4), l. 5 eod. Въ томъ же положеніи, какъ и поручитель состоитъ третій залогоприниматель (I § 225 прим. 3), Зейфф. Arch. XIV 20. Ср. Дернбургъ стр. 404—407 (457).

19 L. 10 D. de duob. reis 45 2. «Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet». Основаніемъ, почему иначе должно быть относительно societus (Зейфф. Arch. I 33), заключается въ томъ, что исполненіе отвѣтчика относится и къ другимъ содолжникамъ. Поэтому немыслимо распространеніе этого правила на другіе случаи, гдѣ является право регресса. Ср. также Кругъ стр. 161. Но можетъ ли отвѣтчикъ представлять къ зачету требованіе своего содолжника вполнѣ, или лишь на столько, на сколько онъ отвѣтствуетъ въ силу права регресса? Послѣднее вытекаетъ изъ смысла положенія, и приведенное мѣсто не противорѣчитъ этому. Впрочемъ по смыслу l. 9 § 1 D. h. t. отвѣтчикъ долженъ представить обезпеченіе въ томъ, что содолжникъ согласенъ на компенсацію. (Дернбургъ стр. 461).

20 Это положеніе не находитъ яснаго основанія въ источникахъ; но аналогія съ приведеннымъ раньше положеніемъ не можетъ быть отвергнута. Исполненіе въ пользу требующаго кредитора есть въ то же время исполненіе въ пользу сокредитора, противъ котораго должникъ имѣетъ самостоятельное требованіе. Точно также Дернбургъ стр. 409 (463 слѣд.); другаго мнѣнія Кругъ стр. 163, Саваньи Oblig. I стр. 169 о. Вангеровъ III § 573 прим. V, № I, 1, Синтенисъ стр. 423.

на прежняго кредитора [21]. e) Право на представленіе къ зачету такого требованія, которое истекаетъ изъ того-же основанія какъ и главное обязательство, не прекращается тѣмъ, что вслѣдствіе отеческой власти, въ которой состоитъ обосновательъ обязательственныхъ отношеній, проистекающія изъ нихъ права обязанности распредѣлятся между нѣсколькими лицами [22].

7) По исключенію компенсація не можетъ имѣть мѣста независимо отъ того, что состоятъ на лицо всѣ остальныя предположенія [23]: a) по отношенію къ обязательству, изъ договора поклажи [24]; b) противъ обязательства изъ противозаконнаго присвоенія чужаго владѣнія [25], c) противъ нѣкоторыхъ требованій казны и городскихъ общинъ [26]. Кромѣ того d) противъ требованія казны воз-

---

[21] А также и то требованіе, которое возникло и просрочено послѣ передачи обязательства, но ранѣе денунціаціи. Потому что до нея обязательство находится подъ вліяніемъ личности цедента (§ 83, 84 прим. 7). Кругъ § 65, Дернбургъ стр. 385—394 (406 слѣд.); Синтенисъ стр. 420—421; см. также Гольцшуеръ III § 247 прим. 12. Зейфф. Arch. I 30, II 279, VI 177, XII 18, XIII 91, XIV 22, (XXI 43). О компенсаціи посредствомъ пріобрѣтеннаго требованія см. § 83 прим. 2. О компенсаціи при конкурсѣ (переходъ обязательства на corpus creditorum) см. Кругъ § 68—69, Дернбургъ стр 394—397 (429), Синтенисъ стр. 421—423, Гольцшуеръ III § 147, № 8, 9; Зейфф. Arch. II, 117, VIII, 214, IX, 325, 236, X 2, XI, 105, XIV, 220, XV, 119, XIX, 139. Можетъ ли новый должникъ при принятіи на себя долга представлять къ зачету обязательство прежняго должника? Само по себѣ конечно (§ 91 прим. 1). Но впрочемъ нельзя согласиться, что прежній должникъ, передавшій свой долгъ новому должнику, въ то же время предоставилъ ему право употребить для зачета принадлежащее ему требованіе (срав. еще Дернбургъ 2. Изд. § 49).

[22] Подлежащій власти несетъ обязанность, а субъектъ власти—имѣетъ право. Но субъектъ власти не можетъ осуществить своего права не удовлетворивъ соотвѣствующей обязанности (l. 57 pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 31 § 1 D. de R. C. 12, 1), точно также обязанность подлежащаго власти не можетъ быть исполнена прежде удовлетворенія соотвѣтствующаго право,—предполагая согласіе отца на компенсацію (L. 9 D. h. t. Дернбургъ стр. 409—411 (373 слѣд.).

[23] Кругъ § 71—78, Дернбургъ § 46 (59—61), Синтенисъ стр. 433—436.

[24] L. 11 pr. C. dep. 4, 34, l. 14 § 1 i. f. C. h. t., § 30 I, de act. 4. 6. Относительно ограниченій, существованіе которыхъ утверждали, и противъ нихъ см. Дернбургъ стр. 448 (514). Ср. также Зейфф. Arch. V. 326 I.

[25] L. 14 § 2 C. h. t. «Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur». Это мѣсто вовсе не требуетъ, чтобы принятое въ противозаконное владѣніе имущество принадлежало на правѣ собственности тому, чье владѣніе нарушено; съ другой стороны удовлетворяетъ ли этому право собственности безъ владѣнія? Такъ утверждаютъ перечисленные писатели, а также Зейфф. Arch. VI 174.

[26] Въ пользу фиска существуютъ слѣдующія исключенія (l. 46 § 6 D. de I F. 49 14, l. 7. C. h. t., l. 20 D. eod.): обязательство платежа податей и другихъ общественныхъ сборовъ; обязательство изъ продажи казенныхъ вещей; въ пользу городскихъ обществъ (l. 3 C. h. t.): обязательство платежа податей и другихъ сборовъ, общественныхъ и частныхъ, если послѣдніе относятся къ общественной цѣли, какъ напримѣръ на содержаніе бѣдныхъ (alimenta); далѣе обязательство изъ займовъ и завѣщательныхъ отказовъ. О различныхъ мнѣніяхъ см. Кругъ § 72—75, Дернбургъ стр. 450—454 (524—529), Синтенисъ, прим. 45—51.

можна компенсацiя лишь въ томъ случаѣ, когда требованiе направлено къ тому-же учрежденiю, котораго должникомъ состоитъ компенсаторъ [27]. Далѣе компенсацiя не имѣетъ примѣненiя: е) противъ требованiя о предоставленiи содержанiя (alimentum) [28] и она можетъ быть исключена f) отреченiемъ отъ нея должника [29] или опредѣленiемъ наслѣдователя или судьи, основавшихъ обязательство [30].

d) *Дополненiя.*

§ 103. 1) Всѣ изложенныя положенiя относятся точно такъ же и къ вещнымъ требованiямъ, какъ и къ обязательствамъ [1].

2) Компенсацiя можетъ быть установлена и договоромъ сторонъ [2]. Договоръ о компенсацiи есть видъ договора о прощенiи долга; именно онъ является такимъ двустороннимъ договоромъ, въ силу котораго прощенiе одного долга замѣняется прощенiемъ другаго [3]. Для такихъ договоровъ не требуется никакихъ особенностей обязательныхъ и противопоставленныхъ ему требованiй [4] [5].

---

[27] C. 1 C. h. t. Зейфф. Arch. I 203.

[28] Это не признано положительно въ источникахъ, но вытекаетъ изъ характера обязательства выдачи алиментовъ. Срав. § 87 прим. 6 и Дернбургъ стр. 446 (519); противъ этого Кругъ стр. 206, Синтенисъ стр. 435 прим. 50, въ концѣ, Гольцшуеръ III § 247 прим. 5.

[29] Это можетъ быть явно выражено въ договорѣ, на которомъ основано обязательство, а также можетъ быть изъявлено молчаливо. Кругъ § 82—84, Дернбургъ стр. 440—444 (505—511). Срав. Зейфф. Arch. I. 335, IV 214, IX 216, XIV 222, XV 216.

[30] Явно или молчаливо. Тотъ, кто можетъ создать или не создать обязательство, можетъ придать ему и большее или меньшее значенiе. Срав. Дернбургъ стр. 445—446 (517—519).

§ 103. [1] Это положительно выражено Юстинiаномъ въ l. 14 pr. C. h. t. «Compensationes *ex omnibus actionibus* ipso iure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda». Срав. о различныхъ толкованiяхъ этого мѣста: Дернбургъ § 37 (40), Уббелоде § 27, и цитированныхъ здѣсь писателей. О древнѣйшемъ правѣ Дернбургъ § 34—36 (39).

[2] Кругъ § 3, 29, Бринцъ Compens. § 41—43, Дернбургъ § 52 (71) Регельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 146. Договоръ компенсацiи упоминается въ источникахъ не часто. Срав. l. 4 D. qui pot. 20, 4, l. 47 § 1, l. 51 § 1 l. 52 § 1 D. de pact. 2, 14, l. 76 D. de V. S. 50, 16. О l. 13 D. h. t. см. Кругъ стр. 86, Дернбургъ стр. 495 (595).

[3] Бринцъ, цитиров. соч., держится того мнѣнiя, что подобное взаимное прощенiе долга по римскому праву непосредственно уничтожало бы противопоставленныя обязательства, независимо отъ формы его. Я не считаю этого правильнымъ. Кругъ, стр. 87, относитъ договоръ компенсацiи къ in solutum datio. Бетманнъ-Гольвегъ стр. 268 видитъ въ немъ сокращенный платежъ, точно также Беръ Anerkennung стр. 161 (175).

[4] Другаго мнѣнiя Бринцъ, цитиров. соч. стр. 150.

[5] Примѣненiе договора компенсацiи въ разсчетахъ по текущимъ счетамъ въ торговомъ быту: Тёль Handelsr. I. § 113, II, Scontratio: зачетъ посредствомъ обязательства, которое предварительно прiобрѣтено противъ кредитора чрезъ новацiю. А—должникъ С и кредиторъ В, который въ свою очередь является кредиторомъ С. На мѣсто обязательствъ, существующихъ между А и В, между В и С, посредствомъ новацiи устанавливается обязательство между А и С, и они разсчитываются между собой. Тёль Handelsr. § 134—136. (Срав. Гольдшмидтъ Handelsrecht стр. 1187 слѣд.).

3) Отъ права компенсаціи отличается право удержанія (retentio). Посредствомъ права удержанія не устраняется притязаніе противной стороны, но противная сторона понуждается къ исполненію своего обязательства; оно заключается въ правѣ задержать исполненіе, которымъ обязана одна сторона впредь до того времени, пока другая сторона не исполнитъ своего обязательства, исполненіе котораго отъ нея требуется [5].

Зачетъ вовсе не предусмотрѣнъ нашими законами, за исключеніемъ случаевъ покупки имѣнія съ публичнаго торга (т. X ч. 2 ст. 2137 и 2136; уст. гр. суд. ст. 1166—7 *) и несостоятельности (т. XI уст. о несост. ст. 1965—6); но и изъ этихъ немногихъ постановленій видно, что и наше законодательство допускаетъ зачетъ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ. Поэтому мы полагаемъ, что изложенныя выше начала, за исключеніемъ п. е. 6. и п. п. a—d 7, какъ вытекающія изъ юридической сущности зачета, должны имѣть примѣненіе и у насъ; указанные же пункты, какъ постановленія положительнаго римскаго законодательства, не могутъ имѣть примѣненія.

Добавимъ еще, что п. е. 7 вовсе неумѣстно приведенъ авторомъ, ибо требованія, о коихъ говорится въ этомъ пунктѣ, вытекаютъ изъ *публичнаго*, а не изъ частнаго права, и очевидно не могутъ быть зачтены по требованіямъ, вытекающимъ изъ гражданскаго права.

Право учрежденія, извѣстное всѣмъ европейскимъ законодатель-

---

[6] Право удержанія (retentio) можетъ возникнуть изъ весьма различныхъ основаній; ср. напр. I § 190 прим. 2, 3. I § 234 прим. 1, II § 73 прим. 2, 22. I, 94; pr. D. de sol. 46, 3. Общей теоріи для всѣхъ этихъ случаевъ установлено быть не можетъ (ср. Виндшейдъ krit. VG. Schr. I стр. 127). Тѣмъ не менѣе были весьма часто дѣлаемы попытки создать общую теорію права удержанія, Шенкъ (die Lehre vom Retentionsrecht, 1837), Луденъ (das Retentionsrecht, 1839, Гроскопфъ (zur Lehre vom Retentionsrech, 1858): см. также Ленцъ въ Weiskees RLex. IX стр. 377 слѣд. (Крамеръ Arch. f. civ. Pr. XXXVII, 12, 15). Цаунъ Arch. f. prakt. RW. IV, стр. 369 слѣд., (Гардеръ Arch. f. civ. Pr. LI, 7); Дернбургъ стр. 13 слѣд. (365 слѣд.); Гольцшуеръ I, § 10 (Гольдшмидтъ Handelsrecht I, стр. 962 слѣд.). Ср. также Зейфф. Arch. IX 279. XI 146, (XXIII, 8). О мнѣніи Бринца (Compens. стр. 54 слѣд., 110 слѣд., 142 слѣд., Lehrb. стр. 646 слѣд.), и противъ него говоритъ то, что Юстиніанъ въ l. 11 C. h. t. установилъ особый, смѣшанный институтъ изъ компенсаціи, права удержанія и встрѣчнаго иска; см. Арндтсъ § 264 прим. 7, Дернбургъ стр. 195 (188) слѣд., Вангеровъ § 618 прим. 1 № II, 2, IV, Уббелоде стр. 169 слѣд. Устраненіе возраженія о правѣ удержанія посредствомъ представленія обезпеченія Зейфф. Arch. XVI, 94, XVII, 2.

* Выраженіе ст. 1066 уст. гр. суд. (ср. ст. 2137 т. X. ч. 2): «которыя были обращены на продажное имѣніе» слѣдуетъ приписать неосмотрительности редакціи и не исключаетъ зачета другими обязательствами (Arg. ст. 1167 уст. гр. суд.).

ствамъ, справедливое по своей сущности и весьма полезное въ обыденной жизни, къ сожалѣнію вовсе неизвѣстно нашимъ законамъ, за исключеніемъ случаевъ *потравъ*.

А. Д.

3. Соединеніе въ одномъ лицѣ права и отвѣтственности по обязательству *).

§ 104. Обязательство прекращается также тѣмъ, что право и отвѣтственность по обязательству соединяются въ одномъ лицѣ [1], черезъ наслѣдованіе [2]. Естественнымъ основаніемъ прекращенія обязательства является здѣсь то, что никто не можетъ имѣть права противъ себя самого [3]; здѣсь результатъ освобожденія, какъ и при компенсаціи, заключается въ томъ, что кредиторъ получаетъ соотвѣтствующее удовлетвореніе: при компенсаціи онъ освобождается отъ долга другому, здѣсь же онъ освобождается отъ долга, который имѣлъ бы на него другой, если-бы онъ не былъ самъ своимъ кредиторомъ [4].

---

§ 104. * Гиртаннеръ Burgschaft стр. 54 слѣд. Кунце, die Obligation etc. § 51. Фиттингъ Correalobligation § 17—21. Баронъ Gesamintrechtsverhältnisse § 30—32; Унтергольцнеръ I, § 262. Синтенисъ II, стр. 463—464.

[1] —«cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit» (l. 107 D. de solut. 46, 3). Источники говорятъ здѣсь о прекращеніи обязательства посредствомъ confusio L. 75, D. de solut. 46, 3. «Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio; nam 5 debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem».

[2] Точно также посредствомъ общаго преемства другаго рода. Но и безъ общаго преемства. Весьма интересный относящійся сюда случай, не имѣющій конечно примѣненія нынѣ въ l. 7 § 1 D, de stip. serv. 45, 3, (прим. 5). См. далѣе § 6. I. de nox. act. 4, 8. l. 37. D. eod. 9, 4, l. 18, 64. D. de furi. 47, 2, l. 38 § 1, D. de lag. I° 30.

[3] Слѣдовательно на томъ же основаніи, почему «nulli res sua servit» (I § 200, прим. 4, § 215 прим. 9). Поэтому обязательство *не* прекращается, если рядомъ съ кредиторомъ, который сдѣлался должникомъ или рядомъ съ должникомъ, который сдѣлался кредиторомъ, является еще новый кредиторъ, или должникъ l. 71 pr. D. de fidei 46, 1 (§ 47 прим. 9). Согласны между собою относительно причины прекращенія обязательства Фиттингъ и Баронъ, цитир. соч. (см. впрочемъ также прим. 5). Вангеровъ (Ш, § 573 прим. 5 № II, 1), относитъ дѣйствіе confusio къ тому, что ею производится невозможность осуществленія обязательства и изъ этого выводитъ, что ею объективно уничтожается обязательство. Противъ этого Фиттингъ стр. 105—107. О томъ же мнѣніи (Гиртаннеръ), которое видитъ дѣйствіе confusio въ заключающемся въ ней исполненіи, см. слѣд. прим. въ концѣ.

[4] На этомъ основаніи здѣсь confusio и по внѣшнимъ признакамъ сопоставляется съ компенсаціей, чего обыкновенно не допускается (см. впрочемъ Зейффертъ § 290). Точка зрѣнія компенсаціи принята въ l. 33 D. sol. matr. 24, 3. Высказанное въ текстѣ положеніе выражается источниками такъ, что они обыкновенно уравниваютъ confusio съ solutio. L. 21 § 1 D. de lib. leg. 34, 3 «confusione perinde exstinguitur obligatio, ac solutione». L. 50 D. de fidei, 46, 1. «obligatio ratione confusionis intercidit, aut, quod est verius, solutionis potestate». L. 71 pr. eod. l. 41 § 2 D. de evict. 21, 2, l. 95 § 2 D. de solut. 46, 3. Дѣйствительно послѣ con-

Обязательство прекращается тѣмъ, что право и отвѣтственность соединяются въ одномъ лицѣ. При этомъ предполагается, что отвѣтственность дѣйствительно перешла на кредитора, а право требованія—на должника; они прекращаются именно посредствомъ этого перехода, такъ какъ они приходятъ въ такое положеніе, въ которомъ они не могутъ существовать. Возникающее здѣсь отношеніе не слѣдуетъ объяснять себѣ тѣмъ, что права по обязательству не могутъ будто перейти на должника, а отвѣтственность—на кредитора и что то и другое прекращается только потому, что они не могутъ болѣе существовать [5].

Соединеніе въ одномъ лицѣ нѣсколькихъ кредиторовъ, которымъ принадлежитъ одно требованіе, и нѣсколькихъ должниковъ, обязанныхъ по одному и тому же обязательству, ничего не измѣняетъ въ существующемъ правоотношеніи [6].

---

fusio кредиторъ должникъ получаетъ право собственности на предметъ обязательства въ силу принадлежащаго ему обязательственнаго права, ибо еслибъ онъ не былъ самъ кредиторомъ, то онъ долженъ былъ бы передать другому то, чѣмъ онъ теперь владѣетъ. Источники выводятъ отсюда два важныя послѣдствія: a) кредиторъ, который обязанъ передать предметъ своего обязательства третьему лицу, не освобождается отъ своей обязанности тѣмъ, что посредствомъ confusio теряетъ свое право l. 33 D sol. mart. 243. b) Наоборотъ должникъ не теряетъ принадлежащее ему право регресса потому, что онъ освобождается посредствомъ confusio l. 30, l. 41 § 2 D. de evict. 21, 2, l. 11 D. mand. 17, 1 (въ случаѣ указанномъ въ l. 21 § 5 D. de fidei. 46, 1, освобождающійся должникъ не теряетъ своего права, потому что оно продолжаетъ существовать въ лицѣ его содолжника). c) При исчисленіи quatra falcidia отъ наслѣдства отчисляется то, что умершій былъ долженъ наслѣднику и причисляется то, что наслѣдникъ былъ долженъ умершему l. 6 pr. C. ad. leg. Falc. 6. 50, l. § 18, l. 54. D. eod. 35, 2. d) Подобное же отчисленіе и причисленіе имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда наслѣдство должно быть передано третьему лицу, l. 2 § 18 l. 20. D. de H. v. A. V. 18, 4, l. 104 § 7, D. de leg 1° 30, l. 27 § 11, l. 80, D. ad SC. Treb. 36, 1, l. 58 pr. eod Однако вслѣдствіе того, что confusio дѣйствуетъ какъ solutio, нельзя сказать, что причина ея дѣйствія, признаннаго по закону, заключается въ исполненіи. Такое смѣшеніе допустилъ Гиртанеръ, цитир. соч.

[5] Слѣдовательно при confusio, ибо вслѣдствіе принятія наслѣдства, прежнихъ кредитора и должника уже не существуетъ. Таково мнѣніе Барона. На чемъ онъ основываетъ его, нужно видѣть у него самаго. Оно опровергается тѣми опредѣленіями источниковъ, которыя приведены въ предъидущемъ примѣчаніи, даже и въ томъ случаѣ, если допустить, что оно подтверждается только что приведеннымъ (прим. 2) мѣстомъ l. 7 § 1 D. de stip. serv. 45. 3, которое вслѣдствіе поучительности его содержанія можетъ быть приведено здѣсь цѣликомъ: «Si servus communis ab uno ex sociis stipulatus sit, si quidem nominatim alteri socio, ei soli debetur. Sin autem sine ulla adiectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus ceteris sociis *praeter eam partem, ex qua promissor dominus esset*, acquiret». Впрочемъ «persona servi communis eius condicionis est, ut in eo, quod alteri ex dominis potest acquirere, alteri non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui acquirendi facultatem habeat» (l. 1 § 4 eod.).

[6] L. 13 D. de duob. reis 45, 2, l. 5 D. de fidei. 46. 1. l. 93 D. de solut. 46. 3 (§ 45 прим. 12). Иначе, если происходитъ confusio между поручителемъ и главнымъ должникомъ. См. § 45 № 2.

И изъясненное отношеніе предусмотрѣно нашимъ законодательствомъ, хотя и по одному частному случаю (поклажа, т. X ч. 1 ст 1260); но практика распространяетъ постановленія закона и на другіе случаи. (См. «Сводъ» I, 415 изд. 2).

А. Д.

4. Возобновленіе обязательства, новація (novatio) *.

а) Понятіе и дѣйствіе.

§ 105. Новація есть прекращеніе прежняго обязательства, посредствомъ установленія новаго; обязательство прекращается тѣмъ, что на его мѣсто возникаетъ новое [1]. Прекращающую силу даетъ новому обязательству воля кредитора въ прежнемъ обязательствѣ. Поэтому новація есть прекращеніе обязательства волею кредитора; но при новаціи воля кредитора дѣйствуетъ не непосредственно, какъ при прощеніи долга, но посредствомъ новаго обязательства [2]. Выраженіе «новація» (обновленіе) основывается

---

§ 105. * Dig. 46. 2 Cod. 8. 42 de novationibus et delegationibus. Либе die Stipulation und das einfache Versprechen стр. 156—343 (1840). Гнейстъ die formelle Verträge стр. 148 слѣд. 229 слѣд. (1845). Фейнъ Beiträge cu der Lehre von der Novation und Delegation стр. 28—47 (1850). Беръ die Anerkennung § 12 (1855 [1866]). Кунце die Obligation etc. § 33, 58—64 (1856). Шлезингеръ zur Lehre von den Formalcontracten стр. 117—129 (1858). Гиртаннеръ die Stipulation стр. 231 слѣд. (1859). Книпъ Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche (1859). Виндшейтъ krit. V. J. Schr. II стр. 242—251 и Кунце Schletter's Jahrb.—VIII стр. 101—104. Рёмеръ die bedingte Novation nach dem romischen und heutigen gemeinen Recht (1863 объ этомъ Г. Витте krit. V. J. Schr. VI стр. 39—52). ф. Сальпіусъ Novation und Delegation nach römischen Redht. (1864; тоже Виндшейдъ krit. X. J. Schr. VI стр. 463—466 и Г. Витте тамъ же VIII 169—212. 321—377). Сальковскій zur Lehre von der Novation nach römischen Recht. (1866; объ этомъ Г. Витте krit. V. J. Schr. IX стр. 475—502). Шауберъ Zeitschr. f. Handelsr. X стр. 193 слѣд. (1867). Унтергольцнеръ I § 288—291, Синтенисъ II § 105 (Вангеровъ III § 619 въ 7 изд.).

[1] Новація есть односторонній актъ; это не есть прекращеніе одновременнымъ установленіемъ, также и не прекращеніе ради установленія (ф. Сальпіусъ см. именно стр. 273, 339, 439), но исключительно прекращеніе посредствомъ установленія.

[2] Кредиторъ придаетъ новому обязательству силу прекратить старое обязательство, точно также какъ при solutum datio онъ придаетъ силу прекратить обязательство такому исполненію, которое собственно не имѣетъ этого значенія (§ 94 прим. 10). Такимъ образомъ результатъ новаціи тотъ, что кредиторъ получаетъ эквивалентъ исполненія; въ этомъ смыслѣ источники сравниваютъ новацію съ solutio (l. 31 § 1 D. h. t.), даже прямо называютъ ее solutio (l. 21 § 3 D. de annius 33. 1, l. 19 § 4 D. de don. 39, 5). Но этимъ указывается лишь на результатъ новаціи, но не опредѣляется основаніе, почему новація прекращаетъ существующее обязательство. Силу прекратить существующее обязательство, получаетъ въ новаціи установленіе новаго обязательства, а не удовлетвореніе кредитора. Таково по крайней мѣрѣ указаніе источниковъ. Нигдѣ въ нашихъ источникахъ novatio не разсматривается какъ видъ in solutum datio; она представляется совершенно самостоятельнымъ способомъ прекращенія обязательствъ. Тѣмъ не менѣе римлянамъ было извѣстно in solutum datio посредствомъ установленія новаго обязательства, (хотя въ относящих-

на представленіи о простой замѣнѣ обязательства [2]; но это представленіе не точно [3a]; новое обязательство является другимъ не только по внѣшности, но и по самой сущности [3b].

ся сюда мѣстахъ не всегда указывается положительно, имѣется ли здѣсь въ виду in solutum datio, или новація) см. напримѣръ l. 5 l. 8 § 3. 5 M. ad SC. Vell. 16, 1, l. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1, l. 18 D. de fidei. 46. 1, срав. l. 32 D. de R. C. 12. 1, l. 21 § 1 D. de don. 39. 5, также: Фиттингъ Correalobl. стр. 51 прим. 57, Рёмеръ стр. 51 слѣд., Сальковскій стр. 275 слѣд Арндтсъ § 268 прим. 8, также ниже прим 9a, въ концѣ. Такимъ образомъ и относительно новаціи остается неразрѣшеннымъ сомнѣніе о томъ, дѣйствуетъ-ли она ipso iure или ope exceptionis? (Gai. III, 168). Въ древнемъ правѣ всякій новаціонный договоръ, независимо отъ того, созидалъ ли онъ новое обязательство или нѣтъ,—прекращалъ прежнее обязательство. См. Gai III. 176. 179 i. f. (срав. § 106 прим. 3). Противъ того, чтобы ставить новацію на ряду съ in solutum datio, высказались: Кунце стр. 190, Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse стр 324 слѣд., Сальціусъ стр. 148 слѣд., Сальковскій стр 272 слѣд., Шауберъ стр. 200—201; въ пользу этого, съ большею или меньшею опредѣленностью: Либе стр. 156 слѣд., Гнейстъ стр. 148 слѣд., Савиньи Obl. I стр. 167, Фиттингъ Correalobl.—§ 9, Виндшейдъ krit. V. J. Schr. III. стр. 169, и особенно Витте VIII стр. 333 слѣд., IX стр. 485 слѣд. Еще далѣе идетъ Гиртаннеръ стр. 231; онъ видитъ въ новаціи положительное исполненіе обязательства: въ ней объектъ обязательства принимается кредиторомъ и вслѣдъ за тѣмъ вновь отдается имъ.— Впрочемъ я не спорю о томъ, что по крайней мѣрѣ въ современномъ правѣ сдѣлка, направленная къ замѣнѣ одного обязательства другимъ, не можетъ быть отнесена къ другому разряду, какъ къ платежу вмѣсто исполненія (конечно не въ томъ случаѣ, если новація направлена только къ измѣненію сущности продолжающаго существовать обязательства; см. объ этомъ прим. 3b). Я думаю, что вопросъ этотъ не достаточно разработанъ.

[3] L. 1 pr. D. h. t. «Novatio est prioris debiti in aliam obligationem... transfusio atque translatio.» Срав. также l. 34 § 2 D. eod., Gai III. 176, § 3 I. quib. mod. toll. 3. 29, l. 27 § 3 D. de min. 4. 4, l, 17 pr. l. 19 § 5 D. ad. SC. Vell. 16. 1, l. 5 pr. D. quando ex facto tut. 26. 9, 1. 60 D. de fidei. 46. 1.

[3a] На этомъ основаніи здѣсь употребляется выраженіе римскаго права «novatio». Пытались употреблять нѣмецкія выраженія: «обновленіе долга,» «измѣненіе долга». Я полагаю, что едва ли эти нѣмецкія выраженія придадутъ большую опредѣленность той и точности, которая присуща выраженію «novatio».

[3b] Новація представляется замѣной, такъ какъ послѣ нея существуетъ обязательство, какъ существовало и до нея. Можно сказать, что результатъ ея—замѣна, но результатъ этотъ достигается посредствомъ прекращенія и новаго созданія. Новѣйшіе писатели пытались дать большее значеніе понятію замѣны, тому, что «prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio», посредствомъ того, что утверждали, что новое обязательство, будучи новымъ, создалось изъ содержанія стараго. (Либе: изъ правоваго содержанія стараго обязательства; Кунце: изъ имущественнаго содержанія его (срав. § 14 прим. 1 и Виндшейдъ die actio, etc. стр. 178. 179); Рёмеръ: объектъ прежняго обязательства переходитъ какъ таковой и въ новое; также Сальковскій стр. 37 слѣд., 79 слѣд.; не вполнѣ ясное представленіе Шауберга стр. 196 слѣд. имѣетъ тоже основаніе; противъ этого Витте VI стр. 43 слѣд.; IX стр. 485 слѣд.; см. также Христіансенъ Instit. d. röm. R. стр. 482. 483, Келлеръ Pand. стр. 533). Стремленіе это у Либе доходитъ до того, что мѣстами онъ признаетъ совершенное тождество стараго и новаго обязательствъ. Я не считаю этого правильнымъ. Новое обязательство создается исключительно намѣреніемъ сторонъ; оно основывается только на этомъ намѣреніи, а не на прежнемъ обязательствѣ. Намѣреніе сторонъ создаетъ обязательство вмѣсто прежняго, пожалуй даже *вслѣдствіе* прежняго, но оно создается не *изъ него*.

Обязательство, замѣнившее существующее уже, можетъ отличаться отъ него содержаніемъ обязательства[4], личностью должника или кредитора[5], побочными опредѣленіями[6], но оно можетъ и ничѣмъ не отличаться[6a], кромѣ того, что это есть новое обязательство, и потому, хотя оно совершенно сходно съ прежнимъ обязательствомъ, оно, все таки, не тождественно съ нимъ[7]. Если посредствомъ новаціи въ обязательство вступаетъ новый должникъ и, при томъ, въ виду собственнаго побужденія, а не въ силу требованія прежняго должника, то это называется въ новѣйшемъ правѣ expromissio[8]. Вступленіе новаго должника въ силу требо-

---

Впрочемъ, если стороны хотятъ только измѣненія обязательства, то имъ не представляется необходимымъ прибѣгать къ новаціи: онѣ могутъ достигнуть этого и непосредственно. Въ римскомъ правѣ, хотя не вполнѣ, къ этому приводило constitutum debiti (§ 36 прим. 11), такъ какъ для достиженія этого вполнѣ римское право не указывало формы. Въ современномъ правѣ этого препятствія уже не существуетъ (ср. § 90 прим. 3), и если нужна замѣна кредитора, то для этого вовсе не нужно договора (между должникомъ и кредиторомъ); простая передача обязательства (цессія). приводитъ къ желаемому результату. Возникаетъ вопросъ, почему стороны будутъ обращаться къ новаціи, когда имъ открытъ этотъ совершенно прямой путь? Въ новѣйшее время многіе отвергали практическое значеніе новаціи; приводимыя для этого основанія я не считаю правильными (§ 106 прим. 1); но при замѣнѣ исполненія платежемъ съ одной стороны (прим. 2) и при constitutum debiti, при цессіи, при договорѣ о замѣнѣ съ другой—невозможно отвергать необходимость существованія новаціи.

[4] L. 28 D. h. t., l. 8 C. h. t. (*vv.* quantitatem augenbam vel minuendam), l. 58 D. de. V. O. 45. 1. Древнѣйшее право въ l. 58 § 7 D. de V. O. 45. 1, l. 4 D h. t. Другаго мнѣнія ф. Сальпіусъ стр. 159 слѣд., Сальковскій стр. 80 слѣд.; противъ этого Витте VIII стр. 335 слѣд. IX стр. 492 слѣд., Шауберъ стр. 188—200. (Вангеровъ цитир. соч. стр. 371 внизу).

[5] § 3 l. quib. mod. toll. 3. 29, l. 8 § 5 l. 20. D. h. t. ф. Сальпіусъ (§ 66) утверждаетъ, что новація съ замѣною кредитора исчезла въ Юстіановскомъ правѣ, именно, что она замѣнилась цессіею (ср. прим. 36), но однако въ томъ смыслѣ, что и при цессіи онъ не признаетъ сохраненія тождества новаго обязательства со старымъ (§ 81 прим. 10 въ концѣ). Онъ полагаетъ, что тѣ мѣста источниковъ, гдѣ говорится о новаціи съ замѣною кредитора, могутъ быть устранены, какъ устарѣлыя. Противъ этого см. Витте VIII стр. 371 слѣд., Сальковскій стр. 252 слѣд.

[6] § 3 l cit., l. 8 C. cit., l. 5 l. 8 § 1 D. h. t.

[6a] Если въ § 3 l cit. сказано: «Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit», то это должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что здѣсь принимается въ соображеніе вопросъ о томъ, существовало ли намѣреніе произвести новацію (§ 106 прим. 13).

[7] Этотъ случай примѣненія новаціи у римлянъ имѣлъ особенное значеніе для того, чтобы дать большее основаніе акцептиляціи § 1 J. quid. mod. toll. 3. 29 (§ 109. прим. 9). Въ настоящее время за денежный долгъ выдается вексель, если только это можетъ быть признано новаціею; см. прим. 2 въ концѣ), срав. § 106 прим. 15 въ концѣ.

[8] Римляне употребляютъ выраженія expromittere, expromittor для означенія всякой новаціи; эта выраженія употребляются: a) когда новый должникъ вступаетъ въ обязательство по требованію стараго (напр. l. 22 D. ad. SC. Vell. 16. 1, l. 53 D. de contr. emt. 18. 1, l. 4 § 3 D. de re iud. 42. 1); b) когда замѣняется не должникъ, но одинъ кредиторъ (напр. l. 36 D. de I. D. 23. 3, l. 31 § 3 D. de m. c.

ванія прежняго, точно также, какъ и вступленіе новаго кредитора по согласію прежняго кредитора, подходитъ подъ понятіе передачи (delegatio, Ueberweisung) [9].

Новація непосредственно прекращаетъ обязательство [10].

b) Условія.

§ 106. Условія новаціи въ общихъ чертахъ уже изложены: это установленіе обязательства съ намѣреніемъ замѣнить имъ другое, уже существующее.

1. *Установленіе обязательства.* Оно происходитъ въ силу договора; договоръ этотъ по современному праву также мало нуж-

---

don. 39. 6); c) даже когда не замѣняются ни должникъ, ни кредиторъ (напр. l. 20 D. de SC. Mac. 14. 6, l. 19 §. 4 D. de don. 39. 5). Вообще эти выраженія употребляются не исключительно для обозначенія новаціи (см. напр. l. 8 § 8 D. ad SC. Vell. 16. 1).

[9] Срав. § 164 прим. 2. Источники употребляютъ выраженія delegatio, delegare при всякой замѣнѣ должника посредствомъ указанія, будетъ-ли цѣль этого указанія погашеніе существующаго долга или иная, напр. дареніе, выдача приданаго и т. д. и будетъ ли новый должникъ должникомъ стараго. Срав. напр. l. 11 pr. D. h. t., l. 18. § 1 D. de m. c. don. 39. 6, l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1, l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4, l. 11 C. de don. 8. 54. Далѣе delegatio употребляется для обозначенія не только порученія обязаться, но и порученія уплатить напр. l. 7 C. h. t. Итакъ delegatio означаетъ какъ порученіе, какъ таковое (напр l. 17 D. h t.), такъ и наступившая вслѣдствіе него новація (напр. l. 11 §. 1 D. l 3 C. h. t.). Лучшія сочиненія о делегаціи: Тёль Handelsrecht I §. 128—132 (который ограничиваетъ делегацію порученіемъ обязаться) и ф. Сальпіусъ цитир. соч. стр. 1—130 (см. также ф. Мейерфельдъ Lehre von den Schenkungen § 15. 16, Сальковскій стр. 105 слѣд.). Ф. Сальпіусъ энергически утверждаетъ, и совершенно справедливо, что делегація, сама по себѣ не имѣетъ ничего общаго съ новаціею. Когда делегація дѣлается для того, чтобы новый должникъ обязался уплатить долгъ, нѣтъ необходимости въ новаціи; тотъ же результатъ можетъ быть достигнутъ посредствомъ datio in solutum (прим 2). Но при обсужденіи источниковъ, въ которыхъ говорится о делегаціи. ф. Сальпіусъ, стоя на точкѣ зрѣнія новаціи, заходитъ уже слишкомъ далеко; срав. l. 4 l. 21 l. 27 l. 31 § 1 D. l. 2. 3 C. h. t. См. также Витте VIII стр. 345 слѣд., Сальковскій стр. 109. [Вангеровъ цитир. соч. прим. 3].

[10] Источники говорятъ о прямомъ прекращеніи обязательства; нигдѣ не говорится, чтобы оно прекращалось лишь ope exceptionis. Срав. также l. 56 § 7 D. de V. O. 45 1, l. 5 D h. t., 30 § 1 D. de pact. 2 14. въ связи съ § 3 J. quib. mod. toll. 3. 29. Сальковскій стр. 268. Послѣдствія прекращенія: уничтоженія конкурсныхъ привиллегій l. 29 D. h. t. (o. 17 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 см. Сальковскій стр. 281); прекращеніе просрочки см. § 33 прим. 7; прекращеніе роста l. 18. 27 D. h. t.; прекращеніе неустойки l. 15 D. h t.; освобожденіе залогодателей l. 18 D. h. t. (но l. 13 §. 1 D. ad SC. Vell. 16. 1. см. I § 249 прим. 5. 6, срав. также I §. 233 в. № 1); освобожденіе поручителей l 4 C. de fidei. 8. 41 (l. 60 D. eod. 46 1. см. Сальковскій стр. 314 слѣд. и цитированныхъ у него писателей). Новація двухъ альтернативныхъ обязательствъ см. l. 8 §. 4 l. 26 l. 32 D. h. t., также Сальковскій стр. 344 слѣд. Новація нѣсколькихъ корреальныхъ обязательствъ см. § 47 прим 5. Срав. вообще Сальковскій, стр. 280—381.

дается въ опредѣленной формѣ, какъ и всякій иной договоръ [1]. Заключается онъ или самимъ кредиторомъ, по соглашенію съ прежнимъ или новымъ должникомъ, или третьимъ лицомъ, кото-торый, по приглашенію прежняго кредитора, становится кредиторомъ прежняго должника [2]. Само по себѣ не требуется, чтобъ обя-

---

§ 106. [1] По римскому праву требовалась стипуляція (l. 1 §. 1 D. h. t.: «novari *verbis*»). Такъ какъ нынѣ не существуетъ стипуляціи, то возникалъ вопросъ, не прекратилось ли существованіе новаціи. Вопросъ этотъ оставленъ на томъ основаніи, что теперешніе неформенные договоры не соотвѣтствуютъ римской стипуляціи; послѣдняя была формальнымъ контрактомъ, къ которымъ они не относятся, другими словами для дѣйствительности стипуляціи не была необходима матеріальная causa, которая необходима при неформенныхъ договорахъ (§ 70 № 2. § 71). На этомъ основаніи Гнейстъ, цитир. соч. стр. 229 безусловно отрицаетъ существованіе новаціи въ настоящее время; точно также Фёрстеръ Preus. Privatrecht I стр. 593 слѣд., см. также цитированныхъ у него въ прим. 1 писателей. Другіе, Келлеръ Pand. стр. 537, 538, Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse стр. 384, ограничиваютъ примѣненіе новаціи тѣми договорами, которые и въ современномъ правѣ остаются формальными, какъ напр. вексельные договоры. Наоборотъ Беръ, цитир. соч. выводитъ изъ того практическаго значенія, которое имѣетъ новація, что и современные неформальные договоры могутъ сдѣлаться формальными. Выше (§ 70 № 2) я высказался въ пользу этого мнѣнія. Что же касается договора новаціи, то прежде всего нужно замѣтить, что онъ не долженъ быть необходимо чистымъ договоромъ (формальнымъ); ничто не мѣшаетъ принимать въ немъ за основаніе прекращеніе существующаго обязательства и потому признавать его за индивидуально опредѣляемый договоръ. Срав. слѣдующее примѣчаніе. Еще далѣе идетъ, и совершенно неправильно, ф. Сальпіусъ § 77, который видитъ въ договорѣ новаціи матеріальный договоръ, когда содержаніе вновь создаваемаго обязательства заимствуется изъ стараго; изъ этого онъ выводитъ примѣнимость новаціи къ современному праву, тѣмъ болѣе, что онъ признаетъ, что въ Юстиніановскомъ правѣ существуетъ только одинъ договоръ новаціи этого рода. (§ 107 прим. 1а). См. также Витте VI стр. 42 слѣд. VIII стр. 339 слѣд.

[2] L. 20 pr. D. h. t. «Novare possumus aut ipsi... aut per alios qui voluntate nostra stipulantur». Срав. l. 8 § 5 i. f. D. l 4 C. h. t. Въ чемъ заключается основаніе (causa) договора новаціи? На этотъ вопросъ нельзя дать положительнаго отвѣта. Для старыхъ кредитора или должника основаніе заключается въ замѣнѣ ихъ требованія или долга. Напротивъ того, вновь вступающіе кредиторъ или должникъ побуждаются къ вступленію въ обязательство ихъ отношеніями къ прежнимъ кредитору или должнику, поэтому для нихъ это основаніе можетъ быть весьма различно. Съ другой стороны возможно, что вступающіе съ ними въ соглашеніе старые кредиторъ или должникъ привносятъ въ это соглашеніе и касающееся ихъ основаніе—прекращеніе существующаго обязательства, вслѣдствіе чего они и дѣлаются кредиторомъ или должникомъ. Въ этомъ случаѣ они принимаютъ ихъ основаніе и тогда и для нихъ основаніемъ новаціи является прекращеніе существующаго обязательства, такъ что основаніе, вытекающее изъ ихъ отношеній къ прежнимъ кредитору или должнику, становится подчиненнымъ первому. Что договоръ новаціи имѣетъ основаніе (causa) въ замѣнѣ обязательства утверждаютъ безъ ограниченія: Кунцѣ стр. 253. 254, Ситтенисъ стр. 448 въ прим. Брунсъ Zeitschr. f. R. Gesch. I стр. 116, Ромеръ §. 27, съ ограниченіями (но иными, нежели здѣсь): Шлезингеръ стр. 118 слѣд.: Книпъ стр. 129 слѣд. По мнѣнію ф. Сальпіуса § 77 основаніемъ договора новаціи, когда не происходитъ замѣны лицъ, служитъ намѣреніе представить кредитору новый фазисъ обязательства («agnitio»), хотя тотъ же ф. Сальпіусъ полагаетъ, что это намѣреніе можетъ быть

зательство, основанное на новаціонномъ договорѣ, пользовалось правомъ иска (т. е. не было бы obligatio naturalis) [3]; впрочемъ, въ этомъ отношеніи сюда относятся только тѣ, признанныя современнымъ правомъ, не охраняемыя искомъ обязательства, въ которыхъ обязанной стороной является несовершеннолѣтній, обязавшійся безъ участія своего попечителя [4]. Новаціи не препятствуетъ даже и то, если возникающее изъ договора обязательство можетъ быть опорочено [5]. Впрочемъ, въ обоихъ случаяхъ, какъ

достигнуто дополнительнымъ договоромъ. Во всякомъ случаѣ изъ сказаннаго слѣдуетъ, что, коль скоро договоръ новаціи перестаетъ быть чистымъ договоромъ, т. е. коль скоро онъ принимаетъ въ себя основаніе своего существованія, то это основаніе не можетъ быть инымъ, какъ прекращеніе существующаго обязательства. Поэтому трудно вообразить, почему находили возможнымъ возбуждать вопросъ о томъ, можетъ ли обязательство посредствомъ новаціи измѣниться въ другое, матеріально характеризуемое обязательство, напр. обязательство изъ купли, въ обязательство займа. Если кредиторъ входитъ съ своимъ должникомъ въ соглашеніе о томъ, что должное ему послѣднимъ по какому-либо основанію, онъ сохраняетъ у себя въ видѣ займа, то здѣсь намѣреніе сторонъ заключается: 1) или въ созданіи дѣйствительнаго займа, съ предшествующимъ ему исполненіемъ, при чемъ только устраняется взаимная передача (l. 15 D. de R. C. 12. 1,—l. 6 C. si cert. 4. 2 касается иной, древнѣйшей точки зрѣнія [срав. § 122 прим. 11], или относится къ тому случаю, когда стороны не были намѣрены совершить заемъ); 2) или же должникъ признаетъ себя должникомъ по займу только для того, чтобы вообще быть должникомъ; онъ обѣщаетъ отвѣтствовать какъ по займу, хотя онъ таковаго и не заключалъ (ср. § 116 прим. 3). Здѣсь имѣетъ мѣсто новація, но тѣмъ не менѣе должникъ не становится еще должникомъ по займу. Срав. къ этому Синтенисъ стр. 469, Беръ Jahrb. f. Dogm. II стр. 425 слѣд. и Anerkennung § 62a, Рёмеръ цитир. соч. стр. 6 слѣд.. ф. Сальпіусъ стр. 331 слѣд. Сальковскій стр. 54 слѣд., Г. Витте VI стр. 45; Зейфф. Achr. I 335, IV. 149, V. 127, XIII. 17, XVII. 236, также XIV. 92. Синтенисъ, цитир. соч. разсматриваетъ такой случай, когда при прекращеніи одного обязательства, установляется другое, матеріально опредѣленное, и новацію—какъ двѣ вѣтви одного и того же института (первое подъ названіемъ «замѣны долга», второе—«обновленіи долга»).

[3] L. 1 §. 1 D. h. t.:—«dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter».—Ф. Сальпіусъ стр. 147 слѣд. утверждаетъ, что въ древнѣйшемъ правѣ установленіе обязательственнаго права вообще не составляетъ непремѣннаго условія новаціи; что стипуляція сама по себѣ производила новацію. См. противъ этого Витте VIII стр. 323 слѣд., Сальковскій стр. 421—422 прим.

[4] L. 1 § 1 cit. продол.:—«ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit». Gai. III 176 приравниваетъ этотъ случай съ случаемъ обѣщанія женщиной безъ участія tutoris auctoritas и съ случаемъ обѣщанія post mortem (§ 68 прим. 8). Напротивъ того, онъ положительно отнимаетъ силу произвести новацію у обѣщанія раба (срав. впрочемъ также Gai III. 179); точно также § 3 J. quib. mod. toll. 3. 29, l. 30 § 1 D. de pact. 2. 14. Теофилъ въ дополненіе къ этому мѣсту Институцій объясняетъ это тѣмъ, что для новаціи необходима не только naturalis obligatio, но и лице: «ἀ προσωπος δὲ παρὰ τοῖς νομικοῖς ὁ δοῦλος». Срав. кромѣ того Швазнертъ Naturalobl. стр. 293 слѣд., Беръ стр. 44 (47) прим. 10, Гиртаннеръ стр. 295 слѣд. Рёмеръ стр. 105, ф. Сальпіусъ стр. 147—151, Сальковскій стр 426 слѣд.

[5] См. мѣста указанныя въ прим. 7; далѣе l. 91 i. f. D. de sol. 46. 3. (doli mali praescriptio, указанное въ этихъ мѣстахъ касается новаго, а не стараго обязательства. Срав. ф. Сальпіусъ стр. 150).

при отсутствіи права иска, такъ и при возможности опорочить новое обязательство, прежній кредиторъ, если онъ не зналъ объ этихъ обстоятельствахъ, вправѣ требовать отъ освободившагося должника возстановленія прекращеннаго обязательства [6]; возможно и то, что прежнее обязательство возстановляется для него само собою [7]. То что новое обязательство есть срочное, не уничтожаетъ дѣйствія новаціи [8]; присоединенное же къ новому обязательству условіе — напротивъ [9]; впрочемъ, и условное обязательство имѣетъ то дѣйствіе, что прежнее обязательство не можетъ быть пока осуществлено [10]. Если намѣреніе сторонъ направлено къ

---

[6] Можетъ быть, смотря по обстоятельствамъ, онъ имѣетъ право и на предоставленіе ему лучшаго обязательственнаго права. Во всякомъ случаѣ онъ можетъ заявить, что не существуетъ того обстоятельства, предполагая которое онъ согласился на прекращеніе обязательства. Срав. l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 161 (мѣсто это впрочемъ не касается новаціи):—«potest ei condici, quasi non dedisset (sc. expromissorem); quid enim interest, non det, an talem det?»

[7] Такъ напр. если въ качествѣ должницы вступаетъ женщина, состоящая подъ охраной senatusconsultum'a. См. (u. a.) l. 8 § 11 l. 14 l. 32 §. 5 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 16 C. eod. 4. 29. Далѣе, предоставляемое вступающему вновь должнику возстановленіе въ прежнее состояніе распространяется и на возстановленіе прежняго обязательства, l. 50 D. de min. 4. 4. Ср. I 120 прим. 17

[8] L. 8 §. 1 D. h. t.:—«qui in diem stipulatur, statim novat... cum certum sit, diem quandoque venturum» (ср. I § 96 прим. 4). L. 5 cod.:—«constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit».

[9] L. 8 § 1 cit. продолжаетъ: «at qui sub condicione stipulatur, non statim novat, nisi condicio exstiterit». L. 14 pr. 1 24 eod. Объ условной новаціи см. цитированныя въ прим. * сочиненія Книна и Рёмера; далѣе Сальковскій стр. 347 слѣд.

[10] Пока не исполнилось условіе договора новаціи. Условный договоръ новаціи не прекращаетъ существующаго обязательства, но онъ пріостанавливаетъ его дѣйствіе (I § 89). По крайней мѣрѣ таковъ результатъ, котораго достигло римское право; въ дальнѣйшемъ развитіи его оба крайнія мнѣнія согласились, какъ то, по которому условная новація не прекращаетъ существующаго обязательства, такъ и противоположное. Срав. Gai III. 179, l. 36 D. de R. C. 12. 1, l. 80. 83 D. de J. D. 23. 3, l 60 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Положеніе, что условная новація пріостанавливаетъ дѣйствіе стараго обязательства, было выражено въ слѣдующемъ видѣ: условная новація дѣлаетъ условнымъ самое обязательство; она полагаетъ условіемъ его противоположное тому, что составляетъ ея условіе. Противъ подобнаго формулированія высказался Рёмеръ, цитиров. соч. стр. 85 слѣд.; въ пользу его—Сальковскій стр. 441 слѣд. *Противъ* приведеннаго положенія говоритъ то, что еслибы обязательство было обращено въ условное, то тѣмъ самымъ оно было бы прекращено, между тѣмъ какъ самое новаціонное обязательство еще не существуетъ. Если противъ этого Сальковскій возражаетъ, что старое обязательство *прекращено условно*, условно же прекращенное обязательство равняется условно существующему, и что вообще резолютивное условіе ничѣмъ не отличается отъ противоположнаго ему по своему содержанію суспенсивнаго условія, то это возраженіе требуетъ большаго основанія. Съ другой стороны *въ пользу* этого положенія, кромѣ буквальнаго смысла приведенныхъ источниковъ, въ которыхъ во всякомъ случаѣ можетъ быть предположена неточность выраженій, говоритъ аналогія съ l. 10 pr. D. de ad. leg. 34. 4. (срав. l. 7 pr eod., l. 107 D. de cond. 35. l. 6 pr. D.

тому, чтобы посредствомъ вновь заключаемаго договора, во всякомъ случаѣ, прекратить дѣйствіе прежняго обязательства, то въ томъ случаѣ, когда изъ договора этого не возникнетъ новаго обязательства, изъ него возникнетъ договоръ о прощеніи долга [11].

2. *Намѣреніе кредитора прекратить, посредствомъ вновь возникающаго обязательства уже существующее* [12]. Это намѣреніе не предполагается; тотъ, кто ссылается на него, долженъ доказать его существованіе [13]. Съ другой стороны для объявленія его не требуется особой формы [14]; не требуется даже, чтобы оно было выражено явно [15]. Другія условія дѣйствительности изъявленія воли

---

quando dies 36. 2), хотя, что касается этого послѣдняго аргумента, должно быть принято въ соображеніе единство завѣщательнаго распоряженія (Вангеровъ цитир. соч. стр. 371). О вліяніи, которое оказываетъ условная новація на просрочку, см. § 33 прим. 7. О новаціи подъ резолютивнымъ условіемъ, см. Рёмеръ цитир. соч. § 26.

[11] Срав. l. 30 §. 1. 2 D. de pact 2, 14, Gai. III. 179. Рёмеръ § 11 и стр. 104 слѣд., ф. Сальпіусъ стр. 157—159.

[12] Источники говорятъ о animus novandi. Ф. Сальпіусъ стр. 132 слѣд. пытался доказать, что въ древнѣйшемъ правѣ (до временъ Папиніана) стипуляція, которая принила въ себя матеріальное содержаніе обязательства, производила новацію и *безъ* animus novandi. Въ этомъ случаѣ ф. Сальпіусъ впалъ въ заблужденіе вслѣдствіе аналогіи съ процессуальною консумціею. По его мнѣнію какъ iudicium, принимающее въ себя матеріальное содержаніе обязательства, производитъ его новацію, точно такъ же и стипуляція производитъ то же. Но въ пользу того, что iudicium имѣетъ консумирующее значеніе, можетъ быть приведено достаточное основаніе, для консумирующаго же значенія стипуляціи такого основанія не существуетъ. Нужно видѣть, какъ онъ старается опровергнуть тѣ мѣста источниковъ, которыя говорятъ противъ него. См. также Витте VIII стр. 322 слѣд., Сальковскій стр. 154 слѣд.—Полемика послѣдняго съ Сальпіусомъ касается только подробностей, основанія же у него тѣ же, что и точно также (стр. 224, слѣд.) признаетъ, что въ древнѣйшемъ праве стипуляція (съ формально опредѣленнымъ содержаніемъ) приводила къ новаціи безъ того, чтобы одновременно съ нею существовалъ animus liberandi (Сальковскій, конечно, присоединяетъ, что въ этой формѣ стипуляціи имѣетъ мѣсто animus novandi [стр. 225]) и что необходимость animus novandi лишь впослѣдствіи перешло на эту форму стипуляціи изъ другихъ формъ ея, которыя не имѣли этого формальнаго консумирующаго значенія. См. противъ этого Витте IX стр. 487—495 слѣд.

[13] Классическіе римскіе юристы установляли особое предположеніе въ пользу намѣренія совершить новацію. Это предположеніе уничтожилъ Юстиніанъ въ l. 8 C. h. t. Ср. Gai. III. 177. 178, §. 3 J. quib. mod. toll. 3. 26.

[14] Именно употребленіе слова «новація». Ср. l. 17 D. h. t. «Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest».

[15] Это весьма спорный вопросъ, относительно котораго различныя мнѣнія едва-ли когда нибудь придутъ къ соглашенію. Здѣсь идетъ рѣчь о толкованіи l. 8. C. h. t. Изложенный въ текстѣ взглядъ основанъ на слѣдующемъ: a) повидимому намѣренія Юстиніана заключались въ томъ, чтобы посредствомъ приведеннаго опредѣленія устранить установленную древними юристами въ пользу новаціи правовую презумцію. Для достиженія этого намѣренія вовсе не было необходимости установлять, что новація не можетъ имѣть мѣсто при молчаливомъ соглашеніи; b) съ этимъ вполнѣ согласны подлинныя слова, въ которыхъ Юстиніанъ выразилъ положительный смыслъ закона. «Et generaliter definimus, *voluntate* solum esse, non lege novandum,» т. е. что нѣтъ

при новаціи опредѣляются общими правилами. Именно для нея необходима дѣеспособность кредитора [16]; согласіе на новацію можетъ дать и третье лицо, которое вправѣ замѣстить кредитора [17].

необходимости явно установлять непримѣнимость новаціи; само собою предполагается не намѣреніе произвести новацію, но противоположное («hoc enim naturalibus (l. naturaliter) inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.» c) Съ этимъ плохо вяжется средняя часть мѣста, гдѣ новація не можетъ имѣть мѣсто «nisi ipsi specialiter remiserint quidem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint». Но естественно относить эти слова къ изъявленію воли вообще, а не къ явному изъявленію воли. Съ другой стороны это не *невозможно*. (Срав. l. 79 §. 3 D. de cond. 35. 1 «quocunque *indicio* voluntatis cautio remitti potest»). Срав. также l. 18 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1 и другія мѣста, цитированныя въ III §. 647 прим. 15. d) При этомъ противорѣчіи рѣшительное значеніе должно имѣть то обстоятельство, что въ Пандектахъ вообще изложено ученіе древнѣйшаго права: что новація наступаетъ лишь въ томъ случаѣ, если она заранѣе предположена. («si hoc actum est»—сравн l. 6 §. 1 D. de contr. emt. 181: «in emtis .. et venditis potius id quod actum est, quam id, quod dictum sit, sequendum est.»). L. 2 l. 6 pr. l. 8 §. 1. 2. 3. 5 l. 26 D. h. t., l. 29 l. 31 §. 1 D. h. t. (Въ обоихъ послѣднихъ мѣстахъ говорится *specialiter* id. actum esse; specialiter значитъ непремѣнно, особенно. Сравн. l. 10 pr. D. de neg. gest. 3. 5. Если здѣсь, какъ часто предполагаютъ, заключается интерполяція l. 8 e. h. t., то этимъ прямо подтверждается высказанное мнѣніе: въ противномъ случаѣ было бы употреблено выраженіе *expressum*. Совершенно такое же изложеніе, какъ и въ Пандектахъ находится и въ Институціяхъ, §. 3 J. quib. mod. toll. 3. 29 и у Теофила. Сравн. о высказанномъ здѣсь мнѣніи Леръ въ Magazin f. RW. und Gesetzgeb. IV стр. 27—34 (1820) и Фейнъ цитир. соч. стр. 28—34; о противоположномъ мнѣніи ср. Геппъ Arch. f. civ. Pr. XV. II (1832), Спитенисъ Zeitschr. f. Civ. и Pr. IX. 5 (1836) и Lehrb. II стр. 455 прим. 25, особенно Гротефендъ Zeitschr. f. Civ. und. Pr. N. F. XII. 10 (1855) также Сальковскій стр. 259 [illegible] Дальнѣйшія указанія литературы у Фейна (цитир. соч.) Вангеровъ III. §. 619, Гольцшуеръ III 3. 948 № 1, ф. Сальпіусъ (стр. 261 слѣд.), который точно также не признаетъ необходимости [illegible] указанія на намѣреніе произвести новацію, относитъ постановленіе Юстиніана къ прекращенію [illegible]ности произвести новацію относительно тѣхъ древнѣйшихъ формъ стипуляціи, которыя дѣйствуютъ безъ animus novandi. Новѣйшая практика колеблется, какъ и теорія. Въ пользу высказаннаго здѣсь мнѣнія Зейфф. Arch. VI. 175, 262, XX. 123. (XXII, 223); противъ него тамъ же IV. 106 (стр. 182), VII. 167; среднее мнѣніе ib. XIII. 17. См. еще VIII. 159, XII. 144. О спеціальномъ вопросѣ о томъ, заключается-ли новація въ выдачѣ и акцептѣ векселя и въ написаніи на немъ бланка, см. Купце Wechselr. стр. 72—84 и цитированныхъ у него писателей, далѣе цитированное въ § 105 прим. * сочиненіе Шауберга, большая часть котораго посвящена именно этому вопросу. Зейфф. Arch. II. 80. 89, VIII. 288, IX. 63, XI. 275, XVI. 207, (XXI. 118. 229, XXII. 33).— Можетъ-ли заключаться новація и въ учиненіи разсчета? Утвердительно говоритъ Регельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 173 слѣд. Я полагаю, что если разсчетъ имѣетъ тотъ смыслъ, что различные обязательства погашаются имъ, то здѣсь долженъ быть признанъ только договоръ компенсаціи (§ 103, № 2). (Я не упустилъ изъ виду тѣхъ возраженій, которыя были сдѣланы Унгеромъ Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 218, примѣч. 43).

[16] L. 20 §. 1 D. h. t. «Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare» L. 3. l. 9 pr. eod. l. 15 D. de sol. 46. 3.

[17] L. 20. §. 8 cit. (прим. 16) продолжаетъ:—«tutor potest, si hoc pupillo expediat, item procurator omnium bonorum.» L. 34 §. 1. D. h. t.

или которому кредиторъ дастъ на то свое согласіе [18] [19]. Согласія должника, освобождаемаго новаціей, не требуется [20].

c) Значеніе новаціи въ смыслѣ установленія новаго обязательства.

§ 107. При обсужденіи этого значенія новаціи возникаетъ вопросъ, прекращаетъ ли новаціонный договоръ обязательство только въ томъ случаѣ, когда онъ установляетъ новое; съ другой стороны установляетъ ли онъ новое обязательство только въ томъ случаѣ, когда онъ прекращаетъ прежнее? Вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно для тѣхъ случаевъ, когда содержаніе новаціоннаго договора заключается именно въ намѣреніи произвести новацію и когда онъ поэтому становится индивидуально опредѣленнымъ договоромъ [1]. Если новаціонный договоръ не имѣетъ такого содержанія, то необходимо дѣлать слѣдующее различіе [1a].

1. Новаціонный договоръ заключаетъ въ себѣ намѣреніе, если не прекратить существующее обязательство, то имѣть къ нему извѣстное соотношеніе [2]—или въ томъ, что содержаніе вновь возникающаго обязательства опредѣляется ссылкою на содержаніе прежняго обязательства [2a]; или въ томъ, что дого-

---

[18] Ранѣе и позднѣе. L. 22 D. h. t. Въ указаніи должнику или въ предоставленіи ему права исполнить обязательство относительно третьяго лица, не заключается предоставленія этому третьему лицу права произвести новацію. L. 21 l. 10 D. h. t.

[19] Правила l. 10 D. h. t. «Cui recte solvitur, is etiam novare potest» не представляется безспорнымъ, даже относительно исключенія сдѣланнаго этимъ мѣстомъ для solutionis causa adjectus см. l. 21. 25 D. h. t., l. 16 l. 34 pr. eod., l. 4 C. eod., l. 27 pr. D. de pact. 2. 14.

[20] L. 8 §. 5 i. f. D. h. t., l. 91 D. de sol. 46. 3

[1] Насколько въ современномъ правѣ кто либо признаетъ необходимость, чтобы договоръ новаціи имѣлъ это значеніе, на столько возбужденный вопросъ для него теряетъ значеніе. Сравн. Шлезингеръ цитирован. соч. стр. 119, Синтенисъ стр. 451. §107.

[1a] Первое изъ приведенныхъ ниже обстоятельствъ не принимаетъ въ соображеніе Беръ Anerkennung стр. 44—46 (47—49), второе Гиртаннеръ Stipul. стр. 233—239. Второе отрицаетъ вполнѣ Сальковскій стр. 95 слѣд.; въ современномъ и Юстиніановскомъ правѣ—ф. Сальпіусъ (см. именно §. 53. 69. 77. 78, ср. также стр. 466. 467). См. противъ этого Витте VIII стр. 337 слѣд. IX стр. 495 слѣд. Шаубергъ стр. 198 удивляется, какъ можно утверждать второе обстоятельство и утверждаетъ, что отношеніе договора новаціи къ прекращаемому обязательству не нуждается въ явномъ выраженіи. Срав. Ремеръ стр. 25—40; ф. Сальпіусъ стр. 274 слѣд., Сальковскій стр. 382 слѣд.

[2] Въ остальномъ онъ не опредѣляетъ съ точностью, прекращаетъ-ли онъ или усиливаетъ существующее обязательство Либе стр. 282 слѣд., Гнейстъ стр. 150 слѣд., ф. Сальпіусъ стр. 163 слѣд., Сальковскій стр. 96 слѣд., (Вангеровъ цитир. соч. прим. 1 № 1).

[2a] Сравн. напр. l. 26. 27. 32. 34 §. 2 D. h. t., l. 75 §. 6 D. de V. O. 45. fl, l. 72 §. 3 D. de sol. 46. 3, l. 18 §. 1 D. de accept. 46. 4.

воръ этотъ опредѣляетъ содержаніе новаго обязательства, какъ проистекающее изъ прежняго [2b]. Въ обоихъ этихъ случаяхъ новаціонный договоръ установляетъ новое обязательство лишь на столько, на сколько существуетъ прежнее [3]. Если прежнее обязательство существуетъ, а новаціонный договоръ не имѣетъ силы прекратить его [4], то хотя и возникаетъ новое обязательство, но оно можетъ быть оспорено въ силу права презумпціи (Виндш. I § 97 слѣд.) [5].

Если новаціонный договоръ въ указанномъ порядкѣ не принимаетъ въ соображеніе подлежащаго прекращенію обязательства, то изъ него во всякомъ случаѣ возникаетъ обязательство, отмѣняющая сила котораго можетъ быть оспорена лишь въ силу права презумпціи [6]. При этомъ возникаютъ еще слѣдующіе вопросы: a) Если въ обязательство вступаетъ новый кредиторъ, то можетъ ли должникъ и противъ него выставить предположеніе о его обѣщаніи (прекратить прежній долгъ? 7) [7] Безъ сомнѣнія если

[2b] L. 8 §. 4 D. h t.

[3] Въ этомъ смыслѣ l. 1 §. 1 D. h. t. говоритъ что безразлично «qualis processit obligatio», слѣдовательно не безразлично предшествовало-ли вообще обязательство. Слѣдовательно если въ l. 8 §. 1 и въ l. 14 §. 1 D. h. t. выражено, что новація условнаго обязательства получаетъ значеніе лишь послѣ наступленія условія, то еще не вполнѣ доказано, что у договора новаціи до того времени отнимается способность установить обязательство; но въ томъ, что онъ этой способности не имѣетъ можно сомнѣваться въ виду l. 21 D. de accept. 46. 4. Сравн. Рёмеръ стр. 33—36, Сальковскій стр. 408—415. Далѣе сюда принадлежитъ l. 32 D. sol. matr. 23. 3. Сравн. также Сальковскій стр. 362 слѣд. (Blätter f. R. Anwend. XXXIII стр. 289 слѣд.) Для второго изъ указанныхъ выше случаевъ не доказано, чтобы содержаніе прекращаемаго обязательства не имѣло вліянія на содержаніе вновь создаваемаго обязательства. См. Рёмеръ стр. 37—38, и сравн. также Витте IX стр. 498—499.—Если во второмъ случаѣ обѣщаніе произвести новацію исходитъ отъ прежняго должника, то заключающееся здѣсь сознаніе освобождаетъ кредитора отъ необходимости представлять доказательства; впрочемъ и это не вполнѣ доказано. Срав. ф. Сальпіусъ стр. 283, Сальковскій стр. 387; противъ нихъ Витте VIII стр. 199 слѣд. IX стр. 498 слѣд.

[4] Напр. по случаю неспособности къ юридическимъ дѣйствіямъ производящаго новацію кредитора срав. l. 9 pr. l. 16 D. h. t., которые впрочемъ не имѣютъ въ виду разсматриваемаго здѣсь случая.

[5] Указанныя въ предъидущемъ примѣчаніи мѣста очевидно признаютъ, что должникъ далъ обѣщаніе, зная о причинѣ, которая исключала способность договора новаціи прекратить существующее обязательство.

[6] Посредствомъ обратнаго требованія (condictio) и возраженія (exceptio doli или factum) L. 20. D. de SC. Mac. 14. 6. также l. 14 D. de exc. 44. I и l. 25 D de A. E. V. 19. 1 конечно относятся къ стипуляціи о новаціи. Возраженіе является вспомогательнымъ средствомъ, для должника и въ случаѣ указанномъ подъ 1) если прежнее обязательство было не дѣйствительно, но подлежало опороченію посредствомъ возраженія, но это возраженіе переносится изъ стараго обязательства, тогда какъ возраженіе въ указанномъ здѣсь случаѣ установляется вновь обстоятельствами, сопровождающими договоръ о новаціи. Срав. Зейфф. Arch. X 153.

[7] Срав. по поводу этого вопроса: Гоффманнъ въ Sell's Lehrb III. 12. Фейксъ цитир. соч. стр. 35—42, Ерлебенъ condictiones sine causa I стр. 155—182, Виндшейдъ

въ обѣщаніи, сознательно для кредитора, выражено, что онъ даетъ это обѣщаніе только подъ этимъ условіемъ; если этого не выражено, то слѣдуетъ отвѣчать отрицательно [8]; но въ силу особаго постановленія римскаго права, вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно, если исполненіемъ обязательства кредиторъ пріобрѣлъ то, на что онъ не имѣлъ права по отношеніямъ его къ прежнему кредитору [9]. b) Если въ обязательство вступаетъ новый должникъ [10], то въ его обѣщаніи можетъ точно такъ же заключаться предположеніе о прекращеніи прежняго долга [11]. Если этого нѣтъ, то новый должникъ можетъ ссылаться относительно кредитора, производящаго новацію, на несуществованіе или не прекращеніе прежняго долга лишь въ томъ случаѣ [12], когда не осуществится предположеніе, въ силу котораго онъ принялъ на себя долгъ прежняго должника [13].

Voraussetzung стр. 93—96. Шлезингеръ цитир. соч. стр. 122—129 Bitte Bereicherungsklagen. стр. 75—84 Krit. Vtschr VIII стр. 359 слѣд., Фойгтъ condictiones ob causam § 50, Ромеръ. цитир. соч. стр. 50—62; Тель Handelsrecht 1 § 131.

[8] L. 12. 13. 19 D. h. t., l. 4 § 20 D. de doli exc. 44. 4, l. 1 § 10 D guar- rer. 44. 5; t. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 §. 5 D. de I. D. 23. 3, l. 4 § 21 D. de doli exc, 44. 4 срав. также l. 33 D. h. t. l. 41 pr. D. de re iud. 42. 1.

[9] Это признано для того случая, когда старый кредиторъ обязалъ своего должника относительно новаго кредитора съ цѣлью сдѣлать ему подарокъ или прекратить существованіе долга, возникшаго вслѣдствіи ошибки L. 2 § 3 4 D. de donat. 39. 5, l. 7 pr. § 1 D. de doli exc. 44. 4· Въ мѣстахъ, указанныхъ въ предъидущемъ примѣчаніи рѣчь идетъ о передачѣ долга съ цѣлью погашенія дѣйствительно существующаго долга и съ цѣлью выдачи приданаго; о новомъ кредиторѣ здѣсь говорится: debitam persequitur, suum recepit, suum negotium gerit.—Тотъ путь, которой я предлагалъ ранѣе (въ сочиненіи über die Voraussetzung) для согласованія упомянутыхъ выше рѣшеній съ существующимъ принципомъ, я въ настоящее время не считаю достаточнымъ. Не остается ничего болѣе, какъ видѣть въ этихъ рѣшеніяхъ—исключеніе. Фойгтъ цитир. соч. стр. 366. 367 видитъ въ нихъ въ послѣдствіи оставленный фазисъ развитія. Противъ него съ основательностью возражаетъ Рёмеръ стр. 59.

[10] Срав. объ этомъ случаѣ Фойгтъ § 51, Рёмеръ § 5.

[11] Срав. § 106 прим. 2

[12] Собственно говоря это не такъ. Это слѣдуетъ не только изъ общихъ основаній, но также и изъ l. 1 § 11. D. guar rer. 44. 5.

[13]. Дѣйствительное основаніе обѣщанія, даннаго ему, новому кредитору, истекаетъ изъ его отношеній къ старому должнику (§ 106, прим. 2). За недостаткомъ этого основанія онъ не вправѣ вступать въ отношенія къ новому кредитору, ибо для него не возникло указаннаго основанія, но по исключенію это возможно для разсматриваемаго случая, ибо новый кредиторъ не имѣетъ права на предметъ обязательства по отношенію къ тому кто доставилъ ему обязательство. Рѣшительное значеніе имѣютъ здѣсь положенія, развитыя относительно предыдущаго случая. Дѣйствительно не могутъ быть примѣнены различныя правила къ тому, когда А является мнимымъ кредиторомъ В, а В мнимымъ кредиторомъ С и когда оба эти мнимыя обязательства сводятся въ одному—между А и С,— будетъ-ли здѣсь новація имѣть цѣлью прекращеніе обязательства между В и С (предъидущій случай) или между А и В (настоящій случай), или же прекращеніе обоихъ обязательствъ. Доказательствомъ сказанному не можетъ служить l. 8.

По соображеніи съ различными указанными выше случаями нужно замѣтить еще слѣдующее:

1. Если обязывающійся не знаетъ о недѣйствительности того обязательства, которое прекращается новаціоннымъ договоромъ, то въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принять, что договоръ этотъ имѣлъ цѣлью установить обязательство [14].

2. Безразлично, недѣйствительно-ли прекращаемое обязательство само по себѣ, или допускаетъ возраженія [15]. Напротивъ того вовсе не требуется, чтобы прекращаемое обязательство пользовалось правомъ иска; впрочемъ не всякое безисковое обязательство достаточно для сего [16].

3. Если новація учинена подъ условіемъ, то, въ случаѣ сомнѣнія, намѣреніе сторонъ понимается въ томъ смыслѣ, что стороны имѣли въ виду существованіе обязательства въ моментъ наступленія условія, а не заключенія новаціоннаго договора [17].

Такъ называемая novatio necessaria.

§ 108. Этимъ выраженіемъ опредѣляется то вліяніе, которое оказываетъ на обязательственное право предъявленіе иска и окончательное рѣшеніе. Это вліяніе (Виндш. I § 124, прим. 1, § 129, прим. 5) заключается не въ прекращеніи существующаго обязательства, но въ превращеніи его въ тѣсномъ смыслѣ слова,—въ

---

§ 4. D. ad SC. Vell. 16. 1, какъ это утверждаетъ Рёмеръ стр. 63, ибо въ виду того, что это мѣсто должно быть понимаемо лишь въ смыслѣ указанія на возможность вступленія въ обязательство новаго кредитора (подъ non debitor можетъ быть понимаемъ и *мнимый* должникъ), здѣсь принимающему на себя обязательство дается возраженіе только въ интересѣ женщины, производящей делегацію («quemadmodum mulieris fideiussor», ср. l. 19. § 5 eod.: «ne in mulierim mandati actio competat»).

[14] Ср. l. 12 D. h. t. «Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur (sc. debitor) ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur». L. 25 D. de V. O. 45. 1. O l. 2 C. ad IC. Mac. 4. 28 см. § 125 примѣчаніе 17.

[15] О значеніи возраженія идетъ рѣчь въ l. 32 D. sol. matr. 24. 3 (прим. 3), l. 20 D. de IC. Mac. 14. 6. l. 25 D. de A E. V. 19. 1, l. 14 D de exc. 44. 1 (прим. 6). L. 2. § 3. 4 D. de don. 39 5 и l. 7 pr. § 1. D. de doli exc 44. 4 (прим. 9) говорятъ вообще о «pecunia quam me tibi debere existimabam», по отношенію къ тому, что «quem creditorem tuum putabas».

[16] Ср. объ этомъ § 20 прим. 4 и § 21.

[17] Не служитъ доказательствомъ противному l. 56 § 8. D. de V. O. 45 1, которое объясняется тѣмъ, что ни недѣйствительность, ни послѣдующее уничтоженіе подлежащаго новаціи обязательства не можетъ служить защитой для *вновь вступающаго должника* противъ кредитора, производящаго новацію (прим. 12). Рёмеръ стр. 231 слѣд. изъ этаго мѣста выводитъ то положеніе, что позднѣйшее уничтоженіе обязательства, подлежащаго новаціи, само по себѣ не имѣетъ значенія для условной стипуляціи о новаціи, и что оно вліяетъ на нее лишь на столько, на сколько съ этимъ уничтоженіемъ связано исполненіе обязательства.

томъ, что хотя сохраняется индивидуальность этого обязательства, но къ нему присоединяются такія правовыя опредѣленія, которыхъ оно прежде не имѣло. Сопоставленіе этого превращенія съ новаціей объясняется впрочемъ тѣмъ, что источники не отдѣляютъ отъ него представленія и названія новаціи [1].

Наши законы ничего не говорятъ о новаціонномъ договорѣ вообще; тѣмъ не менѣе подобные договоры возможны и у насъ (arg. ст. 1528 и 1529 т. X ч. 1). Но въ виду того, что новація базируетъ, главнымъ образомъ, на положительныхъ постановленіяхъ римскаго законодательства, слѣдуетъ признать, что изложенныя начала имѣютъ весьма слабое примѣненіе къ русскому праву. Подобные договоры должны быть обсуживаемы исключительно на основаніи ихъ содержанія.

А. Д.

5. Прощеніе долга (Erlass) *.

§ 109. Прощеніе долга есть прекращеніе обязательства исключительно по волѣ кредитора [1]. Кредиторъ освобождаетъ должника и черезъ то должникъ перестаетъ быть таковымъ. Осно-

---

[1] Ср. именно извѣстное мѣсто Гая III. 180. «Tollitur adhuc obligatio litis con § 108.
testatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere». Далѣе l. 29 D. h. t. «Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti, multa exempla ostendunt..., и Vat. fr. § 263, гдѣ положительно выражено: — «si... interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit» (ср. впрочемъ также ф. Сальпіусъ Novation u. Delegation стр. 37); точно также l. 3 pr. C. de usur. rei iud. 7. 54:—«novatur iudicati actione prior contractus». Но изъ l. 29 cit. слѣдуетъ, что litis contestatio не прекращаетъ обязательства. «Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est; quod nemo dixit lite contestata: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt», что касается значенія рѣшенія, см. I § 129, прим. 4. У римлянъ представленіе о новаціи посредствомъ вступленія новаго кредитора или должника заключалось въ болѣе тѣсныя рамки вслѣдствіе теперь уже не имѣющаго значенія положенія, что litis contestatio навсегда исключала возможность судебнаго преслѣдованія всякой введенной вновь претензіи. Ср. кромѣ указанныхъ въ I § 124 прим. 1 и § 129 прим. 5 писателей, еще Унтергольцнеръ § 292 — 293, а также учебники Зейфферта § 295, Пухты § 292, Синтенисъ II § 105 прим. 2 въ началѣ, Бринца стр. 556—560, Келлера § 278.

* Унтергольцнеръ I § 225—231, Синтенисъ II стр. 479—483. § 109.

[1] Только по волѣ кредитора — въ противоположность новаціи, гдѣ воля кредитора служитъ только средствомъ къ основанію новаго обязательства (§ 105).

ванія, которыя побудили кредитора къ прощенію долга могутъ быть столь же различны, какъ и основанія къ отчужденію имущества вообще [2]; по этому прощеніе долга не должно быть разсматриваемо исключительно въ видѣ даренія [3].

Прощеніе долга для своей дѣйствительности требуетъ согласія должника; оно дѣйствительно лишь какъ договоръ [4]. Договоръ этотъ можетъ имѣть различное содержаніе. a) Оно можетъ быть направлено къ непосредственному прекращенію договора [5]. b) Обязательство можетъ само по себѣ остаться непрекосновеннымъ, но кредиторъ можетъ обязаться только не осуществлять его, такъ что въ случаѣ осуществленія, его должникъ имѣетъ право возраженія [6]. Точный смыслъ договора о прощеніи опредѣляется для каждаго отдѣльнаго случая посредствомъ толкованія; при сомнѣніи же, когда намѣреніе сторонъ заключалось въ воспрепятствованіи дѣйствію обязательства во всѣхъ отношеніяхъ, должно быть принято, что онѣ хотѣли непосредственно прекратить обязатель-

---

[2] Ср. напр. l. 9 § 7 D. quod. met. caus 4. 2, l. 4 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 41 § 2 D. de I. D. 23. 3, l. 81 § 5 D. de leg. I° 3°.

[3] Ср. именно Бера Anerkennung § 29. 31.

[4] L. 91 D. de sol. 46. 3. Здѣсь принимается въ соображеніе посмертное прощеніе долга; оно относится къ наслѣдственному праву. (Ср. Зейффертъ Arch. XXIII. 195).

[5] Такова римская acceptilatio (Dig. 46. 4, Cod. 8. 44). Acceptilatio есть договорное заявленіе о принятіи, учиненное въ формѣ отвѣта на вопросъ (acceptum habes? acceptum habeo, § 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, ср. l. 18 i. f. D. h. t.) — это есть договоръ, посредствомъ котораго кредиторъ заявляетъ, что наступило то же дѣйствіе, какъ будто обязательство исполнено» относительно его. Поэтому acceptilatio понимается въ томъ смыслѣ, что ею освобождается должникъ «solutionis exemplo» (l. 5 D. h. t.); затѣмъ «solutioni comparatur» (l. 7. § 1 D. de lib. leg. 34. 3), «velut solvisse videtur is, qui acceptilatione solutus est» (l. 16 pr. D. h. t.), она называется «imaginaria solutio» (§ 1 I. quib. mod. toll. 3. 29, Gai. III. 169), ср. также l. 13 § 4 D. h. t., l. 16 D. de sol. 46. 3. Но въ дѣйствительности кредиторъ все же ничего не получилъ; изъ этого проистекаютъ правовыя послѣдствія. См. Gai. III. 171. 172, l. 5 § 1 D. de don. i. v. c. n. 24. 1 (о l. 56 § 8 D de V. O 45. 1, см. § 107 прим. 17). Ср. о характерѣ acceptilatio Фиттингъ Carrealobl. § 8, Виндшейдъ krit. V. J. Schr. III стр. 170—171, Рёмеръ bedingte Novation стр. 245 — 253, Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse стр. 309—318. Въ настоящее время мы не знаемъ acceptilatio, но мы имѣемъ соотвѣтствующій ей правовой институтъ въ квитованіи. Квитованіе есть (или скорѣе можетъ быть, см. вторую половину этого §) договорное заявленіе о полученіи но не въ формѣ вопроса и отвѣта (Зейфф. Arch. XXIII. 195).— Другой формой римскаго договора о прощеніи есть такъ называемое contrarius consensus, т. е. неформальное соглашеніе сторонъ о томъ, что состоявшійся между ними договоръ признается прекратившимся. См. напр. § 4 J, quib. mod. toll. 3. 29, l 58 D. de pact. 2 14, l. 3 D. de resc. vend. 18. 5 (ср. прим. 9).

[6] § 3 I. de exc. 4. 13. Такой договоръ называется въ источникахъ pactum de non petendo (Dig. 2. 14. Cod. 2 3). Онъ отличается отъ acceptilatio не только отсутствіемъ формы, но и внутреннимъ содержаніемъ. См. Бюхель civilr. Erörterungen II стр. 45—52, ср. Фёльдерндорфъ-Варадейнъ zur Lehre vom Erlass (1850 г.; сочиненіе это главнымъ образомъ касается исторіи договора pactum de non petendo), противъ

ство [7]. Второго рода договоръ о прощеніи долга имѣетъ мѣсто преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда намѣреніе сторонъ заключалось въ томъ, чтобы обязательство потеряло свое значеніе въ томъ или другомъ отношеніи, на извѣстное время или относительно извѣстнаго лица [8].

Договоръ о прощеніи подчиняется общимъ правиламъ о дѣйствительности договоровъ. Для его дѣйствительности не требуется опредѣленной формы [9]; поэтому онъ можетъ быть заключенъ молчаливо [9a]. Весьма распространенной въ настоящее время формой

этого Шейерль Beiträge II № 14. Фёльдерндорфъ, утверждая (также и Рудорфъ zu Puchta § 297 a.), что pactum de non petendo относится не къ обязательству, но къ иску, заходитъ слишкомъ далеко Противъ этого Шейерль, цитир, соч. стр. 17—19, Арндтсъ krit. Ueberschau II стр. 154. Ф. Фёльдерндорфъ и Рудорфъ кромѣ того не признаютъ за pactum de non petendo значенія договора о прощеніи долга; Шейерль отрицаетъ у него значеніе дѣйствительнаго договора о прощеніи, см. противъ этого Арндтсъ цитир. соч. 154. 155 и ср. l. 7 § 10 D. de pact. 2. 14, l. 5 C. de rem. pign. 8. 26. Противъ Арндтса возражаетъ Фиттингъ Correalobl. стр. 95 прим. 117, Баронъ Gesamtrechtsverh. стр. 297.

[7] Предполагается, что намѣреніе сторонъ заключается именно въ прекращеніи дальнѣйшаго существованія обязательства и было бы несогласно съ этимъ намѣреніемъ, если оно очевидно заключается въ прекращеніи существованія обязательства, требовать продолженія его. Ср. Унгера II § 96 прим. 17, Арндтса § 267 прим 1. d. См. также § 165 прим. 12. [Фиттингъ Arch f. civ. Pr. LII 25].

[8] Pactum de non petendo in personam, въ противоположность pactum de non petendo in rem. L. 7 § 8 l 17. § 3. l. 25 § 1 D. de pact. 2. 14.

[9] По римскому праву для дѣйствительности pactum de non petendo не требовалось опредѣленной формы Напротивъ, для договора о прямомъ прощеніи долга существовало правило: «prout quidque contractum est, ita et solvi debet» (l. 80 D. de sol. 46. 3, l. 35. 100 D. de R. J. 50. 17). Поэтому contrarius consensus примѣнялся только къ консенсуальнымъ договорамъ (и даже къ этимъ договорамъ онъ не примѣнялся, если исполненіе ихъ было уже отчасти произведено; ибо неформальный договоръ не могъ установить обязанности возвратить уже переданное въ видѣ исполненія; раздѣленія же его не существовало; см. мѣста, указанныя въ прим. 5 въ концѣ). Всѣ другія обязательственныя права должны быть прекращаемы посредствомъ acceptilatio и для этого они должны были быть, въ случаѣ надобности, превращены въ verborum obligationes (§ 105 прим 7) [Ср. Зейфф. Arch. XXI. 42]. Нынѣ дѣйствуетъ общее правило, что для дѣйствительности договорнаго отношенія не требуется опредѣленной формы (§ 64). Нѣтъ основанія думать, чтобы это общее правило относилось лишь къ договорамъ, установляющимъ обязательства, а не также и къ договорамъ, прекращающимъ ихъ. Ср. Фритца Erläuter. II стр. 421, Унтергольцнеръ, стр. 481, Спитцнасъ стр. 480, примѣч. 2. Шейерль цитир. соч. стр. 24—26, Арндтсъ Krit. Ueberschau. II стр. 155—156 и Pand. § 267. 1. d (послѣдній распространяетъ это правило посредствомъ искусственнаго оправданія, насилующаго волю сторонъ), Савиньи Obl. I стр. 178. Другаго мнѣнія Вангеровъ III § 621 примѣч., который въ современномъ правѣ признаетъ существованіе лишь consensus contrarius (давая ему болѣе широкое примѣненіе, такъ какъ теперь всѣ договоры совершаются solo consensu). Другаго мнѣнія держится также Пфордтенъ Abhandl. стр. 300, который утверждаетъ, что современное право знаетъ только одинъ договоръ, прямо прекращающій долгъ—квитованіе, соотвѣтствующее римской acceptilatio; см. также Бринцъ стр. 640.

[9a] Ср. l 2 § 1 D. de pact. 2. 14, l. 17 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 D. de

договора о непосредственномъ прощеніи долга есть квитированіе долга, точнѣе—составленіе и выдача квитанціи. Тѣмъ не менѣе квитированіе не всегда и не непремѣнно есть договоръ о прощеніи долга. Квитанція есть прежде всего доказательство *исполненія обязательства* [10] и по закону разсматривается какъ таковое [11]. Если она представляется недостаточною, чтобы доказать въ процессѣ фактъ исполненія обязательства [12], то должнику предоставляется доказывать, что она выдана для доказательства договора о прощеніи долга [13]. Если квитанція выдана именно для этой цѣли, то она содержитъ въ себѣ договоръ о прощеніи долга, который вполнѣ соотвѣтствуетъ римской acceptilatio и потому долженъ быть обсуждаемъ по правиламъ послѣдній [14].

Изложенныя начала, какъ вытекающія изъ юридической сущности самой сдѣлки, имѣютъ полное примѣненіе и къ русскому праву. Утверждающій, что квитанція, хотя безденежная, выдана ему въ видѣ дара или по иному основанію, долженъ доказать это.

А. Д.

Недобровольное прощеніе. Квалифицированное прощеніе.

§ 110. Обыкновенно кредиторъ не можетъ быть конечно принужденъ къ прощенію долга. По исключенію это допускается въ случаѣ несостоятельности должника [1]. Въ этомъ случаѣ большин-

---

prob. 22. 3. Зейфф. Arch. II. 282, XIII. 156, XIV. 221. Спеціально о томъ случаѣ, когда при разсчетѣ не ставится въ счетъ обязательство см. Зейфф. Arch. IV. 220, IX. 57, XV. 194; Беръ Anerkenn. стр. 223 — 224 (242 — 243). Jahrb. von Dogm. II стр. 406—407, Р.тельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 175—177.

[10] Признаніе исполненія, въ смыслѣ доказательства противъ себя самаго см. § 164 b прим. 3.

[11] То есть оно не можетъ быть устранено посредствомъ заявленія спора; оно можетъ быть опровергаемо представленіемъ доказательствъ противнаго, а также посредствомъ exceptio non numeratae (non solutae) pecuniae (§ 96 прим. 3).

[12] Потому что доказательная сила его прекращается доказательствомъ противнаго или заявленіемъ exceptio non numeratae pecuniae.

[13] Это заключеніе во всякомъ случаѣ предполагаетъ, что кредиторъ, выдавая квитанцію, зналъ, что обязательство еще не исполнено. Но оправдывается ли это заключеніе однимъ такимъ знаніемъ? Нѣтъ, когда квитанція выдана въ предположеніи, что исполненіе послѣдуетъ. Ср. § 164 b прим. 4. L. 6. 21. 23 C. de sol. 8. 43. [Зейфф. Arch. XXI. 230].

[14] Она, какъ и acceptilatio, есть договоръ, посредствомъ котораго кредиторъ заявляетъ, что должны наступить тѣ послѣдствія, которыя наступили бы, если бы послѣдовало дѣйствительное исполненіе обязательства.

§ 110. [1] Геффтеръ Arch. f. civ. Pr. X. 15. Шпангенбергъ Zeitschr. § 110. f. Civ. u Pr. VI.

ство кредиторовъ можетъ принудить меньшинство къ прощенію части долга, но для этого необходимо судебное опредѣленіе [2]. Большинство, какъ и въ случаѣ, указанномъ въ § 27, № 2, опредѣляется здѣсь не числомъ лицъ, но величиной претензій [3]. Такое постановленіе большинства кредиторовъ не освобождаетъ поручителей предъ тѣми изъ кредиторовъ, которые не согласны съ симъ постановленіемъ [4]. Кредиторы, претензіи которыхъ обезпечены залогомъ, не обязаны подчиняться постановленію большинства [5].

Особое примѣненіе имѣетъ договоръ о прощеніи при мировой сдѣлкѣ, при договорѣ о третейскомъ судѣ или прекращеніи дѣла присягой [6]. Особыя положенія этихъ правовыхъ институтовъ должны быть изложены не здѣсь, но въ особенной части обязательственнаго права [7],

---

стр. 226—235. Пфейфферъ praktische Ausführungen III. 1 и VIII. 3. Беръ Concursprocess. § 38. 39.

[2] Въ источникахъ положеніе, изложенное въ текстѣ, примѣняется лишь къ наслѣдству обремененному долгами, такъ что призванный къ принятію наслѣдства не приметъ его безъ уступки. L. 7 §. 19.—l. 10 pr. D. de pact. 2. 14, l. 58 §. 1. D. mand. 17. 1, l. 23 D. quae in fr. cred. 42. 8. Основаніемъ къ этому служитъ то, чтобы умершій не понесъ стыда отъ venditio bonorum (l. 23. D. cit.). Распространеніе этого положенія на другіе случаи несостоятельности основывается на практикѣ. Зейфф. Arch. I. 150, V 265, XI 230, [XVII. 195]; X. 249, Шпангенбергъ, цитир. соч. стр. 231. Но при такомъ распространеніи въ основу приведеннаго положенія другая мысль: возможно удовлетвореніе отчасти для отвращенія учрежденія конкурса въ интересахъ самихъ кредиторовъ. [Ср. Зейфф. Arch. VII. 264]; при этомъ упрямство, или простое несогласіе меньшинства не можетъ быть принято въ соображеніе. Интересъ должника во всякомъ случаѣ остается на второмъ планѣ. Точно также Пфейфферъ III. стр. 10—12. VIII стр. 126 (Зейфф. I. 150). Поэтому невозможно добиваться подчиненія меньшинства въ томъ случаѣ, когда должникъ впалъ въ долги безъ того, чтобы придти въ несостоятельность (по аналогіи съ cessio bonorum). [Зейфф. Arch. XVII. 195, XXII. 195].

[3] Большинство лицъ имѣетъ значеніе только при одинаковости претензій. Если количество кредиторовъ одинаково на обѣихъ сторонахъ, то преимуществомъ пользуется та, гдѣ находятся наиболѣе значительные кредиторы (ср. впрочемъ, Байеръ стр. 104). Наконецъ, соглашающіеся имѣютъ преимущество передъ несоглашающимися. L. 8 D. de pact 2. 14.

[4] L. 58 §. 1 D. mand. 17. 1. Зейфф. Arch. V 265. Ср. Гольцшуера III § 229. № 3.

[5] L. 58 § 1 cit., l. 10 pr. D. de pact. 2. 14. О томъ, примѣняется ли это къ кредиторамъ, пользующимся конкурсными привиллегіями, оба приведенныя мѣста говорятъ, различно. Подлежитъ сомнѣнію, возможно ли соглашеніе этого противорѣчія; во всякомъ случаѣ уклончивое опредѣленіе перваго мѣста не можетъ быть принято въ соображеніе, въ виду точнаго и яснаго (отрицательнаго) опредѣленія втораго мѣста. см. Вангеровъ III § 583 прим. 2.

[6] См. § 167 прим. 5, § 170 прим. 1. d.

[7] Три названные правовые института помѣщены въ ученіе о прекращеніи обязательствъ въ учебникахъ Пухты, Арндтса, Спитениса. Но эти институты относятся не только къ прекращенію обязательствъ и не всегда къ нему, и то, что должно быть о нихъ сказано, основывается не на томъ, что они относятся или могутъ относиться къ прекращенію обязательствъ, но вообще на содержаніи договоровъ, см. также Арндтса § 269 къ прим. 3, и ниже § 165 прим. 13.

Эти начала вполнѣ согласны и съ нашими законами (т. XI уст. о несост. ст. 2015—2017). Тоже о поручителяхъ, ибо поручительство берется именно на случай несостоятельности главнаго должника (arg. т. X ч. 1 ст. 1558); тоже о кредиторахъ по закладнымъ (arg. т. XI уст. о несост. ст. 1978, п. 3).

При этомъ нельзя не сожалѣть, что практика наша, не исключая и кассаціонной, придаетъ слишкомъ рѣшительное значеніе постановленію большинства кредиторовъ. Практика наша смотритъ на это постановленіе, какъ на обязательное не только для меньшинства, но и для самого суда, коему будто подлежитъ утверждать такое постановленіе если только оно исходитъ отъ законнаго большинства.

По этотъ взглядъ, не говоря уже о томъ, что онъ даетъ поводъ къ безчисленнымъ злоупотребленіямъ и къ эксплоатаціи большинствомъ (большею частью мнимымъ) меньшинства, не согласенъ и съ дѣйствительнымъ смысломъ ст. 2015—2017 т. XI, согласно которымъ заключеніе большинства, есть только *мнѣніе*, ни сколько не обязательное для суда и дѣлающееся обязательнымъ для меньшинства только по утвержденію его судомъ, коему меньшинство можетъ представить свои возраженія.

А. Д.

6. Смерть кредитора или должника *[1].

§ 111. Смерть кредитора или должника собственно безразлична для дальнѣйшаго существованія обязательства; на мѣсто умершаго вступаютъ его наслѣдники. Но это положеніе примѣняется не безъ исключеній. Исключеніе можетъ быть установлено прежде всего явнымъ или подразумѣваемымъ соглашеніемъ сторонъ въ той сдѣлкѣ, которая легла въ основаніе обязательства [2]. Кромѣ

---

§ 111. * Унтергольцнеръ I § 251. 252, Синтенисъ I. стр. § III 461—463. Коппенъ Erbrecht. стр. 173 слѣд.

[1] Этимъ фактомъ начинается рядъ фактовъ, которые прекращаютъ обязательство безъ удовлетворенія кредитора. Изъ этихъ фактовъ прежде всего нужно разсмотрѣть тѣ, которые относятся къ субъекту обязательства (§ 111), далѣе тѣ, которые относятся къ объекту обязательства (§ 112). Остальные затѣмъ факты (§ 113) не могутъ быть систематизированы.

[2] Явное ограниченіе на время жизни. l. 32 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2, l. 56 §, 4 D. de V. O. 45. 1. Договоръ о работѣ, при которомъ принимается въ соображеніе способность къ работѣ именно этого обязавшагося: ср. l. 31 D. de sol. 46. 3, также l. 13 C. de contr. stip. 8. 38. Договоръ о предоставленіи права пользованія, т. е. права, продолжающагося въ теченіе жизни именно этого субъекта ср. l. 38. § 10—12. D. de V. O. 45. 1. Римскія operae officiales отпущеннаго на свободу: l. 6 D. de op. lib. 38. 1.

того существуютъ исключенія и въ силу закона. Между послѣдними имѣютъ общія значенія слѣдующія [3].

1. На наслѣдниковъ кредитора не переходятъ [4] тѣ обязательственныя права, которыя установлены въ удовлетвореніе личнаго оскорбленія [5]. Изъ этихъ обязательственныхъ правъ главнѣйшія и безспорно имѣющія практическое значеніе [6] суть: право, проистекающее изъ оскорбленія (injuria) [7], право на вознагражденіе за увѣчье [8] [9], право на штрафныя деньги, взысканныя съ имущества обвиненной стороны при расторженіи брака [10] [11]. Всѣ отно-

---

[3] Кромѣ того нужно замѣтить: въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ не переходили на наслѣдниковъ обязательства sponsor'a и fidipromissor'a (Gai III. 120, ср. напр тинъ Савиньи V стр. 202 Гиртиннеръ Bürgschaft стр 8, слѣд., Беккеръ proc. Consumption стр. 168. 187. Виндшейдъ Actio etc стр 29), право жены на истребованіе обратно ея приданаго (Ulp. VI. 7 По Юстиніановск му законодательству не переходитъ ни право, ни обязанность изъ договора о третейскомъ разбирательствѣ (l. 32 § 3 l. 49 § 2 D. de recept 4. 8); обязательство проистекающее для опекуна изъ обыкновенной ошибки его (§ 190 прим 9); наконецъ права и обязанности изъ договора довѣренности и товарищества, но только въ томъ смыслѣ, что они не дѣйствительны въ будущемъ; но дѣйствіе, произведенное ими въ предъидущемъ во всякомъ случаѣ переходитъ къ наслѣдникамъ. § 5 J. de soc. 3. 25, § 10 J. de mand. 3. 26, l 65 § 9 D. pro soc. 17. 2). [См. также § 227 прим. 13 и § 218 № 3].

[4] Ср къ слѣдующему Марецоль Magazin f. RW. и Gesetzg. IV стр. 363—366, Кирульфъ стр. 227 прим. *, Савиньи System V стр. 200—202 и II § 73. Mühlenbruch Forts. von Glück XLIII стр 9—14 и Cession стр. 295—302. Пухта § 88. c, Арндтсъ § 104 прим. 1, Вангеровъ I § 145 прим № I, Кёппенъ цитир. соч стр. 177—179

[5] Такъ называемыя actiones vindictam spirantes названныя такъ, потому что они «magis vindictae, quam pecuniae habet persecutionem», l. 2 § 4 D de coll. 37. 6 Посредствомъ ихъ хотя и требуется предоставленіе имущества, но не какъ таковое, а какъ удовлетвореніе за понесенный требующимъ ущербъ; удовлетвореніе же за ущербъ можетъ требовать только понесшій его Поэтому только самъ понесшій ущербъ можетъ опредѣлить, подлежитъ ли ущербъ вознагражденію или нѣтъ. Actiones vindictam spirantes и въ другихъ отношеніяхъ не разсматриваются какъ составныя части имущественныхъ правъ, см. § 187 прим. 1.

[6] Сюда же относилась бы querella inofficiosi testamenti, если бы она была обязательственнымъ правомъ. Но это есть право, въ родѣ требованія о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Точно также сюда не относится право дарителя требовать возвращенія подарка вслѣдствіе неблагодарности одаренного; и это право не есть обязательственное право, но только посредствомъ заявленія этого требованія основывается обязательственное право L. 10 C. de revoc. don 8. 56. стр. § 367 прим 19.

[7] § 1 J. de perp. et temp act. 4 12, l. 13 pr D de iniur. 47. 10, l. 32 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2; l. 7 §. 1 D. de iniur. 47. 10, l. 5 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 2 § 4 D. de coll. 39 6.

[8] Кёппенъ стр. 179 прим. 22.

[9] Не безспорно см. § 207 прим. 31. 32.

[10] Ср l. 15 § 1 D. sol. matr. 24 3:— «(heres mariti) mortem... coercitionem non habet». См. Кёппенъ цитир. соч. прим. 19 и ниже § 262 прим 10.

[11] Кромѣ перечисленныхъ случаевъ римское и право относитъ сюда: a) actio противъ недозволенной претензіи патрона и асцендента. l 24 D. de in ius voc. 2. 3, ср § 266 прим. 5; b) actio de calumnia, l. 4 D. de calumn. 3 6 (§ 223 прим. 5); c) actio de sepulcro violato, l. 10 l. 3 § 8 l. 6 D. de sep. vio 47. 13 (ср. § 208 № 5); d) actio о воспрепятствованіи произвести погребеніе умершаго l. 9 D. de rel 11. 7 (§ 220); e) actio de effusis et eiectis противъ поврежденія, причиненнаго свободному l. 5 § 5 D. de his qui eff. 9.

сящіяся сюда обязательственныя права переходятъ по наслѣдству послѣ предъявленія иска [12].

2) На наслѣдниковъ должника не переходятъ [13] обязательства, проистекающія изъ преступленія (delictum), какъ имѣющія предметомъ *наказаніе* [14]. Обязательства изъ преступленія, имѣющія предметомъ вознагражденіе за ущербъ, переходятъ на наслѣдниковъ должника лишь условно: по римскому праву лишь на столько, на сколько увеличено преступленіемъ наслѣдственное имущество [15], по современному праву—на столько, на сколько достанетъ наслѣдственнаго имущества [16]. Это ограниченіе относится лишь къ тѣмъ обязательствамъ, которыя имѣютъ свое основаніе въ преступленіи, какъ таковомъ; обязанность вознагражденія за причиненный ущербъ, которая имѣетъ другое основаніе, переходитъ на наслѣдниковъ должника независимо отъ того, что дѣяніе, причинившее ущербъ, заключаетъ въ себѣ основаніе преступности [17].

---

3 (§ 209 прим. 3. 4). Многіе (Кёппенъ цитир. соч. прим. 20, Кирульфъ стр. 227 Вехтеръ Württ. Privatr. II. § 533 прим. 53) причисляютъ сюда, основанное на практикѣ право defloratio, т. е. право обольщенной дѣвственницы или вдовы на вознагражденіе. Но это право, какъ actio vindictam spirans, не можетъ основываться на обычномъ правѣ, см. § 245 прим. 7.

[12] См. I § 124 прим. 11

[13] Ср. къ слѣдующему: Франке Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien I, 1 (1828), Кирульфъ стр. 218—227, Савиньи Syst. V. § 210. 211, Мюленбрухъ Fortsetzung von Glück XLIII стр. 16—38, Вангеровъ I § 145 прим. № II, Кёппенъ цитир. соч. стр. 180—190.

[14] § 1 J. de perp. te temp. act. 4. 12, l. 20 D. de poen. 48. 19, l. 1 pr. D. de priv. del. 47. 1: ср. l. 22 D. de O. №№ 39. 1 (—„in poenam heres non succedit“).

[15] l. 26 D. de dolo 4. 3:—quatenus ad eum pervenerit, i. e. quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit. L. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 44 D. de R. J. 50. 17, l. 1 § 6 D. de eo per quem fact. 2. 10, l. 16 § 21. 19 D quod met. caus. 4. 2, l. 17 § 1 l. 26—29 D. de dolo 4. 3, l. 1 § 48 l. 2. 3 pr. D. de vi 43. 16, l. un. C. ex del. def. 4. 17, и мн. др. На сколько вознагражденіе за ущербъ превосходитъ то, чѣмъ обогатился обязанный, настолько это вознагражденіе становится для него наказаніемъ (ср. l. 16 § 2 D. quod met. caus. 4. 2, l. 22 D. de O. N. № 39. 1); actio о вознагражденіи можетъ быть по этому названа actio poenalis. (Савиньи: einseitige Strafklage) l. 1 § 5. 8 D. ne vis fit ei 43. 4 Къ l. 26 D. de dolo cit. ср. еще l. 127 D. de R. l. 50. 17, l. 17. 18. 20 D. quod met. caus. 4. 2, и вообще: 13 Селль Versuche I. стр. 62—76, 6. Витте Bereicherungsklagen стр. 315—322, Якоби Jahrb. f. Dogm. IV стр. 210 212.

[16]. Каноническое право установляетъ безусловную отвѣтственность наслѣдниковъ, c. 3 C. 16 qu. 6, c. 5 X. de rapt. inc. 5. 17 («iuxta facultates suas condigne satisfaciant»), c. 9 X. de usur 5. 19, c. 14 X. de sepult 3. 28, c. 28 X. de sent. exc. 5. 39. Но весьма древній и постоянный судебный обычай видоизмѣнилъ постановленіе каноническаго права въ указанномъ въ текстѣ смыслѣ. Франке стр. 44 слѣд., Савиньи стр. 51 слѣд., Мюленбрухъ стр. 35 слѣд., Кёппенъ стр. 186—187. Ср. еще Нейнеръ Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse стр. 205—206.

[17] L. 10 pr. D. comm. div. 10: «Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio (sc. communi dividundo) heres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur«. L. 7 § 1 D. dep 16. 3,

Изъ обязательствъ, проистекающихъ изъ преступленія, какъ таковаго, исключеніе составляютъ обязательства, основывающіяся на противозаконномъ присвоеніи движимаго или недвижимаго имущества; по этимъ обязательствамъ наслѣдники совершившаго такое дѣяніе отвѣтствуютъ, какъ и онъ самъ [18].—И здѣсь, основывается ли обязательство на мѣрѣ наказанія, или возмѣщеніи убытковъ, оно во всякомъ случаѣ переходитъ на наслѣдниковъ съ момента начатія иска [19].

---

l. 12. 49 D. de O. et A. 44. 7, l. 121 § 3 D. de V. O. 45. 1, l. 157 § 2. D. de R. J. 50. 17. Къ l. 8 § 1 D. de fidei. et nom. 27. 7 ср. l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, къ § 1 J. de perp. et temp act. 4. 12 ср. Gai. IV. 113; объ обоихъ этихъ мѣстахъ см. основательныя изслѣдованія Франке стр. 16 слѣд.; Вангеровъ стр 216.

[18] L. 7 § 2 l. 9 D. de cond. furt. 13. 1; l. 10 eod. l. 1 § 1 D. de cond. trit. 13. 3, l. 2 § 26 27 D. de vi bon. rapt. 47. 8; l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2. Право иска, предоставляемое въ этихъ случаяхъ, источники признаютъ за condictio. Въ этомъ подразумѣвается, что основаніе этого права заключается въ противозаконномъ обогащеніи отвѣтчика посредствомъ преступленія (condictio sine causa), а не въ самомъ преступленіи, какъ таковомъ. Въ дѣйствительности же основаніе это не заключается въ обогащеніи. Если-бы это было такъ, то искъ и распространялся бы только на обогащеніе; но онъ идетъ далѣе. Эта condictio есть condictio rei. а не possessionis, тогда какъ совершившій преступленіе обогатился только владѣніемъ, а не имущественной цѣнностью вещи; цѣнность эта осталась за собственникомъ. Ср. Gai. IV. 4, §. 14 I. de act. 4. 6, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, въ связи съ l. 6 D. de vi 43. 16, l. 3 § 11 D. uti poss. 43. 17. Такимъ образомъ римляне называютъ condictio sine causa то, что собственно не есть condictio sine causa, и при этомъ сознаютъ это противорѣчіе, объясняя его тѣмъ, что оно допускается «odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur» (см. цитированныя мѣста Гая и Институцій Юстиніана). Другими словами: они хотѣли, чтобы на обязательство правонарушителя во вредъ ему были распространены основанія condictio sine causa, и именно, что по видимому особенно имѣлось въ виду, способность condictio sine causa переходить по наслѣдству. Въ другихъ отношеніяхъ принимается въ соображеніе характеръ деликта, принадлежащій condictio furtiva см. l. 4 D. de cond. furt. 13. 1 (это мѣсто по объясненію Савиньи, Syst. V стр. 562, имѣетъ въ виду оказаніе помощи) l. 1. C. de cond. furt. 4. 8, ср § 177 прим. 4. Объ actio rerum amotarum, которая заступаетъ condictio furtiva говорится—въ l. 21 § 5 D. rer. am. 25. 2 именно ex delicto nascitur. Во всякомъ случаѣ способность ея переходить по наслѣдству, о которой говорится въ l. 6 § D. eod. отрицается въ l. 3 C. eod. 5. 21.—Господствующее мнѣніе вообще признаетъ condictio furtiva и сходные съ нею иски за иски, проистекающіе изъ противозаконнаго обогащенія и изъ этого выводитъ способность ихъ переходить по наслѣдству. См. Кирульфъ стр. 222, Мюленбрухъ цит. соч. стр. 19—25, особенно же Савиньи Syst. V стр. 551—564, затѣмъ Синтенисъ II § 109 прим. 123, Вангеровъ I стр. 216 и III § 679 прим. 2. О характерѣ деликта, принадлежащемъ condictio furtiva — Франке стр. 28—40 и Витте Bereicherungsklagen стр. 322—325. Указанный въ прим. 16 судебный обычай не распространяется на condictio furtiva и на другія относящіяся сюда основанія исковъ. Этотъ обычай имѣлъ въ виду только модификацію новаго постановленія каноническаго права. Франке стр. 54; другаго мнѣнія Мюленбрухъ стр. 37, Кёппенъ стр. 187.

[19] См. I § 124 прим. 11.

Вліяніе смерти на силу и дѣйствія обязательствъ по русскому праву съ достаточною полнотою опредѣлено ст. 1259—1264, 1543, 1544 и 2338 т. X ч. 1 и ст. 61 улож. о наказ.

Сомнѣнія возбуждаетъ только выраженіе: «договоръ о дѣйствіяхъ *личныхъ*», употребляемое въ ст. 1544 т. X ч. 1, по неопредѣленности, какіе именно договоры слѣдуетъ разумѣть подъ этимъ выраженіемъ.

Намъ кажется, что выраженіе: *личныя дѣйствія* слѣдуетъ принять въ *пассивномъ* и *активномъ* смыслѣ, т. е., что смертью прекращаются договоры какъ о личныхъ дѣйствіяхъ *умершаго*, такъ и о дѣйствіяхъ другихъ лицъ, *относившихся только къ личности умершаго*. Всякіе же договоры хотя о личныхъ дѣйствіяхъ, но не относившихся къ личности умершаго должны оставаться въ силѣ.

Согласно сему слѣдуетъ принять, что

Смертью прекращаются: 1) *обязательства* личныя, т. е. такія обязательства, которыя могутъ быть выполнены *только обязавшимся лично;* 2) обязательства третьихъ лицъ о дѣйствіяхъ *относившихся исключительно къ лицу умершаго*, объ обученіи или леченіи его. Это очевидно вытекаетъ изъ сущности самихъ обязательствъ. Но договоры, напримѣръ, о наймѣ сельскихъ рабочихъ, мастеровыхъ (но не *управляющихъ*, относящихся къ разряду *повѣренныхъ*) и т. под., остаются въ силѣ.

А. Д.

7. Невозможность исполненія.

§ 112. Обязательство прекращается и тѣмъ, что исполненіе его становится для должника не по его винѣ невозможнымъ. Объ этомъ, также какъ и о томъ, какое вліяніе въ двусторонних обязательствахъ оказываетъ безвинная невозможность исполненія на обязательственное право, проистекающее для должника изъ этого договора, было уже сказано выше (§ 16 прим. 5, 6; § 73, прим. 16—19). Къ сказанному слѣдуетъ прибавить еще слѣдующее:

1. Безвинною невозможностью исполненія обязательство прекращается непосредственно [1].

2. Если невозможность исполненія прекратится, то обязательство возникаетъ вновь лишь въ томъ случаѣ, если это прекраще-

---

§ 112. [1] Это не выражено положительно въ источникахъ. Но ср. l. 107 D. de sol. 46. 3, гдѣ невозможность, какъ naturalis resolutio поставлена рядомъ съ исполненіемъ. Момисенъ Beiträge I стр. 304—308.

ніе невозможности заключалось въ самомъ характерѣ невозможности, если же оно было случайное, то обязательство вновь не возникаетъ [2].

3. [3] Безвинная невозможность исполненія возникаетъ и въ томъ случаѣ, когда кредиторъ инымъ способомъ получилъ индивидуально опредѣленный предметъ обязательства [4]. Впрочемъ въ этомъ случаѣ обязательство прекращается не безусловно. a) Оно прекращается лишь въ томъ случаѣ, если кредиторъ не только получилъ предметъ обязательства, но съ полученіемъ его достигъ и тѣхъ результатовъ, которые произвело бы на его имущество полученіе этого предмета въ силу принадлежащаго ему обязательственнаго права [5]. b) Оно прекращается лишь въ томъ смыслѣ, что кредиторъ не можетъ требовать выгоды отъ заключеннаго обязательства; но оно продолжаетъ существовать на столько, на сколько это необходимо для того, чтобы оградить его отъ ущерба [6].

---

[2] L. 83 § 5 D. de V. O. 45 1, l. 98 § 8 D. de sol. 46. 3. Ср. § 67 прим. 11, и Моммсенъ. Цит. соч. стр. 290 слѣд.

[3] Ср. къ послѣдующему сочиненіе В. Селля: über die römischrechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch concursus duarum causarum lucrativarum (1839); далѣе Моммсенъ Beiträge I стр 255—262, Виндшейдъ Heid Krit. Zeitschr. II стр. 130—134, и Моммсенъ Beiträge III стр. 413—415. Унтергольцнеръ I § 261, Сиитенисъ II стр. 500—503 (Арндтсъ Forts. von Glück XLVI стр. 252 слѣд.).

[4] Обязательство, предметъ котораго опредѣленъ генерически, не прекращается вслѣдствіе того, что кредиторъ уже получилъ предметъ того же рода.

[5] Поэтому a) если обязательственное право ничего не стоило кредитору (основывалось на c usa lucrativa), то кредиторъ можетъ требовать возмѣщенія только тѣхъ издержекъ, которыя онъ понесъ за полученіе исполненія. § 6. 9 I. de leg. 2. 20, l. 34 § 7. 8 D. de leg. I° 30, l. 82 § 2. 4 l. 108 § 6 eod., l. 73 D. de leg. II° 31, l. 102 § 2 D. de leg. III° 32. b) Если же обязательственное право соединялось съ извѣстными издержками, но полученіе исполненія стоило дороже его, то кредиторъ имѣетъ право на возмѣщеніе этого излишка въ издержкахъ. Это не выражено ясно въ источникахъ, но является прямымъ послѣдствіемъ изложеннаго выше. Другого мнѣнія Моммсенъ I стр. 258. c) Если кредиторъ получилъ исполненіе, но однако такъ, что онъ не можетъ удержать полученнаго въ свою пользу, то онъ разсматривается какъ ничего не получившій, l. 34 § 8 l. 82 pr. l. 108 § 5 D. de leg. I° 30

[6] Поэтому, a) если обязательство основано на двухстороннемъ договорѣ, то кредиторъ не только можетъ не исполнять лежащей на немъ обязанности, но онъ можетъ требовать возвращенія уже исполненнаго имъ. Paul. S. R. II 17 § 8, l. 84 § 5 D. de leg. I° 30, l. 29 pr. D. de evict 21. 2, l. 29 D. de A. E. V. 19. 1, l. 9. § 6, D. loc. 19. 2. b) Если кредиторъ во всякомъ случаѣ долженъ понести тѣ издержки, за которыя онъ пріобрѣлъ обязательство то онъ и не теряетъ его. Въ этомъ смыслѣ высказывается l. 19 D. de O. et A. 44. 7, что супругъ во всякомъ случаѣ можетъ требовать передачи ему приданаго, хотя бы онъ получилъ его другимъ способомъ; ибо приданое обѣщано ему какъ эквивалентъ onera matrimonii, которыя во всякомъ случаѣ остаются на немъ, ср. l. 8 § 13 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 47 pr. de mand. 17. 1. c) Точно также кредиторъ сохраняетъ обязательство, если онъ обязанъ передать предметъ его третьему лицу. L. 108 § 5 D. de leg. I° 30; постановленіе заключающееся въ l. 19 D. de O. et A. cit. конечно основывается на той же точкѣ зрѣнія.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что обязательство прекращается лишь въ томъ случаѣ, когда оно само или полученіе кредиторомъ предмета обязательства инымъ способомъ клонится исключительно къ обогащенію кредитора [7].

8. Другіе случаи прекращенія обязательствъ.

§ 113. Существуютъ и другіе случаи прекращенія обязательствъ, о которыхъ уже было говорено въ различныхъ отдѣлахъ; сюда относятся: возстановленіе въ прежнее положеніе (restitutio, Виндш I § 120 въ концѣ), судебное рѣшеніе, которымъ отказывается въ искѣ (I § 128 № 2), давность (I § 112 прим. 3—5), утрата права (I § 123 № 1 см. выше § 87 № 2, также § 186, прим. 18), резолютивное условіе или срокъ (I § 90. 96 въ концѣ). Здѣсь слѣдуетъ еще прибавить, что обязательство можетъ иногда быть прекращено и односторонним заявленіемъ, причемъ обязательство вовсе прекращается или же оно утрачиваетъ значеніе лишь на будущее время; тѣ же послѣдствія, которыя имъ уже произведены, сохраняютъ свою силу. Такое право отступленія можетъ основываться или на соглашеніи или на положительномъ предписаніи закона [2]. Хотя обыкновенно и полагаютъ, что обязательство пре-

---

[7] Въ этомъ смыслѣ источники говорятъ: «Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset» (l. 17 D. de O. et. A. 447), или: «Traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominen et in eandem rem concurrere non posse» (§ 6 I. de leg. 2. 20); см. также l. 83 § 6 D. de V. O. 45. 1. Обыкновенно способъ прекращенія обязательствъ, основанный на «concursus duarum causarum lucrativarum», разсматриваютъ какъ основывающійся на положительномъ опредѣленіи. Указаніе внутренняго значенія этого положенія и связи его съ ученіемъ о пліннія невозможности исполненія на состоятельность обязательства, — составляетъ заслугу Моммсена. Съ другой стороны Моммсенъ идетъ слишкомъ далеко въ томъ случаѣ, когда онъ признаетъ безусловное прекращеніе обязательства ex causa onerosa при полученіи предмета его инымъ путемъ (ср. прим. 5, также Моммсенъ стр. 259. 261). Ранѣе я доказывалъ, что обязательство ex causa onerosa продолжаетъ существовать при полученіи объекта его инымъ путемъ, въ пользу кредитора т. е. когда цѣнность обязанности должника превышаетъ эквивалентъ ея, но теперь я не защищаю этого мнѣнія. Оно главнымъ образомъ основывается на l. 19 D. de O. et A. 44. 7: integras actiones retinent, — но доказательная сила этого мѣста уничтожается тѣмъ, a) что окончаніе этого мѣста, «eandem (sc. rem) non prohibetur ex causa lucrativa petere», по сравненію съ мѣстомъ, указаннымъ въ прим. 5 sub a), представляется очевидно неточнымъ; b) и тѣмъ, что послѣднее выраженіе по отношенію къ разрѣшаемому имъ случаю представляется совершенно точнымъ.

§ 113. [1] Очевидно здѣсь можетъ идти рѣчь лишь о тѣхъ способахъ прекращенія обязательства, которые имѣютъ общее значеніе. Сюда не относится по моему мнѣнію прекращеніе обязанности главнаго должника, какъ основаніе прекращенія отвѣтственности поручителя (§ 229 № 1. b).

[2] Такъ напр. должнику принадлежитъ безусловное право отступленія при договорахъ товарищества и довѣренности и условное—при договорѣ найма.

кращается съ прекращеніемъ интереса его для кредитора, но это не вѣрно [3].

---

[3] Если кредиторъ не имѣетъ интереса въ осуществленіи своего обязательства, то онъ и не осуществитъ его; если же онъ осуществляетъ его, то этимъ указываетъ на существованіе интереса. Поэтому, чтобы приведенное положеніе имѣло смыслъ, нужно понимать подъ интересомъ не интересъ вообще, но спеціально имущественный интересъ. Прекращеніе интереса кредитора можетъ быть выставляемо основаніемъ прекращенія обязательства лишь вслѣдствіе того взгляда, что при всякомъ обязательствѣ существенно предполагается наличность имущественнаго интереса кредитора; взглядъ этотъ былъ уже высказанъ выше (§ 3 прим. 3). Въ отдѣльныхъ случаяхъ нужно принимать въ соображеніе, не имѣлось-ли въ виду при совершеніи сдѣлки, на которой основано обязательство, исключительно удовлетвореніе даннаго имущественнаго интереса кредитора, и потому не зависитъ-ли существованіе обязательства отъ существованія этого интереса. Далѣе невозможность исполненія можетъ произвести измѣненіе обязательства въ обязательство, направленное къ удовлетворенію имущественнаго интереса, лишь въ томъ случаѣ, когда этотъ послѣдній еще существуетъ. Въ классическомъ римскомъ правѣ замѣна всякаго обязательства обязательствомъ уплаты интереса допускалась не только въ случаѣ невозможности исполненія перваго, но и при всякомъ судебномъ рѣшеніи и такимъ образомъ осуществимость обязательства у римлянъ всегда, была связана съ продолженіемъ существованія интереса кредитора. Въ отдѣльности здѣсь слѣдуетъ принять въ соображеніе слѣдующія мѣста. a) L. 14 pr. D. de cond. furt. 13. 1: condictio furtiva прекращалась съ прекращеніемъ права собственности истца «nam nec petitoris iam interest, hominem recipere», т. е. онъ не можетъ уже искать возстановленія имущественнаго ущерба. Единственное и имѣющее рѣшительное значеніе и въ настоящее время есть опредѣленіе, заключающееся въ l. 13 cit. «soli domino condictio competit». (l. 1 eod.). b) L. 32 D. loc. 19. 2. «Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit vit: Cassius negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset». Это мѣсто очевидно имѣетъ въ виду лишь тотъ случай, когда наслѣдникъ не пришелъ къ соглашенію съ тѣмъ, въ пользу кого состоялся отказъ, чтобы послѣдній оставилъ отказанное имущество по владѣнія и пользованіи нанимателя его до окончанія срока найма. Если-бы въ этомъ случаѣ получившій отказъ жаловался на нанимателя, который прекращаетъ договоръ найма и оставляетъ нанятый участокъ земли, то наниматель могъ-бы возразить, что наслѣдникъ не въ силахъ сохранить его наемъ отъ нарушенія. Поэтому наслѣдникъ не имѣетъ интереса въ томъ, чтобы наниматель не прекращалъ найма. Такимъ образомъ совершенно вѣрно, что это мѣсто указываетъ на отсутствіе интереса не какъ на причину, но какъ на слѣдствіе прекращенія обязательства; если по нашему толкованію можно сдѣлать автору цитированнаго мѣста упрекъ въ неточности, то съ другой стороны едва-ли правильно было-бы отрицать право наслѣдника, возникающее для него изъ договора найма, заключеннаго наслѣдодателемъ съ нанимателемъ даже и въ томъ случаѣ, когда онъ вслѣдствіе соглашенія съ получившимъ отказъ, могъ бы предоставить нанимателю пользованіе участкомъ земли въ томъ видѣ, какъ оно дѣйствительно могло ему принадлежать. Относительно купли l. 25 § 1 loc. 19. 2 говоритъ противное. Объ этомъ мѣстѣ, о которомъ было много рѣчи, ср. Глюкъ XVIII стр. 26 слѣд., Кропнъ въ Heise и Cropp. Abhandlungen II стр. 267 слѣд.; Мюленбрухъ Cession стр. 313 слѣд., Моммзенъ Erörterungen I стр. 135, Синтенисъ Civilr. II § 118 прим. 116. (стр. 665—666), Шмидтъ Cession II стр. 321 слѣд., Цибартъ Realexecution стр. 147. (Шлезингеръ die rechtlige Unzulässigkeit der Beschlagannahme des noch nicht verdienten Lohnes. (Лейпцигъ 1869) стр. 53 слѣд., Зейфф. Arch. IV 238). c) L. 97 §. 1 D. de V. O. 45 1. Опредѣленіе этого мѣста основывается на томъ, что воля, выраженная въ договорѣ, не распространяется на тотъ случай, когда кредиторъ не имѣетъ интереса въ исполненіи.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Отдѣльныя обязательственныя права [1].

Обзоръ.

§ 114. Между отдѣльными обязательственными правами прежде всего различаются два большіе разряда ихъ: обязательства, основанныя на договорѣ и обязательства, основанныя на право нарушеніи. Остальныя обязательства имѣютъ очевидное сродство отчасти съ обязательствами основанными на договорѣ, отчасти съ обязательствами основанными на правонарушеніи и потому должны быть изложены въ связи съ тѣми или другими. Однако не всѣ обязательственныя права могутъ быть безъ натяжки распредѣлены такимъ образомъ: поэтому о тѣхъ, которыя не поддаются такому распредѣленію должно быть сказано въ особомъ отдѣлѣ. Наконецъ признано полезнымъ излагать особо о тѣхъ обязательствахъ, которыя истекаютъ изъ обязательства третьяго лица. Совершенно исключаются отсюда тѣ обязательства, которыя съ большимъ удобствомъ могутъ быть отнесены къ правамъ вещному, семейственному или наслѣдственному.

Можетъ быть одинаковый смыслъ имѣетъ и l. 95 eod. Ср. также и тѣ мѣста, гдѣ направленіе воли, на которой основанъ отказъ, опредѣляется интересомъ въ исполненіи того или другаго лица: l. 69 §. 2, l. 49 § 4—7 D. de leg. I° 30, l. 32 §. 1 D. de fideic. lib. 40. 5. (См. III § 625 № 3.)

§ 114. [1] Когда говоритъ о «системѣ» отдѣльныхъ обязательственныхъ правъ (спеціальной части обязательственнаго права), то не слѣдуетъ забывать, что здѣсь идетъ рѣчь не о сопоставленіи отдѣльныхъ понятій, но объ изложеніи ряда дѣйствительно существующихъ фактическихъ проявленій права. Эти проявленія основываются на потребностяхъ и интересѣ человѣческой жизни, и поэтому при систематизированіи ихъ всегда должно имѣть въ виду то отношеніе, въ которомъ они стоятъ съ этими потребностями и интересами человѣческой жизни. Отсюда само собою возникаетъ раздѣленіе обязательственныхъ правъ на вытекающія изъ договоровъ (№ I) и на вытекающія изъ правонарушеній (№ III). Вмѣсто рубрики «обязательства изъ договоровъ» можно было-бы поставить рубрику «обязательства изъ юридическихъ сдѣлокъ», если-бы одностороннее проявленіе воли,—именно относящійся къ наслѣдственному праву отказъ,—не имѣло въ римскомъ правѣ по отношенію къ возникновенію обязательствъ лишь поверхностное значеніе, такъ что о немъ могло уже быть достаточно сказано въ общей части обязательственнаго права (§ 56). Далѣе нельзя не обратить вниманія на то, что, напр., обязательство изъ неправомѣрнаго владѣнія имуществомъ, несмотря на то, что оно основано на договорѣ, имѣетъ точно такой-же характеръ, какъ и обязательство изъ принятія ссуды; обязательство изъ добровольнаго веденія чужаго дѣла,—такой же характеръ, какъ и обязательство изъ принятія на себя порученія; что далѣе напр. обязанность вознагражденія за ущербъ, причиненный неправомѣреніемъ разрушающагося зданія, хотя неисполненіе его и не составляетъ деликта, имѣетъ несомнѣнное сходство съ обязанностью вознагражденія за ущербъ, причиненный, напр., насиліемъ или обманомъ. Поэтому нельзя избѣжать упрека въ разъединеніи совершенно сродныхъ вопросовъ, если не соединять изложенія о condictiones sine causa и negotiorum gestio съ изложеніемъ ученія объ обязательствѣ изъ договоровъ и изложеніе ученія о damnum infectum съ ученіемъ объ обязательствахъ изъ правонарушеній. Дѣло такта разрѣшить оконча-

I. Обязательственныя права, основанныя на договорѣ.

Обзоръ.

§ 115. Отдѣльные договоры различаются по своему содержанію. Но не только невозможно, но и не представляется необходимымъ говорить отдѣльно о каждомъ возможномъ содержаніи договора. Отдѣльные договоры относительно правовыхъ нормъ, которымъ они подчиняются, прежде всего разсматриваются по тѣмъ общимъ положеніямъ, которыя существуютъ относительно всѣхъ договоровъ и обязательствъ вообще. Съ другой стороны, конечно, существуютъ договоры, о которыхъ можетъ быть сказано особо; о нихъ слѣдуетъ сказать здѣсь. Порядокъ, который лежетъ въ основаніе этого изложенія слѣдующій. Прежде всего будетъ сказано о *чистомъ* договорѣ, т. е. о договорѣ, независимо отъ цѣли, для которой онъ возникаетъ. Затѣмъ слѣдуютъ: a) договоръ даренія, b) договоры о возвращеніи полученнаго, c) договоры обмѣна или договоры мѣны въ широкомъ смыслѣ слова, посредствомъ которыхъ производится обмѣнъ имущества или труда на другое. Къ нимъ присоединяются d) договоры товарищества, которые хотя и установляютъ подобное же обоюдное исполненіе, но оно цѣлью своею имѣетъ созданіе общности имущества. Затѣмъ слѣдуютъ: e) договоръ порученія, который имѣетъ своимъ предметомъ услуги, но безъ характера мѣны; f) договоры, направленные къ устраненію правовой неопредѣленности и наконецъ g) рисковые догово-

---

тельно, какъ далеко можно заходить въ признаніи этого сродства понятій. Очевидно, что это сродство не всегда существуетъ, напр., при обязанности доставлять алименты, при обязательствахъ, проистекающихъ изъ законнаго ограниченія права собственности; этимъ оправдывается сдѣланное здѣсь четвертое подраздѣленіе (№ IV). И здѣсь слѣдуетъ предоставить личному соображенію разрѣшеніе вопроса о томъ, должно-ли быть обязательство, проистекающее изъ основанія, сходнаго съ договоромъ или правонарушеніемъ, отнесено къ раздѣлу своего прототипа, или же оно можетъ быть помѣщено подъ самостоятельную рубрику. Первый путь избранъ здѣсь для обязательствъ, проистекающихъ изъ основаній, сходныхъ съ правонарушеніемъ, а второй путь—для обязательствъ изъ основаній, сходныхъ съ договоромъ (№ II). Наконецъ пятый сдѣланный здѣсь раздѣлъ (№ V) составляетъ противоположность съ остальными раздѣлами; въ немъ разсуждается о томъ вліяніи, которое можетъ оказать обязательство, принадлежащее извѣстному лицу, — на другое лице.—Нечего говорить, что намѣченное здѣсь раздѣленіе въ общихъ чертахъ сходно съ тѣмъ раздѣленіемъ, которое изложено въ институціяхъ Юстиніана (obligationes ex contractu, quasi ex contractu—ex maleficio, quasi ex maleficio (ср. §. 54 прим. 1). Новѣйшая система во многомъ отличается отъ изложенной, хотя въ большинствѣ случаевъ осталось различіе между обязательствами изъ договоровъ и обязательствами изъ правонарушеній (различіе это сглажено въ системѣ Гейзе, который для систематизаціи принимаетъ за основаніе содержаніе объекта обязательствъ). Ср. статью Ифордтенъ Abhandlungen № 4 (который признавая различіе между договоромъ и правонарушеніемъ, принималъ въ соображеніе и то основывается ли обязательство на односторонней или двусторонней сдѣлкѣ), далѣе Синтенисъ II § 95 прим. 1.

ры, въ которыхъ контрагентъ принимаетъ на себя страхъ потери въ замѣнъ возможности получить выгоду [1].

А) Чистый договоръ.

§ 116. Чистымъ договоромъ называется тотъ, который существуетъ независимо отъ своей цѣли (§ 70 № 2 § 71). Въ чистомъ договорѣ обязывающееся лицо заявляетъ, что оно хочетъ сдѣлаться обязаннымъ къ исполненію того или другаго. Поэтому основаніе, которое побудило его къ такому заявленію не имѣетъ значенія для содержанія возникшаго изъ его обѣщанія обязательства. Это содержаніе опредѣляется точнымъ смысломъ дѣйствительно сдѣланнаго имъ обѣщанія [1], хотя при этомъ не исключается возможность толкованія этого обѣщанія, т. е. опредѣленія того, что именно хотѣлъ онъ обѣщать [2]. Для этого цѣль обѣщанія имѣетъ значеніе лишь на столько, на сколько при отсутствіи этой цѣли, т. е. при томъ, что представленіе о ней не соотвѣтствуетъ дѣйствительности, самое обѣщаніе можетъ быть оспариваемо по общимъ правиламъ ученія о предположеніяхъ (Виндш. I § 97 и слѣд.). Уже выше было указано, что для дѣйствительности чистаго договора не требуется ни опредѣленной формы, ни принятія въ соображеніе основанія его возникновенія (§ 71 прим. 2, § 70 прим. 4); тамъ же было высказано сомнѣніе въ томъ, можетъ ли чистый договоръ быть признанъ обязательнымъ въ современномъ правѣ (§ 70 прим. 3). Случай примѣненія чистаго договора представляетъ признаніе долга, если оно сдѣлано съ цѣлью установить обязательственныя отношенія [3]. Для современнаго права важнѣйшимъ случаемъ при-

---

§ 115. [1]) И при систематизаціи отдѣльныхъ договоровъ должно быть принято въ соображеніе то значеніе, которое они имѣютъ въ жизни. Въ виду этой точки зрѣнія не можетъ быть сохранено раздѣленіе, которое существуетъ между договорами односторонними и двусторонними (взаимными). Мнѣ кажется, напр., что договоръ о рѣшеніи дѣла присягою и мировое соглашеніе сродны между собой, хотя первый есть односторонній договоръ, а второе — двусторонній.

§ 116. [1]) Въ охраненіе чистаго договора у римлянъ давалась actio stricti iudicii (iuris), т. е. iudex'у указывалось только на oportere, между тѣмъ какъ при договорахъ съ индивидуальнымъ характеромъ, въ виду необходимости согласовать дѣйствительное содержаніе обязанности должника съ конечною цѣлью договора, судьѣ предоставлялось болѣе широкое право разрѣшенія спора тѣмъ, что ему указывалось на oportere ex fide bona.

[2]) Въ источникахъ встрѣчается очень часто толкованіе стипуляціи. Срав., напр. l. 8 l. 41 pr. l. 81 pr. l. 94 l. 118 § 1 l. 122 § 4 l. 126 § 2 l. 135 pr. D. de V. O. 45. 1, l. 4 pr. D. de usur. 22. 1. Срав. также Беръ Anerkennung стр. 59—60 (63—64). (См. также III § 647 прим. 4).

[3]) Но не съ цѣлью укрѣпленія уже существующаго обязательства. Слѣдовательно, когда признаніе сдѣлано съ сознаніемъ того, что обязательство недѣйствительно, или что обязывающій фактъ, который нужно доказать (напр. полученіе ссуды), не существуетъ. Ср. § 164 a прим. 2 въ концѣ; § 164 b прим. 1. Также § 106 прим. 2. Беръ Aner-

мѣненія чистаго договора были бы сдѣлки, на которыхъ основаны платежные документы *по приказу* или *на предъявителя*, если бы вообще было признано, что они относятся къ числу договоровъ [4].

B) Дареніе. *

1. Понятіе.

§ 117. Дареніе въ обширномъ смыслѣ слова есть всякое не завѣщательное [1] отчужденіе имущества [2], посредствомъ котораго a) увеличивается имущество получателя [3]; b) основаніемъ которо-

---

kennung, 2-е изд. § 62 a. Зейфф. Arch. V. 127 (§ 122 прим. 11) XIII. 17. XVI. 225, XVII. 236.

[4]) См. § 56 прим. 10.

* Inst. 2. 7 Dig. 39. 5 Cod. 8. 54 de donationibus.—Ф. Мейерфельдъ die Lehre von den Schenkungen nach römischen Recht. 1. томъ. 1835, 2 томъ 1. Часть. 1837. Савиньи System IV § 142—176. Шиллингъ Lehrbuch f. Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts. III стр. 741—977. Вангеровъ I. § 121—125, Синтенисъ I § 23. II § 110, Бёкингъ I § 106, Унгеръ II § 95—99. Срав. также Унтергольцнеръ II. стр. 491 слѣд.

[1]) Въ непрямомъ смыслѣ дареніемъ называется и завѣщательный отказъ. L. 36 D § 117. de leg. II 31, § 1 I. de leg. 2. 20.

[2]) Въ непрямомъ смыслѣ говорится о дареніи свободы, права гражданства. Мейерфельдъ § 7 прим. 1; Gai. I 94, III. 20. Точно также въ непрямомъ смыслѣ о прекаріумѣ въ l. 14 D. de prec. 43. 26 говорится, какъ о дареніи (срав. также l. 17 § 3 D. commod. 13, 6), ибо предоставленіемъ пользованія вещью, если этимъ получающій не ограждается отъ производства издержки, которую онъ въ противномъ случаѣ сдѣлалъ бы (прим. 14), хотя и заключаетъ въ себѣ услугу, не составляетъ еще отчужденія имущества. Тоже самое имѣетъ мѣсто при пользованіи услугами или при доставленіи услугъ, предполагая, что этимъ не устанавливается право собственности (секуляризація) или не увеличивается стоимость уже существующаго имущества (l. 31 pr §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Срав. также Фогтъ condictiones ob causam. стр. 426. 429. 430.

[3]) Отчужденіе не производитъ увеличенія имущества (обогащенія) получающаго въ томъ случаѣ, когда полученіе сопряжено съ соотвѣтствующею издержкою. Сюда относится передача должникомъ имущества кредитору съ цѣлью исполнить свое обязательство (о естественныхъ обязательствахъ см. § 40 прим. 8, § 41 прим. 5. 10), передача имущества въ замѣнъ соотвѣтствующей передачи или въ ожиданіи таковой (если соотвѣтствующаа передача не равна первой, то здѣсь отчасти существуетъ дареніе, l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de don. b. v. e. u. 24. 1); передача имущества въ ожиданіи его возвращенія (напр. ссуда) или для передачи его третьему лицу (см. объ этомъ l. 5 § 9 D. de I. D. 23. 3, l. 49 D de don. i. v. e. u. 24. 1, ср. l. 24 eod.), или съ цѣлью изъятія переданнаго изъ имущества получающаго переданное инымъ способомъ (напр. освобожденіе подареннаго раба l. 18 § 1 D. h. t.); передача имущества подъ условіемъ новаго отчужденія его получившимъ, такъ что переданное должно поступить во власть получающаго только въ виду этого отчужденія (этимъ путемъ само по себѣ недѣйствительное дареніе признается существующимъ съ цѣлью этого отчужденія l. 5 § 8—12 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, I. 7 § 8. 9 l. 8 l. 9 pr. eod., l. 22 C. eod. 5. 16, Шр. VII, 1, Paul. R. S. II. 23 § 2). Въ послѣднемъ случаѣ однако можетъ произойдти обогащеніе получающаго посредствомъ пользованія имуществомъ въ извѣстный промежутокъ или посредствомъ огражденія его отъ издержки. См. l. 18 § 1

му служитъ намѣреніе производящаго отчужденіе увеличить имущество одаряемаго [4] и c) которое принято получателемъ, какъ сдѣланное съ этою цѣлью [5]. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ сло-

---

D. h. t., l. 49 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 и прим. 14. Далѣе не составляетъ обогащенія когда кредитору въ обезпеченіе долга предоставляется залогъ или поручительство, даже если должникъ не состоятеленъ (не произошло бы обогащенія кредитора и въ томъ случаѣ если бы былъ уплаченъ долгъ несостоятельнаго должника). Точно также не происходитъ обогащенія должника, когда кредиторъ возвращаетъ ему находившійся у него залогъ. L 1 § 19 D. si. quib in fraud. patr. 38. 5; l. 1 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6, l. 18 D. quæ in fraud. cred. 42. 8, l. 11 C. ad. S. C. Vell. 4. 29. Ф. Дернбургъ Pfandr I стр. 169—174.

[4] Дареніе есть обогащеніе для обогащенія. Все, что должно быть достигнуто обогащеніемъ, лежитъ внѣ его, но заключается именно въ обогащеніи. Въ этомъ смыслѣ всякое дареніе заключаетъ въ себѣ «liberalitas». L. 1 pr. D. h. t. «Dat aliquis... propter nullam aliam causam... quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie donatio appellatur». См. также l. 1 §. 1 eod. Но съ намѣреніемъ обогатить, которое изъ передачи имущества дѣлаетъ дареніе, не слѣдуетъ смѣшивать намѣреніе подарить, т. е. намѣреніе обогатить для того только, чтобы обогатить. Это намѣреніе можетъ основываться на расположеніи къ одаряемому, но также и на эгоистическомъ ожиданіи получить отъ этого выгоду, на тщеславіи, на согласованіи съ общественнымъ мнѣніемъ, на противузаконномъ принужденіи или на иномъ факторѣ — для понятія о дареніи это безразлично. Сказанное можетъ быть формулировано такъ: дареніе есть обогащеніе другаго съ намѣреніемъ *прежде всего* произвести это обогащеніе; затѣмъ дальнѣйшее намѣреніе не принимается въ разсчетъ (I § 98). Примѣры тѣхъ случаевъ, когда, хотя и существуетъ обогащеніе, но тѣмъ не менѣе нѣтъ дареніе, потому что передача не заключаетъ въ себѣ прежде всего намѣренія произвести обогащеніе, суть: передача condictionis implendae gratia (намѣреніе заключается въ пріобрѣтеніи завѣщаннаго); уступка части долга по мировому соглашенію (намѣреніе заключается въ томъ, чтобы упрочить за собою полученіе остальной части долга). Принадлежитъ ли сюда и выдача приданаго? См. § 244 прим. 4 Зейфф. Arch. XXIII 129. Источники называютъ то намѣреніе, которое является факторомъ дареніи donandi animus. Ср. Мейерфельдъ I стр. 7 8. Весьма недостаточное опредѣленіе понятія представляетъ l 29 pr. D. h. t. (l. 82. D. de R. I. 50. 17): «Donari videtur, quod nullo iure cogente conceditur». По этому опредѣленію и ссуда могла бы быть признана дареніемъ.

[5] Такимъ образомъ дареніе есть договоръ. L. 19 §. 2 D. h. t. «Non potest liberalitas nolaenti adquiri». L. 18 pr. D. de R. C. 12. 1. «Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse». Другаго мнѣнія Мейерфельдъ § 6, Савиньи § 160, которые защищаютъ тотъ взглядъ, что принятіе дареніи со стороны одаряемаго необходимо лишь на столько, на сколько безъ такого принятія немыслимо отчужденіе имущества; оно необходимо напр. при дареніи посредствомъ передачи права собственности (l. 10 D. h t. l. 55 D. de O. et A. 44. 7), но не при дареніи напр. посредствомъ уплаты чужаго долга (l. 1 § 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1 въ связи съ l. 23 D .de sol. 46 3), посредствомъ непрерванія теченія давности (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1), посредство намѣренно неправильнаго веденія процесса (l. 5 § 7 eod); срав. также Шиллингъ § 349 № 3. Противъ этого взгляда высказались Пухта Instit. II §. 205 p., Бёнингъ цитир. соч. прим. 12, Унгеръ стр. 195—197, Вангеровъ I § 121 прим. № III. Я не придаю рѣшительнаго значенія цитированному мѣсту l. 19 § 2 D. h. t., которое конечно относится къ самому обыкновенному случаю дареніе, посредствомъ передачи права собственности, тоже должно сказать и о l. 44 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, гдѣ слова

на [5a] дареніемъ представляется лишь такое отчужденіе имущества, которое при указанныхъ выше условіяхъ производитъ одновременно соотвѣтствующее уменьшеніе имущества лица производящаго отчужденіе [6].

Отчужденіе, черезъ которое производится дареніе, можетъ быть совершено весьма различными способами; въ отдѣльности посредствомъ: предоставленія права собственности [7]; предоставленія права на чужую вещь [8]; предоставленія владѣнія [9]; предоставле-

---

(«et hoc et mulier noverit») указываютъ на передачу права собственности, (по I § 172 прим. 22). («interrumpitur possessio» въ противуположность къ l. 5 §. 6 eod., гдѣ продолжается теченіе давности Савиньи стр. 576); рѣшительное значеніе имѣетъ l 18 pr. D de R. C, объясненіе котораго у Савиньи (стр 157 w. Ein zweiter Irrthum) по моему мнѣнію очевидно недостаточно. Въ противоположность съ этими мѣстами въ l. 5 §. 6. 7 l. 7 § 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, положительно указывается на необходимость принятія дара со стороны одаряемаго.

[5a] Юридическій интересъ понятія даренія въ тѣсномъ смыслѣ слова заключается въ томъ, что только къ нему относится ограниченія даренія, установленныя положительнымъ правомъ.

[6] Получающій становится «locupletior», а передающій—«pauperior». L. 25 D. de don i. v. e. u. 24 1:—«nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit». L. 5 §. 8 16 D. eod. Поэтому воспрепятствованіе пріобрѣтенія для того, чтобы предметъ этого пріобрѣтенія передать другому, не составляетъ даренія въ тѣсномъ смыслѣ слова: l. 5 § 13. 14 l. 31 §. 7 D. de don. i. v. e. u. 24. Срав. I, 1 §. 6. D. si quis in fraud. patr 38. 5, l. 6 pr.—§. 5 D. quae in fraud. cred. 42 8. Но въ томъ случаѣ, когда кто-либо въ пользу другаго отказывается отъ пользованія чужимъ имуществомъ—заключается ли уменьшеніе имущества? Отношенія здѣсь иныя: имущество существуетъ для того, чтобы доставлять прибыль и оно представляетъ извѣстную гарантію въ томъ, что и будущая прибыль есть уже составная часть имущества. Поэтому отказъ отъ пользованія имуществомъ составляетъ дареніе въ тѣсномъ смыслѣ слова. I 9 §. 1 (также и pr.) D. h. t., l. 20 C. de S D 5 12, l. 8 C. de don. i. v. e. u. 5. 16, l. 49 D. eod. 24. 1, l. 21 § 1 l 54 D. eod.; относительно роста иначе говоритъ l. 23 pr. D. h. t. (срав. впрочемъ также Унгеръ § 95 прим. 17), l. 31 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Другой вопросъ составляетъ, можетъ ли быть разсматриваема какъ дареніе и та прибыль, которую получилъ одаренный отъ пользованія подареннымъ ему; это другой вопросъ, потому что на эту прибыль не распространяется намѣреніе дарителя, по крайней мѣрѣ непосредственно. Вопросъ этотъ разрѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ l. 9 §. 1 l. 11 D. h. t, l. 7 § 3 i f l. 15 §. 1 l. 16 l. 17 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 9 § 1 eod. l 62 D. sol matr. 24. 3; только для fructus industriales, вопросъ этотъ разрѣшается отрицательно въ l. 45 D. de usur. 22. 1, а для пріобрѣтеннаго чрезъ раба утвердительно въ l. 17 §. 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, (l. un. C. si dos 5. 19 вовсе не говоритъ объ этомъ случаѣ, а о даренія пользованія какъ таковаго). Срав. Савиньи стр. 35 слѣд. (Гоппертъ organische Erzeugnisse стр. 270 слѣд.)

[7] Это самый чистый и самый важный случай даренія, вслѣдствіе чего Институціи и смотритъ на дареніе, какъ на способъ пріобрѣтенія права собственности. (О пріобрѣтеніи права собственности посредствомъ спецификаціи: l. 31 pr. D. de don. i. v. e. u. 24 1).

[8] L. 17 D. comm. praed. 8. 4, l. 1. §. 7. D. de superf. 43. 18, § 3 I. de l.oc. 3. 24.

[9] Что и въ предоставленіи одного владѣнія заключается дареніе, высказано въ l.

нія обязательственнаго права [10]; освобожденія отъ ограниченія права собственности [11]; освобожденія отъ долга [12]. Дареніе можетъ быть совершено и тѣмъ, что производится увеличеніе цѣнности чужаго имущества если оно охраняется отъ уменьшенія цѣнности [13]; далѣе тѣмъ, что лицо освобождается отъ необходимости понести издержки [14]. При этомъ безразлично, происходитъ ли увеличеніе имущества непосредственно, или посредствомъ дѣятельности факторовъ, дѣятельность которыхъ возбуждается дарителемъ [15];

---

46 D. de don i. v. e. u. 24. 1. «Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est», т. е. супругъ, подаривший другому супругу чужую вещь, можетъ требовать возстановленія владѣнія его (condicere l. 6 eod., срав. l. 1 §. 4 D. de A. v. A. P. 41. 2). И въ другомъ отношеніи владѣніе разсматривается какъ увеличеніе имущества и потому оно можетъ быть истребовано обратно, см. § 173 прим. 7 срав. Бринцъ стр. 654, Ранда der Besitz nach österr. Recht. § 3 прим. 26. Съ цитир. l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 не согласны l. 25 cod. и l. 3 D. pro donato 41. 6 въ томъ отношеніи, что въ этихъ мѣстахъ дареніе чужой вещи указывается, какъ возможное основаніе пріобрѣтенія по давности, ибо такое дареніе не дѣлаетъ дарителя бѣднѣе, а одаряемаго—богаче и потому возможно и между супругами. См. объ этомъ I § 178 прим. 7.

[10] Противъ дарителя, или противъ третьяго лица. Относительно втораго случая см. l. 2 pr. § 1. 2 l. 21 §. 1 l 33 § 3 D. h. t., l. 11 c. eod., l. 25 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; l. 34 pr. D. h. t., l. 11 D. de dote prael. 33. 4; l. 35 § 2 D. h. t. (срав. 165 прим. 3. 6), l. 33 i. f. D. de J. D. 23. 3, l. un. §. 13. C. de rei ux act. 5. 13; l. 2. 3. 33 C. h. t.

[11] L. 17 D. comm. praed. 8. 4.

[12] L. 17 D. h. t., l. 1 §. 1 D. quib. mod. pign 20 6; l. 7 §. 7 l. 50 pr. D. de don. i. v. e. u 24. 1, l. 21 pr. D. h. t., l. 5 §. 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 31 §. 1. 4 D. de m. c. don. 39. 6.

[13] L. 14 D. h. t., l. 2 i. f. C. de R. V. 3. 32. l. 31 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1 (первый случай; въ немъ заключается дареніе, но не дареніе воспрещенное между супругами. l. 28 § 2 eod.), l. 31 §. 10 eod. (прим. 14).

[14] L. 9 pr. D. h. t. «In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur. Id enim ipsum capere videtur qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit». Болѣе строгій взглядъ приводится по отношенію къ запрещенію даренія между супругами; l. 5 § 8. D. de don. i. v. e. u. 24. 1:—«nec movit quemquam, quod emeret, nisi a marito accepisset; nam etsi pauperior ea fieret, nisi maritus dedisset non tamen idcirco fit locupletior, quod non expendit», срав. также l. 5 § 17 eod. Вслѣдствіе той опредѣлительности, съ которою выражается l. 5 § 8 cit., изъ l. 50 § 1 eod. vv. quod aliter emturus non fuit, не можетъ быть выведенъ argumentum a contrario. Съ этимъ въ противорѣчіи не стоитъ и l. 31 § 10 D. eod., которымъ признается воспрещеннымъ дареніемъ то, когда жена изъ своего имущества продовольствуетъ рабовъ мужа. Здѣсь обогащеніе мужа состоитъ не въ избавленіи его отъ издержки, но въ томъ, что онъ огражденъ отъ потери раба. Савиньи (§ 151 g.) только въ томъ случаѣ признаетъ дареніемъ избавленіе отъ издержки, когда она представляется необходимою. Онъ ссылается на l. 47 § D. de sol. 46. 3, гдѣ однако о необходимыхъ издержкахъ говорится лишь въ томъ смыслѣ, что когда онѣ предполагаются, представляется совершенно вѣрнымъ, что безъ вмѣшательства третьяго лица, онѣ должны быть сдѣланы изъ собственнаго имущества (Зейфф. Arch. XXIII. 130)

[15] Примѣры посредственнаго увеличенія имущества: предоставленіе права воспользоваться плодами вещи или ростомъ съ капитала (l. 9 § 1 l. 6 D. h. t., l 9 pr.

къ послѣднему случаю относится тотъ, когда даритель доставляетъ одаряемому то, что онъ хочетъ ему подарить, посредствомъ дѣятельности другаго лица [16]. Точно также безразлично, произведено ли увеличеніе имущества непосредственно въ лицѣ одаряемаго, или относительно третьяго лица [17].

Объ основаніяхъ, которыми оправдывается мѣсто даваемое нами ученію о дареніи въ системѣ права, см. примѣч. [18].

---

eod.); намѣренное веденіе процесса такъ, что рѣшеніе должно послѣдовать не въ пользу ведущаго его (l. 5. § 7 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 1 §. 7 D. si quid in fraud. patr. 38 5); непрерваніе теченія давностнаго срока (l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, срав. l. 3 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42. 8; l. 44 D. de don. i. v. e. u. см. выше прим. 5 и Савиньи Zeitschr. f. gesch. R. W. I. 10 и System. IV стр. 570 слѣд., Бахеръ Arch. f. civ. Pr. XLVI стр. 184 слѣд.; срав. впрочемъ и вообще Савиньи System. IV Beil. IX).

[16] L. 34 §. 7. D. de sol. 46. 3, l. 19 §. 3. D. h. t., l. 21 §. 1 D. eod., l. 2 §. 2 l. 33 §. 3 eod. Срав. § 164 прим. 9.

[17] L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 §. 2. D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 pr. l. 2 §. 2 l. 33 §. 3. D. h. t. Срав. § 164 прим. 9.

[18] Какъ было замѣчено (прим. 7) Институція относитъ дареніе къ способамъ пріобрѣтенія правъ собственности. Это очевидно невѣрно уже потому, что такъ какъ дареніе, совершаясь не исключительно посредствомъ передачи права собственности, не можетъ быть и признаваемо только способомъ пріобрѣтенія права собственности. По господствующему теперь мнѣнію, дареніе должно быть отнесено въ общую часть гражданскаго права, въ ученіе о сдѣлкахъ. Это мнѣніе впервые высказалъ Пухта (System des gemeinen Civilrechts (1832) § 35); Савиньи цитир. соч. стр. 2 слѣд. распространилъ его. Послѣдователями ихъ являются Синтенисъ 1 стр. 199 прим. 1, Вангеровъ I §. 121 прим. въ концѣ, Арндтсъ § 80 прим. 5, Келлеръ стр. 123, Бринцъ § 102, Унгеръ стр. 200; мнѣніе это признаетъ правильнымъ и Шиллингъ стр. 782 прим. Не смотря на эти авторитеты, я не могу согласиться съ ними. Оно основано на томъ, что дареніе не есть «отдѣльная юридическая сдѣлка», но имѣетъ общій характеръ, который могутъ принять на себя самыя разнообразныя сдѣлки (Савиньи стр. 3). Я бы желалъ знать, можно ли было бы ученіе о приданомъ, если бы оно не имѣло совершенно опредѣленнаго мѣста въ семейственномъ правѣ, тоже помѣстить въ общую часть? А между тѣмъ выдача приданаго весьма близко подходитъ къ даренію; она точно также можетъ быть выполнена посредствомъ всевозможныхъ дѣйствій. Обратимся къ договору продажи: развѣ нельзя продавать какъ вещь—личныя услуги, обязательственное право? Нельзя сказать, чтобы договоръ продажи заключался въ обѣщаніи произвести отчужденіе имущества, а не въ самомъ отчужденіи. Договоръ продажи самъ по себѣ есть одно, но не другое. Продажа есть заявленіе, что въ замѣнъ эквивалента, выраженнаго въ деньгахъ, производится отчужденіе имущества и передача его во власть покупщика. Если такое заявленіе достаточно для того, чтобы произвести желаемое перемѣщеніе имущества, то продажа является дѣйствительнымъ отчужденіемъ имущества; если же заявленія этого не достаточно, то оно производитъ обязательство не отступать отъ сдѣланнаго заявленія и совершить все то, что необходимо для выполненія предположеннаго перемѣщенія имущества (напр. при продажѣ движимой вещи, произвести традицію). Тоже должно сказать и о дареніи. Оно точно также заключаетъ въ себѣ заявленіе о перемѣщеніи имущества, но безъ соотвѣтствующаго эквивалента, дареніе есть такое же выполненіе отчужденія имущества и съ тѣми же предположеніями, какъ и продажа. Дареніе имѣетъ столь же «общій характеръ», какъ и продажа;

2. Обязательство.

§ 118. Дареніе не всегда порождаетъ обязательство. Обязательство основывается: 1) въ томъ случаѣ, если намѣреніе дарителя направлено именно къ тому чтобы основать обязательство, если даритель хочетъ произвести дареніе тѣмъ, что становится должникомъ; 2) Всякое другое дареніе производитъ обязательство въ томъ случаѣ, когда заключающееся въ немъ отчужденіе имущества не производится непосредственно дареніемъ; здѣсь возникаетъ обязательство совершить то, что необходимо, чтобы заключить отчужденіе имущества: напр. при дареніи движимой вещи, обязательство передачи ея [1].

Обязательство, проистекающее изъ даренія, имѣетъ слѣдующія особенности.

т. е. оно, точно также, какъ и продажа, есть конкретная, «особенная» юридическая сдѣлка. Говоря, что дареніе имѣетъ общій характеръ, который могутъ принимать на себя всевозможныя сдѣлки, какъ кажется, извращаютъ вопросъ. Эти «всевозможныя сдѣлки» не представляются реально существующими. Никогда не производится отчужденіе имущества, установленіе обязательства только для того, чтобы произвести его; въ дѣйствительности имущество отчуждается, обязательство установляется вслѣдствіе того или другаго побужденія, при существованіи того или другаго «характера». Этотъ «характеръ» переноситъ сдѣлку изъ абстракціи къ реальному существованію и дареніе представляется однимъ изъ такихъ побужденій (ср. къ этому ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 215 слѣд.). На этихъ основаніяхъ я пришелъ къ тому, что дареніе должно быть помѣщено въ томъ мѣстѣ общей системы права, на которомъ оно находилось обыкновенно до Пухты и Саввиньи и смотрю на него, какъ на юридическую сдѣлку, производящую обязательство. При этомъ не нужно забывать, что дареніе производитъ обязательство не только въ томъ случаѣ, когда оно по внѣшности представляется обѣщаніемъ. Каждое дареніе можетъ произвести обязательство,—именно въ томъ случаѣ, когда непосредственное дѣйствіе даренія не соотвѣтствуетъ обѣщанію. Возможно, что когда оно соотвѣтствуетъ ему, не установляется обязательство; но возможно, что въ этомъ случаѣ и продажа не установляетъ обязательства. Правда, что то, что должно быть сказано о даренія, какъ о моментѣ установляющемъ обязательство, по значенію своему и объему превосходитъ то, что должно быть изложено объ обязательствѣ даренія; но это не измѣняетъ дѣла. Если бы относительно дого ора займа, кромѣ S. C. Macedonianum существовало еще три или четыре ограниченія, то неужели же это могло бы послужить основаніемъ къ исключенію ученія о займѣ изъ ученія объ обязательствахъ? Совершенно правильно было бы помѣстить ученіе о даренія въ томъ мѣстѣ системы, въ которой излагается о конкретныхъ фактахъ, на которыхъ основывается перемѣщеніе имущества, независимо отъ того, производитъ ли они обязательство или нѣтъ. Ввести такой отдѣлъ системы предлагаетъ Мейерфельдъ стр. 89—92. Предложеніе это я не считаю цѣлесообразнымъ потому что въ такомъ отдѣлѣ все же пришлось бы болѣе всего говорить объ обязательствахъ. (Пейнеръ Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse стр. 103 слѣд. Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. LII стр. 393 слѣд.). Ср. также § 165 прим. 13.

§ 118. [1] Ср. § 117 прим. 8. Этотъ именно случай имѣлъ въ виду Юстиніанъ, постановляя въ l. 35 § 5 C. h. t., что форма имѣетъ силу и безъ стипуляціи. См. также § 2. I. h. t., Nov. 162 c. 1.

1. Даритель отвѣтствуетъ только за злой умыселъ и за равносильную съ нимъ неосторожность [2].

2. Онъ не обязанъ выдать и доходъ, полученный отъ вещи [3]; за доходъ, который одаряемый могъ бы получить, даритель не отвѣчаетъ даже въ случаѣ просрочки [4].

3. Онъ пользуется извѣстными облегченіями въ случаѣ своей бѣдности, при чемъ даже принимаются въ разсчетъ другіе долги [5].

4 [6]. Онъ не отвѣчаетъ, если подаренная вещь окажется непринадлежающею ему, и даже въ случаѣ отобранія ея отъ него по суду (эвикціи) [7]. При этомъ однако предполагается: a) что вещь подарена не какъ чужая и b) что она не была опредѣлена родовымъ понятіемъ. Въ обоихъ случаяхъ въ даренін заключается обязательство доставить право собственности на подаренную вещь [8].

5. Даритель не отвѣтствуетъ за недостатки подареной вещи [9].

---

[2] См. § 17, прим. 12.

[3] См. § 79, прим. 6.

[4] L. 22 D. h. t. (ср. § 32 прим. 9). Зейфф. Arch. I. 55, V. 19. 284.

[5] См. § 19, прим. 10, § 20 прим. 2.

[6] Сравни къ слѣдующему, въ которомъ мнѣнія сильно расходятся, Тибо civil Abhandl. nv. 4, Глюкъ XX, стр. 237 слѣд., Вангеровъ III, § 610 прим. 2, Беккеръ Jahrb. d. gem R. VI. стр. 245 слѣд.

7) Даритель даритъ подаренное въ томъ видѣ, въ какомъ онъ его имѣетъ. L. 18. § 3. D h. t., l. 2 C. de evict. 8. 45 (ср. Paul. S. R. V. II § 5), см. также l. 48 D. de R. V. 6. 1, l. 131 § 1. D. de V. O. 45. 1. Если онъ завѣдомо даритъ чужую вещь какъ собственную, то онъ отвѣтствуетъ за вредъ, который происходитъ изъ его злаго умысла L. 18. § 3. cit.

8 Въ обоихъ случаяхъ даритель обязанъ: a) сдѣлать одаряемаго собственникомъ. Нѣтъ основанія перенести на дарителя ограниченную обязанность продавца, отвѣтствующаго лишь за evictio (§ 41 прим. 3. 5). Но онъ обязанъ сдѣлать одаряемаго не просто собственникомъ вообще, а долженъ также, въ силу правила, доставить ему неограниченную и безспорную собственность, такую, которая даетъ ему habere licere. Ср. § 94 прим. 4—6. Господствующее теперь мнѣніе допускаетъ отвѣтственность за evictio при donatio generis, а не при donatio speciei. Беккеръ въ приведенномъ мнѣніи напротивъ вернулся къ мнѣнію Глоссы, которая дѣлаетъ различіе между дареніемъ посредствомъ дачи (traditio) и обѣщаніемъ дара, и допускаетъ отвѣтственность за evictio въ послѣднемъ случаѣ, а не въ первомъ. Впрочемъ, Беккеръ допускаетъ, что и обѣщаніе дара можетъ быть направлено на тотъ объемъ права на даримую вещь, который принадлежитъ самому дарителю, и даже, что противное должно быть спеціально доказано въ каждомъ данномъ случаѣ; что же касается даренія чрезъ врученія, то въ немъ, какъ и во всякомъ даренія, выражается принятіе на себя обязательства (§ 117 прим. 18), такъ что и при даренія чрезъ traditio все сводится исключительно къ намѣренію дарителя. Но при donatio generis возникаетъ далѣе вопросъ, на что простирается отвѣтственность дарителя въ случаѣ эвикціи, на дачу ли другой вещи или на вознагражденіе интереса, который одаряемый имѣетъ въ сохраненіи подаренной вещи? Въ пользу перваго Глюкъ и Вангеровъ въ приведенномъ мѣстѣ; въ пользу послѣдняго Беккеръ. Въ силу того, что сказано въ § 94, даритель отвѣчаетъ по выбору одаряемаго тѣмъ или другимъ.

[9] L. 62. D. de aed. ed. 21. 1. Это относится и къ случаю даренія чужой вещи, какъ таковой; даритель обѣщалъ ее такой, какой она есть (ср. l. 45 § 2 D. de leg. 1°—30).

Впрочемъ при дареніи вещи, опредѣленной родовыми признаками предполагается, что не дарится наиболѣе худшая вещь изъ всего рода [10].

3. Особенныя постановленія о дареніи.

§ 119. Для даренія въ тѣсномъ смыслѣ существуетъ цѣлый рядъ особенныхъ предписаній.

1. Дареніе между супругами недѣйствительно.

2 [1]. Дареніе цѣнности свыше 500 золотыхъ [2] для дѣйствительности своей требуетъ утвержденія судебной власти [3]. При опредѣленіи цѣнности даримаго предмета не причисляются доходы его [4]. Точно также не слагаются нѣсколько дареній, произведенныхъ въ разное время [5]. Если дареніе заключается въ обѣщаніи производить срочные платежи, то судебное утвержденіе необходимо въ томъ случаѣ, когда платежъ переходитъ къ наслѣдникамъ обѣихъ сторонъ, но судебное утвержденіе не нужно, если дареніе ограничено

---

[10] L. 35 pr. § 1. 2. C. h. t. Ср. l. 110. l. 37 pr. D. de leg. 1 30 и Шлиманъ Haftung des Codekten стр. 37 слѣд.

§ 119. [1] Марецоль Zeitschr. f. Civ. u Pr. 1. 1 (1828); Савиньи стр. 209 слѣд., Шиллингъ стр. 908 слѣд.

[2] Римское постановленіе говоритъ о 500 solidi. (О цѣнности его см. Фридландеръ и Тиноеръ Zeitchr. f. gesch. R. W. XII. стр. 9). Замѣна дукатами основывается на практикѣ. При этомъ подъ дукатами слѣдуетъ разумѣть имперскіе дукаты ($67^{67}/_{71}$ на чистую марку золота), цѣнность которыхъ опредѣлена практикой и имперскими законами въ 4 фл. по вѣсу 18 гульденовъ (а не 20, какъ принимаетъ Савиньи стр. 210, а за нимъ рѣшеніе рощтокскаго суда, приведенное у Бухки и Будде Entscheidungen IV стр. 74 и ольденбургскаго въ Зейфф. Arch. XVIII 39). Согласно съ этимъ 500 solidi=$1,555^5/_9$ тал. по вѣсу 14 талеровъ или $2,722^2/_3$ гульденовъ, считая по вѣсу $24^1/_2$ гульденовъ. Франке Arch. f. civ. Pr. XLVII. 18.

[3] Объявленіе можетъ быть сдѣлано предъ всякимъ судьей, l. 30 C. h. t., Nev. 127 c. 2 (сдѣланное здѣсь и въ l. 32 C. h. t. исключеніе для столицы, въ силу котораго компетентнымъ судьей считается лишь magister consus, естественно непримѣнимо въ настоящее время) Марецоль стр. 9, Савиньи стр. 217, Ср. объ этомъ, и о судебномъ заявленіи вообще, основательное изслѣдованіе у Бухки и Будде въ приведенномъ мѣстѣ (прим. 2), стр. 74—86. Условіе судебнаго заявленія требовалось первоначально (со времени Константина Хлора, l. 1. C. Th. de spons. 3, 5) для всякаго рода даренія; впослѣдствіи оно было ограничено (l. 8. C. Th. tit. cit. l. 34 pr § 1. C. h. t.), и притомъ Юстиніаномъ дареніями свыше 500 solidi (l. 36 § 3 C. h. t., § 2. I. h. t). Содержащіяся въ пандектахъ мѣста, которыя говорятъ о размѣрѣ дареній, относились по первоначальному своему смыслу къ lex Cincia, вышедшей впослѣдствіи изъ употребленія. Ср. объ этомъ законѣ и о правѣ переходнаго времени (Zwischenzeit) Савиньи стр. 194 слѣд. и писателей, цитированныхъ у него и Вангерова § 122 прим. 1. См. также прим. 7.

[4] L. 9. § 1. l. 11 D. h. t. Ср. § 117 прим. 6.

[5] L. 34. § 3 C. h. t. Равнымъ образомъ не принимаются въ разсчетъ многіе дары, сдѣланные разнымъ лицамъ, хотя одновременно. Зейфф. Arch. 1, 342, VIII, 131, 133.

жизнью хотя одной изъ сторонъ [6]; если подобное дареніе установлено на опредѣленный срокъ, то отдѣльные платежи слагаются [6a]. Несоблюденіе правила о судебномъ утвержденіи дѣлаетъ дареніе на сумму, превышающую установленную норму, недѣйствительнымъ и даже ничтожнымъ [7]; но возможно, что произведенное дареніемъ отчужденіе имущества состоится, и въ этомъ случаѣ одаренный обязанъ возвратить то, чѣмъ онъ обогатился посред-

---

[6] L. 34. § 4 C. h. t. Что касается словъ «vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel ejus qui donatio nem accepit», то ни одна попытка для придачи имъ сноснаго смысла не можетъ разсчитывать на всеобщее признаніе. Самымъ подходящимъ мнѣ все еще кажется объясненіе, защищаемое изъ новѣйшихъ писателей Шиллингомъ (§ 360 прим. p), по которому послѣ первое «vel» пропущено «non». Смыслъ этихъ словъ заключается, согласно оному, въ томъ, что судебное заявленіе необходимо не только тогда, когда дареніе положительно, но и тогда, когда оно распространяется на наслѣдниковъ, по отсутствію ограниченія жизнію сторонъ. Болѣе значительное исправленіе дѣлаетъ Савиньи (стр. 24), который вставляетъ послѣ «vitae» слово «heredum», но оно не находитъ себѣ достаточнаго оправданія, не смотря на ссылку его на рукопись. Смыслъ указанной фразы, по Савиньи, состоитъ въ слѣдующемъ: судебное заявленіе необходимо не только тогда, когда дареніе распространяется на наслѣдниковъ просто, но и тогда, когда оно распространяется на первыхъ наслѣдниковъ сторонъ. Синтенисъ (1. § 23 § 48) не столько вставляетъ слово «heredum» за «vitae», сколько дополняетъ изъ предъидущаго, но это крайняя натяжка. Бриглобъ (Arch. f. civ. Pr. XXXVIII. 6) понимаетъ слово «vitae» въ дательномъ падежѣ, и придаетъ вслѣдствіе этого указанному выраженію тотъ смыслъ, что судебное заявленіе необходимо и тогда, когда даръ простирается съ одной стороны на наслѣдниковъ, а съ другой — лишь на время жизни сторонъ. Съ этимъ объясненіемъ согласны: Арндтсъ § 82 прим. 4 и, въ сущности, Вангеровъ, 1. § 122 прим. 2. Мнѣ кажется невыносимымъ результатъ, будто Юстиніанъ предписалъ судебное заявленіе для случая, въ которомъ дареніе можетъ прекратиться двумя исполненіями, даже однимъ (если исполненіе не послѣдовало при самомъ совершеніи даренія); можно ли въ этомъ случаѣ сказать, что дареніе есть «quassi perpetua», и что эта «continuatis» превращаетъ его въ большое дареніе. Есть еще одно мнѣніе, по которому разсматриваемыя слова относятся къ тому случаю, когда даръ сдѣланъ на опредѣленное время и по которому сложеніе отдѣльныхъ исполненій постановлено на этотъ именно случай. Но мнѣніе это не можетъ быть принято во вниманіе, такъ какъ оно находится въ рѣзкомъ противорѣчіи съ словами указаннаго мѣста. Зейфф. Arch. XI. 241 (стр. 372), XVIII, 40. Примѣнимо ли постановленіе l. 34. § 4 cit. къ праву наслѣдственнаго пользованія процентами? Вопросъ этотъ разрѣшенъ отрицательно у Зейфф. Arch. VIII, 265 (капитализируется ежегодное исполненіе); утвердительно тамъ же XI. 241.

[6a] Объ этомъ случаѣ, исномъ самъ по себѣ, не упоминается въ l. 34 § 4 cit. См. впрочемъ, предъидущее примѣчаніе въ концѣ.

[7] L. 34 pr. C. h. t. Поэтому, если подарена вещь цѣнностью болѣе 500 дукатовъ, то даритель и одаряемый дѣлаются общими собственниками. Болѣе подробныя правила объ этомъ случаѣ въ l. 34. § 2 C h. t. Хотя lex Cincia признавала даренія свыше извѣстной суммы недозволенными, но не недѣйствительными (Ульп. § 1). Отсюда юриспруденція развила теорію, что для даренія дѣйствительно наступаетъ то юридическое дѣйствіе, котораго желалъ даритель, но одаряемый не можетъ осуществить таковое ни посредствомъ actio, ни посредствомъ exceptio (противъ actio давалась дарителю, въ случаѣ надобности, exceptio, а противъ exceptio—replicatio legis Cinciae). Но послѣднее есть лишь предположеніе. На счетъ дѣйствительнаго содержанія lex Cincia мнѣнія различны (литературу см. примѣчаніе 3 въ концѣ).

ствомъ даренія [8]. Если подаренное имущество уже не состоитъ во владѣніи одареннаго, то онъ не обязанъ къ возмѣщенію его, но долженъ возвратить лишь то, чѣмъ онъ косвенно обогатился посредствомъ дара [9]. Въ видѣ исключенія не требуется судебнаго утвержденія [10] для даренія въ пользу монарха и для дареній, дѣлаемыхъ послѣднимъ [11], для даренія на выстройку разрушеннаго зданія [12], на выкупъ плѣннаго [13] и наконецъ для даренія въ видѣ установленія приданаго [14].

3. Дареніе можетъ быть уничтожено вслѣдствіе неблагодарности одареннаго [15]; подъ неблагадарностью въ этомъ смыслѣ пони-

---

[8] Это бываетъ въ слѣдующихъ случаяхъ: a) если фактъ, вызвавшій обогащеніе, не есть изъявленіе воли дарителя, а напримѣръ истеченіе давностнаго срока, судебное рѣшеніе (arg. l. 5 § 6, 7 D. de don, i. v. e. u. 24, 1. Савиньи IV стр. 564, 584, 586), b) если изъявленіе воли сдѣлано не дарителемъ непосредственно, а напримѣръ при посредствѣ его должника, имъ указаннаго, или не въ пользу одаряемаго, а напримѣръ въ пользу его кредитора, на котораго онъ указалъ желающему сдѣлать даръ. Впрочемъ, въ первомъ случаѣ даритель можетъ требовать уничтоженія дара судомъ; во второмъ случаѣ (когда изъявленіе воли послѣдовало не въ пользу одаряемаго), даритель можетъ и относительно третьяго лица ссылаться на отсутствіе судебнаго заявленія, причемъ третье лицо не имѣетъ требованія къ одаряемому, хотя бы онъ и желалъ ему дарить или считалъ его по ошибкѣ своимъ кредиторомъ. Выведенныя здѣсь (подъ b) положенія вытекаютъ изъ l. 21. § 1 D. h. t. и l. 5, § 5 D. de doli exc. 44, 4 въ связи съ l. 7 pr. § 1 cod., l. 2 § 3, 4 D. h. t. (§ 107 прим. 9). Другаго мнѣнія Савинья (IV стр. 599, 600), оспаривающій примѣнимость поименованныхъ мѣстъ, какъ трактовавшихъ первоначально лишь о lexcincia и объ excepti o и принятыхъ впослѣдствіи по недосмотру. Савинья примѣняетъ къ этому предмету противоположное право даренія между супругами (l. 3, § 12, 13. l. 4, l. 5, § 3, 4 D. de don. i. v. e. u. 24, 1). Мнѣ кажется это слишкомъ рискованнымъ. Противъ Савиньи высказался и Шиллингъ § 360 прим. gg. (Зейфф. Arch. XXI. 235).

[9] Безъ сомнѣнія онъ не отвѣчаетъ за вознагражденіе тогда, когда убытокъ причиненъ безъ его вины. Но онъ не отвѣчаетъ и въ томъ случаѣ, когда убытокъ причиненъ имъ завѣдомо и добровольно, ибо онъ дѣйствовалъ согласно волѣ дарителя. Arg. l. 5 § 18 l. 6 l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24, 1, l. 18 pr. D. de R. C. 12, 1. Савинья стр. 72, 219—227.

[10] Ср. Марецолль стр. 23 слѣд., Шиллингъ § 360 прим. q – aa. Одно лишь историческое значеніе имѣетъ исключеніе l. 36 § 1 C. h. t.: дареніе движимыхъ вещей со стороны magister militum заслуженнымъ солдатамъ. Противъ мнимаго исключенія даренія ad pias causas см. въ особенности ф. Бухгольцъ Zeitschr. f. Civ. u Pr. N. F. XI. 4. (Negotium mixtum donatione? Будде и Шмидтъ Entscheid. des O. A. G. zu Rostock VI стр. 154 слѣд.).

[11] L. 34 pr. C. h. t., Nov. 52 c. 2 и къ ней Auth. item a privatis.

[12] L. 36. § 2 C. h. t.

[13] L. 36. pr. C. h. t.

[14] L. 31 pr. C. de I. D. 5. 12. Тоже постановляютъ источники для donatio propter nuptias. Nov. 119 c. 1, Nov. 127 c. 2. Марецолль стр. 27.

[15] L. 10 C. de revoc. don. 8. 56. О прежнемъ правѣ см. l. 1 C. cod. въ связи съ Vat. fr. § 272,—l. 31 § 1 D. h. t. 39, 5, l. 7, b. 9. C. de revoc. don. Савинья стр. 228—230, Шиллингъ стр. 957—959.

мается лишь то обращеніе, которое предусмотрѣно закономъ [16]. Это прекращеніе не дѣлаетъ даренія ничтожнымъ, но установляетъ лишь для одареннаго обязательство возвратить подаренное [17]; если онъ уже не имѣетъ подареннаго, то отвѣтствуетъ только тѣмъ, на сколько онъ обогатился [18]. Это право возвращенія не переходитъ къ наслѣдникамъ дарителя; точно также и на наслѣдниковъ одареннаго не переходитъ его обязательство въ этомъ отношеніи [19]. Этимъ правомъ не пользуется мать, одарившая дѣтей своихъ, если она ведетъ безнравственную жизнь [20]; при вступленіи матери во второй бракъ право это представляется ей лишь съ извѣстными ограниченіями [21].

4. Дареніе можетъ быть оспорено вслѣдствіе уменьшенія черезъ то законной части наслѣдства. Право кредиторовъ заявлять споръ (§ 215) относится не исключительно къ одному дареніи.

По весьма распространенному мнѣнію совершенный даръ можетъ быть потребованъ обратно, если у бездѣтнаго дарителя впослѣдствіи родятся дѣти [22].

---

16 a) Тяжкія (словесныя) обиды; b) оскорбленіе дѣйствіемъ; c) намѣренное причиненіе значительнаго имущественнаго вреда (ср. Зейфф. Arch. V. 166) или d) подверженіе жизни опасности; e) неисполненіе обязанности, возложенной при дареніи L. 10. c. cit.

17 L. 7 C. de revoc. don. 8, 56.—«Actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum».

18 Савиньи стр. 76, 237 и Шиллингъ стр. 691 принимаютъ, что одаряемый отвѣтствуетъ въ качествѣ недобросовѣстнаго владѣльца съ момента оказанія неблагодарности, даже съ момента принятія имъ рѣшенія оказать таковую. Возможно, пожалуй, что источники смотрѣли на этотъ предметъ такимъ образомъ; но съ другой стороны возможно и воззрѣніе, въ силу котораго одаряемый, не смотря на свою неблагодарность, не обязанъ полагать, что даритель воспользуется правомъ требовать возвращенія дара, что, слѣдовательно, дѣйствительное уничтоженіе дара дѣлаетъ его недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Въ виду l. 7 C. de revoc. don. мнѣ кажется безспорнымъ взглядъ источниковъ на этотъ предметъ. Здѣсь сказано, что revocatio не затрачиваетъ того, что было законно отчуждено «matre pacifica». На какомъ основаніи Савиньи переводитъ эти слова выраженіемъ «до неблагодарности», я не понимаю.

19 L 10 D. de revoc. don. 8, 56, l. 1 l. 7 cod. Если же истребованіе дара наслѣдовало «inter primas personas» (l. 10 C. cit), то возникшее изъ сего право требованія переходитъ, конечно, къ наслѣдникамъ. Можно было бы сомнѣваться въ этомъ на основаніи l. 7 C. cit., но «неопредѣленныя выраженія оной слѣдуетъ объяснить болѣе опредѣленными l. 10 cit. и (l. 1 cod.)», Савиньи § 169 c. См. также Виндшейдъ die Actio etc. стр. 29. Другаго мнѣнія Арндтсъ § 404 прим. 1.

20 L. 7. C. tit. cit.

21 Nov. 22. c. 35 и засимъ Auth. Quod mater filio къ l. 7 C. tit. cit.

22 L. 8 C. de revoc. don. 8 56 даетъ означенное право патрону, сдѣлавшему даръ своему вольноотпущенному. Прежде спорили о томъ, не по недосмотру ли говоритъ l. 8 cit. объ одномъ лишь патронѣ и не должно ли высказанное въ ней положеніе признавать имѣющимъ общій характеръ. Мюллеръ promtuarium iuvis s. v. donationis revocatio n° 9, Пуффендорфъ Observ. III 147. Утвердительное мнѣніе Лаутербахъ (ad tit. Dig. de donat. n° 53) объявляетъ «verier et in praxi recepta». Первое теперь

4. Особые виды даренія.

§ 120. *Дареніе всего имущества* [1]. Посредствомъ подобнаго даренія не установляется общаго преемства правъ; законъ признаетъ предметомъ даренія не цѣлое имущество, какъ таковое, но лишь совокупность составныхъ частей цѣлаго имущества, опредѣленныхъ однимъ общимъ наименованіемъ. Поэтому относительно каждой составной части имущества должно быть произведено то, чѣмъ обусловленъ переходъ именно этой части. Такимъ образомъ, слѣдовательно, при дареніи предметовъ, подлежащихъ праву собственности, должна быть произведена традиція [2]; обязательственныя же права, согласно съ существующими для нихъ правилами переходятъ непосредственно, при чемъ на основаніи даренія можетъ быть сдѣлано заявленіе должнику, каковымъ заявленіемъ исключается право дарителя (§ 83) [3]. Что касается долговъ, то одаренный отвѣтствуетъ за нихъ только въ томъ случаѣ, если онъ положительно принялъ ихъ на себя, и при томъ такъ, что этимъ онъ сдѣлалъ себя обязаннымъ предъ кредиторами [4]. Если заявленіе его сдѣлано не въ этомъ смыслѣ, то онъ становится отвѣтственнымъ только передъ дарителемъ [5]. Впрочемъ, передъ

никто не станетъ утверждать (Vat. fr. § 272) и трудно указать на обычное право въ собственномъ смыслѣ. Впрочемъ, приверженцы отвергаемаго здѣсь мнѣнія допускаютъ не оспариваніе каждаго незначительнаго дара, а такого, относительно котораго невѣроятно, чтобъ даритель его сдѣлалъ, еслибъ онъ имѣлъ въ виду дѣтей; оцѣнка этого обстоятельства принадлежатъ суду въ каждомъ данномъ случаѣ. Лаутербахъ l. c. n° 55, Стрикъ Usus mod. ad h. t n° 17. Отвергаемаго здѣсь мнѣнія придерживаются: Пухта § 70 d. Арндтсъ § 82 прим. 3; противъ нихъ Савиньи стр. 228, Зейффертъ § 365 прим. 8, Спитенисъ § 23 прим. 56 (Ср. еще III, § 586 прим. 15).

§ 120. [1] Мейерфельдъ II, § 21, Савиньи § 159, Шиллингъ § 362 прим. bb. слѣд. Дареніе можетъ обнимать собою все имущество дарителя или часть онаго (Cod. Hermog. VII, 1, l. 11 C. h. t.); оно можетъ также обнимать собою имущество, пріобрѣтенное отъ третьяго лица (l. 28 D. h. t.). Оно можетъ быть сдѣлано безусловно или съ удержаніемъ за собою извѣстныхъ имущественныхъ предметовъ (l. 37 § 3 D. de leg. III 32) или права пользованія (l. 42 pr. D. de m. c. don. 39, 6), или ежегодной выдачи. (Оцитированной l. 42 pr. D de m. c. don. ср. Келлеръ Zeitsch. f. gesch R. W. XII, 12, Вангеровъ II § 561 прим. Pr. 1, 3).

[2] L. 35, § 4, 5 C. h. t. (ср. Vat. fr. § 363, Cod. Hermog. VII, 1, 2).

[3] Actio utilis при передачѣ требованія по дареніо допущена были лишь Юстиніаномъ, l. 33 C. h. t. На прежней точкѣ зрѣнія стоятъ еще l. II C. h. t., Vat. fr. § 263, также l. 3 pr. D. pro soc. 17, 2. На основаніи послѣдняго мѣста Шиллингъ § 362 прим. mm. (Гассе Arch. f. civ Pr. V стр. 31) утверждаетъ, что каждое отдѣльное требованіе нуждается въ отдѣльной передачѣ. Такой же взглядъ встрѣчается и у Савиньи стр. 136.

[4] Переходъ долга дѣйствительно осуществляется присоединеніемъ (Beitritt) кредитора, которое явствуетъ изъ одного заявленія имъ требованія къ одаряемому. Такъ бываетъ по современному праву въ силу сказаннаго въ § 90 По римскому же праву одаряемый отвѣтствовалъ предъ кредиторами лишь вслѣдствіе обновленія съ ними обязательствъ дарителя. L. 28 D. h. t., l. 72 pr. D. de J. D. 23, 3.

[5] Даритель имѣетъ къ нему двоякое требованіе: а) о платежѣ долговъ (actio prae-

дарителемъ онъ отвѣтствуетъ и безъ положительнаго заявленія; въ принятіи дара цѣлаго имущества заключается молчаливое принятіе на себя обязанности уплачивать долги [6]. Если при дареніи положительно выражено, что долги не должны перейдти на одаряемаго, то кредиторы могутъ оспаривать дареніе въ силу закона объ отчужденіи имущества во вредъ кредиторовъ (§ 915) [7]. Дареніе цѣлаго имущества не распространяется само по себѣ и на будущее имущество; возможность положительнаго распространенія даренія и на будущее имущество оспаривается какъ на основаніи современнаго права [8], такъ и на основаніи римскаго права [9].

Дареніе въ видѣ вознагражденія (donatio remuneratoria [10]. Этотъ видъ даренія подлежитъ общимъ правиламъ, а слѣдовательно и правовымъ ограниченіямъ даренія; освобождено отъ нихъ лишь дареніе, совершаемое въ вознагражденіе за спасеніе жизни [11].

---

scriptis verbis); b) о возвратѣ подареннаго вслѣдствіе неплатежа (condictio ob causam datorum). L. 28 D. l. 22 C. h. t., l. 2 C. de cond. ob caus. dat. 4, 6. Даритель можетъ также обезпечить себя вычетомъ долговъ при передачѣ дара, l. 72 pr. D. de J. D. 23, 3. Требованія дарителя могутъ осуществить и кредиторы его въ порядкѣ исполнительномъ или цессіи правъ.

[6] Ибо «bona intelleguntur cuinque, quae deducto aere alieno supersunt», l. 39 § 1 D. de V. S. 50, 16 (см. также l. 69 D. ad leg. Falc. 35, 2, l. II D. de J. F. 49, 14, l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6, 61). Приведенное въ текстѣ положеніе доказывается прямо l. 28 D. h. t., въ которой нѣтъ рѣчи о положительномъ соглашеніи на счетъ принятія на себя долговъ. L. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8 не говоритъ о передачѣ имущества. Шиллингъ § 362 прим. ii и Унгеръ § 97 прим. 13 считаютъ опаснымъ принимать безмолвный договоръ и хотятъ помочь дарителю допущеніемъ condictio indebiti или sine causa. Condictio indebiti имѣетъ безъ сомнѣнія основаніе, если передача дарителемъ всего имущества послѣдовала при незнаніи имъ долговъ, такъ какъ онъ могъ бы вычесть таковые (прим. 5). Но какъ поступать въ томъ случаѣ, когда онъ зналъ долги, но принималъ безмолвно, что одаряемый уплатитъ ихъ? См. также Мейерфельдъ II стр. 32. Другіе, наоборотъ, допускаютъ отвѣтственность одаряемаго и предъ кредиторами, основываясь при этомъ на общемъ нѣмецкомъ обычномъ правѣ. См. объ этомъ Дельбрюкъ Schuldübernahme стр. 82 слѣд., Гюргенсъ Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 257.

[7] Ср. l. 17 § 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8. Зейфф. Arch. XI, 106.

[8] По праву договора о наслѣдствѣ.

[9] Старый спорный вопросъ, Мейерфельдъ II стр. 13 слѣд. Въ пользу допущенія: Мейерфельдъ въ приведенномъ мѣстѣ стр. 16, 17, Пухта Verles I, стр. 162, 163, Бекингъ въ приведенномъ мѣстѣ прим. 23, Гартманъ Erbverträge стр. 14 слѣд., Бехманъ Dotalrecht II, стр. 30 слѣд., Кеппенъ Erbrecht стр. 196; противъ допущенія. Савиньи стр. 142 слѣд., Шиллингъ § 354 прим. XX.

[10] Мейерфельдъ I, § 19, Савиньи § 153, Шиллингъ стр. 921—961, Марецолль Zeitschr. f. Civ. u Pr. I, стр. 30—40, Вангеровъ § 125 прим.

[11] L. 34, § 1 D. h. t. О даренія въ вознагражденіе за спасеніе жизни говорится здѣсь: «haec donatio irrevvocabilis est», оно слѣдовательно неотмѣнимо по какому бы то ни было основанію. Марецоль и Вангеровъ въ приведеномъ мѣстѣ ограничиваютъ неотмѣнимость дара случаемъ неблагодарности; но см. Савиньи § 153, s. «и недѣй-

Дареніе съ возложеніемъ на одаряемаго какого либо обязательства[12]. Даритель въ правѣ требовать исполненія условія на основаніи обѣщанія, заключающагося въ принятіи дара одареннымъ[13]; въ случаѣ неисполненія условія даритель въ правѣ требовать возвращенія дара или въ силу предоставленнаго имъ себѣ дареніемъ права[14], или вслѣдствіе неблагодарности одареннаго[15]. Если условіе заключается въ предоставленіи дарителю содержанія, то послѣдній, въ случаѣ невыдачи этого содержанія, вправѣ взять даръ у одареннаго, какъ свою собственность, коль скоро даръ этотъ еще находится у него[16]. Если условіе установлено въ поль-

ствительность обнаруживается практически лишь вслѣдствіе ревокаціи». По первоначальной редакціи этого мѣста, которая сохранилась въ Sententiae Pabla (V. II § 6), неотмѣнимость направлена была на устраненіе ограниченія lex Cincia («in infinitum donare non prohibetur»). См. также Шиллингъ стр. 928 прим. q. Съ другой стороны многіе желаютъ распространить l. 34 § 1 cit. на другіе случаи возмезднаго дареніа: на всякое возмездное дареніе, предполагая лишь, что таковое не находится внѣ всякаго отношенія къ оказанной услугѣ (Вангеровъ, Шиллингъ, послѣдній относительно ревокаціи вслѣдствіе неблагодарности); на возмездное дареніе за услуги, не подлежащія оцѣнкѣ на деньги (Шиллингъ относительно предписанія о судебномъ запрещеніи); на возмездное вознагражденіе кромѣ случаевъ, въ которыхъ вознаградимое составляетъ даръ или услугу (Мейерфельдъ); на всякій случай, въ которомъ въ основаніи дачи лежитъ намѣреніе «вознаградить», но гдѣ таковая не составляетъ дареніа или «настоящаго» дареніа (Пухта § 71, Арндтсъ § 83). Савиньи стр. 94 (согласно Сентенціи § 23 § 11) выставляетъ положеніе, что когда дача составляетъ по намѣренію дающаго «простую лишь уплату долга», то понятіе дареніа исключается со всѣми послѣдствіями онаго. Положеніе это онъ ставитъ самостоятельно рядомъ съ развитымъ имъ другимъ положеніемъ изъ l. 34 § 1 c. t., причемъ онъ ссылается на l. 27 D. h. t. Я считалъ это положеніе крайне неопредѣленнымъ и опаснымъ, при томъ же оно есть не болѣе, какъ нововведеніе оспоренцаго самимъ Савиньи мнѣнія, что возмездное дареніе не подлежитъ дѣйствію положительныхъ постановленій о дареніи; въ l. же 27 cit заключается, по моему мнѣнію, правило, въ силу котораго въ указанномъ случаѣ имѣется предоставленіе права, а не простаго лишь precarium'а (я такъ понимаю l. 32 D. h. t. въ отношеніи «quamdiu volueris» сн. l 12 pr. D. de prec. 43, 26). Поэтому то изъ намѣренія вознаградить выводится въ l. 10 § 13 l. 12 pr. D. de prec. 43, 26 ничто иное, какъ то, что даритель дѣйствительно желалъ дарить. На счетъ практики, отождествляющей возмездное дареніе съ дареніемъ вообще см. Зейфф. Arch. 1, 55 IV 118, V 18, XVIII 37, 38, XXII 196, Кирульфъ Entsch. d. Ob. Appel. G zu Lübeck 1865. 1 стр. 1121, противъ отождествленія I, 310, III 265, VIII 132, 260; различіе дѣлаютъ между требованіемъ исполненія и требованіемъ возвращенія дара XIII 26, см. также IV 118.

[12] Donatio sub modo. Cod. 8, 55 de donationibus quae sud modo... conficiuntur. Мейерфельдъ 1 стр. 412—425, Савиньи IV § 175, Шиллингъ стр. 807 слѣд. 945 слѣд., Виндшейдъ Lehre von der Voraussetzung Pr. 68, 69, 79, 101, 107, Эрклебенъ Condictiones sine causa II § 14. Voigt Condictiones ob causam § 79.

[13] Ему принадлежитъ actio praescriptis verbis. L. 9, 22 C. de don. 8, 54, l. 8 C. de rer. perm. 4, 64, l. 3 C. de contr. emt. 4, 38,

[14] Ему принадлежитъ condictio (ob causam daturam). L. 8, l. 3, l. 2 C. de cond. ob. caus. dat. 4, 6, l. 3 C. h. t. 8, 55. Ср. I § 98, num. 2. Зейфф. Arch. V 167.

[15] См. § 119, прим. 16.

[16] Ему принадлежитъ rei vindicatio utilis. L. 1 C. h. t. 8. 55. Ср. I § 174, прим. 9.

зу третьяго лица. то право требовать исполненія условія принадлежитъ этому послѣднему [17]. Этотъ видъ даренія подлежитъ общимъ ограниченіямъ даренія, если представляется таковымъ [18].

Всѣ изложенныя въ этихъ двухъ параграфахъ ограниченія относительно даренія и формы совершенія онаго, какъ постановленія положительнаго законодательствъ римскаго, къ русскому праву непримѣнимы.

А. Д.

§ 121. *Дареніе на случай смерти* *. Дареніе на случай смерти есть завѣщательное распоряженіе въ формѣ договора. Цѣль его, какъ и завѣщанія, заключается въ томъ, чтобы передать что либо въ то время, когда передающій уже не можетъ самъ владѣть передаваемымъ, т. е. послѣ смерти. Поэтому, каково бы не было въ другихъ отношеніяхъ содержаніе даренія, даръ пріобрѣтается лишь со смертью дарителя; отсюда вытекаетъ та особенность даренія на случай смерти, что оно не переходитъ къ наслѣдникамъ одаряемаго, если даритель переживетъ его [1]. Въ другихъ отношеніяхъ дареніе можетъ имѣть весьма разнообразное содержаніе: a) то обстоятельство, что одаряемый не переживетъ дарителя составляетъ для даренія резолютивное условіе, такъ что съ наступленіемъ этого условія ничто не переходитъ въ имущество одаряемаго; при этомъ можетъ быть установлено немедленное предоставленіе ему права пользованія подареннымъ [2]; b) дареніе можетъ быть произведено съ тѣмъ, что даръ тотчасъ переходитъ къ одаряемому, но если

---

[17] L. 3 C. h. t. Ср. § 68, прим. 5, 15a, 15b, 16.

[18] Ср. § 117, прим. 3. Саввинья стр. 286, 287. Зейфф. Arch. V 168, VI 38, XVIII 136. Что дареніе sub modo не нуждается въ судебномъ заявленіи, съ этимъ согласно рѣшеніе у Зейфферта Arch. I, 131.

* Dig 39, 6 de mortis causa donationibus. Cod. 8, 57 de donationibus causa mortis. — В. Мюллеръ über die Natur der Schenkung auf Todesfall (1827). Tacce Rhein. Mus. II стр. 300 слѣд., III стр. 1 слѣд. (1828. 1829), ср. Шретеръ Zeitschr. f. Civilr. u Pr. II, 4 (1829). Tacce Rhein. Mus. III, 371 слѣд. (1829. замѣчанія на предъидущій трактатъ). Видергольдъ Zeitschr. f. Civ. u. Prax. XV, 4 (1841). Саввинья IV § 170—174 (1841). Эрклебенъ Die condictiones sine causa II § 9 (1853). Voigt die condictiones ob causam стр. 724—731 (1864). Унгеръ öster Erlerecht § 77 (1864). Бекингъ § 109, Вангеровъ II § 561—563, Синтенисъ III § 216 § 121.

[1] Отсюда поговорка: mortis causa donatio имѣется тогда, «cum magis se quis velit habere, quam cum, cui donatur, magisque cum, cui donat, quam heredem suum». § 1, I de don 2, 7; также l. 1 pr. l. 35 § 2 D. h. t. Не точно будетъ сказать, что дареніе не переходитъ къ наслѣдникамъ одаряемаго, если послѣдній умираетъ прежде дарителя, такъ какъ при одновременной смерти дарителя и одаряемаго дареніе продолжаетъ существовать, l. 26 D. h. t. Ср. впрочемъ относительно характеристической особенности даренія на случай смерти и Зейфф. Arch. XVIII 37, XX 34.

[2] L. 2 i. f. l. 29 D. h. t., l. 15 i. f. D. de manum 40, 1.

онъ не переживетъ дарителя, то даръ возвращается къ послѣднему [3]; c) въ обоихъ случаяхъ, если не условлено противное, даритель въ правѣ уничтожить дареніе [4]; онъ впрочемъ можетъ отказаться отъ этого права, чѣмъ не измѣняется сущность даренія на случай смерти [5]; d) особымъ видомъ даренія на случай смерти представляется тотъ случай, когда оно совершается въ виду грозящей опасности, въ которой находится даритель, или на которую онъ идетъ; здѣсь дареніе прекращаетъ свое существованіе не только въ томъ случаѣ, когда даритель переживетъ одаряемаго, но и въ томъ случаѣ когда онъ переживетъ угрожавшую ему опасность [6]. Что касается правовыхъ ограниченій даренія, то дареніе на случай смерти, если отъ него и отнято право свободнаго отступленія, можетъ быть прекращено вслѣдствіе неблагодарности одаряемаго. Напротивъ того, запрещеніе даренія между супругами не распространяется на этотъ видъ даренія [7], и кромѣ того въ замѣнъ судебнаго утвержденія допускается совершеніе его въ присутствіи пяти свидѣтелей, какъ при установленіи завѣщательнаго отказа [8]. Вообще съ теченіемъ времени дареніе на случай смерти почти совершенно отожествилось съ завѣщательнымъ отказомъ [9].

Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ понимаетъ дареніе на случай смерти и наше законодательство (т. X. ч. 1 ст. 991).

А. Д.

---

[3] L. 2, l. 29, l. 35 D. h. t. Это слѣдуетъ, въ случаѣ сомнѣнія, разсматривать какъ намѣреніе сторонъ, если даръ тотчасъ былъ переданъ. Гассе II, стр. 328 слѣд., Савиньи стр. 246 слѣд. Обратное требованіе даритель можетъ основывать: a) на безмолвномъ обѣщаніи одаряемаго при принятіи дара (actio praescriptis verbis, l. 18 § 1 D. h. t.); другаго мнѣнія Voigt въ указ. м. стр. 726; b) на отсутствіи предположенія даренія (condictio ob causam datorum, l. 18 § 1 cit., l. 35 § 3 D. h. t. и многія другія мѣста). Но онъ можетъ также исходить c) изъ точки зрѣнія резолютивнаго условія, заявляя, что наступленіемъ онаго возстановилось безъ дальнѣйшаго прежнее юридическое положеніе, l. 29 D. h. t. (I § 90 прим. 4). Въ случаѣ отчужденія одаряемымъ дара, онъ обязанъ возмѣстить его цѣнность, l. 29, l. 37 § I. D. h. t. При потерѣ дара по собственной небрежности онъ отвѣтствуетъ по правиламъ actio praescriptis verbis. Савиньи стр 257.

[4] § 1 I de don. 2, 7, l. 16, 30 D. h. t. Отмѣна основываетъ condictio, но также utilis rei vindicatio, l. 30 D. h. t. Ср. I § 174 прим. 9. Зейфф. Arch. V. 131.

[5] L. 13 § 1, l. 35 § 4 D. h. t., Pov. 87 pr. c. 1. Ср. Савиньи § 170 f.

[6] Случай этотъ обыкновенно предполагается въ источникахъ. Гассе II стр. 317. Противоположный случай упоминается въ l. 1, l. 31 § 2 i f., l. 35 § 4, l. 43 D. h. t., l. ult. C. h. t.

[7] L. 9 § 2, l. 10, l. 11 pr. D. de don. i. v. e. u. 24, 1.

[8] L. ult. C. h. t. Ср. Савиньи стр. 261—265, Вангеровъ § 563 Зейфф. Arch. VII. 211, 236, XV. 146, XX. 235. Рѣшеніе XVIII. 37 принимаетъ, безъ указанія соображеній, недѣйствительность договора въ цѣлости при несоблюденіи формы, а не одного лишь излишка противъ 500 дукатовъ.

[9] См. § 1 (de don. 2, 7, l. 4 C. h. t., Nov. 87 pr. Сн. III § 675, 676).

С. Договоры, имѣющіе своимъ содержаніемъ возвращеніе взятаго имущества.

1. Заемъ *.

а) Понятіе и общія условія.

§ 122. Заемъ есть передача кому либо въ собственность извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей съ тѣмъ, чтобы полученная цѣнность была возвращена въ такомъ же количествѣ вещей одинаковаго качества [1]. Принятіемъ передаваемаго подъ этимъ условіемъ имущества получающій, и безъ особенно выраженнаго обязательства, обязуется исполнить его и этимъ совершаетъ договоръ займа [2]. Наиболѣе важный случай займа есть денежный заемъ; но онъ не единственный [3].

Договоръ займа предполагаетъ: 1) передачу въ собственность [4]. Если не будетъ предоставлено право собственности, потому ли, что самъ передающій не имѣлъ права собственности [5], или потому, что онъ не способенъ къ отчужденію имущества [6], то договоръ займа не имѣетъ мѣста [7]. Впрочемъ отсутствіе передачи въ собственность можетъ быть замѣнено добросовѣстнымъ потребленіемъ въ свою пользу полученнаго со стороны получателя [8]; но и послѣ

---

* Dig. 12. 1 de rebus creditis si certum petatur et de condictione. Cod. 4, 1 de rebus criditis et iuveiiurando. Г. Е. Геймбахъ die Lehre vom Creditum nach den in Deutschland geltenden Rechten (1849) стр. 131 слѣд. (ср. Рудорффъ zu Puchta § 304 a). Глюокъ XI стр. 464—475, XII стр. 1—177. Унтергольцнеръ II § 308—310, Сиитенисъ II § 108, Вангеровъ III § 623. (Ср. Реслеръ Zeitschc. f. Handelsr. XII стр. 365 слѣд.). § 122.

[1] L. 2 pr. D. h. t. Muium damus 'recepturi non eandem speciem, quam dedimus (alioquin commodatum erit aut aepositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum rocipiamus, non erit mutuum, § 1 eod. «Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, . . nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore solvi non potest» Pr. I. huib. mudis re 3. 14. (ср. Гольдшмидтъ Handelsr. 1 § 61 прим. 31).

[2] Договоръ займа есть реальный договоръ. Pr. 1 cit. «Re contragitur obligatio veutli mutui datione» Ср. l. 3 § 1 D. de O. et A. 44, 7. См. впрочемъ и § 123 прим. 6.

[3] Примѣры займа вещей другаго рода въ pr. I cit., l. 7 § 3 D. de 8C. Mac. 14, 6, l. 12, 16, 23 C. de usur. 4. 32.

[4] Отсюда этимологическая игра въ l. 2 § 2 D. h. t. «Appelatu est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit».

[5] L. 2 § 4 D. h. t. Общая собственность: l. 13 § 2, l. 16 D. h. t., l. 94 § 1 D. et solut. 46, 3. Геймбахъ стр. 80.

[6] § 2. I. quib. al. 2, 8.

[7] L. 2 § 2 D. h. t.: «si non fiat tuum, non nascitur obligatio».

[8] L. II § 2 l. 12 i. f. l. 13 pr. § 1, l. 19 § 1 i. f. D. h. t., l. 24 § 2 D. de O de A. 44, 7, l. 56 § 2 D. de fidei. 46, 1, § 2, 1, quib. al. 2, 8; l. 12, l. 19 § 1 D. h. t., l. 24 pr. D. de O. et A. 44, 7. Такъ назыв. condictio de bene de pensis. Ср. Геймбахъ стр. 192 слѣд.; 205 слѣд. Voigt cond. ob causam прим. 704 Если получатель потребляетъ недобросовѣстно данное ему, т. е. зная, что онъ не собственникъ, то онъ отвѣтствуетъ предъ собственникомъ возмѣщеніемъ цѣнности (rei vindicatio, actio

такого потребленія получатель обязанъ къ возвращенію перешедшаго къ нему имущества въ силу общихъ правилъ о владѣніи безъ законнаго основанія [9]. Будетъ ли право собственности предоставлено заемщику посредственно, или непосредственно—безразлично [10]. Заемъ можетъ быть заключенъ и такъ, что должнику предоставляется удержать въ видѣ займа должное уже имъ заимодавцу [11]. Точно также безразлично предоставлено ли право собственности самому должнику или, по его желанію, кому либо иному [12]. 2) Далѣе: договоръ займа предполагаетъ все то, что необходимо для дѣйствительности договора вообще, именно: соглашеніе сто-

---

ad exhibendum, condictio sine causa и furtiva), см. I § 193 прим. 8, II § 226 прим. 15. Ср. также § 94 прим. 8.

[9] Condictio possepionis. ср. l. 15 § 1 D. de cond. ind. 12, 6 и I § 161 прим. 2, II § 421 прим. 7. Предположеніе передачи было основаніемъ права требованія, ср. l. 32 D. h. t. (§ 179 прим. 6 и ниже въ этомъ § прим. 13).

[10] Случаи непрямаго пріобрѣтенія собственности: a) получатель пріобрѣтаетъ по давности полученное чужое (arg. l. 15 § 1 D. de cond. ind. 12, 6, l. 60 D. de solut. 46, 3); b) кто нибудь даетъ другому вещь для продажи, предоставляя ему полученныя за нее деньги взять себѣ заимообразно, l. II pr. D. h. t., l. 4 cod., l. 34 pr. D. mand. 17, 1, l. 8 C. si cert. 4, 2; c) кто нибудь поручаетъ третьему лицу, положимъ своему должнику, заплатить тому, кому онъ хочетъ дать эти деньги въ займы, l. 15 D. h. t., l. 32, l. 9 § 8 i. f. cod. Ср. § 164 прим. 9. (Зейфф. Arch. XXII 36). Впрочемъ, въ отношеніи двухъ послѣднихъ случаевъ римское право, какъ называютъ l. 15 D. h. t., l. 34 pr. D. mand. 17, 1, дошло до болѣе свободнаго воззрѣнія лишь постепенно; первоначально полагали, что только собственное имущество заимодавца можетъ перейти къ заемщику. Къ случаямъ, предусмотрѣннымъ подъ b) принадлежитъ и тотъ случай, когда заемъ заключается въ цѣнныхъ бумагахъ. Зейфф. Arch. XIV 133. Кунтце Inhaber papiere стр. 697 слѣд. Не сюда относится случай, когда кто нибудь дозволяетъ другому, владѣющему чѣмъ нибудь отъ его имени, удержать таковое въ займы. Здѣсь имѣется прямое пріобрѣтеніе собственности съ сокращеніемъ передачи (I § 154 прим. 2). L. 9 § 9 D. h. t., l. 34 pr. cit.

[11] И это было признано лишь постепенно. Ср. съ l. 34 pr. D. mand. 17, I, l. 15 D. h. t., l. 3 § 3 D. de SC. Mac. 14, 6, l. 5 § 18 D. de trib. 14 4. На счетъ l. 6 C. si cert 4, 2 см. § 106 прим. 2 вторую половину. Что сказанное не имѣетъ безусловнаго примѣненія и въ новѣйшемъ римскомъ правѣ, а дѣйствуетъ лишь въ случаѣ, когда кому нибудь дозволяется удержать въ видѣ займа то, что онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ изъ имущества дозволяющаго,—это утверждаютъ: Брунцъ стр. 390, 391, Рёмеръ bedingte Novation стр. 60 слѣд. Противнаго мнѣнія и Сальковскій Novation стр. 60 слѣд. Еще болѣе ограниченъ взглядъ у Унтергольцнера § 308 g. Ср также Синтенисъ § 108 прим. 10, ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 324 слѣд. Зейфф. Arch. I 335, IV 149, V 127 (но въ которомъ рѣшеніе было бы безъ сомнѣнія правильнѣе, если бы оно основывалось на сказанномъ въ § 136 прим. 3), XIII 17, XIV 92 (Вангеровъ въ указанномъ мѣстѣ прим. I pr. 2 въ концѣ въ 7 изд.).

[12] L. 9 § 8 D. h. t.: «cum quotidie crediturі pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nousine creditor numeret futuro debitori nostro». Слово «poscamus» слѣдуетъ изъ предъидущаго дополнить словомъ «pecuniam». «Ut»: съ подробнымъ опредѣленіемъ, что —. Объ образѣ чтенія этого мѣста см. еще Глюкъ XII стр. 19 Йерингъ Jahrb. f. Dogm. II стр. 101 прим. 43. См. также l. 49 § 3 D. de inst. act. 14, 3, l. 19 § 5 D. ad. SC. Vell. 16, 1. Ср. § 164 прим. 9.

ронъ [13] и дѣеспособность должника [14]. Но получатель въ силу указанныхъ началъ, во всякомъ случаѣ отвѣтствуетъ за полученное имущество, хотя бы договоръ займа и не состоялся [15]. Что касается заключенія договора займа при посредствѣ представителей, то здѣсь дѣйствуютъ слѣдующія особенныя правила: a) городскія общины, церкви и благотворительныя учрежденія отвѣтствуютъ по займамъ, заключеннымъ ихъ представителями и завѣдующими ихъ дѣлами лишь въ томъ случаѣ, если деньги дѣйствительно употреблены на ихъ нужды, въ противномъ случаѣ отвѣтствуютъ сами представители ихъ [16]; b) если заемъ дѣлается на имя третьяго лица, то ему предоставляется право требованія по договору и безъучастія [17].

Договору займа можетъ предшествовать договоръ о порядкѣ передачи и принятія предмета займа; относительно его дѣйствуютъ общія положенія [18].

---

[13] L. 32 D. h. t. Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares, eum Titi debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem: non quia pecuniam tibi credidi — hoc enim nisi inter consentientes fiire non poteas — sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te redli, bonum et aequum est» L. 18 pr. sod. Зейфф. Arch. V 271.

[14] L. 59 D. de O. et A. 44. 7, l. 13 § 1 D. de cond ind. 12, 6 Gai III 91.

[15] Давшій далъ въ предположеніи, что давая онъ сдѣлается кредиторомъ; въ этомъ ожиданіи онъ былъ обманутъ. О правѣ обратнаго требованія, обоснованномъ такимъ образомъ, говоритъ l. 32 D. h. t. (прим 13). Это есть condictio sine causa, точнѣе: ob causam datorum (§ 179 прим. 6). Прежде спорили о характерѣ права обратнаго требованія, признаннаго въ l. 32 cit., и давали ему особенное названіе — condictio Juventiana —, предполагая, что оно представляетъ собою что нибудь особенное (мѣсто взято изъ P. Juventius Celsus). Ср. Геймбахъ стр. 224 слѣд., Зейфф. Arch. X 253.

[16] L. 27 D. h. t., Nov. 120 c. 6 § 3. Геймбахъ стр. 254 слѣ5., Клейншродъ über l. 27 Dig. de rebus creditis (Habilitationsschrift, 1851). Неоднократно была дѣлаема попытка объяснить это опредѣленіе природой юридическихъ лицъ. Такъ, напримѣръ, Геймбахъ и Клейншродъ говорятъ, юридическія лица неспособны пріобрѣтать собственность посредствомъ традиціи (!). См. еще Савиньи Syst. II стр. 204, Г. Витте Bereicherungsklagen стр. 278—280. O. c. 4 X de fidei. 3, 22. См. Геймбахъ стр. 262 слѣд.

[17] § 65 прим. 3 и 6.

[18] См. § 62 прим. 2. Въ силу того, что сказано тамъ и признано въ l. 68 D. de V. O. 45. 1, тотъ, которому отказано въ выдачѣ обѣщаннаго займа, можетъ требовать уплаты интереса; но интересъ этотъ можетъ какъ разъ заключаться въ выдачѣ занятой суммы. Зейфф. Arch. IV 32, X 37, также XIII 138. Но послѣднее (т. е. что можно требовать выдачи занятаго) не безспорно. Suffrian das pactum de mutuo dando nach den Grundsätzen des heitigen römischen Rechts (1866) стр. 5, Регельсбергеръ civilr. Erörter. I стр. 131 Зейфф. Arch. XIX 35. Можно ли отказать въ исполненіи обѣщанія займа, если наступаютъ или дѣлаются извѣстными такія обстоятельства, при которыхъ своевременное возвращеніе занятаго сомнительно? Утвердительно рѣшаетъ этотъ вопросъ E. A. Зейффертъ въ Seiffert Pand. II § 320 прим. 1; отрицательно — Суффріанъ въ указанномъ мѣстѣ стр. 5 слѣд Ср. также Зейфф. Arch. VI 137. Случай договора о взятіи займа тамъ же II 165. Ср. также E. A. Зейфф. въ указ. м. прим. 2. Впрочемъ, слѣдуетъ

в) Обязательства.

§ 123. Обязательство, возникающее изъ договора займа, состоитъ въ возвращеніи полученной цѣнности посредствомъ возвращенія такого же количества и того же качества вещей, какое было получено [1]. Этимъ и исчерпывается обязательство по займу; заемъ не есть такая сдѣлка, относительно которой было бы необходимо при каждомъ отдѣльномъ случаѣ опредѣлять, что соотвѣтствуетъ цѣли и намѣренію сторонъ; сдѣлкѣ займа соотвѣтствуетъ только одна цѣль — возвращеніе полученаго [2]. Срокъ возвращенія опредѣляется договоромъ [3]. Если въ немъ ничего не упоминается о срокѣ, то нужно обращать вниманіе на то, не можетъ ли быть изъ обстоятельствъ, сопровождавшихъ сдѣлку, выведено молчаливое опредѣленіе его [4]. Если и это невозможно, то возвращеніе можетъ быть потребовано во всякое время [5].

Обязательство платить проценты не предполагается при займѣ само собою; оно можетъ быть установлено особымъ соглашеніемъ [6].

обратить вниманіе, дѣйствительно ли имѣется въ данномъ случаѣ договоръ, а не простой уговоръ безъ намѣренія обязываться, l. 30 D. h. t. Ср. еще Эндеманъ Zeitshr. f Hand. IV стр. 196 слѣд.

§ 123. [1] Такъ какъ получатель сдѣлался собственникомъ, то для его обязанности, естественно, совершенно безразлично то, что онъ лишился полученнаго до того времени, пока онъ могъ употребить оное въ свою пользу. L. 9 § 9 D. h. t., l. I § 4 D. de O. et A. 44, 7. § 2, 1 quib. mod. re 3, 14.

[2] Говоря языкомъ римскаго права: изъ займа не возникаетъ actio bonae fidei, а actio stricti indicii, condictio (I § 46 прим. 4); intentio формулы направлена была не на dare oportere ex fide bona, а просто на dare oportere. Ненамѣреннымъ послѣдствіемъ сего было лишеніе судьи возможности принимать въ соображеніе такія внѣшнія обстоятельства, которыя сами по себѣ могли, конечно, вліять на видоизмѣненіе заемнаго обязательства (I § 46 прим. 6), какъ напр. просрочка (l. 24 D. de praescr. verb. 19, 5. l. 3 C. de usur. 4, 32; впрочемъ при займахъ, состоявшихъ не въ денежныхъ суммахъ, судья имѣлъ болѣе простора, обусловливаемаго необходимостью денежной кондемнаціи въ размѣрѣ quanti ea res est, i. 12, 23 C. cod.). Это естественно не имѣетъ для насъ болѣе значенія, тогда какъ противоположность даже между обязательствомъ изъ займа и обязательствомъ, напримѣръ изъ купли, найма и проч., существуетъ еще для насъ, какъ онъ существовалъ для римлянъ.

[3] Что означаетъ постановленіе, что возвращеніе должно послѣдовать: «если кредиторъ нуждается въ долгахъ»? Зейфф. Arch. II 33. Возвращеніе: «коль скоро должникъ въ состояніи это сдѣлать», тамъ же XV, 118. Ср. также цитату при § 25 прим. 2.

[4] Въ каждомъ займѣ подразумѣвается дача извѣстнаго срока, иначе заемъ не имѣлъ бы смысла Зейфф. Pand. § 310 прим. 3. См. кромѣ того l. 57 pr. D. de pactis 2 14. «Qui in futurum usuras a debitore acceperat, tacite pactus videtur, ne intra id tempus Sortem petat».

[5] Зейфф. Arch. V 273.

[6] О силѣ, которую при этомъ уже римское право придавало nudum pactum, см. l. II § 3 D. de pign. act. 13, 7, l. 5 § 2 D de Solut. 46, 3, l. 3, 4 C. de usur. 4, 32, l. 12 cod., l, 5 § 1, l. 7 D. de notico foen. 22, 2. Не есть ли процентный заемъ консенсальный договоръ? Такъ смотритъ на этотъ предметъ Деневіусъ Jahrb. f. Dogm. III стр. 408, Унгеръ тамъ же VIII стр. 15 («Наемъ капитала»), Суффріанъ (§ 370 прим. 18) стр. 8 слѣд. (Будде и Шмидтъ Entscheidungen des O. A. G. zu Rostock VI, стр. 295 — 299

Особымъ случаемъ займа подъ проценты является тотъ [7], когда кредиторъ отсрочиваетъ обратное требованіе въ виду будущаго неизвѣстнаго событія и въ видѣ преміи за принимаемый на себя страхъ выговариваетъ себѣ ростъ болѣе обыкновеннаго [8]. Въ этомъ случаѣ не примѣняются законныя ограниченія размѣра роста [9] [10].

[=Зейфф. Arch. XXII, 121]). Я думаю, что онъ не есть консесуальный договоръ, когда дѣйствительной дачѣ займа не предшествуетъ обязательства къ этому. Но онъ не есть консенсуальный договоръ и въ томъ случаѣ, когда подобное обязательство предшествуетъ безъ соотвѣтственной обязанности принять заемъ. Наконецъ, консенсуальность необходима и при наличности послѣдней; очень возможно, что стороны и въ этомъ случаѣ хотѣли не болѣе, какъ pactum de mutuo dando и mutus accipiendo. О консенсуальномъ договорѣ, соотвѣтствующемъ договору найма, можетъ быть рѣчь тогда только, когда намѣреніе сторонъ направлено на немедленное заключеніе заемной сдѣлки, въ силу которой одинъ контрагентъ обязывается къ выдачѣ извѣстной суммы денегъ для употребленія, а другой уплатить за это процентное вознагражденіе. Но даже въ этомъ случаѣ нѣтъ основанія примѣнить всѣ свойственныя договору найма юридическія положенія, какъ это дѣлаетъ Данквардтъ Nationalö konomie und Jurisprudenz II, стр. 36—42. Ср. § 64 прим. 5. Ср. о процентномъ займѣ также Эндеманъ Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 47—58.

[7] Dig. 22. 2 Cod. 4, 33 de nautico foenore. Глюкъ XXI стр. 151—222.

[8] Случай, изъ котораго исходило римское право и который оставался главнѣйшимъ основаніемъ и позднѣе, состоялъ въ томъ, что деньги отдавались на корабль, имѣвшій отправиться въ путь, съ условіемъ, чтобы кредиторъ вправѣ былъ требовать таковыхъ обратно, если корабль благополучно дойдетъ по назначенію. Отсюда выраженіе nauticum foenus или traiecti tiapecunia. Позднѣйшее распространеніе беретъ начало изъ l. 5 pr. D. h. t. Въ силу этого закона договоръ можетъ быть основанъ на такомъ событіи, наступленіе или ненаступленіе к торого зависитъ отъ должника, напр. отпущеніе на волю раба или неотпущеніе. Другіе примѣры, указываемые этимъ мѣстомъ, суть: кто нибудь даетъ деньги рыболову для рыбнаго лова, отказываясь отъ т ебованія оныхъ въ случаѣ неудачнаго лова; кто нибудь даетъ атлету деньги на его образованіе, отказываясь отъ требованія оныхъ въ случаѣ проигрыша имъ пари на поединкѣ; больной даетъ деньги въ займъ, отказываясь отъ истребованія ихъ въ случаѣ выздоровленія (или невыздоровленія). Только одно условіе ставитъ l. 5 pr. cit., чтобы договоръ не былъ симулированнымъ договоромъ пари, т. е. по крайней мѣрѣ одна изъ сторонъ должна преслѣдовать другой интересъ, кромѣ простаго выигрыша. Впрочемъ спорятъ еще мн го о томъ, какъ читать l. 5 pr. cit. Сходный съ римскимъ foenus nuaticum, но самостоятельно развившійся, нѣмецкій юридическій институтъ представляетъ собою бодморейный договоръ. Глюкъ XXI стр. 2 6—219, Безолеръ deutsch Privatr. § 256, Герберъ deut. Privatr. § 204 II. G. B. стр. 680 слѣд.

[9] Это первоначальное римское право, Paul. S. R. II. 14 § 3, l. 26 § 1 C. de usur. 4, 32. Юстиніанъ опредѣлилъ въ послѣднемъ изъ приведенныхъ мѣстъ максимумъ процентовъ въ 12%. Въ Nov. же 106 онъ подтвердилъ обычное право слѣдующаго содержанія: кредиторъ можетъ себѣ выговорить — и при томъ на время морскаго пути, а не на годъ — или восьмую часть капитала, или десятую часть, и при томъ освобожденіе отъ таможенной пошлины въ розмѣрѣ modius'а зерна на каждый данный solidus. Правда Nov. 106 была вскорѣ отмѣнена Nov. 100, но послѣдняя не глассирована. Согласно съ этимъ можно было бы считать содержаніе Nov. 106 общимъ правомъ, если бы, въ виду того, что foenus nauticum представляетъ собою лишь форму договора страхованія и что опредѣленіе преміи при этомъ договорѣ предоставлено усмотрѣнію сторонъ,—не должно было утверждать, что и foenus nauticum не подлежитъ ограниченію законной мѣры процентовъ. Ср. Эйхгорнъ Einl. in das deut. Privatr. § 107 въ концѣ § 114, Зейффертъ § 313 прим. 4, Арндсъ § 283 прим.

[10] Одно мѣсто изъ ученія о nauticum foenus, l. 122 § 1 D. de V. O. 45, 1, затруд-

c) Доказательство *.

§ 124. Что касается доказательствъ займа, то должно быть сказано особенно о письменномъ удостовѣреніи въ полученіи. Доказательная сила такого удостовѣренія въ римскомъ правѣ значительно уменьшена [1]. Оно служитъ доказательствомъ противъ выдавшаго его только въ томъ случаѣ, когда онъ въ теченіе двухъ лѣтъ [2] не заявитъ о недѣйствительности акта, и о томъ что онъ въ дѣйствительности вовсе не заключалъ займа [3]. Если въ теченіи этого времени кредиторъ будетъ требовать возвращенія займа и выдавшій письменное удостовѣреніе заявитъ противъ иска споръ [4], то

няетъ собою толкованіе, не содержа при этомъ въ себѣ особенныхъ началъ. См. о немъ трактатъ Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. X 1 (1853) и сочиненіе Гольдшмита: Untersuchungen zu l. 122 § 1 D. de V. O. (1855).

§ 124. * Cod. 4, 30 de non numerata pecunia. Изъ литературы слѣдуетъ прежде всего указать на основательный, почерпывающій трудъ Гнейста die formellen Vertrage стр. 1—110, 265—318, 388—405 (1845). См. кромѣ того: Пфейфферъ vermischte Aufsätze стр. 126—187 (1803) и practische Ausführungen II стр. 146—177 (1828), Унтергольцнеръ Arch. civ. Pr. VII, 1(1827), Синтенисъ въ Sell's Jahrbuch 1, 6 (1841); за симъ Гейнбахъ Lehre von Creditum стр. 633—692 (1849), Беръ Anerkennung § 27, 62 и Anhang. стр. 291 слѣд. (325 слѣд.) (1855), его же Jahrb. f. D. II стр. 333—349 (1858), Шлезингеръ zur Lehre von den Formalcontracten 2 Abth. стр. 180 слѣд. (1858), Г. Витте Bereicherungsklagen стр. 193—253 (1859), ф. Сальшіусъ Novation und Delegation стр. 314—336 (1864). Подробныя литературныя указанія у Гнейста и Шлезингера. Унтергольцнеръ II стр. 70—78, Синтенисъ II стр. 264—272 и III § 133 прим. 26, Бринцъ стр. 426—429.

[1] На основаніи того соображенія, что заемное обязательство дается очень часто до дѣйствительнаго полученія занятыхъ денегъ. Ср. l. 3 C. de dote cauta 5, 15. Это ограниченіе доказательной силы письменныхъ заемныхъ обязательствъ не упоминается въ пандектахъ; оно не дѣйствовало еще въ 198 году, какъ это явствуетъ изъ вставленной («asseris», ср. l. 1 C. si, ping. conv. 8 33) l. 1 C. h. t. Напротивъ въ конституціяхъ Караколлы оно предполагается въ дѣйствіи, см. въ особенности l. 4 C. h. t. Съ полной же достовѣрностью можно указать на него лишь въ конституціи Александра Севера, l. 8 C. h. t. Источникомъ своимъ оно, безъ сомнѣнія, имѣетъ императорскіе рескрипты, которыми оно было не столько введено, сколько признано и нормировано. Ср. Гнейстъ стр. 265—285, Витте стр. 197—201, 225—228.

[2] Два года согласно постановленію Юстиніана; до него было пять. L. 14 C. h. t.; ср. tit. I de lit. obl. 3, 21, § 2 I de exc. 4, 13. Первоначально (до Діоклеціана) срокъ былъ годичный. Cod. Gormog. tit. I (ed. Haenel. p. 65). Гнейстъ стр. 15; см. впрочемъ и Беръ стр. 312 (348), къ этому Шлезингеръ стр. 235. Во время несовершеннолѣтія выдавшаго обязательства срокъ не течетъ. L. 5 C. in quib. caus. i. i. ч. 2, 41: ср. l. 14 pr. i. f. C. h. t.

[3] Объясненіе это называется querela non numeratae pecunia, выдавшій обязательство queritae non numeratae pecuniae. Ср. Гнейстъ стр. 63—89.

[4] Посредствомъ exceptio non numeratae pecuniae, которая есть единственно возможная форма querela non numeratae pecuniae (Ср. l. 9. l. 14 pr. § 4 C. h. t., tit. I de lit. obl. 3, 21). Но какъ объяснить выраженіе exceptio, вѣдь отвѣтчикъ отрицая полученіе, оспариваетъ основаніе иска? Римское право, какъ первоначально, такъ и въ послѣдствіи, представляло себѣ exceptio non numeratae pecuniae направленной на письменное обязательство, которымъ удостовѣряется не только полученіе займа, но и стипуляція о возвращеніи таковаго; не далеко было перенести названіе и на тотъ случай, когда

кредиторъ обязанъ представить другія доказательства займа [5]. Точно также онъ долженъ представить другія доказательства въ томъ случаѣ, когда выдавшій актъ потребуетъ его обратно за неполученіемъ заемной суммы [6]. Выдавшій актъ можетъ ограничиться однимъ письменнымъ противъ него протестомъ; этимъ онъ навсегда исключаетъ доказательную его силу [7]. Но если выдавшій актъ употребитъ во зло свое право заявленія спора, и кредитору удастся доказать дѣйствительное существованіе займа, то выдавшій росписку, въ видѣ штрафа, подвергается уплатѣ вдвойнѣ суммы займа [8]. Если же выдавшій актъ не воспользуется своимъ правомъ въ теченіи установленнаго срока, то онъ не только становится полнымъ противъ него доказательствомъ, но онъ даже не допускается къ представленію противъ него доказательствъ [9]. Кромѣ сказаннаго нужно замѣтить еще слѣдующее:

1) Оспариванію подлежатъ только тѣ акты, которыми удосто-

яскъ предъявляется на основаніи письменнаго документа, въ которомъ заключается признаніе полученія, но безъ стипуляціонной оговорки (см. въ особенности tit. I de lit. obl. 3, 21, l. 14 C. h. t.). Гнейстъ стр. 266, 398 слѣд., Шлезингеръ стр. 250 слѣд., Витте стр. 217 слѣд. Для тѣхъ, которые принимаютъ новѣйшій римскій литеральный договоръ, какъ напримѣръ Кроппъ и Беръ (§ 64 прим. 2 въ концѣ), не существуетъ затрогиваемое здѣсь затрудненіе.

[5] L. 1, l 3, l. 10, l. 14 C. h. t., Nov. 18 c. 8. Ср. также Nov. 100.

[6] L. 7 C. h. t., l. 3 C. de post. 2, 6; l. 4 C. de cond. ex lege 4, 9, Гнейстъ стр. 57—60.

[7] L. 14, § 4 C. h. t., «In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel (=также) denuntiationibus scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestareei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est... eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere» l. 8 C. h. t., l. 5 C. si cert. 4, 2, l. 4 C. de cond. ex lege 4, 9. Протестъ долженъ быть направленъ противъ противника, при отсутствіи котораго можно заявить его въ судебномъ порядкѣ, но во всякомъ случаѣ онъ долженъ дойти до свѣдѣнія противника. L. 14 § 4 cit., и къ этому Auth. Hanc autem изъ Nov. 100 c. 1. Ср. ф. Леръ въ Mag. f. R. W. u. Gesetz. IV стр. слѣд.

[8]) Nov. 18 c. 8 и изъ нея Auth. Contra къ l. 4 C. h. t. Для настоящаго времени штрафъ этотъ считается многими непримѣнимымъ; см. объ этомъ § 15, прим. 4. Ср. еще Шлезингеръ стр. 267, Веттцель Civilproc. стр. 179 (оба противъ примѣнимости). Гнейстъ стр. 20 (который замѣчаетъ, что практика замѣняетъ частный штрафъ арбитрарными штрафами).

[9] L. 8 C. h. t., l. 4 de cond. ex lege 4, 9. tit. 1 de lit obl. 3, 21. Ср. также l. 14 § 2 C. h. t., Nov. 100 c. 1 (*vv.* ubi enim licet in prolixo sic tempore). Гнейстъ стр. 89 слѣд. 388 Другаго мнѣнія многіе, или прямо въ пользу римскаго права, или ссылаются на современную противоположную практику. См. отчетъ у Гнейста стр. 97 слѣд. Противоположная практика не есть, во всякомъ случаѣ, всеобщая. Кроппъ стр. 385, Гнейстъ стр. 108, Беръ стр. 240 (270), Шлезингеръ стр. 328. Ср. еще и Сантенисъ II, § 86, прим. 45, Веттцель Civilpr. § 22, прим. 35 (изъ коихъ первый устраняетъ доказательство противнаго на основаніи римскаго, и второй — современнаго права). За допущеніе доказательства противнаго: Зейфф. Arch. VI 179, VIII, 250, XVI, 107. XVII, 180, XX, 126; противъ этого V, 152 (275).

вѣряется полученіе вообще, но не тѣ, которыми доказывается полученіе въ извѣстное, точное опредѣленное время [10].

2) Право оспариванія прекращается вслѣдствіе послѣдующаго признанія полученія со стороны выдавшаго актъ, что можетъ послѣдовать молчаливо, посредствомъ возвращенія части полученнаго [11].

3) Противъ подобнаго спора можетъ быть представлено доказательство тому, что актъ выданъ вслѣдствіе особаго соглашенія сторонъ, хотя выдачи значащейся въ актѣ суммы не только не послѣдовало, но она даже и не должно было послѣдовать. Въ этомъ случаѣ актъ представляется особымъ договоромъ [12].

4) Изложенныя положенія примѣняются къ удостовѣреніямъ въ полученіи, въ сдѣлкахъ, подобныхъ договору займа, т. е. въ сдѣлкахъ, которыя, какъ и заемъ, направлены къ генерическому возвращенію переданнаго количества замѣненныхъ вещей [13], за исключеніемъ однако quasi-поклажи [14] [15].

---

[10] Только при обязательствахъ перваго рода имѣется для выдавшаго таковыя указанная въ прим. 1 опасность. Обязательства втораго рода подлежатъ столь же мало оспариванію, какъ и тѣ, въ коихъ указана antecedens causa debendi. L. 13 ср. l. 5 C. h. t. Гнейстъ стр. 286 слѣд., 304 слѣд. Зейфф. Arch. X, 254.

[11] L. 4 C. h. t. Ср. Гнейстъ стр. 52 слѣд., Синтенисъ Lehrb. въ указ. м. прим. 42. Зейфф. Arch. VI, 26, X, 254.

[12] Абстрактное обѣщаніе исполненія. Выдавшій обязательство обѣщаетъ заплатить 100 тѣмъ, что онъ обязывается давать себя трактовать такъ, какъ бы онъ получилъ 100 заимообразно. Causa къ такому обѣщанію можетъ быть любая—(ср. § 116 прим. 3) (Зейфф. Arch. XXIII, 118). Сюда относится также случай, въ которомъ выдающій обязательство отказывается въ немъ отъ exc. non numeratae pecuniae. Этимъ онъ обѣщаетъ дать себя трактовать какъ должника, хотя бы онъ и не получилъ займа. Мнѣніе, что отказъ имѣетъ силу, если онъ сдѣланъ подъ присягой см. напр. (Синтенисъ Lehrb. въ указ. м. прим. 44), не имѣетъ основанія, по крайней мѣрѣ въ l. 16 C. h. t. Ср. Гнейстъ стр. 56. 57. Противъ силы отказа: Зейфф. Pand. § 311 прим. 12 далѣе Зейфф. Arch. V, 276, X 88, XII 262; Бухка и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock V, стр. 277—278 (Зейфф. Arch. 225).

[13] Напр. при пользованіи (Niesbrauch) не въ собственномъ смыслѣ locatio-conductio irregularis. Такъ понимаю я l. 14 pr. C. h. t.: «In contractibus in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur», въ связи съ l. 5 C. h. t., гдѣ exc. non numeratae pecuniae ограничивается «credita pecunia». См. о разныхъ мнѣніяхъ Гнейстъ стр. 294—304 (который самъ не хочетъ выйти за предѣлы понятія о займѣ), Беръ стр. 317 (354), Шлезингеръ стр. 257, 258, Витте стр. 212.

[14] Въ силу положительнаго постановленія l. 14 § 1 C. h. t.

[15] Изложенный здѣсь юридическій институтъ не заслуживаетъ одобренія съ законодательной точки зрѣнія. Онъ защищаетъ должника противъ возможной несправедливости тѣмъ, что подвергаетъ кредитора опасности такой же несправедливости. Для того, чтобъ недобросовѣстный кредиторъ не могъ принудить должника къ уплатѣ не полученнаго имъ займа, принимаются мѣры, дѣлающія возможнымъ для недобросовѣстнаго должника не возвращать кредитору дѣйствительно полученнаго займа. Если же по обстоятельствамъ невозможно избѣгнуть опасности, то, безъ сомнѣнія, справедливѣе, чтобъ послѣдняя поражала того, который не имѣетъ за собой никакого доказательства, а не того, который пользуется таковымъ. Поэтому-то querela non numeratae pecuniae не нашла себѣ

d. Воспрещеніе займа, состоящимъ подъ чужою властью.

§ 125. Состоящимъ подъ чужою властью воспрещено давать въ займы; давшіе имъ въ займы не имѣютъ права требовать обратно даннаго имущества [1].

сочувствія въ новѣйшемъ партикулярномъ законодательствѣ. См. цитаты у Гнейста стр. 100 примѣч. 8 и баварскій законъ отъ 26 марта 1859; H G B Art. 215.—Въ новѣйшее время сдѣланы были попытки защищать римское право противъ изложенныхъ положеній (Беръ и Шлезингеръ въ привед. подъ* мѣстахъ). Беръ и Шлезингеръ утверждаютъ единогласно, что особенность querela non numeratae pecuniae состоитъ не въ уменьшеніи, въ теченіе нѣкотораго времени, доказательной силы заемныхъ обязательствъ, а въ увеличеніи ея по истеченіи извѣстнаго времени. Въ частности они отступаютъ другъ отъ друга. Беръ учитъ: предъявленіемъ querela non numeratae pecuniae кредиторъ, конечно, вынуждается доказывать сдѣланный имъ заемъ, но это онъ подтверждаетъ самимъ заемнымъ обязательствомъ; что же касается должника, то ему дозволяется доказывать противное, но онъ не вправѣ это дѣлать, если онъ не спорилъ противъ обязательства два года сряду. По мнѣнію Шлезингера, querela non numeratae pecuniae направлена не столько противъ того, что выдавшій обязательство не получилъ занятой суммы при самой выдачѣ онаго, сколько противъ неполученія имъ таковой впослѣдствіи. Выдавшій обязательство долженъ по сему предварительно доказать, что оно дѣйствительно составлено въ ожиданіи будущаго платежа. Но право утверждать, что такъ было, онъ теряетъ съ истеченіемъ двухъ лѣтъ; но этимъ не теряется въ тоже время право возраженія (gegenbeweis).—По моему мнѣнію, то и другое мнѣніе разбивается о содержаніе нашихъ источниковъ. Хотя цѣлый рядъ источниковъ можно истолковать въ ихъ смыслѣ, но это невозможно дѣлать съ другими источниками, или по крайней мѣрѣ это будетъ произвольно. См., относительно воззрѣнія Бера (если даже упустить изъ виду l. 13 C. h. t.). Nov. 18 c. 8, Nov. 100. Противъ Шлезингера говорятъ, кромѣ этихъ мѣстъ, l. 1 l. 10 и въ особенности l. 5 C. h. t. Противъ этихъ новыхъ воззрѣній высказались Гнейстъ Comm. de causae probatione stipulatoris p. 7, Виндшейдъ krit. V. J. Schr. III. Стр. 109 — 114, Бринцъ стр. 426—429, Витте стр. 228 слѣд. (преимущественно противъ Бера), Синтенисъ III. § 133 прим. 36 (противъ Шлезингера) въ пользу Бера (Шлезингеръ?), Ветцелль Civilpr. стр. 143. 177. Особенный взглядъ на exc. non numeratae deconiae для древнѣйшаго времени (до введенія ея ограниченія по времени) заступаетъ ф. Сальпіусъ въ указ. м. Упоминаніе о numerata pecunia при стипуляціи есть безсодержательная форма, вслѣдствіе чего exc. non numeratae pecuniae было ничѣмъ инымъ, какъ exc. doli въ обширномъ смыслѣ, для обоснованія которой должникъ долженъ былъ прежде доказать causa, дѣйствительно лежавшую въ основаніи стипуляціи.

* Dig. 14. 6 de Senatusconsulto Macedoniano Cod. 4. 28. ad Senatusconsultum § 125.
Macedonianum. — Дитцель das Senatusconsultum Macedonianum (1856). Шванертъ die Naturalobligationen стр. 341—363 (1861). Dueckers de Senatusconsulto Macedoniano (Inauguralabhandlung 1866). Глюкъ XIV стр. 302—354; Унтергольцнеръ I стр. 147—153, Синтенисъ II стр. 512—516. [Rvp. Arch. f. civ. Pr L. III. 3 (1870).]

[1] Это постановленіе было введено сенатусконсультомъ времени Веспасіана (Sueton. Vesp. c. 11). Отношеніе, которое сенатъ имѣлъ въ виду, повторяется во всѣ времена: молодые люди, ведущіе распутный образъ жизни, дѣлаютъ долги на счетъ родительскаго наслѣдства («in mortem parentum», Tacit. Ann. XI. 13. ср. заключительныя слова сенатусконсульта «etiam post mortem patris ejus» и «exspectata patris morte») и бываютъ люди, которые даютъ имъ взаймы на это наслѣдство («incertis nominibus»), конечно на тяжкихъ условіяхъ, чѣмъ они способствуютъ ихъ порочному образу жизни. Такимъ путемъ дошелъ нѣкій Мацедо до отцеубійства (Theoph. ad. § 7 I. quod cum eo 4. 7, ср. Также l. 3 § 3 D. h. t.). Это побудило сенатъ къ постановленію: «placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius,

1) Подъ состоящими подъ властью слѣдуетъ понимать всѣхъ, находящихся подъ родительской властью [2], безъ различія пола [3] и возраста [4]. Общественное положеніе состоящаго подъ властью не принимается здѣсь въ соображеніе [5], однако если состоящій подъ чужою властью, въ силу общественнаго его положенія, во время заключенія договора займа пользуется правомъ свободнаго распоряженія пріобрѣтеннымъ имъ имуществомъ, то кредитору, впредь до прекращенія этого право свободнаго распоряженія, предоставляется требовать возвращенія переданнаго имъ имущества [6].

---

cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri. L. 1 pr. D. h. t., см. также § 7 I. cit.—Основная мысль книги Дитцеля состоитъ въ томъ, что въ основаніи сенатусконсульта лежитъ не проводимый здѣсь «полицейскій» или «уголовно-политическій» взглядъ, а «чисто юридическій», именно имущественная неспособность дѣтей, и что постановленіе это имѣетъ цѣлью не столько удерживать кредиторовъ отъ дачи денегъ взаймы, сколько защищать дѣтей (и ихъ родителей) Я считаю ошибочной какъ эту основную мысль, такъ и дѣляемые изъ нея выводы въ частности. Конечно предположеніемъ сенатскаго постановленія есть имущественная неспособность дитати (см. прим. 6), но лишь потому, что вслѣдствіе нея выступаетъ во всей своей наготѣ in mortem patris credere.

[2] Понимая это выраженіе въ обширномъ смыслѣ, такъ что оно обнимаетъ собою и власть дѣда. L. 14 D. l. 6 § 1. C. h. t., § 7 I. quod cum eo 4. 7. Усыновленные дѣти: l. 1 § 2. D. h. t.

[3] L. 9 § 2 D. h. t.

[4] Предписаніе касается не только несовершеннолѣтнихъ, но и совершеннолѣтнихъ. Оно даже расчитано преимущественно на совершеннолѣтнихъ, такъ какъ отъ кредитованія несовершеннолѣтнимъ можетъ удерживать уже одно опасеніе предъ in integrum restitutio.

[5] L. 1 § 3 D. h. t. In filio familias nihil dignitas facit, quominus SCum Macedonianum locum habeat. Nam etsi consul sit, vel cuiusvis, SCo locus est».

[6] Приведенное въ предъидущемъ примѣчаніи мѣсто продолжаетъ:—«nisi forte castrense peculium habet tuncenim SCum cessabit», а l. 2 eod. присовокупляетъ: «usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamilias fungantur» Къ этому l. 7 § 1 C. h. t., въ которой Юстиніанъ постановляетъ, что всякій сдѣланный солдатомъ заемъ дѣйствителенъ. Впрочемъ мнѣнія о дѣйствительномъ смыслѣ этихъ мѣстъ и о выводахъ, которые можно сдѣлать изъ нихъ, сильно расходятся между собою, ср. цитаты у Дитцеля стр. 23 сл., Dueckers стр. 116 слѣд. (Фиттингъ peculium castrense стр. 165 слѣд.). Весьма распространенное мнѣніе понимаетъ l. 7 § 1 C. cit, по буквальному ея содержанію, въ томъ смыслѣ, что заемъ, сдѣланный солдатомъ, безусловно дѣйствителенъ, такъ что заемъ этотъ съ одной стороны не находится въ зависимости отъ состава и существованія caustrense peculium, а съ другой отецъ отвѣчаетъ по actio de peculio (прим. 15). Основаніе, по которому какъ я полагаю, нельзя придерживаться буквальнаго содержанія этого мѣста, лежитъ въ заключительныхъ его словахъ. «In plurimis enim iuris articulis filiifamilia milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt».—Это вѣрно лишь для лагернаго (castrense) пріобрѣтенія и удивительно напоминаетъ l. 2 D. cit.—«et ex praesumtione omnis miles non creditur in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causas castrenses». Къ чему это, еслибъ Юстиніанъ допускалъ способность солдатъ къ совершенію займовъ безъ всякой связи съ способностью къ рес. castrense? Въ этихъ словахъ я вижу ясное указаніе на дѣйствительную мысль Юстиніана. На сколько сынъ способенъ къ пріобрѣтенію, на столько онъ способенъ къ совершенію займа. Но не слѣдуетъ ли, спра-

2) Запрещены только денежные займы, а не займы другихъ замѣнимыхъ вещей [7], и только тѣ займы, при которыхъ состоящій подъ властью дѣйствительно получаетъ деньги; запрещеніе это не распространяется на тѣ случаи, когда состоящему подъ властью предоставляется удержать въ видѣ займа то, что онъ долженъ [8].

3) Запрещеніе это не распространяется на займы, заключаемые съ согласія отца семейства, будетъ ли оно дано явно или молчаливо [9], будетъ ли оно предшествовать займу или послѣдуетъ

шиваетъ Юстиніанъ, ограничить его способность къ заключенію займа на тотъ случай, когда онъ дѣлаетъ заемъ въ виду возможнаго для него пріобрѣтенія? И на это Юстиніанъ даетъ отрицательный отвѣтъ. Нѣкоторые выводятъ изъ l. 1 § 3 D. cit. положеніе, что сынъ отвѣтствуетъ въ размѣрѣ владѣннаго имъ, во время предъявленія съ него требованія, castrense peculium, и тогда, когда онъ при заключеніи займа не былъ еще солдатомъ. Я полагаю, что слова «nisi habeat castrense peculium», при соображеніи ихъ связи съ предъидущимъ (въ особенности съ § 2), могутъ имѣть отношеніе только къ времени совершенія займа. Съ другой стороны нельзя изъ нихъ вывести того положенія, какъ многіе дѣлаютъ, что сынъ долженъ быть, при заключеніи займа, не только солдатомъ, но дѣйствительно имѣть уже castrense peculium. 3) Правила о peculium castrense распространяются господствующимъ мнѣніемъ и на peculium quasi castrense, а многими и на peculium adventicium irregulare. Это и мое мнѣніе. Я не нахожу затрудненія въ распространеніи того, что признано въ источникахъ на счетъ filiussfamilias на такихъ сыновей, которые, подобно ему, занимаютъ положеніе, дѣлающее ихъ способными къ пріобрѣтенію, напр. на должностныхъ лицъ гражданскаго, придворнаго и церковнаго вѣдомства и адвокатовъ. Заемъ, сдѣланный подобнымъ лицомъ нельзя считать займомъ in mortem patris. Но возможность получить подарки отъ императора и его супруги или возможность наступленія случая peс. adventicium irregulare не исключаетъ еще займа in mortem patris. (См. также Bl. f. R Anw. XXXIII. стр. 155 слѣд.). 4) Дитцель, согласный съ сказаннымъ въ 1 и 2, устраняетъ дѣйствіе сенатусконсульта не только во всѣхъ случаяхъ peс. quasi castrense и не только при peс. adventicium irregulare, но и при peс. adventicium regulare, и приходитъ къ заключенію, что онъ въ настоящее время не примѣнимъ вовсе (стр. 151—152 слѣд.). Но ясно, что перспектива получить удовлетвореніе одинаково не прочна для заимодавца, будетъ ли получатель не способенъ къ пріобрѣтенію, или къ отчужденію. 5) Въ рѣшеніи вельфенбюттельскаго аб. ап. суда принято, что странчій, какъ и солдатъ, безусловно способенъ къ заключенію займа (Зейфф. Arch. XV. 20).—Что касается современнаго права, то съ пріобрѣтеніемъ самостоятельнаго положенія, обыкновенно связано устройство собственнаго хозяйства, а съ нимъ прекращеніе родительской власти (§ 525 прим 20).

[7] L. 7 § 3 D. h. t. Гораздо меньше другіе контракты, l. 3 § 3 cod. L. 7 pr. § 2 l. 13 cod. Ср. также l. 3 § 4—l. 6 cod Безразлично, будетъ ли заемъ безпроцентный или съ платежемъ процентовъ, l. 7 § 9 cod.

[8] L. 3 § 3 D. l. 3 C. h. t.

[9] Положительное согласіе: l. 2 l. 4 l. 5 i. f l. 7 pr. C. h. t. Ср. l. 12 l. 14 D cod. Безмолвное согласіе заключается, между прочимъ, въ отсутствіи противорѣчія со стороны отца, знающаго о займѣ, l. 7 § 11. 12 (*vv.* si pater ignoravit) ср. и l. 16 D. h. t.,—предполагая, что сынъ дѣлаетъ заемъ не на чужой счетъ, наприм. въ качествѣ institor'а другаго, l. 7 § 11 cit. Ср. Дускерсъ p. 46.—Положеніе, что согласіе отца дѣлаетъ заемъ дѣйствительнымъ, разсматривается обыкновенно какъ «исключеніе» изъ сенатусконсульта. Но мнѣ кажется, что оно вытекаетъ непосредственно изъ смысла послѣдняго, какъ ограниченіе его буквальнаго содержанія, понимаемаго слишкомъ широко. Сенатъ хотѣлъ охранить молодыхъ людей отъ займовъ, какъ средство къ пороч-

впослѣдствіи [10], запрещеніе это не распространяется также на тѣ займы, на которые хотя отецъ семейства и не согласился, но которые онъ долженъ признать за заключенные въ его интересѣ [11].

4) Неблагопріятныя послѣдствія нарушенія этихъ запрещеній не падаютъ на того кредитора, который по извинительному заблужденію принималъ состоящаго подъ властью за самостоятельное лице [12].

5) Неблагопріятныя послѣдствія нарушенія этого запрещенія заключаются въ томъ, что кредиторъ не имѣетъ права требовать возвращенія переданнаго; точнѣе: его требованію, самому по себѣ основательному, можетъ быть противопоставлено возраженіе [13].

ному образу жизни, но понятно, что согласіе отца устраняетъ это опасеніе. Сказанное о природѣ этого положенія относится въ равной мѣрѣ къ положеніямъ въ прим. 11 и 12.

[10] L. 7 pr. C. h. t., l. 7 § 15 l. 16 D. eod.

[11] Въ этихъ займахъ заключается in rem patris versio. L. 7 § 12—14 l. 17 D. h. t., l. 2 l. 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 4. Nov. 115 c. 3 § 13. Дитцель § 9. 10. Въ частности имѣютъ примѣненіе положенія объ actio de in rem verso. Согласно съ этимъ сенатусконсультъ не имѣетъ мѣста и тогда, когда дитя занимаетъ деньги для удовлетворенія собственныхъ потребностей, которыя отецъ удовлетворилъ бы изъ своихъ средствъ, еслибъ не было сдѣлано займа, l. 7 § 14 l 2 5 C. h. t., l. 47 i. f. D. de solut. 46. 3. Ср. § 483. Я причисляю сюда и l. 7 § 14 D. h. t. «Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, SCi cessabit exceptio». Я отношу это мѣсто къ долгу отца, уплоченному за него сыномъ. Другіе понимаютъ это мѣсто о собственномъ долгѣ сына и основываютъ на немъ изъятіе слѣдующаго содержанія: если дитя заключаетъ заемъ для удовлетворенія кредитора (Вангеровъ I § 245 прим. nr. 2 d. Сиитенисъ стр. 516, Дускерсъ стр. 163 слѣд., [послѣдній отчасти въ отношеніи отвѣтственности самого дитяти], Дитцель), или, въ связи l. 47 § 1 D. de solut. 46. 3, расширяютъ изъятіе въ положеніе, что сенатское постановленіе не примѣнимо и тогда, когда заемъ оправдывается потребностью, или неотложной потребностью дитяти. Сама по себѣ привлекательна мысль о томъ, что кредиторъ можетъ защищаться противъ сенатскаго постановленія, доказывая, что заемъ сдѣланъ дитятей не для разврата. Но я не думаю, чтобъ римская юриспруденція заходила такъ далеко въ ограниченіи его буквальнаго смысла. Мнѣ кажется, что она сознавала опасность, сопряженную съ такимъ взглядомъ и остановилась просто на положеніи: заемъ заключенъ дитятей, какъ таковымъ, законъ же дозволяетъ заемъ съ согласія или для цѣлей отца. Что же касается l. 7 § 14 cit, то слѣдуетъ обратить вниманіе на то, что, по l. 7 § 12 D. h. t., дѣйствіе сенатусконсульта не уничтожается («SC° locus erit»), если дитя дѣлаетъ заемъ у отца для уплаты собственнаго долга; далѣе, что въ § 11 l. 7 рѣчь идетъ о voluntas отца, въ § 12 и 13—объ in rem patris versio, въ § 15—о подтвержденіи отца: не правдоподобно ли будетъ отнести къ отцу и § 14? Согласно съ изложеннымъ здѣсь разрѣшено дѣло дрезденскимъ общимъ апелляціон. судомъ, Souff. XI. 229.

[12] L. 3 pr. § 1 l. 19 D. l. 1. 2 C. h. t., ср. l. 10 D. de re iud 42. 1. (Зейфф. Arch. XXII. 37). Какъ разрѣшить тотъ случай, когда заемъ заключенъ многими лицами въ качествѣ корреальныхъ кредиторовъ или должниковъ, и заблужденіе имѣется у одного или относительно одного изъ нихъ? Объ этомъ l. 7 § 7. 8 D. h. t. Ср. Дитцель стр. 26 слѣд 90, 99, Вангеровъ I § 245 прим. nr. 2. a, Дускерсъ стр. 142 слѣд. Дитцель находится и здѣсь подъ вліяніемъ своего ошибочнаго взгляда на принципъ сенатусконсульта.

[13] Exceptio SCi Macedoniani. Ср. Дитцель стр. 102 слѣд., Шванертъ стр. 346, Дус-

Это возраженіе принадлежитъ состоящему подъ властью не только въ продолженіи существованія отеческой власти, но и послѣ ея прекращенія [14]. Далѣе оно принадлежитъ не только самому состоящему подъ властью, но и отцу семейства, если послѣдній будетъ привлеченъ къ отвѣтственности въ виду предоставленнаго подвластному отдѣльнаго имущества (peculium) [15]. Тѣмъ не менѣе это возраженіе не исключаетъ естественнаго обязательства подвластнаго; о томъ, на сколько оно могло пользоваться правовымъ признаніемъ, см. § 41, № 5 [16].

керсъ стр. 36—45. Возраженіе это можетъ быть дѣлаемо и въ исполнительной инстанціи. Байеръ Verträge стр. 360, Ветцелль Civilpr. § 47 прим. 123, рѣшеніе ростокскаго об. ап. суда у Бухки и Будде Entscheidungen V nr. 50 присоединяетъ слѣдующее ограниченіе: предполагая, что процессъ былъ начатъ еще при существованіи родительской власти—иначе въ непредъявленіи возраженія заключается обязательное признаніе. Тоже Е. А. Зейфф. въ Seuff. Pand. § 312 прим. 6. См. объ этомъ ниже примѣч. 17. Достаточно ли доказать, что отецъ жилъ еще при заключеніи займа, или доказательство должно быть направлено на существованіе родительской власти во время заключенія онаго? Зейфф. Arch. XXII 339 (ср. XV. 36).

[14] «Etiam post mortem patris», l. 1 pr. D. h. t., Paul. S. R. II. 10 § I. На это именно время расчитано возраженіе, такъ какъ кредиторъ не имѣетъ возможности прежде получить удовлетвореніе по отсутствію имущества у дитяти.

[15] L. 6 pr. C. l. 7 § 10 D. h. t., см. также l. 9 § 2 eod. Отецъ отвѣтствуетъ по actio quod iussu, institoria, de in rem verso, такъ какъ къ случаямъ, ими предусматриваемымъ, не примѣнимъ сенатусъ-консультъ (nr. 3).— Въ томъ нѣтъ противорѣчія, что въ l. 18 D. h. t. въ связи съ l. 11. 12 D. de fidei. 46. 1 признается возможность actio de peculio по займу, заключенному вопреки сенатскаго постановленія. Ибо actio de peculio направлена лишь противъ обогащенія. Извѣстно, что actio de peculio и actio de in rem verso составляютъ una actio съ двойной кондемнаціей; полное ихъ названіе слѣдующее: actio de peculio deque eo quod in rem domini etc. versum est. Впрочемъ можно и по actio de peculio требовать то, что пошло въ пользу отца семейства, ср. напр. l. 19 D. de in rem verso 15, 3. Предоставленная въ l. 12 § 13 D. mond. 17. 1 actio de peculio связана положительно съ предположеніемъ, что заемъ изданъ «contra Senatusconsultum» (напр. съ вѣдома отца или при iusta ignorantia кредитора); l. 3 § 4 i. f. D. de min. 4. 4 можно истолковать въ этомъ по крайней мѣрѣ слыслѣ; l. 1 C. ne fil. pro patre 4. 13, если читать ее правильно (neque contra вмѣсто neque si contra), не даетъ actio de peculio при нарушеніи сенатскаго постановленія. Ср. о разногласіи мнѣній Дитцель стр. 59 слѣд., Дускерсъ стр. 72 слѣд.

[16] Въ частности слѣдуетъ замѣтить: естественное обязательство дитяти проявляетъ свое дѣйствіе и въ томъ, что оно не можетъ требовать назадъ уплоченныхъ денегъ (§ 41 прим. 18). Но уплачивая въ состояніи filiifamilias, оно платитъ чужія деньги; деньги, принадлежащія къ собственности отца: но имѣетъ ли, по крайней мѣрѣ, послѣдній право требовать таковыя обратно? Безъ сомнѣнія имѣетъ онъ виндикацію, если монеты имѣются еще, но имѣетъ ли онъ облигаторное право требованія, если кредиторъ издержалъ ихъ. Еслибъ на вопросъ этотъ пришлось отвѣчать на основаніи общихъ правилъ, то мы ни минуты не колебались бы въ отвѣтѣ: мы бы сказали, что отцу не принадлежитъ право обратнаго требованія, если кредиторъ добросовѣстно потребилъ деньги; ибо хотя кредиторъ обогатился въ размѣрѣ цѣнности полученныхъ имъ денегъ, но онъ въ то же время сдѣлался бѣднѣе на сумму своего требованія (§ 94 прим. 8). Наоборотъ, кредиторъ отвѣтствуетъ, конечно, предъ отцемъ, если онъ потребилъ деньги недобросовѣстно, отвѣтствуетъ на основаніи rei vindicatio и actio ad exhibendum въ качествѣ fictus possessor), condictio sine causa и furtiva. Если мы засимъ находимъ,

6) Возраженіе это утрачивается вслѣдствіе отказа отъ него подвластнаго, послѣ того, какъ онъ сдѣлался самостоятельнымъ, т. е. вслѣдствіе особаго договора, заключеннаго имъ съ кредиторомъ, которымъ состоявшій подъ властью обязывался не дѣлать употребленія изъ этого возраженія. Признаніе полученія займа, сдѣланное не въ видѣ договора, недостаточно [17]. Отказъ, сдѣланный во время существованія родительской власти, не имѣетъ обязательнаго значенія [18]. Возраже-

---

что изъ двухъ источниковъ, принадлежащихъ одному сочинителю, одинъ даетъ отцу condictio (l. 9 § 1 D. h. t), другой же отказываетъ ему въ этомъ (l. 14 D. de R. C. 12, 1), то естественнѣе всего объяснить это только что указаннымъ различіемъ. Этому не противорѣчатъ и слова: «exaiui eventu» въ первомъ источникѣ. Смыслъ ихъ не тотъ, что отецъ имѣетъ condictio при всѣхъ случаяхъ, а тотъ, что отецъ имѣетъ, если не виндикацію, то «во всякомъ случаѣ» кондикцію. Это соединеніе обоихъ мѣстъ было неоднократно дѣлаемо (Глюкъ XIV стр. 318, Унтергольцнеръ 1 стр. 149 прим. n, Витте Bereicherungsklagen стр. 299). Иные полагаютъ, что въ l. 14 cit. содержится лишь отказъ въ condictio ex mutuo, а не въ conditio sine causa (Синтенисъ II § 108 прим. 48); еще другіе считаютъ противорѣчіе неразрѣшимымъ (Дитцель стр. 122 слѣд., Бриницъ стр. 394, Veigt cond. ob causam стр. 752 — 754, Дускерсъ p. 89 слѣд.). Пухта Vorles. zu § 306 придерживается заступаемаго здѣсь мнѣнія, но замѣняетъ въ l. 9 § 1 cit. слово «condictionem» словомъ «vindicationem». И Шванертъ Naturalob. стр. 192 слѣд. видитъ въ этой замѣнѣ единственное спасеніе, но учитъ, что отецъ ни въ какомъ случаѣ не имѣетъ права обратнаго требованіе.

[17] Съ этимъ согласенъ Дускерсъ p. 122 слѣд., не такъ господствующее мнѣніе. Здѣсь все сводится къ слѣдующимъ мѣстамъ: a) L. 9 pr. D. h. t. Въ этомъ мѣстѣ говорится ясно, что обезпеченіе долга закладомъ устраняетъ exc. SC-i лишь въ размѣрѣ заклада (см. впрочемъ и Дернбургъ Pfandrecht I стр. 548). b) Такъ какъ нѣтъ основанія утверждать, что частичное исполненіе простираетъ свое дѣйствіе далѣе, чѣмъ обезпеченіе въ части долга закладомъ, то l. 7 § ult. D. h. t. («Si paterfamilias factus solverit patrem debiti, cessabit SC-um, nec solutum repetere potest») слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что дѣйствіе сенатусконсульта отпадаетъ относительно уплоченнаго, и потому слѣдуетъ читать въ l. 9 pr. cit. вмѣсто «sed» — «sed et». Объясненіе это принимается отчасти и тѣми, которые обыкновенно допускаютъ признаніе просто, какъ основаніе къ устраненію возраженія, ср. отчетъ у Дитцеля стр. 132, Вангеровъ стр. 455. c) L. 2 C. h. t Zenodorus si... suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alius agnovit Mebitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est». Подъ признаніемъ, о которомъ говорится здѣсь, не необходимо разумѣть иное, чѣмъ то, которое заключается въ новаціи, т. е. заключеніе юридической сдѣлки, вслѣдствіе которой долгъ трактуется, какъ дѣйствительный, напр. закладъ, обѣщаніе исполненія, установленія поручительства. Эти юридическія сдѣлки дѣйствительны (по естественному обязательству, лежащему въ ихъ основаніи); но это не значитъ, что они простираютъ дѣйствіе за свои предѣлы, дѣлая обязательной и ту часть долга, которая ими не покрывается. Ср на счетъ этого смысла слова «agnoscere» l. 64 D. de cond. ind. 12, 6. Бухка и Будде Entcheid. d. Ob. Ap. Ger. zu Rostock V стр. 275—277.

[18] Это общее мнѣніе, безъ сомнѣнія вѣрное для того случая, когда отказъ дѣлается при самомъ заключеніи займа. Допущеніе такого отказа находилось бы въ противорѣчіи съ цѣлью сенатусконсульта. Должники того сорта, который имѣлъ въ виду сенатъ, готовы будутъ на отказъ лишь бы добыть денегъ. Съ другой стороны не безспорна необязательность отказа, сдѣланнаго послѣ заключенія займа. Еслибъ дитя хотѣло прямо обѣщать кредитору 100 въ видѣ дара, то такое обѣщаніе безусловно дѣйствительно, почему-же быть ему недѣйствительнымъ, когда дитя обѣщаетъ кредитору не воспользо-

ніе не имѣетъ силы при возстановленіи въ прежнемъ состояніи (restitutio) [19].

2. Ссуда. *.

а) *Ссуда въ тѣсномъ смыслѣ слова* **.

α. Понятіе.

§ 126. Дать въ ссуду значитъ передать кому либо вещь для опредѣленнаго безвозмезднаго употребленія [1] съ тѣмъ, чтобы вещь эта послѣ ея употребленія была возвращена. Договоръ ссуды совершается принятіемъ ссужаемой вещи [2].

1) Ссудѣ можетъ подлежать все то, что посредствомъ употребленія, для котораго оно передается, не потребляется, хотя бы оно вообще въ оборотѣ принадлежало къ числу потребляемыхъ вещей [3]. Далѣе ссудѣ можетъ подлежать имущество недвижимое, какъ и движимое [4]. На дѣйствительность договора ссуды не имѣетъ вліянія и то, принадлежитъ ли вещь въ собственность тому, кто отдастъ ее въ ссуду [5]; если же она принадлежитъ принявшему ссуду, то договоръ ссуды дѣйствителенъ лишь въ томъ случаѣ, когда она отдается въ ссуду, какъ завѣдомо принадлежащая принявшему ее [6], а не при существованіи заблужденія о ея принад-

---

маться принадлежащимъ ему возраженіемъ противъ требованія послѣдняго въ 100? Тѣмъ не менѣе и по отношенію къ этому отказу приходится стать на точку зрѣнія общаго мнѣнія въ виду l. 2 C. h. t., которая не допускаетъ доказательства противнаго (выводимаго изъ «suae potestatis factus», при той полнотѣ, съ которой она перечисляетъ случаи отпаденія ex SC-i. Если же для дитяти не обязательно его обновленное обѣщаніе, то тѣмъ менѣе можетъ быть для него обязателенъ отказъ отъ возраженія.

[19] L. II § 7 D. de min. 4, 4.

* Г. Е. Шмидтъ das Commadatum und precarium (1841). Критцъ Pandektenrecht § 126. ч. 1 т. I стр. 385—460 (1837).

** Dig. 13, 6 commodati vel contra. Cod. 4, 23 de commodato. Глюкъ XIII стр. 246—474; Унтергольцнеръ II стр. 552—560, Синтенисъ II стр. 547—551.

[1] Отдающій остается собственникомъ; онъ сохраняетъ даже юридическое владѣніе, такъ какъ ссудопринимать владѣетъ отъ его имени (I § 155 прим. 3). L. 8, 9 D. h. t., l. 3 § 20, l 20 D. de A. v A. P. 41, 2.

[2] Договоръ ссуды есть реальный договоръ. § 2 J. quib. mod. re 3, 14. «Item is cui res aliqua utenda datur, i. e. obligatur».

[3] L. 3 § 6, l. 4 D. h. t. «Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi fortead pompam vel ostentationem quis accipiat. Saepe enim ad hoc commodantur pecuniae, ut dicis gratia numerationis loco intercedant». L. 18 § I D. de R. C. 12, 1.

[4] Если сообразоваться съ общеупотребительнымъ разговоромъ, то подлежитъ сомнѣнію, можно ли говорить о «ссудѣ» недвижимости, какъ это было и у римлянъ съ выраженіемъ «commodare». Но во всякомъ случаѣ къ предоставленію пользованія недвижимостью примѣнимы тѣ же юридическія положенія, что и къ предоставленію пользованія движимою вещью. L. I § 1 D h. t., l. 17 pr. D. h. t., l. 17 pr. D. de praescr. verb. 19, 5.—Ссуда безтѣлесныхъ вещей? Шмидтъ въ указ. мѣстѣ Стр. 117, Синтенисъ II § III прим. 1.

[5] L. 15, 16 D. h. t.

[6] Arg. l. 28 D. de A. v. A. P. 41. 2.

лежности [7]. Точно также обязательство принявшаго ссуду прекращается, если онъ впослѣдствіи пріобрѣтетъ право собственности на ссуженую вещь [8].

2) Употребленіе, для котораго передается вещь, можетъ быть болѣе или менѣе обширно: оно можетъ быть съ точностью опредѣлено въ договорѣ или можетъ быть выведено изъ побочныхъ обстоятельствъ [9].

3) Безмездность употребленія есть необходимое условіе договора ссуды. Если выговорена плата, то возникаетъ договоръ имущественнаго найма, если же плата опредѣлена не деньгами, то имѣетъ мѣсто безъимянный договоръ [10].

β. Обязательство.

§ 127. Обязательства изъ договора ссуды не подлежатъ общимъ правиламъ, которыя могли бы служить для обсужденія каждаго отдѣльнаго случая. Скорѣе судьѣ предоставляется по его усмотрѣнію для каждаго отдѣльнаго случая опредѣлить содержаніе обязательства сторонъ, по соображенію съ общимъ и особымъ содержаніемъ сдѣлки [1]. Основныя положенія суть слѣдующія:

1. Главная часть обязательства [2] изъ договора ссуды заключается въ обязанности принявшаго возвратить принятую вещь [3]. Съ главною вещью должны быть возвращены и всѣ принадлежности ея, которыя были отданы въ ссуду вмѣстѣ съ нею [4]; точно также и всѣ выгоды, которыя принявшій извлекъ изъ нея [5]. Если принявшій не можетъ возвратить вещи или не можетъ возвратить ее въ неповрежденномъ состояніи [6], то онъ отвѣтствуетъ въ возмѣ-

---

[7] L. 15 D. dep. 16, 3. Ср. l. 45 pr. D. de R. I. 50, 17.

[8] Ср. l. 20 § 3, l. 29 D. de pign. act. 13, 7, l. 9 § 6 D. loc. 19, 2.

[9] Ср l. 3 § 6, l. 5 § 7, 8, 12, l. 10 pr. D. h. t., l. 76 pr. D. de furt. 47, 2, § 7 J. de obl. quae ex del. 4, 1. Критцъ Samml. von Rechtsfällen I стр. 189 слѣд. Pandecktenrecht ч. 1 т. II стр. 387 слѣд. Другаго мнѣнія Шмидтъ, старающійся доказать, что опредѣленность употребленія принадлежитъ къ существу ссуды. См. объ этомъ Вангеровъ III § 691 прим. пг. VI. Синтенисъ II стр. 547 прим. 1 въ концѣ.

[10] § 2 i. f. quib. mod. re 3, 14, l. 5 § 12 D. h. t., l. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19, 5.

§ 127. [1] Римское право выражается объ этомъ положеніи, что actio commodati есть actio bonae fidei, § 28. I. de act. 4. 6. Ср. 1 § 46. Прим. 4.

[2] Actio commodati directa.

[3] L. 2 pr. D. de R. C. 12. 1. «Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; alioquin commodatum erit aut depositum.»—Въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ принимать, что воля сторонъ была, чтобы получатель возвратилъ самую полученную вещь. См. § 58 прим. 3.

[4] L. 5 § 9. 13 D. h. t., l. 14 § 15 D. de furt. 42. 2.

[5] L. 38 § 10 D. de usur. 22. 1, l. 14 § 15 D. de furt. 47. 2. 0. l. 22 pr.—§ 3 C. h. t. (Ср. § 79 прим. 12) ст. Йерингъ Abhandlungen стр. 48—50, Моммзенъ Erörterungen 1 стр 93. 94.

[6] L. 3 § 1 D. h. t. «Si reddita quidem sit res commodata, sed deterior reddita,

щенія ущерба не только въ томъ случаѣ, когда невозможность проистекла отъ злаго умысла, но и въ томъ, если она произошла отъ его неосторожности [7] [8], развѣ договоръ ссуды, по исключенію, былъ заключенъ не въ интересѣ принявшаго, но въ интересѣ отдавшаго [9]; за случайность принявшій отвѣчаетъ только тогда, если это было положительно выговорено [10] или въ случаѣ утайки [10a]. Что касается срока возвращенія, то принявшій не обязанъ возвращать ссуженой вещи ранѣе опредѣленнаго договоромъ срока, а если онъ не былъ опредѣленъ, то ранѣе окончанія употребленія вещи [14]. Эти правила не имѣютъ мѣста: а) если получившій ссуду злоупотребляетъ ссуженою вещью [12], в) если отдавшій въ ссуду самъ нуждается въ вещи, а для получивша-

---

non videtur reddita, quae deterior facta redditur, nisi quod interest praestetur; proprie enim dicitur res non reddita quae deterior redditur.»

[7] Обыкновенная, неквалифицированная небрежность. levis culpa (§ 17 прим. 8).

[8] L. 5 § 2. 15 l. 10 pr. l. 18 pr. D. h. t., l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, § 2 I. quib. mod. re 3. 14. Ср. l. 5 § 4—7. 9. 13. 14 l. 12 § 1 l. 19 l. 20 l. 23 D. h. t.

[9] L. 5 § 10 D. h. t.:—«si suo duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scenicis commodavit....» L. 10 § 1 l. 12 pr. eod. O l. 18 pr. i. f. D. h. t. ст. Гассе Culpa § 47, Синтенисъ II. § 111 прим. 16, Дернбургъ Pfandrecht I стр. 151.

[10] L. 1 C. h. t., l. 21 § 1 D. h. t. Сюда относится и тотъ случай, когда вещь дается съ обозначеніемъ ея цѣны, въ томъ смыслѣ, что имѣетъ быть возвращена или вещь, или цѣна ея. L. 5 § 3 D h. t., ср. l. 7 § 5 i. f. D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Chamboн Beiträge стр 15 слѣд То обстоятельство, что получатель обязанъ возмѣстить предъ при случайной потерѣ или поврежденіи, если случай былъ послѣдствіемъ завѣдомо неправильнаго употребленія (l. 5 § 7 D. h t., l. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7, § 2 I. quib. mod. re 3. 14),—не составляетъ исключенія изъ того положенія, что принимательъ отвѣтствуетъ лишь за culpe. Если онъ привлекается къ отвѣтственности, то, собственно говоря, за culpa, которая заключается въ завѣдомо неправильномъ употребленіи вещи; но основаніемъ подобной отвѣтственности служитъ не прямое послѣдствіе этой вины, а косвенное: не будь неправильнаго употребленія, вещь не подверглась бы случайности. Впрочемъ, завѣдомо неправильное употребленіе вещи подходитъ и подъ понятіе о furtum. L. 5 § 8 D. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, § 6. 7. I. de obl. quae ex del. 4. 1.

[10a] Furtum rei. Принимательъ отвѣтствуетъ въ этомъ разѣ по правиламъ condictio furtiva (§ 177), установленнымъ для случая, который не находится ни въ какой причинной связи съ furtum. Arg. l. 1 § 25 D. h. t. (§ 130 прим. 8a).

[11] L. 5 pr. l. 17 § 3 D. h. t, c. un. X. de commod. 3. 15 L. 17 § 3 cit. «Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est, commodare: ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, i. e. postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque; geritur enim negotium invicem; et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat. quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles.» Примѣры въ самыхъ источникахъ. Шмидтъ въ указ. м. стр. 184 слѣд.

[12] Arg. l. 3 C. de loc. 4. 65.

го ея не произойдетъ несоразмѣрнаго ущерба отъ ея возвращенія [13].

2. Возможно, что изъ договора ссуды возникнетъ право въ пользу получившаго ссуду противъ отдавшаго, именно [14] вслѣдствіе необходимыхъ и необыкновенныхъ издержекъ [15], далѣе вслѣдствіе ущерба, причиненнаго отданной въ ссуду вещью, причемъ отдавшій въ ссуду, если договоръ по исключенію не былъ заключенъ въ интересахъ послѣдняго, отвѣчаетъ только за злой умыселъ [16]. Принявшій въ ссуду можетъ осуществить свое обратное требованіе посредствомъ удержанія (retentio), при требованіи возвращенія (§ 103), или посредствомъ особаго иска [17].

b) *Дача на подержаніе впредь до усмотрѣнія (Precarium)* *.

§ 128. Отъ ссуды въ собственномъ смыслѣ должно отличать тѣ случаи, когда отдается вещь для пользованія, причемъ отдающій въ ссуду не хочетъ обязаться самъ и когда нѣтъ основанія предполагать, чтобы онъ захотѣлъ обязать противную сторону чѣмъ либо инымъ, кромѣ того, что предполагается само собою, то есть возвращеніемъ полученнаго. Сюда относятся тѣ случаи взаимныхъ услугъ, къ которымъ стороны не желаютъ примѣнить строго юридическій масштабъ. На нѣмецкомъ языкѣ нѣтъ выраженія, которымъ опредѣлялись бы особенности этого понятія и отличіе его отъ договора ссуды въ собственномъ смыслѣ слова [1]; римляне употребляли для этого выраженіе precarium [2].

---

[13] Ст. Унтергольцнеръ стр. 555, который замѣчаетъ въ примѣчаніи g: «что касается этого исключенія, то не слѣдовало бы такъ упорно держаться l. 3 C. de loc. 4. 65 (такъ какъ трудно предположить, чтобы законъ этотъ разрѣшилъ прогнать нанимателя безъ всякаго вознагражденія, если помѣщеніе понадобится самому хозяину), а скорѣе имѣть въ виду требованіе bona fides, которая присуща commodatom'у. См. также Синтенисъ § 111 прим. 7, и Шмидтъ стр. 185.

[14] См. кромѣ того l. 17 § 3 D. h. t., l. 17 § 5 eod. (ср. l. 2 D de cond. sine causa 12. 7), l. 21 pr. eod.

[15] L. 18 § 2 D. h. t. «Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, velut de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendive eius causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet; modica enim impendia verius est, ut, sicut cibariorum, ad eundem pertineant.» L. 15 § 2 l. 59 D. de furt. 47. 2, Paul. S. R. II. 4 § 1.

[16] L. 17 § 3 l. 18 § 3 l. 22 D. h. t., l. 61 § 6 D. de furt. 47 2.

[17] Actio commodati contraria. L. 18 § 4 D. h. t., l. 15 § 2 l. 59 D. de furt. 47. 2.

§ 128. * Dig. 43, 26 de precario. Cod. 8, 9 de precario et Salviano interdicto.—О прекаріумѣ, кромѣ поименованнаго въ предъидущемъ § сочиненія Шмидта, трактуетъ: Буллингъ das Precarium (1846). Унтергольцнеръ II. стр. 564—568, Синтенисъ II. стр. 551—556, Вангеровъ III. § 691 прим. См. также Ранда der Besitz nach österr Recht стр. 275 слѣд. (ср. I § 154 прим. 4), Дегенкольбъ Platzrecht und Miethe стр. 170 слѣд.

[1] Не «Bittvertrag» ли? «Bittbesitz?» «Vergünstigung?»

[2] Первоначально римляне трактовали о прекаріумѣ, игнорируя его договорный ха-

Согласно сказанному, обязательство принявшаго вещь [3] ограничивается возвращеніемъ вещи; за невозвращеніе вещи до судебнаго рѣшенія принявшій оную присуждается къ возвращенію двойной стоимости ея [4]. Если получившій вещь не имѣетъ ея болѣе у себя, то онъ отвѣчаетъ только за злой умыселъ, ибо за умыселъ отвѣчаетъ всякій, независимо отъ договорныхъ соглашеній; за неосторожность онъ не отвѣчаетъ [5]. Съ другой стороны онъ обязанъ возвратить вещь по первому требованію отдавшаго ее; если даже было договорено о времени возвращенія, то это не можетъ быть толкуемо въ томъ смыслѣ, что получившій имѣетъ ка-

---

рактеръ. При отказѣ въ возвращеніи вещи, приниматель отвѣчалъ первоначально исключительно, какъ за нарушеніе чужаго владѣнія (interdictum de precario, 1 § 160 пит. 2). Эта сторона охраненія рѣшительно выступаетъ на первый планъ въ нашихъ источникахъ; лишь въ немногихъ мѣстахъ указывается на договорную природу отношенія. См. прим. 3 и ср. l. 14 D. h. t., l. 14 § 11 D. furt. 47. 4.—Въ источникахъ говорится о прекаріумѣ, какъ объ институтѣ, расчитанномъ собственно на недвижимыя имущества и впослѣдствіи только распространенномъ на движимости. L. 4 pr. D. h. t. «In rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit. Ср. Isidorii orig. V. 25. «Precarium est, dum creditor rogatio permittit, debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere». Этимъ существенно подкрѣпляется предположеніе Нибура, что прекаріумъ составляло первоначально формуленнаго отношенія между патрономъ и кліентомъ по владѣнію крестьянами публичными полями (ager publicus). Ср. Савиньи Besitz стр. 562 слѣд. (463 слѣд.). Практическое примѣненіе прекаріума представляется по источникамъ въ слѣдующемъ видѣ: закладоприниматель (первоначально creditor fiduciarius, Gai II. 60, Isidor. l. c.) возвращаетъ закладчику временное владѣніе и пользованіе заложенной вещью, l. 6 § 4 l. 4 D h. t. (ср. Дернбургъ Pfandr. II. стр. 77—79. 81—85, также Детенкольбъ въ указ. м. стр. 177 слѣд.); продавецъ предоставляетъ покупщику предварительное владѣніе и пользованіе вещью, т. е. до уплаты покупной цѣны, или до того времени, какъ опредѣлится, состоялась ли окончательно купля-продажа, или нѣтъ, l. 20 D. h. t., l. 13 § 21 D. de A. E. V. 19. 1, l. 11 § 12 D. quod vi aut clam. 43—24.—Было мнѣніе, что римское различіе между precarium и commodatum покоится исключительно на историческихъ основаніяхъ и не можетъ поэтому имѣть значенія для современнаго права. Въ такомъ смыслѣ высказывался Критцъ Sammlung von Rechtsfällen I. nr. 14 и Pandektenrecht. Противъ этого мнѣнія направлена преимущественно книга Г. Е. Шмидта (§ 126*); см. далѣе Вангеровъ въ указ. м. пр. VI и въ новѣйшее время Ранда въ указ. м. стр. 276 прим. 10. Не такъ далеко, какъ Критцъ, идетъ Бринцъ стр. 87. Если сказанное въ текстѣ вѣрно, то существуетъ различіе между precarium и commodatum въ идеѣ, которая для насъ столько же жива, сколько для римлянъ, хотя по обстоятельствамъ можетъ оказаться затруднительнымъ опредѣлить, какое изъ этихъ двухъ правоотношеній желали установить стороны. Но Шмидтъ въ прив. м. стр. 100 преувеличиваетъ, говоря, что precarium есть «чисто фактическое отношеніе», которое становится отношеніемъ юридическимъ лишь вслѣдствіе привлеченія получателя къ отвѣтственности.

[3] Actio praescriptis verbis. L. 2 § 2 l. 19 § 2 D. h. t., l. 23 D. de R. I. 50. 17, Paul. S. R. V. 6 § 10.

[4] L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. de loc. 4. 65 (§ 15 прим. 10. 15).

[5] Что это примѣняется не только къ interdictum de precario (l. 2 D h. t.), но и къ договорнымъ искамъ, показываетъ l. 23 D. de R. I. 50. 17. «Contractus quidam dolum malum tantum recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium....»

кое либо право на удержаніе [6]. Точно также получившій вещь не можетъ имѣть притязаній на возмѣщеніе ему издержекъ или ущерба, причиненнаго ему отданной вещью [7].

Относительно прекаріума вещей, которыя не принадлежатъ въ собственность отдавшему ихъ или принадлежатъ въ собственность принявшему, дѣйствуютъ тѣ же правила, что и при договорѣ ссуды (§ 126 № 1, въ концѣ) [8].

3. Отдача на храненіе *.

а) *Обыкновенный случай.*

α. Понятіе.

§ 129. Отдать вещь въ поклажу (deponere) значитъ передать ее кому либо на безмездное сохраненіе [1]; при возмездности сохраненія возникаетъ другая сдѣлка [2]. Договоръ поклажи совершается самимъ принятіемъ вещи на храненіе [3].

Поклажа предполагаетъ движимую вещь [4]; впрочемъ родъ отдаваемой на сохраненіе вещи безразличенъ. Относительно того, когда отданная на сохраненіе вещь не принадлежитъ отдавшему или когда она принадлежитъ въ собственность принявшему ее,

---

[6] L. 1 pr. § 2 l. 2 l 15 pr. D. h. t.; l. 12 pr. eod.

[7] Нигдѣ въ нашихъ источникахъ не говорится о такихъ встрѣчныхъ искахъ.

[8] L. 4 § 3 l. 6 § 4 D. h. t., l. 1 § 11 D. de itin. 43. 19, l. 23 D. de R. I. 50. 17.

§ 129. * Dig. 16. 3 Cod. 4. 34 depositi vel contra.—Глюкъ XV стр. 137—238; Унтергольцнеръ II стр. 659—673, Синтенисъ II § 112. Трактатъ Ашера представляетъ собою историко-юридическое сочиненіе, ср. вообще Арндтсъ въ Haimerl's V. I. Schr. XVII. 8.

[1] L. 1 pr. D. h. t. «Depositum est, quod custodiendum alicui datum est.» Но это не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что поклажеприниматель принимаетъ на себя обязанность хранить вещь, быть особенно дѣятельнымъ въ храненіи; онъ даетъ лишь помѣщеніе на томъ концѣ, чтобъ вещь хранилась въ немъ. L. 1 § 12 D. h. t. «Quodsi rem tibi dedi, ut . . tu custodires. . . . videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit. Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem; quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem.»

[2] L. 1 § 8—10 D. h. t.

[3] Договоръ поклажи есть договоръ реальный. L. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7, § 3. 1 quib. mod. re 3. 14.—Это отрицаетъ, для современнаго права, Унгеръ Jahrbuch. f. Dogmatik. VIII стр. 16 слѣд., который утверждаетъ, что по современному праву договоръ поклажи есть договоръ консессуальный. Унгеръ упускаетъ изъ виду, что въ безконечномъ числѣ случаевъ стороны не желаютъ установить для поклажеприниматель отвѣтственность, до дѣйствительнаго принятія имъ поклажи. Договоръ, направленный на принятіе на храненіе, считаю и я консенсуальнымъ договоромъ, не только относительно обязанности принимать на храненіе, но и обязанности возвращать поклажу. Поклажеприниматель называется въ источникахъ depositarius (выраженіе commodatarius не согласно съ источниками). Но слово depositarius употребляется также для обозначенія отдающаго на храненіе, l. 7 § 2. 3 D. h. t.

[4] Это вытекаетъ изъ понятія поклажи. Можно сторожить недвижимую вещь, но нельзя отвести ей помѣщеніе для храненія въ немъ. Ср. Синтенисъ въ указ. м. прим. 8.

дѣйствуютъ тѣ же правила, какъ и при договорѣ ссуды (§ 126 № 1, въ концѣ) [5].

β. Возникающія изъ договора поклажи обязательства.

§ 130. Договоръ поклажи, также какъ и договоръ ссуды не подходитъ подъ одну, строго опредѣленную правовую норму; и здѣсь рѣшительное значеніе имѣетъ усмотрѣніе судьи, основанное на намѣреніи сдѣлки [1]. Главнѣйшія основанія суть слѣдующія:

1. Главное обязательство, возникающее изъ договора поклажи, [2] есть обязательство принявшаго вещь возвратить таковую. Исполненія этого обязательства принявшій не можетъ избѣжать даже ссылкою на свое право собственности на требуемую вещь, если оно оспаривается отдавшимъ въ поклажу; онъ обязанъ возвратить вещь и затѣмъ особымъ искомъ можетъ осуществить свое право собственности [3]. Если онъ не можетъ возвратить отданной на сохраненіе вещи или не можетъ возвратить ее въ неповрежденномъ видѣ [4], то онъ отвѣчаетъ только за злой умыселъ, а не за небрежность [5]; развѣ договоръ поклажи по исключенію совершенъ въ его интересѣ [6], или онъ самъ вызвался на принятіе вещи на сохраненіе [7], или онъ по договору принялъ на себя отвѣтственность за неосторожность [8], или наконецъ оказался виновнымъ въ утайкѣ [8a]. Вмѣстѣ съ вещью должны быть возвращены

---

[5] L. 1 § 39 l. 31 § 1 D. h. t. (ср. Nov. 88 c. 1); l. 15 cod., l. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

[1] Actio depositi есть actio bonae fidei. § 28 I. de act. 4. 6, l. 1 § 23 D. h. t. § 130.

[2] Actio depositi directa.

[3] L. 11 C. h. t. (*vv.* actiones personales vel in rem).

[4] L. 5 § 16 D. h. t. «Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest».

[5] L. 1 § 10 l. 32 D. h. t. и чаще тамъ же, l. 1 C. eod.; Coll. X. 2 § 1. 4, 7 § 6. Унтергольцнеръ стр. 666: «Это естественно, такъ какъ въ отношеніи нѣтъ ничего такого, изъ котораго можно было бы вывести обязанность нещись въ собственномъ смыслѣ; справедливость же то же не требуетъ, чтобы отвѣтственность кого нибудь, не имѣющаго выгоды отъ сдѣлки, простиралась далѣе недобросовѣстности». L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 § 5 D. de O. et A. 44. 7. Ср. также Йерингъ das Schuldmoment im röm Privatrecht стр. 30 слѣд. [Кирульфъ Entscheidungen de OAG. zu Lübeck 1867 стр. 1017 слѣд.].

[6] Ср. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ этомъ мѣстѣ (отдача на храненіе денежной суммы съ тѣмъ, что поклажеприниматель можетъ употребить ее, въ случаѣ надобности, заимообразно) послѣдній отвѣчаетъ даже за casus.

[7] L. 1 § 35 D. h. t. Ср. также Зейфф. Arch. V. 135.

[8] L. 1 § 6 35 D. l. 1 C. h. t. Можно по договору принимать на себя отвѣтственность даже за случай, не нарушая сущности договора, l. 7 § 15 D. de pact. 2. 14. Отвѣтственность за случай, составляющій послѣдствіе виновнаго (dolose) отношенія къ вещи, разумѣется само собою въ силу общаго правила (§ 127 прим. 10).

[8a] L. 1 § 25 D. h. t. «Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes.» Ср. § 127 прим. 10a: также Йерингъ въ указ. м. стр. 31 прим. 62.

и всѣ принадлежности ея, вмѣстѣ съ которыми она была отдана на сохраненіе [9]; точно также и тѣ плоды, которыя она принесла у поклажепринимателя [10]. Возвращеніе должно послѣдовать по первому требованію отдавшаго на сохраненіе; опредѣленное договоромъ время возвращенія не имѣетъ того смысла, чтобы поклажепринимательмогъ удержать вещь до истеченія этого времени [11]. Если поклажа состоялась во время крайности [12], то въ случаѣ невозвращенія принятой на сохраненіе вещи, поклажепринимательприсуждается къ возвращенію двойной стоимости ея [13] [14].

2. Возможно, что поклажепринимательполучаетъ противъ отдавшаго на сохраненіе обратное требованіе, именно вслѣдствіе необходимыхъ или другихъ издержекъ, упавшихъ на поклажепринимателя [15], далѣе вслѣдствіе ущерба, причиненнаго ему отданной на сохраненіе вещью, при чемъ отдавшій на сохраненіе отвѣчаетъ не только за злой умыселъ, но и за неосторожность [16]; но это обратное требованіе можетъ быть осуществлено только искомъ [17], а не удержаніемъ вещи [18].

b) *Особенные случаи.*

α. Такъ называемое depositum irregulare.

§ 131. При отдачѣ на сохраненіе замѣнимыхъ вещей можетъ быть договорено, что получающій ихъ становится собственникомъ ихъ и обязывается лишь къ возвращенію того же количества

---

[9] O. l. 1 § 5 D. h. t. Унтергольцнеръ § 661 a, Синтенисъ прим. 18, Йерингъ Jahrb. f. Dogm. I стр. 75. См. также l. 1 § 41 D. h. t.

[10] L. 38 § 10 D. de usur. 22. 1, l. 1 § 24 l. 28 D. h. t. Поклажепринимательобязанъ возвратить и выгоды, которыя онъ получаетъ чрезъ собственное употребленіе отданной на сохраненіе вещи. L. 28 D. l. 3. 4 C. h. t.

[11] L. 11 i. pr. C. h. t., l. 1 § 22. 45, 46 D. h. t.

[12] Такъ назыв. depositum miserabile.

[13] L. 1 § 1—4 l. 18 D. h t., § 17 I. de act. 4. 6. Ср. § 15 примѣч. 9. 15. Ср. также Paul. S. R. II. 12 § 11. «Ex causa depositi lege XII tabb. in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.» Ср. Арндтсъ (цит. подъ § 129*) стр. 191 слѣд., Йерингъ къ указ. м. стр. 32.

[14] Въ какой мѣрѣ отвѣтствуетъ государство по судебной поклажѣ? См. Зейфф. Arch. II. 159, III. 327, [VII. 321]. Ср. § 222 прим. 4 и Зейфф. Pand. II. § 316 прим. 4a.

[15] L. 23 l. 12 pr. D. h. t.

[16] L. 61 § 5 D. de furt. 47. 2.

[17] Actio depositi contraria.

[18] L. 11 C. h. t. Ср. Coll. X. 2 § 5 и Унтергольцнера § 660 o, Синтенисъ прим. 28, Зейфф. Pand. § 316 примѣч. 15.

§ 131. * Neustetel въ Neusteiel и Zimmern Römisch-rechtliche Untersuchungen стр. 1 слѣд. (1821). Шафратъ praktische Abhandlungen стр. 97 слѣд. (1841). А. К. И. Шмидтъ Arch. f. civil. Prax. XXX. 3 (1847). Гейнбахъ Lehre vom Creditum стр. 431 слѣд. (1849). Эндеманъ Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 58 слѣд. (1861). Ванеровъ III § 630 прим. (7 изд. 1869). См. также Бринцъ стр. 439—441.

однородныхъ вещей [1]. Въ этомъ случаѣ поклажеприниматель несетъ рискъ поклажи, но за то пользуется употребленіемъ вещей, при чемъ однако за такое пользованіе можетъ быть условлено и вознагражденіе [2]. Отъ займа [3] сдѣлка эта отличается своею цѣлью [4] и поэтому она относится по правовымъ своимъ особенностямъ не къ догору займа, а къ договору поклажи [5]. Если условлено, что принявшій на сохраненіе можетъ, по своему усмотрѣнію, возвратить или то, что ему отдано, или одинаковое количество такихъ же вещей, то эта сдѣлка будетъ обыкновенной поклажей, которая однако обратится въ изложенный здѣсь случай тѣмъ, что поклажеприниматель начнетъ пользоваться отданными ему вещами какъ своими [6] [7].

---

[1] Новѣйшіе писатели говорятъ въ этомъ случаѣ о depositum irregulare. Договоръ этотъ можетъ быть заключаемъ и безмолвно. L. 31 D. loc. 19. 2.—«Si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere. Ср. l. 25 § 1 D. h. t. O. l. 24 D. h. t. См. Вангеровъ nr. II 6.

[2] L. 24 l. 26 § 1 l. 28 D. h. t. Тамъ, гдѣ условлены проценты, предполагается обыкновенно, что намѣреніе сторонъ было установить заемъ, а не поклажу L. 24 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 7 § 2 D. h. t. Зейфф. Arch. XVI 211.—Мнѣніе (Нейштетель стр. 11, Вангеровъ nr. II, Эндеманъ стр. 59), что поклажеприниматель обязанъ платить проценты и безъ обѣщанія таковыхъ, если онъ употребляетъ въ свою пользу полученныя деньги, находится въ противорѣчіи съ l. 24 i. f. и l. 25 § 1 D. h. t., и не оправдывается также ни сущностью сдѣлки, потому писано, что поклажеприниматель принимаетъ на себя рискъ, ни l. 29 § 1 D. h. t., которая, въ связи съ l. 24 и l. 25 § 1 cit., имѣетъ лишь тотъ смыслъ, что въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ этомъ мѣстѣ, имѣется actio depositi, посему возможно само по себѣ присужденіе къ платежу процентовъ. Ср. примѣч. 5 и 6, ст. также Шмидтъ стр. 85 слѣд.

[3] Не безспорно, что между depositum irregulare и займомъ существуетъ различіе. См. Вангеровъ въ прив. м. Эндеманъ стр. 61 признаетъ даже — конечно несправедливо общимъ мнѣніемъ, «что обѣ сдѣлки во всѣхъ существенныхъ пунктахъ юридической конструкціи тождественны.»

[4] Заемъ дается въ интересахъ должника, или—при процентномъ займѣ—въ интересѣ обоихъ контрагентовъ; на сохраненіе же отдается въ интересѣ отдающаго.

[5] Для римлянъ имѣло особенную важность то, что actio depositi допускала, въ качествѣ actio bonae fidei, присужденіе процентовъ изъ неформальнаго договора и изъ просрочки. L. 4 C. h. t., l. 25 § 1 l. 26 § 1 l. 28 l. 29 § 1 D. h. t. Засимъ actio depositi влекла за собою инфамію, l. 1 D. de his qui not. 3. 2. И для современнаго права имѣютъ значеніе слѣдующіе пункты: a) требованіе изъ поклажи не подлежитъ компенсаціи (§ 102 прим. 24); b) оно не подлежитъ exceptio non numeratae pecuniae (§ 124 прим. 14); c) оно пользуется конкурсной привиллегіей (§ 23 прим. 11 и 12).

[6] Слѣдовательно до того времени поклажеприниматель не несетъ риска полученной вещи. Несправедливо усматриваетъ Бринцъ въ указанномъ мѣстѣ въ этомъ случаѣ самый настоящій случай depositum irregulare, въ не переходѣ риска на поклажеприниматели— характеристическое этой сдѣлки по отношенію къ займу. О поименованномъ случаѣ слѣдуетъ понимать l. 24 § 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5, можетъ быть и l. 29 § 1 D. h. t. («Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur. ut in ceteris bonae fidei iudiciis usuras eius pecuniae praestare mihi cogitur»), хотя скорѣе можно принимать, что дозволеніе, о которомъ говоритъ это мѣсто, дано позднѣе Впрочемъ мѣсто это объясняется весьма различно; см. объ этомъ Гушке Zeitschr. f.

β. Секвестръ *.

§ 132. Особымъ случаемъ примѣненія поклажи является далѣе тотъ, когда отдача на сохраненіе нѣсколькими лицами производится съ цѣлью изъять отдаваемую на сохраненіе вещь изъ распоряженія всѣхъ [1]; это называется секвестромъ [2]. Кому и когда должна быть возвращена вещь, — разрѣшается самимъ договоромъ [3]. Въ другихъ отношеніяхъ къ этому виду поклажи не примѣняются никакія особыя правила [4]. Возможенъ впрочемъ случай, когда договоръ о выдачѣ вещи третьему лицу будетъ договоромъ порученія или найма [5]; названіе секвестраціи примѣняется и къ этому случаю.

Секвестрація можетъ послѣдовать добровольно или по требованію суда. Она можетъ совершиться и при посредствѣ суда [6].

Civilr. u. Pr. N. F. II. стр. 151, Вангеровъ N. II. 5, Эммерихъ Zeitschr. f. Civ. u Pr. XVIII. стр. 117—119.—Позволеніе употребить отданныя на сохраненіе деньги можетъ быть даваемо въ намѣреніи доставить поклажепринимателю заемъ, какъ при отдачѣ на сохраненіе l. 4 pr. l. 10 D. de R. C. 12. 1, l. 1 § 34 D. h. t.), такъ и впослѣдствіи (l. 9 § 9 D. de R. C. 12. 1, Paul. S. R. II. 12. § 9). Въ первомъ изъ этихъ случаевъ отвѣтственность переходитъ къ принимателю тотчасъ по l. 4 pr. cit.

[7] Къ сказанному въ предъидущемъ ср. еще Толь Handelsr. I. § 111 (стр. 588 внизу). «Купецъ не даетъ въ займы, но принимаетъ таковые въ качествѣ должника. Капиталъ называется въ такомъ случаѣ вкладомъ (Depositengeld), счетъ conto a deposito, но названіе не измѣняетъ желаемаго займа.» Къ этому прибавлено въ примѣчаніи*: «Depositum irregulare можетъ быть заключаемо съ купцомъ, именно съ банкиромъ. Въ случаѣ сомнѣнія, есть ли сдѣлка depositum irregulare или заемъ, слѣдуетъ принимать послѣднее.» Напротивъ Эндеманъ стр. 64 говоритъ, что «торговое depositum irregulare есть заемъ, но заемъ безъ кредитной продажи.»

* Ср. Мутеръ Sequestration und Arrest im römischen Recht стр. 35 слѣд. (1856). (Сочиненіе это, долженствующее служить приготовительной работой къ ученію объ арестовомъ процессѣ по общему праву, смотритъ на секвестрацію преимущественно съ точки зрѣнія ея процесуальнаго значенія).

§ 132. [1] Главнѣйшій случай тотъ, гдѣ каждый заявляетъ право на вещь, l. 17 D. h. t., l. 110 D. de V. S. 50. 16, l. 11 § 2 D. de recept. 4. 8. Но случай этотъ не единственный; напр. дѣло идетъ о наслѣдственномъ документѣ при многихъ наслѣдникахъ, l. 5 D. fam. ercisc. 10. 2, l. 5 C. comm. utr. iud. 3. 30. См. также l. 5. 6 C. h. t., l. 22 § 8 D. sol. matr. 24. 3. Мутеръ стр. 195—222. Зейфф. Arch. V. 277, IX. 275. Необходимую общность содержитъ въ себѣ опредѣленіе въ l. 6 D. h. t. «Proprie autem in sequestro est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur.»

[2] Sequester происходитъ отъ Secus, какъ equester отъ equus, silvester отъ silva и т. п. (ср. sequius—secius), и означаетъ того, кто стоитъ въ сторонѣ, а не на той или другой сторонѣ, слѣдовательно безпристрастнаго (а въ дальнѣйшемъ развитіи—посредника, примирителя, фактора, сводника). Ср. Мутеръ стр. 3 слѣд.

[3] L. 6 D. h. t. (прим. 1):—«certa condicione.» L. 5. 6. C. h. t.

[4] Ср. l. 5 § 1. 2 l. 12 § 2 D. h. t.

[5] Ср. l. 9 § 3 de dolo 4. 3.

[6] Ср. напр. l 5 C. quod. appell. 7. 65.

4) Залогъ. *

а. *Понятіе.*

§ 133. Подъ залогомъ должно понимать собственно отдачу вещи въ закладъ. Посредствомъ принятія вещи со стороны кредитора возникаетъ между нимъ и отдавшимъ вещь договоръ [1], который, какъ и договоры ссуды или поклажи, налагаетъ обязательства на обѣ стороны. При этомъ безразлично, возникаетъ-ли изъ передачи дѣйствительное залоговое право, или нѣтъ [2]. Относительно того случая, когда въ закладъ отдается вещь, принадлежащая принимающему ее, дѣйствуютъ тѣ же правила, что и относительно ссуды и поклажи (§ 126, № 1 въ концѣ, § 127, въ концѣ) [3]. Въ дальнѣйшемъ развитіи своемъ римское право сравнило непосредственную отдачу вещи въ закладъ съ установленіемъ залога простымъ соглашеніемъ; такимъ соглашеніямъ, при одинаковыхъ условіяхъ, установлялись такія же отношенія, какъ и изъ отдачи вещи въ закладъ [4]. Основныя положенія договора залога распространены по аналогіи и на тѣ случаи, когда залогъ установлялся не посредствомъ договора, а въ силу закона или судебнаго опредѣленія [5] [6].

---

* Dig 13. 7 de pigneraticia actione vol contra. Cod. 4. 24 D. pigneraticia actione.— Дернбургъ Das Pfandrecht I § 16—19 (1860). Штельцель Arch. f. civ. Prax. XLV. II. (1862). А. Шмидтъ die Grundlagen der Cession I § 12 (1863). Глюкъ XIV стр. 1—77; Унтергольцнеръ II. стр. 849 слѣд., Синтенисъ 1 стр. 621—624.

[1] Договоръ закладa есть реальный договоръ. L. 1 § 6 D. de O. et A. 44. 7, § 4. § 133. I, quib. mod. re 3. 14.

[2] Ср напр. l. 9 § 4 l. 11 § 2 D. h. t., l. 9 pr. l. 32 D. h. t.

[3] L. 45 pr. de R. I. 50. 17, l. 20 § 3 l. 29 D. h. t.

[4] Ср. напр. l. 7 pr. D. de distr. pign. 20. 5, l. 4. 7 C. h. t. Дернбургъ стр. 140. Шейерль Krit. VJSch. IV стр. 44 (ср. Бринцъ стр. 315) ищетъ связи этого распространенія въ томъ, что и въ закладѣ посредствомъ стипуляціи лежитъ исполненіе, доставленіе вещнаго закладнаго права, вслѣдствіе чего и такой договоръ есть договоръ реальный. Воззрѣніе это приводитъ къ выводу, что отдача въ закладъ безъ передачи самаго владѣнія порождаетъ между сторонами обязательственныя отношенія, если она дѣйствительно установляетъ вещное закладное право. Штельцель въ указ. м. не принимаетъ позднѣйшаго развитія, а полагаетъ, что по первоначальному праву отдача въ закладъ, какъ таковая, порождала actiones pignoraticiae. Но откуда было древнеримскому праву взять actio, когда не имѣлось въ виду ни реальнаго и консенсуальнаго, ни вербальнаго и литеральнаго договора? Шмидтъ въ указ м. (стр. 79. 81 слѣд.) отрицаетъ, чтобы закладной договоръ переставалъ когда либо быть для римлянъ реальнымъ договоромъ

[5] L 11 § 5 D. h. t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l 5 § 21 D. ut in poss. leg. 37. 4. Въ послѣднемъ мѣстѣ рѣчь идетъ объ utilis actio exemplo pigneraticiae actionis, въ двухъ первыхъ просто о pignaraticiae actio. Это послѣднее объясняется тѣмъ, что въ случаѣ, о которомъ трактуютъ эти мѣста (закладное право нанимателя на привезенное имущество), представленіе о tacita pignoris conventio помогало выйти изъ затрудненія.

[6] Указанное въ текстѣ отношеніе дѣлаетъ затруднительнымъ указать мѣсто въ системѣ ученія объ облигаторныхъ обязанностяхъ изъ заклада. Если не желательно, какъ это дѣлаютъ Синтенисъ и Дернбургъ, помѣстить его въ ученіи о вещномъ закладномъ

b) Обязательства.

§ 134. Обязательства, проистекающія изъ залога, должны быть опредѣлены судомъ для каждаго отдѣльнаго случая, согласно съ намѣреніемъ сдѣлки [1]. Главнѣйшія основанія суть слѣдующія.

1. Главное обязательство изъ залога лежитъ на принявшемъ его [2]. Прежде всего оно заключается въ обязанности возвратить залогъ [3] послѣ погашенія долга [4] или инаго прекращенія залоговаго права [5]. Если залогъ учиненъ подъ условіемъ или какою либо презумпціею, то закладъ можетъ быть истребованъ обратно, какъ скоро наступило условіе или это предположеніе [6]. Если залогъ учиненъ по ошибкѣ въ обезпеченіе несуществующаго долга или если онъ по иному основанію не обязателенъ для отдавшаго, то послѣдній, можетъ требовать немедленнаго возвращенія его [7]. Въ случаѣ невозможности для кредитора возвратить залогъ онъ отвѣчаетъ за злой умыселъ и за неосторожность, за случайность же онъ отвѣчаетъ только тогда, если это было выговорено [8] или если залогъ утаенъ [8a]. Если кредиторъ для осуществленія своего залоговаго права продалъ залогъ, то онъ отвѣчаетъ только за возвращеніе вырученнаго излишка [9], а также и за возмѣщеніе ущерба, если онъ по своей винѣ не получилъ за залогъ высшей цѣны [10].

правѣ, что конечно имѣетъ свое неудобство, то мнѣ кажется цѣлесообразнымъ оставить ему давнишнее мѣсто въ ученіи о реальныхъ договорахъ.

§ 134. [1] Actio pigneraticia есть actio bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l 6 C. h. t., l. 36 C. de pec. 15. 1.

[1a] См. кромѣ того напр. l. 6 D. h. t. (Предъявленіе заложенной вещи, если этого желаетъ собственникъ). Дернбургъ II. стр. 7. 8. О. l. 43 pr. D. h. t. см. Унтергольцнеръ стр. 684 прим. 5, Дернбургъ стр. 152, Шмидтъ стр. 86.

[2] Къ нему относится actio pigneraticia directa.

[3] При чемъ безразлично, передана ли ему закладываемая вещь при самомъ установленіи заклада, или она перешла въ его владѣніе впослѣдствіи.

[4] L. 9 § 3 l. 40 § 2 D. l. 11 C. h. t. О правѣ удержанія, которое принадлежитъ кредитору на случай имѣнія имъ и другихъ требованій съ должника, см I. § 234 прим. 1.

[5] L. 9 § 3. 5 l. 10 D. h. t. (ср. l 6 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6) l. 11 pr.—§ 2 D. h. t. О случаѣ просрочки кредитора см. § 98 прим. 4.

[6] L. 11 § 2 D. h. t.

[7] L. 25 D. de pign. 20. 1; ср. l. 32 § 1 D. ad. SC. Vell. 16. 1. См. съ другой стороны l. 9 § 4 l. 22 § 2 D. h. t.

[8] § 4 I. quib. mod. re 3. 14, l. 13 § 1 l. 14 D. I. 5—9 C. h. t., l. 9 § 5 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 23 D. de R. I. 50. 17 l. 19 C. de pign. 8. 14. Касательно l. 18 pr. i. f. D. comm. 13. 6. ст. § 127 прим. 9 ст. еще l. 15 l. 24 § 3 l. 30 l. 43 § 1 D. h t., l. 34 D. de damno inf. 39. 2, l 14 § 16 D. furt 47. 2. Во всякомъ случаѣ кредиторъ обязанъ выдать то, что онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ вмѣсто заложенной вещи, § 16 прим. 16. Тоже бываетъ въ томъ случаѣ, если онъ никогда не владѣлъ заложенною вещью, l. 21 § 3 D. de pign. 20. 1,

[8a] Ср. § 127 прим. 10а.

[9] L. 42 l. 6 § 1 l. 7 l. 24 § 2 D. h. t., l. 20 C. de distr. pign. 8. 28

[10] Ст. I. § 237 прим. 12.

Вмѣстѣ съ залогомъ залогодержатель обязанъ возвратить и полученную имъ отъ него прибыль [11]; если онъ по собственной винѣ не получилъ отъ него той прибыли, которую предметъ залога по природѣ своей могъ принести, то залогодержатель отвѣтствуетъ за возмѣщеніе ея [12].

2. Возможно, что изъ залога возникнетъ обязательство отдавшаго въ залогъ, въ пользу залогодержателя, который можетъ осуществить его посредствомъ особаго иска [13], или, если это возможно по состоянію заложенной вещи, посредствомъ удержанія ея (§ 103). Такъ залогодатель обязанъ возмѣстить издержки, сдѣланныя залогодержателемъ для заложенной вещи, предполагая при этомъ, что онѣ были необходимы, или въ нихъ заключался интересъ залогодателя [14]; далѣе: залогодатель обязанъ принять на себя тѣ обязательства, въ которыя вошелъ залогодержатель съ цѣлью достичь наиболѣе выгодной продажи залога [15]; онъ обязанъ возмѣстить ущербъ, причиненный залогодержателю заложенной вещью, вслѣдствіе злаго умысла или неосторожности его, залогодателя [16]; онъ обязанъ возвратить залогъ, если ему было предоставлено временное владѣніе имъ, или выдать его, если онъ не былъ съ самаго начала переданъ во владѣніе залогодержателя [17]; онъ обязанъ выдать въ залогъ другую вещь, если переданная имъ оказалась негодною, или если она не совмѣщаетъ условленныхъ качествъ [18].

---

[11] L. 22 § 2 l. 6 § 1 D. l. 1 C. h. t. Онъ можетъ однако зачесть предварительно эту прибыль въ счетъ своего требованія, и, по общему правилу (§ 79 примѣч. 7), обязанъ выдать ему только прибыль, которую доставляетъ самая вещь, а не ту, къ пріобрѣтенію которой она служила лишь поводомъ. Такъ онъ получаетъ половину сокровища, найденнаго на заложенномъ участкѣ; l. 63 § 4 D. de A. R. D. 41. 1. L. 21 § 2 D. de ping. 20. 1 объясняется съ указанной въ § 79 прим. 5 точки зрѣнія. Ср. еще l. 22 pr. i. f. § 1 D. h. t., l. 74 D. de Solut. 46. 3, l. 79 D. de furt. 47. 2 (l. 46 D. de R. I. 50, 17). Ср. Дернбургъ стр. 143 слѣд. Вопреки правила § 79 прим. 12 залогоприниматель обязанъ возвратить даже выгоду по actio furti, если онъ обязанъ отвѣчать за furtum, l. 22 pr. D. h. t., l. 15 pr. D. de furt. 47. 2. Ср. объ этомъ Перингъ Abhandlungen стр. 79. 74, Моммзенъ Erörterungen I. стр. 95, Дернбургъ стр. 147 слѣд.

[12] L. 3 C. h. t., l. 2 C. de partu pign. 8. 25. Но см. также l. 6 § 1 D. h. t.

[13] Actio pignoraticia contraria.

[14] L. 8 pr. D. l. 7 C. h. t, l. 6 C. de pign. 8. 14, l. 29 i. f. D fam. erc. 10. 2; l. 25 D. h. t.

[15] L. 22 § 4 D. h. t.

[16] Отвѣтственность за небрежность вытекаетъ изъ принципа, такъ какъ нельзя сказать, что «nulla utilitas versatur eius qui pignori dedit» (l. 5 § 2 D. comm. 13. 6). См. § 17 прим. 12. О. l. 61 § 3 de furt. 47. 2 см. Дернбургъ стр. 162 и цитированныхъ тамъ писателей.

[17] L. 3 l. 22 § 3 D. h. t. Дернбургъ стр. 168.

[18] L. 9 pr. l. 16 § 1 l. 32 D. h. t., l. 6 C. si aliena res. 8. 16, l. 1 § 2 D. h. t., l. 54 D. de fidei. 46. 1.

Всѣ изложенныя начала, за исключеніемъ послѣднихъ, примѣнимы и къ русскому праву, какъ вытекающія изъ сущности залога. Что же касается мнимой обязанности залогодателя передать залогопринимателю предметъ залога, то такая обязанность *изъ залоговаго права вытекать не можетъ:* это право установляется *только продажею* (мы говоримъ здѣсь только о *движимомъ* имуществѣ) и въ продажѣ это право вовсе не существуетъ (исключенія—залоговое право въ силу закона или судебнаго рѣшенія)

Точно также не можетъ вытекать изъ *договорнаго* залоговаго права обязанность выдачи дополнительнаго залога въ случаѣ недостаточности первоначальнаго. Обѣ эти обязанности могутъ вытекать только изъ особаго соглашенія, а не изъ закладного права. **А. Д.**

5. Такъ называемый contractus aestimatorius *.

§ 135. Если кто либо передаетъ другому вещь для продажи [1], то заключаемая при этомъ сдѣлка можетъ быть или порученіемъ [2], или договоромъ личнаго найма [3], или договоромъ, сходнымъ съ личнымъ наймомъ, [3a] или, наконецъ, договоромъ товарищества [4]; но возможно, что эта сдѣлка не будетъ ни однимъ изъ этихъ договоровъ, а именно [5], когда вещь передается съ установленіемъ извѣстной

---

* Dig. 19. 3 de aestimatoria. — Chambon Beiträge zum Obligationenrecht I. стр. 1—110 (1851). Бринцъ Krit. Blätter nr. 1 (1852). Глюкъ XVIII стр. 61—75; Унтергольцнеръ II. § 488, Синтенисъ II. § 117.

§ 135. [1]—«cum res vendenda... datur», l. 1 pr. D. h. t.

[2] Если продажа должна совершиться въ интересѣ отдающаго, и получатель не получаетъ ничего за свой трудъ. L. 1 pr. D. h. t.:—«an mandati?» Сюда относится также купеческая коммиссіонная продажа (провизія равняется гонорару). Ср. Зейфф. Arch. XI. 144.

[3] Если условлено вознагражденіе за услуги покупателя. При этомъ возможно то различіе, что услуги получателя могутъ представляться или въ видѣ locatio conductio operarum, или locatio-conductio operis. L. 1 pr. h. t.:—«an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor? an ex conducto, quasi operas conduxissem.» Договоръ найма не измѣняется отъ того, что размѣръ вознагражденія поставленъ въ зависимость отъ имѣющей выручиться покупной цѣны. Равнымъ образомъ не имѣетъ вліянія и то обстоятельство, что полученіе вознагражденія вообще поставлено въ зависимость отъ размѣра выручаемой покупной цѣны (§ 151 въ концѣ). Наконецъ договоръ найма не измѣняется и отъ того, что получатель можетъ удержать въ свою пользу излишекъ, полученный свыше извѣстной цифры.

[3a]. Если эквивалентъ отдаваемаго не заключается въ деньгахъ.

[4] Одинъ вноситъ свою вещь, а другой свой трудъ. L. 44 D. pro Soc. 17. 2. «Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, *si animo contrahendae societatis id actum sit*, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis». Ср. l. 13 D. de praescr. verb. 19 5.

[5] См. сверхъ того l. 11 pr. D. de R. C. 12. 1. Кто нибудь даетъ другому вещь для продажи съ тѣмъ, чтобы онъ взялъ себѣ покупную цѣну взаймы. Договоръ не есть порученіе, такъ какъ получатель получилъ лишь право, а не принялъ на себя обязанность продать.

цѣны, съ тѣмъ, что принявшій освобождается отъ всякаго обязательства уплатою этой цѣны [6]. Въ этомъ случаѣ возникаетъ такъ называемый contractus aestimatorius [7]. Проистекающія изъ него обязательства предоставлены свободному усмотрѣнію суда [8]. Прежде всего получившій вещь обязанъ возвратить или ее, или условленную цѣну [9]; впрочемъ, если сдѣлка заключена не въ его интересѣ, то онъ освобождается отъ всякаго обязательства, если безъ его вины наступила невозможность возвратить самую вещь, но онъ всегда отвѣчаетъ за неосторожность [10]. Обязанъ ли получившій вещь озаботиться о болѣе выгодной продажѣ и отвѣтствовать за причиненный ущербъ, если онъ въ этомъ отношеніи сдѣлалъ упущеніе, —разрѣшается содержаніемъ сдѣлки; въ случаѣ сомнѣнія должно быть признано, что стороны желали установленія такого обязательства, развѣ передача для продажи произошла исключительно въ интересѣ получившаго вещь [11]. Немедленный переходъ права собственности на вещь къ получившему ее, самъ собою не предполагается [12]. Если рядомъ съ выгодою, которую принявшій вещь надѣется получить отъ продажи ея за болѣе высокую цѣну, условлено особое вознагражденіе, которое онъ имѣетъ получить во всякомъ случаѣ, то это не измѣняетъ характера сдѣлки [13].

---

[6] Въ этомъ случаѣ получатель не имѣетъ вовсе надобности продать, онъ можетъ тотчасъ удержать вещь для себя. Это имѣетъ въ виду l. 1 pr. D. h. t., спрашивая: «utrum ex vendito sit actio propter aestimationem?»

[7] Такъ наз. Contractus aestimatorius. Источники говорятъ лишь объ actio aestimatoria. Она есть actio praescriptis verbis. О противоположности этого договора къ другимъ договорамъ ср. къ сказанному въ предъидущемъ: Шамбонъ стр. 9 слѣд., 92 слѣд., Бринцъ стр. 1 слѣд., Синтенисъ прим. 3. Реальный или консесуальный договоръ? Бринцъ стр. 18 слѣд., Шамбонъ стр. 42 слѣд., Унгеръ Jahrb. f. Dogm. VIII. стр. 18 слѣд.

[8] Actio aestimatoria есть actio bonae fidei. L. 1 pr. D. h. t., § 28 I. act. 4. 6.

[9] Если опредѣленъ срокъ, въ теченіе котораго вещь подлежитъ возвращенію, то по истеченіи онаго получатель можетъ доставить лишь цѣну оной. Зейфф. Arch. XI. 144.

[10] L. 1 § 1 D. h. t. говоритъ просто: «Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit; aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit.» Напротивъ l. 17 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5.:—«si quidem ego te venditor (ср. Гушке Zeitschr. f. Civ. und Pr. N. T. IV. стр. 285) rogavi, meum esse periculum; si tu me, tuum; si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri de hactenus, ut dolum et culpam mihi praester.» Согласенъ съ этимъ Paul. S. R. II. 4 § 4; ср. также l. 11 pr. l. 4 pr. D. de R. C. 12. 1. О различныхъ мнѣніяхъ см. Шамбонъ стр. 57 слѣд., Бринцъ стр. 37 слѣд., Моммзенъ Beiträge I. стр. 280, 281, Синтенисъ стр. 643.

[11] Ср. Бринцъ стр. 9.

[12] Ср. l. 5 § 18 D. de trib. act. 14. 4. Шамбонъ стр. 58 слѣд., Бринцъ стр. 1. 34 слѣд., Лейстъ Mancipation und Eigenthumstradition стр. 239—254, Бекеръ Krit. V. J. Sch. IX. стр. 254 слѣд., ср. и Вольфъ Arch. f. pr. Rt. R. W. N. F. II. 13.

[13] L. 2 D. h. t. «Haec actio utilis est et si merces intervenit.» Ср. Бринцъ стр. 6 слѣд.

Намъ кажется, что разсмотрѣнный договоръ, совершенно неизвѣстный нашему законодательству, хотя весьма обычный въ нашемъ правовомъ быту, можно было бы назвать *коробейнымъ*, такъ какъ онъ вполнѣ соотвѣтствуетъ тѣмъ правовымъ отношеніямъ, которыя существуютъ у насъ между коробейниками и товаро-производителями, которые отпускаютъ имъ обыкновенно товаръ въ кредитъ, по опредѣленной цѣнѣ, съ обязательствомъ возвратить къ опредѣленному сроку товаръ или уплатить цѣну его.

А. Д.

6. Принятіе вещей корабельщиками и содержателями гостинницъ и постоялыхъ дворовъ *.

§ 136. Корабельщики [1] и содержатели гостинницъ и постоялыхъ дворовъ [2] отвѣчаютъ съ особенною строгостью [3] за вещи, которыя приняты ими [4] при отправленіи ихъ занятій [5]. Они отвѣ-

---

* Такъ назыв. receptum nautae caupones stabularii. Dig. 4. 9 nautae caupones stabularii ut recepta restituant.—К. Ф. Мюллеръ über die de recepto actio und deren analoge Ausdehnung auf die Postanstalten стр. 1—38 (2 изд. 1857). Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. III. 3. 6 (1860). Гардеръ Zeitschr. f. Civ. u Pr. N. F. XVIII. 14 (1861) v. Wyss Haftung für fremde Culpa стр. 79. 83 (1867). [Weis Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. стр. 280 слѣд. 1868]. Глюкъ IV. стр. 106—144; Унтергольцнеръ II. § 694—695, Сиитенисъ II. § 120, Гольцнеръ III. § 302.

§ 136. [1] Подъ «корабельщикомъ» разумѣется здѣсь тотъ, кто занимается фрахтовымъ судоходствомъ на собственный счетъ. L. 1 § 2 D. h. t. «Nautam accipere debemus eum qui navem exercet». L. 1 § 15 D. de exerc. 14. 1. «Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes pervenunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxit, vel ad tempus vel in perpetuum». Сюда относятся также плотовые судоходы, l. 1 § 4 D. h. t. (О lintrarii этого мѣста см. Brissonius s. v. lyntrarii).

[2] L. 1 § 5 l. 5 pr. D. h. t. ср. Гардеръ стр. 227.

[3] L. 3 § 2 D. h t. Зейфф. Arch. XVII. 42, ср. II. 293. Ср. впрочемъ Кунтце zu Holzschüher въ указанномъ мѣстѣ nr. 1a.

[4] L. 1 pr. h. t. «Nautae caupones stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent in eos iudicium dabo.» Можетъ быть, что «salvum fore recipere» означало первоначально принятіе на себя положительной гарантіи, но во всякомъ случаѣ впослѣдствіи подъ нимъ разумѣли простое фактическое принятіе. L. 1 § 6. 8 D. h. t. Гольдшмидтъ стр. 97 слѣд. Передача самому корабельщику не необходима; достаточно, чтобы вещи доставлены были на корабль съ вѣдома корабельщика или заступающаго его мѣсто. L. 1 § 8. 2. 3. 6 D. h. t. Зейфф. Arch. XXII. 145 nr. 1. Ср. впрочемъ тамъ же VII. 40, далѣе Сиитенисъ примѣч. и текстъ. Съ другой стороны, если имѣла мѣсто передача самому корабельщику, то не необходимо, чтобы вещи были доставлены въ надлежащее помѣщеніе, l. 3 pr. D. h. t. Зейфф. Arch. I. 67.—Многіе полагаютъ, что болѣе строгая отвѣтственность корабельщика относится лишь къ вещамъ, принесеннымъ съ собою пассажиромъ, но не къ отправленнымъ товарамъ (Гардеръ стр. 222 слѣд., Зейфф. Arch. XIII. 251; другаго мнѣнія Мюллеръ стр. 10, Гольдшмидтъ стр. 62. Ни редакція преторскаго эдикта (см. выше), ни толкованіе его римской юриспруденціей не исключаютъ послѣдняго случая.

[5] По правилу преторскаго эдикта, l. 1 pr. D. h. t. (прим. 4). L. 1 § 1 eod. «Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et

чаютъ не только за неосторожность, но и за всякую утрату и повреждение, которыя могли бы быть устранены особою бдительностью; если они допускаютъ отсутствіе такой бдительности, то дѣлаютъ это на собственный страхъ [6]. Въ другихъ отношеніяхъ заключаемые съ ними договоры могутъ имѣть весьма различное содержаніе; именно нѣтъ необходимости, чтобы ими было выгово-

---

res custodiae eorum committere. Ne (neve) quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum, nam est in eorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus». L. 3 § 1 D. eod.: — «ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum». Заключить изъ l. 1 § 1 cit., какъ это дѣлаетъ Гардеръ стр. 229, что преторское правило не имѣло примѣненія тамъ, гдѣ принятіе было обязательно, нѣтъ основанія. Было мнѣніе, что римское постановленіе не примѣнимо вообще въ настоящее время, такъ какъ теперь нельзя упрекать означенныхъ лицъ въ безчестности (ср. Гольдшмидтъ стр. 355 прим 155). См. объ этомъ Гольдшмидтъ стр. 340 слѣд.—О дѣйствительномъ или мнимомъ противорѣчіи между l. 1 § 1 cit. и l. 1 § 6 D. furti adv. nautas 47. 5 см. Вангеровъ III. § 648 прим. 1, гдѣ указана и литература. Объясненіе Вангерова кажется осталось неизвѣстнымъ Эммериху Zeitschr. f. Civ. u Pr. N. F. XIII. 7.

[6] Эдиктъ предписывалъ безусловную отвѣтственность принимателя; поэтому всякое ограниченіе оной можетъ быть осуществлено въ порядкѣ лишь exceptio, l. 3 § 1 i. f. D. h. t. Ограниченіе безусловной обязанности отвѣтствовать опредѣляется въ источникахъ ближе въ томъ смыслѣ, что принимать не отвѣтствуетъ за «damnum fatale», «vis maior», l. 3 § 1 cit. Но какое различіе существуетъ между этой отвѣтственностью и той, которая не простирается далѣе culpa, видно изъ того, что о первой говорится положительно (l. 3 § 1 cit): «omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est?» На разрѣшеніе «загадки» (Гольдшмидтъ стр. 93) наводитъ соображеніе, что о принимателѣ говорится попеременно въ источникахъ, что онъ несетъ periculum rei, и что онъ отвѣчаетъ за custodia или несетъ periculum custodiae (l. 1 § 8 l. 4 pr. l. 5 pr. D. h. t., l. 14 § 17 D. de furt. 47. 2, l. 1 § 4 D. furti adv. nautas 47. 5). Custodia оно означаетъ не только diligentia in custodiendo (§ 17 прим. 2), но и особенное, выходящее за предѣлы обязанностей порядочнаго хозяина, смотрѣніе, и притомъ тамъ, гдѣ положительно принята custodia (ср. Вангеровъ l. стр. 161). Въ пользу этого говорятъ l. 55 pr. D. loc. 19. 2 (ср. l. 60 § 6 eod. *vv.* recipere suo periculo), § 3 l. de emt. et vend. 3. 23 (гдѣ, говоря мимоходомъ, возбудившее столько толковъ: «idem et in ceteris animalibus cett. не представляетъ никакого затрудненія, если имѣть въ виду, что слова эти предполагаютъ случай, гдѣ должникомъ утеряна вещь *безъ его culpa*. Такимъ образомъ принимать разсматривается какъ тотъ, который положительно обѣщалъ custodia, и это сравненіе находится дѣйствительно въ l. 14 § 17 i. f. D. de furt. 47. 2. Поэтому принимать отвѣтствуетъ безусловно за похищеніе и поврежденіе вещи не только его людьми и пассажирами (l. 1 § 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.), но и третьими лицами ср. l. 5 § 1 h. t., предполагая, что похищеніе и поврежденіе совершено не при посредствѣ силы, которой нельзя было бы устранить и особеннымъ надзоромъ (l. 31 pr. D. de A. E. V. 19. 1:—«custodia adversus vim parum proficit», l. 41 D. loc. 19. 2:—«sive custodiri potuit, ne damnum daretur.» Въ сущности согласенъ съ этимъ и Гольдшмидтъ стр. 93 слѣд. 113 слѣд. 369; о разныхъ мнѣніяхъ см. Гольдшмидтъ стр. 79 слѣд. [Баронъ Arch. f. civ. Pr. L. 11. 2, стр. 50 слѣд.]. Зейфф. Arch. II. 49. 180. IV. 113. 114, VIII 48, XIII. 54 (225), XVIII. 43, [XXII. 145 nr. 2. 3]. HGB. Art. 395. 607 (прим. 9).

рено вознагражденіе [7]. Эта строгая отвѣтственность ихъ можетъ быть исключена по соглашенію сторонъ [8].

Часто утверждаемое въ современномъ правѣ распространеніе приведенныхъ положеній на перевозку сухимъ путемъ, ничѣмъ не подтверждается [9].

7. Другіе договоры, съ обязательствомъ возвратить полученное.

§ 137. Перечисленные выше договоры, съ обязательствомъ возвратить полученное суть не единственные. Возможна передача вещи и для иныхъ цѣлей, съ тѣмъ, чтобы она была возвращена [1]. Всѣ эти договоры опредѣляются свободнымъ усмотрѣніемъ суда, которое должно опредѣлить обязанности сторонъ, на основаніи состоявшагося соглашенія и намѣренія сдѣлки [2]. Что касается въ

---

[7] L. 3 § 1 l. 6 pr. D. h. t. Договоръ, заключенный съ принимателемъ, можетъ по своему содержанію быть: договоромъ найма (l. 3 § 1 cit), безъименнымъ контрактомъ (если эквивалентъ отдаваемаго не состоитъ въ деньгахъ), поклажей (l. 3 § 1 cit), порученіемъ. Отсюда вытекаетъ трудность помѣщенія въ системѣ ученія о receptum. Возможно на этотъ предметъ двоякое воззрѣніе. Можно сказать, что содержаніе ученія о receptum есть не болѣе, какъ законное видоизмѣненіе договорной обязанности, принятой по упомянутымъ выше договорамъ. Согласно съ симъ слѣдовало бы излагать это ученіе при одномъ изъ этихъ договоровъ (приличнѣе всего при договорѣ личнаго найма), сославшись на него при остальныхъ договорахъ. Но можно также сказать, что чрезъ принятіе принимaтель обосновываетъ для себя обязательство съ извѣстнымъ законно-установленнымъ содержаніемъ; въ частности все сводится къ подробнымъ опредѣленіямъ договора о томъ, къ чему онъ обязанъ. Въ силу этого воззрѣнія можно помѣстить receptum въ отдѣлѣ реальныхъ договоровъ, какъ это и сдѣлано здѣсь. Ср. Мюллеръ стр. 14, Гольдшмидтъ стр. 63 слѣд. стр. 103 прим. 79, Синтенисъ прим. 1.

[8] Такой договоръ имѣется и тогда, когда принимaтель сдѣлалъ впередъ общее публичное заявленіе о мѣрѣ отвѣтственности имъ на себя принимаемой, а отдающій, зная таковое, доставилъ тѣмъ не менѣе свои вещи, или не взялъ ихъ обратно послѣ полученія объ этомъ заявленіи свѣдѣній. Ср. l. 7 pr. D. h. t., каковое мѣсто трактуетъ, правда, непосредственно о штрафномъ лишь искѣ съ корабельщика изъ проступковъ его людей (Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios, см. § 206 nr. 5). Гольдшмидтъ стр. 331—339, Гольцшуеръ въ указанномъ мѣстѣ nr. 11 Зейфф. Arch. X. 162. Прекращается ли строгая отвѣтственность содержателя гостинницы съ отъѣздомъ путешественника? Гиммерталь Arch. f. pr. RW. N. F. II. стр. 116 слѣд.

[9] См. объ этомъ вопросѣ Гольдшмидтъ стр. 352 слѣд., Мюллеръ стр. 39 слѣд. и указанную у нихъ литературу (Гольцшуеръ III, въ указанномъ мѣстѣ). Кемпе Zeitschr. f. Handelsr. XI. стр. 42—48 (1867).—Торговый уставъ сравниваетъ перевозку сухимъ путемъ и водою (со включеніемъ желѣзныхъ дорогъ и почтъ Art. 421), постановляя (Art 395. 607), что фрахтовщикъ отвѣтствуетъ за всякую потерю и поврежденіе, доколѣ онъ не докажетъ, «что потери и поврежденіе произошли или отъ vis major или отъ естественнаго свойства имущества, т. е. отъ внутренней порчи, усышки, обыкновенной утечки, или отъ недостаточности укупорки» Art. 400: «Фрахтовщикъ отвѣчаетъ за своихъ людей и за другія лица, которыхъ онъ употреблялъ при исполненіи принятой имъ на себя перевозки.» Постановленія эти, что касается желѣзныхъ дорогъ, не могутъ быть измѣняемы договоромъ (Art. 423).

§ 137. [1] Примѣры въ l. 1 § 2 l. 17 § 2. 4. 5 l. 20 l. 23 D. de praescr. verb. 19. 5; l. 8 l. 26 eod. см. также § 120 прим. 13, § 121 прим. 3. Зейфф. Arch. XXI. 15.

[2] Римляне даютъ изъ этихъ договоровъ actio praescriptis verbis, которая есть bonae

особенности отвѣтственности за неосторожность, то здѣсь дѣйствуетъ то правило, что за нее не отвѣтствуетъ тотъ, кто не имѣетъ въ сдѣлкѣ собственнаго интереса [3].

Д. Договоры, основанные на обмѣнѣ.

1. Купля—продажа. *

а) *Понятіе.*

§ 138. Купля-продажа есть взаимный договоръ (§ 73). Она направлена къ отчужденію вещи въ замѣнъ денегъ. Продавать значитъ: объявить, что другой можетъ получить вещь и заплатить за нее деньги; покупать значитъ: объявить желаніе заплатить деньги и получить за это вещь. Употребляемое въ нѣмецкомъ языкѣ выраженіе (Kauf) обнимаетъ только одну сторону сдѣлки. римляне употребляли болѣе точное выраженіе [1].

Продаваемы могутъ быть всѣ вещи, неизъятыя изъ оборота [2], движимыя и недвижимыя [3], тѣлесныя и безтѣлес-

---

fidei actio. Ср. I. 2 § 2 D. de prec. 43. 26, I. 1 pr. D. de aest. 19. 3. Правда это не безспорно (на счетъ § 28 I. de act. 4. 6., Пухта Inst. II. § 165. ККК., Рудорфъ röm. R. Gesch. II. стр. 151 прим. 23); но см. Савиньи Syst. V. стр. 485, f. Келлеръ röm. Civilproc. § 42 прим. 480, Бетманъ-Голлвегъ röm. Civilpr. II. § 96 прим. 97.

[3] L. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5:—«si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia propre depositum hoc accedit».

* Jnst. 3. 23 de emtione et venditione. Главные титулы изъ пандектовъ: 18. 1 de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis et quae res vendire non possunt,—19. 1 de actionibus emti et venditi; изъ кодекса: 4. 38 de contrahenda emtione et venditione,—4. 49 de actionibus emti et venditi; далѣе титулы, цитированные подъ § 143 и 145. Трейтшке der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach römischem Recht und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen (1838, 2 изд. 1866). Кратцъ Pandektenrecht ч. I. Т. 3 (1844). Тёль Handelsrecht I § 63 слѣд. Глюкъ XVI. XVII. стр. 1—240; Унтергольцнеръ II. стр. 217—298, Синтенисъ II. стр. 593—640.—Объ отношеніи гражданскаго права къ торговому, въ особенности по H. G. B., см. трактатъ Гофмана Arch. f. prakt. R. W. N. F. III. стр. 135 слѣд.

[1] Обыкновенно они называли куплю emtio venditio. Впрочемъ и у нихъ выраженіе § 138.
это не постоянное; они безъ особенной трудности употребляютъ для обозначенія всей сдѣлки и каждое изъ этихъ выраженій въ отдѣльности; ср. напр. I. 2 D. h. t. 18. 1, ст. также I. 19 D. de A. E. V. 19. 1. Французы обозначаютъ сдѣлку не со стороны купли, какъ это дѣлаемъ мы, а со стороны продажи (vente).

[2] L. 34 § 1 D. h. t. 18. 1. «Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit. Quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est». Но см. также § 68 прим. 5.

[3] Движимая вещь, какъ предметъ договора купли-продажи, называется merx. L. 66 D. de V. S. 50. 16. Соотвѣтственное нѣмецкое выраженіе «Waare» употребляется теперь преимущественно въ отношеніи купеческой купли-продажи (товарная торговля). Трейтшке § 1. Гольдшмидтъ Handelsrecht I. § 63.—Могутъ ли быть предметомъ купли—продажи наличныя деньги? Я не сомнѣваюсь. Деньги имѣютъ въ оборотѣ значеніе не только мѣрила цѣнности, но и товара. Согласенъ съ этимъ Гейеръ Zeitschr. f. Civ. u

ныя [4], наличныя и будущія [5], не только собственныя, но и чужія [6] а. Можетъ быть продано и все имущество продавца въ цѣломъ составѣ [7]; далѣе предметомъ продажи можетъ быть и одно владѣніе [8].

Для понятія купли-продажи существенно, чтобы эквивалентъ заключался въ деньгахъ; если онъ будетъ заключаться въ чемъ либо иномъ, то это не будетъ уже купля-продажа [9]. Впрочемъ для понятія купли-продажи безразлично, если къ уплатѣ деньгами будетъ присоединена уплата чѣмъ-либо другимъ [10], или если стороны заключая сдѣлку, которую они явно считаютъ куплей-продажей, установляютъ уплату не деньгами; къ этимъ случаямъ примѣняются начала относящіяся къ куплѣ-продажѣ [11].

Pr. N F. XV. стр. 42—45, Гольдшмидтъ Handelsrecht I. § 103 прим. 11, Гартманъ Begriff des Goldes стр. 41; другаго мнѣнія Anthes тамъ же. XVIII. стр. 216—220. Вангеровъ III. стр. 442 отступаетъ въ 7 изд. стр. 425. Первый изъ этихъ послѣднихъ писателей идетъ такъ далеко, что отрицаетъ, неправильно конечно, даже возможность купли-продажи индивидуально опредѣленныхъ монетъ.

[4] Именно сервитуты и другія вещныя права, далѣе требованія. Предметомъ договора купли—продажи можетъ быть и освобожденіе отъ вещной или личной повинности.

[5] Будущія вещи могутъ быть предметомъ купли-продажи въ двоякомъ отношеніи: или такъ, что договоръ не долженъ состояться, если проданная вещь не получитъ осуществленія (такъ назыв emtio venditio res speratae, l. 8 pr. D. h. t. 14. 1), или такъ, что договоръ долженъ во всякомъ случаѣ имѣть силу. Въ этомъ разѣ источники говорятъ объ emtio spei или aleae (l. 8 § 1 eod., l 11 § 18 l. 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 73 § 1 D. ad. leg. Falc. 35. 2). Въ первомъ случаѣ договоръ есть условный для обѣихъ сторонъ, въ послѣднемъ для одного только продавца (§ 140 прим. 1). См. также l. 11. 12 D. de H. v. A. V. 18. 4, ср. Вангеровъ III. § 732 прим. nr. I. 1. Гофманъ über das Periculum beim Kaufe (1870) стр. 187 слѣд.—Покупка вещи, имѣющей быть изготовленной. § 154 въ концѣ. Неотдѣленные плоды могутъ, по постановленію R. P. O. 1577 г. гл. 19 § 3, быть продаваемы не иначе, какъ по существующей во время продажи рыночной цѣнѣ, или по цѣнѣ, которую они будутъ имѣть 14 дней послѣ жатвы. Ср. Зейфф. Arch. XIV 24.

[6] L. 28 D. h. t. 18. 1. «Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest.» Только вещь не должна составлять собственности покупателя; въ этомъ случаѣ имѣется для продавца невозможность исполненія, вслѣдствіе чего недѣйствителенъ весь договоръ (§ 74 прим. 21). L. 16 pr. l. 18 pr. D. h. t. 18, 1, l. 4. 10 C. eod. 4. 38, l. 45 pr. D. de R. I 50. 17. см. также прим. 8. О случаѣ, когда проданная вещь украдена, см. l. 34 § 3 D. h. t. 18. 1 (ср. § 74 прим. 22).

а. Продажа чужихъ вещей по русскому праву не допускается (т. X, ч. 1 ст. 1381, 1384, 1386, 1389 и др.). А. Д.

[7] См. § 152 въ концѣ.

[8] Владѣніе вещью, состоящею въ собственности покупщика. L. 34 § 4 D. h t. 18. 1.

[9] § 2 l. h. t., l. 1 § 1 D. h. t. 18. 1, l. 6 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l 7 C. de rer. perm. 4. 64.

[10] L. 6 § 1. 2 l. 21 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 79 D. h. t. 18. 1.

[11] L. 1 C. de rer. perm. 4. 64, ср. Gai III. 141 i. f. Ср. Лейстъ Zeitschr. f. Civilr. u. Prax. XVII. стр. 361—366, Вангеровъ III. § 632 прим. nr. I. 2 въ началѣ.

b. *Заключеніе сдѣлки.*

§ 139. Купля-продажа заключается посредствомъ выраженнаго соглашенія сторонъ [1]; объявленіе о такомъ соглашеніи не нуждается въ опредѣленной формѣ [2 a]. Нѣтъ необходимости, чтобы при заключеніи сдѣлки было употреблено выраженіе купля или продажа. Соглашеніе должно касаться существенныхъ сторонъ сдѣлки, т. е. одинъ согласился получить вещь, а другой деньги [3]; но если о побочныхъ сторонахъ были переговоры и относительно этого остались несогласія, то въ случаѣ сомнѣнія не можетъ быть принято, что стороны желали заключить сдѣлку, не смотря на эти несогласія [4]. Въ порядкѣ опредѣленія продаваемой вещи и продажной цѣны стороны пользуются полною свободою [5]. Если опредѣленіе цѣны предоставлено покупателю, или опредѣленію продаваемой вещи продавцу, то въ случаѣ сомнѣнія слѣдуетъ признать, что намѣреніе сторонъ должно быть опредѣлено справедливымъ усмотрѣніемъ, а не произволомъ той или другой стороны [6].

Тёль I. § 63 прим. 2. Гольдшмидтъ Handelsrecht I. § 99 прим. 11, Гартманъ Begriff des Geldes стр. 40 слѣд.

[1] Выраженіе perfecta est emtio et venditio относится къ совершенію договора купли—§ 139. продажи. Впрочемъ, выраженіе это означаетъ не то состояніе, когда обѣ стороны связаны, а то, когда купля-продажа закончена во всѣхъ отношеніяхъ, такъ что покупщикъ несетъ periculum. См. объ этомъ § 143 и Кунтце Zeitschr. f. R. Pfl. u Verw. in Sachsen N F. XI. стр. 224 слѣд. Штинцингъ Jahrb. f. Dogm. X. стр 192 слѣд. Зейфф. Arch. XXII. 131.

[2] L. 1 § 2 l. 9 pr. D. h. t. 18. 1, pr. J. h. t. (§ 65 прим. 12). Безмолвное заключеніе договора купли чрезъ удержаніе присланныхъ изъ склада вещей: Зейфф. Arch. VIII. 36, XIII. 218 Ср. тамъ же XV. 219. Ср. § 61 прим. 2

a. Для недвижимыхъ имуществъ по русскому праву требуется непремѣнно формальная купчая крѣпость (т. X, ч. 1 ст. 728; полож. о нотар. части ст. 66, 157 и слѣд.; «Сводъ» А. Думашевскаго, т. I, 453 и слѣд., 690 и слѣд. изд. 2) А. Д.

[3] Если § 3 I. h. t. и l. 2 pr. D. loc. 19. 2 ставятъ совершеніе договора купли въ зависимость отъ соглашенія на счетъ цѣны, то онѣ естественно предполагаютъ соглашеніе на счетъ покупаемой вещи.

[4] L. 9 pr. D. h. t. 18. 1. «In venditionibus et emtionibus consensum debere intercedere palam est. Ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est.» Ср. Регельсбергеръ civilr. Erörter. I стр. 134—135. Зейфф. Arch. XIII. 139.

[5] Альтернативное опредѣленіе покупаемой вещи: l. 25 pr. l. 34 § 6 D. h. t. 18. 1. Если опредѣленіе покупаемой вещи или цѣны оной принадлежитъ третьему лицу, то существованіе договора зависитъ отъ дѣйствительнаго опредѣленія имъ этого, l. 15 C. h. t 4. 38 § 1 I. h. t. См. также l. 7 § 1. 2 l. 37 D. h. t. 18. 1, и ср. Зейфф. Arch. VII. 26, XII. 20, XVII. 30. Можно ли купить «съ опредѣленіемъ цѣны по доброй совѣсти» (um so viel als billig ist»)? Въ пользу l. 16 § 9 D. d. pign. 20. 1, ср. впрочемъ l. 25 pr. D. loc. 19. 2.

[6] l. 22 § 1 D. de R. I. 50, 17. «Generaliter probandum est, ubicunque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse». Ср. l. 7 pr. D. h. t., l. 6, l. 77, 79 D. pro soc. 17, 2, l. 24 pr. D. loc. 19, 2, l. 3 C. de dot. prom. 5, 11. Thon Zeitsch. f. Civ. u. Pr. X. Стр. 207 слѣд. До того, какъ опредѣленіе сдѣлано, сдѣлка есть negotium perfectum

Но и въ томъ случаѣ, когда очевидно, что стороны хотѣли послѣднее, сдѣлка не становится недѣйствительною [7]; но въ этомъ случаѣ, если продавецъ или покупщикъ пользуются предоставленнымъ имъ произволомъ такъ, что сдѣлка не представляетъ дѣйствительнаго эквивалента за отчуждаемое имущество, то здѣсь имѣетъ мѣсто не купля-продажа, но дареніе [7a]. Точно также долженъ быть признанъ дареніемъ, а не куплей-продажей тотъ случай, когда заявленіе покупщика, что онъ получилъ вещь или заявленіе продавца, что онъ получилъ цѣну вещи, только фиктивно [8].

§ 140. Купля-продажа можетъ быть заключена подъ резолютивнымъ или суспенсивнымъ условіемъ. Въ зависимость отъ подобнаго условія можетъ быть поставлена обязанность только одного покупщика [1] или только одного продавца или же обязанности ихъ

(l. 35 § 1 D. h. t. 18, 1), но она отъ этого недѣйствительна. Другаго мнѣнія Унтергольцнеръ стр. 230 прим. *e* и Тёль стр. 403, утверждающіе, что подобная купля-продажа не обязательна для покупщика. Они ссылаются на цитированную l. 35 § 1 D. h. t. и на l. R. C. h. t. 4. 38, изъ коихъ послѣдняя не говоритъ о добросовѣстномъ опредѣленіи, и нечего не доказывала бы, еслибъ она это и дѣлала; см. слѣд. примѣч. Ср. еще Гольцшуеръ III. стр. 20, 21 Сюда относится также случай, когда вещь покупается безъ предварительнаго соглашенія о цѣнѣ. Мнѣніе сторонъ то, что продавецъ можетъ требовать, но если онъ требуетъ недобросовѣстно, то требованіе можетъ быть уменьшено судьей. Разъ затребованную цѣну продавецъ не можетъ болѣе увеличить, опредѣленіемъ же цѣны онъ завершаетъ сдѣлку. Тонъ Zeischr. f. Civ. u. Pr. X. 7. Зейфф. Arch. II. 177, 284, IX. 339, XI. 233 XII, 19, XVI. 41. (XXII. 132, 133). Римляне давали, впрочемъ, продавцу въ подобномъ случаѣ только actio praescriptis verbis, ср. l. 22 D. de praescr. verb. 19, 5, § 1, l de loc. et cond. 3, 24. Въ торговыхъ сдѣлкахъ слѣдуетъ принимать, что стороны имѣли въ виду рыночную цѣну, а не ту, которую опредѣлитъ самъ продавецъ. Тель стр. 403 прим. 3, 404 слѣд. Зейфф. Arch. II. 166.

[7] Кто можетъ изъявить готовность платить за ничто, тотъ можетъ быть готовымъ платить за X, которое будетъ опредѣлено его противникомъ. Этому не протоворѣчитъ l. 13 C. h. t 4, 38. «In vendentis vel ementis voluntatem collata condicione comparandi, quia non adstringit necepitate contragentes, obligatio nulla est». Мѣсто это не слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что *ни одинъ* изъ контрагентовъ не связанъ; множественное число «contragentes» выражаетъ: продавецъ bez. покупщикъ. Ср. впрочемъ и Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Hand. I. стр. 278 (противъ этого Аридстъ § 300 прим. 3). См. еще § 62 прим. 8.

[7a] Примѣръ pretium'a incertum, исключающаго дѣйствительность договора купли см. у Зейфф. Arch. XXI. 191. Къ предъидущему см. теперь и Гольдшмидтъ Handelsr. I стр. 601 слѣд. Yge Arch. f. civ. Pr. LII. 3 (1869).

[8] L. 36, 38 D. h. t. 18, 1, l. 3, 9 C. eod. 4, 38. Сюда относится также случай, гдѣ то, что получаетъ одна сторона, не можетъ вовсе быть разсматриваемо какъ эквивалентъ дѣйствія, которое она должна доставить (venditio nummo uno). Иначе бываетъ, когда оно не равняется лишь цѣнности этого дѣйствія; въ этомъ случаѣ сдѣлка представляетъ собою куплю-продажу, но она вмѣстѣ съ тѣмъ заключаетъ въ себѣ даръ (§ 118 прим. 3).

§ 140. [1] Условна одна лишь обязанность продавца, напр., при куплѣ-продажѣ вещи, которой (настоящее или будущее) существованіе неизвѣстно еще (emtio spei); см. мѣста въ § 138 прим. 5. Если условна обязанность одной стороны, то можетъ статься, что другая должна будетъ исполнить свое обязательство безъ полученія чего либо въ свою очередь.

обоихъ [2]. Относительно условной купли-продажи дѣйствуютъ тѣже правила, что и относительно условныхъ сдѣлокъ вообще, а равно и тѣхъ случаевъ, когда осуществленіе условія поставлено въ зависимость отъ произвола одной изъ сторонъ. Если при этомъ условіе представляется a) суспенсивнымъ, то контрагентъ, отъ произвола котораго зависитъ исполненіе условія, вовсе не обязанъ договоромъ, а противная сторона представляется только условно обязанною; осуществленіемъ же условія со стороны этого контрагента возникаетъ обязательство и для него [3]. Если условіе представляется b) резолютивнымъ, осуществленіемъ его прекращается договоръ по общимъ правиламъ о резолютивныхъ условіяхъ, но при этомъ, если исполненіе условія зависѣло отъ произвола покупщика, то тѣ вещныя обязательства, которыя упали на предметъ продажи въ промежутокъ времени, пока договоръ имѣлъ силу, остаются дѣйствительными [4].

Случаемъ условной купли-продажи, въ которой условіе зависитъ отъ произвола одной изъ сторонъ, представляетъ такъ называемая купля продажа по осмотрѣ или на пробу [5]. За сдѣлкою этою, въ случаѣ сомнѣнія, признается тотъ смыслъ, что покупщикъ вправѣ по своему усмотрѣнію рѣшить, купилъ ли онъ вещь или нѣтъ и что если онъ отказывается отъ покупки, онъ вовсе не обязанъ доказывать, что купленная вещь ему дѣйствительно не нравится [6]. Стороны могутъ придать этому условію резолютив-

---

Тѣмъ не менѣе договоръ не есть дареніе Сторона, обязанная къ исполненію, получила все-таки эквивалентъ — перспективу на прибыль, которая оказывается, конечно, обманчивой. Слѣдовательно римское выраженіе emtio spei выражаетъ собою мысль довольно вѣрно. Сюда относятся и новѣйшія лотерейныя сдѣлки, на которыя требуется обыкновенно полицейское разрѣшеніе.

[2] Это слѣдуетъ и посредственно изъ предъидущаго.

[3] См. § 74 nr. 5, a, I, § 93 прим. 1. Въ l. 7 pr. D. h. t. 18, 1 сказано лишь: «venditu nulla est», хотя Фиттингъ, Arch. f. civ Pr. XLVI. стр. 267, думаетъ, что мѣсто это объявляетъ «безъ сомнѣнія» недѣйствительными «обои сдѣлки». O. l. 13 C. h. t, 4. 48. См. § 139 прим. 7.

[4] См. § 76 прим. 6; l. 3, D. quib. mod. pign. 20, 6 Но продавецъ можетъ отказать въ принятіи назадъ вещи, если покупщикъ не очиститъ этихъ повинностей или не вознаградитъ его за нихъ. Ср l. 21 § 1, t. 43 § 48 D. de aed. ed. 21, 1.

[5] Ср. объ этой сдѣлкѣ. Кропп въ Heise und Kropp. juristische Abhandlungen I nr. 12 (1827). Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. I стр. 66 слѣд., 262 слѣд., 386 слѣд. (1858). Фиттингъ тамъ же II. стр. 203 слѣд. (1859). Унгеръ тамъ же III. стр. 386 слѣд. (1860). Фиттингъ тамъ же V стр. 79 слѣд. (1862). Хорошій обзоръ четырехъ послѣднихъ трактатовъ дастъ Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XLVI. 11 (1863). См. далѣе Арндсъ § 301 прим. 5, Вангеровъ III § 635 прим. nr. II, Тель Handelsr. I § 71, Бракенгофтъ Zeitschr. f. civilr. u. Pr. № T. XVII. 11. [Ф. Гоффманъ über das Periculum beim Kauf, (1870) стр. 92 слѣд.]. Были предложены и другія названія этой сдѣлки, кромѣ поименованныхъ въ текстѣ: «Handel nach Belieben», «Handel nach Gefallen» «Handel auf Gefallen» (см Фиттингъ Arch. стр. 242), «Handel auf Laune» (Тель). См. также Тель § 71 въ началѣ.

[6] Такъ смотрятъ господствующее мнѣніе. Зейфф. Arch. X. 40, XVIII. 239. Проти-

ный или суспенсивный характеръ [7]; въ случаѣ сомнѣнія вопросъ объ этомъ характерѣ разрѣшается по обстоятельствамъ даннаго случая [8]. Если предположено суспенсивное условіе, то договоръ признается совершившимся только въ случаѣ согласія покупщика, который можетъ не дать этого согласія и въ томъ случаѣ, если вещь въ этотъ промежутокъ времени погибла или ухудшилась; но если это послѣдовало по винѣ покупщика, то онъ обязанъ возмѣстить ущербъ [9]. Если сторонами установлено было резолютивное условіе, то состоявшаяся купля-продажа продолжаетъ существовать впредь до отказа отъ нея покупщика; отказъ этотъ можетъ воспріять силу и тогда, когда вещь погибла или ухудшилась; здѣсь точно также предполагается отвѣтственность покупщика за ущербъ [10]. Заявленіе согласія или отказа должно послѣдовать свое-

---

воположное попытался доказать Унгеръ; см. противъ него Фиттингъ во второмъ трактатѣ стр. 90—115. См. также HGB. ст. 339. По мнѣнію Гольдшмидта, у римлянъ сохраненіе пробы (degustatio) при покупкѣ вина имѣло то значеніе, чтобы ею констатировать неиспорченность вина. Лучшій аргументъ этого объясненія лежитъ въ Cato de re rustica c. 148; по нашимъ источникамъ объ институтѣ degustatio трактуютъ именно l. 1 pr. l. 4 pr § 1 l. 15 D. de per. 10, 6; l. 34 § 5 D. h. t. 18, 1) объясненіе это сомнительно. Гольдшмидтъ не придаетъ этому институту обязательнаго значенія для совершеннаго права. За Гольдшмидта высказался Фиттингъ (также Вангеровъ III § 638 прим. пг. II А.); противъ него Арндтсъ § 301 прим. 2 (впрочемъ въ 5-мъ изданіи онъ самъ сомнѣвается). Можно условиться, чтобы покупщикъ, за предоставляемое ему право выбора, платилъ особое вознагражденіе. Сюда относятся купеческія сдѣлки о преміи. Тель Handelsr. I § 91 слѣд.

[7] Суспенсивное условіе: § 4 I. h. t., l. 20 pr. § 1 D. de praes. verb. 19, 5; резолютивное условіе: l. 20 § 1 cit., l. 6 D. de resc. vend. 18, 5, l. 3. D. quib. mod. pign. 20, 6. Возможно, что стороны не желали ни суспенсивнаго, ни резолютивнаго условія, а происхожденіе обязательства съ обратнымъ дѣйствіемъ сдѣлки (I § 90 прим. 2 и 3). Если за покупщикомъ сохранено право отступиться отъ сдѣлки, то при этомъ возможно въ частности, что контрагенты желали примѣненія началъ эдильскаго эдикта о redhibitio, и тогда отказъ долженъ быть заявленъ въ теченіи 60 дней, l. 31 § 22 D. de aed. 21, 1. Римляне выводили эту послѣднюю волю изъ употребленія извѣстныхъ выраженій, именно изъ употребленія выраженія redhibere (l. 31 § 22—24 D. de aed. ed. 21, 1), а можетъ быть и изъ выраженія inemtum esse (l. 4 C. de aed. ed. 4, 58, Vat. fr. § 14; l. 3 D. h. t. 18, 1, l. 2 § 5 D. pro emt. 41, 4, l. 11 § 13 D. quod vi aut cl. 43, 24). Ср. съ Гольдшмитомъ стр. 113, 122 Фиттингъ II стр. 268 слѣд.

[8] Можно ли судить о характерѣ условія по тому обстоятельству, что купленная вещь передана или перепродана еще? Кропп стр. 193, 194. Тель § 71 прим. 25, 26, Гольдшмидтъ стр. 115 Если обстоятельства не даютъ точки опоры для разрѣшенія, то какъ принимать въ случаѣ сомнѣнія? Ср. объ этомъ вопросѣ Кроппъ стр. 191—196, Гольдшмидтъ, стр. 116 (о случаѣ покупки вина ad gustum его же стр. 76 слѣд.), Тель § 71 прим. 24, Пухта § 360 i. K, Фиттингъ II стр. 277; Зейфф. Arch. XVIII. 236. По моему мнѣнію, остается одно: въ каждомъ данномъ случаѣ рѣшить противъ того, который основываетъ свое право на томъ, что условіе есть суспенсивное или резолютивное (I § 84 прим. 4). HGB ст. 339 Satz «Условіе это есть въ случаѣ сомнѣнія суспенсивное».

[9] L. 17 § 2, 4, l. 20 § 1, 2 D. de praescr. verb. 19, 5. Точно также обязанъ покупщикъ выдать извлеченныя имъ изъ вещи выгоды, l. 13 § 1 D. comm. 13, 6, l. 20 pr. D. de praescr. verb. 19, 5

[10] Слѣдовательно продавецъ несетъ рискъ не только ухудшенія, но и гибели вещи.

временно [11]; въ противномъ случаѣ оно признается какъ-бы не имѣвшимъ мѣста [12]. Оно признается своевременнымъ, если сдѣлано въ теченіе установленнаго договоромъ времени; если оно не опредѣлено, то опредѣляется согласно мѣстному обычаю, если-же таковаго не существуетъ, то заявленіе должно быть сдѣлано тотчасъ, какъ къ тому представится возможность [13]. Заявленіе согласія или отказа можетъ быть сдѣлано явно или молчаливо [14]. Отъ купли-продажи на пробу должно отличать куплю-продажу по образцамъ: куплю-продажу извѣстнаго количества вещей, которыя должны быть сходны съ опредѣленнымъ образцомъ [15].

Купля-продажи, поставленная въ зависимость отъ произвола одной стороны можетъ быть соединена и съ другимъ условіемъ. Сюда относится случай предоставленія продавцу права отказаться отъ сдѣлки, если ему будетъ сдѣлано болѣе выгодное предложеніе или если ему не своевременно будетъ внесена продажная цѣна вещи [a] [16]. Ср. выше § 75.

Послѣднее однако же спорно; оно признается Шкевие Röm. Privatr. III. § 333 прим. 3, Бринцъ стр. 482, отрицается Гольдшмидтомъ стр. 120, Фиттингъ II стр. 270, Тель прим 22а, (Вангеровъ 7 изд. стр. 437). Если остановиться на почвѣ права резолютивнаго условія, то иначе рѣшать нельзя, какъ въ текстѣ (§ 143 прим. 10), и вопросъ можетъ состоять лишь въ томъ: нельзя ли вывести противоположную волю сторонъ изъ словъ ими употребленныхъ, или изъ другихъ обстоятельствъ? Напримѣръ, еслибъ было сказано: если вещь не нравится, то можно требовать назадъ заплоченныя деньги за возвращеніемъ вещи.

[11] Несвоевременное одобреніе не дѣлаетъ договора обязательнымъ, равно какъ и своевременное неодобреніе не лишаетъ его силы. Если продавецъ хочетъ однако принять несвоевременное одобреніе или неодобреніе, то заключается новый договоръ. Объ оставленномъ теперь мнѣніи, будто продавецъ проходитъ въ шога чрезъ несвоевременное объявленіе, см. Вангеровъ стр. 453 (7 изд. стр. 436, 437); Гольдшмидтъ стр. 128 слѣд., Тель прим. 20, 21а. Ср. впрочемъ и прим. 14.

[12] Если продавецъ виноваенъ въ томъ, что покупщикъ не можетъ своевременно высказаться, то это естественно не предитъ послѣднему. L. 4 pr. D. de peric. 18, 6.

[13] Это должно считаться волей сторонъ. Господствующее мнѣніе допускаетъ, при резолютивномъ условіи, шестидесяти-дневный срокъ на основаніи l. 31 § 22 D. de aed. ed. 21, 1; см. объ этомъ прим. 7 и § 76 прим. 14. На счетъ суспенсивнаго условія мнѣнія расходятся; см. Кроппъ стр. 198—199, Гольдшмидтъ стр. 195—127, Тель прим. 18, 19 (Вангеровъ стр. 453 6-го, стр. 437 7-го изд.). О. l. 4 § 1 D de peric. 18, 6 см. Гольдшмидтъ стр. 95—98. HGB. ст. 339 Satz. 3. «При отсутствіи условленнаго или обычнаго срока продавецъ можетъ, по истеченіи достаточнаго по обстоятельствамъ времени, потребовать отъ покупщика заявленія. Обязанность его прекращается, если покупщикъ не отзовется тотчасъ на это требованіе».

[14] Заключается ли безусловное одобреніе и въ пропущеніи установленнаго, или опредѣленнаго заявленіемъ покупщика *при переданной вещи?* См. Гольдшмидтъ стр. 454 прим. 19, Фиттингъ V стр. 113 прим. 38; (Вангеровъ 7 изд. стр. 437). Вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно въ HGB. Art. 339 Satz. 4.

[15] Кроппъ in Heise und Cropp Juristische Abhandlungen I nr. 13 (1827); Гесее Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N F. III 4 (1847); Тель Handelsr. I. § 72. HGB. Art. 340. Продажа на пробу: (тамъ же Art. 341. Тель § 72 на концѣ).

a. Сюда относится, между прочимъ, продажа съ публичнаго торга. **А. Д.**

[16] In diem addictio и lex commissoria. In diem addictio можетъ имѣть и то значеніе,

§ 141. Купля-продажа, зависитъ конечно отъ свободной воли сторонъ [1]; но бываютъ случаи, когда заключеніе договора купли-продажи обязательно или въ силу закона [2], или въ силу судебнаго рѣшенія или въ силу сдѣлки. Особенно сюда относятся:

1) Договоръ объ обратной покупкѣ [3] или обратной продажѣ [4]. Если въ договорѣ не установлена цѣна обратной купли-продажи, то, въ случаѣ сомнѣнія, предполагается первоначальная цѣна [5], если не установлено срока, въ теченіе котораго можетъ быть осуществлено право обратной купли-продажи, то принимается обыкновенный срокъ давности [6]. Эти договоры имѣютъ только обязательственный характеръ и должны быть отличаемы отъ того соглашенія, въ силу котораго договоръ купли-продажи можетъ быть прекращенъ посредствомъ возвращенія покупной цѣны или проданной вещи [7].

2. *Право преимущественной покупки* [8]. Оно заключается въ томъ, что предполагая произвести продажу, продавецъ обязанъ предоставить другому право преимущественной покупки, при чемъ однако предполагается, что послѣдній согласенъ на тѣ-же условія, которыя предлагаетъ третье лице, желающее произвести покупку [9]. Право преимущественной покупки дѣйствуетъ какъ обязательство [10] и потому не должно быть смѣшиваемо съ нѣмецкими

что покупщикъ вправѣ отступиться на случай лучшаго предложенія, l. 9 D. de in diem add. 18, 2. Что касается въ этомъ отношеніи lex commissoria, то нельзя принимать, что намѣреніе сторонъ было предоставить покупщику выгоды за его противоконтрактное умедленіе. L. 2, 3 D. de lsg. commiss. 18. 3.

§ 141. [1] L. II 13 C. h. t. 4, 38.

[2] Кромѣ поименованныхъ ниже случаевъ принудительной продажи, относятся сюда l. 12 pr. D. de relig. 11, 7 и l. 14 § 1 D. de distr pign. 20, 5 (I § 248 прим 27) и устарѣвшія опредѣленія l. 2 D. de his qui sui l. 6, l. 1 C. de comm. serv. 7, 7; l. 2 (ср. l. 3, 4) C. pro quib. caus serv. 7, 13; l. 9 C. de oper. publ. 8, 12 (= l. 30 C. Th. de oper. publ. 15, 1; ср. l. 50, 53 eod.), l. 1, 2. C. ut nemi ni liceat 10, 27, Nov. 7 c. 2 § 1. Современная экспропріація: Геберлянъ Arch. f civ. Pr. XXXIX. 1, 8 (1856), B. Кохъ Deutschlands Eisenbahnen I стр. 32 слѣд. (1858), A. Тиль das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren nach dem neuestem Standpunkt der Wissenschaft und der Praxis (1866); преимущественно: Г. Мейеръ das Recht der Expropriation (1868). О гражданско-юридическихъ отношеніяхъ, возникающихъ изъ экспропріаціи, трактуетъ послѣдній писатель въ § 9 Зейфф. Arch. XIV. 226. [Лабандъ Arch. f. civ. Pr. LII 6 (1869)].

[3] Такъ наз. pactum de retrovendendo. L. 12 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 2 C. d. pact. inter emt. 4, 54.

[4] Такъ наз. pactum de retroemendo. Объ обоихъ договорахъ см. Синтенисъ II стр 637—639.

[5] Это спорно Другіе принимаютъ стоимость по таксѣ.

[6] См. I § 107. прим. 5 и 9, Синтенисъ стр. 639 прим. 233

[7] L. 7 C. de pact. int. emt. 4. 54.

[8] Синтенисъ стр. 639. 640.

[9] L. 3 C. de iure emph. 4. 66.

[10] Зейфф. Arch. VII. 37.

Näher- и Retractrecht [11]. Право преимущественной покупки можетъ существовать не только въ силу договора [12]; оно можетъ быть установлено и въ силу закона [13] a.

Договоръ купли-продажи не всегда дозволенъ. Тѣмъ лицамъ, которыя продаютъ чужое имѣніе или управляютъ имъ по служебнымъ своимъ обязанностямъ, запрещено покупать для себя это имущество. [14]. Подобное же запрещеніе существуетъ и для залогодержателя [15].

c. Обязательства.

α. *Вообще.*

§ 142. Обязательство, проистекающее изъ договора купли-продажи опредѣляются свободнымъ усмотрѣніемъ судьи, которое вмѣстѣ съ соглашеніемъ сторонъ, опредѣляетъ содержаніе сдѣлки [1]. Главнѣйшіе пункты здѣсь суть слѣдующіе [1a].

1. Продавцы прежде всего обязаны заботиться о томъ, чтобы покупщикъ получилъ купленную вещь [2]. Эту обязанность римское

---

[11] Герберъ deutsch. Privatr. § 175—177, Безелеръ deut. Privatr. § 124. 125.

[12] Можно условиться, что собственникъ можетъ продать вещь лишь опредѣленному лицу. l.. 75. D. h. t. 18. 1, l. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1, l. 122 § 3 D. d. V. O. 45. 1.

[13] Прежде всего право преимущественной покупки эмфитевзиса собственникомъ поземельнаго имущества, l. 3 C. de usre emph. 4. 66. См. далѣе l. 16 D. de reb. auct. ind. 42. 5 и l. 60 D. de pact 2. 14, l. 1 C. de metallar. II. 6, и срав. l. 14 C. h. t. 4. 38. (Зейфф. Arch. XXII. 23a).

a Ср. т. X ч. 1 ст. 548 и 555. **А. Д.**

[14] L. 3 4 § 7 D. h. t. 18. 1, l. 5 § 2 —4 D. de auct. 26. 8, l. 46 D. h. t. Регельсбергеръ civilr. Erörterungen I стр. 188. Зейфф. Arch. XVIII. 222.

[15] L. 10 C. de distr. pign. 8. 28. Кромѣ того римское право запрещало провинціальнымъ чиновникамъ, во время ихъ состоянія на службѣ, покупать что либо, кромѣ вещей необходимыхъ для ежедневнаго обихода (C. 62 pr. D. h. t. 18. 1, l. 6 § ult. D. de off. procons. l. 16, l. un. § 2. 3 C. de contr. iud. 1. 53). Далѣе запрещалось солдатамъ покупать поземельныя имущества въ провинціи, гдѣ они служатъ (l. 9. pr. D. de re militari 49. 16). Эти положенія римскаго административнаго права не примѣнимы въ настоящее время. l.. 3 D. de extr. cogn. 50. 13, не заключаетъ въ себѣ запрещенія купли-продажи между врачами и паціентами, а объявляетъ недѣйствительной продажу, къ которой врачъ побудилъ паціента чрезъ злоупотребленіе своей профессіональной властью (ср. § 152 прим 9).

[1] Иски изъ купли-продажи суть actiones bonae fidei, § 28. I de act. 4. 6, l. II. § 1. D § 142. h. t. (de actionibus emti et venditi) 19 1. l. 11 § 1. cit. «Et imprimis sciendum est. in hoc iudicio id demum deduci. quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit. quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quodsi nihil convenit, tunc ae praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate».

[1a] См. еще и напр. l. 29. 30. D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. de A. E. V. 4. 19, и объ этомъ Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 287 слѣд. XLVIII стр. 308 слѣд. и цитированную въ послѣднемъ мѣстѣ диссертацію Тило.

[2] Неоднократно было уже замѣчено (I § 177 прим. 1, II § 321 прим. 18. 19. § 330 прим. 6, въ особенности § 117 прим. 18), что изъявленіе воли на продажу должно

право опредѣляетъ точнѣе въ томъ смыслѣ, что продавецъ обязанъ представить покупщику не правовое, но фактическое обладаніе [3] проданною вещью [3a]. Въ частности при продажѣ тѣлесныхъ вещей обязанность продавца заключается исключительно въ передачѣ владѣнія. Посредствомъ этой передачи, если продавецъ былъ собственникомъ проданной вещи и къ переходу права собственности нѣтъ какихъ-либо препятствій, покупщикъ дѣлается собственникомъ ея [4]. Хотя-бы этого и не послѣдовало, продавецъ признается неисполнившимъ свою обязанность и отвѣтствуетъ передъ покупщикомъ только въ томъ случаѣ, когда ему вслѣдствіе непредоставленія права или предоставленія не полнаго права, будетъ воспрепятствовано въ дальнѣйшемъ фактическомъ обладаніи купленною вещью, когда вещь будетъ отобрана отъ него [5]. Объ этомъ случаѣ будетъ сказано подробно ниже (§ 144). Безъ такого отобранія на продавца только въ исключительныхъ случаяхъ падаетъ обязанность вознаградить продавца за ущербъ, а именно: a) если продавецъ завѣдомо продалъ чужую вещь за свою [6]; b) если впослѣдствіи покупщикъ какимъ-либо инымъ способомъ пріобрѣтетъ право собственности на купленную вещь, такъ что отобраніе отъ его вещи сдѣлалось поэтому невозможнымъ [7]. Кромѣ того покупщикъ

быть прежде всего понимаемо какъ направленное на порожденіе обязательства. Его ближайшее содержаніе заключается въ томъ, чтобы покупщикъ имѣлъ вещь, обязательство же возникаетъ изъ него вслѣдствіе лишь того, что дѣйствительное положеніе вещей этому не соотвѣтствуетъ. Если дѣйствительное положеніе вещей этому соотвѣтствуетъ тотчасъ, то продавецъ не обязанъ ни къ чему, или только ко второстепеннымъ дѣйствіямъ. Такъ напримѣръ при продажѣ сервитута (I § 212 прим. 1) или требованія (II § 82 прим. 6), если продавецъ имѣетъ право и способенъ къ передачѣ. Въ пользу такого воззрѣнія на содержаніе поля о продажѣ говоритъ и та безцеремонность, съ которой наши источники, какъ это бываетъ въ жизни и теперь, отождествляли понятія venditio и alienatio, см. напр. l. 55 D de contr. emt. 18. 1, l. 29 § 1 D. de statulib. 40. 7, ср. l. 55 D. de O. et A. 44. 7, l. 109 D. de V. S. 50. 16. Ср. и Voigt condictiones ob causam стр. 426—429 (Гольшмидтъ Handelsrechte I. § 81 3. A).

[3] L. 188 pr. D. de V. S. 50. 16. «Habere duobus modis dicitur, altero iure domini, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit».

[3a] Дѣйствіе этого положенія въ настоящее время оспаривается, но несправедливо. Ср. Коллеръ § 330, Цюбартъ Realexecution стр. 194.

[4] Предполагая, что цѣна уплочена или что вещь продана въ кредитъ. Сх. I § 172 прим. 19. Достаточно ли доставленіе собственности безъ доставленія владѣнія? Отрицаетъ это у Зейфферта Arch. VIII. 37. XVX 147; ср. VI. 187 (Ограниченіе распоряженія вещью, лежащее на ней: Bl. f. R. Anwend. XXXIII стр. 310 слѣд.).

[5] L. 11 § 2 D. h. t. «Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, i. e. tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tamum evictionis nomine venditorem obligat. . . .». L. 25 § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 30 § 1 D. h. t. 19. 1, l. 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4, l. 3 C. de evict. 8. 45. Bgl. l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 80 § 3 D. de contr. emt. 18. 1.

[6] L. 30 § 1 D. h. t. 19. 1. Зейфф. Arch. I. 200.

[7] L. 13 § 15 D. h. i. 19. 1, l. 9 l. 14 § 1 de evict. 21. 2. Ср. l. 24 eod.

вправѣ удержать продажную цѣну вещи, если ему угрожаетъ отобраніе ея [8]. Если продавцу дѣлалось невозможнымъ доставить проданную вещь, то здѣсь имѣютъ примѣненіе общія начала о невозможности исполненія, такъ что при первоначальной невозможности слѣдуетъ различать субъективную отъ объективной невозможности [9], а при послѣдующей невозможности надо различать невозможность, возникшую по винѣ продавца отъ возникшей безъ его вины (§§ 16 и 47). Всякая небрежность продавца ставится ему въ вину [10]. Если невозможность наступила безъ всякой вины продавца, то онъ не только освобождается отъ всякой отвѣтственности, но даже, не смотря на свое неисполненіе [11], получаетъ право на продажную цѣну вещи. Говорятъ, что покупщикъ несетъ рискъ вещи [12]. Объ этомъ также сказано будетъ подробнѣе ниже (§ 143). Вещь должна быть передана покупщику въ томъ видѣ, какъ она была обозначена продавцемъ [13]. Какія наступаютъ послѣдствія, когда вещь окажется не обладающею обѣщанными качествами, или если она окажется съ такими недостатками, отсутствіе которыхъ не было явно выговорено? Объ этомъ точно также должно быть сказано особо (§ 146, 147). Вмѣстѣ съ проданною вещью покупщикъ обязанъ передать и всѣ принадлежности ея [14], точно также какъ и всю ту выгоду [15], которую она принесла послѣ заключе-

---

[8] L. 18 § 1 D. de peric. 18. 6, l. 24 C. de evict. 8. 45. Зейфф. Arch. I. 49. 50, VII. 164, IX. 142, XI. 34, XIII. 15. 88. 137, XIV. 128, XVIII. 228 слѣд. 229, (XXI. 35, XXII. 201). Беккеръ jahrb. f. Dogm. VI стр. 323 слѣд. 332 слѣд. Этотъ писатель отрицаетъ, чтобъ всякая угрожающая эвикція давала право на удержаніе покупной цѣны; лишь начатіе процесса даетъ такое право. Противъ этого мнѣнія l. 24 cit:— «denun tiatum ab aliquo».

[9] Въ частности см. l. 15 pr. l. 34 § 1 l. 57 pr. § 1 D. de contr. emt. 18. 1, l. 28 eod. Моммсенъ Unmoglichkeit § 2. 3. 14.

[10] L. 23 D. de R. J. 50. 17, l. 5 § 2 D. comm. 13. 6, l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1, l. 3 D. de peric. 18. 6.

[11] Но онъ, по общему правилу, долженъ доставить то, что онъ, вслѣдствіе наступленія невозможности, имѣетъ въ своихъ рукахъ. Сюда относится и страховая сумма. См. § 16 прим. 6. Онъ сохраняетъ за собою то, что онъ, вслѣдствіе неосвобождающаго его факта, имѣетъ въ своихъ рукахъ вмѣсто проданной вещи, если впослѣдствіи наступаетъ освобождающая его невозможность, такъ напримѣръ деньги, вырученныя отъ вторичной продажи вещи, если вещь погибла впослѣдствіи безъ его вины, l. 21 D. de H. v. A. V. 18. 4. Это въ силу правилъ § 79 прим. 12.

[12] См. объ этомъ выраженія писателей, указанныхъ въ § 73 прим. 19 г. А.

[13] L. 6 § 4 l. 13 § 3. 4 D. h. t 19. 1, l. 15 D. de peric. 18. 6. Завѣреніе относительно размѣра проданнаго поземельнаго участка: l. 2 i. 4 § 1 l. 13 § 14 l. 22 l. 42 D. h. t. 19. 1, l, 69 § 6 D. de evict. 21—2, l. 45 D. eod, l. 10 C. eod. 8 45. Завѣреніе относительно принадлежностей: l. 33. pr. D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2; спеціально о сервитутахъ проданнаго имущества: l. 6 § 6 D. h. t. 19. 1, l. 75 D. de evict. 21. 2. Гарантія свободности сервитутовъ: l. 75 cit. (l. 90. 169 D. de V. S. 50. 16), l. 59. 66. pr. D. de contr. emt. 18. 1.

[14] См. I § 143. А тѣмъ болѣе составныя части купленной вещи, какъ напр. не отдѣленные еще плоды, l. 13 § 10 D. h. t. 19. 1.

[15] L. 3 § 1 l. 13 § 13. 18 D. h. t. 19. 1 (къ § 18 cit. срав. l. 38 § 5 l. 39

нія договора купли-продажи. Вопросъ о времени и мѣстѣ передачи разрѣшается общими правилами [16].

2. Покупщикъ обязанъ уплатить продажную цѣну, или говоря точнѣе, передать къ продавцу право собственности на оную [17]. При отсутствіи противоположныхъ соглашеній покупщикъ обязанъ, со дня передачи ему вещи, платить процентъ съ цѣны ея [18]. Покупщикъ обязанъ возмѣстить продавцу понесенныя имъ послѣ продажи издержки, если онѣ были необходимы или только полезны ему [19].

β. Частности.

а.а. *Покупщикъ несетъ рискъ* *).

§ 143. Покупщикъ несетъ рискъ; это значитъ, что при невозможности для продавца, безъ его вины, доставить купленную вещь,

---

D. de her. inst. 28. 5), l. 13. 16 C. h. t. 4. 49, l. 4 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 7 pr. D. de peric 18. 6 Естественно, что положительно или безмолвно можетъ быть постановлено что-либо другое, l. 13 § 18 D. h. t. O. l. 13 § 11 D. h. t. ст. Йерингъ Abhandlungen стр. 64 слѣд., Моммзенъ Erörterungen I стр. 61. 124 слѣд. Продавецъ отвѣчаетъ также и за не своевременное отъ его вины полученіе прибыли, l. 21 D de H. v. A. V. 18. 4 (*vv* quemadmodum fundi venditor). Сказанное относится, согласно правилу (§ 79), къ той лишь прибыли, которую дѣйствительно доставила самая вещь, а не къ той, къ которой она служила лишь поводомъ.

[16] Посему, что касается мѣста исполненія, то: a) все зависитъ здѣсь прежде всего отъ характера вещи (при вещахъ недвижимыхъ) и отъ положительнаго или безмолвнаго соглашенія сторонъ. b) Индивидуально опредѣленныя вещи подлежатъ сдачѣ тамъ, гдѣ онѣ находятся, если при этомъ не допущено недобросовѣстности со стороны продавца, впрочемъ по требованію покупщика онѣ должны быть доставлены на его счетъ и страхъ въ указанное ниже (e) мѣсто. c) Вещи, опредѣленныя по роду, могутъ быть требуемы во всякомъ мѣстѣ, гдѣ продавецъ имѣетъ свою подсудность Слѣдовательно, во всякомъ случаѣ покупщику надлежитъ взять ихъ у продавца Если покупщикъ поручаетъ продавцу прислать ему купленное, т. е. передать послѣднее, вмѣсто него, назначенному покупщикомъ или избранному продавцомъ лицу, то съ передачей этому лицу обязанность покупщика вполнѣ выполнена. Безъ особаго уговора, положительнаго или безмолвнаго, продавецъ не обязанъ посылать. Срав. о сказанномъ Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 421 слѣд., Reatz Erfü Uungsort стр. 94 слѣд. (послѣдній другаго мнѣнія объ обязанности посылать, ср. § 34 прим. 5). Зейфф Arch. II 168. — GB. Art. 342 (§ 34 прим. 4 въ концѣ), Art. 344. «Если товаръ долженъ быть пересланъ изъ другого мѣста, покупщикъ же не сдѣлалъ никакого распоряженія на счетъ способа пересылки, то продавецъ считается уполномоченнымъ сдѣлать, съ тщательностью порядочнаго купца, распоряженіе вмѣсто покупщика, въ частности опредѣлить и лицо, чрезъ которое перевозка товара должна быть осуществлена».

[17] L. 13 § 20 l. 11 § 2 D. h. t. 19. 1, l 1 pr. D. de rer. perm. 19. 4. Однако же и здѣсь дѣйствуетъ правило § 95 прим. 7 и 8 ср. Унтергольцнеръ стр 294.

[18] L. 13 § 20. 21 D. h. t. 19. 1, l. 5 C. h. t. 4. 49, l. 18 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 2 C. eod. 4. 32. Зейфф. Arch. II. 283, IV. 117, VI. 182, VII. 305, XII. 21. 118. 263 (148), XIII. 10. 213. Ср. и Зейффертъ § 323 прим. 5, Гольцшуеръ III стр. 59—61.

[19] L. 13 § 22 l. 38 § 1 D. h. t. 19. 1, l. 13. 16 C. h. t. 4. 49. Расходы чрезъ третьихъ лицъ? Зейфф. Arch. XVIII. 133.

§ 143. * Dig. 18. 6 Cod. 4. 48 de periculo et commodo rei venditae.—Тель Handelsr. I.

покупщикъ все таки обязанъ платить цѣну оной [1]; при ухудшеніи вещи, безъ вины продавца, покупщикъ все-таки обязанъ заплатить цѣну ея полностью [2]. Основаніе этого начала есть то, что по завершеніи договора купли-продажи, проданная вещь, по отношенію къ контрагентамъ, и безъ передачи самой вещи, считается перешедшей изъ имущества продавца въ имущество покупщика [3]. Но для того, чтобы рискъ дѣйствительно перешелъ къ покупщику, необходимо:

1. Завершеніе договора купли-продажи [4]. Для завершенія договора въ понимаемомъ здѣсь смыслѣ, требуется [5], кромѣ соглашенія сторонъ о всѣхъ существенныхъ пунктахъ купли:

а) Чтобы купленная вещь была индивидуально опредѣлена [6], или при продажѣ генерически опредѣленной вещи или количества такихъ вещей [7], чтобы купля соглашеніемъ сторонъ и дѣйствительнымъ исполненіемъ была сосредоточена на опредѣленной вещи или опредѣленныхъ вещахъ [8]. До этой концентраціи сдѣлки покуп-

---

§ 72а - 76. Унтергольцнеръ II. стр. 250—256, Вангеровъ III. § 635. См. кромѣ того цитированную въ § 74 прим. 13 литературу по вопросу о томъ, кто несетъ страхъ при обязательствахъ вообще и взаимныхъ обязательствахъ въ особенности; далѣе Йерингъ Jahrb. f. Dogm. III. 7 и цитаты въ прим. 5 и 8. Ф. Гофманъ über das Periculum beim Kaufe. Вѣна 1870

[1] См цитату въ § 73 примѣч. 19 къ А.

[2] § 3 I de emt. 3. 23, l. 1 pr. init. l. 4 § 1 l. 7 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. Такъ наз. periculum deteriorationis.

[3] См. объ этомъ и о различныхъ, расходящихся мнѣніяхъ § 73 прим 18. 19. Ср. еще l 13 § 17 D. de A. E. V. 19. 1:—aequum est enim, eandem esse conditionem emtoris, quae futura esset, si *cum ipso* actum esset communi dividundo». Goose въ трактатѣ, цитированномъ въ приход. мѣстѣ (Jahrb. f. Dogm. IX. 2), вернулся къ тому пониманію изложенной въ текстѣ мысли, котораго и я придерживался прежде въ Heid. Krit. Jahrb. стр. 136—137. но оставилъ послѣ, какъ невѣрное. Онъ говоритъ: послѣ заключенія договора купли, купленная вещь перешла въ составъ имущества покупщика. Это вѣрно въ той мѣрѣ, въ какой къ имуществу человѣка причисляютъ и то, что онъ имѣетъ требовать. Понимая имущество въ этомъ смыслѣ, Гузъ приходитъ къ невѣрному положенію, что кредиторъ по обоюдному договору несетъ страхъ и тогда, когда онъ сдѣлался кредиторомъ и не по договору отчужденія. Впрочемъ Гузъ беретъ самъ назадъ свое положеніе, прибавляя: что касается отношенія между сторонами. Штинцингъ (прим. 5) стр. 196.

[4] L. 8 pr. D. h. t. «Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio, tunc enim sciemus, cuius periculum sit. Nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet»....

[5] § 3 I de emt. 3. 23, l. 8 pr. D. h. t. L. 8 pr. cit. (прим. 4).—«Et si id quod venierit appareat *quid quale quantune* sit, sit et *pretium*, et *pure* venit, perfecta est emtio». Штинцингъ Jahrb. f. Dogm. X. 3 (1869). Зейфф. Arch. XXII. 131.

[6] Это возможно также по замѣняемымъ вещамъ, если природа купленной вещи допускаетъ это. Напримѣръ покупается *эта* бочка вина, *этотъ* грузъ пшеницы. L. 35 § 5 D. de contr. emt. 18. 1, l. 2 C. h. t, l. 1 § 1 D. h. t.

[7] Не только замѣняемыхъ вещей см. § 7 прим. 17.

[8] Ср. § 7 прим. 2. Источники говорятъ лишь о случаѣ дѣйствительнаго исполненія; случай договора разумѣется самъ собою. L. 35 § 7 D. de contr. emt. 18. 1, l. 1 § 1 l. 5 D. l. 2 C. h. t. (въ первыхъ двухъ мѣстахъ рѣчь идетъ объ odmetiri.

щикъ не несетъ не только риска отъ гибели вещи, но и отъ ея ухудшенія [9].

b) Незавершеннымъ считается, далѣе, договоръ купли, заключенный подъ суспенсивнымъ условіемъ, до наступленія послѣдняго. Если, однако же, при наступленіи условія вещь имѣется еще, но только въ ухудшенномъ видѣ, то покупщикъ обязанъ ее принять въ томъ видѣ, въ какомъ она есть, такъ что въ дѣйствительности онъ несетъ рискъ ухудшенія и до наступленія условія [10].

въ послѣднемъ о tradere). Гейеръ пытался доказать, что страхъ переходитъ къ покупщику чрезъ одностороннее выдѣленіе купленной вещи продавцомъ (Zeitschr. f. Civilr u. Prax. N. F. XV. стр. 23 слѣд.). Тель (Handelsr. I. § 74), мнѣніе котораго теперь г сподствующее (Вангеровъ III. § 634 стр. 433 изд. 7), признаетъ, правда, одностороннее выдѣленіе недостаточнымъ само по себѣ, но считаетъ достаточнымъ указаніе продавцомъ покупщику, вслѣдствіе котораго послѣднему дается возможность направить свое вниманіе на выдѣленную species; ибо продавецъ не можетъ отказаться и отъ односторонне выдѣленной species, если только она согласна съ договоромъ и безъ недостатковъ. Противъ Теля высказались Йерингъ и Беккеръ, первый въ Jahrb. f. Dogm. IV. (1861), второй въ Jahrb. d. gem. R. V. стр. 374 слѣд. (1862). Для перехода риска къ покупщику Йерингъ требуетъ дѣйствительной дачи ему вещи, и называетъ посему свою теорію «Lieferungstheorie» въ противоположность къ «Ausscheidungstheorie». Беккеръ называетъ свою теорію теоріей индивидуализаціи въ противоположность къ теоріи Йеринга. Въ частности онъ выставляетъ противъ Йеринга слѣдующіе пункты: a) «Обособленіе предмета купли можетъ послѣдовать по соглашенію сторонъ, предшествовавшему или послѣдующему Йерингъ не оспаривалъ бы этого. b) Йерингъ, какъ и я, считаетъ поставку исполненной съ отсылкой, если предметъ купли подлежитъ отправленію (§ 142 прим. 16); Беккеръ же считаетъ таковую законченной лишь съ принятіемъ, придавая однакоже моменту отправленія рѣшительное значеніе, на основаніи именно предположенія о безмолвномъ соглашеніи сторонъ, направленномъ на это. Мнѣнія Йеринга придерживается и Гузъ (прим. 3) стр. 211 слѣд., (Штаницингъ въ указ. м.). Другаго мнѣнія Реченьсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLIX. 8 (1866), который опять вернулся къ теоріи выдѣленія; но онъ, кромѣ выдѣленія, требуетъ отсылки къ покупщику указанія объ этомъ (не какъ Тель, знанія продавца о выдѣленіи). Ср. § 7 прим. 9 въ концѣ. (Гофманъ стр. 118 слѣд.). По HGB. рискъ тоже переходитъ съ отсылкой. Такъ же смотритъ на этотъ предметъ Зейффертъ Arch. II. 168. (См. также XXII. 202). Рискъ не переходитъ къ покупщику вслѣдствіе уничтоженія того рода, изъ котораго купленная вещь должна быть взята, если только отъ того осталось столько, сколько нужно для исполненія договора (§ 7 прим. 21).

[9] Гибель и ухудшеніе возможны до концентраціи тогда только, когда по крайней мѣрѣ кругъ вещей, изъ котораго долженъ быть взятъ предметъ купли, опредѣленъ индивидуально, а не генерически. Когда, напримѣръ, ведро вина куплено изъ этой бочки, а не изъ такого-то количества. Что до концентраціи несетъ рискъ ухудшенія продавецъ, объ этомъ говоритъ положительно l. 2 C. h. t. Тѣмъ не менѣе это оспаривали (Моммзенъ Beiträge I стр. 342), на основаніи правилъ объ условной куплѣ (прим. 10). Между тѣмъ купля, о которой рѣчь идетъ здѣсь, существенно отличается отъ условной купли-продажи. Условіе въ куплѣ нисколько не измѣняетъ характера предмета купли, какъ индивидуально опредѣленнаго, но этого именно предмета не достаетъ. См. Вангеровъ III стр. 451 (7 изд. стр. 432), Арндтсъ § 302 прим. 3, Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. I. стр. 80. III. стр. 303, Беккеръ Jahrb. d. gem. R. V. стр. 369, 398; срав. также Тель § 73 прим. 7.

[10] L. 8 pr. l. 10 pr. D. h. t, . 10 § 5 D de J. D. 23. 3. Какъ это будетъ при резолютивномъ условіи? Оно не препятствуетъ завершенію договора купли-продажи,

c) Условной куплей слѣдуетъ считать и куплю индивидуально опредѣленнаго количества вещей, если цѣна опредѣлена не заурядъ [11], за все количество, а по стольку-то за указанную единицу, условіемъ купли будетъ здѣсь опредѣленіе цѣны посредствомъ измѣренія, счета, взвѣшиванія [12]. И здѣсь, слѣдовательно, покупщикъ не несетъ, правда, до опредѣленія цѣны, риска гибели вещи [13], но на его страхъ падаетъ ухудшеніе вещи [14].

d) О случаѣ продажи нѣсколькихъ предметовъ альтернативно, см. § 7 примѣч. 6.

2. Ненахожденіе вещи въ собственности продавца не имѣетъ здѣсь никакого значенія [15]; покупщикъ не несетъ риска тогда только, когда продавецъ виновенъ въ зломъ умыслѣ [16].

поэтому страхъ несетъ покупщикъ тотчасъ. Но не должно ли, при наступленіи условія, быть возстановлено, въ этомъ отношеніи, то положеніе, которое имѣлось бы, еслибъ договоръ никогда не былъ заключенъ (I. § 91), и слѣдовательно можетъ ли покупщикъ и не платить условленныхъ денегъ? Мнѣнія расходятся, ср. § 110 прим. 10. Я не думаю, чтобъ можно было, въ силу l. 3. D. de lege comm. 18. 3 (ср. и l. 3 D. de in diem add. 18. 2), отклонить положительный отвѣтъ L. 2 cit. говоритъ: не слѣдуетъ понимать lex commiporia въ томъ смыслѣ, что покупщикъ можетъ сослаться на нее, ибо еслибъ онъ это могъ, то отъ его усмотрѣнія зависѣло бы спасти цѣну вещи чрезъ уничтоженіе договора вслѣдствіе гибели оной.

[11] Источники говорятъ въ этомъ случаѣ о куплѣ aversione, in aversione, per aversionem, universaliter unopretio. L. 4 § 1. 2. D. h. t., l. 62 § 2 D. de contr. emt. 18. 1, l. 35 § 5. 6 eod. ср. Gruchot der Kauf in Bausch und Bogen, Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 479 слѣд.

[12] Въ этомъ случаѣ покупная цѣна не только не извѣстна, какъ въ случаяхъ l. 7 § 1 D. de contr. emt. 18. 1 («quanti tu emeris, quantum pretium in arca habeo»), но даже совсѣмъ неизвѣстна, будетъ ли она опредѣлена. Послѣднее дѣлается невозможнымъ тогда, когда уничтоженіе предлежащаго количества дѣлаетъ невозможнымъ опредѣленіе его единицы мѣры. Купля эта сходна поэтому съ куплей, при которой опредѣленіе цѣны зависитъ отъ третьяго лица (§ 140 прим. 5), и есть въ дѣйствительности условная, какъ это положительно и признается въ l. 35 § 5 D. de contr. emt. 19. 1.

[13] L. 35 § 5. 6. D. de contr. emt. 18. 1.

[14] Согласенъ съ этимъ Момизенъ Beiträge I стр. 339, Тель § 75; другаго мнѣнія Вангеровъ III стр. 451 (7 изд. стр. 432. 433), Арндтсъ § 302 прим. 2. Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr I стр. 80, Беккеръ Jahrb. d. gem. R. V. стр. 368. 391 слѣд. 398. (Штинцингъ въ указ. мѣстѣ 187 слѣд. 203. Гофманъ въ указ. мѣстѣ 133 слѣд.).

[15] Соглашеніе о продажѣ гласитъ все-таки: ты будешь имѣть, а не: я обязываюсь доставить тебѣ будущее изъявленіе воли. Поэтому необходимо различать случаи: a) продажа совершается подъ условіемъ будущаго пріобрѣтенія; b) смыслъ сдѣлки таковъ: я обязываюсь пріобрѣсть и заемъ тебѣ дать; это не купля-продажа, а pactum de vendendo.—Др. мн. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. III f. и Гузъ тамъ же IX. стр. 208, которое обусловливается ихъ воззрѣніями на основаніе риска, несомаго покупщикомъ. Йерингъ видитъ это основаніе въ присущей или приписываемой покупщику виновности въ отсрочкѣ исполненія договора купли-продажи; слѣдовательно покупщикъ долженъ, по уничтоженіи вещи, заплатить продавцу цѣну въ видѣ вознагражденія убытковъ, и не долженъ ничего платить, если онъ не понесъ никакого вреда. Случай этотъ имѣется тогда, когда проданная вещь не принадлежала продавцу. Я не могу признать правиль-

3. Если продавецъ продалъ вещь вторично другому лицу, то рискъ несетъ второй, а не первый покупщикъ, развѣ бы она была передана первому покупщику [17]. При виновности же продавца въ

нымъ какъ это воззрѣніе, такъ и дѣлаемые изъ него выводы. О первомъ см. § 73 прим. 19 въ концѣ; что касается втораго, то вина покупщика въ непринятіи купленной вещи можетъ имѣть лишь своимъ послѣдствіемъ то, что его можно, пожалуй, разсматривать какъ принявшаго. Возьми же онъ вещь, продавецъ получилъ бы покупную цѣну (§ 144 прим. 19 въ концѣ). Гузъ переноситъ рискъ на покупщика на томъ основаніи, что вещь переходитъ въ составъ его имущества вмѣстѣ съ заключеніемъ договора; поэтому онъ не несетъ риска, когда такому переходу противостоитъ какое нибудь препятствіе. Но какъ разъ невѣрно то, что вещь перешла будто въ составъ имущества покупщика, она почитается перешедшей лишь по отношенію сторонъ другъ къ другу, т. е. стороны трактуются юридически такъ, какъ будто она перешла. и не понятно, почему бы право, признавъ разъ дѣйствительнымъ то, что не дѣйствительно, не игнорировать препятствія, вытекающаго изъ неимѣнія продавцомъ права собственности на проданную вещь. Вѣдь договоръ купли не направленъ вообще на передачу права собственности; не подлежитъ же сомнѣнію, что гибель, послѣ врученія, проданной чужой вещи не освобождаетъ покупщика (§ 143 прим. 4). Что касается меня, то я считаю разсматриваемый здѣсь вопросъ не безспорнымъ. Впрочемъ Йерингъ ограничиваетъ выставленное имъ положеніе въ такомъ видѣ, что практическое различіе между его воззрѣніемъ и излагаемымъ здѣсь сильно уменьшается. Йерингъ исключаетъ именно случаи, въ которыхъ продавецъ имѣетъ на проданную вещь bonae fidei possessio или право требованія. Въ этихъ, слѣдовательно, случаяхъ несетъ конечно рискъ покупщикъ. Такъ какъ, по моему воззрѣнію, покупщикъ не несетъ риска при dolus продавца (прим. 16), то расходятся между собою лишь тѣ случаи, въ которыхъ, съ одной стороны, продавецъ знаетъ, что онъ продаетъ чужую вещь, а съ другой имѣетъ основаніе, разсчитывать на возможность доставленія вещи, думать, что непоказаніе вещи чужою не будутъ нечестностью, или въ которыхъ онъ продаетъ вещь прямо какъ чужую, при чемъ сдѣлка не подходитъ подъ указанный въ a) и b) категоріи. Ср. Йерингъ въ указ. м. стр. 466—467. Если же Йерингъ ссылается, относительно этихъ случаевъ, на нарушеніе, заключающееся въ томъ, что продавецъ извлекаетъ себѣ выгоду изъ чужаго имущества, то я вполнѣ раздѣляю его мнѣніе о противозаконности такого результата, но думаю, что правильный путь избѣгнуть оной будетъ не отказъ продавцу въ требованіи продажной цѣны, а возложеніе на него обязанности выдать собственнику вырученныя деньги. Эта обязанность, какъ справедливо замѣчаетъ Йерингъ стр. 467, вытекаетъ не изъ положеній о commodum, а изъ положеній объ обогащеніи безъ основанія, см § 174 прим. 4 (Вангеровъ III § 635 прим. br. IV въ 7 изд.).

[16] L. 21 pr. D. de evict. 21. 2, l. 30 § 1 D. de A. E. V. 19. 1. По этимъ мѣстамъ завѣдомая продажа чужой вещи порождаетъ противъ покупщика требованіе, которое, въ силу l. 21 pr. cit., не исключается и позднѣйшей гибелью вещи. Правда указанное мѣсто предполагаетъ гибель послѣ передачи, но смыслъ положенія, что рискъ несетъ покупщикъ, состоитъ именно въ томъ, что одно соглашеніе между сторонами о продажѣ должно произвести то дѣйствіе, которое само по себѣ можно было бы приписывать одной традиціи (l. 5 § 2 D. de resc. vend. 18. 5: «perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset», l. 15 D. de J. D. 23. 3: «perinde pretium aufert, ac si tradidisset»).

[17] Съ случаемъ многократной продажи занимается преимущественно поименованный въ предъидущемъ примѣчаніи трактатъ Йеринга. Прежде всего должно съ Йерингомъ согласиться въ томъ, что продавецъ не можетъ требовать покупной цѣны отъ обоихъ покупщиковъ. L. 21 D. de H. r. A. V. 18. 4 (Йерингъ стр. 453 слѣд.) не говоритъ, что онъ можетъ требовать, и противъ такого требованія говоритъ присущая договору купли bona fides, которая запрещаетъ получать на одну и туже вещь двойной эквива-

зломъ умыслѣ предъ вторымъ покупщикомъ, послѣдній также не несетъ риска [18].

вв. *Отвѣтственность продавца за эвикцію* *.

§ 144. Продавецъ отвѣтственъ за эвикцію [1]; это значитъ: онъ отвѣтственъ предъ покупщикомъ, если вслѣдствіе недостатка въ самомъ переданномъ ему правѣ онъ будетъ лишенъ фактическаго владѣнія проданною ему вещью [2 3].

лентъ, какъ это положительно и признано въ l. 19 § 9 D. loc. 19. 2. (Основаніе Йеринга, согласно съ его воззрѣніемъ вообще, то, что продавецъ, получивъ разъ покупную цѣну, не имѣетъ уже убытка. Вопросъ же о томъ, который изъ нѣсколькихъ покупщиковъ долженъ уплатить покупныя деньги, есть вопросъ совершенно другой. Йерингъ предоставляетъ выборъ покупщику, хотя онъ признается, что это право выбора имѣетъ въ себѣ «что то скандальное». Данное въ текстѣ разрѣшеніе оправдывается такимъ образомъ. Продавецъ не можетъ, конечно, послѣ вторичной продажи ссылаться предъ первымъ покупщикомъ на заключенный съ нимъ договоръ, если во второй продажѣ заключается dolus противъ перваго покупщика. Но онъ не можетъ это дѣлать и тогда, когда онъ и безъ dolus'а продалъ во второй разъ, имѣя основаніе думать, что первый покупщикъ освободитъ его, или ошибочно принимая, что первый договоръ недѣйствителенъ: ссылка на заключенный имъ договоръ, который онъ самъ считалъ какъ бы незаключеннымъ, была бы противъ bonae fidei. На томъ же основаніи не можетъ онъ и предъ вторымъ покупщикомъ ссылаться на заключенный съ нимъ договоръ, если онъ передалъ вещь первому покупщику. Въ первомъ изданіи я наоборотъ возложилъ страхъ на перваго покупщика, не соразвивъ надлежащимъ образомъ того, что приняті перехода купленной вещи въ имущество покупщика имѣетъ лишь относительное значеніе для сторонъ. И Гузъ Jahrb. f. Dogm. IX стр. 208 (ср. прим. 3) рѣшаетъ въ принципѣ противъ перваго покупщика, хотя онъ въ результатѣ заступаетъ воззрѣніе Йеринга по существу. (Въ результатѣ сходится съ Йерингомъ и Вангеровъ III § 365 пр. IV въ 7 изд. Гофманъ въ указ. м. стр. 137 слѣд. напротивъ возлагаетъ рискъ на перваго покупщика).

[18] См. прим. 16.

* Dig. 21. 2 de evictionibus et duplae stipulatione. Cod. 8. 45 de evictionibus. § 144. К. О. Мюллеръ die Lehre des römischen Rechtes von der Eviction, 1 ч. (1851 не окончено). Фуксъ die Lehre von der Litiedenunciation стр. 12—52 (1855. Сочиненіе это напечатано также въ Arch. f. prakt. R. W. II. 15 и III. 1). Беккеръ Zur Lehre von der Evictionsleistung, Jahrb. d gem. R. IV стр. 229—336 (1863). Глюкъ XX стр. 169—433; Унтергольцнеръ I стр. 288—302, Синтенисъ II стр. 622—634, Вангеровъ III § 610 прим. 1—5.

[1] Римское выраженіе есть evictio. Оно яснѣе выражаетъ мысль, чѣмъ нѣмецкое, которое означаетъ лишь то, что владѣніе отнято у покупщика, между тѣмъ какъ латинское выраженіе означаетъ и отнятіе владѣнія вслѣдствіе лучшаго (по суду доказаннаго) права другаго. Большинство пишетъ нѣмецкое выраженіе «Entwährung», но не справедливо; см. словарь Гримма подъ словами Entwehrung и Entwährung. Слово «Entwehren» имѣетъ одинаковое происхожденіе съ словомъ «Gewere» (ahd. werian, mhd. wern, ввести во владѣніе); entwähren объясняетъ сказанный словарь «irritum facere, не исполнить, въ противоположность къ wären, ratum habere, praestare». «Довольно было уже говорено, что нужно различать wern и wern, а слѣдовательно и entwärn и entwern». Юридическое словоупотребленіе смѣшиваетъ повсюду entwehren (лишить владѣнія) и entwähren (не исполнять)».

[2] Продавецъ долженъ доставить покупщику не только мгновенное владѣніе (Haben), но и «praestare emtori rem habere licere», ср. напр. l. 8 D. h t., l. 30 § 1 D. de E. V. 19. 1 Но говорится также evictionem praestare, отвѣчать за то, чтобъ эвикція не

1. Покупщикъ долженъ быть лишенъ фактическаго владѣнія вещью *вслѣдствіе недостатка въ правѣ*. За потерю владѣнія по другому основанію продавецъ не отвѣчаетъ, хотя бы и существовалъ порокъ въ правѣ; такъ напр. если вещь погибла [4], или отнята у покупщика по распоряженію государственной власти [4a], или отнята у него насильно [5] или если она была покинута покупщикомъ [6]. Что основаніемъ къ лишенію владѣнія послужилъ порокъ въ правѣ, считается доказаннымъ, если порокъ этотъ признанъ судебнымъ рѣшеніемъ, и владѣніе присуждено, вслѣдствіе сего, противнику [7]. Впрочемъ, продавцу предоставляется доказывать неправильность рѣшенія [8], или, что таковое состоялось по небрежному веденію процесса покупщикомъ [9]. Съ другой стороны не необходимо, чтобы недостатокъ правъ былъ прямо констатированъ судебнымъ рѣшеніемъ. Покупщикъ можетъ, и при добровольной выдачѣ вещи, обезпечить себѣ право на вознагражденіе, доказавъ, что, при несомнѣнности права третьяго лица, споръ былъ бы совершенно излишенъ [10]. Къ старательному веденію процесса, ко-

---

наступила (напр. l. 10 D. de A. E. V. 19. 1, l. 1 C. h. t.), какъ и diligentiam praestare и culpam praestare (§ 18 прим. 2).

[3] У римлянъ было въ обычаѣ, что при болѣе цѣнныхъ предметахъ продавецъ, по особой стипуляціи, обѣщалъ покупщику двойную противъ цѣны сумму на случай эвикціи. Обѣщаніе это было даже такъ общеупотребительно, что покупщикамъ признавали право требовать таковаго дополнительно, если оно не было выговорено при заключеніи договора купли, l. 37 pr. § 1 l. 2 D. h. t., l. 11 § 8—9 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 31 § 20 D. de aed. ed. 21. 1. Ученіе объ эвикціи излагается въ нашихъ источникахъ преимущественно въ отношеніи къ этой duplae stipulatio. Ср. о послѣдней Мюллеръ § 8—13; также ср. Сальніусъ Novation und Delegation стр. 225—231.

[4] L. 21 pr. § 1 l. 64 § 2 D. l. 26 C. h. t.; ср. l. 21 § 3 D. h. t.

[4a] L. 11 pr D. h. t. Но иначе бываетъ, когда распоряженіе государственной власти послѣдовало на основаніи недостатка въ переданномъ покупщику правѣ. Беккеръ стр. 279 слѣд. (Zu Зейффертъ Arch. X. 244). Къ l. 11 pr. cit Ср. и Мейеръ Expropriation (§ 141 прим. 2) стр. 61.

[5] L. 17 C. de A. E. V. 4. 49. Какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда самъ продавецъ отнимаетъ своевластно вещь у покупщика? Что и въ этомъ случаѣ не имѣетъ основанія actio emti признавъ ростовскій об. апел. судъ у Зейффертъ Arch. IX. 27.

[6] L. 76 D. h. t. Ср. l. 25. 26 (Моммзенъ Beiträge II стр. 15 прим. 11), l. 51 § 2 eod.

[7] На этотъ случай расчитано выраженіе evictio. Не имѣетъ значенія то, проигралъ ли покупщикъ процессъ въ качествѣ истца или отвѣтчика. См. ниже подъ прим. 3.

[8] L. 51 pr. D. l. 8. i. f. l. 15 C. h. t., l. 1 C. de rer. perm. 4. 64; Vat. fr. § 8. 10.

[9] L. 55 pr. l. 63 § 1. 2. D. l 8 i. f. c. h. t., l. 29 § 1 l. 66 pr. D. l. 19 C. h. t. Ср. Зейфф. Arch. I. 51.

[10] Это признается не всѣми, причемъ ссылаются на l. 56 § 1 l. 17 C. h. t. Но см. l. 29 pr. D. h. t., l. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 1, l. 13 § 15 eod. Беккеръ въ указ. м. стр. 288 слѣд., Фуксъ въ указ. м. стр. 29 слѣд., Либе R. Lex. IV стр. 813, Сиитенисъ стр. 632 прим. 17, Келлеръ стр 623; Зейфф. Arch. XVI. 37. (Противъ дѣлаемаго при этомъ нѣкоторыми изъ означенныхъ писателей различія между требованіемъ изъ duplae stipulatio и actio emti см. l. 11 § 12 cit.). Покупщикъ обя-

имъ обусловливается право покупщика на вознагражденіе, относится и заявленіе продавца о заявленномъ спорѣ для того, чтобы онъ при процессѣ могъ поддерживать покупщика [11]. Впрочемъ, отсутствіе заявленія лишаетъ послѣдняго права на вознагражденіе тогда только, когда продавецъ можетъ доказать, что онъ въ состояніи былъ дать процессу другой оборотъ [12].

2. Порокъ права долженъ имѣть свое основаніе въ недостаточномъ исполненіи обязательства продавцомъ [13]. Поэтому послѣдній не отвѣтственъ, если покупщикъ лишился вещи вслѣдствіе завладѣнія оной третьимъ лицомъ уже послѣ продажи, или въ силу возраженія, вытекающаго изъ лица покупщика [14]. Но продавецъ, не смотря на то, что порокъ права имѣть свое основаніе въ недостаточномъ исполненіи имъ обязательства, не несетъ отвѣтственности въ томъ случаѣ, когда самъ покупщикъ виновенъ въ неустраненіи этого недостатка [15].

3. Лишеніе фактическаго владѣнія вещью должно быть слѣдствіемъ порочности права [16]. При этомъ безразлично, послѣдовало-

занъ доказательства свои представить относительно продавца; недостаточно ссылки на послѣдовавшее по спору съ третьимъ лицемъ рѣшеніе, въ силу котораго вещь отсуждена отъ покупщика, l. 56 § 1. D. h. t.—Ср. еще l. 19 § 3 D. de nog. gest 3. 5.

[11] Покупщикъ обязанъ «litem denuntiare» продавцу. (Такое же значеніе имѣетъ «auctorem laudare», l. 63 § 1 D. h. t.). L. 53 § 1 D. l. 8. 20 C. h. t., l. 49 l. 62 § 1 D. l. 7. 9. 17. 23. 29 C. h. t. Форма заявленія безразлична: въ настоящее время заявленіе дѣлается обыкновенно чрезъ судъ, разбирающій главное дѣло. Ветцелль Civilproc. стр. 42. Байеръ Verträge стр. 146. 148. Заявленіе должно дѣлать такъ своевременно, чтобы продавецъ имѣлъ возможность принимать всѣ имѣющіяся у него юридическія средства въ пользу покупщика. L. 29 § 1 D. h. t., l. 29 § 3 D. de leg. III° 32. Ветцелль стр. 41 прим. 28. Упущеніе заявленія безвредно, если продавецъ отказался отъ него, или если оно не можетъ быть сдѣлано по препятствію въ его лицѣ. l. 63 pr. l. 55 § 1 l. 56 § 5. 6. D. h. t., l. 29 C. h. t.— Поименованное подъ * сочиненіе Фукса трактуетъ о litisdenuntiatio преимущественно съ процессуальной стороны.

[12] Противъ абсолютной необходимости денунціаціи говоритъ, кромѣ l. 53 § 1 D. h. t. («idemque victus fuisset, *quoniam parum instructus esset*»), то въ особенности, что покупщикъ вообще не обязанъ б зусловно вести процессъ (прим. 10). См. Дернбургъ Zeitsch. f. Civilr. u. Pr. N. F. II стр. 24 слѣд., Фуксъ стр. 31 слѣд., Бекеръ стр. 292 слѣд., и цитированныхъ у нихъ писателей; Зейфф. Arch. XVI. 37. Но господствующее мнѣніе требуетъ отъ покупщика, въ случаѣ упущенія имъ заявленія доказательства по крайней мѣрѣ того, что продавецъ не могъ бы предотвратить потерю процесса. Я и это считаю неосновательнымъ. Упущеніе заявленія констатируетъ ничего больше, какъ небрежность въ веденіи процесса со стороны покупщика; существованіе же между этой небрежностью и потерей процесса причинной связи долженъ доказать тотъ, кто ссылается на эту связь, т. е. продавецъ.

[13] L. 1. C. de peric. 4. 48, l. 11 pr. D. h. t.

[14] L. 27. 28 D. h. t.

[15] L. 56 § 3 D. h. t. «Si cum possit usucapere emtor, non cepit, culpa sua hoc fecissa videtur; unde si evictus est servus, non tenetur venditor».

[16] L. 21 § 1 l. 35. D. h. t., l. 57 pr. eod. (Продавецъ не отвѣтственъ, если по-

ли лишеніе такимъ образомъ, что у покупщика отнято владѣніе, или что для него сдѣлалось невозможнымъ пріобрѣтеніе владѣнія вновь [17]. Равносиленъ лишенію владѣнія тотъ случай, когда покупщикъ, для сохраненія владѣнія или пріобрѣтенія владѣнія или пріобрѣтенія онаго вновь, долженъ былъ сдѣлать какіе-нибудь расходы [18]. Родъ права, въ силу котораго покупщикъ лишается владѣнія вещью, безразличенъ. Право это можетъ быть [19]: собственностью [20], сервитутомъ [21], эмфитезисомъ [22], суперфиціемъ [23], закладнымъ правомъ [24], даже личнымъ требованіемъ, какъ напримѣръ, требованіемъ о раздѣлѣ [25], искомъ объ убыткахъ (noxalis actio) [26], требованіемъ о возстановленіи прежняго состоянія [27], слѣдовательно и требованіе о возвращеніи владѣнія [28]. Осуществленіе сервитута такого ро-

---

купщикъ хотя и былъ обвиненъ, но выигрывшая сторона умираетъ безъ преемниковъ, такъ что рѣшеніе не доходитъ до исполненія).

[17] L. 16 § 1 D. h. t. «Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emtore conventus absolutus est». Ср. l. 29 § 1 D. h. t.

[18] L. 16 § 1. Cit — «vel damnatus est litis aestimatione». L. 21 § 2 eod. — «neque enim habere licet eum, cuius si pretium qnis non dedisset, ab adversario auferretur. Prope enim hunc ex secunda emtione, i. e litis aestimatione, emtori habere licet, non ex pristina». L. 29 pr. eod. (прим. 10). Мюллеръ стр. 96 слѣд.

[19] Ср. къ слѣдующему Мюллеръ § 17 — 21.

[20] См. напр. l 34 § 2 D. h. t., ср. l. 102 D. de V. O. 45. 1. Съ собственностью сравнена bonae fidei possessio.

[21] L. 66 pr. D. de contr. emt. 18 1, l. 49 l. 61 § 2 D. h. t.

[22] Эти оба права случайно не упоминаются въ источникахъ.

[23] L. 34 § 2 l. 35 l. 63 § 1 D. h. t.

[24] L. 34 § 1 D. h. t

[25] L. 11 § 12 D. de A. E. V. 19. 1; ср. l. 45 § 1 D. de leg. 1° 30.

[26] L. 39 pr. l. 66 § 1 D. h. t.

[27] Въ этомъ случаѣ не имѣлъ впрочемъ основанія искъ изъ duplae stipulatio. L. 11 § 13 l. 35 D. de A. E. V. 19. 1. L. 38 § 3 D. de V. D. 45. 1 не относится сюда (ср. l. 66 pr. D. h. t.). Мюллеръ § 21, Беккеръ стр. 266 — 268.

[28] Ни иска объ эвикціи, ни иска о недостаткѣ въ вещи (не говоря естественно о случаѣ dolus'a и положительнаго увѣренія въ свободности имущества, l. 59 D. de contr. emt. 18. 9, l. 75 D. h. t. (ср. къ этому l. 90 l. 169 D. de V. S. 50. 16), l. 1 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 § 5 D. h. t.). Впрочемъ на счетъ послѣдняго существуетъ старый споръ, причемъ нѣкоторые допускаютъ actio quanti minoris и при отсутствіи dolus'a и завѣренія продавца (см. въ особенности Нейштетель въ его и Циммерна röm. = rechtl. Untersuchungen. Стр. 216 слѣд., Гестердингъ Ausbeute VI стр. 174 слѣд.), хотя въ новѣйшее время стремится, кажется, сдѣлаться господствующимъ изложенное въ текстѣ воззрѣніе; см. за него Мюллеръ стр. 196 слѣд., Г. Келлеръ въ Jahrbuch Селя III стр. 97 слѣд., Вангеровъ § 110 прим. 3; также Беккеръ стр. 265. 278. 279 клонится къ нему. Доказательства въ пользу этого мнѣнія заключаются въ l. 59 D. de contr. emt. 18. 1 и l. 75 D. h. t. (Сомнительно, относится ли сюда и l. 66 pr. D. de contr. emt.), — мѣста, въ виду которыхъ не могутъ быть приняты въ соображеніе l. 61 D. de aed ed. 21. 1 и l. 15 § 1 D. h. t., трактующія лишь о содержаніи, а не объ условіяхъ иска по поводу оспариванія у продавца сервитута. Римское право исходитъ изъ того, что обремененіе поземельнаго иму-

да, вслѣдствіе котораго покупщикъ не лишается владѣнія вещью, не даетъ ему права иска [29]. Съ другой стороны эвикція имѣетъ мѣсто, будетъ-ли покупщикъ лишенъ владѣнія всею вещью, или только частью оной [29], или же какою-нибудь принадлежностью ея [30].

4. Если владѣніе вещью отнимается не у самаго покупщика, а у того, которому онъ отъ себя отчудилъ вещь, то это порождаетъ право эвикціи и для покупщика, если послѣдній имѣетъ юридическій интересъ въ сохраненіи вещи за третьимъ лицомъ [31].

5. Содержаніе иска объ эвикціи [32], составляетъ уплата интереса, который покупщикъ имѣетъ въ томъ, чтобъ эвикція не совершилась [33]; интересъ опредѣляется по соображенію съ време-

---

щества служебностями есть что-то столь обыкновенное, что покупщикъ долженъ быть приготовленъ къ нимъ; если же онъ хочетъ имѣть по нимъ искъ о вознагражденіи, то онъ долженъ это особенно выговорить себѣ. И относительно облигаторныхъ повинностей дѣлается различіе, могъ ли покупщикъ ихъ предвидѣть, или нѣтъ, l. 21 § 1 l. 41 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 13 § 6 eod., l. 9 C. eod. 4. 49. Беккеръ стр. 276—279. Практика колеблется. Зейфф. Arch. III. 314, VII. 163, XI. 28. 221 pr. l. 222, XII. 258, XIV. 127. 217.

[29] Идеальная доля: l. 1 l. 39 § 2 D. h. t. Тѣлесная часть: l. 1. l. 64 § 3 D. h. t. Составная часть: l. 23 § 1 D. de usurp. 41. 3. Впрочемъ въ послѣднемъ случаѣ не допускался искъ изъ duplae stipulatio; не допускался ли онъ и въ первомъ изъ поименованныхъ случаевъ, это сомнительно. L. 56 § 2 l. 64 pr. — § 2 D. h. t. Беккеръ стр. 268.

[30] L. 8. D. h. t. Но duplae stipulatione терялась и въ этомъ случаѣ l. 42. 43. D. h. t.

[31] Наприм. покупщикъ продалъ вещь, l. 39 § 1 l. 61 D. h. t. (о l. 33 D. h. t. ср. съ Мюллеромъ стр. 115 слѣд. Беккеръ стр. 234); онъ далъ ее въ приданое въ качествѣ жены или отца жены, l. 22 § 1 D. h. t, l. 75 D. de J. D. 23. 3, l. 71 D. h t. Ср. къ l. 71 cit. § 3 прим. 3, о случаѣ же назначенія приданаго вообще Мюллеръ стр. 137 слѣд., Бехманъ röm. Dotalrecht I стр. 134 слѣд. Иначе, когда подарилъ вещь, l. 131 § 1 D. de V. O. 45. 1.

[32] Беккеръ въ указ. м. стр. 231 слѣд. споритъ съ большею оживленностью за безспорно-вѣрное положеніе, что какъ по случаю эвикціи есть ничто иное, какъ искъ объ исполненіи, иначе вознагражденіе интереса за неисполненіе; эвикціей порождается не столько новое требованіе, сколько указывается, что требованіе, возникшее для покупщика изъ купли, не исполнено. Если же Беккеръ развиваетъ эту мысль въ томъ смыслѣ, что эвикціей обнаруживается, что доставленное продавцомъ tradere есть лишь «кажущееся исполненіе», то возрѣніе это мнѣ кажется не очень удачнымъ и доказаннымъ въ виду прямаго смысла l. 3 pr. D. de A. E. V. (относится ли сюда и l. 33 D. h. t., это безразлично). Конечно, при обязательствахъ, направленныхъ на передачу собственности, tradere, не доставляющее собственности, есть лишь кажущееся исполненіе; продавецъ напротивъ обязанъ только доказать, что покупщикъ фактически имѣетъ вещь, а это обязательство онъ исполняетъ чрезъ tradere не фиктивно, а дѣйствительно, конечно мгновенно лишь, а не на будущее время.

[33] L. 8 D. l. 23. 25. 29 C. h. t. Зейфф. Arch. V. 122. Что предметъ иска составляетъ не возвращеніе покупной цѣны, какъ таковое, говорятъ положительно l. 60 l. 66 § 3 l. 70 D. l. 23 C. h. t. Ср. впрочемъ Зейффертъ Arch. V. 122. 268; къ этому Беккеръ стр. 321. Равнымъ образомъ недостаточно одного новаго доставленія продавцомъ вещи, если интересъ покупщика идетъ дальше, l. 67 D. h. t. Возмѣщеніе издержекъ: l. 9 l. 16 C. l. 43. 44. 45 pr. § 1. D. de A. E. V. 19. 1. Возмѣщеніе

немъ эвикціи [34], причемъ вычитывается то, что покупщикъ извлекъ отъ вещи [35]. При эвикціи части вещи, интересъ слѣдуетъ опредѣлить по соображенію особенной стоимости этой именно части [36]. Если покупщикъ лишается одной изъ нѣсколькихъ проданныхъ ему вещей, то онъ долженъ быть вознагражденъ за эту вещь, безъ права покупщика ссылаться на большую цѣнность оставшихся еще у покупщика вещей [37]. При покупкѣ вещей, генерически опредѣленныхъ, покупщикъ можетъ, по собственному выбору, требовать или уплаты интереса, или доставленія другой вещи [37]a.

6. Искъ объ эвикціи не имѣетъ мѣста, если покупщикъ отказался отъ права на него [38], или если онъ при продажѣ зналъ о не-

---

убытковъ: l. 17 C. h. t. (въ частности возмѣщеніе расходовъ по процессу объ эвикціи: Беккеръ стр. 309). Ограниченіе требованія интереса двойной цѣной вещи по общему правилу l. un. C de sentent. quae pro eo 7. 47 (§ 10 прим. 9) и по l. 44. D. de A. E. V. 19. 1. Особенное право продажи вслѣдствіе судебнаго залога: l. 74 § 1 D. h. t. (Ср. I § 233 прим. 3 и 4),—Зейфф. Arch. V. 122. 267. 268. 269 (XXI. 219. 220, см. также XXII. 126).

[34] L. 45 pr D de A. E. V. 19. 1. l. 66 § 3 l. 70 D. h. t. Ср. Беккеръ стр. 308, Синтенисъ прим. 168. Напротивъ при duplae stipulatio не обращалось вниманія на позднѣйшее ухудшеніе или улучшеніе купленной вещи, l. 64 pr. l. 13 D. h. t. (Конечно сюда не относится l. 64 § 1. 2. l. 15 D. eod. Беккеръ стр. 273. 309). Примѣнимо ли это римское начало и теперь, если обѣщана опредѣленная сумма за вознагражденіе убытковъ на случай эвикціи? Утвердительно отвѣчаетъ на это Арндтсъ § 303 къ прим. 9, Синтенисъ стр. 625. 626. О l. 64 § 1. 2 cit. см. еще Беккеръ стр, 274—276, Вангеровъ § 610 прим. 1 и цитированныхъ тамъ.

[35] L. 16 C. h. t., ср. l. 74 § 1 D. h t.

[36] L. 1 l. 45 D. h. t. И при duplae stipulatio та часть dupla, которая подлежала доставленію, разсчитывалась по соображенію особенной цѣнности отсужденной части (l. 64 § 3 D. h. t.), исключая однако же того случая, когда цѣна была опредѣлена не огульной суммой, а по столько то за каждую единицу мѣры (l. 53 pr. eod.).

[37] L. 47 l. 72 D. h. t. L. 42 D. de A. E. V. 19 1 не можетъ быть отнесена сюда; она говоритъ лишь, что если при продажѣ одной вещи оказывается недочетъ въ обѣщанномъ количествѣ, то должно обращать вниманіе на то, почему другая превышаетъ обѣщанное количество.

[37]a Покупщикъ можетъ, съ одной стороны, держаться заявленія продавца о томъ, что онъ, покупщикъ, долженъ получить эту опредѣленную вещь; но онъ можетъ, съ другой стороны, остановиться на томъ, что требованіе его не исполнено, и требовать посему исполненія онаго по его первоначальному содержанію. Выборъ этотъ принадлежитъ ему по современному праву, тогда какъ по римскому праву онъ безъ сомнѣнія былъ ограниченъ второй альтернативой. Въ частности вопросъ заключается въ слѣдующемъ: было ли по римскому праву изъявленіе воли о передачѣ опредѣленной вещи столько же обязательно для покупщика, какъ по современному праву. Не обязательно было изъявленіе воли обязаннаго къ доставленію собственности (см. § 95 прим. [6]a [6]b), и не понятно, почему бы могло дѣлать различіе особенное содержаніе лежащей на продавцѣ обязанности.

[38] Такъ назыв. pactum de non praestando evictione. L. 21 C. l. 69 pr. D. h. t. Но такой уговоръ не помогаетъ злостному продавцу L. 6 § 9 l. 11 § 15. 18. D. de A. E. V. 19. 1, l. 69 § 5 D. h. t Ср. Зейффертъ Arch. XVII. 24. За симъ: не должно ли въ случаѣ сомнѣнія понимать такой договоръ въ томъ смыслѣ, что продавецъ не можетъ быть принужденъ къ уплатѣ покупщику его интереса, но по всякомъ

достаточности права продавца [39]; далѣе при продажахъ, совершаемыхъ во время игры для продолженія оной [40].

§ 145. Обязанность вознаградить за эвикцію встрѣчается не при одномъ только договорѣ купли - продажи; она имѣетъ мѣсто во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ кто-либо обязывается доставить собственность или другое право на вещь, въ силу котораго можно требовать и владѣнія вещью [1]. Только обязанность должника не ограничивается здѣсь случаемъ эвикціи, а отвѣтственность его возникаетъ, коль скоро онъ не доставилъ обѣщаннаго права или доставилъ не такъ, чтобы въ силу онаго возможно было владѣніе и сохраненіе вещи [2]. Отвѣтственность за одну только эвикцію встрѣчается единственно при куплѣ-продажѣ [3]. Этимъ оправдывается помѣщеніе ученія объ эвикціи въ этомъ отдѣлѣ [4].

случаѣ обязанъ возвратить покупную цѣну? Объ этомъ вопросѣ трактуетъ l. 11 § 18 cit. Господствующее теперь воззрѣніе на это мѣсто состоитъ въ отрицаніи предложеннаго вопроса. Ср. въ особенности Вангеровъ § 610 прим. 4; съ др. стороны Пухта Vorlesо къ § 362.

[39] L. 18. 27. C. h. t., l 7 C. comm. utr. iud. 3. 38. Отдѣльныя опредѣленія въ l. 3 § 4 C. comm. de leg. 6. 43 и Nor. 7. c. 5. Вангеровъ § 610 прим. 5. Зейфф. Arch. VII. 297, IX. 278.

[40] L. 2 § 1 D. quar. ver. actio 44. 5

[1] Напр. l. 58 D. h. t. 21. 2, l. 29 § 3 D. de leg. III° 32. §145.

[2] См. § 94 прим. 4а—6.—Беккеръ стр. 258. 265 того мнѣнія, что обязанность къ доставленію собственности не всегда, или по крайней мѣрѣ не во всякомъ отношеніи, имѣетъ своимъ необходимымъ содержаніемъ доставленіе кредитору собственности, которая давала бы ему и habere licere. Онъ ссылается на l. 2 D. de rer. perm. 19. 4. Но изъ этого мѣста можетъ имѣть значеніе лишь «furtis nexisque solutum» 46. 3; l. же 72 § 5 D. de solut. 46. 3 доказывается, что обязанный къ dare раба не исполняетъ своей обязанности, доставляя servus nondum noxa solutus.

[3] Не встрѣчается ли это и при сдѣлкахъ, аналогичныхъ куплѣ (l. 15 D. quib. ex caus. in pr. 42. 4, l. 4 § 31 D. de doli exc. 44. 4)? Въ источникахъ положительно признано, что при мѣнѣ стороны отвѣчаютъ за доставленіе собственности (§ 151 прим. 4). Что касается исполненія вмѣсто платежа, то см. § 95 прим. 14. Какъ будетъ при разд.лѣ? Объ отвѣтственности за эвикцію говорятъ l. 66 § 3 D. h. t., l. 14 C. fam. erc. 3. 36, l. 7 C. comm. div. 3. 37. Однако же позволительно примѣнять положенія мѣны въ случаяхъ, гдѣ за спорную вещь даны не деньги, а другая вещь, ср. l. 20 § 3 i. f. D. fam. erc. 10. 2, l. 77 § 18 D. de leg. II° — 31. Нѣтъ ли отвѣтственности за эвикцію и изъ договора найма? За отвѣтственность—Беккеръ стр. 243 слѣд.; противъ—Мюллеръ стр. 123 слѣд. Не подлежитъ сомнѣнію, что хозяинъ вещи обязанъ лишь къ доставленію употребленія вещи; но можно ли сказать, что наемщикъ «evictionem patitur», если третье лицо лишаетъ его владѣнія вещью? L. 19 pr. D. loc. 19. 2 ничего не говоритъ въ пользу этого; evictio, о которой говоритъ это мѣсто, можно удобно понимать объ эвикціи со стороны хозяина вещи.

[4] Другіе помѣщаютъ его въ общей части ученія объ обязательствахъ, и безъ того достаточно преполненной; см. напр. Унтергольцнеръ, Зейффертъ, Вангеровъ. И Беккеръ трактуетъ о немъ, какъ объ общемъ ученіи.

cc. Отвѣтственность продавца за свойство вещи.

αα. *За недостатки* *.

§ 146. За недостатки купленной вещи продавецъ отвѣчаетъ [1]: 1) если онъ увѣрялъ въ отсутствіи таковыхъ[2]; 2) если онъ зналъ ихъ и преднамѣренно умолчалъ о семъ [3]; 3) когда онъ самъ не зналъ ихъ онъ отвѣтствуетъ только тогда [4], когда они такъ значительны, что

---

* Dig. 21. 1. de aedilicio edicto et redhibitoria et quanti minoris. Cod. 4. 58 de aediliciis actionibus.—Нейштетель въ его и Циммерна röm. — rechtl. Untersuchungen Nr. 9 (1821). Унтергольцнеръ Arch. f. civ. Pr. VI. 3 (1823). Гестердингъ Ausbeute von Nachforschungen VI. 2. Nr. 1 (1838); напечатано вновь съ незначительными измѣненіями Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. VI. 1. Г. Келлеръ въ Jahrb. Селя III. 4 (1844). Гофманъ Arch. f. prakt. RW. IV. Стр. 177—199 (въ особенности о постановленіяхъ нѣмецкихъ партикулярныхъ правъ). Глюкъ XX. Стр. 1—168; Унтергольцнеръ II стр. 263 — 279, Синтенисъ II стр. 606 — 622, Вангеровъ III § 609 прим. 1. 2, Тель Handelsr. I § 82 — 85

§ 146. [1] Отвѣтственность продавца за недостатки купленной вещи основывается, что касается римскаго права: a) на постановленіяхъ jus civile; b) на положеніяхъ эдикта курульскихъ эдиловъ. По ius civile продавецъ не отвѣтствовалъ, если онъ не умолчалъ умышленно о недостаткахъ, или если онъ положительно не обѣщалъ отсутствіе оныхъ; эдильскій эдиктъ обернулъ правило, говоря, что продавецъ отвѣтствуетъ всегда за недостатки, если онъ положительно не указалъ покупщику ихъ присутствія (l. 1 § 1 l. 38 pr. D. h. t.). Правда, эдильскій эдиктъ относился лишь къ продажѣ рабовъ и скота (pecus); но юриспруденція распространила его на другія тѣлесныя вещи (l. 1 pr. l. 48 § 6 l. 49 l. 63 D. l. 4 C. h. t.). Объ и противъ уклоняющагося воззрѣнія, которое въ этомъ отношеніи построилъ Гансъ въ Arch. f. civ. Pr. II. 9, но которое осталось безъ послѣдователей, см. Тибо тамъ же V. стр. 350 слѣд., Унтергольцнеръ Arch. стр. 76 слѣд 97 — 101, Келлеръ стр. 121 — 123, Вангеровъ стр. 327, о другомъ уклоняющемся взглядѣ Буша см. ниже прим. 4. Если въ l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1 (о l. 6 § 4 eod. см. прим. 2 въ концѣ) дается actio emti на основаніи лишь наличности не указанныхъ недостатковъ, то этимъ выражается лишь то, что съ actio emti (на основаніи формуловой концепціи: quidquid paret N^m N^m A^o A^o dare facere aportere ex fide bona) можно осуществить и содержаніе эдильскаго права. Унтергольцнеръ Arch. стр. 109 слѣд., Келлеръ стр. 93 слѣд. 140 слѣд., Виндшейдъ Voraussetzung стр. 112 слѣд., Вангеровъ стр. 324 (7 изд. стр. 305), Синтенисъ прим. 79 и 99, Шлиманъ Haftung des Cedenten стр. 132 — 136; др. мн. Нейштетель стр. 100 слѣд., см. также Копфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 185.

[2] Это естественно и по ius civile, l. 6 § 4 l. 13 § 3 D. de A. E. V. 19. 1. Но также по эдильскому эдикту, l. 1 § 1 l. 17 § 20 l. 18 pr. l. 38 § 10 l. 52 D. h. t. Въ расхваливаніи вещи съ цѣлью рекомендаціи не заключается еще принятіе гарантіи въ отсутствіи недостатковъ. L. 19 § 3 D. h. t. «Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quae sic dicuntur, ut praestentur, non ut iactentur». L 19 § 1. 2 eod. Но продавецъ, завлекшій покупщика такимъ расхваливаніемъ, можетъ при извѣстныхъ условіяхъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за обманъ, l. 37 D. de dolo 4. 3. Ср. Зейффертъ Arch. XVIII. 237.—Обѣщаніе отсутствія недостатковъ можетъ быть даваемо и безмолвно. L. 6 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 19 § 1 D. loc. 19. 2. Зейфф. Arch. VII. 31 стр. 42; но ср. также XVI. 181.

[3] Естественно, что такъ было уже по ius civile, ср. l. 11 § 5 l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 35 § 8 D. de contr. emt. 18. 1. Но и это постановленіе повторяли эдилы, l. 1 § 1 i. f. D. h. t. Виновному въ злымъ умыслѣ не помогаетъ даже и договоръ о неотвѣтственности за недостатки вещи, l. 14 § 9 D. h. t.

[4] Это эдильское нововведеніе. L. 1 § 1 l. 38 pr. § 5 D. h. t. L. 1 § 2 eod.:

мѣшаютъ пользованію вещью [5], но не такъ явственны, что они должны были-бъ броситься въ глаза покупщику [6]. Въ первыхъ двухъ случаяхъ продавецъ отвѣтствуетъ въ размѣрѣ интереса покупщика [7], при чемъ въ первомъ случаѣ покупщикъ можетъ, сверхъ того, требовать принятія вещи обратно, безъ необходимости доказать, что въ этомъ именно заключается его интересъ [8]. Въ послѣднемъ случаѣ покупщикъ воленъ или требовать уменьшенія цѣны [9], или возвратить вещь [10]; болѣе этого онъ не вправѣ

---

dummodo sciamus, venditorem etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere». Безразлично, извинительно ли невѣдѣніе продавца, или нѣтъ. Бушъ Arch f. civ. Pr. XXVI 9. выставилъ положеніе, что извинительное невѣдѣніе продавца освобождаетъ его во всѣхъ случаяхъ (торговля рабами и скотомъ) не предусмотрѣнныхъ буквальнымъ смысломъ эдикта; см. напротивъ Келлеръ въ Jahrb. Селя III. 10, Вангеровъ стр. 328 (7 изд. стр. 308).

[5] L. 1 § 8 l. 10 pr. D. h. t. Подробное изложеніе касательно рабовъ въ l. 4 § 6—l. 15 D. h. t., касательно животныхъ въ l. 38 § 3. 7—9 eod. Animi vitia принимались у рабовъ въ соображеніе тогда только, когда они принадлежали къ порокамъ, перечисленнымъ въ эдиктѣ, l. 1 § 9 — l. 4 § 4 l. 65 D h. t. У животныхъ подъ animi vitia разумѣлись физическіе недостатки, l. 38 § 8. 9. l. 43 pr. D. h. t., ср. l. 4 § 3 eod. Унтергольцнеръ Arch. стр. 70 прим. 27. Келлеръ стр. 127 слѣд. (противъ Нейштетеля стр. 233 слѣд.). Зейфф. Arch. V. 155, X. 29, XII. 137, XV. 115.

[6] L. 14 § 10 D. h. t.: — «ad.cos enim morbos vitia que pertinere aedictum aedilium probandum est, quae quis ignorarit vel ignorare potuit». L. 1 § 6 l. 48 § 4 eod. Масштабъ, которымъ измѣряли эти недостатки, былъ масштабомъ обыкновеннаго человѣка, а не знатока. Гестердингъ Arch. f. civ. Pr. IV. стр. 18 — 22, Тель стр. 482. Зейфф. Arch. V. 155, VII. 295, X. 29.

[7] L. 6 § 4 l. 13 pr. § 1 — 3 D. de A. E. V. 19. 1. Интересъ покупщика можетъ заключаться и въ обратномъ полученіи продавцомъ вещи съ возвращеніемъ уплаченныхъ за нее денегъ, l. 11 § 3. 5 D. de A. E. V. 19. 1, ср. l. 43 § 6 D. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Келлеръ стр. 154 слѣд.

[8] Покупщикъ можетъ «redhibere» rem (l. 21 pr. D. h. t.: «Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, id circo redhibitio est appellate, quasi redditio»), онъ имѣетъ actio redhibitoria, въ силу правила эдильскаго эдикта, которое даетъ положительно это право на тотъ случай, когда купленная вещь не соотвѣтствуетъ «dictum premissumre». l. 1 § 1 l. 18 pr. l. 38 § 10 D. h. t. Зейфф. Arch. XI. 222. Въ этомъ случаѣ имѣется и эдильскій искъ объ уменьшеніи цѣны (l. 18 pr. D. h. t.); но искъ этотъ не даетъ покупщику чего либо новаго, такъ какъ уменьшенія цѣны покупщикъ можетъ достигнуть и посредствомъ actio emti, направленный на уплату интереса. Въ эдильскомъ эдиктѣ предусмотрѣнъ и случай злаго умысла, но только словами: «Hoc amplius, si quis adversus ea sciens d lo malo vendidisse dicetur, indicium dabimus» (l. 1 § 1 i. f. D. h. t.), безъ указанія того, что это indicium имѣетъ другое содержаніе, чѣмъ actio emti по ius civile. См. также l. 37 D. de dolo 4. 3. Нейштетель стр. 184. 199, Синтенисъ стр. 612 въ примѣчаніи.

[9] Actio aestimatoria или quanti minoris.

[10] Такой выборъ давалъ ему эдильскій эдиктъ. L. 19. pr. l 38 pr. l. 43 § 6 D. h. t.. l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Господствовавшее прежде мнѣніе, что actio redhibitoria имѣетъ мѣсто только при порокахъ въ существенныхъ частяхъ, а не принадлежностяхъ, теперь оставлено. Противъ этого мнѣнія Фейербахъ civilistiche Versuche nr. 2, Нейштетель стр. 245 слѣд., Унтергольцнеръ Arch. стр. 88. Можетъ ли

требовать [11]. Искъ объ уменьшенія цѣны погашается годовой давностью, а искъ объ обратномъ принятіи вещи шестимѣсячнымъ срокомъ, срокъ этотъ исчисляется полностью [12]; требованіе же объ уплатѣ интереса погашается общимъ давностнымъ срокомъ [13].

§ 147. Къ сказанному должно замѣтить, въ частности, слѣдующее.

1. Искъ объ уменьшеніи цѣны направленъ именно на уменьшеніе покупной цѣны, т. е. условленной при покупкѣ суммы. Онъ не простирается на возмѣщеніе разницы, существующей, по объективной оцѣнкѣ, между купленной и полученной съ недостаткомъ вещи [1]. При продажѣ нѣсколькихъ вещей за одну общую цѣну,

---

продавецъ избѣгнуть уничтоженія договора послѣдующимъ исправленіемъ недостатка? Отрицается это, для періода послѣ начатія спора, у Зейфф. Arch. XV. 116.

[11] Зейфф. Arch. IV. 25, X. 32. Здѣсь коренится различіе между эдильской actio quanti minoris и actio emti, направленной на уменьшеніе цѣны. Первый искъ направленъ только на уменьшеніе цѣны, второй на уменьшеніе цѣны, потому что это именно уменьшеніе лежитъ въ интересѣ покупщика, могущаго требовать и всякаго другаго интереса, оправдываемаго въ данномъ случаѣ. Объ и противъ воззрѣнія Нейштетела, который считаетъ actio quanti minoris искомъ первоначально принадлежавшимъ ius civile, см. прим. 1 въ концѣ.

[12] L. 38 pr. l. 19 § 6 l. 48 § 2 l. 55 D. l. 2 C. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2. Что считается tempus utile, см. l. 19 § 6 l. 55 citt. Зейфф. Arch. X. 31. Эта краткая давность относится лишь къ actio quanti minoris и redhibitoria какъ таковой, а не къ actio emti, если это уменьшеніе цѣны или обратное взятіе вещи составляютъ предметъ интереса. Но съ другой стороны она распространяется, конечно, на actio emti, если этимъ искомъ заявляется эдильское только право. См. прим. 1 въ концѣ и Унтергольцнеръ Arch. стр. 103. 104, Келлеръ стр. 163, Вангеровъ стр. 325 (7 изд. стр. 305), Шефферъ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VIII стр. 259 слѣд., Зейфф. Arch X 30. За римское право стоитъ въ этомъ отношеніи Синтенисъ стр. 613 въ примѣчаніи.

[13] Нѣм. торг. уст. ст. 349. 350 подчиняетъ шестимѣсячной давности всѣ иски по порокамъ купленной вещи, но не иски, вытекающіе изъ обмана.

§ 147. [1] Кто купилъ за 20 вещь, которая безъ недостатка стоила бы 10 тотъ, получаетъ обратно 10 (половину покупной цыны), а не 5, если вещь вслѣдствіе недостатка стоитъ лишь 5. Кто купилъ за 10 вещь, которая безъ недостатка стоила бы 20, тотъ получаетъ обратно 5 (половину покупной цѣны), а не 10, если она вслѣдствіе недостатка стоитъ лишь 10. Источники не входятъ въ эту противоположность; они предполагаютъ согласіе между цѣной и дѣйствительной стоимостью вещи. Вслѣдствіе этого они говорятъ, что покупщикъ получаетъ назадъ quanto minoris res fuerit (l. 38 pr. § 13 D. h. t., l. 25 § 1 D. de exc. rei iud. 44. 2) и quanto minoris emturus fuerit (l. 13 pr. § 1 D. de A. E. V. 19. 1. l. 32 § 1 D. de evict. 21. 2). Еще неправильнѣе было бы сказать, что искъ продавца направленъ на разницу между дѣйствительною стоимостью и покупной цѣной, согласно чего покупщикъ получилъ бы въ первомъ изъ упомянутыхъ только что случаевъ 15, а во второмъ ничего. Это значило бы предоставить контрагентамъ вознаградить себя, по случаю иска объ уменьшеніи цѣны, и за предъ понесенный ими отъ слишкомъ дорогой купли и дешевой продажи. Ср. о разныхъ мнѣніяхъ Гофманъ Arch. f. prakt. R. W. VI стр. 181 слѣд., Беръ тамъ же VII стр. 67 слѣд., Бринцъ стр. 493, Синтенисъ стр. 618 текстъ и прим. 120. 122, также цитаты у Зейфферта § 266 прим. 2а. Зейфф. Arch. XVIII. 124. Бухка и Будде Entscheidungen des OAG. zu Rostock. V стр. 250 слѣд. 258 слѣд.

слѣдуетъ цѣну распредѣлить не между всѣми ими по ровну, а опредѣлить часть цѣны, упадающую на каждую вещь, по соображенію съ ея цѣнностью [1a].

2. Если покупщикъ возвращаетъ вещь, то обѣ стороны должны быть возстановлены въ то положеніе, въ которомъ онѣ находились бы, еслибъ договоръ не былъ вовсе заключенъ [2]. Согласно сему покупщикъ обязанъ возвратить вещь: a) со всѣми приращеніями, не только съ тѣми, съ которыми онъ ее самъ получилъ, но и съ тѣми, которыя присоединились къ ней впослѣдствіи [3]; b) со всѣми плодами, которые онъ извлекъ изъ вещи, или могъ бы извлечь при надлежащей заботливости, а равно съ другими выгодами, пріобрѣтенными отъ оной [4]; c) въ томъ видѣ, въ какомъ онъ ее получилъ, или съ вознагражденіемъ за ухудшеніе, причиненное по его винѣ [5]. Съ другой стороны продавецъ обязанъ: a) возвратить покупную цѣну [6] съ процентами [7]; b) возмѣстить издержки, сдѣланныя покупщикомъ по покупкѣ, предполагая, что и продавецъ сдѣлалъ бы таковыя [8]; c) вознаградить вредъ, причиненный вещью покупщику [9]. Продавецъ можетъ, впрочемъ, освободиться отъ платежа другаго какого либо интереса, сверхъ покупной цѣны и

[1a]. L. 36 l. 64 D. h. t. Ср. Синтенисъ прим. 22. Должно обращать вниманіе и на то, не уменьшается ли цѣнность одной вещи пороками другой. L. 38 § 13 D. h. t. (Ср. еще Зейфф. Arch. XXII. 29).

[2] L. 23 § 1 D. h. t.: — «ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset». (Ср. къ этому мѣсту Моммзенъ въ его изданіи). L. 23 § 7 D. h. t. «Iulianus ait, iudicium redhibitoriae actionis utrumque, i. e. venditorem et emtorem, quadammodo in integrum restituere debere». L. 60 D. h. t., l. 13 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2. Но «cum . . servus, quem emi traditusque mihi est, a me redhibeatur, non est in ea causa, ut perinde habeatur, atque si meus nunquam fuisset: sed et fuit et desiit». l 17 § 2 D. de furtis 47 2. Унтергольцнеръ Arch. стр. 91 слѣд., Гестердингъ Ausbeute стр. 33 слѣд. Zeitschr. стр. 21 слѣд., Моммсенъ Beiträge II стр. 34—36, Йерингъ Iahrb. f. Dogm. IV стр. 17.

[3] L. 1 § 1 l. 23 § 1 l. 31 § 3. 4 l. 33 § 1 D. h. t.

[4] L. 1 § 1 l. 23 § 9 l. 24 l. 31 § 2 D. h. t.

[5] Ухудшеніе можетъ быть фактическое; объ этомъ l. 1 § 1 l. 23 pr. l. 25 pr. § 8 l. 31 § 9 D. h. t. Оно можетъ быть и юридическое, если именно покупщикъ обременилъ вещь вещественными повинностями; покупщикъ обязанъ таковыя снять или дать вознагражденіе (развѣ бы онѣ прекратились само собой). L. 21 § 1 l. 43 § 8 D. h. t., l. 4 pr. D. quib. mod. pign. 20. 6. Ср. еще ф. Висъ Haftung für fremde Culpa стр. 84—86.

[6] L. 25 § 10 l. 26 D. h. t.

[7] L. 27 l. 29 § 2 D. h. t.

[8] L. 27 l. 29 § 30 D. h. t. Не полагается вознагражденіе за пропитаніе раба (животнаго), такъ какъ покупщикъ тоже не даетъ никакого вознагражденія за употребленіе онаго, l. 30 § 1 D. h. t. Зейфф. Arch. V. 120.

[9] L. 23 § 8 l. 29 pr. l. 31 pr. l. 58 pr. D. h. t. Независимо отъ redhibitio, покупщикъ вправѣ требовать вознагражденіе убытковъ, происшедшихъ отъ недостатковъ вещи, тогда только, когда оказывается виновнымъ въ этомъ. Зейфф. Arch. VII. 25. 170, XV. 181.

процентовъ, предоставивъ вещь покупщику [10]. Если продавецъ, при готовности покупщика къ исполненію лежащей на немъ обязанности, не исполнитъ своихъ обязательствъ до воспослѣдованія рѣшенія, то онъ присуждается къ удовлетворенію покупщика вдвойнѣ [11]. При погибели вещи безъ вины покупщика или при утратѣ имъ оной, продавецъ обязанъ исполнить лежащія на немъ обязанности, безъ полученія за это чего либо отъ покупщика, но онъ можетъ требовать отъ послѣдняго вознагражденія въ случаѣ его виновности [12]. Если покупщикъ отчудилъ вещь добровольно, то онъ лишается права требовать принятія оной обратно [12a]. Если одна изъ числа нѣсколькихъ проданныхъ вещей оказывается съ недостаткомъ, то обязанность къ обратному принятію вещи и выдачѣ полученнаго простирается на всѣ вещи, если онѣ проданы какъ цѣлое, или если раздѣлить ихъ неудобно [13]. При возвращеніи одной вещи, когда всѣ онѣ проданы за общую цѣну, упадающую на оную часть цѣны, слѣдуетъ предварительно опредѣлить указаннымъ способомъ [14].

3. Иски объ уменьшеніи цѣны и обратномъ принятіи вещи, вслѣдствіе неуказанныхъ недостатковъ, не допускаются при казенныхъ продажахъ [15]; при продажахъ маловажныхъ вещей не допускается одинъ только искъ объ обратномъ принятіи вещи [16].

4. Рядомъ съ искомъ объ уменьшеніи цѣны и обратномъ при-

---

[10] L. 23 § 8 l. 29 § 3 l. 58 pr. § 1 D. h. t.

[11] L. 45 D. h. t. Ср. § 16 прим. 11. 15. Разъ получивъ вещь назадъ, продавецъ обязанъ удовлетворить всѣмъ тѣмъ, чего можно требовать отъ него по actio redhibitoria, безъ права спорить противъ того, имѣется ли даже случай redhibitio. L. 31. § 17 D. h. t.

[12] L. 31 § 6. 11—15 l. 38 § 3 l. 44 § 2 l. 47 § 1 l. 48 D. h. t Гестердингъ Ausbeute стр. 48 слѣд. Zeitschr. стр. 34 слѣд. (Зейфф. Arch. XXI. 34).

[12a] Но онъ опять получаетъ это право, коль скоро онъ въ положеніи, что можетъ вещь отдать назадъ. L. 43 § 8 D. h. t. Иначе бываетъ, когда онъ предпринимаетъ отчужденіе, зная недостатки вещи; въ этомъ заключается отказъ отъ права redhibitio. L. 47 pr. D. h. t. Гестердингъ Zeitschr. стр. 40 слѣд. Зейфф. Arch. II. 24. 170, VII. 296, X. 149, XVI. 106. Отчужденіе не исключаетъ другихъ требованій изъ недостатковъ вещи, если въ немъ не содержится отказъ отъ таковыхъ. Зейфф. Arch. III. 27, 28, V. 269, VII. 296, X. 255. Ср. также XVIII. 127.

[13] L. 38 pr. § 12. 14 l. 39. 40 l. 34. 35 l. 59 § 1 D. h. t. L. 35 cit.: — «si separari non possint sine magno incommodo v l ad pretaris rationem offensa(m). Quid enim, si filio retento parentes redhiberi maluerim vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet». Ср объ этомъ вопросѣ Гестердингъ Ausbeute стр. 58 слѣд. Zeitschr. стр. 42 слѣд., Синтенисъ прим. 118; далѣе трактатъ Фика въ Arch. f. deut. Wechselr. und Handelsr. VIII. Nr. 2 и 4, именно стр. 129 слѣд., и къ этому Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 305. Зейфф. Arch. IV. 24, XII. 234, ср. V. 121.

[14] См. прим. 1a и мѣста тамъ приведенныя.

[15] L. 1 § 3 D. h. t. Ср. l. 1 § 4. 5. eod.

[16] L. 48 § 8 D. h. t. «Simplariarium venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est». О выраженіи см. Глюкъ XX. стр. 45. 46.

нятіи вещи, покупщикъ вправѣ еще требовать отъ продавца, чтобъ послѣдній особымъ обязательствомъ повѣрилъ бы его въ отсутствіи недостатковъ, которые даютъ право на указанные иски. Если продавецъ сего обязательства не даетъ, то покупщикъ можетъ, и при необнаруженіи еще недостатковъ, требовать, въ теченіе двухъ полныхъ мѣсяцевъ, обратнаго принятія вещи, и уплаты интереса въ шестимѣсячный срокъ [17].

5. [18] Иски объ уменьшеніи цѣны и обратнаго принятія вещи не имѣютъ мѣста при куплѣ вещей, генерически опредѣленныхъ [19]. При такой куплѣ предполагается безмолвное соглашеніе, что предметъ купли долженъ быть доставленъ безъ недостатковъ [20]; если же онъ оказывается съ пороками, то, не смотря на принятіе

---

[17] L. 28 D. h. t., l. 16 § 2 l. 31 i. f. l. 37 § 1 i. f. D. de evict. 21. 2, l. 11 § 4 D. de A. E. V. 19. 1, l. 14 C. eod. 4. 49, Theophil. ad. § 2. I de div. Stip. 3. 18. Мѣста эти говорятъ, правда, лишь о рабахъ и животныхъ, но нѣтъ основанія исключить дѣйствія содержащагося въ нихъ опредѣленія эдильскаго эдикта на другія вещи. Напротивъ, я не нахожу въ указанныхъ мѣстахъ, а также въ l. 37 § 1 de evict. достаточно доказательства въ пользу принятаго мнѣнія, что эдильскій эдиктъ требовалъ отъ продавца обѣщанія двойнаго платежа. Наоборотъ, Теофилъ называетъ послѣдній лишь примѣрнымъ, и l. 31 § 20 D. h. t. опредѣляетъ duplae stipulatio какъ «assidua». Во всякомъ случаѣ обѣщаніе не остается безъ значенія для продавца, такъ какъ посредствомъ него онъ получаетъ искъ объ уплатѣ полнаго интереса. Неоднократно утверждали правда, что постановленіе это устарѣло въ настоящее время, такъ напр. Синтенисъ стр. 607 въ прим., Арндтсъ § 304 прим. 6, Шеппо röm. Privatr. III § 431 въ концѣ; но оправдать это объясненіе можно лишь, доказавъ существованіе обычнаго права, отмѣнившаго это постановленіе. Послѣднее излагается, безъ всякихъ замѣчаній, въ учебникахъ Тибо § 494, Вениигъ-Ингенгеймъ II § 363, Мюленбрухъ II § 402, Вангеровъ стр. 330. 331 (7 изд. стр. 309. 310) (который оспариваетъ однакоже распространеніе его на другія вещи, кромѣ скота). Оно перешло въ учебникъ Зейфферта. Дѣйствительно неприменимо, какъ основанная на римскихъ народныхъ нравахъ, l. 31 § 20 D. h. t. (ср. § 144 прим. 3).

[18] Ср. къ слѣдующему, о которомъ много спорятъ: Тель Handelsr. I § 83, засимъ цитированный въ примѣч. 13 трактатъ Фика, къ нему Гольдшмидтъ въ указ. мѣстѣ стр. 301 слѣд., и опять Фикъ въ указ. мѣстѣ IX стр. 371 слѣд.; Беккеръ Jahrb. d. gem. R. V. стр. 401 слѣд.; Зейфферть 4 изд. § 266 въ концѣ. Достойно упоминанія и рѣшеніе Ольденбургскаго об. апелл. суда. Arch. f. d. Prax. des Oldenb. R. VII стр. 181—202 (на которое Зейфф. обратилъ вниманіе, ср. теперь и Зейфф. Arch. XIX. 131). (Вангеровъ § 609 прим. 1 въ 7 изд.). HGB. ст. 346—348.

[19] Такъ Тель и Зейфферть, друг. мн. Беккеръ, Гольдшмидтъ, ольденбургское рѣшеніе, и Фикъ съ нѣкоторымъ отличіемъ. Но эти послѣдніе писатели расходятся между собою въ мнѣніяхъ въ другомъ отношеніи, см. прим. 22 26.

[20] Это предположеніе не слишкомъ смѣло. Источники не противорѣчатъ этому, не говоря объ этомъ случаѣ. Распространить же содержащіяся въ нихъ опредѣленія о куплѣ индивидуально опредѣленныхъ вещей на куплю вещей генерически опредѣленныхъ нѣтъ основанія. Нѣтъ сомнѣнія, что по римскому праву безпорочность вещи, при куплѣ индивидуально опредѣленныхъ вещей, не считается безусловно условленной безмолвно; здѣсь же продается эта именно опредѣленная вещь. Толкованіе: эта опредѣленная вещь, и *притомъ безъ недостатковъ* отстоитъ гораздо далѣе отъ истины, чѣмъ толкованіе при куплѣ генерически опредѣленныхъ вещей: вещь такихъ-то признаковъ, и *притомъ вещь такихъ-то признаковъ безъ недостатковъ*.

онаго покупщикомъ, если только таковое не послѣдовало съ знаніемъ этихъ недостатковъ, договоръ считается не исполненнымъ[21], и покупщикъ можетъ требовать другого исполненія[22], а рядомъ съ симъ и уплаты интереса[23]. Интересъ этотъ можетъ давать ему законное основаніе къ отказу отъ принятія другого исполненія[24]; за исключеніемъ же сего, другое исполненіе, взамѣнъ непринятаго, составляетъ не только обязанность, но и право продавца. Продавецъ можетъ удержать доставленный предметъ[25], съ уменьшеніемъ цѣны, тогда только[26], когда онъ можетъ доказать, что это

---

21 Если принятіе послѣдовало съ знаніемъ покупщика порочности, то здѣсь имѣется in solutum datio съ его стороны. Напротивъ ошибочное принятіе не дѣлаетъ исполненіемъ то, что не есть исполненіе. Въ подобномъ принятіи заключается ничего болѣе, какъ заявленіе покупщика о томъ, что онъ дѣлается собственникомъ предложенной вещи на тотъ конецъ, чтобъ этимъ погашался долгъ продавца. Но обязательство погашается дѣйствительно не заявленіемъ кредитора о принятіи, а полученіемъ имъ того, что онъ долженъ получить (или вмѣсто онаго другое, съ его согласія).

22 Такъ Тель, Зейффертъ, Фикъ, Гольдшмитъ (Вангеровъ); др. мн. Беккеръ и ольденбургское рѣшеніе, которое, впрочемъ, дѣлаетъ различіе между принятіемъ и одобреніемъ (resp. распоряженіемъ доставленнымъ). Согласенъ съ этимъ и нѣм. торг. уст. въ указ мѣстѣ. Есть два пути, которыми можно дойти до положенія, что покупщикъ не можетъ требовать другаго доставленія, и посему ограниченъ эдильскими исками. a) Отрицаютъ, чтобы безпорочность доставляемой вещи могла разсматриваться какъ условленная безмолвно. Это точка зрѣнія Беккера, съ которымъ согласенъ Ремеръ Leistung an Zahlungsstatt стр. 119 слѣд. b) Утверждаютъ, что стороны дачей и принятіемъ заключаютъ новый договоръ такого содержанія, чтобы отнынѣ принимался въ соображеніе въ качествѣ объекта обязательства, этотъ лишь опредѣленно доставленный предметъ. Такой договоръ принимаютъ, формулируя его различно, ольденбургское рѣшеніе и Трейтшке Krit. Jahrb. f. deut. R. W. XIV стр. 711; противъ этого Тель § 83 прим. 18. По моему мнѣнію, въ дачѣ и принятіи опредѣленной вещи заключается, конечно, договоръ. Давая, продавецъ заявляетъ, чтобы покупщикъ получилъ эту опредѣленную вещь для цѣли исполненія договора купли, таковое заявленіе акцептируется покупщикомъ принятіемъ вещи. Но договоръ этотъ обязываетъ лишь продавца, а не покупщика, послѣдній вправѣ поэтому считать заявленіе какъ бы не даннымъ. Ср. § 199 прим. 8, § 143 прим. 37a.

23 a) Возможно, что порочная вещь причинила покупщику вредъ, напр. испортила его вещи. Онъ требуетъ возмѣщенія этого вреда, предполагая, конечно, что продавецъ виновенъ въ порочности. b) Вещь не доставляется своевременно; покупщикъ требуетъ интереса просрочки. Съ своей стороны покупщикъ обязанъ вещисъ о принятомъ имъ или высланномъ ему товарѣ. Тель § 85 nr. 2 Зейфф. Arch. XIX. 27 HGB. Art. 348 Abs. 1.

24 См. § 33. Въ этомъ случаѣ онъ находится въ такомъ положеніи, какъ бы онъ имѣлъ actio redhibitoria, съ тѣмъ различіемъ, что онъ не лишается права требовать и другаго интереса.

25 Что соотвѣтствуетъ actio quanti minoris.

26 Безусловное право на удержаніе вещи съ уменьшеніемъ цѣны даютъ покупщику не только тѣ писатели, которые признаютъ за нимъ эдильскіе иски (*только послѣдніе*, какъ Беккеръ и ольденб. рѣшеніе, или и эти, какъ Фикъ и Гольдшмидтъ (Вангеровъ), но и Тель и Зейффертъ. Тель (стр. 492) говоритъ: «продавецъ, замѣняющій должное исполненіе другимъ, не можетъ спорить противъ собственнаго дѣйствія». Но онъ «замѣняетъ» по условленной, а не пониженной цѣнѣ. Двойственное право покупщика требовать по собственному выбору или доставленія новаго предмета, или заявить эдиль-

удержаніе и въ интересѣ продавца [27]. Одобреніе доставленнаго не лишаетъ покупщика правъ, вытекающихъ изъ скрытыхъ недостатковъ вещи [28], развѣ бы онъ былъ виновенъ въ томъ, что они остались отъ него сокрытыми [29]. Равнымъ образомъ не лишается онъ своихъ правъ принятіемъ вещи безъ разсмотрѣнія оной [30], или упущеніемъ немедленно заявить продавцу объ открывшемся недостаткѣ [31].

ββ. Отсутствіе въ проданной вещи какихъ либо достоинствъ.

§ 148. Продавецъ долженъ доставить вещь той доброты, которую онъ положительно обѣщалъ [1], или которой покупщикъ могъ, по обстоятельствамъ дѣла, ожидать, такъ что доброта эта должна считать-

---

скіе иски, или наконецъ удержать за собой вещь противъ уменьшенной цѣны, можно оправдывать въ томъ только смыслѣ, что одному покупщику, но не продавцу, дозволяютъ ссылаться на безмолвное соглашеніе о безупречности вещи. Но этого я не могу допустить.

[27] Въ частности: а) онъ доказываетъ, что, при неудержаніи, продавецъ понесъ бы убытокъ, противъ котораго охранило его удержаніе; «такъ, когда дѣло идетъ о жизненныхъ припасахъ, подвергающихся скорой порчѣ (и по мѣстнымъ условіямъ не могутъ быть продаваемы за счетъ продавца)». Э. А. Зейффертъ въ Зейфф. Pand. § 276 прим. 6. b) Онъ доказываетъ, что, при неудержаніи, онъ самъ понесъ бы вредъ, который продавецъ долженъ бы былъ ему возмѣстить. Отъ него нельзя требовать, чтобъ онъ дѣйствительно понесъ вредъ, и засимъ искалъ вознагражденія (ср. § 99 къ прим. 6). Изъ сказаннаго явствуетъ впрочемъ, что и размѣръ дозволеннаго покупщику уменьшенія цѣны обусловливается интересомъ продавца.

[28] Тель § 85b. Одобреніе (предполагая естественно, что оно послѣдовало при незнаніи недостатковъ) есть ничто иное, какъ высказываньe сужденія о томъ, что исполненіе безпорочно и слѣдовательно согласно условію. Сужденіе это имѣетъ вліяніе на onus probandi (§ 74 прим. 6). Но оно не въ состояніи превратить въ исполненіе то, что не есть исполненіе. Др. мн. рѣшеніе у Зейфф Arch. VII. 303.

[29] Причемъ на него падаетъ и levis culpa, Тель въ указ. м. Прим. 5. Зейфф. Arch. II. 92.

[30] Только продавецъ можетъ требовать, если неразсмотрѣніе до пріема было виновной небрежностью (что нисколько не предполагается), чтобы къ нимъ не простирали притязанія, которому онъ не подвергся бы при разсмотрѣніи покупщикомъ вещи. Зейфф. Arch. II. 22. 274, V. 119, VII. 295, IX. 88, X. 148. XIV. 130, ср. V 121. Особенное воззрѣніе тамъ же IX. 277. Ср. и IV. 78, VIII. 39.

[31] Тель § 84, Зейффертъ § 267 прим. 4. Зейфф. Arch. VII 295; иначе тамъ же II. 169, IV. 23, VI. 27, XIV. 126, XVII. 23 (послѣднее рѣшеніе положительно ограничиваетъ впрочемъ это правило сферой торговаго права).—Къ этому и предъидущему примѣчанію: HGB. Art. 347 Присланные изъ-за границы товары покупщикъ долженъ разсмотрѣть безъ замедленія («на сколько это возможно при обыкновенномъ ходѣ предпріятія»). Въ случаѣ умедленія товаръ считается одобреннымъ, поколику дѣло не идетъ о недостаткахъ, которыхъ нельзя было бы замѣтить при немедленномъ обозрѣніи». Равнымъ образомъ считается одобреніемъ если объ открытомъ недостаткѣ не было заявлено безъ умедленія.

[1] См. мѣста, цитированныя въ § 142 прим. 13 которыя частью однако же отно- § 148.
сятся къ завѣренію въ отсутствіи недостатковъ; далѣе l. 1 § 1 l. 17 § 20 l. 18 l 19 § 1 l. 38 § 10 D. h. t. Ср. § 146 прим. 2; также Зейфф. Arch. I. 38, II. 23, XVII. 129. Ср. 18. 235. Бухка и Будде Entscheidungen роштокскаго апелляціоннаго суда V. стр. 248—249. Кирзиверъ Entscheidungen любекскаго апелляціоннаго суда 1866

ся условленной безмолвно [2]. Если купленная вещь не имѣетъ этой доброты, то покупщикъ можетъ требовать уплаты своего интереса [3]; при отсутствіи же положительно обѣщанныхъ качествъ, онъ можетъ возвратить вещь безъ дальнѣйшихъ разговоровъ [4]. Договоры о куплѣ генерически опредѣленныхъ вещей считаются неисполненными, если доставленныя вещи не имѣютъ положительно или безмолвно условленной доброты. Въ этомъ случаѣ имѣютъ примѣненіе тѣ же начала, какъ въ случаѣ доставленія вещи съ недостатками (§ 147 num. 5).

Здѣсь слѣдуетъ указать еще на особенное постановленіе, согласно которому, если животное убрано для продажи съ украшеніями, то послѣднія подлежатъ передачѣ вмѣстѣ съ купленнымъ животнымъ. Невоспослѣдованіе сего даетъ покупщику право требовать, по своему выбору, или выдачи украшеній, или обратнаго принятія животнаго; но то или другое требованіе должно быть заявлено въ теченіе двухъ мѣсяцевъ [5].

Это послѣднее постановленіе не находитъ себѣ подтвержденія въ нашихъ законахъ, но не чуждо народному правовому возрѣнію, выразившемуся въ пословицахъ: «чей конь того и возъ», «взялъ коровку, бери и веревку». **А. Д.**

d. *Право отказа.*

§ 149. Право отступиться отъ договора купли можетъ быть обусловлено по взаимному соглашенію (§ 76). Законное право отказа

стр. 352 слѣд. Fein Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegaton стр. 10 слѣд.

[2] Сюда относится именно случай, когда внѣшній видъ вещи давалъ покупщику основаніе предполагать, что она обладаетъ извѣстнымъ свойствомъ, возвышающимъ ея цѣнность:—«veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt» (l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1). Остальное содержаніе мѣста не дозволяетъ понимать эти слова о положительномъ обѣщаніи подлежащаго качества стола. Больше сомнѣнія возбуждаетъ l. 45 D. de contr. emt 18. 1 (проданы старыя убранныя платья взамѣнъ новыхъ) въ томъ отношеніи, не слѣдуетъ ли здѣсь принимать положительное обѣщаніе. Однако же и принятіемъ не уменьшаются затрудненія этого мѣста. Ср. объ этихъ мѣстахъ Саввиньи Syst. III. стр. 285—290, Вангеровъ III стр. 282—286 (7 изд. стр. 265—268), Виндшейдъ Veraussetzung стр. 116—119 и Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 122—125, Моммзенъ, Beiträge I стр. 203 слѣд. II стр. 250 слѣд. III стр. 411 слѣд., Конфельдтъ Lehre vom Interesse стр. 179 слѣд. 185 слѣд. — Торг. уст. ст. 335. «Если въ договорѣ не постановлено подробно о свойствѣ и добротѣ товара, то обязанный имѣетъ доставить товаръ средняго сорта и доброты». Ср. и Зейфф. Arch. III. 26, V. 153. XVI. 104.

[3] См. мѣста, цитированныя въ § 182 прим. 13; далѣе l. 45 D. de contr. emt. 18. 1, l. 21 § 2 D. de A. E. V. 19. 1. Зейфф. Arch. XVI. 105.

[4] Онъ имѣетъ вообще эдильскіе иски (l. 1 § 1 l. 18 pr. l. 38 § 10 D. h. t.), но искъ объ уменьшеніи цѣны содержится уже въ и къ объ уплатѣ интереса.

[5] L. 38 pr. § 11 D. h. t. Уклоняющіяся воззрѣнія у Пейштетеля стр. 201 слѣд. и у Келлера стр. 132 слѣд. 152 въ примѣч.; иначе Вангеровъ стр. 329 (7 изд стр. 308).

имѣетъ: 1) покупщикъ, при недостаткахъ вещи, или при отсутствіи въ ней обѣщанныхъ качествъ (§ 146. 147. 148); 2) [1] продавецъ, если онъ получилъ за свою вещь менѣе половины дѣйствительной цѣнности оной [2]. Покупщику предоставляется однакоже сохранить договоръ въ силѣ дополнительнымъ платежомъ до размѣра дѣйствительной цѣнности [3]. Если покупщикъ не сдѣлаетъ этого выбора, то продавецъ, за возвращеніемъ покупной цѣны, получаетъ свою вещь назадъ [4]. Въ частности примѣнимы сюда, по аналогіи, правила о возвращеніи вещи вслѣдствіе недостатковъ (§ 147 num. 2). То обстоятельство, что продавцу извѣстна была бо́льшая цѣнность вещи, не исключаетъ само по себѣ права отказа [6]; иначе бываетъ лишь тогда, когда по обстоятельствамъ

---

[1] ф. Бацъ Abhandlungen Nr. 14 и 15. Штрипельманъ Entscheidungen II стр § 149.
266 слѣд. ф. Мадаи theoretisch-praktische Erörterungen I вып. 2 пг. 5. Глюкъ XVII стр. 19—125; Унт рголынеръ II стр. 245 слѣд., Синтенисъ II стр. 635 слѣд., Вангеровъ III § 611 прим., Зейффертъ § 272. (Гольдшмидтъ Handelsrecht I. стр. 396 слѣд.).

[2] См. такъ назыв. laesio enormis. Въ природѣ всякаго договора купли лежитъ то, что каждый контрагентъ ищетъ выгоды,—«naturaliter licere contrahentibus se circumvenire», l. 16 § 4 D. de minor. 4. 4; см. еще l. 22 § 3 l. 23 D. loc. 19. 2, l. 8 C. de resc. vend. 4. 44, Nov. 97 c. 1. Зейфф. Arch. II 104. Но не имѣетъ ли свою границу чрезмѣрная выгода одного контрагента на счетъ другаго, даже независимо отъ случая обмана? Такую границу установили въ пользу продавца императоры Діоклеціанъ и Максиміанъ, l. 2 C. de resc. vend. 4. 44, повторено въ l. 8 C. eod.; см. также l. 3. 4. 12. 15 eod., c. 3. 6 X. de emt. et vend. 3. 17. Нѣкоторые спрашивали: 1) не ограничивается ли императорское предписаніе поземельными имуществами? См. противъ этого l. 2 cit. init. «Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distruxerit...» 2) Не допускаетъ ли его истинный смыслъ распространенія на продавца, а также и на всѣ другіе обоюдные договоры? Въ пользу положительнаго разрѣшенія высказался изъ новѣйшихъ писателей Шамбонъ Beiträge zum Obligationenrecht стр. III слѣд.; обозрѣніе литературы у него и у Вангерова въ указ. м. подъ № I, см. еще Бринцъ стр. 499, Келлеръ § 333. По моему мнѣнію нѣтъ точки опоры для распространительнаго толкованія; противъ него говоритъ то, что и во всѣхъ другихъ конституціяхъ, въ коихъ упоминается о діоклеціановскомъ постановленіи, рѣчь идетъ объ одномъ лишь продавцѣ (l. 4. 12. 15 C. h. t.), а также и игнорированіе онаго въ теодозіанскомъ кодексѣ (l. 1 4. 7 C. Th. de contr. emt. 18. 1).

[3] l. 2 C. cit :—«vel, si emtor. elegerit, quod deest iusto prstio recipias». Покупщикъ вправѣ освободиться отъ обязанности возвращенія дополнительнымъ платежемъ т. назыв. facultas alternativa): но онъ не обязанъ или возвратить вещь, или доплатить (obligatio alternativa). Поэтому если вещь погибаетъ безъ его вины (dolus), то онъ вовсе не отвѣчаетъ.

[4] L. 2 cit.:—«ut vel pretium te restituente emtoribus fundum venditum recipias... vel ..» (прим. 3). Если продавецъ умеръ, оставивъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ. то не каждый изъ нихъ можетъ требовать возвращенія вещи за свою часть; право продавца недѣлимо. Зейфф. Arch XII. 139.

[5] Ср. Вангеровъ Nr. IV, Синтенисъ прим. 219, Зейфферт стр. 101.

[6] Это оспаривается; но буквальный смыслъ императорской конституціи не дастъ опоры для распространительнаго толкованія, и не меньшій поводъ есть къ оказанію защиты при продажѣ по нуждѣ, чѣмъ при продажѣ по заблужденію. Вангеровъ Nr VI, Синтенисъ прим. 223. Ср. Зейфф. Arch. III. 160, VI. 170, XIV. 212.

дѣла есть основаніе заключить о волѣ продавца отказаться отъ притязанія вслѣдствіе бо́льшей стоимости вещи [7]. Правило это не примѣнимо къ вещамъ, не имѣющимъ постоянной цѣны [8], и къ сдѣлкамъ, основаннымъ на рискѣ [9]. Довольно распространенная практика даетъ и покупщику право отказа, если за вещь уплочено болѣе двойной ея стоимости, распространяя даже это право на всѣ обоюдные договоры [10].

Эти постановленія положительно римскаго законодательства не примѣнимы къ русскому праву. А. Д.

е. *Особенные предметы купли.*

§ 150. Изложенныя начала имѣютъ примѣненіе и къ продажѣ правъ. И здѣсь дѣйствуетъ начало, что продавецъ обязанъ доставить покупщику не самое право, а достаточно, если онъ доставляетъ ему постоянное фактическое пользованіе правомъ [1]. Съ другой стороны сюда непримѣнимы правила объ отвѣтственности за неуказанные недостатки, такъ какъ правила эти разсчитаны лишь на тѣлесныя вещи [2]. Въ частности признано, что продавецъ права требованія отвѣтствуетъ за доброту, т. е. за фактическое получе-

---

[7] Въ основаніи этой воли можетъ лежать не одно намѣреніе дарить. Зейфф. Arch. IV. 213 nr. 2. «(иск. о laeto enormis) не имѣетъ мѣста, если покупщикъ заплатилъ слишкомъ дорого, имѣя въ виду достиженіе другой цѣли, напр. чтобъ побудить продавца къ какому нибудь дѣйствію». Тамъ же. XIII. 312.—Отказъ безъ знанія большей стоимости: Зейфф. Arch. II 356, IV. 213 nr. 8, VIII. 243, XI. 30.

[8] Зейфф. Arch. IV. 28. 213 nr. 1, VI. 23, VII. 306, X. 245, XII. 138 ср. IX. 143.

[9] Зейфф. Arch II. 292, IV. 105. 213 nr. 3. 7, XIII. 148, XVII. 231. 232, XIX. 133, (XXII. 30). Ср. III. 317. Непримѣнимо ли постановленіе и при продажахъ съ аукціона. Въ пользу Зейфф. Arch. IV. 213 nr. 4, IX. 17; противъ VI. 323, XIII. 244, XX. 120. Регельсбергеръ civilr. Erörter. I. стр. 160. При торговыхъ сдѣлкахъ? Противъ-Тель Handelssr. I. § 64 прим. 20, Зейфф. Arch. I. 47. Иначе HGB. Arch. 286.

[10] На основаніи указаннаго въ прим 2 распространительнаго толкованія. Глюкъ XVII стр. 32. 122, Спитенисъ прим. 218, Вангеровъ nr. I въ концѣ. Въ пользу распространенія на продавца. Зейфф. I. 45, II. 275, III. 160, IV. 212. 213, VI. 322, VII. 296, XIX. 28; въ пользу распространенія на другія двусторонніе договоры: тамъ же I. 262, IV. 213, XI. 30, XIII. 148. XVII. 232, XIX. 29. 133.

§ 150. [1] L. 10 l. 46 § 1 D. de evict. 21. 2. L. 46 § 1 cit. «Si per alienum fundum mihi viam constitueris evictionis nomine te obligari ait». При купдѣ требованія это слагается такимъ образомъ, что продавецъ отвѣтствуетъ лишь тогда, когда покупщикъ не въ состояніи получить удовлетвореніе отъ должника (отъ лица, поименованнаго въ качествѣ должника). Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать l. 4. 5 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2. Шлиманъ Haftung des Cedenten стр. 72 слѣд. Друг. мн. рѣшеніе любекскаго оберъ-апелляціоннаго суда у Зейфф. Arch. XVI. 204. Ср. § 68 прим. 4, а по вопросу о значеніи купли недѣйствительнаго требованія Ремеръ Leistung an Zahlungsstatt стр. 101 слѣд., Бухка и Будде Entscheidungen ростокскаго апелляціоннаго суда V стр. 225.

[2] Ср. Шлиманъ Haftung des Cedenten стр. 130 слѣд.

ніе удовлетворенія по оному, тогда только, когда онъ принялъ на себя гарантію этого, или же преднамѣренно продалъ дурное требованіе [3].

При продажѣ цѣлаго состава имущества или части онаго, объектъ купли составляетъ не имущество, какъ таковое; купля разрѣшается здѣсь цѣлымъ рядомъ отдѣльныхъ покупокъ, и сюда примѣнимы начала, дѣйствующія при дареніи имущества (§ 121) [4].

2. Мѣна. *

§ 151. Мѣна отличается отъ купли тѣмъ, что въ ней вещь отдается не за деньги, а за вещь [1]. Обязанности, возникающія изъ мѣны подлежатъ, какъ и обязанности изъ купли, свободной оцѣнкѣ суда [2]. Въ частности онѣ въ большей части случаевъ имѣютъ такое же содержаніе, какъ и послѣднія, и въ мѣнѣ имѣютъ примѣненіе правила о недостаткахъ и объ отсутствіи какихъ либо качествъ [3]. Различіе состоитъ лишь въ томъ, что при мѣнѣ каждый изъ контрагентовъ обязанъ доставить другому собственность, и посему онъ не отвѣтствуетъ лишь за эвикцію [4].

3. Наемъ. *

α. Понятіе и совершеніе.

§ 152. Наемъ направленъ на обращеніе пользованія вещью

---

[3] L. 4 D. de H. v. A. V. 18. 4, l. 74 § 3 D. de evict. 21. 2. Шлиманъ въ указ. мѣстѣ стр. 75. 108 слѣд. Ср. § 119 прим. 3. Продажа акціи, о которой заявлено, что она похищена: Зейфф. Arch. XVI. 25.

[4] Источники говорятъ именно о продажѣ наслѣдства (Dig. 18. 4 Cod. 4. 39 de hereditate vel actione vendito); кромѣ того о продажѣ пекуліума, напр. l. 33 D. de aed. ed. 21. 1, l. 5 D. de evict. 21. 2. Въ частности см. a) l. 14 § 1 D. l. 6 C. tit. cit.; b) l. 7 C. eod.; c) l. 2 C. eod., но къ этому также l. 1 C. eod. и § 91; d) l. utt. D. de transact. 2. 15 (§ 84 прим. 8). Унтергольцнеръ II стр. 287—291. (Ср. въ этомъ учебникѣ III § 621).

* Dig. 19. 4 de rerum permutatione. Cod. 4. 64 de rerum permutatione et praescriptis verbis. Глюкъ XVII стр. 76—128; Унтергольцнеръ II § 486, Синтенисъ II 486, Синтенисъ II § 115.

§ 151.

[1] Мѣста въ § 138 прим. 9.

[2] L. 2 C. h. t.

[3] L. 19 § 5 D. de aed. ed. 21. 1, l. 2 D. h. t. Объ исчисленіи меньшей стоимости ст. Беръ Arch. f. prakt. R. W. VII стр. 70 слѣд.

[4] L. 1 § 3 cp. pr. D. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. Это постановленіе считаетъ для настоящаго времени непримѣнимымъ ф. д. Пфордтенъ Abhandlungen стр. 294, ср. стр. 248 слѣд. И Арндтсъ § 308 не упоминаетъ о немъ. По римскому праву существовало еще болѣе важное различіе между куплей и мѣной въ томъ, что послѣдняя была не консенсуальнымъ контрактомъ; слѣдовательно обязательство вытекало не изъ мѣнопаго соглашенія какъ таковаго, а изъ реальнаго договора, вновь заключеннаго чрезъ дачу и принятіе (l. 1 § 2 l. 3 C. h. t.), вслѣдствіе чего дающій могъ требовать даннаго назадъ при неисполненіи съ противной стороны, или и по свободному усмотрѣнію (§ 74 прим. 11), l. 1. 4. 5. 7 C. h. t., l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. О допустимости отказа по laesio болѣе чѣмъ на половину см. § 149 прим. 2 и 10.

* Inst. 3. 24 de locatione et conductione. Dig. 19. 2 locati conducti. Cod. 4. 65

за деньги. Отдающій въ наемъ обѣщаетъ наемщику пользованіе вещью [1], или пользованіе (обыкновенно собственною его [2]) рабочей силой, а наемщикъ обѣщаетъ за это первому деньги. Римляне обозначаютъ наемъ, какъ и куплю, двумя названіями, выражающими отношенія обоихъ контрагентовъ [3]. Нынѣ въ извѣстныхъ случаяхъ говорятъ объ арендѣ [4]. Въ юридическомъ смыслѣ выраженіе «наемъ» обнимаетъ собою и аренду.—Наемъ, имѣющій своимъ предметомъ пользованіе вещью, называется наймомъ имущественнымъ; наемъ же, предметъ котораго рабочая сила, именуется наймомъ личнымъ [5]. Особеннымъ случаемъ личнаго найма представляется тотъ, гдѣ договоръ направленъ не столько на услуги, какъ таковыя, сколько на результатъ этихъ услугъ [6]. Этотъ особенный случай называется locatio conductio operis (заказомъ Werkverdingung, или просто Verdingung) [7]. Вещь, отдаваемая въ наемъ, можетъ быть движимая или недвижимая, тѣлесная или безтѣлесная [8], собственная или чужая [9], даже соб-

---

de locato et conducto. Критцъ Pandekienrecht ч. 1 т. 1 стр. 191—384 (1837). Глюкъ XVII стр. 264—500. XVIII стр. 1—60; Унтергольцнеръ II стр. 316—358, Сентенисъ II § 118. Трактатъ Дегенкольба въ: Platzrecht und Miethe (1867) стр. 127—222 преимущественно историко-юридическаго характера.

§152. [1] Выраженіе «употребленіе» взято здѣсь въ широкомъ смыслѣ, обнимая собою и пользованіе кладами

[2] Отдача въ наемъ услугъ чужаго предполагаетъ власть распоряжаться услугами его въ пользу другихъ лицъ. Изъ источниковъ принадлежитъ сюда locatio operarum liberti (l. 25 D. de op. lib. 38. 1), тогда какъ римляне видѣли въ законтрактованіи услугъ раба—отдачу въ наемъ самаго раба. Ср. Зейфф. Arch. XI. 238.

[3] Locatio et conductio. Locare значитъ отдавать въ наемъ, conducere нанимать. Ср. впрочемъ l. 20 D de A E. V. 19. 1, и напр. l. 1 § 1 D. de superf. 43. 18, l. 2 pr. D. de adm. rer. 50. 18.

[4] Именно если предметъ договора составляетъ плодоприносящее поземельное имущество. Это выраженіе употребляется и при налогахъ, промышленныхъ правахъ и т. п. Правда, римляне не дѣлаютъ различія между выраженіями аренда и наемъ, но они различаютъ арендатора плодоприносящаго поземельнаго имущества какъ colonus и наемщика дома, какъ inquilinus (habitator, insolarius).

[5] Locatio-conductio rei, operarum.

[6] Напримѣръ дровосѣкъ имѣетъ мнѣ расколоть дрова, портной—сшить платье изъ данныхъ о сему куска сукна, каменьщикъ—возвести зданіе, перевозчикъ, желѣзная дорога—перевести мнѣ товары. Ср. l. 9 § 5 l. 11 § 3 l 13 § 1—6 l. 19 § 7 l. 25 § 7 l. 51 § 1 D. h. t. Зейфф. Arch. X. 256, XVIII. 33.

[7] Римляне говорятъ locatio-conductio operis, но такъ, что locare означаетъ нанимать, слѣдовательно locator есть тотъ, который получаетъ право на работу, а conductor есть работящій. Ср. впрочемъ и l. 22 § 2 D. h. t. «Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam, i. e. faciendi necessitatem».

[8] Такъ въ частности можетъ быть отдаваемо въ наемъ: право пользованія (l. 12 § 2 l. 38 D. de usufr. 7. 1), право жилища (l. 13 C. de usufr. 3. 33), Эмфитевзисъ и суперфиціесъ, сервитутъ (съ господствующимъ имуществомъ, Зейфф. Arch. XIV. 12), право на періодическое исполненіе (напр. право десятины), промышленная привиллегія. Въ источникахъ говорится много и объ отдачѣ въ наемъ публичныхъ

ственная вещь наемщика, если она отдается въ содержаніе, какъ таковая [10]. Возможность найма не устраняется и тѣмъ, что вещь имѣетъ въ оборотѣ значеніе потребляемой, если она, рядомъ съ этимъ обыкновеннымъ назначеніемъ своимъ допускаетъ и другое употребленіе, отъ котораго она не истребляется [11]. Если плата состоитъ не въ деньгахъ, а въ чемъ либо другомъ, то этотъ случай не считается наймомъ [12]. Исключеніе составляетъ лишь аренда плодоприносящаго поземельнаго имущества; здѣсь плата можетъ состоять и въ опредѣленной части плодовъ [13].

Что касается заключенія договора найма, то здѣсь дѣйствуютъ тѣже начала, какъ при заключеніи договора купли (§ 139. 140). Договоръ найма считается заключеннымъ, коль скоро стороны согласились относительно существенныхъ пунктовъ онаго, нанятой вещи и наемной платы, развѣ бы онѣ договаривались предварительно еще о другихъ пунктахъ, на счетъ которыхъ онѣ не сошлись [14] [15].

b. *Обязательства.*

α. Имущественный наемъ.

§ 153. Обязательства изъ договора найма подлежитъ свобод-

налоговъ (vect. galia), ср. напр. l. 16 D. de V. S. 50. 16; tit. D. de..... vectigalibus et commissis 39. 4. Заарендованіе предпріятія: Зейфф. Arch. XVI. 213.

[9] См. напр. l. 7 l. 9 pr. § 6 D. h. t.

[10] L. 29 pr. D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 35 § 1 l. 37 D. de pign. act. 13. 7, l. 37 l. 28 D. de A. v. A. P. 41. 2. Если напротивъ кто нибудь нанимаетъ собственную вещь, думая, что она чужая, то договоръ недѣйствителенъ, l. 20. 23 C. h. t., l. 15 D. dep. 16. 3, l. 21 D. de usurp. 41. 3, l. 45 pr. D. de R. J. 50. 17. Точно также договоръ найма дѣлается впослѣдствіи недѣйствительнымъ, если наемщикъ пріобрѣтаетъ наемную вещь въ собственность l. 9 § 6 D. h. t. Но см. также § 153 прим. 18.

[11] Arg. l. 3 § 6 l. 4 D. commod. 13. 6. (§ 127 прим. 3).

[12] L. 5 § 2 D. de praeser. verb. 19. 5, § 2 I. h. t.

[13] l. 25 § 6 D. l. 8. 21. C. h. t. Ср. впрочемъ Гестердингъ Ausbeute IV. 1. 1. стр. 141 слѣд., Сиитенисъ прим. 4.

[14] L. 1. l. 2 pr. D. h. t., l. 24 C. h. t. Въ частности см.: a) l. 25 pr. D. h. t. (Ср. § 139 прим. 5 въ концѣ, Зейфф. Arch. XVII. 31); b) § 1. I. h. t., l. 22 pr. D. de praeser. verb. 19. 5, но см. также l. 5 § 10 i. f. D de inst. act. 4. (Договоръ найма безъ положительнаго уговора о наемной платѣ, см. Пфейфферъ prakt. Ausführungen VII. 7, Шефферъ Zeitschr. f. Civilr. u Prax. N. F. VII. 1, Гольдшуеръ III § 303 nr. 1. Зейфф Arch. IV. 216. VIII. 259, XII. 154, (XXI. 46. 47. 48. 49). (см. также I. 354, VIII. 59, IX. 174, XV. 135); c) l. 46 l. 20 § 1 D. h. t, l. 10 § 2 D. de A. V. A. P. 41, 2; d) l. 20 pr. D. h. t.

[15] Римское право воспрещаетъ арендованіе земель декуріонамъ (l. 30 C. h. t.), солдатамъ (l, 31. 35 C, h. t., l. 50 D. h. t.), духовнымъ Nor. 123. c. b.); чиновникамъ императорскаго короннаго имущества — наемъ земель, принадлежащихъ къ этимъ имуществамъ (l. un. C. quil. ad. cond. praed fisc. 11. 72). Эти правила римскаго административнаго права, не примѣнимыя теперь. Кромѣ того запрещается наемъ казенныхъ имуществъ, подъ страхомъ наказанія за подлогъ, опекунамъ до сдачи ими отчета по управленію опекой, l. 49 pr. § 1 D, h. t., l. un. C. ne tut. v. l. cur. 5. 41. Ср. вообще Глюкъ XVII. Стр. 297 слѣд.

ной судейской оцѣнкѣ [1]. Главнѣйшіе пункты имущественнаго найма суть слѣдующіе:

1. Отдающій въ наемъ обязанъ предоставить наемщику пользованіе нанятой вещью съ ея принадлежностями [2]. [3]. Если онъ этого не въ состояніи сдѣлать, потому что отдалъ въ наемъ вещь, на которую онъ не имѣетъ надлежащаго права, то онъ отвѣтственъ предъ наемщикомъ уплатой его интереса точно также, какъ при всякой другой первоначальной, лишь субъективной невозможности (§§ 16. 68) [4]. При послѣдующемъ наступленіи невозможности доставленія вещи, наниматель отвѣчаетъ предъ наемщикомъ въ размѣрѣ его интереса, если онъ виновенъ въ этой невозможности; въ противномъ случаѣ онъ безотвѣтственъ, но не имѣетъ права на арендную плату [5]. Но подъ виновностью разумѣютъ не только злой умыселъ, но и небрежность [6]. Особеннымъ случаемъ виновности представляется тотъ, когда наниматель отчужденіемъ вещи самъ поставилъ себя въ невозможность доставить пользованіе оной [7]. Обязательство доставленія пользованія

---

§153. [1] Actio locati (actio нанимателя) и actio conducti (actio наемщика) суть actiones bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 17 C. h. t.

[2] l. 19 § 2 D. h. t.

[3] Онъ долженъ ему uti frui licere praestare. Сн. наприм. l. 15 § 1 l. 24 § 4 D. h. t. Ср. Зейфф Arch. IV. 34, XVIII. 238.

[4] L. 7. 8. l. 9 pr. § 1 l. 15 § 8 l. 35 pr. D. h. t. Унтергольцнеръ стр. 333 прим. f., Беккеръ Jahrb. d. gem. R. VI. стр. 216—320. Въ l. 9 pr cit. выраженіе evictio примѣняется и къ наемщику, у котораго владѣніе вещью отнято лицомъ, имѣющимъ лучшее право. Ср. съ Мюллеромъ Lehre von der Eviction стр. 123 слѣд. Беккеръ въ указ. м. стр. 243 слѣд. и выше § 145 прим. 3. Зейфф. Arch. XII. 235.

[5] L. 9 § 3. 4. l. 19 § 6 l. 30 pr, § 1 l. 33. 34. 35 pr. l. 60 pr. D. h. t., l. 12 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t.; l. 9 § 2 l. 55 pr. D. h. t. Ср. § 76 прим. 16. Дезенкольбъ въ указ м. (§ 152 прим. *) стр. 189 слѣд. объясняетъ теперь слѣдующимъ образомъ различіе въ отношеніи несенія риска, которое существуетъ между наемщикомъ и покупщикомъ (§ 76 прим. 19): покупщикъ доволенъ получить за свое обязательство обязательство продавца; но не то бываетъ съ наемщикомъ вслѣдствіе его болѣе прекорнаго положенія (наниматель сохраняетъ право владѣнія и можетъ удалить наемщика по случаю ремонта и потребности для собственнаго употребленія).— Зейфф. Arch. VI. 188, VIII. 252, XIV. 227, XV. 221, (XXIII. 124).

[6] L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D de R. J. 50. 17, l. 28 C. h. t.

[7] Объ этомъ должно замѣтить слѣдующее: a) Пріобрѣтатель изгоняетъ наемщика въ силу своего вещнаго права, l. 25 § 1 l. 32 D. l. 9 C. h. t., l. 59 § 1 D. de usufr. 7. 1, l. 120 § 2 D. de leg. 1° 30. Это настоящій смыслъ юридической пословицы: Kauf bricht Miethe. (При этомъ пріобрѣтатель не связанъ ни какимъ срокомъ предваренія объ отказѣ. Иначе смотритъ Зейфф. Arch. VIII. 42). b) Съ другой стороны отчужденіемъ вещи не уничтожается отношеніе найма, ни въ пользу нанимателя, обязаннаго теперь доставить наемщику вознагражденіе убытковъ (l. 25 § 1 l. 32 D. h. t., l. 120 § 2 D. de leg. 1° 30), ни въ пользу наемщика, обязаннаго по прежнему платить арендныя деньги, если наниматель, не смотря на продажу, доставляетъ ему, по особому соглашенію съ пріобрѣтателемъ (l. 25 § 1 l. 58 pr. D. l. 9 C. h. t., ср. l. 50 D. de J. F. 49. 14), употребленіе вещи (о l. 32 D. h. t. см. § 115 прим. 3). c) Вредъ, который наемщикъ несетъ чрезъ отнятіе у него вещи пріобрѣта-

включаетъ въ себѣ и обязанность поддержать отданную въ наемъ вещь въ хорошемъ состояніи [8]. Если нанятая вещь имѣетъ недостатокъ, вредно вліяющій на пользованіе ею, то наниматель отвѣчаетъ наемщику его интересомъ, если онъ умышленно умолчалъ объ этомъ недостаткѣ, или если онъ положительно или безмолвно

телемъ, часто трудно доказать; притомъ же, и въ особенности при наймѣ квартиры, нарушенный интересъ не всегда интересъ имущественный Но можетъ ли наемщикъ помочь себѣ другимъ образомъ? «) Спрашивали, какимъ образомъ (въ случаѣ, когда въ наемъ отдана вся вещь) осуществить передачу противъ воли наемщика? Можно это сдѣлать посредствомъ constitutum possessorium: въ пользу этого говоритъ l. 30 § 6 D. de A. v. A. P. 41. 2. Безъ допущенія сего, какъ это и дѣлается, слѣдуетъ сказать, что наемщикъ недопущеніемъ пріобрѣтателя обосновываетъ для нанимателя interd. uti possidetis, l. 3 § 3 D. uti poss. 43. 17. L. 12 и l. 18 D. de vi 43. 16 не относятся сюда; онѣ трактуютъ о случаѣ, когда наемщикъ желаетъ удержать вещь не въ силу своего наемнаго права, а въ силу собственности. Поэтому не слѣдуетъ, что и я сдѣлалъ въ первомъ изданіи, выводить защиту наемщика противъ поссессорнаго иска нанимателя изъ заключительныхъ словъ l. 12 cit. «nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset». Слова эти выражаютъ лишь то, что въ удержаніи, на основаніи договора найма, не заключается лишеніе владѣнія, ср. l. 20 D. de A. v. A. P. 41. 2. Конечно наемщику, по скольку изъ собственнаго заявленія нанимателя въ искѣ явствуетъ обязанность его оставить вещь наемщику, не возбранено возражать этой обязанностью противъ поссессорнаго иска. Ср. на счетъ различныхъ взглядовъ обозрѣніе въ цитированномъ ниже сочиненіи Цибарта стр. 1 слѣд. и само это сочиненіе. (Вангеровъ III § 643 въ концѣ въ 7 изд.). β) Рѣшеніемъ роштокскаго обл. апелл. суда отъ 15 апрѣля 1850 года признано (Бухка и Будде Entscheidungen I стр. стр. 54), что наемщикъ можетъ исходатайствовать противъ предстоящаго отчужденія судебное запрещеніе (Inhibitorium). γ) Уговоръ между нанимателемъ и пріобрѣтателемъ о продолженіи отношенія найма не даетъ само по себѣ наемщику никакихъ правъ. (Др. мн. Унгеръ Jahrb. f. Dogm. X стр. 21 прим. 25). Но наемщикъ можетъ конечно, по скольку въ этомъ заключается дѣйствительное принятіе на себя пріобрѣтателемъ обязанности, приступленіемъ къ уговору получить противъ пріобрѣтателя право требовать доставленія ему употребленія (§ 94 прим. 4). Далѣе, наниматель можетъ уступить наемщику свое требованіе изъ такого уговора, и обязанъ даже къ такой уступкѣ по договору найма Ср. также рѣшеніе роштокскаго обл. апелл суда отъ 23 сентября 1861 года у Бухки и Будде Entscheidungen V стр. 269—270), которое, на основаніи положенія прим. 12 § 84, предоставляетъ наемщику заявить требованіе нанимателя и безъ переуступки). Ср. вообще: Гестердингъ Ausbeute III стр. 215—276 (1830). Шмидтъ Handb. d. gem. deut. K. I стр. 85 слѣд. (1847). Дернбургъ Abhandl. aus dem gem. u. franzos. Civilr. u. Civilprocess nr. I (1849). Трегеръ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XVIII. 3 (1861). Фридлибъ тамъ же XIX. 16 (1862). Цибартъ die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethe (1866). Глюкъ XVIII стр. 11 слѣд. Сиитенисъ II стр. 664—667, Вангеровъ III § 643 прим. 2, Кунтце zu Гольцшуера III § 299 nr. 11. (Упоминутое выше сочиненіе Цибарта, новѣйшій голосъ о нашемъ предметѣ, приходитъ, для совершеннаго права, къ результату, что хотя наемщикъ можетъ быть удаленъ покупщикомъ, но лишь за *доставляемое* имъ (покупщикомъ) вознагражденіе. Главнымъ основаніемъ служитъ сочинителю упоминаемое въ I § 43 «право на вещь» (Recht zur Sache), которое, въ связи съ владѣніемъ, становится абсолютнымъ правомъ. Ср. объ и противъ этого интереснаго, но въ новѣйшихъ выводахъ несостоятельнаго, сочиненія Дегенкольбъ Krit. Vlchr. IX стр. 191 слѣд.

[8] L. 15 § 1 l. 19 § 2 l. 25 § 2 D. h. t., l. 13 § 6 D. de damno inf. 39. 2.

обѣщалъ отсутствіе онаго; но во всякомъ случаѣ наниматель не получаетъ арендной платы, въ той мѣрѣ, въ какой пользованіе вещью уменьшается вслѣдствіе этого недостатка [9]. Издержки, употребленныя наемщикомъ на вещь, наниматель обязанъ возмѣстить, если онѣ были необходимы, или вообще сдѣланы въ его интересѣ; по другимъ же издержкамъ наемщикъ имѣетъ право забора [10]. Наконецъ наниматель несетъ повинности, падающія на вещь [11].

2. Наемщикъ обязанъ платить наемныя деньги по истеченіи срока пользованія, если ничего другаго не было условлено [12]. Эта обязанность не устраняется тѣмъ, что онъ не пользовался предоставленной въ его распоряженіе вещью [13], даже и тѣмъ, что онъ не могъ сдѣлать изъ вещи никакого употребленія [14]. Въ обоихъ случаяхъ однако же предполагается, что наниматель самъ не воспользовался вещью другимъ образомъ [15]. Въ частности, относительно арендатора плодоприносящаго поземельнаго имущества, слѣдуетъ замѣтить [16]: арендаторъ, при значительномъ уменьшеніи отъ чрезвычайныхъ несчастныхъ случаевъ сбора плодовъ въ какомъ нибудь году, можетъ требовать уменьшенія арендной платы, которую долженъ однако пополнить въ необыкновенно урожайные года [17]. Наемщикъ обязанъ, далѣе, возвратить нанятую вещь по истеченіи срока найма. Отъ этой обязанности онъ не можетъ

---

[9] L. 19 § 1 D. h. t., l. 6 § 4 D. de A. E. V. 19. 1; ср. l. 45 § 1 D. h. t. Если наемщикъ зналъ о недостаткѣ, то онъ естественно не имѣетъ иска о вознагражденіи. L. 13 § 6 D. de damno inf. 39. 2. Синтенисъ стр. 555. Ср. Зейфф. Arch. XII. 149—150 (l. 338, VII. 31, XVI. 214).

[10] L. 55 § 1 l. 19 § 4 D h. t. L. 55 § 1 cit «In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit vel aedificaverit vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest». Синтенисъ прим. 68.—Можетъ ли арендаторъ отнять вещи, которыя онъ соединилъ съ арендуемымъ предметомъ, и противъ воли нанимателя, желающаго удержать ихъ противъ возмѣщенія ихъ цѣнности? Зейфф. Arch. VII. 30, XVI. 108.

[11] L. un. § 3 D. de via publ. 43. 10, l. 4 l. 20 § 4 C. de agric. 11. 47, l. 32 § 6 D. de adm. tut. 26. 7. О квартирной повинности см. Глюкъ XVII стр. 395 слѣд., Пухта § 369, с. Вангеровъ III. § 641 прим. 2, Синтенисъ прим. 69, Гольцшуеръ III. § 209 nr. 9.

[12] Arg. l. 24 § 2 D. h. t. Безмолвное соглашеніе о времени платежа арендныхъ денегъ заключается въ томъ, что таковыя опредѣлены въ такую-то сумму за извѣстный періодъ времени; здѣсь необходимо платить по истеченіи каждаго періода.

[13] L. 24 § 2 l. 27 § 1 l. 55 § 2 D. h. t. (Зейфф. Arch. XIII. 123).

[14] L. 61 § 1 D. h. t. и arg. l. 10 § 9—10 eod.

[15] L. 19 § 9—10 D. cit.

[16] В. Сель Arch. f. civil. Pr. XX. 9 (1837). Якоби über Remission des Pachtzinses nach römischem und preussychem Recht (1856). Вангеровъ III. § 641 прим. 1, Синтенисъ II. стр. 657—660, Гольцшуеръ III. § 299 nr. 6. Объ особенномъ вопросѣ по этому ученію: Альбертъ über Remissionsentsagung des Pachters (1821).

[17] L. 15 § 2—5. 7 l. 25 § 6 D. l. 8 C. h. t., c. 3 X. de loc. 3. 18. Чрезвычайные несчастные случаи: напр. наводненіе, засуха, градобитіе, саранча, непріятельское нашествіе; а можетъ быть и: «si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae

уклониться и ссылкой на свое право собственности, если наниматель оспариваетъ таковое. Наемщикъ обязанъ выдать вещь. о своемъ же правѣ собственности онъ можетъ завести особое дѣло [18]. Отказъ въ выдачѣ влечетъ за собой присужденіе къ уплатѣ нанимателю стоимости вещи вдвойнѣ [19]. Если возвращеніе вещи сдѣлалось для наемщика невозможнымъ, или если онъ можетъ возвратить вещь лишь въ ухудшенномъ состояніи, то онъ отвѣчаетъ нанимателю его интересомъ, если невозможность или ухудшеніе было слѣдствіемъ его злаго умысла [20] или небрежности [21]. За случай онъ отвѣчаетъ тогда только, когда это условлено [22], или въ случаѣ сокрытія вещи (Unterschlagung) [22a].—Наемщику не запрещается отдавать вещь въ наемъ, если противное не было выговорено положительно или безмолвно [23].

---

sint-, l. 15 § 2. 3. 4 citt. Уменьшеніе сбора плодовъ: иначе, когда собранные плоды подвергались несчастному случаю. Значительное умаленіе: l. 25 § 6 cit. Компенсація: она распространяется и на платежъ прощеннаго, l. 15 § 4 l. 8 C. citt. c. 3 X. citt.

[18] L. 25 C. h. t. Нѣтъ основанія ограничить это мѣсто, какъ дѣлаетъ Тонъ (Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. I. 24), а за нимъ Синтенисъ прим. 104, случаемъ, когда наемщикъ пріобрѣлъ собственность по заключеніи контракта.

[19] L. 10 C. unde vi 8. 4, l. 34 C. h. t. (§ 15 прим. 10. 15).

[20] L. 25 § 5 l. 43 D. h. t. Сюда относится и употребленіе наемщикомъ вещи иначе, чѣмъ это ему дозволено договоромъ. Въ этомъ случаѣ онъ отвѣтствуетъ за всѣ послѣдствія, которыя не наступили бы безъ этого нарушенія договора, хотя бы сами по себѣ они не составляли его вины, l. 11 § 1. 4 l. 12 D. h. t. Ср. l. 13 § 3 eod. и § 129 прим. 10.

[21] L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. J. 50, 17, l. 28 C. h. t.; l. 9 § 3 l. 11 § 2 l. 19 § 2 l. 25 § 3 l. 30 § 2 D. h. t.; l. 11 pr. l. 30 § 4 D. h. t. l. 27 § 9. 11 D. ad. leg. Aq. 9. 2 (ср. l. 11 D. de per. et comm. 18. 6 и Уббелоде Zeitschr. f. Handelsr. VII. стр. 216 — 219; l. 13 § 7—8. l. 25 § 4 D. h. t.

[22] L. 9 § 2 l. 30 § 4 D. h. t. Сюда относится и случай, когда нанятая вещь отдана по оцѣнкѣ въ томъ смыслѣ, что или вещь или цѣнность ея должна быть возвращена, l. 54 § 2 D. h. t. Этотъ именно уговоръ встрѣчается часто при арендномъ договорѣ относительно переданнаго скота и другаго имущественнаго инвентаря (такъ назыв. Eisernviehvertrag, contractus socidae—каковой договоръ можетъ быть заключенъ и относительно стада, какъ таковаго, а не въ качествѣ имущественнаго инвентаря). Новѣйшіе писатели обыкновенно говорили въ случаѣ такого уговора о locatio conductio irregularis. Съ этимъ не должно смѣшивать случаи, когда оцѣнка сдѣлана въ томъ смыслѣ, чтобы оцѣночная сумма замѣняла собою безусловно переданную вещь Въ этомъ случаѣ, о которомъ трактуетъ l. 3 D. h. t., не имѣется договора найма, а купля съ кредитованіемъ покупной суммы. Ср. вообще В. Сеель Arch. f. civ. Pr. XIX. стр. 304—317, Шамбонъ Beiträge zum Obligationenrecht стр. 12 слѣд., Синтенисъ прим. 15, Безелеръ deut, Privatr. стр. 839—840. Также Гольцшуеръ III § 298 nr. 6.

[22a] Arg. l. 1 § 25 D. dep. 16. 1. Ср. § 129 прим. 10a.

[23] L. 6 C. h. t, l. 30 l. 58 pr. D. h. t., ср. l 13 § utt. D. de usufr. 7. 1. Естественно, что этимъ ничего не измѣняется въ правоотношеніи между нанимателемъ и наемщикомъ, и не обосновывается также отношенія между наемщикомъ поднаемщикомъ Зейфф. Arch. III. 48. См. впрочемъ и I. § 231 прим. 5, II. § 342 прим. 42.

β. Личный наемъ.

§ 154. Нанявшійся обязанъ исполнить или доставить обѣщанныя услуги, или изготовить условленную работу, равно и возвратить переданныя ему при договорѣ найма вещи [1]; наемщикъ обязанъ заплатить наемныя деньги [1a]. И здѣсь нанимающійся отвѣтственъ не только за злой умыселъ, но и за небрежность [2]. Кромѣ того онъ отвѣтственъ за дѣйствительное обладаніе тѣми способностями, которыя онъ положительно или безмолвно призналъ за собой [3]. Если онъ, при исполненіи услугъ или работы, пользуется помощникомъ или представителемъ, то должно различить, дозволено ли было ему это по смыслу договора, или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ онъ безусловно отвѣчаетъ за дѣйствія помощника [4], въ первомъ же за неупотребленіе надлежащей заботливости при выборѣ [5]. Къ невозможности исполненія услугъ безъ его вины при-

---

§ 154. [1] L. 22 l. 14 C. h. t. Ср. l. 26 D. h. t. «In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri».

[1a] При conductio operis не съ процентами ли послѣ передачи изготовленной работы. по аналогіи съ правилами договора купли (§ 143 прим. 18)? Нѣтъ: Зейфф. Arch. XIII. 10. Наемщикъ не обязанъ вознаградить вредъ, происшедшій для орудій работающаго. L. 2 § 1 C. de leg. Rhodia 14. 2. Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 II. стр. 421.

[2] L. 5 § 2 D. commod. 13. 6, l. 23 D. de R. J. 50. 17, l. 28 C. h. t., l. 13 pr. § 4. 6 l. 25 § 7 D. h. t.

[3] L. 9 § 5 D. h. t. «Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandam... scripsit;. quippe ut artifex... conduxit». L. 13 § 5 D. h. t., l. 27 § 29 D. ad. leg. Aquil. 9. 2.— Принятіе работъ безъ оговорки не лишаетъ принимающаго иска за недостатки, которые остались скрытыми безъ его вины. Зейфф. Arch. VIII. 43, X. 256, XII. 153. ср. XVI. 27.

[4] Ср. l. 19. 21. 23 D. pro socio 17. 2, l. 55 pr. § 2 D. de adm. tut. 26. 7.

[5] Сказанное вытекаетъ изъ природы вещей. Если сдѣлавшій заказъ не могъ по обстоятельствамъ дѣла разсчитывать на то, что работа будетъ исполнена лично тѣмъ, который обѣщалъ ее, то не согласно будетъ съ bona fides подвергать его большей отвѣтственности, чѣмъ за culpa in eligendo. Аналогическія рѣшенія въ l. 21 § 3 D. de neg. gest. 3. 5, l. 45 § 1 D. fam. erc. 10. 2, l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. Др. мн. Пухта Vorlesungen zu § 302 (стр. 160 внизу въ 4-мъ изд.), Уббелоде Arch. f. prakt. R. W. VII стр. 229 слѣд. (1860) и Zeitschr. f. Handelsr. VII. стр. 199 слѣд. (1864) и, относительно locatio operis, Бурхарди über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehulfen bei der Erfüllung von Obligationen (Киль 1861); ср. также Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. стр. 84—85 и Schuldmoment стр. 47. Основной взглядъ трехъ первыхъ писателей одинаковъ: по смыслу заключеннаго договора, работящій принимаетъ на себя рискъ за виновность употребленныхъ имъ подмастерьевъ. Пухта не попытался оправдать это объясненіе; Уббелоде (Zeitschr. стр. 267 слѣд.) видитъ оправданіе въ томъ, что работящій въ состояніи доставить себѣ «страховую премію» за принятый рискъ возвышеніемъ платы; Бурхарди (стр. 145) аргументируетъ такъ: принимать обѣщаетъ исполненіе произведенія, этимъ онъ принимаетъ отвѣтственность за употребляемыя для исполненія онаго средства. Я не могу признать за доводами Бурхарди никакой доказательной силы; въ его же аргументаціи и вижу одну лишь petitio principii (работящій обѣщаетъ исполненіе произведенія не въ иномъ смыслѣ, какъ заемщикъ возвращеніе занятой вещи, и сн. l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6), которая не улучшается отъ слѣдующаго прибавленія: пред-

мѣнимы правила имущественнаго найма, т. е. нанимающійся, правда, не несетъ отвѣтственности, но и не получаетъ платы [6]. Но онъ не лишается права на нее вслѣдствіе того, что наемщикъ

приниматель, употребляющій средства, посредствомъ которыхъ не осуществляется исполненіе обязательства, виновенъ въ исполненіи (ср. также Убелоде стр. 221 слѣд.). И источники, на которыя ссылаются поимен ванные писатели, не могутъ сдѣлать несомнѣннымъ ихъ объясненіе. Здѣсь имѣютъ значеніе слѣдующія мѣста: 1) L. 25 § 7 D. h. t. cit. «Qui columnam trans portandam conduxit, si ea dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset». Здѣсь сказано «eorumque», не «eorumve»; слѣдовательно culpa требуется какъ для предпринимателя, такъ и для его рабочихъ. Но если и этого не хотятъ допустить, слѣдовательно допустить, что составитель мѣста разсматривалъ «culpa ipsius» какъ culpa in eligendo, то вполнѣ дозволительно второе объясненіе, что онъ предполагалъ culpa in eligendo. Объясненіе это не болѣе смѣло, какъ въ l. 20 § 2 D de praescr. verb. 19. 5, гдѣ оно вынуждается вслѣдствіе l. 10 § 1 l. 11 l. 20 D. commod. 13. 6. (Др. мн. Бурхарди въ указ. мѣстѣ стр. 85 слѣд.). Въ такомъ же видѣ выражаются неточно l. 12 § 1 D. commod 13. 6 и l. 65 pr. D. de usufr. 7. 1 (ср. l. 11 pr. D. h. t., l. 27 § 9. 11 D. ad. leg. Aq. 9. 2; и здѣсь др. мн. Бурхарди стр. 106 слѣд.). 2) L. 40. 41 D. h. t. Здѣсь сказано, что, кто «mercedem accipit pro custodia alicuisus rei», тотъ обязанъ вознаградить вредъ, причиненный названнымъ custodes. Мѣсто это объясняется двоякимъ образомъ, или a) что и здѣсь предполагается, что при выборѣ custodes допущена ошибка; или b) принимается, что по смыслу договора обѣщана личная custodia, ср. § 138 прим. 6. (Другое воззрѣніе у Бурхарди стр. 80 слѣд., который не употребляетъ это мѣсто въ свою пользу). 3) L 60 § 7 i f. D. h. t..—«illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te afficeret». Culpa, о которой идетъ здѣсь рѣчь, не есть culpa употребленнаго раба, а culpa нанимателя (см. противъ Бурхарди стр. 129 Убелоде стр. 281), слѣдовательно какъ разъ culpa in eligendo; понимать здѣсь подъ culpa невмѣняемую (schuldlos) вину совершенно произвольно (ср. l. 7 § 4 D. nautae 4. 9, l. 5 § 6 D. de O. et A. 44. 7, l. 23 D. pro soc. 17. 2). Ср. также l. 10 § 1 D. commod. 13. 6 въ связи съ l. 11 l. 20 eod. 4) L. 13 § 1 D. h. t. Рѣшительное значеніе имѣютъ и здѣсь слова «si culpam caret». 5) L. 5 § 8. 10 D. de inst. act. 14. 3. Здѣсь говорится не объ отвѣтственности изъ собственнаго договора за вину помощниковъ, а объ отвѣтственности изъ ихъ вины. См. § 236 прим. 15. 6) L. 19. 21. 23 D. pro soc. 17. 2. См. прим 4. Согласны съ излагаемымъ здѣсь ученіемъ: Гассе culpa стр. 408 слѣд., Тель Handelsr. I § 33 къ прим. 3 и 4, Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. III. стр. 93 внизу, стр. 368, ф. Вісь die Haftung für fremde culpa стр. 97 слѣд. Однако же Гольдшмидтъ (стр. 362) склоненъ принять для договора о сухопутной перевозкѣ (ср. § 138 прим. 9) нѣмецкое обычное право, въ силу котораго предприниматель безусловно отвѣтственъ за вину служащихъ. Это правило имѣется и въ HGB (Art. 400), съ тѣмъ, что желѣзнодорожныя общества не могутъ даже условиться о противномъ (Art. 423). Изъ нѣмецкой практики торг. уст. и рядомъ съ нимъ: Зейфф. Arch. IV. 35. 112, XIII. 149 (въ пользу заступаемаго здѣсь воззрѣнія),—VII. 172 (стр. 204) ср. VIII. 52 (противъ). См. еще Гольдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. VI. стр. 578 внизу.

[6] L. 15 § 6. D. h. t., l 10 pr. D. de lege Rhod. 14. 2. Др. мн. Фуксъ Arch. f. civil. Prax. XXXIV стр. 403 слѣд.; противъ Моммзенъ Beiträge I стр. 383. Зейфф. Arch. IV. 31.—Особенное постановленіе въ HGB. Art. 60. «Приказщикъ, немогущій временно исполнять своихъ обязанностей по случаю несчастія, въ которомъ онъ не виновенъ, имѣетъ право на жалованье и содержаніе въ теченіе 6 недѣль.»

не воспользовался предоставленными въ его распоряженіе услугами, при чемъ безразлично, послѣдовало ли это по его винѣ или нѣтъ, предполагая только, что нанявшійся не воспользовался своими услугами инымъ образомъ [7]. Рабочій не лишается своего права на плату и отъ того, что, при locatio conductio operis [8], изготовленное произведеніе погибаетъ до сдачи, если оно было такого рода, что заказчикъ не могъ отказаться отъ принятія его [9]. Если при гибели произведеніе было готово въ части, то рабочій получаетъ плату въ размѣрѣ этой части [10].

Къ сказанному должно прибавить еще слѣдующее:

1. Особенно важное примѣненіе найма услугъ составляетъ договоръ перевозки. Если онъ заключенъ съ корабельщикомъ, то къ нему примѣняется указанная въ § 137 особенность относительно отвѣтственности перевозчика; за исключеніемъ же этого, къ договору перевозки примѣнимы общія начала найма услугъ (Werkverdingung). Начала эти имѣютъ примѣненіе и къ фрактовымъ договорамъ, заключаемымъ съ почтовымъ управленіемъ и желѣзными дорогами [11].

---

[7] L. 19 § 9 l. 38 pr. D. h. t., ср. l. 19 § 10 D. h. t., l. 4 D. de off. assess l. 22. Ср. съ Моммзеномъ въ указ. м. стр. 353 слѣд. и III стр. 422—423, Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 139; также Вангеровъ III стр. 240—241. Зейфф. Arch. VIII. 253, XIX. 226, ср. XII. 24, XIX. 30.

[8] Ср. о слѣдующемъ: Ф. Бухгольцъ Zeitschr. f. civilr. u. Pr. N. F. VIII. 1, Моммзенъ Beiträge I стр. 368 слѣд., Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 139—141 и опять Моммзенъ III стр. 423—428, Бурхарди (прим. 5) слѣд. 131 слѣд. ср. Вясъ die Haftung für fremde Culpa стр. 94 слѣд.

[9] L. 36. 37. l. 62. D. h. t.

[10] L. 59 D. h. t., l. 33 eod. Др. мн. Моммзенъ и Бурхарди въ указ. м.

[11] Ср. § 138 прим. 9.—Желѣзнодорожное право получило въ новѣйшее время богатую литературу, которая указана у Гольдшмидта Zeitschr. f. Handelsr. IV. Стр. 572—574. HGB. трактуетъ о «фрахтовомъ предпріятіи» въ ст. 390—431 (о фрахтовомъ предпріятіи желѣзныхъ дорогъ въ особенности ст. 422 слѣд.), о морскомъ фрахтѣ въ ст. 557—679.—Вопросы частные суть слѣдующія: 1) Имѣетъ ли тотъ, которому должна быть сдана вещь, переданная для перевозки, право требованія противъ фрахтовщика на сдачу ему вещи? Конечно, если отправитель переуступилъ ему свое требованіе; а безъ цессіи? Въ пользу положительнаго разрѣшенія оставшаяся въ этомъ спорномъ вопросѣ незамѣченной l. 6 § 2 D. de neg. gest. 3. 5 (§ 70 прим. 7). Литература: Гепфнеръ Arch. f. Civilr. u. Pr. XXXVI. 6, Карстенсъ тамъ же XXXVII. 8, Кохъ Deutschlands Eisenbahnen II стр. 106 слѣд. Зейфф. Arch. VI. 59, X. 56, XII. 291. XIV. 23. Особенное право коноссамента; тамъ же VI. 241, XII. 291, XV. 49. HGB. Art. 405. «По прибытіи перевозчика въ мѣсто сдачи (ср. Art. 404) назначенный въ коноссаментѣ получатель вправѣ отъ собственнаго имени заявить противъ перевозчика право изъ фрахтоваго договора, за исполненіемъ обязанностей по этому договору». По передачѣ коноссамента это право требованіе не можетъ быть болѣе отнято у него другими распоряженіями отправителя (Art. 402). При перевозкѣ моремъ исключительное право на сдачу ему имущества имѣетъ съ самаго начала тотъ, кто указанъ въ коноссаментѣ и владѣетъ имъ (Art. 647). Коноссаментъ можетъ быть писанъ и по приказу (Art. 646—651). Если при сухопутной перевозкѣ составлено грузовое свидѣтельство (Art. 413. 414), то къ нему примѣняются тѣ же

2. При заказахъ можетъ быть условлено, что работа имѣетъ быть изготовлена не только изъ переданной рабочему вещи, но и изъ другой однородной вещи. Въ этомъ случаѣ работникъ дѣлается собственникомъ переданной ему вещи и несетъ рискъ оной [12].

3. Если, наоборотъ, произведеніе должно быть для заказчика изготовлено изъ вещи, принадлежащей работнику, то здѣсь имѣется не наемъ, а купля, а именно покупка вещи, которая имѣетъ

правила, что и къ коноссаментамъ (Art. 415. 418). (Гольдшмидтъ Handelsrecht § 72. 75). 2) Какое правоотношеніе установляется въ томъ случаѣ, когда первый перевозчикъ передаетъ имущество другому для дальнѣйшей перевозки? Ср. объ этомъ Россиртъ Arch. f. civ. Pr. XLIV. 10. По общимъ правиламъ придется сказать, что вслѣдствіе этого не возникаетъ правоотношенія между отправителемъ и вторымъ перевозчикомъ, равно что первый перевозчикъ отвѣтствуетъ предъ отправителемъ за вину втораго перевозчика лишь тогда, когда онъ, передавая перевозку, или дѣйствовалъ противъ положительнаго или безмолвнаго постановленія договора, или виновенъ въ выборѣ перевозчика. Зейфф. Arch. II 93, IV. 70, VII. 172. 355. Иначе постановляетъ HGB Ст. 401. «Если фрахтовщикъ передаетъ имущество другому перевозчику для исполненія принятой имъ на себя перевозки въ цѣлости или части, то онъ отвѣчаетъ за него и за могущихъ быть послѣ него перевозчиковъ, до самой сдачи. Каждый фрахтовщикъ, замѣняющій собою предшествовавшаго, вступаетъ, вслѣдствіе принятія имъ имущества съ первоначальной грузовой росписью, въ фрахтовый договоръ согласно грузовой росписи, принимая самостоятельное обязательство выполнить перевозку по содержанію фрахтоваго договора и отвѣтственъ также за обязательство предшествовавшихъ ему перевозчиковъ относительно исполненной ими уже перевозки». Наоборотъ послѣдній перевозчикъ осуществляетъ и права предъидущихъ (Art. 410). Ср. впрочемъ и Зейфф. Arch. IX. 56, XII. 25. 3) Дѣйствительность договоровъ, заключенныхъ по положительному соглашенію или безмолвному подчиненію публично оглашенному регламенту перевозчика, если договоры эти отмѣняютъ собой дѣйствіе регламента? Ср. объ этомъ Гельдшмидтъ Zeitschr. f. Handelsr. IV. Стр. 559—660. Изъ общихъ началъ вытекаетъ лишь, что нельзя выговорить себѣ безотвѣтственность за dolus (а за culpa lata?) (§ 17 прим. 5). По относительно желѣзныхъ дорогъ идетъ гораздо далѣе HGB Art. 423 слѣд.

[12] L. 31 D. h. t., l. 34 pr D. de auro 34. 2. L. 31 pr. cit.:—«rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem generis redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli. Ex superiore casu rem domini manere, ex posteriore in creditum iri». И въ этомъ случаѣ (§ 153 прим. 22) говорятъ о locatio-conductio irregularis. О немъ трактуютъ: В. Селль Arch. f. civil. Pr. XIX стр. 318—330, ср. Бухгольцъ Zeitschr. f. civ. u Pr. NF. VIII стр. 8—16, Моммзенъ Beiträge I стр. 283—286, Бринцъ стр. 440, Синтенисъ II § 118 прим. 21. Собственно говоря, въ этомъ случаѣ имѣется смѣшеніе найма и мѣны (l. 3 cit.— «in creditum iri», l. 34 pr. cit:— «quippe quasi permutationem fecipe videatur»), каковую мысль проводятъ въ особенности Селль, но лишь односторонне. Отрицали: 1) что сдѣлка дѣлаетъ получателя собственникомъ, или дѣлаетъ его всегда такимъ (Бухгольцъ, Бринцъ), причемъ ссылаются на слова l. 34 pr. cit. «quatenus dominium transit», гдѣ однакоже безъ сомнѣнія слѣдуетъ читать вмѣсто quatenus—protinus; 2) что получатель несетъ отвѣтственность (Бухгольцъ, Бринцъ, Синтенисъ), съ ссылкой при этомъ на l. 31 cit. i f.: «sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere», каковое рѣшеніе объясняется вполнѣ тѣмъ, что въ случаѣ, о которомъ говоритъ это мѣсто, обязательство получателя ограничено по договору находящимся на кораблѣ зоркомъ. См. именно Моммзенъ въ указ. м. Прим. 27, Келлеръ 342.

быть изготовлена [13]. Что касается перехода при этомъ риска въ покупщику, то рѣшительное значеніе имѣютъ здѣсь, если подлежащая обработкѣ вещь опредѣлена генерически, правила о куплѣ генерически опредѣленныхъ вещей (§ 143. 1. a); если же она опредѣлена индивидуально, то заказчикъ несетъ рискъ не со времени окончанія работы, а послѣ принятія (одобренія) [14].

c. Прекращеніе.

§ 155. О прекращеніи найма необходимо, въ частности, замѣтить слѣдующее:

1. Если срокъ найма неопредѣленъ положительно или безмолвно [1], то каждый контрагентъ можетъ во всякое время отступиться отъ договора, соблюдая однакоже обычный въ данномъ мѣстѣ срокъ предваренія, если таковой существуетъ [2]. Соблюденіе этого срока необходимо и тогда, когда въ договорѣ положительно условленъ отказъ съ предвареніемъ.

2. При извѣстныхъ обстоятельствахъ дозволяется отступленіе и до условленнаго срока. Право это принадлежитъ при имущественномъ наймѣ: a) наемщику, если нанятая вещь сдѣлалась негодной къ пользованію [3], или если продолженіе пользованія сопряжено для него съ опасностью [4]; b) нанимателю, если наемщикъ

---

[13] Gai III. 147, § 4 I. h t., l. 2 § 1 D h. t., l. 20 l 65 D de contr. emt. 18. 1 Но сюда относится случай, въ которомъ должно быть сооружено на участкѣ заказчика зданіе матеріаломъ рабочаго, хотя чрезъ постройку матеріалъ переходитъ въ собственность заказчика. L. 22 § 2 D. h. t., l. 20 D. de contr. emt. 18. 1. О томъ, какъ читать l. 20 cit. («etiam»), см. Гушка Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. NF. IV стр. 283, Арндтсъ тамъ же VIII стр. 102, Эммерихъ тамъ же XVIII стр. 122, Моммзенъ въ изданіи его въ этому мѣсту. Ср. Зейфф. Arch. XI 234.

[14] Слѣдуетъ принять, что купля заключена подъ условіемъ одобренія. Ср. l. 1 § 6 D. de poll. 50. 12 и Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr, II стр. 141. но также Моммзенъ Beiträge I стр. 367. III стр. 428.

§ 155. [1] Срокъ при наймѣ для исполненія какой нибудь работы опредѣляется указанной въ договорѣ цѣлью работы. См. и Зейфф. Arch XVII. 32.—Onus probandi, когда сторона утверждаетъ, что договоръ заключенъ на опредѣленное время? E. A. Зейффертъ въ Pand. Зейфф. § 328 прим. 3. Зейфф. Arch. VI. 29.

[2] Въ этомъ видѣ слѣдуетъ истолковывать смыслъ договора сообразно bona fides. О наймѣ съ предвареніемъ объ отказѣ говоритъ l. 4 D. h. t. Ср HGB. Arch. 61. — Еслибъ было положительно условлено не предварять объ отказѣ, или если договоръ заключонъ «на вѣчныя времена», то правоотношеніе сторонъ подлежало бы обсужденію по правиламъ объ эмфутевзисѣ и суперфиціи (ср. I § 218 прим. 5). Въ l. 10 C. h. t. «perpetua locatio» означаетъ намъ безъ опредѣленія его продолжительности. Отказъ отъ права предваренія при кратчайшемъ срокѣ: Зейфф. Arch. VII. 307.

[3] L. 25 § 2 D. h. t. («si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi», «si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat»). L. 60 eod., ср. l. 27 pr. eod. Зейфф. Arch. VII. 171.

[4] L. 27 § 1 l. 13 § 7 D. h. t., l. 28. 33 D. de damno inf. 39. 2. Вангеровъ III стр. 465.—Замедленіе въ исполненіи договора обосновываетъ для наемщика право отказа въ той мѣрѣ, въ какой съ продолженіемъ найма сопряженъ для него большій

злоупотребляетъ нанятой вещью [5], или не уплатитъ наемныхъ денегъ за два года [6]; далѣе, вслѣдствіе необходимости ремонта, исключающаго пользованіе [7], и по непредвидѣнной собственной надобности въ вещи [8,9]. При наймѣ услугъ для изготовленія какой либо работы заказчикъ можетъ отступиться, если обнаружится, что составленная рабочимъ смѣта расходовъ слишкомъ высока [10].

3. Если по окончаніи срока найма наемщикъ продолжаетъ пользованіе и наниматель не противится этому, то симъ заключается новый договоръ [11]: при плодоприносящихъ поземельныхъ имуществахъ на годъ [12], при другихъ вещахъ—на указанный въ договорѣ срокъ, если онъ былъ заключенъ письменно [13], при отсут-

---

вредъ, чѣмъ онъ съ своей стороны причиняетъ нанимателю. L. 24 § 4 l. 60 pr. D. h. t., ср. § 33 прим. 1, § 99 прим. 6.

[5] L. 54 § 1 D. l. 3 C. h. t, c. 3 X de loc. 3. 18. Зейфф. Arch., II. 38; XII. 265, XIX. 38.

[6] L. 54 § 1 l. 56 D. h. t., l. 3 C. cit., c. 3 X. cit. C. 3 X. cit.:—«si... cum canonem por biennium non solvisset, sibi satisfactione celeri non providit». Ср. I § 222 прим. 10.—При откупѣ публичныхъ налоговъ допускается немедленный отказъ по неплатежу арендной платы, l. 10 § 1. D. de publ. 39. 4. Ср. Синтенисъ § 118 прим. 5, Вангеровъ § 643 прим. 1 nr. 1 и Зейфф. II. 172, XII. 23. 152 (XIV. 134. XII. 38).

[7] L. 3 C. cit., l. 30 pr. l. 35. pr. D. h. t. Недостаточно, см. ф. Бухгольцъ Abhandlung. Стр. 299—303. См. также Гольцшуеръ III § 299 nr. 12. l. b. (ср. Зейффер. Arch. VII. 231).

[8] L. 3 C. cit., c. 3. X. cit. Слѣдуетъ ли ограничить это наймомъ жилища? Синтенисъ въ указ. м. прим. 54, Вангеровъ въ указ. м. nr. 1. d, Гольцшуеръ III § 299. nr. 12. 1a. Условіе непредвидимости несправедливо оспариваетъ (c. 3. X. cit.) ф. Бухгольцъ въ указ. м. стр. 303.

[9] По спорному вопросу о томъ, оправдывается ли отступленіе открытіемъ несостоятельности арендатора, или же и нанимателя (l. 8. § 1. D. de reb. auct., iud. 42. 5), см. Байеръ Concursprr. § 31, Портофъ Arch. f. prakt. R. W. IX. Стр. 1 слѣд. (несостоятельность нанимателя). Зейфф. Arch. I. 390. 391.

[10] Но онъ обязанъ заплатить за изготовленную уже часть работы. L. 60 § 4. D. h. t.—Объ отказѣ отъ договора, заключеннаго между принципаломъ и прикащикомъ, трактуютъ спеціально ст. 62—64 HGB. Ср. Зейфф. Arch. V. 163, XII. 266, XIV 228. 276, XX. 233. — Въ рѣшеніи ольденбургскаго об. апп. суда, приведеннаго у Зейфф. Arch. X. 42, высказано начало, что каждый контрагентъ можетъ отступиться отъ договора личнаго найма, въ особенности отъ договора найма прислуги, коль скоро «нельзя ожидать, чтобы противная сторона, при добросовѣстной оцѣнкѣ обстоятельствъ, настаивала на исполненіи онаго до конца». Согласно съ этимъ рѣшеніе мюнхенскаго об. апп. суда въ 13 l. f. B. Anwend. XXXI. Стр. 172. (Зейфф. Arch. XX. 223 и цитаты тамъ же, XXII. 232).

[11] Такъ наз. relocatio tacita. Ср. объ этомъ Вангеровъ III § 644 прим., гдѣ излагается полный отчетъ о литературѣ и различныхъ мнѣніяхъ. Зейфф. Arch. II. 285, IV. 228.

[12] L. 13. § 11 l. 15. D. l. 16. C. h. t. Ср. впрочемъ и Гольцшуеръ III § 298 nr. 1. I.

[13] L. 13. § 11. cit. Впрочемъ толкованіе разсматриваемыхъ словъ этого мѣста («nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.») не несомнѣнно. См. Вангеровъ въ указ. м.

ствіи письменнаго соглашенія — на время, въ теченіе котораго пользованіе дѣйствительно продолжалось [14].

4. Смерть контрагентовъ не имѣетъ вліянія на силу договора найма [15], если дѣйствіе договора не ограничено, положительно или безмолвно, личностью этого контрагента [16].

d. Особенное примѣненіе договора найма *.

§ 156. По морскому праву родоссцевъ, вредъ или расходъ, происшедшій для корабля или груза при спасеніи отъ морской опасности, подлежалъ пропорціональному возмѣщенію со стороны собственниковъ спасеннаго груза [1]. Положеніе это римляне приняли въ свое право [2], но поставили его въ слѣдующую связь съ началами договора найма: лицо, непосредственно понесшее вредъ или расходъ, имѣетъ изъ договора найма искъ противъ корабельщика о возмѣщеніи сего, послѣдній же имѣетъ регрессъ къ собственнику спасеннаго [3]. Въ частности [4]:

1. Распредѣленію подлежитъ всякій убытокъ и расходъ, которые были слѣдствіемъ дѣйствій, предпринятыхъ съ цѣлью спасенія корабля или груза, независимо отъ того, были ли эти расходы или убытокъ посредственнымъ или непосредственнымъ слѣдствіемъ этихъ дѣйствій [5]. При исчисленіи этихъ убыткотъ должна быть принята въ соображеніе лишь та цѣна, въ которую обо-

---

[14] L. 13. § 11. D. h. t. Нельзя ли при наймѣ квартиры сказать: до ближайшаго срока переѣзда, если таковой существуетъ по мѣстному обычаю? Такъ Гольцшуеръ III § 298 nr. 1. I и цитированные у него писатели. Но слова l. 13. § 11, cit.: «prout quisque habitaverit» слишкомъ ясны.

[15] L. 10 C. h. t. Ср. l. 15 § 9.—l. 19. pr. D. h. t.

[16] При личномъ наймѣ смыслъ договора обыкновенно таковъ, что договоръ не долженъ перейти къ наслѣдникамъ. См. далѣе l. 4. D. h. t. «Locatio precariive rogatio ita facta quoadis, qui rem locaret dedissetve vellet, morte eius qui locavit tollitur».

* Dig. 14. de lege Rhodia de iactu. — Глюкъ XIV стр. 199 — 232, Унтергольцнеръ III стр. 353—358, Синтенисъ II стр. 674—679.

§ 156. [1] L. 1. D. h. t.

[2] Ср. l. 9. D. h. t.

[3] L. 2. pr. D. h. t. Ср. l. 2 § 7 eod. Если самъ корабельщикъ пострадалъ непосредственно, то первое отпадаетъ.

[4] Постановленія римскаго права подробнѣе развиты въ новѣйшемъ морскомъ правѣ въ ученіи о большой аваріи. HGB. трактуетъ объ этой аваріи въ ст. 702—735.

[5] Въ источникахъ упоминается въ частности: a) о бросаніи за бортъ вещей съ цѣлью облегченія корабля, l. 1. D. h. t. и очень часто тамъ же; b) о перегрузкѣ части груза на меньшее судно, которое за симъ подвергается крушенію, l. 4 pr. D. h. t.; c) о поврежденіи самаго корабля, мачтъ и т. п., l. 2 § 1 l. 3 l. 5 § 1 D. h. t.; d) о выкупѣ отъ пиратовъ, l. 2 § 3 D. h. t.; e) о поврежденіи оставшагося на кораблѣ имущества выбрасываніемъ другаго имущества, l. 4 § 2 D. h. t. — Что нельзя требовать возмѣщенія вреда, невызваннаго мѣрами спасенія, говоритъ положительно l. 2 § 1 l. 4 pr. l. 5 pr. l. 6 D. h t. Какъ же быть въ томъ случаѣ, когда принята спасительная мѣра для отвращенія мнимой опасности? Достаточно «разумнаго по обстоятельствамъ дѣла убѣжденія въ ея существованіи». Зейфф. Arch. VII. 88.—Ср. HGB. Ст. 702. 708—710.

шлись пожертвованныя вещи, а не ихъ дѣйствительная цѣнность [6].

2. Подлежащая раздѣленію сумма распредѣляется такимъ образомъ, что соразмѣрную часть оной несутъ, съ одной стороны, собственникъ спасеннаго [7], корабля или груза (или корабля и груза) [8], а съ другой и тѣ лица, которыя имѣютъ право на вознагражденіе [9]. Въ основаніе оцѣнки спасенныхъ вещей принимается ихъ настоящая цѣнность [10].

3. Лица, которыя вправѣ требовать возмѣщенія, обращаются съ своими требованіями къ корабельщику. Послѣдній собираетъ, съ своей стороны, взносы, падающіе на спасенное имущество, и можетъ до уплаты оныхъ не выдавать имущества [11]. Несостоятельность одного изъ обязанныхъ взносомъ не падаетъ на счетъ корабельщика, а возвышаетъ соразмѣрно взносы остальныхъ [12].

Нѣтъ основанія не допускать распространенія этихъ началъ на другіе случаи, когда кто нибудь имѣя въ своихъ рукахъ вещи разныхъ собственниковъ, къ выдачѣ которыхъ онъ обязанъ, спасаетъ вещи одного чрезъ пожертвованіе вещами другого [13]. Наоборотъ, не находитъ себѣ оправданія то общее положеніе, что лицо, понесшее вредъ, угрожавшій многимъ, имѣетъ къ послѣднимъ искъ о вознагражденіи [14].

---

[6] L. 2 § 4 D. h. t. Иначе HGB. Ср. вообще тамъ же ст. 711—717.

[7] L. 4 pr. § 1 l. 5 pr. D. h. t. HGB. Art. 726.

[8] L. 2 § 2 D. h. t. За исключеніемъ лишь спасеннаго запаса продопольствія. Другія исключенія допускаетъ HGB. Ст. 725.

[9] L. 1 D. h. t. «Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est». Можно и такъ сказать: отдѣльныя лица обязаны вносами соразмѣрно: 1) цѣнности спасеннаго, 2) о суммѣ, которая списывается въ ихъ пользу при исчисленіи количества вознагражденія. Ср. HGB, ст. 718—724.

[10] L. 2 § 4 l. 4 § 2 D. h. t.

[11] L. 2 pr. D. h. t. Непосредственное требованіе имѣющаго право на вознагражденіе къ собственнику спасеннаго имущества допускается по общему праву въ той лишь мѣрѣ, въ какой имѣетъ мѣсто actio negotiorum gestorum contrario (прим. 14). Иначе по HGB. вообще тамъ же ст. 727—734.

[12] L. 2 § 6 D. h. t.

[13] Потому именно, что римляне сводили такіе случаи къ правиламъ договора найма. Поэтому указанныя начала должны быть примѣнимы не только къ другимъ случаямъ договора найма, напр. къ сухопутной перевозкѣ, но и къ договору ссуды, и вообще во всѣхъ случаяхъ, гдѣ въ одномъ и томъ же лицѣ совпадаютъ обязанность къ вознагражденію и право на оное.

[14] Тѣмъ не менѣе жертвующій чѣмъ нибудь для отвращенія общей опасности не имѣетъ actio negotiorum gestorum contrario, такъ какъ онъ вызванъ былъ на жертву соображеніемъ собственнаго интереса (§ 185 прим. 12). Сравни къ этому и предъидущему примѣчанію: Глюкъ XIV стр. 233, 234 и цитированныхъ у него писателей, Тибо Lehrb. § 644 и Arch. f. civ. Prax. VIII стр. 146, В. Сель Versuche I стр. 100, Унтергольцнеръ § 510. l., Зейфферть § 432 въ концѣ, Пухта § 368 въ концѣ, Синтенисъ § 118 прим. 199. (Йерингъ Jahrb. f. Dogm. X стр. 347 слѣд.).

4. Другіе обоюдные договоры о пользованіи вещами и услугами.

§ 157. Если за пользованіе вещами или услугами обѣщаны не деньги, а другой эквивалентъ, то такой договоръ не называютъ договоромъ найма. Но къ нему примѣнимы начала договора найма [1].

Равнымъ образомъ не называется договоромъ найма тотъ случай, когда за вознагражденіе обѣщается услуга, состоящая исключительно или преимущественно въ духовной дѣятельности [2]. Но и здѣсь имѣютъ примѣненіе правила договора найма [3]. Именно и здѣсь должникъ отвѣтствуетъ не только за злой умыселъ, но и за

---

§ 157. [1] У римлянъ такой договоръ отличается отъ договора найма тѣмъ, что онъ становится обязательнымъ не вслѣдствіе одного соглашенія, а дѣйствительнымъ исполненіемъ онаго со стороны одного контрагента;—изъ этого договора возникала actio praescriptis verbis. L. 5 § 2 l. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5. § 2 I de loc. 3. 24.

[2] Новѣйшіе писатели говорятъ въ этомъ случаѣ объ opera liberales. (Ср. Унтергольцнеръ II стр. 344. b. «Говорить въ подобныхъ случаяхъ, вмѣстѣ съ новѣйшими писателями, объ opera liberales, — значитъ почти, что говорить у насъ о научномъ ремеслѣ»).

[3] Предполагая, что, по смыслу договора, стороны не пользуются правомъ отказа, въ каковомъ случаѣ сдѣлка можетъ быть разсматриваема какъ мандатъ съ условіемъ вознагражденія. Ср. Зейфф. Arch. III. 49.—Для римлянъ договоръ мандата былъ единственнымъ договоромъ, подъ который можно было подвести уговоръ этаго рода. Гдѣ это невозможно было сдѣлать, тамъ сдѣлка считалась внѣ юридической сферы, и оставалась попытаться походатайствовать у судьи экстраординарное рѣшеніе (extraordinario cognitio), смотря по особенностямъ каждаго даннаго случая. Но вслѣдствіе этого образовалось мало по малу извѣстное правило, въ особенности, что касается взысканія неуплаченнаго гонорара, см. l. 4 D. de extraord. cogn. 50. B, tit. Dig. 50. 14 de praxeneticis. Въ преторскомъ эдиктѣ обѣщана для одного случая защита судебнымъ рѣшеніемъ (indicium), для случая невѣрнаго исчисленія пространства землемѣромъ (mensor), Dig. 11. 6 si mensor falsum modum dixerit. См. впрочемъ и прим. 4. О такъ наз. contractus suffragii см. l. un. C. de suffragio 4. 3, Nov. 8 c. 1. Ср. вообще Унтергольцнеръ II § 521. Въ настоящее время было бы несогласно ни съ реальными отношеніями, ни съ намѣреніемъ контрагентовъ придавать договорамъ этого рода другое значеніе, чѣмъ значеніе обоюдныхъ договоровъ. Пользованіе духовной дѣятельностью съ промышленною цѣлью не только не считается въ настоящее время оскорбленіемъ достоинства и приличія, но и перестало давно быть чѣмъ то необыкновеннымъ и бросающимся въ глаза. Оно входитъ какъ факторъ въ имущественный оборотъ, подобно всякому другому фактору, и не можетъ поэтому требовать для себя исключительнаго положенія, не имѣя также въ немъ надобности. Ср. Синтенисъ § 113. I. пр. 2 и § 119. 1. Отношеніе это не измѣняется и тѣмъ, что лица, оказывающія подобныя услуги, получили для этой цѣли отъ государства одобреніе, концессію, назначеніе, какъ адвокаты, нотаріусы, врачи, учителя и т. п., хотя конечно оно видоизмѣняется тогда, когда они призваны государствомъ дѣйствовать отъ его имени, въ качествѣ его органовъ. Въ послѣднемъ случаѣ, напр. какъ это бываетъ съ судьями, съ ними не заключается договора, а они обнаруживаютъ свою дѣятельность въ силу даннаго имъ государствомъ порученія. Друг. мнѣнія и относительно адвоката, «юрисконсульта, учителя, врача, agrimensor и т. д.» — Ветцель Civilproc § 8 отъ примѣч. 35; но онъ ссылается не на публичное положеніе этихъ лицъ, а на то, что ихъ услуги «не представляютъ собой имущественнаго интереса». Послѣднее объясненіе невѣрно по своей общности, и еслибъ оно было даже вѣрно, то не оправдывало бы извлеченное изъ него послѣдствіе (§ 3 прим. 3).

небрежность и недостатокъ тѣхъ знаній и способностей, которыя въ немъ имѣлъ основаніе предполагать заказчикъ [4]. Если, далѣе, исполненіе услугъ дѣлается для должника невозможнымъ, хотя и безъ его вины, то онъ не имѣетъ права на эквивалентъ [5]. Но непользованіе услугами со стороны кредитора не лишаетъ должника этого права, предполагая при этомъ, что онъ изъ этихъ услугъ не сдѣлалъ какого либо иного употребленія [6]. И здѣсь не требуется, чтобы эквивалентъ былъ положительно обѣщанъ. Кто пользуется услугами другого, зная, что послѣдній исполняетъ эти услуги лишь за вознагражденіе, тотъ обязанъ удовлетворить его

---

[4] Кто пользуется услугами человѣка, дѣлающаго изъ своего искусства или науки ремесла, тотъ не говоря объ особенныхъ обстоятельствахъ, вправѣ расчитывать, что онъ въ состояніи пріобрѣсть тѣ познанія и способности, которыя возможно пріобрѣсть при обыкновенномъ прилежаніи и обыкновенной добросовѣстности. Онъ не вправѣ предполагать особенныя дарованія или дарованія вообще. Ср. Зейфф. Arch. XX. 204. Я не считаю основательнымъ объясненіе Синтениса, въ силу котораго отвѣтственность простирается лишь на culpa lata, при такихъ сдѣлкахъ, при которыхъ услуга исполняется чрезъ примѣненіе искусства или науки»; съ этимъ несогласны и выводы самаго Синтениса въ § 119 прим. 2. Конечно, римское право признаетъ mensor'а отвѣтственнымъ лишь за dolus и culpa lata; но соглашеніе съ mensor'омъ не имѣло для римлянъ значенія юридической сдѣлки въ собственномъ смыслѣ (l. 1 § 1 D. si mensor: «visum est enim, satis abundeque coorceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est», см. также l. 2 D. de proxenet. 50. 14), это же основаніе отпадаетъ въ настоящее время (прим. 3). (Впрочемъ, въ позднѣйшее время образовалось и у римлянъ другое воззрѣніе на договоръ съ mensor'омъ, въ силу котораго договоръ этотъ былъ подведенъ подъ точку зрѣнія личнаго найма. См. l. 4 § 1 D. fin reg. 10. 1 и объ одномъ мѣстѣ въ lex Thoria (с. 44)—Рудорфъ Zeitschr. f. gesch. R. W. X. стр. 136 слѣд.; о mensores вообще см. его же стр. 412 слѣд.). Что касается врача, то см. еще l. 6 § 7 D. de off. praes. 1. 18, l. 7 § 8 l. 8 pr. D. ad leg. Aquil. 9 2, § 6 7. I. eod. 4. 3 (и здѣсь римляне подходили близко къ точкѣ зрѣнія договора личнаго найма, l. 7 § 8 cit., ср. къ этому l. 26 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5 по редакціи Моммзена въ его изданіи); касательно адвоката l. 14 § 1 C. de iud. 3. 1.—Др. мн. Ветцель и здѣсь, по которому адвокатъ отвѣтствуетъ за levis culpa лишь въ силу положительнаго постановленія имперскихъ законовъ (тамъ же прим. 17). Согласенъ съ этимъ (относительно нотаріуса) Регельсбергеръ civilr. Erörterungen I стр. 186—187.

[5] Ср. § 154 прим. 6. Особенное право дѣйствовало у римлянъ для patronus fisci; жалованье его выплачивалось его наслѣдникамъ за весь тотъ годъ, въ которомъ онъ умеръ. L. 15 § 1 C. de advoc. 2. 7. l. 3 § 6 l. 5 § 6 C. de advoc. divers. iudiciorum 2. 8. Примѣнялось ли и къ обыкновеннымъ адвокатамъ положеніе, что они не лишаются права на условленное вознагражденіе, если они по какому либо препятствію, въ которомъ они невиновны, не могли продолжать веденіе дѣла въ переносной инстанціи,—это сомнительно. Источники (l. 38 § 1 D. loc 19. 2, l. 1 § 13 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 11 C. de cond. ob. caus. dat. 4. 6) говорятъ лишь о томъ, что полученный гонораръ не подлежитъ возвращенію, что вполнѣ объясняется (принявъ разъ, что изъ обѣщанія гонорара не возникаетъ обязательства въ собственномъ смыслѣ) правомъ презумпціи (I § 100 прим. 6). Ср. и Моммзенъ Beiträge I стр. 360—362, Вейцелль Civilproc. § 8 прим. 53—55.

[6] L. 19 § 10 D. loc. 19. 2, l. 4 D. de off. ass. 1. 22. Ср. § 154 прим. 7 и Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 139.

въ размѣрѣ заявленнаго имъ требованія, предполагая, что требованіе это не несправедливо [7]. Вопросъ о томъ, можно ли требовать эквивалента за самое исполненіе услугъ, или же лишь за опредѣленный, достигнутый этими услугами результатъ, разрѣшается по обстоятельствамъ каждаго даннаго случая [8, 9].

Сроднымъ съ договоромъ найма представляется договоръ, въ силу котораго вещь отдается въ эмфитевтическое или суперфиціарное владѣніе. Но не говоря уже о томъ, что эти правовыя отношенія имѣютъ прежде всего вещный характеръ, самый договоръ отступаетъ здѣсь на задній планъ, такъ какъ отношенія эти нормируются главнымъ образомъ закономъ, и одни и тѣ-же правила примѣняются къ нимъ и въ томъ случаѣ, когда они возникли не изъ договора.

c. Товарищество. *

1. Понятіе и заключеніе.

§ 158. Договоръ товарищества имѣетъ цѣлью соединеніе имущественнаго участія двухъ или нѣсколькихъ лицъ въ общемъ интересѣ. Участіе каждаго изъ контрагентовъ не должно доставаться въ пользу исключительно одного или другихъ контрагентовъ [1], а соединеніемъ этимъ долженъ быть достигнутъ результатъ выгодный для всѣхъ [1a].

---

[7] Ср. § 152 прим. 14 и цитированныхъ тамъ писателей, § 139 прим. 6. Abs. 2. Зейфф. Arch. IV. 217, XX. 30 (XXI. 47. 48. 49) Кирульфъ Entscheid. d. OAG. zu Lübeck 1865 стр. 1123—1124.

[8] Адвокату обѣщается гонораръ не за выигрышъ, а за веденіе процесса, врачу не за изліеченіе, а за пользованіе больнаго; маклеру же напротивъ лишь за посредничество въ заключеніи сдѣлки, а не за труды по посредничеству. Синтенисъ § 119 прим. 5, Зейфф. Arch. X. 43 (XXII. 134). Ср. о маклерѣ еще тамъ же XII. 155, XIV. 229, XIII. 14, XIV. 124 (XXII. 39. Далѣе Кунъ Zur Lehre vom Mäklergeschäft, Arch. f. prakt. RW. 17. F. VI. стр. 221—255 (1869).

[9] Особенныя постановленія о гонорарныхъ сдѣлкахъ съ адвокатомъ: l. 1 § 10. 12 D. de extr. cogn. 50. 13, l. 17 D. mand. 17. 1, l. 5 l. 6 § 2 C. de post. 2 6. K. G. O. I. 46 § 1, R. D. A. 1557 § 50, Байеръ Vosträge § 101, Ветцель Civilproc. § 8 подъ прим 38. Эммингаузъ Arch. f. prakt. R. W. R. F. II. 9, III. 12 (1865—1866).—Недѣйствительность обѣщанія гонорара врачу, къ пользованію совѣтами котораго больной былъ побужденъ злоупотребленіемъ медицинской властью или собственнымъ страхомъ. L. 3 D. de extr. c gn. 50. 13, l. 9 C. de prof. et med 10. 52.—Неопредѣленное обѣщаніе гонорара обязываетъ такъ же мало, какъ и неопредѣленное обѣщаніе вообще. L. 56 § 3 D. mand. 17. 1, l. 17 C. eod. 4. 35. Зейфф. Arch. X. 241 въ концѣ, XVII. 124. Иначе понимаютъ эти мѣста Унтергольцнеръ § 521 и, Синтенисъ II стр. 682.

* Societas. Inst 3. 25 de societate. Dig. 17. 2. Cod. 4. 37 pro socio.—Бритцъ Pandektenr. ч. 1 т. 2 стр. 2[illegible]—190 (1837). Глюкъ XV стр. 371—476; Унтергольцнеръ II стр. 378—392, Синтенисъ II § 121, Вангеровъ III § 651—655.

§ 158. [1] Ср. l. 13 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5:—«nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit».

[1a] Нѣтъ основанія къ исключенію договора товарищества изъ ряда обоюдныхъ договоровъ, какъ это предлагаетъ Кунтцъ къ Гольцшуеру III стр. 38. Договоръ товарищества есть обоюдный договоръ лишь особаго рода.

Въ частности же содержаніе договора товарищества можетъ быть весьма различно.

1. Непосредственной цѣлью договора, это установленіе общности имущества путемъ отдѣльныхъ взносовъ. Эта общность имущества можетъ быть болѣе или менѣе значительна: она можетъ простираться на все настоящее и будущее имущество [2], только на настоящее или только на будущее [3], лишь на извѣстный видъ пріобрѣтателя [4], на отдѣльныя опредѣленныя вещи [5].

2. Конечной цѣлью договора есть достиженіе цѣли, лежащей внѣ товарищескихъ взносовъ, которые должны служить только къ достиженію этой цѣли. Цѣль эта не должна быть недозволенной [6], вообще же она можетъ быть весьма различна. Главнымъ образомъ заключается она въ достиженіи имущественной прибыли [7], при чемъ безразлично, достигается ли эта прибыль посредствомъ веденія какого нибудь предпріятія, или инымъ образомъ [8]. Изъ случаевъ, гдѣ имущественная прибыль имѣетъ быть пріобрѣтена посредствомъ веденія предпріятія, важнѣйшимъ представляется тотъ, въ которомъ намѣреніе направлено не на отдѣльное предпріятіе [9], а на продолжительную дѣловую дѣятельность [10]. Въ

---

[2] L. 1 § 1 l. 3 § 1 l 5 pr. l. 65 pr. § 3 l. 73 D. h. t.

[3] Какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда договоръ товарищества направленъ на будущее пріобрѣтеніе? Въ l 8—13 D. h. t. (см. также l. 71 § 1 eod., l. 45 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2) «quaestus» толкуется въ смыслѣ заработка, такъ что societas quaestus не должна обнимать собою будущаго пріобрѣтенія по дареніямъ и предсмертнымъ отчужденіямъ.—Если условлено просто, что составляется товарищество, то, по l. 7 D. h. t., слѣдуетъ, въ случаѣ сомнѣнія, принимать, что составители онаго имѣли въ виду societas quaestus; это такое буквальное толкованіе, которое, конечно, не оправдывается для нашихъ отношеній. Ср. Синтенисъ прим. 11.

[4] L. 3 § 2 D. h. t: — «ut si qua iusta hereditas alterutri obveniret communis sit». Ср. и примѣчаніе 3.

[5] L. 58 pr. i. f. D. h. t Въ l. 5 pr. l. 65 pr. D. h. t. слѣдуетъ безъ сомнѣнія понимать подъ «res»—«предпріятіе». Ср. l. 65 § 10 D. h. t. — Общность относительно лишь употребленія: ср. Штелцель «über die Rechtsverhältnisse an gemeinschaftlichen Winkeln», Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. 1 (1877).

[6] L. 57 D. h. t., l. 70 i. f. D. de fidei 46. 1. Зейфф. Arch. IX. 287 XIII. 257.

[7] Но цѣлью можетъ быть и напр. удовольствіе, поученіе, или даже имущественная цѣль, но не выручка прибыли, см. напр. l. 52 pr. § 11. 12. 13 l. 65 § 2. 4. D. h. t.—О случаѣ, когда цѣль товарищества состоитъ въ достиженіи имущественной прибыли, трактуетъ сочиненіе Трейтшке: die Lehre von der unbeschränkten obligatorischen Gewerbegesellschaft und von Commanditen. Nach römischem Recht, mit Rücksicht auf neuere gesetzgebungen. 1844.

[8] Напр. чрезъ извлеченіе плодовъ (l 52 § 2 D. h. t.), обученіе (l. 71 pr. D. h. t.), театральныя или другія публичныя представленія, чрезъ выставку предметовъ искусства.

[9] L. 58 pr. D. h. t., l. 44 eod., l. 2 C. h. t., l. 13 § 1 D. de praescr, verb. 19. 5; ср. l. 31—33 D. h. t. Тель Handelsr. I § 48. Зейфф. Arch. X. 45.

[10] L. 5 pr. l. 52 § 4. 5 D. h. t. Зейфф. Arch. XVIII. 36.

новѣйшее время разнообразно и своеобразно развилось торговое товарищество, отлично отъ римскаго права [11]. Взносы контрагентовъ, дѣлающіе возможнымъ достиженіе общей цѣли, могутъ состоять въ вещахъ, тѣлесныхъ или безтѣлесныхъ, или въ работѣ [12]. Если они заключаются въ вещахъ, то здѣсь опять возможно, что эти вещи становятся общими, или же что онѣ предоставляются лишь для употребленія, пользованія, затраты, отчужденія [13]. Не необходимо, чтобы вносимый въ товарищество трудъ имѣлъ денежную цѣнность [14], хотя это обыкновенно бываетъ.

Изъ понятія товарищества вытекаетъ обязанность каждаго товарища сдѣлать взносъ и право на участіе въ общихъ выгодахъ. Въ случаѣ отсутствія того или другаго, товарищества нѣтъ, а есть скрытое дареніе подъ именемъ товарищества [15]. Съ другой стороны понятіе товарищескаго договора не исключается тѣмъ, что объемъ участія товарища не соотвѣтствуетъ размѣру сдѣланнаго имъ взноса [16]. Допускается при товариществѣ и условіе, что убытки отъ товарищескаго предпріятія, если таковые окажутся въ результатѣ, распредѣляются по другому масштабу, чѣмъ могущая быть получена прибыль, даже, что убытки долженъ нести одинъ товарищъ [17].

Заключается договоръ соглашеніемъ сторонъ относительно

---

[11] Для римскаго права см. Рёзлеръ die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht. Zeitschr. f. Handelsr. IV стр. 252—326. На уклоненія новѣйшаго права можно лишь указать въ слѣдующемъ. Подробное изложеніе должно быть предоставлено торговому праву. Ср. Тель Handelsr. 1 § 34—38, и, на счетъ новѣйшихъ законодательствъ, цитированное въ примѣч. 7 сочиненіе. Трейтшке HGB. Книга II.

[12] L. 2 l. h. t., l. 52 § 2. 7 l. 80 D. h. t., l. 1 C. h. t.

[13] L. 58 pr. § 1 l. 52 § 2 D. h. t. Имѣлось ли въ виду то или другое, слѣдуетъ опредѣлить исключительно по обстоятельствамъ отдѣльнаго случая. Ср. Гестердингъ Irrthümer стр. 291 слѣд., Guyet Abhandlungen нг. 9, Трейтшке § 32. 33, Вангеровъ § 651 прим. 2, Синтенисъ прим. 24, Гольцшуеръ III § 304 нг. 4, Рёзлеръ Zeitschr. f. Handelsr. IV. стр. 259—261. HGB. стр. 91.

[14] См. § 4 прим. 3.

[15] L. 29 § 2 D. h. t., l. 5 § 2 eod., l. 16 § 1 D. de min. 4. 4, l. 32 § 24 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Зейфф. Arch. XVI. 110).

[16] Повидимому противорѣчитъ этому l. 29 pr. D. h. t., ср. § 1 eod. Но мѣсто это выражаетъ лишь то, что въ этомъ случаѣ договоръ имѣетъ дѣйствіе не исключительно договора товарищества, но и договора дареніи (т. наз. negotium mixtum donatione). По крайней мѣрѣ нѣтъ основанія, чтобы соглашеніе сказаннаго вида дѣлало скорѣе недѣйствительнымъ весь товарищескій договоръ, чѣмъ слишкомъ низкая цѣна дѣлаетъ недѣйствительнымъ договоръ купли (l. 38 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 5 D. de don. i. v. e. u. 24. 1). Точно также и § 1 I h. t. Трейтшке § 4, Унтергольцнеръ стр. 383 прим. 4, Синтенисъ прим. 35 въ концѣ.

[17] L. 29 § 2 l. 38 D. h. t. Вангеровъ § 651 прим. 1. Если условлена лишь доля въ прибыли, или только доля въ убыткѣ, то этотъ размѣръ принимается и для противоположнаго, § 3 I h. t.

всѣхъ существенныхъ пунктовъ. Соглашеніе это не нуждается въ какой либо формѣ [18].

2. Правоотношенія.

α. Внутреннія, между самими товарищами.

§ 159. Взаимныя обязанности товарищей подлежатъ свободной судейской оцѣнкѣ. Главнѣйшіе пункты суть слѣдующіе.

1. Каждый товарищъ обязанъ сдѣлать обѣщанный взносъ, слѣдовательно, исполнить условленныя услуги, если таковой состоитъ въ работѣ [2]. При невозможности доставить обѣщанный взносъ, онъ отвѣчаетъ, кромѣ злаго умысла, и за ту небрежность, которой онъ обыкновенно не допускаетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ [3]. Если невозможность наступила безъ его вины, то хотя онъ не обязанъ къ вознагражденію, но за то не существуетъ и для товарищей обязанности къ доставленію взносовъ, за исключеніемъ того случая, когда съ ихъ стороны имѣется уже заявленіе объ отчужденіи [4].

---

[18] Партикулярныя права требуютъ для торговаго договора письменной формы и публикаціи; торг. уст. (ст. 86—89, 151—154) требуетъ послѣдняго, но не ставитъ таковое условіемъ дѣйствительности. — Предоставленіе третьему лицу или товарищу опредѣлить условія договора: l. 75 —80, l. 6 D. h. t. Условіе и срокъ: l. 1 pr. D. l. 6 C. h. t.—Безмолвное заключеніе: Гольцшуеръ III § 304 nr. 1.

[1] Actio изъ договора товарищества (actio pro socio) есть actio bonae fidei, § 28 § 159. l. de act. 4. 6, l. 52 § 1 D. h. t. Она есть «ab utraque parte directa», § 2 I. de poena tem. litig. 4. 16.—Слѣдуетъ замѣтить: есть лишь обязанности товарищей относительно другъ друга, но не обязанности товарищества предъ товарищами, или наоборотъ, такъ какъ товарищество не составляетъ юридическаго субъекта, отдѣльнаго отъ товарищей. Если говорятъ объ обязанностяхъ товарищества и противъ товарищей, то «товарищество» есть лишь сокращенное выраженіе для лица товарищей. Зейфф. Arch. XII. 271 (ср. III 198).—Иначе бываетъ только при акціонерномъ товариществѣ, которое есть дѣйствительно юридическое лицо. Ст. I § 58 прим. 5.

[2] При товариществѣ, основанномъ на общности всего имущества, должно быть вносимо и то, что товарищъ получилъ вслѣдствіе совершеннаго противъ него недозволеннаго дѣянія, но не то, что онъ пріобрѣлъ собственнымъ недозволеннымъ дѣяніемъ. L. 52 § 16. 17 l 53—55 D. h. t.—При заключеніи этого товарищества не требуется особенной передачи имѣющихся тѣлесныхъ вещей; передача считается совершившейся безмолвно (constitum possessorium) См. I § 171 прим. 2. Трейтшке § 37, Свитенисъ прим. 20.

[3] Источники то говорятъ въ общихъ выраженіяхъ о небрежности, за которую членъ отвѣчаетъ, то они подробно опредѣляютъ эту небрежность въ указанномъ въ текстѣ видѣ. L. 52 § 2. 3. 11 D. h. t., L. 72 D. h. t., § 9 J. h. t. Гассе Culpa § 69, Тройтшке § 21—24, Уббелоде Zeitschr. f. Handelsr. VII стр. 238—241.— Торг. уст. ст. 94

[4] См. l. 58 pr. § 1 D. h. t. и § 74 num, 3. Въ l. 58 pr. cit. обращаютъ на себя вниманіе слова: «sed id actum dicatur, ut quadriga fierst eaque communicaretur». Не требуется передачи для освобожденія товарища отъ страха гибели вносимой вещи. Ср. Виндшейдъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 143. 144; уклоняющіяся воззрѣнія у Бехтера Arch. f. civil. pr. XV стр. 206—211, Моммзенъ Beiträge I § 33.

2. Товарищу вмѣняется въ вину, кромѣ злаго умысла, лишь указанная небрежность, даже въ томъ случаѣ, когда онъ своими дѣйствіями по товарищескимъ дѣламъ причиняетъ убытки товариществу [5]. Если онъ смотрѣніе за этими дѣлами поручаетъ другому лицу, будучи обязанъ самъ это дѣлать, то онъ безсловно отвѣтственъ за возникающій отъ сего вредъ [6].

3. Товарищъ обязанъ выдать то [7], что онъ пріобрѣлъ для товарищества [8] или изъ имущества онаго [9]. Съ другой стороны онъ можетъ требовать возмѣщенія сдѣланныхъ имъ въ интересѣ товарищества расходовъ [10], а также понесеннаго имъ ущерба при наблюденіи за товарищескими дѣлами [11]. При товариществѣ, основанномъ на соединеніи всего имущества отдѣльныхъ членовъ, товарищъ можетъ требовать уплаты всѣхъ долговъ изъ общаго имущества; на его отдѣльный счетъ зачисляются лишь доли его изъ проступковъ [12].

4. Товарищъ вправѣ требовать выдачи ему соразмѣрной части товарищескихъ прибылей. Размѣръ оной опредѣляется условіями договора, при отсутствіи же таковыхъ, прибыли дѣлятся между товарищами по ровну [13]. Сказанное относится какъ въ рас-

---

[5] L. 52 § 2. 3. 11 D. h. t. въ связи съ сказаннымъ въ примѣчаніи 3.—Зейфф. Arch. IX. 28.

[6] L. 23 pr. § 1 D. h. t. Ср. § 154 прим. 5, также § 10 прим. 4. Бурарди über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen стр. 46 слѣд., ср. Висъ die Haftung für fremde Culpa стр. 111 слѣд.; уклоняется Уббелоде Zeitschr. f. Handelsr. VII стр. 285 слѣд.

[7] Т. е. внести въ общее имущество (communicare), l. 67 pr. D. h. t.

[8] L. 52 pr. l. 67 pr. l. 74 D. h. t. Ср. l. 52 § 5 D. h. t. Зейфф. Arch. VI. 194.

[9] L. 38 § 1 D. h. t., l. 1 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 60 pr. D. h. t.; ср. l. 63 § 9 D. h. h. t. Сюда относится въ особенности и польза, извлекаемая товарищемъ отъ того, что онъ товарищескія деньги или деньги, которыя онъ долженъ выдать товариществу употребляетъ въ собственную пользу, l. 1 § 1 cit. («si aut usuea pecunia non sit, aut moram non fecerit»; начало этого мѣста выражено неудобно, р. Синтенисъ прим. 21, но и Моммзенъ Beiträge III стр. 238—239). Съ другой стороны онъ не обязанъ выдать проценты, полученные имъ отъ сказанныхъ денегъ чрезъ дачу въ заемъ (§ 80 прим. 20), такъ какъ онъ несетъ рискъ займа. Но если онъ противозаконно завладѣлъ товарищескими деньгами, то онъ платитъ проценты за mora exre (§ 31 прим. 2), l. 1 § 1 cit. («quodpecuniam communem invaserit»). Равнымъ образомъ платитъ онъ проценты въ видѣ вознагражденія убытковъ, если онъ былъ обязанъ къ отдачѣ денегъ на проценты въ пользу товарищества. Торг. уст. ст. 95.

[10] L. 38 § 1 l. 52 § 10. 12. 15 l. 67 pr. D. h. t., l. 2. C. h t. Съ процентами, такъ какъ въ противномъ случаѣ онъ не имѣлъ бы полнаго вознагражденія: l. 67 § 2 D. h. t. Зейфф. Arch. IX. 30.—HGB. ст. 93.

[11] L. 52 § 4 l. 60 § 1 l. 61 D. h. t. По случаю; иначе при порученіи, l. 26 § 6. D. mand. 17. 1.

[12] L. 27 l. 73 l. 81 D. h. t., l. 39 § 3 D. fam. erc. 20. 2; l. 52 § 18 l. 59 D. h. t. Условные и срочные дѣла: l. 27. 28 D. h. t. (I § 89. 96).

[13] § 1 J. h. t., l. 29 pr. D. h. t. Правда, неодно ратно утверждали, что подъ

предѣленію доходовъ отъ общаго имущества, т. е. текущей прибыли, такъ и къ распредѣленію самаго товарищескаго имущества по закрытіи товарищества и оказавшейся при этомъ прибыли [14].

5. Товарищи пользуются въ отношеніи другъ друга beneficium'омъ competentiae [15]. Убытокъ, происшедшій отъ несостоятельности одного товарища распредѣляется между остальными [16].

b. *Внѣшнія, къ третьимъ лицамъ* *.

§ 160. Товарищество, не представляетъ [1] отдѣльнаго отъ членовъ субъекта ни относительно ихъ самихъ, ни по отношенію къ третьимъ лицамъ [1a]; и для этихъ послѣднихъ существуютъ обязанности и права не товарищества, а членовъ [2]. Это въ особен-

---

«aequae, aequales partes» въ этихъ мѣстахъ разумѣются *пропорціально* одинаковыя части, но толкованіе это явно произвольно. Ср. Вангеровъ § 655 прим. и поименованныхъ тамъ писателей. Зейфф. Arch. VII. 175. Источники находятъ конечно вполнѣ справедливымъ, чтобы доля въ товарищеской прибыли опредѣлялась по размѣру взносовъ, l. 6 l. 76=80 D. 6. t.; но изъ приведенныхъ мѣстъ необходимо заключить, что въ неопредѣленіи товарищескихъ долей они не видатъ соглашенія считать неравныя части въ дѣйствительности равными, такъ какъ при этомъ принимается въ соображеніе и личность товарищей (l. 80 i. f. D. h. t.), не находя въ этомъ и отказа товарища, сдѣлавшаго большій взносъ. HGB. ст. 109. Прибыль или убытокъ распредѣляются, при отсутствіи другаго условія, между товарищами поголовно. Ср. ст. 268 (106).

[14] По прекращеніи товарищества, направленнаго исключительно на установленіе общности отдѣльныхъ имущественныхъ предметовъ, имѣющееся имущество распредѣляется соразмѣрно участію товарищей, безъ всякаго отношенія къ величинѣ внесенныхъ каждымъ изъ нихъ вкладовъ. Напротивъ при товариществѣ, направленномъ на достиженіе прибыли, лишь существующая прибыль распредѣляется соразмѣрно участію товарищей въ прибыляхъ, а не и имѣющееся имущество. Но прибыль есть излишекъ противъ сдѣланныхъ взносовъ, поэтому каждый товарищъ получаетъ прежде свой вкладъ, а не часть онаго, соотвѣтствующую его долѣ въ прибыляхъ. Ср. объ этомъ Вангеровъ § 651 прим. 2 nr. 2. Зейфф. Arch. VII. 175 —Можно ли, по прекращеніи товарищества, требовать, на основаніи товарищескаго договора, и реальнаго отдѣленія общаго имущества? Безъ сомнѣнія, хотя у римлянъ при actio pro socio судья не имѣлъ права adjudicatio. L. 43 D. h. t., l. 1 D. comm. div. 10. 3.

[15] См. § 20 num. 6.

[16] L. 63 § 5 l. 67 pr. D. h. t.

* Вангеровъ § 653 прим., Синтенисъ стр. 707—710, Трейтшке § 54 слѣд., Толь Handelsr. I § 37 30.

[1] См § 159 прим. I. § 160.

[1a] Не говоря и здѣсь объ акціонерномъ товариществѣ. — О римской societas publicanorum см. I § 57 прим. 2a.

[2] Это относится въ принципѣ и къ новѣйшему торговому товариществу, хотя въ немъ нельзя не замѣтить склонности къ образованію самостоятельнаго юридическаго субъекта. HGB. ст. III (ср. Зейфф. Arch. XIII. 57). 113 119—122. Въ дѣйствительности, до и послѣ изданія торговаго устава, неоднократно отстаивали юридическую личность торговаго товарищества. См. въ особенности Гелпке въ его Zeitschr. f. Handelsr. вып. 2, по 1, Ладенбургъ Zeitschr. f. Handelsr. I стр. 136—141 и Arch. f. Wechselr. X стр. 227 слѣд., Ронда тамъ же XV стр. 25 слѣд., Сальковскій въ указ. м. § 7, кромѣ того цитаты у Теля § 39 прим. 19. Попытки связать право торговаго товарищества съ римскимъ ученіемъ о пекуліумѣ или основывать на этомъ ученіи:

ности важно касательно обязательствъ. По обязательствамъ, возникшимъ изъ товарищескихъ дѣлъ, отвѣчаетъ не товарищество, а товарищи, отдѣльно или совокупно всѣмъ своимъ имуществомъ, какъ и по другимъ обязательствамъ. Они не могутъ ограничить кредиторовъ имуществомъ товарищества [3], хотя могутъ, конечно, требовать обращенія сперва взысканія на товарищеское имущество [4]. Вопросъ о томъ, возникаютъ ли непосредственно [5] и для товарищей права и обязанности изъ сдѣлокъ, заключенныхъ однимъ изъ нихъ по товарищескимъ дѣламъ, разрѣшается по общимъ началамъ, въ силу которыхъ подобное непосредственное пріобрѣтеніе правъ и обязанностей имѣетъ мѣсто, если товарищъ дѣйствовалъ въ качествѣ уполномоченнаго представителя отъ остальныхъ [6]. При этомъ послѣдніе отвѣчаютъ за основанныя такимъ путемъ обязательства совокупно, въ качествѣ корреальныхъ должниковъ [7]. Если товарищъ не имѣлъ права представительства,

---

Дитцель Zeitschr. f. Handelsr. II стр. 1 слѣд., Резлеръ тамъ же IV стр. 300 слѣд., Беккеръ тамъ же стр. 537 (ср. § 240 прим. 20). Своеобразное воззрѣніе у Кунтце Zeitschr. f. Handelsr. VI стр. 208 слѣд., который находитъ движущій принципъ торговаго товарищества въ нѣмецко-правовой идеѣ der gesammten Hand.

[3] Такъ смотрятъ HGB. ст. 112. ст. 85 Abs. 1.—Исключеніе встрѣчается при командитномъ товариществѣ, относящемся исключительно къ новѣйшему праву (торг. уст. различаетъ между командитнымъ товариществомъ и на вѣрѣ). Въ этомъ товариществѣ негласный товарищъ или командитистъ отвѣчаетъ лишь своимъ вкладомъ, но онъ во внѣшнихъ отношеніяхъ товарищества не выступаетъ даже въ качествѣ члена, такъ что кредиторы имѣютъ право иска лишь противъ полнаго товарища, завѣдывающаго дѣлами (по HGB. послѣднее имѣетъ примѣненіе только къ товариществу на вѣрѣ). Тель Handelsr. I § 40—43a. HGB. ст. 150—172. 250—265.

[4] L. 65 § 14 D. h. t. Мѣсто это трактуетъ, правда, о случаѣ, въ которомъ кредиторъ есть товарищъ и съ своей стороны; но нѣтъ основанія ограничить содержащееся въ немъ право этимъ случаемъ.—HGB. ст. 122.

[5] Непосредственно, безъ особенной юридической сдѣлки между товарищами.

[6] Ср. Зейфф. Arch. XII. 60. Въ торговыхъ товариществахъ право представительства принадлежитъ тому, кто вправѣ подписывать фирму товарищества. Право такое, въ случаѣ сомнѣнія, принадлежитъ каждому изъ товарищей, въ силу безмолвнаго представленія сего. Тель къ § 38 пр. 3. Зейфф Arch. II. 179, III. 195. 197. 360, IV. 115, XI. 287, XII. 270; ср. II. 287. 288, X. 46. (HGB. ст. 114—116). При другихъ товариществахъ члены, въ этомъ только качествѣ, не имѣютъ права представительства. Зейфф. Arch. XII. 270.

[7] Въ полномочіи, даваемомъ товарищу, заключается отнесеніе товарищами на свой счетъ сдѣлокъ, заключаемыхъ имъ съ третьими лицами, и такое отнесеніе обязываетъ солидарно всѣхъ, отъ которыхъ полномочіе исходитъ; единство же обязательства, дѣлающее многихъ отвѣтственныхъ лицъ корреальными должниками, основывается на единство основанія обязательства. См. § 238 прим 16. 16a. При этомъ безразлично, вступалъ ли товарищъ въ сдѣлку въ качествѣ институтора (§ 238) или отъ имени остальныхъ товарищей. Ср. Тель Handelsr. I стр. 212. 221, Гензель Arch. f. prakt. RW. N. F. I. стр. 177 слѣд., а также рѣшеніе фиснебургскаго об. аппел. суда Arch. XX. 127. Впрочемъ товарищъ пользуется, въ силу сказаннаго въ § 46 прим. 8, льготой раздѣленія долга между всѣми товарищами (beneficium divisionis). Согласенъ съ этимъ Спитенисъ прим. 98, др. мн. Вангеровъ въ указ. м. пр. II. 2. a, Тель въ указ. м.

прочіе товарищи отвѣчаютъ въ той мѣрѣ, въ какой товарищество обогатилось сдѣлкой [8], и лишь за свою часть [9]. Вновь вступающіе члены несутъ отвѣтственность за прежнія обязательства товарищества, только если они приняли на себя таковую [10].

Начала, изложенныя въ этомъ параграфѣ о сущности товарищескихъ отношеній къ третьимъ лицамъ заслуживаютъ особеннаго вниманія нашихъ практиковъ. И наша практика, и наше законодательство не достаточно различаютъ отношеній, порождаемыхъ товарищескимъ договоромъ отъ таковыхъ же, возникающихъ изъ товарищества, какъ корпораціи, какъ юридическаго лица.

Между тѣмъ отношенія эти, какъ относительно самихъ товарищей, такъ и третьихъ лицъ, существенно различны. Съ учрежденіемъ *товарищества* возникаетъ новое юридическое *) лицо; тогда какъ съ заключеніемъ товарищескаго договора не всегда возникаетъ юридическое лицо. Для этого послѣдняго требуется признаніе со стороны общественной власти или, по крайней мѣрѣ, публичное оповѣщеніе, тогда какъ для товарищескаго договора требуется только согласіе контрагентовъ, нотаріальнымъ порядкомъ удостовѣренное.

Послѣдствія этого различія достаточно разъяснены въ текстѣ.

А. Д.

3. Прекращеніе.

§ 161. Товарищество прекращается истеченіемъ срока [1] и наступленіемъ резолютивнаго условія [1a], подъ которымъ оно составлено было; достиженіемъ [2] цѣли, или когда цѣль эта сдѣлалась невозможной [3]; соглашеніемъ. Кромѣ того оно прекращается также

стр. 212, см. также Гельцшуеръ III § 306 nr. 1. I. A., Зейфф. Arch. III, 360, XII. 13.—Если всѣ товарищи принимаютъ обязательство совокупно отъ своего имени, то каждый отвѣчаетъ лишь за свою товарищескую долю. L. 11 § 2 D. de aed. reis 45. 2, l. 44 § 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 4 D. de exeve. act. 14. 1. Вангеровъ въ указ. м. nr. 1, Спитеннсъ прим. 91, Тель § 37 въ концѣ. См. впрочемъ и замѣчанія Гензеля въ указ. м. стр. 208 слѣд.

[8] L. 82 D. h. t. Вангеровъ въ указ. м. II. 2. b. c, Спитеннсъ въ указ. м. nr. 2 и прим. 92, Тель § 37 прим. 18. 19. По послѣднему товарищъ отвѣчаетъ и тогда, когда сдѣлка не заключена для товарищества. Ср. объ этомъ и противъ этого § 293 прим. 5.

[9] L. 10 § 4 l. 13 D. de in rem verso 15. 3.

[10] Каковое принятіе можетъ послѣдовать и чрезъ публичное оглашеніе. Зейфф. Arch II. 178. Далѣе идетъ HGB. ст. 113. Ср. Тель Handelsr. § 39. IV. nr. 4.

*) Но не всегда *экономическое*. Это послѣднее только тогда, когда дѣятельность общества имѣетъ цѣлью *не* интересы самихъ членовъ; напримѣръ: миссіонерское общество, общество для поданія помощи при кораблекрушеніяхъ и подобн., гдѣ общества преслѣдуютъ не *экономическіе* интересы самихъ членовъ. А. Д.

[1] L. 1. pr. D. h. t. §161.

[2] L. 65 § 10 D. h. t. § 6 I. h. t.

[3] L. 63 § 10 D. h. t.

одностороннимъ отказомъ или смертью товарища, равно и потерей товарищемъ всего своего имущества.

1. Односторонній отказъ [4]. -Отказъ не долженъ послѣдовать несвоевременно, т. е. съ вредомъ для интересовъ товарищества, иначе отказывающійся отвѣчаетъ за вознагражденіе убытковъ [5]. Равнымъ образомъ отказъ не долженъ послѣдовать съ злоумышленной цѣлью, т. е. въ намѣреніи извлечь для одного себя прибыль, которая въ противномъ случаѣ досталась бы товариществу. Въ этомъ случаѣ отказавшійся членъ отвѣчаетъ не только за неполученную прибыль, но и за убытокъ, если товарищество понесетъ при этомъ таковой [6]. Если товарищество заключено на опредѣленное время, то отказъ, до истеченія срока, допускается лишь по основательнымъ причинамъ [7]; безъ сего отъ усмотрѣнія другаго товарища зависитъ считать товарищество существующимъ или закрытымъ [7a]. Равнымъ образомъ отъ усмотрѣнія его зависитъ опредѣлить и самый пунктъ времени, съ котораго товарищество должно считаться закрытымъ, если заявленіе объ отказѣ дошло до него позднѣе [8].

2. Смерть товарища [9]. Товарищество не переходитъ къ наслѣдникамъ умершаго [10], даже тогда, когда это положительно условлено [11]. Но наслѣдникъ обязанъ пещись о начатыхъ наслѣдодателемъ дѣлахъ, при чемъ онъ отвѣчаетъ лишь за злой умыселъ и грубую небрежность [12]. Сдѣлки, заключенныя товарищемъ для то-

---

[4] L. 4 § 1 l. 63 § 10 D. h. t., l. 5 C. comm. div. 3. 37, § 6 J. h. t. Трейтшке § 67—69. Зейфф. Arch. XX. 44.

[5] L. 14 l. 17 § 2 l. 65 § 5 D. h. t.—HGB. ст. 124 требуетъ шестимѣсячнаго предвареніа.

[6] L. 65 l. 3. 4 D. h. t., § 4 J. h. t.

[7] L. 14 l. 15 l. 16 pr. l. 65 § 6 D. h. t. Вопросъ о томъ, имѣется ли уважительная причина, разрѣшаются въ каждомъ данномъ случаѣ судьей. Ср. Кирульфъ Entscheid любекскаго об. апп. суда 1866. nr. 42. HGB ст. 125.—Дѣйствителенъ ли товарищескій договоръ, заключенный на всю жизнь? Конечно, l. 1. pr. D. h. t; этому не противорѣчитъ l. 70 eod. Др. мн. Трейтшке § 67; Сантенисъ прим. 108; Зейфф. Arch. XVI. 45.

[7a] L. 65 § 6 D. h. t.

[8] Должно ли считаться товарищество закрытымъ со времени отказа, или съ того времени, когда къ нему дошло заключеніе объ отказѣ. L. 17 § 1 l. 65 § 8 D. h. t.

[9] § 5 I. h. t.—«quia, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit». L. 60 pr. i. f. l. 63 § 10 l. 65 § 9 D. h. t. По римскому праву capitis deminutio имѣла такое же значеніе, какъ и смерть, l. 4 § 1 l. 63 § 10 D. h. t., Gai. III. 153.

[10] L. 63 § 8 l. 65 § 11 D. h. t., l. 6 § D. de his qui not 3. 2.

[11] L. 35 l. 52 § 9 l. 59 pr. D. h. t. Не перемѣнилось ли это вслѣдствіе l. un. C. ut. act. et ab her. 4. 11 (§ 69 прим. 8)? Мнѣ кажется неосновательнымъ приписывать включеніе означенныхъ пандектныхъ мѣстъ простому недосмотру компилятеровъ. Др. мн. Дитцель Zeitschr. f. Civ. u Pr. N. F. XIII. стр. 435. 436; см. также Трейтшке стр. 196. 197, Гольцштуеръ III § 307 nr. 2.—Иначе HGB. ст. 123 nr. 2.

[12] L. 40 l. 35 D. h. t. (ср. къ послѣднему мѣсту l. 68 pr. D. de contr emt.

варищества, до полученія имъ свѣдѣнія о смерти члена, считаются сдѣлками товарищескими [13].

3. Потеря всего имущества [14]. Она можетъ послѣдовать вслѣдствіе контракта, конфискація [15] или инымъ образомъ [16].

При всѣхъ случаяхъ прекращенія товарищества оно считается существующимъ относительно пріобрѣтеній и потерь, которыя, послѣ его прекращенія, вызываются прежде начатыми товарищескими дѣйствіями [17].

Если по выходѣ члена остальные соглашаются остаться, то этимъ обосновывается новое товарищество, которое не составляетъ продолженія прежняго [18]. Такое пребываніе въ товариществѣ, не смотря на выходъ члена, можетъ быть обусловлено и ранѣе [19].

F. Порученіе *.

1. Понятіе и заключеніе.

§ 162. Дачей и принятіемъ порученія [1] заключается договоръ [2], который порождаетъ обязанности для обоихъ контрагентовъ (§ 163). Дѣятельность, на которую направлено порученіе, не должна быть недозволенной [3], вообще же она можетъ быть разнородна, юридическаго и фактическаго свойства. Она можетъ быть, далѣе, болѣе или менѣе обширна; самая обширная — это завѣдываніе всѣми дѣлами поручителя [5].

---

18. 1, и вообще I. 1 pr. l. 4 pr. D. de fidei. tut. 27. 7). L. 36 I. 65 § 9 D. h. t. слѣдуетъ понимать о небрежности, допущенной наслѣдодателемъ.

[13] L. 65 § 10 D. h. t.

[14] Трейтшке § 70. 71.

[15] L. 65 § 1. 12. D h. t., § 7. 8 J. h. t. — Можетъ ли товарищъ, передающій свой участокъ конкурсной массѣ, вычесть свои требованія къ товариществу? Трейтшке § 95. 96. HGB. ст. 126. Имѣютъ ли кредиторы товарищества сепараціонное право? Толь стр. 225. «По общему праву нѣтъ партикулярнаго конкурса торговыхъ кредиторовъ». Трейтшке § 100; подробная литература выше § 25 прим. 7. HGB. ст. 122 даетъ кредиторамъ сепаративное право въ случаѣ несостоятельности *товарищества*.

[16] L. 4 § 1 D. h. t. «Dissociamur... egestate.

[17] L. 27. 28 l. 38 l. 63 § 8 l. 65 § 2. 9 D. h. t. Зейфф. Arch. IX. 30. ср. HGB. ст. 130 Abs. 2.

[18] § 8 J. h. t. Ср. 58 § 3 D. h. t. HGB. ст. 128.

[19] L. 65 § 9 D. h. t., § 5 J. h. t.—HGB. ст. 127.

* Inst. 3. 26 de mandato. Dig. 16. 1 Cod. 4. 35 mandati vel contra. — Критцъ Pandektenrecht ч. I т. 1 стр. 1—114. Глюкъ XV. стр. 239—370; Унтергольцнеръ II стр. 585—600; Синтенисъ II § 113, Гольцшуеръ III § 273.

[1] Mandatum. Дающій порученіе называется въ источникахъ mandans или mandator; § 162.
названіе mandatorius для принимающаго порученіе не согласно съ источниками.

[2] L. 1 pr.—§ 2 D. h. t. Безмолвное заключеніе; l. 6 § 2 l. 18 l. 53 D. l. 6 C. h. t. Гольцшуеръ въ указ. м. пг. 1. Зейфф. Arch. VIII. 254, XII. 269.

[3] L. 6 § 3 .. 22 § 6 D. h. t., § 8 I. h. t.

[4] Напр. заключеніе юридической сдѣлки, веденіе процесса.

[5] L. 1 § 1 l. 63 D. de proc. 33, l. 25 § 1 D. de min. 4. 4.—Mandatum incertum: I. 46 D. h. t. Гольцшуеръ въ указ. м. пг. 3.

По своей природѣ порученіе безвозмездно [6]. Однако же съ нимъ совмѣстенъ гонораръ, не только добровольно даваемый, но и обѣщаніе гонорара [7].

Порученіе, порождая между контрагентами права и обязанности, имѣетъ еще и другую сторону. Поколику оно направлено на дѣятельность юридическаго свойства, оно имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что дѣйствіе повѣреннаго имѣетъ по отношенію къ третьимъ лицамъ такую же юридическую силу, какъ бы оно было предпринято самимъ довѣрителемъ; другими словами въ этомъ случаѣ порученіе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и уполномочіе [8]. Впрочемъ, полномочіе можетъ быть даваемо безъ порученія [9].

2. Обязанности.

§ 163. Обязанности изъ договора порученія подлежатъ свободной судейской оцѣнкѣ [1]. Главнѣйшіе пункты суть слѣдующіе.

1. Повѣренный обязанъ [2] точно исполнить принятое имъ порученіе, отвѣчая при этомъ [3] не только за злой умыселъ, но и за всякую небрежность [4]. Если онъ исполненіе порученія передаетъ другому, то слѣдуетъ различать, было ли ему это положительно

---

[6] L. 1 § 4 D. h. t. «Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam originem ex officio atque amicitia trahit: contrarium ergo (l. vero) est officio merces...» § 13 I. h. t.

[7] L. 6 pr. l. 7 D. l. C. h. t.

[8] Нашъ языкъ богаче здѣсь римскаго, который для обоихъ понятій имѣлъ одно лишь выраженіе mandatum.

[9] Ср. l. 42 § 2 D. de proc. 3. 3. «Ea obligatio, quae inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati; sicut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine iudicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati, sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit, cum fideiussor reum procuratorem dedit».

§ 163. [1] Actio mandati есть actio bonae fidei, § 28 I. de act. 4. 6, l. 2 § 3 l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, l. 10 § 3 D. h. t.

[2] Actio mandati directa.

[3] Исполнялъ ли онъ порученіе дурно, или даже вовсе не исполнилъ. L. 5. 11 C. h. t., I. 5 § 1 l. 8 § 4. 10 l. 22 § 11 l. 27 § 2 D. h. t.

[4] L. 23 D. de R. I. 50 17, l. 11. 13. 21 C. h. t., l. 8 § 10 l. 10 § 1 l. 22 § 11 D. h. t. Отвѣтственность уполномоченнаго за небрежность, хотя бы онъ отъ сдѣлки не имѣлъ пользы, объясняется тѣмъ, что въ обѣщаніи исполнить что либо за другаго заключается обѣщаніе быть старательнымъ (на что указываетъ нѣмецкое слово: besorgen). Ср. объ этомъ пунктѣ Гассе Culpa § 94, Бетманъ—Гольвегъ тамъ же стр. 569, ф. d, Пфордтенъ Abhandlunger стр. 315, Гушке Zeitschr. f. Civ. ui. Pr. N. F. стр. 115 слѣд. Уббелоде Zeitschr. f. Handelsr. VII. стр. 225 слѣд., Йерингъ Arch. f. prakt. RW. N. F. IV. стр. 248 слѣд. Schuldmoment стр. 52. Относительно Collat. X. 2 § 1—3 (ср. l. 8 § 10 init. l. 10 pr. D. h. t.) см. Гассе въ указ. м. § 94, Гушке въ указ. м. стр. 113 слѣд.—Ср. и § 158 прим. 4.—Значеніе данной уполномоченному инструкціи: Зейфф. Arch. II. 40. 41.—Обязанность доказывать: Крульфъ Entscheid. любекскаго об. ап. суда 1865 стр. 455; ср. § 184 прим. 5 въ концѣ, § 193 прим. 7.

или по смыслу договора дозволено, или нѣтъ [5]. Въ послѣднемъ случаѣ онъ безусловно [5a] отвѣчаетъ за ошибки своего замѣстителя, въ первомъ тогда только, когда онъ зналъ или долженъ былъ знать его негодность [6]. Повѣренный обязанъ, по прекращеніи порученія, выдать то, что ему дано было для цѣли исполненія онаго, по скольку онъ не все потребилъ согласно порученію. Равнымъ образомъ онъ обязанъ выдать полученное имъ въ свои руки на основаніи исполненія порученія [7].

Вмѣстѣ съ полученнымъ онъ обязанъ возвратить и извлеченные отъ онаго плоды или проценты [8]; если онъ послѣднихъ не извлекетъ, то отъ содержанія порученія зависитъ, обязанъ ли онъ былъ это сдѣлать, или нѣтъ [9]. Во всякомъ случаѣ платитъ онъ проценты за деньги, которыя онъ употребилъ въ свою пользу [10].

Довѣритель обязанъ [11] возмѣстить повѣренному расходы [12] по исполненію принятаго порученія [13] [14], и при томъ въ предѣлахъ

---

[5] Унтергольцнеръ стр. 595 и Синтенисъ стр. 577 учатъ, что первое должно принимать въ видѣ общаго правила. Но оно не вытекаетъ ни изъ § 11 I. h. t., ни изъ l. 8 § 3 D. h. t., на которыя ссылаются эти писатели.

[5a] Ср. l. 2 § 1 D. si mensor 11. 6.

[6] Лишь за такъ назыв. culpa in eligendo: Ср. § 154 прим. 5 и цитированное тамъ сочиненіе Бурхарди стр. 42. 113, а также трактаты Уббелоде Arch. стр. 241—242. Zeitschr. стр. 247, ф. Вись die Haftung für fremde Culpa стр. 91—92. Зейфф. Arch. III 46, XVIII. 240. Но во всякомъ случаѣ уполномоченный долженъ уступить давшему порученіе свои иски къ замѣстителю, l. 8 § 3 D. h. t., ср. l. 21 § 3. D. de neg. gest. 3. 5.

[7] Вообще: l. 20 pr. D. h. t. («Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet»), l. 8 § 9 cod. Въ частности: l. 8 pr. § 10 l. 10 § 6 l. 43 l. 45 pr. D. h. t., l. 40 § 4 D. de proc. 3. 3, l. 49 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 9 pr. D. de edendo 2. 13. Зейфф. Arch. V. 12, IX. 153, X. 45, XI. 150, XXII. 40).— Возвращеніе акта полномочія? Зейфф. Arch XIX. 40.

[8] L. 10 § 2. 3. 8. 9 D. h. t. Но онъ по общимъ правиламъ (§ 80), не обязанъ выдавать полученныхъ процентовъ тогда, когда заемъ сдѣланъ на его рискъ, l. 10 § 8. i. f. D. h. t. При этомъ слѣдуетъ, конечно, имѣть въ виду и то, не обязанъ ли онъ былъ извлечь проценты. Въ этомъ случаѣ онъ, правда, платитъ не полученные проценты, а вознагражденіе за невыдачу имъ процентовъ.

[9] L. 13 § 1 D. de usur. 22. 1. Ср Зейфф. Arch. XVII. 33.

[10] L. 10 § 3 D. h. t. Онъ платитъ обычные въ данной мѣстности проценты; (l. 10 § 3 D. h. t., ср. § 12 прим. 5), самые же высокіе дозволенные проценты онъ по принципу l. 38 D. de neg gest. 3. 5 (§ 12 прим. 3), платитъ тогда, когда деньги употребленные имъ въ свою пользу, онъ долженъ былъ не выдать довѣрителю, а завѣдывать ими въ его интересѣ.

[11] Actio mandati contraria.

[12] Будутъ ли они заключаться въ положительныхъ издержкахъ, или принятіи на себя обязательствъ, или въ лишеніи прибыли, или въ употребленіи вещей, или въ другомъ обезцѣненіи имущественныхъ предметовъ.

[13] Съ процентами, если принявшій порученіе далъ собственныя деньги, l. 12 § 9 D. l. 1 C. h. t. Зейфф. Arch. III. 50, VI. 35, VIII. 46. При извѣстныхъ обстоятельствахъ онъ можетъ требовать и аванса, l. 12 § 18 D. h. t. Кто принялъ порученіе произвести платежъ, тотъ можетъ требовать возмѣщенія уже тогда, когда онъ былъ присужденъ къ

договора [15], если этимъ расходамъ поставлены извѣстные предѣлы; при отсутствіи же условія объ этомъ — тѣ расходы, которые были необходимы или должны были казаться повѣренному необходимыми по его добросовѣстному усмотрѣнію [16]. Многіе довѣрители отвѣчаютъ при этомъ солидарно [17]. Вредъ же, понесенный повѣреннымъ по случаю лишь исполненія порученія, возмѣщается ему тогда только, когда въ этомъ виновенъ довѣритель [18]. Послѣдній обязанъ, далѣе, заплатить повѣренному условленный или безмолвно подразумѣваемый гонораръ [19].

3. Прекращеніе.

§ 164. Порученіе достигаетъ своего естественнаго конца исполненіемъ, истеченіемъ времени и наступленіемъ резолютивнаго условія, подъ которымъ оно дано, соглашеніемъ сторонъ. Кромѣ того оно прекращается также отказомъ или смертью одной изъ сторонъ.

1. Отказъ. Ни довѣритель, ни повѣренный не связаны порученіемъ далѣе, чѣмъ они хотятъ: первый можетъ взять назадъ порученіе, а второй отказаться отъ него [1]. Но довѣритель, не смотря на отмѣну порученія, продолжаетъ нести отвѣтственность за тѣ дѣйствія повѣреннаго, которыя совершены имъ до полученія свѣдѣнія объ отмѣнѣ [2]; равнымъ образомъ повѣренный не можетъ отказаться отъ порученія въ такое время, когда довѣритель не имѣетъ болѣе возможности инымъ образомъ устроить порученное дѣло, развѣ бы повѣренный имѣлъ уважительное основаніе къ отказу [3].

платежу, l. 45 § 4 D. h. t., l. 38 § 1 D. l. 6. 10 D. h. t. Срав. Тель Handelsr. I § 116. II.

[14] Въ исполненіи порученія: порученіе было прямо направлено на производство какого нибудь расхода, напр. на покупку вещи на деньги уполномоченнаго или на принятіе имъ поручительства; l. 13 § 1 l. 10 § 11 l. 45 D. h. t., также l. 16 eod. Ср. Зейфф. Arch. XIV. 231. Интересное усложненіе этого случая у Кирульфа Entscheid. любекскаго об. апп. суда 1566 nr. 56. При исполненіи порученія: издержано что нибудь для приведенія порученія въ исполненіе, l. 10 § 9 D. l. 20 § 1. C. h. t.

[15] L. 3 § 2 l. 4 l 22 pr. l. 33 D. h. t., § 8 l. h. t.

[16] L. 27 § 4 D. h. t. («impendia bona fide facta»), l. 56 § 4 eod. («sumtus bona fide necessario factos»), l. 4 C. h. t. («sumtus quos probabili ratione feceras»).

[17] См. 51 прим. 16.

[18] L. 26 § 6. 7 D. h. t., l. 61 § 5 D. de furt. 47. 2. О послѣднемъ мѣстѣ сравни Гассе Culpa стр. 403, Моммзенъ Beiträge I стр. 369 прим. 16, Дернбургъ Pfandrecht I. стр. 163.

[19] Ср. § 157 прим. 7. Римское право давало по предмету гонорара extraordinaria cognitio (l. 7 D. l. 1 C. h. t.), что въ настоящее время не имѣетъ болѣе значенія.

§ 164. [1] L. 12 § 16 l. 22 § 11 D. h. t. Гестердингъ Irrthümer etc. стр. 208 слѣд. Zeitschr. f. Civilr. u Pr. XVII. Безмолвное уничтоженіе: Зейфф. Arch. X. 158. Ср. и Зейфф Arch. III. 46.

[2] L. 15 D. h. t., § 9 l h. t.

[3] D. 22 § 11 l. 23—25 l. 27 § 2 2. D. h. t

2. Смерть. Порученіе не переходитъ къ наслѣдникамъ ни довѣрителя, ни повѣреннаго [4]. Впрочемъ можно условиться о противномъ [5]. Независимо отъ сего наслѣдникъ повѣреннаго обязанъ пещись о начатыхъ послѣднимъ дѣлахъ [6], а наслѣдникъ довѣрителя—возмѣстить повѣренному расходы, сдѣланные имъ въ безвинномъ невѣдѣніи о смерти довѣрителя [7].

Въ какомъ бы видѣ порученіе ни прекратилось, оно продолжаетъ дѣйствовать относительно пріобрѣтеній и потерь, которыя, послѣ превращенія порученія, вызываются прежде начатыми по оному дѣйствіями [8].

4. Особенные виды порученія.

1. Порученіе получить отъ третьяго лица имущественное исполненіе [1]. Порученіе доставить третьему лицу имущественное исполненіе [2]. Одно порученіе можетъ существовать безъ другаго;

---

[4] L. 27 § 3 l 57 D. h. t., l. 15 C. h. t., § 10 I. h. t. Гестердингъ Irrthümer etc. стр. 208 слѣд. Если въ поименованныхъ мѣстахъ сказано, что порученіе прекращается лишь «re integra», «integro mandato», то этимъ выражается ничто иное какъ, что не прекращаются возникшія уже изъ порученія обязательства. Ср. впрочемъ Синтенисъ прим 71 — Иначе HGB. ст. 297. «Предложеніе, порученіе или полномочіе, исшедшія отъ купца по торговому промыслу, не прекращаются его смертью, по скольку изъ его заявленія или изъ обстоятельствъ не явствуетъ противоположная воля».

[5] L. 12 § 17 l. 13 D. h. t. Но это мѣсто говоритъ лишь о порученіи, которое должно быть приведено въ исполненіе послѣ смерти давшаго таковое; вправѣ ли мы на основаніи онаго принимать, что порученіе можетъ быть дѣлаемо обязательнымъ и для наслѣдниковъ *уполномоченнаго?* Разрѣшеніе этого вопроса зависитъ отъ того, слѣдуетъ ли, на основаніи l. un. C. ut. act. et ab her. 4. 11, принимать интерполяцію, или нѣтъ. Это не несомнительно; но первое кажется мнѣ болѣе вѣроятнымъ вслѣдствіе Gai. III. 158 и l. 108 D. de solut. 46. 3 (предложенная Куяціемъ поправка. (Вангеровъ § 662 въ концѣ) есть все таки не болѣе какъ поправка, которая не вноситъ въ это мѣсто никакой связи). Можно оставить въ сторонѣ вопросъ о томъ, какъ значительна вставка. L. 27 § 1 D. h. t. не говоритъ о мандатѣ, а о передачѣ собственности подъ извѣстною обязанностью. Ср. Циммернъ Arch. f. civ. Pr. IV. 19, Мюленбрухъ Fortsetzung von Glück XLIII стр. 396—399, Детцель Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F XIII. 13; также Гольцшуеръ III § 273 nr. 10.

[6] Arg. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l, 40 D. pro soc. 17. 2.

[7] D. 26 pr. § 1 l. 58 pr. D. h. t., § 10 J. h. t., I. 19 § 1 D. de don. 39. 5.

[8] D. 14 pr. D. h. t., Gai. III. 117.

[1] Такъ напр. отъ должника дающаго порученіе (напр. l. 12 § 16 l. 17 D. l. 11 C. h. t., l. 5 C. de novat. 8. 42); но также отъ того лица, которое хочетъ сдѣлать послѣднему даръ (l. 12 D. si quid in fr. petr. 38. 5) или заемъ, или дать что нибудь по другому основанію. Ср. прим. 9. — Имущественное удовлетвореніе, которое должно быть получено отъ третьяго лица, можетъ быть самаго разнороднаго содержанія. Важнѣйшими случаями представляются тѣ, гдѣ оно имѣетъ своимъ содержаніемъ доставленіе собственности или обѣщаніе, а изъ этихъ случаевъ важнѣйшій, — когда оно имѣетъ своимъ предметомъ наличныя деньги. О порученіи получить обѣщаніе трактуютъ напр. l. 10 § 6 l. 59 pr. D. h. t. Ср. Тель Handelsr. I § 119 («das Eincassirungsmandat»), § 132 (порученіе получить обѣщаніе).

[2] Такъ въ особенности кредитору дающаго порученіе (напр. l. 12 § 5 l. 45 § 4 D. h. t.); но также тому, кому послѣдній хочетъ дарить (напр. l. 19 § 3 i. f. D. de don.

но можно также поручить кому нибудь получить имущественное удовлетвореніе отъ третьяго лица, а послѣднему выдать первому такое удовлетвореніе [3]. Особеннымъ случаемъ представляется тотъ, когда порученіе сдѣлать имущественное удовлетвореніе вручается, для передачи, тому, который таковое имѣетъ получить. Сюда относится приказъ (Amocilung) современнаго права [4]. Въ частности обращаютъ здѣсь на себя вниманіе слѣдующіе пункты.

a. Порученіе получить имущественное удовлетвореніе можетъ быть даваемо и на тотъ конецъ, чтобъ косвеннымъ путемъ доставить принявшему порученіе то, что довѣритель съ своей стороны хочетъ ему дать [5]. Равнымъ образомъ, порученіе осуществить имущественное удовлетвореніе, можетъ быть даваемо въ томъ намѣреніи, чтобъ этимъ доставить порученіе давцу косвеннымъ путемъ то, что принявшій порученіе съ своей стороны хотѣлъ ему дать [6]. Въ первомъ случаѣ изъ дѣйствія порученія устраняется обязанность уполномоченнаго къ выдачѣ полученнаго имъ на основаніи порученія; во второмъ — обязанность порученіе давца къ возмѣщенію понесенныхъ по случаю порученія расходовъ. Вообще въ этихъ случаяхъ порученіе, какъ таковое, отступаетъ на задній планъ [7], и на первый вступаетъ выданное порученіедавцемъ уполномоченному, или послѣднимъ первому имущественное удовлетвореніе; порученіе есть средство для косвеннаго осуществленія имущественнаго удовлетворенія [8]. Впрочемъ, можно косвенно доста-

---

39. 5) или дать взаймы (напр. l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1), или оказать услугу по какому либо другому основанію. Ср. прим. 9.—Что сказано въ предыдущемъ примѣчаніи о возможномъ содержаніи имущественнаго удовлетворенія, то относится и сюда. Порученіе освободить другое лицо отъ долга. l. 36. 38 D. de I. D. 23. 3.—Тель Handelsr I § 114—118 («Zahlundsmandat»). § 128—132 («Delegation»).

[3] Порученіе получить удовлетвореніе имѣетъ смыслъ тогда, когда дающій порученіе имѣетъ основаніе принимать, что третье лицо даетъ таковое по его приказу. Точно также порученіе выдать удовлетвореніе третьему лицу имѣетъ основаніе принимать, что третье лицо не отвергнетъ таковаго. Такое основаніе въ томъ и другомъ случаѣ онъ имѣетъ тогда, когда третье лицо, которому дано порученіе дать или получить, принялъ оное.

[4] См. ниже lit. b.

[5] Получи платежъ, вмѣсто меня, отъ такого то. Получи 100, которые я тебѣ долженъ, отъ такого-то. Получи обѣщаніе, вмѣсто меня, отъ такого-то. Получи обѣщаніе отъ такого-то, вмѣсто платежа отъ меня.

[6] Уплати, вмѣсто меня, такому-то. Уплати такому-то 100, которые ты мнѣ долженъ. Вмѣсто платежа мнѣ, обѣщай такому-то.

[7] Хотя въ обоихъ случаяхъ не исключается actio mandati directa относительно старательнаго исполненія даннаго порученія (ср. Зейфф. Arch. XIII. 220), но она большею частью устраняется самимъ исполненіемъ.

[8] Уполномоченный получаетъ удовлетвореніе отъ третьяго лица въ качествѣ удовлетворенія давшаго порученіе. Послѣдній принимаетъ сдѣланное уполномоченнымъ третьему лицу удовлетвореніе за удовлетвореніе, сдѣланное имъ самимъ. Это принятіе заключается не въ самомъ порученіи, какъ таковомъ, а сопровождаетъ порученіе. Отношеніе, возникающее отсюда, слѣдующее. Въ первомъ случаѣ говоритъ дающій порученіе: 1) получи удовлетвореніе отъ третьяго лица (порученіе), и 2) это удовле-

вить имущественное удовлетвореніе и безъ дачи порученія получателю или получателемъ, чрезъ простой приказъ [8a] или разрѣщеніе [8b]. Еще болѣе: для оказанія косвеннаго имущественнаго удовлетворенія нѣтъ даже надобности въ уговорѣ между получателемъ и тѣмъ лицомъ, отъ котораго таковое исходитъ; удовлетво-

---

твореніе третьяго пускай имѣетъ значеніе, какъ бы оно дано было мной. Исполненіемъ порученія, въ томъ видѣ, въ какомъ оно дано, уполномоченный подчиняется и этому второму изъявленію воли. Во второмъ случаѣ говоритъ дающій порученіе: 1) давай удовлетвореніе третьему лицу (порученіе), и 2) это удовлетвореніе третьему лицу будетъ имѣть значеніе, какъ бы оно дано было мнѣ. Иниціатива въ изъявленіи сопровождающей порученіе воли исходитъ отъ того, противъ котораго оно должно имѣть свое дѣйствіе.

[8a] Приказъ отличается отъ порученія тѣмъ, что онъ не направленъ на установленіе обязанности къ исполненію; предполагается само собою, что онъ будетъ исполненъ. Римляне употребляютъ для того, что мы теперь называемъ приказомъ, выраженія iussus и delegatio, послѣднее только для приказа о выдачѣ удовлетворенія, первое же и для приказа получить таковое. Ср. § 106 прим. 9 и ниже прим. 9. Но приказъ, какъ таковой, столь же мало, какъ и порученіе, содержитъ въ себѣ волю, чтобъ тотъ, въ чью пользу дается приказъ (Angewiesene), сохранилъ полученное за собой, чтобы данное разсматривалось какъ бы оно дано было приказателю. Мнѣніе сторонъ можетъ заключаться и въ томъ, что полученное должно быть выдано приказателю, чтобы удовлетвореніе было возмѣщено имъ. Въ этомъ случаѣ приказъ есть порученіе, и хотя изъ него не возникаетъ actio mandati directa объ исполненіи, но возникаетъ actio mandati directa о выдачѣ, или наоборотъ actio mandati directa о возмѣщеніи. Выраженіе iussus, если оно относится къ выдачѣ удовлетворенія, имѣетъ, конечно, главнымъ образомъ отношеніе къ случаю, когда удовлетвореніе должно возмѣщаться не iubens'омъ, а быть разсматриваемо какъ бы оно дано было ему (iubetur aliquis alii solvere, promittere, quod mihi solvere, promittere paratus est); о iussus же, относительно полученія удовлетворенія, неоднократно говорится въ источникахъ въ смыслѣ, что полученное имѣетъ быть выдано не iubens'у, а удержано, какъ бы оно было дано имъ (ср. напр. Gai. II. 38, l. 34 pr. D. mand. 17. 1). Но при iussus не необходимо то и другое отношеніе, см. напр. l. 36. 39 D. de J. D. 23. 3, l. 34 pr. D. de nov. 46. 2. Слѣдуетъ даже утверждать, что iussus, какъ таковой, не исключаетъ actio mandati directa о выдачѣ и actio mandati contraria о возмѣщеніи, а обосновываетъ ее. Если судьѣ предлежитъ лишь тотъ фактъ, что по порученію другого получено или дано удовлетвореніе, то онъ не вправѣ принимать, что намѣреніе сторонъ направлено на присвоеніе той или другой сторонѣ полученнаго ею имущества, см. въ особенности и l. 38 D. de I. D. cit. Въ этомъ отношеніи другого мнѣнія ф. Сальпіусъ Novation und Delegation § 9. 10. 11. 58, заслуги котораго вообще важны относительно выясненія имъ противоположности между mandatum и iussus. Противъ ф. Сальпіуса и Витте Krit. VJ. Sch. VIII. Стр. 350 слѣд. — Приказъ теряетъ свою силу, какъ и порученіе, уничтоженіемъ онаго и смертью приказателя. L. 32 l. 38 § 1 l. 138 D. de sol. 46. 3, ср. l 1 § 2 D. quod iussu 15. 4.

[8b] L. 39 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. «Vir uxori cum pecuniam donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur . . ». L. 106 D. de sol. 46. 3. «Aliud est iure stipulationis Titio solvi posse, aliud postea permissu meo id contingere». Если въ другихъ мѣстахъ (напр. l. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7, l. 14 pr. D. de fundo dot. 23. 5, l. 33 § 3 D. de don. 39. 5 l. 15 § 1 D. de statulib. 40. 7) говорится, вмѣсто permissur, о voluntas, то эта voluntas можетъ также быть понимаема въ смыслѣ приказа. Припомнить слѣдуетъ и случай послѣдующаго одобренія, см. напр. l. 12 § 4 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 43.

реніе это можетъ быть достигнуто и тѣмъ путемъ, что третьему лицу, чрезъ которое или въ лицѣ котораго оно имѣетъ быть доставлено, дается прямо порученіе [8c], приказъ или дозволеніе [8d] для осуществленія таковаго. Что касается юридическаго дѣйствія косвеннаго имущественнаго удовлетворенія, что характеръ его опредѣляется той побудительной причиной, которая вызвала оказаніе оной, и которая можетъ быть весьма различна, независимо отъ самаго способа осуществленія [8e] [9]. Отъ побудительной причины зависитъ также недѣйствительность косвенно оказаннаго имущественнаго удовлетворенія или возможность требовать имущества обратно. Эта недѣйствительность или возможность требованія дѣйствуютъ, по общему правилу, лишь между субъектами удовлетворенія [10], не имѣя никакого вліянія на отношеніе между дав-

[8c] Ср. напр. l. 56 D. de sol. 46. 3. «Qui mandat solvi, ipse videtur solvere». См. еще напр. l. 12 § 5 D. si quid in fr. patr. 38. 5, l. 19 § 3 i. f. D. de don. 39. 5 и мн. др.

[8d] Ср. напр. l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 49 D. eod. (прим. 9).

[8e] Вслѣдствіе возможности давать косвенное удовлетвореніе различными способами, не легко отвести ученію о немъ надлежащее мѣсто въ системѣ. Настоящее его мѣсто было бы гдѣ нибудь въ общей части, но я не думаю, чтобъ это послужило интересомъ учебнаго курса. Я поэтому, а также въ виду того, что во многихъ случаяхъ непрямого удовлетворенія встрѣчается порученіе (по крайней мѣрѣ одно — если не двойное, то простое), думаю, трактовать о немъ вообще въ отдѣлѣ о порученіи, въ частности же при отдѣльныхъ возможныхъ мотивахъ имущественнаго отчужденія (ср. напр. § 95 num. 6, § 118 въ концѣ, § 123 прим. 10. 12). Ф. Сальвіусъ Novation und Delegation стр. 61 слѣд. Стр. 472 того мнѣнія, что единственное мѣсто въ системѣ, гдѣ надлежащимъ образомъ можетъ быть помѣщено это ученіе, это — «ученіе о реальныхъ договорахъ въ ихъ общемъ видѣ и примыкающая къ нему теорія кондикцій. Выраженіе «реальные договоры въ ихъ общемъ видѣ» есть ничто иное, какъ другое выраженіе для имущественнаго отчужденія. А развѣ понятіе объ имущественномъ отчужденіи проявляетъ свое дѣйствіе лишь въ ученіи о кондикціяхъ?

[9] Обыкновенный и очень важный мотивъ — это погашеніе долга: l. 56 D. de sol. 46. 3 (прим. 8c). L. 180 D. de R. I. 50. 17. «Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset». Объ этомъ случаѣ безконечно часто говорится въ источникахъ; ср. напр. и l. 12 § 2 D. de sol. 46. 3, l. 12 C. eod. 8. 43, l. 64 D. de sol. 46. 3, l. 33 D. de nov. 46. 2. l. 37 § 4 D. de op. lib. 38. 1. Если въ этомъ случаѣ порученіе направлено на обѣщаніе, то погашеніе долга можетъ послѣдовать и чрезъ новацію (ср. § 95 прим. 15. 38a, § 106 прим. 7). — Другіе возможные мотивы суть: дареніе напр. l. 59 pr. D. mand. 17. 1; l. 77 § 6 D. de leg. 11. 31, l. 19 § 3 D. de don. 39. 5, l. 21 § 1 eod., l. 34 § 7 D. de sol. 46. 3; l. 9 pr D. de cond. c. d. e. n. s. 12. 4, l. 15 § 2 D. de contr. emit. 18. 1, l. 21 pr. de don 39. 5, l. 33 D. de nov. 46. 2; l. 2 § 2 l. 33 § 3 D. de don. 30. 5. Назначеніе приданаго, напр. l. 45 § 1 l. 56 pr. D. J. D. 23. 3, l. 11 § 21 D. de doli exc. 44. 4 l. 19 l. 59 pr. D. de J D. 23 3, l. 14 pr. D. de fundo dotali 22. 5. Доставленіе займа, напр. l. 15. 32 l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1; l. 19 § 3 D. de inst. act. 14. 3, l. 19 § 5 D. ad. SC. Vell. 16, 1; l. 59 pr. D. mand. 17. 2; l. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1. Обязательство доставить эквивалентъ, l. 27 § 2 D. ad SC. Vell. 16. 1. Ср. еще l. 49 D. de sol. 46. 3. «Solutam pecuniam intellegimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si iussu eius alii solvitur, *vel creditori vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat*, absolvi debet». Также l. 65 § 4 D. ad SC. Treb. 36. 1.

[10] Безъ вліянія: l. 12. 13. 19 D. de nov. 46. 2, l. 4 § 20. D. de doli exc.

шимъ удовлетвореніе и получавшимъ оное, или только въ исключительныхъ случаяхъ [11].

b. Въ частности о приказѣ (Anweisung) современнаго права [12]. Приказъ въ современномъ смыслѣ есть приказъ дать, а не получить, и приказъ заплатить, а не обѣщать [13]. 1) Тотъ, которому данъ приказъ, имѣетъ, въ случаѣ производства платежа, право требовать отъ давшаго приказъ возмѣщенія онаго по правиламъ порученія. Если давшій приказъ утверждаетъ, что тотъ, на имя котораго данъ приказъ, акцептовалъ таковой на тотъ конецъ, чтобы въ лицѣ третьяго оказать самому себѣ имущественную услугу, то онъ обязанъ это доказать [14]. 2) Права того, которому данъ приказъ, противъ давшаго оный, возникаютъ лишь изъ платежа третьему лицу, а не изъ даннаго послѣднему обѣщанія [15].

---

44. 4, l 1 § 10 D quar. rer. actio 44. 5, l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3. l. 4 § 21 D. de doli exc. 44. 4; l. 1 § 11 D. quar. rer. actio 44. 5 Всѣ эти случая трактуютъ о погашеніи посредствомъ обѣщанія несуществующаго долга отъ приказоприниматель приказателю или тому лицу, которому поручено принять обѣщаніе. Такъ какъ въ основаніи этого случая установленія новаго обязательства можетъ лежать и намѣреніе новировать, то упомянутыя мѣста приняты въ соображеніе выше (§ 108 прим. 8. 12) при разсмотрѣніи вопроса о томъ, предполагаетъ ли договоръ новаціи, для своей дѣйствительности, существованіе обязательства. Но см. далѣе: l. 59 i. f. D. de solut. 46. 3 (приказоприниматель *уплачиваетъ* третьему лицу то, что онъ считаетъ себя должнымъ приказателю); l. 66 eod. 1) тождественный случай, 2) приказоприниматель уплачиваетъ третьему лицу, чтобъ освободиться отъ дѣйствительно существующаго долга порученіедавцу, но не достигаетъ этого намѣренія); l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4 (приказоприниматель даетъ удовлетвореніе съ цѣлью исполнить чрезмѣрное дареніе приказодателю); l. 21 § 1 D. de don. 39. 5 (чрезмѣрное дареніе третьему лицу, которому удовлетвореніе должно быть дано); l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 (приказатель хочетъ удовлетвореніемъ приказоприниматель доставить приданое третьему лицу, которому удовлетвореніе это дается, а между тѣмъ бракъ не осуществляется; иначе бываетъ, когда и приказоприниматель объявляетъ третьему лицу, что онъ даетъ удовлетвореніе dotis nomine, l. 7 pr. eod.).

[11] a) L. 2 § 3. 4 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. § 1 D. de doli exc. 44. 4, см. § 108 прим. 9. 13; b) при дареніи между супругами, l. 3 § 12. 13, l. 4 l. 5 § 3. 4 l. 39. 56 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; ср. § 120 прим. 8, также I § 172 прим. 16.

[12] Тель Handelsr. I § 21—127 a. Ср. и Гольцшуеръ III § 277 и Кунтце тамъ же стр. 667. 668.

[13] Приказъ можетъ быть даваемъ словесно или письменно; послѣднее представляетъ собою общее правило, въ особенности между купцами. Въ обыкновенной своей формѣ онъ представляетъ собою документъ, вручаемый, для передачи, получателю платежа, отличаясь въ этой формѣ отъ переводнаго векселя лишь отсутствіемъ слова «вексель».—Вмѣсто приказа говорится очень часто «ассигновка»; тотъ, на имя котораго приказъ дается, называется «ассигнатомъ», а то лицо, которому платежъ долженъ быть произведенъ—«ассигнатаріемъ».

[14] См. прим. 8a и сравни къ цитированнымъ тамъ источникамъ изъ сочиненія ф. Сальніуса еще § 74. Ср. Зейфф. Arch. I 56, XIV. 105 (XXI. 424); иначе VII. 352, XX. 224.

[15] Права ассигната: онъ имѣетъ actio mandati contraria, и удовлетвореніе, даваемое третьему лицу, считается удовлетвореніемъ порученіедавца. Ср. l. 10. 21. 25 D.

Но давшій приказъ не можетъ его взять назадъ, коль скоро получившій таковой обѣщалъ третьему лицу заплатить [16]. 3) Равнымъ образомъ, удовлетвореніе, которое дающій приказъ желаетъ этимъ способомъ доставить третьему лицу, считается исполненнымъ съ дѣйствительнымъ производствомъ платежа со стороны того, на имя котораго данъ приказъ, а не съ обѣщаніемъ только [17]. 4) Третье лицо вправѣ, но не обязано реализировать приказъ [17a].

2. Порученіе въ качествѣ договора ручательства (Garantievertrag). Договоръ ручательства—это договоръ, въ силу котораго кто либо принимаетъ на себя предъ третьимъ лицомъ гарантію въ томъ, что для него, третьяго лица, не возникнетъ никакого вреда отъ дѣйствія, которое оно хочетъ предпринять. Мы не имѣемъ надобности подводить такой договоръ подъ другую, а не ту категорію, къ которой онъ дѣйствительно принадлежитъ. Рим-

---

de nov. 46. 2, l. 8 C. cod. 8. 42, l. 10 C. mand. 4. 35, l. 19 § 5 D. ad SC. Vell. 16. 1. Actio mandati считается возникшей чрезъ одно лишь присужденіе къ платежу (§ 165 прим. 15).

[16] Давая предварительно производства платежа обѣщаніе и ставя себя такимъ образомъ въ необходимость платить, онъ дѣлаетъ то, что онъ по смыслу даннаго ему порученія долженъ былъ сдѣлать. Кропп въ Гейза и Кропа Abhandlungen II стр. 354—357. 392—395, Тель въ указ. м. § 123. Унгеръ Inhaberpapiere стр. 73 слѣд. Лицо, на имя котораго данъ приказъ, обѣщаетъ предъявителю онаго тѣмъ, что онъ его «принимаетъ», «акцептируетъ». Есть ли это обѣщаніе чистое обѣщаніе (т. наз. формальный договоръ)? Отрицательный отвѣтъ даетъ ф. Сальпіусъ Novation und Delegation § 75, положительный, вмѣстѣ съ другими, Тель § 125, который вслѣдствіе сего оспариваетъ дѣйствительность этого обѣщанія по общему праву (ср. § 71 прим. 3. 4). Положительно признана дѣйствительность онаго въ HGB. ст. 300. 301. Ср. еще Зейфф. Arch. XVIII. 135 (XXI. 232, XXII. 41).

[17] Начало, что «приказъ не есть платежъ» (Тель § 124) примѣняется и къ случаю акцепта приказа; ф. Сальпіусъ Novation und Delegation § 76 считаетъ это обычнымъ правомъ новѣйшаго времени, утверждая (§ 18—20), что римское право «въ силу объективной юридической необходимости» засчитывало въ наличныя деньги обязательство, доставленное другому посредствомъ делегаціи (а также совершенное для него чрезъ делегацію. Это значитъ слѣдовательно: по римскому праву, обязательство, возникшее вслѣдствіе делегаціи, не считалось для той и другой стороны наличными деньгами тогда только, когда это было положительно условлено. Это положеніе ф. Сальпіусъ подкрѣпляетъ мѣстами въ родѣ l. 187 D. de V. S. 50. 16, l. 18 D. de fidei. 46. 1, l. 26 § 2 D. h. t. и др. Между тѣмъ эти мѣста нисколько не исключаютъ взгляда, что въ нихъ предполагается уговоръ сторонъ считать обязательство наровнѣ съ деньгами, или уговоръ о новаціи (ср. l. 26 § 2 cit.: «qui admittit debitorem delegatum», l. 68 § 1 D. de evict. 21 2: «qui pro pecunia nomen debitoris per delegationem sequi maluit», l. 96 § 2 D. de solut. 46. 3: «transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret»). Другія же мѣста, говорящіе прямо противъ него, какъ l. 18 § 1 l. 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6 и цитированныя на стр. 117, Сальпіусъ устраняетъ съ замѣчаніемъ, что въ нихъ «видоизмѣняется основное начало» (стр. 113). Противъ ф. Сальпіуса и Витте Krit. VJ. Schr. VIII стр. 362 слѣд. Впрочемъ подобное же воззрѣніе встрѣчается уже у Гассе Culpa стр. 436 и ф. Мейерфельдъ Rhein. Mus. VII стр. 123 слѣд. Ср. § 5000 прим. 9.

[17a] Въ приказѣ, какъ таковомъ, не заключается кассоваго мандата, хотя послѣдній можетъ быть съ нимъ соединенъ. Ср. Лаценбургъ Zeitschr. f. Hand. XI стр. 79.

ляне подводили его подъ категорію мандата, такъ какъ иначе онъ былъ бы недѣйствителенъ безъ стипуляціонной формы [18]. Договоръ ручательства имѣетъ свое главнѣйшее примѣненіе тамъ, гдѣ на основаніи его поручитель принимаетъ на себя рискъ кредита, оказываемаго другимъ лицомъ (кредитное порученіе [19]). Въ этомъ примѣненіи договоръ ручательства есть форма поручительства [20]. Но естественно, что въ дачѣ совѣта не заключается еще принятія гарантіи [21].

3. Важнѣйшее примѣненіе, которое порученіе находитъ себѣ въ коммиссіонныхъ и экспедиціонныхъ дѣлахъ, относится къ торговому праву [22].

G. Договоры съ цѣлью юридическаго упроченія чего либо.

1. Признаніе *.

§ 166. Признать (сознаться) значитъ: объявить вѣрнымъ что либо невыгодное для объявляющаго. Признать въ юридическомъ смы-

---

[18] Другими словами: потому, что иначе онъ не могъ бы быть заключенъ между отсутствующими. L. 32 D. h. t.:—«neque enim multum referre, praesens quis interrogatus fideiubeat, an absens mandet». Мандатъ въ этомъ примѣненіи допускаетъ собственный интересъ порученіедавца въ исполненіи, но не предполагаетъ его. L. 6 § 5 D. h. t, О мандатѣ этого рода слѣдуетъ понимать и l. 12 § 14 D. h. t., гдѣ сказано, что мандатъ уничтожается по исполненіи порученія.

[19] L. 6 § 4 l. 10 § 8 l. 12 § 13. 14 l. 56 pr. l. 59 § 5 D. l. 6 C. h. t. Ср. Тель Handelsr. § 108. 109. Другое примѣненіе даетъ l. 32 D. h. t. «Si hereditatem aliter aditurus non essem, quam cautum mihi fuisset, damnum praestari, et *in* hoc mandatum intercessisset, fore mandati actionem». .

[20] Ср. l. 32 D. h. t. (прим. 18). Также l. 60 § 1 l. 62 § 1 D. h. t. Новѣйшіе писатели называютъ mandatum въ этомъ примѣненіи—mandatum qualificatum, ограничивая этимъ случаемъ (неправильно, ср. напр. l. 22 § 11 l. 46. 49. D. h. t) выраженіе mandator для обозначенія порученіедавца.

[21] Положеніе этого такъ выражено въ § 6 I. h. t., l. 2 § 6 l. 5 D. h. t.: «mandatum», данное исключительно къ интересѣ уполномоченнаго, напр., чтобъ послѣдній помѣстилъ свои деньги лучше въ недвижимости, чѣмъ въ займѣ, не есть въ дѣйствительности мандатъ, а лишь совѣтъ, необязательный поэтому для давшаго таковой (§ 6 I cit., l 2 § 6 D. cit.). Онъ обязателенъ въ томъ только случаѣ, еслибъ безъ мандата получившій оный не предпринималъ бы никакихъ дѣйствій. Послѣднее выражено не точно. Юристъ сказалъ бы: мандатъ обязателенъ тогда только, когда бы *безъ гарантіи, принятой на себя въ мандатѣ давшимъ оный*, уполномоченный не предпринималъ бы никакихъ дѣйствій. См. о различныхъ воззрѣніяхъ, высказанныхъ относительно этихъ мѣстъ, Вангеровъ III § 659 прим., Спитенисъ II § 113 прим. 16 и цитированныхъ у него писателей. далѣе Гольдшуеръ III § 275 пг. 1. 2, и трактатъ Tewes Arch. f. civ. Pr. LI. 2 (1864). Ср. Зейфф. Arch. XII. 26.

[21] HGB. Ст. 360—378. 379 - 389.

* Ученіе о признаніи не установилось еще; но оно въ настоящее время настолько разработано, что авторъ учебника не можетъ, по моему мнѣнію, уклониться отъ изложенія онаго, какъ таковаго. Изъ литературы слѣдуетъ прежде всего указать на сочиненіе Бера, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1855 изд. 2, 1867. Рецензія

слѣ значитъ: объявить вѣрнымъ то, на чемъ можно основывать требованіе или возраженіе противъ объявителя. Признать можно какъ фактъ, такъ и правоотношеніе, равно какъ существованіе или несуществованіе факта или правоотношенія. Признаніе имѣетъ во всякомъ случаѣ силу свидѣтельства противъ самаго себя и, какъ таковое, есть доказательство. Но не въ этомъ смыслѣ понимается здѣсь признаніе. Признаніе, о которомъ идетъ здѣсь рѣчь, есть признаніе, сдѣланное съ намѣреніемъ обязать себя и принятое въ этотъ видѣ противникомъ, признаніе въ качествѣ *договора признанія*. Обязательство, принимаемое этимъ договоромъ, имѣетъ своимъ содержаніемъ не оспаривать того, что признано

этого труда: Дернбурга Heid. Krit. Jahrb. III стр. 496 слѣд. (1856), Арндтсъ Krit. Ueberschau IV стр. 1. 219 слѣд. (1857). Возраженіе Бера: Jahrb. f. Dogm. II. 6. 8 (1858). Далѣе: трактатъ Унгера: Jahrb. f. Dogm. VIII. 7 (1866). См. кромѣ того: Шлезингеръ Zur Lehre von den Formalcontracten, отд. 1, въ особ. § 11 (1858). Виндшейдъ Krit. VJ. Schr. I стр. 106 слѣд. (1859). Брунсъ Zeitschr. f. KGesch. 1 стр. 94—97. 118—130 (1861). Ветцелль Lyst. d. Civilproc. § 22 (изд. 2, 1864). Ф. Сальпіусъ Novation und Delegation § 49. 79 (1864). Беккеръ Krit. V JSchr. IX стр. 378 слѣд. (1867). Синтенисъ II § 96 прим. 25b и стр. 273—276. (Гессе über das Wesen und die Arten der Verträge des heutigen römischen Rechts, 2 Abschn. (1868). Вангеровъ 7 изд. III § 612a 669a (1869). По этому предмету разработаны были, далѣе, 8 и 9 съѣзда юристовъ, мнѣнія Кохомъ, Гетце, Дугге, Эккъ и Циммерманномъ, которыя напечатаны въ Verhandlungen des Juristentages VIII. 1 стр. 283 слѣд. 309 слѣд. IX. 2 слѣд. 426 слѣд. 445 слѣд. 455 слѣд. О преніяхъ самаго 8 съѣзда (докладъ Йернига) см. VIII стр. 94 слѣд. 321).

§ 166. [1] Савинья (System VII стр. II) замѣтилъ уже, что въ признаніи можетъ заключаться договоръ; подробно это развито и доказано въ цитированномъ сочиненіи Бера. До того времени господствующее мнѣніе видѣло въ признаніи одно лишь показаніе противъ самого себя (внѣсудебное признаніе). Правильность этого мнѣнія не подвергалось сомнѣнію тѣмъ болѣе, что въ пользу его можно было ссылаться на свидѣтельство источниковъ. См. l. 26 § 2 D. dep. 16. 3, l. 5. 6 C. si cert. 4. 2, l. 4 C. de campens. 4. 31. Но мѣста эти вполнѣ объясняются тѣмъ, что у римлянъ договоръ признанія не былъ освобожденъ отъ формы и не могъ быть заключенъ въ формѣ стипуляціи. Такимъ образомъ для римлянъ признаніе должно было упасть до степени доказательства, по скольку принятое по нему обязательство не могло быть заявлено въ порядкѣ возраженія (l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, l. 6. 21. C. da solut. 8. 43), или по скольку нельзя было помочь дѣлу истолкованіемъ признанія въ смыслѣ constitum'а (l. 24. 26 D. de rec. cons. 13. 5, l. 616 pr. D. de O. et A. 44. 7). — Въ признаніи можетъ заключаться договоръ, но онъ не заключается въ немъ необходимо. Договоръ не имѣется вѣрно тогда, когда оно сдѣлано предъ третьимъ лицомъ. Но въ немъ можетъ не заключаться договора, хотя бы оно сдѣлано было предъ тѣмъ лицомъ, для котораго признаніе выгодно. «Когда на вопросъ, можетъ ли онъ отрицать долгъ, отвѣчаетъ просто «нѣтъ», тотъ признаетъ свой долгъ, но въ этомъ не заключается особеннаго обѣщанія». Брунсъ стр. 95. Другой примѣръ у Бера стр. 272 (284): обвиняемый, противъ котораго уликой служитъ то, что онъ въ извѣстное время досталъ себѣ денегъ, признаетъ, послѣ первоначальнаго отрицанія, на очной ставкѣ съ свидѣтелемъ, что онъ отъ послѣдняго получилъ таковыя взаймы. Поэтому для того, чтобы въ признаніи можно было видѣть договоръ необходимо, чтобъ оно сдѣлано было противнику съ цѣлью дать ему возможность употребить таковое противъ признающаго. Но даже въ этомъ случаѣ возможно еще, что признаніе сдѣлано не съ цѣлью при-

существующимъ [2], не утверждать того, что признано несуществующимъ [3]. Если однакоже сдѣлавшій признаніе оспариваетъ то,

---

нять на себя обязательство, а дать противнику процессуальное противъ себя доказательство. См. объ этомъ слѣдующее примѣчаніе. (Предсмертное признаніе: III § 634 прим. 1а.

[2] Такъ Саввиньи, Беръ, Унгеръ, ф. Сальпіусъ; см также А. Е. Зейфф. въ Pand. Зейфферта § 284 прим. 10. Иначе Брунсъ и Шлезингеръ. Эти послѣдніе писателя видятъ въ договорѣ признанія лишь принятіе на себя обязанности считать признанное доказаннымъ, съ отказомъ отъ требованія дальнѣйшихъ доказательствъ (т. назыв. договоръ доказательства). Согласно сему и договорное признаніе было бы не болѣе какъ способъ доказательства. Различіе обоихъ взглядовъ проявляется практически въ томъ, что, по послѣднему, сила признанія можетъ быть сломана простымъ доказательствомъ противнаго, по первому лишь споромъ противъ дѣйствительности признанія (прим. 8), а также въ томъ, что лицо, въ пользу котораго сдѣлано признаніе, освобождается по первому воззрѣнію, отъ обязанности доказать основательность признанія, но не по второму (прим. 4). Въ первомъ изданіи этого учебника я самъ примкнулъ къ послѣднему воззрѣнію (§ 284а), будучи къ этому побужденъ рѣшеніями нашихъ источниковъ, присвоивающихъ лишь доказательную силу признанію относительно размѣра должной суммы (квитованіе). См. l. 19 § 1 D. de accept. 46. 4, l. 5. 13. C. de solut. 8. 43. По настоящему же моему убѣжденію, мѣста эти заставляютъ лишь признать, что въ основаніи признанія, сдѣланнаго противной сторонѣ съ цѣлью воспользоваться имъ со стороны послѣдняго, можетъ лежать лишь намѣреніе доставить ему доказательство, но намѣреніе это не лежитъ въ немъ необходимо. Съ этимъ согласна и l. 40 pr. D. de pact. 2. 14, въ которой объявлено: profiteor te non teneri придается значеніе pactum'а de non petendo. См. также l. 35 eod. Такимъ образомъ вопросъ о томъ, въ какомъ смыслѣ послѣдовало признаніе, есть вопросъ толкованія для каждаго даннаго случая, а отъ этого ученіе о признаніи безконечно теряетъ въ практической годности. Но для насъ дѣло идетъ не о lege ferenda, а о томъ, чтобы вѣрно передать смыслъ источниковъ. Я не могу также одобрить того способа, коимъ, какъ Беръ, придающій признанію во всѣхъ случаяхъ сильнѣйшее дѣйствіе, стараются устранить поименованныя мѣста (стр. 237 (261), равно и ту попытку разрѣшить этотъ вопросъ, которая встрѣчается у Э. А. Зейфферта въ Pand. Зейфф. § 291 прим. 1b и § 341 прим. 3а.— Но нельзя ли добыть по крайней мѣрѣ точки опоры для разрѣшенія въ каждомъ данномъ случаѣ? Ветцелль Civilproc. § 22 различаетъ по предмету признанія (внѣ судебнаго признанія). Если предметъ онаго составляетъ фактъ, то оно имѣетъ лишь значеніе доказательства; если же предметъ составляетъ правоотношеніе, то оно «по общему правилу имѣетъ характеръ распоряженія.» Я бы хотѣлъ я это «по общему правилу» вычеркнуть, присвоивъ безусловно распорядительную силу признанію, направленному на правоотношенія, такъ какъ доказательство не имѣетъ примѣненія къ правоотношеніямъ и потому, что признаніе дѣлается для практической цѣли; правоотношеніе же, безъ свѣдѣнія его къ фактамъ, не можетъ быть употреблено въ дѣло (verwerthet), если этому не помогаетъ признаніе (прим. 4). Съ другой стороны я не вполнѣ увѣренъ въ томъ, чтобы признанію, направленному на факты, можно было всегда присвоить лишь слабѣйшее дѣйствіе. Унгеръ еще сдержаннѣе Ветцеля, считая открытымъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли даже признаніе долга диспозитивную или доказательную силу. — Въ предъидущемъ я имѣлъ въ виду тотъ только случай, когда признаніе сдѣлано изъ убѣжденія въ справедливости признаннаго. Какъ же будетъ въ томъ случаѣ, когда оно послѣдовало при убѣжденіи въ несправедливости онаго или при сомнѣніи въ справедливости? Признаніе должно тогда считаться послѣдовавшимъ въ диспозитивномъ смыслѣ, исключая тотъ случай, когда оно сдѣлано въ ожиданіи осуществленія признаннаго (квитованіе въ ожиданіи платежа, признаніе полученія въ ожиданіи выдачи займа).

[3] Тѣ, которые въ положительномъ признаніи (признаніи существованія) видятъ

что имъ признано существующимъ [4], то споръ его считается какъ бы невоспослѣдовавшимъ на основаніи его обязательства [5]; если онъ объявляетъ существующимъ то, что признано имъ не существующимъ, то такое его объясненіе устраняется по недопустимости онаго [6].

Мотивъ, побуждающій кого либо къ признанію, можетъ быть весьма различенъ. Главнѣйшій случай признанія тотъ, когда таковое дѣлается изъ убѣжденія въ справедливости признаннаго. Въ этомъ случаѣ цѣль его—доставленіе большей обезпеченности. Но признаніе можетъ послѣдовать и при отсутствіи убѣжденія въ справедливости признаннаго, или при наличности убѣжденія въ несправедливости признаннаго. Въ этомъ случаѣ признаніе заключаетъ въ себѣ имущественное отчужденіе, мотивъ котораго можетъ быть столько же различенъ, какъ мотивъ имущественнаго отчужденія вообще [7]. Особенное примѣненіе признанія послѣдняго рода представляетъ собою признаніе, которое заключается или можетъ заключаться въ договорахъ—соглашенія (Vergleich), о третейскомъ разбирательствѣ и въ договорѣ о рѣшеніи спора присягой, о которыхъ будетъ подробно говорено въ § 168 и слѣд. Если признаніе дѣлается изъ убѣжденія въ справедливости признаннаго, то послѣдняя составляетъ его предположеніе, и по сему, при невѣрности признаннаго, признаніе можетъ быть опорочено по отсутствію предположенія. Но при этомъ недостаточно доказать только несправедливость признаннаго, а должно доказать и извинительность заблужденія, въ силу котораго несправедливое признано справедливымъ [8].

лишь договоръ доказательства въ указанномъ смыслѣ, должны и отрицательному признанію (признаніе несуществованія) придавать лишь ту силу, что оно служитъ возраженіемъ противъ доказанности какого либо обстоятельства.

[4] Оспариваніе есть желаніе, чтобы въ процессѣ были доказаны тѣ факты, на которыхъ основывается признанное правоотношеніе. Ибо оспариваніе имѣетъ значеніе защиты; отъ защиты же отказался сдѣлавшій признаніе самымъ признаніемъ.

[5] Обязательство его не оспаривать исполняется тѣмъ, что предъявленный споръ считается какъ бы непослѣдовавшимъ, точно также, какъ обязательство изъявить волю исполняется такимъ образомъ, что воля считается заявленной, хотя бы это и не послѣдовало (ср. I § 173 прим. 5). Можно поэтому сказать: (договорное) признаніе есть антиципація судебнаго признанія, данное впередъ неотмѣнимое судебное признаніе. И Савиньи въ указ. въ прим. 1 мѣстѣ такъ сопоставляетъ «договоръ признанія» съ судебнымъ признаніемъ какъ «договоръ, направленный на одинаковую цѣль.» См и Беръ стр. 168—169 (183—184) Унгеръ указываетъ на другую аналогію, аналогію съ судебнымъ рѣшеніемъ. «Договоръ признанія есть суррогатъ судебнаго рѣшенія: стороны представляются судьями въ собственномъ дѣлѣ; они сами произносятъ себѣ рѣшеніе.» (стр. 180).

[6] И вслѣдствіе этого онъ не допускается вовсе къ представленію доказательствъ.

[7] Такъ именно дареніе (l. 6 C. de solut. 8. 43), ожиданіе исполненія (l 21. 23 eod). Ср. l. 29 § 1 D. de donat. 39. 5, l. 1 § 7 D. si quid in fraud patr. 38. 5.

[8] Ср. вообще § 179 num. 3. 5, и въ частности l. 2 D. de conf. 42. 2, c. 3. X. de conf. 2. 18, c. 2 de rest. in VI° 1. 21. (Зейфф. Arch. XXII. 200).

Дѣйствіе признанія не ограничивается контрагентами; оно простирается на ихъ преемниковъ, общихъ и частныхъ [9], а также на соучастниковъ, по общимъ правиламъ [10].

§ 167. Особенный видъ признанія есть признаніе долга. Оно дѣлается обыкновенно письменно, и тогда говорятъ о долговой роспискѣ. Признаніе долга подлежитъ само по себѣ дѣйствію правилъ о признаніи вообще, давая тому, въ пользу котораго оно сдѣлано письменно, право взыскать признанный долгъ, безъ обязанности доказывать факты, на коихъ оно основывается [1]. Тѣмъ

---

[9] Первое разумѣется само собою; за второе l. 8 D. de iurei. 12. 2 Не слѣдуетъ говорить, что здѣсь присяга дѣйствуетъ какъ присяга (какъ источникъ объективной истины), а не въ силу содержащагося въ ней отчужденія; ибо см. l. 14 D. de iure patr. 37. 14.

[10] Ср. l. 28 pr. l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2. Указанныя правила сохраняютъ вполнѣ характеръ признанія какъ отчужденія, въ противоположность къ объективному разрѣшенію.

[1] Иначе господствующее мнѣніе, усматривающее въ признаніи долга, какъ въ признаніи вообще, лишь способъ доказательства. Для него признаніе долга само по себѣ, т. е. независимо отъ указаннаго въ немъ фактическаго основанія долга, потому уже не имѣетъ значенія (въ частности см. прим. 2), что лицо, признанное кредиторомъ, не можетъ этого вовсе доказывать. Утвержденіе его, что противникъ состоитъ его должникомъ, какъ не обоснованное фактически, не допустимо въ процессѣ и будетъ отвергнуто. Если же онъ фактически обосновываетъ существованіе долга, то доказательство сего онъ не имѣетъ въ признаніи. Были дѣлаемы разныя попытки для устраненія этого затрудненія. 1) Бруисъ (въ указ. м. стр. 129—130) и Шлезингеръ (въ указ. м. 146. 156) стараются пособить тѣмъ, что толкуютъ признаніе долга или передачу этого признанія въ смыслѣ обѣщанія исполненія (constitutum debiti), такъ что послѣднее будетъ, слѣдовательно, основаніемъ иска. Въ пользу такого исхода высказался и я въ первомъ изданіи этого учебника, и во всякомъ случаѣ вѣрно то, что такое толкованіе вполнѣ согласно съ источниками, см. l. 31 D. de pec. const., 13. 5, l. 61 pr. D. de O. et. A. 44. 7 (гдѣ разрѣшено, что признаніе долга не обязательно для третьяго лица), Ср. также l. 34 D. de pec. const. Но сомнительно, чтобы эта интерпретація пособила дѣлу; ибо все-таки можно спросить, и дѣйствительно спрашивали (Беръ стр. 188 изд. 2. Унгеръ стр. 211), не должно ли и по современному процессу фактически обосновывать въ actio constitutoria долгъ, существованіе котораго составляетъ условіе для существованія constitutum'a. 2) Другой путь избрали Беръ и Унгеръ, а послѣ Бера и Бринцъ (прежде и я, Krit V. Ischr. I стр. 106 слѣд.). Писатели эти видятъ въ признаніи долга не обѣщаніе исполненія, а основаніе обязательства вновь. Признаніе долга есть лишь форма для простаго обѣщанія; «я признаю себя должнымъ 100», значитъ то же, что «я обѣщаю дать 100;» въ виду чего признаніе долга ставится означенными писателями паралельно съ стипуляціей (т. наз. придаточная стипуляція). Воззрѣніе это я считаю и теперь еще, какъ въ первомъ изданіи, неправильнымъ, не думая, чтобъ оно могло завербовать новыхъ приверженцевъ ученію о юридическомъ дѣйствіи признанія долга. Признаніе долга *можетъ* быть формой для обѣщанія исполненія, и бываетъ его во всякомъ случаѣ тогда, когда долгъ признанъ въ сознаніи его несуществованія. А что признаніе послѣдовало въ этомъ смыслѣ, долженъ въ данномъ случаѣ доказать тотъ, кто утверждаетъ это. До представленія такого доказательства признаніе долга должно быть толкуемо по его буквальному смыслу, и выраженіе «я признаю себя должнымъ» не значитъ тоже, что я дѣлаюсь должникомъ этого, что признаю себя должникомъ, чѣмъ предоставляю противъ себя право трактовать меня какъ должника,—а: § 167.

не менѣе, въ противность этому, положительное постановленіе римскаго права отказывало признанію долга въ обязательной силѣ, если оно хоть въ общихъ чертахъ не содержитъ въ себѣ указанія фактическаго основанія признаннаго долга [2].

признаю, что я теперь, при признаніи, *есмь* должникъ, слѣдовательно прежде сдѣлался должникомъ вслѣдствіе какого-нибудь факта. 3) Конструкція, которую я считаю правильной, указана въ предъидущемъ § прим. 4. Признавшій долгъ отказался тѣмъ самымъ отъ права ссылаться на недостатки онаго, какъ и отъ права прямо его оспаривать. Относительно практики см. цитаты изъ Archio Зейфферта въ слѣдующемъ примѣчаніи; кромѣ того тамъ же IX. 49.

[2] Мѣста, принимаемыя здѣсь въ соображеніе, суть: l. 25 § 4 D. de prob. 22. 3 (постановленіе которой повторено въ c. 14. X. de fide instr. 2. 22) и l. 13 C. de non. num. pec. 4. 30. Эти несчастныя мѣста поглотили уже много труда и по всей вѣроятности проглотятъ еще безъ достиженія какого либо чистаго результата. Ср. объ нихъ: Кроппъ въ jur. Abhandlungen Гейза и Кроппа I стр. 349 слѣд. (1827), Синтенисъ въ Iahrb. Селя I стр. 292 слѣд. (1841), Гнейстъ formelle Verträge. Стр. 198—219 (1845), Виндшейдъ Lehre von der Voraussetzung стр. 196—202 (1850) и Krit. VISchr. I стр. 109. 126. 437 (1859), Беръ Anerkennung § 38. 63—66 (1855. 1867), Дернбургъ Hied. Krit. Zeitschr. III стр, 508—510 (1856), Шлезингеръ Zur Lehre von den Formalcontr. Стр. 39—63. 100 слѣд. 145 слѣд. (1858), Гиртаннеръ Stipulation стр. 297—325 (1859), Г. Витте Bereicherungsklagen стр. 201—211. 245 слѣд. (1859), ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 278—310; Вангеровъ III § 625 прим. 2 nr. 3, Рудорфъ su Puchta § 257. h, Синтенисъ § 96 прим. 48, Бринцъ стр. 430, А. Е. Зейффертъ въ Pand. Зейфферта § 247 прим. 7, Арнтсъ § 233 прим. 7. Господствующее въ теоріи и практикѣ мнѣніе признаетъ, на основаніи приведенныхъ мѣстъ, юридически не дѣйствительнымъ всякое признаніе долга, въ которомъ фактическое основаніе признаннаго долга обозначено на столько не точно, что невозможно предъявить искъ изъ этого именно основанія (т. наз. cautio discreta, въ противоположность къ indiscreta). Мѣста эти повидимому дѣйствительно и неопровержимо доказываютъ общее мнѣніе. Но если сообразить, что они трактуютъ не о долговыхъ росписяхъ вообще, а о стипуляціонныхъ актахъ, которые выданы на долгъ, признанный существующимъ (ср. къ этому почти безспорному положенію Гнейстъ въ указ. м. стр. 200 слѣд.), то окажется по крайней мѣрѣ возможнымъ вопросъ, разумѣютъ ли указанныя мѣста подъ «cautio quae indiscrete loquitur,» т. е. въ которой должникъ не «specialiter... causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit» (l. 25 § 4 cit., l. 14 C. cit говоритъ о «specialiter causam edicere»), въ дѣйствительности такую cautio, въ которой не указано основаніе *долга*, или напротивъ cautio, въ которой не указано основаніе *обѣщанія* (именно существованіе долга). Въ пользу этого толкованія высказался Шлезингеръ, также Дернбургъ и Виндшейдъ въ VISchr., Арндтсъ Krit. Uebersrchau IV. Стр. 274 не противъ него. Я все еще считаю это объясненіе возможнымъ относительно мѣста изъ пандектовъ, но не мѣстъ изъ кодекса. Приведенныя въ немъ слова «eamque causam specialiter promissor edixerit» и понимаю въ смыслѣ указанія debitum'а, а не antecedens causa debiti. Съ другой стороны l. 13 C. cit. не требуетъ безъ сомнѣнія спеціальнаго обозначенія causae, а обозначенія таковой какъ antedecens (показанное въ актѣ *не* должно быть полученіемъ займа); а нельзя ли «specialiter» въ l. 25 § 4 cit понимать такимъ же образомъ? (По моему мнѣнію, одно мѣсто должно быть объясняемо другимъ, взято ли пандектное мѣсто изъ кодекса, или наоборотъ: одно изъ двухъ вѣрно). Отсюда открывается указанное въ текстѣ среднее мнѣніе. Признаніе долга, коимъ должникъ признаетъ лишь, «что онъ долженъ 100», будетъ конечно необязательнымъ; но не признаніе, въ которомъ онъ признаетъ напримѣръ, «что онъ состоитъ долженъ 100 за сдѣланные расходы». Принявъ

Квитованіе долга (признаніе въ полученіи платежа) само по себѣ не содержитъ обязательнаго признанія, договора признанія, а есть лишь доказательство [3]. Но оно, смотря по обстоятельствамъ дѣла, можетъ дѣйствительно заключать въ себѣ обязатель-

---

этотъ взглядъ, мы бы получили примиреніе съ другими мѣстами компиляцій, признающими юридически обязательнымъ признаніе долга указаннаго рода (l. 47 § 1 D. de pact. 2. 14. l. 61 pr. D. do O. et A. 44. 7, o l. 20 D. de inst. act. 14. 3. См. § 237 прим. 17), и въ которыхъ выражается общее воззрѣніе компиляторовъ на этотъ предметъ. См. также Брунсъ въ указ. м. стр. 129. — Гиртаннеръ въ указ. м. (согласно съ Фиттингомъ Zeitschr. f. Handelsr. III стр. 293) дѣлаетъ другое различіе. Онъ разумѣетъ подъ cautio quae indiscrete loquitur стипуляціонный актъ, въ которомъ признаніе долга сдѣлано не *отдѣльно* (отдѣльно отъ стипуляціонной формулы), находя въ l. 25 § 4 cit. тотъ смыслъ, что такая cautio, для силы доказательства, должна указывать основаніе долга («C. quae debes dare spondes? — C. quae debes ex testamento dare spondes»?) Въ другомъ, но, какъ мнѣ кажется, совершенно произвольномъ направленіи, старается Беръ устранить l. 25 § 4 cit., и Бринцъ присоединился однако же къ нему. См. также Регельсбергеръ Arch. f. civ, Pr. XLVII стр. 154 прим. 1. Витте находитъ правда въ l. 25 § 4 тотъ смыслъ, которой придается ей общимъ мнѣніемъ, полагая однакоже, что она не заслуживаетъ вниманія, какъ находящаяся въ противорѣчіи «съ правомъ curpus iuris вообще. — И практика проявляетъ рѣшительную склонность освободиться отъ общаго мнѣнія. Она старалась пособить себѣ тѣмъ, что признала разсчетъ (Abrechnung) самостоятельнымъ основаніемъ долга, хотя несомнѣнно, что въ самомъ разсчетѣ, который есть не болѣе какъ чистая операція, не содержится новаго обѣщанія исполненія, а по большей мѣрѣ самое признаніе долга, которое дѣлается на основаніи этой счетной операціи. Съ другой же стороны разсчетъ есть указаніе, хотя и не спеціальное, на causa antecedens, (ср. выше и упомянутыя мѣста: «ex vatione mensae», ex contractibus plurimis, «religia»). Разсчетъ признается основаніемъ долга въ рѣшеніи кассельскаго об. ап. суда. какъ это доказано трактатомъ Пфейфера въ prakt. Ausführungen VIII. 2 и Зейфф. Arch. VII. 246, XII. 17, XIV. 16; см. далѣе VII. 302 (Киль), XII. 17 (Роштокъ), XIII. 247 и XIV. 17 (Штуттгартъ); иначе въ III. 105 (Дармштадтъ), гдѣ требуется, чтобы въ искѣ было обозначено родовыми по крайней мѣрѣ признаками та сдѣлка или юридическое отношеніе, которое лежитъ въ основаніи разсчета (подробнѣе въ Arch. f. prakt. NW. V. стр. 116 слѣд.). Ср. далѣе II. 326 (Дрезденъ: признаніе долга безъ указанія основанія возникновенія онаго достаточно, въ связи съ обѣщаніемъ платежа, для обоснованія иска), XII. 260 (Вольфенбюттель: признаніе составляетъ самостоятельное исковое основаніе), XX. 115 ср. XVIII. 233. 210 (Целле: такимъ же образомъ). Съ другой стороны: XVIII. 137 (Висбаденъ: признаніе не составляетъ самостоятельнаго исковаго основанія), III. 105, XIII. 24 (Дармштадтъ: признаніе составляетъ самостоятельное исковое основаніе тогда, когда въ искѣ обозначено по крайней мѣрѣ родовыми признаками лежащее въ его основаніи юридическая сдѣлка или отношеніе), VI. 178 (Ольденбургъ: долговой документъ составляетъ исковое основаніе, если въ немъ спеціально обозначена causa debendi), VII. 252 (Кассель) и VIII. 180 (Ена): cautio indiscreta не составляетъ полнаго доказательства, но она можетъ имѣть значеніе въ отношеніи размѣра долга и времени платежа. (Зейфф. Arch. XXI. 30. 31). — Торг. уст. положительно признаетъ ненужнымъ указаніе въ долговыхъ обязательствахъ, о которыхъ говорится въ ст. 301, основаніе долга и признанія въ полученіи.

[3] См. мѣста, цитированныя въ предъидущемъ примѣчаніи 2. Др. мн. Беръ стр. 232 слѣд. (255 слѣд.), Бринцъ стр. 638, также ф. д. Пфордтенъ Abhandl. стр. 300 и Е. А. Зейффертъ въ Pand. Зейфф. § 284 прим. 10. — При этомъ слѣдуетъ обратить прежде всего вниманіе на случай, когда выраженіемъ «получить или равно значущимъ квитируется долгъ. По моему мнѣнію, нельзя разрѣшить иначе даже при упо-

ное признаніе; что бываетъ тогда, когда оно сдѣлано при знаніи о послѣдовавшемъ платежѣ и не въ ожиданіи таковаго [4].

2. Мировая сдѣлка. *.

а. *Понятіе и правоотношеніе.*

§ 168 Мировая сдѣлка есть договоръ, въ силу котораго два контрагента устраняютъ, путемъ взаимныхъ уступокъ, неизвѣстность, существующую между ними относительно какой либо претензіи. Претензія эта можетъ быть вещная [1], изъ обязательства [2], или же она можетъ относиться къ области семейнаго права [3]. Неизвѣстность можетъ имѣть свое основаніе въ спорности притязанія, что и бываетъ въ большей части случаевъ [4], а также въ недостовѣрности будущаго существованія [5], объема или существенности [6] [а] притязанія. Взаимныя уступки могутъ состоять отчасти въ удовлетвореніи притязанія, отчасти въ отказѣ отъ него, другими словами въ признаніи его частью существующимъ, частью несуществующимъ [7], а также въ совершенномъ удовлетвореніи или полномъ отказѣ, за что противная сторона даетъ или обѣщаетъ дать эквивалентъ [8]. Этотъ эквивалентъ можетъ быть различнаго содержанія, какъ и всякое другое имуще-

---

требленіи выраженія «квитовать», квитанція». Допустимъ, что выраженіе это, по своей этимологіи, означаетъ не признаніе въ полученіи, а прощеніе долга; но я не думаю, чтобы оно въ настоящее время употреблялось въ этомъ смыслѣ. Впрочемъ, это вопросъ факта, подлежащій можетъ быть различному разрѣшенію въ различныхъ нѣмецкихъ земляхъ.

[4] Въ этомъ случаѣ квитованіе есть видъ договора прощенія долга, и вполнѣ однородно съ римской acceptilatio. Ср. l. 6. 21. 23 C. de solut. 8. 43; о случаѣ же квитованія въ ожиданіи платежа см. Е. А. Зейффертъ въ Pand. Зейфф. § 291 прим. 1b.

* Dig. 2. 15 Cod. 2. 4 de transactionibus. Ришъ die Lehre vom Vergleich mit Ausnahme des Eides und Compromisses (1855). Глюкъ V стр. 1—98; Унтергольцнеръ I стр. 658—660, Сантенисъ II стр. 483—489.

§ 168. [1] Примѣры мировыхъ сдѣлокъ по вещнымъ требованіямъ въ l. 2. 9. 11. 15. 33. C. h. t. Къ вещнымъ требованіямъ относятся также и требованія по наслѣдству, стр. l. 3 pr. l. 14 D. h. t., l. 2. 6. 10. 15. C. h. t.

[2] Напр. l. 1. 3. 4. C. h. t.

[3] Напр. оно можетъ быть направлено на признаніе отчества. Стр. l. 10. (также o. 43) C. h. t. Ришъ стр. 71. 72.

[4] См. напр. l. 1 D. l. 2. 12. 17. B. h. t., l. 65 § 1. D. de cond. ind. 12. 6.

[5] Напр. l. 11. C h. t., изъ двухъ сонаслѣдниковъ долженъ уплатить другому отказъ тотъ, который умретъ бездѣтнымъ. См. также l. 1. 16 C. de pact. 2. 3.

[6] Требованіе простирается напримѣръ на ежегодную пожизненную выдачу въ пользу лица, имѣющаго также право. L. 8. D. h. t.

[6а] Напримѣръ имѣющій право знаетъ, что слѣдствіемъ взысканія имъ съ обязаннаго лица будетъ открытіе его несостоятельности, при которой претензія его будетъ исключена, при чемъ неизвѣстно, пріобрѣтетъ ли лицо это когда нибудь имущество, или нѣтъ. Стр. § 169 прим. 9.

[7] См. напр. l. 6. C. h. t.

[8] Напр. l. 9. 33. D. h. t.

ственное удовлетвореніе [9]. Если уступка дѣлается одной только стороной, то нѣтъ мировой сдѣлки, а имѣется замаскированное дареніе [10].

Правоотношенія между контрагентами опредѣляются вообще по началамъ обоюдныхъ договоровъ [11], въ частности—по содержанію заключеннаго уговора [12]. Мировая сдѣлка не порождаетъ необхо-

---

[9] Онъ можетъ напримѣръ имѣть своимъ содержаніемъ доставленіе собственности, установленіе или отказъ отъ права на чужую вещь, установленіе или отказъ отъ права по обязательству и проч.

[10] L. 38. C. h. t. «Transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit». L. 1 D. h. t. «Qui transigit. quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit; qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit».

[11] См. § 74. Въ частности: a) ни одна сторона не можетъ требовать исполненія мировой сдѣлки, не исполнивъ ея сама или не предлагая исполненія съ своей стороны, l. 21 i. f. C. de pact. 2. 3. b) Исполнившій мировую сдѣлку или предлагающій исполненіе можетъ требовать исполненія отъ противной стороны. У римлянъ могъ требовать исполненія по actio praescriptis verbis, l. 6. 33 (34) C. h. t., или чрезъ предъявленіе требованія, отъ котораго послѣдовалъ отказъ, l. 28. 36 C. h. t. см. ниже у С. лишь тотъ, кто самъ исполнилъ сдѣлку, а не тотъ, кто предлагалъ только исполненіе, такъ какъ мировое соглашеніе не было у римлянъ консенсуальнымъ договоромъ. L. 21. C. de pact. 2. 3, l. 17. 28 C. h. t. c) Исполнившій сдѣлку можетъ требовать отъ противника лишь исполненія, а не возвращеніе полученнаго. Такъ было уже у римлянъ (хотя противъ принципа, что actio praescriptis verbis не исключаетъ сама по себѣ condictio ob causam daterum, I § 99 примѣч. 1—); это доказывается l. 36 C. h. t. («ne quid amplius ap ipsis exigi possit, exceptionis proficit equitas», т. е. отказавшійся отъ своего требованія можетъ заявить его вновь въ размѣрѣ эквивалента, но не болѣе, для вынужденія онаго, ср. Рипъ стр. 209), l. 28 C. h. t. («poteris ad obsequium placitorum adversarium tuum urgere»). d) Если для одной стороны дѣлается безъ ея вины невозможнымъ исполненіе принятаго ею на себя обязательства, то и другая сторона не связана мировой сдѣлкой. Иначе тогда лишь, когда невозможность касается исполненія заявленія объ отчужденіи (§ 74 прим. 16—19).

[12] Въ частности слѣдуетъ замѣтить: a) отказъ по мировой сдѣлкѣ отъ требованія есть прощеніе долга и притомъ прямое. При оспариваніи требованія отказъ можетъ быть понимаемъ не въ смыслѣ отказа отъ права, которое не признается противной стороной, а отказа отъ новыхъ заявленій объ основательности права, слѣдовательно въ смыслѣ pactum de non petendo. Но это съ точки зрѣнія противной стороны. Что же касается отказывающагося, то онъ прямо отказывается отъ права, а не отъ одного возобновленія заявленій о его основательности; онъ слѣдовательно имѣетъ въ виду прямое прощеніе долга (§ 110 Abs. 2), каковую волю принимаетъ эвентуально противникъ. У римлянъ прощеніе долга по мировой сдѣлкѣ, порождало, какъ и всякое другое прощеніе, прямое дѣйствіе лишь при облеченіи его въ форму acceptilatio, ср. l. 2. 4. 15. D. h. t., l. 3. 4. 32. 40 C. eod.), въ противномъ случаѣ оно давало только exceptio по правиламъ pactum de non petendo (ср. l. 17. 24 C. h. t.). b) Если мировая сдѣлка заключаетъ въ себѣ признаніе, то таковое подлежитъ обсужденію по правиламъ § 166. c) Эквивалентъ можетъ быть осуществленъ тотчасъ, или же можно принять обязательство осуществить его. Послѣднее имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, когда соглашеніе хотя и направлено на немедленное полученіе (Haben) противникомъ эквивалента, но самое полученіе не можетъ быть осуществлено однимъ соглашеніемъ (наприм. передача собственности безъ traditio). d) Если эквиваленть состоитъ въ дачѣ вещи, то контрагентъ отвѣтствуетъ не только за эвикцію, но и непосредственно тогда, когда доказано будетъ, что получателю не передано собственности

димо обязательства, а лишь въ той мѣрѣ, въ какой она прямо содержитъ въ себѣ обѣщаніе, или объявленіе, что правосостояніе, которое имѣетъ установиться послѣ соглашенія, не должно осуществиться, тотчасъ [13]. Нарушеніе мировой сдѣлки, подтвержденной присягой, наказывается тѣмъ, что нарушитель лишается пріобрѣтенныхъ имъ по этой сдѣлкѣ правъ, оставаясь самъ обязаннымъ по оной [14].

Сама по себѣ мировая сдѣлка не имѣетъ силы для третьихъ лицъ [15]. Исключенія [16] допускаются: а) для переемниковъ правъ— универсальныхъ и сингулярныхъ [17]; в) для соучастниковъ, по правиламъ изложеннымъ въ § 132 прим. 4—6 [18]. с) Кредиторы наслѣдства могутъ ссылаться [19] на мировую сдѣлку о дѣйствительности духовнаго завѣщанія.

или прочнаго права на удержаніе вещи (§ 145). Но естественно, что не отвѣчаетъ отказавшійся отъ требованія, если предметъ онаго былъ послѣ отказа отнятъ у противника въ силу другаго права. l. 33 C. h. t. Ришъ стр. 203—205, Беккеръ Jahrb. d. gem. R. VI стр. 238. 230, Синтенисъ стр. 488 прим 46.

[13] См. предъидущее примѣчаніе подъ с. — Изъ сказаннаго вытекаетъ трудность расположенія въ системѣ ученія о мировой сдѣлкѣ. Здѣсь представляется таже трудность, которая указана относительно даренія. Собственно говоря, о мировой сдѣлкѣ слѣдовало бы трактовать въ такомъ отдѣлѣ, гдѣ излагаются конкретные факты, на которыхъ основывается имущественный оборотъ, какъ таковые, независимо отъ того, порождаютъ ли они обязательства, или нѣтъ. Но отсутствію же такого отдѣла, самое удобное мѣсто для мировой сдѣлки есть, по моему мнѣнію, какъ и для даренія, обязательственное право, и притомъ въ его особенной части. Другіе помѣщаютъ ее въ общей части обязательственнаго права, въ отдѣлѣ о прекращеніи обязательствъ, ср. § 119 прим. 6. Но мировая сдѣлка не заключаетъ въ себѣ необходимо прекращенія, ни обязательствъ, ни требованія. Нѣкоторые думали помѣстить ее въ общей части системы права по разнообразному содержанію условій (Leistungen), входящихъ въ сдѣлку. Такъ Унтергольцнеръ I стр. 658. а) ср. Ришъ стр. 24. 33. Дѣйствительно, если остановиться на разнообразіи возможнаго содержанія сдѣлки, то ее нельзя не помѣстить въ общей части, какъ и дареніе. Но дѣйствительно ли послѣднему мѣсто въ общей части (§ 118 прим. 18)? Ришъ (стр. 12—34) желаетъ помѣстить мировое соглашеніе въ общей части рядомъ съ рѣшеніемъ, такъ какъ и мировая сдѣлка есть способъ прекращенія спора; но и такое расположеніе я считаю менѣе цѣлесообразнымъ, чѣмъ то, которое дано мировой сдѣлкѣ здѣсь. Я конечно далекъ отъ утвержденія, что при расположеніи системы не должно обращать вниманія на значеніе, которое юридическіе институты имѣютъ для интересовъ и потребностей жизни и оборотъ (ср. I § 13 прим. 2, II § 115 прим. 1); но я не думаю, чтобъ уясненію сущности мировой сдѣлки могло содѣйствовать поставленіе оной рядомъ съ рѣшеніемъ. Ученіе о ней основывается исключительно на томъ, что она договоръ, а не на томъ, что она представляетъ собой прекращеніе спора. При томъ же мировое соглашеніе не необходимо предполагаетъ споръ (прим. 5 b. ba.), чего не скрываетъ и Ришъ (стр. 30 прим. 13).

[14] L. 41 C. h. t.

[15] L. 3 pr. § 2 C. h. t., l. 29 § 2 D. de inoff. test. 5. 2.

[16] Ср. Ришъ стр. 192 слѣд.

[17] Ср. l. 8 D. de iurei 12. 2 и § 164 прим. 9.

[18] Ср. l. 28 pr. l. 42 § 3 D. de iurei. 12. 2 и § 164 прим. 10.

[19] L. 14 D. h. t. Ср. I § 132 прим 9.

2. Причины недѣйствительности.

§ 169. Недѣйствительность мировой сдѣлки опредѣляется по общимъ началамъ; именно она можетъ быть оспариваема по причинѣ принужденія [1], обмана [2], несуществованія того предположенія, на основаніи котораго она состоялась. Въ отношеніи послѣдняго слѣдуетъ въ частности замѣтить слѣдующее: 1) Предположеніемъ мировой сдѣлки о содержаніи притязанія служитъ основательность этого притязанія [3]. 2) Предположеніемъ мировой сдѣлки по спорному притязанію служитъ вѣрность тѣхъ фактовъ, которые приняты за вѣрные при заключеніи оной и невѣрность которыхъ устранила бы споръ, равно какъ отсутствіе другихъ фактовъ, вѣрность которыхъ устранила бы споръ [4]. 3) Предполо-

---

[1] L. 13 C. h. t. § 169.

[2] L. 9 § 2 D. l. 4. 19. 30 C. h. t., l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Ср. Зейфф. Arch. XV 128. — L. 35 D. de pact. 2. 14 не говоритъ о мировой сдѣлкѣ, а о признаніи Унгеръ Jahrb. f. Dogm. VIII. Стр. 194 прим. 18a.

[3] Напримѣръ кто нибудь соглашается уплатить одну общую сумму вмѣсто ежегодныхъ выдачъ по отказу, который онъ считаетъ обременительными для себя, но засимъ оказывается, что на него не было возложено никакого отказа. Кто нибудь входитъ въ мировое соглашеніе относительно возложеннаго на него легата, впослѣдствіи легатъ оказывается недѣйствительнымъ. Въ этихъ случаяхъ имѣется condictio indebiti. Зейфф. Arch. III. 323. (Въ случаѣ, приведенномъ у Зейфф. Arch. XIII. 142, сдѣлка относилась не къ одному содержанію требованія).

[4] Наприм. мировое соглашеніе о завѣщаніи, оспариваемомъ по несоблюденію формы и оказавшемся впослѣдствіи подложнымъ (untergeschoben) сдѣлка относительно требованія, которому противопоставляется exceptio SCi Velleiani; впослѣдствіи оказывается, что юридическая сдѣлка, послужившая основаніемъ къ соглашенію, была вынуждена. Мировое соглашеніе по требованію собственности, оспариваемому потому, что предшественникъ истца не былъ собственникомъ; впослѣдствіи оказывается, что истецъ былъ назначенъ наслѣдникомъ со стороны дѣйствительнаго собственника Ср. прим. 10. Сказанное здѣсь не доказывается l. 12 i. f. D. t. h. (каковое мѣсто говоритъ не объ оспариваніи мироваго соглашенія, а просто о томъ, что послѣднее должно относиться лишь къ требованію, которое имѣлось въ виду сторонами), ни l. 3 § 1 D. h. t. (какъ бы ни было трудно истолкованіе этого мѣста, ср. объ этомъ Ришъ § 14 прим. 15), ни l. 36 D. fem. erc. 10. 2 (не говорящая вовсе о мировомъ соглашеніи). Но оно подтверждается l. 24 C. h. t. Въ этомъ мѣстѣ соглашеніе признается необязательнымъ потому, что оно составленно на основаніи подложныхъ документовъ. Документы эти не могутъ относится къ самому спорному пункту, такъ какъ иначе не имѣло бы мѣста соглашеніе; слѣдовательно они должны относится къ предположенію спора. Съ сказаннымъ согласенъ цѣлый рядъ писателей (см. въ особенности Пухта § 294. h, Арндтсъ § 269. m, далѣе Беръ Anerkennung § 32 и цитаты у Риша § 25 прим. 17) въ томъ смыслѣ, что, по ихъ ученію, мировое соглашеніе можетъ быть оспариваемо по невѣрности того, что предположено въ немъ достовѣрнымъ. Писатели эти не принимаютъ необходимаго дополненія, что мировое соглашеніе можетъ быть оспариваемо по дѣйствительности фактовъ, отсутствіе которыхъ предполагалось при нѣмъ. Противъ всего ученія высказались Ришъ § 26 (ср. ниже прим. 10), Бринцъ стр. 139, Регельсбергеръ Arch. f. civ. Pr. XLVII стр. 160 слѣд. Ришъ полагаетъ, что разсматриваемымъ здѣсь спорнымъ случаямъ можно помочь истолкованіемъ мироваго соглашенія, которое должно отнести къ тому лишь спорному пункту, на счетъ котораго послѣдовало соглашеніе, но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы заключенная мировая сдѣлка

женіе мировой сдѣлки по спорному притязанію заключается далѣе въ томъ, что споръ еще не рѣшенъ [5]. Поэтому мировая сдѣлка подлежитъ оспариванію, если по дѣлу имѣется рѣшеніе, вошедшее въ законную силу [6].

Также бываетъ въ томъ случаѣ, когда споръ улаженъ прежней мировой сдѣлкой, присягой или третейскимъ рѣшеніемъ [7].

была ничтожна. Кто поэтому вошелъ въ соглашеніе относительно завѣщанія, которое оспаривается имъ по несоблюденію формы, тотъ не лишается вслѣдствіе сего права требовать наслѣдства, если завѣщаніе оказывается подложнымъ мировое же соглашеніе остается въ силѣ. Но изъ этого слѣдовало бы, что онъ можетъ удержать и то, что ему дано за отказъ отъ права по мировому соглашенію, при чемъ противникъ лишился бы одновременно даннаго имъ и наслѣдства. А какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда наслѣдство передано ему за эквивалентъ: какимъ образомъ получитъ онъ назадъ этотъ эквивалентъ, не оспаривая мировой сдѣлки? Или когда кто нибудь, вошедши въ мировое соглашеніе по выставленному имъ возраженію, открываетъ впослѣдствіи другое возраженіе? См. и Зейфф. Arch. III 323.

[5] Ср. о слѣдующемъ: Тибо Arch. f. civ. Pr. VIII. 12. IX. 22, Гольдшмидтъ тамъ же IX. 5, Селль въ Jahrb. Сели II стр. 53—64, Рудорфъ Zeitschr. f. gesch, RW. XIV. стр. 334 — 347, Ришъ стр. 74 — 95, Вагнеровъ III § 668 прим., Синтенисъ стр. 484—485.

[6] L. 7 pr. § 1 l. 11 D. l. 32 B. h. t., l. 23 §. 1 D. de cond ind. 12. 6; Paul. S. R. l. 1 § 5, Cod. Greg. II. 11 c. 1. 3. 4, Cod. Hermog. tit. 4 c. 3, Consult. c. 4. 7. 9. — Писатели несогласны на счетъ основанія этого положенія. Весьма распространенное въ прежнее время и опиравшееся на l. 32 C. h. t. и Paul. S. R. l. 19 §. 2 мнѣніе о томъ, что оно имѣетъ свое основаніе въ необязательности nudum'a pactum'a по римскому праву, не примѣнимое по сему къ современному праву, не раздѣляется теперь никѣмъ. ср. объ этомъ Ришъ стр. 77 — 81, Вангеровъ въ указ. м. Воззрѣніе Тибо (въ указ. м.), что положеніе это слѣдуетъ понимать въ смыслѣ постановленія положительнаго права, установленнаго въ интересѣ публичнаго порядка, не нашло сочувствія. Оно опровергается тѣмъ, что послѣдовавшее по мировой сдѣлкѣ удовлетвореніе не недѣйствительно, а подлежитъ лишь оспариванію l. 32 C. h. t. (гдѣ отрицается недѣйствительность, а предполагается возможность оспариванія). Господствующее мнѣніе считаетъ положеніе непосредственнымъ выводомъ изъ понятія мироваго соглашенія, по которому для такой сдѣлки требуется неизвѣстность. Но при этомъ не различаютъ должнымъ образомъ между субъективной и объективной неизвѣстности. Послѣдняя не подлежитъ оспариванію, такъ какъ рѣшеніе можетъ быть неизвѣстно одной изъ сторонъ, участвующихъ въ соглашеніи. Кто отрицаетъ первую, тотъ другими словами утверждаетъ, что всякое мировое соглашеніе можетъ быть оспариваемо, если только впослѣдствіи сторонѣ можно будетъ доказать, что она была права въ спорѣ. Но субъективная невозможность, достаточная сама по себѣ для мироваго соглашенія, можетъ по исключенію оказаться недостаточной тогда, когда она имѣла свое основаніе въ невѣдѣніи о существующемъ рѣшеніи, вошедшемъ въ законную силу. Исключеніе это находитъ себѣ оправданіе, но лишь въ томъ смыслѣ, какъ сказано въ текстѣ: мировая сдѣлка заключается съ цѣлью разрѣшенія спора будучи посему заключаема въ предположеніи, что рѣшеніе не послѣдовало еще. Ришъ, конечно, того мнѣнія (стр. 88 прим. 22), что мировая сдѣлка, заключенная при незнаніи о воспослѣдовавшемъ рѣшеніи, дѣйствительна тѣмъ не менѣе. Но тогда положеніе наше получаетъ такой же тривіальный смыслъ, какъ то, что дареніе не есть мировая сдѣлка. См. объ этомъ прим. 8.

[7] Это не высказано положительно въ источникахъ, но вытекаетъ изъ природы вещей. Ришъ стр. 91—94. Др. мн. Рудорффъ въ указ. м. стр. 348 слѣд.

Но при этомъ естественно требуется: а) чтобы не было спора [8]; о самомъ фактѣ воспослѣдованія рѣшенія, в) чтобы оспаривающій сдѣлку не зналъ о существованіи рѣшенія [9]. Съ другой стороны, само собою разумѣется, что для силы мировой сдѣлки не необходимо отсутствіе для стороны возможности доказывать впослѣдствіи, что она была права въ спорѣ [10].

По положительному постановленію римскаго права заключеніе мировой сдѣлки о замѣнѣ алиментовъ, оставляемыхъ на случай смерти, одной общей суммой, допускается не иначе, какъ съ утвержденія суда; безъ чего сдѣлка эта не обязательна для лица, имѣющаго право на алименты [11]. О положеніи, поддерживаемымъ многими, будто мировая сдѣлка по завѣщательнымъ претензіямъ недѣйствительна, если не имѣлся въ виду самый завѣщательный актъ, см. примѣчаніе [12].

По русскому праву предметомъ мировой сдѣлки права семейственныя не могутъ быть. (Arg. т. X ч. 1 ст. 1529 и 1545). А. Д.

---

[8] L. 11 D. h. t. «Post rem iudicatam, etiamsi provocatio non est interpositta, tamen si negetur iudicatum esse, vel ignorari potest, an iudicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest». L. 23 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Смыслъ l. 11 cit. слѣдующій: мировое соглашеніе, не смотря на res iudicata, возможно тѣмъ не менѣе, если существованіе рѣшенія не было прямо оспорено, или если о существованіи онаго можно быть различнаго мнѣнія. Что и въ послѣднемъ случаѣ можетъ отклонить ссылку на рѣшеніе, какъ на рѣшительный моментъ, тотъ, противъ котораго рѣшеніе заявляется, предполагаетъ этотъ законъ («quia adhuc lis subesse possit»). Ряшъ видитъ въ этомъ мѣстѣ доказательство въ пользу выставленнаго имъ положенія (прим. 6 въ концѣ), что мировое соглашеніе дѣйствительно, если стороны вовсе не знали о послѣдовавшемъ окончательномъ рѣшеніи. Но здѣсь говорится: si ignorari potest, а не: si ignoratur.

[9] Кто вступаетъ въ мировое соглашеніе, зная о благопріятномъ для него рѣшеніи, тотъ называетъ мировой сдѣлкой то, что въ дѣйствительности есть дареніе, развѣ бы была неизвѣстна исполнимость рѣшенія. Въ этомъ случаѣ имѣется конечно мировое соглашеніе не въ томъ смыслѣ, что существуетъ неизвѣстность права, а въ томъ, что неизвѣстно возможно ли будетъ привести рѣшеніе въ исполненіе. Ср. § 168 прим. 6а и трактатъ Гольдшмидта, цитированный въ 5 примѣчаніи, а также трактатъ Тибо.

[10] Что факты, на которые сторона ссылалась вѣрны, факты оспоренные невѣрны, что квалификація вѣрныхъ фактовъ такая, какъ сторона утверждала. L. 2. 19. 23. 29 C. h. t., l. 65 § 1 D. de cond. ind. 12. 6. Зейфф. Arch. XIII. 42. Ряшъ полагаетъ, что изъ l. 23 cit можно вывести прямое доказательство противъ сказаннаго въ текстѣ къ 2; но ничто въ этомъ мѣстѣ не заставляетъ принять, что сдѣлка не относится къ вопросу о наслѣдствѣ.

[11] L. 8. D. h. t., l. 8 C. eod. Ряшъ § 13, Синтенисъ прим. 43, Гольцшуеръ III § 316 nr. 7. Зейфф. Arch V. 285, X. 263, XI. 39, XVIII. 244.

[12] Положеніе это опирается на l. 6 D. h. t. «De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi neque exquiri veritas aliter potest, nisi inspectis cognitisque verbis testamenti». Между тѣмъ безспорно, что мѣсто это тождественно съ l. 1 § 1 D. test. quemadmodum 29. 3, сопоставленіе же послѣдняго мѣста показываетъ, что составитель онаго желалъ признать соглашеніе не недѣйствительнымъ, а хотѣлъ лишь сказать, что разумный человѣкъ не станетъ вступать въ мировыя сдѣлки, не

2. Договоръ третейскаго разбирательства.

а. *Понятіе и дѣйствіе.*

§ 170. Договоръ о третейскомъ разбирательствѣ есть договоръ, въ силу котораго контрагенты соглашаются разрѣшить [1] существующій между ними споръ о правѣ при посредствѣ частнаго лица—третейскаго судьи (или нѣсколькихъ подобныхъ лицъ). Договоръ третейскаго разбирательства заключаетъ въ себѣ: 1) заявленіе сторонъ о томъ, что они подчиняются третейскому рѣшенію. По этому такое рѣшеніе установляетъ между сторонами право, какъ и рѣшеніе судебное [2]; но это дѣйствіе такое рѣшеніе имѣетъ не на основаніи собственной силы его, а на основаніи той силы, которою оно облачено самими сторонами. Слѣдствіемъ этого бываетъ, что въ случаѣ воспослѣдованія рѣшенія въ пользу истца, послѣдній не можетъ требовать немедленнаго исполненія онаго [3], а долженъ предъявить искъ объ исполненіи [4]. Если рѣшеніе со-

---

зная словъ завѣщанія. Вопросъ можетъ состоять лишь въ томъ, не вставили ли компиляторы это мѣсто, которое они въ первоначальномъ смыслѣ помѣстили въ главѣ testamenta quemadmodum aperiantur, въ главу de transactionibus въ другомъ смыслѣ. Утвердительное разрѣшеніе сего кажется мнѣ слишкомъ рискованнымъ, тѣмъ болѣе, что компиляторы должны были бы употребить тогда слово «potest» дважды въ различномъ смыслѣ, во первыхъ въ смыслѣ юридическаго невѣдѣнія, а во вторыхъ невѣдѣнія фактическаго («neque exquiri veritas aliter potest»). Такъ и Ришъ § 14. Во всякомъ случаѣ положеніе о недѣйствительности мироваго соглашенія, при незнаніи словъ завѣщанія, не находитъ себѣ оправданія, какъ полагаютъ Пухта § 294, д., Арндтсъ § 269 прим. 2, Сиятеннсъ прим. 37, въ отсутствіи требованія неизвѣстности. Еслибъ положеніе это считалось постановленіемъ юстиніановскаго права, но я бы могъ оправдать его не иначе, какъ запрещеніемъ alea. Ср. и Гельцшуеръ III § 316 пр. 6 (Зейфф. Arch V. 304).

* Dig. 4. 8 de receptis, qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant. Cod. 2. 56 de receptis arbitris. — W. André gemeinrechtliche Grunzüge der Schiedsgerichte (1860). Глюкъ VI стр. 61—105; Унтергольцнеръ I стр. 650—656, Сиятеннсъ II стр. 492—500. О законодательномъ значеніи института: В. Г. Пухта das Institut der Schiedsrichte nach seinem heutigen Gebrauch und seiner heutigen Brauchbarkeit (1823), Пфейферъ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. III. 2 (1847), Андре въ указ. м. стр. 59—66.

§ 170. [1] Выраженіе «Schiedsvertrag», собственно говоря, не точно, такъ какъ Schiedsvertrag'омъ будетъ и договоръ о разрѣшеніи дѣла присягой (Schiedseidvertrag). Его слѣдовало бы назвать «Schiedsrichtervertrag». Но эта неточность дозволительна въ интересѣ краткости. Римское выраженіе есть compromissum, см. прим. 10. Третейскій посредникъ называется по римски arbiter.

[2] L. 1 D. h. t. «Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur. et ad finiendus lites pertinet». Ср. § 173 прим. 1а.

[3] L. 1 C. h. t.

[4] Римское право давало искъ лишь при обѣщаніи исполненія посредствомъ стипуляціи, l. 3 pr. C. h. t., l. 27 §. 7 l. 28 D. h. t. Но уже Юстиніанъ давалъ искъ изъ безформеннаго договора третейскаго разбирательства въ слѣдующихъ двухъ случаяхъ: a) когда договоръ этотъ или договоръ съ третейскимъ судьей былъ заключенъ подъ присягой; b) когда стороны подкрѣпили третейское рѣшеніе своею подписью, или не протестовали противъ него въ теченіи ближайшихъ десяти дней. L. 4. 5. C. h. t. Но

стоялось противъ истца, то противъ признаннаго неуважительнымъ притязанія имѣется тотчасъ возраженіе [5]. Если третейское рѣшеніе имѣло своимъ предметомъ не признаніе или отрицаніе притязанія, а установленіе существованія или несуществованія какого либо другаго правоотношенія или факта, то на основаніи третейскаго рѣшенія можно предъявить или устранить всякое требованіе, вытекающее изъ этого правоотношенія или факта [6]. Договоръ третейскаго разбирательства содержитъ въ себѣ: 2) со стороны истца—обѣщаніе не передавать этого дѣла обыкновенному суду съ обходомъ третейскаго, и 3) обѣщаніе обоихъ контрагентовъ все сдѣлать съ своей стороны, чтобы дать третейскому посреднику возможность постановить рѣшеніе. Первое обѣщаніе порождаетъ возраженіе противъ заявленнаго, вопреки этого обѣщанія, въ публичномъ судѣ иска [7]; второе служитъ для истца основаніемъ для реплики противъ возраженія [8], причемъ возможно также требовать исполненія онаго [9]. Въ договоръ третейскаго разбирательства можно включить условіе о неустойкѣ, или въ томъ смыслѣ, что, при неисполненіи этого договора, кредиторъ вправѣ требовать исполненія и неустойки, или же въ томъ, что требовать можно одной только неустойки [10]. Третейское рѣшеніе не имѣетъ силы относительно третьихъ лицъ, исключая правопреемниковъ и соучастниковъ [11].

первое постановленіе онъ опять отмѣнилъ въ Nov. 82 c. 11. Исключеніе допускалось также въ отношеніи договоровъ о третейскомъ разбирательствѣ между евреями, l. 8 C. de Iudaeis 1. 9. Андре Стр. 3. 17.

[5] По правиламъ о признаніи, а также по правиламъ прощенія долга. Но кажется, что эта категорія, на которую я главнѣйшимъ образомъ напиралъ во первомъ изданіи не такъ близко подходитъ сюда. Ср. l. 13 §. 1 D. h. t., l. 5 pr. C. h. t.

Ср. § 173 прим. 1. с.

[7] Андре стр. 19--24. Этому не противорѣчитъ l. 30 D. h. t.; см. прим. 10.

[8] Истецъ можетъ сказать, что онъ не абсолютно отказался отъ обращенія къ помощи судебной власти, а лишь въ пользу третейскаго рѣшенія, и что послѣднее не состоялось по винѣ отвѣтчика. Андре стр. 24.

[9] Исполненіе осуществляется угрозой судебнымъ и штрафомъ (§ 4 прим. 3), а также постановленіемъ предварительнаго рѣшенія, что на исполненіе могущаго послѣдовать третейскаго рѣшенія не должно вліять неповиновеніе стороны. За третейскими посредниками не признается права принудить стороны денежными штрафами повиноваться ихъ распоряженіямъ l. 39 pr. D. h. t. Андре стр. 43—44.

[10] У римлянъ было въ обыкновеніи включить въ третейскую запись условіе о штрафѣ. Отсюда и выраженіе compromissum. При этомъ это обѣщаніе штрафа имѣло указанный въ текстѣ смыслъ. Нарушеніе третейскаго договора давало право на взысканіе штрафа, при чемъ безразлично, заключалось ли нарушеніе въ неповиновеніи рѣшенію или въ томъ, что послѣднее не могло состояться. l. 2 D. h. t. «Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem». L. 30 eod., l. 1 C. h. t., Nov. 82 c. 11. Относительно воспрепятствованія тому, чтобъ рѣшеніе состоялось см. напр. l. 27 § 4. 6. l. 39 D. l. 2 C. h. t.

[11] Ср. §. 166 прим. 9 и 10.

b. *Условія обязательности распоряженій третейскаго судьи. Недѣйствительность договора о третейскомъ разбирательствѣ.*

§ 171. Распоряженія [1] третейскаго судьи, не смотря на обязательность третейскаго договора, необязательны, если судья выходитъ изъ поставленныхъ ему границъ по существу или временныхъ [2]. Въ частности третейское рѣшеніе необязательно, если имъ не опредѣляется или не вполнѣ разрѣшается споръ сторонъ [3], если оно направлено на что либо недозволенное [4], если оно было добыто злымъ умысломъ противника или явно пристрастно [5], если оно провозглашено не въ присутствіи обѣихъ сторонъ [6]. Разъ послѣдовавшее рѣшеніе третейскій судья не можетъ измѣнить [7]. При назначеніи нѣсколькихъ посредниковъ дѣло разрѣшается по большинству голосовъ [8], при равенствѣ голосовъ перевѣсъ даетъ голосъ избраннаго между третейскими судьями общаго посредника [9].

---

§ 171. [1] Окончательное рѣшеніе или частные опредѣленія. Руководство производствомъ предоставлено разумному усмотрѣнію судьи. Мнѣніе, будто онъ обязанъ руководствоваться судопроизводственными правилами данной стороны, неосновательно. Андре стр. 43—59. Ср. также Зейфф. Arch. XVI. 46.

[2] Важныя границы: l. 32 § 15. 18. 19 l. 46 D. h. t. Временныя границы: l. 32 § 21. l. 33 l. 20. § 7 l. 21. § 8 l. 25. 26 l. 50 D. l. 1 C. h. t.

([2]a Ср. къ слѣдующему Кирульфъ Entscheid любекскаго об. апп. суда 1867 Nr. 61).

[3] L. 19 § 1 l. 21 § 3 (ср. § 1) l. 32 § 16. 17 D. h. t., l. 21. pr. eod.

[4] L. 21 § 7 D. h. t.

[5] L. 3 C. h. t. Простое неодобреніе рѣшенія не есть основаніе для его необязательности. L. 27 § 2 D. h. t. «Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit, et sibi imputet, qui compromisit. Nam et. D. Pii rescripto adiicitur: vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet». L. 1 C. h. t. «Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non possesaepe rescriptum est» См. также l. 32 § 14 i. f. D. h. t Ср. Андре стр. 52—56, Гольшауеръ III § 317 Nr. 8; Зейфф. Arch. I. 217. Нельзя вывести изъ c. 11. X. de arbitr. 1. 43 ничтожность третейскаго рѣшенія, если оно противорѣчитъ рѣшенію, вошедшему въ законную силу (ср. Сентенисъ прим. 33). Въ случаѣ предусмотрѣнномъ въ этомъ мѣстѣ, третейскій судья не переступилъ предѣловъ своей власти См. еще Глюкъ VI. Стр. 99, Сентенисъ въ указ. м., Андре стр. 55—56.

[6] L. 28 § 4. 5 D. h. t.

[7] L. 19 § 2 l. 20 l. 21 pr. D. h. t.

[8] L. 17 § 6. 7 l. 18 l. 27 § 3 D. h. t. Что касается c. 2 de arbitr. in VI° l 22, то см. Глюкъ VI. Стр. 80, Андре стр. 46—47; Зейфф. Arch. V, 283, XVIII. 245.

[9] D. 17 § 6 cit. Въ мнимомъ противорѣчіи съ этимъ мѣстомъ говоритъ l. 17 § 5 eod. «Si in duos fuerit sic compromissum. ut, si dissentirent, tertium assumant, puto tale compromissum non valere; nam in assumendo possunt dissentire». Почему же сторонамъ нельзя по договору присвоить третейскому посреднику такую власть, которая принадлежитъ ему уже въ силу закона? L. 17 § 5 cit. выражаетъ лишь, что такой компромиссъ не влечетъ за собой необходимо рѣшенія. О различныхъ воззрѣніяхъ см. Андре стр. 33 — 38. Андре самъ выставляетъ новый взглядъ, говоря что въ l. 17 § 6 cit. третейскимъ посредникамъ не дано права избрать общаго посредника, а на нихъ возложена обязанность допустить лицо, назначенное отъ суда. Объясненіе это рушится

2. Договоръ третейскаго разбирательства недѣйствителенъ, независимо отъ общихъ началъ, по неспособности назначеннаго посредника [10]. Что касается оспариванія договора по отсутствію предположенія, то въ этомъ отношеніи примѣнимо сказанное выше (§ 169) о мировой сдѣлкѣ [11]. Третейскій договоръ лишается обязательности за смертью одной изъ сторонъ [12] и за одностороннимъ отказомъ по причинѣ вражды съ третейскимъ судьей [13]. Наличность спора о правѣ или даже просто правоотношенія не есть условіе для дѣйствительности договора [14]. Равнымъ образомъ не необходимо, для его дѣйствительности, немедленное назначеніе лица третейскаго судьи [15]. Но если указаніе лица посредника предоставлено будущему соглашенію [16], то въ этомъ случаѣ имѣется не столько договоръ третейскаго разбирательства, сколько договоръ о заключеніи такого договора [17].

по моему мнѣнію, а слово eligere въ § 6 cit. О недѣйствительности договора, коимъ третейскимъ судьямъ дается право предоставить дѣло на разрѣшеніе общаго посредника находитъ c. 12 X. de arbitris 1. 43 (каковое мѣсто говоритъ впрочемъ непосредственно не о случаѣ избранія общаго посредника третейскими судьями, а третьимъ лицомъ). Право третейскихъ судей избрать общаго посредника и безъ договора признаютъ c. 39 X. de off. et. pot. iud. deleg. 1. 29, c. 61 X. de appell. 2. 28 — Ср. еще Зейфф. Arch. II. 47, IX. 256, XVI. 47.

[10] Неспособны быть третейскими посредниками: a) лица моложе 20 лѣтъ, l. 9 § 1 l. 41 D. h. t.; b) глухіе, нѣмые, безумные, l. 9 § 1. D. h. t.; c) женщины, развѣ бы онѣ имѣли право писать на судѣ; d) сами стороны, l. 51 D. h. t., (Зейфф. Arch. XXIII. 133) L. 9 § 2 D. h. t. признаетъ къ этому неспособнымъ и судью, разрѣшавшаго дѣло; иначе каноническое право, c. 7 X. h t. 1 43. Ср. Гольцшуеръ III § 317 Nr. 7 (Несогласіе третейскаго судьи или общаго посредника: Зейфф. Arch. XXII. 139).

[11] Это вытекаетъ изъ цѣли договора третейскаго разбирательства — прекратить споръ.

[12] L. 27 § 1 l. 32 § 3 l. 49 § 2 D. h. t., c. 14 X. h. t. l. 43.

[13] L. 32 § 14 D. h. t. Само собою разумѣется, что договоръ третейскаго разбирательства теряетъ свою силу уничтоженіемъ онаго по взаимному согласію (l. 33 § 3 D. h. t.). Отказъ же судьи (§ 417), его смерть (l. 45 D. h. t., c. 45 X. de testib. 2. 20 ср. Зейфф. Arch. V. 283), истеченіе положеннаго времени (l. 32 § 3 D. h. t.), лишаютъ договоръ не столько обязательности, сколько возможности исполненія.

[14] Этому не противорѣчитъ l. 46 D. h. t. Андре стр. 26 — 29. Относительно втораго пункта писатель этотъ другаго мнѣнія, хотя безъ основанія.

[15] C. 12 X. de arbitr. 1. 43 содержитъ въ себѣ невѣрное пониманіе l. 17 § 5 D. h. t. См. прим. 9

[16] Противоположность: третье лицо должно назначить третейскаго посредника или каждая сторона по одному. Ср. Arch. f. prakt. RW. IX стр. 110 — 116; Зейфф. Arch. XIII 314.

[17] Такъ наз. pactum de compromittendo. Исполненіе этого договора обезпечивается, что касается отвѣтчика возраженіемъ противъ предъявленнаго истцомъ иска; относительно истца — репликой противъ этого возраженія (ср. § 167 прим. 8); но оно обезпечивается угрозой штрафа или назначеніемъ посредника судьей, если сторона уклонается отъ этого. Ср. Бухка и Будда Entscheid. роштокскаго об. аппел. суда стр.

c. *Договоръ съ третейскимъ судьей.*

§ 172. Отъ договора третейскаго разбирательства слѣдуетъ отличать договоръ, который стороны заключаютъ съ третейскимъ судьей [1]. Никто не обязанъ быть третейскимъ судьей; но принявшій разъ на себя разрѣшеніе дѣла обязанъ постановить рѣшеніе [2]. При этомъ предполагается однако же, что самый договоръ третейскаго разбирательства обязателенъ и продолжаетъ сохранять обязательную силу [3]. Но независимо отъ этого, третейскій судья можетъ въ извѣстныхъ, указанныхъ въ законѣ случаяхъ, освободиться отъ своей обязанности [4].

3. Договоръ о рѣшеніи спора присягой *

§ 173. Договоръ о разрѣшеніи спора присягой есть договоръ, въ силу котораго контрагенты соглашаются разрѣшить существующій между ними споръ о правѣ присягой, принимаемой однимъ изъ нихъ. Договоръ этотъ, что касается лица, предлагающаго присягу, содержитъ въ себѣ подчиненіе тому заявленію, подкрѣпленному присягой, которое будетъ сдѣлано противной стороной. Въ этомъ отношеніи слѣдуетъ повторить то, что сказано выше (§ 170) о договорѣ третейскаго разбирательства [1].

---

183 — 189. Др. мн. въ отношеніи послѣдняго пункта Синтенисъ прим. 88, въ отношеніи же дѣйствительности pactum'a de compremittendo вообще Андре стр. 29—33 и Зейфф. Arch. XIII 314.

§ 172. [1] Такъ наз. receptum arbitri.

[2] L. 3 § 1 l. 15 D. h. t. Судья принуждаетъ его возложеніемъ денежныхъ штрафовъ, l. 32 § 12 D. h. t. Ср. Рудорфъ Zeitschr. f. RGesch. VI стр. 107 слѣд. Въ теченіе какого срока долженъ онъ постановить рѣшеніе. L. 13 § 3. 4 l. 14 D. h. t.

[3] У римлянъ можно было обезпечить это условіемъ о штрафѣ, и также опредѣлить срокъ, въ теченіе котораго посредникъ обязанъ рѣшить дѣло. L. 11 § 1—l. 13 § 1. l. 32 § 1. 3 l. 34 § 1 l. 35 D. h. t.

[4] L. 9 § 4. 5 l. 10. 11 pr. l. 15. 16. 17 pr. D. h. t. См. еще l. 9 § 3 D. h. r. (судья не принимаетъ принудительныхъ мѣръ и тогда, «si sordes aut turpitudo arbitri manifestasit»), въ связи съ l. 7 pr. eod.

§ 173. * Dig 12. 2 de iureiurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali. Cod. 4. 1 de rebus creditis et iureiurando. Савиньи System VII § 309 — 314. Глюкъ XII. Стр. 178 слѣд.; Унтергольцнеръ I стр. 656 — 658, Синтенисъ II стр. 489—492.

[1] a) Присяга создаетъ между сторонами право, формальную истину. L. 5 § 2 l. 9 § 1 l. 28 § 10 l. 29 l. 30 pr. D. l. 1 C. h. t., § 11 I. de act. 4. 6. Поэтому присяга сравнивается съ судебнымъ рѣшеніемъ, l. 2 l. 26 § 2 l. 35 § 1 D. h. t., l. 1 pr. D. quar. rer actio 44 5. (Во многихъ изъ поименованныхъ мѣстъ сила присяги разсматривается съ точки зрѣнія доказательства). Оспариваніе присяги, какъ данной лживо, римское право допускаетъ въ особенномъ, исключительномъ случаѣ, l. 13, C. h. t. Постановленіе прус. уст. гражд. суд., ст. 107, относится лишь къ судебной присягѣ. b) Присяга установляетъ право между сторонами на основаніи заключеннаго договора, l. 3 pr. l. 26 § 2 l. 35 § 1 D. h. t. Поэтому присяга сравнивается съ мировой сдѣлкой, l. 21 l. 31 i. f. D. h. t., l. 21 D. de dolo 4. 3. c) Если кто присягнулъ въ томъ, что ему принадлежитъ требованіе, то онъ можетъ искать на основаніи этой присяги. Такъ было уже по римскому праву, хотя бы договоръ присяги

Если истецъ, до принесенія присяги, предъявляетъ дѣло суду, то противъ него имѣется изъ договора возраженіе [2]. Принесенію присяги равносильно освобожденіе отъ оной со стороны того, который ее предложилъ [3]. Отказъ отъ присяги служитъ наступленіемъ условія заключеннаго договора, не имѣя никакихъ другихъ послѣдствій [4]. Для третьихъ лицъ присяга не имѣетъ силы [5], за исключеніемъ наслѣдниковъ и соучастниковъ, по общимъ правиламъ [6]. Дѣйствительность договора о разрѣшеніи дѣла присягой опредѣляется общими правилами. Къ оспариванію по отсутствію предположенія примѣнимо то же, что и къ мировой сдѣлкѣ и договору третейскаго разбирательства [7].

Н. Игра и пари *.

§ 174. Въ договорѣ игры и пари каждая изъ сторонъ обѣщаетъ что-либо [1] другой подъ условіемъ, какъ разъ противополож-

---

былъ заключенъ по формалью, § 8 I de act. 4. 6, l. 28 § 10 l. 25 l. 30 pr. § 1. 2. D. h. t. d) Если кто присягнулъ въ томъ, что простирается къ нему требованіе неосновательно, то противъ этого требованія имѣется тотчасъ возраженіе по правиламъ признанія (не прощенія ли долга?). L. 7 pr. l. 9 pr. D. h. t. и ср. § 166 прим. 5. Въ источникахъ присяга сравнивается съ acceptilatio (l. 40 D. h. t.) и Solutio (l. 21 l. 27 § 1 l. 28 § 1 l. 35 § 1 D. h. t.). e) Если присяга относится не къ существованію или несуществованію требованія, а къ существованію или несуществованію другаго правоотношенія или факта, то на основаніи присяги имѣется искъ (resp. возраженіе) по каждому требованію, выводимому изъ такого факта или правоотношенія. L. 9 § 1 l. 11 l. 13 § 1—5 l. 26 § 1 l. 28 § 5—9 l. 29 l. 30 § 2 D. h. t.

[2] Это положительно не сказано въ источникахъ, но вытекаетъ непосредственно изъ содержанія договора.

[3] L. 6 l. 9 § 1 D. h. t.

[4] L. 5. § 4 D. h. t. Въ этомъ заключается существенное отличіе внѣ-судебной отъ судебной присяги. Послѣдняя должна быть, подъ страхомъ проигрыша дѣла, или принята или предложена противнику. L. 34 § 7—9 D. h. t. Къ этому отличію относятся, безъ сомнѣнія, выраженія voluntarium и necessarium въ рубрикѣ относящагося сюда пандектнаго титула (см. подъ *); но въ настоящее время подъ iusiarandum voluntarium разумѣютъ присягу, предложенную на судѣ стороной, вмѣсто присяги, предлагаемой самимъ судомъ, которая называется iusiurandum necessarium.

[5] L. 3 § 3 l. 9 § 7 l. 10 l. 11 § 3 l. 12 l. 13 pr. D. h. t.

[6] L. 7 l. 8 l. 9 § 7 D. h. t.; l. 28 § 1—3 l. 42 pr. § 1—3 D. eod., l. 1 § 3 D. quar. rer. act. 44. 5. Ср. § 168 прим. 9. 10.

[7] См. § 170 и § 172 прим. 11.—Саванья, не указывая основаній, утверждаетъ, что по современному праву договоръ о разрѣшеніи спора присягой не обязателенъ (въ указ. м. стр. 85). Противъ этого мнѣнія высказался и Ветцелль Civilpr. § 27 къ A.

* Dig. 11—5 de abatoribus. Cod. 3. 43 de abatoribus et aharum lusu.—Объ игрѣ и пари слѣдуетъ преимущественно сравнить два трактата Вильды въ Zeitschr. f. Deut R. II. 2. Стр. 133—193 и VIII. Стр. 200—239 (1839. 1843). Далѣе: Гансъ Beiträge zur Revision der preussischen Gesetzgebung I. 2 № 14 (1830; объ этомъ Вильда II. Стр. 141—144). Тель der Verkehr mit Staatspapieren. Стр. 235—272 (1835), ф. д. Пфордтенъ Abhandlungen. Стр. 327—333 (1840). Глюкъ XI. Стр. 325—374; Унтергольцнеръ. II, Стр. 305—309, Синтенисъ. II. Стр. 724—727, Вагнеровъ. III. § 673 прим. и учебники нѣмецкаго гражданскаго права Гербера § 193, Безслеръ § 130, Блунтшли § 125. 126.

[1] Дать или предоставить взять ставку, если таковая поставлена.—Возможно также

нымъ тому условію, подъ которымъ она съ своей стороны принимаетъ отъ другаго контрагента обѣщаніе что нибудь дать, такъ что въ результатѣ одна только сторона что-либо получаетъ, слѣдовательно выигрываетъ, а другая проигрываетъ [2]. Въ частности договоръ игры и пари существенно различаются между собою. При договорѣ пари выигрышъ или проигрышъ ставятся сторонами въ зависимость отъ правильности или неправильности приводимыхъ ими другъ предъ другомъ доводовъ, при чемъ смыслъ заключеннаго договора состоитъ въ принятіи на себя каждой стороной штрафа на случай, если она окажется неправой, и назначенія штрафа съ противника, оказавшагося неправымъ. Напротивъ въ договорѣ игры выигрышъ или проигрышъ обусловливаются или исходомъ дѣятельности, предпринятой сторонами для препровожденія времени сообща (игра въ тѣсномъ смыслѣ), или существованіе или несуществованіе, наступленіе или ненаступленіе какого либо другаго факта, который употребляется сторонами исключительно для разрѣшенія вопроса о выигрышѣ или проигрышѣ [3]. Въ первомъ случаѣ мотивомъ договора игры бываетъ

передать ставку третьему лицу для врученія оной побѣдителю; объ этомъ случаѣ трактуетъ l. 17 § 5 D. de praescr. verb. 19. 5 (прим. 5). Въ этомъ случаѣ взаимное удовлетвореніе контрагентовъ заключается не въ обязательствѣ, принимаемомъ ими другъ предъ другомъ, а въ обязательствѣ предъ третьимъ лицомъ—выдать противной сторонѣ то, что ей обѣщано контрагентомъ, т. е. ставку на случай побѣды. Это видоизмѣненіе не имѣетъ значенія для существа договора игры и пари.

[2] Представляютъ ли игра и пари обоюдные договоры (§ 321)?—Этого нельзя отрицать. Если при обоюдномъ договорѣ обязанность одной стороны можетъ быть условна (§ 139), то условными могутъ быть и обязанности обѣихъ сторонъ; природа же договора не измѣняется отъ того, что одно условіе представляетъ собою обратную сторону другаго, такъ что съ самаго начала извѣстно, что осуществиться можетъ одно только обязательство. Послѣднее ф. д. Пфордтенъ въ указ. мѣстѣ выражаетъ слѣдующимъ образомъ: Игра и пари суть при заключеніи договора обоюдные, при исполненіи же — односторонніе.—Кунтце къ Гольцшуеру, III. стр. 39, противопоставляетъ игру и пари какъ «альтернативныя обязательства» двустороннимъ обязательствамъ.

[3] Фактъ этотъ можетъ также быть слѣдствіемъ дѣятельности, предпринятой одною изъ сторонъ, или это можетъ быть какимъ либо другимъ фактомъ. Для понятія договора игры безразлично, бросаютъ ли кегли сами стороны, или они смотрятъ лишь, какъ другіе бросаютъ ихъ. Такъ называемыя сдѣлки о разницѣ, т. е. тѣ сдѣлки, при которыхъ, при повышеніи до извѣстнаго срока курса извѣстной бумаги за извѣстный предѣлъ, платитъ разницу одинъ контрагентъ, и при пониженіи — другой, представляютъ собою договоръ игры, не называемый только этимъ именемъ. Въ виду главнымъ образомъ сдѣлки о разницѣ и для спасенія ея дѣйствительности, Тель въ указ. мѣстѣ сталъ проводить взглядъ, что для понятія игры существенно, чтобы исходъ игры былъ слѣдствіемъ дѣятельности сторонъ, каковой взглядъ онъ поддерживаетъ и теперь (Handelsr., изд. 4, § 102). Тель, какъ слѣдовало ожидать, не стѣсняется сдѣлать изъ этого взгляда слѣдующіе выводы. «Заключенный между двумя англичанами договоръ о томъ, что одинъ изъ нихъ обязанъ уплатить другому опредѣленную сумму, смотря потому, какая изъ двухъ положенныхъ на одномъ концѣ стола улитокъ скорѣе достигнетъ противоположнаго конца, есть *игра*. Еслибъ улитки были найдены въ такомъ поло-

намѣреніе усилить серьезность и энергію игорной дѣятельности перспективой выигрыша или проигрыша, или даже возбужденіе риска, исключительно или въ связи съ этимъ мотивомъ; во второмъ случаѣ мотивомъ договора игры служитъ возбужденіе риска или желаніе выиграть [4].

На этомъ различіи договоровъ игры и пари и самаго договора игры основываются слѣдующія начала.

1. Договоръ пари вполнѣ дозволителенъ, порождая согласное съ его содержаніемъ юридическое дѣйствіе [5].

2. Договоръ игры дозволителенъ тогда, когда онъ держится въ предѣлахъ общественной забавы. Это бываетъ тогда: a) когда мотивъ его—усиленіе и оживленіе дѣятельности, предпринятой съ цѣлью препровожденія времени; b) когда мотивъ его хотя и возбужденіе риска, но ставки умѣренны, сообразно съ имущественными отношеніями играющихъ [6]. Дозволенный договоръ игры порождаетъ также всѣ свойственныя его содержанію юридическія послѣдствія [7].

женіи, что стороны ни малѣйшимъ образомъ не содѣйствовали исходу договора, то это было бы *пари*». Противъ Теля—Вильда, VIII, стр. 208—210. Взглядъ Теля принятъ въ рѣшеніяхъ у Зейфферта Arch. XI. 236; (XXII. 236; противъ этого XXII. 235).

[4] Если мотивомъ договора игры служитъ оживленіе игры, то договоръ будетъ договоромъ игры, потому что онъ связывается съ игрой; если мотивомъ его будетъ охота къ риску и выигрышу, то онъ потому есть договоръ игры, что онъ заключаетъ въ себѣ игру.

[5] L. 17 § 5 D. de praescr. verb. 19. 5. Тель въ указ. мѣстѣ, стр. 264, несправедливо сомнѣвается, чтобы въ этомъ мѣстѣ рѣчь была о пари; см. противъ этого Вильда VIII. Стр. 217—218. Объ обширномъ употребленіи, которое римляне дѣлали изъ пари для судебнаго разрѣшенія какого нибудь спора, см. цитаты у Келлера Civilpr. § 26, прим. 307. 308.—Другое мнѣніе о дѣйствительности договора пари Пухта § 258 на основаніи ошибочнаго представленія, что «игры представляютъ совокупность связанныхъ между собою пари», при чемъ онъ ссылается на то, что l. 17 § 5. cit. говоритъ лишь объ искѣ противъ третьяго лица. И у старыхъ юристовъ встрѣчается мнѣніе, что договоръ пари недѣйствителенъ, какъ и договоръ игры, см. Вильда, стр. 226.

[6] Римское право не дозволяетъ договора игры въ этомъ объемѣ. Оно разрѣшаетъ его лишь при играхъ съ цѣлью тѣлеснаго упражненія, и притомъ, по постановленію Юстиніана, для пяти игръ этого рода (ср. объ этомъ Глюкъ, XI, стр. 326. 327), съ условіемъ, чтобы призъ не превышалъ одного солида. Кромѣ того дозволена игра въ домашнемъ кругу въ то, «quod in convivio vescendi causa ponitur» (l. 4 pr. D. h. t.). Выводимое въ текстѣ болѣе широкое опредѣленіе имѣетъ за собою обще-германскій обыденно соблюдаемый обычай; ежедневно уплачивается то, что проиграно не въ силу особеннаго чувства чести, а также не потому, чтобы проигрышъ считался предметомъ простаго права. Съ этимъ согласно и проведенное въ партикулярныхъ правахъ германское юридическое воззрѣніе, какъ это доказалъ Вильда, II, стр. 144. См. также Вильда тамъ же, стр. 173—180.—Другіе выставили положеніе, что по современному праву дозволены всѣ искусственныя игры, а не игры на счастье. См. объ этомъ и противъ этого Вильда въ указ. мѣстѣ, стр. 174 слѣд.—О томъ, продолжаютъ ли имѣть силу римскія постановленія, см. Зейфф. Arch. I, 345, IX. 289, XIII. 94.

[7] Вильда (II, стр. 180—182) не даетъ иска и изъ дозволенной игры, устраняя

3. Всякій другой договоръ игры запрещается и считается недѣйствительнымъ. Проигрышъ можетъ и не быть уплаченъ, уплаченнаго же проигрыша можно требовать обратно [8].

§ 175. Дозволяется и обязательно не все то, что называется договоромъ пари, такъ какъ подъ именемъ пари можетъ очень легко скрываться игра [1]. И настоящій договоръ пари запрещается, если содержаніе его безнравственно [2]. Договоръ пари можно, какъ и всякій договоръ, оспаривать по причинѣ злаго умысла. Но само по себѣ не будетъ злымъ умысломъ битье о закладъ при извѣстности одному контрагенту вѣрности того, что онъ утверждаетъ, безъ сообщенія сего противнику [3]. Равенство

только право требовать назадъ уплаченнаго, при чемъ онъ опять-таки ссылается на воззрѣніе партикулярныхъ правъ и имперскаго закона 1570 г. § 211 (Reuterbestallung und Artikul der teutschen Knechte»). Относящіяся сюда нѣмецко-правовыя постановленія, запрещающія «игру въ долгъ», дѣлаютъ это, какъ мнѣ кажется, въ томъ смыслѣ, что они въ такой игрѣ не видятъ игры для забавы собственно, а игру для выигрыша, поэтому нельзя утвердить, что они вообще не допускаютъ иска изъ договора игры. Во всякомъ случаѣ постановленія эти понимаютъ подъ игрой въ долгъ такую игру, при которой заявляющему о неимѣніи денегъ кредитуется впередъ то, что онъ проиграетъ; а не игру, по окончаніи которой партнеръ объявляетъ, что, не имѣя денегъ въ эту минуту, онъ проситъ представить ему покамѣстъ проигрышъ.

[8] L. 3 C. h. t. (каковое мѣсто не неглоссировано, какъ полагаютъ Арндтсъ § 236 прим. 2 и Спитеннсъ § 123 прим. 2), l. 4 § 1. 2 D. h. t. Другаго мнѣнія о правѣ требовать обратно уплоченнаго, Вильда II, стр. 185—190, опять-таки ссылающійся на нѣмецкое право, но неубѣдительно. По партикулярнымъ правамъ мѣсто обратнаго требованія заступаетъ конфискація проигранныхъ суммъ. Ср. Зейфф. Arch. I. 345. XIII, 94; XI. 155.

§ 175. [1] То, что называется пари, есть въ дѣйствительности игра, если стороны держатъ пари не потому, что онѣ утверждаютъ противное, а утверждаютъ противное для того, чтобы можно было держать пари. Сюда относится и такъ-называемое парированіе въ игрѣ въ томъ смыслѣ, въ какомъ оно обыкновенно совершается. Иначе бываетъ, когда оно дѣлается изъ убѣжденія, что одинъ изъ игроковъ превосходитъ другаго силой. Тоже бываетъ съ пари при конскихъ бѣгахъ и подобныхъ имъ ристалищахъ. Римское право признаетъ (l. 3 D. h. t.) недозволеннымъ всякое пари при игрѣ, за исключеніемъ игръ для тѣлеснаго упражненія. Это дѣлается, безъ сомнѣнія, въ томъ смыслѣ, что интересъ держащихъ пари при послѣднихъ заключается въ исходѣ игры, какъ таковой, тогда какъ въ другихъ случаяхъ игра употребляется какъ средство для выигрыша и проигрыша. Ср. Вильда VIII. Стр. 217. 227—230. Зейфф. Arch. II. 291, XIII. 94. Очень трудно опредѣлить въ каждомъ данномъ случаѣ границу между дѣйствительнымъ пари и игрой (Spielwette), тѣмъ не менѣе противоположность между ними есть. Точкой опоры для суда можетъ служить размѣръ ставки; если послѣдняя сравнительно высока, то можно приблизительно предполагать, что стороны держали пари. Объясненіе же, что пари вообще недѣйствителенъ и необязателенъ вслѣдствіе несоразмѣрно высокой ставки, не находитъ себѣ оправданія, если даже призвать на помощь древнее нѣмецкое право, какъ это дѣлаетъ Вильда (VIII. стр. 230 — 233). Ср. Вангеровъ стр. 539.

[2] L. 17 § 5 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5. Содержаніе пари безнравственно, если оно служитъ къ содѣйствію дурному. Вильда VIII. Стр. 218. 228.

[3] Иначе бываетъ, если онъ дѣлаетъ видъ, что меньше знаетъ дѣло, о которомъ идетъ рѣчь, чѣмъ въ дѣйствительности бываетъ. Вильда VIII. Стр. 233—236, Вангеровъ стр. 539, Гольцшуеръ III, § 310, nr. 5.

ставки съ обѣихъ сторонъ не есть условіе дѣйствительности договора пари [3a]. Если на случай неправоты обѣщаетъ что нибудь одна только сторона, то это не будетъ пари; однако же такой договоръ не необязателенъ [4]. Естественно, необязательно пари, при заключеніи котораго не имѣлось серьезной воли [4a].

2. Право требовать возвращенія проигрыша по запрещенной игрѣ погашается пятидесяти-лѣтней давностью [5]. Въ случаѣ нежеланія проигравшаго осуществить это право, послѣднее можетъ, вмѣсто него, осуществить городская община, къ которой онъ принадлежитъ, а за симъ и казна [6]. Утверждаемое многими положеніе, что нельзя требовать возвращенія денегъ, данныхъ взаймы для запрещенной игры, не находитъ себѣ оправданія [7]. За то въ римскомъ правѣ имѣется постановленіе, въ силу котораго лицо, предоставившее свое жилище для запрещенной игры, не имѣетъ права иска по нанесенію побоевъ, поврежденію и похищенію изъ его жилища во время игры [8],

3. Особенный видъ договора игры есть договоръ лотереи современнаго права. Особенности его заключаются въ томъ, что условной представляется обязанность лишь одной изъ играющихъ сторонъ. Договоръ лотереи употребляется въ настоящее время государствами какъ источникъ пріобрѣтенія, и въ этомъ смыслѣ онъ дозволителенъ [9].

[3a] Зейфф. Arch. II. 292, ср также XVI. 217.

[4] Ср. Шварце и Гейне Untersuchung praktisch wichtiger Materien и проч. стр. 88—91, Йерингъ Jahrb. f. Dagm. IV, стр. 100. Другое мнѣніе Регельсбергеръ civilr. Erörter. I, стр. 207.

[4a] Ср. Бухка и Будде Entscheid. роштокскаго об. ап. суда. III, стр. 100 — 105. (VI. Стр. 161—162).

[5] L. 3 C. h. t. § 174, прим. 8).

[6] L. 3 C. cit. Ср. Глюкъ XI, стр. 334—337, Вильда II, стр. 190—192, Синтенисъ § 123, прим. 5.

[7] Его опираютъ на l. 12 § 11 D. mand. 17. 1 и l. 2 § 1 D. quar. rer. actio 44. 5. Но что касается перваго мѣста, то оно въ настоящемъ вопросѣ ведетъ къ непризнаваемому никѣмъ положенію, что нельзя требовать назадъ займа, о которомъ заимодавецъ знаетъ, что онъ булетъ экономически дурно употребленъ. Поэтому правильнѣе кажется объяснить это мѣсто молодостью должника («adolescens»), ср. l. 27 § 1 l. 24 § 4 D. de min. 4. 4. Изъ l. 2 § 1 D. quar rer actio (§ 154 прим. 40) вытекаетъ самое большое, что нельзя требовать назадъ данныхъ взаймы денегъ, если онѣ были потерины. Вильда ссылается и здѣсь на запрещеніе нѣмецкаго права играть въ долгъ. Ср. еще Гольцшуеръ III, § 310 пг. 2. (Зейфф. Arch. XXIII. 27). — Если взаймы даетъ партнеръ, которому деньги эти проигрываются, то заемъ не можетъ быть конечно, требуемъ назадъ. Въ этомъ случаѣ деньги считаются какъ бы прямо проигранными по игрѣ.

[8] L. 1 pr. § 3 D. h. t. На теперешнее примѣчаніе этого постановленія сильно оспаривается. Вильда II стр. 173, Синтенисъ прим. 5 въ концѣ. Наказуема ли запрещенная игра? См. l. 1 § 4 D. h. t., l. 3 i. f. C. h. t., Геффтеръ Strafrecht § 483 Вильда II стр. 183—185.

[9] Подробное изложеніе этого должно предоставить учебникамъ нѣмецкаго частнаго

Изложенныя здѣсь начала объ обязательствахъ, вызникающихъ изъ договоровъ игры и пари, какъ вытекающія изъ сущности этихъ договоровъ и не противныя нашимъ законамъ вполнѣ примѣнимы и къ русскому праву, за исключеніемъ тѣхъ началъ, которыя установлены положительными и спеціальными постановленіями римскаго законодательства. Къ этимъ послѣднимъ относятся постановленія о пятидесятилѣтней давности (по русскому праву десятилѣтняя), о правѣ лицъ, въ помѣщеніяхъ которыхъ производилась игра, и о правѣ казны и городскихъ общинъ.

Наша судебная практика не всегда руководствуется изложенными началами; но это слѣдуетъ приписать не принципіальному различію взглядовъ, а только неуясненности въ нашей практикѣ самихъ принциповъ (см. «Сводъ» I, 446—450 изд. 2).—А. Д.

II. Обязательства изъ quasi-договорныхъ основаній.

А. Обогащеніе безъ законнаго основанія *.

1. Понятіе.

а) Обогащеніе.

§ 176. Фактъ обогащенія себя кѣмъ либо чужимъ имуществомъ безъ законнаго основанія порождаетъ для него обязанность возвратить хозяину неправильно полученное [1] [2].

права. Равнымъ образомъ имъ слѣдуетъ предоставить изложеніе другихъ рискованныхъ договоровъ, которые, кромѣ поименованнаго здѣсь, нуждаются въ особомъ разсмотрѣніи. Сюда относятся договоры — страхованія, бодмереи (ср. о послѣднемъ и § 124 прим. въ концѣ)

§ 176 * Dig. 12—4. 7, Cod. 4. 5. 9. Виндшейдъ, die Lehre des römischen Rechts von der Veraussetzung (1850). Эрклебенъ die condictiones sine causa, 1. Abthil. 1850. 2 Abth. 1853. Г. Витте die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (1859). Voigt die condictiones ob causam (1862); ср. объ этомъ трактатѣ рецензіи Эсмарка Krit. VISchr. V. стр. 532—541 у г. Витте въ Jahrb. Шлеттера X. стр. 6—25 (послѣдняя не слишкомъ строга). Не всѣ поименованныя сочиненія обсуживаютъ разсматриваемый здѣсь предметъ всесторонне. Глюкъ XIII стр. 1. слѣд.; Унтергольцнеръ II стр. 6—65, Сиитенисъ II § 109 (стр. 517—545).

[1] Прежде существовало распространенное ученіе, что одинъ фактъ обогащенія чужимъ имуществомъ установляетъ, какъ таковой, обязанность къ уравненію происшедшаго отъ сего для другаго вреда, и еще В. Солль въ его Versuchen I. 1 (1833) посвятили изложенію этого начала отдѣльный трактатъ. Теперь всякъ сознаетъ, что начала въ этомъ видѣ невѣрно, и что правило источниковъ: «natura aequum est, nominem cum alterius detrimento fieri locupletiorem» (l. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 206 D. de R. I. 50. 17) есть лишь одно изъ тѣхъ абстрактныхъ сентенцій, которыя встрѣчаются въ нихъ. Правильное положеніе встрѣчается въ I. 1 § 3 D. de cond. sine causa 12. 7 «Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam»; далѣе l. 25 D. act. rer. am 25. 2: «Nam iure gentium condici puto posse res ad his, qui non ex iusta causa possident» Указанное заблужденіе, но въ противоположномъ смыслѣ, поддерживается въ новѣйшее время Якоби (Jahrb. f. Dogm. IV. 3), который утверждаетъ, что и неосновательное

1. Обогащеніе [3]. Оно можетъ заключаться въ увеличеніи имущества или неуменьшеніи. Увеличеніе имущества: пріобрѣтеніе права собственности [4], права на чужую вещь [5], права требованія [6], владѣнія [7]; освобожденіе отъ ограниченія собственности [8] или отъ долга [9]. Неуменьшеніе имущества: необремененіе собственности какимъ либо ограниченіемъ [10] или долгомъ [11], или по-

---

обогащеніе не составляетъ самостоятельнаго искового основанія. См. противъ этого Г. Витте тамъ же V. 3, и ср. § 178 прим. 13. Объ исторіи этого ученія см. Voigt § 39—45).

[2] Обязательство изъ факта неосновательнаго обогащенія соотвѣтствуетъ договорному обязательству выдать то, что имѣется въ чьихъ нибудь рукахъ изъ чужого имущества. Связь между тѣмъ и другимъ обязательствомъ близка въ особенности тамъ, гдѣ обогащеніе основывается на волѣ того, кто сдѣлался бѣднѣе Gai. III. 90 (§ 1 I. quib. mod. re 3. 14). «Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam perinde ei condici potest: si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset». L. 5 § 3 D. de O. et A. 44. 7, § 6 I. de obl. quae quasi ex contr. 3 27. Здѣсь рѣчь идетъ лишь объ обязанности изъ факта неосновательнаго обогащенія, какъ таковаго. Случаи, въ которыхъ обязательство къ выдачѣ обогащенія вызывается не неосновательностью, а чѣмъ нибудь другимъ, не относятся сюда, и посему сюда не относятся actio negotiorum gestorum contraria и actio de in rem verso. Ср. Виндшейдъ Krit. VISch. I стр. 116 и спеціально объ actio negotiorum gestorum contraria ниже § 187 прим. 17 въ концѣ.

[3] Ср. Voigt § 47—51.

[4] Для этого обыкновеннаго случая не необходимо привести здѣсь доказательство изъ источниковъ. Имѣется ли обогащеніе и въ повышеніи цѣнности состоящей уже въ собственности вещи? Да, но лишь при слѣдующихъ предположеніяхъ: a) повышеніе цѣнности имѣетъ своимъ послѣдствіемъ возвышеніе доходности, тогда обогащеніе состоитъ въ излишней выгодѣ; b) вещь продана собственникомъ, тогда обогащеніе состоитъ въ излишкѣ выручки. Ср. l. 38 i. f. l. 29 D. de R. V. 6. 1. l. 10 D. de impens. 25. 1. Зейфф. Arch. IX. 287.

[5] L. 12 D. de cond. ind. 12. 6.

[6] См. напр. l. 1 pr. § 2 l. 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 7 C. de non num. pec. 4. 30. Шмидъ Grundlehren der Cession II стр. 189 слѣд. 439 того мнѣнія, что неосновательность доставленнаго чрезъ переуступку обязательства обогащенія не установляетъ обязанности къ выдачѣ, такъ какъ цедентъ можетъ въ этомъ случаѣ обратиться прямо къ должнику. Я не думаю, чтобъ положеніе это подтверждалось приведенными имъ источниками, l. 4 C de H. v. A. V. 4. 39 и l. 28 § 3 D. de ann 33 1.

[7] L. 4 § 2 D. de R. C. 12. 1, l. 15 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. de cond. trit. 12. 3, l. 31 § 1 t. f. D. dep. 16. 3, l. 46 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2. Ср. l. 9 pr. l. 21 § 2 D. quod met. c. 4. 2, und I § 161 Note 2 во время Прокула не признавалась еще condictio possessionis ср. l. 67 D. de l. D. 23. 3. Зейфф. Arch. III. 177, IV. 122. (Бринцъ стр. 653—654).

[8] S. c. B. l. 4. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 24 D. de m. c. don. 39. 6.

[9] L. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[10] L 22 § D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 pr. D. de A. E. V. 19. 1

[11] L. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5, l. 7 pr. D. usufr. quemadm. 7. 9, l. 3 § 10 D. si cui plus 35. 3, l. 39 D. de cond. ind. 12. 6.

винностью [12], сбереженіе расхода [13], сохраненіе вещи [14]. Если изъ обогащенія возникаетъ для обогащающагося какой нибудь ущербъ, то дѣйствительнымъ обогащеніемъ будетъ лишь остатокъ [15].

2. Обогащеніе чужимъ имуществомъ. Обогащеніе будетъ обогащеніемъ чужимъ имуществомъ не только тогда, когда оно влечетъ за собою непосредственно уменьшеніе чужаго имущества [16], но и тогда, когда оно препятствуетъ увеличенію послѣдняго вслѣдствіе пользованія чужимъ имуществомъ, потребленія, передачи и обремененія онаго [17].

3. Фактъ, на которомъ основывается обогащеніе, можетъ быть юридической сдѣлкой или чѣмъ либо другимъ [18]. Юридическая

---

[12] L. 40 § 1 D. de cond. ind. 12. 6, l. 58—60 D. de leg. I° 30, l. 5 § 2 D. de impens. 25. 1.

[13] Напримѣръ кто нибудь сберегаетъ наемныя деньги чрезъ употребленіе чужихъ вещей или рабочихъ силъ (l. 65 § 7 l. 26 § 12 D. de cond. ind. 12. 6). Кто нибудь расходуетъ, вмѣсто своихъ, чужія деньги (см. напр. l. 29 D. de cond. ind. 12. 6 — 12. 6, ср. l. 50 § 1 D. de don. i. v. e. u. 24. 1) или самъ собственникъ отдастъ свое для освобожденіе насъ отъ необходимости дать наше. Впрочемъ израсходованіе чужихъ денегъ сберегаетъ расходъ собственныхъ тогда только, когда деньги издерживаются такимъ образомъ, что собственникъ не можетъ ихъ отыскать; иначе онѣ могутъ быть виндицируемы, получатель же можетъ обратиться къ лицу, израсходовавшему чужія деньги. l. 25 D. de praescr. verb. 19. 5 исходитъ, что касается разсмотрѣннаго только что случая, изъ болѣе ограниченнаго воззрѣнія, что деньги не могутъ быть требуемы назадъ. Несправедливо считать Voigt стр. 327—332—405 это воззрѣніе выраженіемъ настоящей мысли римскаго права. Consumere alienam pecuniam источниковъ Voigt понимаетъ исключительно въ смыслѣ пріобрѣтенія собственности чрезъ смѣшеніе (стр. 390. 746).

[14] Ср. l. 41 § 10 D. de don i. v. e. u. 29. 1 (§ 118 прим. 14).

[15] Кто наприм. получилъ чужія деньги взаймы или въ уплату, тотъ обогащается чрезъ потребленіе этихъ денегъ тогда только, когда онъ потребилъ ихъ недобросовѣстно; ибо добросовѣстное потребленіе дѣлаетъ его должникомъ, лишая его требованія такого же размѣра (§ 123 прим. 8, § 95 прим. 8). Ср. § 177 прим. 2 и 4 въ концѣ.

[16] Обыкновенный случай: кто нибудь дѣлается собственникомъ чужой вещи, кредиторомъ другаго, освобождается отъ требованія другаго.

[17] Кто нибудь освобождается отъ расхода чрезъ употребленіе или потребленіе чужаго имущества (прим. 13). Кто нибудь продаетъ чужую вещь; онъ обогащается въ размѣрѣ покупной цѣны, если собственникъ лишенъ права виндикаціи (l. 23 D. de R. C. 12. 1, l. 49 D. de neg. gest. 3. 5). Мой долгъ уплачиваетъ другой чужими деньгами. Обязательство, которое я долженъ былъ принять на себя, принимаетъ другой. Кто нибудь поручаетъ другому, желающему оказать ему услугу, оказать послѣднюю мнѣ.

[18] Фактъ этотъ долженъ быть такого рода, чтобъ онъ съ одной стороны вызвалъ обогащеніе, а съ другой, чтобы это обогащеніе было неосновательно. Различіе, которое Voigt проводитъ съ большимъ трудомъ между пріобрѣтеніями «pecuniär differenten» и «pecuniär indifferenten» (смотра потому принадлежитъ ли, или нѣтъ, къ понятію факта пріобрѣтеніе возмездность или безвозмездность), не имѣло бы для нашего ученія никакого значенія и тогда, еслибъ было вѣрно объясненіе его, что римская condictio имѣло мѣсто только при безразличныхъ въ денежномъ отношеніи фактахъ пріобрѣтенія. Ибо Voigt не отрицаетъ во всякомъ случаѣ, что и дифферентные факты разсматриваются съ точки зрѣнія обогащенія; только эта точка зрѣнія

сдѣлка не должна быть необходимо сдѣлкой между обогащеннымъ и понесшимъ ущербъ [19]. Случай, въ которомъ обогащеніе основывается на назначеніи наслѣдникомъ или на легатѣ, принадлежитъ къ наслѣдственному праву.

b. *Обогащеніе безъ законнаго основанія.*

§ 177. Вопросъ о томъ, когда обогащеніе чужимъ имуществомъ должно считаться неимѣющимъ законнаго основанія [1], не можетъ быть разрѣшенъ одной общей формулой, а необходимо, напротивъ, имѣть въ виду отдѣльные случаи.

1. Обогащеніе послѣдовало по волѣ понесшаго ущербъ. Въ этомъ случаѣ слѣдуетъ исходить изъ того, что оно законно; но въ этомъ даже случаѣ оно можетъ и не имѣть законнаго основанія. Объ этомъ подробнѣе въ слѣдующемъ §.

2. Обогащеніе наступило не по волѣ понесшаго вредъ. Тогда оно можетъ:

а) основываться на перемѣнѣ въ правѣ, которая по самому своему содержанію повлекла ущербъ для другаго лица [1a]. Въ этомъ случаѣ обогащеніе (и ущербъ), вызванное такой перемѣной, имѣетъ законное основаніе, такъ какъ перемѣна въ правѣ не совершается безъ воли закона; развѣ бы законное правило, въ силу котораго обогащеніе наступило, смотрѣло на таковое лишь съ

иначе сохранена въ формулѣ (§ 86). Что же касается недопущенія condictio, то уже Витте стр. 14 указывалъ на condictio ininstae denationis, и произвольно будетъ не распространить condictio incerti въ l. 5 § 1 D. de A. E. V. 19. 1 и на упомянутый раньше договоръ купли.

[19] Дающій удовлетворяетъ другаго въ лицѣ получателя; получателя удовлетворяетъ другой чрезъ лицо дающаго. Ср. l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 § 2 D. ad. SC. Vell. 16. 1, l. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3, l. 5 § 5 l. 17 pr. D. de doli exc. 44. 4, l. 12. 13 D. de nov. 46. 2, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 8 § 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 § 1 D. de don. 29. 5; l. 18 § 1 l 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6. Ср. § 167 Num. 1a. Другой относящійся сюда случай указанъ въ прим. 17: Кто нибудь продаетъ чужую вещь.

[1] Неосновательное обогащеніе обозначено въ источникахъ вообще какъ обогащеніе sine causa L. 66 D. de cond. ind. 12. 6. «Haec condictio . . . . quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit». L. 10 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4: «nihil interest, utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa, an per acceptilationem pervenerit». L. 3 D. de cond. sine causa 12. 7. «Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur». L. 15 pr. D. de fidei. 46. 1. «Si stipulatus esses a me sine causa . . .». Ср. еще l. 2. 3. 4. 5 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 34 D. de cond ind. 12. 6, l. 11 § 6 l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I D. 23. 3, l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 3 § 5 D. de coll. 37. 6, l. 2 § 3 D. de deli exc. 44. 4, l. 5 C de spons. 5. 1. Но см. также § 178 прим. 8. Рядомъ съ этимъ имѣется и другое опредѣленіе, что неосновательное обогащеніе не есть обогащеніе ex iusta casa. L 1. § 3 D. de cond. sine causa 12. 7, l. 25 D. de act. rer. am. 25. 2 (§ 176 прим. 1). §177.

[1a] Ср. § 176 прим. 16.

формальной точки зрѣнія, оправдывая одну только перемѣну права, а не перемѣну имущественную [2].

b) Если обогащеніе состоитъ въ пріобрѣтеніи чужаго владѣнія, то оно будетъ незаконно, если право на пріобрѣтеніе владѣнія не обосновано особымъ фактомъ [3]. Равнымъ образомъ не имѣетъ законнаго основанія обогащеніе чрезъ пользованіе, потребленіе, передачу чужаго имущества, если права на обогащеніе подобнымъ путемъ нельзя вывести изъ особеннаго факта [4]. Въ

---

[2] Примѣры: пріобрѣтеніе собственности чрезъ спецификацію, Gai. II 79 (I. § 187 прим. 6), ср. I. 29 § 1 I. 30 D. de don. i. v. e. u. 24. 1; пріобрѣтеніе собственности чрезъ соединеніе, § 26. I de R. D. 2. 1 и другія поименнованныя въ I § 190 прим. 4 мѣста (впрочемъ относительно соединенія дѣйствуетъ указанное въ примѣчаніи 7 ограниченіе) Фиттингъ Arch. f. civil. Pr. XLVIII стр. 348 думаетъ, что въ этихъ случаяхъ обогащеніемъ будетъ лишь то, что остается за вычетомъ расходовъ, употребленныхъ для переработки и щи Я не считаю это основательнымъ. До переработки владѣлецъ обязанъ былъ выдать собственнику вещь, не имѣя право требовать возмѣщеніе употребленныхъ имъ расходовъ Теперь вещь не можетъ быть отнята у него, слѣдовательно чрезъ спецификацію онъ сдѣлался богаче вещью. Обогащеніе уменьшается лишь о ъ расходы, с пряженнаго съ самой вещью (§ 176 прим. 15).— (См. еще § 119 прим. 2).

[3] Отсюда I. 4 § 2 D. de. R. C. 12. 1. «Ea quae vi fluminum importata sunt candici possunt». Особенную важность имѣетъ случай, гдѣ въ завладѣніи имѣется деликтъ, см. прим. 5. См. еще Бухка и Будде Entscheid. и проч. Стр. 279 — 282 (Зейфф. Arch. XIX 15—2 Ср. и Зейфф. Arch. XIX. 153).

[4] Сюда отн сится слѣдующія и ложенія источниковъ: a) I. 18 § 1 de R. C. 12. 1, 30 pr. D. de A. E. V. 19 1: Кто нибудь потребляетъ добросовѣстно чужія деньги безъ разрѣшенія собственника Уклоняется отъ с го, какъ кажется, I. 67. i. f. D. de I. D. 23. 3 (ср. ниже). b) I 3 D de R. C. 12. 1, I. 49 D. de neg. gest. 3. 5, I. 1. C de reb al 4. 51, I. 1 C. de comm. rer. al. 4. 5 2: Кто нибудь добросовѣстно продаетъ чужую вещь, которая засимъ погибаетъ, или изъемлется изъ владѣнія покупщика. Сю а относятся также c) I. 12 § 1 D. de distr pign. 20. 5: Кто нибудь закладываетъ чужу вещь, отъ продажи который закладопринимать получаетъ удовлетво ніе. Онъ не самъ и одаетъ, но онъ доставляетъ себѣ обогащеніе тѣмъ, что онъ другому даетъ возможность продать вещь: освобожденіе отъ долга. d) Въ I. 12 § 1 cit. признается и ави требовать назадъ проданнаго заклада не только за собственникомъ («si necdum pignus evictum est»), но и за покупщикомъ послѣ эвик ціи, предполагая, что и слѣдний и становила для н го регресса къ продавцу-закладодержателю. Покупщикъ удовлетворяетъ д лгъ закладодателя собственными деньгами, не имѣя никакого желанія обогатить его Точно также разрѣшается случай судебный продажи залога въ I 7. 4 § 1 D. de evict. 21. 2 (I. § 233 прим. 4). Къ c u. d. сравни еще Дернбургъ Pfandr. II стр 195 слѣд. 253. e) L. 19 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: рабъ покупаетъ (пріобрѣтая такимъ образомъ въ пользу своего господина) на чужія деньги; I. 39 D de stip. serv. 45. 3: Servus fructarius или bona fide possessous стипулируетъ ex operis suis или ex re fructare иначе bona fide possessoris, но стипуляцію положительно о носитъ къ собственнику. f) L. 49 D. de neg. gest. 3. 5: Кто нибудь удовлетворяетъ чужой долгъ изъ собственнаго имущества, считая должникомъ себя самаго. Точно также I 14 § 11 I. 32 pr. D. de relig. 11. 7, I. 50 § 1 D. de H. P 5. 3 (§ 186 прим. 18). g) Кто нибудь дѣлаетъ расходъ въ интересѣ другаго на основаніи и рученія тр тьяго лица, таковое порученіе оказывается засимъ необязательнымъ для третьяго лица, I 14 § 15 D. de relig. 11 7 (§ 186 прим. 5. 6) h) Также I. 30 D. de neg. gest. 3. 5 (солидарный должникъ уплачи-

частности обогащеніе неосновательно тогда когда въ указанныхъ дѣйствіяхъ имѣется деликтъ [5]; но, для незаконности обогащенія, не необходимо, чтобы въ этихъ дѣйствіяхъ заключался деликтъ [5a]. Не необходимо далѣе, чтобы послѣднія были предприняты лицомъ обогатившимся [6]. Требованіе о возмѣщеніи расходовъ, употребленныхъ на чужую вещь кѣмъ либо, считавшимъ себя собствен-

---

ваетъ долгъ, который матеріально касается на его, а содолжника) можетъ быть отнесена сюда въ той мѣрѣ, въ какой и въ этомъ случаѣ воля плательщика направлена была не на обогащеніе содолжника, а на освобожденіе его отъ долга (ср. § 186 прим 12). i) Но относится ли сюда и l. 24 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, это сомнительно по l. 31 § 1 D. de R. C. 12. 1 и l. 22 § 9. D mand. 17. 1.—Если поставить въ связь перечисленныя здѣсь мѣста, то нельзя не признать, что въ нихъ выражается весьма широкое начало, которое можетъ быть формулировано не иначе, какъ это сдѣлано въ текстѣ. Тѣмъ не менѣе это не признается всѣми; въ особенности (ср. и § 186 прим. 18 (ниже прим. 6 въ кон.) въ новѣйшее время неоднократно была дѣлаема попытка (Вехтеръ Erörterungen II стр. 100, Йрингъ Abhandlungen стр. 78 слѣд.), Витте Bereicherungsklagen стр. 295 слѣд. 310 слѣд. 325 слѣд., Вангеровъ III § 28 прим. въ кон.) ограничить положеніе, что выгода, извлеченная добросовѣстнымъ владѣльцемъ вещи чрезъ употребленіе оной или продажи, должна быть выдана собственнику, тѣмъ случаемъ, когда добросовѣстный владѣлецъ не имѣетъ за собой титула (владѣетъ titulo putativo). При чемъ ссылались на то, что положеніе это признано противнымъ справедливости, и что посему мѣста, въ которыхъ оно высказано, подлежатъ возможно ограничительному толкованію. По моему мнѣнію, положеніе это есть лишь выводъ изъ принципа; къ тому же l. 12 § D. de distr. pign. 20 5, l. 1. C. de reb alien. 4. 51, l. 1 C. de comm. rer. al. 4. 52 говоритъ просто о владѣльцѣ, а не о владѣющемъ безъ титула. Опровергаемое здѣсь мнѣніе не можетъ ссылаться и на l 67 D de I. D. 23. 3 (см. выше подъ a), ибо въ этомъ мѣстѣ какъ разъ отказывается въ правѣ обратно требовать отъ владѣльца безъ титула. Ср. Виндшейдъ Krit. VISchr. I стр. 116 — 118. Геппертъ organische Erzeugnisse стр. 356 слѣд. Г. Гартманъ Krit. VISchr. XXII стр. 552). Можетъ ли потребитель или продавецъ вычесть по крайней мѣрѣ то, что онъ съ своей стороны истратилъ на проданную или потребленную вещь? Я не думаю. См. прим. 2 и ср. Зейфф Arch. XIV. 238, а о различныхъ мнѣніяхъ—Витте Bereicherungsklagen стр 310—311 и цитированныхъ у него. См. еще Зейффертъ. II. 57.

[5] Въ этомъ случаѣ есть не только sine causa или non ex iusta causa, но какъ разъ ex iniusta causa. L. 6 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 65 § 5 D. de act. rer. amot. 25. 2. Dig 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa. Особенную важность имѣетъ здѣсь проступокъ furtum (обогащеніе ex furtiva causa). Dig. 13. 1 Cod. 4. 8 de condictione furtiva; § 26. 34. 35 I. de R. D. 2. 1, l. 4 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 22 § 2 D. de pign. act. 13. 7, l. 67 § 5 D. de furt. 47. 2, l. 25 § 1 eod. См. далѣе l. 2 D. de cod. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2; l. 55 D. de cond. ind. 12.

[5a] См. прим. 3 и 4.

[6] Третье лицо можетъ обогатиться чужимъ имуществомъ и вслѣдствіе того, что самъ собственникъ или другое лицо расходуетъ что нибудь въ его интересѣ. Но случай этотъ не относится сюда, ибо когда самъ собственникъ дѣлаетъ подобныя затраты, то онъ обыкновенно желаетъ обогатить это лицо. Воля эта не имѣется, если собственникъ, дѣлая затраты, полагаетъ, что онъ дѣлаетъ это для себя (см мѣста въ прим. 4 подъ f, конечно въ этомъ случаѣ весьма споренъ вопросъ объ объемѣ права требовать возмѣщенія затраченнаго, ст. § 186 прим. 18. См. далѣе примѣч. 4 подъ d. g. h. Обогащеніе чрезъ затраты третьяго лица: тамъ же подъ e, также l, 74 § 1. D. de evict. 21. 1 (тамъ же подъ d. въ концѣ).

никомъ оной, осуществляется не искомъ о выдачѣ обогащенія, а возраженіемъ объ удержаніи вещи [7].

§ 178. Обогащеніе, опирающееся на волю понесшаго ущербъ, не имѣетъ законнаго основанія (§ 177 № 1):

1. Если законъ отказываетъ этой волѣ въ признаніи [1]. При этомъ слѣдуетъ однакоже замѣтить, что если непризнаніе этой воли закономъ простирается до признанія ея недѣйствительной, обогащеніе можетъ имѣть мѣсто только въ той мѣрѣ, въ какой оно заключается въ простомъ осуществленіи факта [1a], или въ послѣдующемъ употребленіи получателемъ въ свою пользу того, что онъ получилъ. Вообще безразлично основаніе, въ силу котораго законъ отказываетъ волѣ въ признаніи въ особенности безразлично, дѣлаетъ ли онъ это въ интересѣ понесшаго ущербъ [2], или же въ интересѣ общественнаго порядка [3]. Къ послѣдней категоріи относится именно случай, когда въ принятіи передаваемаго заключается деликтъ [4], или проступокъ противъ нравственности [5].

---

[7] L. 33 D. de cond. ind. 12. 6. l. 14 d. de doli exc. 44. 4; l. 14 § 1 l. 29 prv. D. comm div. 10. 3 (Ср. I § 190. 195). Слѣдуетъ впрочемъ замѣтить, что затраты на чужія на вещи, но необходимо служатъ для собственника источникомъ обогащенія, и въ этотъ смыслѣ указанное положеніе не уклоняется отъ общаго правила. Но въ l. 33 cit. рѣчь идетъ и о insulam fulcire, что доставляетъ собственнику дѣйствительное обогащеніе, такъ какъ это сберегаетъ ему расходъ. Въ двухъ только что приведенныхъ мѣстахъ говорится засимъ безразлично объ impendera; и если эти мѣста устраняютъ лишь actio communi dividundo, то первое прибавляетъ во всякомъ случаѣ положительно: «Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo». Относительно l. 14 § 1 cit. ср. еще § 204 прим. 10. Ср. Кеммереръ Zeitschr. f. Civilr. u Pr. VIII. стр. 148 слѣд., Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XLVIII стр. 353—354.

§ 178. [1] Voigt § 66. 68. 69. И въ этомъ случаѣ (ср. § 177 прим. 5) можно сказать что обогащеніе есть iniusta causa. Ср. l. 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1: «quia quod ex non concessa causa retinetur, id aut sine causa aut ex iniusta causa retineri intelligitur».

[1a] Напримѣръ въ доставленіи владѣнія. Ср. l. 46 l. 6. D. de don. i. v. e. u. 24. 1. Зейфер. Arch. III. 177, XVIII. 113. Ср. I § 82 прим. 6. въ концѣ.

[2] Неспособность къ юридическимъ дѣйствіямъ: l. 29 l. 41. D De cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de R. C. 12. 1, l. 24 pr. D. de O. et A. 44. 7. Зейфер. III. 177. 2. Необязательное дареніе: l. 5. § 6. 7. 18. l. 6. l. 29. § 1 l. 30 l. 46 l. 55 D. de don i. v. e. u. 24. 1. I. un. § 5 C. de rei ux. act. 5. 13; l. 21 § 1. D. de don. 39. 5, l. 5 D. de doli exc. 44. 4.

[3] Недозволенные проценты: l. 26 pr. § 1 D. de cand ind. 12. 6, Paul. S. R. l. 14 § 2. Зейфф. Arch. IX. 297. Проигрышъ: l. 4 § 1. 2 D de aleat. 11. 5, l. s. C. eod. 3. 43. Чрезмѣрный гонораръ адвокату: l. 1 § 10 D. de extr. cogn. 50. 13.— См. еще l. 18 pr. D. ee R. C. 12. 1.

[4] Въ особенности furtum. L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 38 § 1 D. de solut. 46. 3 ср. l. 18 eod., I. § 172 Note 16), l. 43 pr. l. 80 § 5. 6. 7 D. de furt. 47. 2, l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4. см. далѣе l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (ср. l. 2. C. de his quae vi 2. 30).

[5] Обогащеніе есть тогда ex turdi causa, Dig. 12. 5 de condictione ob turpem vel iniustam causam, Cod. 4. 7 de condictione ob turpem causam. L. 1 § 2. l. 2 pr. § 1

2. Сюда относится тотъ случай, въ которомъ законъ предоставляетъ виновному изъявленной воли отступиться отъ оной, и онъ все пользовался этимъ правомъ [6].

3. Наконецъ, обогащеніе, опирающееся на волю понесшаго ущербъ, не имѣетъ законнаго основанія и тогда, когда, не смотря на наступленіе ограниченія, которое воля поставила себѣ, обогащеніе не прекращается. Въ частности относятся сюда резолютивные условіе и срокъ [7], преимущественно же предположенія. Въ отношеніи послѣдняго необходимо, кромѣ общихъ правилъ о предположеніяхъ, напомнить еще слѣдующее.

a) Кто изъявляетъ волю подъ предположеніемъ, тотъ, правда, не ставитъ существованіе юридическаго дѣйствія этой воли въ зависимость отъ дѣйствительности предположеннаго; но тѣмъ не менѣе вѣрно, что, при недѣйствительности предположеннаго, продолженіе юридическаго дѣйствія воли не будетъ согласно съ послѣдней. Это раздвоеніе между фактическою и дѣйствительными волями уравновѣшивается тѣмъ, что на обогащеннаго возлагается обязанность возвратить то, что онъ имѣетъ и чѣмъ продолжаетъ владѣть [8].

b) Предположеніе можетъ имѣть своимъ содержаніемъ прошедшее, настоящее [9] или будущее. Къ важнѣйшимъ случаямъ, въ ко-

---

l. 4 § 2. 4 l. 9 D. h. t., l. 4. 6, 7 C. h. t., l. 3 § 3 l. 5 § 1. l. pr. D. de calumn. 3. 6. Voigt D. 567—570 n. § 73. Вангеровъ § 627. ср. § 428 прим. 9.

[6] L 30 D. de m. c. don. 39. 6, l. 10 C. de revoc. don. 8. 56 (§ 121 прим. 15), l. 8 C. eod. См. далѣе § 183 прим. 7 въ концѣ и прим. 11.

[7] L. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5. Ср. I § 90 прим. 1 § 96 прим. 6.

[8] Предположеніе, какъ замѣчено уже выше (I § 97 прим. 2) не имѣетъ на римскомъ юридическомъ языкѣ опредѣленнаго техническаго выраженія. Но одно изъ нѣсколькихъ выраженій, встрѣчающихся въ источникахъ, есть causa (Виндшейдъ стр. 50—52). Предположеніе называется causa въ двоякомъ смыслѣ: съ одной стороны потому, что въ немъ лежитъ мотивъ (Bistimmungsgrund) къ изъявленію воли, но не простой мотивъ (Beweggrund, который называется также causa, Виндшейдъ стр. 48—50), а такой, который доходитъ до ограниченія воли; а съ другой потому, что неизступленіе предположеннаго лишаетъ основанія какъ обогащеніе, такъ и вызвавшую оное волю, и наоборотъ въ существованіи предположеннаго имѣется *основаніе, оправдывающее* какъ обогащеніе, такъ и вызвавшую его волю. Ср. имѣетъ, цитированныя у Виндшейда стр. 50—55. — Противъ понятія «предположенія» высказался теперь (Ср. I § 97 прим. 1) Voigt стр. 515—523, безъ установленія однако же чего либо новаго или разъясняющаго предметъ. Ибо если онъ утверждаетъ, что въ этой категоріи не существуетъ ни малѣйшей потребности и что она не имѣетъ никакого значенія, то это лишь его личное мнѣніе. Если онъ ссылается на то, что не все то, что въ жизни называется предположеніемъ, заключаетъ въ себѣ самоограниченіе воли, то изъ этого не слѣдуетъ еще, что мы для технически-юридическаго языка не вправѣ употребить это выраженіе для обозначенія тѣхъ предположеній, которыя дѣйствительно ограничиваютъ волю. Если наконецъ Voigt указываетъ на то, что предположеніе не можетъ быть очень часто распознаваемо, то я никогда не утверждалъ, чтобъ слѣдовало придавать юридическое значеніе предположенію, наступленіе котораго не распознаваемо. О воззрѣніи самаго Voigt и о другихъ уклоняющихся мнѣніяхъ см. прим. 13.

[9] Если оно направлено на прошедшее или настоящее, то изъявляющій свою волю

торыхъ оно направлено на настоящее; относится тотъ, когда оно имѣетъ своимъ содержаніемъ существованіе долга [10]. Объ этомъ случаѣ будетъ подробнѣе говорено ниже (§ 181). Равнымъ образомъ подробнѣе будетъ изложенно ниже о случаѣ, въ которомъ предположеніе направлено на будущее (§ 182) [11].

c) Неосуществленіе предположенія можетъ послѣдовать не вслѣдствіе того только, что предположенность или дѣлается недѣйствительнымъ, но и вслѣдствіе потери имъ дѣйствительности [12 13].

находится необходимо въ заблужденіи. Онъ не можетъ сказать, что изъявилъ свою волю подъ предположеніемъ существованія того, не существованіе котораго ему было извѣстно. Поэтому удовлетвореніе его есть удовлетвореніе ex alsa causa L. 13 § 1 D. de H. P. 5. 3, l. 23 pr § 4 l· 52 D. de cond. ind. 12. 6, l. 26 § 10 eod..

[10] Въ этомъ случаѣ имѣется condictio indebiti или indebite dati. Dig. 12. 6 Cod 4. 5 de condictione indebiti. См. еще § 169 и случаи у Шлайера Arch. f. civ. Pr. XLIX стр. 108—115 (Др. мн. Дернбургъ Pfandr. 11 стр. 368—369. 527—529).

[11] Въ этомъ случаѣ имѣется condictio ob causam datorum (Cod. 4. 6) или causa data causa non secuta (Dig. 12. 4). О послѣднемъ выраженіи см. Виндшейдъ стр. 52, Эрклебенъ II стр. 4 прим. 9, Пангенштеферъ Heid. Krit. Zeitschr. II стр. 60 слѣд. Витте стр. 63 прим. 14, Voigt стр. 490 и цитированныхъ у этихъ писателей. Futura causa обозначается въ источникахъ и какъ res. L. 52 l. 65 pr. § 2. 4 D. de cond. ind. 12. 6, l. 1 D. de cond. 12. 6, l. 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. Въ первыхъ двухъ мѣстахъ causa противопоставляется res въ смыслѣ простаго мотива.

[12] Въ этомъ случаѣ воля является безъ causa потому, что ея causu finita est. L 1 g. 2. D. de cond. sine causa 12. 7, «Sive ab initio sine causa promissum est., sive fuit causa promittendi, quae finita est vel secuta non est, dicendum est. condictioni locum fore». Примѣры въ l. 2 D. eod., l. 4 § 1 D. de R. C. 12. 1, l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. 1, l. 50 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 11 D. de app. 49. 1, l. ult. C. de solut. 8. 43. Сюда относится также случай обвиненія въ искѣ въ исполнительномъ порядкѣ, если обвиненный предъявляетъ впослѣдствіи искъ на основаніи не безспорныхъ (illiquid) возраженій. Зейфф. Arch. X, 108. XIV, 187. Ср. XVII. 52.

[13] Въ литературѣ существуетъ разногласіе въ мнѣніяхъ объ основаніи, на которомъ базируетъ condictio ob falsam causam (прим. 9. 10), ob causam non secutam (прим. 11) и ob causam finitam (прим. 12). Прежде сводили обыкновенно эти кондикціи къ воображенному или предполагаемому договору, см. объ этомъ и противъ этого Эрклебенъ I стр. 17 слѣд. II стр.19. 80. 81. Доннель находилъ ихъ основаніе въ безмолвномъ договорѣ (Эклебенъ I стр. 14 слѣд. II стр. 55 слѣд.). который Якоби (въ трактатѣ, цитированномъ въ § 176 стр. 280 слѣд.) недавно замѣнилъ безмолвнымъ одностороннимъ изъявленіемъ воли получателя. См. противъ послѣдняго Г. Витте въ указ. томъ же мѣстѣ стр. 116 слѣд. Савиньи (Syst. III Beil. VIII ur. XI прим d. V. Beil. XIV ur. VII). Савиньи приписываетъ силу этихъ кондикцій заблужденію въ мотивѣ, которое въ этомъ случаѣ, по исключенію, получаетъ юридическое признаніе Защищаемое здѣсь воззрѣніе, что кондикціи основываются на самоограниченіи воли, раздѣляется также Эрклебеномъ и Витте, хотя писатели эти относятся уклончиво къ тому способу изложенія, котораго я, согласно этому воззрѣнію, держался въ ученіи о «предположеніи». Наоборотъ воззрѣніе это отрицается Voigt (прим. 8). Собственное ученіе послѣдняго писателя состоитъ въ томъ (см. въ особ. § 21. 23. 26. 27. 31. 59. 60. 62. 63. 64. 70), что въ означенныхъ кондикціяхъ указывается на отсутствіе «вспомогательнаго юридическаго основанія», которое, позади воли какъ «главнаго юридическаго основанія», содержитъ въ себѣ оправданіе обогащенія, вызваннаго главнымъ юридическимъ основаніемъ. Но такъ какъ самъ Voigt училъ положительно, что воля не нуждается въ подобномъ распространительномъ,

2. Обязательство.

§ 179. 1. Возникающее изъ неосновательнаго обогащенія обязательство простирается только на выдачу обогащенія. Здѣсь нѣтъ простора свободному усмотрѣнію суда, да и нѣтъ въ немъ надобности [1]. Но обогащеніемъ будетъ не только первоначальное иму-

---

оправдывающемъ ея дѣйствіе, юридическомъ основаніи, то хотя и понятно, почему обогащеніе можетъ оказаться неосновательнымъ при послѣдующемъ исчезновеніи дѣйствительно имѣющагося вспомогательнаго юридическаго основанія, но не понятно, почему ему быть неосновательнымъ, когда въ основаніе его невѣрно положена вспомогательная юридическая causa въ качествѣ causae, существующей теперь или въ будущемъ. Поэтому обстоятельство, дѣйствительно дѣлающее неосновательнымъ обогащеніе, есть не несуществованіе вспомогательной юридической causae, а та связь, въ которую воля поставляетъ себя съ этимъ юридическимъ основаніемъ, навѣрно предполагавшимся существующимъ. Необходимость этого заключенія Voigt прикрываетъ тѣмъ, что онъ falsa causa и causa non secuta обозначаетъ не какъ существующую (existent), а какъ «causa съ порокомъ»; существованіе ея есть лишь идеальное, а это ея «vitium». Къ этому слѣдуетъ прибавить еще то, что по мнѣнію Voigt'а «вспомогательное юридическое основаніе» все таки есть обязательство секундорная causa дачи напр. задатка лежитъ по мнѣнію Voigt'а въ pactum arrhae; секундарная causa дачи за эквивалентъ — въ контрактѣ, прекращающемся съ доставленіемъ эквивалента. Arrha требуется обратно по исполненіи договора потому, что pactum arrhae пересталъ служить предварительнымъ удовлетвореніемъ ради эквивалента, который имѣетъ быть доставленъ. Арндтсъ (стр. 540) выразился весьма снисходительно, говоря, что результаты Voigt'а «нельзя прославить удовлетворительными».

[1] Римское выраженіе для этого отношенія состоитъ въ томъ, что actio о выдачѣ § 179. полученнаго безъ законнаго основанія есть actio stricti indicii, т. е. condictio. Этому не противорѣчитъ то, что она сводится къ естественной справедливости (l. 65 § 4 l. 66. D. de cond. ind. 12. 6); она именно не stricti iuris, а stricti iudicii. Ср. I § 46 прим. 4, а о различныхъ воззрѣніяхъ на кондикціи вообще и ихъ отношеніи къ разсматриваемымъ здѣсь кондикціямъ—Савиньи V. Beil. XIV, Voigt § 42, Келлеръ Civilproc. § 87. 88, Рудорфъ Rom RGesch. II. § 40, Бетманъ Голлвегъ tom. Cirilpr. II стр. 262—275.—О классификаціи относящихся сюда кондикцій въ классической юриспруденціи и въ юнистіановской компиляціи см. Voigt § 44 45. Въ классической юриспруденціи не встрѣчается какой либо прочной, всѣми признаваемой системы, метематическое же расположеніе въ юстиніановской компиляціи не совсѣмъ удовлетворительно. Самымъ неудовлетворительнымъ образомъ разработана категорія condictio sine causa (Dig. 12. 7 de condictione sine causa, Cod. 4. 9 de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa). Объ этой condictio можно сказать слѣдующее. Condictio sine causa есть общее выраженіе для всякой кондикціи вслѣдствіе полученія чего нибудь безъ основанія. Отъ этой общей condictio отдѣляются особенные случаи подъ особенными названіями (condictio indebiti ob causam datorum и проч.). Если этимъ, особо наименованнымъ, кондикціямъ хотятъ противопоставить condictio sine causa, какъ видовое понятіе, condictio sine causa въ такомъ смыслѣ, то подъ это названіе слѣдуетъ подвести всѣ тѣ случаи, въ которыхъ для кондикціи не имѣется другаго названія. Но случаи эти получаютъ надлежащій свѣтъ при изложеніи ихъ не отдѣльно, а въ систематической связи, какъ сдѣлано здѣсь. О различныхъ воззрѣніяхъ новѣйшихъ писателей на condictio sine causa см. трактаты Рейнгардта Arch. f. civ. Pr. XXIX 7 и Кюссельбаха Jahrb. f. Dogm. V. 1; далѣе Voigt § 80, Вангеровъ III § 6 28 прим. Унтергольцнеръ II § 317, Синтенисъ § 109 прим. 29.—Требованіе о выдачѣ неосновательнаго обогащенія можно было заявить и въ formula на основаніи bona fides, ибо что болѣе противорѣчитъ bona fides, какъ отказъ въ возвращеніи неправильно полу-

щественное умноженіе, но и все то, что пріобрѣтено на основаніи его [2]. Послѣдующее уничтоженіе обогащенія устраняетъ обязанность къ выдачѣ, если уничтоженіе послѣдовало безъ вины обогатившагося [3]. То обстоятельство, что, на сторонѣ понесшаго

ченнаго? Ср. напр. l. 49 D. de neg. gest. 3. 5 (§ 177 прим. 4. b., и см. также f. g h. тамъ же, § 185 прим 17 на концѣ); l. 9. § 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 5 D. de tutelae 27. 3; l. 2 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 17 § 3 D. comm. 13. 6; l. 11 § 6 D. de A. E. V. 19. l. При извѣстныхъ обстоятельствахъ возникалъ также condictio utilis rei vindicatio (l. 5 § 3 D. de R. V. 6. 1, l. 9 § 2 D. 41. 1, f. 30 l. 55 D. de don. i. v. e. u. 24. 1, l. 30 D. de m. c. don. 39, 6, l. 15 C. de don. ante nupr. 5, 3. l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55, ср. I § 174 прим. 9), или actio in factum (l. 23 § 5. D. de R. V. 6. 1, l. 18 § 1 D. de m. c. don. 39. 6, ср. также l. 10 D. de praescr. verb. 19. 5. (l. 9 § 4 D. ad exh. 10. 4). См. также l. 12 § 1 D. de distr. pign. 20. 5, l. 74 § 1 D. de erict. 21. 2 (§ 117 прим.

[2] L. 7 § 1 l. 12 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 15 pr. § 1. l. 15 § 8 D. de cond. ind. 12. 6, l. 38 § 1. 2. 3 D. de usur. 22. 1, l. 13 pr. D. de m. c. don. 39. 6. Зейфф. Arch. XIII. 256.—Если въ l. 1. C. de cond. ind. 4. 5. сказано, что нельзя требовать процентовъ по condictio indebiti и по condictio ob turpem causam (l. H. C. cond. ob turp. caus.), то это объясняется исключительно характеромъ формулы. Ср. Саниньи V. стр. 141 слѣд. VI стр. 147. Зейфф. Arch. I. 59, II. 59, XV. 132; др. мн. тамъ же X, 55. Геннертъ organische Erzeugnisse стр. 248 слѣд.

[3] Безъ его вины: l. 32 pr. l. 65 § 8. 1. 26 § 12 D. de cond. ind. 12. 6. По его винѣ: l. 65 § 8 l. 26 § 12 (*vv.* sine fraude) D. eod., l. 37 § 1. l. 39 l. 19 i. f. D. de m. c don. 39. 6, l. 38 § 1 D. de usur. 22. 1. Для того, чтобы можно было сказать, что обогащеніе уничтожилось по винѣ обогащеннаго, необходимо: a) чтобы онъ зналъ о существованіи для него обязанности, или (при condictio ob causam non secutam и ob causam finitam), чтобъ онъ долженъ былъ знать, что для него можетъ впослѣдствіи возникнуть обязательство (l. 65 § 8 D. de cond. ind., l 39 D. de m. c. don.); b) чтобы уничтоженіе послѣдовало по его волѣ или его небрежности (о послѣдней см. l. 38 § 1 D. de usur. *vv* licuerat ei neglegere fundum). Но и при наличности этихъ предположеній обогащенному; c) не вмѣняется въ вину уничтоженіе, когда онъ не имѣлъ основанія предполагать, что понесшій убытокъ воспользуется своимъ правомъ. какъ, напр., это бываетъ съ однимъ изъ супруговъ, получившимъ даръ отъ другаго (l. 7 pr. D. de don. i. v. e. u. 24. 1) и съ одареннымъ, оказавшимся неблагодарнымъ (§ 121 прим. 18). Положеніе, что невиновное уничтоженіе обогащенія устраняетъ обязанность, не признано всѣми. По мнѣнію нѣкоторыхъ, уничтоженіе обогащенія устраняетъ обязанность тогда лишь, когда оно порождаетъ невозможность исполненія послѣдней, слѣдовательно, въ томъ только случаѣ, когда обязанность направлена на доставленіе индивидуально опредѣленной вещи, а не на доставленіе количества замѣнимыхъ вещей Такого мнѣнія Эрклебенъ I, стр. 182 слѣд., Витте стр. 139 слѣд. (гдѣ указана подробно и литература), Voigt стр. 319 слѣд., Мандри Arch. f. civil. Prax. XLVIII стр. 232 слѣд.; противъ этого Вангеровъ III § 625 прим. 3, Арндтсъ § 341 прим. 9, Сиитенисъ § 109 прим. 101. Главный аргументъ противъ указаннаго воззрѣнія заключается въ томъ, что наши источники сводятъ обязанность къ выдачѣ неосновательнаго обогащенія къ требованію справедливости (прим. 1); если же неосновательное обогащеніе порождаетъ по справедливости обязанность къ выдачѣ, то справедливо будетъ, чтобъ обязанность эта длилась до тѣхъ поръ, пока само обогащеніе существуетъ. См. также l 8 § 22 D. de transact. 2. 15. Практическое значеніе отвергаемаго здѣсь воззрѣнія заключается, впрочемъ, въ положеніи, выставляемомъ

ущербъ имѣется большій убытокъ сравнительно съ обогащеніемъ, не есть основаніе къ усиленію обязанности [4].

2 [5]. Обязанность несетъ обогатившійся, а не другое лицо, хотя бы онъ получилъ имущество въ лицѣ послѣдняго [6], развѣ бы въ удовлетвореніи, данномъ для него этому другому лицу, заключался съ его стороны даръ или неосновательное обогащеніе [7]. Право требовать выдачи принадлежитъ понесшему ущербъ, а не другому лицу, хотя бы имущество было передано при посредствѣ этого лица [8], развѣ бы и то обогащеніе, которое онъ получилъ черезъ удовлетвореніе, данное этимъ другимъ лицомъ, также было лишено законнаго основанія [9].

§ 180. Съ особеннымъ характеромъ является въ римскомъ правѣ обязательство къ выдачѣ обогащенія, возникшаго изъ завѣ-

---

господствующимъ мнѣніемъ, что во всѣхъ случаяхъ, въ которыхъ обогащеніе имѣетъ своимъ основаніемъ пріобрѣтеніе собственности на количество замѣнимыхъ вещей, обязанность пріобрѣтателя направлена на доставленіе одинаковаго количества, а не полученныхъ индивидуально вещей. Но мнѣніе это, опирающееся главнымъ образомъ, что касается случая доставленія зерна, на l. 25 i. f. D. de praescr. verb. 19. 5, l, 7 l. 19 § 2 D. de cond. ind 12. 6, опровергается прямо l. 65 § 6 D. de cond. ind. 12. 6 и основательно оспаривается Мандри въ указ. мѣстѣ стр. 220 слѣд. относительно денежнаго удовлетворенія. Литература вопроса у него же прим. 1; см. также Зейфф. Arch. IV. 124. Ср. еще Мандри, стр. 232 слѣд. (Вангеровъ 7 изд. III, § 625 прим. 3 въ концѣ). По началамъ уничтоженія обогащенія отвѣтствуетъ должникъ и за неполученную прибыль. L. 38 pr. D. de usur. 22. 1. Ср. Зейфф. Arch. I. 59, II. 59, XIII. 97.

[4] L. 26 § 12 l. 65 § 7 D. de cond. ind. 12. 6.

[5] Ср. къ слѣдующему: Виндшейдъ стр. 93—96 (къ этому также § 109 прим. 9), Эрклебенъ I стр. 152—182. II стр. 507—511, Витте стр. 75—84 Voigt. стр. 358—383. Также выше § 109 къ прим 7—13.

[6] Arg. l. 12. 13. 19 D. de novat. 46. 2, l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 8 § 2 D. ad SC Vell. 16. 1, l. 78 § 5 D. de I. D. 23. 3, l. 41 pr. D. de re ind. 42. 1, l. 5 § 5 D. de exc. doli 44. 4, l. 2 C. de cond. ind. 4. 5; l. 26 § 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6; l. 6 § 1. 2 eod., l. 16 pr. l. 22 pr. D. ratam rem 46. 8, l. 34 pr. l. 59 D. de solut. 46. 3.

[7] Arg. l. 2 § 2. 3 D. de don. 39. 5, l. 7 pr. D. de doli exc. 44. 4; l. 7 § 1 i. f. D. eod. и arg. l. 2 § 4 D. de don. 39. 5. Противоположность въ источникахъ выражена такъ: suum recepit, suum petit, suum negotium gessit, l. 26 § 12 i. f. D. de cond. ind. 12. 6, l. 12 D. de novat. 46. 2, l. 5 § 5 D. de doli exc. 44. 4, l. 9 § 1 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4 Сюда относится также: l. 44 D. de cond. ind. 12. 6. «Repetitio nulla est ab eo, qui suum recepit, tametsi ad alio quam vero debitore solutum est».

[8] L. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 6. § 3 l. 47 l. 57 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 6 C. eod. 4. 5, l. 8 § 3 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 21 § 1 D. de don. 39. 5, l. 18 § 1 l. 31 § 3 D. de m. c. don. 39. 6. L. 7 pr. D. de cond. c. d. c n. s. 12. 4 не трактуетъ о случаѣ, когда удовлетвореніе послѣдовало чрезъ другое лицо; dotis promissor обѣщаетъ отъ собственнаго имени. Ср. и Эрклебенъ I стр. 174; далѣе § 67 прим. 6.

[9] L. 7 § 1 D. de doli exc. 44. 4 и l. 2 § 4 D. de don. 39. 5. Но такъ, когда это другое лицо сдѣлало ему даръ, l. 9 pr. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4.

домо противозаконнаго присвоенія [1]. Обязательство это идетъ далѣе выдачи обогащенія, простираясь на полное возмѣщеніе убытковъ. Практическое значеніе сего обнаруживается въ томъ случаѣ, когда обогатившійся лишился впослѣдствіи владѣнія противозаконно присвоенной имъ себѣ вещью [2]. Другими словами: требованіе возмѣщенія убытковъ, возникшее изъ противозаконнаго присвоенія, квалифицируется не тѣмъ, чѣмъ оно есть въ дѣйствительности [3], и отсюда возникаетъ то именно послѣдствіе, что требованіе переходитъ на наслѣдниковъ [4].

3. Особенные случаи.

а) Обогащеніе изъ удовлетворенія, даннаго во исполненіе обязательства, по ошибкѣ предположеннаго существующимъ *.

§ 181. Особеннымъ случаемъ обогащенія безъ законнаго основанія представляется обогащеніе по недостатку предположенія.

---

§ 180. [1] Furtum, если вещь движимая; condictio называется въ этомъ случаѣ condictio ex causa furtiva или condictio furtiva (§ 177 прим. 5). Но тѣ же начала примѣнимы къ противозаконному присвоенію недвижимыхъ вещей, l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt 47 2.

[2] Присвоившій чужую вещь отвѣчаетъ въ этомъ случаѣ не такъ, какъ онъ собственно долженъ былъ бы—возмѣщеніемъ стоимости владѣнія, такъ какъ онъ обогатился въ размѣрѣ владѣнія, а возмѣщеніемъ цѣнности вещи; l. 7 § 2 l. 8 pr. § 1 D. h. t. 13. 1. См. далѣе l. 3 тамъ же: «Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in condictionem certum est, quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus, et periculum subeat dominus hereditatis perdendae.. .» Римляне говорятъ condictio furtiva есть condictio rei, не possessionis, каковое положеніе было важно, независимо отъ указанныхъ здѣсь послѣдствій, и для денежной кондемнаціи. Безразличенъ способъ, по которому завладѣвшій чужою вещью потерялъ владѣніе, такъ какъ онъ считается in mora (§ 31 прим. 9).

[3] Чего римляне и не скрывали отъ себя. Gai. IV. 4 (§ 14 I. de act. 4. 6):—«certum est, non posse nos rem nostram ab alio ita petere: *si pater eum dare oportere*...; plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut... rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur: *si paret eos dare oportere*....»

[4] L. 5 l. 7 § 2 l. 9 D. h. t. 13. 1. Эта точка зрѣнія имѣлась, вѣроятно, въ виду при введеніи condictio противъ fur. Другіе выводы: a) рабъ не отвѣчаетъ послѣ освобожденія, l. 15 D. h. t. 13. 1 (ср. l. 1 § 18 D. dep. 16. 3); b) по l. 6 D. h. t. 13. 1 не отвѣчаетъ приказчикъ Съ другой стороны въ отношеніи этого послѣдняго пункта говоритъ противное l. 53 § 2 D. de V. S. 50. 16 (ср. § 214 прим. 5), и далѣе преступный характеръ требованія выступаетъ въ положеніяхъ: a) что изъ числа нѣсколькихъ fures каждый изъ нихъ отвѣчаетъ за все, l 1 C. h. t 4. 8; b) что изъ furtum раба и сына возникаетъ actio noxalis противъ господина и отца, l. 4 D. h. t. 13. 1. Существуетъ старый споръ о томъ, составляетъ ли condictio furtiva деликатный искъ или искъ изъ обогащенія, ср. § 112 прим. 18. По принятому здѣсь ученію она, составляя то и другое, принадлежитъ, однако же, по своему существу къ деликатному иску. Есть положенія, которыя несовмѣстны съ деликатнымъ характеромъ иска, но сюда не относится положеніе, что господинъ и отецъ отвѣчаютъ de peculio за furtum раба и сына; ибо de peculio они отвѣчаютъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно дѣйствительно обогатилось (l. 3 § 12 D. de pec. 15. 1, l. 30 pr. D. A. E. V. 19. 1), каковая отвѣтственность не устраняется положеніемъ: «ex poenalibus actionibus non solet in patrem de peculio actio dari» (l. 58 D. de R. I. 50. 17).

§ 181. * Dig. 12. 6 Cod. 4. 5 de condictione indebiti. Эрклебенъ (§ 176) I раздѣлъ.

1. Необходимо, чтобы удовлетвореніе дано было съ цѣлью исполнить обязательство, при чемъ безразлично, состояло ли удовлетвореніе въ томъ, что дающій считалъ себя должнымъ, или же въ чемъ либо другомъ, взамѣнъ исполненія [1]. Равнымъ образомъ безразлично, послѣдовало ли удовлетвореніе во исполненіе облигаторнаго, или же какого либо другаго обязательства [2].

2. Необходимо, чтобы обязательство не существовало [3], при чемъ безразлично, было ли оно недѣйствительно само по себѣ [4], или же лишилось силы вслѣдствіе возраженія [5]. Съ другой стороны право на истребованіе удовлетворенія не имѣетъ мѣста, если обязательство существовало, хотя бы въ видѣ лишь естественнаго обязательства [6]. По крайней мѣрѣ правило это невѣрно по исключенію только [7]. Устраняется указанное право и тогда, когда несомнѣнно будущее существованіе обязательства [8]. Съ случаемъ

Voigt. (§ 176) § 74. 75. Далѣе трактуетъ о condictio indebiti трактатъ Рено Arch. f. civ. Pr. XXLX. 4. 14 (1846), въ которомъ находится воззрѣніе, встрѣчающееся уже у Христіанзена zur Lehre non der naturalis obligatio и condictio indebiti (1844) Стр. 61 слѣд. и состоящее въ томъ, что condictio indebiti, основываясь на ошибкѣ въ содержаніи воли (по Савиньи «unächter Irrthum»), получала развитіе въ томъ смыслѣ, что данное по ошибкѣ не переходитъ въ собственность получателя (!). См. противъ этого Эрклебенъ стр. 39 слѣд., Унтергольцнеръ II стр. 29 слѣд., Синтенисъ I стр. 52 слѣд., Вангеровъ III § 625.

[1] L. 26 § 4—6 D. h. t. Ремеръ Leistung an Erfüllungsstatt стр. 134 слѣд.

[2] Напр. обязательства, принятаго по наслѣдству, l. 36 D. fam. erc. 10, 2, l. 4 C. de iur. et facti ign. 1. 18; вещнаго, см. l. 4 pr. d. usufr. quem adm. 7. 9, l. 3 § 10 D, si cui plus 35. 3 (ср. Арндтсъ § 341 прим. 2 въ концѣ и § 176 прим. 11). Ср. и Зейфф Arch. XVIII. 224 (гдѣ правильно рѣчь идетъ объ «ошибочно предполагаемомъ качествѣ какъ наслѣдника», но гдѣ самое разрѣшеніе неправильно основано на принятіи существеннаго заблужденія въ качествахъ соконтрагента).

[3] L. 54 D. h. t.

[4] L. 23 init. D. h. t., l. 5 § 1 D. de A. E. V. 19. 1, l. 57 pr. D. de contr emt. 18. 1, l. 7 D. de H. v. A. V. 18. 4; l. 37 D. h. t., l. 16 pr. D. de contr. emt. 18. 1; l. 2 § 1 D. h. t.; I. 25 D. h. t (ср § 4 l. 20. 21 eod.).

[5] L. 26 § 3. 7 l. 32 § 1 l. 43 D. h. t. Нѣтъ права на обратное требованіе, если должникъ сдѣлалъ удовлетвореніе, но воспользовавшись beneficium'омъ competentiae (§ 20 прим. 7. 11). Точно также не имѣется это право, если поручитель произвелъ удовлетвореніе, не воспользовавшись benefic. devisionis или excussionis (§ 234 прим. 2 въ концѣ, § 233 прим. 1).

[6] L. 64 D. h. t. «Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali iure continetur, et dominatio ex gentium iure introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est».

[7] Въ случаяхъ, указанныхъ въ § 42 прим. 1. 2. 6.

[8] Въ случаѣ срочнаго обязательства, l. 10 I. 17 l. 56 D. h. t. Ср. I. § 96 прим. 3—5. Но должникъ можетъ здѣсь требовать назадъ интерузурія. Ср. Эрклебенъ стр. 94—100. Др. мн. Петцольдъ въ цитированномъ выше въ § 27 прим. 1 трактатѣ стр. 396—397 въ особенности прим. 32. См. также Савиньи IV стр. 38—12. Право требовать назадъ уплаченнаго не устраняется и при условномъ обязательствѣ, развѣ бы исполненіе обязательства было вѣрно, I. 16, 18. 48. 56 D. h. t.

несуществованія вовсе обязательства сходенъ тотъ случай, когда оно существовало не въ томъ видѣ, въ какомъ оно было принято давшимъ удовлетвореніе, когда оно относилось, напримѣръ, къ другому кредитору [9] или къ другому должнику [10], или когда оно имѣло своимъ содержаніемъ другое удовлетвореніе [11]. Естественно, что если удовлетвореніе дано было только въ большомъ чѣмъ слѣдовало размѣрѣ, можно прибавить только возвращеніе излишка [12].

3. Необходимо, чтобы обязательство ошибочно было принято за существующее и притомъ самое заблужденіе [13], въ которомъ находился давшій удовлетвореніе, извинительно, такъ что error juris

---

[9] L. 65 § 9 D. h. t. «Indebitium est non tantum quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur....» L. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36. 1. Зейфф. Arch. IV. 332.

[10] L. 65 § 9 cit. продолжаетъ: «aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat». L. 19 § 1 eod., l. 38 § 2 D. de sol 46. 3, l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3. 0 l. 5 C. eod. 3. 31 и l. 49 D. de neg. gest. 3. 5. См. Вангеровъ II стр. 416 и III стр. 521, Франке Commentar über den Titel de her. pet. Стр. 322 слѣд. и цитированныхъ тамъ. Не противорѣчитъ этому и l. 44 D. h. t. (§ 179 прим. 7).

[11] L. 19 § 3 l. 32 § 3 D. h. t., (l. 10 C. h. t.). 0 l. 19 D. de leg. II° см. Вангеровъ § 550 въ концѣ (Унгеръ öst. Erbrecht § 76 прим. 7).

[12] L. § 3 D. de cond. s. c. 12, 7, l. 30 l. 31 l. 32 pr. l. 26 § 4—6 D. h. t., l. 10 C. h. t.. l. 19 § 6 D loc. 19. 2, l. 10 § 1 D. de compens. 16. 2. Сюда относится и тотъ случай, когда не было надобности въ исполненіи, если противная сторона съ своей стороны не исполняетъ обязательства (§ 176 прим. 12), или въ принятіи на себя повинности, вещной (§ 176 прим. 10) или обязательственной (§ 176 прим. 11). По исключенію не имѣется права на обратное истребованіе, когда кто нибудь, принимая по ошибкѣ чужую вещь за свою и дѣлая на нее расходы, потомъ выдаетъ ее безъ возмѣщенія таковыхъ (мѣста см. въ § 177 прим. 7). Въ l. 51 D. h. t. сказано даже вообще: «Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem utem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus». Это мѣсто (изъ Полигонія) представляетъ, кажется, собою древнѣйшее воззрѣніе, отъ котораго и осталось упомянутое исключеніе. См. также l. 21 D. ad SC. Treb. 36. 1, и ср обѣ всемъ Эрклебенъ стр. 100 слѣд. (Дернбургъ Compensation 2 изд. стр. 369).

[13] L. 1 § 1 D. h. t. «Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio». L. 24 l. 26 § 2. 3 D. h. t., l. 9 pr. C. h. t. и многія другія. См. Voigt. § 67. Кто знаетъ, что обязательство, объ исполненіи котораго онъ изъявляетъ волю, не существуетъ, тотъ не можетъ утверждать, что дѣйствительнымъ намѣреніемъ его удовлетворенія было исполненіе этого обязательства. При отсутствіи другаго намѣренія, слѣдуетъ сказать, что онъ хотѣлъ дарить. Поэтому l. 53 D. de R. I. гласитъ? «Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est». Точно также l. 47 D. de op. lib. 38. 1, l. 7 § 2 D. pro emt. 41. 4, l. 12 D. de nov. 46. 2. Но въ подобномъ случаѣ нисколько не необходимо намѣреніе дарить. См. въ особенности l. 50 D. de sol. 46. 3. «Si cum aurum tibi promisissem, ignoranti quasi aurum aes solverim, non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci». Если далѣе лицо, недобросовѣстно владѣющее наслѣдствомъ, уплачиваетъ долги по оному, то оно не можетъ требовать ихъ назадъ (l. 31 pr. D. de H. P. 5. 3), а между тѣмъ оно, безъ сомнѣнія, не хотѣло дарить. Ср. Виндшейдъ Voraussetzung стр. 203, Voigt. стр. 578 слѣд. (Э. Циммерманъ Beitrage zur Theorie der condictio indebiti Гиссенъ, 1860, nr. 11)

исключаетъ право требовать возвращенія удовлетворенія, развѣ бы, по исключенію, была доказана извинительность этого заблужденія [14]. Одинаковое значеніе съ заблужденіемъ имѣетъ сомнѣніе;

[14] Ср. I § 79 прим. 7. Во многихъ мѣстахъ источниковъ высказывается въ видѣ несомнѣнной аксіомы, что при ошибкѣ въ правѣ не имѣетъ мѣста condictio indebiti. L. 10 l. 6 C. de iur. et facti ign. 1. 18, l. 9. § 5 D. cod. 22. 6, l. 6. 7 C. h. t., l. 9 C. ad leg. Falc. 6. 50. Съ другой стороны допускается condictio, на основаніи ошибки въ правѣ, въ l. pr. D. ut in poss. leg. 36. 4. Допустивъ даже, что это мѣсто предполагаетъ, по исключенію, извинительный error iuris, что, конечно, не находитъ себѣ подтвержденія въ его буквальномъ смыслѣ, то все же оно, какъ единичное въ цѣломъ рядѣ другихъ мѣстъ, положительно недопускающихъ condictio indebiti, не можетъ сдѣлать спорнымъ ясный и дѣйствительный смыслъ юстиніановской компиляціи. Ср. впрочемъ и Г. Витте Krit. VJSchr. VIII. стр. 210. 206. Еще менѣе въ состояніи это дѣлать мѣста, въ которыхъ condictio indebiti дается на основаніи ошибки, которая по обстоятельствамъ дѣла представляется необходимо или по крайней мѣрѣ по всей вѣроятности ошибкой въ правѣ, какъ напр. l. 38 l. 6 4 D. l. 5 C. h. t. Ибо какъ мѣста эти не высказываются на счетъ характера ошибки, необходимаго для condictio indebiti, то они несомнѣнно предполагаютъ, что ошибка была въ данномъ случаѣ извинительна. Въ l. 25 pr. i. f. D. de prob. 22. 3 требуется: «iusta ignorantiae causa». — Предположенное здѣсь воззрѣніе можетъ въ настоящее время считаться господствующимъ; оно защищается Савиньи III стр. 447 слѣд., Эркслебенъ стр. 70 слѣд., Витте стр. 98 слѣд., Voigt стр. 635, Унтергольцнеръ II стр. 36. 37, Синтенисъ II § 109 прим. 54, Вангеровъ III. § 625 пг. II, Пухта § 309. i, Арндтсъ § 341 прим. 6. Другіе основываютъ разрѣшеніе не по противоположности между извинительной и неизвинительной ошибкой, а на противоположности между юридической и фактической ошибками, какъ такопыми, при чемъ они при первой или допускаютъ condictio indebiti или устраняютъ ее безусловно. См. литературныя указанія у Вангерова въ указ. м., Гольцшуеръ III § 266 пг. 6. (Э. Циммерманъ въ указ. м. пг. 1). — Излагаемый здѣсь взглядъ проводится и на практикѣ, будучи усвоенъ тѣми высшими судебными инстанціями, которыя прежде держались противоположнаго взгляда. Къ нимъ относятся оберъ-апелляц. суды—любекскій (Зейфф. Arch. XIII. 254, ср. IV. 55, VII. 53), дрезденскій (II. 187, ср. VI. 206 пг. 2, а также и пг. 1), іенскій (V. 291, ср. VI. 207, VII 322). Извинительность ошибки требуетъ далѣе висбаденскій об. апп. судъ (XV. 195. 1). Не признается роштокскимъ error iuris апп. судомъ (VII. 52); об. кассельскій об. апп. судъ допускаетъ таковой лишь для лицъ, о которыхъ говорится въ l. 25 § 1 D. de pobat (VIII. 140. 141). Такимъ образомъ совершенно изолировано стоитъ штуттгарскій оберъ-трибуналъ, признавшій еще въ 1853 году (Зейфф. Arch. VII. 53), что извинительность заблужденія, по крайней мѣрѣ фактическаго, не имѣетъ никакого значенія. (См. теперь еще Зейффертъ Arch. XXII. 149. 242). — Впрочемъ условіе извинительности заблужденія не должно, какъ дѣлаетъ Савиньи, понимать въ томъ смыслѣ, что заблужденіе служитъ основаніемъ права обратнаго требованія. Заблужденіе вообще не имѣетъ здѣсь положительнаго значенія; оно имѣетъ лишь отрицательное значеніе, состоящее въ томъ, что при отсутствіи его высказанное самоограниченіе воли оказывается въ дѣйствительности нежелательнымъ. Поэтому, и еслибъ рѣшеніе вопроса свести къ природѣ вещей, слѣдовало бы, наоборотъ, допустить всякое заблужденіе, даже извинительное. Римское право склонилось къ противоположному разрѣшенію изъ вниманія, кажется, къ интересу кредитора, который расчитывалъ на возможность удержанія полученнаго. Такого мнѣнія и Беръ Anerkennung стр. 69—71 (76—78). Приведенная l. 1 pr. D. ut in poss. leg. представляетъ, можетъ быть, собой выраженіе того воззрѣнія, которое признается здѣсь соотвѣтственнымъ природѣ вещей. Въ этомъ смыслѣ я уже прежде высказался (Voraussetzung, стр. 206. 207) и такого же мнѣнія ф. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 284 слѣд. съ тѣмъ

одно лишь положительное знаніе о неосновательности обязательства исключаетъ право требовать возвращенія даннаго [15]. Если получателю извѣстно несуществованіе обязательства, по которому онъ получаетъ удовлетвореніе, то полученіе равносильно похищенію, и онъ отвѣтствуетъ по правиламъ § 180 [16].

4. По исключенію не допускается право требовать возврата даннаго при притязаніяхъ, при которыхъ отрицаніе имѣетъ своимъ послѣдствіемъ увеличеніе взысканія въ двойномъ размѣрѣ (§ 15 № 2а) [17].

5. Что касается обязанности доказывать, то требующій воз-

однакоже, что онъ дѣлаетъ различіе между solutio и promissum съ одной стороны, indebite promissum и indebiti promissum съ другой, каковое различіе я считаю произвольнымъ. Противъ этого и Витте Krit. VJSchr. VIII. стр. 204 слѣд.

[15] По постановленію Юстиніана въ l. II C. h. t. Ср. l. 2 pr. D. h. t. и Арндтсъ § 341 прим. 7. Зейфф. Arch. IV. 123, VII. 54, XIII. 355.

[16] L. 18 D. de cond. furt. 13. 1, l. 43 pr. l. 80 § 6 i. f. D. de furt. 47. 2. Предполагается однакоже пріобрѣтеніе владѣнія со стороны получателя. L. 43 § 2 D. de furt. 47. 2. «Si is, qui indebitum accipiebat, delegaverit solvendum. non erit furti actio, cum eo absente solutum sit; caeterum si praesente, alia causa est, et furtum fecit», О мнѣніи Франка (Beiträge nr. 4) и противъ него о томъ, что похищеніе имѣется тогда только, когда получатель подложно выдавалъ себя за дѣйствительнаго кредитора, см. Вангеровъ § 625 nr. III и цитированныхъ тамъ писателей.

[17] L. 4 C. h. t., § 7. I de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 2 C. de compens. 4. 31. Ср. l. 23 § 4 D. h. t. Рудорфъ Zeitschr. f. gesch. RW. XIV стр. 290. 467. 468.—Обыкновенно прибавляютъ, что право на обратное потребованіе отпадаетъ и при требованіи, возникающемъ ихъ рѣшенія. Конечно въ источникахъ неоднократно встрѣчается положеніе, что «qui ex causa indicatio solvit, repotere non potest, l. 74 § 2 D. de iud. 5. 1, l. 36 D. fam. erc. 10. 2, l. 29 § 5 D. mand. 17. 1, l. 1 C. h. t. Съ другой стороны безспорно, что если, послѣ удовлетворенія, рѣшеніе отмѣняется въ аппелляціонномъ порядкѣ, то можно уплоченное потребовать обратно, l. 11 D. de appell. 49. 1; тоже примѣнимо къ случаю отмѣны рѣшенія въ порядкѣ кассаціи. Поэтому дѣйствительный смыслъ указанныхъ мѣстъ состоитъ въ томъ, что на рѣшеніе не дозволяется приносить кассаціонной жалобы въ порядкѣ condictio indebiti. Это вполнѣ объясняется тѣмъ, что по древнѣйшему праву проигрышъ кассаціонной жалобы обыкновенно влекъ за собой poena dupli (Келлеръ Civil. proc. § 82 прим. 983). Въ юстиніановскомъ правѣ отпала эта poena dupli, а вмѣстѣ съ нею и основаніе указаннаго постановленія, которое виситъ такимъ образомъ въ воздухѣ. Во всякомъ случаѣ постановленіе это имѣетъ характеръ процессуальный, а не матеріальнаго права. Поэтому несправедливо примѣнить его, какъ это дѣлаютъ многіе, къ тому случаю, когда удовлетвореніе послѣдовало на основаніи ошибочнаго предположенія о томъ, что состоялось рѣшеніе, тогда какъ никакого рѣшенія не состоялось. Ср. о различныхъ воззрѣніяхъ Рудорфъ Zeitschr. f. gesch. RW. XIV стр. 322 слѣд., Витте стр. 95 слѣд. и цитированныхъ у него. (Вангеровъ въ указ. м. Nr. 1. 1. f.). О положеніи: «poena non solent repoti, quum depensae sunt» (l. 42 D. h. t. точно также l. 46 D. de R. J. 50. 17) ср. съ одной стороны l. 23 § 4 D. h. t., съ другой l. 3 § 14 D. de tab. exh. 43 5 (съ тѣмъ же заглавіемъ какъ и l. 42 cit.), l. 35 D. h. t., l. 1 § 2 D. de lege Julia ambitus 48. 14, и различныя мнѣнія у Глюка XII стр. 105 слѣд., съ которымъ согласны Вангеровъ стр 407, Унтергольцнеръ I § 247. d. II § 322. g. Пухта § 309. f. далѣе у Франка Arch. f. civ. Pr. XXII. стр. 358 и у Бринца стр. 415.

врата обязанъ, въ случаѣ спора, доказать: a) удовлетвореніе; b) удовлетвореніе съ цѣлью исполнить обязательство [18]; c) несуществованіе этого обязательства [19]. Изъ послѣдняго положенія допускаются однакоже исключенія. Требующій возврата освобождается отъ обязанности доказывать несуществованіе предположеннаго обязательства: a) если онъ такое лицо, которое легко можетъ платить и не состоя должнымъ; b) если получатель отрицалъ полученіе, а доказано противное [20]. Однакоже и въ этихъ исключительныхъ случаяхъ [21] истецъ безусловно обязанъ доказать несуществованіе обязательства, если утвержденіе его о несуще-

---

[18] Если получатель утверждаетъ, что данное было ему напр. подарено, то онъ отрицаетъ, чтобы таковое дано было ему съ цѣлью пополненія обязательства. Положительное утвержденіе о дарѣ онъ присовокупляетъ излишне.

[19] По положительному постановленію l. 25 D. de prob. 23. 3. Выводъ, дѣлаемый изъ природы вещи, ведетъ къ такому же результату, что признается всѣми. Но съ другой стороны сильный споръ идетъ объ основаніяхъ, которыми оправдывается указанное положеніе изъ природы вещей. Съ одной стороны утверждаютъ (Эркслебенъ II стр. 499 слѣд., Шлезингеръ Formalcontracte стр. 31. 32, Витте Bereicherungsklagen стр. 160 слѣд., именно стр. 172. 173 krit. VISchr. VI стр. 376 — 379), что это положеніе есть непосредственное послѣдствіе изъ понятія предположенія; а съ другой учатъ (Виндшейдъ Voraussetzung стр. 189 слѣд. krit. VISchr. I стр. 122 слѣд., Беръ Anerkennung стр. 68 (72) слѣд. Jahrb. f. Dogm. II стр. 306 слѣд., что по началамъ предположенія на получателѣ лежитъ обязанность доказать исполненіе предположенія, и что это бываетъ иначе при condictio indebiti потому только, что исполняющій самымъ фактомъ удовлетворенія призналъ исполненіе предположенія. Относительно послѣдняго воззрѣнія, которое проводится здѣсь (ср. объ этомъ въ частности § 184 прим. 1), возникаетъ далѣе вопросъ, какъ точнѣе опредѣлить понятіе признанія. Въ первомъ изданіи я смотрѣлъ на него, какъ на договоръ доказательства, который теперь оставленъ мною (§ 168 прим. 2). Беръ видитъ въ немъ настоящее признаніе, т. е. изъявленіе воли, направленное на осуществленіе противъ себя долга — изъявленіе *намѣренія* осуществить противъ себя долгъ, выразившагося въ утвержденіи существованія долга Anerkennung 1 изд. стр. 64 слѣд. Jahrb. f. Dogm. II стр. 311 слѣд. Anerkennung изд. II. стр. 68 слѣд. 127). См. еще Виндшейдъ Verauss eizung стр. 119 слѣд. krit. VISchr. I стр. 123 ниже, Арндсъ krit. Ueberchau VI стр. 224 слѣд., Витте Bereicherungsklagen стр. 178 krit. VISchr. VI стр. 389 слѣд. (Гессе Wesen und Arten der Verträge des heutigen romischen Rechts стр. 288 слѣд). Воззрѣніе источниковъ въ l. 25 § 1 D. de prob. 22. 3 слишкомъ ясно: плательщикъ хотѣлъ погасить долгъ, поэтому долгъ вѣроятно существовалъ, иначе его надо считать за человѣка, къ осмотрительности и уму котораго нельзя имѣть довѣріе. Нѣсколько иначе l. 31 § 17 D. de aed. ed. 21. 2 (которое впрочемъ не трактуетъ о платежѣ долга): никто не можетъ жаловаться если судитъ о немъ по собственному его заявленію.

[20] L. 25 pr. § 1 D. de prob. 22. 3. Бенфей Zeitchr. f. Civilr. u. Pr. XIV. 7, Вангеровъ § 625 прим. 2, Синтенисъ § 109 прим. 57. L. 25 § 1 cit. «Sin autem is, qui indebitum queritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens et desidiae debitus: qui accepit pecunias, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas. . . » Зейфф. Arch. I. 58, VIII. 140—141.

[21] И во второмъ случаѣ? Вопросъ разрѣшаетъ отрицательно Бенфей въ указ. м. стр. 207; утвердительно Ремеръ die Beweislast hinsichtlich des Irrthums стр. 62 слѣд., гдѣ приведена и подробная литература.

ствованія обязательства разрѣшается положительнымъ утвержденіемъ [22]. Особенныя начала дѣйствуютъ засимъ въ томъ случаѣ, когда удовлетвореніе заключается въ обѣщаніи долга. Здѣсь необходимо различать, выражено ли въ обѣщаніи долга основаніе предполагаемаго обязательства, или нѣтъ; въ первомъ случаѣ обязанъ доказать несуществованіе обязательства тотъ, кто далъ обѣщаніе, во второмъ же кредиторъ обязанъ доказать существованіе онаго [23]. Доказательство несуществованія предположеннаго обязательства замѣняется доказательствомъ (фактическаго или юридическаго) несуществованія тѣхъ фактовъ, на основаніи которыхъ было заключено о существованіи обязательства [23a]. При этомъ судья въ состояніи оцѣнить, дозволительно ли было истцу находиться въ заблужденіи относительно этихъ фактовъ [24]; если извинительность заблужденія зависитъ еще отъ другаго, неустановленнаго факта, то истецъ обязанъ доказать и послѣдній [25]. Съ другой стороны истецъ не имѣетъ надобности доказать существованіе заблужденія [26] [27].

---

[22] L. 25 § 2 cit. Здѣсь перечисляются три случая: a) истецъ утверждаетъ, что онъ менѣе долженъ, чѣмъ заплатилъ, слѣдовательно онъ долженъ столько-то; b) онъ ссылается на погашеніе долга, или c) на возраженіе.

[23] L. § 4 cit. Необходимо ли точное указаніе основанія предполагаемаго долга, или же достаточно общаго обозначенія? См. объ этомъ § 168 прим. 2, гдѣ указана подробная литература объ этомъ во всякомъ случаѣ встаненномъ мѣстѣ. Имѣетъ ли и въ этомъ случаѣ мѣсто указанное выше опредѣленіе? Это отрицается у Зейффрета Arch XVIII 254.

[23a] Зейфф. Arch. VII 55.

[24] Въ этомъ смыслѣ говорится въ pr. l. 25 cit. . . . «eum, qui dicit, indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per. . . . aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ad eo solutum» Ср. Зейфф. Arch. VII. 322. VIII 142, XV 195 I.

[25] Истецъ ссылается наприм. на то, что юридическое заблужденіе, въ которомъ онъ находился, по исключенію находитъ себѣ оправданіе.

[26] Т. е. онъ не долженъ доказать, что его воля дѣйствительно направлена была на исполненіе обязательства. Онъ объявилъ, что его воля была направлена на это и можетъ требовать, чтобы его исполненіе было принято за таковое до тѣхъ поръ, пока противникъ не докажетъ неправильность онаго. Зейфф. Arch. VII. 56, X. 56, XIII. 255, XV. 195 pr. II. 2. 3, XVIII. 248. Др. мн. Шлезингеръ Formalcontracte стр. 204, который требуетъ отъ истца «нѣкотораго подтвержденія» того, что онъ въ дѣйствительности не имѣлъ другой воли. Др. мн. далѣе Редеръ Abhandlungen uber prakt. Fragen des Civilrechts nr. 2, Ремеръ die Beweislast hinsichtlich des Irrthums стр. 55 слѣд., Циммерманъ Arch. f. civil. Pr. XLVIII. 4. См. также Витте Bereicherungsklagen стр. 180. 162, Беръ Anerkennung стр. 77. 78 (83 84), Синтенисъ § 109 прим. 57, Гольцшуеръ III § 266 nr. 11 1. половина. Въ отношеніи этого времени весьма важно уяснить себѣ одно различіе, имѣніе котораго въ виду способно устранить ненужный споръ: требующій назадъ уплоченнаго не имѣетъ надобности доказать заблужденіе, на которое онъ ссылается; но онъ долженъ убѣдить судью въ томъ, что заблужденіе, на которое онъ ссылается, извинительно (прим. 24 25); дѣлая это, онъ дѣлаетъ вѣроятнымъ и самый фактъ заблужденія. Такъ и Буркгардъ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. XXI. стр. 338 слѣд.

[27] Развитыя здѣсь изъ природы вещей положенія, слѣдовательно не положительны

b) *Обогащеніе изъ удовлетворенія, даннаго подъ предположеніемъ, которое должно осуществиться въ будущемъ* *.

§ 182. Предположеніе, имѣющее осуществиться въ будущемъ, можетъ имѣть своимъ предметомъ дѣйствіе получателя.

Это важнѣйшій случай, о которомъ подробнѣе будетъ говорено ниже (§ 183), но не единственно возможный [1]. Сюда относятся слѣдующіе другіе случаи, упомянутые въ источникахъ.

Удовлетвореніе подъ предположеніемъ установить въ будущемъ обязательство въ пользу дающаго удовлетвореніе [2].

Удовлетвореніе подъ предположеніемъ [3], или немедленнаго погашенія обязательства, лежащаго на дающемъ удовлетвореніе [4]

постановленія l. 25 D. de prob., должны имѣть примѣненіе и во всякомъ другомъ случаѣ, когда обратное истребованіе основывается на отсутствіи предположенія, обусловленнаго настоящимъ или прошедшимъ; т. е. истецъ долженъ доказать недостатокъ предположенія, но не и то, что онъ по заблужденію принялъ его осуществившимся.

* Dig 12. 4 de condictione causa data causa non secuta. Cod. 4. 6 de condictione ob causam daterum. C. G. Вехтеръ doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis (1822). Эрклебенъ (§ 421) 2. Abhteil. Voigt (§ 176) § 76. 78. 79. Унтергольцнеръ II стр. 40 слѣд., Синтенисъ II стр. 531 слѣд. Вангеровъ III § 626.

[1] По господствовавшему прежде возрѣнію, condictio c. d. c. n. s. понималось какъ § 182. искъ объ истребованіи удовлетворенія, сдѣланнаго ради эквивалента, почему излагали ее въ ученіи о такъ назыв. безъименныхъ контрактахъ. Первое сочиненіе, въ которомъ находится сознательное различеніе между безъимянными контрактами и прочими случаями удовлетворенія ob causam futuram, есть сочиненіе Вехтера. Эрклебенъ стр. 32. О различныхъ воззрѣніяхъ, которыя высказывались относительно основанія condictio c. d. c. n. s., См. § 178 прим. 13, также Эрслебенъ стр. 30 слѣд.

[2] Напр. уплата впередъ наемной платы, когда впослѣдствіи дѣлается для квартирохозяина невозможнымъ безъ его вины предоставленіе пользованія. L. 9 § 4 l. 19 § 6 l. 30 § 1 l. 33 D. loc. 19. 2. Далѣе относится сюда случай написанія документа съ признаніемъ полученія займа въ ожиданіи онаго. L. 7 C. de non num. pec 4. 30, l. 3 C. de post. 2. 6, l. 4 C. de cond. ex lege 4. 9. Ср. § 130, а также Voigt § 48 въ концѣ. См. далѣе l. 23 pr. D. de cond. ind. 12. 6. А можетъ быть, что сюда слѣдуетъ отнести и l. 15 D. h. t. Эрклебенъ стр. 186; ср. Voigt стр. 701.

[3] Ср. къ слѣдующему Эрклебенъ § 11.

[4] Примѣры: должникъ удовлетворяетъ кредитора негоднымъ для исполненія предметомъ, l. 38 § 3 D. de sol. 46. 3. должникъ удовлетворяетъ другое лицо, а не дѣйствительнаго кредитора, въ ложной увѣренности, что такое удовлетвореніе согласн. съ волей кредитора. Онъ можетъ требовать возврата, если, при отсутствіи одобренія со стороны кредитора, удовлетвореніе не достигло своей цѣли—исполненія обязательства. L. 14 D h. t., l. 58 pr. § 1 D. de sol. 46. 3, l. 80 § 7 D. de furt. 47. 2, l. 8 C. de cond. ind. 4—5 (въ двухъ послѣднихъ мѣстахъ удовлетвореніе невѣрно называется indebitum), l. 22 pr. D. eod. 12. 6. При знаніи получателя о томъ, что онъ не вправѣ принимать удовлетвореніе за кредитора, онъ виновенъ въ похищеніи (furtum), отвѣтствуя по началамъ онаго (§ 180). L. 14 D. h. t., l. 80 § 5—7 D. de furt 47—2, l. 44 D. eod., l. 18 l. 38 § 1 D. de sol. 46. 3, l. 8 § 13 D.

или погашенія съ наступленіемъ впослѣдствіи извѣстнаго событія [5].

Удовлетвореніе подъ предположеніемъ установить для дающаго таковое право требованія, или немедленно [6], или съ наступленіемъ впослѣдствіи какого нибудь событія [7].

Удовлетвореніе подъ предположеніемъ пріобрѣсти какое либо другое право. Сюда относится [8] весьма важный случай удовлетворенія съ цѣлью выполнить условіе, подъ которымъ въ завѣщаніи отказывается какое либо имущество [9]. Предположеніемъ здѣсь бу-

---

de don. i. v. e. n. 24. 1 (ср I § 127 прим. 16). Въ l. 15 D. de sol. 46 3 и l 80 § 6 D. de furt. 47. 2 указывается на то; что falsus procurator совершаетъ furtum и тогда, когда онъ имѣетъ намѣреніе скрыть полученное, ср. l 8 C. de cond. ind. 4. 5; въ l. же 43 § 1 D. de furt. 47. 2 содержится мое мнѣніе. въ силу котораго procurator совершаетъ и въ этомъ случаѣ furtum, но лишь при томъ предположеніи, что ему дано было удовлетвореніе съ намѣреніемъ сдѣлать собственникомъ онаго не его, а кредитора.

[5] Примѣры: должникъ удовлетворяетъ не кредитора, а другое лицо, въ ожиданіи что кредиторъ одобритъ это удовлетвореніе l. 14 D. h. t., l. 14 pr. l. 58 pr. D. de solut. 46. 3. l. 16 pr. l. 22 pr. § 1 l. 25 § 1 D. ratam rem 46 8, l. 41 § 11 D. de leg. III° 32. Ср. также l. 34 § 6 D. de sol. 46. 3. Далѣе относится сюда слѣдующій случай: должникъ по альтернативному обязательству даетъ часть одного изъ двухъ должныхъ предметовъ; этимъ онъ не освобождается въ части, но онъ вполнѣ освобождается, если впослѣдствіи доставитъ и другую часть. Если онъ этого не дѣлаетъ, а доставляетъ другой предметъ, то онъ можетъ требовать возврата данной части. То же бываетъ при частномъ исполненіи генерически опредѣленнаго обязательства. L. 26 § 13. 14 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 § 1 D. de V. O 45. 1, l. 34 pr. D. de solut. 46. 3 Ср. § 7 прим. 7.—Въ l. 26 § 13 cit. говорится впрочемъ:—«si autem Stichum praestitisset (другое въ цѣлости) quinque eum posse condicere quasi indebita»; точно также l. 34 pr. cit. Здѣсь, кажется, проводится тотъ взглядъ, что, послѣ концентраціи обязательства, вслѣдствіе исполненія, на одномъ изъ нѣсколькихъ возможныхъ предметовъ (§ 7 прим. 7), другой предметъ выходитъ изъ обязательствъ, оказываясь такимъ образомъ не должнымъ. Согласно съ симъ право требовать возврата, удовлетворенія слѣдовало бы понимать въ смыслѣ права требовать возврата, ob causam finitam. Но съ другой стороны все таки нельзя сказать, что исполненная часть была доставлена debite, потому именно, что доставлена лишь часть. Въ виду этого отношеніе слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что удовлетвореніе дано въ ожиданіи, что оно, вслѣдствіе будущаго событія, послужитъ къ освобожденію отъ долга. Указанная неточность выраженія встрѣчается и въ нашемъ ученіи, см. прим. 4. 10.

[6] L. 32 D. de R. C. 12. 1.

[7] L. 46 pr. D. de I. D. 23. 3.

[8] Другой относящійся сюда случай тотъ, въ которомъ collatio bonorum дѣлается до наступленія наслѣдства. L. 13 D. h. t., l. 3 § 5 D. de coll. bon. 37. 6. Предположеніе не поставлено здѣсь въ зависимость отъ будущаго происхожденія обязательствъ, ибо и открытіе наслѣдства не порождаетъ для наслѣдника обязательства къ collatio. Отношеніе представляется здѣсь въ томъ виду, что безъ доставленія удовлетворенія онъ не можетъ осуществить своихъ наслѣдственныхъ правъ L. 3 pr. l. 1 § 10. 13 D. de coll. bon. 37. 6. Ср. III § 610 num. 6.

[9] Condicionis implendae gratia, condicioni parendi gratia. Эрклебенъ § 12.

детъ пріобрѣтеніе этого имущества [10], и именно въ силу удовлетворенія [11].

Назначеніе приданаго до заключенія брака; предположеніемъ будетъ здѣсь осуществленіе брака [12].

Дареніе между женихомъ и невѣстой. Такое дареніе считается послѣдовавшимъ въ предположеніи, что бракъ состоится. Но виновный въ неосуществленіи брака не имѣетъ права требовать возврата подареннаго. Если заключенію брака помѣшала смерть одной изъ сторонъ, то право жениха на требованіе возврата подареннаго не безусловно [13].

Дареніе на случай смерти. Предположеніемъ [14] его будетъ то, чтобы даритель не переживетъ одаряемаго или угрожающей жизни дарителя опасности, если даръ сдѣланъ въ виду существующей или предстоящей опасности этого рода [15].

§ 183. Если предположеніе удовлетворенія составляетъ дѣйствіе, которое должно быть предпринято получателемъ (§ 182), то оно въ частности можетъ быть направлено:

1) на то, чтобы получатель употребилъ полученное извѣстнымъ образомъ [1], или чтобъ онъ относился къ оному извѣстнымъ

---

[10] Для исхода предположенія безразлично, по какому основанію имущество пріобрѣтено. Можетъ статься, что распоряженіе наслѣдодателя недѣйствительно, или отмѣнено, или что оно никогда не существовало (l. 53 l. 65 § 3 D. de cond. ind. 12. 6, l. 2 D. h. t., l. 26 D. de inoff 5. 2); дающій удовлетвореніе можетъ оказаться неспособнымъ къ пріобрѣтенію, или онъ можетъ перемѣнить намѣреніе, отказываясь отъ пріобрѣтенія имущества (l. 1 § 1 D. h. t, l. 65 § 3 D. de cond. ind. 12. 6). Къ случаямъ недѣйствительности распоряженія наслѣдодателя относится тотъ случай, когда лицо, въ пользу котораго дѣлается отчужденіе, имѣетъ уже отчужденное, l. 67 pr. D. de cond. ind. 12. 6. (Если здѣсь сказано: an pecuniam... ut *indebitam* datam repetere.... possit»? то это не болѣе какъ не точное выраженіе, какъ въ мѣстахъ, цитированныхъ въ прим. 4. 5.

[11] Поэтому право требовать возврата имѣется, когда обнаружено будетъ, что условіе не было возложено или что оно впослѣдствіи было уничтожено. L. 3 § 6. 7 D. h. t. См. также l. 34 D. de cond. ind. 12. 6, а также l. 44 § 5 D. de cond. 35. 1.

[12] L. 7 § 3—l. 9 pr. D de l D. 23. 3, l. 59 § 2 l. 74. D. eod. l. 6—9 pr. l. 10 D. h. t., l. 5 D. de cond. s. c. 12. 7, l. 10 D. de spons. 23. 1, l. 17 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l 7 C. de interd. matrim 5. 6. Эрклебенъ § 8.

[13] При «osculo interveniente» оно простирается лишь на половину. О томъ и другомъ см. l. 15 16 C. de don. ante nupt. 5. 3; о древнѣйшемъ правѣ l. 2. 10. 11. C. eod., l. 1. § 1 D. de don. 39. 5, Vat. fr. § 262. Виндшейдъ стр. 29. 109, Эрклебенъ стр. 152—157 Объ «osculum» см. еще Глюкъ XXIV стр. 396 слѣд. Шпангенбергъ Arch. f. civ. Pr. XII. 14, Клентце Zeitschr. f. gesch. RW. VI. стр. 72 Ср. Зейфф. Arch. IV. 233, XVII. 59.

[14] Но оно можетъ также быть сдѣлано подъ суспенсивнымъ условіемъ. См. § 117 прим. 2

[15] L. 12 D. h. t., l. 35 § 3 D. de m. c. don. 39. 6. l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1. Дареніе подъ предположеніемъ, что третье лицо раньше умретъ: l. 18 l. 11 D. de m. c. don. 39. 6, l. 3 C. eod. 8. 57. Эрклебенъ § 9, Voigt стр. 724—731.

[1] L. 11 D. h. t., l. 53 D. de cond. ind. 12. 6, l. 5 § 9 l. 9 pr. D. de I. D. 23. 3, l. 1 § 7 D. de don. 39. 5.

образомъ [2]; или 2) на то, чтобъ онъ, съ своей стороны, далъ удовлетвореніе. Въ послѣднемъ случаѣ удовлетвореніе, которое имѣетъ быть доставлено, можетъ имѣть характеръ исполненія обязанности, возложенной по даренію [3], или значеніе эквивалента [4]. Но во всѣхъ этихъ случаяхъ давшій удовлетвореніе властенъ, при несовершеніи предположеннаго дѣйствія, требовать, кромѣ возврата полученнаго, исполненія этого дѣйствія на основаніи заключеннаго договора [5], при чемъ послѣднее право не исключаетъ перваго [6]. Право требовать возврата полученнаго теряетъ конечно, въ томъ случаѣ, когда удовлетвореніе послѣдовало на основаніи предшествующаго обоюднаго договора [7]. Указанное право устраняется далѣе и въ случаѣ дарового отчужденія имущества съ возложеніемъ обязанности произвесть выдачу въ пользу третьяго лица, такъ какъ послѣднее пріобрѣтаетъ, въ силу этой обязанности, право требованія [8].

Право требовать возврата даннаго удовлетворенія, по неисполненію предположеннаго дѣйствія, не имѣетъ мѣста, если давшій

---

[2] Напр., чтобъ онъ не отчуждалъ полученное (l. 3 C. h. t.), или чтобъ онъ по истеченіи извѣстнаго времени передалъ оное другому (l. 49 D. de don i. v. e. u. 24. 1, l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55). Ср. и Зейфф. Arch. V. 7).

[3] L. 3 D. de don. 39. 5, l. 8 C. h. t., l. 1 C. eod., l. 1 C. de don. quae sub modo 8 55. Ср. Зейфф. Arch. IV 1. 103.

[4] Примѣры изъ источниковъ: дается что нибудь для освобожденія раба, l. 1 pr. l. 2 § 2. 3. 5 D. h. t., l. 5 § 2 l. 7 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 6. 9 C h. t., съ тѣмъ, чтобы рабъ не былъ освобожденъ, l. 3 § 1 D. h. t., ut filius emancipetur, l. 1. pr. D. h. t.; ut procurator sit, l. 5 C. h. t., ср. l. 11 C. h. t.; ut Capuam eas, l. 5 pr. D. h. t.; ut a lite discedatur, ne ad iudicem iretur, l. 1 pr. l. 3 pr. D. h. t.; ut tabulam pingas, l. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5; дача вещи за другую (мѣна), l. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 1 § ult. D. de rer. perm. 19. 4, l. 5 7 C. eod. 4. 64; освобожденіе отъ долга вслѣдствіе замѣны должника другимъ лицомъ, l. 4 D. h. t., l. 8 § 8 D. ad SC. Vell. 16. 1. См. еще l. 16 D. l. 4 C. h. t, d. cond. ind, 12 6.

[5] Кто беретъ что нибудь подъ предположеніемъ совершенія имъ какого либо дѣйствія, тотъ самымъ принятіемъ даваемаго обѣщаетъ совершенія этого дѣйствія. Принятіемъ онъ заключаетъ (безъимянный) реальный договоръ, давая противъ себя по римскому праву actio praescriptis, vorbis (§ 67 прим. 4. 1) L. 5 § 1. 2 l. 6 l. 9 l. 26 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 4. 5 C. de rer. rerm. 4. 64; l. 9. 22 C. de don. 8. 54, l. 28 D. eod. 39. 2, l. 8 C, de rer. perm. 4. 64, l. 3 C. de contr. emt 4. 38.

[6] См. I § 99 прим. 1.

[7] Въ этомъ случаѣ предположеніемъ удовлетворенія есть не доставленіе эквивалента, а обязанность, принимаемая на себя противной стороной по обоюдному договору, развѣ бы договоръ этотъ былъ недѣйствителенъ и удовлетвореніе послѣдовало съ знаніемъ о его недѣйствительности, Виндшейдъ стр. 164. Ср. Зейфф. Arch. II. 58. На этомъ основаніи condictio c. d. e. n. s. не допускалась у римлянъ при тѣхъ лишь обоюдныхъ договорахъ, которые были свободны отъ формы. См. мѣста, цитированныя въ прим. 4 и ср. § 75 прим. 10. См. тамъ же о правѣ отказа по римскому праву отъ безъименныхъ реальныхъ договоровъ.

[8] См. l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55 и § 70 прим. 5. 15—16.

виновенъ въ допущеніи при сдѣлкѣ чего либо недозволеннаго [9]. Вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ теряется это право при невозможности для получателя совершить предположенное дѣйствіе, разрѣшается по общимъ правиламъ [10].

Съ другой стороны право требовать возврата, не смотря на исполненіе предположеннаго дѣйствія, имѣетъ мѣсто, когда получатель виновенъ въ допущеніи при сдѣлкѣ чего либо недозволеннаго [11]. Если сдѣлка заключена не въ интересѣ получателя, который былъ, напротивъ, употребленъ въ интересѣ давшаго лишь какъ орудіе для отчужденія или дальнѣйшей передачи даннаго, то даватель, не имѣя права требовать возврата удовлетворенія послѣ того, какъ дѣйствіе предпринято, властенъ требовать возврата до совершенія этого дѣйствія [12].

§ 184. Что касается обязанности доказывать, то и здѣсь (§ 181 № 5) требующій возврата обязанъ доказать: a) удовлетвореніе; b) предположеніе, на которое онъ ссылается. Съ другой стороны онъ не имѣетъ надобности c) доказывать неисполненіе предположенія. Получатель, желая удержать полученное, долженъ съ своей стороны подтвердить исполненіе предположенія [1].

---

[9] L. 4 § 3 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

[10] Ср. и Гольцшуеръ III § 18 nr. 1.

[11] См. § 178 прим. 5.—При одновременной виновности давателя и получателя, первый хотя не можетъ требовать возврата, но и получатель не можетъ, на основаніи предоставленнаго ему права, предъявлять искъ къ давателю. L. 3 Ср. l. 2 § 2) l. 4 pr. § 1 l. 8 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5, l. 2. 5 C. eod. 4. 7, l. 5 pr. D. de cond. s. c. 12. 7, l. 3 § 3 l. 5 § 1 D. de calumn. 3. 6, l. 134 pr. D. de V. O. 45. 1. Voigt стр. 567—570 и § 73. Къ l. 5 D. de cond. s. c 12. 7 Schlager См. еще Arh. f. civ. Pr. XLIX D. 91 fg. Зейфф. Arh. I. 195, II. 19, IV. 231, VIII. 25. 119, XIII. 257. XVIII. 225.

[12] L. 5 § 1. 2 D. h. t., l. 27 § 1 D. mand. 17. 1. Ср. l. 11 § 8 D. de don. i. v. e. u. 24. 1.

[1] Такъ: Гефортеръ къ Веберу Beweisführung стр. 237, Виндшейдъ Voraussetzung стр. 189 слѣд. и Krit. VJSchr. I стр. 122 слѣд., Беръ Anerkennung стр. 64 (68) слѣд. (съ которымъ согласенъ Арндтсъ Krit. Ueberschau IV ст. 223 ниже), Герберъ Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast стр. 125 слѣд Максенъ über Beweislast, Einreden und Exceptionen стр. 254 слѣд., Ветцелль Civilproc. § 15 прим. 17. (Зейфф. Arch. XXI. 127). Противоположнаго мнѣнія суть: Бетманъ-Гольвегъ Versuche стр. 341, Эрклебенъ стр. 499 слѣд., Витте Bereicherungsklagen стр. 169 слѣд. и Krit. VJSchr. VI стр. 376—379, Шлезингеръ Formalcontrakte стр. 209 слѣд. Объ этомъ трудномъ вопросѣ необходимо замѣтить слѣдующее. 1) Пока исполненіе или неисполненіе предположенія неизвѣстно еще, до тѣхъ поръ не имѣется права требовать возврата. Поэтому при ссылкѣ отвѣтчика на то, что неизвѣстность продолжается еще, между тѣмъ какъ истецъ утверждаетъ противное, послѣдній обязанъ, безъ сомнѣнія, доказать это обстоятельство. 2) Если стороны согласны въ томъ, что разрѣшеніе извѣстно уже расходясь лишь въ объясненіяхъ относительно направленія онаго, то распредѣленіе обязанности доказывать зависитъ отъ того, какъ понимать отношеніе предположенія къ изъявленію воли, къ которой оно присоединено. При воззрѣніи, что предположеніе представляетъ собой, рядомъ съ главной волей, самостоятельное, суще- § 184.

В. Добровольное веденіе чужихъ дѣлъ.

§ 185. Тотъ фактъ, что кто либо занимался чужими дѣлами порождаетъ обязанности какъ для него, такъ и для того, чьими

ствующее само по себѣ, изъявленіе воли, которое установляетъ обязанность къ выдачѣ на случай наступленія извѣстнаго событія (по образцу резолютивнаго условія), отвѣтчикъ обязанъ доказать наступленіе этого событія. Если же держаться того взгляда, что оно представляетъ собою моментъ, присущій изъявленію воли, которое поставило окончательное осуществленіе имущественнаго отчужденія въ зависимость отъ будущаго событія (по образцу суспенсивнаго условія), то отвѣтчикъ обязанъ доказать наступленіе этого событія. Я полагаю, что послѣднее воззрѣніе болѣе соотвѣтствуетъ сущности предположенія, чѣмъ первое. Точно также мотивируютъ Герберъ и Мяксенъ onus probandi отвѣтчикъ (въ частности они уклоняются другъ отъ друга), хотя они понимаютъ causa не какъ предположеніе, а по примѣру Voigt'a, въ смыслѣ объективнаго оправдательнаго основанія. Витте ссылается противъ меня на то, «что воля можетъ быть такимъ юридическимъ основаніемъ, поэтому удовлетвореніе заключаетъ въ себѣ causa, независимо отъ наступленія будущаго событія (VJSchr. стр. 378). Но здѣсь именно дѣло идетъ не о волѣ, какъ таковой, а о волѣ, связанной съ извѣстнымъ предположеніемъ. Витте перепуталъ causa въ смыслѣ мотива (§ 72 num. 2) съ causa въ смыслѣ предположенія (§ 72 num. 3). 3) Что касается источниковъ, то защищаемому здѣсь мнѣнію не противорѣчатъ такія мѣста, которыя, какъ напр. l. 19 pr. D. de R. C. 12. 1 и l. 58 pr. D. de solut. 46. 3, говорятъ, что право требованія *возникаетъ* лишь causa non secuta. Мѣста эти выражаютъ только то, что при продолжающейся неизвѣстности не имѣется еще права требованія. Въ l. 1. pr. D. h. t. говорится какъ разъ наоборотъ: «causa secuta repetitio cessat»; ср. также l. 3 § 3 eod. Съ другой стороны я не хочу умолчать объ одномъ мѣстѣ, на которое обращено было мое вниманіе лишь позднѣе, и которое, конечно, не наводитъ на сомнѣніе. L. 26 D. de m. c. don. 39. 6. «Si, qui invicem sibi mortis causa donaverunt, pariter decesserunt, neutrius heres repeter, quia neuter alteri supervixit». Что въ этомъ мѣстѣ рѣчь идетъ не о такихъ лицахъ, одновременная смерть которыхъ достовѣрна, а о такихъ, которые погибли въ общей опасности (I § 53 въ концѣ),—не можетъ подлежать спору (ср. l. 9 § 2. 3. 4. D. de reb. dub. 34. 5, l. 18 pr. eod., l. 32 § 14 D. de don. i. v. c. u. 24. 1, l. 34 D. ad SC. Treb. 36. 1). Но совмѣстное существованіе заступаемаго здѣсь воззрѣнія съ этимъ мѣстомъ возможно, какъ я вижу, тогда только, когда воззрѣніемъ римскаго права будемъ считать то, что лица, погибшія въ общей опасности, должны юридически считаться умершими *одновременно*, доколѣ не доказаны, что смерть одного лица послѣдовала раньше смерти другаго. Ср. I § 53 прим. 6. 4) Ссылаться въ этомъ спорномъ вопросѣ на querela non numeratae pecuniae и считаю крайне опаснымъ, при своеобразности и отчасти неясности этого права. 5) По моему мнѣнію, обязанность доказывать должна быть, во всякомъ случаѣ, возлагаема на отвѣтчика, когда противъ него предъявляется требованіе объ исполненіи предположеннаго. Если римское право признавало, на основаніи actio praescriptis verbis, за отвѣтчикомъ право удержать въ свою пользу полученное, при безвинной невозможности исполненія (I § 100 прим. 6), то было бы несогласно съ его мыслью отказать въ регулированіи обязанности доказывать condictio c. d. e. n. s. по правиламъ actio praescriptis verbis. Такого мнѣнія и Бетманъ-Гольвегъ Versuche стр. 349 (за исключеніемъ однакоже donatio sub modo). (Gesca Wessen und Arten der Verträge стр 108 слѣд.). 6) Я не считаю основательнымъ различіе, дѣлаемое Эрклебеномъ и Витте, въ представленіи доказательствъ при требованіяхъ о возвращеніи удовлетворенія и состоящее въ томъ, что истецъ обязанъ доказывать, если онъ требуетъ возврата по неосуществленію предположенія, а отвѣтчикъ— при возраженіи имъ о неосуществленіи предположенія.—Противъ этого и Шлезингеръ въ указ. м. стр. 213.

* Dig. 3. 5 Cod. 2. 19 de negotiis gestis. — Критцъ Pandektenrecht. I. 1. C.

дѣлами онъ занимается, хотя бы между ними и не имѣлось порученія или другаго обязательственнаго отношенія [1]. Содержаніе этихъ обязанностей [2] подлежитъ свободной судейской оцѣнкѣ [3]. Главнѣйшіе пункты состоятъ въ слѣдующемъ.

1. Ведущій дѣла (negotiorum gestor) обязанъ [4]: а) употребить при веденіи дѣлъ стараніе, доброму хозяину свойственное [5]. Въ исклю-

348—428 (1835). Кеммереръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII. 3. 4. 8 (1835). Вехтеръ Beiträge sur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. f. civ. Pr. XX. 11 (1837). Шамбонъ die Negotiorum Gestio (1848). Руштратъ Beiträge sur Lehre von der Negotiorum Gestio, Arch. f. civ. Pr. XXXII. 7. XXXIII 2. 9. XXXIV. 3 (1849 1850. 1851). Данквартъ die Negotiorum Gestio (1855). Бринкманъ Berhältnis der actio communi dividundo und der actio negotiorum zu einander (1855). Лейстъ civilistische Studien II стр. 103—164 (1855). Келлнеръ die Grundzüge der Obligatio Negotiorum Gestorum (1856). Руштратъ über negotiorum gestio (1858). Витте die Bereicherungsglagen des römischen Rechts стр. 6—46 (1858). Ааронсъ Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio. Erste Abtheilung (1860). Якоби Jahrb. f. Dogm. IV стр. 215 слѣд. 293 слѣд. (1861). Глюкъ V стр. 318—385; Унтергольцнеръ II стр. 600—611, Сиитенисъ II § 114, Вангеровъ III § 664—667 Руштратъ Jahrb. f. Dogm. IX. 3 (1868). Л. Зейффертъ die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgefchäfte § 5. 9. Л. Зейффертъ 10. 15 (1868).

[1] Другое обязательственное отношеніе: опека или должность; о чемъ рѣчь будетъ ниже подъ C и D (§ 187). Техническое выраженіе римскаго права для занятія чужими дѣлами не на основаніи обязательственнаго отношенія это: negotia aliena gerere, negotiorum gestio. То лицо, въ интересѣ котораго negotiorum gestor, занимается дѣлами, называется dominus negotiorum. Неоднократно были дѣлаемы попытки точнѣе опредѣлить понятіе «чужихъ дѣлъ», «negotiorum alienum», главнымъ образомъ въ интересѣ разрѣшенія вопросовъ, о которыхъ трактуется въ слѣдующемъ §. Догматическая исторія этихъ попытокъ изложено въ сочиненіи Ааронса, цитированномъ подъ *. Этотъ писатель построилъ слѣдующую формулу (стр. 195): negotium alienum есть такое дѣйствіе, «которое имѣетъ своимъ содержаніемъ прибавленіе къ чужому имуществу права или обязанности, удаленіе или видоизмѣненіе имѣющагося въ немъ уже права или обязанности, или же воспрепятствованіе наступленію одного изъ этихъ фактовъ». Я сомнѣваюсь, чтобы такая или подобная ей формула могла служить судьѣ подспорьемъ при разрѣшеніи конкретнаго случая. Это замѣчаніе нисколько однакоже не умаляетъ достоинства сочиненія Ааронса, которое напротивъ, по добросовѣстности труда и осторожной обработкѣ матеріала, возбуждаетъ самыя лучшія ожиданія о второй части сочиненія, въ которой авторъ обѣщаетъ развить собственное воззрѣніе.

[2] Обязательства эти суть по римскому праву обязательствами quasi ex contractu. 3. 27, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7. Ср. прим 17 въ концѣ.

[3] Die actiones negotiorum gestorum суть bonae fidei actiones, § 28 I. de act. 4. 6, l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7. l. 6 § 4 l. 7. 18 D. h. t.

[4] Actio negotiorum gestorum directa, § 1 I. cit.

[5] L. 11 D. l. 17 C. h. t., l. 24 C. de usur. 4. 32, § 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3 27, l. 23 D. de R. I. 50. 17. Допускается ли субституція? Зейфф. Arch. XXII. 42). Допускается ли зачетъ прибыли, достигнутой ведущимъ дѣла по одному дѣлу, въ счетъ убытка, причиненнаго его виной по другому дѣлу? L. 11 D. h. t. даетъ основаніе сомнѣваться въ этомъ. Но относительно этого мѣста слѣдуетъ замѣтить: а) Оно говоритъ, правда, о различныхъ дѣлахъ, но такихъ, которыя представляютъ между собою единство. в) Въ этомъ мѣстѣ проведенъ взглядъ, который отвергнутъ позднѣйшей юриспруденціей. Это доказывается l. 23 § 1 D. pr-sec. 17. 2. Обязанность доказывать: Кирульфъ Entscheidungen любекскаго об. аппел. суда I стр. 263, ср. § 166 прим. 4 въ концѣ и § 194 прим. 7.

чительныхъ случаяхъ онъ отвѣтствуетъ лишь за злой умыселъ и равносильную ему грубую небрежность [6]; наоборотъ бываютъ случаи, въ которыхъ онъ отвѣчаетъ и за случай [7]. Обязанность быть старательнымъ ведущій дѣла можетъ нарушить и тѣмъ, что онъ недостаточно расширяетъ свою дѣятельность [8]. Ведущій дѣла b) обязанъ выдать хозяину все то, что онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ на основаніи своей дѣятельности [9], съ тѣмъ однакоже, что имѣющееся въ его рукахъ на основаніи юридическаго дѣйствія, заключающаго въ себѣ распоряженіе имуществомъ хозяина дѣлъ, онъ обязанъ выдать тогда лишь, когда дѣйствіе это одобрено хозяиномъ и признано имъ такимъ образомъ для себя обязательнымъ [10].

---

[6] Такой случай бываетъ: a) когда безъ вмѣшательствъ negotiorum gestor'а для хозяина дѣлъ было бы все потеряно, l. 3 § 9 D. h. t.; b) когда negotiorum gestor принялся за дѣла лишь для исполненія обязанности не оставлять безъ движенія дѣла, начатыя наслѣдодателемъ, l. 17 C. h. t., ср. l. 1 pr. D. de fidei. tut. 27. 7, l. 40 D. pro secio 17. 2. О случаѣ, приведенномъ подъ a, срав. Кирульфъ Entscheid. любекскаго об. аппел. суда 1865 стр. 264.

[7] Такой случай бываетъ: a) когда negotiorum gestor положительно принялъ на себя отвѣтственность за случай, l. 22 C. h. t. (ср. Шамбонъ стр. 106, Глюкъ V стр. 365—367); b) когда онъ принялся за дѣла вопреки запрещенія хозяина дѣлъ или вопреки способа, которымъ послѣдній самъ ведетъ таковыя, l. 11 D. h. t. Въ послѣднемъ случаѣ онъ отвѣтствуетъ, не только тогда, когда дѣйствіе его вредно само по себѣ, но и когда оно несогласно съ интересомъ хозяина дѣлъ. Ср. Ведтеръ стр. 356 въ связи съ прим. 26 на стр. 355.

[8] L. 6 § 12 D. h. t Въ частности: a) negotiorum gestor не извлекаетъ надлежащихъ выгодъ изъ находящагося въ его рукахъ имущества, напр. не отдаетъ денегъ на проценты. Но ему не вмѣняется въ вину, если онъ поступаетъ съ имуществомъ такъ, какъ обыкновенно поступалъ самъ хозяинъ. L. 6 § 12 l. 19 § 4 l. 31 § 3 l. 35 § 3 l. 37 § 1 l. 38. D. l. 20 C h. t., l. 13 § 1 D. de usur. 22. 1, l. 24 C. eod. Къ l. 38 cit. ср. § 12 прим. 3. Зейфф. Arch. V. 14. b) Negotiorum gestur не исполняетъ добровольно обязательствъ, которыя имѣетъ на него хозяинъ дѣлъ («non a semet ipso exigit») или неудовлетворяетъ требованій, имѣемыхъ имъ на послѣднемъ. L. 6. § 12 l. 8 pr. l. 35 pr. § 3 l. 38 D. h. t.; l. 13 l. 35 § 1. 2 D. h. t. c) L. 31 § 2. D. h. t.

[9] — «quidquid ex his negotiis retines», l. 2 D. h. t. При завѣдываніи всѣми дѣлами, напр. при управленіи всѣмъ имуществомъ, отъ завѣдывающаго дѣлами можно требовать отчетности, l. 2 cit., § 1. I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27.—Завѣдующій дѣлами обязанъ выдать все то, что онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ какъ результатъ negotiorum gestio («ex his negotus», l. 2 cit.). Но то, что онъ имѣетъ изъ имущества хозяина на основанія завѣдыванія дѣлами. Напр. онъ получаетъ удовлетвореніе по минимому требованію хозяина, l. 23 D. h. t.; по производящемуся процессу онъ получаетъ болѣе, чѣмъ слѣдуетъ по закону хозяину, l. 8 § 1 D. h. t. Съ другой стороны онъ не обязанъ выдать того, что онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ изъ имущества хозяина, но не на основаніи завѣдыванія дѣлами его, l. 19 § 3 D. h. t.

[10] Взысканіе долговъ l. 8 pr. l. 9 l. 24 D. l. 9 C. h. t., l. 62 D. de sol. 46. 3; l. 6 § 9. 10 D. h. t., l. 14 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4, l. 80 § 5 D. de furt. 47. 2. Продажа: l. 9 D. l. 19 C. h. t.; l. 3 C. de R. V. 3. 32, l. 20 C. fam. erc. 3. 36. Покупка за счетъ хозяина дѣлъ: Зейфф. Arch. XVII. 241. О противоположности между l. 9 D. cic. и l. 60 D. de R. J. 50. 17 ср. Вангеровъ § 664 прим. пг. III.

2. Ведущій дѣла имѣетъ, съ своей стороны, противъ хозяина оныхъ требованіе о возмѣщеніи всего того, что онъ истратилъ для него изъ собственнаго имущества [11], и притомъ съ процентами [12]. Требованіе это принадлежитъ однакоже ему при слѣдующихъ предположеніяхъ.

a) Необходимо, чтобы расходъ былъ сдѣланъ съ желаніемъ обязать хозяина дѣлъ къ возмѣщенію [13], слѣдовательно не съ намѣреніемъ дарить [14] или исполнить обязательство [15]. b) Расходъ долженъ быть въ интересѣ хозяина, какъ самъ по себѣ, такъ и относительно своего размѣра [16], такъ что самъ хозяинъ сдѣлалъ или одобрилъ бы такой расходъ, еслибъ ему извѣстны были отношенія [17]. Поэтому требованіе о возмѣщеніи расходовъ принадлежитъ

---

[11] Actio negotiorum gestorum contraria, § 1 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 10 pr. D. h. t. Die actio negotiorum gestorum contraria можетъ при negotiorum gestio и не имѣть мѣста въ данномъ случаѣ. Но точно также можетъ въ данномъ случаѣ отпадать и actio negotiorum gestorum contraria. Negotiorum gestio можетъ состоять лишь въ производствѣ расхода для другаго лица.—Самый расходъ можетъ заключаться въ обязательствѣ, которое завѣдующій дѣлами принимаетъ на себя, l. 2 D. h. t.

[12] L. 19 § 4 D. l. 18 C h. t., l. 37 D. de usur. 1. Ср. Зейфф. Arch. III. 50 VI. 35. Доказательство: Зейфф. Arch. I. 57, II. 43, III 52, VIII. 130, IX. 29, XI. 240. См. также рѣшенія, цитированныя въ примѣч. 15.

[13] — «recipiendi animo», l. 11 C. h. t.; — «quasi recepturus», l. 13 C. h. t., l. 14 § 7 D. de relig. 11. 7; — «ut repetiturus», l. 15 C. h. t. Beweis: Зейфф. Arch. I. 57, II. 43, III. 52, VIII. 130, IX. 29, XI. 240.

[14] «Donandi animo», l. 12 C. l. 4 D. h. t. Ср. l. 5 § 3 l. 7 pr. § 5 l 10 § 2. 10 l. 11 D. de in rem verso 15. 3 въ связи съ l. 3 § 2 eod. (183 прим. 2).

[15] Будетъ ли обязательство юридическое или лишь естественное. Въ источникахъ говорится очень часто о случаѣ, гдѣ одинъ членъ семейства дѣлаетъ расходы для другаго члена въ виду существующаго между ними близкаго отношенія. Въ этомъ, впрочемъ, случаѣ римское право оставляетъ во сторонѣ вопросъ о томъ, какое намѣреніе преобладаетъ, намѣреніе ли дарить или нѣтъ. L. 27 § 1 l. 34 D. l. 1. 11. 13. 15. C. h. t., l. 14. § 7—9, 13 D. de relig. 12. 7. Ср. l. 5 C. 44 D. h. t. Бушъ въ Themis Эльвора II. 21, ср. Мейерфельдъ Lehre von den Schenkungen 1 стр. 218 слѣд., Шеффер Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. N. F. VII. 1, Рейнгардъ тамъ же VIII. стр. 74 слѣд. Arch. I. 83. 348. II. 44, IV. 52, V. 15, VI. 36. 193. XI. 240, XII. 29. 164. XIV. 145, XVII. 49. 50, XX. 126 (XXI. 47. 48. 49). Кирульфъ Entscheid. любекскаго об. ап. суда 1869 nr. 96.—Если удовлетвореніе дано на основаніи ошибочно принятаго обязательства, то хотя имѣется право требовать возврата, но не actio negotiorum gestorum, а condictio indebiti. (Отъ этого случая необходимо отличать тотъ, когда ошибка касается не обязанности къ производству расхода, а обязанности къ попеченію о чужихъ дѣлахъ (§ 186 прим. 2).—См. еще l. 60 § 1 D. mand. 17 I (§ 186 прим. 10).

[16] L. 25 l. 31 § 4 D. h. t.

[17] Расходъ долженъ быть въ интересѣ хозяина, или, какъ источники выражается, gestum должно быть utiliter, l. 2 l. 10 § 1 l. 12 § 2 l. 45 pr. D. l, 2. 10. 11. 24 C. h. t. Utilitas же опредѣляется не объективными соображеніями, а по соображенію особеннаго положенія хозяина дѣлъ. L. 3 § 4 D. de in rem verso 15. 3: — «nec debere ex eo onerari dominum, quoid ipse facturus non esset» (ср. выше «quia nec procurator haec imputaret», и § 2 eod.). L. 43 D. h. t. завѣдующій дѣлами погашаетъ долгъ хозяина; онъ вправѣ требовать возмѣщенія сего, «nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi». L. 10 § 1 D. h. t.: — «non . . utiliter negotia gerit, qui rem non

ведущему дѣла въ особенности тогда, когда онъ можетъ ссылаться на выраженную хозяиномъ дѣлъ волю [18]; съ другой стороны это право требованія теряется, когда расходъ сдѣланъ вопреки запрещенія хозяина [19]. Изъ послѣдняго положенія допускается исклю-

---

necessariam, vel quae oneratura est patremfamilias aggreditur» Но *необходимость* расхода оказывается и въ другихъ мѣстахъ (l. 22 l. 31. § 7. l. 46 D. h. t. въ томъ смыслѣ, что ею устраняется всякій споръ о томъ, сдѣлалъ ли бы этотъ расходъ, хозяинъ самъ, или нѣтъ. Въ частности: l. 23 D. l. 3. 12. 16 C. h. t.; l. 40 D. h. t.; l. 10 § 1 D. l. 10 C. h. t.; l. 45 D. h. t.; l. 2 C. h. t.; l. 27 pr. D. h. t. Ср. далѣе l. 3 § 3. 4. 7. 8. 10 l. 5 pr. § 2 l. 7 § 5 l. 9 l. 10 § 1. 2 l. 19 D. de in rem verso 15. 3 въ связи съ l. 3 § 2 eod.); l. 38 D. de R. V. 6. 1. l. 13 § 22 D. de A. E. V. 19. 1. Зейфф. Arch. IX. 209. 285, XIX. 43.—Впрочемъ о понятіи utiliter gestum мнѣнія расходятся; см. обозрѣніе у Руштрата Arch. XXXII. стр. 175 слѣд., Келлнеръ стр. 71 слѣд., Вангеровъ стр. 523. 524. (7 изд. стр. 508). Правда всегда сознавали, что при actio negotiorum gestorum contraria должно быть обращаемо вниманіе на презумптивную волю хозяина дѣлъ. Но при этомъ цѣлый рядъ писателей (болѣе или менѣе) возводятъ этотъ субъективный моментъ въ принципъ, имѣющій рѣшительное значеніе (Критцъ, Шамбонъ, Руштратъ, Данквардтъ, Бринкманъ, Келлнеръ, Витте, Якоби), другіе же писатели придаютъ большее значеніе объективному моменту (Вехтеръ, Лейстъ, Вангеровъ, Гольцшуеръ III стр. 679 прим. **), причемъ, конечно, оказывается необходимость не допускать простую utilitas какъ основаніе actio negotiorum gestorum. Тѣ писатели, которые ставятъ на первый планъ моментъ презумптивной воли хозяина дѣла, спорятъ далѣе о значеніи этой воли для конструкціи правоотношенія. Критцъ и Данквардтъ понимаютъ ее въ смыслѣ воображаемаго мандата; Шамбонъ—въ смыслѣ воображаемаго одобренія (одобреніе, въ дѣйствительности не послѣдовавшее, можетъ быть вынуждено); Витте смотритъ на нее какъ на воображаемый мандатъ «или скорѣе какъ на ratihabitio». Воззрѣніе Руштрата состоитъ въ слѣдующемъ: согласіе воли хозяина дѣлъ и завѣдующаго оными есть матеріальный субтратъ договора; отсутствіе связи, дѣлающей эти обѣ воли дѣйствительнымъ договорнымъ соглашеніемъ, законъ восполняетъ фикціей. Точно также Бринкманъ. По моему мнѣнію, всѣ эти конструкціи не достигаютъ цѣли и ненужны. Actio negotiorum gestorum contraria представляетъ собою самостоятельное юридическое начало, какъ и actio negotiorum gestorum directa, не нуждаясь, подобно послѣдней, въ сведѣніи къ высшему принципу. Право, говоритъ съ одной стороны, что лицо, считающее необходимымъ взяться за чужія дѣла, обязано это дѣлать, какъ подобаетъ порядочному человѣку; а съ другой, что если такое лицо производитъ какой нибудь расходъ, имѣя въ виду возмѣщеніе онаго хозяиномъ дѣлъ, то хотя воля эта односторонняя, тѣмъ не менѣе она принимается въ уваженіе, если расходъ дѣйствительно требовался интересомъ хозяина. Ср. l. 14 § 1 D. comm. div. 10. 3: « tantum retentionem habeo, quia neminem mihi obligare volui»; l. 29 pr. eod.:—«eo animo gerit, ut aliquem sibi obliget», l. 19 § 2 D. h. t. Въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ actio negotiorum gestorum contraria дается и при отсутствіи animus obligandi (§ 186 прим. 17. 18, ср. прим. 6. 11), она замѣняетъ собою condictio sine causa, измѣняя такимъ образомъ свой своеобразный характеръ (§ 180 прим. 1 въ концѣ).—При этомъ нельзя отклонить вопроса о томъ, не слѣдуетъ ли вообще свести actio negotiorum gestorum contraria къ точкѣ зрѣнія неосновательнаго обогащенія? Можно сказать, что римское право могло это сдѣлать, но не сдѣлало (181 прим. 13) въ этомъ отношеніи l. 29 pr. D. comm. div. 10. 3 («denique ea actione pupillum teneri dicimus») въ связи съ мѣстами, поименованными въ прим. 24.

[18] Безразлично, была ли воля высказана прежде (l. 31 pr. D. h. t., l. 5 pr. eod., ср. l. 3 § 4. 6 D. de in rem verso 15. 3) или впослѣдствіи (одобреніе—l. 9 l. 10 pr. D. h. t.).

[19] l. 24 C. h. t., l. 8 § 3 l. 3 l. 31 § 4 D. eod., l. 14 § 13 D. de relig. 11.

ченіе относительно совершенія похоронъ на счетъ обязаннаго къ тому [20]. Ошибочное предположеніе, что сдѣланный расходъ клонится къ интересу хозяина, не помогаетъ ведущему дѣла, даже тогда, когда ошибка извинительна [21]. Если, наоборотъ, расходъ дѣйствительно былъ въ интересѣ хозяина дѣлъ, то ведущій дѣла имѣетъ право требовать возмѣщенія онаго, хотя бы результатъ, достигнутый расходомъ, уничтожился впослѣдствіи [22]. Въ тѣхъ, впрочемъ, случаяхъ, когда расходъ не былъ въ интересѣ хозяина, послѣдній обязанъ возвратить ведущему дѣла, по крайней мѣрѣ, то, что дѣйствительно внесло въ его имущество веденіе дѣлъ и что еще находится въ немъ и теперь [23]. Недѣеспособные хозяева дѣлъ

7, l. 40 D. mand. 17. 1. Ср. Кеммереръ Zeitschr. f. Civilr. u. Pr. VIII. стр. 170 прим. 7; Марецолль Arch. f. civ. Pr. VIII. стр. 265, Шамбонъ стр. 80, Келлнеръ стр. 87.

[20] Для этого случая кредиторъ создалъ особенную actio, actio funeraria, l. 12 pr. § 2 ср. l. 14 § 13 D. de relig. 11. 7. Ср. объ этой actio и Шнейдеръ ubsidiare Klagen ст. 500 слѣд. Обязанъ хоронить умершаго (не ближайшій родственникъ, а) тотъ, который получилъ его имущество, слѣдовательно наслѣдникъ (l. 12 § 4 l. 14 § l. 13 D. de relig 11. 7), рядомъ съ нимъ тотъ, къ которому, послѣ жены, переходитъ приданое (l. 16—20 l. 22—30 D. eod.). При отсутствіи имуществъ, обязанность эту несетъ отецъ, по власти котораго состоялъ умершій (l. 21. 28 eod.), наконецъ супругъ (l. 28 eod.). О принадлежностяхъ похоронъ см. Вантеръ Zeitschr. f Civilr. u. Pr. N. F. XVII. 13.—Дальнѣйшее исключеніе въ пользу исполненія чужихъ законныхъ обязанностей, когда такое исполненіе требуется публичнымъ интересомъ, допускаетъ, на основаніи l. un. § 3 D. de via publ. 43. 10, рѣшеніе у Зейфф. Arch. III. 51 и XIV. 94; въ пользу исполненія чужихъ законныхъ обязанностей вообще—рѣшеніе XI. 37. (См. теперь еще Зейфф. Arch. XXI. 52). Ср. Гольцшуеръ III стр 685 пр. 8.

[21] L. 10 § 1 i. f. D h. t. «Ego quaero, quid si putavit, se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? Dico, hunc non habere negotiorum gestorum actionem». Нехтеръ прим. 22 (стр. 352) и прим. 15 въ концѣ (стр. 346), Шамбонъ стр. 71. 72, Руштратъ Arch. XXXII. Стр. 193—195, Данквардтъ стр 15, Дейстъ стр. 122, Келлнеръ стр. 84. Въ сочиненіи своемъ о negotiorum gestio (стр. 26. 32 слѣд.), Руштратъ (согласно съ Вангеровымъ III стр. 507 въ 7 изд.) дѣлаетъ исключеніе въ пользу общаго negotiorum gestor'a. По его мнѣнію, все сводится здѣсь къ тому, одобрилъ ли бы хозяинъ принятіе завѣдыванія дѣлами, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ negotiorum gestor въ правѣ предпринять всякій, самъ по себѣ разумный актъ управленія. Я не вижу оправданія для этого исключенія; но требовать возмѣщенія расходовъ, не бывшихъ въ виду хозяина дѣлъ, можетъ, конечно, не только общій, но и всякій necotiorum gestor, который докажетъ, что безъ его вмѣшательства все было бы потеряно. И почему бы не предоставить этого ему, когда даже возмѣщеніе произведенныхъ расходовъ не поглощаетъ собою всей пользы, которую negotiorum gestor дѣйствительно доставилъ хозяину своею дѣятельностью.

[22] L. 10 § 1 l. 12 § 2 l 22 D. h. t. Ср. l. 3 § 7. 8. 10 l. 17 pr. D. de in rem verso 15. 3.

[23] Но необходимо замѣтить, что онъ обязанъ выдать то, что дѣйствительно находится въ его имуществѣ, а не вмѣсто него, цѣнность онаго, иначе онъ былъ бы, вслѣдствіе завѣдыванія дѣлами, вынужденъ къ мѣнѣ, которая какъ разъ можетъ не быть въ его интересѣ. Если поэтому negotiorum gestor погасилъ долгъ, въ непогашеніи котораго имѣлъ интересъ хозяинъ (l. 43 D. h. t. прим. 17), то первый не можетъ, подъ титуломъ обогащенія, требовать возмѣщенія всего уплаченнаго долга. Все, что хозяинъ былъ обязанъ въ этомъ случаѣ сдѣлать, это возстановить свой долгъ

отвѣчаютъ вообще лишь въ размѣрѣ наличнаго обогащенія отъ этого веденія ихъ дѣлъ [24].

§ 186. Въ предъидущемъ имѣлся въ виду обыкновенный случай занятія чужими дѣлами какъ изъ свободнаго побужденія, такъ и съ намѣреніемъ оказать услугу хозяину дѣлъ [1]. Теперь спрашивается: необходимы-ли одинъ и другой моментъ для того, чтобы изложенныя начала могли имѣть примѣненіе. При этомъ должно принять въ соображеніе слѣдующіе случаи.

1. Ведущій дѣла ошибочно полагаетъ, что онъ уполномоченъ отъ хозяина заняться его дѣлами, или что онъ состоитъ съ нимъ въ какомъ либо другомъ обязательственномъ отношеніи. Ошибка эта не имѣетъ вліянія ни на его обязательства, ни на его притязанія [2].

2. Ведущій дѣла уполномоченъ третьимъ лицомъ. Въ этомъ случаѣ принимается въ соображеніе, занялся ли онъ дѣлами исключительно въ силу даннаго ему порученія, или же и въ виду интереса хозяина дѣлъ [3]. Къ послѣднему случаю имѣютъ примѣненіе общія положенія о веденіи чужихъ дѣлъ [4]; въ первомъ напротивъ, ведущій дѣла пріобрѣтаетъ права и обязанности по отношенію лишь къ порученіедавцу [5], и только въ крайнемъ случаѣ

прежнему кредитору, а если negotiorum gestor не можетъ воспользоваться этимъ для покрытія произведеннаго платежа, то онъ ничего и не получитъ. На вещественныя улучшенія онъ имѣетъ ius tollendi (I § 195 прим. 11. 12), l. 3 § 4 D. de in rem verso 15. 3. Ср. Вехтеръ стр. 353—356, Лейстъ стр 133—136, Руштратъ XXXIV стр. 60 слѣд., Келлнеръ стр. 80 nr. 5.

[24] L. 6 pr. l. 37 pr. D. l. 2 C. h. t. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать и l. 3 § 5 D. h. t.

§ 186. [1] Исходнымъ пунктомъ actiones negotiorum gestorum принимается въ источникахъ случай отсутствія хозяина дѣлъ, поступившій такъ внезапно, что послѣдній не могъ позаботиться о замѣщеніи себя представителемъ. L. 1 D. h. t., l. 5 pr. D. de O. et A. 44. 7, § 1. I de obl. quae quasi ex contr. 3 27. Ср. Зейфф. Arch. XIX. 42. Другой положительно предусмотрѣнный въ эдиктѣ случай,—это смерть при отсутствіи наслѣдниковъ, l. 3 pr. § 6 D. h. t.

[2] L. 3 § 10 l. 5 pr. l. 29 D. f. 6 C. h t, l. 4 C. qui dare tut. 5. 34. Ср. l. 19 § 2 D. h. t. (свободный человѣкъ предпринимаетъ какую либо дѣятельность по приказанію его мнимаго господина «erit... negotiorum gestorum actio, quia et gerendi negotii mei habuerit affectionem, et is fuerit, quem obligare possem») Зейфф. Arch. XII. 157.

[3] L. 3 § 10. 11 D. h. t. L. 3 § 11 cit. «Apud Marcellum libro II. Dig. quaeritur, si cum proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris, ut geram, an utraque actione uti possim? Et ego puto, utramque locum habere: quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepero negotia gesturus; nam et hic dicit, adversus utrumque esse actionem». Ср. l. 6 § 4 D. h. t.:—«si et tuum gessit scienS».

[4] Объ этомъ мѣстѣ трактуетъ, кромѣ цитированной въ предъидущемъ примѣчаніи l. 3 § 11 D. h. t. l. 4 C. h. t. (actio negotiorum gestorum directa), и l. 14 eod. («invicem negotiorum gestorum competit actio»). Ср. Зейфф. Arch. XV. I.

[5] Объ этомъ случаѣ трактуютъ l. 21 § 3 l. 28 D. h. t., l. 22 § 10 l. 53 D. mand. 17. 1, l. 14 § 15 D. de relig. 11. 7 (прим. 6) Др. ин. Тибо civilr. Abhandl. nr. 20 Ср. къ l. 28 cit. § 10 прим. 19.

онъ имѣетъ искъ о возмѣщеніи расходовъ противъ того, дѣлами котораго онъ занимался [6]. При этомъ необходимо однакоже замѣтить: a) что ведущій дѣла отвѣчаетъ во всякомъ случаѣ предъ хозяиномъ оныхъ тогда, когда онъ принялъ на себя вручить ему то, что ему передано порученіедавцемъ [7]; b) что при ошибочномъ предположеніи, что порученіедавецъ есть хозяинъ дѣлъ, права и обязанности возникаютъ между ведущимъ дѣло и дѣйствительнымъ хозяиномъ оныхъ, но не изъ порученія, а изъ веденія чужихъ дѣлъ [8].

3. Ведущій дѣла обнаруживаетъ свою дѣятельность въ интересѣ третьяго лица изъ собственнаго побужденія. Если онъ это третье лицо считаетъ по ошибкѣ хозяиномъ дѣлъ, то права и обязанности изъ веденія дѣлъ возникаютъ не между нимъ и мнимымъ, а между нимъ и дѣйствительнымъ хозяиномъ [9]. При знаніи же имъ, что третье лицо не хозяинъ, необходимо дѣлать указанное различіе: если negotiorum gestor, не смотря на это третье лицо, имѣетъ намѣреніе проявить свою дѣятельность въ пользу того, за дѣла котораго онъ взялся, то между нимъ и послѣднимъ устанавливается отношеніе, обсуждаемое по началамъ веденія чужихъ дѣлъ; если же онъ дѣйствуетъ, имѣя въ виду только третье лицо, то онъ пріобрѣтаетъ право и обязанности лишь относительно послѣдняго, подлежащія опять таки обсужденію по правиламъ negotiorum gestio [10], и въ крайнемъ только случаѣ ему дается искъ противъ настоящаго хозяина [11].

4. Negotiorum gestor берется за чужія дѣла въ собственномъ интересѣ. Объ этомъ случаѣ слѣдуетъ вообще сказать, что онъ не исключаетъ возможности возникновенія правъ и обязанностей по началамъ веденія чужихъ дѣлъ [12]. Въ частности же дѣйствуетъ здѣсь слѣдующее:

---

[6] По правилу о неосновательномъ обогащеніи. L. 14 § 15 de relig. 11. 7. «Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem.... Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam dandam adversus heredem ei, qui impendit lucrari enim heredem iniquum est». Основаніе это устраняетъ предположеніе, будто рѣчь идетъ здѣсь объ особенности actio funeraria. Къ тому же одинаковое разрѣшеніе находится въ l. 7 D. ad S. C. Vell. 16. 1.

[7] L. 6 § 2 D. h. t. «Si quis pecuniam vel aliam quandam rem ad me perferendam acceperit, quia meum negotium gessit, negotiorum gestorum mihi actio adversus eum competit».

[8] L. 26 D. h. t.

[9] C. 6 § 1 l. 6. § 8. 10. 11 l. 31 § 1 l. 45 § 2 D. h. t. l. 14 § 1 D. comm. div. 10. 3.

[10] L. 6 pr. (ср. l. 3 § 4) l. 46 pr. D. h. t., l. 60 § 1 D. mand. 17. 1.

[11] Arg. l. 14 § 15 D. de relig. 11, 7 прим. 6 и см. также l. 6 § 6 D. h. t.

[12] Примѣры изъ источниковъ: кто нибудь уплачиваетъ выкупъ, упадающій на часть его сопленника, такъ какъ иначе онъ самъ не получилъ бы свободы, l. 21 pr. D. h. t.; кто нибудь уплачиваетъ часть долга, упадающую на его сонаслѣдника, для избѣжанія продажи залога, l. 3 C. h. t.; кто нибудь уплачиваетъ чужому кредитору долгъ съ полученіемъ отъ него обеспечивающій оный закладъ, надѣясь при этомъ обратить остатокъ отъ этого заклада на удовлетвореніе собственнаго долга съ закладодателя, l. 32. pr. D. h. t.; корреальный должникъ платитъ, на основаніи своего обяза-

a) Если участникъ проявляетъ свою дѣятельность относительно предмета, принадлежащаго ему совмѣстно съ другимъ лицомъ, то къ его дѣятельности имѣютъ примѣненіе не начала веденія чужихъ дѣлъ, а начало общей собственности. Иначе бываетъ, когда участникъ проявляетъ свою дѣятельность не въ отношеніи общаго предмета, а за свою часть и въ тоже время за часть сотоварища [13].

b) Кредиторъ, введенный во владѣніе имуществомъ должника съ цѣлью удовлетворенія его долга, отвѣчаетъ лишь за злой умыселъ, будучи вправѣ требовать возмѣщенія всѣхъ расходовъ, которые онъ произвелъ безъ злаго умысла [14] *.

c) Кто распоряжается завѣдомо чужимъ имуществомъ какъ собственностью, тотъ отвѣчаетъ [15] за вредный результатъ своихъ дѣйствій, хотя бы онъ и не былъ виновенъ въ немъ [16], и можетъ требовать возмѣщенія расходовъ въ той лишь мѣрѣ, въ какой собственникъ получилъ отъ нихъ прибыль [17].

тельства, долгъ, который матеріально относится къ его содолжнику, l. 30 D. h. t.. l. 10 § 10 D. de in rem verso. ср. § 45 прим. 3, § 49 прим. 12, § 50 прим. 3. См. далѣе l. 31 § 7 D. h. t., l. 19 § 2 D. comm. div. 10. 3. Ср. также § 157 прим. 14. (Йерингъ Jahrb. f. Dogm. X стр. 343 слѣд.).

[13] Объ указанной въ текстѣ противоположности источники выражаются такъ, что получается отвѣтъ на вопросъ о томъ, когда слѣдуетъ признавать дѣятельность участника предпринятой въ интересѣ общаго предмета и когда въ интересѣ долей каждаго изъ соучастниковъ. L. 6 § 2 D. comm. div. 10. 3: — «non alias communi dividundo iudicio locus erit.... nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, alioquin, si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur». См. далѣе: l. 6 § 7 eod., l. 40 D. h. t., l. 18 § 6 l. 25 § 13—15 D. fam. erc. 10. 2, l. 18 § 1 l. 20 C. eod. 3 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 19, l. 9 § 4 D. de reb. auct. ind. 42. 5). (Прим. 14). Сюда относится въ частности цитированное подъ * сочиненіе Бринкмана. Ср. § 204 прим. 5. 10. (Ср. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. X стр. 334 слѣд.).

[14] Для этого случая преторъ создалъ въ своемъ эдиктѣ особенную actio (l. 9 pr. D. de reb. auct. ind. 42. 5): — «nam negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur» (l. 9 § 4 eod.); но: «omne, quia in actionem negotiorum gestorum veniret, ei posset agi, restituendum a creditore» (l. 14 § 1 eod.). Объ указанныхъ въ текстѣ особенностяхъ этой actio in factum см. l. 9 § 2. 4. 5 тамъ же, и ср. вообще l. 9 10. 11. eod.

* Ср. т. X. ч. 2 ст. 30 и слѣд. А. Д.

[15] L. 6 § 3 D. h. t. «Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed su lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius, quam meum negotium gessisse; qui enim de praedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Led nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione». Ср. Зейфф. Arch. XIII. 156 (стр. 218)

[16] L. 32 pr. D. h. t., l. 6 § 2 D. comm. div. 10. 3.

[17] L. 6 § 3 D. h. t. (прим. 15) продолжаетъ: «Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum, habet in me actionem». Ясно, что improba negotiorum gestio трактуется здѣсь особеннымъ образомъ; поэтому нельзя понимать, что обогащеніемъ будетъ сбереженіе расхода, который произвелъ бы самъ собственникъ. Впрочемъ l. 5 C. de R. V. 3. 32 просто даетъ недобросовѣстному владѣльцу чужой вещи право удержанія оной за necessarii sumtus.

d) Кто распоряжается чужимъ имуществомъ какъ собственностью, будучи увѣренъ, что онъ принадлежитъ ему, того права и обязанности относительно собственника обсуживаются по началамъ неосновательнаго обогащенія [18].

C. Опека и попечительство надъ имуществомъ *.

1. Опека надъ несовершеннолѣтними.

Введеніе.

§ 187. Выраженіе опекунъ[1] означаетъ лицо, призванное государственной властью пещись о комъ нибудь, который не можетъ самъ

---

[18] Actio negotiorum gestorum есть въ этомъ случаѣ, какъ и въ случаѣ, указанномъ въ прим. 17, не болѣе какъ condictio sine causa, только въ другой формѣ (§ 179 прим. 1. въ концѣ). a) Отвѣтственность. L. 49 D. h. t. «Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses». По правиламъ negotiorum gestio собственникъ имѣлъ бы право на выдачу ему покупной цѣны и до гибели вещи (§ 185 прим. 9). Въ l. 23 D. de R. C. 12. 1 дается именно для указаннаго случая condictio (§ 178 прим. 4. 6, ср. § 177 прим. 17. b) Права. L. 49 D. cit. продолжаетъ:—«Sicut ex contrario in me tibi daretur, si. cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam esse putares, res tuas proprias legatas solvisses, quando quidem ea solutione liberarer» (§ 182 прим. 10). L. 14 §. 11 D. de relig. 11. 7. «Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeravit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens, et ita Trebatius et Pr culus putat. Puto tamen et ei ex causa dandam funerariam» (ср. § 15 eod., прим. 6). L. 32 pr. eod., l. 50 § 1 D de H. P. 5. 3. Однако же споръ идетъ объ объемѣ примѣненія этихъ мѣстъ. Цѣлый рядъ писателей не идетъ далѣе поименованныхъ въ нихъ случаевъ. Сюда относится Кеммереръ въ сочиненіи, цитированномъ подъ *, Шамбонъ стр. 140 слѣд., Витте § 4. 5, а отчасти и Келлнеръ стр. 19 слѣд. 42 слѣд. 48 слѣд. Послѣдній писатель старается совсѣмъ устранить l. 49 cit. болѣе чѣмъ смѣлой интерпретаціей. Другіе, какъ Вангеровъ, выводятъ изъ указанныхъ мѣстъ лишь правило, что собственникъ обязанъ возмѣстить обогащеніе, которое досталось ему отъ погашенія обязательствъ. Наконецъ нѣкоторые писатели основываютъ правило на обогащеніи, какъ таковомъ. Къ нимъ, хотя съ нѣкоторыми между собою уклоненіями, относятся Лейстъ стр. 135 слѣд., Рушпратъ XXXIV стр. 68 слѣд., Бринкманъ стр. 19 слѣд., Штинтцингъ Heid. krit. Zeitchr. III стр. 170 слѣд. IV стр. 233 слѣд. При этомъ дѣлаютъ, конечно, затрудненіе мѣста, которые трактуютъ о возмѣщеніи расходовъ на чужія тѣлесныя вещи, произведенныхъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ (§ 178 прим. 7), поколику расходы эти даютъ лишь право на удержаніе вещи, а не на право иска. Но такъ какъ расходы порождаютъ во всякомъ случаѣ требованіе, то гораздо безопаснѣе видѣть въ нихъ исключеніе изъ правила, но если, наоборотъ, выраженіе правила, что дѣйствительное обогащеніе само по себѣ не можетъ быть требуемо назадъ. (Зейфф. Arch. XXI. 51). О подробностяхъ догматической исторіи, въ отношеніи actio directa и contraria, см. въ сочиненіи Аароиса.

* Inst. l. 13—26. Dig. lib. 26. 27, Cod. 5. 28—75. — Рудорфъ das Recht der Vormundschaft aus dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 3 тома 1832—34. Рецензія на первый томъ написана Бетманъ-Голлвегомъ, Rhein. Mus. VI. Стр. 206—256.—Краутъ die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. 3 тома. 1835. 1847. 1859.—Глюкъ XXVIII. Стр. 435.—XXVIII. Стр. 310. Гейнбахъ im Rechtslex. XIII. Стр. 327—964. Унтергольцнеръ II стр. 628—650, Синтенисъ III § 144—157, Вангеровъ I § 261—294. § 187.

[1] См. объ этомъ выраженіи Краутъ I стр. 1.

имѣть попеченіе о себѣ, и отправляющее свою должность подъ надзоромъ государства [2]. Опека установляетъ такое же обязательственное отношеніе, какое возникаетъ изъ порученія и добровольнаго веденія чужихъ дѣлъ [3]. Опека обосновываетъ, далѣе, право опекуна замѣнять подопечнаго въ юридическихъ дѣйствіяхъ и распоряжаться его имуществомъ. Эти двѣ стороны опеки будутъ изложены здѣсь. Третья сторона опеки, въ силу которой опекунъ пріобрѣтаетъ право и обязанность пещись о лицѣ подопечнаго, относится не сюда, а къ семейному праву [4].

Изъ отдѣльныхъ случаевъ опеки самый важный и юридически выработанный есть случай опеки надъ несовершеннолѣтними.

Несовершеннолѣтніе состоятъ подъ опекой до достиженія ими 25 лѣтъ [5] [6]. Внутри этого возраста, римское право дѣлало различіе

---

[2] Pr. I. de excus. I. 25:—nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse». Заботу государства о томъ, чтобъ опекуны были и чтобъ они надлежащимъ образомъ отправляли свои обязанности, называютъ верховной опекой. Рудорфъ I § 2, Краутъ I § 9. 10. Вопросъ о томъ, на сколько можетъ быть усилена верховная опека, есть одинъ изъ важнѣйшихъ законодательныхъ вопросовъ. Современное общее право идетъ въ этомъ вопросѣ гораздо далѣе, чѣмъ римское, партикулярныя же права шли еще далѣе.

[3] Обязательственное отношеніе между опекуномъ и опекаемымъ сходно съ отношеніемъ добровольнаго завѣдыванія дѣлами (§ 185 прим. 2) «quasi ex contractu»; § 2 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l. 5 § 1 D. de O. et A. 44. 7.

[4] Разсматриваемая съ этой точки зрѣнія опека представляется искусственнымъ восполненіемъ защиты, доставляемой родительской властью.—Большая часть писателей (за исключеніемъ изъ новѣйшихъ Унтергольцнера и Пухты) трактуютъ объ опекѣ въ семейномъ правѣ и съ ея имущественно-юридической стороны. Въ пользу этого говоритъ также аналогія съ бракомъ, который тоже помѣщается въ этомъ отдѣлѣ. Но имущественно-юридическія послѣдствія брака развѣтвляются по всей системѣ права, между тѣмъ какъ опека такъ естественно примыкаетъ къ negotiorum gestio, что ее нельзя отдѣлить отъ послѣдней безъ насилія. Строго говоря, къ обязательственному праву принадлежитъ лишь обязательственное отношеніе, возникшее изъ опеки, а на право опекуна на представительство и распоряженіе. Но эта сторона относится еще менѣе къ области семейнаго права. Ея настоящее мѣсто въ общей части, гдѣ она не была (подробно) разсмотрѣна лишь по соображеніямъ цѣлесообразности. Но какъ ни полезно разсмотрѣть въ обязательственномъ правѣ имущественно-юридическую сторону опеки, все-таки нѣтъ основанія вовсе исключить ее изъ семейнаго права, какъ это дѣлаетъ Пухта. Поэтому опека вновь явится въ этой книгѣ въ отдѣлѣ семейнаго права. При такомъ расположеніи возникаетъ лишь вопросъ, въ какомъ мѣстѣ излагать начала о происхожденіи и прекращеніи опеки. Такъ какъ нѣтъ основанія отсрочить изложеніе этихъ началъ, а напротивъ ясное пониманіе излагаемаго ниже обусловливается знаніемъ оныхъ, то начала эти будутъ здѣсь же преподаны. Ср. еще Синтенисъ III § 130 прим. 2, Бекингъ Grundr. II § 293 прим. 1, Кунтце In systemate iuris civilis hodierni doctrina de tutela num iuri obligationum adscribenda sit. Лейпцигъ 1851.

[5] Не достигшій 25 лѣтъ считался несовершеннолѣтнимъ, достигшій этого возраста совершеннолѣтнимъ. Ср. I. 54 прим. 6. 8. По древнему римскому праву лицо незрѣлое могло имѣть опекуна тогда лишь, когда оно не было подчинено родительской власти, ср. pr. (de tutelis 1. 13, l. 239 pr. D. de V. S. 50. 16. Основаніе сего заключалось въ томъ, что находившійся подъ отеческой властью не могъ имѣть ничего своего. Со времени пріобрѣтенія такимъ лицомъ имущественной способности дѣлалось

между достигшими половой зрѣлости и недостигшими таковой. Опека надъ первыми называлась tutela и назначалась необходимо; опека надъ вторыми носила названіе cura, и назначалась тогда только, когда требовалъ несовершеннолѣтній [7]. Вообще же юридическое положеніе tutor'a и curator'a было одинаково [8], и различіе

различіе между т. наз peculium adventicum ordinarium съ одной стороны и peculium adventicium extraordinarium, а также между peculium castrense и quasi castrense съ другой. Первымъ завѣдываетъ и въ этомъ періодѣ отецъ въ свою пользу; къ другимъ же пекуліумамъ дитяти назначается опекунъ (curator), хотя римское право не называетъ этимъ именемъ отца, которому поручено опекунское управленіе. L. 8 § 1 C. de bon quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1. Ср. l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Ср. Глюкъ XIV стр. 390, Марецоль Zeitschr. f. civ. u. Pr. VIII. Стр. 441. 442, Вангеровъ I. § 237 прим. 2 nr. 2, Синтенисъ III § 141 прим. 52. — Недѣеспособность несовершеннолѣтнихъ, находящихся подъ отеческою властью и восполненіе оной отцомъ: Краутъ II § 108; Зейфф. Arch. VII. 194. XIII. 241. XV. 113.

[6] Изъ правила, что несовершеннолѣтніе состоятъ подъ опекой, Краутъ II стр. 182 слѣд. 667 слѣд. дѣлаетъ для современнаго права исключеніе въ пользу несовершеннолѣтней замужней женщины и сына, вышедшаго изъ-подъ отеческой власти чрезъ обзаведеніе собственнымъ хозяйствомъ. При этомъ онъ ссылается на древнее нѣмецкое и общее обычное право. Точно также (со включеніемъ случая эмансипаціи) Зейфф. Arch. III. 241 (стр. 339,; далѣе тамъ же XVI. 96, гдѣ однако же принимается, что съ расторженіемъ брака для несовершеннолѣтней женщины опять наступаетъ опека Ср. и § 192 прим. 5.

[7] Tutela болѣе древній юридическій институтъ; cura введена была первоначально по lex Plaetoria для содѣйствія несовершеннолѣтнимъ при отдѣльныхъ юридическихъ сдѣлкахъ (не позже второй половины 6-го столѣтія отъ построенія города); въ качествѣ же опеки для завѣдыванія всѣми дѣлами несовершеннолѣтняго она является въ конституціи императора Марка. Capitol in Marco c. 10. Но и по этой послѣдней конституціи curator назначается къ minor'у по собственному желанію послѣдняго. «Inviti adolescenses curator s non accipiunt....», § 2 I. de cur. 1. 23; см. далѣе l. 13 § 2 D. de tut dat. 26. 5, l. 2 § 4. 5 D. qui p tant 26. 6, l. 6 C. eod. 5. 31. Съ другой стороны, tutor, при удаленіи отъ опеки, обязанъ былъ напомнить питомцу объ испрошеніи себѣ curator'a (l. 5 § 5 D. de adm. 26. 7), которому одному онъ долженъ былъ выдать имущество опекаемаго (l. 7 C. qui petant 5. 31). Minor нуждался также въ попечителѣ при каждомъ полученіи платежа (l. 7 § 2 D. de min. 4 4) и для веденія процесса (§ 2 I. de cur. 1. 23, l. 1 C. qui pet. 5. 31). Этимъ объясняется, почему источники, не смотря на предоставленную несовершеннолѣтнему свободу, считаютъ общимъ правиломъ нахожденіе его подъ cura. См. въ особенности l. 1 § 3 l. 2 l. 3 pr. D. de min. 4. 4 — Ср. о сказанномъ здѣсь преимущественно трактатѣ Савиньи «über den Schutz der Minderjährigen im römischen Recht, und insbejondere von der lex Plaetoria», впервые появившійся въ запискахъ берлинской академіи наукъ 1833 стр. 1 слѣд.; за симъ, съ прибавленіями, въ Zeitschr. f. gesch. R. W. X. стр. 232 слѣд. (и въ vermischten schriften II стр. 321 слѣд.), далѣе Рудорфъ I стр. 90 слѣд. 406 слѣд., Вангеровъ § 291 прим. 1.

[8] Можно сказать, что tutor, въ качествѣ представителя impubes и управителя его имуществомъ, былъ его curator'омъ, хотя онъ не носилъ этого названія. (См. впроч. и § 193 прим. 17). Отличіе tutora отъ куратора—это право восполнить недѣеспособность impubes чрезъ auctoritatis interpositio. Въ этомъ смыслѣ слѣдуетъ понимать положеніе: tutor personae, non rei vel causae datur (l. 14 D. de tut. 26. 1, § 4 I qui test. tut. 1. 14). Въ древнѣйшемъ правѣ встрѣчались опекуны—опекуны надъ совершеннолѣтними женщинами—которые имѣли исключительно auctoriratis interpositio, не завѣдывая имуществомъ. Ulp. XI. 25, Gai. I. 190. 191.—Ср. о сказанномъ здѣсь Вангеровъ

обнаруживалось лишь при содѣйствіи подопечному въ совершеніи юридическихъ дѣйствій [9]. Въ настоящее время каждый несовершеннолѣтній имѣетъ опекуна до достиженія имъ 25 лѣтъ [10], при чемъ наступленіе половой зрѣлости не влечетъ за собой перемѣны въ лицѣ опекуна, если таковой имѣлся и прежде [11]; равнымъ образомъ назначеніе опекуна, если въ немъ оказывается надобность по достиженіи зрѣлости, совершается по общимъ правиламъ о назначеніи опеки [12].

а. Установленіе опеки.

α. *Назначеніе.*

§ 188. Призваніе [1] къ опекѣ надъ несовершеннолѣтними производится по духовному завѣщанію, закону и назначенію отъ правительства [2].

1. Прежде всего призывается къ опекѣ то лицо, которое назначено по духовному завѣщанію [3]. Право назначенія опекуновъ по духовному завѣщанію принадлежитъ только отцу, resp. дѣду и проч., подъ властью котораго состоитъ дитя [4]. Назначеніе

---

§ 263 прим., и трактатъ Лера въ Magazin f. RW. u. Gesetzgebung. III стр. 15 слѣд. 435 слѣд.

[9] Содѣйствіе tutor'а заключалось въ auctoritatis interpositio, т. е. въ непосредственномъ участіи въ юридическомъ дѣйствіи impubes, каковое участіе восполняло его недѣеспособность (прим. 8). Содѣйствіе curator'а было обыкновеннымъ consensus, которымъ устранялась неспособность (Mangel) minor'а распоряжать имуществомъ и который ничѣмъ не отличался отъ дозволенія, дачей котораго собственникъ напр. дѣлаетъ юридически обязательнымъ распоряженіе несобственника. Ср. § 198 прим. 3.

[10] R. P. O. 1548 г. II. 31 § 1., 1577 г. II. 32 § 1: «такъ мы повелѣваемъ всѣмъ курфюрстамъ, князьямъ, прелатамъ, дворянамъ, графамъ и общинамъ имѣть попеченіе, чтобъ въ ихъ владѣніяхъ были назначаемы опекуны къ малолѣтнимъ, до достиженія ими совершеннолѣтія въ тѣхъ случаяхъ, когда на счетъ этого не сдѣлали никакого распоряженія въ своихъ завѣщаніяхъ ихъ родители, или родственники отказываются отъ опеки по законнымъ причинамъ или когда они къ сему неспособны». Въ древне-германскомъ правѣ встрѣчается такое же различіе, какъ между римскимъ impubes и minor. Различіе это выражается словами «zu seinen jahren» и «zu leinen Tagen». Первый долженъ имѣть опекуна, второй же можетъ его имѣть, если онъ этого пожелаетъ. Ср. въ подробности Краутъ I § 12—16, Рудерфъ I стр. 109 слѣд.

[11] Краутъ II стр. 163, Рудорфъ I стр. 116.

[12] R. P. O. въ указан. м. (прим 10). Краутъ II стр. 235. 258; Рудорфъ I стр. 116.

§ 188. [1] Tutela, cura defertur. См. напр. l. 7 pr. D. de cap. min. 4 5, l. 1 pr. l. 3 pr. l. 6 D. de leg. tut. 26. 4.

[2] Можетъ ли назначеніе послѣдовать по договору и по современному праву? См. Краутъ I § 28, Безелеръ deut. Privatr. § 146. IV, Гольцщуеръ III стр. 775 Римская cura имѣла одно основаніе назначенія: назначеніе (resp. утвержденіе) отъ правительства.

[3] Dig. 26. 2 Cod. 5. 28 de testamentaria tutela. Глюкъ XXIX стр. 197 слѣд., Рудорфъ I стр. 266 слѣд., Краутъ I стр. 258 слѣд.

[4] L. 1. 2. D. h. t., l. 73 § 1 D de R. I. 50. 17, § 3. 4 I. de tut. 1. 13; Gai. I. 144 — 146. Ulp. XI. 15. Это право отца была гарантировано закономъ 12 таблицъ, Ulp. XI. 14, l. 1 pr. D. h. t., l. 53 pr. l. 120 D. de V. S. 50. 16.

должно послѣдовать въ дѣйствительномъ завѣщаніи, получившемъ осуществленіе чрезъ вступленіе въ наслѣдство [5], или въ утвержденномъ въ тестаментарномъ порядкѣ кодициллѣ, при чемъ назначеніе не можетъ быть ограничиваемо отдѣльными вещами или дѣлами [7]. Назначенный опекунъ долженъ быть указанъ индивидуально [8] и способенъ къ наслѣдованію [9]. Но и недѣйствительное завѣщательное назначеніе можетъ быть утверждено верховнымъ опекунскимъ учрежденіемъ, за исключеніемъ случая недѣйствительности назначенія по неспособности назначеннаго опекуна (§ 189 № 1 a. c.) [10]. Такое утвержденіе имѣетъ мѣсто всегда, если самое назначеніе исходитъ отъ отца и проч., предполагая, конечно, годность назначеннаго лица [11]. Если назначеніе исходитъ отъ

О воззрѣніи и противъ него, что по R. P. O. въ указ. м. (§ 187 прим. 10) мать уравнена съ отцомъ. См. Краутъ I стр. 259 слѣд.

[5] Условіе назначенія наслѣдникамъ: l. 53 pr. D. de V. S. 50. 16; открытія наслѣдства: l 9 D. h. t., l. 45 § 1 D. de excus 27. 1. При неизвѣстности вступленія наслѣдникомъ въ наслѣдство назначается правительствомъ провизорный опекунъ, l. pr. D. h. t. (прим. 25).

[6] l. 3. pr. D. h. t., (l. 1 § D. de conf. tut. 26. 3. Фейнъ прид. Глюкомъ XLIV стр. 229 слѣд. XLV стр. 166 слѣд.). Нуждается ли въ формѣ самое назначеніе? L. 1 § D. de conf tut. 26. 3 исключаетъ verba precativa (ср. Gai II. 289); но по l. 15 C. de test. 6. 23 и l. 21 C. de leg. 6. 37 считается достаточнымъ всякое выраженіе наслѣдователемъ своей воли; см. также l. 8 C. h. t. Рудорфъ I стр. 308. Др. мн. Синтенисъ § 147 прим. 10. Примѣненіе мебеніанскаго сенатусконсульта: l. 29 D. h. t., l. 18 § 1 D. de lege Corn. de fals. 40. 10. (Синтенисъ III § 147 прим. 12).

[7] L. 12—15 D. h. t., § 4 I qui test. 1. 14. Рудорфъ I стр. 287 слѣд. Допускается ограниченіе условіемъ и срокомъ: l. 8 § 1. 2 l. 11 pr. D. h. t., § 3 . qui test. l. 14.

[8] L. 20 pr. D. h. t, § 27 I. de leg. 2. 20.

[9] L. 21 D. h. t.

[10] Dig. 26. 3 de confirmando tutore vel curatore. Cod 5. 29. de confirmando tutore. Отдѣльные случаи утвержденія, встрѣчающіеся въ источникахъ: l. 1 § 1 D. h. t., l. 13 § 12 D. de excus. 27. 1; § 5 I. de tut. 1. 13, l. 7 pr. D. l. 4 C. h. t., Nov. 89 c. 14, l. 2. 4 D. h. t.; l. 3 D. l. 2 C. g. t., l. 6 D. h. t., l. 40 D. de adm. 26. 7; l. 29 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 § 1. D. de lege Corn. de fals. 48. 10; l. 26 l. 31 D. de test. tut. 26. 2. Выраженіе confirmatio не точно, хотя оно повсюду употребляется въ источникахъ. Confirmatio не дѣлаетъ дѣйствительнымъ предсмертное назначеніе, а утвержденный опекунъ есть опекунъ, назначенный отъ правительства, l. 26. § 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 18 § 1 D. de. lege Corn. de fals. 48. 10. Это (хотя и оспаривается, ср. Рудорфъ I стр. 329 слѣд., Вангеровъ § 264 прим. въ концѣ, Синтенисъ § 147 прим. 39), тѣмъ не менѣе вѣрно, такъ какъ въ отдѣльныхъ отношеніяхъ онъ, на основаніи послѣдней воли, хотя и недѣйствительный, разсматривается какъ назначенный предсмертной волей послѣдователя, l, 11 pr. D. h. t., l. 32—34 D. de excus. 27. 1, l. 5 § 2 D. de his quae ut ind. 34. 9, l. 2. 3 l. 11 § 1, D. h. t.; Vat. fr. § 159. 211. 246. Примѣнять здѣсь по аналогіи l. 25 C. de don. i. v e. u. 5. 16 (I § 83 num. 2) крайне рискованно. Но въ то время, какъ обыкновенно назначеніе отъ правительства дѣлается при отсутствіи назначенія по закону, здѣсь первое предшествуетъ второму. Въ этомъ заключается юридическое значеніе конфирмаціи.

[11] Годность назначеннаго опекуна не подвергалась въ этомъ случаѣ по римскому

матери, то оно утверждается опекунскою властью только при одновременномъ назначеніи дитяти наслѣдникомъ [12]. Если же назначеніе сдѣлано постороннимъ, но оно получаетъ утвержденіе при наличности этого предположенія и при отсутствіи у дитяти другаго имущества [13]. Утвержденіе не есть только право, но и обязанность верховнаго опекунскаго учрежденія [14].

2. Призваніе по закону имѣетъ мѣсто: a) при отсутствіи завѣщательнаго назначенія или недѣйствительности онаго, когда оно при этомъ не получило утвержденія [15a]; b) если завѣщательное назначеніе не можетъ возымѣть дѣйствія, по случаю поставленія его въ зависимость отъ условія или срока [16]; c) въ случаѣ смерти назначеннаго по завѣщанію опекуна [17]. Если же опекунъ отказывается отъ опеки, или дѣлается негоднымъ къ опекунскому управленію, или удаленъ отъ онаго, то во всѣхъ этихъ случаяхъ наступаетъ не назначеніе по закону, а отъ правительства [18]. Законъ призываетъ къ опекѣ ближайшихъ родственниковъ въ томъ по-

---

праву особому разслѣдованію, l. 1 § 2 D. h. t., § 5 I de tut. 1. 13. Иначе бываетъ по современному праву, которое вообще не допускаетъ опекуна безъ такого разслѣдованія (§ 191 прим. 2).

[12] L. 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4 C. cod. 5. 28 (Вангеровъ I стр. 493).

[13] L. 4 ср. l. 5 D. h. t. Чужимъ считается и отецъ по отношенію къ незаконнорожденному дитяти, l. 7 pr. D. h. t. (Рудорфъ I стр. 317 прим. 11, Вангеровъ I стр. 493. 7 изд.), Ner. 89. c. 14.

[14] Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ говорится правда, что правительство можетъ утвердить, или обыкновенно утверждаетъ опекуновъ, l. 1 § 1. 3. l. 4 D. l. 2 C. h. t. Но другія мѣста говорятъ слишкомъ опредѣленно о необходимости утвержденія, чтобъ можно было сомнѣваться въ высказанномъ въ текстѣ положеніи. См. § 5. I de tut. 1. 13, l. 3. 6 D. l. 4 C. h. t., l. 26 § 2 D. de test. 26. 2, l. 18 § 1 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; ср. также l. 16 D. de. cur fur. 27. 10, l. 7. § 5 C. eod. 5. 70. Важность этихъ мѣстъ не ослабляется l. 3 C. h. t., съ которой сравнить слѣдуетъ мѣста въ § 192 прим. 15. Другія дѣлаютъ различіе, смотря по различію случаевъ недѣйствительности, между confirmatio voluntaria и necessaria (Ср. Глюкъ XXIX стр. 281, Рудорфъ I стр. 331, Синтенисъ III стр. 198 въ прим.); но различеніе это не находитъ себѣ оправданія въ источникахъ, такъ какъ послѣдніе выражаются различно по одному и тому же случаю. Обязанности утвердить, лежащей на верховномъ опекунскомъ учрежденіи, соотвѣтствуетъ право назначеннаго опекуна на утвержденіе, которое въ случаѣ необходимости можетъ быть осуществлено въ судебномъ порядкѣ (ср. § 190 прим. 5).

[15] Глюкъ XXIX стр. 315 слѣд., Рудорфъ I стр. 186 слѣд., Краутъ I стр. 244 слѣд.

[15a] См. прим. 10 слѣд.

[16] L. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 9 § 2. D. de tutelae 27. 3, § 1 I de Atil. tut. 1. 20. При неизвѣстности исхода суспенсивнаго условія и до наступленія суспенсивнаго срока назначается отъ правительства провизорный опекунъ (прим. 25).

[17] L. 11 § 3 D. de test. tut. 26. 2, l. 6 D. de leg. tut 26. 4, § 2 I. de leg. agn. tut. 1. 15. Но см. также l. 11 § 4 D. de test. tut. 26. 2, l. 4. C. in. quib. cas. tutorem habanti 5. 36.

[18] L. 11 § 1. 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, l. 17 D. de tut. 26. 1.

рядкѣ въ какомъ они призываются къ наслѣдованію [19], съ слѣдующими, впрочемъ, ограниченіями.

a) Призову подлежатъ лишь родственники мужскаго пола. Но мать и бабушка могутъ, послѣ смерти своихъ супруговъ, требовать назначенія ихъ отъ правительства опекунами надъ ихъ дѣтьми и внуками, съ устраненіемъ всѣхъ боковыхъ родственниковъ [20]. b) Отецъ и дѣдъ имѣютъ право устранить собою братьевъ и двоюродныхъ братьевъ [21], и призываются къ опекѣ прежде братьевъ, если малолѣтній состоитъ подъ ихъ властью [21a]. Если ближайшее по порядку призыва лицо не можетъ быть назначено по неспособности, или же умираетъ послѣ назначенія, то призывается по закону слѣдующее за нимъ лицо; при отказѣ же назначеннаго лица, удаленіи его или негодности, назначеніе опекуна дѣлается отъ правительства [22].

---

[19] Право, дѣйствовавшее до Nov. 118 призывало къ опекѣ агнатовъ, за отдѣльными исключеніями въ пользу конгатовъ (Inst. 1. 15, Dig. 26. 3, Cod. Рудорфъ I стр. 206 слѣд.); но эта новелла, опредѣляя, что рѣшительное значеніе для права наслѣдованія имѣетъ одно конгатство, постановляетъ въ с. 5. «unumquemque secundum gradum et ordinem, quo ad hereditatem vocatur, aut solum aut cum aliis etiam functionem tutelae suscipere, nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure.» Ср. Зейф. Arch. IX. 176.

[20] Nov. 118. c. 5, и ср. мѣста въ § 189 прим. 4. a) Мать и бабушка могутъ требовать, чтобы опекунское учрежденіе назначило ихъ опекунами; законъ не призываетъ ихъ къ опекѣ, но даетъ имъ право требовать призыва. b) Право это принадлежитъ имъ лишь «amissis viris» и противъ отказа отъ «aliae nuptiae (§ 189 Num. 1. a), l. 2 C. quando mulier 5. 35, Nov. 118 c. 5; поэтому мать устраняется при отцѣ, а бабушка при дѣдѣ c) Мать предпочитается дѣду, бабушка конкуррируетъ съ дѣдомъ второй линіи; ибо законъ даетъ матери и бабушкѣ право на опеку «secundam hereditatis ordinem. Впрочемъ, мнѣнія расходятся здѣсь. Глюкъ стр. 59 слѣд., Вангеровъ стр. 496, Рудорфъ I стр. 258.

[21] Право это не признано положительно въ Nov. 118 c. 5; но, конечно, Юстиніанъ не желалъ, чтобы отецъ и дѣдъ находились въ худшемъ положеніи, нежели мать и бабушка. Онъ предполагаетъ обыкновенный случай, что потребность въ опекѣ является лишь вслѣдствіе смерти обладателя отеческой власти («testamentariis solis tutoribus praecedentibus eas»). Но аналогическое примѣненіе права матери и бабушки не ведетъ къ праву отца и дѣда устранить всѣхъ другихъ родственниковъ, такъ что къ опекѣ могутъ быть призываемы братья и двоюродные братья, если отецъ и дѣдъ не воспользуются своимъ правомъ устранить ихъ. Однакоже и по этому пункту существуетъ разногласіе. Одни отказываютъ отцу и дѣду въ преимуществѣ предъ братьями и двоюродными братьями; другіе, наоборотъ даютъ pater'у и avus emancipator'у предпочтеніе, съ устраненіемъ братьевъ и двоюродныхъ братьевъ, утверждая, что Nov. 118 отмѣнила legitima tutela agnatorum, но не legitima tutela эманципатора (Inst. 1. 18. 19). Но мнѣніе это непримиримо съ полнымъ уравненіемъ призванія къ наслѣдству и опекѣ, которое составляетъ принципъ юстиліановскаго нововведенія (прим. 19). Срав. о различныхъ воззрѣніяхъ Thibo civil Abhandl. стр. 297 слѣд., Рудорфъ стр. 243, Вангеровъ § 267 прим., Спинтеисъ § 147 прим. 24.

[21a] Это не подлежитъ сомнѣнію, если имѣть въ виду тотъ способъ, которымъ выражаются l. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61 и l. 7 pr. C. de cur. fur. 5. 70. Ср. § 187 прим. 5.

[22] L. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1. и arg. l. 11 § 1—3 D. de test tut. 26. 2.

3. Правительственное назначеніе [23] имѣетъ мѣсто [23 a]: a) при отсутствіи завѣщательнаго или законнаго назначенія [24], или при неизвѣстности, имѣется ли таковое [25]; b) при отказѣ призваннаго по закону [26] или завѣщанію опекуна [27], при негодности его къ опеки [28] или при удаленіи его [29]; c) въ случаѣ смерти назначеннаго по закону или завѣщанію опекуна, если при томъ не имѣется лицо, которое могло бы быть призвано къ опекѣ по закону [30]. Правительственное назначеніе не можетъ быть дѣлаемо подъ условіемъ или на срокъ [31]; но правительство можетъ назначить опекуна для извѣстнаго случая, до минованія въ немъ надобности [32]. Назначеніе можетъ также быть ограничиваемо опредѣленными вещами [33] или дѣлами [34]. Назначить опекуновъ можетъ судъ, которому принад-

---

[23] Inst. 1. 20 de Atiliano tutore et eo qui ex lege Iulia et Titia dabatur. Dig. 26. 5 de tutoribus et curatoribus datis ad his qui dandi haben, et qui et in quibus causis specialiter dari possunt. Cod. 5 34 qui dare tutores vel curatores posseunt, et qui dari non possunt. Глюкъ XXIX стр. 400 слѣд., Рудорфъ I стр. 338 слѣд., Крутъ стр. 278 слѣд.

[23a] Назначенный правительствомъ опекунъ называется въ источникахъ tutor или curator dativus, его опека tutela dativa, l. 7. D. rem pup. 46 6, l. 5 C. de leg. tut. 5. 30, l. 52 pr. C. de ep. et. cler 1. 3. У Гая I. 154 и Ulp. XI. 14 называется tutor dativus и назначенный въ завѣщаніи опекунъ.

[24] — «si cui nullus omnino tutor sit», Gai I. 185, pr. I. h. t. Недѣйствительное предсмертное назначеніе хотя и не есть назначеніе въ юридическомъ смыслѣ, но оно, по требованію назначеннаго опекуна, исключаетъ законное назначеніе (прим. 10). Недѣйствительное законное назначеніе не извѣстно римскому праву.

[25] L. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2, § 1 l. h. t.

[26] Само по себѣ дѣйствуетъ начало: tutorem (curatorem) habent tutor (curator) non datur. L. 9 C. h. t. l. 9 C. qui petant 5. 31. l, 4 C. in quib. cas. 5. 36. l. 37 D. de excus. 26 1; l. 10 C. h. t. Рудерфъ I стр. 377. Но начало это оставляется въ случаѣ надобности. Cod. 5 36 in quibus casibus tutorem vel curatorem habenti tutor vel curator dari potest. (У римлянъ оно не исключало также возможности назначенія curator'а рядомъ съ tutor'омъ, § 5. I. de cur 2. 23).

[27] L. 4 C. tit. cit 5. 36, l. 11 § 1 D. de test. tut. 26. 2.

[28] § 5 I. de cur 1. 23, l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 13 pr. eod., l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, l. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 6 C. de susp. tut. 5. 43.

[29] L. 4 C. tit. cit. 5. 36, l. 11 § 2 D. de test. tut. 26. 2.

[30] L. 4 C. tit cit 5. 36, l. 11 § 3 D. de test. tut 26. 2.

[31] L. 77 D. de R. I. 50. 17, I. 6 § 1 D. de tut. 26. 1.

[32] См. наприм. l. 10 pr. l. 11 pr. D. de test. tut. 26. 2; l. 10 § 7 D. de excus. 27. 1, l. 9 § 1 D. pe tutelae 27. 3; l. 12 pr. D. de excus. 27. 1; l. 1 § 2 D. de excus. 27. 1. l. 2 D. h. t., l. 17 § 1 D. de appell. 47. 1, I. 7 C. de susp. tut. 5. 43.

[33] L. 27 pr. D. h. t., l. 21 § 2—4 D. de excus 27. 1, l. 2. 11 C. eod. 5. 62, l. 3. 5 C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36, l. 9 § 9 D. de adm. 26. 7; l. 8 § 1 C. de bon. quae lid. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

[34] Сюда относятся именно опекунъ, который назначается для веденія процесса между опекаемымъ и настоящимъ опекунамъ. Cod 5. 44 de in litem dando tutore vel curatore, § 3 I. de auct. tut. 1. 21. Рудорфъ I стр. 389 См. далѣе Nov. 72 c. 2; l. 7. 9 D. h. t., l. 61 pr. D. de I. D. 23. 3. (Gai. I. 176—179. 180, Ulp. XI. 10. 22).

лежитъ высшій опекунскій надзоръ, но онъ назначаетъ тѣхъ только лицъ, которыя подчинены его юрисдикціи [35]. Назначеніе дѣлается ex officio [36]; но законные наслѣдники и лица назначенныя наслѣдниками послѣ малолѣтняго обязаны [37], въ теченіе года, ходатайствовать о назначеніи опекуна, подъ страхомъ лишенія ихъ наслѣдственныхъ правъ, если малолѣтній умретъ до достиженія возраста, дающаго право дѣлать завѣщанія [38].

β. *Способность и годность къ опекѣ* *.

§ 189. Лицо, неспособное быть опекуномъ, не призывается къ опекѣ по закону; правительственное же или завѣщательное назначеніе неспособнаго недѣйствительно. Кто негоденъ быть опекуномъ, тотъ, не взирая на послѣдовавшее назначеніе, не допускается къ опекѣ, или устраняется отъ оной [1].

1. Неспособными быть опекунами считаются [2].

а) Лица женскаго пола [3]. Но мать и бабушка могутъ, послѣ смерти своихъ мужей, требовать допущенія къ опекѣ надъ ихъ дѣтьми и внуками, если онѣ въ судебномъ протоколѣ: 1) обѣщаютъ не вступать болѣе въ бракъ; 2) отказываются отъ льготъ

---

[35] L. 5. C. h. t., l. 3 D. h. t.; D. h. t.

[36] R. P. O. 1548 г. Глава 31 § 1, 1577 гл. 32 § 1. Дѣятельность правительства по назначенію опекуновъ начиналась, по воспослѣдованіи отъ кого либо предложенія; и это считается по римскому праву общимъ правиломъ. Ср. вмѣстѣ съ Рудорфомъ I стр. 406. Глюкъ XXX стр. 93 слѣд. На этомъ основывается и указаніе въ источникахъ тѣхъ лицъ, которыя въ извѣстномъ порядкѣ другъ послѣ друга могутъ просить о назначеніи опекуновъ. l. 2 § 3 D. qui petant 26. 6, l. 4. 10 C. eod. 5. 31. Рудорфъ I стр. 416 слѣд.

[37] Dig. 26. 2 qui petant tutores et ubi petantur, Cod. 5, 31 qui petant tutores vel curatores.

[38] L. 2 § 1. 2 l. 4 D. h. t., l. 2 § 23 sqq. D. ad SC. Tert. 38. 17, § 6 I. eod. 3. 3, l. 11 C. de leg. her. 6. 58 l. 3 C. ad SC. Tert. 6. 56. Настоящая примѣнимость указаннаго штрафа оспаривается. Ср. Глюкъ XXX стр. 139 слѣд., Рудорфъ I стр. 435. 436, Краутъ I стр. 283, Синтенисъ § 147 прим. 96.

* Глюкъ XXIX, стр. 50 слѣд., Рудорфъ I, стр. 17 слѣд. §189.

[1] Новѣйшіе писатели (ср. Глюкъ XXXI стр. 192 слѣд., Рудорфъ II стр. 15, Синтенисъ § 146 прим. 1) говорятъ въ случаѣ негодности объ excusatio necessaria. Выраженіе это, хотя оно и имѣетъ опору въ источникахъ (l. un. C. qui murdo 5. 67, § 11 I. de excus. 1. 25, Vat. fr. § 202; l. 1 § 3 D. de post. 3. 1, l. 11 D. de decur. 50. 2), нельзя рекомендовать въ томъ смыслѣ, что оно способно возбудить представленіе, что негодный опекунъ можетъ сдѣлаться отвѣтственнымъ за промедленіе въ принятіи на себя опекунскихъ обязанностей, если онъ не будетъ ходатайствовать объ освобожденіи его отъ опеки; а это навѣрно. l. 13 § 12 D. de excus. (*vv* ani quos non oportet). Рудорфъ II стр. 195.

[2] Другіе причисляютъ сюда, кромѣ лицъ поименованныхъ ниже, и епископовъ и монаховъ, по Nov. 123 c. 5. Но каноническое право предпочло этой новеллѣ древнее право l. 52 pr. C. de ep. et. cler. 1. 3. См. Глюкъ XXXI стр. 300 — 325, Рудорфъ II стр. 109 — 111.

[3] L. 1 C. quando mul. 5. 35, l. 28 D. de tut. 26 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 1 § 1 l. 10 D. de leg. tut. 26. 4, l. 21 pr. D. de tut. dat. 26. 5. Ueber l. 16 pr. D. de tut. 26. 1 f. Рудорфъ I стр. 250 прим. 16.

веллеянскаго сенатусконсульта и отъ всѣхъ другихъ, предоставленныхъ женщинамъ льготъ; 3) положительно ипотекируютъ подопечнымъ все свое имущество [4]. Если онѣ, вопреки обѣщанія, вступаютъ въ другой бракъ, то онѣ лишаются опеки [5].

b) Несовершеннолѣтніе [6]. Если же они назначены опекунами по завѣщанію, то опека сохраняется за ними до достиженія совершеннолѣтія, а тѣмъ временемъ назначается временный опекунъ [7].

c) Солдаты, за исключеніемъ однако же опекъ, порученныхъ товарищемъ по военной службѣ [8].

2. Рѣшеніе вопроса о годности назначеннаго лица предоставлено вообще усмотрѣнію мѣстнаго опекунскаго учрежденія, которое должно изслѣдовать, не представляетъ ли назначаемое лицо опасности для интересовъ малолѣтняго [9]. Въ источникахъ поименованы слѣдующія причины недопущенія лицъ къ опекѣ [10]: умственное разстройство [11]; глухота, нѣмота, слѣпота [12]; болѣзнь и старческая немощь [13]; порочный образъ жизни [14]; бѣдность [15]; вражда съ малолѣтнимъ или его отцомъ [16]; домогательство сдѣлаться опеку-

---

[4] L. 2. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 22 c. 40, Nov. 94. 155. Эммерихъ Zeitschr. f. Civ. Pr. III. 11. Ср. § 188 прим. 20 На счетъ обязанности къ залогу имущества см. еще I § 232 прим. 4. О незаконныхъ дѣтяхъ см. Эммерихъ въ указ. м. Стр. 208—209, Синтенисъ § 146 прим. 4. Особенное право Nov. 117 c. 1: см. § 517 прим. 24.

[5] Nov. 22 c. 40, Nov. 94 c. 2.

[6] L. 5 C. de leg. tut. 5. 30, § 13 I. de excus. I, 25.

[7] L. 32 § 2 D. de test. tut. 26. 2, l. 10 § 7 D. de excus 27. 1, § 2 I qui. dari. 1. 14. До Юстиніана поступали такъ и при назначеніи опекуна по закону, l. 10 § 7 D. de excus 27. 1, l. 9 § 1 D. de tutelae 27. 3. Рудорфъ II стр. 21 полагаетъ, что такъ бываетъ и по новѣйшему праву. Предметъ этотъ конечно не несомнителенъ.

[8] L. 4 C. qui. dare 5. 34, l. 23 § 1 D. de excus. 27. 1; ср. § 14 I de excus. 1. 25. Вангеровъ стр. 502.

[9] L. 3 § 12 D. de susp. 26. 10:—«et generaliter, si puas iusta causa praetorem moverit, cur non debeat in ea tutela versati, reiicere eum debebit». § 5 I. de cur 1. 23.

[10] Положительно не упоминается объ интердикціи за расточительность; но не подлежитъ никакому сомнѣнію, что она служитъ причиной неспособности. См. также l. 12 § 2 D. de tut. dat, 26. 5 и 1. 5. C. de leg tut. 5. 30 («Cui enim ferendum est, eundem esse tutorem et sub tutela constitui, et iterum eundem esse curatorem et sub cura agere? Haec certe et nominum et rerum foeda confusio est»). Рудорффъ II стр. 21.

[11] L. 11. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 § 3 D. de test tut. 26. 2, l. 12 pr. D. de excus. 27. 1.

[12] L. 1 § 2. 3 l. 17 D. de tut. 26. 1, l. 10 § 1 l. 11 D. de leg. tut. 26. 4, l. 3 C. qui dare 5. 34, l. C. qui morbo 5. 67.

[13] L. 13 pr. D. de tut. 1, l. 10 § 8 D. de excus. 27. 1.

[14] L. 8 § 10 D. de conf. tut. 26. 3.

[15] L. 6. C. de susp. tut. 5. 43.

[16] L. 3 § 12 D. de susp. tut. 26. 10, l. 6 § 17 D. de excus. 27. 1, l. 8. 10 D. de conf. tut. 26. 3, § 11 I. de excus. 1. 25. Къ этому же пункту относится § 12 I eod, l. 6 § 18 D. eod. 27 1, l. 27 § 1 D. de test. tut. 26. 2 (споръ о

номъ [17]: долговыя отношенія между опекуномъ и подопечнымъ [18], за исключеніемъ однако же матери и бабушки [19]. Независимо отъ усмотрѣнія мѣстнаго опекунскаго учрежденія, негодными къ опекѣ считаются: a) устраненный отъ опеки родителями подопечнаго въ ихъ духовномъ завѣщаніи [20]; b) мужъ по отношенію къ женѣ, женихъ по отношенію къ невѣстѣ, тесть по отношенію къ снохѣ [21] [22].

γ. *Отказъ отъ опеки* *.

§ 190. Быть опекуномъ—это гражданская обязанность каждаго [1]. Есть однако же причины, дающія право на отказъ отъ опеки [2].

правѣ состоянія (status) между опекуномъ и отцомъ подпечнаго или съ самимъ послѣднимъ).

[17] L. 21 § 6 D. de tut. dat. 26. 5.

[18] Nov. 72 c. 1—4. и отсюда Auth. *Minores* C. qui dare 5. 34. Nov. 72 c. 3 cit.: — «ne ex hoc ipso hostem et non curatorem adolescentulo praebeamus». Но эта причина неспособности имѣетъ слѣдующую особенность: лицо, назначенное опекуномъ, должно заявить о ней въ теченіе экскузаціоннаго срока (§ 190 прим. 3); если онъ этого не дѣлаетъ, то хотя опека у него не отнимается, но за штрафъ, онъ теряетъ требованіе, и въ качествѣ должника онъ не освобождается отъ долга, во время опеки, платежемъ или инымъ погашеніемъ. Если опекунъ дѣлается кредиторомъ во время опеки, то къ нему присоединяется другой опекунъ — ut custodiat ille. ne fiat adversus adolescentem aut eius substantiam ab eo, qui eum habet obligatum, in medio ulla malignitas (c. 2 sit.)». Ср. Зейфф. Arch. f. civ. Pr. XII 16. Зейфф. Arch. X. 268, XII 47.

[19] Nov. 94 pr. c. 1.

[20] L. 21 § 2 D. de tut. dat 26. 5, l. un. C. contra matr. vol. 5. 47.

[21] L 1 § 5 D. de excus. 27. 1, l. 4. 17 C. eod. 5. 62, l. 2 C. qui dare 5. 34, ср. l. 14 D. de sur. fur. 27. 10. О мнѣніи, что по современному праву (римское право: l. 32 § 1 D. de adopt. 17, l. 2 C. de interd. matr. 5. 6, l. 3 C. de contr. ind. tut. 5. 58) не можетъ быть опекуномъ надъ своими пасынками и вотчинъ см. Глюкъ XXIX стр. 121 слѣд., Рудорфъ II стр. 42. 43, Синтенисъ § 147 прим. 51; Зейфф. Arch. XII 276.

[22] Въ теоріи и на практикѣ сильно распространено мнѣніе, что по современному праву и евреи не могутъ быть опекунами надъ христіанами. Римское право не устраняетъ ихъ отъ опеки, l. 15 § 6 D. de excus. 27. 1. Но ссылается на аналогію съ l. 19 C. de Iud. 1. 9 и c. 18 X de Ind 5. 6. Глюкъ XXIX стр. 109, Рудорфъ II стр. 35.

* Inst I. 25 de excusationibus tutorum vel curatorum. Dig. 27. 1 de excusationibus. Cod. 5. 62 de excusationibus tutorum et curatorum et de temporibus earum. Cod. 63—69. Глюкъ XXXI стр. 161 слѣд. XXXII стр. 3 слѣд., Рудорфъ II стр. 43 слѣд. § 190.

[1] Опека есть «publicum munus», pr. I. h. t. Исключеніе бываетъ для отца и дѣда, которые призываются къ опекѣ въ силу отеческой власти, § 187 прим. 5, § 188 прим. 21a. Иначе бываетъ съ матерью и бабушкой (§ 189 прим. 4); онѣ вовсе не призываются къ опекѣ, если сами не желаютъ этого.

[2] Отклоненіе отъ себя опеки называется въ источникахъ технически excusatio. Такъ называется и право на отказъ, а также причина отказа. По древнему римскому праву

О существованіи подобной причины должно быть своевременно заявлено [3] опекунскому учрежденію [4], подъ страхомъ штрафа и, въ случаѣ признанія ея неуважительною [5], опекунъ отвѣчаетъ за все время между назначеніемъ и воспослѣдованіемъ рѣшенія о неуважительности причины [6]. Въ опредѣленныхъ случаяхъ опекунъ не вправѣ ссылаться на отказъ, самъ по себѣ основательный [7]. Отдѣльныя причины, освобождающія отъ опеки, суть слѣдующія [8]:

можно было освободиться отъ опеки предложеніемъ болѣе подходящаго лица (potioris nominatio). Институтъ этотъ исчезъ въ юстиніановскомъ правѣ. Рудорфъ II стр. 9. 10. Относительно l. 13 pr. D. h. t. и § 16 I. h. t. утверждали, что, право эксвузаціи имѣетъ мѣсто лишь въ случаѣ завѣщательнаго или правительственнаго назначенія, но не при назначеніи по закону; но см. l. 2 § 5 l. 20 l. 30 § 2 D. h. t., l. 3 § 8 D. de leg. tut. 26. 4, l. 1. 4 C. eod. 5. 30, l. 9 C. qui dare 5. 34, Nov. 118 c. 5, а для объясненія способа выраженія въ указанныхъ мѣстахъ—l. 1 § 1 D. quando app. 49. 4. Глюкъ XXXI стр. 181 слѣд., Рудорфъ II стр. 12 слѣд.

[3] L. § 1 D. de adm. 27. 7, l. 19 C. eod. 5. 37, l. 11 C. h. t. Срокъ этотъ по римскому праву опредѣляется самимъ закономъ, составляя: a) 50 дней для подачи заявленія, если призванное лицо жительствуетъ въ мѣстѣ призыва: въ противномъ случаѣ—30 дней и одинъ день на каждыя (римскія) 20 миль разстоянія, предполагая, что въ результатѣ получится болѣе 50 дней. Теченіе срока начинается со времени полученія опекуномъ свѣдѣнія о назначеніи. Больше срока не полагается, но не ставится въ вину, если срокъ пропущенъ «propter aegritudinem vel aliam necessitatem, puto maris vel hiemis vel incursus latronum, vel aliam quam similem», L. 13 § 1—10 D. l. 6 C. h. t., § 16 I. h. t., l. 3 pr. D. de V. S. 50. 16. b) Для окончанія же производства по сему предмету полагается 4 мѣс. срокъ, также a die scientiae. L. 38 39. D. h. t. Глюкъ XXXII. стр. 109, Синтенисъ § 148 прим. 77, Рудорфъ II стр. 190, Краутъ I стр. 243 учатъ, что сроки эти теперь не соблюдаются и что суды назначаютъ сроки по собственному усмотрѣнію.

[4] L. 2. 6 C. h. t.

[5] Способы защиты: l. 13 pr. D. h. t., l. 3. 6 C. eod.; l. 1 § 2 D. quae sent. 48. 8, Cod. 5. 63, § 20 I. h. t., l. 11 § 2 D. de min. 4. 4. Ср. l. 37 D. h. t.

[6] L. 20 l. 39 § 6 D. de adm. 26. 7, l. 15 22 C. h. t.

[7] Случаи эти слѣдующія: a) опекунъ обѣщалъ отцу подъопечнаго принять опеку. l. 15 § 1 D. h. t., § 9 I. h. t; b) онъ уже вступилъ въ управленіе опекой, l. 2 I. si tut. vel cur. 5 63, Vat. fr. § 154; c) онъ собственноручно написалъ въ завѣщаніи свое назначеніе, l. 29 D. de test. tut. 26 2, l. 18 § 1 D. de lege Corn. de falr. 48. 10; d) онъ принялъ легато по завѣщанію, въ которомъ онъ назначенъ опекуномъ, l. 5 § 2 D. de his quae ut ind. 34. 9. Съ другой стороны опекунъ теряетъ все, назначенное ему въ этомъ качествѣ, если онъ воспользовался принадлежащимъ ему правомъ отказа. L. 5 § 2 cit., l. 32—36 pr. D. h. t., l. 27 eod., l. 28 pr. D. de test. tut. 26. 2, l. 3 D. de iure patr. 37. 14, l. 111 D. de leg. I° 30.

[8] Въ настоящее время не примѣнимы причины отказа, поименованныя въ l. 6 § 13 D. h. t., l. 8 § 12 eod., l. 17 § 1 eod. l. 17 § 2. 3 l. 26 l. 41 § 3 l. 46 D. l. 24 C. h. t., l. 13 C. qui dare 5. 34 Равнымъ образомъ непримѣнимо римское положеніе, что tutor impubes'a не обязанъ сдѣлаться curator'омъ minor'a (§ 18 J. l. 16 D. l. 20 C. h. t.), такъ какъ въ настоящее время достиженіе pubertatis не обосновываетъ перемѣны въ лицѣ опекуна (§ 197 прим. 11). Краутъ II стр. 163, слѣд.

1. Состояніе на государственной службѣ [9].

2. Завѣдываніе имуществомъ казны или государя [10].

3. Вступленіе въ тайный совѣтъ императора [11].

4. Командировка по государственнымъ дѣламъ; эта причина освобожденія отъ опеки продолжается и въ теченіе года послѣ возвращенія [12].

5. Занятіе церковной должности [13].

6. Публичная учебно-научная дѣятельность и занятіе медициной [14].

7. Почетное увольненіе отъ военной службы по окончаніи срока службы; увольненіе раньше этого времени, но по истеченіи пяти лѣтъ службы освобождаетъ лишь на время [15].

8. Значительное число родныхъ дѣтей [16]. Внуки отъ умершаго сына считаются за одно лицо, внуки отъ дочерей не принимаются вовсе въ разсчетъ [17], дѣти павшія на войнѣ, входятъ въ счетъ [18].

9. Три опеки, принятыя не по собственному желанію, при чемъ сюда причисляются и тѣ опеки, которыя управляются сыновьями, за которыхъ отвѣтствуетъ отецъ (§ 199 прим. 6) [19]. Впрочемъ, при назначеніи опекуновъ опекунское учрежденіе можетъ не стѣсняться числомъ опекъ [20].

---

[9] § 3 I. h. t., l. 6 § 14 l. 17 § 4 5 l. 22 § 1 l. 41 § 1 D. h. t., l. 6 § 16 l. 23 pr. eod. Къ l. 22 § 1 cit. cp. Vat. fr. § 136.

[10] § 1 I. h. t., l. 41 pr. D. l. 10 C h. t. cp. l. 8 C. h. t.; Зейфф. Arch. XII. 46.

[11] L. 30 D. h. t., l. 11 § 2 D. de min. 4. 4.

[12] § 2 I. h. t., l. 10 pr. — § 3 D. h. t., l. 2 C. si tutor vel curator reipublicae causa aberit 5. 64, cp. l. 38 § 1 D. ex quib. caus. mai. 4. 6, l. 4 D. de vac. 50. 5.

[13] L. 52 p. C. de ep. et. cler. 1. 3 cp. § 189 прим. 2.

[14] § 15 I. h. t., l. 6 § 1—12 D. h. t. На счетъ l. 1. 2 C. de excusationibus artificum 10. 65 см. Рудорфъ II стр. 132.

[15] L. 8 D. h. t., Cod. 5 64 de excusationibus veteranorum. Относительно дочерей и сыновей товарищей освобожденіе имѣетъ дѣйствіе лишь въ теченіе года, послѣ же этого—въ томъ смыслѣ, что служилыя лица не обязаны принимать больше одной опеки, l. 8 pr. D. h. t., § 10. 11 h. t.

[16] По римскому праву, въ Римѣ 3, въ Италіи 4, въ провинціяхъ 5. Pr. l. h. t., l. 2 § 2—8 I. 36 § 1 l. 37 D. h. t., l. 2 C. qui numero liberorum se excusant 5. 66. Въ настоящее время считаютъ обыкновеннымъ числомъ 5 дѣтей. Глюкъ XXXI. стр. 224, Рудорфъ II стр. 146, 147. Ср. и Синтенисъ § 148 прим. 35. Это освобожденіе не должно быть понимаемо въ смыслѣ награды по lex Iulia и Papia Poppaea Vat. fr. § 170. поэтому несправедливо сомнѣваются въ современной примѣнимости онаго Зейфф. Arch. IX. 175, XVII. 66.

[17] Pr. I. h. t, l. 2 § 7 D. h. t.

[18] Pr. I. h. t, l. 18 D. h. t.

[19] § 5 I h. t. l. 2 § 9 — l. 6 pr. l. 15 § 15. 16 l. 31 D. h. t., Cod. 5. 69 qui numero tutelarum.

[20] L. 17 pr. l. 31 § 4 D. h. t.

10. Различіе мѣстожительства или большая отдаленность отъ имущества, подлежащаго завѣдыванію [21].

11. Бѣдность, не позволяющая заниматься чужими дѣлами [22].

12. Болѣзнь, мѣшающая заниматься собственными дѣлами [23].

13. Семидесяти-лѣтній возрастъ [24].

14. Отсутствіе способностей, необходимыхъ для управленія дѣлами [25].

15. Назначеніе опекуна отцомъ изъ вражды [26].

Право на сложеніе съ себя опекунскихъ обязанностей даютъ лишь причины, указанныя подъ №№ 3, 10 и 11 [27]; причина же, поименованная подъ № 4 тогда лишь, когда опекунъ пребываетъ за моремъ; въ противномъ случаѣ онъ освобождается лишь на время отсутствія [28]. Далѣе: на сложеніе опеки даетъ право перемѣна жительства по распоряженію государя, если послѣднему извѣстно было объ опекѣ [29].

б) Вступленіе *.

§ 191. Призванный къ опекѣ становится опекуномъ въ силу самаго призыва; онъ не дѣлается имъ лишь вслѣдствіе заявленія о принятіи опеки. Поэтому опекунскія обязанности онъ несетъ со времени полученія свѣдѣнія о назначеніи [1]. Но такъ какъ по современному праву право вступать въ управленіе опекой возникаетъ лишь со времени изготовленія опекунскимъ учрежденіемъ указа о назначеніи [2 3], то указанныя обязанности заключаются въ

---

[21] L. 46 § 2 l. 10 § 4 l. 21 § 2. 3 D. l. 11 C. h. t. Глюкъ XXXII стр. 59 слѣд., Рудорфъ II стр. 171 слѣд. Сантенисъ § 148 Pr. 7.

[22] § 6 I. h. t., l. 7 l. 40 § 1 D. h. t.. l. 6 § 19 eod. (Рудорфъ II стр. 54). Ср. § 189 прим. 15.

[23] § 7 I. h. t., l. 19 § 8 l. 45 § 4 D. h. t., Cod. 5. 67 qui morbo se excusant. ср. § 189 прим. 12. 13.

[24] § 13 I. h. t., l. 3 D. de iure immun. 50. 6, Cod. 5. 68 qui aetate se excusant. O. l. 3 C. qui aetate vel professione se excusant. 10. 49 см. Глюкъ XXXII. стр. 55 слѣд., Рудорфъ II стр. 48 слѣд.

[25] § 8 I. h. t., l 6 § 19 D. h. t. Глюкъ XXIX стр. 114 слѣд. Рудорфъ I стр. 54 слѣд.

[26] § 9. I. h. t.

[27] L. 11 § 2 D. de min. 4. 4, l. 11. 40 D. h. t.

[28] L. 11 § 2 D. de min. 4. 4, l. 10 § 2 D. h. t., l. 1 C. si tut. vel cur. reipublicae causa aberit 5. 64.

[29] L. 12 § 1 D. h. t.

§ 191. * Глюкъ XXX стр. 152 слѣд., Рудорфъ II стр. 211 слѣд., Краутъ I стр. 242 слѣд. II стр. 118 слѣд.

[1] L. 1 § 1 l. 5 § 10 l. 17 i. 58 § 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 C. de peric. 5. 38.

[2] R. P. O. Гл. 32 (31) § 2:—«Для того, чтобы опекунъ, назначенный по завѣщанію, закону или судьей, не уклонялся отъ опеки, необходимо, чтобы управленіе оной было ему поручено отъ правительства указомъ». Такъ назыв. confirmatio iuris germanici, въ противоположность къ римской confirmatio, въ силу которой устраняется по-

настоящее время единственно въ немедленномъ исходатайствованіи себѣ подобнаго указа [4]. При назначеніи, опекунъ долженъ клятвенно обѣщать исполненіе имъ опекунскихъ обязанностей [5], онъ долженъ, далѣе, дать подопечному обезпеченіе [6] и составить публичную опись наличному имуществу [7].

в) *Прекращеніе опеки* *.

§ 192. Опека прекращается:

1) смертью опекуна или подопечнаго [1],

2) достиженіемъ подопечнымъ совершеннолѣтія [2], или объявленіемъ его совершеннолѣтнимъ [3], или, при извѣстныхъ иму-

---

рокъ недѣйствительнаго завѣщательнаго назначенія (§ 188 прим. 10 слѣд.). Глюкъ XXIX стр. 305 слѣд., Рудорфъ II стр. 211—213, Краутъ I стр. 235 слѣд. Римская confirmatio есть условіе назначенія; нѣмецкая предполагаетъ воспослѣдовавшее назначеніе. Поэтому упущеніе въ разслѣдованіи наличности конфирмаціи не влечетъ за собой отвѣтственности въ первомъ случаѣ, но влечетъ по второмъ. На это не обращено достаточно вниманія у Краута I. стр. 258. 262. Фактически совпадаютъ обѣ конфирмаціи тамъ, гдѣ онѣ встрѣчаются вмѣстѣ. Изготовленный для опекуна указъ называется tutorium или curatorium.

[3] Исключеніе дѣлается для отца или дѣда, вступающихъ въ управленіе опекой въ силу отеческой власти (§ 187 прим. 5, § 188 прим. 21а). Рудорфъ I стр. 182, Синтенисъ III § 141 прим. 52 въ концѣ. Исключеніе допускали также для случая необходимости. Глюкъ XXIX стр. 306. 313, Краутъ I. стр. 239.

[4] Незагисимо отъ случая необходимости (прим. 3). Ср. l. 7 pr. D. de adm. 26. 7.

[5] R. P. O. Гл. 32 (31) § 3; l. 7 § 4—7 C. de cur. fur. 5. 70, Nov. 72 c. 2. 8. Рудорфъ II стр. 229.

[6] Римское право освобождало отъ cautio tutor'a testamentarius и a magisstratu ex inquisitione datus (pr. I de satisd. tut. 1. 24); но R. P. O. Гл. 32 (31) § 2. 3 положительно предписывала, «чтобы каждый опекунъ, назначенъ ли онъ по завѣщанію, закону или судьей представилъ достаточное законное обезпеченіе». Вслѣдствіе этого въ настоящее время требуется не одно только обезпеченіе поручительствомъ, какъ было по римскому праву (l. 4 § 1 D. rem. pup. 46. 6 l. 7 D. de stip. pract. 46. 5) не допускается также установленіе ипотеки. Глюкъ XXX стр. 161 слѣд., Рудорфъ II стр. 213 слѣд., Краутъ II стр. 122 слѣд.

[7] L. 24 C. de adm. 5. 37, l. 13 C arb. tut. 5. 51, R. P. O. Гл. 32 (31) § 3. Наказаніе за промедленіе—это удаленіе отъ опеки и допущеніе подъопечнаго къ оцѣночной присягѣ, l. 7. pr. D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de in lit. iur. 5. 53, l. 13 § 1 C. arb. tut. 5. 51. Освобожденіе по распоряженію оставляющаго имущество наслѣдователя: l. 13 § 1 C. arb. tut. 5. 51. Глюкъ XXX стр. 184—215, Рудорфъ II стр. 242 слѣд,, Краутъ II стр. 121—122. Зейфф. Arch. V. 192, VI. 225.

* Inst. 1. 22 quibus modis tutela finitur. Cod. 5. 60 quando tutores vel curatores § 192. esse desinant Глюкъ XXXI. стр. 129 слѣд., Рудорфъ III стр. 120 слѣд. 232 слѣд., Краутъ II стр. 162. слѣд.

[1] L. 4 pr. D. de tutelae 27. 3, § 3 I. h. t., l. 16 § 1 D. de tut. 26. 1, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, l 1 C. si quis ign. 5 73. — Capitis duminutio nach römischem Recht: § 1. 4 I. h. t., l. 14 pr. — § 2 D. de tut. 26. 1, l. 7 pr. D. de cap. dim. 4. 5 (см. объ этомъ мѣстѣ писателей, цитированныхъ у Вангерова § 288 прим. и самаго Вангерова).

[2] L. 4. pr. D. de tutelae 27. 3, pr. I. h. t.; § 187 прим. 10. Глюкъ XXXI стр. 145 слѣд., Краутъ II стр. 168 слѣд.

[3] L. 3 C. qui veniam 2. 45. Глюкъ XXXI стр. 145 слѣд., Краутъ II стр. 168 слѣд.

щественныхъ пріобрѣтеніяхъ, поступленіемъ подъ отеческую власть [4] [5];

3) осуществленіемъ того ограниченія, подъ которымъ послѣдовало назначеніе [6];

4) отказомъ и сложеніемъ съ себя опеки, гдѣ это дозволено (§ 190) [7];

5) устраненіемъ опекуна [8]. Опекунъ устраняется опекунскимъ учрежденіемъ ex officio [9], если онъ, своимъ злымъ умысломъ или небрежностью представляетъ опасность для блага подопечнаго [10], или если онъ ведетъ такой образъ жизни, что даетъ поводъ къ подобному опасенію [11], или когда мать и бабушка, безъ предвари-

---

[4] Для т. наз. peculium adventicium ordinarium, а не для peculium adventicium extraordinarium и для peculium castrense и quasi castrense Ср. l. 14 pr. D. de tut. 26. 1, § 1. I. h. t. и § 187 прим. 5.

[5] Краутъ II стр. 172 слѣд. утверждаетъ, что опека прекращается и вступленіемъ подъопечнаго въ бракъ (при чемъ для женщины независимо отъ того, поступаетъ ли она подъ опеку мужа, или нѣтъ); онъ ссылается на древнее германское право (въ указ. м. стр. 89 слѣд.), resp. на общее обычное право (стр. 178. 181). Противъ этого Зейфф. Arch. VII. 276, XIII. 99. Но ср. также тамъ же XVI. 96.

[6] Наступленіе резолютивнаго условія, подъ которымъ, срока, до котораго опекунъ назначенъ въ завѣщаніи: l. 14 § 3. 5. D. de tut. 26. 1. § 5, I. h. t. Уничтоженіе случая, для котораго опека понадобилась, окончаніе дѣла, для котораго правительство назначило опекуна: § 188 прим. 32. 34.

[7] Утверждаютъ, что опека прекращается не вслѣдствіе одной excusatio (судебнаго признанія оной), но лишь назначеніемъ новаго опекуна. Ср. Леръ Mag. f RW. u. Gesetzgeb. III стр. 46 слѣд., Рудорфъ II 403. Это объясненіе не доказывается однакоже ни тѣми свидѣтельствами источниковъ, на которыя дѣлается ссылка, ни Gai. I. 182, гдѣ «dato» основывается на реституціи, а Гушке читаетъ «casu». Во всякомъ случаѣ права и обязанности опекуна прекращаются въ указанный прежде моментъ времени, какъ это и признается, а за симъ весь вопросъ не имѣетъ практическаго значенія. Ср. еще Синтенисъ § 147 прим 69.

[8] Inst. 1. 26 Dig. 26. 10 Cod. 5. 43 de suspectis tutoribus vel. (et) curatoribus. Глюкъ XXI. стр. 41 слѣд., Рудорфъ III стр. 176 слѣд., Краутъ I стр. 402—405.

[9] R. P. O. Гл. 32 (81) § 3:—«всякое начальство обязано, въ силу божескаго и нашего императорскаго повелѣнія, имѣть ex officio старательное наблюденіе за тѣмъ, чтобы никакая небрежность опекуна, а тѣмъ болѣе, нанесеніе имъ ущерба подъопечному или его имуществу, не прошли для него безнаказанно. Подъ «начальствами», о которыхъ говорится здѣсь, разумѣется никто иной, какъ тѣ начальства, о которыхъ было говорено выше, т. е. тѣ, которыя вправѣ назначать опекуна, давать ему указы и требовать отчетности. По римскому праву «suspecti cognitio» составляла аттрибутъ общей высшей судебной власти, но начиналась ex officio въ чрезвычайныхъ только случаяхъ, обыкновенно же она предполагала «suspecti accusatio», Рудорфъ въ указ. м. Послѣдняя не невозможна и теперь. Ср. Глюкъ XXXI стр. 95. 128, Краутъ стр. 404. И здѣсь (ср. прим. 7) спорятъ о томъ, прекращается ли опека однимъ удаленіемъ или только съ назначеніемъ новаго опекуна (Рудорфъ III стр. 198), хотя здѣсь сомнѣніе должно бы устранить l. 14 § 4 D. de tut. 26. 1.

[10] § 5. 6. 10 I. h. t., l. 3 § 5. 16—18 I. 4. § 4 l. 7 § 1. 3 D. h. t., l. 1—6 l. 9 C. eod.

[11] § 13 I. h. t. «Suspectum etiam eum putamus, qui moribus talis est, ut suspectus sit». L. 8 D. h. t.

тельнаго сложенія съ себя опеки, вступаютъ во второй бракъ [12]. Устраненіе можетъ послѣдовать и вслѣдствіе простой неспособности [13]. Но въ подобномъ случаѣ опекунское учрежденіе можетъ ограничиться болѣе мягкой мѣрой—простымъ замѣщеніемъ неспособнаго [14], или присоединеніемъ къ нему другаго опекуна [15]. При наличности уважительныхъ причинъ оно можетъ принимать эту мягкую мѣру и въ случаѣ злаго умысла [16].

С. Правоотношенія.

α. *Правоотношенія между опекуномъ и подопечнымъ* *.

аа. Вообще.

§ 193. Обязанности, возникающія изъ опеки для опекуна и подопечнаго [1], подлежатъ свободной судейской оцѣнкѣ [2].

Но по существу предмета:

1) Опекунъ обязанъ во всѣхъ отношеніяхъ и всѣми силами соблюдать интересы подопечнаго [3], именно: управлять имуществомъ послѣдняго, выдавъ ему таковое, по окончаніи опеки, съ отчетомъ [4].

---

[12] Nov. 22 c. 40 i. f., Nov. 94 c. 2 i. f.

[13] L. 3 § 18 D. h. t. перечисляетъ segnities, rusticitas, inertia, simplicitas inertia. см. также l. 3 § 12 eod.

[14] L. 17 D. de tut. 26. 1.

[15] § 5 I. de cur. 1. 23, l. 13 pr D. de tut. 26. 1, l. 10 § 8 D. de excus. 27. 1, l. 6 C. h. t. Ср. Зейфф. Arch. IV. 129.

[16] L. 1. § 5 l. 3 § 18 l. 9 D. h. t. Удаленіе вслѣдствіе злаго умысла влекло за собой по римскому праву инфамію, § 9 I. h. t., l. 3 § 18 cit. l. 9 C. h. t.

* Dig. 26. 7 de administratione et periculo tutorum et curatorum, qui gesserin, § 193. vel non, et de agentibus et conveniendis uno vel pluribus. 27. 3 de tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione. 27. 4 de contraria tetulae et utili actione. Cod. 5. 37 de administratione tutorum vel curatorum, et pecunia pupillari foeneranda vel deponenda. 5. 38 de periculo tutorum en curatorum. 5. 51 arbitrium tutelae. 5. 58 de contrario iudicio tutelae.

[1] Обязательства изъ tutela давали по римскому праву actio tutelae directa и contrario. Actio изъ cura minoris примыкала внѣшнимъ образомъ не къ actio tutelae, а къ actio negotiorum gestio (l. 4 § 3 l. 13 i. f. D. de tutelae 27. 3 l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 C. arb. tut. 5. 51, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19), но въ сущности, въ особенности же касательно попеченія, которое опекунъ долженъ былъ имѣть по дѣламъ малолѣтнаго, она трактовалась какъ actio tutelae l. 33 pr. D. de adm. 26. 7, Nov. 72 c 8, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19, см. далѣе l. 25 D. de tutelae 27. 3, l. 20 C. de adm. 5. 37), такъ что она называется и utile tutelae indicium (l 3 C. de her. tut. 5. 54) и далѣе tutelae iudicium (l. 3 C. arb. tut. 5. 51). Въ l 11 D. de auct. 26. 8 говорится о tetulae curationisve iudicium, въ Rubr. titt. Dig. 27. 3. 4 объ utilis curationis causa actio. Въ одномъ только отношеніи римское право дѣлало матеріальное различіе между искомъ противъ tutor'а и искомъ противъ curator'а. Но и это различіе не имѣетъ значенія для современнаго права. См. объ этомъ прим. 17.

[2] Actiones tutelae суть actiones bonae fidei, § 28 J. de act 4. 6, l. 38 pr. D. pro soc. 17. 2.

[3] R. P. O. Гл. 32 (31) § 3:—«дѣлать все то, что подобаетъ вѣрному опекуну».

[4] L. 1 § 3 D. de tutelae 27. 3, l. 9 C. arb. tut. 5. 51. Зейфф. Arch. X. 63, (ср. XXV. 135—137 и цитаты тамъ же).

По всѣмъ дѣйствіямъ или упущеніямъ [4a] онъ отвѣчаетъ не только за злой умыселъ, но и за ту небрежность, которой онъ обыкновенно не допускаетъ въ собственныхъ дѣлахъ [5]; въ исключительныхъ случаяхъ отвѣтственность его усиливается или уменьшается [6]. Въ случаѣ злаго умысла или небрежности подопечный допускается къ опредѣленію убытковъ оцѣночной присягой [7]; за сокрытіе имущества опекунъ наказывается штрафомъ, въ размѣрѣ двойной стоимости сокрытаго [8]. Наслѣдники опекуна не могутъ быть привлекаемы

[4a] Что опекунъ, не принявшій опеки, отвѣтствуетъ, по римскому праву, лишь utilis actio (l. 4 § 3. 7 D. rem. pup. 46. 6, l. 39 § 11 D. de adm. 26. 7, l. 37 § 1 D. de excus 27. 1),—это имѣетъ одно только историко-юридическое значеніе. Ср. Рудорфъ III. стр. 8—10.

[5] L. 1 pr. D. de tutelae 27. 3. «In omnibus, quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his, quae non fecit, rationem reddet hoc iudicio, praestando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam. L. 57 pr. D. de adm. 26. 7 (Вангеровъ § 274), Nov. 72 c. 8. Поэтому самъ по себѣ опекунъ отвѣтствуетъ и за levis culfa, и можетъ освободиться отъ такой отвѣтственности, доказавъ лишь противное (§ 17 num. 6). Такимъ образомъ объясняются мѣста, какъ l. 10 l. 33 pr. l. 39 § 7 D. de adm. 26. 7, l. 23 D. cod. 5. 37, l. 7 C. arb. tut. 5. 51; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8. О мѣстахъ, которыя, повидимому, ограничиваютъ отвѣтственность опекуна одной lata culpa (l. 2 C. arb. tut. 5. 51, l. C. si tuter. vel cur. non gesserit 5. 55), см. Гассе Culpa стр. 265—268, Рудорфъ III стр. 70—74. Обо всемъ Гассе въ указ. м. стр. 253 слѣд., Рудорфъ стр. 69 слѣд.

[6] Онъ отвѣтствуетъ безъ указаннаго смягченія, если напрашивался на опеку, l. 53 § 3 D. de furt. 47. 2. Онъ отвѣтствуетъ за одну lata culpa при покупкѣ поземельныхъ участковъ за деньги подъопечнаго, l. 7 § 2 D. de adm. 26. 7. Это послѣднее исключеніе, конечно, очень странно, но другое объясненіе l. 7 § 2 cit. кажется невозможнымъ. Ср. Гассе въ указ. м. 264, Глюкъ XXX стр. 259, Рудорфъ III, стр. 75; но также Синтенисъ § 149 прим. 35 въ концѣ. Другое подобное исключеніе выводится нѣкоторыми изъ l. 2 C. arb. tut. 5. 51; см. объ этомъ прим. 3. Глюкъ XXX стр. 260. Возможность привлеченія опекуна къ отвѣтственности за одну лишь lata culpa и тогда, когда онъ законно освобожденъ отъ отвѣтственности вообще (l. 41 D. de adm. 26. 7, l. 20 § 1 D. de lib. leg. 34. 3, Ср. l. 9 eod., l. 119 D. de leg. 1° 30, l. 72 § 3 D. de cond. 35. 1), не представляетъ ничего особеннаго. Что отецъ можетъ при назначаніи опекуна освободить его отъ отвѣтственности, это признано въ l. 5 § 7 D. de adm. 26. 7 lata culpa—dolus); но положеніе это не имѣетъ примѣненіе въ настоящемъ правѣ, въ силу котораго отецъ не можетъ также освободить назначаемаго имъ опекуна отъ представленія обезпеченія. Ср. Глюкъ XXX стр. 263 слѣд., Рудорфъ III стр. 108 слѣд., также Краутъ II стр. 154.

[7] L. 2 § 1 l. 5 pr. § 3 l. 8 D. de in lit. iur. 12. 3; Cod. 5. 53 de in litem iurando.

[8] Римское право давало въ этомъ случаѣ особенную acto, actio de rationibus distrahendis. L. 1 § 19—l. 2 D. de tutelae 27. 3, l. 55 § 1 D. de adm. 26. 7. Глюкъ XXXII. стр. 207 слѣд., Рудорфъ III стр. 2 слѣд. Что касается теперешняго значенія этого штрафа, то само по себѣ можно было бы утверждать, что онъ отмѣненъ уголовной карой современнаго права за сокрытіе (§ 80 прим. 4a), еслибъ онъ не былъ подтвержденъ R. P. O. 15. 77 гл. 32 § 3 («все подъ страхомъ наказанія по общему праву»). Друг. мн. и Синтенисъ § 150 прим. 1, который относитъ приведенныя слова R. P. O. къ accusatio suspecti, не сознавая, какъ кажется, что ему слѣдовало бы доказать ограниченіе.

къ отвѣтственности за обыкновенную его небрежность [9]. Опекунъ, назначенный для какой нибудь спеціальной дѣятельности (§ 188 прим. 33, 34), естественно отвѣчаетъ лишь за свою дѣятельность.

2) Подопечный обязанъ [10] возмѣстить опекуну съ процентами [11] все то, что послѣдній, при управленіи опекой [12], израсходовалъ изъ собственнаго имущества въ интересѣ подопечнаго [13] [14]. Это требованіе свое опекунъ можетъ осуществить какъ въ видѣ возраженія противъ требованія подопечнаго, такъ и въ порядкѣ самостоятельнаго иска [15]. Требовать гонорара опекунъ можетъ тогда только, когда таковой былъ ему опредѣленъ, при назначеніи, отцомъ или опекунскимъ учрежденіемъ [16].

3) Взаимныя требованія опекуна и подопечнаго могутъ быть осуществляемы въ исковомъ порядкѣ по прекращеніи лишь опеки [17]. Но опекунъ состоитъ подъ надзоромъ опекунскаго учрежденія и во время опеки. Этому учрежденію онъ обязанъ ежегодно представлять отчетность [18], и оно можетъ, въ случаѣ надобности, непосредственно понудить его къ исполненію имъ своихъ обязанностей [19].

---

[9] L. 12. 49 D. de O. et A. 44. 7, l. 8 § 1 D. de fid. tut. 27. 7; l. 4 D. de mag. conv. 27. 8, l. 39 § 6 D. de adm. 26. 7, l. 1 C. de her. tut. 5. 54, l. 17 C. de neg. gest. 2. 19. Естественно иначе (l. 1 § 124 прим. 11), когда процессъ начался уже противъ опекуна, l. 1 C. cit. О концѣ этого мѣста см. Гассе Cuipa Anh. 1, Глюкъ XXX стр. 276 слѣд., Рудорфъ III стр. 42 слѣд.

[10] Dig. 27. 4 de contraria tutelae et utili actione. Cod. 5. 58 de contrario iudicio tutelae. Глюкъ XXXII. стр. 266 слѣд., Рудорфъ III стр. 119 слѣд.

[11] L. 3 § 1 — 6 D. h. t.

[12] L. 33 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 § 8 D. h. t.

[13] L. 1 § 6 l. 3 pr. § 7. 8 D. h. t., l. 33 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 3 C. eod. 5. 37, l. 4 C. de in lit. dando 5 44. ср. § 96 прим. 17.

[14] L. 1 § 5 l. 3 § 1 D. h. t.; § 2 I. de obl. quae quasi ex contr. 3. 27, l 5 § 1 D. de O. et A. 44. 7; l. 1 § 6. 7. D. h. t., l. 2 C. de in lit. dando 5. 44.

[15] L. 1 § 4. 8 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

[16] L. 38 D. de neg. gest. 3. 5; l. 33 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 1. § 6 D. de tutelae 27. 3. Глюкъ XXXII стр. 87, Рудорфъ III стр. 132, Краутъ II стр. 160.

[17] L. 1 § 24 l. 4 pr. l. 9 pr. § 4. 5 D. de tutelae 57. 9. Иначе было въ римскомъ правѣ съ требованіями curator'a minoris и противъ него. l. 4 § 3 D. de tutelae 27. 3, l. 1 § 3 D. de contr. ind. tut. 27. 4; хотя уже здѣсь дѣлается исключеніе въ пользу иска о представленіи попечителемъ отчетности и выдачѣ имущества, l. 14 § 2 C. de adm. 5. 37. По современному праву, по которому опека надъ pubes есть простое продолженіе опеки надъ impubes, должны въ этомъ отношеніи имѣть къ первымъ примѣненіе тѣ начала, которыми регулируются отношенія послѣднихъ къ опекунамъ.

[18] По опредѣленію R. P. O. 1577 гл. 32 § 3. R. P. O. 1548 гл. 31 § 3 требуетъ ежегоднаго представленія отчетовъ «по требованію правительства».

[19] Такъ было уже по римскому праву: l. 1 pr. l. 7 § 3. 7. 8. D. de adm. 26. 7, l. 2 D. de feriis 2. 12, l. 9 D. de mun. 50. 4, l. 3 C. de susp. 5. 43.

bb. Въ частности *.

§ 194. Въ частности опекунъ обязанъ:

1) пещись о сохраненіи имущества подопечнаго. Сюда относятся не только фактическія мѣры [1], но въ особенности и отчужденіе излишнихъ и подверженныхъ тлѣнію вещей [2], взысканіе долговъ, при которыхъ есть основаніе опасаться, что они пропадутъ [3], уплата обременительныхъ договъ [4], при чемъ безразлично является ли самъ опекунъ должникомъ или кредиторомъ [5].

2) Опекунъ обязанъ, далѣе, пещись о томъ, чтобъ изъ имущества подопечнаго получался тотъ доходъ, который оно можетъ доставить, при чемъ онъ, однако же, не обязанъ употребить чрезвычайную трату силъ и времени [6]. Въ частности [6a] опекунъ обязанъ помѣстить деньги подопечнаго или въ плодоприносящихъ поземельныхъ имуществахъ, или, при невыполнимости сего, отдать таковыя изъ процентовъ [7]. При умедленіи сдѣлать

---

§ 194. * Глюкъ XXX стр. 300 слѣд., Рудорфъ II стр. 357 слѣд.

[1] 22. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 C. de per. 5. 38.

[2] L. 5. § 9 l. 7 § 1 D. h. t. 26 7, l. 22 C. eod. 5. 37, l. 3 C. C. de per. 5. 38.

[3] L. 15 l. 39 § 14. 16 l. 43 pr. l. 57 pr. D. h. t. 26. 7, l. 18 l. 24 i. f. C. h. t 5. 37, l. 2. C. arb. tut. 5. 51. Гестердингъ Arch. f. civ. Pr. II 20.

[4] L. 9 § 5 D. h. t. 26. 7, l. 23 C. eod. 5. 36.

[5] L. 9 § 2. 3. 5 D. h. t. 26. 7, ср. l. 35 § 2 D. de neg. gest. 3. 5.

[6] L. 47 § 6 D. h. t. 26. 7. Но если онъ дѣйствительно сдѣлалъ такой расходъ, то онъ извлеченный вслѣдствіе этого доходъ не можетъ удержать въ свою пользу l. 58 pr. eod.

[6a] Поземельные участки: l. 32 § 2 D. h. t. 26. 7.

[7] L. 24 C. h. t. 5. 37, l. 3 § 2 l. 5 pr. l. 7 § 3 l. 8 l. 13 § 1 l. 58 § 1. 3 D. eod. 26. 7, l 3 C. de usur. pup. 5. 56. Объясненіе Пухты (§ 349. f), что предписаніе о покупкѣ опекуномъ на первомъ планѣ поземельныхъ участковъ имѣетъ будто характеръ хозяйственный, а не юридическій дѣйствуя тогда лишь, когда оно экономически оправдывается обстоятельствами, не находитъ себѣ подтвержденія въ поименованныхъ источникахъ. Юстиніанъ совсѣмъ освободилъ впослѣдствіи (Nov. 72 c. 4—6) опекуна отъ обязанности помѣщать деньги подопечнаго, коль скоро имѣлись другіе доходы, но за то онъ постановилъ, что отдача денегъ взаймы опекунъ дѣлаетъ на свой рискъ. Постановленіе это было единодушно устранено практикой. Глюкъ XXX стр. 326 слѣд., Рудорфъ II стр. 367, Краутъ II стр. 136 слѣд. О Nov. 72 c. 6 вообще см. Марацоль Arch. f. civ. Pr IX стр. 40 слѣд., Глюкъ стр. 315 слѣд., Рудорфъ стр. 365 слѣд., Синтенисъ § 149 прим. 35. Отвѣтственность опекуна за неупотребленіе имъ подлежащей заботливости при помѣщеніи денегъ малолѣтняго: l. 50 D. h. t. 26. 7, ср. l. 35 l. 44 eod. Ср. еще Глюкъ стр. 328, Краутъ стр. 139—141. Зейфф. Arch. III 72, IV 100, XI. 253, XIII. 150, XVII. 218. Доказывать надлежащее стараніе долженъ опекунъ: онъ обязанъ помѣщать деньги не вообще, а помѣщать надлежащимъ образомъ. См. также l. 11 D. de prob. 22. 3, l. 1 § 13 D. de mag. conv. 27. 8, и ср. § 164 прим. 4 въ концѣ, § 184 прим. 5 въ концѣ. Если опекунъ отдалъ взаймы деньги малолѣтняго разнымъ должникамъ, то необыкновенную выгоду, полученную чрезъ это отъ одного изъ нихъ, онъ можетъ зачесть въ счетъ убытка, понесеннаго, по его винѣ, отъ отдачи капитала другому должнику. Или другими словами: онъ можетъ требовать, чтобы подъопечный взялъ капиталы такими, какими они оказываются, хорошо или дурно, или чтобъ онъ отъ всего отказался, и тогда опекунъ

это [8] онъ долженъ самъ уплатить обычные въ томъ мѣстѣ проценты, въ видѣ вознагражденія убытковъ [9]. За употребленныя имъ деньги подопечнаго въ собственную пользу онъ платитъ самые высшіе дозволенные проценты [10].

3) Если подопечному представляется случай пріобрѣсть что либо безъ производства расходовъ, то опекунъ обязанъ не пропускать подобнаго случая. Съ другой стороны онъ несетъ отвѣтственность за необдуманныя дѣйствія при такомъ пріобрѣтеніи [11].

4) Вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ опекунъ можетъ ставить подопечному на счетъ расходы, произведенные имъ изъ имущества послѣдняго, разрѣшается по тѣмъ началамъ, которыми опредѣляется размѣръ требованія опекуномъ съ подопечнаго возмѣщенія произведенныхъ имъ изъ собственнаго имущества расходовъ для подопечнаго [12]. Что касается спеціально расходовъ на наличныя по-

---

обязанъ возвратить данные взаймы капиталы съ процентами, обычными въ данномъ мѣстѣ. L. 7 § 6 l. 16 D. de adm. 26. 7, l. 11 § 1 D. de usur. 22. 1. Ср. объ этихъ мѣстахъ Глюкъ XXX стр. 331 слѣд., Рудорфъ III стр. 79. 80, Синтенисъ § 149 прим. 57.

[8] По l. 11 § 7 l. 18 D. h. t. полагается шестимѣсячный срокъ для помѣщенія денегъ въ недвижимостяхъ и двухмѣсячный для помѣщенія тѣхъ денегъ, которыя опекуномъ вновь получены, развѣ бы онъ доказалъ, что помѣщеніе таковыхъ въ указанные сроки для него было невозможно l. 12 § 4 D. h. t. 26. 7, l. 3 C. de us. pup. 5. 56), или развѣ бы подъопечный доказалъ, что опекунъ могъ и раньше этихъ сроковъ помѣстить деньги (l. 13 § 1 D. h. t. 26. 7: опекуну поставляется на видъ, что онъ помѣстилъ собственныя деньги). Ср. впрочемъ и Глюкъ XXX стр. 237, Синтенисъ II стр. 229 прим. Col. 2.

[9] L. 7 § 3. 7 l. 58 § 3 D. h. t. 26. 7, l. 7 § 10 eod. Опекунъ платитъ высшіе проценты, если убытокъ малолѣтняго былъ больше, l. 7 § 10 D. h. t. Платежъ высшихъ процентовъ можетъ быть возложенъ на опекуна опекунскимъ учрежденіемъ въ видѣ штрафа, l. 7 § 40 cit. Съ другой стороны обязанность опекуна можетъ быть уменьшена по распоряженію наслѣдодателя, отъ котораго получено имущество подъопечнаго (l. 47 § 4 D. h. t.).

[10] L. 7 § 4. 10. 12 D. h. t. 26 7, l. 38 D. de neg. gest. 3. 5, l. 3 § 3 D. pe contr. tut. 27. 4, l. 3 C. arb. tut. 5. 51. Взятіе опекуномъ денегъ себѣ, съ платежемъ процентовъ, не есть нечестное употребленіе, l. 9 § 7 D. h. t. 26. 7 (ср. l. 54 eod.). Не считается, по l. 46 § 2 eod., безчестнымъ употребленіемъ отдача опекуномъ денегъ взаймы отъ собственнаго имени; при этомъ предполагается однакоже, что опекунъ показывалъ себя въ отчетѣ должникамъ на такую же сумму, такъ что случай этотъ представляетъ собой въ сущности случай, предусмотрѣнный въ l. 9 § 7 cit. (ср. l. 3 C. arb. tut. 5. 51). Но можно также понимать l. 46 § 2 cit. въ смыслѣ того случая, когда опекунъ даетъ деньги взаймы не отъ собственнаго имени, а заключаетъ стипуляцію лишь отъ своего лица (l. 9 pr. eod.). Ср. l. 7 § 6 l. 16 D. eod. и § 197 прим. 2.

[11] L. 21 C. h. t. 5. 37 l. 26 init. eod., l. 39 § 3 D. h. t. 26. 7, l. 11 D. de auct. tut. 26. 8. l. 3 § 17 D. de susp. 26. 10, l. 4 C. arb. tut. 5. 51, l. 7 § 3 C. de cur. fur. 5. 70, l. 15 § 9 — l. 18 D. loc. 19. 2, l. 67 § 6 D. de R. N. 23. 2, l. 11 D. de B. P. 37 1.

[12] § 19 прим. 13. Въ частности: уплата долговъ, l. 9 § 5. 6 l. 32 § 6 D. h. t. 26. 7, l. 13 § 2 D. eod., l. 6 § 3 l. 67 § 1 D. de cond. ind. 12. 6; судебныя издержки, l. 1 § D. de tutelae 27. 3, l. 9 § 6 D. h. t. 26. 7; путевыя расходы, l. 1 § 9

требности подопечнаго, то опекунъ, для обезпеченія себя въ этомъ отношеніи, можетъ ходатайствовать объ опредѣленіи размѣра оныхъ опекунскимъ учрежденіемъ [13]. Независимо отъ этого мѣриломъ для нихъ можетъ служить и разумно понятый интересъ подопечнаго [14]. Опекунъ вправѣ дѣлать подарки отъ имени подопечнаго, если послѣдніе требуются нравственною обязанностью или приличіемъ [15].

β. *Власть опекуна.*

§ 195. 1. Опекунъ властенъ осуществлять и отыскивать права подопечнаго [1] Съ другой стороны онъ есть настоящій отвѣтчикъ по претензіямъ, предъявляемымъ противъ послѣдняго [2].

2. Опекунъ имѣетъ безусловное право совершать обязательныя для подопечнаго юридическія дѣйствія, поколику онѣ клонятся къ его обогащенію; напротивъ, власть его отчуждать и обременять имущество подопечнаго подлежитъ существеннымъ ограниченіямъ.

а) Право отчуждать и обременять имущество принадлежитъ ему по стольку, по скольку это вызывается принадлежащимъ ему управленіемъ [3]. Поэтому недѣйствительны даренія [4] (за исключеніемъ случая, указаннаго въ § 194 въ концѣ), недѣйствительны всѣ злоумышленные захваты изъ имущества подопечнаго [5]; изъ

---

cit. вознагражденіе эксперта, содѣйствіе котораго было необходимо, l. 1 § 7 eod. см. также l. 1 § 6 eod.

[13] L. 3 l. 3 l. 2 § 1. 2 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Родительское назначеніе не замѣняетъ собою назначенія расходовъ опекунскимъ учрежденіемъ: l. 2 § 3 D. ubi pup. 27. 2, l. 47 § 1 D. h. t. 26. 7.

[14] L. 2 pr. l. 1 § 8 D. de tutelae 27. 3, l. 12 § 3 l. 13 pr. D. h. t. 26. 7, l. 2 § 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 2 C. de alim. pup. praest. 5. 50. Приданое и свадебные расходы: l. 52 D. h. t. 26. 7, l. 9 eod., l. 60 D. de l. D. 23. 3.

[15] Алименты матери и сестеръ подъопечнаго: l. 13 § 2 D. h. t. 26. 7, l. 1 § 2. 4 D. de tutelae 17. 3. Періодическіе праздничные подарки родителямъ и родственникамъ. l. 12 § 3 D. h. t. 16. 7. Съ другой стороны опекуну не дозволяется давать свадебный подарокъ матери или сестрѣ подъопечнаго: l. 13 § 2 eod., l. 1 § 5 D. de tutelae 27. 3. (И въ настоящее время нельзя? Глюкъ XXX стр. 340—341; Синтенисъ). Приданое опекунъ можетъ дать лишь полнородной сестрѣ подъопечнаго, а не полуродной, l. 12 § 3 D. h. t 26. 7. См. вообще l. 12 § 2 eod. «Nimium est, licere tutori respectu existimationis pupilli erogare ex bonis eius, quod ex suis non honestissime fuisset erogaturus».

§ 195. [1] См. напр. l. 46 § 7 l. 1 § 4 D. de adm. 26. 7. l. 18 C. eod. 5. 37.

[2] См. напр. l. 9 § 5 i. f. l. 1 § 2 3 D. eod., l. 28 C. eod.

[3] Опекунъ является по отношенію къ имуществу подъопечнаго «domini loco», «vice domini» (l. 56 § 4 D. de furt. 47. 2, l. 157 pr. D. de R. I. 50. 17); но лишь «quantum ad providentiam pupillarem» (l. 27 D. de adm. 26. 7), «cum tutelam administrat» l. 7 § 3 D. pro emt. 41. 4).

[4] L. 16 C. de adm. 5. 37, слѣд. l, 12. 17 D. de cur. fur. 27. 10. l. 13 D. de manum. 40 1.

[5] L. 7 § 3 D. pro emt. 41. 4: — «tutor in re pupilli tunc domini loco habetur,

противозаконныхъ же дѣйствій опекуна возникаетъ для подопечнаго лишь обязанность выдать происшедшее отъ сего для послѣдняго обогащеніе [6].

b) Недѣйствительно отчужденіе, совершенное опекуномъ въ свою пользу [7]. Равнымъ образомъ опекунъ не можетъ сдѣлать себя кредиторомъ подопечнаго [8].

c) Всякое отчужденіе, безъ разрѣшенія опекунской власти, недѣйствительно. Объ этомъ будетъ подробнѣе говорено ниже (§ 196).

d) Всѣ юридически обязательныя отчужденія и обремененія подлежатъ возстановленію въ прежнее состояніе (in integrum restitutio) [9].

§ 196*. 1. Положеніе, что для отчужденія имущества подопечнаго необходимо разрѣшеніе опекунской власти, простирается на все капитальное имущество подопечнаго, безъ различія между вещами движимыми и недвижимыми, тѣлесными и безтѣлесными [1];

---

cum tutelam edministrat, non eem pupillum spoliat». см. еще l. 12 § 1 D. de adm. 2 . 7, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 20 § 1 ср. l. 34 §1) D. de nov. 46. 2, l. 5 § 2 D. de auct. 26. 8.

[6] L. 13 § 6. 7 D. de A. E. V. 19. 1, l. 3. 4 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 § 2 D. si quis ius dic. 2, 3, l. 15 pr. D. de dolo 4. 3, l. 17 § 1. 2 D. de damno inf. 49. 2, l. 4 D. de tab. exh. 43. 5, l. 5 § 12 l. 11 § 6 D. quod vi aut cl. 43. 24, l. 198 D. de R. I. 50. 17. Но въ римскомъ правѣ высказывалось своеобразное воззрѣніе, что изъ дѣлактовъ, совершаемыхъ опекуномъ при управленіи подъопечнымъ имуществомъ, малолѣтній дѣлается богаче вслѣдствіе того, что онъ получаетъ право требовать съ опекуна возмѣщенія убытковъ. L. 61 D. de adm. 26. 7, l. 3 § 1 D. de trib. act. 14. 4., l. 21 § 1 D. de pec. 15. 1, l. 1 § 6 D. de vis fiat ei 43. 4. Глюкъ XXXI стр. 18 слѣд., Рудорфъ II стр. 340 слѣд.

[7] Это относится, впрочемъ, ко всякому лицу, завѣдывающему чужимъ имуществомъ. L. 34 § 7 l. 46 D. de contr. emt. 18. 1, l. 5 § 2 l. 6 D. de auct. 26. 8 см. § 142 прим. 14. Иначе бываетъ, когда опекунъ вступаетъ «palam» въ сдѣлку съ товарищемъ по опекѣ, или покупаетъ у кредитора подъопечнаго или съ аукціона. L. 5 § 2—4 D. de auct.. 26. 8, l. 2 § 8 D. pro emt. 41. 4, l. 5 C. de contr. emt. 4. 38. Зейфф. Arch. I. 83; но см. также V. 193 (Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. LI. стр. 249 слѣд.). Злоумышленная продажа сама по себѣ подвергаетъ штрафу въ четверномъ размѣрѣ, l. 46 D. de contr. emt. 18. 1.

[8] Это не явствуетъ положительно изъ источниковъ, но оно тѣмъ не менѣе несомнѣнно. И въ порядкѣ цессіи опекунъ не можетъ сдѣлаться кредиторомъ подъопечнаго (§ 109 nun. 2 c.). Взять деньги взаймы для себя опекуну дозволяется, l. 9 § 7 D. de adm. 26. 7.

[9] См. I § 117 прим. 3.

* Dig. 27. 9 de rebus eorum, qui sub tutela veb cura sunt, sine decreto non alie- §196.
nandis vel supponendis. Cod. 5. 71 de praediis et aliis rebus minorum sine decreto non alienandis vel obligandis. Cod. 5. 72—74. Глюкъ XXXII стр. 444 слѣд. XXXIII. стр. 1 слѣд., Рудорфъ II стр. 383 слѣд. Бахофенъ ausgewahlte Lehren des röm. civilrechts nr. 4.

[1] Требованіе разрѣшенія опекунскаго учрежденія было первоначально декротировано oratio императора Евтимія Севора и послѣдовавшимъ засимъ сенатусконсультомъ, l. 1 § 2 D. h. t. лишь для praedia rustica и suburbana (объ этомъ понятіи см. l. 16 C. h. t.): расширено же оно было въ указанномъ видѣ юриспруденціей и позднѣйшимъ императорскимъ законодательствомъ, именно закономъ Константина. L. 3 § 4.

исключеніе составляютъ лишь вещи безцѣнныя и излишнія [2]. Но указанное положеніе относится къ одному капитальному имуществу, а не и къ доходамъ [3], развѣ они состоятъ изъ недоимочныхъ доходовъ болѣе, чѣмъ за два года или превышаютъ сумму 100 червонцевъ [4].

2. Подъ отчужденіемъ [5] слѣдуетъ разумѣть не одно только отчужденіе въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. передачу принадлежащаго подопечному права, но и простое отреченіе отъ права [6]. И предложеніе о раздѣлѣ имущества есть отчужденіе по смыслу закона [7]. Непрерваніе давности не мѣшаетъ потерѣ права, но обязываетъ обогатившагося къ возстановленію онаго [8]. Безразлично, есть ли отчужденіе полное или только частичное [9].

3. Отчужденіе [10] дѣйствительно въ тѣхъ случаяхъ, когда не

---

5 D. h. t., l. 3 § 6 l. 4 l. 5 pr. eod., l. 22. 25 C. de adm. 5. 37. Безтѣлесныя вещи: вещныя права, l. 3 § 4. 5 D. h. t., обязательственныя права. l. 25 C. cit., § 2 J. quib. alien. 2. 8. Въ двухъ послѣднихъ мѣстахъ постановляется, что даже платежъ опекуну безъ судебнаго декрета, не лишаетъ подъопечнаго его требованія (ср. Зейфф. Arch. I. 251, XI, 53; IX. 307); тѣмъ болѣе нуждается въ опекунскомъ разрѣшеніи отчужденіе посредствомъ нессіи или новаціи. L. de adm. 26. 7, l. 20 § 1 l. 34 § 1 D. de nov. 46. 2 содержатъ въ себѣ право того времени, къ которому они относятся: компиляторы не успѣли или считали излишнимъ внести въ эти мѣста перемѣну. Впрочемъ, пунктъ этотъ споренъ. Ср. Мюленбрухъ Серіои § 41, Глюкъ XXX стр. 10, Спитенисъ § 149 прим. 77. см. еще l. 5 § 2 D. h. t. «Si pupillus alienum fundum bona fide emtum possideat, dicendum puto, nec hunc alienare tutores posse» О заключеніи этого мѣста см. Глюкъ XXXIII. стр. 6 прим. 8, Бохофенъ стр. 126 прим. 40.

[2] L. 22 i. f. C. de adm. 5. 37, l. 4 C. quando decreto 5. 72.

[3] L. 28 § 5 l. 25 C. de adm. 5. 37.

[4] L. 27 C. eod. Законъ говоритъ о 100 солидахъ: ср. § 121 прим. 2. См. еще Спитенисъ § 149 прим. 76.

[5] Ср. I § 69 (стр. 161).

[6] L. 5 § 8 D. h. t., ср. l. 7 C. h. t. Зейфф. Arch. XIII. 100, XVIII. 148. (XX. 142).

[7] L. 7 pr. D. l. 17 C. h. t., ср. l. 1 § 2 l. 5 § 16 l. 6 D. h. t. Ср. Бохофенъ стр. 157 слѣд. Зейфф. Arch. XIII. 149, XVI. 59.

[8] L. 3 § 5 D. h. t. — «An ergo (usufructus) nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere». Ср. l. 5 § 6 D. de don. i. v. e. u. 24. 1. «Si donationis causa vir vel uxor servitute non utatur, puto amitri servitutem, verum post divortium condici posse». Въ другихъ случаяхъ наступаетъ это юридическое послѣдствіе по бездѣйствію опекуна и при отсутствіи означенной обязанности, l. 3 § 1 D. h. t., l. 23 C. de adm. 5. 37. — Въ одномъ частномъ случаѣ призналъ этотъ сенатусконсультъ, что продажа залога кредиторомъ, не получившимъ удовлетворенія, не подходитъ подъ его дѣйствіе, что безъ всякаго ограниченія было признано юриспруденціей и позднѣйшимъ законодательствомъ. L. 1 § 2 D. h. t., l. 2 C. si adv. vend. pign. 2. 29; l. 7 § 1 D. h. t., l. 1 C. h. t. — ср. еще l. 3 § 2. 3 D. h. t.

[9] L. 3 § 5 l. 7 § 5 l. 8 § 2 D. h. t., l. ult. C. de reb. al. non alien. 4. 51.

[10] Въ частности говорится въ источникахъ, кромѣ купли: о мѣнѣ (l. 4 C. h. t.), мировой сдѣлкѣ (l. 4 cit.), дареніе (l. 4 cit., l. 4 C. si quis ign. 5. 73), назначеніе

требуется разрѣшеніе опекунской власти. Разрѣшеніе это не необходимо для отчужденія съ цѣлью исполнить обязательство, перешедшее къ подъопечному по наслѣдству [11]; далѣе для залога имущества съ цѣлью представленія обезпеченія по процессу, предъявленному къ подъопечному [12].

4. Опекунская власть можетъ давать свое разрѣшеніе [13] лишь по соображеніямъ необходимости, а не пользы, иначе оно недѣйствительно [14]. Оно далѣе недѣйствительно, если дано безъ разсмотрѣнія основаній его необходимости [15], или на основаніи невѣрныхъ указаній [16], или не по формальному декрету [16a].

5. Разрѣшеніе опекунской власти замѣняется позволеніемъ наслѣдодателя, отъ котораго получена отчуждаемая вещь [17] и государя [18].

приданаго и даренія между супругами (l. 22 C. de adm. 5. 37, l. 8 C. h. t.), исполненіе (l. 5 § 4. 5 D. h. t.), удовлетворенія вмѣсто исполненія (l. 15 C. h. t.).

[11] L. 5 § 6. 7 D. h. t., l. 1 C. quando decr. 5. 72.

[12] L. 28 § 3 C. de adm. 5. 37.

[13] По вопросу о степени власти опекунскаго учрежденія см. Глюкъ XXXIII. Ст. 37, 43, Рудорфъ II стр. 420. 421, Краутъ II стр. 147. Право жалобы вслѣдствіе отказа опекунскаго учрежденія въ разрѣшеніи принадлежитъ самому опекуну, а не другому контрагенту: Зейфф. Arch. XIX. 241.

[14] Самъ сенатусконсультъ предписывалъ давать разрѣшеніе на продажу лишь вслѣдствіе настоятельности долговъ, l. 1 § 2 D. h. t., каковое ограниченіе повторяется у Ульпіана въ коментаріѣ къ этому сенатусконсульту, положительно не придающаго значенія соображеніямъ полезности, l. 5 § 14 D. h. t. Съ другой стороны въ l. 61 § 1 D. de I. D. 23. 3 основательной причиной отчужденія признается какъ назначеніе приданаго для подъопечной, такъ и «necessitas» вообще (l. 6 C. h. t.). Но за предѣлы случая необходимости римское право не выходило. Правда, l. 4 C. h. t. содержитъ въ себѣ, повидимому, argumentum a contrario, дозволяя отчужденіе съ цѣлью прекращенія дѣла мировой сдѣлкой и для мѣны; но аргументъ этотъ обманчивъ. Ибо онъ ведетъ къ тому выводу, что опекунское учрежденіе можетъ своимъ согласіемъ сдѣлать дѣйствительными и даренія, что противорѣчитъ положительной буквѣ l. 3 C si maior factus 5. 74: «cum.... donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint....» (ср. Зейфф. Arch. VIII. 61). Въ виду этого мѣста l. 17 D. de cur. fur. 27. 10 должно, вопреки всякимъ уваженіямъ, ограничить случаемъ безумія. Синтенисъ § 149 прим. 94 полагаетъ, на основаніи этихъ мѣстъ, что опекунское учрежденіе можетъ, по соображеніямъ полезности, разрѣшать даренія, но не другія отчужденія. Нѣмецкія партикулярныя права обыкновенно сильно расширяютъ разрѣшительную власть опекунскихъ учрежденій соображеніями пользы, вслѣдствіе чего Краутъ II стр. 145 слѣд. склоняется къ принятію и для общаго права обычнаго права одинаковаго содержанія. Въ пользу этого и Зейфф. Arch. III. 344. См. также Рудорфъ II стр. 419; но съ другой стороны Глюкъ XXXIII стр. 33 слѣд.

[15] L. 5 § 9. 10. 11 l. 11 D. h. t., l. 6. 12 C. eod.

[16] L. 1 § 2 l. 5 § 15 D. h. t., l. 5 C. eod.

[16a] L. 6. 12 C. h. t Не необходимо, чтобы декретъ предшествовалъ отчужденію, хота въ источникахъ предполагается, что такъ бываетъ обыкновенно. Ср. Глюкъ XXXVIII. стр. 45 слѣд., Рудорфъ II стр. 424; также въ этомъ учебникѣ I § 83 прим. 5. 6.

[17] L. 1 § 2 l. 14 D. h. t., l. 3 C. quando decr. 5. 72. Бахофенъ стр. 153 слѣд.

[18] L. 2 quando decr. 5. 72. Ср. Глюкъ XXIII. стр. 97.

6. Отчужденіе, совершенное безъ надлежащаго разрѣшенія, недѣйствительно. Поэтому подъопечный можетъ истребовать отчужденное отъ всякаго владѣльца [19], но обязанъ возмѣстить послѣднему то, чѣмъ онъ, подъопечный, обогатился вслѣдствіе полученнаго эквивалента [20]. Рядомъ съ этимъ естественно остается за подъопечнымъ право требовать съ опекуна вознагражденія убытковъ; но осуществленіе одного требованія исключаетъ собою другое [21].

7. Недѣйствительность отчужденія устраняется клятвеннымъ подтвержденіемъ онаго подъопечнымъ [22], достигшимъ зрѣлаго возраста (pubertas), или простымъ одобреніемъ онаго по достиженіи совершеннолѣтія [23]; далѣе молчаніемъ, въ теченіе пяти лѣтъ, по достиженіи совершеннолѣтія [24].

---

[19] L. 5 § 15 (l. 1 § 2) D. h. t., l. 3. 4 8. 10. 11. 15. 16 C. h. t., l. 2. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73. Обязанность доказывать: Глюкъ XXIII. стр. 50 слѣд., Рудорфъ II стр. 428 слѣд.—Недѣйствительность продажи и для покупщика принимаетъ рѣшенія у Зейфф. Arch. XIV. 101.

[20] L. 7 § 5 l. 13 D. h. t., l. 40. 10. 14. 16 C. eod. — Объясненіе Рудорфа (II стр. 432) и Бахофена (стр. 144 слѣд.), что по вопросу, упоминаемому въ l. 13 cit., получило перевѣсъ болѣе строгое мнѣніе Папиніана надъ мнѣніемъ Павла, не можетъ быть признано правильнымъ, не смотря на l. 16 C. cit. въ связи съ l. 4. 10. 14 cit.; см. и Синтенисъ § 149 прим. 114.

[21] L. 5 § 15 l. 10 D. h. t. Ср. Зейфф. XIX. 163.

[22] L. 1 C. si adv. vend. 2. 28 и къ этому Auth. Frid. II. *Sacramenta puberum*. Стр. I § 83a прим. 4.

[23] L. 2 C. si maior factus alienationem factam sine decreto ratam habuerit 5. 74, l. 1. 2 B. si maior factus ratum habuerit 2. 46.

[24] L. 3 C. si maior factus 5. 74. Юстиніана. Древнее право: l. 2 C. eod., l. 3. 4 C. si quis ign. 5. 73, l. 1 C. Th. de praed. min. sine decreto non alienandis 3. 32. L. 3 C. cit. имѣетъ цѣлую литературу: см., кромѣ Глюка, XXXIII стр. 73 слѣд. и Рудорфа II стр. 435 слѣд., ср. Бергъ iurist. Beobachtungen und Rechtsfälle I. 7 (1802). G. Ph. ф. Бюловъ Abhandl. über einz. Materien des römisch. bürg. R. I стр. 251—264 (1817), Марецоль Arch. f. civ. Pr. VIII. Стр. 279 слѣд. (1825), ф. Бухгольцъ (jur. Abhandl. nr. 19 (1833) Унтергольцнеръ Verjährüngslehre II § 163 (2 изд. 1858). Главнѣйшіе пункты, имѣющіе здѣсь значеніе, слѣдующіе: a) Распространяется ли законъ и на отчужденіе вещей impubes'овъ, какъ это принято въ текстѣ, или на отчужденіе вещей лишь pubes'овъ? Сомнѣніе возникаетъ отъ того, что законъ говоритъ только о minores. Но это объясняется вполнѣ тѣмъ, что упоминаемая имъ давность начинаетъ свое теченіе со времени достиженія maior aetas. U. l. 1 C. Th. cit. говоритъ лишь о minores. Др. мн. Глюкъ стр. 78 слѣд., ф. Бюловъ стр. 255 слѣд., ф. Бухгольцъ стр. 251, Унтергольцнеръ стр. 49, Зейфф. Arch. XVI. 121; согласенъ Рудорфъ стр. 440; Зейфф. Arch. XI. 160. Ср. еще Синтенисъ § 149 прим. 118. b) Распространяется ли законъ и на случай, когда опекунъ дѣйствовалъ для подопечнаго, или на тотъ только случай, когда послѣдній дѣйствовалъ самъ? Въ позднѣйшій періодъ своего развитія законъ предполагаетъ несовершеннолѣтняго лицомъ, способнымъ къ юридическимъ дѣйствіямъ; первоначально же значится: «Si quando sine decreto minorum.... res alienantur vel supponuntur». Если указываютъ на то, что знаніе подопечнаго объ отчужденіи опекуномъ его имущества сомнительно, то на это слѣдуетъ возразить, что, по закону, давность течетъ и противъ наслѣдника несовершеннолѣтняго, невѣдѣніе котораго возможно еще болѣе. Согласны Глюкъ стр. 84. ф. Бухгольцъ стр.

§ 197. Что касается формальной стороны юридической дѣятельности опекуна по дѣламъ подъопечнаго, то въ настоящее время онъ обыкновенно и почти исключительно дѣйствуетъ отъ имени подъопечнаго [1], у римлянъ же это допускалось въ ограниченномъ лишь размѣрѣ [2]. Но опекунъ можетъ допускать дѣйствовать самаго подъопечнаго. Въ послѣднемъ случаѣ содѣйствіе опекуна состоитъ въ участіи въ этихъ юридическихъ дѣйствіяхъ, если подъопечный не достигъ еще половой зрѣлости (pubertas); въ противномъ случаѣ

252, Рудорфъ стр. 440, Зейфф. Arch. XI. 160; др. мн. Унтергольцнеръ стр. 48. c) По истеченіи 5 лѣтъ устраняется та недѣйствительность, которая имѣетъ свое основаніе въ отсутствіи правительственнаго разрѣшенія, но на недѣйствительность отчужденія вообще. Поэтому самъ законъ дѣлаетъ исключеніе для случая даренія: «cum donationes a minoribus necdum decreto celebrari possint». Слѣдующія слова: «si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium.... transscripserit»— должно такъ понимать: si minor rem, vel post veniam aetatis rem immobilem *cett.*, и объясняются изъ l. 3 C. qui veniam 2. 45. Ср. о концѣ этого мѣста Глюкъ стр. 93 слѣд., ф. Бюловъ стр. 262 слѣд., Марецоль въ указ. м., ф. Бухгольцъ стр. 253 слѣд., Рудорфъ стр. 442 слѣд.. Синтенисъ прим. 118 въ концѣ. d) Истеченіемъ пяти лѣтъ порождается не возраженіе въ пользу владѣльца, а дѣлается дѣйствительнымъ ничтожное отчужденіе, и притомъ съ самаго начала; законъ видитъ въ пяти-лѣтнемъ молчаніи подтвержденіе (confirmatio). «Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem... connumerandos nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is qui eam fecit vel heres eius, minime posse retractari eam occasione praetermissi decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita». Объ этомъ пунктѣ не спорятъ. (Зейфф. Arch. XXI 26). e) Не подлежитъ сомнѣнію, что, по смыслу закона, необходимо предъявленіе иска для прерванія «silentium'a». Глюкъ стр. 90 слѣд., ф. Бюловъ стр. 260 слѣд., Рудорфъ стр. 441.

[1] Ср. Краутъ II стр. 115, Синтенисъ III стр. 182 въ прим. §197.

[2] См. I § 73, II. 313. У римлянъ опекунъ, не говоря объ исключительныхъ случаяхъ (см. поименованные §§), долженъ былъ давать подопечному дѣйствовать самому (см. ниже въ текстѣ), или, при дѣйствіяхъ по пріобрѣтенію имущества, дѣйствовать чрезъ раба подопечнаго (l. 9 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2. 6 D. rem. pup. 46. 6), или же онъ долженъ былъ дѣйствовать отъ собственнаго имени, слѣдовательно управомочить и обязывать себя. Въ послѣднемъ случаѣ права и обязанности переходили къ подопечному силой самаго закона, если не тотчасъ, то по прекращеніи опеки; при существованіи же послѣдней принятыя на себя опекуномъ обязательства могли быть осуществлены противъ него, въ судебномъ порядкѣ, лишь въ размѣрѣ имущества подопечнаго L. 9 pr. D de adm. 26. 7, l. 2 D. quando ex facto 26. 9, l. 2. 4 C. eod. 5. 39; l. 26 C. de adm. 5. 37, l. 1 C. quando ex facto 5. 39; l. 43 § 1 D. de adm. 26. 7, ср. l. 4 § 1 D. de evict. 21. 2 pr. D. de adm. 26. 7, l. 6. 7 D. quando ex facto 26. 9, l. 6 § 1 D. de re iud. 42. 1, ср. l. 5 D. quando ex facto 26. 9, l. 1 C. eod. 5. 39, l. 15 D. si quis caut. 2. 11. Иначе бываетъ, когда опекунъ дѣйствовалъ не только отъ собственнаго имени, но даже не въ качествѣ опекуна: l. 39 § 4, l. 43 § 1 D. de adm. 26. 7, l. 6. 7 D. quando ex facto 26. 9, l. 4 C. si iut. vel cur. interv. 2. 25; сюда относится и l. 46 § 2 D. de adm. 26. 7. § 194 прим. 10. Для полноты слѣдуетъ еще прибавить: l. 11 § 7 D. de pign. act. 13. 7, l 5 C. quando ex facto 5. 39. Ср. обо всемъ Мюленбрухъ Cession стр. 136. 141. 142, Савиньи Oblig. II стр. 36 слѣд., Бухка Stellvert. § 7, Шмидъ Cession I стр. 389 слѣд. 396 слѣд.

достаточно одного его согласія, выраженнаго въ какой бы то ни было формѣ [3] [4].

Вопросъ о томъ, въ какой мѣрѣ порождаются для подъопечнаго юридическія послѣдствія тѣми дѣйствіями, которыя онъ предпринимаетъ безъ содѣйствія опекуна, не относится сюда, такъ какъ онъ разрѣшенъ уже выше (§ 71). Здѣсь слѣдуетъ отмѣтить въ особенности то, что разрѣшеніе опекунской власти на отчужденія необходимо какъ тогда, когда подъопечный дѣйствуетъ самъ, такъ и въ томъ случаѣ, когда онъ дѣйствуетъ чрезъ опекуна или вмѣстѣ съ нимъ [5]. Даже объявленіе подъопечнаго совершеннолѣтнимъ, дѣлая ненужнымъ разрѣшеніе опекунской власти на отчужденіе движимости, не освобождаетъ отъ необходимости разрѣшенія при отчужденіи недвижимости [6].

7. *Взаимныя отношенія опекуновъ, когда ихъ бываетъ нѣсколько* *.

§ 198. Если подъопечный имѣетъ нѣсколькихъ опекуновъ, то возможно: 1) что каждый изъ нихъ назначенъ къ отдѣльному кругу дѣлъ, съ разграниченіемъ по мѣсту или вещамъ [1]; или 2) что каж-

---

[3] Участіе въ дѣйствіи: auctoritatis interpositio; согласіе: consensus. L. 9 § 5 D. de auct. 26. 8 (§ 2 I. eod. 1. 21). «Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri; post tempus vero aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil agit». При письменномъ заключеніи сдѣлки auctoritas можетъ быть даваема и письменно, l. 9 § 6 D. h. t. Условіе (и срокъ) не допускаются, l. 8 eod. Многіе утверждаютъ, что по современному праву достаточно во всѣхъ случаяхъ consensus опекуна. Ср. объ этомъ вопросѣ Глюкъ XXX стр. 177. 478, Краутъ II стр. 114 слѣд. Съ другой стороны Синтенисъ старается доказывать, что по современному праву недостаточно послѣдующаго утвержденія какъ сдѣлокъ pubes, такъ и impubes.

[4] Можетъ ли опекунъ своими дѣйствіями, предпринятыми отъ собственнаго имени, установить юридическія послѣдствія для подопечнаго? Относящійся сюда случай изъ римскаго права указанъ въ примѣч. 2. Но въ этомъ случаѣ опекунъ дѣйствовалъ хотя отъ собственнаго имени, но все-таки въ качествѣ опекуна (см. въ особенности l. 43 § 1 D. de adm. 26. 7), между тѣмъ какъ въ настоящее время изъ заявленія опекуна, что онъ дѣйствовалъ въ этомъ качествѣ, должно вывести и намѣреніе дѣйствовать отъ имени подопечнаго. Какъ же будетъ въ томъ случаѣ, когда онъ, при совершеніи дѣйствія, не выступалъ въ качествѣ опекуна? Дѣйствіемъ этого рода онъ можетъ въ одномъ только случаѣ установить юридическія послѣдствія для подопечнаго, когда оно содержитъ въ себѣ отчужденіе (опекунъ, напр., передаетъ въ собственность вещь подопечнаго въ качествѣ собственной вещи—l. 10 § 1 D. de cur. fur. 27. 10 относится къ отчужденію, совершенному mala fide—), но также отчужденіе будетъ всегда недѣйствительно, по отсутствію consensus'а опекунскаго учрежденія.

[5] L. 4. 11. 16 C. de praed. min. 5. 71, l. 3 C. si maior fact. 5. 74.

[6] L. 3 C. de his qui ven. 2. 45.

§ 198. * Глюкъ XXIX стр. 173 слѣд. XXX стр. 353 слѣд., Рудорфъ II стр. 231 слѣд. III стр. 22 слѣд., ф. Леръ Arch. f. civ. Pr. XI. стр. 3 слѣд., Баронъ Gesammtrechtsverhältnisse § 39.

[1] Ограниченію первоначальнаго призыва естественно равносильно заявленіе опекуномъ, назначеннымъ надъ частью имущества, отказа, признаннаго уважительнымъ. Иначе бываетъ, когда къ опекуну, назначенному для извѣстнаго рода дѣлъ, присоеди-

дый изъ нихъ призванъ къ опекѣ во всей ея цѣлости, но завѣдываніе оной распредѣляется между ними [2], или поручается одному изъ нихъ исключительно [3]; или, наконецъ, 3) что и завѣдываніе опекой, какъ и послѣдняя сама, нераздѣльно. Въ первомъ случаѣ юридическое положеніе каждаго изъ опекуновъ сходно съ положеніемъ единичнаго опекуна [4]. Во второмъ каждый изъ опекуновъ вправѣ и обязанъ завѣдывать опекой въ той мѣрѣ, въ какой это ему поручено [5]; но онъ кромѣ того обязанъ наблюдать за управленіемъ его товарищей по опекѣ, и, въ случаѣ упущенія съ его стороны въ этомъ отношеніи, онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности во второй линіи [6]. Наконецъ, въ третьемъ случаѣ каждый опекунъ вправѣ и обязанъ завѣдывать опекой нераздѣльно [7], но это право парализуется протестомъ другаго соопеку-

нается другой опекунъ, безъ освобожденія перваго отъ своихъ обязанностей. См. l. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 6 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1, и мѣста въ § 188 прим. 34; l 21 § 2—4 D. de excus. 27. 1; l 9 § 9 D. de adm. 26. 7 l. 5 C. in quib. cas. tut. habenti 5. 36.

[2] L. 36 D. de adm. 26. 7: — «divisio tutelae, quae non iuris, sed iurisdictionis est».

[3] Tutor, управляющій дѣлами, называется tutor gerens, которому противопоставляется, tutor honorarius. L. 3 § 2 D. de adm. 26. 7, l. 14 § 1 D. de solut. 46. 3, l. 60 § 2 D. de R N. 23. 2. Рядомъ съ tutor honorarius упоминает я въ источникахъ tutor notitiae causa datus. Послѣдній является по отношенію къ tutor gerens съ характеромъ tut r'a honorarius, будучи обязанъ поддерживать его своею опытностью. L. 14 § 1. 6 D. de solut. 46. 3, l. 32 § 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 1 C. de per. tut. 5. 38.

[4] L. 3 C. de in lit. dando 5. 44.

[5] a) Право управленія: l. 4 l. 51 D. de adm. 26. 7, l. 100 D. de solut. 46. 3, l. 4 D. de auct. 26. 8, l. 5 C. eod. 5. 59. Вопросъ о томъ, какъ, и можно ли примирить съ этими мѣстами l. 14 § 1 D. de solut. 46. 3 и l. 49 D. de A V. O. H. 29. 2, весьма спорснъ. См. объ этомъ Глюкъ XXIX стр. 184 слѣд. Рудорфъ II стр. 302 слѣд., Вангеровъ I § 281 прим., Баронъ 415—416, и писателей, цитированныхъ у нихъ. Во всякомъ случаѣ помѣнованныя мѣста не могутъ дѣлать затрудненія современному праву, по которому право управленія должно быть положительно предоставлено правительствомъ. (§ 191 прим. 2). Зейфф. Arch. XV. 228. b) Обязанность къ управленію l. 2 C. de per. 5. 38, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 51 l. 55 pr. i. f. D. de adm. 26. 7. См. впроч. и l. 39 § 3. 7, l. 47 § 2 D. de adm. 26. 7. c) Притязанія къ подопечному можно осуществить противъ каждаго опекуна, въ рукахъ котораго находится его имущество l. 36 l. 47, § 7 D. de adm. 26. 7. O l. 2 C. eod. 5. 35 см. Глюкъ XXX стр. 413 слѣд.

[6] L. 3 § 2 l. 9 § 8 l. 19 l. 41 l. 55 § 4 D. de adm. 26. 7, l. 60 § 2 D. de R. N. 23 2, l. 12 D. rem pup. 46. 6, гдѣ вмѣсто «idonea culpa» слѣдуетъ читать «idonei culpa»), l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 C. de per. tut. 5. 38. Второстепенная отвѣтственность опекуна значитъ въ этомъ случаѣ (ср. прим. 10), что онъ можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности тогда только, когда нельзя ничего получить отъ опекунскаго учрежденія (§ 200). L. 1 § 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 § 6 D. de adm. 26. 7.

[7] a) Право управленія: l. 3 pr. l. 24 § 1 D. de adm. 26. 7, l. 14 § 5 D. de solut. 46 3, l. 1 C. si ex plurib. 5. 40, l. 4 pr. l. 5 pr. D. de auct. 26. 8, l. 5

на [8]. Что же касается обязанности завѣдыванія, то хотя онъ несетъ безусловную отвѣтственность за ошибки соопекуновъ, будучи обязанъ пещись объ интересахъ малолѣтняго [9], но отвѣтственность эта второстепенна [10]. Впрочемъ, раздѣленіе управленія и передача онаго исключительно одному опекуну можетъ съ юридической силой послѣдовать лишь со стороны опекунской власти [11], и соглашеніе опекуновъ по сему предмету не обязательно ни для подъопечнаго, ни для третьихъ лицъ [12].

Когда опекунъ, по случаю несостоятельности другаго опекуна, обязанъ доставить удовлетвореніе за такое упущеніе, за которое

C. eod. 5. 59. Ср. Ulp. XI 26. Зейфф. Arch. XVII. 259. XIX. 162. b) Обязанность къ управленію: см. прим. 9 и 10. Иначе, однако же, бываетъ въ случаѣ, когда каждая опека основывается на особомъ назначеніи, l. 46 § 6 D. de adm. 26. 7.

[8] Arg. l. 7 § 3 D. de cur. fur. 27. 10. Ср. Синтенисъ § 151 прим. 4. Иначе Баронъ стр. 414—415.

[9] — «tenetur etiam ob rem, quam non gessit, cum gerere deberet», l. 5 D. de mag. conv. 27. 8. См. далѣе l. 55 pr. D. de adm. 26. 7, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, и мѣста, цитированныя въ слѣдующемъ примѣчаніи. Ср. Риббентропъ Correalobl. Стр. 59—72, а на счетъ l. 14 D. de adm. 26. 7 и l. 1 C. si tutor vel curator non gesserit 5. 55 его же § 10 прим. 7. Если опекуна нельзя винить въ томъ, что онъ не позаботился о дѣлѣ, то онъ и не отвѣтствуетъ. Др. мн. Синтенисъ § 151 прим. 5.

[10] L. 39 § 11 l. 55 § 2 D. de adm. 26. 7, l. 8 C. eod. 5. 37, l. 5 i. f. C. in quib. cas. tutorem habenti 5. 36, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2. 3 C. de div. tut. 5. 52, l. 2 C. de her. tut. 5 54, l. 1 C. si tutor vel cur. reip. causa 5. 64. Ср. § 52 прим. 9. Но опекунъ отвѣтствуетъ въ этомъ случаѣ не прежде, а послѣ опекунскаго учрежденія, l. 1 § 15 D. de tutelae 27. 3, l. 46 § 6 D. de adm. 26. 7, l. 4 C. de mag. conv. 5. 75. Противоположность между этимъ постановленіемъ и соотвѣтствующимъ постановленіемъ, указаннымъ въ прим. 6, объясняется слѣдующимъ образомъ: хотя опекунъ не сдѣлалъ въ этомъ случаѣ ошибки самъ, но онъ все-таки виновенъ въ томъ, что ошибка сдѣлана; между тѣмъ, какъ въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ примѣчаніи 6, онъ оказывается виновнымъ въ томъ, что опекунъ, допустившій ошибку, остался опекуномъ. Въ обоихъ случаяхъ ошибка относится на его счетъ, но въ первомъ прямо, а во второмъ косвенно.

[11] По римскому праву, и по завѣщательному распоряженію лица, назначившаго опекуновъ. По крайней мѣрѣ, это признается положительно въ l. 2 C. de div. tut. 5. 52, тогда какъ l. 3 D. de adm. 26. 7 (см. въ особенности § 1 и 3) понимаетъ предсмертное назначеніе въ смыслѣ базиса для правительственнаго опредѣленія. Что касается современнаго права, то вопросъ не требуетъ разрѣшенія, въ виду необходимости при каждой опекѣ указа опекунскаго учрежденія объ опредѣленіи опекуна. Распредѣляя занятія между опекунами, опекунское учрежденіе обязано обращать вниманіе на желаніе опекуновъ или ихъ большинства. L. 3 § 6—l. 4 D. de adm. 26. 7, § 1 I. de satisd. 1. 24, l. 3 pr D. de post. 3. 1, l. 3 § 5 D. iud. solvi 46. 7, Nov. 118 c. 5. Не имѣетъ примѣненія въ современномъ правѣ другое основаніе, которымъ, по римскому праву, должно было руководствоваться опекунское учрежденіе при распредѣленіи занятій между опекунами, а именно представленіе однимъ, изъ числа нѣсколькихъ опекуновъ, обезпеченія, если онъ одинъ хочетъ получить управленіе опекой (l. 17 19 § 1 D. de test. tut. 26. 2, l. 5 § 3. 4 D. de leg. tut. 26. 4, l. 4 C. de tut. vel cur. qui satis non debit 5. 42. § 1 I. cit.).

[12] L. 5 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 i. f. l. 3 C. de div. tut. 5. 52. См. также l. 5 § 3 l. 55 pr § 2 D. de adm. 26. 7.

онъ несетъ лишь второстепенную отвѣтственность, то онъ можетъ требовать отъ подъопечнаго, котораго онъ удовлетворилъ, уступки ему требованія противъ несостоятельнаго опекуна, имѣя, впрочемъ, право регресса къ послѣднему и безъ таковой уступки [13]. Многіе опекуны, находящіеся въ одинаковомъ положеніи [14], пользуются льготой раздѣленія направленнаго противъ нихъ требованія (beneficium devisionis) [15]; при чемъ дача полнаго удовлетворенія однимъ изъ нихъ, по случаю несостоятельности другихъ, даетъ ему право требовать отъ подъопечнаго уступки имъ своей претензіи; но и безъ уступки онъ имѣетъ регрессъ къ несостоятельному соопекуну [16].

д. Отвѣтственность придаточныхъ и другихъ лицъ.

§ 199. 1. Рядомъ съ опекуномъ отвѣтствуютъ поручители по немъ [1] по общимъ правиламъ, за исключеніемъ лишь того, что

---

[13] L. 30 D. de neg. gest. 3. 5, l. 1 § 13, l. 18 D. de tutelae 27. 3, l 2 C. de contr. ind. tut. 5. 58. Ср. § 52 прим. 12. 13. О характерѣ требованія противъ соопекуна см ниже прим. 16.

[14] См., кромѣ поименованныхъ ниже мѣстъ, и l. 39 § 11, l. 55 § 3 D. de adm. 26. 7, l. 15 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52, l. 1 § 43 D. dep. 16. 3.

[15] L. 38 pr. § 1 D. de adm. 26. 7, l. 1 § 11. 12 D. de tutelae 27. 3, l. 6 D. de fidei. tut. 27. 7. Ср. § 52 прим. 10 и Синтенисъ § 151 прим. 8. Зейфф. Arch. V. 297.

[16] L. 1 § 13, l. 21 D. de tutelae 27. 3, l. 6 C. arb. tut. 5. 51, l. 2 C. de div. tut. 5. 52. Исключеніе для случая общаго злаго умысла: l. 1 § 14 D. de tutelae 27. 3, l. 38 § 2 D. de adm. 26. 7. Ср. § 52 прим. 12. 13. Искъ противъ соопекуна называется въ этомъ случаѣ, какъ и въ случаѣ примѣчанія 13, utilis actio, l. 1 § 13 D. de tutelae 27. 3, l. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58, и эту utilis actio можно понимать въ смыслѣ actio подъопечнаго перешедшей въ порядкѣ необходимой (законной) цессіи. Мнѣніе это поддерживаютъ Глюкъ XXX стр. 375 слѣд., ф. Линделофъ Arch. f. civ. Pr. VII. 6, Мюленбрухъ Cession стр. 474 слѣд., Рудорфъ III стр. 37, Шмидъ Cession 1 стр. 359 слѣд. Противъ него говоритъ l. 76 D. de sol. 46. 3; если Модестинъ указываетъ здѣсь на то, что цессія, совершенная подъопечнымъ, недѣйствительна въ томъ случаѣ, когда она совершена лишь послѣ полученія удовлетворенія, то онъ никоимъ образомъ не могъ принимать, что опекуну принадлежитъ право иска подъопечнаго и безъ цессіи. Противъ указаннаго мнѣнія говоритъ далѣе, хотя и не рѣшительно, l. 30 D. de neg. gest. 3. 5, гдѣ право иска опекуна обозначается какъ negotiorum gestorum actio (§ 186 прим. 12). Аргументъ, выводимый въ пользу указаннаго мнѣнія изъ l. 2 § 9 D. de adm. rer. 50. 8, весьма шатокъ (здѣсь сказано: in collegam, при чемъ не необходимо вставить послѣ этихъ словъ «solet»); равнымъ образомъ не имѣетъ рѣшительнаго значенія указываемая Шмидомъ l. 3 D. de mag. conv. 27. 8. Практическое значеніе вопроса заключается въ томъ, что, если utilis actio основывается на законной цессіи, то она даетъ опекуну всѣ побочныя права, сопряженныя съ требованіемъ подъопечнаго.

[1] Dig. 27. 7 de fideiussoribus et nominatoribus.... tutorum et curatorum. 46. 6 § 199. rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Cod. 5. 57 de fideiussoribus tutorum vel curatorum. У римлянъ было въ обычаѣ заключать особенную стипуляцію какъ основаніе поручительства. Эта стипуляція принимала въ себѣ содержаніе actio tutelae (l 1 l. 4 § 6. l. 9. 10. 11 D. rem pup. 46. 6), но не воспринимала однако же въ себѣ содер-

здѣсь не имѣетъ мѣста beneficium divisionis (§ 234) [2]. Одинаковую съ поручителемъ отвѣтственность несетъ тотъ, кто положительно обнадежилъ опекунскую власть въ дѣльности извѣстнаго лица [3], или безмолвно чрезъ испрошеніе опеки для него [4] или предложеніемъ его въ опекуны [5]. Если опекунъ состоитъ подъ отеческой властью, то отвѣтственность отца за него опредѣляется по общимъ началамъ [6]. Въ послѣдней степени можетъ быть привлечено къ отвѣтственности и опекунское учрежденіе. См. объ этомъ слѣдующій §.

2. Кто, не состоя въ дѣйствительности опекуномъ, проявляетъ дѣятельность въ качествѣ опекуна, тотъ становится къ мнимому подъопечному въ такое же отношеніе, въ какомъ находится дѣйствительный опекунъ [7]. Правило это допускаетъ исключеніе тогда лишь, когда мнимый подъопечный не можетъ имѣть опекуна. Въ этомъ случаѣ импровизированный опекунъ отвѣчаетъ по правиламъ negotiorum gestio [8]. Подобно опекуну отвѣтствуетъ и его наслѣдникъ, произвольно продолжающій, послѣ его смерти, завѣ-

---

жанія actio utilis по непринятію управленія (l. 4 § 3. 7 D. eod., ср. § 193 прим, 4а). Послѣднее составляетъ какъ разъ особенность стипуляціи rem pupilli salvam fore, и не имѣетъ поэтому для насъ болѣе значенія. Къ l. 2 i. f. C. h. t. ср. Келлеръ Litiscontest. und Urtheil стр. 566, Рудорфъ III. стр. 139. 143—145.

[2] L. 15 D. rem. pup. 46. 6. О l. 7 D. de fid. tut. 27. 7 см. Глюкъ XXXII. стр. 382 слѣд., Келлеръ въ указ. м. стр. 437, Рудорфъ II стр. 143 — 145, Гиршаннеръ Bürgsch. Стр. 467.

[3] Affirmator. L. 4 § 3 D. de fid. tut. 27. 7, ср. l. 13 pr. D. de min. 4. 4.

[4] Postulator. L. 2 D. de fid. tut. 27. 7, l. 2 § 5 D. qui petant 26. 5, ср. l. 3 C. si mater indemnitatem 5. 46.

[5] Nominator, Rubr. tut. Dig. 27. 7, de fideiussoribus et nominatoribus.... tutotum vel curatorum, l. 2 eod. Nominatio находила себѣ, безъ сомнѣнія, главное примѣненіе въ potioris nominatio, которая исчезла въ юстиніановскомъ правѣ (§ 190 прим. 2); но см. также l. 1 § 5 D. de mag. conv. 27. 8, l. 2 C. qui petant 5. 31. Неоднократно говорится въ источникахъ и о nominatio муниципальныхъ магистратовъ l. 1 § 5. 10 D. de mag. conv. 27. 8, l. 1. 4. 5 C. eod. 5. 75, l. 28 D. de tut. dat. 26. 5 l. 6 C. qui dare 5. 34; но послѣдніе отвѣчали не по правиламъ поручительства, а по праву actio subsidiaria (§ 200), а посему послѣ поручителя и опекуна, даннаго главному опекуну въ помощь, l. 4 C. de mag. conv. 7. 75.

[6] Actio de peculio, l. 21 l. 37 § 2 D. de rdm. 26. 7, l. 11 D. de tutelae 27. 3, l. 1 C. quod cum eo 4. 26; actio de in rem verso, l. 21 D. cit., l. 1 C. cit. и actio quod iussu находитъ здѣсь аналогическое примѣненіе: «si pater tutelam agnovit» (sc. ut. suam)- l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. cit.. l. 1 C. cit.

[7] Dig. 27. 5 de eo qui pro tutore prove curatore negotia gessit. Cod. 5. 45 de eo qui pro tutore negotia gessit. Слѣдовательно онъ равнымъ образомъ отвѣтствуетъ лишь за diligentia quam suis (l. 4 D. h. t.), предполагая однако же, что находился въ bona fide; ибо знай онъ, что онъ не опекунъ, онъ отвѣчалъ бы по правилу § 293 прим. 6 за omnis culpa. См. также l. 53 § 3 D. de furt. 47. 2 и ср. Циммернъ Arch. f. civ. Pr. I. 19. Contrarium indicium: l. 5 D. h. t. Что quasi-опекунъ не имѣетъ одинаковой съ дѣйствительнымъ опекуномъ власти,—это разумѣется само собою. См. l. 2 D. l. 2 C. h. t tit. Dig. 27. 6 quod falso tutore auctore gestum esse dicetur, и ср. Нейштетель Arch. civ. Pr. I. 18.

[8] L. 1 § 6 D. h. t., l. 24 D. de tutelae 27. 3.

дывать имуществомъ подъопечнаго, или взявшій изъ онаго что либо [9]. Наслѣдникъ обязанъ довести до конца дѣла, начатыя опекуномъ, но при этомъ онъ отвѣчаетъ лишь за грубую небреж ность [10].

Опекунскій надзоръ.

§ 200. Опекунскій надзоръ, функціи котораго указаны выше [1], принадлежитъ общимъ судебнымъ мѣстамъ первой инстанціи [2], если надзоръ этотъ не регулируется иначе партикулярными правами. Неисполненіе судомъ своихъ обязанностей влечетъ для него отвѣтственность [3] вознаградить подъопечнаго за поне-

---

[9] L. 4 pr. § 2 D. de.... heredibus tutorum et curatorum 27. 7, l. 1 § 1 D. eod., l. 4 C. eod. 5. 54, l. 7 § 13 D. de adm. 27. 7, l. 1. 2. 4 C. de in lit iur. 5. 53. Наслѣдникъ отвѣтствуетъ въ этомъ случаѣ, какъ опекунъ, слѣд. за diligentia quam suis. L. 4 pr. cit.:—«tutelae indicio cum teneri suo nomine». Другіе, правда, утверждаютъ, что онъ отвѣтствуетъ лишь за lata culpa, на основаніи l. 4 § 1 D. h. t. Но если вспомнить, что такое смягченіе не имѣетъ внутренняго основанія (наслѣдникъ или желаетъ себя обогатить безъ основанія, или берется за дѣла, къ занятію которыми никто его не принуждаетъ), то явится склонность устранить l. 4 § 1 cit. отнесеніемъ ея къ случаю продолженія начатыхъ уже дѣлъ, которыя опекунъ оставилъ неоконченными (прим. 10). L. 17 C. de neg. gest. 2. 19 трактуетъ или о томъ же случаѣ, или объ отвѣтственности наслѣдника за вину опекуна (§ 193 прим. 9). Еще другіе распространяютъ отвѣтственность наслѣдника и на levis culpa. Это мирится очень мало съ «tutelae indicio» въ l. 4 pr. cit. Ср. Глюкъ XXII стр. 370 слѣд., Рудорфъ IV стр. 48.

[10] L. 1 prl D. h. t. 27. 7, l. 27 D. de app. 49. 1, l. 1 § 1 D. si pendente app. 49. 13. Ср. § 162 прим. 12, (165 прим. 6.

[1] См § 188 прим. 10 и num. 3, § 189 къ A. и num. 2, § 190 прим. 4, § 191, § 200. § 192 прим. 14 и num. 3, § 193 прим. 13, § 198 прим. 11.

[2] Опекунскій надзоръ образуетъ собою отрасль судебнаго управленія. Компетентнымъ считается судъ мѣстопребыванія подъопечнаго (римское forum originis не примѣнимо здѣсь, какъ вообще, ср. l. 1 § 2 D. de tut. dat. 26. 5, l. un. C. ubi petantur 5. 32, Рудорфъ I стр. 370. 372), каковымъ мѣстопребываніемъ будетъ обыкновенно послѣднее мѣстопребыванія отца. Ср. Савиньи Syst. VIII. стр. 341, Рудорфъ I стр. 373, Глюкъ XXIX стр. 456—458. Зейфф. Arch. VI 49, X. 62, XI, 299, XIX. 240. Если же имущество подъопечнаго находится въ разныхъ судебныхъ округахъ, то въ каждомъ изъ нихъ можетъ къ нему быть назначенъ опекунъ, и въ такомъ случаѣ надзоръ за опекой имѣетъ каждый судъ въ отдѣльности. L. 27 pr. D. de tut. dat. 26. 5, l. 21 § 2 D. de excus. 27. 1, l. 2 C. eod. 5. 62. Глюкъ XXIX стр. 457, Рудорфъ I стр. 371, Синтенисъ III § 147 прим. 88 Зейфф. Arch. IV. 130, XIX. 239; ср. IV. 131 и VIII. 148.

[3] Dig. 27. 8. Cod. 5. 75 de magistratibus conveniendis. R. P. O. гл. 32 (31) § 3. Глюкъ XXIX стр. 406 слѣд., Рудорфъ III стр. 153 слѣд. По римскому праву отвѣчали лишь magistratus municipales (послѣдніе на основаніи сенатусконсульта изъ царствованія имп. Траяна, l. 5 C. h. t.), а не высшіе магистраты l. 1 pr. § 3 D. l. 5 C. h. t.; I. 2 § 8 D. l. 6 C. h. t.; l. 1 § 1 D. h. t., § 4 I. de satisd. tut. 1 24), притомъ же отвѣтственность первыхъ простиралась лишь на не назначеніе опекуновъ, или на не принятіе отъ нихъ надлежащаго поручительства, или на невѣрное увѣдомленіе высшаго магистрата (l. 1 § 6 D. h. t., l. 1 § 11. 17 D. eod., l. 2 § 5 D. ad mun. 50. 1, § 2 I. de satisd. tut. 1. 24; l. 1 § 2. 3. 5. 10 D. l. 4. 5 C. h. t., ср. § 199 прим. 5). Напротивъ, на основаніи выраженія R. P. O. «рачительный надзоръ», отвѣтственность опекунскаго суда должна, вопреки общаго правила

сенные имъ чрезъ то убытки, т. е. судъ самъ обязанъ исполнить [4] обязательство опекуна, если нельзя получить удовлетворенія ни отъ послѣдняго, ни отъ второстепенныхъ лицъ [5]. Если имѣется соопекунъ, то, при нераздѣльномъ завѣдываніи опекой, необходимо прежде привлечь къ отвѣтственности его; при раздѣльномъ же завѣдываніи, или когда соопекунъ вовсе освобожденъ отъ управленія [6], опекунское судебное мѣсто отвѣтствуетъ прежде него. Если составъ суда коллегіальный, то всѣ члены отвѣтствуютъ солидарно [7]; при чемъ одинаково виновные пользуются beneficium'омъ divisionis [8], за исключеніемъ случая злаго умысла. Тѣ же, которые предоставили товарищу дѣло, исполненіе котораго было въ одинаковой мѣрѣ обязательно и для нихъ, или которые не употребили надлежащаго надзора, вправѣ требовать, чтобъ искъ былъ сперва обращенъ на непосредственно виновныхъ [9]. Обязанность эта переходитъ на наслѣдниковъ отвѣтственныхъ лицъ въ той мѣрѣ, въ какой она основана на грубой небрежности [10].

2. Другіе случаи опеки *.

§ 201. Опека надъ несовершеннолѣтними, хотя и есть самый важный, но она не единственный случай опеки. Опекуновъ [1] получаютъ или могутъ получать и такія лица, которыя по какой либо другой причинѣ не въ состояніи сами имѣть попеченіе о своихъ дѣлахъ [2], именно сумасшедшіе и слабоумные [3], расточите-

(§ 225 прим. 1), быть признаваема и въ случаѣ обыкновенной небрежности, и согласно постановленіямъ римскаго права объ отвѣтственности magistratus (l. 1 § 17 l. 4. 7 D. l. 2 C. h. t., но см. также l. 1 § 2 D. h. t.).

[4] Въ этомъ смыслѣ говорится въ l. 9 D. h. t.: — «eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores». Ср. l. 1 § 14 D. h. t.: «privilegium in bonis magistratus pupillus non habet». Въ l. 1. 5 C. h. t. искъ называется actio utilis.

[5] Искъ подъопечныхъ противъ опекунской власти имѣетъ характеръ иска «quae ultimum eius praesidium possit adferre», § 2 I de satisd. l. 24. Ср. l. 5 C. h. t.

[6] См. § 298 прим. 6. 10. Ср. впрочемъ и Глюкъ XXX стр. 420 слѣд., Рудорфъ III стр. 174 слѣд., Синтенисъ III стр. 260 слѣд. въ прим., стр. 277 въ прим. подъ f.

[7] Судъ, какъ таковой, не отвѣтствуетъ. Зейфф. Arch. V. 298, XI. 252.

[8] L. 7. 8 D. l. 3 C. h. t.

[9] Для перваго l. 1 § 9 D. h. t.; для втораго аналогія отвѣтственности нѣсколькихъ опекуновъ (§ 198 прим. 6).

[10] L. 4. 6 l 2 C. h. t., § 2 I. de satisd. 1. 24.

§ 201. * Dig. 27. 10 de curatoribus furioso et aliis extra minores dandis. Cod. 5. 70 de curatore furiosi vel prodigi. Глюкъ XXXIII. стр. 100 слѣд., Рудорфъ I стр. 118 слѣд., Краутъ II стр. 205 слѣд. 212.

[1] По римскому праву: curator'a, а не tutor'a. Практическое значеніе сего заключается въ томъ, что для дѣйствій подъопечнаго не необходимо участіе въ нихъ опекуна, а достаточно простаго consensus (§ 187 прим. 8. 9 § 197 прим. 3).

[2] L. 14 § 7 D. de solut. 46. 3: — «curatori sibi non sufficientis, vel per aetatem, vel per aliam iustam causam». — L. 2 D. h. t., l. 12 pr. D. de tur. dat. 26. 5.

[3] Безумные furiosi. Послѣдніе не считались способными пещись о себѣ уже по за-

ли [4], больные и немощные [5], глухіе и нѣмые [6]. Опека во всѣхъ этихъ случаяхъ подчиняется тѣмъ же началамъ, какъ и опеки надъ несовершеннолѣтними [7], съ тѣмъ лишь исключеніемъ, что призваніе къ опекѣ производится всегда правительствомъ, а не по закону или завѣщанію [8]. Впрочемъ, лица, назначенныя въ завѣщаніи, могутъ требовать назначенія ихъ преимущественно предъ другими, по правиламъ § 188 нум. 1[9]; при отсутствіи же назначенія

кону 12 таблицъ, Ulp. XII. 2, § 3. I. de cur. 1. 24, l. 13 D. h. t. Слабоумные fatui; l. 2 D. de post. 3. 1, l. 21 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Кирульфъ Entscheid. любекскаго об. аппел. суда 1866 нг. 88. Кажется, что выраженіе mente captus въ § I de cur. 1. 23 относится къ одному лишь слабоумію, хотя выраженіе это употребляется въ источникахъ вообще въ смыслѣ умственнаго разстройства (I § 54 прим. 11). Въ свѣтлые промежутки опека не прекращается, а пріостанавливается, l. 6 C. h. t. Ср. «на счетъ обязанностей, сопряженныхъ съ опекой надъ душевно больными» ср. Бергъ jur. Beobaehtunden und Rechtsfülle III. 19, а относительно слабоумія и Зейфф. Arch. VIII. 230. Процессоманія? Зейфф. Arch. VII 333, ср. D. 183, (XX. 133). L. 6 D. h. t. «Observare praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det . .». Ср. ф. Арнольдъ das gerichtliche Verfahren gegen Geisteskranke und Verschwender (1861).

[4] Въ источникахъ считается за древнее обычное право лишеніе расточителя по судебному рѣшенію права управлять своимъ имуществомъ. L. 1 pr. D. h. t. Paul. S. R. III. 4a § 7. На близкую аналогію мотовства съ безуміемъ указываютъ l. 1 pr. D. h. t., l. 12 § 2 D. de tut. dat. 26. 5. Ср. Синтенисъ III стр. 387; Зейфф. Arch. XII. 2, XIII. 81; D. 183 (VII. 333). И 12 таблицъ предусматривали этотъ случай необходимости назначенія опеки, но только относительно отцовскаго наслѣдія, если отецъ умеръ, не оставивъ завѣщанія. Ulp. XII. 2. 3; § 3. I de cur. 1. 23, l. 1 pr. l. 13 D. h. t. Особенный трактатъ о «cura prodigi» представляетъ собой сочиненіе Гестердинга Ausbeite I. 2. Ср. также цитированное въ предъидущемъ примѣчаніи сочиненіе Арнольда. Далѣе I § 71 прим. 9b.

[5] § 4 I. de cur. 1. 23, l. 4. 5 D. de post. 3. 1.

[6] § 4 I. de cur. 1. 23, l. 3 § 3 D. de post. 3 1, l. 8 § 3 D. de tut. dat. 26. 5, l. 65 § 3 D. ad. SC. Treb. 36. 1, l. 20 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Ср. Синтенисъ III § 155 прим. 28. См. также Paul. S. R. IV. 12 § 9. «Caeco curator dari non potest, quia ipse sibi procuratorem instituere potest».

[7] Ср. предъидущее сопоставленіе tutor'a и curator'a въ титулахъ цитированныхъ подъ § 187 * и слѣд. мѣстъ: l. 7 § 3 l. 10 § 1 l. 11 l. 12 l. 14 l. 17 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 8 § 1 l. 11 D. de reb. eor. 27. 9, l. 16 pr. D. de pign. act. 13. 7, l. 48 D. de adm. 26. 7, l. 1 pr. l. 2 pr. D. de excus. 27. 1, l. 2 § 31 D. ad. SC. Tert. 38. 17, l. 4 § 25 D. de doli exc. 44. 4, l. 4 § 7. 8 D. rem. pup. 46. 6, l. 56 § 4 D. de furt. 47. 2. См., впрочемъ, и l. 17 D. de cur. fur. 27. 10 (§ 196 прим. 14.

[8] Правда, 12 таблицъ призываютъ ближайшихъ агнатовъ къ опекѣ надъ безумными и расточителями, Ulp. XII. 2. 3, § 3 I. de cur. 1. 23, l. 13 D. h. t., но лица эти дѣлаются по юстиніановскому праву кураторами лишь въ силу правительственнаго опредѣленія. Др. мн. Глюкъ XXXIII. стр. 169; между тѣмъ мѣсто, на которое онъ ссылается преимущественно, l. 7 § 6 C. h. t., доказываетъ какъ разъ противное. Конечно, Юстиніанъ говоритъ въ этомъ мѣстѣ о случаѣ: «(si) lex.... curatorem utpote agnatum vocaverit», но онъ точно также постановляетъ положительно, чтобы въ этомъ случаѣ наступила «creatio» при посредствѣ правительства.

[9] L. 16 D. h. t., l. 7 § 5 C. h. t., l. 1 § 3 l. 2 § 1 D. de conf. tut. 26 3 ср. l. 4 eod., § 1 I. de cur. 1. 23). Ср. § 188 прим. 14. Утверждали, что воля

по завѣщанію,—право это принадлежитъ ближайшимъ родственникамъ, если опека учреждается по сумасшествію и расточительности, но только относительно наслѣдства послѣ отца, умершаго безъ завѣщанія [10].

3. Попечительство надъ имуществомъ *.

§ 202. Бываютъ случаи, когда государство принимаетъ мѣры для охраненія не столько имущественныхъ интересовъ опредѣленнаго лица, сколько опредѣленнаго имущества, какъ таковаго [1]. Попечительство надъ имуществомъ въ этомъ смыслѣ учреждается именно [2]: надъ имуществомъ, оставленнымъ безъ защиты, лицомъ отсутствующимъ [3], надъ наслѣдствомъ, неимѣющемъ еще хозяина [4], надъ имуществомъ, состоящимъ въ конкурсѣ [5]. Къ попечительству надъ имуществомъ примѣняются вообще положенія объ опекѣ [6].

отца обязательна для правительства по вопросу о назначеніи вообще или нѣтъ, опеки по случаю безумія или расточительности, l. 16 D. h. t. Но это мѣсто предоставляетъ отцу лишь право назначенія попечительства надъ оставшимся послѣ него имуществомъ. Ср. Глюкъ XXIII. стр. 144 слѣд., Рудорфъ I стр. 314 слѣд., Франке Notherbern. стр. 436 слѣд., Мюленбрухъ въ Fortsetz. Глюкъ XXXVII. стр. 432 слѣд., Синтенисъ III стр. 284. 185 въ примѣчаніи. (Но см также § 582 num. 2).

[10] L. 7 § 6 C. h. t., l. 13 l. 16 D. h. t, Можно въ смыслѣ новѣйшаго права перенести на когнатовъ то, что мѣста эти говорятъ объ агнатахъ (Nov. 118 c. 5); см. и l. 5 C. h. t. L. 13 cit. ссылается на постановленіе 12 таблицъ; отсюда ограниченіе въ текстѣ относительно расточительности (Ulp. XII. 2. 3). Ср. впрочемъ и Синтенисъ III стр. 285 въ прим. Col. 2.

§ 202. * Dig. 42. 7 de curatore bonis dando. XXXVIII стр. 117 слѣд. Рудорфъ I стр 75 слѣд. 146 слѣд., Синтенисъ III § 156.

[1] Cura bonorum.

[2] См. кромѣ того l. 8 § 1 C. de bon. quae lib. 6. 61, Nov. 117 c. 1.

[3] L. 22 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5, l. 15 pr. D. quib. ex caus. mai. 4. 6. l. 6 § 4 D. de tut. 26. 1, l. 6 § 2 D. quib. ex. caus. in po. 42. 4, l. 3 C. de postlim. revers. 8. 51. Предполагаемый въ большинствѣ этихъ мѣстъ случай — это взятіе въ плѣнъ на войнѣ, ср. Пфейферъ prakt. Ausführ. IV. стр 352—360 Зейфф. Arch. IV. 132.

[4] L. 1 § 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 D. h. t, l. 23 § 2. 3 D. de her. inst. 28. 5, l. 8 D. quib. ex caus. in po. 42. 4, l. 22 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Уббелоде Erbrechtliche Competenzfragen, 1 отд., Марбургъ 1868). Особенные относящіеся сюда случаи суть: a) если презумптивный наслѣдникъ не родился еще l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4, l. 1 § 2 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 1 § 17—26. l. 5 D. de ventre 37. 9, b) когда споръ о наслѣдствѣ не можетъ быть скоро разрѣшенъ по случаю несовершеннолѣтія наслѣдника-претендента bonorum possessio Carboniana), и ни одинъ изъ наслѣдниковъ претендентовъ не представляетъ обезпеченія, l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4, l. 5 § 1. 2. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Отъ cura bonorum ventris nomine слѣдуетъ отличать cura ventris, которая даетъ право и возлагаетъ обязанность выдавать беременной женщинѣ изъ наслѣдства необходимое содержаніе. Обыкновенно это cura поручается тому же лицу, которое завѣдываетъ первой l. 1 § 17. 18. 19 D. de ventre 37. 9, l. 1 § 4 D. de mun 50. 4.

[5] L. 2 D. h. t., l. 5. 9 D. de cur. fur. 27. 10.

[6] Ср. l. 1 § 22 D. de ventre 37. 9: — «curam hoc quoque officio administrabit, quo solent curatores atque tutores pupillorum». Ferner. l. 2 § 2. 5 l. 3 D. h. t., l. 8 D. de cur. fur. 27. 10, l. 3 C. de postl. rev. 8. 51.

Въ частности же здѣсь все зависитъ отъ содержанія даннаго попечителю порученія, отъ свойства котораго зависитъ разрѣшеніе того, обязанъ ли онъ былъ пещись о выгодномъ помѣщеніи имущества, или же заботы его должны были ограничиться однимъ сохраненіемъ онаго, т. е. принятіемъ нужныхъ для сего мѣръ [7]. Принятіе попечительства надъ имуществомъ не всегда обязательно [8], и тамъ, гдѣ оно не принимается въ силу этой обязанности, попечитель долженъ отвѣчать за заботливость вообще, а не за одну относительную заботливость [9]. Слѣдуетъ еще замѣтить, что требованіе противъ попечителя надъ имуществомъ, не пользуется, подобно требованію къ опекуну, преимуществомъ удовлетворенія при несостоятельности [10].

[11] Особенное отношеніе установляется по нѣмецкому обычному праву относительно пропавшихъ людей (Verschollenheit) [12]. Имущество исчезнувшаго передается именно его ближайшимъ наслѣдникамъ, за представленіемъ ими обезпеченія въ опекунское управленіе, безъ всякаго соображенія, способны ли они къ этому, или нѣтъ [13].

---

[7] Простая «custodia», въ противоположность къ «administratio» приписывается въ источникахъ curator'y ventris и curator'y bonorum ventris nomine, l. 48 D. de adm. 26. 1, l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4; а также куратору наслѣдства въ другихъ случаяхъ, 71. 1 § 4 D. cit, l. 23 § 3 D. de her. inst 28. 5, l. 1 § 2 D. h. t. и curator'y bonorum absentis, l. 6 § 4 D. de tut. 26. 1, l. 1 § 4 cit. Что касается куратора ex edicto Carboniano, то см. съ одной стороны l. 1 § 4 cit., а съ другой l. 5 D. de Carb. ed. 37. 10. О конкурсномъ кураторѣ говорится наоборотъ: «quaeque per eum.... acta facto gestaque sunt, rata habebuntur, l. 2 § 1 D. h. t., который въ частности вправѣ отчуждать имущество съ цѣлью удовлетворенія кредиторовъ. Впрочемъ теперешнее юридическое положеніе кураторовъ основывается не на одномъ римскомъ правѣ. Подробное разсмотрѣніе онаго относится къ судопроизводству. Изъ практики: Зейфф. Arch. 1. 114, XVI. 229, XVIII. 149, XXIII. 40. Будде и Шмидтъ Entscheidungen ростокскаго об. апп. суда VI. стр. 268 слѣд.).

[8] Никто не обязанъ сдѣлаться противъ своей воли конкурснымъ кураторомъ, «nisi et magna necessitate et imperatoris arbitrio hec precedat», l. 2 § 3 D. h. t. См. съ другой стороны l. 1 § 4 D. de mun. 50. 4.

[9] Ср. Гасse Culpa стр. 272. 371, l. 53 § 3 D. de furt. 47 2. L. 9 i. f. D. de reb. auct. iud. 42. 5 говоритъ не о притязаніи кредиторовъ, а о притязаніи должника, тѣмъ не менѣе Пухта § 330. см. и Синтенисъ § 156 прим. 3 приводятъ какъ разъ это мѣсто въ доказательство положенія, высказаннаго въ текстѣ.

[10] L. 19 § 1 — l. 24 pr. D. de reb. auct. iud. 42. 5 (ср. § 25 прим. 8).

[11] Ср. къ слѣдующему: Глюкъ XXX стр. 259 слѣд., Рудорфъ I стр. 148 слѣд., Краутъ II стр. 217 слѣд., Пфейферъ prakt. Ausführungen II nr. 5, Штейнбергеръ въ Rechtslex. XII стр. 695 слѣд., и прежде всего Брунсъ Jahrb. d. dem. R. I стр. 126—132. 140—147. 152—168. 189—192. См. также Г. Тширне über die Vormundschaft für Abwesende und deren Vermögen (1831, изд. Тротше 1866) § 14. Зейфф. Arch. IX. 45.

[12] Исчезновеніе въ противоположность къ простому отсутствію,—отсутствію такого рода, которое дѣлаетъ сомнительнымъ нахожденіе отсутствующаго въ живыхъ. Начало исчезновенія опредѣляется судомъ по обстоятельствамъ каждаго даннаго случая.

[13] Понятіе curа стала примѣняться къ правоотношенію наслѣдниковъ со времени

Д. Должность.

§ 203. Тѣ, которые завѣдываютъ дѣлами государства или юридическаго лица въ силу долга службы [1], отвѣтствуютъ предъ государствомъ и юридическимъ лицомъ, если не на основаніи заключеннаго съ ними договора [2], то во всякомъ случаѣ на основаніи своего опредѣленія на службу [3]; и наоборотъ изъ этого назначенія для нихъ возникаетъ право требовать вознагражденія за оказанныя услуги, согласно содержанію назначенія или согласно уставу даннаго юридическаго лица. Отвѣтственность ихъ простирается на всякую небрежность [4]. Нѣсколько лицъ, назначенныхъ

лишь Карпцова. См. подробности въ изслѣдованіяхъ Брунса въ указ. м. Другія оспариваютъ теперешнее дѣйствіе права наслѣдниковъ требовать выдачи несущества для опекунскаго управленія, такъ въ особенности Эйхгорнъ, Миттермайеръ, Филипсъ въ ихъ учебникахъ нѣмецкаго гражданскаго права (§ 327—II § 429—II § 159), далѣе Пфейфферъ въ указ. м. стр. 236—239 и Синтенисъ § 156 прим. 5. См. напротивъ Краутъ стр. 245. 246 и Брунсъ стр. 189 слѣд., теперь и Безелеръ во втор. изд. его учебника нѣм. частнаго права § 148. И въ частности многое здѣсь спорно, напр. подлежатъ ли выдачѣ полученные плоды при возвращеніи имущества возвратившемуся лицу? Въ пользу Пфейферъ стр. 247 слѣд., Глюкъ стр. 283 слѣд. Краутъ стр. 237 слѣд., противъ этого Рудорфъ стр. 151, Штейнбергеръ стр. 699 слѣд., и въ особенности Брунсъ стр. 192. 193 (стр. 146. 164 слѣд.).

§ 203. [1] И опека есть должность въ извѣстной степени. Въ этомъ смѣслѣ не точно употребленное здѣсь краткое выраженіе.

[2] Вопросъ о томъ, существуетъ ли между государствомъ и должностнымъ лицомъ договорное отношеніе, или нѣтъ, а равно подробное изложеніе началъ, которыми регулируется правоотношеніе между государствомъ и должностнымъ лицомъ, относятся къ государственному праву. См. объ этомъ Цахаріэ deutsches Staatsr und Bundesrecht II § слѣд., Будеусъ въ Rechtslex. I стр. 744 слѣд., Синтенисъ II § 119 прим. 11 Возможность существованія договорнаго отношенія между юридическимъ и должностнымъ лицомъ столь ясна, какъ и то, что должностныя лица могутъ безъ договора вступать на службу къ юридическому лицу, въ силу конституціи, какъ это бываетъ при общинахъ, церквахъ, учрежденіяхъ. Если въ этихъ случаяхъ имѣется договорное отношеніе, то таковое подходитъ подъ категоріи, указанныя въ § 158 и 163.

[3] Изъ римскаго права относятся сюда постановленія объ обязательственномъ отношеніи общинныхъ чиновниковъ (magistratus municipales) къ общинѣ Dig. 50, 8 de administratione rerum od civita tes pertinentium. Cod. 11. 3 a. 33—35. 38. Эти постановленія можно употребить для современнаго права лишь съ цѣлью подкрѣпленія положеній, которыя и безъ того вытекаютъ изъ общихъ началъ; если же они уклоняются отъ послѣднихъ, то, въ виду своеобразія римскаго муниципальнаго устройства, постановленія эти не могутъ имѣть примѣненія. Сюда относится въ особенности постановленіе о томъ, что magistratus отвѣтствуютъ за злой умыселъ въ двойномъ размѣрѣ (l. 9 § 4 D. h. t.), и что представленный имъ отчетъ можетъ быть оспариваемъ въ теченіи 20, а противъ его наслѣдниковъ въ теченіи 20 лѣтъ (l. 13 § 1 D de div. temp. praescr. 44. 3); далѣе субсидіарная отвѣтственность nominator'a или creator'a (l. 2 § 7 D. h. t., l. 11—13 D. ad num. 50. 1, Cod. 11. 33 de periculo nominatorum). Ср. Функе Beiträge zur Erörterung prakt. Rechtsmaterien Nr. 2, Синтенисъ II § 119 прим. 11, Келлеръ Pand. стр. 604.

[4] Ибо принятіе должности добровольно, поэтому падаетъ то смягчающее обстоятельство, которое имѣетъ мѣсто при опекѣ (§ 193 прим. 5. 6). И римскія общественныя должностныя лица отвѣчали за omnis culpa, l. 6 D. de adm. rer. 50. 8. От-

къ исправленію одной и той же должности, отвѣчаютъ солидарно, въ случаѣ виновности, по правиламъ, изложеннымъ въ § 198 въ примѣчанію 9 и 10 [5].

Е. Общность владѣнія и неопредѣленность границъ.

1. Общность владѣнія *

§ 204. Фактъ владѣнія нѣсколькими лицами съобща вещнымъ правомъ порождаетъ между ними обязательственное отношеніе [1],

---

нѣтственность ихъ и безъ всякой вины при отдачѣ взаймы капиталовъ, см. Пухта § 358. с. Синтенисъ II стр. 684 въ прим. Функе въ указ. м. стр. 112, не явствуетъ съ достовѣрностью изъ мѣстъ, на которыя и писатель эти ссылаются l. 9 § 9 D. de adm. rer. 50. 8, l. 4 C. quo quisque ord. 11. 35, l. un. C. de his qui ex off. 11. 38. l. 18. l. 24 i. f. C. de adm. tut. 5. 37 — l. 21 § 1 l. 24 D. ad. mun. 50. 1, l. 17 § 7 D. de usur. 22. 1. Мнѣніе, будто и здѣсь, какъ при опекѣ (§ 193 прим. 9) наслѣдники должностнаго лица отвѣтствуютъ лишь за его lata culpa, не находитъ себѣ подтвержденія. Зейфф. Arch. IV. 116.

[5] Сказанное вытекаетъ изъ общихъ началъ и находится въ согласіи съ постановленіями римскаго права объ отвѣтственности нѣсколькихъ общинныхъ должностныхъ лицъ: l. 11 pr. — l. 13 D. ad mun. 50. 1, l. 2 § 8. 9. 10 l. 3 l. 4 pr. l. 9 § 8 D. de adm. rer. 50. 8, l. 45 D. de adm. tut. 26. 7, l. 1. 2. 3. 4 C. quo quisque ord. 11. 35. По вопросу объ отношеніи отвѣтственности nominator'а къ отвѣтственности должностнаго лица противорѣчатъ другъ другу l. 11. 13 D. ad mun. 50. 1 и l. 2. C, quo quisque ord. 11. 35, ср. и l. 3 eod. § 204.

* Dig. 10. 3 Cod. 3. 37 communi dividundo. Cod. 3 38 communia utriusque udicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo. — Глюкъ XI. Стр. 119 — 166; Унтергольцнеръ II § 529 — 531, Синтенисъ II § 122 Циммерманъ Arch. f. civ. Prax. XXXIV стр. 192 — 207. Бринкманъ Velältniss der actio communi dividundo und der acto negotiorum gestorum zu einander (Киль 1855).

[1] Обязательственное отношеніе установляется здѣсь фактомъ, что вещное право принадлежитъ сообща нѣсколькимъ лицамъ, при чемъ безразличенъ способъ возникновенія этого факта, и въ частности то, возникъ ли онъ по договору или нѣтъ (l. 2 pr. D. h. t, l. 65 § 13 D. pro soc. 17. 2). Новѣйшіе писатели называютъ общность возникшую не по договору communio incidens l. 31 D. pro soc. 17. 2: «quum non affectione societatis incidimus in communionem», также l. 25 § 16 D. fam. erc. 10. 2. Обязательственное отношеніе установляется фактомъ, что *вещное право* принадлежитъ съобща нѣсколькимъ лицамъ: собственность, которая представляетъ главнѣйшій и нормальный случай, такъ что по всѣхъ другихъ случаяхъ имѣетъ, по римскому воззрѣнію и способу выраженія, мѣсто лишь actio utilis), Эмфитевзисъ (l. 7 pr. D. h. t.), суперфицій (l. 1 § 8. D. de superf. 43. 18), ususfructus (l. 7 § 7 D. h. t., l. 13 § 3 D. de usufr. 7. 1, l. 4 i. f. D. de aqua quot. 43. 20), usus (l 10 § 1 D. h. t.), наслѣдственное право на отдѣльные виды пользованія (l. 19 § 4 D. h. t.; впрочемъ понимаютъ это мѣсто весьма различно ср. Шрадеръ civ. Abhandl. стр. 300, Эльверсъ röm. servitutenlehre стр. 109, Бекингъ Pand. II § 169 прим. 18, Синтенисъ прим. 39 и прим. 3 nr. 2, Вагнеровъ I стр. 714. изд. 7-ое), закладное право (l. 7 § 6. 12. 13 D. h. t., l. 2 C. h. t., l. 29 D. fam. erc. 10. 2). Касательно сервитутовъ см. l. 4 D. de agua. 43. 20 (каковое мѣсто трактуетъ, впрочемъ, главнымъ образомъ о случаѣ, въ которомъ не имѣется тождества права для многихъ лицъ, о случаѣ тождества лишь мимоходомъ, *vv* codi simul vel separatim), но также l. 19 § 4 D. h. t., l. 31 § 7 D. de neg. gest. 3. 5 (l. 19 § 2 D. h. t., говорятъ о случаѣ, когда нѣтъ тождества права). Ср. Бринкманъ стр. 116 слѣд. 174 слѣд. (Йерингъ Jahrb. f. Dogm. X стр. 339 слѣд. Зейфф. Arch. XXIII. 128). Съ дѣйствительнымъ правомъ сра-

содержаніе котораго подлежитъ свободной судейской оцѣнкѣ [2] и которое проявляется главнымъ образомъ въ слѣдующихъ пунктахъ [3]:

1) Участникъ обязанъ предоставить совладѣльцу то пользованіе, на которое онъ имѣетъ право въ силу своего общаго права или въ силу послѣдовавшаго соглашенія; съ другой стороны онъ обязанъ воздержаться отъ такого пользованія, которое воспрещается ему общимъ правомъ его соучастниковъ или послѣдовавшимъ соглашеніемъ [4].

2) Каждый изъ соучастниковъ обязанъ возмѣстить совладѣльцу:

a) взятое имъ изъ общаго имущества въ свое частное имущество [5], а равно и то, что онъ, при посредствѣ общности, внесъ въ свое имущество изъ имущества соучастника [6].

b) онъ обязанъ, далѣе, возмѣстить тотъ вредъ, который при-

нено добросовѣстное пріобрѣтеніе (l. 7 § 2. 3 D. h. t.), и даже «iusta causa possidendi», хотя бы самое владѣніе не начиналось еще (l. 7 § 8 D. h. t.). Съ другой стороны общность простаго владѣнія не установляетъ еще обязательственнаго отношенія, l. 7 § 4. 5 D. h. t., оно равнымъ образомъ не устанавливается и общностью обязательственнаго права, l. 7 § 11 D. h. t. Обязательственное отношеніе, возникшее вслѣдствіе общности владѣнія обозначается въ источникахъ какъ quasi ex contractu, 3 I de obl. quae quasi ex contr. 3. 27. Отношеніе это охраняется искомъ, который называется actio communi dividundo — неточное выраженіе, такъ какъ каждый участникъ обязанъ не только къ раздѣлу, но и къ другимъ дѣйствіямъ, и притомъ не по случаю лишь раздѣла. О послѣднемъ см. l. 6 § 1 l. 11 D. h. t., l. 24 pr. l. 31 D. fam. erc. 10. 2, и мѣста въ прим. 3; ср. Унтергольцнеръ стр. 394. 1, Синтенисъ прим. 23. 24. Зейфф. Arch. IV. 38. Особенность обязательственнаго отношенія, возникающаго изъ общности наслѣдства (actio familiae erciscundae, Dig 10. 2, Cod. 3. 36), относится къ наслѣдственному праву. Допустимость actio communi dividundo прежде иска о раздѣлѣ наслѣдства: Зейфф. Arch. IV. 39. XIII. 222.

[2] Actio communi dividundo есть bonea fidei, l. 4 § 4 l. 4 § 4 l. 14 § 1 l. 24 pr. D. h. t., § 28 I. de act. 4. 6.

[3] Ср. кромѣ того напр. l. 41 l. 8 D. de nox act. 9. 4, l. 16 § 6. D. fam. erc. 10. 2, l. 61 pr. D. de furt. 47 2; l. 19 § 2 l. 20 D. de rec. 15. 1.

[4] Ср. I § 169a прим. 4. Это направленіе actio communi dividundo обыкновенно совсѣмъ упускается изъ вида, а въ рѣшеніи у Зейфф. Arch. IX. 268 положительно отрицается (ср. и тамъ же XIII. 24) А между тѣмъ оно признается въ источникахъ довольно опредѣленно. l. 12 l. 23 D. h. t., l. 26 D. de S. P. U. 8. 2, l. 4 D. de serv. leg. 33. 3, l. 3 § 1. 2 D. de O. N. N. 39. 1, l. 13 § 3 D. de usufr. 7. 1. Изслѣдованіе вопроса о томъ, какіе иски устраняются actio communi dividundo, сдѣлалъ Шнейдеръ въ Jahrb. Соля I. 10; ср. и Бринкманъ стр. 54 слѣд., Синтенисъ прим. 3 въ концѣ. См. еще Гессе Jarb. f. Dogm. VIII. 3.

[5] L. 3 pr. l. 4 § 3 l. 6 § 1. 2. 4 D. h. t., l. 19 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 34 D. pro soc. 17 2, § 4. 5 I. de off. ind. 4. 17. Зейфф. Arch. IV. 37. Если онъ внесъ въ свое имущество что нибудь не изъ общаго имущества, а изъ участка другаго товарища, то здѣсь имѣется не actio communi dividundo, а actio negotiorum gestorum, l. 6 § 2 D. h. t, l. 20 C. fam. erc. 3. 36, l. 19 C. de neg. gest. 2. 19. Ср. § 184 прим. 13 и Биркманъ стр. 72 слѣд. 100 стр.

[6] L. 24 D. h. t.

чиненъ его виной общему имуществу [7], или, при посредствѣ послѣдняго, имуществу совладѣльца [8]. Виновность опредѣляется здѣсь по тѣмъ же правиламъ, какъ въ товариществѣ, такъ что участникъ отвѣтствуетъ лишь за относительную заботливость [9].

c) Наконецъ участникъ обязанъ возмѣстить расходы, сдѣланные совладѣльцемъ изъ собственнаго имущества въ общемъ интересѣ [10], или, по случаю общности, въ интересѣ участника [11].

3) Каждый участникъ обязанъ раздѣлиться съ совладѣльцемъ по его требованію [12]. Право это не теряется даже отказомъ [13]; обязателенъ лишь отказъ на время [14]. Раздѣлъ можетъ послѣдовать по соглашенію сторонъ или при посредствѣ судьи. Послѣдній случай раздѣла имѣетъ мѣсто не только тогда, когда соучаст-

---

[7] L. 3 pr. l. 8 § 2 l. 10 pr. l. 20 l. 26 l. 28 D. h. t., l. 4 C. h. t, l. 34 D. pro. soc. 17. 2. l. 2 § 1 D. de relig. 11. 7, § 4 5 I. de off. iud. 4. 17. Ср. Зейфф. Arch. VII. 158. (?).

[8] L. 8 D. de nox. act. 9. 4.

[9] L. 25 § 16 D. fam. erc. 10. 2.

[10] L. 3 pr. l. 4 § 3 l. pr. — § 3 § 12 D. h. t., l. 34 D. pro soc. 17. 2. Въ *интересѣ* общемъ: l 6 § 12 cit. («si interfuit aedium hoc fieri»), ср. l. 25 § 15 D. fam. erc. 10. 2 («cum hoc expediret», «cogente necessitate») l. 18. § 1C. eod. 3. 36 («sumtus . . . facti bona fide»). Бринкманъ стр. 36 nr. 9. Въ интересѣ *общемъ*: при расходахъ, которые сдѣланы не въ общемъ интересѣ, а въ интересѣ участка одного изъ совладѣльцевъ, имѣется лишь actio negotiorum gesto, l. 6. § 7 D. h. t., l. 40 D. de neg. gest. 3 5, ср. l. 3 C. de neg. gest. 2. 19, и съ другой стороны l. 18 § 6. 7 l. 25 § 14. 15 D. fam. erc. 10. 2, l. 78 § 2 D. de contr. emt. 18 1. См. § 186 прим. 13 и Бринкманъ стр. 78 слѣд. Дернбургъ Pfandrecht II. Стр. 33. (См. еще Зейфф Arch. XXII. 120) Если участникъ считаетъ свое право исключительнымъ, то acti communi dividundo отпадаетъ какъ и actio negotiorum gestorum и condictio sine causa (§ 186 прим. 18, § 174 прим. 7), а остается одно право удержанія, l. 14 § 1 l. 29 D. h. t. Но примѣнимо ли это положеніе къ тому случаю, когда искъ предъявляется главнымъ образомъ о раздѣлѣ и лишь по случаю сего требуется возмѣщеніе затратъ? Невозможно вопросъ этотъ рѣшить утвердительно; вѣдь формула actio communi dividundo основана была на bona fides. Но изъ этаго еще не слѣдуетъ, чтобы можно было положеніе въ l. 14 § 1 cit., начинающееся словами «quae cum ito eint», объяснить такъ, какъ дѣлаетъ Витте Bereicherungsklagen стр. 9 слѣд. Другія воззрѣнія на это положеніе у Глюка XI стр. 152 слѣд., Синтенисъ прим. 22. Ср. также Бринкманъ стр. 35 nr. 7 и 8 стр. 60 nr. 16.

[11] L. 27 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 8 § 4 l. 9 l. 15. l. 25 D. h. t.; l. 13 § 2 l. 14. D. de inst. act. 14. 3; l. 17 pr. D. de nox. act. 9. 4, l. 8 § 3 l. 15 D. h. t.

[12] L. 5 C. h. t, «In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri». См. впрочемъ l. 19 § 1 D. h. t. и Зейфф. Arch. VII. 176, XV. 126. (XXII. 138).

[13] L. 14 § 2 D. h. t. (Зейфф. Arch. XXII. 109).

[14] L. 14 § 2 D. h. t. На какой срокъ? На такой, который соотвѣтствуетъ опредѣленнымъ потребностямъ или интересамъ. См. также l. 14 § 2 D. h. t. (*vv.* quod etiam ipsius rei qualitati prodest). Договоръ о потребованіи раздѣла, въ теченіе извѣстнаго срока обязателенъ и для частныхъ преемниковъ. L. 14 § 3 cit., l. 16 § 1 D. pro soc. 17. 2. Ср. сюда l. 14 § 1 D. h. t. (*vv.* sed. is quia me emerit).

никъ сопротивляется раздѣлу, но и тогда, когда всѣ владѣльцы согласны на раздѣлъ, предоставляя судьѣ привести оный въ исполненіе [15]; но въ томъ и другомъ случаѣ судебный раздѣлъ есть актъ не столько спорной, сколько добровольной юрисдикціи [16]. Съ цѣлью раздѣла судья властенъ установить вещныя права [17]. При исполненіи раздѣла руководной нитью долженъ служить ему интересъ сторонъ, и посему онъ долженъ преимущественно обращать вниманіе на возможныя между ними соглашенія [18]. Въ частности онъ при раздѣлѣ вполнѣ свободенъ, будучи вправѣ физически раздробить общую вещь [19], или распредѣлить между отдѣльными соучастниками нѣсколько общихъ вещей [20], а также присудить одному изъ совладѣльцевъ всю общую вещь, а другому вознагражденіе, или продать ее третьему лицу, раздѣливъ между совладѣльцами покупную цѣну [21]. При правахъ употребленія и пользованія имуществомъ) можетъ быть раздѣлено простое осуществленіе этихъ правъ [22]. Раздѣлъ общаго закладнаго права произво-

---

[15] Споръ о раздѣлѣ не считается въ источникахъ предположеніемъ судебнаго раздѣла, l. 3 pr. l. 4 pr. § 3 D. h. t., § 20 I. de act. 4. 6, ср. l. 1 pr. l. 2 pr. D. fam. erc. 10. 2; напротивъ, самый обыкновенный случай, который въ нихъ предполагается, это отсутствіе спора, l. 3 § 1 l. 13 l. 21 D. h. t., ср. l. 1 pr. l. 5 l. 16 pr. l. 43 D. fam. erc. 10. 2.

[16] И въ первомъ случаѣ, въ которомъ судья производствомъ раздѣла не разрѣшаетъ спора. Вслѣдствіе этого и право судьи, производящаго раздѣлъ, обвинить истца т. е. лицо, просящее о раздѣлѣ, ср. l. 13. 14. D. de iud. 5. 1), даже безъ просьбы о томъ противной стороны, не составляетъ въ сущности исключенія изъ принципа (ср. I § 127 прим. 2). См. о сказанномъ въ этомъ и предъидущемъ примѣчаніи Циммерманъ въ указ. м. стр. 195—207, который понимаетъ, впрочемъ, судебный раздѣлъ въ первомъ случаѣ въ смыслѣ исполнительнаго производства. См. также Зейфф. Arch. XXI. 53 (?).

[17] Право это называлась въ римской формулѣ adiudicatio. Gai. IV. 42

[18] L. 21. l. 3 § 1. D. h. t.

[19] L. 6 § 8 l. 7 § 1 D. h. t., l. 1. 3 C. h. t., § 5 I. de off. iud. 4. 17, l. 34 § 2 C. de don 8. 54; l. 3 C. h. t., ср. § 4. 5 I. de off. ind. 4. 17. Установленіе въ пользу одного изъ соучастниковъ сервитута въ томъ имуществѣ, которое присуждено другому, l. 7 § 1 l. 18 D. h. t.

[20] L. 6 § 8. 9 l. 19 § 3 D. h. t., l. 3 C. h. t., § 5 I. de off. iud. 4. 17. Зейфф. Arch XVIII. 35. Вознагражденіе деньгами можетъ имѣть мѣсто и при первомъ способѣ раздѣла, если часть опредѣленная каждому изъ нихъ не соотвѣтствуетъ долямъ общаго имущества l. 3 C. h. t, § 20 I. de act. 4. 6, § 5 I. de off. iud. 4. 17. — Вѣрно, что судья вправѣ обезпечить такое вознагражденіе установленіемъ закладнаго права на имущество должника, хотя объ этомъ не говорится въ источникахъ (I § 233 прим. 1). Вознагражденіе можетъ состоять и въ предоставленіи участнику права пользованія вещью, l. 6 § 10 D. h. t., l. 6 § 10 D. usufr. 7. 1.

[21] L. 3 C. h. t. Ср. Зейфф. I. 98. 261. XV. 125. XX. 32, (XXII. 43).

[22] L. 7 § 10 i. f. D. h. t., l. 13 § 3 D. de usufr. 7. 1, l. 19 § 4 D. h. t, l. 4 l. 5 pr. D. de aqua quot. 43. 20. Раздѣлъ посредствомъ реальнаго раздробленія предмета права пользованія: l. 7 § 10 D. h. t. Раздѣлъ при помощи денежнаго вознагражденія: l. 7 § 10 cit., l. 10 § 1 D. h. t.—Раздѣлъ въ отношеніи пользованія правомъ можетъ оказаться необходимымъ и при отсутствіи тождества права, принадле-

дится такимъ образомъ, что одному изъ соучастниковъ присуждается весь закладъ противъ выплаты имъ причитающейся части другому совладѣльцу [23]. Къ раздѣлу, послѣдовавшему по договору между сторонами или по суду, имѣютъ примѣненіе начала объ эвикціи, хотя и безъ эвикціи можетъ возникнуть требованіе по причинѣ недоставленія надлежащаго права [24]. Оспаривать можно раздѣлъ, судебный или полюбовный, лишь на основаніи общихъ началъ [25]. Раздѣлъ допускается и между нѣкоторыми только изъ соучастниковъ; но естественно, что такой раздѣлъ не касается правъ остальныхъ совладѣльцевъ [26].

жащаго нѣсколькимъ лицамъ L. 4 D. de aqua quot. 43. 20. l. 25 D. de S. P. R. 8. 3.

[23] При чемъ однакоже юридическое положеніе производящаго выплату основывается не только на adiudicatio, сколько на выплатѣ. L. 7 § 12. 13 D. h. t., l. 29 D. fam. erc. 10. 2. Впрочемъ мнѣнія здѣсь различны. Ср. Дернбургъ Pfandrecht II стр. 393 слѣд., Шмидтъ Cepion I стр. 226 слѣд., а спеціально къ l. 29 D. cit. поименованныхъ въ I § 233 a прим. 1. Принципіально не устраняется раздѣлъ чрезъ реальное раздробленіе предмета заклада, но это опасно вслѣдствіе уменьшенія цѣнности, котораго должникъ не обязанъ терпѣть.

[24] См. § 146 прим. 3. Дернбургъ Pfandrecht II стр. 35—37.

[25] Утверждаютъ: 1) что судебное рѣшеніе можетъ быть оспариваемо и вслѣдствіе laesio болѣе чѣмъ на половину, но это невѣрно. Глюкъ XI стр 89 слѣд.; 2) Что договоръ раздѣла можетъ быть оспариваемъ по той же причинѣ. Правильность этого мнѣнія зависитъ отъ того, распространяется ли постановленіе о куплѣ (l. 2 C. de vesc. vend. 4. 44) на другіе двусторонніе договоры; см. объ этомъ § 150 прим. 10. 3) что договоръ о раздѣлѣ можно оспаривать вслѣдствіе (не совсѣмъ незначительнаго) умаленія причитающейся части. См. въ особенности Глюкъ въ указ. м. стр. 92 въ концѣ, Гольцшуеръ III § 309 пр. 7. в, Сиитенисъ прим. 44, Арндтсъ § 320 въ концѣ. Мнѣніе это основываютъ на l. 3. C. comm. utr. iud. 3. 38. «Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri: quia in bonae fidei iudiciis, quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur». Хотя и считаю неосновательнымъ видѣть въ словѣ perperam простое повтореніе предъидущаго (per fraudem vel dolum), (ср. впрочемъ первоначальную редакцію мѣста въ Consult. II. 6 и Cod. Gregor. ed. Haenel стр. 22), тѣмъ не менѣе я думаю, что рискованно строить, на основаніи этого совершенно не опредѣленнаго выраженія, положеніе, такъ сильно уклоняющееся отъ общихъ началъ, тѣмъ болѣе, что заключеніе этого мѣста положительно указываетъ на правило bonae fidei iudicia. Само собою разумѣется впрочемъ, что оспаривать можно по причинѣ ошибочнаго предположенія, и въ особенности когда въ основаніе раздѣла положено неправильное отношеніе участниковъ по раздѣляемому праву; можетъ быть, что къ этому случаю относится какъ разъ слово «perperam» l. 3 C. cit. См. l. 36 D. fam. erc. 10 2 и рѣшеніе любекскаго об. апп. суда у Зейфф. Arch XII. 30; и тамъ же IV. 222. Противъ указаннаго подъ 3 мнѣнія см. тамъ же I. 262. 263.

[26] L. 8 pr. D. h. t.. l. 2 § 4 D. fam. erc. 10. 2, l. 17 C. eod. 3. 36. Объ этомъ случаѣ имѣется отдѣльный добросовѣстный трактатъ Циммермана (въ Любекѣ) «uber die Theilung unter wenigen Kommunions-Interessenten»: Arch. f. civ. Pr. XXXIV. 9. 14 (1851). Писатель этотъ доказываетъ именно, что искъ о раздѣлѣ не можетъ быть устраняемъ возраженіемъ, основаннымъ на существованіи нѣсколькихъ участковъ; съ другой стороны отвѣтчикъ можетъ, съ своей стороны, привлечь остальныхъ соучастниковъ къ производству о раздѣлѣ. Но я не считаю убѣдительными тѣ

2. Неопредѣленность границъ *.

§ 205. Общность владѣнія можетъ въ извѣстномъ смыслѣ возникнуть и отъ неопредѣленности границъ владѣнія [1]. Именно, когда искъ направленъ на удостовѣреніе границъ [2], то судья обязанъ, конечно, отыскать прежде всего настоящую границу, и согласно этому постановить рѣшеніе [3]. Но при невозможности отыскать настоящую границу, ему остается не болѣе, какъ разсматривать спорный участокъ общимъ и раздѣлить его между сторонами [4]. Ему дозволяется также измѣнить настоящую границу для предупрежденія неопредѣленности границъ въ будущемъ [5], подъ условіемъ, естественно, присужденія денежнаго вознагражденія въ пользу того, который отъ этого теряетъ [6]. Судья можетъ также установить мѣры для охраненія границы [7]. Наконецъ, онъ можетъ присудить сторонамъ, по ихъ требованію, вознагражденіе за полученную выгоду, понесенный вредъ и произведенныя затраты [8].

основанія, въ силу которыхъ Циммерманъ утверждаетъ, что раздѣлъ общей вещи чрезъ реальное раздробленіе не допуститъ (стр. 215 слѣд. 219).

§ 205. * Dig. 10. 1 Cod. 3. 39 finium regunderum. Пухта Zeitschr. f. Recht und gesetzgeb. in Kurhessen II стр. 1 слѣд. Kl. civ. Schriften nr. 21 (1837). Видергольдъ Zeitschr. f. civ. u Pr. XIII. 3 (1839) Штернбергъ тамъ же XVII. 13 (1842). Рудорфъ Zeitschr. f. gesch. RW. X. 7 (1842). Онъ же Schriften der röm. Feldmesser II стр. 422 слѣд. (1852). Гофманъ Arch. f. civ. Pr. XXXI. 16 и XXXV. 10 (1848. 1852). Карлова Beiträge Zur. Geschichte des römischen Civilprecesses стр. 141—162 (1865). Синтенисъ II стр. 722—723, Вангеровъ III § 658 прим. По исторіи права см. въ особенности Рудорфъ и Карлова въ указ. мѣстѣ.

[1] Она невозможна между смежными строеніями. L. 2 pr. l. 4 § 10 D. h. t. См. также l. 4 § 11 l. 5. 6 D. h. t. Ср. Пухта въ указ. м. kl. civ. Schr. стр. 350 слѣд. Зейфф. XIV. 29.

[2] Actio finium regundorum. Она есть ничто иное какъ требованіе участка земли, вышедшаго изъ спокойнаго владѣнія. Отсюда l. 1 D. h. t. «Finium regunderum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est». Ср. Зейфф. Arch. XVIII. 273. Мнѣніе Видергольда, что actio finium regundorum состоитъ существенно въ требованіи размежеванія, и что лишь по случаю этого требованіе направляется и на удостовѣреніе границъ, не находитъ себѣ подтвержденія въ источникахъ. Въ настоящее время дѣлается Различіе между actio finium regundorum qualificata и simplex, смотря потому, ссылается ли истецъ на опредѣленную границу, или нѣтъ. Ср. Пухта въ указ. м. Kl. Schr. стр. 348. 353 слѣд. Зейфф. Arch. V. 16, XX. 33, (XXI 212, XXIII. 26). Ср еще Зейфф. Arch. XVIII. 343.

[3] L. 4 pr. D. h. t. Зейфф. Arch. XIV 29. 136; также V. 17.

[4] L. 2 § 1 D. h. t.

[5] Для облегченія ему этой мѣры, какъ и той, которая указана въ слѣдующемъ примѣчаніи, въ формулѣ actio finium regundorum, какъ и въ искахъ о раздѣлѣ въ собственномъ смыслѣ, помѣщалась adiudi catio и duplex condemnatio. Gai. IV. 42. § 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 10 D. h. t., l. 13 D. de iud. 5. 1, l. 37 § 1 D. de. O. et A. 44. 7.

[6] L. 2 § 1 l. 3 D. h. t., § 6 I. de off. iud. 4. 17.

[7] L. 4 § 3 D. h. t.

[8] L. 4 § 1. 2 D. h. t., § 6 I. de off. iud. 4. 17, l. 57 D. fam. erc. 10. 2 Относительно образа чтенія въ l. 4 § 1 cit. см. Глюкъ X стр. 445 прим. 63. L. 4 § 2 cit. даетъ condictio для истребованія плодовъ, полученныхъ и потребленныхъ до

Искъ объ удостовѣреніи границъ можетъ быть возбужденъ не собственникомъ только и противъ него, но и эмфитевтическимъ владѣльцемъ, суперфиціаріемъ, узуфруктуаріемъ, зологодержцемъ и противъ всѣхъ этихъ лицъ [9]. Обыкновенное давностное владѣніе не принимается въ расчетъ судьей, но тридцатилѣтнюю давность онъ обязанъ уважать [10].

III. Требованія, возникающія изъ проступковъ и сходныхъ съ ними случаевъ.

Злой умыселъ *.

§ 206. Въ римскомъ правѣ нѣтъ положенія, что всякій обязанъ вознаградить причиненный его виной вредъ [1], а есть правило, въ силу котораго всякій обязанъ вознаградить вредъ, происшедшій отъ его злаго умысла [2]. Злоумышленный поступокъ можетъ заключать въ себѣ всѣ признаки особеннаго проступка. Объ этихъ случаяхъ будетъ подробно говорено въ слѣдующихъ §§ [3]. Тамъ, гдѣ это не бываетъ, дѣйствуютъ слѣдующія правила.

процесса mala fide. Едва вѣроятно, чтобы римскій межевой судья не могъ постановлять рѣшеній объ этихъ плодахъ, такъ какъ actio finium regundorum была безъ сомнѣнія, какъ и actio cummuni dividundo и familiae erciscundae, искомъ bonae fidei Во всякомъ случаѣ мѣсто это для насъ не важно.

[9] L. 4 § 9 D. h. t. (Зейфф. Arch. XXII. 44.

[10] L. 5. 6 C. h. t.—По исторіи см. Рудорфъ и Карлова. Воззрѣніе перваго, которое до сихъ поръ одобрялось всѣми, состоитъ въ слѣдующемъ: древнѣйшее римскоправо дѣлало при actio finium regundorum различіе между спорами о finis въ техническомъ смыслѣ, т. е. о питифутовой граничной межѣ, установленной закономъ 12 таблицъ и lex Mamilia, и спорами о самомъ мѣстѣ (controversia de loco); при чемъ завладѣніе не допускалось при спорахъ лишь перваго рода. Но въ 385 году послѣ P. D. contraversia de loco была сравнена съ contraversia de fine по l. 4 C, Th. fin. reg. 2. 26 (исковеркана какъ l. 5 C. h. t.). Съ другой стороны Карлова старался недавно доказать, что римское право никогда не смотрѣло на contraversia de loco какъ на actio finium regundorum, а напротивъ какъ на rei vindicatio, и что цѣлью l. 4 cit. было устранить примѣненіе l. t. praescriptio къ спору о finis.

* Dig. 4 3. Cod. 2. 21 de dolo malo Глюкъ V стр. 513 слѣд.; Унтергольцнеръ § 206. II стр. 74 слѣд, Синтенисъ II стр. 730 слѣд.

[1] Ср. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. IV. Стр. 12. 24, также ниже § 210 прим. 6 въ концѣ. Зейфф. Arch. VIII. 137, IX. 144.

[2] Злой умыселъ, dolus. О понятіи онаго см. l. 1 § 101 прим. 6. Особенный важный видъ dolus'а представляетъ обманъ, который считается на столько важенъ, что въ l. 1 § 2 D. h. t. опредѣленіе dolus'а основано какъ разъ на немъ. Но см. съ другой стороны l. 7 § 6. 8. 9, l. 18 § 5 l. 19 l. 32. 33. 34. 35 D. h. t., l. 9 pr. D. si serv. 8. 5, l. 5 pr. D. si mensor 11. 6, l. 10 § 6 D. de in rem verso 15. 3, l. 15 l. 16 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 8 § 2 D. de leg. praest. 37. 5. l. 1 § 12 D. de aqua pluv. 39. 3. Ср. Кирульфъ Entscheidungen любекскаго об. апп. суда 1865 пг. 7. (Увлеченіе къ заключенію недѣйствительнаго договора).

[3] L. 3 § 1 D. stellionatus 47. 20. «Stellionatum autem obiici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est: scilicet si aliud crimen non sit, quod obiiciatur. Quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubicunque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiiciemus».

1. Объемъ обязанности злоумышленника опредѣляется по началамъ ученія объ интересѣ [4].

2. Злоумышленникъ отвѣтствуетъ полнымъ возмѣщеніемъ убытковъ лишь въ теченіи двухъ лѣтъ [5]; послѣ этого срока отвѣтственность его ограничивается размѣромъ того, что перешло въ его имущество при посредствѣ его злаго умысла [6].

3. Наслѣдники злоумышленника отвѣтствуютъ по общимъ началамъ лишь до размѣра полученнаго наслѣдства [7].

4. Если злой умыселъ допущенъ по дѣламъ другаго лица, то послѣднее отвѣчаетъ въ размѣрѣ обогащенія [8]. За исключеніемъ этого случая третье лицо, владѣлецъ, не отвѣчаетъ [9] [10].

---

[4] См. § 257. 258. L. 18 pr. § 1. 4. D. h. t.

[5] По постановленію l. 8 C. h. t., которое замѣнило прежній annus utilis новымъ biennium continuum. Другое постановленіе этого мѣста, въ силу котораго процессъ долженъ быть оконченъ въ два года, не соблюдается болѣе въ настоящее время.

[6] Независимо отъ того, находится ли таковое у него еще, или нѣтъ. Ср. съ l. 28 . f. D. h. t., l. 10 § 24 D. quae in fraud. cred. 42. 8, l. 4 D. de interd. 43. 1. l. 1 pr. D. de vi 43. 16. Витте Bereicherungsklagen стр. 318.

[7] По современному праву, § 113 прим. 16; по римскому праву въ размѣрѣ «quatenus ex ea re locupletior ad eum hereditas venerit», l. 26—28 D. h. t., l. 13 pr. l. 17 § 1 eod.

[8] L. 15 pr. § 1. 2 D. h. t.

[9] L 15 § 3 D. h. t. Ср. l. 10 C. de resc. vend. 4. 44.

[10] Въ римскомъ правѣ дѣйствовали для actio de dolo еще слѣдующія особенныя положенія, которыя имѣли свое основаніе въ инфамирующемъ дѣйствіи оной (l. 1 § 4 l 11 § 1 D. h. t., l. 1 l. 4 § 5 D. de his qui not. 3. 2), и которыя лишились силы вмѣстѣ съ послѣднимъ (I § 56). a) Actio de dolo давалась лишь causa cognita, и притомъ при значительныхъ убыткахъ выше 2 aurei. L. 9 § 5 l. 10 l. 11 pr. D. h. t. b) Она не давалась противъ лицъ, къ которымъ понесшій убытокъ долженъ питать особенное уваженіе; противъ нихъ имѣлась actio in factum на выдачу обогащенія; l. 11 § 1 l. 12 D. h. t. Ср. впрочемъ § 514 прим. 3. c) Actio de dolo не имѣла мѣста, когда была возможность отыскать себѣ удовлетвореніе другимъ законнымъ путемъ, l. 1 § 4—l. 9 § 4 l. 18 § 2. 3 l. 25 l. 40 D. h. t., l. 2 C. h. t., а также тогда, когда возмѣщеніе убытковъ можно было получить отъ третьяго лица, l. 1 § 8—l. 6 D. h. t. Ср. объ этомъ субсидіарномъ характерѣ actio de dolo—Шнейдеръ die Allgemeinen subsidiären Klagen des romischen Rechtes стр. 308 слѣд., который, впрочемъ, видитъ основаніе субсидіарности не въ инфимирующемъ дѣйствіи иска, желая субсидіарность объяснить исторически. Еслибъ еще въ настоящее время хотѣли примѣнить опредѣленіе, упомянутое подъ c, то, не говоря о случаѣ отвѣтственности третьяго лица, это имѣло бы тотъ смыслъ, что къ лицу, допустившему злой умыселъ, можно примѣнить положенія о dolus лишь при отсутствіи закона, на основаніи котораго можно было бы отыскать себѣ удовлетвореніе инымъ путемъ. Краткосрочная давность actio de dolo не основывается на ея инфимирующемъ дѣйствіи (въ l. 29 D. h. t. слово «ideoque» указываетъ на первую часть мѣста, слѣдовательно на отвѣтственность въ размѣрѣ обогащенія). Ср. о различныхъ воззрѣніяхъ Глюкъ V стр. 528 слѣд., Генель Arch. f. civ. Pr. XII стр. 413 слѣд.) Шнейдеръ въ указ. м. стр. 332, Синтенисъ стр. 730 прим. 9, относительно же двухъ-лѣтней давности—рѣшеніе об. апп. суда отъ 6-го іюля 1866 въ Bl. f. R. Anwend. Ergänzungsbund къ 31 и 32 Jahrb. Стр. 193 слѣд.

B. Похищеніе * (Entwendung).

1. Понятіе.

§ 207. Римскій языкъ имѣетъ для этого проступка одно общее выраженіе, но этого нельзя сказать о нѣмецкомъ. Выраженіе «Entwendung», употребляемое здѣсь въ техническо-юридическомъ смыслѣ, не должно понимать въ смыслѣ обыденной рѣчи [1]. Главная форма похищенія есть кража; но она не единственная [2]. Похищеніе есть, напротивъ [3], всякое злоумышленное, т. е, завѣдомо противозаконное [4], употребленіе (Behandlung) тѣлесной вещи съ цѣлью обогатиться.

1. Употребленіе вещи [5]. Одно только противозаконное намѣреніе или обнаруженіе онаго не есть похищеніе; намѣреніе должно быть осуществлено установленіемъ соотвѣтствующаго ему тѣлеснаго отношенія къ вещи [6].

2. Употребленіе съ цѣлью обогатиться. Цѣль должна быть направлена на полученіе отъ вещи имущественной выгоды [7]. Но нѣтъ надобности, чтобы она была направлена на присвоеніе всей

---

* Inst. 4. 1 de obligationibus quae ex delicto nascuntur. Dig. 47. 2 de furtis, Cod 6. 2 de furtis et servo corrupto. Клинъ Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls, 1. (einziger) Band (1806). Доманъ die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechs (1834). Вертеръ Art. Diebstahl in Weiske's Rechtslex. (1844). Унтергольцнеръ Verjährungslehre I § 62—67 (2 Ausg. 1858). Глюкъ XIII стр. 211 fg.; Унтергольцнеръ (Schuldverhältnisse) II стр. 675—690. Сиитенисъ II ст. 728—729.

[1] Римское названіе есть furtum. Общеупотребительный нѣмецкій языкъ не представляетъ соотвѣтственнаго выраженія, которое приходится такимъ образомъ на ново создать. Въ этомъ смыслѣ употреблено здѣсь выраженіе «Entwendung». Другіе употребляютъ выраженіе «Deiberei» или Diebheit». Ср. Вехтеръ стр. 388, Геффтеръ Lehrbuch d. Strafr. § 488. §207.

[2] Воровство есть: завѣдомо противозаконное похищеніе чужой вещи изъ чужаго хранилища съ намѣреніемъ присвоить себѣ таковую.

[3] Легальное опредѣленіе furtum'а находится въ l. § 3 D. h. t. «Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve». Ср. § 1 I. h. t.

[4] Contrectatio fraudulosa. Слѣдовательно необходима неправость и сознаніе оной; неправота безъ сознанія оной недостаточна для furtum'а точно также, какъ сознаніе неправоты безъ отсутствія таковой. L. 43 § 5. 6. 10 l. 46 § 7. 8 l. 52 pr. D. h. t., § 7. 8 l. h. t. (zu § 8 cit. cp. l. 91 D. h. t., l. 20 C. h. t.).

[5] Contrectatio rei.

[6] L. 52 § 19 D. h. t. «Neque verbo, neque scriptura quis furtum facit; hoc enim iure utimur, ut furtum sine contrectatione non fiat». Въ кражѣ по современному праву contrectatio заключается въ овладѣніи вещью. Ср. Вертеръ стр. 364. 399.

[7] Animus lucri faciendi. L. 1 § 3 l. 43 § 4 l. 65 D. h. t. Захватъ вещи съ цѣлью причинить другому лицу убытокъ или огорчить его не составляетъ похищенія. L. 22 pr. l. 53 pr. D. h. t., l 41 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2, l. 14 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5. Съ другой стороны не необходимо намѣреніе сохранить за собой то, что присвоивается. L. 54 § 1 D. h. t.—«Species.... lucri est, ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet». Поэтому ошибочно переводятъ встрѣчающееся въ источникахъ выраженіе animus lucri faciendi словами «корыстная» цѣль. Ср. еще l. 15 D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; l. 39 l. 82 D. h. t.; Paul. R. S. II. 31 § 12.

вещи или всей ея имущественной цѣнности [8]. Похищеніе совершаетъ и тотъ, кто желаетъ обогатиться чрезъ простое употребленіе вещи [9], или владѣніе [10], или инымъ образомъ [11].

3. Похищеніе не предполагаетъ взятіе вещи изъ чужаго хранилища [12]. Равнымъ образомъ оно не предполагаетъ, чтобы вещь находилась въ собственности лица, у котораго она похищается [13], но требуется, чтобы вещь вообще состояла въ отношеніи собственности [14].

4. Похищеніе предполагаетъ движимую вещь [15]. Впрочемъ при насильственномъ отнятіи недвижимыхъ вещей имѣетъ мѣсто искъ о возмѣщеніи убытковъ по началамъ иска о похищеніи [16].

---

[8] L. 1 § 3 D. h. t..—«vel ipsius rei». Сюда относится кромѣ кражи нѣмецкаго права (прим. 2): a) противозаконное присвоеніе найденныхъ вещей l. 43 § 4. 11 D. h. t., l. 9 § 8 l. 31 § 1 l. 44 D. de A. R. D. 41. 1; § 48 I. de R. D. 2. 1); b) сокрытіе въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, т. е. противозаконное присвоеніе вещей, которыя имѣются уже въ рукахъ (l. 1 § 2 l. 67 pr. D. h. t., l. 29 p.; D. dep. 16. 3, l. 3 § 18 D. de poss. 41. 2; l. 71 pr. D. h. t.; l. 52 § 7 D. h. t.; l. 43 § 1 l. 52 § 16 D. l. 7 C. h. t., l. 22 § 7 D. mand. 17. 1, l. 25 D. de don. 39. 5; l. 33 D. h. t., l. 1 § 22 l. 2 § 1 D. de tutelae 27. 3; l. 16 § 6 D. h. t.); c) противозаконное отчужденіе чужихъ вещей (3 I. de usuc. 2. 6, i. 73 D. l. 6. 16 C. h. t., l. 78 D. de sol. 46. 3), или заложенныхъ—собственникомъ ихъ (l. 19 § 6 l. 66 pr. D. h. t.); d) противозаконное принятіе чужихъ вещей, которыя собственникъ даетъ вслѣдствіе заблужденія, безъ намѣренія передать ихъ въ собственность (l. 44 § 1 l. 66 § 4 D. h. t.), или хотя съ такимъ намѣреніемъ, но подъ ошибочнымъ предположеніемъ (§ 180 прим. 16, § 181 прим. 4).

[9] L. 1 § 3 D. h. t.:—«vel etiam usus eius». L. 54 § 1 D. h. t.:—«ex quo satis apparet furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat. L. 40 l. 48 § 4 l. 54 pr. l. 71 pr. l. 76 l. 82 pr. D. h. t., § 6. 7 I. h. t., l. 16 D. de cond. furt. 13. 1, l. 5 § 8 D. comm. 13. 6.

[10] L. 1 § 3 D. h. t.:—«possessionisve». Сюда относится случай, когда собственникъ отбираетъ вещь у того, который вправѣ удержать ее (l. 15 § 2 l. 20 § 1 l. 53 § 4 l. 59 D. h. t.; l. 20 § 1 l. 53 § 4 D. h. t.; l. 15 § 2 D. h. t.; l. 15. § 1 l. 20 § 1 D. h. t.; l. 19 § 5. 6 l. 20 pr. D. h. t., § 10. 14 l. h. t., l. 36 pr. D. de pign. act. 13. 7). Другіе (Марецоль Arch. f. civ. Pr. VIII стр. 284 слѣд.. ф. Бухгольцъ iurist. Abh. nr. 26), ссылаясь на авторитетъ Теофила (къ § 1. I. h. t.), относятъ выраженіе furtum possessionis къ случаю сокрытія. См. объ этомъ и противъ этого Вертеръ стр. 362, Вангеровъ III § 679 прим. 1.

[11] Напримѣръ кто нибудь уничтожаетъ документъ съ цѣлью лишить другое лицо доказательства противъ него, l. 27 § 3 l. 31 § 1 D. h. t., l. 41 § 1 D. ad. leg. Aq. 9. 2, ср. l. 52 § 23 D. h. t.

[12] См. случаи, указанные въ примѣч. 8.

[13] Furtum rei suae, § 10 I. h. t. См случаи, указанные въ примѣч. 10; далѣе l. 19 § 6 l. 66 pr. D. h. t. (прим. 8. c.). Также l, 26 § 1 D. h. t. (l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1).—Похищеніе общей вещи. l. 45 D. h. t.

[14] L. 43 § 5 D. h. t., l. 6 D. expil. her. 47. 19.

[15] — «abolita est enim quorundam veterum sententia (ср. Gell. N. A. XI. 18) existimantium, etiam fundi locive furtum fieri», § 7 I. de usuc. 2 6, l. 38 D. de usurp. 41. 3; l. 25 pr. D. h. t.

[16] L. 1 § 1 l. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. h. t. Впрочемъ, требованіе возмѣщенія убытковъ, на практикѣ, безконечно менѣе важно при недвижимыхъ

2. Обязанности.

§ 208. 1. Изъ похищенія возникаетъ искъ [1] о возвращеніи похищеннаго и уплатѣ полнаго интереса [2]. Безразлично имѣетъ ли еще похититель похищенное, или нѣтъ, а равно и потеря имъ онаго, какимъ бы образомъ она ни послѣдовала, и по винѣ ли его, или безъ вины [3]; онъ отвѣчаетъ даже тогда, когда похищенное вовсе не попало въ его руки [4]. Одинаковую съ похитителемъ отвѣтственность несетъ и его пособникъ [5]. Многіе похитители отвѣтствуютъ какъ солидарные должники [6]. Искъ имѣетъ: собственникъ [7], лицо, которому принадлежитъ другое право на вещь [8], юридическій владѣлецъ [9]; по современному же праву искъ долженъ быть признанъ и за владѣльцемъ отъ чужаго имени, отвѣтствен-

---

вещахъ, чѣмъ движимыхъ, такъ какъ первыя не могутъ быть сокрыты. Оно получаетъ важность тогда, когда понесшій убытокъ не имѣетъ права на вещь, напр. condictio possessionis.

[1] Dig. 13. 1. Cod. 4. 8 de condictione furtiva. Требованіе есть требованіе изъ § 208. деликта въ формѣ иска изъ неосновательнаго обогащенія. См. 8 181.

[2] L. 3 D. h. t. (§ 181 прим. 2), l. 10 pr. eod.

[3] — «semper enim moram fur facere videtur», l. 8 § 1 D. h. t.; l. 8 pr. l. 16. 17 l. 20 D. l. 2 C. h. t. Ср. § 30 прим. 9.

[4] Это бываетъ тогда, когда онъ для похищенія пользуется дѣятельностью другаго лица, которое за симъ присвоиваетъ себѣ вещь. L. 19 D. de act. rer. am. 25. 2.

[5] Положеніе это не несомнительно. Здѣсь имѣется противорѣчіе между l. 6 D. h. t. и l. 53 § 2 D. de V. S. 50. 16. Примирить эти мѣста, по моему мнѣнію, невозможно; напротивъ, я вижу въ нихъ выраженіе двойственнаго характера condictio furtiva (§ 181 прим. 4). Они, такимъ образомъ, взаимно уничтожаются, и рѣшеніе слѣдуетъ искать въ природѣ вещи. Но это рѣшеніе не можетъ быть сомнительнымъ. Требованіе изъ похищенія есть деликтный искъ, и оно облечено въ форму иска изъ обогащенія лишь «odio furum» (§ 181 прим. 3); слѣдовательно, изъ кондикціоннаго характера его не слѣдуетъ дѣлать вывода, неблагопріятнаго для потерпѣвшаго, если къ такому выводу не принуждаютъ источники. См. также l. 20 D. de act. rer. amot. 25. 2. Ср. Бухка и Будде Entscheidungen V стр. 282 — 283 (Зейфф. Arch. XX. 134). Укрыватель? Ср. Зейфф. Arch. XVI. Стр. 202 внизу 203.

[6] L. 1 C. h. t.

[7] Собственникъ теряетъ искъ вслѣдствіе отчужденія вещи, но не вслѣдствіе потери собственности инымъ образомъ. L. 10. § 2. 3 l. 11 l. 12 pr. § 1 l. 14 D. h. t.

[8] Положеніе это доказывается прямо лишь относительно вѣрителя по закладу, l. 12 § 2 D. h. t., l. 22 pr. D. de ping. act. 13. 7, ср. l. 17 § 3 l. 18 D. de act. rer. am. 25. 2. Но нельзя, конечно, отказывать въ искѣ лицу, имѣющему вещное право, если такой искъ принадлежитъ третьему владѣльцу (прим. 9). Ср. также Йерингъ Abhandl. Стр. 132 слѣд., спеціально же, относительно вѣрителя по закладу,—Дернбургъ Pfandrecht II стр. 397 — 400. Если въ l. 1 D. h. t говорится: «In furtiva re soli domino condictio competit», то это сказано въ противоположность къ actio furti, которая принадлежитъ всякому, «cuius interset non subripi» (прим. 14). См. l. 14 § 16 D. de furt. 47. 2.

[9] L. 2 D. de cond. trit. 13. 3, l. 25 § 1 D. de furt. 47. 2. Противъ ограниченія добросовѣстнымъ владѣльцемъ см. Брунсъ Besitz стр. 30. 31. Condictio, которая дается собственнику l. 76 § 1 D. de furis противъ похитителя похищенной вещи, есть condictio rei, а не possessionis.

нымъ за вещь, а тѣмъ болѣе за тѣмъ, который имѣетъ имущественно-юридическій интересъ во владѣніи и сохраненіи вещи [10], но право это должно быть признано въ той лишь мѣрѣ, въ какой штрафной искъ изъ похищенія (№ 2) теряется по современному праву [11]. Искъ безъ всякихъ ограниченій переходитъ на наслѣдниковъ обязаннаго [12], погашаясь общимъ давностнымъ срокомъ.

2. Кромѣ того, по римскому праву, возникаетъ изъ похищенія штрафной искъ [13], въ пользу потерпѣвшаго [14], объ уплатѣ

---

[10] Слѣдовательно тому, кто имѣетъ право на удержаніе вещи: далѣе арендатору и узуфруктуарію въ случаѣ похищенія неотдѣленныхъ плодовъ.

[11] Поименованныя лица имѣли, по римскому праву, actio furti (прим. 14), которая восполняла собой недостающую имъ condictio furtiva (l. 14 § 16 cit., l. 12 § 5 D. de usufr. 7. 1). Здѣсь представляется пробѣлъ въ той мѣрѣ, въ какой actio furti не дѣйствуетъ болѣе (прим. 16. 17) по современному праву. Восполнить этотъ пробѣлъ представленіемъ безъ дальнѣйшаго condictio furtiva—я на врядъ ли считалъ бы возможнымъ, еслибъ въ этомъ отношеніи не имѣлъ точки опоры въ l. 22 § 4 C. de furt. 6. 2. Въ этомъ мѣстѣ Юстиніанъ даетъ мужу противъ жены, на случай похищенія полученной въ ссуду отъ третьяго лица вещи, вмѣсто недопускаемой actio furti (l. 1 D. de act. rer. am. 25, 2), – actio rerum amotarum, которая «condictio est», l. 26 D. eod. Ср. также l. 17 § 3 l. D. de act. rer. am. 25. 2, и къ этому Унтергольцнеръ § 329 e. Впрочемъ, вопросъ заключается лишь въ томъ, имѣетъ ли отвѣтственный владѣлецъ безусловно condictio furtiva; ибо переуступки иска онъ не можетъ требовать во всякомъ случаѣ при привлеченіи его собственникомъ къ отвѣтственности (§ 18 прим. 18). Исключеніе надо однако же дѣлать для случаевъ: a) когда владѣлецъ alieno nomine виновенъ въ зломъ умыслѣ; b) когда онъ несостоятеленъ къ платежу; c) когда онъ владѣніе получилъ не отъ собственника. Ибо въ этихъ случаяхъ онъ не имѣетъ и actio furti. L. 14 § 8. 9 D. de furt. 47. 2; l. 12 pr eod., § 15 I. de obl. quae ex del. 4. 1: l. 53 § 3 l. 71 pr. D. de furt. 47 2. Сказанное въ этомъ примѣчаніи признается не всѣми. Ср. Глюкъ XIII. Стр. 223. 225, Вехтеръ въ указ м. прим. 86, Сиитенисъ § 109 прим. 125. § 124 прим. 3, Арндтсъ § 223 въ концѣ.

[12] См. § 113 прим. 18.

[13] Actio furti. Выраженіе это употребляется иногда и для обозначенія иска о вознагражденіи изъ похищенія, такъ, напр., въ l. 71 pr. D. h. t. (de furtis 47. 2).

[14] Actio furti дается въ источникахъ вообще тому, «cuius interfuit non subripi», l. 10 l. 11 l. 12 § 2 D. h. t. 47 2. Въ частности собственнику, напр. l. 80 pr. § 1 D. h. t.; добросовѣстному владѣльцу § 15 I. h. t 4. 1, l. 12 § 1 l. 20 § 1 l. 52 § 10 l. 53 § 4 l. 74 D. h. t.; узуфруктуарію и узуарію l. 15 § 1 l. 20 § 1 l. 46 § 1, 3 D. h. t.; вѣрителю по залогу § 14 I. h. t. 4 1, l. 12 § 2 l. 14 § 5—7 l. 15 pr. l. 19 § 5. 6 l. 46 § 4 l. 66 pr. l. 87 D. h. t.; лицу, имѣющему право на удержаніе вещи, l. 53 § 4 l. 59, ср. l. 14 § 1 D. h. t.; арендатору вслѣдствіе его интереса въ пользованіи вещью, l. 14 § 2 l. 26 § 1 l. 82 § 1. ср. l. 52 § 8 D. h. t.; лицу, имѣющему (имущественно-юридическій) интересъ въ содержаніи письма, l. 14 § 17 D. h. t. Actio furti не дается лицу, не смотря на то, что оно вообще можетъ ею пользоваться, если оно можетъ по поводу похищенія привлечь къ отвѣтственности третье лицо, состоятельное къ платежу; напротивъ, въ этомъ случаѣ actio furti принадлежитъ этому послѣднему лицу, § 15 — 17 I. h. t. l. 12 pr. l. 14 § 3. 10—12. 14—17 l. 52 § 9 l. 78 D. h. t. Впрочемъ, это положеніе опять допускаетъ исключеніе въ томъ случаѣ, когда кто нибудь имѣетъ въ своихъ рукахъ чужія вещи безъ порученія собственника оныхъ; здѣсь владѣлецъ можетъ требовать отъ собственника лишь переуступки actio furti, когда онъ вслѣдствіе похищенія привлекается имъ къ отвѣтственности. L. 53 § 3 l. 85 D. h. t. Другое исключеніе въ l.

стоимости похищеннаго, или причиненнаго вреда, въ двойномъ размѣрѣ а при поимкѣ похитителя при самомъ похищеніи—въ четвертномъ [15]. Искъ этотъ не допускается принципіально въ настоящее время, по колику похищеніе подлежитъ публичному наказанію [16]; но независимо отъ этого онъ навряд ли примѣняется [17].

3. Особенные случаи.

§ 209. 1. Грабежъ [1]. Въ грабежѣ содержится похищеніе [2], поэтому онъ порождаетъ искъ о вознагражденіи по началамъ послѣдняго [3]. Но, какъ таковой, грабежъ порождаетъ также спеціальный искъ о вознагражденіи [4], имѣющій слѣдующія особенности [5].

---

22 C. h. t. 6. 2, ср. § 16 I. h. t. Actio furti не принадлежитъ тому, «cuius non ex honesta causa interest», l. 11 l. 12 § 1 l. 14 § 3. 4. 7 l. 76 § 1 D. h. t., ср. l. 71 § 1 eod., а также и имѣющему на вещь право требованія, если онъ можетъ лишь требовать выдачи ея выгодъ, l. 14 pr. § 1 l. 80 pr. D. h. t., l. 66 § 5 l. 85 ср. l. 13 eod.; она не дается равнымъ образомъ поручителю за лицо, отвѣтствующее за похищеніе, l. 14 § 10 l. 85 D. h. t. Изъ этого видно неточность выраженія источниковъ о томъ, что actio furti принадлежитъ тому «cuius interest». См. также l. 49 § 1 eod. Ср. Гассе Culpa Гл. 10 и къ этому Моммзенъ Beiträge III стр. 383 слѣд., далѣе выше § 80 прим 12 и спеціально о l. 71 § 1 cit. писателей, цитированныхъ подъ § 11.

[15] L. 50 pr. l. 80 § 1 l. 67 § 1. 2 D. h. t. 47. 2, l. 27 l. 32 pr. eod.; l. 46 § 1 eod, l. 46 § 4 l. 87 eod.; l. 74 eod.

[16] Слѣдовательно, во всякомъ случаѣ, при грабежѣ, воровствѣ, утайкѣ. Ибо римское право давало частный штрафъ рядомъ съ публичнымъ лишь элективно, l. 56 § 1 l. 92 D. h. t. 47. 2. См. § 80 прим. 4. 5. Наказаніе, которое P. G. O. ст. 157. 158 полагаетъ за малую (ниже 5 гульденовъ) простую кражу, присужденіемъ къ уплатѣ стоимости вещи вдвойнѣ, не есть частный штрафъ. См. цитированное примѣчаніе 5 въ концѣ.

[17] Дерогативное обычное право принимаетъ Вехтеръ стр. 392—394. Осторожнѣе Геффтеръ Strafr. § 505. Ср. тамъ же § 490. 508. 509.

[1] Inst. 4. 2 de vi bonorum raptorum. Dig. 47. 8. bonorum raptorum et de turba. § 209. Cod. 9. 33 vi bonorum raptorum. Унтергольцнеръ II стр. 724—726, Синтенисъ II стр. 738.

[2] Pr. I. h. t. l. 22 § 10 D. h. t., l. 80 § 3 l. 48 § 7 l. 52 § 30 D. de furt. 47. 2.

[3] L. 2 § 26. 27 D. h. t., l. 10 § 1 D. de cond. furt. 13. 1.

[4] Actio vi bonorum raptorum. Actio vi bonorum raptorum есть, впрочемъ, actio mixta: она требуетъ одновременно вознагражденія и наказанія, и притомъ наказанія тройной стоимостью вещи, такъ что въ совокупности она идетъ на quadrupli Pr. I. h. t., l. 1 C. h. t., § 19 I. de act. 4. 6. Ср. ниже прим. 9. Actio vi bonorum raptorum было создано во время гражданскихъ войнъ противъ грабежа и поврежденія hominibus armatis coactisque. Homines armati опущены въ креторскомъ эдиктѣ въ той редакціи, въ которой онъ содержится въ пандектахъ (l. 1 pr. D. h t.), интерпретація же выпустила и требованіе homines coacti, ограничившись однимъ насиліемъ (l. 2 § 7 D. h. t., гдѣ слѣдуетъ читать: haec enim quod sit: *hominibus coactis*, sic accipere dubemus: *etiam hominibus coactis*, ut sive solus vim fecerit, sive etiam hominibus coactis *cett.* Ср. Савиньи Zeitschr. f. gesetzg. R. W. V. 3 и verm. Schrift III стр. 228 слѣд., Ph. Ed. Huschke въ Im. G. Huschke Analecta lit. p. 76 sqq., Keller Semestria ad M. Tull. Cic. lib. III.

[5] Впрочемъ, это требованіе простирается равнымъ образомъ на весь интересъ, l. 3

a) Искъ этотъ обосновывается, коль скоро ограбленный можетъ доказать какой либо интересъ, хотя бы то было и не имущественно-юридическій [6]. b) Отвѣтственность несетъ и зачинщикъ [7]; напротивъ c) наслѣдникъ отвѣчаетъ лишь съ тѣми ограниченіями, которыя вообще допускаются при деликтномъ искѣ [8]. Но возникающій изъ грабежа искъ простирается, по римскому праву, кромѣ вознагражденія, и на возмѣщеніе, въ видѣ штрафа, стоимости заграбленнаго втрое [9]; послѣднее въ теченіе одного года (tempus utile). Теперешняя примѣнимость этого штрафнаго придатка не исключается принципіально, такъ какъ римское право назначаетъ публичное наказаніе рядомъ съ частнымъ штрафомъ [10]. Въ частности же сюда примѣнимы правила, изложенныя выше о штрафномъ искѣ изъ похищенія.

2. Искъ о вознагражденіи, который римское право даетъ при грабежѣ, кражѣ во время пожара, разрушеніи зданія и кораблекрушеніи, а также при грабежѣ чрезъ нападеніе на жилое помѣщеніе или корабль [11], имѣетъ ту особенность, что онъ простирается и противъ укрывателя [12]. Но и въ этомъ случаѣ искъ сопровождается, по римскому праву, въ теченіе двухъ лѣтъ, штрафнымъ

---

§ 24 D. h. t. Относительно l. 2 § 13 D. h. t. ср. l 50 pr. l. 80 § 1 l. 67 § 1. 2 l. 27 l. 32 pr. D. de furt. 47. 2. Требованіе погашается равнымъ образомъ общимъ срокомъ, и лишь относительно штрафа оно ограничивается annus utilis. Pr. I. h. t., l. 2 § 13 D. h. t., l. 2—5 C. h. t.

[6] Такъ слѣдуетъ понимать l. 2 § 23 24 D. h. t. Et generaliter dicendum est: ex quibus causis furti mihi actio competit in re clam facta, ex iisdem causis habere me hanc actionem (ср. § 2 I. h. t.). Dicet aliquis: atquin ob rem depositam furti actionem non habemus (§ 17 I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 14 § 3 D. de furt. 47. 2). Sed ideo addidi: si intersit nostra, non esse raptam. Nam et furi actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi mercedem, accepi Utilius dicendum est, etsi cesset actio furti ob rem depositam, esse tamen vi bonorum raptorum actionem ср. l. 14 § 3 cit.: — «quid enim eius interest, si dolo ca teat»?), quia non minima differentia est inter eum, qui clam facit, et eum, qui rapit, cum ille calet suum delictum, hic publicet et crimen etiam publicum admittat. Si quis gitur interesse sua vel modice docebit, debet habere vi bonorum raptorum actionem».

[7] L. 80 § 4 D. de furt. 47. 2, l. 3 § 2—6 D. h. t. Ср. § 11 i. f. I. de obl. quae ex del. 4. 1, l. 53 § 2 D. de V. S. 50. 16 и § 453 прим. 5.

[8] См. § 113 num. 2. По римскому праву наслѣдникъ не отвѣтствуетъ даже въ размѣрѣ обогащенія, — «quia putavit (praetor) sufficere condictionem», l. 2 § 27 D. h. t.

[9] См. прим. 4 къ A. L. 2 § 13 D. h. t.

[10] L. 2 § 1 D. h. t., каковое мѣсто другіе понимаютъ въ смыслѣ элективной конкурренціи. Но см. также C. un. C. quando civ. actio 9. 31, и ср. подробности у Вехтера Lehrb. d. Strafr. I стр. 259. Публичное наказаніе, назначаемое римскимъ правомъ за грабежъ, касается, конечно, грабежа не какъ таковаго, а той стороны его, которая отличаетъ его отъ другихъ случаевъ похищенія, со стороны насилія (vis).

[11] Dig, 47. 9 de incendio ruina, naufragio rate nave expugnata. Унтергольцнеръ II § 690.

[12] L. 3 § 3. 4 D. h. t.

придаткомъ въ размѣрѣ тройной стоимости [13]. О теперешней примѣнимости этого придаточнаго штрафа слѣдуетъ сказать тоже, что было сказано о примѣнимости штрафнаго иска изъ грабежа и кражи вообще [14].

3. Искъ изъ грабежа и кражи, совершаемыхъ откупщикомъ публичныхъ налоговъ или ихъ людьми при отправленіи ими своего дѣла, увеличивается въ двойномъ размѣрѣ, если не послѣдуетъ добровольнаго возвращенія до постановленія рѣшенія; но увеличеніе это обусловливается предъявленіемъ иска въ теченіе одного года (tempus utile) [15].

4. Похищеніе наслѣдственныхъ вещей, во владѣніе которыми не вступилъ еще наслѣдникъ, римское право квалифицируетъ не какъ похищеніе [16], а какъ особенный проступокъ [17], вслѣдствіе чего оно не даетъ изъ него частнаго иска о вознагражденіи [18]. Въ настоящее время похищеніе наслѣдственныхъ вещей наказывается какъ кража, по скольку оно содержитъ въ себѣ признаки послѣдней [19], и посему оно, относительно гражданскихъ послѣдствій, должно разсматриваться какъ кража. За исключеніемъ этого случая, изъ подобнаго похищенія нельзя въ настоящее время требовать возмѣщенія убытковъ по началамъ похищенія [20].

---

[13] L. 1 pr. D. h. t.

[14] Публичный штрафъ, на который ссылается l. 1 § 1 D. h. t.. опредѣленъ какъ разъ за этотъ проступокъ.

[15] L. 1 pr. — § 5 l. 4 pr. l. 5. 6. 13. D. de publicanis 39. 4. Ср. § 15 прим. 12. 15. Римское право содержитъ въ себѣ для этого случая другое спеціальное опредѣленіе, въ силу котораго если проступокъ совершенъ посредствомъ раба, то откупщикъ обязанъ выдать послѣдняго, въ противномъ случаѣ онъ не имѣетъ права на пехае datia. L. 1 § 6 l. 2. 3 l. 12 D. tit. cit Ср. ф. Висъ Haftung für fremde Culpa стр. 62 слѣд.

[16] «Rei hereditariae furtum non fit», l. 6 D. expil. her. 47. 19, l. 2 § 1 eod., l. 14 § 14 D. de furt. 47. 2. Положеніе это объясняется изъ допускаемой usucapio pro herede наслѣдственныхъ вещей, не имѣющихъ владѣльца (Gai II. 52—58). Хотя эта usucapio и была впослѣдствіи отмѣнена, но указанное положеніе осталось тѣмъ не менѣе въ силѣ (Gai. II. 57). Другое объясненіе его происхожденія въ l. 1 § 15 D. si is qui test. 47. 4. См. объ этомъ, какъ и о послѣдующемъ: Вехтеръ Lehrb. d. strafr. II § 197 прим. 98 и Rechtslex. стр. 383—385, Arndts Rhein. Mus. II стр. 132, Унтергольцнеръ Verjährungslehre I стр. 209 — 212. Шартеръ vom Erbrecht § 7 прим. 15).

[17] Crimen expilatae hereditatis. Dig. 47, 19 expilatae hereditatis. Cod. 9. 32 de crimine expilatae hereditatis.

[18] Оно указываетъ на rei vindicatio, actio ad exhibendum, hereditatis petitio, actio familiae erciscundae. Кромѣ того вознагражденіе можно было получить и въ порядкѣ accusatio L. 2 § 1 l. 3 D. l. 4 C. h. t., l. 3 C. fam. erc. 3. 36, l. 6 C. l. 4 D. h. t.

[19] Вехтеръ Lehrb. II стр. 332 и Rechtslex стр. 422; Гефертеръ Strafr. § 514.

[20] Но лишь по началамъ злаго умысла, не говоря о тѣхъ способахъ, которыми защищается нарушенное право (§ 206). То, что actio doli положительно не называется въ источникахъ, есть лишь случайность. Если Арндтсъ § 323 прим. 4 говоритъ со-

5. Похищеніе, совершенное на кораблѣ, въ гостинницѣ или заѣзжемъ дворѣ людьми корабельщика, хозяина гостинницы или заѣзжаго двора, имѣетъ ту особенность, что изъ него можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности и самъ хозяинъ, и притомъ, по римскому праву, въ размѣрѣ двойной стоимости [21]. Теперешняя примѣнимость этого штрафнаго придатка не устраняется, по крайней мѣрѣ, въ принципѣ [22].

6. Постановленія римскаго права о случаѣ похищенія между супругами, въ виду намѣреваемаго или дѣйствительно послѣдовавшаго развода [23], не имѣютъ въ настоящее время практическаго значенія [24].

С. Повреждеціе.

1. Аквильскій законъ и его распространеніе *.

§ 210. 1. Аквильскій законъ [1] и его распространеніе относятся

всѣмъ неопредѣленно: «по современному праву и эта особенность не имѣетъ значенія», то онъ этимъ заходитъ, по моему мнѣнію, слишкомъ далеко.

[21] Dig. 47. 5 furti adversus nautas caupones stabularios. L. 6. 7 D. nautae caupones stabularii ut recepta restituant 4. 9, l. 5 § 6 D. de O. et A. 44. 7, § 3 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Унтергольцнеръ II § 696, ф. Виесъ Haftung für. fremde Culpa стр. 57 слѣд. Ср. выше § 138. То, что сказано о служащихъ хозяина гостинницы, примѣняется и къ тѣмъ, которые постоянно живутъ въ гостинницѣ, l. 1 § 6 D. h. t., l. 6 § 3 D. nautae 4. 9. ср. Гиммерталь Arch. f. pract. RW. R. S. II стр. 112 слѣд.

[22] Въ пользу ея высказались Шальтеръ (exerc. 49 § 14) и Стрикъ ad. h. t. § 1).

[23] Dig. 25 2 de actione rerum. amotarum. Cod. 5 21 rerum amotarum.

[24] На этотъ случай созданъ особый искъ, actio rerum amotarum ср. l. 1 D. h. t., l. 22 § 4 C. de furt. 6. 2; l. 17 pr. D. l. 2 C. h. t.; 11 l. 17 § 1 l. 19 l. 21 pr. D. h. t.; l. 6 § 5 l. 22 § 1 D. h. t., но искъ этотъ поглощается condictio furtiva, которая имѣетъ мѣсто рядомъ съ нимъ (l. 24 l. 17 § 2 D. h. t.) Ибо actio rerum amotarum не даетъ больше правъ, чѣмъ condictio furtiva, ср. l. 26 D. h. t.; l. 21 § 3. 4 l. 17 § 2 l. 3 § 3 l. 29 D. h. t.; l. 21 § 5 D.h. t., l. 20 D. h. t. въ связи съ § 208 прим. 5; напротивъ въ одномъ мѣстѣ она ограничивается противъ наслѣдниковъ требованіемъ въ размѣрѣ обогащенія (l. 3 C. h. t., въ противорѣчіи съ l. 6 § 4 D. h. t., попытки примирить эти мѣста у Глюка XXVIII стр. 16 слѣд., ср. Франке Beiträge стр. 38. 39). Остается лишь принять, что actio rerum amotarum обязано своимъ происхожденіемъ времени, когда condictio не признавалась еще средствомъ получить возмѣщенія убытковъ, причиненныхъ похищеніемъ. О томъ, что condictio furtiva допускалась и въ другихъ случаяхъ похищенія между супругами и во время существованія брака, см. l. 6 § 5 l. 25 D. h. t. Ср. также Сintенисъ III § 132 прим. 1. (Бринцъ стр. 1303).

§ 210. * Inst. 4. 3 de lege Aquilia Dig. 9. 2 ad legem Aquiliam. Cod. 3. 35. de lege Aquilia. — А. Пернисъ zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach. romischem Recht (1866). Объ этомъ Экснеръ krit. VISchr. XI стр. 312 слѣд.) ф. Леръ Theorie der Culpa стр. 81 слѣд. Гасse die Culpa des römischen Rechtes стр. 17—72. Глюкъ X стр. 306 слѣд ; Унтергольцнеръ II стр. 690—703, Сантенисъ II стр. 760—764, Вангеровъ III § 681 прим. 1—3.

[1] Lex Aquilia. Плебисцитъ трибуна Аквилія. l. 1 § 1 D. h. t. Законъ изданъ еще до 7 столѣтія ab urbe condita; въ частности же время его возникновенія неизвѣстно. Рудорфъ röm. RGeschichte I § 41 прим. 3. Пернисъ стр. 15 слѣд.

къ причиненію вреда по тѣлеснымъ вещамъ. Самъ аквильскій законъ называлъ лишь опредѣленные случаи поврежденія цѣлости тѣлесной вещи чрезъ непосредственное на нее воздѣйствіе [2]. Но эти постановленія были распространены на всякое поврежденіе цѣлости тѣлесной вещи [4], хотя бы то было и не чрезъ непосредственное воздѣйствіе [5], и даже на причиненіе вреда по тѣлеснымъ вещамъ безъ поврежденія ихъ цѣлости [6]. Они, далѣе, были распространены на поврежденіе свободныхъ людей [7].

2. Поврежденіе должно быть слѣдствіемъ положительнаго дѣянія [8]; упущеніе обязываетъ лишь по стольку, по скольку дѣяніе необходимо вызывалось предшествующей или послѣдующей дѣятельностью [9].

---

[2] Lex Aquilia трактовала въ caput primum (l. 2 pr. D. h. t., pr. I. h. t.) объ умерщвленіи раба и pecus. О послѣднемъ понятіи см. l. 2 § 2 D. h. t.: — «servis. . exaequat quadrupedes, quae pecudum numero sunt et gregatim habentur»; далѣе I. h. t., l. 65 § 4 D. de leg. III° 32, Paul. R. S. III. 6 § 73, по которымъ къ pecudes въ частности причислялись: овцы, козы, телята, лошади, ослы, мулы, свиньи, также верблюды и слоны, но не собаки. Въ caput tertium (l. 27 § 5 D. h. t.) lex Aquilia постановляла о всякомъ иномъ поврежденіи (включая и истребленіе) тѣлесной вещи посредствомъ urere, frangere, rumpere. Содержаніе caput secundum, о которомъ институціи лаконически говорятъ: «in usu non est», явствуетъ изъ Gai. III. 215. Ср. Рудорфъ röm. RGeschichte I стр. 99. Относительно прежнихъ попытокъ опредѣлить содержаніе этого caput secundum см. цитаты у Вангерова III стр. 598 (7 изд. стр. 577) пг. 2.

[3] Формальнымъ средствомъ для такого распространенія служило предоставленіе utilis actio legis Aquiliae или actio in factum. Матеріальное различіе между этими двумя формами иска не видно. Савиньи Sust. V. стр. 95. 96, Вангеровъ III § 681 прим. 1 пг. 2 въ концѣ, Пернисъ стр. 157 слѣд. Впрочемъ въ нѣкоторыхъ весьма важныхъ случаяхъ распространенія римляне ограничивались actio directa legis Aquiliae: ибо стародавняя интерпретація понимала «rumpere» третьей главы въ смыслѣ «corrumpere». L. 27 § 13 слѣд. D. h. t., § 13 I. h. t. въ сравненіи съ § 14 eod.

[4] Ср. напр. § 13 I. h. t., l. 27 § 15. 18. 19. 22. 25 D. h. t.

[5] L. 7 § 3. 6 l. 9 pr. § 1 2. 3 l. 11 § 1. 5 l. 27 § 35 l. 29 § 5. 7 l. 30 § 3 l. 53 D. h. t., l. 6 C. h. t., § 16 I. h. t., l. 3 § 1 l. 4 D. de serv. corr. 11. 3, l. 13 pr. D. loc. 19. 2, l. 14 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 51 D. de furt. 47. 2, l. 2 § 20 D. vi bon. rapt. 47. 8. Ср. Унтергольцнеръ § 674. с. Вангеровъ § 681 прим. 1 Nr. II 2, Пернисъ стр. 144 слѣд. о l. 57 D. loc. 19. 2 (ср. 18 D. de S. P. U. S. 2, l. 30 § 3 D. h. t.) см. Леръ стр. 158 слѣд. Гассе стр. 30 прим. 2, Циммернъ Noxalklagen стр. 2 см. Рейнгардъ Arch. f. civ. Pr. XXX стр. 224 прим. 26, Пернисъ 176 слѣд.

[6] L. 27 § 21 D. h. t., § 16 i. f. I. h. t., l. 7 § 7 D. de dolo malo 4. 3, l. 14 § 2 l. 23 D. de praescr. verb 19. 5, l. 55 D. de A. R. D. 41. 1, l. 50 § 4 D. de furt. 47. 2; l. 30 § 2 D. h. t.; l. 27 § 14 ср. § 20 D. D. h. t.; l. 27 D. de pign. 20. 1. См. также Зейфф. Arch. XVI. 114, XVIII. 246. Далѣе же, т. е. за моментъ причиненія вреда тѣлесной вещи, не шли, какъ нѣкоторые утверждали на основаніи § 16 I. h. t. и l. 33 § 1 D. h. t. Ср. § 206 прим. 1; впрочемъ и Зейфф. Arch. XVII 224 (стр. 358).

[7] L 13 pr. l. 5 § 3 l. 6. 7 D. h. t.

[8] L. 13 § 2 D. de usufr. 7. 1.

[9] L. 8 pr. l. 27 § 9 l. 31 D. h. t., § 5. 6 I. h. t., Coll. XII. 7. § 7. Зейфф.

3. Изъ вреднаго дѣянія указаннаго вида возникаетъ искъ о вознагражденіи вреда, если дѣяніе это было противозаконно [10]. Для противозаконности требуется: a) чтобы причинившій вредъ не имѣлъ права на причиненіе онаго [11]; b) чтобы повреждение могло быть вмѣнено ему въ вину. Виной есть здѣсь уже одна небрежность; злой умыселъ не необходимъ [12]. Вина устраняется извинительнымъ заблужденіемъ, въ силу котораго нанесшій вредъ полагалъ, что онъ можетъ предпринять повреждение [13].

Arch. III. 55, IV. 96, X. 164. 165. XIII. 28, XV. 129. Др. мн. Бушъ Arch, f. civ. Pr. XLV стр. 139 слѣд., утверждающій, что упущеніе обязываетъ къ возмѣщенію убытковъ уже тогда, когда дѣяніе предписано «закономъ или договоромъ», далѣе Пернисъ стр. 164, который уравниваетъ упущенія съ дѣяніями, обращая лишь вниманіе на то, дѣйствительно ли въ дѣяніи заключается вина. Я не думаю, чтобы этимъ писателямъ удалось устранить l. 13 § 2 D. de usufr. (прим. 8), а мнѣ кажется, что это мѣсто менѣе трудно мирится съ излагаемымъ здѣсь воззрѣніемъ. Противъ послѣдняго не говорятъ l. 44. 45 pr. D. h. t.; ибо см. l. 2—5 D. nex. act. 9. 4. (Будде и Шмидтъ Entscheid роштокскаго об. аппел. суда VI. стр. 254 слѣд.).

[10] Damnum iniuria datum. Слово iniuria употреблялось даже въ l. Aquilia. Пернисъ стр. 26 слѣд.

[11] L. 151 D. de R. l. 50. 17. «Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet». L. 55 l. 155 § 1 D. eod. Ср. I § 121 прим. 2. Примѣры законнаго причиненія убытковъ: повреждение причиняется по распоряженію компетентной правительственной власти, l. 29 § 7 D. h. t., l. 13 D. de per. et. comm. 18. 6; на основаніи права наказанія, l. 5 § 3 D. h. t.; при личной оборонѣ, l. 4 l. 5 pr. l. 45 § 4 l. 52 § 1 D. h. t., § 2 I. h. t., l. 29 § 1 D. h. t., для отвращенія вреда отъ самаго себя (въ случаѣ крайней необходимости), l. 29 § 3 l. 49 § 1 D. h. t., l. 3 § 7 D. de incend. 47. 9. l. 14 pr. D. de praescr. verb. 19. 5 ср. l. 7 § 4 D. quod. vi aut. cl. 43. 24. Пернисъ стр. 34 слѣд. Ср. также Зейфф. IV. 34, XIII. 30, XVII. 41. (Ср. XXII. 144).

[12] L. 5 § 1 l. 31 l. 44 pr. D. h. t., § 3. 14 I. h. t. L. 31 cit.: — «culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum». L. 44 pr. cit. «In lege Aquilia et levissima culpa venit». Унтергольцнеръ II стр. 697: «Аквильскій законъ получаетъ.... примѣненіе, когда не было употреблено осторожности, которой можно ожидать отъ порядочнаго человѣка, при чемъ безразлична степень отсутствія осторожности». Гассе стр. 63 слѣд., Пернисъ стр. 46 слѣд. — Въ частности: l. 7 § 2. 4 l. 9 § 4 l. 10 l. 11 pr. l. 27 § 33 l. 30 § 3 l. 31 l. 52 § 4 D. h. t., § 4—6 I. h. t.; l. 7 § 8 l. 27 § 9 D. h. t., § 7. 8 I. h. t., l. 1 § 5 D. si quadrup. 9. 1. l. 132 D. de R. I. 50. 17. Зейфф. Arch. IV. 48 VII. 320. XVII. 41. Виновность по отсутствію старанія при выборѣ другихъ или при надзорѣ за другими (напр. при надзорѣ за дѣтьми и подчиненными): l. 27 § 11 D. h. t.; Зейфф. Arch. VII. 318, XIII. 140, XIV. 35, XV. 26. То обстоятельство, что понесшій вредъ находится къ нанесшему вредъ въ особенномъ правоотношеніи, которое обязываетъ его къ отвѣтственности лишь за злой умыселъ, не измѣняетъ его отвѣтственности за повреждение, какъ таковое, и вслѣдствіе небрежности. Ср. l. 13 pr. D. de lib. causa 40. 12, l. 1 § 2 D. si is qui test. 47. 4, также l. 5 § 3 i. f. D. h. t. Впрочемъ, въ этомъ отношеніи многіе другаго мнѣнія; см. объ этомъ Вангеровъ III § 681 прим. 3 nr. II, Гольцшуеръ III § 326 nr. 5, Пернисъ стр. 78 слѣд.—Доказывать виновность, по скольку она не явствуетъ изъ обстоятельствъ, обязанъ истецъ, Веберъ Beweisführung § 21, Вехтеръ Würtemb. Privatr. II § 113. I, Бушъ Arch. XLV. стр. 148 слѣд., Пернисъ стр. 230 слѣд. Ср. впрочемъ Зейфф. Arch. VII. 320, XVI. 113.

[13] Слѣдовательно тѣмъ, что наносящій вредъ считалъ себя, въ силу такого заблуж-

Право иска принадлежитъ: собственнику [14], лицу, имѣюще му другое право на вещь [15], добросовѣстному владѣльцу [16], лицу, имѣющему обязательное право на пользованіе плодами, если повреждены неотдѣленные плоды [17]—даже несобственнику противъ собственника [18].

5. Искъ простирается на доставленіе полнаго интереса [19]. При исчисленіи цѣнности поврежденной вещи, слѣдуетъ принимать въ соображеніе лишь извѣстный періодъ времени, до поврежденія: годъ, если было убито животное изъ класса домашнихъ [20]; мѣсяцъ — при всякомъ иномъ поврежденіи [21]. Но такъ какъ этотъ способъ исчисленія стоимости содержитъ въ себѣ штрафъ для виновника [22], то въ настоящее время онъ подлежитъ устраненію въ

денія, собственникомъ или не зналъ права другаго лица на вещь. Штелцель Arch. f. civ. Prax. XXXIX стр. 67—69, Пернисъ стр. 194 слѣд.

[14] L. 2 pr. l. 27 § 5 D. h. t., l. 11 § 6 l. 13 pr. l. 43 D. h. t. Lex Aquilia называла только dominus'а, поэтому всѣмъ другимъ лицамъ можно было давать лишь utilis legis Aquiliae или actio in factum. Ср. Пернисъ стр 183 слѣд..

[15] L. 11 § 10 l. 12 l. 17 pr. l. 30 § 1 D. h. t., l. 17 § 3 D. de usufr. 7. 1, l. 27 D. de pign. 20. 1, l. 5 § 3 (ср. l. 1) D. arb. furt. caes. 47. 7. Йерингъ Abhandlungen стр. 129. 130. 138 слѣд., Пернисъ стр. 198 слѣд.

[16] L. 11 § 8 l. 17 pr. D. h. t.

[17] L. 27 § 14 D. h. t. Но не лицу, имѣющему другое какое нибудь обязательственное право, l. 11 § 9 D. h. t, l. 18 § 5 D. de dolo 4. 3, l. 13 § 12 D. de A. F. V. 19. 1. Гассе стр. 244 прим. 1, Вангеровъ § 681 прим. 1 nr. II. 1 въ концѣ, Пернисъ стр. 206 слѣд.

[18] L. 12 l. 17 pr. D. h. t. Пернисъ стр. 196—198.

[19] L. 21 § 2 l. 22 l. 23 pr. § 2. 4 l. 33 pr. i. f. l. 37 § 1 l. 55 D. h. t., § 10 I. h. t. Пернисъ стр. 238 слѣд. Возмѣщеніе потерянной прибыли: § 258 прим. 16. Возмѣщеніе вреда, который могъ быть предотвращенъ нанесшимъ таковой: тамъ же прим. 17. 18, но см. также Пернисъ стр. 58 слѣд. 174 слѣд. Спеціально о содержаніи иска вѣрителя по закладу: Штелцель Arch. f. civ. Pr. XXXIX. 2, Шмидтъ Cession I стр. 17 21 слѣд., Дернбургъ Pfandr. II стр. 402 слѣд., Пернисъ стр. 200 слѣд.,—о содержаніи иска добросовѣстнаго владѣльца: ср. Madau Arch. f. civ. Pr. XXVI стр. 219 слѣд., Йерингъ Abhandlungen стр. 112 см. Моммзенъ Beiträge II стр. 242 см. Виндшейдъ Heid. krit. Zeitschr. II стр. 560, Штелцель, въ указ. м. стр. 68 прим. 69, Пернисъ стр. 191 слѣд. Поврежденіе свободнаго человѣка: l. 13 l. 5 § 3 l. 6. 7 D. h. t.; Гольцшуеръ III § 326 nr. 4. b; Зейфф. Arch. IV. 227 VIII. 222, IX. III, XIII. 29. 215, XIV. 235, XVIII. 42. Имѣютъ ли также вдова и дѣти убитаго искъ о возмѣщеніи убытковъ? Теоретически такой искъ не имѣетъ оправданія, но на практикѣ, какъ утверждаютъ, онъ допускается вездѣ. См. цитаты у Глюка X стр. 342 прим. 13, далѣе Зейффертъ III § 402 въ концѣ, Спитеннсъ II § 125 прим. 21 и рѣшеніи висбаденскаго об. апп. суда у Зейфферта Arch. XI. 44, XIII. 144, ср. тамъ же XV. 225.

[20] L. 2 pr. 21 pr. § 1 l. 23 § 2. 3. 5. 6. 7 l. 51 § 2 l. 55 D. h. t., § 9 I. h. t., § 19 I. de act. 4. 6. Ср. прим. 2.

[21] L. 27 § 5 l. 29 § 8 D. h. t., § 15 I. h. t. Gai. III. 218.

[22] § 9 I. h. t.; «Qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem. quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris». См. также § 19 I. de act. 4. 6, l. 11 § 2 D. h. t. Actio legis Aquilia, есть, конечно, actio poenalis уже потому, что она представляетъ собой деликтный искъ, р. l. 23 § 8 D. h. t., выше § 80 прим. 10 и Пернисъ стр. 116 слѣд.

той мѣрѣ, въ какой по современному праву повреждение наказывается публичнымъ штрафомъ ex officio [23]; но и независимо отъ этого указанный способъ не употребляется больше [24]. Послѣднее слѣдуетъ сказать и объ увеличеніи иска вдвойнѣ, наступающемъ, по римскому праву, вслѣдствіе отрицанія повреждения [25].

6. Въ связи съ указаннымъ штрафнымъ характеромъ иска стоитъ и падаетъ римское постановленіе, въ силу котораго за повреждение, причиненное многими лицами, можно искать вознагражденія съ каждаго изъ нихъ полностью [26]. Зачинщикъ, какъ таковой, не отвѣтствуетъ; но отвѣтственность несетъ тотъ, кто пользовался другимъ лицомъ, какъ орудіемъ для повреждения [27]. Наслѣдники

---

[23] См. § 80 4a. По римскому праву повреждение, какъ таковое, не наказывалось публичнымъ штрафомъ вообще. Только когда повреждение заключало въ себѣ другой проступокъ, то виновникъ могъ подвергнутся публичному наказанію, ср. l. 5 pr. l. 23 § 9 D. h. t., l. 14 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5, Coll. XII. 7 § 2; Перкисъ стр. 103. 131—132. Относительно того, въ какой степени повреждение подлежитъ, по современному праву, публичному наказанію, писатели общаго права расходятся въ мнѣніяхъ. См. указанія у Вехтера Strafrecht II § 202 прим.19, Геффтеръ Strafr. § 521.

[24] См. Геффтеръ Strafrecht § 521, и при осторожности дальше идти нельзя. См. § 80 прим. 5. Напротивъ Вехтеръ Strafr. II стр. 360 говоритъ: «указанные приватные штрафы.... у насъ совсѣмъ вышли изъ употребленія». Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что противъ современной примѣнимости указаннаго повышенія цѣнности высказываются даже такіе практическіе писатели, которые вообще считаютъ римскіе приватные штрафы неотмѣненными въ принципѣ, такъ напр. Бруннеманъ (ad. l. 27 h. t. n. 9, иначе конечно Paratitl. Wesenbec. h. t. qu. 9.), Шильтеръ (exerc. 19 § 61), Стрикъ (ad. h. t. § 2). Противъ теперешней примѣнимости см. также цитаты у Глюка X стр. 383 прим. 43 и рѣшеніе дрезденскаго об. апп. суда у Критца Rechtsfälle III стр. 222 слѣд. (Зейфф. Arch. I. 66); далѣе Тибо § 622, Зейфф. § 422, Синтенисъ § 125 прим. 17. За теперешнюю примѣнимость, безъ приведенія особыхъ доказательствъ, высказался Леръ Culpa § 18. Пухта (§ 388. g.) высказываетъ мнѣніе, что изъ римскихъ постановленій можно «по всякомъ случаѣ» сдѣлать теперь еще то примѣненіе, что истецъ не имѣетъ надобности доказывать стоимость по время повреждения, какую льготу даетъ истцу и Арндтсъ § 324 прим. V. Я не знаю, какъ оправдать это среднее мнѣніе, Ср. впрочемъ: a) Йерингъ Geist d. röm. Rechts II стр. 350; b) выше § 11 прим. 20.

[25] См. § 17 прим. 3. 15. Что на практикѣ не присуждаютъ болѣе въ платежу стоимости вдвойнѣ,—это признаетъ Шильтеръ exerc. 10. t. h. 65) и Стрикъ (ad. h. t. § 20), первый съ негодованіемъ, второй съ порицаніемъ (ср. ad tit. Dig.. XLIV. 7 § 5).

[26] L. 11 § 2 D. h. t.: — nam ex lege Aquilia, quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena». Но во всякомъ случаѣ многіе вредители отвѣтствуютъ солидарно § 52 прим. 15). Ср. Зейфф. Arch. I. 69 (Критцъ Rechtsfälle III стр. 218—228), VIII. 144.

[27] L. 37 pr. D, h. t. «Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est, qui iussit, si modo ius imperandi habuit. Quod si non habuit, cum eo agendum est, qui fecit». ср. l. 7 § 4 D. arb. furt; caes. 47. 7; далѣе l. 44 § 1 l. 45 pr. D. h. t. (къ этому прим. 9 въ концѣ и Зейфф. Arch. XVI. 220). См. также тамъ же X. 165. Тѣмъ менѣе отвѣтствуетъ безъ дальнѣйшаго порученіедавецъ или хозяинъ за вредъ, причиненный его повѣренными или слугами при исполненіи даннаго порученія или приказанія, Зейфф. Arch. XVII 34 (иначе X. 164, XV. 130, ср. впрочемъ XIV. 208). Онъ отвѣчаетъ лишь въ той мѣрѣ, въ какой онъ ви-

отвѣчаютъ, по общему правилу, въ размѣрѣ полученнаго наслѣдства [28]. Давность также общая.

7. При поврежденіи свободнаго человѣка можно, по современному праву, требовать, сверхъ возмѣщенія имущественнаго интереса, т. наз. платы за причиненое страданіе Schmerzensgeld) [29], [30], которая есть дѣйствительный штрафъ [31] и подлежитъ обсужденію по аналогіи съ искомъ объ обидѣ [32], [33].

повенъ въ выборѣ (выше прим. 12), или въ какой вредъ имѣетъ свое основаніе въ проступкѣ, въ которомъ онъ самъ виновенъ, напр. когда онъ для выполненія подлежащей дѣятельности поставилъ негодныя орудія (Зейфф. Arch. XIV. 208) Само собою разумѣется, что онъ отвѣчаетъ и тогда, когда вредъ причиненъ рабогой, предпринятой повѣреннымъ или слугой, и онъ присвоиваетъ себѣ эту работу, какъ собственную (Зейфф. Arch. IV. 119, VIII 53, XIV. 36; также VII. 150 относится сюда, хотя рѣшеніе это по своему выраженію идетъ гораздо далѣе). (Будде и Шмидтъ Entscheid. ростокскаго об. апп. суда VI. стр. 255 слѣд.).

[28] По римскому праву въ размѣрѣ обогащенія, l. 23 § 8 D. h. t., § 9 I. h. t. См. § 113 прим. 15. 16.

[29] Зейтцъ Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage (1860). См. кромѣ того Генслеръ Arch. f. civ. Pr. I стр. 146—155 (1820).

[30] Положеніе это основывается на практикѣ, которая нашла точку опоры въ P. G. O. (Здѣсь говорится, что судья, подвергающій кого нибудь пыткѣ безъ достаточнаго повода, обязанъ дать ему должное удовлетвореніе за стыдъ и боль (Schmerzen). Впрочемъ дѣйствіе иска о безчестьи по общему праву не безспорно. Противъ него высказались писатели, поименованные у Глюка X стр. 388 прим. 61 и у Вехтера Lehrb. d. Strafr. II стр. 183, въ новѣйшее же время оно оспаривается и Зейтцомъ въ указ. м. стр. 120 слѣд. Этотъ послѣдній писатель не отрицаетъ, правда, примѣненіе въ судебномъ порядкѣ иска о безчестьи, но отрицаетъ, чтобы это примѣненіе можно было признать выраженіемъ обычнаго права. Ибо платежъ за безчестье имѣетъ свое происхожденіе въ древнегерманской системѣ композицій, германскіе же частные штрафы отмѣнены обычнымъ правомъ. Но признавая даже правильнымъ указанный взглядъ на происхожденіе платежа за безчестье (взглядъ этотъ господствующій), оказывается, что примѣненіе иска о безчестьи по общему праву доказываетъ, что отмѣна была неполная. Зейтцъ ссылается далѣе на то, что дѣйствіе иска о безчестіи не можетъ основываться на обычномъ правѣ уже потому, что послѣднему недоставало бы разумности, такъ какъ, по принципу, наказаніе не есть частное право, а этотъ принципъ не допускаетъ исключенія. Но это объясненіе не доказано и противорѣчитъ, не говоря уже о другихъ искахъ, безспорному дѣйствію actio iniuriarum. Очевидно, что Зейтцъ ни во что не ставитъ Каролину, допускающую во всякомъ случаѣ это начало. Ср. противъ Зейтца и хорошія замѣтки Штинтцинга Krit. VJSchr. II стр. 592 слѣд. Въ пользу дѣйствія иска о безчестьи высказались высшія судилища—ольденбургское, мюнхенское и целльское (Зейфф. Arch. I. 220 IV. 227, XII. 131); противъ него—висбаденскій об. апп. судъ (XIII 31—потому, что практика, на которую ссылаются, погрѣшаетъ противъ положительнаго закона, l. 7 D. de his qui effud.! 9. 3). (Зейфф. Arch. XXIII. 31).

[31] Это оспаривается. Противниками изложеннаго объясненія должны считаться всѣ тѣ, которые понимаютъ искъ о безчестьи въ смыслѣ actio utilis legis Aquiliae, какъ это дѣлало господствовавшее въ прошломъ столѣтіи воззрѣніе, и дѣлаетъ еще теперь (Зейтцъ стр. 105). Но слѣдуетъ вспомнить, что безчестье (Schmerzen) и платежъ денегъ величины несоизмѣримыя; деньги за безчестье не суть, слѣдовательно, возмѣщеніе; если же онѣ не суть возмѣщеніе, то должны быть наказаніемъ. Конечно, мысль, лежащая въ основаніи иска о безчестьи, заключается въ томъ, что обиженному должно быть заплочено за его безчестье; но мысль каждаго приватнаго штрафа состоитъ именно

2. Другія постановленія.

§ 211. 1. За насильственное поврежденіе римское право даетъ искъ по началамъ грабежа [1]. Относительно теперешней примѣнимости штрафнаго придатка этого иска имѣетъ примѣненіе тоже, что было сказано о грабежѣ.

2. Изъ злоумышленнаго поврежденія въ случаяхъ, указанныхъ въ § 209 подъ № 2 и 3, римское право даетъ искъ по указаннымъ тамъ началамъ [2]. Относительно теперешней примѣнимости штрафныхъ придатковъ этихъ исковъ слѣдуетъ сказать тоже, что было сказано о примѣнимости штрафнаго придатка при искѣ изъ аквиліанскаго закона.

3. Тоже слѣдуетъ сказать о штрафномъ придаткѣ иска, даваемаго римскимъ правомъ изъ злоумышленнаго поврежденія при народныхъ скопищахъ: искъ этотъ простирается, въ теченіе года (tempus utile), сверхъ вознагражденія убытковъ, на взысканіе штрафа въ размѣрѣ исковой суммы [3]. Искъ о вознагражденіи имѣетъ ту особенность, что онъ простирается и на зачинщика [4].

въ томъ, что оскорбленному должно быть заплочено за причененную ему неправду. См. также Генслеръ стр. 147 прим. 4, Зейтцъ стр. 164 и цитированныхъ тамъ. Слѣдуетъ ли изъ штрафнаго характера платежа за безчестье, что таковой устраняется публичнымъ наказаніемъ ex officio за тѣлесное поврежденіе. Безъ дальнѣйшаго, нѣтъ; но господствующее мнѣніе противъ этого (см. учебники угол. права Вехтера II стр. 183 и Геффтера § 283), конечно преимущественно, какъ кажется на основаніи понимания платежа за безчестье въ смыслѣ иска о вознагражденіи (ср. также рѣшеніе ольденбургскаго об. ап. суда у Зейф. Arch. I. 220); хотя, съ другой стороны, конкурренцію оспариваютъ даже такіе писатели, которые раздѣляютъ это возрѣніе (см. въ особенности Petr. Müller Diss. de pecunia doloris, Ienae 1606, cap. IV th. 2 ср. съ cap. II th. 3). Др. мн. и Зейтцъ стр. 181 слѣд. Ср. также Кеппенъ Erbrecht стр. 179 прим. 22. Конкурренція иска о безчестьи съ actio iniuriarum безспорна, и положительно допускается Каролиной, которая рядомъ съ «Schmerzen» говоритъ объ «iniurien». Зейтцъ стр. 180. Прямое слѣдствіе штрафнаго характера платежа за безчестье заключается въ томъ, что наслѣдники обидчика не отвѣчаютъ, ср. l. 5 § 5. D. de his qui eff. 9. 3. Еслибъ, впрочемъ, платежъ за безчестье былъ даже вознагражденіемъ, то наслѣдники отвѣчали бы не безусловно, какъ полагаютъ Глюкъ X стр. 389 и Зейтцъ стр. 182, а лишь въ размѣрѣ принятаго наслѣдства.

[32] Плата за безчестье представляетъ собой распространеніе правила объ iniuria отъ духовнаго на тѣлесное оскорбленіе. Въ этомъ отношеніи я считаю имѣющей рѣшительное значеніе l. 5 § 5 D. de his qui eff. 9. 3. Согласенъ съ этимъ Зейтцъ стр. 183 и рѣшеніе касельскаго об. апп. суда у Зейфф. Arch. VIII. 138. Въ прежнее время было распространено воззрѣніе на искъ о платежѣ забезчестье какъ на actio iniuriarum. Зейтцъ стр. 108. Искъ погашается общей давностью. Ср. l. 5 § 5 cit. и Зейтцъ стр. 198 слѣд.

[33] Еще о другихъ вопросахъ см. Зейтцъ стр. 184 — 197. 206—213. Опредѣленіе размѣра платы за безчестье. Зейфф. Arch. XV. 131, XVIII. 138.

§ 211 [1] L. 2 (см. въ особенности pr. и § 9 тамъ же) D. vi bon. rapt. 47. 8. Унтергольцнеръ II § 689.

[2] a) L. 1 pr. l. 3 § 4. 7 D. de incend. 47. 9; b) l. 1 pr. l. 12 § 1 D. de public. 39. 4. Унтергольцнеръ II § 690. 693.

[3] L. 4 D. vi bon. rapt. 47. 8. Унтергольцнеръ II § 680.

[4] L. 4 § 4—6 tit. cit.

4. Возникающій изъ кражи деревъ (Baumfrevel) [5] искъ [6] простирается равнымъ образомъ, кромѣ вознагражденія, на взысканіе штрафа въ размѣрѣ иска [7] Относительно теперешней примѣнимости этого штрафа слѣдуетъ повторить сказанное прежде [8]. Искъ принадлежитъ не только собственнику, но и эмфитевтическому владѣльцу, но не [9], узуфруктуаріи

5. Злоумышленное поврежденіе гроба [10] пораждаетъ искъ [10a] въ пользу заинтересованнаго [11] о денежномъ удовлетвореніи, размѣръ котораго опредѣляется по усмотрѣнію судьи [12]. Но здѣсь оскорбленіе, причиненное заинтересованному лицу, имѣетъ перевѣсъ надъ поврежденіемъ [13], поэтому искъ не переходитъ къ наслѣдникамъ оскорбленнаго [14]. Искъ не устраняется публичнымъ наказаніемъ [15], вслѣдствіе чего теперешняя его примѣнимость не можетъ быть принципіально оспорена [16].

6. Изъ погребенія мертваго тѣла въ ненадлежащемъ мѣстѣ возникаетъ искъ объ удаленіи онаго или о возмѣщеніи цѣнности поземельнаго участка. Искъ этотъ имѣетъ собственникъ, и, по аналогіи, лицо, имѣющее какое либо другое вещное право на поземельный участокъ [17].

---

[5] Dig. 47. 7 arborum furtim caesarum. Унтергольцнеръ. II § 688.

[6] Что въ этомъ случаѣ имѣется и обыкновенная actio legis Aquiliae объ этомъ говоритъ положительно l. 1. D. h. t.

[7] L. 7 § 7 1. 8 pr. D. h. t.

[8] За теперешнюю примѣнимость высказывается здѣсь (ср. § 210 прим. 24) Шильтеръ exerc. 49 § 21.

[9] L. 5 § 2. 3 D. h. t. ср. Йерингъ Abhandlungen стр. 130. 131. 140. О другихъ пунктахъ f. l. 3. 4 D. h. t.; l. 5. pr. l. 7 § 2. 3 D. h. t.; l. 7 pr. § 1 l. 8 § 1—3 D. h. t.; l. 6 pr § 1 D. h. t.; l. 7 § 6 D. h. t.

[10] Dig. 47. 12 Cod. 9. 19 D. de sepulcro violato. Унтергольцнеръ II § 733. Понятіе sepulcrum violatum понимается въ очень широкомъ смыслѣ, см. объ этомъ l. 3 pr, § 3. 6. 11 l. 4 l. 11 D. l. 4. 5 C. h. t., l. 11 § 2 l. 22 § 4 D. quod vi aut cl. 43. 24, Paul S. R. I. 21 §. 4 5. 8. 9; l. 3 § 2 D. h. t., l. 2 § 5 D. de relig. 11. 7.

[10a] Actio legis Aquiliae не примѣнима въ этомъ случаѣ, l. 2 D. h. t.

[11] «Ei ad quem pertinet», L. 3 pr. § 9. 10 l. 6 D. h. t.

[12] L. 3 pr. § 8. 9 D. h. t. L. 3 § 8 cit. «Qui de sepulcri violati autione indicant, aestimabunt, quatenus intersit, scilicet ex iniuria, quae facta est, item ex lucro eius, qui violavit, vel ex damno, quod contigit, vel ex temeritate eius, qui fecit».

[13] L. 6 l. 10 D. h. t., l. 20 § 5 D. de A. v. O. H. 29. 2.

[14] См. § 113 num. 1. Въ l. 10 § 1 cit. искъ дается наслѣднику не въ качествѣ наслѣдника. См. также l. 20 § 5 cit. и l. 5 l. 6 pr. D. de rel. 11. 7.

[15] L. 4 C. h. t.

[16] Ср. Вахтеръ Strafr. II. стр. 547, Геффтеръ Strafr. § 354. Въ случаѣ невозбужденія преслѣдованія заинтересованной стороной, римское право предоставляетъ всякому гражданину требовать наложенія штрафа въ размѣрѣ 100 — 200 aurei. L. 3 pr. l. 6 D. h. t. Ср. Брунсъ Zeitschr. f. RGesch. III стр. 371—375 и § 80 прим. 6.

[17] L. 2 § 1 — 3 l. 8 § 4 D. de relig. 11. 7. Упоминаемая въ l. 2 § 2 cit. «poena pecuniaria» не есть частный штрафъ.

7. Искъ о вознагражденіи убытковъ имѣется и противъ того, кто постояннымъ хожденіемъ затаптываетъ чужой придорожный поземельный участокъ [18].

8. Кто вправѣ предпринять что либо на чужомъ земельномъ участкѣ, тотъ допускается къ сему не прежде дачи обязательства о возмѣщеніи вреда, могущаго быть причиненнымъ [19].

9. За поврежденіе душевныхъ способностей дитяти отецъ имѣетъ искъ къ виновнику сего. Опредѣленіе размѣра вознагражденія предоставляется усмотрѣнію судьи, который долженъ принимать въ соображеніе и имущественный вредъ, причиненный виновнымъ отцу [20].

3. Повреждение посредствомъ другихъ лицъ или животныхъ.

§ 212. 1. За вредъ, причиненный выбрасываніемъ или выливаніемъ въ публичномъ мѣстѣ, отвѣтствуетъ предъ потерпѣвшимъ тотъ, кто живетъ или инымъ образомъ пользуется помѣщеніемъ, изъ котораго послѣдовало выбрасываніе или выливаніе [1], съ правомъ регресса противъ дѣйствительнаго виновника [2]. При этомъ отвѣтственность простирается и на прибавочный штрафъ въ размѣрѣ причиненнаго вреда; при тѣлесныхъ же поврежденіяхъ

---

[18] Actio viae receptae (reiectae?). L. 3 pr. D. de via publ. 43. 11.

[19] Damni infecti cautio (§ 460 прим. 9). L. 5 § 4 l. 9 § 1 l. 15 D. ad exh. 10. 4, l. 19 § 4 D. loc. 19. 2, l. 9 § 1 l. 30 D. de damn. inf. 39. 2, l. 5 D. de aq pluv. 39. 3, l. 3 § 11 l. 5 § 4 D. de itin. publ 43. 19. l. 1 § 38 D. de aq. quot. 43 20, l. 3 § 9 D. de riv. 43. 21, l. 1 pr. D. de cloac. 43. 23. Вангеровъ III § 678 прим. къ А. Зейфф. Arch. IV 10.

[20] Римское право даетъ господину искъ, противъ предителя его раба, о вознагражденіи интереса въ двойномъ размѣрѣ, actio de servo corrupto, Dig. 11. 3. Унтергольцнеръ II стр. 703 — 705. Искъ этотъ не имѣетъ, конечно, въ настоящее время практическаго значенія. Но l. же 14 дается utilis actio и отцу противъ предителя его дитяти. Въ указанномъ мѣстѣ не говорится, какъ обыкновенно принимаютъ, чтобы и эта utilis actio имѣла своимъ содержаніемъ вознагражденіе въ двойномъ размѣрѣ; напротивъ мѣсто это показываетъ ясно, что при этой utilis actio имущественный интересъ не составляетъ главнаго пункта, такъ что она имѣетъ, мѣсто и при совершенномъ отсутствіи объекта, который могъ бы быть удвоенъ, вслѣдствіе чего и сдѣлано указаніе на судейскую оцѣнку. Съ другой стороны нельзи допустить, чтобы римское право желало запретить судьѣ, при опредѣленіи суммы вознагражденія, принимать въ соображеніе имущественный вредъ, если таковой дѣйствительно оказывается. Ср. въ этомъ отношеніи l. 9 § 3 — l. 11 § 1 D. h. t. За теперешнюю примѣнимость этой actio utilis высказываются Шильтеръ (exerc. 21 § 16) и Стрикъ (ad. h. t. § 13); Случаи примѣненія приводятъ Бергеръ въ диссертаціи § 31, цитированной подъ § 80 прим. 5. Неоднократно дѣлали попытки распространить эту actio utilis на другіе случаи; въ частности давали ея супругу за поврежденіе жены. Ср. Глюкъ XI § 754.

§ 212. [1] Dig. 9. 3 de his qui effuderint vel eiecerint: § 1. 2 l. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. ф. Висъ Haftung fur tremde Culpa стр. 66—70. Глюкъ X стр. 392 слѣд.; Унтергольцнеръ II § 730. 731, Кунтце у Гольцшуера III стр. 2124. 1115. Публичное мѣсто: l. 1 § 1 2 l. 6 pr. § 1 D h. t. Жительство: l. 1 § 4. 9 l. 5 § 1. 2 l. 6 § 2 D. h. t.; l. 1 § 10 l. 5 pr. D. h. t. Другое помѣщеніе и показаніе: l. 5 § 3 l. 6 § 3 D. h. t.

[2] L. 5 § 4 D. h. t. Ср Пернисъ zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 227

штрафъ этотъ опредѣляется по усмотрѣнію судьи [3]. Теперешняя примѣнимость этого прибавочнаго штрафа не устраняется принципіально, но она оспаривается большинствомъ писателей [4].

2. Корабельщики, содержатели гостинницъ и заѣзжихъ дворовъ отвѣчаютъ за причиненный ихъ людьми вредъ точно также, какъ за совершенныя ими похищенія (§ 209 № 5) [5].

3. За вредъ причиняемый животнымъ дѣйствіемъ не свойственнымъ его породѣ [6], отвѣтствуетъ предъ потерпѣвшимъ [7] собственникъ онаго, съ тѣмъ однакоже, что онъ можетъ освободиться отъ отвѣтственности чрезъ выдачу животнаго [8]. Въ случаѣ продажи послѣдняго, требованіе переходитъ на новаго собственника [9]. Такое же требо-

---

[3] L. 1 pr. § 6 l. 5 § 5 D. h. t. Спорятъ о томъ, должно ли понижать денежное вознагражденіе за тѣлесное поврежденіе въ смыслѣ штрафа, или же въ смыслѣ вознагражденія убытковъ Вехтеръ Lehrb. des Strafr. II. стр. 191. Но см. § 1 I. cit. и l. 7 D. h. t. l. 5 § 5 D. h. t.

[4] Шильтеръ (exerc. 19 § 80) и Стрикъ (ad. h. t. § 2) не высказывается противъ этого. Искъ изъ тѣлеснаго поврежденія есть по римскому праву actio popularis; если поврежденіе имѣетъ своимъ послѣдствіемъ смерть, то искъ простирается на 50 aurei, l. 1 pr. D. h. t. Брунсъ Zeitschr f. RGeschichte III стр. 375—377. Это actio popularis не примѣнима въ настоящее время, § 80 прим. 6. Равнымъ образомъ непримѣнима она, въ размѣрѣ 10 solidi, противъ того, который возводитъ пристройку, вредную для общественной безопасности, l. 5 § 6 sqq. D. h. t., § 1 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5. Брунсъ Zeitschr. f. R.-Gesch. III стр. 383—384.

[5] См. § 209 прим. 21. 22.

[6] Inst. 4. 9 Dig. 9. 1 si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. Тибо Versuche II. 8. (1801). Циммернъ System der römischen Noxalklagen стр. 79—117 (1818). Гестердингъ Zeitschr. f Eiv. u. pr. IV стр. 261—288 (1831, напечатано такъ же «Ausbeute von Nachforschungen» VI 2. Abth. стр. 135—165). Глюкъ X стр. 269 слѣд. Унтергольцнеръ II § 682, Сиитенисъ II стр. 780—783, Вангеровъ III § 689 прим. L. 1 § 3 D. h. t. «Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum; nec enim potest animal iniuriam fecisse, quod sensu caret». Противъ характера его породы: l. 1 § 4—7. 10. 11. l. 5 D. h. t., pr. I. h. t. Животное: l. 4 D. h. t. — Если собственникъ виноватъ въ поврежденіи, то онъ отвѣтствуетъ по началамъ аквильскаго закона, l. 1 § 5 D. h. t., l. 8 § 1 D. ad. leg. Aq. 9. 2.

[7] L. 2 pr. D. h. t. «Haec actio non solum domino, sed etiam ei, cuius interest, competit: veluti ei cui res commodata est, item fulloni; quia eo, quod tenentur, damnum videntur pati».

[8] Noxae datio. L. 1 pr. § 11—14. 16 D. h. t., pr. I h. t., l. 7 § 1 D. de damno inf. 39. 2. ср. 1. 12. 13. 30 D. de nox. act. 9. 4.

[9] Noxa caput sequitur. L. 1 § 12. 13. 17 D. h. t. Съ смертью животнаго устраняется весь искъ, l. 1 § 13 D. h. t. (ср. I § 128 прим. 4). Въ такую тѣсную рамку были втѣснены actiones noxales, которыя играли такую важную роль въ римскомъ правѣ. Gai IV. 75—79; Inst. 4. 8 Dig. 9. 4 Cod. 3. 41 de noxalibus actionibus. Онѣ имѣли примѣненіе не только къ вреду, наносимому животными, но и къ деликтамъ рабовъ, а въ классическомъ правѣ и при деликтахъ дѣтей (въ юстиніановскомъ правѣ послѣднее исчезло, будучи положительно отмѣнено Юстиніаномъ, § 7 I. h. t.). Ср. Циммернъ System der römischen Noxalklagen (1818), Ф.-Висъ Haftung für fremde Culpa стр. 8—47. Шлезингеръ Zeitschr. f. R.-Gesch. VIII стр. 202 fg. Въ настоящее время хозяева отвѣчаютъ за вредъ, причиняемый ихъ слугами, а родители—ихъ дѣтьми лишь въ той мѣрѣ, въ какой вина падаетъ на нихъ самихъ (§ 210 прим. 12. 17).

ваніе имѣетъ мѣсто, когда скотъ поѣдаетъ чужіе плоды [10]. Завредъ, причиняемый опаснымъ животвымъ, за которымъ не было надлежащаго надзора, отвѣтствуетъ виновный въ этомъ, по правиламъ аквиліанскаго закона [11].

4. Повреждение вещами *.

а. Недвижимыми ** (Grundstüke).

α *Вообще.*

§ 213. За вредъ, происходящій отъ недвижимости, можно требовать вознагражденія по слѣдующимъ правиламъ [1]:

1. Вредъ подлежитъ возмѣщенію только тогда, когда потерпѣвшій протестовалъ до дѣйствительнаго наступленія онаго и получилъ отъ противника обѣщаніе вознагражденія [2]. Потерпѣвшій можетъ требовать вознагражденія и прямо, хотя бы онъ и не получилъ обѣщанія, если только съ его стороны было сдѣлано все для полученія таковаго [3]. Независимо отъ этого случая имѣетъ

---

[10] Actio de pastu pecoris, существованіе которой, впрочемъ, оспаривается. См. l. 14 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5 въ связи съ Paul. S. R. J. 15 § 1; Циммернъ стр. 105 слѣд., Гестердингъ § 6, Унтергольцнеръ стр. 172, Сиитеннсъ II § 127 прим. 29 вторая половина, Арндтсъ § 327 прим. 2, Пернисъ Zur Lehre von den Sachbeschädigungen стр. 222. См. также l. 9 § 1 D. ad exh. 10. 4, l. 6 C. de leg. Aq. 3. 35.

[11] Ср. l. 1 § 5 D. si quadrupes 9. 1, l. 8 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2, l. 6 C. de lege Aq. 3. 35. Римское право содержитъ въ себѣ для этого случая (изъ Эдильскаго эдикта) еще особенное опредѣленіе, по которому противъ виновныхъ имѣется actio popularis въ размѣрѣ двойной стоимости причиненнаго вреда; при тѣлесномъ же поврежденіи, сверхъ того, опредѣляется еще денежный штрафъ по усмотрѣнію суда, а при убійствѣ въ размѣрѣ въ 200 solidi, l. 40 § 1 l. 41 l. 42 D. de aed. ed. 21. 1. Искъ этотъ вовсе устраненъ для настоящаго права. Ст. 136 P. G. O. (§ 80 прим. 4 а). Ср. впрочемъ и § 1 I. si quadrupes 4. 9, и къ l. 1 § 10 eod. Пернисъ въ указ. м. стр. 225.

* Собственно говоря, слѣдовало бы сказать другими вещами, такъ какъ и животныя вещи (§ 212).

** Dig. 39. 2 de damno infecto et de suggrundis et de protectionibus. Гессе die cautio damni infecti (2 изд. 1841). Бахофенъ das römische Pfandrecht стр. 110 сл. 368 сл. (1847). Рейнгардъ Arch. f. civ. Pr. XXX стр. 226 сл. (1847) Гессе über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücknachbarn I стр. 1—184 (1859). Унтергольцнеръ II стр. 714 — 721, Сиитеннсъ II стр. 784 — 790, Вангеровъ III § 678 прим. По исторіи этого ученія см. Гушке de actionum formulis, quae in lege Rubria exstant (1832), обратно по нѣмецки въ его «Gajus» стр. 203 — 242 (1855); Гессе Rechtsverhältnisse и проч. стр. 168 слѣд.

§ 213. [1] Эдиктъ претора въ l. 7 pr. D h. t.

[2] Cautio damni infecti. Съ обѣщаніемъ связывается въ извѣстныхъ случаяхъ дача обезпеченія; объ этомъ см. подробнѣе въ слѣдующемъ § (num. 2). Ср. еще Йерингъ Jahrb. f. Dogm. VI стр. 98 слѣд. Schuldmoment стр. 27. Теперешняя примѣнимость Рейнгардъ въ указ. м. стр. 246, Гессе Rechtsverh. проч. стр. 144. 182. 183. Зейфф, Arch. XVII. 51.

[3] а) L. 7 pr. l. 4 § 2 l. 15 § 36 l. 16. 17 l. 18 § 13—15 l. 44 pr. D. h. t., l. 4 § 2 D. ne fis fiat ei 43. 4: Понесшій вредъ получилъ судебный приказъ о понуж-

онъ, при отсутствіи обѣщанія вознаградить вредъ, право удержать вещи, попавшія въ его владѣніе [4].

2. Вредъ подлежитъ возмѣщенію въ размѣрѣ не свыше цѣнности, которую недвижимость имѣетъ для обязаннаго лица; выдачей оной послѣднее можетъ освободиться отъ всякой отвѣтственности [5].

3. Подлежитъ возмѣщенію тотъ только вредъ, который имѣетъ свое основаніе въ порочномъ, а не естественномъ свойствѣ недвижимости [6].

4. Съ поземельнымъ имуществомъ сравнены находящіяся на немъ учрежденія [7].

β. *Въ частности.*

§ 214. 1. Требовать обѣщанія возмѣстить вредъ можетъ [1] тотъ, кому вредъ этотъ угрожаетъ: не только собственникъ [2], съ которымъ долженъ быть сравненъ законный владѣлецъ, но и то лицо, которое имѣетъ [3] какое либо другое право на вещь [4], даже и тотъ,

---

денія къ дачѣ обязательства, но противникъ не повиновался этому приказу. b) L. 15 § 28 D. h. t.: понесшій предъ обратился къ судьѣ; но послѣдній соображаетъ еще, дать ли приказъ. c) L. 4 § 3 D. ne vis fiat ei 43. 4; понесшій предъ не могъ обратиться къ судьѣ, потому что послѣдній не былъ для него доступенъ. d) L. 7 § 2 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.: понесшій вредъ «non ipsius negligentia, sed propter aliquod impedimentum sibi non prospexit». По римскому праву можно было привлекать къ отвѣтственности и муниципальныя власти, если обѣщаніе не было дано по ихъ винѣ, l. 4 § 7—10 D. h. t

[4] L. 6 l. 44 pr. D. h. t. Ср. къ этому и предъидущему примѣчанію Gesse Rechtsverhältnisse и проч. Стр. 131 слѣд., Вангеровъ Nr. IX.

[5] Слѣдовательно примѣняется то же начало, что и при предѣ, нанесенномъ животными, съ тѣмъ лишь, что начало это, какъ видно будетъ изъ сказаннаго въ слѣдующемъ § (num. 4), осуществляется инымъ образомъ. L. 7 § 1 D. h. t.—«Cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus: multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare». L. 9 pr. eod. Ср. также l. 5 D. ne quid in loco publ. 43. 8 (къ этому Гушке въ указ. м. стр. 210. 211 нѣмецкаго изданія).

[6] Должно возмѣстить предъ, происшедшій «vitio aedium, loci, operis», l. 24 § 12 D. h. t. См. далѣе l. 24 pr. § 2. 5. 6. 9. l. 19 § 1 eod. О понятіи vitium см. l. 24 § 2 D. h. t. «Vitium autem aedium et losi esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas fecit; denique nemo dixit, palustria loci vel arenosi nomine quasi vitiosi commiti stipulationem, quia naturale vitium est, et ideo nec ea stipulatio interponitur, neque interposita committetur». Подробное изложеніе въ этомъ же мѣстѣ и въ l. 43 pr. D. h. t. Ср. еще l. 13 § 2 D. h. t. Gesse Rechtsverhältnisse и проч. Стр. 59 слѣд.

[7] Должно возмѣстить предъ, происшедшій «vitio aedium, loci, operis». При «opus» римляне имѣютъ главнымъ образомъ въ виду строеніе; но сюда относятся и всякое другое приспособленіе, даже и то, что растетъ на участкѣ, l. 24 § 9 D. h. t.

§ 214. [1] Gesse Rechtsverhältnisse и проч. Стр. 80—96, Вангеровъ въ указ. м. Nr. II.

[2] L. 5 § 2 l. 20 D. h. t. Общая собственность: l. 27 D. h. t.

[3] Это оспаривается вслѣдствіе l. 11. l. 13 § 9 D. h. t., гдѣ о Марцеллѣ говорится противное съ указаніемъ на Ульпіана. Но это должно считать мнѣніемъ, опередившимъ развитіе римскаго права. См. l. 18 pr. D. h. t.: Damni infecti stipulatio competit...eia

кто, не имѣя вовсе права на вещь, или обязанъ возмѣстить вредъ управомоченному лицу [5], или имѣетъ по вещи право требованія и должникъ не отвѣтствуетъ предъ нимъ за вредъ [7]. Требующій обѣщанія не обязанъ вмѣстѣ съ симъ тотчасъ доказать правоотношеніе, въ силу котораго онъ можетъ пострадать отъ угрожающаго вреда; противникъ можетъ при этомъ лишь требовать отъ другой стороны присяги въ томъ, что опасность существуетъ. Обязанность же доказывать возникаетъ тогда только, когда на основаніи даннаго обѣщанія предъявляется искъ о возмѣщеніи дѣйствительно причиненнаго вреда [8].

По исключенію, не можетъ требовать обѣщанія имѣющій на это право, въ томъ случаѣ, когда онъ прежде самъ отказывалъ противнику въ дачѣ обѣщанія, вслѣдствіе чего онъ потерялъ въ его пользу собственность на предметъ, угрожающій вредомъ [8a].

2 Обязанъ давать обѣщаніе [9] не только собственникъ [10], съ которымъ и здѣсь сравненъ юридическій владѣлецъ [11], но и тотъ, кто имѣетъ какое либо другое право на вещь [12], съ тѣмъ однакоже, что нельзя требовать обѣщанія одновременно отъ многихъ лицъ [13]. Но между собственникомъ и добросовѣстнымъ владѣльцамъ, съ одной стороны, и лицомъ, имѣющимъ иное право на вещь, съ другой, существуетъ то различіе, что для первыхъ достаточно дать

cuius in bonis res est» въ связи съ l. 49 D. de V. S. 50. 16, и изслѣдованіе Йеринг-Abhandlungen, стр. 106 слѣд., также Гессе въ указ. м. стр. 84 слѣд. Съ другой стороны Вангеровъ въ указ. м. и цитированные у него.

[4] Поименованы: суперфиціарій, l. 13 § 8 l. 39 § 2 D. h. t.; узуфруктуарій, l. 5 § 2 l. 13 § 8 l. 20 D. h. t., вѣритель по залогу, l. 11. D h. t. (Дернбургъ Pfandrecht II, стр. 392).

[5] L. 18 pr. D. h. t. «Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est». Ср. съ др. стор. L. 13 § 4 D. h. t.

[6] L. 21 D. h. t. Въ l. 13 § 5 D. h. t. inquilini, какъ замѣчаетъ вѣрно Гессе стр. 80, требуютъ обѣщанія не вслѣдствіе нанятаго ими дома, а вслѣдствіе привезенныхъ ими вещей.

[7] L. 38 pr. D. h. t.; ср. l. 18 § 7—10 eod.

[8] L. 7 pr. l. 13 § 3. 12. 13. D. h. t. Др. мн. Гессе стр. 117 слѣд.

[8] a L. 13 § 11 D. h. t.

[9] Гессе Rechtsverhältnisse и проч. Стр. 96 — 104, Вангеровъ въ указ. м. Nr. III. IV.

[10] L. 9. § 4. 5 l. 10. 15 § 27 l. 19 pr. l. 22 D. h. t. Если о собственности ведется процессъ, то обязанность падаетъ на владѣльца, l. 39 § 1 D. h. t Общая собственность: l. 27 l. 40 § 3 D. h. t., l. 6 § 7 D. comm. div. 10. 3.

[11] L. 13 pr. D. h. t.

[12] Эмфитевта и суперфиціарій: l. 9 § 4 l. 15 § 26 l. 19 pr. D. h. t., узуфруктуарій: l. 9 § 5 l. 10 l. 15 § 25 l. 19 pr. D. h. t. Вѣритель по закладу: l. 11. 12 l. 15 § 25 l. 19 pr. D. h. t.

[13] L. 9 § 4. 5 D. h. t. Въ обоихъ мѣстахъ не собственникъ именуется альтернативно наряду съ собственникомъ «aut». Ср. l. 22 § 1 D. h. t. Послѣдующее соглашеніе между собственникомъ и лицомъ, имѣющимъ какое нибудь другое право на вещь: l. 9 § 5 l. 10 l. 22 pr. D. h. t., ср. l. 17 § 1 D. de nox. act. 9. 4, l. 9 pr. § 3 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Гессе въ указ. м. Стр. 166 слѣд., Багофенъ въ указ. м. Стр. 118 слѣд., Эльверсъ röm. Servitutenlehre стр. 572 слѣд.

обѣщаніе, послѣднее же должно, кромѣ этого, представить поручительство [14]. Поручительство долженъ представить и тотъ, кто возводитъ постройку на общественномъ участкѣ. [15].

3. Обѣщаніе должно быть направлено [16] на возмѣщеніе вреда, указаннаго въ § 213, № 3. Подъ вредомъ разумѣется совокупный интересъ [17], включая сюда и потерянную прибыль [18]. Обѣщаніе дается на срокъ, опредѣляемой судьей [19], при водяныхъ же сооруженіяхъ на 10 лѣтъ [20]. Изъ обѣщанія возникаютъ, естественно, права и обязанности для универсальныхъ, но не частныхъ преемниковъ [21].

4. Дача обѣщанія вынуждается не прямо [22]. Слѣдствіемъ отказа въ удовлетвореніи есть прежде всего введеніе тѣмъ имуществомъ, которое грозитъ вредомъ [23], каковымъ вводомъ прежній владѣлецъ не вытѣсняется однакоже [24]. Если обѣщаніе не дается и послѣ этого [25], то вторичнымъ постановленіемъ суда [26] отвѣтчикъ лишается своего права, которое передается истцу [27].

---

[14] L. 7 pr. D. h. t.; l 9 § 4. 5 l. 10 l. 22 D. h. t.; l. 13 pr. D. h. t.; l. 9 § 4. 5 l. 10 l. 11 l. 15 § 25 l. 19 pr. l. 22 pr. D. h. t.

[15] L. 7 pr. l. 15 § 2. 6 l. 24 pr. D. h. t.

[16] Гессе Rechtsverhältnisse и проч. Стр. 146 слѣд., Вангеровъ въ указ. м. Nr. VI.

[17] L. 5 § 2 l. 18 § 10 l. 28 l. 37 D. h. t. См. еще l. 18 § 5. 6 D. h. t. l. 40. pr. eod. и къ тому § 258 прим. 2.

[18] L. 28. 29. 37 D. h. t.

[19] L. 4 pr. l. 13 § 14 l. 14 l. 15 pr. § 1 D. h. t.

[20] L. 7 pr. l. 15 § 2. 4. 6. 7 D. h. t.

[21] Но можно условиться, чтобы дающій обѣщаніе отвѣчалъ и за тотъ вредъ, который наступитъ послѣ перехода поземельнаго участка въ другія руки. Объ этомъ говоритъ . 24 § 1 D. h. t. Ср. l. 17 § 4 l. 18 § 10 eod. Вангеровъ Nr. VI. 6, Гессе стр. 150—152. Иначе, но конечно невѣрно, понимаетъ l. 24 § 1 cit. Шмидтъ Zeitschr. f. Civilr. u Prax. N. F. VIII. стр. 21 внизу 22.

[22] Гессе Rechtsverhältnisse и проч. Стр. 152—166, Вангеровъ въ указ. м. Nr. VII.

[23] L. 7 pr. D. h. t; l. 4 § 1 l. 15 § 11—14 l. 38 § 1 D. h. t., l. 1 D. quib. ex caus. in po. 42. 4; l. 15 § 15 l. 40 § 4 l. 7 pr. l. f. D. h. t. Ср. Глюкъ XVIII. стр 266. Сантенисъ II § 127 прим. 60, Дернбургъ Pfandr., 1. стр. 416 lit. d.).

[24] L. 15 § 20 D. h. t. Цѣль ввода—эта доставить введеннаго во владѣніе «custodiam et observationem» l. 3 § 23 D. de A. v. A. P. 41. 2, l. 12 D. quib. ex caus. in. po. 42. 4), и рядомъ съ этимъ: «ut saltem taedio perpetuae custodiae extorqueat. . . . cautionem» (l. 5 pr. D. ut in po. leg 36. 4). Введенный во владѣніе не обязанъ ремонтировать недвижимость, но онъ вправѣ это дѣлать; и если онъ сдѣлалъ какія нибудь поправки, то онъ можетъ оставить владѣніе не прежде, какъ по полученіи, сверхъ обѣщанія возмѣстить могущій произойти въ будущемъ вредъ, вознагражденные расходы (l. 1 § 31 ср. l. 34 D. h. t.). Жалоба на вводъ: l. 1 § 3 l. 4 pr. D ne vis fiat. ei 43. 4.

[25] L. 4 § 4 — 6 l. 15 § 21. 22 l. 19 pr. D. h. t. (l. 30 D. de nox. act. 9. 4).

[26] Т. наз. missio ex secundo decreto, ср. l. 1 § 15. 16 D. h. t.

[27] Но римскіе судьи могли доставить не самое право, а судебную защиту того фактическаго состоянія, которое соотвѣтствуетъ праву; самое право пріобрѣталось лишь овладѣніемъ. По этому въ эдиктѣ претора говорится: Eum, cui ita non cavebitur,

5. Нельзя требовать обѣщанія, когда искъ о возмѣщеніи ожидаемаго вреда обоснованъ уже инымъ образомъ [28].

c. *Прибавленіе* *.

Изложенное выше право было отчасти распространено на вредъ, который кто либо терпитъ не отъ порочнаго свойства чужаго поземельнаго имущества или находящагося на немъ приспособленія, а вслѣдствіе работы, предпринятой на чужомъ имуществѣ [1]. Такая дѣятельность можетъ обязывать къ возмѣщенію

---

in possessionem eius rei, cuius nomine ut caveatur postulabitur, ire, et cum iusta causa esse videbitur itiam possidere iubebo», l. 7 pr. D. h. t., и см. далѣе l. 5 pr. l. 12 l. 15 § 16. 26. 27 l. 18 § 15 D. h. t., l. 3 § 23 D. de A. v. A. P. 41. 2; между тѣмъ, какъ въ другихъ мѣстахъ послѣдствіемъ втораго распоряженія признается возникновеніе права собственности, см. l. 15 § 16. 17. 33 D. h. t., l. 7 § 1 D. de usufr. 7. 1, l. 1 pr. D. de fundo dot. 23. 5; также l. 26 § 9 i. f. D. de nox. act. 9. 4. Если противникъ самъ есть добросовѣстный владѣлецъ, то введенный во владѣніе получаетъ лишь bonae fidei possessio, ср. l. 28 D. de nox. act. 9. 4. Гессе въ указ. м. стр. 158 слѣд., Вангеровъ въ указ. м. пр. VII. 2. Передачей собственности не уничтожаются вещныя права, которыя имѣютъ на вещь третьи лица. Но и эти права отсуждаются отъ управомоченнаго лица, если послѣднее отказывается отъ представленія обезпеченія. L. 44 § 1 l. 15 § 24. 25 l. 12 l. 9 § 4—6 D. h. t., ср. l. 17 § 1 l 26 § 6 D. de nox. act. 9. 4. Если обезпеченіе требуется лишь отъ лица, имѣющаго права на чужую вещь, то, при отказѣ въ обезпеченіи, отсуждается лишь право на чужую вещь, которое передается лицу, требующему обезпеченія. L. 15 § 26 D. h. t.; ср. l. 27 D. de nox. act. 9. 4. Другіе въ особенности Эльверсъ Servitutenlehre стр. 525, Вангеровъ пр VII. 2. e, ограничиваютъ разрѣшеніе l. 15 § 26 cit. содержащимся въ ней случаемъ эмфитевзиса.—Общая собственность: l. 5 § 1 D. h. t. Вводъ во владѣніе нѣсколькихъ лицъ: l. 5 § 1 cit., l 15 § 17 l. 40 § 4 D. h. t.

[28] L. 32 D. h. t.: — «et est plane nostrorum praeceptorum haec sententia, ut credamus, inutilem esse damni infecti stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit». См. далѣе l. 13 § 6 l. 33 D. h. t.; l. 18 § 2 l. 20 D. h. t.; l. 18 § 4 D. h. t.; l. 18 § 9 D. h. t. Гессе Rechtsverhält и проч. стр. 122 слѣд., Вангеровъ пр. X. Ср. также и Шнейдеръ въ Jahrb. Селя I стр. 423 слѣд., Шефферъ Arch. f. prakt. R. W. II стр. 272—294. Зейфф. Arch. VII. 185.

* Изложенное въ этомъ §, по своей систематической связи, не принадлежитъ собственно сюда, такъ какъ въ немъ не говорится болѣе о вредѣ, наносимомъ вещами. Напротивъ, оно относится собственно, въ видѣ прибавленія, къ ученію о правѣ legis Aquiliae. Помѣщеніе же онаго здѣсь желательно въ томъ отношеніи, что и въ этомъ случаѣ вознагражденіе убытковъ можно получить лишь путемъ предварительнаго обѣщанія.

[1] И о такомъ вредѣ можно сказать, что онъ наступилъ «vitio operis»; въ этомъ случаѣ эдиктъ обѣщанъ cautio damni (§ 213 прим. 6). Ибо: a) opus означаетъ не только результатъ дѣятельности, но и самую дѣятельность, ср. l. 5 D. de V. S. 50. 16 и l. 18 D. ratam rem 46. 8; въ послѣднемъ мѣстѣ формула cautio damni infecti есть: si quid... scindetur, fodietur, aedificabitur», и b) vitium имѣетъ значеніе не только порочнаго свойства, но и вины (ср. напр. l. 95 § 11 D. de solut. 46. 3), причемъ вмѣняемость не принимается здѣсь въ соображеніе. Ср. напр.: Cic. Phil. 2 c. 18: fortunae vitio, non suo decoquere, — de har. resp. c. 26: honorem vitio civitatis, non suo non assequi). Въ такомъ же неопредѣленномъ смыслѣ употребляется въ l. 40 § 1 D. h. t. и l. 46 pr. D. de furt. выраженіе beneficium

убытковъ по правиламъ аквиліанскаго закона [2]. Гдѣ послѣдняго недостаточно [3], тамъ потерпѣвшій можетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, получить вознагражденіе и на основаніи предварительно добытаго по сему предмету обѣщанія [4]. Дѣйствующія въ этомъ случаѣ правила суть слѣдующія.

1. Обѣщаніе вознаградить убытокъ можно требовать въ виду не всякой дѣятельности, посредствомъ которой собственникъ воз дѣйствуетъ на свою почву. Вопросъ о томъ, въ какихъ предѣлахъ онъ можетъ предпринимать извѣстныя дѣйствія въ этомъ отношеніи, относится къ ученію объ ограниченіяхъ собственности [4]а. Собственникъ ни въ какомъ случаѣ не обязанъ обѣщать вознаграж-

---

означающее ничто иное, какъ, что извѣстное послѣдствіе имѣло свою причину въ лицѣ, вещи, фактѣ. Ср. также Рейнгардтъ Arch. f. cif. Pr. XXX стр. 229, Гессе Rechtsverhältnisse и проч. стр. 71—73.

[2] Въ такомъ случаѣ понесшій вредъ не лишается естественно возможности ссылаться на это право; но если онъ получилъ обѣщаніе возмѣстить вредъ, то онъ можетъ требовать осуществленія онаго. L. 27 § 10 D. ad leg. Aq. 9. 2. (ср. Coll. XII. 7 § 8), l. 1 § 5 D. de riparum munienda 43. 15, l. 18 D. de S. P. U. 8. 2 (ср прим. 9).

[3] Или потому, что дѣйствіе не вмѣняется виновнику въ вину (l. 18. § 4 D. h. t.), или потому, что вредъ не причиненъ самой вещи, напр. квартиранты оставляютъ квартиру (l. 37 ср. l. 28. 29 l. 43 § 1 D. h t.).

[4] L. 24 § 12 l. 26 D. h. t., ср. также l. 29 D. de S. P. U. 8. 2. Здѣсь признанъ принципъ. См. I § 169. num. 8. Въ пользу этого примѣненія cautio damni infecti говоритъ далѣе и слѣдующія соображенія. a) Въ l. 15 § 2 слѣд. l. 24 pr. D. h. t. ср. l. 31 eod. говорится о cautio damni infecti, даваемой тѣмъ, который «opus facit» на общественномъ поземельномъ участкѣ, что въ силу этого обезпеченія, можно требовать возмѣщенія всякаго вреда, причиненнаго этой работой (opus). При этомъ, съ одной стороны, римское право выходитъ изъ понятія «vitio operis», но съ другой не требуется порочнаго свойства; напротивъ, послѣдній случай положительно выставляется въ l. 24 pr. cit. въ видѣ особеннаго случая. И дѣйствительно въ l. 15 § 5 cit. сказано, что «damnum ex opere» подлежитъ возмѣщенію (Одинаковое выраженіе имѣется въ l. 39 pr. D. h. t., только здѣсь употребляется, вмѣсто «damnum», слово «vitium», о чемъ сравнить l. 32 D. h. t., l. 1 § 3 D. ne quid in flum. publ. 43. 13) b) Cautio damni infecti, согласно сказанному въ § 211 прим. 19 и ниже въ этомъ § подъ num. 4, можно требовать и отъ того, кто желаетъ предпринять что нибудь на чужой землѣ, имѣя на это право само по себѣ. И въ этомъ случаѣ не необходимо порочности opus'а; еще болѣе: работы, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, большею частью такого рода, что относительно нихъ vitium operis, въ смыслѣ порочнаго свойства, не имѣетъ вовсе смысла, см. напр. l. 9 § 1 D. h. t. (Заборъ принесенныхъ теченіемъ воды вещей), l. 9 § 1 D. ad. exh. 10. 4 (сборъ дренесныхъ плодовъ), далѣе l. 19 § 4 D. loc. 19. 2, l. 5 D. de aq plur. 39. 3. c) По l. 35—37 D. h. t. тотъ, кто заново устраиваетъ общую стѣну, обязанъ, изъ damni infecti cautio, возмѣстить сосѣдѣльцу вредъ, если вслѣдствіе новаго сооруженія жилецъ оставитъ квартиру. При этомъ предполагается лишь, что новое сооруженіе ненужно, ибо иначе строющій имѣетъ на это право, не отвѣчая за послѣдствія. При этомъ же предположеніи обязанность полагаетъ новая постройка, какъ таковая, а не лишь порочное свойство оной.

[4]а См. I § 169 прим. 19.

деніе за выгоды, которыхъ онъ лишаетъ своей дѣятельностью сосѣднее имущество [5].

2. Слѣдствіемъ отказа собственника въ дачѣ обѣщанія тамъ, гдѣ онъ обязанъ дать таковое, бываетъ не вводъ во владѣніе, и лишеніе его права [6], а прекращеніе его дѣятельности [7].

3. Такому же невыгодному послѣдствію подвергается и тотъ, кто предпринимаетъ какую нибудь дѣятельность на публичномъ поземельномъ участкѣ, отъ которой другое лицо опасается потерпѣть вредъ [8].

Выше замѣчено уже, что давать обѣщаніе вознаградить вредъ обязанъ и тотъ, кто желаетъ быть допущенъ къ предпринятію дѣятельности на чужой землѣ, при чемъ дача обѣщанія бываетъ условіемъ допущенія [9]. Нѣтъ надобности представлять въ этомъ случаѣ поручительство [10].

В. Движимыми вещами.

§ 216. За вредъ, причиненный кому либо движимостью другаго лица, потерпѣвшій можетъ требовать вознагражденія въ той мѣрѣ, что до уплаты вознагражденія, онъ не обязанъ выдать причинившія ему вредъ вещи, если онѣ попали въ его владѣніе [1].

Д. Принужденіе и обманъ.

§ 217. Римское право подводитъ обманъ лишь подъ общую категорію злаго умысла [1]. Поэтому къ иску, возникающему изъ обмана, примѣняются начала, указанныя въ § 206 [2].

---

[5] L. 24 § 12 l. 26 D. h. t. Гессе Rechtsverhältnisse и проч. стр. 64—66, Вангеровъ въ указ. м. Nr. VI. 4. Зейфф. Arch. XVIII. 12.

[6] Какъ принимаетъ господствующее мнѣніе. Заступаемое здѣсь мнѣніе было изложено Бахофеномъ Pfandrecht стр. 384 слѣд., который слишкомъ далеко зашелъ въ томъ отношеніи, что онъ выраженіе damnum vitio operis относитъ исключительно къ разсматриваемому здѣсь случаю. Ср. еще Гессе въ указ. м. стр. 5. 153 внизу 154.

[7] При посредствѣ судьи, если собственникъ не обращаетъ вниманія на возраженіе противника—operis novi nuntiatio, interdictum quod vi aut clam. Ср. въ особенности l. 1 § 16. 17 D. de O. N. N. 39. 1.

[8] Только здѣсь, наоборотъ, для обѣщанія есть есть условіе, подъ которымъ виновникъ работъ получаетъ судебную помощь относительно продолженія своей дѣятельности. L. I pr. D. de riparum. 43. 15 въ связи съ l. 7 pr. D. h. t., l. 1 pr. D. de via publ. 43. 11 въ связи съ l. 15 § 6 D. h t., l. 1 pr. D. de loco publ. fr. 43. 9 въ связи съ l. 15 § 9 D. h. t.

[9] См. § 211 прим. 9. Сюда относится и l. 18 D. de S. P. U. 8. 2.

[10] L. 13 § 1 l. 30 pr. § 1 D. h. t. Другое разрѣшеніе у Зейфф. Arch. IV. 11.

§ 216. [1] L. 5 § 4 D. ad exh. 10. 4, l. 9 §. 3 D. de damno inf. 39. 2, l. 8 D. de incend. 47. 9. Гейзе и Кроппъ Abhandlungen I. 20 (о l. 9 §. 2 D. de damno inf. тамъ же стр. 422, 423). Зейф. Arch. III. 59, IV. 53.

§ 217. [1] Ср. § 206 прим. 2.

[2] Римское право выдвигаетъ особенно одинъ случай обмана, обманъ со стороны того, кто, зная, что онъ не опекунъ, даетъ свою auctoritas на совершеніе малолѣтнимъ юридическаго дѣйствія. L. 7 § D. quod falso tut. 27. 6. Унтергольцнеръ II § 338, Рудорфъ Recht des Vormündschaft II стр. 895—901. Для римлянъ этотъ

Что же касается принужденія [3], то, при наличности въ немъ качествъ, указанныхъ въ I § 80 прим. 6 [4], оно подлежитъ дѣйствію слѣдующихъ особенныхъ постановленій [5].

1. Принуждающій отвѣтствуетъ въ размѣрѣ полнаго вознагражденія убытковъ [6] въ теченіе общаго давностнаго срока [7]. Но если искъ предъявляется къ нему въ теченіи года (tempus utile [8]), то онъ подвергается еще той невыгодѣ, что въ случаѣ неудовлетворенія до воспослѣдованія рѣшенія, онъ присуждается къ вознагражденію вчетверо [9]. При этомъ безразлично, есть ли вынужденное дѣяніе юридическое, или же оно фактическаго свойства [10].

2. Но изъ принужденія возникаетъ далѣе и искъ противъ третьяго невиновнаго лица, имѣющаго въ своихъ рукахъ то, что отнято было посредствомъ принужденія [11], или умышленно утратившаго оное, [12]. Искъ этотъ простирается на выдачу этого имущества и погашается общимъ давностнымъ срокомъ, при чемъ предъявленіе онаго въ теченіе года влечетъ за собою присужденіе отвѣтчика къ вознагражденію вчетверо, если онъ упорно отказы-

---

видъ обмана имѣлъ то значеніе, что actio противъ falsus tutor не подлежала указаннымъ въ § 206 ограниченіямъ. Для насъ же различіе это не имѣетъ никакого значенія. Ибо наши законы объ обманѣ не тѣснѣе, а гораздо шире тѣхъ законовъ, которыми опредѣляется этотъ видъ его, такъ какъ actio de dolo погашается лишь двухлѣтней давностью (§ 206 прим. 5), actio же противъ fallus tutor—годовой (l. 9 § 1 D. tit. cit.).

[3] Dig. 4. 2 quod metus causa gestum erit. — Cod. 2 20 de his quae vi metusve causa gesta sunt.—Шлиманъ die Lehre vom Zwange стр. 15—52. Kramer de eer van den psychischen Zwang (Inaugural-abhandlung, 1864) стр. 199 слѣд. Глюкъ V стр. 468 слѣд. Унтергольцнеръ II § стр. 339—341, Синтенисъ II стр. 743—745.

[4] Ср. къ сказанному въ прим. 6. указалъ еще Зейф. Arch. XX. 219.

[5] Примѣнимость actio doli: l. 14 §. 13 D. h. t.,—condictio ob turpem causam: l. 4 §- 2 l. 7 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5 (§ 179 пр. 4).

[6] L. 9 § 7. 8 l. 10 § 1 l. 12 pr. l. 12 § 2 l. 21 § 2 D. h. t.; l. 4 C. h. t. Онъ отвѣтствуетъ безусловно за всякое обогащеніе: l. 14 § 5 D. l. 1 C. h. t.

[7] Actio quod metus causa есть по классическому праву actio perpetua, l. 14 § 1 D. h. t. Говорится, конечно, что она post annum дается лишь тогда, когда нельзя воспользоваться другой actio (l. 14 § 1. 2 D. l 4 C. h. t.) Шнейдеръ Subsidiäre Klagen. Стр. 377 слѣд.); но нельзя не видѣть, что въ настоящее время нельзя изъ этого положенія дѣлать какое либо употребленіе, такъ какъ изъ принужденія, какъ таковаго, нельзя требовать болѣе, чѣмъ вознагражденіе вреда.—Наслѣдники отвѣчаютъ, какъ и при другихъ деликтныхъ искахъ, лишь въ размѣрѣ обогащенія (l. 16 § 2 l. 17. 19. 20 D. h. t..), по современному же праву, въ размѣрѣ наслѣдства (§ 114, прим. 15, 16).

[8] L. 14 § 2 D. l. 4 C. h. t.

[9] L. 14 § 1. 4. 7. 9. 10. 14 D. l. 4 C. h. t. Теперешняя примѣнимость этого положенія очень спорна, и во всякомъ случаѣ она не практикуется теперь въ жизни. См. § 15 прим. 13—15).

[10] Это обыкновенно упускается изъ вида. По ст. l. 9 § 2 D. h. t. («vel aedificii depositionem»). Шлиманъ. Стр. 38—40. Крамеръ p. 56. 105 sqq.

[11] L. 9 § 1. 8 l. 10 pr. l. 11 l. 14 § 3. 5 D. h. t.; ср. 1 l. 3 C. h. t.

[12] L. 14 § 5 l. 18 D. h. t.

вается отъ реституціи [13]. Но искъ этотъ предполагаетъ, что вынужденное дѣйствіе имѣло юридическій характеръ [14].

Е. Переукрѣпленіе имущества ко вреду кредиторовъ *.

Если должникъ, съ цѣлью повредить своимъ кредиторамъ, предпринимаетъ уменьшеніе своего имущества, то не только онъ самъ отвѣтствуетъ предъ кредиторами, но, при извѣстныхъ условіяхъ, и то лицо, въ пользу котораго уменьшеніе имущества предпринято [1]. Практическую важность имѣетъ естественно послѣднее,

---

[13] L. 14 § 3 D. h. t. см. прим. 9.

[14] Шлиманъ, стр. 40 прим. 15.

* Dig. 42. 8 quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. Cod. 7. 75 de revocandis his quae in fraudem creditorum alienata sunt. — Дабеловъ ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubigor, стр. 375—477 (1801) ср. Шретеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VI стр. 131—137 (1833). Франке Arch. f. civ. Pr. XVI. 5. 10 (1833). Ласпейресъ тоже XXI. 2 (1838). Гушке Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. XVI. 1 (1857). Унтергольцнеръ II стр. 92—100. 141. Синтенисъ II стр. 734—738. Рудорфъ Zeitschr. f. Rgesch. VIII стр. 62 сл.—Объ actio Fabiana и actio Calvisiana см. Франке Nether benrecht стр. 486 слѣд., Шмидтъ Pflicht theilsrecht das Patrons стр. 92 слѣд.).

[1] Преторскій эдиктъ—источникъ относящихся сюда постановленій, давалъ въ этомъ случаѣ кредиторамъ какъ actio (l. 1 pr. D. h. t.), такъ и interdictum (l. 10 pr. D. h. t.). Actio именуется въ l. 39 § 4 D de usur. 22. 1.—Pauliana actio; интердиктъ встрѣчается вообще подъ названіемъ fraudatorium interdictum (l. 67 § 1 D ad. SC Treb. 36. 1, l. 96 pr. D. de solut. 46. 3, l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 26). Но въ концѣ втораго мѣста эдикта (l. 10 pr. cit.) обѣщается и actio in factum противъ невиннаго пріобрѣтателя; въ интерпретаціи же этого мѣста actio in factum разсматривается какъ подходящее средство и противъ пріобрѣтателя, участвовавшаго въ зломъ умыслѣ. Взаимное отношеніе этихъ юридическихъ способовъ защиты не ясно; что касается прежде всего actio Pauliana и actio in factum, то обыкновенно принимаютъ, что оба иска (или по крайней мѣрѣ эти два иска противъ злоумышленнаго пріобрѣтателя) тождественны. Напротивъ, Гушке пытался доказать, что actio in factum была независима отъ actio Pauliana не только формально (во второмъ мѣстѣ эдикта преторъ обѣщалъ таковую и противъ злоумышленнаго пріобрѣтателя), но и матеріально. По моему мнѣнію, доказательства Гушке нисколько не убѣдительны (см. ниже прим. 6. 15. 17. 21. 26); впрочемъ въ практическомъ отношеніи это не важно. Ибо для современнаго права безразлично во всякомъ случаѣ различіе между двумя исками, еслибъ таковое существовало даже. Истецъ можетъ въ настоящее время требовать того, что давалось римлянину тѣмъ или другимъ искомъ. Что касается засимъ *интердикта*, то Гушке принимаетъ, что онъ былъ введенъ для оказанія кредиторамъ болѣе быстрой юридической помощи, но лишь съ цѣлью возвращенія въ конкурсную массу отнятыхъ вещей, для совмѣстной продажи съ послѣдней. Впрочемъ, интердиктъ отличался матеріально отъ actio Pauliana и actio in factum и въ другихъ пунктахъ. И это мнѣніе Гушке, какъ мнѣ кажется, слишкомъ рискованно (ср. прим. 1 и 6). Конечно, на практикѣ употребленіе интердикта для указанной цѣли служитъ средствомъ для скорѣйшаго доставленія помощи, но средство это есть лишь провизорное. Гушке стр. 129 (но см. также Петцольдъ Zeitscr. f. Rechtspfl. u. Verw. f. das KR. Sachsen N. F. XIX стр. 485 прим. 51). Ср. Бринцъ § 123, Келлеръ § 370, Арндтсъ § 228 прим. 1, Voigt condictiones ob causam, стр. 784—788.—Объ in integrum restitutio вслѣдствіе alienatio in fraudem creditorum, см. I § 116 прим. 2, Гушке въ указ. м. Стр. 49 слѣд. относитъ мѣсто источниковъ, которое имѣетъ здѣсь

такъ какъ должникъ и безъ того обязанъ предъ своими кредиторами [1a].

1. Уменьшеніе имуществъ. Безразлично, какъ оно совершается. Важнѣйшій изъ случаевъ, относящихся сюда, есть отчужденіе въ тѣсномъ смыслѣ, т. е. случай передачи правъ [2]. Но сюда относится также и случай отказа отъ права, который можетъ послѣдовать прямо [3] или косвенно [4], а также случай установленія вещной или обязательственной повинности [5]. Имущественное уменьшеніе можетъ быть осуществлено и чисто фактическимъ путемъ, чрезъ уничтоженіе или истребленіе вещей; но при этомъ исключается естественно отвѣтственность третьяго лица [6]. Съ другой стороны, простой отказъ отъ пріобрѣтенія не даетъ кредиторамъ иска [7]; исключеніе сдѣлано лишь въ пользу казны [8].

существенное значеніе (§ 6 I de act. 4. 6) къ actio Pauliana, также Voigt въ указ. м. Ср. прим. 15, и см. также Шредеръ въ указ. м., стр. 138.

[1a] Въ виду сего въ источникахъ почти не говорится объ этомъ случаѣ. См. l. 1 pr. i. f. l. 10 § 24 l. 12 l. 25 § 7 D. h. t. (Объясненіе Гушке стр. 101, что интердиктъ не былъ даваемъ противъ лица, переукрѣпившаго имущество (fraudator) основывается единственно на специфической функціи, приписываемой этимъ писателемъ интердикту (прим. 1). Ср. впрочемъ и Гиммерталь Arch. f. pr. RW. N. F. III стр. 225 слѣд.

[2] Ср. I § 69 къ прим. 9. L. 1 § 2 D. l. 1 C h. t.; l. 3 pr. l. 9 D. l. 2. 3. 5 C. h. l., l. 43 § 7 D. de aed. ed. 21. 1, l. 8 § 1 D. de reb. auct. iud. 42. 5. Установленіе права, ограничивающаго право собственности: l. 10 § 12. l. 22 D. h. t.

[3] Отказъ отъ закладнаго права, l. 2 l. 18 D. h. t,—отъ узуфрукта, l. 10 § 15 D. h. t.,—отъ права требованія, l. 1 § 2 l. 3 pr. l. 17. pr. D. h. t., l. 9 § 5 D. de iurei. 12. 2.

[4] Непрерваніе давности, l. 3 § 1, l. 4 D. h. t.; умышленный проигрышъ процесса, l. 3 § 1 D. h. t.; дереликція вещи съ цѣлью, чтобъ другой завладѣлъ ею, l. 5 D. h. t.

[5] L. 1 § 2, l. 3 pr. l. 6 § 6, l. 10 § 13, l. 22 D. h. t.—Въ случаѣ установленія обязательства, самый простой способъ защиты есть устраненіе претензій изъ конкурса (exceptio, denegatio actionis). L. 25 D. de reb auct. iud. 42. 5, l. 9 § 5 D. iurei. 12. 2. Ср. Гушке стр. 26—29, Voigt прим. 752—753. (Шмидтъ въ указ. м. стр. 104).

[6] L. 25 § 7 D. h. t.—Преторскій эдиктъ говоритъ при употребленіи иска о *gerere* fraudationis causa, при употребленіи интердикта—о *facere* fraudandi causa. По мнѣнію Гушке (стр. 81 слѣд.), это послѣднее выраженіе употреблено намѣренно для того, чтобы обнять имъ какъ случай простаго фактическаго уменьшенія имущества (l. 25 § 7 cit.), такъ и случай косвеннаго отчужденія онаго (l. 5 D. h. t.). Можетъ быть это такъ, хотя Ульпіанъ, при объясненіи мѣста эдикта, дающаго actio, употребляетъ прямо выраженіе facere (l. 1 § 2 l. 3 § 1. 2, l. 6. § 8 D. h. t.). Ср. еще l. 28 D. de V. S. 50. 16. Но когда Гушке, приводя разсказъ у Cic. de orat. II. 69 § 280, строитъ за симъ предположеніе о виновникѣ интердикта (стр. 1—25. 121) то это, какъ мнѣ кажется, болѣе чѣмъ смѣлая комбинація. (Противъ Гушке и Шмидтъ въ указ. м. стр. 98 прим. 12).

[7] L. 6 pr.—§ 5 D. h. t., l. 67 § 1 D. ad SC. Treb. 36. 1. Ср. Гольцшуеръ III § 232 nr. 8.

[8] L. 45 dr. D. de I F. 49. 14.

2. Имущественное уменьшеніе съ намѣреніемъ повредить (verkürzen) кредиторамъ [9]. Намѣреніе это слѣдуетъ предполагать, коль скоро должникъ, предпринимая имущественное уменьшеніе, знаетъ, что онъ несостоятеленъ къ платежу, или что онъ дѣлается несостоятельнымъ чрезъ уменьшеніе имущества [10].

3. Намѣреніе вредить (verkürzen) кредиторамъ должно быть достигнуто дѣйствительно [10a], притомъ относительно тѣхъ кредиторовъ, противъ которыхъ оно направлено [11], и по тому имуществу, по которому уменьшеніе предпринято [12].

4. Искъ противъ третьяго лица, въ пользу котораго совершается имущественное уменьшеніе, имѣетъ мѣсто:

а) Когда третьему лицу извѣстна была обманная цѣль, съ которой предпринимается имущественное уменьшеніе [13]. Въ этомъ случаѣ оно отвѣчаетъ за полное возмѣщеніе того, что отнято у кредиторовъ [14], причемъ не принимается въ соображеніе, находится ли еще таковое у него, и даже поступило ли оно когда нибудь

---

[9] L. pr. D. h t. «fraudationis causa», l. 10 pr. D. h. t. «raudandi causa». Ср. l. 79 D. de R. I. 50. 17.

[10] L. 17 § 1 D. h. t. ср. еще l. 10 § 11 D. eod., l. 8 D. de tut. 36. 1. Зейфф. Arch. III. 249, V. 95, VII. 268, IX. 356 Kr. 3, XII. 227. Др. мн. ростокскій обап. судъ у Бухки и Буддо Entscheid. V стр. 284 слѣд. (Кирульфъ Entscheid. любекскаго об. ап. суда 1867 wr. 49,)

[10a] Зейфф. Arch. I. 393, III. 247, 248, V· 95, XII. 113, XIII. 307.

[11] L. 10 § 1 l 15. 16 D. h. t. L. 15 D. cit.: — «utrumque in eorundem personam exigimus, consilium et eventum».

[12] L. 10 § 9 D. h. t. Ср. l. 10 § 10. 11 eod.

[13] L. 1 pr. D. h. t.: «cum eo qui fraudem non ignoraverit»; l. 10 pr. D. h. t.: «sciente te». L. 5 C. h. t. Частности: l. 6 § 8, l. 10 § 2. 3. 5. 7. 8, l. 25 § 3 D. h. t.

[14] L. 38 § 4 D. de usur. 22. 1;—«nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset». L. 10 § 22 D. h. t.:—«generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset». L. 10 § 15. 23 l. 14 pr. l 17 pr. l. 18 D. h. t.

[15] Основаніемъ его отвѣтственности служитъ на владѣніе, деликтъ. Ср. l. g. pr. D. h. t.:—«quia dolus ei dontaxat nocere debeat, qui eum admisit.» См. еще l. 25 D. h. t.: Третье лицо получило имущество съ обязанностью выдать таковое другому лицу; хотя бы оно обязанность эту исполнило, оно всетаки отвѣчаетъ. Если въ l. 9 D. h. t. сказано, что получатель обязанъ выдать покупную цѣну, при продажѣ имъ полученнаго, то это не значитъ, что отвѣтственность его ограничивается этой суммой, если ею не покрывается сполна интересъ кредитора. И въ l 14 D. h. t. возлагается на получателя обязанность выдать свое требованіе, которое онъ имѣетъ по поводу полученнаго къ третьему лицу, хотя онъ безъ сомнѣнія несетъ самъ отвѣтственность за полученное. Гушка (стр. 49 слѣд. 100—103) утверждаетъ, что только интердиктъ и actio in factum независимы отъ владѣнія отвѣтчикомъ полученнымъ имуществомъ, но не actio Pauliana. Actio Pauliana, по его аргументаціи, есть actio rescissoria *in rem*, и притомъ не только тогда, когда ею требуется вещное право (Гушке относитъ къ этому случаю § 6 I de act. 4. 6, ср. прим. 1 въ концѣ), но и во всѣхъ другихъ случаяхъ; ибо ею кредиторы во всякомъ случаѣ заявляютъ свои права на имущество, поэтому она должна быть сравнена съ hereditatis petitio. Противъ этого воззрѣнія (съ

къ нему [16]. Вмѣстѣ съ полученнымъ оно обязано выдать всѣ выгоды извлеченныя изъ него [17], или которыя оно могло извлечь [18]. Возмѣщенія же эквивалента, даннаго за пріобрѣтенное имущество, должникъ можетъ, съ своей стороны, требовать тогда только, когда эквивалентъ имѣется еще [19]; возмѣщенія издержекъ — тогда, когда онѣ были необходимы [20]. Но пріобрѣтатель не отвѣчаетъ по всей этой строгости по прошествіи года со времени продажи имущества должника [21]; по истеченіи этого времени отвѣтствен-

---

которымъ въ сущности согласенъ Бринцъ § 123) говоритъ положительно l. 38 § 4 въ связи съ pr D. de usur. 22. 1, каковое мѣсто Гушке (стр. 51. 52) безцеремонно устраняетъ; въ пользу его—только парафраза Теофила къ сказанному мѣсту институцій. Но даже эта парафраза говоритъ въ пользу мнѣнія Гушке касательно лишь того частнаго случая, о которомъ упоминается въ ней. Voigt въ указ. м. (прим. 1), который тоже признаетъ actio Pauliana—искомъ ресциссорнымъ, искомъ же *in rem* лишь при отчужденіи вещнаго права, возлагаетъ на невладѣльца отвѣтственность въ качествѣ fictus possessor, съ чѣмъ однакоже мало мирится l 9 D. h. t, на которую Voigt ссылается. Въ отношеніи l. 38 D. de usur. cit. доводы Фохта тоже неубѣдительнѣе (прим. 754) доводовъ Гушке. (Противъ Гушке и Шмидтъ въ указ. м. стр. 96 прим. 10).

[16] L. 25 § 3 D. h. t. Унтергольцнеръ стр. 95, Гушке стр. 103. Др. мн. Синтенисъ прим. 30.

[17] L. 10 § 19—21 D. h. t., l. 38 § 4 D. de usur. 22. 1. По l. 25 выдачѣ подлежатъ лишь плоды, которые имѣлись уже во время отчужденія; кажется даже, что подлежащее мѣсто эдикта содержало въ себѣ въ этомъ отношеніи положительное постановленіе (l. 25 § 6 cit. «Fructus autem fundo cohaesisse, non satis intellegere se Labeo ait, utrum duntaxat qui maturi, an etiam, qui immaturi fuerint, praetor significet»). Мѣсто это довольно темно. Мнѣніе, будто въ немъ говорится объ искѣ противъ добросовѣстнаго владѣльца (Унтергольцнеръ стр. 98 слѣд.), не находитъ себѣ оправданія, точно такъ же, какъ и мнѣніе Гушке (стр. 105 слѣд.), по которому ограниченіе fructibus cohaerentibus было особенностью actio in factum сравнительно съ интердиктомъ и actio Pauliana; ибо, по мнѣнію Гушке, и въ l. 10 § 19—21 D. h. t. подъ fructus разумѣются лишь fructus cohaerentes! (Ср. противъ этого § 22 тамъ же: «generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum», въ связи съ l. 38 § 4 D. de usur. 22. 1 «praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset» и съ дальнѣйшимъ содержаніемъ § 22). См. Шмидтъ Interdictenverf. стр. 42. 43.

[18] L. 10 § 20. 22 D. h. t. Др. мн. Гушке стр. 70. 105 слѣд.

[19] L. 7. 0 D. h. t. (Зейф. Arch. XXI. 184).

[20] L. 10 § 20 D. h. t.

[21] L. 10 § 18 D. h. t. «Annus huius in factum actionis computabitur ex die venditionis bonorum». Въ l. 6 § 14 D. h. t. говорится просто: «ex die factae venditionis». Гушке стр. 64 слѣд. понимаетъ послѣднее о подложномъ отчужденіи, основывая на этомъ дальнѣйшее различіе между actio in factum и actio Pauliana. Противъ этого говоритъ то, что цитированный § 13 находится въ концѣ ученія, которое трактуетъ вообще о юридическихъ сдѣлкахъ; въ пользу же—не говоритъ, конечно, то, на что напираетъ Гушке, именно: что actio Pauliana обѣщается въ первой линіи curator'у bonorum, который, однако же, перестаетъ быть имъ съ продажей имущества; вѣдь actio Pauliana, какъ принимаетъ и Гушке, была доступна самимъ кредиторамъ.—Что годъ исчисляется полностью: l. 1 pr. l. 6 § 14 D. h. t. Зейфф. Arch. XVIII. 288, XIX. 290. 291.

ность ограничивается размѣромъ имѣющагося еще обогащенія [22]. Наслѣдники его отвѣтствуютъ по правиламъ о деликтныхъ искахъ вообще [23].

b) Если пріобрѣтатель не зналъ обманной цѣли уменьшенія имущества, то онъ съ самаго начала отвѣтствуетъ лишь въ размѣрѣ имѣющагося еще обогащенія [24].

5. Послѣ открытія конкурса искъ можетъ быть вчинаемъ лишь совокупностью кредиторовъ или ихъ представителями [25]; до этого же момента и послѣ онаго — каждымъ кредиторомъ въ отдѣльности [26]. Если имущественное уменьшеніе предпринимается послѣ

---

[22] L. 10 § 24 D. h. t.

[23] Римское право: l. 10 § 25 l. 11 D. h. t. Современное право: § 117 num. 2. Обыкновенно полагаютъ (Синтенисъ прим. 34, Бринцъ стр. 531, Арндтсъ § 228 прим. 4), что отвѣтственность несетъ и частный преемникъ, если онъ пріобрѣлъ недобросовѣстно. Мнѣ кажется, что нѣтъ необходимости дѣлать выводъ, а contrario изъ l. 9 D. h. t., на которую опираютъ это положеніе. Противъ этого и Гушке стр. 58.

[24] L. 10 pr. D. h. t.:—«interdum causa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam». L. 5 C. h. t.:—«contra. . . eum, qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta». Дареніе: l. 6 § 11 D. l. 3 C. h. t.; завѣщаніе: l. 6 § 13 D. h. t.; назначеніе приданаго, которое представляетъ собою лишь подарокъ женѣ, а не мужу: l. 10 § 14 l. 25 § 1. 2 D. h. t. Пріобрѣтеніе посредствомъ другаго: l. 6 § 12 l. 10 § 5 l. 25 pr. D. h. t. Отвѣтственность въ размѣрѣ обогащенія: l. 6 § 10—12 l. 10 § 5 D. h. t. Зейфф. Arch. XI. 100, XVI. 273.

[25] Случай заявленія curator'омъ bonorum требованія послѣ открытія конкурса является случаемъ нормальнымъ. L. 1 pr. D. h. t. «Quae fraudationis causa gesta erunt . . . de his curatori bonorum . . . actionem dabo». Ср. Blätter f. Rechtsanwendung zunächst in Bayern N. F. X стр. 129 слѣд. (противъ Зейфф. Arch. XIX. 96).

[26] Преторъ продолжаетъ (l. 1 pr. cit): «vel ei cui de ea re actionem dari oportebit». Во второмъ эдиктѣ (l. 10 pr. D. h. t.) преторъ ссылается на этотъ первый эдиктъ. Отдѣльный кредиторъ является истцомъ въ l. 10 § 6 D. l. 1 C. h. t., l. 96 pr. D. de sol. 46. 3. l. 1 C. Th. de integri rest. 2. 16. Впрочемъ, не безспорна возможность предъявленія иска и до открытія конкурса. Гушке (стр. 39 слѣд., см. кромѣ того Швеппе System des Concurses § 33, Laspeyres въ указ. м. стр. 40) проводитъ воззрѣніе, что искъ можетъ принадлежать лишь такому кредитору, который введенъ во владѣніе имуществомъ должника (immittere). Это воззрѣніе онъ основываетъ, независимо отъ выводовъ изъ природы actio Pauliana и interdictum fraudatorium (прим. 1. 15): a) на § 6 I. de act. 4. 6, см. объ этомъ I. 116 прим. 2 и выше 1 и 15; b) на l. 10 § 1. 9. 10. 18 l. 25 § 7 D. l. 5 C. h. t., изъ коихъ вытекаетъ, что actio in factum могла быть предъявляема иммиттированными кредиторами лишь послѣ продажи имущества. Послѣднее могло быть вѣрно, но это нисколько не вызываетъ необходимости поставить правило для современнаго права иначе, чѣмъ это сдѣлано (прим. 1). Но и въ указанномъ отношеніи можно спросить, имѣли ли упомянутыя мѣста въ виду ограничить actio in factum временъ послѣ продажи имущества. Въ пользу такого же мнѣнія выступилъ недавно и Фиттингъ Arch. f. civ. Pr. XLIX 13 (1866), безъ указанія однакоже новыхъ основаній. Сн. съ другой стороны Гюнтеръ въ RLex. Вейске II стр. 785 слѣд. ср. и Гмелинъ die Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger стр. 40—42, Коры System des Concurs pr. § 41 Зейфф. Arch. II. 115, III. 247. 551, IX. 356 Nr. 2, XI. 321, XV. 6. 180, XVI. 171; иначе III. 251, XIII. 202, XVIII. 86.

открытія конкурса, то оно, по современному праву, ничтожно [27]; однако же личный искъ кредиторовъ не исключается при этомъ [28].

6. Платежъ, произведенный кредитору до открытія конкурса [29], не взыскивается обратно [30], хотя бы таковой сдѣланъ былъ должникомъ съ цѣлью доставить получателю выгоду на счетъ прочихъ кредиторовъ и получатель зналъ объ этомъ [31]. Иначе, когда должникъ не платитъ, а установляетъ залогъ [32], или даетъ что либо другое взамѣнъ платежа [33]. То обстоятельство, что обязательство было естественное, (obl. natur.) не даетъ права взыскать платежъ обратно [34], а равно и то, что долгъ не былъ еще просроченъ. Но въ послѣднемъ случаѣ подлежитъ выдачѣ выгода, полученная отъ преждевременнаго платежа [35]. Казна имѣетъ безусловное право требовать назадъ произведенные платежи [36].

---

[27] См. § 24 прим. 8; также Франке въ указ. м. стр. 229 слѣ.

[28] Оно можетъ имѣть большую важность для кредиторовъ, если пріобрѣтатель не находится болѣе во владѣніи: тоже относительно не полученныхъ плодовъ.

[29] L. 6 § 7 l. 10 § 16 D. h. t.

[30] Объ этомъ вопросѣ трактуютъ спеціально цитированныя подъ * сочиненія Франке и Ласпейра; см. далѣе Вангеровъ III § 697 прим.

[31] L. 6 § 7 и въ особенности l. 24 i. f. D. h. t., см. также l. 129 pr. D. de R. J. 50. 17 (l. 6 § 6 D. h. t. говоритъ не о платежѣ, а в полученіи платежа, Ласпейръ стр. 58 слѣд., Вангеровъ nr. I. 2, Гушке стр. 31 примѣч. 1). Иначе господствовавшее прежде мнѣніе (Франке стр. 134. 135, которое недавно, по крайней мѣрѣ по основной своей мысли, опять взялъ подъ свою защиту Ласпейръ (т. наз. Gratificationstheorie); противъ этого Франке въ указ. м., Вангеровъ въ ук. м. Гушке стр. 32—34, Синтенисъ въ указ. м. прим. 26, Арндтсъ § 228 прим. 3. Опровергаемое здѣсь мнѣніе опираютъ главнымъ образомъ на l. 6 § 1. 2 D. de reb. auct. iud. 42. 5 и l. 24 D. h. t. въ первой части, далѣе на l. 96 pr. D. de solut. 46. 3, но мѣста эти трактуютъ о другихъ случаяхъ (первое: уплатилъ наслѣдникъ, который впослѣдствіи воспользовался beneficium'омъ abstinendi; послѣднее: должникъ удовлетворилъ кредитора деньгами другаго лица). Въ пользу указаннаго мн. говоритъ изъ рѣшеній у Зейфф. Arch. лишь IV. 276; противъ этого II. 352, IV. 272, VI. 305, IX. 356 nr. 4, XII. 228.

[32] L. 2 l. 6 § 6 l. 10 § 13 l. 22 D. h. t. Франке стр. 259—262, Дернбургъ Pfandr. I стр. 197—200, Шейерль krit. BJSchr. II стр. 444. Зейф. Arch. I. 392, II. 116. 352, III. 249, IV. 274, VI. 124, XX 98 (XXI. 181, XXII. 286).

[33] Въ пользу сего не имѣется положительнаго доказательства, но оно вытекаетъ непосредственно изъ того, что признано для заклада. Франке стр. 262 — 266, Ласпейръ стр. 71 — 74, Вангеровъ nr. V, Ремеръ Leistung an Erfüllungsstatt стр. 149 слѣд. Зейфф. Arch. III. 250, IX. 357 nr. 4, XII. 228, XVIII. 202, (XXI. 186, XXII. 106); иначе IV 276, VI, 305; ср. также VI, 125.

[34] L. 19 D. h. t. Вангеровъ nr. III, Бриницъ стр. 531. Др. мн. Франке стр. 269, Гушка стр. 32. Незаявленіе beneficium'а competentiae въ пользу кредиторовъ относительно обѣщанія дарить признано основаніемъ actio Pauliana въ рѣшеніи любекскаго об. апп. суда у Кирульфа Sammlung. 1865 стр. 109 (97).

[35] L. 10 § 12 l. 17 § 2. D. h. t. По другому мнѣнію (Франке стр. 266 слѣд., Ласпейръ стр. 75 слѣд., Петцольдъ Zeitschr f. RPfl. u. Verw. f. das Kön. Sachsen N. F. XIX стр. 481 — 504, Зейфф. Arch. IV. 275), платежъ можно требовать назадъ, если срокъ долга поступаетъ послѣ открытія конкурса; см. противъ этого Вангеровъ nr. II, Синтенисъ прим. 26 nr. 5.

[36] L. 18 § 10 l. 21 D. de I. F. 49. 14. Ср. Гольцшуеръ III стр. 1161. Зейфф. Arch. XVIII. 27.

F. Противозаконное нарушеніе фактическаго состоянія.

1. Нарушеніе владѣнія.

§ 219. Обязанности, возникающія изъ противозаконнаго нарушенія [1] вещнаго владѣнія, изложены уже выше въ связи съ ученіемъ о владѣніи, а равно и обязанности изъ нарушенія владѣнія вещными правами [2]. Здѣсь слѣдуетъ присовокупить, что обязанности порождаетъ и нарушеніе владѣнія другими правами [3]. Вопросъ о томъ, за какими другими правами, кромѣ вещныхъ, признается юридически владѣніе, слѣдуетъ разрѣшить въ томъ смыслѣ, что владѣніе принципіально возможно при всякомъ правѣ, допускающемъ непрерывное существованіе [4], но что господствую-

---

§ 219. [1] Выраженіе «нарушеніе» употреблено здѣсь въ широкомъ смыслѣ, такъ что оно обнимаетъ собою и лишеніе владѣнія.

[2] См. § 159—162 154.

[3] На неудобство выраженія «владѣніе правомъ» указано было уже выше (I § 163). То, что называютъ владѣніемъ правомъ, есть фактическое обнаруженіе воли, юридическое признаніе которой составитъ опредѣленное право.

[4] Поэтому владѣніе не исключается и при обязательствахъ, если они допускаютъ продолжительное осуществленіе. По другому, весьма распространенному мнѣнію владѣніе при обязательствахъ невозможно по самой идеѣ см. въ особенности Савиньи Besitz стр. 508 изд. 7, Пухта Verles. zu § 137, Арндтсъ § 218, Унгеръ I стр. 547 прим. 25, Ситтенисъ I. § 43 прим. 19. Противъ этого мнѣнія Брунсъ Besitz стр. 480 слѣд. Ранда der Besitz nach österr. R. стр. 253 слѣд. Въ дѣйствительности вопросъ можетъ заключаться въ томъ, есть ли обязательства, допускающія продолжительное осуществленіе. Если таковыя имѣются, то владѣніе ими несомнѣнно мыслимо; ни понятія владѣнія, ни понятіе обязательства не представляютъ этому затрудненія. Но такимъ характеромъ отличаются прежде всего обязательства о несовершеніи чего либо; далѣе реальныя повинности (которыя признаются всѣми, въ теоріи и на практикѣ, возможнымъ предметомъ владѣнія (прим. 5), многими, конечно, на основаніи лишь воззрѣнія, что онѣ суть вещныя права (см. § 291 прим. 6, также Ранда, въ указ. м. стр. 254 прим. 37), рентныя, процентныя обязательства, обязательства изъ отношеній найма и проч. Брунсъ въ указ. м. того мнѣнія, что единство обязательства съ продолжающимся дѣйствіемъ (въ противоположность случаю, гдѣ каждому акту осуществленія соотвѣтствуетъ особенное обязательство) можно принимать лишь тамъ, гдѣ обязательство связано «съ продолжительными юридически-личными отношеніями, или гдѣ оно продолжительно коренится въ вещахъ, въ особенности въ недвижимостяхъ». Брунсъ отвергаетъ владѣніе при капитальныхъ и наемныхъ процентахъ (при первыхъ и Ранда стр. 265—266): здѣсь «каждое исполненіе представляетъ собою самостоятельное обязательство», здѣсь «не имѣется продолжительнаго осуществленія *одного* обязательства, а лишь.... постоянно возобновляющееся осуществленіе постоянно обновляющагося обязательства». Но если спросить, на чемъ основывается единство обязательства, то не получимъ другаго отвѣта, чѣмъ: на единствѣ основанія возникновенія; и въ данномъ случаѣ остается лишь обратить вниманіе на то, дѣйствительно ли имѣется единство основанія возникновенія, или это такъ кажется только. Обязательство дать нормальный участокъ А. и поземельный участокъ Б. есть двойное обязательство, и двойной актъ кажется единичнымъ лишь вслѣдствіе сокращенія рѣчи. Легатарій, напротивъ, который принимаетъ обѣщаніе, что ему будетъ выдано нѣсколько легатовъ, установляетъ въ свою пользу единое обязательство, такъ какъ онъ обнимаетъ нѣсколько легатовъ въ смыслѣ единаго. Такъ буквально l. 29 pr. D. de V. O. 45. 1. Примѣненіе этого къ процентамъ и наемной платѣ не требуетъ особеннаго доказательства.

щія въ настоящее время въ Германіи доктрина и практика не склонны допускать защиту владѣнія въ этомъ объемѣ, вовсе не допуская ея въ особенности при обязательственныхъ правахъ, не имѣющихъ основанія въ недвижимости, или ограничивая ее значительно [5]. Начала, по которымъ охраняется владѣніе тамъ, гдѣ

Сверхъ того, говоритъ положительно: l. 58 pr. de fidei. 46. 1 («Si a colono stipulatus fideiussorem accepi, una stipulatio est plurium pensionum»), l. 75 § 9. D. de V. O. 45. 1 («Qui sortem stipulatur et usuras quascunque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot sunt stipulationes, quot res») Ср. § 4 прим. 8. О владѣніи «правами на лица» (Personenrechte) см. Брунсъ стр. 483 слѣд. 495 слѣд.

[5] Въ отношеніи защиты владѣнія римское право не выходило за сферу вещныхъ правъ (I § 163). Напротивъ каноническое право принимаетъ владѣніе и допускаетъ охраненіе онаго: при верховныхъ правахъ, церковныхъ должностяхъ и достоинствахъ, бенефиціяхъ и церковныхъ имуществахъ, патронатѣ и правѣ назначенія на должности, почетныхъ правахъ, регаліяхъ, реальныхъ повинностяхъ, именно при десятинѣ и брачномъ отношеніи. См. указанія у Брунса стр. 186 слѣд. При этомъ не явствуетъ нигдѣ, чтобы сохранялось владѣніе лишь этими правами, которыя перечисляются не исключительно, а въ примѣненіи принципа. На той же точкѣ зрѣнія стоятъ опирающіяся на каноническое право доктрина и практика церковнаго и свѣтскаго права до конца среднихъ вѣковъ. Брунсъ § 29 34. Единство мнѣнія не было лишь относительно обязательствъ не съ вещнымъ характеромъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ одна партія совершенно отрицала владѣніе (ссылаясь на то, что l. 24 X. de elect. 1. 6 говоритъ лишь о поземельной рентѣ, что безъ сомненія и вѣрно, Брунсъ стр. 190), другая же принимала по крайней мѣрѣ сходный съ владѣніемъ status percipiendi, подлежавшій охраненію. Брунсъ стр. 242. 277. Эта теорія была принята въ Германіи. Въ Германіи признавали въ 16, 17 и 18 столѣтіяхъ владѣніе: при семейственныхъ правахъ (бракъ, отеческая власть), правахъ состоянія (дворянство, право гражданства, личная свобода, родство), должностяхъ, почетныхъ, цеховыхъ и соединенныхъ съ чинами правахъ, при всѣхъ видахъ реальныхъ повинностей, пошлинахъ, регаліяхъ, т. наз. Bannrechten; но при этомъ споръ о возможности владѣнія (чисто личными) обязательствами продолжался. Брунсъ стр. 383. 384. 407. 408. Это воззрѣніе нашло себѣ выраженіе и въ имперскихъ законахъ, Sanct. pragm. 1493 tit. X. R. A. 1548 § 56. 59. 63, Landfriede 1548 § 1. I. P. O. art. 5 § 46. Въ 19 столѣтіи получило въ теоріи преобладаніе воззрѣніе Савиньи (Besitz § 49), признающаго владѣніе такими лишь правами, «которыя сопряжены съ владѣніемъ и пользованіемъ землей» (въ частности онъ поименовываетъ церковныя свѣтскія суверенныя права и реальныя повинности, исключая именно «право личнаго состоянія и обязательства»); только нѣкоторые писатели идутъ далѣе Савиньи. См. цитаты у Брунса стр. 421, Ранда стр. 252 прим. 34. Объ и противъ мнѣнія Дункера (Zeitschr. f. deut. R. II. стр. 28 слѣд.), по которому владѣніе слѣдуетъ признавать лишь при такихъ правахъ, при которыхъ въ древне-германскомъ правѣ имѣло мѣсто «Gewere», см. Брунсъ стр. 421 и цитированныя тамъ при прим. 5 мѣста Ранда стр. 248 — 250. Вообще ср. о сказанномъ доселѣ еще Ранда § 24. Теперешнюю практику по этому предмету трудно опредѣлить; только несомнѣнно то, что всѣми признается владѣніе поземельными правами. Зейфф. Arch. V. 173. VII. 42 43, VIII. 14, XII. 241, XIV. 8, XV. 149, XVI. 5. 174. 175, XVII. 46, (XXII. 249) см. также I. 183. 317. Допустимость защиты владѣніями чистыми (не вещными) обязательствами отрицаютъ рѣшенія у Зейфф. Arch. I. 138 и 223 (Штуттгарскій об. триб., ср. Брунсъ § 422 прим. 1); напротивъ охраняютъ должностныхъ лицъ — гражданскаго и церковнаго вѣдомства во владѣніи получаемымъ ими содержаніемъ рѣшенія I. 61 и III, 99 (Касселькій об. апп. судъ — послѣднее рѣшеніе основывается на томъ, что лицамъ этимъ принадлежитъ quasi—

защита дается дѣйствительно, тѣ же, что и для защиты владѣнія вообще [6]; здѣсь не требуется лишь матеріальнаго нарушенія владѣнія [7]. [8].

2. Учиненіе чего либо противъ чужой воли *.

§ 202. Токае дѣйствіе противъ чужой воли порождаетъ, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, обязательства даже тогда, когда этимъ не нарушается чужое владѣніе [1].

вещное право на государственное и церковное имущество), XIII. 32 (дармштадтскій об. апп. судъ—государственные и другія публичныя должностныя лица). (Зейфф. Arch. XXII. 233, XXIII. 32 (Дармштадтъ и Вольфенбюттель: частныя должностныя лица). Еще далѣе идутъ рѣшенія IX. 126, XIII. 32 (дармштадтскій об. апп. судъ), VII. 269 (іенскій об. апп. судъ), XVI. 5 (дрезденскій об. апп. судъ), которыя допускаютъ защиту владѣнія при всѣхъ обязательственныхъ правахъ, простирающихся на переодически повторяющееся исполненіе со стороны юридическихъ лицъ (корпорацій) или постоянныхъ классовъ лицъ (брунсовская идея, см. прим. 4). Владѣніе матери дитятей охраняетъ кассельскій об. апп. судъ (Брунсъ стр. 422 прим. 3), владѣніе правомъ представительства — іенскій об. апп. судъ (Зейфф. Arch. VIII. 232), охраняющій даже владѣніе правомъ имѣть одному гостинницу (Зейфф. Arch. XVI. 168). Напротивъ прежній цербетскій об. апп. судъ отказывалъ въ защитѣ владѣнія правомъ, «за вознагражденіе варить, печь и печь такъ назыв. Aschkuchen» (Зейфф. Arch. I. 317). См. также Зейфф. Arch. XIX. 151.

[6] Декреталіи (Брунсъ стр. 205—207) даютъ interdictum uti possidetis и искъ по аналогіи съ interdictum unde vi. Позднѣйшая теорія и практика издавна считали примѣнимыми какъ римскія средства защиты, такъ и actio spolia и Sumariissimum. Брунсъ стр. 243 слѣд. 279 слѣд. 384 слѣд. 408.

[7] При облигаторныхъ исполненіяхъ достаточно простаго отказа. Такъ смотрѣли на это дѣло декреталіи и засимъ постоянно послѣдующая теорія и практика. Брунсъ стр. 244. 280 слѣд. 384. 408. 409, ср. также Ранда въ указ. м. стр. 372 слѣд. Зейфф. Arch. I. 66, III. 99, V. 173, VII. 42. 43, VIII. 221, XII. 340, XIII. 32, XVI. 115, XVII. 46, XVIII. 250; противоположно I. 223. 224, XII. 241. См. еще XVII. 45, (XXI. 124). Нарушеніе третьими лицами? Брунсъ стр. 214 слѣд. 280. Зейфф. Arch. XVI. 168.

[8] Относительно пріобрѣтенія и потери владѣнія дѣйствуютъ правила, развитыя въ I. § 163. Ср. Ранда въ указ. м. § 25. 26. 29. 31—36. (Цитированные §§ 29 и 30 трактуютъ спеціально о пріобрѣтеніи владѣнія реальными повинностями и такъ наз. Bannrechten).

* Dig. 43. 24 quod vi aut clam. — Подробно обработано это ученіе Штельцелемъ: die Lehre von der operis novi nuntiatio und dem interdictum quod vi aut clam стр. 341—522. 556—594 (1865). См. кромѣ того: G. Hasse Rhein. Mus. VI. 1. (1830) Francke Arch. f. civ. Pr. XXII. 14 (1839). Шмидтъ (vom Sckwerin) Zeitschr. f. Eiv. u. Pr. N. F. I. 7 (1845). Шефферъ Arch. f. pract. RW. I стр. 2 слѣд. II стр. 16 слѣд. (1852. 1853). Циммерманъ Arch. f. civ. Pr. XXXVII стр. 230 слѣд. (1854) и XLI. 7 (1858). (LII. 20 1869). Gesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I. стр. 265—268. II. стр. 62—79 (1859. 1861). ф. Дунъ Arch. f. civ. Pr. XLVIII. 3 (1865). Карлово Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses стр. 89—100 (1865). Gesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an grundstücken стр. 1—91 (1866). Баронъ, критика сочиненія Штельцеля, krit. VISchr. VII. стр. 489 — 511 (1865, впослѣдствіи же издана какъ сочиненіе Гессе). Штельцель Jahrb. f. Dogm. VIII. 6 (1866). Унтергольцнеръ II стр. 179—186, Синтенисъ II стр. 745 — 750, Вангеровъ III § 677 прим.

1. Дѣйствіе должно быть такого рода, что оно воздѣйствуетъ на чужое поземельное имущество или составную часть онаго [2].

2. Дѣйствіе или должно находиться въ противорѣчіи съ запрещеніемъ, изъявленнымъ противной стороной [3], или предпринимающій дѣйствіе долженъ былъ инымъ образомъ знать, что у него оспаривается право на совершеніе онаго [4]. Равносиленъ знанію о спорѣ тотъ случай, когда предприниматель могъ знать о спорѣ [5].

3. Споръ долженъ быть основателенъ самъ по себѣ, въ про-

---

§ 220. [1] L. 16 pr. D. h. t., «Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest».

[2] Opus in solo factum. L. 1 § 4 l. 7 § 5 D. h. t. Въ частности упоминается въ источникахъ: копаніе, l. 7 § 8. l. 9 § 3. l. 22 § 1 D. h. t.; паханіе, l. 9 § 3 l. 22 § 1 D. h. t.; бросаніе камней, l. 15 § 2 D. h. t.; разрыхленіе почвы, l. 15 § 2 D. h. t.; слишкомъ сильное удобреніе, l. 7 § 6 D. h. t.; засориваніе колодца, l. 11 pr. D. h. t.; подрѣзываніе и поврежденіе деревьевъ и растеній, l. 7 § 5 l. 9. § 3. l. 11 § 3. l. 13 pr. § 3. 4. 7. D. h. t., l. 11 D. arb. furt. caes. 47. 7 (Arch. f. pr. RW. VI стр. 225 слѣд.; переводъ растеній, l. 22 pr. D. h. t.; сооруженіе зданія, l. 7 § 2 D. h. t. въ связи съ l. 1 § 11 D. de O. N. N. 39. 1, l. 11 § 5 D. h. t; сломка зданія, l. 7 § 9 D. h. t.; снятіе крыши съ таковаго, l. 7 § 10 l. 8 l. 9 pr. D. h. t.; похищеніе статуй, l. 9 § 2 l. 11 § 1. 2 D. h. t. l., 2 D. de sep. viol. 47. 12; прибитіе чего либо къ строенію другаго, l. 22 § 1 D. h. t. (Штельцель стр. 407 слѣд., Баронъ стр. 468 прим. *, Штельцель Zeitschr. f. R. G. VI. стр. 96 слѣд.); устройство ската воды надъ участкомъ другаго лица, l. 22 § 4 D. h. t. Напротивъ interdictum q. v. a. cl. не имѣетъ мѣста: при хожденіи по чужому поземельному участку, разбрасываніи или поджиганіи мусора, лицомъ на чужомъ участкѣ, l. 9 § 3 l. 10 D. h. t.; при похищеніи замковъ, ключей, рѣшетокъ, оконныхъ рамъ, l. 9 § D. h. t. См. еще l. 20 § 4 D. h. t «Quod in navi fit, vel in alia qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto».

[3] Такое дѣяніе есть по римскому выраженію vi factum (I § 159 прим. 4 § 160 прим. 5). L. 1 § 5 D. h. t. «Vi factum videri, Q. Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit». Способъ установленія запрещенія не имѣетъ здѣсь значенія, l. 20 § 1 l. § 7 D. h. t. Установленіе можетъ послѣдовать и символическимъ дѣйствіемъ, тамъ гдѣ таковое всѣмъ понятно (у римлянъ чрезъ «iactus lapilli» l. 1 § 6 l. 20. § 1 D. h. t.. l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1; ср. Штельцель стр. 345—355, Гессе Einspruchsrecht стр. 15. 16). Запрещеніе при посредствѣ другихъ: l. 3 pr. l. 17 D. h. t., 1 § 8. D. h. t., l. 17 D. de O. N. N. 39. 1; см. еще l. 1 § 8 l. 20 pr. D. h. t.; l. 1 § 10. 11 l. 2 D. h. t.; l. 1 § 9 l. 3 § 1. 2. 3 l. 20 § 2. 3 D. h. t.; l. 13 § 5 i. f. l. 11 § 9 eod. (Вангеровъ Nr. I. 5)

[4] Такое дѣяніе римляне называютъ clam factum. Clam factum точно также не предполагаетъ особеннаго приготовленія съ цѣлью утайки какъ и vi factum—насиліе. Кто знаетъ, что у него оспаривается право на дѣйствіе, которое онъ хочетъ предпринять, тотъ не долженъ таковаго предпринять безъ заявленія о семъ противнику; упустивъ же это сдѣлать, онъ дѣйствуетъ clam. L. 3 § 7 — l. 5 § 7 l. 11 § 11 l. 18 § 1 l. 21 § 1 l. 22 § 5 D. h. t., l. 73 § 2 D. de R. I. 50. 17. Зейфф. Arch. IX. 292; см. также V. 25, (XXI 125). Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1866 Nr. 2. (Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 64 Nr. I).

[5] L. 3 § 7. 8 l. 4 D. h. t., l. 43 i. f. D. ad leg. Aq. 9. 2. L. 4 cit:—«ne melioris condicionis sint stulti, quam periti».

тивномъ случаѣ на него не слѣдуетъ обращать вниманія [6]. Съ другой стороны нельзя пренебрегать основательнымъ по себѣ споромъ даже тогда, когда предпринимателю принадлежитъ противоположное право, могущее уничтожить споръ [7]. Предприниматель долженъ пріостановиться дѣйствіемъ или до признанія его противоположнаго права въ исковомъ порядкѣ, или до представленія противнику поручительства въ обезпеченіе иска, имѣющаго быть предъявленнымъ имъ, противникомъ [8].

[6] Другими словами: кто преслѣдуется interdictum'омъ q. v. a. cl., тотъ можетъ требовать отъ противной стороны доказательства существованія такого правоотношенія, изъ котораго вытекаетъ незаконность предпринятаго дѣянія. Безразлично, каково это правоотношеніе. Оно можетъ быть правомъ собственности (см. наприм. l. 11 § 14 l. 12 D. h. t. (Общая собственность, l. 13 § 3 D. h. t.), или другое вещное право (наприм. узуфруктъ или поземельный сервитутъ по отношенію къ праву собственности, l. 13 pr. D. h. t., l. 6 D. quib. mod. ususfr. 7. 4, l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3), или обязательственное право (наприм. арендное право относительно права собственности, l. 12 въ связи съ l. 13 pr. D. h. t.). Далѣе интердиктъ q. v. a. cl. можетъ основаться на законномъ ограниченіи собственности l. 4 § 2. 3 l. 5 l. 13 l. 14 pr. D. de aq. pl. 39 3), или на постановленіяхъ о пользованіи публичными вещами (по римскому праву слѣдуетъ прибавить res sacrae и religiosae, l. 20 § 5 l. 7 § 8 l. 11 § 1. 2 l. 13 § 5 l. 15 § 2 l. 22 § 4 D. h. t.), или на обязанности отвѣтчика доставить cautio damni infecti (l. 3 § 6 D. h. t. ср. l. 13 § 10 D. de damn. inf. 39. 2). Доказательство сказаннаго здѣсь, которое не признается господствующимъ мнѣніемъ (см. объ этомъ подробно въ прим. 18), лежитъ отчасти уже въ томъ, что источники говорятъ о необходимости существованія интереса въ лицѣ истца (прим. 11). Чтобъ доказать такой интересъ, обыкновенно необходимо доказать правоотношеніе (прим. 12), изъ котораго тотчасъ обнаружится незаконность дѣянія отвѣтчика. Но какъ разъ для этого случая содержится рѣшительное доказательство въ l. 21 D. de aq. pl. 39. 3, на которое впервые обратилъ вниманіе Штельцель «Si in meo aqua erumpat, unae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris». Меньшую доказательную силу имѣютъ l. 15. D. de S. U. 8. 2 (гдѣ выраженіе «prohiberi potest, si servitus debeatur» можетъ быть истолковано и въ смыслѣ воспрепятствованія предъявленіемъ actio confessoria, ср. l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5) и l. 9 D. eod. (каковое мѣсто могло оставить безъ вниманія interdictum q. v. a. cl.). Но справедливо указываетъ Штельцель на то, что при interdictum q. v. a. cl., въ противоположность къ operis novi nuntiatio (§ 221 прим. 9. 10), не имѣется ни ремиссорнаго процесса, ни присяги о томъ, что дѣяніе опасно. Наконецъ, interdictum q. v. a. cl. дѣлается понятнымъ лишь вслѣдствіе преподаннаго здѣсь положенія; помимо же этого положенія онъ является загадочнымъ, чрезвычайнымъ средствомъ защиты (ср. прим. 18). Противъ сказаннаго здѣсь приводятъ слова эдикта (l. 1 pr. D. h. t.). (Шмидтъ стр. 356, Вангеровъ стр. 563 (7 изд. стр. 547), по которымъ для интердикта не требуется ничего больше, какъ фактъ vi или clam factum. Но уже Штельцель (стр. 494) отвѣтилъ на это, что если принять, что этими словами исчерпываются всѣ условія интердикта, то можно не требовать и интереса въ лицѣ истца.

[7] Напримѣръ, оно имѣетъ относительно права собственности или законнаго ограниченія собственности сервитутъ или облигаторное разрѣшеніе, относительно сервитута— облигаторное отношеніе.

[8] L. 3 § 5 D. h. t. Штельцель стр. 459 слѣд. понимаетъ упоминаемую въ этомъ мѣстѣ cautio въ смыслѣ cautio iudicio sisti, точно такъ же Гессе Einspruchsrecht

4. Если предприниматель продолжаетъ дѣйствовать, не сдѣлавъ того или другаго, то онъ обязанъ, безъ права ссылаться на свое противоположное право [9], возстановить прежнее состояніе и возмѣстить вредъ полностью [10]. Требованіе сего предполагаетъ въ лицѣ истца интересъ [11], нарушенный дѣйствіемъ, но не необходимо, чтобы интересъ этотъ имѣлъ характеръ имущественный [12].

стр. 17 слѣд. Но вѣдь сказано: «si modo satis offerat, *et* defendere paratus est, si quis agat». Ср. также Гессе стр. 14—19.

[9] Въ этомъ смыслѣ говорится въ l. 1 § 2 D. h. t. «Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non. Sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit: tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci». Точно такъ же l. 1 § 3 3 D. h. t. Отвѣтчику не помогаетъ его *ius faciendi*, но и на сторонѣ должника должно быть *ius prohibendi* (въ собственномъ лицѣ или въ лицѣ третьяго, напр. владѣльца арендуемаго имущества, см. прим. 12 въ концѣ). Въ одномъ только случаѣ отвѣтчикъ можетъ, конечно, ссылаться на свое ius faciendi, именно когда ius faciendi допущено окончательнымъ судебнымъ рѣшеніемъ. Въ этомъ случаѣ отвѣтчикъ сдѣлалъ уже то, на упущеніи котораго основывается упрекъ въ формальной неправдѣ,— защитилъ по суду свое право противъ противника. Франке стр. 368 присоединяетъ тотъ случай, когда истецъ признаетъ за отвѣтчикомъ ius faciendi. Въ этомъ случаѣ интердиктъ q. v. a. cl. несомнѣнно не имѣетъ мѣста. Но столько же вѣрно и то, что истца нельзя принудить къ заявленію, что онъ признаетъ ius faciendi отвѣтчика. Это безъ сомнѣнія и мнѣніе Франка. Какъ же быть, когда отвѣтчикъ возражаетъ противъ интердикта, что онъ находится во *владѣніи* ius faciendi? Еслибъ у насъ были одни цитированныя выше мѣста, то мы безъ сомнѣнія должны были бы сказать, что преслѣдуемый interdictum'омъ q. v. a. cl. не можетъ принудить истца ко вступленію съ нимъ въ споръ о владѣніи, точно также, какъ его нельзя принудить ко вступленію въ споръ о правѣ; такъ и думаетъ Франке стр. 869. Но къ противоположному результату ведетъ l. 3 § 8 D. de rivis 43. 21. Въ этомъ мѣстѣ рѣчь идетъ, правда, лишь объ operis novi nuntiatio; но заключеніе онаго нельзя не распространить на interdictum q. v. a. cl., и ничто не показываетъ, чтобы мѣсто это, какъ утверждаетъ Франке въ ук. м., трактовало о владѣніи, признанномъ или констатированномъ окончательнымъ рѣшеніемъ, см. также Штельцель стр 491. Зейфф. Arch. IX. 157. Но изъ сказаннаго не слѣдуетъ, чтобы, какъ принимаютъ Штельцель (стр. 415 слѣд.) и Циммерманъ (XXXVII стр. 231 слѣд., XLI стр. 185 слѣд.), и владѣлецъ недвижимости могъ отклонить отъ себя interdictum q. v. a. cl. собственника, т. е. истца, доказывающаго свою собственность. Здѣсь дѣло идетъ не о владѣніи правомъ, противоположнымъ праву, отыскиваемому истцемъ, а о владѣніи какъ разъ тѣмъ правомъ, которое отыскиваетъ самъ истецъ, доказавшій, что оно принадлежитъ ему, а слѣдовательно не отвѣтчику, при чемъ нельзя уже ссылаться на владѣніе. Доказательства цитированныхъ писателей въ пользу своего воззрѣнія не важны по моему мнѣнію. Ср. и Гессе Einspruchtsrecht стр. 59 слѣд.

[10] L. 15 § 7 D. h. t. «Hoc interdicto tanti lis aestimatur, quanti actoris interest, id opus factum esse. Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem indicandum est, ut in omni causa eadem condicio sit actoris, quae futura esset, si id opus, de quo actum est, neque vi neque clam factum esset». L. 11 § 4. 8 l. 15 § 8—12 l. 16 § 1. 2 l. 21 pr. § 3 D. h. t.; l. 7 § 7 l. 18 l. 22 § 3 D. h. t. Къ l. 15 § 9 cit. ср. I § 133 прим. 15. Отвѣтственность многихъ лицъ: l. 15 § 2 l. 6 l. 13 § 7 D. h. t. Риббентроппъ Correalobt. стр. 95 слѣд., Шмидтъ Interdictenverfahren стр. 200 слѣд. (§ 298 прим. 15).

[11] L. 11 § 14 D. h. t. «Idem Iulianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest, opus factum non esse, competere». L. 16 pr. eod.

Противъ третьихъ владѣльцевъ требованіе простирается въ томъ смыслѣ, что отъ нихъ можно требовать дозволенія возстановить прежнее состояніе на собственный счетъ заинтересованнаго лица [13].

5. Искъ погашается годичнымъ срокомъ, считая таковой полностью [14]. На наслѣдниковъ переходитъ онъ по правиламъ деликтныхъ исковъ [15]. Искъ этотъ не имѣетъ мѣста, когда дѣйствіе совершено съ разрѣшенія правительства [16], или съ цѣлью устраненія того, что противникъ съ своей стороны сдѣлалъ формально противозаконно [17].

Изложенное здѣсь ученіе не согласно, впрочемъ, въ одномъ существенномъ пунктѣ съ господствующимъ воззрѣніемъ, о чемъ подробно замѣчено въ примѣчаніи [18].

---

[13] Поэтому можетъ искать по поводу похищенія статуи тотъ, въ честь котораго она поставлена, l. 11 § 2 D. h. t. См. также l. 16 § 1 D. h. t. Если интересъ, какъ обыкновенно бываетъ, есть интересъ имущественно-юридическій, то доказываніе онаго предполагаетъ доказательство правоотношенія въ лицѣ истца, изъ котораго проистекаетъ, что какъ разъ имущество его пострадало отъ причиненнаго вреда. Источники упоминаютъ: о правѣ собственности l. 11 § 14 l. 12 l. 13 § 3. 5 l. 16 § 1 l. 17 l. 22 pr. D. h. t, l. 13 § 2 D. de usufr. 7. 1, l. 27 § 14 D. ad leg. Aq. 9. 2; узуфруктѣ l. 12 l. 16 § 1 D. h. t., l. 5 § 3 l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 22 pr. D. de aq. pl. 39. 3; вещномъ сервитутѣ l. 15 D. de S. P. U. 8. 2, l. 6 § 1 D. si serv. 8. 5, l. 21 D. de aq. pl. 39. 3; арендномъ правѣ или другомъ обязгаторномъ правѣ пользованія, l. 11 § 12 l. 12 l. 19 l. 13 § 4 D. h. t. Но интердиктъ q v. a. cl. не принадлежитъ тому, кто имѣетъ простое право требованія о доставленіи вещи; поэтому онъ не дается покупщику, какъ таковому, если ему предварительно не передано владѣніе, l. 11 § 9—13 D. h. t., vgl. l. 14 pr. § 1 l. 80 pr. l. 66 § 5 l. 85 D. de furt. 47. 2 (§ 208 прим. 4) и Гассе стр. 27 слѣд. Штельцель стр. 392 слѣд., Баронъ стр. 497 слѣд.

[14] L. 7 pr. § 1 l. 11 § 6 l. 14 l. 15 pr. § 1 l. 16 § 2 D. h. t.

[15] L. 1 pr. l. 15 § 3—6 l. 22 pr. D. h. t. 0 l. 1 pr. cit см. Шмидтъ Interdiktenverfahren стр. 102. 103, Штельцель стр. 355—378, и противъ послѣдняго Шмидтъ Krit. VIJCHr. VII стр. 289 прим. *).

[16] См. § 116 num. 2, Римское право: l. 15 § 3 D. h. t. Переходъ къ наслѣдникамъ истца оспариваетъ Савиньи Syst. II стр. 125 слѣд., ссылаясь на l. 13 § 1 D. h. t., l. g. D. de O. et A. 44. 7. См. напротивъ Шмидтъ Interdictenverfahren, стр. 139, Вагнеровъ I § 145 nr. I 8.

[16] L. 7 § 4 l. 3 § 4 D. h. t., l. 7 § 2 сод.

[17] L. 7 § 3 l. 22 § 2 D. h. t. Однакоже ссылка на формальную противозаконность истца должна быть допускаема, въ силу перваго изъ вышеприведенныхъ мѣстъ, лишь «ex magna et satis necessaria causa», и судья долженъ въ каждомъ данномъ случаѣ разрѣшать по своему усмотрѣнію. Ф. Дунъ въ указ. м. принимаетъ, что первое изъ поименованныхъ мѣстъ предполагаетъ случай, что отвѣтчикъ разрушилъ постройку, возведенную на *собственности* истца, а Штельцель стр. 407 слѣд. (Jahrb. стр. 163 слѣд.)—на его *владѣніи* (Besitzthum).

[18] Господствующее воззрѣніе на interdictum q. v. a. cl. (см. Франке стр. 350, но также Штельцель стр. 479 слѣд.) не требуетъ, какъ замѣчено уже въ примѣчаніи 6, чтобы споръ противъ предпринимаемаго дѣйствія былъ самъ по себѣ основательнымъ (num. 3), а признаетъ за всякимъ споромъ, предполагая, что онъ исходитъ отъ заинтересованнаго лица, силу понудить предпринимателя къ исходатайствованію себѣ въ

3. Учиненіе чего либо вопреки возраженія *.

Дѣйствію особенныхъ правилъ подлежитъ случай, когда воз-

судебномъ порядкѣ признанія права на то, что онъ знаетъ предпринять, или къ дачѣ поручительства, если онъ этого не хочетъ дѣлать. Это сносно, когда дѣйствіе производится на чужой землѣ, но нестерпимо, когда кто нибудь предпринимаетъ что либо на собственной. Поэтому предлагаемы были разные пути для ближайшаго уясненія этого положенія. Циммерманъ въ указ. м. утверждалъ (съ чѣмъ согласны Гессе и Гельцшуеръ III стр. 1075), что первоначально уваженіе требовалось не ко всякому запрещенію, а лишь къ такому, которое послѣдовало послѣ заявленія предпринимателемъ своему сосѣду о дѣйствіи, которое онъ намѣренъ предпринять, чѣмъ признанъ былъ интересъ сосѣда; гораздо позднѣе интердиктъ былъ распространенъ на случай запрещенія безъ заявленія. Но такое первоначальное ограниченіе ничѣмъ недоказано; и почему оно пало опять впослѣдствіи? Шмидтъ, которому послѣдовали Вангеровъ, Синтенисъ, Арндтсъ § 329 прим. 3 и Рудорфъ къ Пухта § 386 q. въ 9, въ 9 изданіи (иначе въ 10) противъ этого Карлова стр. 95 слѣд., учитъ: споръ заставляетъ, конечно, предпринимателя къ подачѣ жалобы, но въ этой жалобѣ онъ не обязанъ необходимо доказывать свое право и достаточно подтвердить владѣніе. (См. однакоже и Zeitschr. f. R. Gesch. VIII стр. 25 слѣд.). Такимъ образомъ въ концѣ концовъ мой сосѣдъ все таки имѣетъ возможность произвольнымъ, можетъ быть, запрещеніемъ понудить меня къ начатію дѣла. Поэтому Шмидтъ и Синтенисъ утверждаютъ, что interdictum q. v. a. cl. не принято у насъ, такъ какъ не было выработано средство защиты владѣльца противъ запрещенія неимѣющаго права третьихъ лицъ! Теперешнюю непримѣнимость поддерживаетъ также Гессе (Rechtsverhältnisse II стр. 77, Einspruchsrecht стр. 88). О его воззрѣніи см. въ частности въ этомъ примѣчаніи ниже.—Изложенное выше, и по моему мнѣнію вѣрное, было сперва въ главныхъ чертахъ развито Франке и доказано подробно Штельцелемъ. Съ этимъ согласенъ и Карлова стр. 90 слѣд. (отчета котораго Франке не касается). Не всякъ можетъ понудить меня къ процессу, а тотъ только, кто имѣетъ право, которое я долженъ одолѣть своимъ противоположнымъ правомъ. Въ частности, если я что нибудь дѣлаю на моей землѣ, или на землѣ, о которой я утверждаю, что она принадлежитъ мнѣ, то я могу пренебречь запрещеніемъ кого бы то ни было, который не можетъ доказать, что онъ, а не я, собственникъ, или что онъ, не будучи собственникомъ, имѣетъ право дѣлать запрещеніе. Но Штелцель, по моему мнѣнію, перепуталъ воззрѣніе Франке, противъ котораго онъ неосновательно полемизируетъ, давая, съ одной стороны interd. q. v. a. cl. лицу, имѣющему по обязательству право удержанія въ силу собственнаго права (противоположность: въ силу права владѣльца арендуемаго имущества и проч.), а съ другой, утверждая, что владѣлецъ, какъ таковой, охраняется противъ запрещенія (см. прим. 9), изъ каковой исходной точки зрѣнія онъ приходитъ къ результату, что интердикъ q. v. a. cl. противъ владѣльца не можетъ быть употребляемъ даже при доказанности сервитута, дающаго право на запрещеніе, если въ то же время не подтверждается самое владѣніе сервитутомъ (см. также Баронъ стр. 503). Штелцель естественно ссылается на l. 6 1 D. si serv. 8. 5 (стр. 442 слѣд.), но въ этомъ мѣстѣ «possessor», по моему мнѣнію, означаетъ лишь того, заявленію котораго о своемъ правѣ соотвѣтствуетъ фактическое положеніе, причемъ безразлично вызвано ли это соотвѣтствіе его волей, или нѣтъ. Ср. объ этомъ мѣстѣ I § 163 прим. 4. Противъ преимущества владѣльца см. также Баронъ въ указ. м., который вообще приходитъ къ тѣмъ же результатамъ, какъ Штелцель. Противъ Штелцеля—Гессе Einspruchsrecht стр. 53 слѣд., который для inter. q v. a. cl. требуетъ «вещнаго права или иного права употребленія или пользованія поземельнымъ участкомъ» и удостовѣренія сего права. (Вангеровъ пр. III въ концѣ въ 7 изд., Шмидтъ Zeitschr. f R. Gesch. VIII. стр. 29 слѣд.).—Большую роль играла въ вопросѣ объ условіяхъ int. q. v. a cl.—l. 5 § 10 D. de O. N. N.

буждается возраженіе противъ строительной дѣятельности [1], которая можетъ заключаться въ сооруженіи или сломкѣ зданія [2].

---

39. 1, которая подвергалась разнымъ толкованіямъ со стороны различныхъ писателей; см. Гассе стр. 42 слѣд., Франке стр. 380 слѣд., Шмидтъ стр. 373 слѣд., Вангеровъ стр. 563, 564, Карлова стр. 94. 95 и стр. 97 прим. 65, Баронъ стр. 412. Если придерживаться буквальнаго смысла этого мѣста, какъ оно значится въ нашихъ изданіяхъ, то int. q. v. a cl. не допуститъ противъ собственника, но это рѣшительно ложно (l. 13 pr. § 6. 7 D. h. t., l. 6 D. quib. mod. usufr. 7. 4, l. 6 § 1 D. s serv. 8. 5, l. 21 D. de ad. pl. 39. 3). По моему мнѣнію, слова «id est lapilli iactum», Glossem и мѣсто вовсе не говоритъ въ первой части объ int. q. v. a. cl., а о самозащитѣ («par manum») и int. uti possidetis («per praetorem»). Эти средства защиты, говоритъ оно, не допускаются, если кто дѣлаетъ что либо на своемъ владѣніи: тогда надо взяться за operis novi nunt., причемъ упоминается объ одной послѣдней не потому, что int. q. v. a cl. не допускается, а потому, что трактатъ, къ которому относится это мѣсто, говоритъ вообще только объ op. novi nunt. Если же, прибавляетъ это мѣсто, кто нибудь желаетъ не воспрепятствовать сооруженію чего либо на его владѣніи, а удалить изъ онаго исполненное уже сооруженіе («facere perseverat»—противникъ, слѣдовательно, сдѣлалъ уже что нибудь), то ему естественно не помогаетъ ни самозащита, ни op. novi nunt., а онъ долженъ тогда обратиться къ int. q. v. a. cl. или int. uti possidetis. О практикѣ, которая бываетъ весьма различна, см. рѣшенія у Зейф. Arch. VIII. 51, IX. 292, XII. 160, XV. 28; VII. 45; XVI. 223; XVII. 245, а также указанія и сообщенія у Циммермана XXXVII стр. 238 слѣд. XLI стр. 189 сл., Штельцель стр. 459 слѣд., Гессе Einspruchsrecht стр. 87 слѣд. (Зейфф. Arch. XXI. 236. XXII. 47; Будде и Шмидтъ Entscheid. роштокскаго об. ап. суда VI. 64 nr. II).

* Dig. 39. 1 de operis novi nuntiatione. Cod. § 466. 11 de novi operis nuntiatione. Подробное изложеніе этого ученія находится въ цитированномъ въ предъидущемъ § подъ * сочиненіи Штельцеля стр. 15 слѣд. (1865). См. далѣе: Kaemmerer de operis novi nuntiatione (1807). Рейнгардтъ ausführliche Erläuterung des Pandectentitels de novi operis nuntiatione (1820). Г. Гассе über die operis novi nuntiatio, Rhein. Mus. III c. 579—631 (1829). Видергольдъ das interdictum uti possidetis und die Novi operis Nuntiatio c. 65 сл. (1831). Шмидтъ (von Ilmenau) Zeitschr. f. Eiv. u. Pr. N. F. VIII. 2 (1851). Циммерманъ Arch. f. civ. Pr. XXXVII c. 218 сл. (1854). Рудорфъ Jahrb. d. gem. R. IV. 3 (1860). Шмидтъ (von Ilmenau) das. IV. 7 (1860). Гессе die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II c. 79—102 (1861). Шмидтъ (von Ilmenau) über die oben genannte Schrift von Stölzel, krit. BJSchr. VII c. 287—304 (1865). Карлова Beiträge zur Geschichte des römischen Civilprozesses c. 59—89 (1865). Гессе das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und anders Veränderungen an Grundstücken c. 92—166 (1866). Баронъ Rec. der Schrift von Stölzel, kr. BJSchr. VII c. 483—489. 511—530 (1855), ср. § 465 подъ * въ концѣ Унтергольцнеръ II стр. 169—179, Синтенисъ II стр. 750—754, Вагнеровъ III § 676 прим., Гольцшуеръ III § 319.

§ 221. [1] Техническое названіе римскаго права для строительной дѣятельности это—operis novi nuntiatio. Правила operis novi nuntiatio составляютъ часть римскаго городскаго права, interdictum же vi aut clam— часть римскаго имперскаго права. Первыя безъ сомнѣнія получили свое развитіе въ эдиктѣ praetor'a urbanus, второе принадлежитъ эдикту praetor'a peregrinus. Ср. впрочемъ объ источникахъ operis novi nuntiatio у Штельцель стр. 116. 117 и цитированныхъ у него, Шмидтъ VISchr. стр. 292. (Зейфф. Arch. XXII. 239).

[2] L. 1 § 11—14 D. h. t. Зейфф. Arch. XV. 226; но ср. также Штельцель стр. 528.

1. Для того, чтобы эти особенныя начала имѣли мѣсто, необходимо:

a) Чтобы возраженіе было направлено противъ самаго предпріятія, то есть не противъ лица предпринимателя, какъ таковаго, а противъ лица, присутствующаго при предпріятіи [3].

b) Чтобы возраженіе было основано или: α) на свободѣ собственности [4], или на отрицательной служебности (serv.) [5], или на закон-

---

[3] L. 5 § 1—4 l. 1 § 5 l. 10. 11 D. h. t. Другихъ положительныхъ постановленій о способѣ предъявленія иска не имѣется. Ср. еще l. 1 § 2. 4. 8 l. 5 § 15. 16 l. 8 § 1. 5 l. 16 l. 19 D. h. t.; l. 5 § 6 l. 18 pr. D. h. t.; l. 1 § 3 l. 5 § 18 l. 13 pr. l. 5 § 1 D. h. t. Штельцель стр. 20—24 и цитированныхъ тамъ Шмидтъ VJSchr. стр. 293. 294. Зейфф. Arch. V. 28. c. O. l.5 § 7 D. h. t. см. Вагнеровъ стр. 548 (7 изд. стр. 532).

[4] Но свободу собственности можетъ (съ actio negotoria) заступать не только самъ собственникъ (l. 1 § 3 D. de remiss. 43. 25, l. 5 § 9 D. h. t.), но и добросовѣстный владѣлецъ (I § 199 прим. 3, Йерингъ Abhandl. стр. 108), Эмфитевта, суперфиціарій и вѣритель по залогу, которымъ принадлежитъ utilis rei petitio, см. также l. 3 § 3 D. h. t. въ связи съ l. 2 pr. D. si serv. 8. 5, ср. I § 219 прим. 11, § 223 прим. 9, Йерингъ въ указ. м. стр. 124. 125 др. мн. Штельцель стр. 55—57 (противъ этого Вагнеровъ 7 изд. стр. 531). Общій собственникъ не вправѣ употребить operis novi nuntiatio противъ своего совладѣльца, l. 3 § 1. 2 D. h. t. Штельцель стр. 59 слѣд., Гессе Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 67 слѣд.

[5] Источники упоминаютъ о servitus non altius aedificandi и servitus ne luminibus или ne prospectui officiatur (l. 2 l. 5 pr. D. h. t., l. 15 D. de S. P. U. 8. 2), далѣе о servitus oneris ferendi, l. 6 § 7 D. si servo 8. 5 (см. ниже), положительно исключая servitus viae l. 14 D. h. t. Мысль, лежащая въ основаніи ограниченія operis novi nunt. относительно отрицательныхъ сервитутовъ, слѣдующая: operis novi nuntiatio должна быть допускаема на основаніи лишь тѣхъ правъ, которыя прямо содержатъ въ себѣ право запрещенія, а не о которомъ можно лишь заключить косвенно, или, говоря римскимъ языкомъ, на основаніи тѣхъ правъ, изъ коихъ можно требовать формулы: ius adversario non esse.. invito me, или ius mihi esse prohibendi adversarium ср. l. 1 pr. D. de remiss. 43. 25, l. 1 § 4 eod., l. 2 l. 21 pr. D. h. t. Что касается servitus oneris ferendi, то объ этомъ см. Штельцель стр. 35 и ср. его вообще стр. 24 слѣд., о разныхъ же мнѣніяхъ писателей, цитированныхъ тамъ стр. 527, также Вагнеровъ nr. I. 2. a, Гольцшуеръ III § 319 nv. 2; въ послѣднее время и Гессе Jahrb. f. Dogm. VIII стр. 77 слѣд. и Einspruchsrecht стр. 115 слѣд.—Подобно свободѣ собственности, можетъ быть заявляемъ и сервитутъ, и притомъ не однимъ только собственникомъ господствующаго имущества. Поэтому на основаніи отрицательнаго сервитута право на operis novi nuntiatio имѣютъ далѣе: добросовѣстный пріобрѣтатель (I § 217 прим. 7), Эмфитевта и суперфиціарій (l. 3 § 3 D. h. t., l. 16 D. de serv. 8. 1), вѣритель по залогу (l. 9 D. h. t., l. 1 § 5 D. de remiss. 43. 25, l. 16 D. de serv. 8. 1). Относительно узуфруктуарія римскіе юристы спорили о томъ, можетъ ли онъ защищать въ исковомъ порядкѣ сервитуты, какъ таковые, принадлежащіе имуществу, которое состоитъ въ его пользованіи, или же защиту въ этихъ сервитутахъ онъ можетъ получать лишь въ порядкѣ vindicatio ususfructus l. 1 pr. l. 5 § 1 D. si ususfr. 7. 6, l. 1 § 20 l. 2 D. h. t., l. 1 § 4 D. de remiss. 43. 25. Споръ этотъ долженъ быть, что касается по крайней мѣрѣ operis novi nunt., разрѣшенъ для юстиніановской компиляціи въ томъ смыслѣ, что и узуфруктуарій имѣетъ право на operis novi nunt. на основаніи отрицательнаго сервитута, принадлежащаго имуществу, состоящему въ пользованіи.

номъ ограниченіи собственности, непосредственнымъ содержаніемъ котораго является воздержаніе себя собственникомъ отъ дѣйствія [6]; или β) на постановленіяхъ закона о пользованіи публичными вещами [7]; или γ) на обязанности противника представить обезпеченіе за ожидаемый вредъ [8].

2. При наличности этихъ условій, а) возраженіе не можетъ быть оставляемо безъ вниманія, хотя бы предприниматель не ссылался на свое, противоположное возраженію право, и оспаривалъ бы таковое, какъ неосновательное. Напротивъ, и въ этомъ случаѣ предприниматель обязанъ воздержаться въ своей дѣятельности до отмѣны, по его ходатайству, судомъ этого возраженія [8a]. Отмѣна дается ему: 1) если возражающій не вступаетъ въ процессъ о признаніи его права на возраженіе, въ короткій срокъ, опредѣляемый судомъ [9]; 2) если онъ не принимаетъ предлагаемой ему судомъ, по требованію предпринимателя, присяги въ томъ,

---

[6] L. 1 § 17 D. h. t., l. 3 pr. D. de mort inf. 11. 8.

[7] L. 1 § 16. 17 l. 5 § 9 D. h. t. Въ отношеніи римскаго права слѣдуетъ присовокупить res sacrae и religiosae. Далѣе по римскому праву operis novi nunt. принадлежала каждому гражданину, вслѣдствіе нарушенія постановленій объ употребленіи публичныхъ вещей, а не одному только пострадавшему, l. 3 § 4 l. 4 l. 5 pr. ср. съ l. 1 § 19 D. h. t. Штельцель стр. 136 слѣд.

[8] L. 1 § 16—18 D. h. t. Штельцель стр. 118 слѣд.

[8a] Remissio nuntiationis. Dig. 43. 25 de remissionibus.

[9] Главнѣйшій случай ремиссіи; онъ предусмотрѣнъ въ l. 1 pr. tit. cit. «quod ius sit illi prohibere ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat; ceterum nuntiationem missam facio» Ср. къ этому l. 1 § 2 D. eod., l. 1 pr. D. h. t. Слова эти представляютъ собою формулу, которой преторъ, по образцу интердикта, отмѣнялъ, по одностороннему желанію предпринимателя, требованіе противной стороны (чѣмъ объясняется помѣщеніе титула de remissionibus между интердиктами,—ср. въ особенности Шмидтъ Zeitschr. стр. 42 слѣд., засимъ Штельцель стр. 174 слѣд., и опять Шмидтъ VJSchr. стр. 299). Но подобно тому, какъ тотъ, противъ котораго послѣдовалъ интердиктъ, не обязанъ былъ подчиниться ему безъ дальнѣйшаго, такъ и предприниматель не долженъ былъ подчиниться отмѣнѣ nuntiatio. Напротивъ, какъ первый, такъ и послѣдній могли (на основаніи sponsio или restipulatio) требовать iudicium'а объ основательности преторскаго постановленія. Въ пользу сего нельзя, правда, привести прямаго доказательства изъ источниковъ, но оно, какъ мнѣ кажется, вполнѣ вѣрно по аналогіи съ интердиктнымъ процессомъ. Ср. съ Gai. IV. 141 l. 1 § 9 D. h. t. (въ каковомъ мѣстѣ «praetoria iurisdictito» не ведетъ къ принятію производства extra ordinem). Матеріальное содержаніе этого iudicium'а опредѣлялось самымъ постановленіемъ о ремиссіи, которое положительно связывалось съ существованіемъ ius prohibendi. Но такъ какъ въ немъ не говорилось: я отмѣняю nuntiatio, если нѣтъ ius prohibendi, а: я отмѣняю nuntiatio и поддерживаю ее лишь въ случаѣ существованія ius prohibendi, то обязанность доказывать падала на нунціанта. Въ этомъ смыслѣ говорятъ источники: «in operis novi nuntiatione possessorem adversarium facimus» (l. 1 § l. 6 l. 5 § 10 D. h. t.); ср. о различныхъ воззрѣніяхъ на это положеніе Видергольдъ стр. 91 слѣд., Гассе стр. 613, Франке Arch. f. civ. Pr. XXII стр. 376, Шмидтъ Zeitschr. стр. 19. 30 слѣд., Рудорффъ стр. 129, Штельцель стр. 256 слѣд., Баронъ стр. 484 слѣд.). По юстиніановскому и современному праву указанное правосостояніе регулируется такимъ образомъ, что судья, по заявленію предпринимателя, даетъ нунціанту короткій срокъ для подачи иска, въ теченіи котораго онъ обязанъ представить и доказать свое право на nuntiatio. Ср.

что дѣйствія послѣдняго угрожаютъ ему опасностью (Gefährdeeid.) [10]; 3) въ случаѣ, когда возраженіе дѣлается отъ имени другаго лица, а между тѣмъ не представлено обезпеченія въ томъ, что хозяинъ одобритъ возраженіе [11]. Если предприниматель продолжаетъ свою дѣятельность до отмѣны возраженія, то онъ обя-

---

Штельцель стр. 534—536, Франке Arch. civ. Pr. XXII стр. 379.—Впрочемъ, изложенное здѣсь далеко не всѣми признается; напротивъ на значеніе ремиссіи существуютъ различные взгляды. Ср. указанія у Штельцеля стр. 271—291, Карлова стр. 65. 1) Въ сущности согласны съ сказаннымъ здѣсь Гассе стр. 615 слѣд., Франке Arch. f. civ. Pr. XXII стр. 376 слѣд., Штельцель стр. 166 слѣд. Но если послѣдній (по примѣру Вадергольда стр. III слѣд.) присовокупляетъ, что предпринимателю запрещалось въ ремиссіонномъ процессѣ ссылаться на право, противоположное основательному само по себѣ праву запрещенія нунціанта, то это не вѣрно. Во всякомъ случаѣ предприниматель могъ, противъ ссылки на право собственности, ссылаться на сервитутъ, такъ какъ, при предположеніи послѣдняго, на сторонѣ собственника не имѣлось ius prohibendi (Шмидтъ VJSchr. стр. 294 слѣд., Карлова стр. 76—77), причемъ нельзя не видѣть, что преторъ не имѣлъ основанія отказывать въ представленіи excepti о съ цѣлью заявленія облигаторнаго или другаго противоположнаго собственности права. Изъ l. 8 § 4 D. h. t., на котораго ссылается Штельцель, вытекаетъ конечно, что ius aedificandi, не смотря на воспослѣдованіе ремиссіи, могло еще быть спорнымъ. Но ремиссія давалась не вслѣдствіе одной только неосновательности притязанія (прим. 10. 11); и какъ быть въ томъ случаѣ, когда претендентъ подчинился ремиссіонному декрету? 2) Другіе того мнѣнія, что въ ремиссіонномъ производствѣ вопросъ о матеріальной основательности возраженія разрѣшался лишь провизорно, сокращеннымъ порядкомъ (cognitium summariissimum), причемъ проигравшій дѣло сохранилъ право на будущее petitorium. См. писателей, поименованныхъ у Штельцеля стр. 273—274, Карлова стр. 65 прим. 18, далѣе Гессе Einspruchsrecht стр. 130 слѣд., ср. его же Rechtsverhältnisse стр. 94. 3). Третьи совершенно устраняютъ изъ ремиссіоннаго процесса вопросъ объ основательности права возраженія, причемъ и здѣсь взгляды различно комбинируются между собою. a) Ремиссія дается вслѣдствіе формальныхъ недостатковъ возраженія или позднѣйшаго обезсиленія онаго (см. въ текстѣ № 3). Вангеровъ стр. 553 (7 изд. стр. 537), Шмидтъ Zeitschr. стр. 30—40, Рудорфъ стр. 139—140; противъ этого Карлова стр. 60 слѣд. b) Она дается на основаніи представленнаго обезпеченія. Такъ Шмидтъ Zeitschr. стр. 40 слѣд. VJSchr. стр. 301; писатель этотъ видитъ значеніе нунціаціи въ томъ именно, что ею имѣется въ виду косвенно вынудить представленіе обезпеченія. Противъ этого Рудорфъ стр. 142, Штельцель стр. 284 слѣд., Карлова стр. 66 слѣд. c) Ремиссія дается безъ всякаго изслѣдованія, такъ что предприниматель можетъ тотчасъ продолжать свою дѣятельность до тѣхъ поръ, пока возражающій не доказалъ своего права на возраженіе (въ petitorium. Рудорфъ стр. 140, — въ interd. demolitorium: Карлова стр. 65 слѣд., Баронъ стр. 519 слѣд., каковые послѣдніе писатели отличаются еще между собою тѣмъ, что первый допускаетъ доказательство въ опроверженіе ius aedificandi, а второй не допускаетъ). Ср. также Donellus comm. de iure civ. lib. XV. стр. 46 прим. 18.

[10] L. 5 § 14 D. h. t. Мѣсто не говоритъ, конечно, чтобы слѣдствіемъ отказа отъ присяги была ремиссія, и нѣтъ сомнѣнія, что на такой отказъ можно было ссылаться противъ int. demolitorium и безъ ремиссіи. По ближайшій послѣдствіе состояло въ томъ, что судья связывалъ отказъ отъ присяги съ ремиссіей.

[11] L. 5 § 18 D. h. t. «Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omnimodo remittitur, etiamsi verus sit procurator». Штельцель стр. 246. О l. 13 pr. § 1 См. Вангеровъ пр. l. 4 въ концѣ Штельцель стр. 247—248.

занъ возстановить первоначальное состояніеи возмѣститьвредъ [12] не имѣя уже права возбудить вопросъ о матеріальной основательности возраженія [13].

b) Право немедленно продолжать свою дѣятельность предприниматель не можетъ въ этомъ случаѣ пріобрѣсть и представленіемъ обезпеченія [14], а долженъ дать противнику три мѣсяца для осуществленія имъ своего права запрещенія [15]. Съ другой же стороны дѣятельность его послѣ этого времени охраняется судомъ, если онъ представилъ обезпеченіе, или противникъ не принялъ предложеннаго обезпеченія [16].

---

[12] Такъ наз. interdictum demolitorium, l. 20 pr.—§ 8 D. h. t. Гассе стр. 595 слѣд. Шмидтъ Zeitschr. стр. 32 слѣд., Рудорфъ стр. 131 слѣд., Штельцель стр. 210 слѣд. Баронъ стр. 528 слѣд. Напротивъ въ отвѣтственности наслѣдниковъ примѣнимы, какъ при interd. q. v. a. cl., начала деликтныхъ исковъ (§ 113 num. 2; римское право: l. 20 § 8 l. 22 D. h. t.). По вопросу о смыслѣ, въ которомъ можно здѣсь говорить о деликтномъ искѣ (l. 22 cit.: poena), см. Штельцель стр. 217 слѣд. Чтобы требованіе могло простираться и на третьяго невиннаго владѣльца, какъ при int. q. v. a. cl. это не явствуетъ здѣсь; l. 22 D. h. t. трактуетъ лишь о наслѣдникахъ; противъ этого говоритъ l. 5 § 5 l. 18 D. h. t., и скорѣе противъ, чѣмъ за—l. 3 § 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 въ связи съ § 2 и § 4 eod. Штельцель стр. 214 слѣд., Баронъ стр. 529; иначе Гассе стр. 600 слѣд., Вангеровъ стр. 552 (7 изд. стр. 535), Шмидтъ Zeitschr. стр. 37.

[13] L. 20 pr. § 1. 3. 4, l. 1 pr. § 7 D. h. t. Гассе стр. 607, Вангеровъ стр. 552 (7 изд. стр. 535) и Карлова стр. 62 слѣд. (ср. также указанія у Штельцеля стр. 540—541) утверждаютъ, что въ interd. demolitorium возражающій долженъ во всякомъ случаѣ доказать, что онъ вправѣ заступать то имущество, по поводу котораго предъявляется возраженіе. Соображенія Карлова въ пользу сего не убѣдительны. См. также Штельцель стр. 227.

[14] Обезпеченіе должно и здѣсь, какъ при interd. q. v. a. cl., состоять въ поручительствѣ; простое обѣщаніе достаточно лишь въ случаѣ, когда строительная дѣятельность предпринята на публичномъ имуществѣ, l. 8 § 3 D. h. t., l. 1 § 6 D. de stip. praet. 46. 5. Ср. вообще § 17 l. 8 § 3. 4 l. 12 l. 20 pr. § 1. 9. 13 l. 21 D. h. t., l. 2 § 1 D. de stip. praet. 46. 5, l. un. C. h. t. Гассе стр. 620. Шмидтъ Zeitschr. стр. 22 слѣд., Рудорфъ стр. 143 слѣд., Шмидтъ Jahrb. стр. 215 слѣд., Штельцель стр. 105 слѣд., Ширмеръ praetorische Judicialstipulation стр. 85 слѣд., Уббелоде Zeitschr. f. Eiv. u. Pr. N. F. XVIII. 5 и Lehre von den untheilbaren Obligationen стр. 99 слѣд. Карлова стр. 82 слѣд., Гессе Einspruchsrecht стр. 143 слѣд. Если возраженіе предъявляется съ цѣлью получить обезпеченіе въ возмѣщеніи ожидаемаго вреда, то право продолжать строительную дѣятельность пріобрѣтается, естественно, представленіемъ обезпеченія.

[15] Такъ постановилъ Юстиніанъ, въ отмѣну прежде дѣйствовавшаго права, въ l. un. C. h. t. (повторено въ c. 3. 4 X de op. nord nunt. 5. 32). Нельзя ли иначе толковать l. un. C. cit., такъ, чтобы прежнее право обезпеченія могло существовать рядомъ съ ней? Гассе стр. 619. 622 (противъ этого Вангеровъ стр. 555 (7 изд. стр. 539), гдѣ однакоже мнѣніе Гассе не вполнѣ приведено), Шмидтъ Jahrb. стр. 222 слѣд. (противъ этого Арндтсъ § 330 прим. 5, Карлова стр. 81), Штельцель стр. 314 слѣд. Зейфф. Arch. VII. 44. См. еще указанія у Штельцеля стр. 528—533.

[16] Во всякомъ же случаѣ онъ пользуется защитой, если представленное имъ обезпеченіе состоитъ въ поручительствѣ. l. 20 § 9—15 D. h. t., l. 5 § 20 l. 6. 7 pr. eod. Штельцель стр. 111 слѣд.

3. Возраженіе теряетъ силу, независимо отъ отмѣны онаго судомъ, вслѣдствіе смерти возражающаго или отчужденія недвижимости, по поводу котораго сдѣлано было возраженіе [17]. Возраженіе не имѣетъ силы, когда оно направлено противъ дѣятельности, необходимой въ публичномъ интересѣ, или при которой замедленіе представляетъ собою опасность [18].

Возраженіе, не могущее имѣть дѣйствія по изложеннымъ здѣсь правиламъ, сохраняетъ всегда то дѣйствіе, которое принадлежитъ ему по § 220 [19]. [20].

G. Нарушеніе постановленій объ употребленіи публичныхъ вещей.

§ 222. Приватные иски, возникающіе по римскому праву изъ нарушенія этихъ постановленій, потерпли, правда, большею

---

[17] L. 8 § 6 D. h. t. Иначе бываетъ при interd. q. v. aut cl., l. 13 § 5 i. f. L. 11 § 9 D. quod vi aut cl. 43. 24. Съ другой стороны возраженіе продолжаетъ дѣйствовать противъ наслѣдниковъ и частныхъ преемниковъ предпринимателя, предполагая, что оно было извѣстно этимъ лицамъ. L. 8 § 7 l. 23 D. h. t. ср. съ l. 20 § 3 D. quod vi aut cl. 43. 24. О l. 3 § 3 D. de al. iud. mut. c. 4. 7 см. Гассе стр. 603 слѣд., Вангеровъ пр. II. 2 a, Штельцель с. 224 сл., Гессе Einspruchsrecht стр. 111 слѣд. Въ классическомъ римскомъ правѣ дѣйствіе operis novi nunt. погашалось истеченіемъ годичнаго срока, l. un. C. h. t. Ср. Карлова стр. 80 слѣд. Само собою разумѣется, что она могла терять силу по договорному соглашенію контрагентовъ (l. 1 § 10. D. h. t.).

[18] L. 5 § 11—13 D. h. t. Ср. Зейфф. Arch. V. 28. f.

[19] L. 7 § 2 D. quod vi aut cl. 43. 24 говоритъ положительно, что дѣйствительная operis novi nuntiatio порождаетъ и interdictum quod vi aut cl. 43. 24. Но нѣтъ основанія отказывать недѣйствительной нунціаціи въ силѣ, какъ запрещенія, потому только, что она не имѣетъ дѣйствія квалифицированнаго запрещенія. Зейфф. Arch. XIX. 234.

[20] Утверждали (изъ новѣйшихъ писателей относится сюда Синтенисъ стр. 753 прим. Col. 2, Штельцель стр. 353. 527. 550), что, по римскому праву, operis novi nunt., для силы своей, какъ таковой, должна была отличаться отъ обыкновеннаго запрещенія по своей формѣ или словесному выраженію (nuntiare); а такъ какъ современной юридической жизни неизвѣстно болѣе соотвѣтственной формы или словеснаго выраженія, то operis novi nunt. теперь непримѣнима. Но такое объясненіе совершенно голословно. Положимъ, что римляне имѣли для запрещенія строить свою обычную формулу, что никому неизвѣстно; но во всякомъ случаѣ источники нигдѣ не ставятъ своеобразное дѣйствіе этого запрещенія въ зависимость отъ употребленія этой формулы. Поэтому своеобразное дѣйствіе запрещенія проявляется вездѣ тамъ, гдѣ имѣются требуемыя для operis novi nunt. матеріальныя предположенія. Отрицали теперешнюю примѣнимость римской теоріи operis novi nunt. и потому, что oper. novi nunt. вытѣснено будто въ современной юридической жизни провизорнымъ запретительнымъ приказомъ, выдаваемымъ судьей по ходатайству лица, дѣлающаго возраженіе; такъ утверждаютъ Циммерманъ, Синтенисъ, Гессе. Но не только не доказано существованіе дерогирующаго обычнаго права, а напротивъ архивъ Зейфферта содержитъ въ себѣ цѣлый рядъ рѣшеній, въ которыхъ operis novi nunt. разсматривается какъ юридическо-практическій институтъ (III. 58. 174, V. 28. 78. VII. 44. 45, IX. 161, XIV. 139, XV. 226, XIX. 234 (XXI. 56, XXII. 239), гдѣ положительно отвергается противоположное воззрѣніе (III. 58, IX. 131) и гдѣ нѣтъ ни одного рѣшенія, въ которомъ бы послѣднее признавалось. См. также выводы у Штельцеля стр. 536 слѣд.

частью свое значеніе вслѣдствіе расширенія полицейской защиты [1]; но принципіально примѣнимость ихъ не можетъ подлежать спору [2].

1. Возведеніе сооруженія на публичномъ мѣстѣ ко вреду другаго [3]. Лицо, пострадавшее отъ такого сокруженія, можетъ просить о запрещеніи возводить таковое и имѣетъ право требовать возстановленія прежняго положенія, если сооруженіе продолжается вопреки запрещенію [4]. — Арендаторъ публичныхъ поземельныхъ имуществъ имѣетъ, въ случаѣ нарушенія пользованія оными, право требовать отъ нарушителя прекращенія нарушенія и возмѣщенія убытковъ [4a].

---

§ 222. [1] Сами источники указываютъ на то, что, по отсутствію полицейской охраны, иски эти даны въ видѣ вспомогательнаго средства. L. 2 § 17. 24. 25 D. ne quid in loco publ. 43. 8. См. также Dig. 43. 10 de via publica et si quid in ea factum esse dicetur.

[2] Ср. Пухта § 35a i. A. Синтенисъ I стр. 513, Брунсъ Zeitschr. s. RG. III стр. 410, Rechtssprüche und Gutachten der Juristenfacultät zu Rostock (Берлинъ 1846) стр. 152. 153. Примѣры примѣненія изъ архива Зейфферта: V. 27. 134, VIII. 261, IX. 161. 293, X. 166. 167. 168, XIV. 38, XVII. 99. 224. 246. См. далѣе цитированные Rechtssprüche. Въ настоящее время римское право непримѣнимо лишь въ той мѣрѣ, въ какой изъ нарушенія этихъ постановленій оно давало искъ лицу не потерпѣвшему (Брунсъ Zeitschr. f. RGesch. III стр. 388 слѣд.) (§ 80 прим. 6). Этимъ устраняется и теперешняя примѣнимость interdictum ne quid in loco sacro fiat (Dig. 43. 6, ср. § 147 къ прим. 4), О томъ, что въ относящихся сюда случаяхъ можно, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, получить защиту и посредствомъ operis novi nunt. и interdictum q. v. a. cl., было уже говорено (§ 220 прим. 6, § 221 прим. 7).

[3] L. 2 pr.—§ 19 l. 6. 7 D. ne quid in loco publ. 43. 8, Унтергольцнеръ II стр. 186—188, Геймбахъ въ Rechtslexicon V стр. 591—593, Рейнгардъ Arch. f. civ. Pr. XXXII стр. 201—208, Штельцель Jahrb. f. Dogm. VI стр. 156 слѣд. О понятіи «Vorrichtung» (по римски «facere immittere» ср. Шмидтъ (изъ Пменау) Zeitschr. f. gesch. RW. XV стр. 60—62.

[4] L. 7 D. h. t. Безъ предварительнаго полученія судебнаго запрещенія онъ не имѣетъ иска о возстановленіи прежнаго состоянія (по этому юридическому началу, но см. также прим. 2 въ концѣ). L. 2 pr. D. h. t. «de eo quod factum erit, interdictum non dabo». L. 2 § 17 eod. Ср. Шмидтъ Interdictenverfahren стр. 332 333, также стр. 59. 60; Бухка и Будде Entscheidungen etc. V стр. 136 (287 слѣд., см. Зейфф. Arch. XXII стр. 218). Иначе юридическія изреченія, цитированныя въ прим. 2 и проч. стр. 153. 154. Штельцель въ указ. м. неосновательно ограничиваетъ приведенное положеніе сооруженіями (Bauten). Судья можетъ понудить къ представленію обезпеченія и вслѣдствіе непродолженія дѣятельности (l. 2 § 18 D h. t., ср. впрочемъ Шмидтъ Interdictenverfahren стр. 278. 279. 329), а въ настоящее время: воспретить продолженіе подъ страхомъ штрафа. Какъ будетъ, если работа исходитъ отъ общественной власти? Циммерманъ Zeitschr. s. Civ. u. Pr. N. F. XII. 3, Гессе Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II стр. 131 сл. Зейфф. Arch. V. 27. 134, X. 166, XVIII. 141. Бухка и Будде Entscheidungen etc. V. 287—296 (= Зейфф. Arch. XXII. 144).

[4a] Dig. 43. 9 de loco publico fruendo. L. 1 pr. tit. cit.: — «vim fieri veto». Такимъ образомъ по классическому римскому праву искъ о возмѣщеніи вреда возникалъ лишь изъ дѣйствій, предпринятыхъ послѣ исходатайствованія интердикта. Ср. Шмидтъ въ указ. м. стр. 55. 328 слѣд. (I § 159 прим. 3). См. также l. 1 § 7 D. ut in flum. publ. 43—14. Случаи примѣненія въ Arch. Зейфф. VIII. 261, XVII. 224.

2. Сооруженіе на публичной дорогѣ, вслѣдствіе котораго она становится хуже. Пострадавшій отъ сего имѣетъ требованіе къ виновнику сооруженія о возстановленіи прежняго положенія и возмѣщеніи убытковъ; противъ невиновнаго же третьяго владѣльца— о дозволеніи возстановить дорогу въ прежнее положеніе на собственный счетъ [5].

3. Нарушеніе пользованія публичной дорогой или улучшенія оной. Потерпѣвшій вправѣ требовать прекращенія нарушенія и возмѣщенія убытковъ [6].

4. Возведеніе сооруженія на публичныхъ текучихъ водахъ или на берегу оныхъ, отъ котораго терпитъ судоходство. Случай этотъ разрѣшается какъ и случай подъ nr 2 [7].

5. Возведеніе сооруженія на публичныхъ текучихъ водахъ или ихъ берегу, вслѣдствіе котораго (сооруженія) измѣняется теченіе воды сравнительно съ предшествующимъ лѣтомъ. Равнымъ образомъ [8].

---

[5] L. 2 § 20—44 D. ne quid in loco publ. 43. 8, Унтергольцнеръ II с. 189—191, Гейябахъ въ Rechtslex. V с. 593—595, Рейнгардъ въ ук. м. с. 208—212. Преторскій эдиктъ содержалъ въ себѣ на этотъ случай двоякій интердиктъ: прогибиторный (l. 2 cit. § 20—34) и реституторный (l. 2 cit. § 35—44). Въ юстиніановскомъ правѣ первый интердиктъ не предполагаетъ болѣе предварительнаго исходатайствованія судебнаго запрещенія, онъ слѣдовательно тоже сталъ реституторнымъ; тѣмъ не менѣе реституторный интердиктъ сохранилъ рядомъ съ нимъ свое значеніе вслѣдствіе направленія онаго противъ третьяго владѣльца. L. 2 cit. § 37. 38. 43. О примѣнимости реституторнаго эдикта противъ строителя, не находящагося болѣе во владѣніи сооруженіемъ, см. тамъ же § 39. 40. 42. Ср. Шмидтъ въ указ. м. стр. 328—331. Впрочемъ, оба интердикта относятся не къ городскимъ улицамъ, l. 2 cit. § 24. 36. См. съ другой стороны (оба раза: «vim fieri veto», ср. прим. 5). Унтергольцнеръ II § 382. 412, Геймбахъ въ Rechtslex. V стр. 595—596, 585—586, Рейнгардтъ въ указ. м. 212—214.

[6] L. 2 § 45 D. ne quid in loco publ. 43. 8, Dig. 43. 11 de via publica et itinere publico (оба раза: «vim fieri veto», ср. прим. 5). Унтергольцнеръ II § 382. 412, Геймбахъ въ Rechtslex. V. S. 695—596. 585—586, Рейнгардъ въ ук. м. 212—214.

[7] L. 1 D. de fluminibus 43. 12 Унтергольцнеръ II § 403. 404, Геймбахъ въ Rechtslexicon V стр. 543 слѣд. И здѣсь преторъ установилъ двойной интердиктъ, прогибиторный и реституторный, ср. прим. 5. Здѣсь не явствуетъ положительно, что третій невинный владѣлецъ отвѣтствуетъ лишь въ размѣрѣ patientia restituendi, но это тѣмъ не менѣе вѣрно. Ср. Шмидтъ Zeitschr. f. gesch. R. W. XV стр. 64 Interdictenverf. стр. 37. Нанесеніе вреда мореходству заключается уже въ поврежденіи statio, т. е. того «locus... ubicunque naves tuto stare possunt», l. 1 cit. § 13. О томъ, какіи воды считаются публичными, см. I § 146 num. 3. Аналогическое распространеніе на приспособленія въ морѣ, l. 1 cit. § 17. При приспособленіяхъ, сдѣланныхъ въ публичныхъ водахъ несудоходныхъ, лицо потерпѣвшее имѣетъ лишь искъ о patientia restituendi, l. 1 cit. § 12. 18. Ср. Зейф. Arch. IX. 161 Nr. 1; IX. 293.

[8] Dig. 43. 13 ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit. Унтергольцнеръ § 405. 406, Геймбахъ въ Rechtslex. V стр. 589 слѣд. И въ этомъ случаѣ эдиктъ содержалъ въ себѣ два интердикта, прогибиторный и реституторный, ср. прим. 5. Исключеніе допускается, по судейскому усмотрѣнію, на случай, когда приспособленіе имѣетъ цѣлью защищать берегъ, l. 1 § 6 D. i. t. cit. Ср. также § 7 тамъ же, гдѣ слѣдуетъ обратить вниманіе на заключитель-

6. Нарушеніе пользованія публичными текучими или другими водами для судоходства или другой дозволенной цѣли; нарушеніе указаннаго пользованія берегомъ такихъ водъ для цѣлей судоходства; воспрепятствованіе возстановить и укрѣпить берегъ подобныхъ водъ. Случаи эти разрѣшаются какъ въ nr 3[9].

7. Возведеніе сооруженія, вслѣдствіе котораго ухудшается публичный ровъ, устроенный для стока. Разрѣшеніе какъ въ nr 2[10].

II. Нарушеніе права погребенія.

§ 223. Кто, не имѣя на то права, мѣшаетъ другому хоронить мертвое тѣло или соорудить надгробный памятникъ, тотъ обязанъ прекратить это нарушеніе и возмѣстить убытки [1]. Искъ не переходитъ къ наслѣдникамъ управомоченнаго лица, на наслѣдниковъ же обязаннаго онъ переходитъ по общимъ правиламъ [2].

I. Нарушеніе судебной защиты.

§ 224. 1. Кто злоумышленно противодѣйствуетъ осуществленію судебнаго ввода во владѣніе, будетъ ли это до начатія владѣнія или послѣ онаго, тотъ отвѣтствуетъ предъ взыскателемъ допущеніемъ ко владѣнію и вознагражденіемъ убытковъ. Искъ погашается въ теченіе года, обязывая наслѣдниковъ лишь по правиламъ, дѣйствующимъ для деликтныхъ исковъ; за исключеніемъ

ныя слова: «sine iniuria utique accolarum». Зейфф. Arch. IX. 161 Nr. 2 см. еще тамъ же X. 167. 168, XVII. 246. XIX. 118 (XXII. 115. 116. 197, XXIII. 104). Бухка и Будде Entscheidungen etc. V с. 83—99. (VI с. 247 слѣд.).

[9] Dig. 43, 14 ut in flumine publico navigare liceat. Dig. 43. 15 de ripa muniendа. Унтергольцнеръ II § 386. 419, Геймбахъ въ Rechtslex. V с. 625 сл. 570 сл. Текучія или другія публичныя воды: lacus, fossa, stagnum, l. 1 pr. D. 43. 14. Употребленіе для другой дозволенной цѣли: l. 1 § 8 D. 43. 14 упоминаетъ, конечно въ видѣ примѣра, о водопоѣ. Въ эдиктѣ особенно предусмотрѣнъ былъ случай, когда кто нибудь получалъ отъ надлежащей власти право проводить воду изъ общественнаго водохранилища (castellum), l. 1 § 38 слѣд. D. de aq. quot. 43. 20. Пользованіе берегами такихъ водъ: l. 1 pr. § 8 D. 43. 14 упоминаетъ лишь о ripa fluminis, наврядъ ли въ исключительномъ смыслѣ. И Dig. 43. 15 говоритъ лишь о ripa fluminis, см. также § 6 eod.: «Illud notandum, quod ripae lacus, fossae, stagni muniendi nihil praetor hic cavit; sed idem erit observandum, quod in ripa fluminis muniendа».

[10] L. 1 § 15. 16 D. de cloac. 43. 23. Шмидтъ (изъ Ильменау) Zeitschr. f. gesch. RW. с. 51—76.

§ 223. [1] Dig. 11. 8 de mortuo inferendo et sepulcro aedificando (interdictum prohibitorium). L. 9 D. de relig. 11. 7 (actio in factum). Ср. l. 6 C. de sep. viol. 9. 19. Унтергольцнеръ с. 168. 209. Геймбахъ въ Rechtslex. V. с. 563 сл., 573 сл.

[2] L. 9 D. de relig. cit.: «Unde miror; quare constare videatur, neque heredi neque in heredem dandam hanc actionem; nam, ut apparet, pecuniariae quantitatis ratio in eam deducitur». Мѣсто это было толкуемо въ томъ смыслѣ, что оно не одобряетъ выставленнаго положенія (Геймбахъ стр. 565), что явно непаходитъ себѣ оправданія. Ср. § 113 прим. 11 и 16.

§ 224. [1] Dig. 43. 4 ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Унтергольцнеръ II § 373. 712. Бахофенъ Pfandrecht стр. 467—475.

однакоже случая, когда вводъ дѣлается съ цѣлью обезпечить отказоприниматель [2].

2. Точно также отвѣтствуетъ тотъ, кто злоумышленно воспрепятствовалъ тяжущейся сторонѣ явиться на судъ въ судебный срокъ, при чемъ безразлично, будетъ ли пострадавшимъ то лицо, которое встрѣтило препятствіе, или же противная сторона [3]. — Римское право даетъ кромѣ того штрафной искъ въ размѣрѣ исковаго требованія противъ того, кто насильно мѣшаетъ призываемому явиться на судъ. Искъ этотъ имѣетъ призываемый въ теченіе одного года [4].

3. Вознагражденіемъ убытковъ отвѣтствуетъ и тотъ, кто отчуждаетъ вещь съ намѣреніемъ уменьшить кому либо возможность преслѣдовать свое право [5]. Давность и наслѣдственность иска какъ подъ пг 1 [6].

К. Нарушеніе обязанностей службы.

§ 225. Изъ нарушенія обязанности службы возникаетъ, въ пользу потерпѣвшаго, искъ о вознагражденіи убытковъ тогда, когда въ основаніи этого нарушенія имѣется злой умыселъ или грубая небрежность. Это относится въ особенности къ дѣятельности судьи при постановленіи рѣшенія [1]; но оно имѣетъ примѣ-

---

[2] L. 1 § D. h. t.; § 113 num 2.

[3] Dig 2. 10 de eo per quem factum erit, quominus quis in iudicio sistat. Глюкъ III стр. 485 сл. Унтергольцнеръ II § 709.

[4] Dig. 2. 7 ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat. Глюкъ III стр. 421 сл. Унтергольцнеръ II § 762. Штрафной характеръ иска явствуетъ изъ l. 5 § 1 l. 6 D. h. t. О теперешней примѣнимости этого иска слѣдуетъ сказать то же, что было сказано о примѣнимости римскихъ частныхъ штрафовъ вообще (§ 80).

[5] Dig. 4. 7 Cod. 2. 55 de alienatione iudicii mutandi causa. Унтергольцнеръ II § 342. 134. Отчужденіе l. 3 § 1 l. 4 § 2. 4 l 8 § 2 — l. 10 pr. l. 11 D. h. t.; l. 10 § 1 eod. Злой умыселъ l. 1 § 1 — l. 3 § 3 l. 3 § 5 l. 4 pr. l. 12 D. h. t. Вознагражденіе убытковъ: l. 3 § 4. 5 l. 8 pr. D. h. t.; см. также l. 12 D. h. t. (ср. Синтенисъ II § 124 прим. 24). Отношеніе къ началу, что не владѣлецъ отвѣчаетъ какъ владѣлецъ, si dolo desiit possidere: l. 4 § 1 D. h. r. (ср. I. § 193 прим. 8, также Франке Commentar zum Pandektentitel de her. pet. стр. 149. 270). In integrum restitutio по причинѣ alienatio iudicii mutandi causa? см. I § 116 прим. 2 въ концѣ.

[6] L. 4 § 6—l. 7 D. h. t. въ связи съ § 126 num. 2.

[1] Искъ противъ судьи, постановившаго неправильное рѣшеніе, называли въ средніе § 125.
вѣка синдикатнымъ искомъ (Syndicatsklage). См. о названіи Schilter Exerc. ad Pand. X § 60, G. L. Böhmer Electa iur. civ. II exerc. 4 c. I. § 14, а о самомъ предметѣ— трактаты: Г. Вебера Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VII. 1 (1834) Штраппельманъ Neue Sammlung etc. III стр. 289 сл. Шварце Zeitschr. f. RPflege u. Verw. zunächst f. KR. Sachsen N. F. XI стр. 113 сл. XII стр. 289 сл. XVIII стр. 193 сл. (1853. 1854. 1859), Шлайеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII стр. 128 сл. (1856); далѣе Унтергольцнеръ II § 698 — 700, Синтенисъ II стр. 766—773, Байеръ Civilproc. стр. 275—281, Геффтеръ Civilproc. § 91, Ветцель Civilproc. § 36 прим. 14. Право синдикатнаго иска весьма спорно. Прежде всего спрашивается, можно ли привлекать судью къ отвѣтственности и за грубую небрежность, а не за одинъ только злой умыселъ, или наоборотъ не только за грубую, но и за обыкновенную небрежность.

неніе и ко всякой другой дѣятельности судьи при исполненіи имъ спорной или добровольной юрисдикціи, а также къ судебной дѣя-

---

Матеріаломъ для разрѣшенія служатъ слѣдующее. а) Римское право даетъ искъ противъ судьи не только за dolus, но и за «imprudentia» (l. 15 § 1 l. 16 D. de iud. 5. 1, l. 2 C. de poena iud. 7. 49,—l. 5 § 4 D. de O. et. A. 44. 7, l. 6 C. de extr. cogn. 50. 13, pr. I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5), въ противномъ случаѣ въ размѣрѣ «vera aestimatio litis», во второмъ — въ размѣрѣ «quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit». Противорѣчіе между указанными мѣстами имѣется не по самому предмету, а лишь въ выраженіи, въ той мѣрѣ, въ какой выраженіе: litem suam facere ограничивается частью случаемъ dolus'а, частью же распространяется и на случай imprudentia. И въ другихъ мѣстахъ римскаго права признается право иска противъ судьи вслѣдствіе нарушенія обязанности вообще, а не только злоумышленнаго нарушенія. Dig. 27. 8 de magistratibus conveniendis, l. 4 § 7 D. de damno inf. 39. 2, l. 29 C. de pact. 2. 3, l. 13 § 6 C. de iud. 3. 1, l. 19 C. de test. 4. 20. b) Но въ императорскомъ судебномъ уставѣ (KGO. 1555 года ч. III, тит. 53 § 4. 5. 6. 10 синдикатный искъ положительно ограниченъ случаемъ злаго умысла, см. также G. K. A. § 157. Это отрицали, ссылаясь на слова § 6 cit.: «или другія подобныя причины», которыя слѣдуетъ разумѣть о culpa lata (Синтенисъ стр. 770 въ примѣч.); объясненіе это, хотя, какъ кажется, и усвоено въ рѣшеніи у Зейфф. Arch. XIV. 140, едва понятно. Другіе писатели предлагали иные пути для оправданія, въ виду имперскаго законодательства, болѣе широкой отвѣтственности судьи. Геффтеръ въ указ. м. отрицаетъ, чтобы имперское постановленіе обосновывало общее правило;—если принять это мнѣніе, то придется вообще отказать имперскому судебному уставу въ значеніи источника общаго права. Далѣе учили, что одинаковое съ dolus значеніе имѣетъ lata culpa (Ветцель въ указ. м.). Этотъ послѣдній путь ведетъ, по моему мнѣнію, въ цѣли. Правда, я считаю крайне рискованнымъ положеніе, что lata culpa должна быть во всѣхъ случаяхъ сравнена съ dolus и внѣ контрактныхъ или другихъ обязательныхъ отношеній (ср. I § 101 примѣч. 10 въ концѣ); но положеніе это, въ этомъ именно случаѣ, находитъ себѣ опору въ опредѣленіяхъ римскаго права о mensor'ѣ. Римское право смотритъ на положеніе mensor'а какъ на положеніе судьи, по римскому праву съ mensor'омъ также мало заключается контрактъ, какъ и и съ судьей (§ 158 прим. 4). По этому право это возлагаетъ на mensor'а отвѣтственность прежде всего лишь за dolus. L. 1 § D. si mens. 11. 6. «Hac actio dolum malum dumtaxat exigit; visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malum solus conveniatur eiuc hominis, qui civiliter obligatus non est . . . .». Но потомъ присовокупляется: «Lata culpa plane dolo comparabitur». За заступаемое здѣсь мнѣніе суть (въ результатѣ) кромѣ Ветцеля: Сентенисъ въ указ. м., Арндтсъ § 338, Пфейферъ prackt. Ausführungen II стр. 365, а также любекскій об. аппел. судъ у Кирульфа Entscheidungen и проч. 1866 стр. 650 слѣд. (Зейфф. Arch. XXII. 48); въ пользу ограниченія отвѣтственности злымъ умысломъ: Веберъ (который основаніе этого ограниченія находитъ уже въ римскомъ правѣ), Штриппельманъ (стр. 311, но см. также стр. 316), Шварце (XI стр. 133, но см. также стр. 141), Шлайеръ, Унтергольцнеръ, Байеръ. Въ пользу же распространенія отвѣтственности на omnis culpa, которая, какъ сказано, не имѣетъ опоры, высказались писатели, поименованные у Синтениса стр. 768 въ примѣч. — Спорятъ далѣе о томъ, имѣетъ ли синдикатный искъ субсидіорный характеръ, или нѣтъ, т. е. предполагаетъ ли онъ, что употреблены всѣ средства защиты противъ рѣшенія, и теряется ли онъ когда проигравшая сторона виновна въ этомъ отношеніи въ какомъ умедленіи. За положительное разрѣшеніе этого вопроса: Веберъ стр. 36 слѣд. Штриппельманъ стр. 346 слѣд.; Шварце XII стр. 292 слѣд., Унтергольцнеръ § 698. k.; за отрицательное: Геффтеръ стр. 98, Байеръ стр. 280, Синтенисъ стр. 772 въ примѣч., Цахаріэ deutsches Staats-und Bundesrecht II § 140 въ концѣ, Зейфф. Arch. XIV. 140. Я не думаю, чтобы утвердительное рѣ-

тельности всякаго другаго не судебнаго должностнаго лица [2]. Изъ нарушенія служебной обязанности опекунскаго надзора допускается по исключенію искъ и за обыкновенную небрежность [3]. Рядомъ съ должностнымъ лицомъ отвѣтствуетъ и государство, его назначившее [4].

Сказанное относится лишь къ должностнымъ лицамъ въ соб-

шеніе имѣло основаніе. Вопросъ сводится къ другому вопросу: имѣется ли убытка менѣе отъ того, что можно требовать уничтоженія нанесшаго вредъ факта, а этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ отрицательно. Въ пользу противнаго ссылались на l. 3 § 2. 3 D. si mens. 11. 6. Но мѣсто это выражаетъ лишь то, что потерявшій собственность и пріобрѣвшій взамѣнъ этого облигаторное требованіе въ дѣйствительности не сдѣлался бѣднѣе, предполагая, что требованіе можно реализировать безъ труда или иныхъ жертвъ. Еслибъ составителю мѣста предложили вопросъ, можетъ ли потерпѣвшій, не желающій принять на себя сопряженныя съ реализаціей жертвы, немедленно требовать возмѣщенія вреда противъ уступки требованія, то онъ навѣрное не затруднялся бы дать утвердительный на вопросъ отвѣтъ. Можно, пожалуй, предоставить привлеченному къ отвѣтственности судьѣ требовать отъ потерпѣвшей стороны, подъ *предварительнымъ покрытіемъ необходимыхъ издержекъ*, чтобы она съ своей стороны принимала средства защиты. Но нельзя ни въ какомъ случаѣ давать судьѣ право ссылаться на допущенную ею медленность въ пользованіи судебной защитой. Иначе тогда, когда сторона виновна не въ умедленіи а въ добровольномъ неосуществленіи имѣющихся у нея средствъ защиты; она тогда признала рѣшеніе. — О случаѣ постановленія рѣшенія судомъ въ коллегіальномъ составѣ см. ф. Лангенъ и Корн Erörterungen prakt. Rechtsfragen II nr. 3, Шварце въ указ. м. т. XVIII, Синтенисъ прим. 39, и ср. также § 199 прим. 7. 8, Зейфф. Arch. V. 298. XI. 252, XIV. 140.

[2] По аналогіи съ синдикатнымъ искомъ и постановленіями о mensor'ѣ.

[3] См. § 201 примѣч. 3. — Практика обнаруживаетъ рѣшительную склонность къ допущенію отвѣтственности всякаго чиновника, судебнаго или другаго вѣдомства, за omnis culpa, независимо отъ случая постановленія неправомѣрнаго рѣшенія. Зейфф. Arch. I. 166, II. 54, III. 326. 327, V. 135. 174. 287, VII. 321, X. 51, XIV. 140, XV. 189, XVI. 113, XVII. 120. 123, XX. 38, XXI. 27. (126, XXII. 240. Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG. z Rostock VI. 48).

[4] Должностное лицо дѣйствуетъ отъ имени государства, предполагая, что оно обнаруживаетъ свою дѣятельность въ предѣлахъ своего вѣдомства; чрезъ него дѣйствуетъ государство. Поэтому государство отвѣтствуетъ не субсидіарно рядомъ съ должностнымъ лицомъ. Такъ смотрятъ и Пфейферъ prakt. Erörterungen II nr. 12 Цехаріэ deutsches Staats-u. Bundesrecht II § 140 nr. I. B. 3. Ausg. (1867) в Zeitschr. f. d. gesammte Staatswissenschaft XIX стр. 582 сл. (1863); далѣе рѣшенія у Зейфферта Arch. I. 166, II, 54. (159 ср. VI. 199), V. 281 nr. 2, VII. 321, XVII, 145. Иначе V. 281 nr. 1: Государство отвѣтствуетъ лишь субсидіарно, развѣ бы оно оказалось виновнымъ in eligendo. (Зейфф. Arch. XXI. 237). Пфейферъ слагаетъ съ государства отвѣтственность за судейскую (рѣшающую) собственно дѣятельность должностныхъ лицъ; такого же взгляда придерживался Цехаріэ въ прежнихъ изданіяхъ своего руководства, ср. еще Зейфф. Arch. III 327, VII. 382. Я не считаю основательнымъ это исключеніе. Но во всякомъ случаѣ государство не можетъ быть привлечено къ отвѣтственности до тѣхъ поръ, пока имѣются еще средства достичь отмѣны подлежащаго распоряженія; до того нѣтъ законченнаго дѣянія государства. Если такое средство потерялось по винѣ заинтересованнаго, то государство не отвѣчаетъ вовсе. Излагаемымъ въ этомъ примѣчаніи вопросомъ занимался и нѣмецкій съѣздъ юристовъ См. засѣданіе 6-го съѣзда I стр. 45 слѣд. 323 слѣд.

ственномъ смыслѣ, т. е. къ тѣмъ лицамъ, которыя призваны проявлять свою дѣятельность въ качествѣ органовъ государственнаго управленія и отъ его имени. Лица, напротивъ, предлагающія публикѣ свои услуги на основаніи правительственной концессіи, разрѣшенія, назначенія, отвѣтствуютъ предъ тѣмъ, который домогается ихъ услугъ, по началамъ договора, слѣдовательно, за всякую небрежность [5], а предъ третьими лицами — за злой умыселъ и грубую небрежность [6]. Государство не отвѣчаетъ за ихъ виновность [7].

Л. Неправый процессъ *).

§ 226. Если кто заставляетъ дать себѣ что нибудъ [1] за веденіе неправаго процесса или за отказъ отъ онаго [2], то лицо, которому процессъ угрожалъ, имѣетъ противъ него искъ о выдачѣ полученнаго, и притомъ, въ теченіе года, въ четверномъ размѣрѣ [3]. Наслѣдникъ получателя отвѣчаетъ лишь въ однократномъ размѣрѣ [4], а наслѣдникъ управомоченнаго не имѣетъ вовсе иска [5]. — Сверхъ того, данное можетъ быть требуемо назадъ по правиламъ потребованія обратно того, что дано для недозволенной цѣли [6].

М. Оскорбленіе (iniuria) *.

§ 227. Оскорбленіе есть всякое законопротивное дѣяніе, заклю-

---

[5] См. § 159 прим. 3.

[6] По аналогіи съ mensor'омъ, право котораго примѣнимо еще въ этомъ отношеніи. См. l. 3 § 1 D. si mensor 11. 6. «Competit autem haec actio ci, cuius interfuit, falsum modum renuntiatum non esse, hoc est vel emtori vel venditori, cui renuntiatio obfuit». См. далѣе l. 3 § 4 eod. (Mensor привлекается судьей).

[7] Даже не за culpa in eligendo, такъ какъ государство не состоитъ съ публикой въ договорномъ или иномъ обязательственномъ отношеніи. Др. мн. Пфейферъ въ указ. м. стр. 362. 363. (Зейфф. Arch. XXIII. 139).

* Dig. 3. 6 de calumniatoribus.—Унтергольцнеръ II § 728.

§ 226. [1] L. 1 § 4 l. 2 l. 3 pr. D. h. t.

[2] Въ качествѣ ли истца или отвѣтчика. О послѣднемъ случаѣ см. l. 7 § 2 D. h. t. Гражданскій или уголовный процессъ: l. 1 § 1 l. 8 D. h. t.

[3] L. 1 pr. l. 3 § 1. 3 l. 7 pr. § 1 D. h. t. Annus utilis: l. 6 D. h. t. Въ пользу теперешней примѣнимости этого положенія (ср. § 80) высказались Шильтеръ (exerc. 10 § 74), Стрикъ (ad h. t. § 2), Лейзеръ (spec. LVI med. 1. 2).

[4] L. 5 pr. D. h. t.

[5] L. 4 D. h. t. Точка зрѣнія личнаго оскорбленія поддерживается въ l. 7 § 1 D. h. t.

[6] См. § 177 примѣч. 5, § 182 прим. 9. 11. — Надо различать: a) угрожаемый далъ для предотвращенія процесса. Ему принадлежатъ какъ actio calumniae, такъ и condictio ob turpem causam (l. 4 D. h. t.), но такимъ образомъ, что первая исключаетъ послѣднюю, а послѣдняя первую, и притомъ даже относительно прибавочнаго штрафа, l. 5 § 1 D. h. t. (см. объ этомъ мѣстѣ Вангеровъ III § 697 и цитированныхъ у него). b) Третье лицо даетъ для отвращенія процесса. Третье лицо имѣетъ condictio, а угрожаемый — actio calumniae, l. 7 pr. § 1 D. h. t c Третье лицо дало для веденія процесса. Condictio отпадаетъ, а для угрожаемаго остается actio calumniae, l. 3 § D. h. t.

* Inst. 4. 4 de iniuriis. Dig. 47. 10 de iniuriis et famosis libellis. Cod. 9. 25 de iniuriis.—Унтергольцнеръ II стр. 759—781, Синтенисъ II стр. 754—759, Зейфферть II § 406—410, Гольцшуеръ I § 47.

чающее въ себѣ выраженіе презрѣнія къ чужой личности [1]. Изъ оскорбленія возникаетъ для обиженнаго штрафной искъ о дачѣ денежной суммы, размѣръ которой опредѣляется имъ самимъ, но можетъ быть уменьшаемъ судьей [2]. Искъ погашается въ теченіе одного полнаго года [3], за исключеніемъ однакоже оскорбленія дѣйствіемъ и насильнаго вторженія въ жилище [4], въ каковыхъ случаяхъ искъ подлежитъ дѣйствію обыкновенной давности [5]. Искъ не переходитъ ни къ наслѣдникамъ обязаннаго, ни къ наслѣдникамъ оскорбленнаго лица [6]. Зачинщикъ отвѣчаетъ какъ и самъ оскорбитель [7]. — Кромѣ этаго денежнаго иска оскорбленный имѣетъ искъ къ оскорбителю объ опроверженіи оскорбленія, испрошеніи прощенія и заявленія о честности оскорбленнаго [8].

---

[1] Источники обозначаютъ iniuria какъ contumelia, ὕβρις (pr. l. h. t., l. 15 § 46 § 227. D. h. t., l. 5 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2. Подробности о понятіи и различныхъ видахъ оскорбленія должны быть представлены ученію уголовнаго права. См. объ этомъ и объ этомъ ученіи вообще учебники уголовнаго права Вахтера II § 150—160 и Гефтера § 296 — 321; засимъ трактаты Вальтера въ N. A. für Criminalrecht IV. 5. 12 («über Ehre und Injurie nach römischem Recht») Гефтеръ Arch. f. Criminalr. N. F. 1839 стр. 237 — 248 («die Begriffsverschiedenheit der römischen und deutschen Injurie»), Миттермайеръ Rechtslex. V стр. 863 — 904. Здѣсь слѣдуетъ указать лишь на то, что для понятія оскорбленія не необходимо, чтобы дѣяніе было предпринято съ цѣлью выказать пренебреженіе къ чужой личности; совершенно достаточно, если оно предпринято съ сознаніемъ, что оно заключаетъ въ себѣ пренебреженіе къ чужой личности. По этому оскорбленіе имѣется во всякомъ сознательномъ правонарушеніи. Ср. l. 13 § 7 l. 24 D. h. t., l. 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 2 § 9 D. ne quid in loco publ. 43. 8; l. 15 § 31 D. h. t.; l. 5 § 2—5 l. 23 D. h. t., l. 21 D. de furt. 47. 2; l. 20 D. h. t.; l. 11 § 9 l. 12 l. 13 § 3 l. 15 § 33 l. 19 D. h. t., l. 1 § 8 D. de insp. ventr. 25. 4; l. 8 pr. D. de rel. 11. 7; l. 1 § 38 D. dep. 16. 3; l. 15 pr. D. h. t. Но когда дѣяніе подходитъ подъ категорію какого нибудь другаго проступка, то назначается то наказаніе, которое опредѣлено за этотъ проступокъ, а не за оскорбленіе. Ср. о понятіи оскорбленія рѣшенія изъ Archiv'a Зейфферта I. 64, II. 51, III. 57. 171, VI. 195. 196, VII. 38. 39, VIII. 137, X. 50, XVII. 43.

[2] Требованіе это основывается на преторскомъ эдиктѣ (l. 7 pr. l. 15 § 2. 25. 26. 31 l. 17 § 5 10 D. h. t., 15 § 8 l. 21 eod., § 7 I. h. t., Gai III 223 224, Coll. II 6), а для нѣкоторыхъ случаевъ оскорбленія (примѣч. 4 и 5) и на lex Cornelia de iniuriis (l. 5. l. 37 § 1 D. h. t., § 8 I. h. t., Paul. S. R. V. 4 § 8). Теперешняя примѣнимость этого иска положительно признана въ K. G. O. II 28 § 4.

[3] L. 5 C. h. t., l. 17 § 6 D. h. t., pr. I. de perp. et. temp. act. 4. 12.

[4] Pulsare, verberare, domum vi introire. L. 5 § D. h. t. «Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore». Объ domum vi introire см. l. 5 § 2—5 D. h. t.

[5] Это случаи, предусмотрѣнные въ lex Cornelia, actio которой была по общему правилу (pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12) perpetua. Несправедливо хотѣли вывести изъ l. 5 C. h. t., что въ новѣйшемъ по крайней мѣрѣ правѣ давность есть во всѣхъ случаяхъ годовая. Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIX. 6.

[6] L. 13 pr. l. 15 § 14 l. 28 D. h. t., § 1 I. de perp. et temp. act. 4 12. см. также § 359 прим. 7 и 14.

[7] L. 11 pr. § 3—6 l. 15 § 2 8 l. 17 § 2 D. h. t., § 11 I h. t.

[8] Искъ этотъ введенъ практикой подъ вліяніемъ древне-германскихъ и церковныхъ идей (ср. c. 5 Dist. 46) и признанъ въ имперскомъ законодательствѣ (P. G. O, Art.

IV. ДРУГІЯ ЗАКОННЫЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА.

А. Обязательства, возникающія изъ законныхъ ограниченій собственности.

§ 228. Относящіеся сюда случаи упомянуты уже выше I §169[1]. Подробнѣе слѣдуетъ здѣсь сказать о положеніи, что естественный стокъ дождевой воды не можетъ быть примѣняемъ ко вреду сосѣдней недвижимости [2] [3].

1. Стокъ *дождевой воды* не долженъ быть измѣняемъ[4]. Дождевая же вода не перестаетъ быть таковой отъ того, что она смѣшивается съ другой водой [5].

2. *Естественный стокъ* дождевой воды не долженъ быть измѣняемъ [6]. Правило это примѣнимо къ стоку дождевой воды, приспособленному искусственно, тогда только, когда приспособленія сдѣланы на основаніи правительственнаго распоряженія или существуютъ съ незапамятнаго времени [7].

216, K. G. O. II. 28 § 4, см. также R. A. Anfang 1670 года въ концѣ). По исторіи см. въ особенности Валленродта Zeitschr. f. Rechtsgesch. III стр. 238 — 300. Комулятивна ли или элективна конкуренція этого иска съ искомъ денежнымъ? Въ пользу перваго: Вахтеръ Strafr. II стр. 103, ср. Валленродтъ стр. 294; въ пользу послѣдняго—большинство писателей, см. перечисленныхъ у Вахтера въ указ. м., Геффтеръ Strafr. II стр. 308, Унтергольцнеръ стр. 779, Спитенисъ стр. 758, Зейфф. Arch. I. 62 (рѣшеніе мюнхенскаго об. ап. суда отъ 27 мая 1845). Утверждаютъ даже, что искъ объ испрошеніи прощеній и проч. не исключается искомъ о публичномъ наказаніи, Геффертъ въ указ. м. и писатели, цитированные у Вахтера въ указ. м. и Валленродта стр. 293 — 296; см. напротивъ Вахтеръ въ указ. м. Что искъ о публичномъ наказаніи исключаетъ собою искъ о денежномъ штрафѣ, объ этомъ не спорятъ, см. l. 6. D. h. t, § 10 I. h. t.

§ 228. [1]. См. тамъ же прим. 1. 9. 10. 18.

[2] Dig 39. 3 de aqua et aquae pluviae arcendae (но въ этомъ титулѣ l. 8—l. 11 pr. l. 17. 21. 26 не трактуетъ о предлежащей матеріи). K. A. Шнейдеръ Zeitschr. f. Civ. und. Pr. V. 22 (1832). Эльверсъ Themis N. F. I. стр. 497—508 (1833). Шмидтъ (изъ Ильменау) civil. Abhandlungen стр. 90—168 (1841). Габихтъ rechtliche Erörterungen I стр. 518—542 (1843) Шефферъ Arch. f. prakt. RW. II стр. 16—45 (1854). Гессе über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn I стр. 184—271 (1859). Беккеръ Jahrb. d. gem. R. V стр. 176—185 (1862). См. также Гессе Jahrb. f. Dogm. VII стр. 215 сл. 234 сл. (1865). Унтергольцнеръ II стр. 194—201, Спитенисъ II стр. 477.

[3] Объ источникѣ этого положенія ср. l. 21 pr. Д. de statutib. 40 7, l. 13 D. he t. и Шнейдеръ стр. 325, Шмидтъ стр. 92, Гессе стр. 193.

[4] L. I pr. §. 2. 15. 16. l. 3. §. 1. D. h. t. 0 1. 3 pr. D. h. t. см. Шнейдеръ с. 334, Шмидтъ с. 200 — 202; о l. 1 §. 23 и 1 2 §. 9 D. h. t. см. Шнейдеръ с. 328—333, Шмидтъ 102—105, Гессе С. 197. 198.

[5] L. 1. pr. cit.:—«sive per se haec aqua coelestis noceat, sive cum alia mixta sit» L. 1 § 15 cit.:—«aqua pluvia vel quae pluvia crescit». D. 1 §. 2 cit. Neratius scribit, opus, quod quis fecit, ut aquam excluderet, quae exundante palude in argum eius refluere solet, si ea palus aqua pluvia ampliatur, eaque aqua repulsa ex opere agris vicini noceat, aquae pluviae actione cogetur tollere».

[6] D. 1 §. 1 D. h. t.:—«cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret». D. 1 §. 22 D. h. t

[7] D. 1 §. 22 i. f. 23 D. h. t. Въ первое мѣсто должно быть внесено предполо-

3. Стокъ дождевой воды не долженъ быть *измѣняемъ*; это значитъ: никакая перемѣна не должна быть сдѣлана человѣческой рукой [8]. Но если перемѣна совершилась сама собою, то можно по крайней мѣрѣ требовать возстановленія прежняго положенія, предполагая, что собственникъ не терпитъ отъ сего никакого вреда [9].

4. Стокъ дождевой воды не долженъ быть измѣняемъ *ко вреду* сосѣдней недвижимости [10]; лишеніе выгоды дозволено [11].

5. Сосѣдняя недвижимость должна быть *полевымъ поземельнымъ участкомъ* [12].

6. Искъ, возникающій изъ недозволеннаго измѣненія стока воды, простирается на возстановленіе прежняго состоянія [13] и на возмѣщеніе лишь тѣхъ убытковъ, которые причинены послѣ начатія спора [14]. — Искъ относится не къ произведшему перемѣну,

---

женіе втораго («Denique ait»). Второе говоритъ впрочемъ но объ измѣненіи приспособленія, а о его упадкѣ, по этому: non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus, тогда какъ въ первомъ говорится просто: «aquae pluviae arcendae actione agi passe».—О значеніи упоминаемой въ l. §. 23 cit. и l. 2 D. h. t. «lex ст. 1 23 pr. D, h. t. и Шмидтъ с. 115 сл. Савиньи Syst. IV 488.—Зейфф. Arch. I. 68, XVII. 48.

[8] Opere manu facto». D. 1 §. 1 10. 14 15 D. h. t.; l. 3 §. 2 1. 24 §. 1. 2 D. h. t. Зейф. arch. V. 141.

[9] Однакоже между римскими юристами существовали по этому пункту разныя мнѣнія, причемъ мнѣніе, указанное въ текстѣ, получило господство лишь мало по малу ст. 1 11 § 6 D. h. t, 1. 2 § 5 eod. («haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur», 1. 2 § 6 eod. «sed nos etiam in hunc casum aequitatem admisimus», 1. 2 § 7 eod. Отношеніе l 2 §. 5 cit. къ l 2 3. 1 eod. остается неразъясненнымъ; равнымъ образомъ отношеніе l. 2 §. 4 и 7 D. h. t. къ другимъ признаннымъ началамъ (l. 11 § 6 l. 1 § 22 l 2 §. 15 i f. D. h. t.). Если существовавшій доселѣ стокъ воды основывался на искусственномъ сооруженіи, то не требуется здѣсь (ср. прим. 7) незапамятности или установленія въ силу закона, l. 2 § 5. 6 cit. Естественно, что можно требовать дозволенія возстановить прежнее положеніе тогда только, когда возстановленіе вообще возможно; поэтому l. 14 § 1 D. h. t. Ср. о разныхъ взглядахъ Шнейдеръ стр. 341—348, Шмидтъ стр. 137—142. 163—165 Гессе стр. 215—218. 248—256.

[10] L. 1 § 1. 11. 13. 21. D. h. t. 0 l. 2. § 9 D. h. t. см. Шнейдеръ стр. 352—356, Шмидтъ стр. 142—145, Гессе стр. 221—226.

[11] L. 1 § 11. 21 D. h. t. Зейфф. Arch. I. 5, (XXI. 11).

[12] L. 1 § 17—20 D. h. t. Въ l. 1 § 20 cit. самое правильное чтеніе будетъ «aedeficia», такъ что мѣсто это выражаетъ, что actio aquae pluviae arcendae столь мало находитъ себѣ примѣненія въ предмѣстьяхъ, какъ и въ самомъ городѣ. Ср. Шнейдеръ стр. 357—358, Шмидтъ стр. 106—108, Гессе стр. 233—241. Зейфф. Arch. VII. 47, X. 259, XX. 228.

[13] Restitutio: l. 6 § 6 l. 22 § 1 D. h. t. Tollere opus: l. 6 § 7 l. 7 D. h. t. L. 24 § 2 l. 25 § 1 D. h. t.

[14] L. 6 § 6. 8 l. 14 § 3 D. h. t. ср. l. 6 § 4 l. 11 § 3 l. 14 § 2 eod. Въ отношеніи къ прошедшему прежде вреду l 14. § 3 cit. ссылается на interdictum quod. vi aut clam. Это значитъ, что за происшедшій прежде предъ можно требовать вознагражденія тамъ, гдѣ имѣются предположенія указаннаго интердикта. Но само собою разумѣется, что въ теперешнемъ процессѣ судья долженъ, безъ дальнѣйшихъ соображеній, давать ходъ требованію о возмѣщеніи прежде происшедшаго вреда, если имѣетъ

какъ таковому, а къ произведшему перемѣну въ качествѣ собственника недвижимости, по которой предпринята перемѣна [15], такъ что лицо, произведшее перемѣну, не отвѣчаетъ уже послѣ потери имъ права собственности на недвижимость [16]. Съ собственникомъ уравненъ узуфруктуарій, эмфитевта и суперфиціарій [17]. Искъ противъ собственника, самъ не предпринимавшаго перемѣны, можетъ состоять лишь въ дозволеніи возстановить прежнее положеніе. — Равнымъ образомъ искъ принадлежитъ собственнику, какъ таковому, а не тому, кто во время измѣненія былъ собственникомъ [19]; рядомъ съ собственникомъ имѣетъ искъ и лицо, имѣющее какое либо другое вещное право на недвижимость [20].

7. Искъ не допускается относительно приспособленій, необходимыхъ въ интересѣ произрастанія плодовъ [21]. Далѣе, привлеченный къ отвѣтственности можетъ защищаться ссылкой на дозво

эти предположенія, и что истецъ не обязанъ положительно заявить, что онъ рядомъ съ actio aquae pluviae arcendae предъявляетъ и interdictum q. v. a. cl.

[15] L. 4 § 4 l. 18 pr. D. h. t. Но этому actio aquae pluviae arcendae не возникаетъ изъ сооруженія, сдѣланнаго на locus publicus, l. 3 § 3 l. 18 pr. D. h. t. Ср. впрочемъ Зейфф. Arch. X. 169, XVI. 116. Многіе собственники: l. 6 § 1. 2 l. 11 § 1—3 D. h. t. Убелоде die Lehre von untheilbaren Obligationen стр. 169 сл. ср. § 299 прим. 7.

[16] L. 12. 13. 14 pr. D. h. t. См. объ этомъ мѣстѣ Гассе Zietfchr. (f. gesch. RW. III. 2), l. 16 i. f. eod. Но отчужденіе послѣ начатія процесса не освобождаетъ, l. 4 § 1 D. h. t.; о l. 16 i. f. D. h. t. ср. Шмидтъ стр. 150 прим. 80, Гессе стр. 258, Франке. Commentar zum Pandektentitel de her. det. стр. 57 сл. Далѣе соорудитель sepulcrum продолжаетъ отвѣтствовать, когда онъ погребеніемъ тѣла дѣлаетъ недвижимость религіознымъ мѣстомъ (fundus religiosus), l. 4 pr. D. h. t. Отчужденіе пользованія не освобождаетъ собственника, l. 22 pr. D. h. t.

[17] Уравненіе (actio utilis) подтверждается лишь относительно узуфруктуарія, l. 22 §. 2 D. h. t.; но само собою разумѣется, что нельзя относиться иначе къ эмфитевтѣ и суперфиціарію при ихъ болѣе обширныхъ правахъ. Ср. также l. 23 §. 1 D. h. t. (прим. 20). Съ l. 22 §. 2 cit. слѣдуетъ, по духу юстиніановской компиляціи, примирить l. 3 §. 4 D. h. t. такимъ образомъ, что послѣдняя отвергаетъ лишь искъ противъ узуфруктуарія, не измѣнившаго самъ стока воды.

[18] L. 4 §. 2. 3 l. 5 l. 6 §. 7 l. 7 §. 1 l. 11 § 2 l. 12 D. h. t. Шмидтъ стр. 150—154.

[19] L. 6 §. 4 D. h. t. Но отчужденіе послѣ начатія спора не лишаетъ иска, l. 16 D. h. t. Отчужденіе узуфрукта не вредитъ собственнику, l. 22 pr. D. h. t. Многіе собственники: l. 6 §. 1. 2 l. 11 §. 1. 4 D. h. t. Убелоде die Lehre von den untheilbaren Obligationen с. 196 сл.

[20] Эмфитевтѣ: l. 23 §. 1 D. h. t, l. 5 §. 3 D. arb. furt. caes. 47. 7. Суперфиціаръ исключается здѣсь потому, что недвижимость, которой наносится здѣсь вредъ, должна быть полевымъ имуществомъ. Относительно узуфруктуарія противорѣчатъ здѣсь себѣ l. 3 §. 4 и l. 22 pr. D. h. t Противорѣчіе это слѣдуетъ, по духу компиляціи, рѣшать въ пользу узуфруктуарія, такъ какъ она признаетъ actio aquae arcendae даже за владѣльцемъ сервитута, l. 25 D. h t. Ср. Шмидтъ стр. 149, Гессе с. 241, 242, также Йерингъ Abhandlungen с. 138—140, Дернбургъ Pfandrecht II. с. 391.

[21] «Agri colendi causa». L. 1 §. 3—9. 15 l. 3 §. 2 l. 24 pr. D. h. t. Шнейдеръ с. 359—361, Шмидтъ с. 131—133. Гессе с. 226—229. Зейфф Arch. VII. 46, XVII. 48.

леніе противника [22], правительственное распоряженіе [23], сервитутъ, на существованіе съ незапамятнаго времени [25].

B. Обязанность къ предъявленію *.

§ 229. Кто владѣетъ вещью, тотъ обязанъ предъявлять ее всякому, который относительно нея заявляетъ свои права.

1. Предъявлять значитъ: поставить вещь въ такое матеріальное къ кому либо отношеніе, чтобы онъ могъ освѣдомиться о ея тождествѣ и свойствѣ! Предъявлять не значитъ выдать [2]. Но если самое право, заявляемое на вещь лицомъ, требующимъ предъявленія оной, не отрицается ея владѣльцемъ, то результатъ предъявленія будетъ, конечно, такой же, какъ еслибъ вещь была выдана [3]. Если вещь соединена съ другою, какъ составная часть, то предъявленіе предполагаетъ отдѣленіе [4].

2. Требовать предъявленія вправѣ всякъ, кто желаетъ заявить какое нибудь притязаніе относительно вещи [5], т. е. притязаніе

---

[22] L. 19. 20 D. h. t.

[23] L. 2 §. 3 l. 23 pr. D. h. t. Зейфф. Arch. XIII. 252.

[24] L. 2 §. 10 D. h. t.

[25] L. 2 §. 3 D. h. t.

* Dig. 10. 4. Cod. 3. 42. ad. exhibendum.—Глюкъ XI с. 167 сл.; Унтергольцнеръ II с. 141—153, Синтенисъ II с. 776—780, Вангеровъ III §. 707. 708, Гольцшуеръ III §. 321. 322.

[1] L. 2 (прим. 5) l. 9 §. 5 D. h. t., l. 3 § 8 D. de tab. exh. 43. 5, l. 3 §. 8 D. de hom. lib. exh. 43. 29, l. 22 l. 246 pr. D. de V. S. 50 16. Мѣсто предъявленія: Зейфф. Arch. XX, 40. § 229.

[2] L. 22 l. 246 D. de V. S. 50. 16.

[3] Отсюда объясняются l. 3 §. 11 l. 5 §. 2—6 l. 9 §. 1 l. 15 D. h. t., l. 25 D. de A. E V. 19. 1, l. 16 D. de praescr. verb. 19. 5, l. 7 §. 1 D. de cond. furt. 13. 1 l. 22 § 1 D. rer am. 25. 2 l. 1 § 6. 32 D. de vi 43. 16. Зейфф. Arch. VIII. 49.

[4] L. 6 pr. l. 7 §. 1. 2 D. h. t., l. 23 §. 5 D. de R. V. 6. 1. ср. I §. 189 прим. 4.

[5] L. 2 D. h. t. «Exhibere est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copiae». L. 9 §. 5 D. h. t: — «ut quis copiam rei habens possit exsequi actione(m), quam destinavit» (о способѣ чтенія послѣдующаго ст. Вангеровъ стр. 664 (7 изд. стр. 636) и цитированныхъ у него, Моммзенъ въ своемъ изданіи ad h. l.). Въ другихъ мѣстахъ actio ad exhibendum присвоивается всякому, cuius interest (l. 3 §. 9. 12 l. 7 §. 7 l. 13 l. 19 D. h. t.); но сами источники признаютъ, что это слишкомъ общее выраженіе (l. 3 §. 11 l. 19 D. h. t.). L. 3 §. 14 D. h. t. относится лишь къ предъявленію документовъ, см. ниже подъ num. 6. Однакоже рѣшеніе у Зейфф, Arch. XVI. 48 признаетъ, на основаніи этого мѣста, достаточнымъ всякій юридическій интересъ для обоснованія actio ad exhibendum. — Должно ли требованіе, по которому требуется предъявленіе, быть имущественно-юридическимъ? Противъ этого говоритъ l. 12 pr. D. h. t. (vindicatio in libertatem); въ пользу этого ссылаются (Глюкъ XI стр. 177, Унтергольцнеръ стр 143, Вангеровъ стр. 664 (7 изд. стр. 636) на l. 13 D. h. t., замѣняя выраженіе флорентины «peculiariter» соотвѣтственнымъ выраженіемъ базиликовъ «pecuniariter» (такъ и Моммзенъ въ своемъ изданіи). Но первое выраженіе имѣетъ хорошій смыслъ: требованіе должно быть приватнымъ искомъ, а не искомъ, коимъ требуется исполненіе общей гражданской обязанности, какъ

или на вещь или противъ нея [6]. Требованіе можетъ быть вещнымъ [7] или обязательственнымъ [8], а также альтернативнымъ, и предъявленіе можетъ быть требуемо съ цѣлью выбора [9]. Если требованіе оспаривается владѣльцемъ, то дѣлу дается ходъ въ порядкѣ сокращеннаго производства (sum mariissima cognitio) [10]. Само собою разумѣется, что, при заявленіи требованія, предметъ, подлежащій предъявленію, долженъ быть съ точностью обозначенъ [11].

3. Обязанность къ предъявленію имѣетъ всякій, кто въ состояніи это сдѣлать въ качествѣ владѣльца вещи [12]. Для обоснованія [13] этой обязанности не необходимо и не достаточно юридическаго владѣнія [14]. Подобно владѣльцу отвѣтствуетъ и тотъ, кто лишилъ себя владѣнія злоумышленно [15], а равно и тотъ кто злоумышленно вступаетъ въ процессъ въ качествѣ владѣльца [16].

4. Если лицо, отъ котораго требуется предъявленія вещи, лишается владѣнія оной до начатія процесса, то къ этому случаю примѣняются обыкновенныя правила [17]. Равнымъ образомъ при-

---

это безъ сомнѣнія бываетъ въ исключительномъ случаѣ l. 13 cit. (лишеніе свободы) (ср. l. 3 §. 9 D. de hem lib. exh. 43. 29). Ср. Зейфф. Arch. VIII. 223.

[6] Противъ вещи: этимъ обозначается случай actio noxalis вслѣдствіе (деликта раба или) поврежденія животнымъ. L. 3 §. 7 l. 12 §. 2 D. h. t., ср. l. 2 C. h. t.

[7] Важнѣйшій случай это искъ о собственности. L. 1 D. h. t. «Haec actio... maxime propter vindicationes inducta est». L. 3 § 12 l. 12 § 2 D. h. t., l. 1. 6. 8 C. h. t. Другія вещныя требованія: l. 3 §. 3. 4. 12 D. h. t (Vindicatio in libertatem: l. 12 pr. D. h. t.)

[8] L. 3 §. 5. 12 D. h. t.

[9] L. 3 §. 6 10 l. 12 §. 2 D. h. t., l. 8 §. 3 D. de opt. leg. 33. 5.

[10] L. 3 §. 9. 13 D. h. t. О понятіи «summatim cognoscere» ср. общее мнѣніе у Ветцеля Civilproc. §. 29 прим. 2—21 слѣд., и уклоняющееся воззрѣніе Бригляба Einleitung in die Theorie der summarischen Processe с. 240—245. 358—359. Зейфф. Arch. IV. 10. Доказываніе посредствомъ присяги о клеветѣ? L. 15 D. h. t. Ветцель въ указ. м. Прим. 24 слѣд.

[11] L. 3 pr. D. h. t. Зейфф. Arch. IX. 38.

[12] L. 5 pr. i. f. §. 6 D. l. 7 C. h. t.

[13] L. 3 §. 15 — l. 5 §. 1 l. 12 §. 1 l. 15 D. h. t.

[14] L. 5 §. 6 D. h. t.

[15] Онъ отвѣтствуетъ за интересъ, т. е. за все то, что истецъ имѣлъ бы, еслибы ему была предъявлена вещь, и вслѣдствіе чего онъ могъ бы выиграть главное требованіе. И этому въ этомъ случаѣ actio ad exhibendum замѣняетъ собою главное требованіе («iudicium directum», l. 3 § 13 l. 17 D. h. t.) Требуемое при этомъ доказательство въ подтвержденіе главнаго требованія исчезаетъ въ оцѣночной присягѣ, которая дается истцу по общимъ правиламъ (I §. 133 прим. 14—17). L. 5 §. 2 l. 8 l. 9 pr. — §. 4 l. 14. 15 D. l. 5 C. h. t., l. 11 i. f. D. de R. C. 12. 1, l. 23 §. 6 D. de R. V. 6. 1, l. 1 §. 2 D. de tigno iuncto 47. 3, §. 2 I. quib. al. 2. 8.

[16] Это не доказывается положительно, но вытекаетъ несомнѣнно изъ уравненія того, qui liti se obtulit, съ тѣмъ, qui dolo desiit possidere (I §. 196 прим 8). Арндтсъ §. 346 прим. 3.

[17] L. 7 §. 5. 6 l. 12 §. 4 D. h. t., и ср. къ этому I §. 124 прим. 9.

мѣняются обыкновенныя правила и относительно всякаго другаго вліянія процесса на требованіе предъявленія [18].

5. Требованіе предъявленія находитъ себѣ по самой природѣ вещей примѣненіе къ вещамъ движимымъ [19], но оно не устраняется безусловно и при недвижимыхъ вещахъ [20].

6. Особенныя постановленія имѣются объ обязанности къ предъявленію документовъ: предъявленія документа, находящагося въ рукахъ другаго лица, можно требовать, на томъ уже основаніи, что документъ содержитъ въ себѣ удостовѣреніе о фактѣ, который повліялъ на образованіе имущественныхъ отношеній [21]. — Объ обязанности къ предъявленію завѣщательнаго акта будетъ говорено въ наслѣдственномъ правѣ, объ обязанности же предъявленія противной тяжущейся стороной находящагося въ ея рукахъ и имѣющаго для процесса значеніе документа — излагается въ судопроизводствѣ [22].

С. Обязанность къ доставленію пропитанія *.

§ 230. Обязанность къ дачѣ пропитанія можетъ быть обоснована договоромъ [1], завѣщаніемъ [2], деликтомъ [3]. Законная обязанность къ дачѣ пропитанія существуетъ между восходящими и нисходящими [3a], и притомъ въ видѣ взаимной обязанности, такъ что первые обязаны давать содержаніе послѣднимъ и наоборотъ [4]. Изъ восходящихъ

---

[18] L. 9 §. 6. 7. 8 l. 11 pr. l. 17 D. l. 7 C. h. t., и ср. къ этому I §. 124. При исполненіи обвиненнымъ рѣшенію, истецъ имѣетъ выборъ между исполненіемъ въ натурѣ и требованіемъ интереса, опредѣляемаго данной имъ присягой. L. 3 §. 2 D. l. 4 C. h. t.; Ср. I §. 193 прим. 1—3.

[19] Отсюда l. 56 de proc. 3.3, l. 38 D. de iud. 5. 1, l. 1 §. 6 D. de vi 43. 16.

[20] См. рѣшеніе кассельскаго об. апелляц. суда у Зейфф. Arch. XVI 48; также l. 8 D. h. t.

[21] L. 3 §. 14 D. h. t., l. 18 eod., l. 9 C eod., l. 7 C. de edendo 2. Сюда относится рѣшеніе мюнхенскаго об. аппел. суда въ Bl. f. RAnwendung in Bayern N F. X nr. 15 (теперь также Зейфф. Arch. XX. 39). Въ преторскомъ эдиктѣ предусматривалась спеціально обязанность argentarii и nummularii, къ предъявленію документовъ. l. 4—13 D. de edendo, 2. 13. Ср. объ этомъ Ветцель Civilproc. § 24 прим. 11 слѣд. Идущая гораздо далѣе l. 22 C. de fide instrum. 4. 21 не глосирована. Ср. объ этомъ ученіи вообще: Вангеровъ § 708 nr. 1, Байеръ Verträge стр. 955 слѣд., Ветцель Civilproc. § 24 прим. 102. 103. Зейфф. Arch. I. 134.

[22] Ср. (III § 567 прим. 2 и) Вангеровъ въ указ. м. Nr. II, Байеръ Verträge стр. 962 слѣд. Ветцель Civilpr. § 24 прим. 104. 105.

* Унтергольцнеръ II стр. 568—584.

[1] Ср. l. 8 C. de rer. perm. 4. 64. l. 1 C. de don. quae sub modo 8. 55. Особенно § 230. важное примѣненіе находитъ себѣ договоръ объ элиментахъ въ нѣмецкомъ правѣ при передачѣ крестьянами имущества.

[2] Dig. 34. 1 de alimentis et cibariis legatis.

[3] Ср. l. 7 D. de his qui effud. 9. 3.

[3a] Глюкъ XXVIII стр. 50 сл. Синтенисъ III стр. 129 — 137, Гольцштуеръ I § 66 nr. 5—18 и III § 324, Рейнгардъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. N. F. XIII. 5. (Супруги § 491 прим. 2).

[4] L. 5 pr. § 1 — 6. 13 D. de agnosc. et alendis liberis vel parentibus 25. 3, l.

отвѣтствуетъ прежде всего отецъ, затѣмъ мать и наконецъ дѣдъ и бабка и дальнѣйшіе восходящіе [5]. Обязанность предполагаетъ достаточность имуществъ на одной сторонѣ [6], недостатокъ на другой [7]; далѣе, чтобы требующій съ своей стороны не погрѣшилъ противъ родственныхъ обязанностей [8]. Размѣръ содержанія опредѣляется по обстоятельствамъ, именно по состоянію управомоченнаго лица и имуществу обязаннаго [9]. Къ пропитанію относится лишь то, что необходимо для содержанія и сохраненія тѣла [10], а не для развитія и образованія духа [11]; но родители обязаны доставлять своимъ дѣтямъ и расходы на воспитаніе [12].

Наслѣдники обязаннаго отвѣтствуютъ лишь въ случаѣ край-

1—4 C. de alendis liberis ac parentibus 5. 25, l. 8 § 5 C. de bon, quae lib. 6. 61, l. 5 C. de patr. pol. 8. 47, Nov. 117 c. 7.

[5] Другіе утверждаютъ, что восходящіе отцовской стороны отвѣтствуютъ ранѣе матери (см. цитированныхъ у Глюка XXVIII стр. 209, Пухта § 316, Арндтсъ § 348), по крайней мѣрѣ тогда, когда нисходящіе состоятъ подъ ихъ властью (Глюкъ въ указ. м., Синтенисъ стр. 131, Зейфф. Arch. XI. 154). Но въ пользу этого нельзя привести доказательства изъ источниковъ. L. 8 D. h. t., на которую главнымъ образомъ ссылаются, предполагаетъ, что мать не принимается въ соображеніе (какъ умершая или не имѣющая имущества); если же съ этимъ не хотятъ согласиться, то слѣдуетъ, на основаніи указаннаго мѣста, допустить отвѣтственность материнскихъ восходящихъ прежде матери («nisi pater aut non sit superstes aut egens est»). И Nov. 117 c. 7 упоминаетъ о матери послѣ отца. Что отцовскіе восходящіе не отвѣтствуютъ прежде материнскихъ, см. Зейфф. Arch. XIII. 265. См. также Гольцшуеръ I § 66 nr. 18. Наступленіе обязанности доставить алименты для лицъ, несущихъ второстепенную отвѣтственность, при эмиграціи непосредственно обязанныхъ лицъ: Зейффертъ Arch. III. 266.

[6] L. 5 § 13 D. l. 2 C. h. t. Гольцшуеръ I § 66 nr. 7 (Бринцъ стр. 1298). Зейфф. Arch. I. 233, VI. 204, X. 262, XII. 45. 169 (IX. 190 nr. 3). XIV. 43.

[7] L. 5 § 7. 13 ср. § 19. 25 D. h. t., l. 8 § 5 C. de bon. quae lib. 6. 61. Пуже Rhein. Mus III стр. 569 — 574. (Бринцъ стр. 1296 сл.) Зейфф. Arch. X. 179, XII. 45. 169. Объ обязанности доказывать см. трактаты Гофмана и Шольца третьяго въ Zeitschr. f. Civ. und. Pr. XVI 4 и XVIII. 4.

[8] L. 4 C. h. t. «Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit». L. 5 § 11 сл. § 23 D. h. t. Пуже въ указ. м. стр. 559—568, Рейнгардъ въ указ. м. стр. 150 сл. Гольцшуеръ I § 66 nr. 11 Зейфф. Arch. V. 285 въ концѣ.

[9] L. 5 § 7 10 ср. 19. 25 D. l. 3. 4 C. h. t., l. 1 § 19 D. de ventre in po. 37. 9. Ср. Nov. 89 c. 12 § 9: «secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam».

[10] L. 6. 23 D. de alim. leg. 34. 1, l. 5 pr. l. § 19 D. de ventre in po. 37. 9, l. 43. 44 l. 234 § 2 D. de V. S. 50. 16. Въ частности см. Вальтеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XX. стр. 361 слѣд. Удовлетвореніе деньгами или натурой? Пуже въ указ. м. стр. 574 слѣд., Зейфф. Arch. X. 264. Дополнительная плата за прошедшее время Зейфф. Arch. XII. 273.

[11] L. 6. D. de alim. leg. 34. 1. l. 6 § 5 D. de Carb. ed. 37. 10, l. 4 D. uli pup. 27. 2. Другого мн., но безъ основанія Вальтеръ въ указ. м. стр. 371 сл., гдѣ дается отчетъ и о другихъ уклоняющихся воззрѣніяхъ. См. также Синтенисъ прим. 56.

[12] L. 5 § 12 D. h. t, l. 6 § 5 D. de Carb. ed. 37. 10. Унтергольцнеръ стр. 575, Синтенисъ въ указ. м. Рейнгардъ въ указ. м., стр. 145—146.

ней нужды управомоченнаго [13]. — Незаконнорожденныя дѣти имѣютъ, по общему правилу, искъ о пропитаніи противъ матери и ея восходящихъ, точно также, какъ и законнорожденныя [14]; но, кромѣ того [15], они, по обычному праву [16], имѣютъ искъ противъ того, кто въ критическій періодъ [17] имѣлъ сожитіе съ ихъ матерью [18]. Эта послѣдняя обязанность не устраняется тѣмъ, что

---

[13] L. 5 § 17 D. h. t. Поставленіе обязанности наслѣдника въ зависимость отъ дальнѣйшаго положенія, что наслѣдодатель давалъ уже алименты при жизни (Гольцшуеръ I, § § 66 nr. 14, Зейфф. § 449, Зейфф. Arch. VI, 205), не находитъ себѣ оправданія въ цитированнымъ мѣстѣ («dabit»). Скорѣе оправдывается этимъ мѣстомъ ограниченіе отцомъ (но въ такомъ случаѣ слѣдуетъ вмѣстѣ съ дѣдомъ и бабкой изъять и мать).

[14] L. 5 § D. h. t.

[15] Ср. къ слѣдующему: Глюкъ XXVIII стр. 183 сл. (1826). Бушъ, theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächter Frauenspersonen gegen ihre Verführer und der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger стр. 314 сл. (1828). Гетъ über die Rechtsverhältnisse aus der auszerehelichen Geschlechtsgemeinschaft стр. 81—207 (1836) Далѣе; Шпангенбергъ Arch. f. civ. Pr. I. 5 (1820). Каухеръ тоже III. 26 (1822). Бушъ въ Elvers' Themis II. 7 (1829). Кеммереръ тоже II. 8 (1829). Дунтце Arch. f. civ. Pr. XII. 7 (1829). Гервартъ тоже XIV. 18 (1831). Ф. Шретеръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. V. 21 (1832). Гервартъ Arch. f. civ. Pr. XVII. 3 (1834). Бушъ тоже XXIII. 7 (1841). Гервартъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. XVII. 9 (1842). ф. Буттель Arch. f. die Praxis des in Oldenburg geltenden R. I. 3 (1844). Шеманъ Zeitschr. f. civ. u Pr. N. F. I. 4 (1845). ф. Прейшенъ тоже IV. 4 (1847). Бушъ Arch. f. civ. Pr. XLVI. 10 (1863). Синтенисъ III стр. 131—133, Вангеровъ I § 260 прим., Гольцшуеръ I. § 49. О новѣйшихъ законодательствахъ см. ф. Кревель Arch. f. civ. Pr. L. 17.

[16] Это обычное право (ср. Шеманъ стр. 131) примыкало именно къ c. 5 X. de eo qui duxit. in matr 4. 7, хотя мѣсто по несомнѣнно правильному толкованію, не содержитъ въ себѣ никакихъ уклоненій отъ началъ римскаго права, см. также c. 13 X. qui filii sint. leg. 4. 17. Ср. Шпангенбергъ стр. 88 слѣд. Каухеръ стр. 442 слѣд., Шретеръ стр. 308, Шеманъ стр. 128—130. Римское право не даетъ незаконнорожденнымъ дѣтямъ иска объ алиментахъ противъ ихъ отца, дѣтямъ же отъ конкубины стали лишь давать Nov. 89 c. 12 § 6 c. 13. 15.

[17] Т. е. въ періодъ времени между 182 и 300 днями до рожденія. См. § 56b прим. 3. Ср. Гольцшуеръ I § 49 Nr. 6. 7. Зейфф. Arch. I. 227, V. 175, IX. 124. 162, X, 170, XII. 161, XIII. 123, XV. 98, XVII. 115, XVIII. 108. 109 (ср. также I. 161. VI. 210 въ концѣ, VIII. 229, XI. 11. XII. 36).

[18] Выставленное положеніе само по себѣ вполнѣ несомнительно, но каково его основаніе? Объ этомъ существуютъ два противоположныхъ мнѣнія. По одному изъ нихъ обязанность сожителя есть деликтное обязательство; такъ Бюловъ и Гагеманъ Erörterungen IV. 70, Кеммереръ стр. 225 слѣд., Дунтце стр. 130, Пухта § 316 и Verl. dazu, ср. также Глюкъ XXVIII стр. 197. По другому мнѣнію, сожитель отвѣтствуетъ въ качествѣ отца (Глюкъ стр. 184, Гетъ § 28, Геервартъ XIV стр. 435—442. XVII. 9), или, какъ другіе выражались, изъ факта воспроизведенія (ср. прим. 21). По моему мнѣнію точка зрѣнія деликта, какъ таковаго (см. это прим. въ концѣ), несостоятельна (ср. противъ нея Геервартъ XIV стр. 436, ф. Штретеръ стр. 310, ф. Буттель стр. 64, 65, Вангеровъ стр. 482). Какимъ образомъ можно говорить, что вызываніемъ дитяти къ существованію отецъ совершаетъ противъ него преступокъ? Но я не считаю основательнымъ и второе воззрѣніе. Изъ сожитія, какъ извѣстно, не слѣдуетъ еще необходимо, чтобы родившееся дитя было слѣдствіемъ этого сожитія. Пола-

мать въ то же время находилась въ половой связи со многими мужчинами [19]; послѣдніе отвѣчаютъ солидарно [20]. Восходящіе сожителя не отвѣтствуютъ вмѣстѣ съ нимъ [21], наслѣдники же его отвѣчаютъ по правиламъ о деликтныхъ искахъ [22]. То обстоятель-

---

гаютъ, что конкумбентъ есть безспорно отецъ, коль скоро удостовѣрено, что мать не вступала въ половую связь съ другимъ мужчиной; а это предполагается до тѣхъ поръ, пока привлеченный къ отвѣтственности не докажетъ противнаго. Но *почему* же это предполагается? Можно сказать лишь то, что конкумбентъ отвѣтствуетъ какъ *вѣроятный* отецъ. И если спросить, какимъ образомъ право уравниваетъ возможность съ дѣйствительностью, то слѣдуетъ отвѣтить: потому что конкумбентъ совершилъ недозволенное дѣяніе. Такъ получаетъ справедливое признаніе и точка зрѣнія деликта. Бринцъ, стр. 1295 слѣд.

[19] Всѣ они суть вѣроятные отцы. Второе изъ упомянутыхъ выше воззрѣній ведетъ наоборотъ, къ допущенію такъ наз. exceptio plurium concumbentium, освобождая такимъ образомъ отъ отвѣтственности всѣхъ ихъ, какъ дѣйствительно дѣлаютъ это Геттъ стр. 142 слѣд. и цитированные у него, Бушъ theorprakt. Darstellung и пр. стр. 325. Themis стр. 189. 190. Arch. XXIII стр. 228 слѣд. Геервартъ XIV стр. 447 слѣд. ф. Прейшенъ въ указ. м. Только Шретеръ сдѣлалъ попытку оправдать допустимость указаннаго возраженія съ точки зрѣнія этого мнѣнія, не смотря на то, что невѣрность его вывода бросается въ глаза (стр. 313) (см. противъ него и Бушъ Arch. XXIII стр. 229 слѣд.). (См. также Кеппенъ Erbrecht стр. 173). Нѣкоторые (Бушъ theoret.-pract. Darstellung и проч. стр. 229 слѣд.) видоизмѣняютъ теорію допустимости въ томъ смыслѣ, что допускаютъ искъ противъ многихъ сожителей при бѣдности матери (actio in factum ex lege Aquilia, такъ какъ каждый изъ сожителей поставилъ дитя въ невозможность предъявить искъ объ отчествѣ,—противъ этого Геервартъ XIV стр. 450 слѣд., ср. также Шеманъ стр. 134 слѣд.). Было также высказано мнѣніе, что изъ многихъ конкумбентовъ отвѣтственность несетъ тотъ, сожитіе котораго совпадаетъ по времени съ разрѣшеніемъ матери отъ бремени. Вальдекъ Controversenentscheidungen вольфенбюттельскаго об. апп. суда I стр. 191—207; противъ этого мнѣнія Бушъ въ трактатѣ, помѣщенномъ въ журналѣ «Themis». Противъ допустимости exc. plurium concumbentium, съ ссылкой отчасти на общепринятый въ судебной практикѣ обычай: Зейфф. Arch. IV. 51, IX. 167, X. 171, XVI. 17, далѣе рѣшеніе мюнхенскаго об апп. суда отъ 23 іюня 1841 года, Reg.-Bl. 1841 года nr. 33 стр. 636—640; за допущеніе: Зейфф. Arch. XVIII. 253, каковое рѣшеніе, впрочемъ, относится можетъ быть къ иску о Deflorationsanspruch, какъ и безъ сомнѣнія VII. 183). О положеніи этого возраженія въ партикулярныхъ законодательствахъ см. Бушъ XLVI стр. 219 слѣд.; о преніяхъ по сему предмету третьяго нѣмецкаго съѣзда юристовъ см. тамъ же стр. 223 слѣд.

[20] Мнѣніе, что изъ многихъ конкумбентовъ каждый отвѣтствуетъ pro rata нисколько не находитъ себѣ оправданія.

[21] Противоположнаго мнѣнія должны держаться тѣ, которые стоятъ на точкѣ зрѣнія отчества; впрочемъ это бываетъ не всегда, см. Глюкъ стр. 221 слѣд., Геттъ стр. 97—99, Вангеровъ въ указ. м. пг. 6. Указаннаго вывода думаютъ избѣгать тѣ, которые основываютъ обязанность къ доставленію алиментовъ не на отчествѣ (родствѣ), а на фактѣ воспроизведенія. «Какъ будто чрезъ воспроизведеніе сожитель не становится отцемъ и слѣдовательно роднымъ»! (Келлеръ Pand. стр. 783). Ср. также Гольцшуеръ въ указ. м. пг. 2 и III стр. 1696. 1097. Противъ обязанности выходящихъ: Зейфф. Arch. III. 175, IV. 50; (Зв—XXII. 241)

[22] Слѣдовательно съ ограниченіемъ размѣромъ наслѣдства. Это можетъ показаться сомнительнымъ, такъ какъ по излагаемому здѣсь воззрѣнію обязательство имѣетъ свое основаніе не въ деликтѣ, какъ таковомъ. Но безъ соображенія недозволенности дѣянія

ство, что сожитель состоитъ въ бракѣ, не исключаетъ его обязанности [23], но брачное состояніе матери уничтожаетъ таковую [24]. [25].

Братья и сестры не могутъ требовать другъ отъ друга содержанія. О правѣ супруговъ требовать алиментовъ см. ученіе о бракѣ [27].

право не стало бы установлить обязательство. Переходъ обязательства къ наслѣдникамъ конкумбентовъ никогда, кажется, не подвергался оспариванію на практикѣ. Бушъ XXII с. 222 и 223 и Геервартъ Zeitschr. XVII с. 331. 334, Гольцшуеръ въ указ. м. Nr. 26 и III с. 1094, Зейф. Arch. XI. 42. XIX. 47. Аргументъ, вытекающій изъ этого противъ теоріи отчества, ясенъ. Между тѣмъ, переходъ къ наслѣдникамъ отрицается на основаніи именно теоріи отчества Геервартомъ XIV стр. 441 и XVII стр. 335, Вангеровъ пг. 3, а теорія воспроизведенія полагаетъ, что она защищена противъ такого вывода, Шретеръ стр. 312. (Кеппенъ Erbrecht стр. 173).

[23] Римское право, отказывающее adulteri'омъ и incestuos'омъ въ искѣ алиментовъ (Nov. 74 c. 6, Nov. 89 c. 15) побѣждено и въ этомъ отношеніи обычнымъ правомъ. См. цитированные выше трактаты Шпангенберга, Каухера, Дунтце, Шретера; также Гольцшуеръ пг. 4.

[24] Противоположное воззрѣніе защищается въ особенности Шретеромъ. Но дитя, рожденное отъ замужней женщины, имѣетъ юридически своимъ отцомъ ея мужа, хотя бы прелюбодѣяніе матери было доказано, и право не можетъ признавать одного дѣйствительнымъ отцомъ, а на ряду съ нимъ трактовать другаго, какъ вѣроятнаго отца. См. также Геервартъ Arch. XVII стр. 86 слѣд., Вангеровъ пг. 2. Взглядъ Шретера принятъ въ основаніе рѣшенія у Зейфф. Arch. IV. 234, ср. также XVII. 50; противъ этого рѣшенія тамъ же II. 186. 296, VI. 46, X. 54 (V. 176), Бухка и Будде Entscheidungen и проч. III. 38.

[25] Другіе вопросы: 1) Отвѣтствуетъ ли и тотъ сожитель, которому дѣяніе не можетъ быть вмѣнено въ вину? По изложенному здѣсь воззрѣнію: нѣтъ. Др. мн. Геервартъ XIV стр. 438, Вангеровъ пг. 5; Зейфф. Arch. VI. 47, XII. 162. 2) Можетъ ли конкумбентъ исполнить свою обязанность изъявленіемъ готовности принять къ себѣ дитя на воспитаніе? Нѣтъ, ибо онъ не отецъ и не можетъ требовать, чтобы мать разлучилась съ дитятей. Въ пользу такого рѣшенія Кеммереръ въ Themis II. 8. Бушъ XXIII с. 235 слѣд. Буттель с. 70, Зейфф. Arch. IV. 230, XII. 163; др. мн. Гетъ, стр. 116. Геервартъ XIV стр. 442 слѣд. и Zeitschr. XVII стр 343 слѣд., Фабрицiусъ Jahrb. d. gem. R. VI. 10. Ср. также Гольцшуеръ въ указ. м. Nr. 9. 10 и III стр. 1094, 1095. 3) Какимъ правомъ разрѣшаются эти случаи, правомъ ли мѣста совершенія сожитія, или же правомъ мѣста жительства конкумбента? Если для деликтныхъ обязательствъ допускается вообще примѣненіе права мѣста совершенія деликта (ср. I § 35 прим. 8), то и здѣсь разрѣшеніе должно быть въ этомъ смыслѣ (прим. 22). Ср. Гольцшуеръ пг. 27 и цитированныхъ у него (Мардинъ Arch. f. prakt. R. W. N. F. V. стр. 244 слѣд.). Зейфф. Arch. XIV. 196 и цитированныя тамъ рѣшенія; далѣе XIX. 212 (XXII 1). 4) Объемъ обязанности къ доставленію алиментовъ: Гетъ стр. 107 слѣд., 110 слѣд. Гольцшуеръ Nr. 10a 14. Зейфф. Arch. VI. 203. X. 53, XI. 245, XII. 35. 5) Временныя границы: Гетъ стр. 114 слѣд. Гольцшуеръ Nr. 8; Зейфф. Arch. I. 228, VII. 49, XI. 41, VI. 202, XII. 273, XVII. 250, (XXI. 298). Бухка и Будде Entscheidungen etc. V. стр. 297. 298. 6) Искъ матери: Гольцшуеръ Nr. 5; Зейфф. Arch. IV. 49, XI. 43, XVII. 49, 50; II. 55. 7) Доказательство: Зейфф. Arch. VI. 201, XVII. 247.

[26] Тибо Versuche I. 12 утверждалъ это на основаніи l. 1 D. ubi pup. 27. 2, l. 1 § 2 D. de tutelae 27. 3 въ связи съ l. 12 § 3 l. 13 § 2 D. de adm. et per. 26. 7. См. напротивъ Мюллеръ Arch. f. civ. Pr. XIII, 13, Вангеровъ I § 260. прим. 2. Ср. Гольцшуеръ въ указ. м. пг. 3 и III стр. 1096.

[27] § 491 прим. 2, § 483 прим. 3.

V. ОТВѢТСТВЕННОСТЬ ЗА ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ДРУГИХЪ.

А. Поручительство.

1. Понятіе и совершеніе.

§ 231. Поручительство преслѣдуетъ одинаковую съ залогомъ цѣль: дать кредитору обеспеченіе въ томъ, что требованіе его будетъ удовлетворено. При залогѣ цѣль эта достигается тѣмъ, что къ требованію присоединяется вещь, продажей которой кредиторъ можетъ самъ доставить удовлетвореніе себѣ; въ поручительствѣ означенная цѣль достигается тѣмъ, что кредитору дается второй должникъ, котораго онъ можетъ держаться при неполученіи удовлетворенія отъ настоящаго, главнаго должника. Въ частности договоръ поручительства можетъ имѣть различное содержаніе. 1) Поручитель принимаетъ на себя обязанность главнаго должника; онъ не установляетъ для себя новаго обязательства, а распространяетъ на себя обязательство главнаго должника, такъ что онъ рядомъ съ послѣднимъ становится корреальнымъ должникомъ. 2) Поручитель установляетъ для себя особенное обязательство, которое однакоже имѣетъ своимъ содержаніемъ исполненіе обязательства главнаго должника, становясь рядомъ съ нимъ (простымъ) солидарнымъ должникомъ. 3) Поручитель установляетъ для себя особенное обязательство, имѣющее своимъ содержаніемъ не исполненіе обязательства главнаго должника, а возмѣщеніе убытка, который произойдетъ для кредитора отъ неисполненія обязательства главнымъ должникомъ. Римское право выработало особенную договорную форму для всѣхъ видовъ поручительствъ, подчинивъ каждую изъ этихъ формъ дѣйствію особенныхъ правилъ. Первому виду поручительства соотвѣтствуетъ fideiussio [1], второму—constitutum [2], третьему—mandatum [3]. И въ современ-

---

* Inst. 3. 20 de fideiussoribus. Dig. 46. 1 Cod. 8. 41 de fideiussoribus et mandatoribus. Гиртаннеръ die Bürgschaft nach gemeinem Civilrecht (1850. 1851). Кривцъ Pandektenrecht ч. I, т. I стр. 115—239 (1835). Либе въ Rechtslexicon V стр. 512—525 (1844). Вангеровъ III § 578. 579, Унтергольцнеръ II стр. 801—849, Свитенисъ II стр. 826—837. (Газенбалгъ die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Düsseldorf 1870).

§ 231. [1] Fideiussio была заключаема посредствомъ стипуляціи съ употребленіемъ слова fideiubere («idem fide tuo esse iubes»?) Въ классическомъ правѣ для той же цѣли употреблялись еще другія двѣ стипуляціонныя формы — sponsio («idem dare spondes»?) и fidepromisaio («idem fidepromitt s»?), которыя во многихъ отношеніяхъ подлежали дѣйствію особеннаго права. Формы эти исчезли въ юстиніановскомъ правѣ. Ср. съ Gai. III. 115—129 титулъ институцій de fideiussoribus. Гиртаннеръ стр. 4. 46, Беккеръ proc. Consumption стр. 182—207. Гдѣ слово spondere встрѣчается въ юстиніановской компиляціи, тамъ оно относится къ (стипуляціонному) поручительству вообще; ср. § 1. 3. 4. 8 I. de mand. 3. 26, l. 26 C. h. t. Гиртаннеръ стр. 102—105.

[2] Такъ наз. constitutum debiti alieni. Оно, какъ и всякое constitutum, не нуждалось въ стипуляціонной формѣ. Ср. о constitum'ѣ вообще выше § 38; о примѣненіи его къ чужимъ долгамъ — l. 2. l. 5 § 2—4, l. 26—28. D. de pec. const. 13. 5.

номъ правѣ не исключается для сторонъ возможность избрать одинъ изъ этихъ путей для достиженія цѣли поручительства, съ устраненіемъ всѣхъ прочихъ. Но обыкновенно такъ не дѣлается, а стороны ограничиваются выраженіемъ въ общемъ видѣ поручительной воли, при чемъ слово поручительство употребляется ими, или нѣтъ. Въ этомъ случаѣ 1) не слѣдуетъ заключить, что онѣ желали установить простой договоръ объ обеспеченіи убытковъ (Schadloshaltungsvertrag) [4]; 2) что касается противоположности между fideiussio и constitutum, то слѣдуетъ сказать, что въ случаѣ сомнѣнія, сознаніе сторонъ объ этой противоположности не имѣетъ значенія [5]; но если оказываетоя необходимымъ дѣлать различіе между правомъ fidejussio и constitutum, то примѣнить слѣдуетъ первое, а не послѣднее [6]. [7].

Договоръ поручительства совершается заявленіемъ о семъ со этороны участвующихъ лицъ. Заявленіе это не нуждается въ особенной формѣ. — Принятіе поручительства воспрещено лицамъ женскаго пола [8]; солдатамъ же и лицамъ духовнаго званія — по нѣкоторымъ обязательствамъ [9].

Циммернъ въ его и Нейштетеля römisch-rechtlichen Untersuchungen стр. 255 слѣд., Гиртаннеръ стр. 47—59, Брунсъ Zeitschr. f. R. Gesch. I. стр. 97—101.

[3] Такъ наз. mandatum qualificatum. См. § 168 num. 2, и въ особенности прим. 19 и 20; Циммернъ въ трактатѣ цитированномъ въ предъидущемъ примѣчаніи, Гиртаннеръ стр. 60—72.

[4] Намѣреніе сторонъ, въ случаѣ сомнѣнія, направлено на то, чтобы поручитель сдѣлался должнымъ то, что долженъ главный должникъ, чтобы поручитель становился обязаннымъ удовлетворить кредитора вмѣсто главнаго должника.

[5] Стороны знаютъ хорошо, что поручитель принимаетъ на себя обязанность исполнить обязательство, которое чуждо ему матеріально. Но онѣ затруднялись бы отвѣтить на вопросъ, желаютъ ли онѣ, чтобы это обязательство, какъ таковое, перешло къ поручителю, или чтобы для него возникло особое обятательство исполнить обязательство главнаго должника.

[6] Это по двоякому основанію: a) потому что въ fideiussio, а не въ конституцѣ, какъ таковомъ, выражается намѣреніе поручиться, т. е. намѣреніе отвѣтствовать лишь для обезпеченія кредитора; constitutum можетъ имѣть и тотъ смыслъ, что имъ окончательно принимается обязанность исполнить чужое обязательство. b) Потому что уклоненія права constitutum'а отъ права fideiussio не были вовсе рецепированы въ Германіи. См. Гиртаннеръ стр. 163 слѣд

[7]) Относительно различныхъ воззрѣній на теперешнее значеніе римскаго различія между разными формами поручительства см. Гиртаннеръ стр. 163 слѣд., 373 слѣд., Либе стр. 515. Вангеровъ III § 579 въ концѣ, Синтенисъ прим. 36, Арндтсъ § 353, Замгаберъ Correblbl. стр. 173 слѣд.. Брунсъ Zeitschr. f. R. Gesch. I стр. 97 слѣд.

[8] Веллеановскимъ сенатусъ-консультумомъ, который, впрочемъ, относится не къ однимъ только поручительствамъ. См. объ этомъ § 240 слѣд.

[9] Солдаты не могутъ быть поручителями по арендным договорамъ, l. 31 C. de loc. 4. 65; духовные—по арендованію имуществъ или публичныхъ налоговъ, по завѣдыванію имуществами, веденію чужихъ процессовъ, Nov. 123 c. 6. Впрочемъ, теперешняя примѣнимость этого постановленія не признается всѣми относительно curiales. Рѣшительно непримѣнимо постановленіе l. 30 C. de loc. 4. 65. Ср. Гиртаннеръ стр. 143 слѣд., 283 слѣд., 368 слѣд. На основаніи l. 1. 2. C. по fideiussores dotium 5.

2. *Обязанности поручителя.*

а) Вообще.

§ 232. Обязательство поручителя подлежитъ свободной судейской оцѣнкѣ; здѣсь указаны лишь главные пункты [1].

1. Поручитель не долженъ, если недолженъ главный должникъ.

а) Если съ самаго начала не существуетъ обязательства для главнаго должника, то не обязывается и поручитель, хотя бы онъ и принялъ ошибочно существованіе обязательства [2]. Если поручительство принято за будущее обязательство [3], оно возникаетъ для поручителя тогда только, когда таковое возникаетъ для главнаго должника [3a]. Но для отвѣтственности поручителя не необходимо, чтобы обязательство главнаго должника было юридическимъ [4], хотя недостаточно какого бы то ни было естественнаго обязательства [5]. Съ другой стороны поручитель не отвѣчаетъ не только тогда, когда главный долгъ не существуетъ самъ по себѣ, но и тогда, когда послѣдній лишается силы вслѣдствіе возраженія главнаго должника; послѣднее принадлежитъ и поручителю [6]. Это положеніе допускаетъ, впрочемъ, исключенія [7]. Но какъ бы пору-

---

20 утверждаютъ, что запрещается давать поручительство за реституцію приданаго. Но мѣста эти говорятъ лишь о правѣ требовать поручительства. Глюкъ XXVII стр. 231, Гиртаннеръ стр. 144.

§ 232. [1] Договоръ поручительства есть по современному праву bonae fidei contractus въ томъ смыслѣ, въ какомъ у римлянъ были таковыми купля-продажа, наемъ и проч. То есть стороны выражаютъ свое намѣреніе лишь въ общемъ видѣ, не опредѣляя въ частности, что̀ сообразно этому намѣренію (Зейфф. Arch. XXIII. 129).

[2] L. 29 l. 37 l. 47 pr. l. 56 pr. § 2 l. 70 § 4 D. h. t., l. 1 § 1. 6. 8. D. de pec. const. 13. 5. Отношеніе l. 25 D. h. t. къ поименованнымъ прежде мѣстамъ остается не разъясненнымъ. Ср. Гиртаннеръ стр. 20—26. Ошибка въ основаніи долга не предитъ. Зейфф. Arch. V. 20. Равнымъ образомъ не вредитъ ошибка въ лицѣ кредитора, но противное слѣдуетъ сказать объ ошибкѣ въ лицѣ должника. Зейфф. Arch. III. 169, IV. 225; III. 168, VII. 19. Доказательство ошибки? Зейфф. Arch. II. 181. Доказательство долга чрезъ признаніе главнаго должника? Зейфф. Arch. II. 185, XV. 23, XVII. 35, (XXII. 143).

[3] Что доказывается l. 6 § 2 D. h. t., l. 2 C. de pec. const. 4. 18; ср. Гиртаннеръ стр. 105 слѣд., Брунсъ Zeitchr. f. RGesch. I стр. 71. 89.

[3a] L. 6 § 2 cit.

[4] L. 6 § 2 l. 7 l. 16 § 3 D. h. t., § 1 I. h. t., l. 1 § 7 D. de pec. const. 13. 5.

[5] См. § 42 прим. 4, § 289. Зейфф. Arch. XX. 130.

[6] L. 19 D. de exc. 44. 1, l. 32 D. h. t. (къ словамъ: «et quidem invito reo» ср. Зейфф. Arch. IX. 290. (II. 185), §. 4 I. de replic. 4. 14; l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1, l. 15 pr. l. 49 pr. D. h. t., l. 14 § 6 D. quod met. c. 4. 2, l. 16 § 1 D. ad SC. Vell. 16. 1, l. 4. 5 D. de compens. 16. 2, l. 12., C. de non num. pec. 4. 30; l. 3 § 1 D. de pec. const. 13. 5. Ср. Гиртаннеръ стр. 40 слѣд. 364 слѣд., Вангеровъ § 578 прим. 2 Nr. II. 2 (Унгеръ Jahrb. f. Dogm. X стр. 21 прим. 24).

[7] L. 7. pr. D. de exc. 44. 1 (относясь непосредственно къ поручителю) говоритъ: «exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios». Но какія же возраженія суть exceptiones personae cohaerentes? Цитированное мѣсто указываетъ примѣрно на возраженіе изъ такъ наз. beneficium'a competentiae (§ 20 прим. 8). Но

читель ни отвѣтствовалъ по изложеннымъ здѣсь правиламъ, и при невозможности привлечь къ отвѣтственности должника [8], онъ не несетъ отвѣтственности въ томъ случаѣ, когда онъ имѣетъ регрессъ къ главному должнику, такъ что удовлетвореніе его падаетъ назадъ на должника [9].—При извѣстности поручителю недѣйствительности обязательства, за которое онъ поручился, онъ не можетъ ссылаться на его недѣйствительность [10]. [11].

b) Если обязательство главнаго должника уничтожается впослѣдствіи, то прекращается и обязательство поручителя [12]. Въ

возраженіемъ этимъ не можетъ пользоваться поручитель уже потому, что оно относится не столько къ долгу, сколько ко взысканію онаго (§ 20 прим 11). Другіе, упоминаемые въ источникахъ случаи возраженій, непереходящихъ къ поручителю, предполагаютъ позднѣйшее происхожденіе возраженій. См. прим. 15.

[8] Слѣдовательно; a) когда обязательство главнаго должника есть лишь естественное (прим. 4); b) когда главный должникъ имѣетъ возраженіе, коимъ не можетъ пользоваться поручитель (прим. 7). Въ отношеніи послѣдняго случая см впрочемъ слѣдующее примѣчаніе.

[9]) L. 9. § 3 D. de SC. Mac. 14. 6; ср. § 481. При этомъ предполагается однако же, что право дѣйствительно защищаетъ должника даже противъ косвеннаго принужденія къ платежу. Ср. I § 225 прим. 8a. Съ другой стороны слѣдуетъ обращать вниманіе и на то, не лишаетъ ли право, отказывающее поручителю въ принадлежащемъ главному должнику возраженіи, поручителя регресса противъ главнаго должника. Это имѣетъ безъ сомнѣнія мѣсто при упомянутомъ въ прим. 7 возраженіи изъ beneficium competentiae, arg. l. 58 § 1 D. mand. 17. 1.

[10] Въ этомъ смыслѣ сказано въ l. 37 D. h. t.:—«*erroris*» fideiussio nulla est». Сомнительно однако же, чтобы по римскому праву fideiussio была дѣйствительна и тогда, когда она принята въ обеспеченіе *ничтожнаго* обязательства при знаніи его ничтожности. Ср. l. 13 pr. D. de SC. Mac. 14. 6. Во всякомъ случаѣ она была дѣйствительна, когда дана по обязательству, лишившемуся силы вслѣдствіе возраженія, и посредствомъ mandatum'а можно было, безъ сомнѣнія, принять *обязательную* отвѣтственность даже за ничтожное обязательство. Ср. l. 13 pr. D. de min. 4. 4, l. 12 § 13 D. mand. 17. 1. Въ настоящее время на поручительство, принятое при знаніи ничтожности обязательства, слѣдуетъ смотрѣть какъ на обѣщаніе возмѣстить вредъ въ случаѣ недоставленія должникомъ удовлетворенія, къ которому онъ юридически не обязанъ Ср. Арндтсъ § 352 прим. 2.

[11] За исключеніемъ однакоже того случая, когда удовлетвореніе поручителя упадало бы на главнаго должника, причемъ слѣдуетъ и здѣсь принять въ соображеніе: a) нельзя ли косвенно принудить должника къ платежу; b) не должно ли, по обстоятельствамъ дѣла, лишить скорѣе поручителя регресса къ главному должнику, чѣмъ кредитора—его права требованія противъ поручителя. Послѣднее имѣетъ мѣсто, когда кредиторъ безупреченъ при сдѣлкѣ. Ср. съ l. 9 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6 (каковое мѣсто не различаетъ между знаніемъ и незнаніемъ поручителя) l. 12 § 13 D. mand. 17. 1. И наконецъ c) не должно ли въ установленіи поручительства со стороны главнаго должника найти обязательное подтвержденіе главнаго долга; какъ напр. когда принуждаемый, по прекращеніи принужденія, даетъ поручителя.

[12] L. 43 D. de sol. 46. 3, l. 60 D. h. t. Примѣнялось ли это правило и къ constitutum debiti alieni? Оно не примѣнялось къ конституту какъ таковому, ибо constitutum, какъ таковой, простирается на доставленіе того, что другой долженъ теперь (во время constitutum'а). L. 18 § 1 D. de pec. const. 13. 5. Уничтоженіе главнаго долга освобождаетъ здѣсь акцессорнаго должника лишь по правиламъ (простаго) солидарнаго обязательства (§ 38 прим. 4. 5). Но constitutum могло безъ сомнѣнія быть

частности дѣйствуютъ здѣсь тѣ же начала, что въ предъидущемъ случаѣ. Поэтому: 1) безразлично, прямо ли уничтожено обязательство главнаго должника [13], или противъ него возникло лишь возраженіе [14], хотя и здѣсь бываютъ возраженія, которыми, по исключенію, не можетъ пользоваться поручитель [15]. 2) Для продолженія существованія обязательства поручителя достаточно продолженіе существованія естественнаго обязательства въ лицѣ главнаго должника [16]. 3) Хотя бы поручитель самъ по себѣ и продолжалъ нести отвѣтственность, онъ можетъ тѣмъ не менѣе ссылаться на освобожденіе главнаго должника [17]. 4) Отпаденіе обязательства главнаго должника не измѣняетъ обязательства поручителя, если послѣдній поручился именно въ виду возможности наступленія случая отпаденія [81].—Римское право содержитъ въ себѣ особенное постановленіе на случай, когда поручитель дѣлаетъ по собственной винѣ невозможнымъ исполненіе обязательства главнаго должника; здѣсь главный должникъ освобождается, а поручитель продолжаетъ отвѣчать [19]. [20].

направлено и на то, что долженъ и *останется* должнымъ главный должникъ. Нѣтъ сомнѣнія, что обѣщаніе исполненія послѣдняго рода есть обѣщаніе поручительства, если имъ обѣщается исполненіе.

[13] Источники особенно перечисляютъ, кромѣ обѣщанія: новацію (l. 4 C. h. t.) и конфузію (l. 21 § 3 l. 71 pr. D. h. t., l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3).

[14] Источники называютъ спеціально exc. iurisiurandi (l. 28 § 1 D. de iurei. 12. 2, l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1) и exc. pacti. (l. 21 § 5 D. de pact. 2. 14. l. 29 pr. D. mand. 17. 1, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34, 3, l. 7 § 1 D. cit.; o l. 62 und l. 27 § 2 D. de pact. 2. 14 см. Вангеровъ стр. 154. 155 (7. изд. стр. 138. 139); Зейфф. Arch. II. 185). Относительно реституціи см. прим. 18. Перерывъ давности по главному долгу имѣетъ силу и относительно поручителя. См. § 49 прим. 11 Зейфф. Arch. XVI. 31.

[15] Такъ напримѣръ возраженіе, возникающее изъ pactum de non petendo in personam, l. 22 D. de pact. 2. 14, l. 5 pr. D. de lib. leg. 34. 3 (каковое возраженіе осуществится, впрочемъ, и по современному праву beneficium'омъ excussionis, § 233 прим. 6) далѣе возраженіе изъ вынужденнаго договора объ уменьшеніи наемной платы, l, 58 § 1 D. mand. 17. 1, каковому слѣдуетъ признать равносильнымъ возраженіе изъ вынужденнаго договора Stundungsvertrag и изъ даннаго должнику мораторіума (§ 29 прим. 1. 4); возраженіе изъ beneficium competentiae (прим. 7 ср. § 19 num. 1. 3. 5). Возраженіе изъ cessio bonorum, причисляемое сюда § 4 l. de replic. 4. 14, не имѣетъ болѣе значенія помимо beneficium competentiae (§ 19).

[16] L. 60. D. h. t.

[17] L. 32 D. de pact. 2. 14. Но и здѣсь слѣдуетъ присовокупить ограниченія, указанныя въ примѣчаніи 9. При всѣхъ перечисленныхъ въ примѣчаніи 15 возраженіяхъ, за исключеніемъ возраженія изъ pactum'а de non petendo, слѣдуетъ принимать, что поручитель лишается регресса противъ главнаго должника, arg. l. 58 D. mand. 17.

[18] Въ частности говорится въ источникахъ, что возстановленіе несовершеннолѣтняго въ прежнее положеніе не служитъ въ пользу нарушителя, если послѣдній какъ разъ поручился въ виду несовершеннолѣтія главнаго должника. См. I § 120 прим. 18.

[19] Здѣсь замѣтно постепенное развитіе римскаго права. Прежде существовало правило, по которому поручитель освобождался отъ своего обязательства, но отвѣтствовалъ за dolus; засимъ искъ давался противъ него въ качествѣ actio utilis, и наконецъ

2. Долгъ поручителя не простирается далѣе долга главнаго должника; поручитель не отвѣчаетъ подъ болѣе тяжкими условіями [21], чѣмъ самъ должникъ. Если положительно условлено противное, то въ той части удовлетворенія поручителя, которая превышаетъ долгъ главнаго должника, не имѣется во всякомъ случаѣ поручительства [22], но самый договоръ можетъ оставаться въ силѣ, какъ обѣщаніе даренія, вознагражденія, принятіе чужаго долга [23].

просто. Всѣ эти воззрѣнія находятъ себѣ представителей въ источникахъ. См. l. 19 D. de dolo 4. 3; l. 32 § 5 D. de usur. 22. 1, 38 § 4 D. de sol. 46. 3; l. 95 § 1 D. eod, l. 88 l. 91 § 4 D. de V. O. 45. 1.

[20] Своеобразное воззрѣніе на продолженіе существованія обязательства поручителя и послѣ уничтоженія обязательства главнаго должника настроилъ Гиртаннеръ стр. 80 слѣд. 480 слѣд. 495 слѣд. Согласно этому воззрѣнію поручитель освобождается лишь: 1) по тѣмъ основаніямъ въ лицѣ главнаго должника, которыя освобождаютъ и корреальнаго должника; 2) вслѣдствіе конфузіи; 3) возникающія въ лицѣ главнаго должника возраженія полезны поручителю въ той мѣрѣ, въ какой онъ имѣетъ регрессъ противъ главнаго должника. Гиртаннеръ ссылается въ пользу этой теоріи на l. 18 § 1 D. de pec. const. 13. 5, см. объ этомъ прим 12; на возможность продолженія обязательства поручителя послѣ реституціи главнаго должника въ прежнее положеніе, см. объ этомъ примѣчаніе 18; на l. 32 D. de pact. 2. 14, которую слѣдуетъ понимать въ смыслѣ pactum'a de non petendo in personam, ср. l. 7 § 1 D. de exc. 44. 1; на постановленіе, упомянутое подъ примѣч. 19, которое явно имѣетъ характеръ исключительный, давая новое выраженіе обыкновенной отвѣтственности поручителя; наконецъ на продолженіе отвѣтственности поручителя при capitis diminutio и смерти должника безъ наслѣдниковъ (l. 5 pr. D. qui satisd. 2. 8, l. 1 C. h. t., l. 1 § 14 D. dep. 16. 3. l. 95 § 1 D. de sol. 46. 3), въ каковыхъ случаяхъ продолжается отвѣтственность если не должника, то его имущества (l. 2. pr. D. de cap. min. 4. 5, ср. l. 22 D. h. t.). Противъ Гиртаннера см. Вангеровъ § 578 примѣч. 2, Синтенисъ примѣч. 39, Арндтсъ § 357 примѣч. 3 Ср. еще Шванертъ Naturalobligat. стр. 397 слѣд.

[21] Условіе, срокъ, мѣсто исполненія, другія побочныя опредѣленія, именно въ отношеніи права выбора при альтернативныхъ обязательствахъ. Ср. § 5 I. h. t. («Non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intellegitur») и § 33 I. de act. 4. 6 («plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco et causa»), L. 8 D. de eo quod certo loco 13. 4.

[22] По римскому праву fideiussio in duriorem causam была вполнѣ ничтожна, тогда какъ constitutum допускало видоизмѣненіе исполненія, и если оно простиралось на большее исполненіе, то оно было уменьшаемо до размѣра обязательства главнаго должника. L. 8 § 7—10 l. 16 § 1. 2. 5, l. 34 l. 70 pr. § 1 D. h. t., § 5. I. h. t., Gai. III. 126; l. 1 § 8 l. 11 § 1 l. 12 l. 19 pr. l. 3 § 2 l. 4 l. 5 pr. l, 25 pr. D. de pec. const. 13, 5. По современному праву частичная дѣйствительность поручительства in duriorem causam не подлежитъ сомнѣнію. Но писатели не согласны въ томъ, какъ оправдать теперешнее право. Одни говорятъ, что римское постановленіе о fideiussio не имѣетъ болѣе силы для насъ потому, что оно имѣло свое основаніе въ строгости, съ которой считали необходимымъ интерпретировать стипуляціонную формулу; по мнѣнію другихъ, поручительство указаннаго лица слѣдуетъ понимать какъ constitutum debiti alieni. Съ сказаннымъ выше (§ 231 прим. 5 и 6) совмѣстно лишь первое воззрѣніе. Ср. Гиртаннеръ стр. 31 — 39, 170 слѣд. 375 слѣд., Вангеровъ § 578 примѣч. 1, Замгаберъ Correslobl. стр. 174. 175.

[23] Рѣшительное значеніе имѣетъ воля сторонъ, а не выраженіе. Кто объявляетъ, что онъ за условный долгъ ручается безусловно, тотъ даритъ кредитору на случай на-

Если поручитель принимаетъ на себя не болѣе тяжкое, а другое удовлетвореніе, то дѣйствительно имѣется поручительство, но съ присоединеніемъ договора объ удовлетвореніи взамѣнъ исполненія [24].

Поручитель долженъ не менѣе, чѣмъ главный должникъ; долгъ его существуетъ не подъ менѣе легкими условіями, чѣмъ долгъ главнаго должника. Но можно условиться о противномъ [25]. Если главный долгъ подвергается измѣненію или получаетъ приращеніе, то поручитель отвѣтствуетъ и за это [26]. Самъ по себѣ поручитель не отвѣчаетъ за самостоятельныя [27], придаточныя обязательства главнаго должника [28], но отвѣтственность за нихъ можетъ быть принята и безмолвно [29].

b. Право поручителя требовать, чтобы взысканіе было прежде обращено на должника *.

§ 233. Отвѣтственность поручителя есть второстепенная; онъ можетъ требовать, чтобы кредиторъ искалъ удовлетворенія сначала съ должника, и притомъ чрезъ предъявленіе къ нему иска [1];

ступленія условія. Кто объявляетъ, что онъ за долгъ въ 100 ручается въ размѣрѣ 150, тотъ ручается дѣйствительно за 100, обѣщая кромѣ того кредитору 50 въ возмѣщеніе убытка, могущаго произойти отъ несвоевременнаго исполненія должникомъ обязательства. Кто объявляетъ, что онъ ручается за долгъ, срокъ которому долженъ наступить чрезъ годъ, такимъ образомъ, что онъ обязывается заплатить чрезъ мѣсяцъ, тотъ не ручается вовсе, а просто принимаетъ на себя уплату чужаго долга.

[24] По римскому праву fideiussio въ этихъ случаяхъ была тоже ничтожна (l. 24 l. 8 § 8 l. 38 pr. l. 70 § 2 D. h. t.), но не constitutum (l. 1 § 5 D. de pec const. 13. 5).

[25] И при римской fideiussio l. 8 § 7 l. 34 l. 6 § 1 l. 9 l. 68 § 1 D. h. t.

[26] Измѣненіе: напримѣръ вслѣдствіе виновной невозможности исполненія l. 58 § 1 D. h. t., l. 49 l. 88 l. 91 § 4 D. de V. 45. 1. Приращеніе: напримѣръ презентами просрочки, l. 24 § 1 D. de usur. 22. 1. l. 54 pr. D. loc. 19. 2, l. 10 D. rem pup. 46. 6, l. 2 § 12 D. de adm. rer. 50. 8, l.5 C. de pact. int. emt. 4. 54; l. 68 § 1 D. h. t. Ср. l. 56 § 2 D. h. t.. — «in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest». Гиртаннеръ стр. 411 слѣд. Madai Мога стр. 419 слѣд. несправедливо требуетъ для отвѣтственности поручителя за проценты просрочки, чтобы онъ положительно заявилъ, что онъ ручается за все долговое отношеніе (см также Зейфф. Arch. I. 213); противъ этого и Гольцшуеръ III § 311 nr. 5 Издержки по веденію дѣла. Зейфф. Arch. III 325, XX. 326.

[27] Т. е. составляющія по отношенію къ главному долгу отдѣльное обязательство.

[28] Такъ напримѣръ онъ не отвѣчаетъ за обѣщанные проценты и неустойку. L. 10 C. h. t., l. 8 C. quod. cum eo 4. 26; ср. l. 68 pr. D. h. t.

[29] Ср. Зейфф.. VI. 44, XIV. 30.

* Гиртаннеръ стр. 113 слѣд. 200 слѣд. 423 слѣд.

§ 233. [1] Такъ наз. beneficium excussionis или ordinis введенное Nov. 4 c. 1. Прежде кредиторъ могъ, по собственному выбору, привлекать къ отвѣтственности поручителя или главнаго должника, и притомъ не только при fideiussio, но и при constitutum и mandatum credendi. L. 3. 5. 19. 23 C. h. t.; l. 7 D. quod cum eo 14. 5, l. 56 pr. D. mand. 17 1, l. 7 C. eod. 4. 35, l. 19 C. cit. Но можно было бы выговорить противное (l. 5. 19 C. h. t.; l, 42 pr. D. de R. C. 12. 1, l. 41 pr. D. h. t., l. 116 D. de V. O. 45. 1, l. 6 pr. D. de nov. 46. 2, l. 21 D. de sol. 46. 3); новѣйшіе писатели изо-

но это право отпадаетъ: 1) при отсутствіи главнаго должника[2]. Если въ этомъ случаѣ поручитель не въ состояніи поставить должника въ указанный судьей срокъ, то дается ходъ иску противъ поручителя[3]. Указанное право отпадаетъ, далѣе: 2) если предъявленіе иска къ главному должнику затруднительнѣе по другому основанію, чѣмъ предъявленіе иска къ поручителю[4]; 3) если удостовѣрено, что предъявленіе иска противъ главнаго должника будетъ без-

---

брѣли для этого случая выраженіе fideiussor idemnitatis (Schadlosbürge). Ср. еще Сальковски zur Lehre von der Novation, стр. 238 слѣд.—Было выражено сомнѣніе, примѣнимо ли опредѣленіе Nov. 4 c. 1 и къ constitutum, такъ какъ вульгата замѣнила греческое выраженіе для конституентовъ: ὁ ἀυτίφωνητής, ὁ ἀυτιφωνήσας, ὁ τὴν ἀυτιφώνησιν ὑπελαβών выраженіями: sponsor, qui sponsioni se subiecit. Но къ кому же относятся эти выраженія, если не къ конституентамъ? Въ другихъ мѣстахъ (Nov. 115 c. 6, Nov. 136 pr. c. 1) вульгата дѣйствительно переводитъ ἀυτιφώνησις, ἀυτιφωνητής словами constituta pecunia, constitutae pecuniae reus. Равнымъ образомъ вѣрно то, что новелла имѣетъ въ виду constitutum не какъ таковое, а по скольку оно служитъ для цѣли поручительства. Ср. Циммернъ въ его и Нейштетеля römisch-rechtliche Untersuchungen стр. 276 слѣд., Гиртаннеръ стр. 429, Вангеровъ III § 579 прим. пр. 3, также ниже прим. 9.—Обосновываетъ ли законное постановленіе лишь возраженіе, или оно дѣлаетъ безплодное привлеченіе главнаго должника къ отвѣтственности основаніемъ иска? Безспорно первое. Гиртаннеръ стр. 200 слѣд. 223 слѣд. 434 слѣд. Зейфф. Arch. II. 182.—Законная льгота даетъ право отклонить платежъ, но не право требовать назадъ уплоченнаго, даже тогда, когда платежъ произведенъ по ошибкѣ. Arg. l. 49 § 1 D. h. t., § 4 i. f. I. h. t. (§ 234 прим. 2 въ концѣ).—О законной льготѣ можно, впрочемъ, говорить не безъ основанія не только по отношенію къ постановленіямъ прежняго римскаго права, но и относительно теперешней поручительной воли. Эта воля не оставляетъ, правда, сомнѣнія въ томъ, что отвѣтственность поручителя должна наступить лишь тогда, когда главный должникъ не исполнитъ своего обязательства; но ею не разрѣшается нисколько тотъ вопросъ, какія мѣры долженъ предпринять кредиторъ для полученія удовлетворенія отъ главнаго должника.—Можетъ ли кредиторъ привлечь одновременно къ отвѣтственности поручителя и главнаго должника? Зейфф. Arch. III 264.

[2] Т. е. когда поручитель подсуденъ по мѣсту жительства кредитора, а должникъ находится внѣ этого мѣста. Ср. Гиртаннеръ стр. 439. Какъ будетъ, когда оба подсудны другому суду? Зейфф. Arch. II. 46: слѣдуетъ обратить вниманіе на то, «не пребываетъ ли главный должникъ еще далѣе и не труднѣе ли привлечь его къ отвѣтственности». (Поручитель жилъ въ Гамбургѣ, главный должникъ въ Нью-Йоркѣ). Ср. также Зейфф. Arch. V. 21, VI. 42, XIX. 150.

[3] Nov. 4 c. 1 cit.

[4] Законъ не содержитъ въ себѣ этого постановленія прямо; но можно таковое вывести посредствомъ толкованія (т. наз. аналогическое распространеніе). Что этому не препятствуетъ свойство закона какъ ius singulare, ст. I § 29 прим. 3. Если придерживаться непосредственнаго опредѣленія закона, то пришлось бы заставить кредитора привлечь главнаго должника къ отвѣтственности и тогда, когда послѣдній живетъ напр. въ Австраліи, между тѣмъ какъ поручитель имѣетъ жительство въ мѣстѣ, отстоящемъ всего на нѣсколько миль (прим. 2). Да доктрина и практика всегда стояли за аналогическое распространеніе закона. Гиртаннеръ стр. 205 слѣд. 226 слѣд. Гиртаннеръ (стр. 444 слѣд.) допускаетъ даже въ пользу этого обычное право; но съ этимъ несогласны рѣшенія у Зейфф. Arch. X 48, XII. 158. Важнѣйшій случай, о которомъ всегда шло при этомъ дѣло, есть случай несостоятельности главнаго должника. Ср. объ этомъ случаѣ спеціально изъ новѣйшаго времени: за распространіе В.

успѣшно [5]; 4) если искъ противъ [6] главнаго должника не имѣетъ вовсе основанія; 5) если поручитель отказался отъ законной льготы [7]; 6) если онъ злоумышленно отрицалъ поручительство [8]. [9].

Сель Zeitschr. f. Civ. u. Prax. III. 13 (который однакожъ вѣрно присовокупляетъ ограниченіе, что должно обратить вниманіе на то, дѣйствительно ли конкурсный порядокъ взысканія труднѣе), Геймбахъ тамъ же XIII стр. 387 слѣд., Дернбургъ Pfandr. II, стр. 385—387, Гольцшуеръ III § 311 nr. a; противъ распространенія: Chop. Arch. f. Civ. Pr. XV. 3. Изъ практики: за распространеніе: Зейфф. Arch. IV. 42, VII. 314, (XXII. 141); противъ X. 48, XII. 158. Въ пользу распространенія, не безъ спеціальнаго отношенія къ несостоятельности: Зейфф. Arch. II. 46.— Гиртаннеръ стр. 450 слѣд. присовокупляетъ однакоже правильное ограниченіе, что привлеченіе главнаго должника къ отвѣтственности должно быть по юридическимъ основаніямъ затруднительнѣе, но не потому, что должникъ напр. любитъ ябедничать или есть potentior.

[5] Извѣстна неоплатность главнаго должника.—Это, какъ и слѣдующее исключеніе, равнымъ образомъ, не содержится положительно въ законѣ, но оба несомнѣнны. Ср. Nov. 99. c. 1. и Гиртаннеръ стр. 437—438, Дернбургъ Pfandr. II стр. 384 Зейфф. Arch. XIV. 34.

[6] Главный должникъ обязанъ лишь naturaliter. Главный должникъ защищенъ возраженіемъ, которымъ не можетъ пользоваться поручитель. Поручитель ручался за недѣйствительное обязательство, зная о его недѣйствительности или на случай погашенія главнаго долга. См. объ этихъ случаяхъ § 232 num. 1. Въ частности должно однако замѣтить, что beneficium excussionis не отпадаетъ, если главный должникъ защищенъ pactum'омъ de non petendo in personam, заключеннымъ имъ съ кредиторомъ (§ 232 прим. 15); принимать противное значило бы поставить пользованіе со стороны поручителя законной льготой въ зависимость отъ произвола кредитора. Гиртаннеръ стр. 247; о l. 15 § 1 D. h. t. См. § 234 прим. 7. Зейфф. Arch. VI. 40. Иначе, конечно, бываетъ, когда поручитель изъявитъ согласіе на то, чтобы только главный должникъ пользовался pactum'омъ, какъ въ случаѣ, приводимомъ у Зейфф. Arch. IV. 43 (pectum de non petendo in tempus).

[7] Достаточно ли общаго отреченія? Отреченіе должно быть на столько спеціально, чтобы изъ него видно было, что поручитель имѣлъ представленіе о законной льготѣ. Ср. l. 4 § 4 D. si quis caut. 2. 11, l. 1 D. si quis in ius voc. 2. 5. Гиртаннеръ стр. 436, Гольцшуеръ § 311 Nr. 2. Ср. Зейфф. Arch. XI. 40. Отреченіе содержится также въ обѣщаніи заплатить въ опредѣленный день. Зейфф. Arch. XIV. 33. Имѣется ли отреченіе и въ объявленіи заплатить въ качествѣ непосредственнаго должника? Вопросъ этотъ разрѣшается утвердительно Гиртаннеромъ стр. 240 слѣд., 319 слѣд. и писателями, цитированными у Гольцшуера § 311 nr. 11. c.; далѣе рѣшеніями у Зейфф. Arch. III. 167, IV. 226. V. 132, VII. 312. XIII. 223. XVII. 36, XXII (XXII. 141). Но если изложенное выше воззрѣніе Новеллы 99. c. 1 вѣрно, то на основаніи ея можно утверждать, что хотя поручитель теряетъ вслѣдствіе такого заявленія право требовать, чтобы искъ былъ предъявленъ сперва къ должнику, но онъ не теряетъ права требовать одновременнаго привлеченія къ отвѣтственности главнаго должника.

[8] Arg. l. 10 § 1 D. h. t За распространеніе всегда стояло господствующее мнѣніе. Гиртаннеръ стр. 208. 229. 239 слѣд. 453. 454.

[9] Неоднократно было утверждено, что законная льгота не имѣетъ мѣста и между купцами (Ср. Nov. 4 c. 3 § 1 и не глоссированную Nov. 136) Гиртаннеръ стр. 236 слѣд. 454 слѣд. торг. уст. (ст. 281 Abs. 2) исключаетъ таковую въ томъ случаѣ, «когда долгъ вытекаетъ изъ торговой сдѣлки на сторонѣ главнаго должника, или когда само поручительство есть торговая сдѣлка». По объясненію Вангерова (III стр. 160 (7 изд. стр. 144) законная льгота отпадаетъ при конституту мѣ и тогда, когда «обязательство конституента не отличается ни въ какомъ отношеніи отъ обязательства главнаго долж-

Если кредиторъ не можетъ получить удовлетворенія отъ главнаго должника по собственной небрежности, то поручитель не можетъ вовсе быть привлеченъ къ отвѣтственности [10].

c. Множество поручителей *. Поручитель за поручителя.

§ 234. Изъ многихъ поручителей за одинъ и тотъ же долгъ, каждый отвѣчаетъ, правда, самъ по себѣ за весь долгъ, но всѣ они пользуются такой же законной льготой, какъ и поручитель по отношенію къ главному должнику. Именно, каждый поручитель можетъ требовать, чтобы кредиторъ, при состоятельности сопоручителя [1a], раздѣлилъ требованіе между нимъ и послѣднимъ [2].

ника, и конституту́мъ имѣетъ на дѣлѣ лишь цѣлью обезпечить кредитора», см. также Замгабери Cerresalobligat. стр. 175. По моему мнѣнію, законная льгота никогда не воспринимаетъ дѣйствія при конституту́мѣ, когда послѣдній данъ съ намѣреніемъ просто принять на себя долгъ другаго (Зейфф. Arch. IV. 45, XIV. 32); но она имѣетъ мѣсто, когда конституту́мъ данъ съ цѣлью поручительства. Но обстоятельство, что обязательство поручителя имѣетъ другое содержаніе, чѣмъ обязательство главнаго должника, можетъ, пожалуй, свидѣтельствовать объ отсутствіи воли ручаться; но если этого нѣтъ (§ 232 къ прим. 23. 24), то я не вижу основанія лишить поручителя beneficium ordinis. Обѣщая, при неисполненіи обязательства, удовлетворить кредитора въ большемъ или другомъ размѣрѣ, онъ все же таки обѣщаетъ удовлетворить главный долгъ на случай неисполненія.

[10] Положеніе это не примѣнялось къ обыкновенной fideiussio (l. 62 D. h. t., ср. впрочемъ и l. 18 C. h. t.), а къ fideiussio eius, quod a debitore servari non potest (l. 41 pr. D. h. t.). Со времени Nov. 4 c. 1 всякое поручительство представляетъ собою поручительство послѣдняго рода. При этомъ не можетъ дѣлать различія то обстоятельство, что обязанность искать сперва удовлетворенія отъ главнаго должника возлагается закономъ, а не опредѣленіемъ договора поручительства. Вангеровъ III § 578 прим. 4; ср. также Арндтсъ § 357 прим. 2. Друг. мн. Егеръ Zeitschr. f. Civilr. u. Praxis. V. 16. Гиртаннеръ стр. 483 слѣд. несправедливо полагаетъ, что преподаваемое здѣсь начало вытекаетъ уже изъ словъ новеллы «si non valuerit creditor a debitore recipere aut in partem aut in totum»; слова эти, какъ показываетъ совокупный смыслъ, выражаютъ лишь: когда кредиторъ, не смотря на предъявленіе иска, не можетъ себѣ доставить удовлетвореніе. Выставленное положеніе было неоднократно приводимо въ связь съ beneficium cedendarum actionum (§ 236 прим. 8). См. Гиртаннеръ стр. 211 слѣд., 248 слѣд., 468 слѣд. Зейфф. Arch. VI. 41, VII. 34. 311. 312 пр. 2.—Назначеніе кредиторомъ срока платежа не можетъ само по себѣ считаться небрежностью. Вангеровъ стр. 158; Зейфф. Arch. VII. 33. 177, XII. 340. Ср. еще тамъ же VII. 312, XI. 243, XII. 159, XVI. 112.

* Гиртаннеръ стр. 90 сл., 457 сл. Rückert principia iuris Romani de exceptione quam vocant divisionis (1852). Гротефендъ de exceptione divisionis (1852). Дедекиндъ de exceptione divisionis disquisitiones (1853).

[1] Gai. III. 121. 122, § 4 I. h. t. § 234.

[1a] Тоже примѣняется естественно къ случаю, когда поручителей болѣе двухъ.

[2] Т. наз. beneficium divisionis, введенное рескриптомъ Гадріана. Gai. III. 121. 122, § 4 J. h. t. См. объ этомъ рескриптѣ, кромѣ мѣстъ, цитированныхъ ниже, еще: l. 26, l. 27, l. 51 pr. D. l. 3, l. 10 § 1 C. h. t. Рескриптъ этотъ говорилъ, кромѣ fideiussores, и о mandatores (l. 3 C. de rec. const. 4. 18, ср. l. 7 D. fidei. et num. 27. 7). Юстиніанъ положительно призналъ въ cit. l. 3 C. de rec. const., что онъ въ равной мѣрѣ примѣняется къ constitutum.—Объясненіе, что это beneficium относится лишь къ тѣмъ поручителямъ, которые сообща ручались за одинъ и тотъ же

Если кредиторъ отрицаетъ оплатность сопоручителя, то не онъ обязанъ доказывать неоплатность, а оплатность долженъ доказывать поручитель, привлеченный къ отвѣтственности [3]. Требовать предъявленія иска сперва къ сопоручителю можетъ поручитель, привлеченный къ отвѣтственности, тогда только, когда онъ одновременно представитъ обезпеченіе въ томъ, что кредиторъ, при безуспѣшности иска, найдетъ у него удовлетвореніе спорной части [4]. Но и въ этомъ случаѣ подобное право не имѣетъ мѣста, если сопоручитель находится въ отсутствіи или если привлеченіе его къ отвѣтственности труднѣе по другимъ основаніямъ [5]. Право на раздѣлъ [5a] долга не исключается послѣдними обстоятельствами [6]. И недѣйствительность сопоручительства не устраняетъ безусловно права на раздѣлъ, которое, несмотря на недѣйствительность, продолжаетъ существовать, если поручитель имѣлъ основаніе разсчитывать, что онъ будетъ отвѣчать лишь въ собственной части [7].

долгъ (Крицъ Pandectenr. I. 1 с. 122 сл., 178 сл. Зейфф. Pand. § 385 прим. 17, ср. его же въ его Archiv VI. с. 58 прим. 2; Зейфф. Arch. III. 263, XIII. 27, XIV. 234—противъ VI. 43, XI. 40), не находитъ себѣ оправданія, и даже прямо опровергается l. 48 § 1 D. h. t., по крайней мѣрѣ относительно поручителя, вступившаго въ обязательство позже. Ср. прим. 7 въ концѣ и Дедекиндъ § 39, Гартаннеръ Arch. f. civ. Pr. XLIII. 12. Законная льгота даетъ право отклонить платежъ, но не право требовать назадъ уплоченнаго, даже когда платежъ произведенъ ошибочно. L. 49 § 1 D. h. t., § 4 I. h. t. Ср. Эркслебенъ condictiones sine causa I C. 109. 110.

[3] Онъ защищается возраженіемъ (l. 28 D. h. t.), которое онъ долженъ доказать, какъ и всякое другое возраженіе. См. также l. 3 C. de prob. 4. 19. Ср. Зейфф. Arch. V. 297. Противное принято въ рѣшеніи у Зейфф. Arch. XIII. 95.

[4] L. 10 pr. D. h. t. Мѣсто требуетъ спеціально предложеніе поручительства.—Я не сомнѣваюсь въ томъ, что эта дача обезпеченія требовалась въ классическомъ правѣ преимущественно въ виду судебныхъ издержекъ, ср. l. 22 § 2 D. mand, 17. 1, l. 7 D. fidei. et nom. 27. 7); но я считаю раскованнымъ утверждать, что единственной цѣлью ея была защита кредитора противъ судебныхъ издержекъ. Во всякомъ случаѣ компиляторы, принявшіе l. 10 pr. cit., не смотря на l. 28 C. h. t., придавали ей самостоятельное значеніе.

[5] L. 10 pr. cit.:—«ita tamen, si . . . confideiussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint». Распространіе по основаніямъ большей трудности въ привлеченіи къ отвѣтственности оправдывается аналогіей Nov. 4 c. 1 (§ 233 прим. 4).—Что beneficium ordinis отпадаетъ равнымъ образомъ при извѣстной неопытности сопоручителя это разумѣется само собою и здѣсь.

[5a] Другими словами: право достичь отказа кредитору за часть сопоручителя, доказавъ с стоятельность послѣдняго.

[6] Въ источникахъ сказано лишь, что требованіе должно быть раздѣлено между поручителями, которые суть «solvendo» или «idonei». Дедекиндъ § 45.

[7] Для этого требуется: a) чтобъ онъ вступилъ въ поручительство не ранѣе, а одновременно съ сопоручителемъ или послѣ него; b) чтобы онъ въ отношеніи недѣйствительности сопоручительства находился въ извинительномъ заблужденіи. L. 48 D. h. t. Если въ этомъ мѣстѣ не отказывается въ правѣ на раздѣлъ и тому, кто ручался рядомъ съ несовершеннолѣтнимъ, «propter incertum aetatis ac restitutionis», то это слѣдуетъ понимать такъ: 1) потому что онъ могъ ошибиться въ возрастѣ сопоручителя; 2) потому что онъ могъ надѣяться, что несовершеннолѣтній не будетъ просить о ре-

Съ другой стороны право на раздѣлъ и право требовать предъявленія иска сперва къ сопоручителю теряются отказомъ [7a] и злоумышленнымъ отрицаніемъ поручительства [8]; кромѣ того, этого права не имѣютъ поручители, которыхъ опекунъ далъ своему подъопечному [9]. Если требованіе разъ раздѣлено, то наступившая засимъ неоплатность поручителя не вредитъ тому, относительно котораго раздѣлъ произведенъ [10]. Если неоплатность наступила до

ституціи, или что послѣдняя не будетъ ему разрѣшена. Конечно мѣсто это объясняется весьма различно. Ср. Гиртаннеръ с. 462 сл., его же Arch. f. civ. Pr. XLIII с. 286 сл. Дедекиндъ p. 123 sqq. и писателей у нихъ цитированныхъ. Правила о первоначальной недѣйствительности примѣняются и къ недѣйствительности послѣдующей. Но точно также разумѣется само собою, что кредиторъ, освобожденіемъ одного поручителя, не можетъ лишить другаго beneficium divisionis. Въ l. 15 § 1 D. h. t. слѣдуетъ «nulla exceptione» или относить, какъ дѣлаетъ Гиртаннеръ Arch. f. civ. Pr. XLIII стр. 231 слѣд., къ exceptio pacti, или, вмѣстѣ съ Дедекиндомъ стр. 123 слѣд., читать вмѣсто «quindecim» «decem».—Изъ l. 48 cit. нельзя вывести аргумента въ пользу объясненія, что, при разновременности вступленія въ обязательство нѣсколькихъ поручителей, вступившій ранѣе не имѣетъ вообще права требовать раздѣла (даже при дѣйствительности сопоручительства). Объясненіе это заканчиваютъ такимъ образомъ: на недѣйствительное сопоручительство можно ссылаться противъ кредитора лишь тогда, когда поручители разсчитывали на отвѣтственность въ части. Слѣдовательно разсчитываніе на частичную отвѣтственность есть основаніе права раздѣла. Истинный смыслъ заключается напротивъ въ слѣдующемъ: 1) сопоручитель, какъ таковой, имѣетъ право на раздѣлъ; 2) онъ имѣетъ это право лишь тогда, когда сопоручитель отвѣтствуетъ дѣйствительно; 3) развѣ бы онъ имѣлъ основаніе разсчитывать на отвѣтственность въ части.

[7a] Зейфф. Arch. XI. 40.—Имѣется ли такое отреченіе въ обязываніи себя «въ качествѣ непосредственнаго должника»? Конечно, въ случаѣ сомнѣнія, чему не противорѣчитъ и Nov. 99. c. 1 (§ 133 прим. 7). Иначе Зейфф. Arch. VIII. 134.

[8] L. 10 § 1 D. h. t. Теперешнее дѣйствіе этого постановленія отвергается въ рѣшеніи у Зейфф. Arch. XVII. 37. Ср. § 263 прим. 15.

[9] L. 12 D. rem. pup. 46. 6, и. ср. § 444 прим. 2.

[10] L. 51 § 4 l. 52 § 1 D. l. 16 C. h. t. Въ этихъ мѣстахъ говорится, что послѣ литисконтестаціи съ поручителемъ (относительно его части) ему не вредитъ болѣе наступающая неоплатность его товарища по поручительству. Но эти мѣста исходятъ изъ того предположенія, что процессъ ведется одновременно противъ всѣхъ поручителей, въ части каждаго изъ нихъ, поэтому основаніе окончательнаго освобожденія каждаго изъ нихъ заключается, какъ можно думать, въ томъ, что привлеченіемъ къ отвѣтственности прочихъ поручителей исчерпывается вся actio. Не подлежитъ также сомнѣнію, что упомянутыя мѣста были такъ истолкованы по первоначальному своему смыслу. Но съ одной стороны я считаю слишкомъ смѣлымъ утверждать, что они должны быть истолкованы такимъ образомъ; они могутъ имѣть и тотъ смыслъ, что между состоятельными къ платежу во время литисконтестаціи поручителями наступаетъ окончательное раздѣленіе въ силу закона, а съ другой, совокупный смыслъ компиляціи относительно C. 28 C. h. t. какъ разъ недопускаетъ объяснять тѣ мѣста исковой консумціей, а поэтому необходимо объяснить ихъ въ только что указанномъ смыслѣ. Какъ же будетъ въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ поручителей не привлекается къ отвѣтственности въ его части, которая получается отъ него внѣсудебнымъ порядкомъ, или когда часть его принимается отъ него, по его предложенію, кредиторомъ? L. 16 D. iud. solvi предполагаетъ очевидно, что въ этомъ случаѣ все должно считаться такъ, какъ еслибы дѣло дошло до литиконтестаціи. Съ другой стороны

раздѣла, то она не вредитъ въ томъ случаѣ, когда кредиторъ допустилъ небрежность въ реализаціи своего требованія [11].

За поручителя можетъ опять ручаться другое лицо (Afterbürge), по отношенію къ которому первый поручитель является главнымъ должникомъ. Этотъ случай поручительства не подчиняется дѣйствію особенныхъ правилъ [12].

d. Прекращеніе обязанности поручителя.

§ 235. Своеобразныя основанія прекращенія обязательства поручителя суть слѣдующія:

1. Отпаденіе главнаго долга. Объ этомъ говорено выше (§ 232 № 1. b).

2. Совпаденіе въ одномъ лицѣ главнаго долга и обязательства поручителя [1]. Но и въ этомъ случаѣ обязательство поручителя продолжаетъ свое существованіе, если оно сильнѣе главнаго долга [2].

3. Когда главный должникъ замедляетъ безъ основанія удовлетвореніе кредитора или расточаетъ свое имущество, то поручи-

---

l. 51 § 1 D. h. t. говоритъ, правда, что «fideiussor, qui partem pecuniae suo nomine vel rei promittendi solvit» обязанъ заплатить еще остатокъ, если сопоручитель становится послѣ того несостоятельнымъ. Но это мѣсто можно удобно понимать о случаѣ, когда поручитель просто заплатилъ часть долга, но не *свою* часть, и слова «vel rei promittendi» дѣлаютъ, кажется, даже необходимымъ такое толкованіе.—Раздѣлъ, послѣдовавшій относительно одного изъ поручителей, имѣетъ силу лишь по отношенію къ нему, а не другимъ поручителямъ. Если напр. за долгъ въ 300 талеровъ ручались три лица и отъ одного изъ нихъ получены 100 талеровъ, то остальные два поручители остаются отвѣтственными въ такомъ видѣ, что, при несостоятельности одного, другой долженъ заплатить 200 талеровъ сполна.—Ср. о вопросахъ, обсудившихся въ этомъ примѣчаніи: Циммернъ въ его и Нейштетеля römisch-rechtliche Untersuchungen I стр. 269 слѣд., ф. Вепингъ—Ингенгеймъ Zeitshr. f. Civilr. u Prax. IV. 17, Гвртаннеръ стр. 457 слѣд., Дедекиндъ стр. 94 слѣд. и писателей, у нихъ цитированныхъ.

[11] Это должно слѣдовать изъ аналогіи правилъ, которымъ подчиняется отношеніе поручителя къ главному должнику.—Практика даетъ поручителю возможность требовать еще кредитора, чтобы послѣдній предъявилъ свое требованіе ко взысканію, подъ страхомъ лишенія права ссылаться на наступающую впослѣдствіи несостоятельность сопоручителя, т. наз. provocatio ex l. si contendat. Байеръ summ. Proc. § 58, Ветцелль Civilproc. стр. 97 слѣд.

[12] L. 8 § 12 l. 27 § 4 D. h. t., l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3. Зейфф. Arch. III. 217, XIII. 223.

§ 235. [1] L. 5 l. 14 l. 71 pr. i. f. D. h. t., l. 13 D. de duob. reis 45. 2. Примѣнимо ли это положеніе и къ constitutum? Оно не примѣнимо къ конституту, какъ таковому, такъ какъ послѣдній разсчитанъ главнымъ образомъ на собственные долги, но оно примѣнимо къ конституту, даваемому съ цѣлью ручательства, на основаніи того же правила, по которому онъ дѣйствуетъ для fideiussor'а въ противоположность къ обыкновенному корреальному должнику.

[2] L. 21 § 2 D. h. t., l. 95 § 3 D. de sol. 46. 3, l. 3 pr. D. de separ. 42. 6. Но не сохраняетъ за нимъ силу то обстоятельство, что обязательство поручительства обезпечивается другимъ поручительствомъ, l. 38 § 5 D. de sol. 46. 3. Дрм. Гвртаннеръ стр. 492.

тель можетъ требовать, чтобы главный должникъ освободилъ его отъ обязательства [3].

Регрессъ поручителя.

§ 236. 1. Вопросъ о томъ, имѣетъ ли поручитель регрессъ къ главному должнику, зависитъ отъ существующаго между нимъ и послѣднимъ правоотношенія. Онъ не имѣетъ регресса, если онъ принялъ на себя поручительство за такой долгъ, который собственно касается его самого [1], или хотя интереса главнаго должника, но безъ намѣренія его обязывать [2]. Въ противномъ случаѣ поручитель можетъ требовать отъ должника удовлетворенія по правиламъ порученія или совершенія дѣйствія въ чужомъ интересѣ [3]. Онъ можетъ даже требовать возмѣщенія того удовлетворенія, которое онъ далъ, не будучи къ этому обязанъ, предполагая, что онъ въ этомъ не виновенъ [4]. Если кредиторъ простилъ ему долгъ съ намѣреніемъ его обогатить, то онъ можетъ требовать отъ должника удовлетворенія, хотя бы онъ ничего не платилъ за должника [5]. Для обезпеченія поручителю права регресса, главный должникъ можетъ съ своей стороны дать ему поручителя (Rückbürge). Этотъ случай поручительства не подлежитъ дѣйствію особенныхъ правилъ [6].

На сколько поручитель имѣетъ регрессъ къ главному должнику [7], онъ можетъ требовать и отъ кредитора уступки ему своего требованія противъ главнаго должника [8].

---

[3] L. 38 § 1 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35. Ср. Гиртаннеръ с. 529 сл.

[1] Ср. l. 24 D. de pact. 2. 14, l. 8 § 1 D. qui satisd. 2. 8. §236.

[2] Напр. онъ желаетъ сдѣлаетъ главному должнику даръ, l. 6 § 2 D. mand. 17. 1, l. 9 § 3 D. de SC. Mac. 14. 6.

[3] Actio mandati oder actio negotiorum gestorum contraria. L. 6 § 2 I. 18 l. 20 § 1 l. 21 l. 22 pr. § 1 l. 40 l. 60 § 1 D. mand. 17. 1, § 6 I. h. t.

[4] L. 10 § 1 l. 12 l. 29 D. mand. 17. 1, l. 10 C. eod. 4. 35, l. 67 D. h. t.

[5] Напр. сдѣлать ему даръ или обогатить инымъ образомъ. Ср. l. 10 § 13 l. 12 pr. § 1. 2 D. mand. 17. 1, и къ этому § 120 прим. 11 въ концѣ. Съ l. 11 eod. ср. § 106 прим. 4. Поручитель получаетъ требованіе съ главнаго должника уже на основаніи одного присужденія съ него, поручителя, долга, конечно требованіе простирается на освобожденіе его отъ платежа. L. 38 § 1 D. mand. 17. 1.

[6] L. 4 pr. D. h. t. (Будде и Шмидтъ рѣшенія роштокскаго об. аппел. суда VI. 52).

[7] Ограниченіе это не присовокупляется обыкновенно и также не признается положительно въ источникахъ, но я считаю его несомнѣннымъ. Поручитель тогда только не имѣетъ регресса къ главному должнику, когда онъ долженъ былъ бы возмѣстить ему произведенный имъ платежъ, или когда онъ отрекся отъ регресса (прим. 1. 2). Но въ этихъ случаяхъ ему не поможетъ и добровольная уступка ему требованія кредиторомъ; а тѣмъ болѣе не можетъ онъ требовать уступки онаго.

[8] T. наз beneficium cedendarum actionum. L. 36 D. h. t., l. 2. 21 C. h. t., l. 95 § 11 D. de sol. 46. 3, Nov. 4 c. 1. Гиртаннеръ с. 211 сл., 248 сл., 468 сл., 533 сл. Ср. еще Кнорръ Arch. f. civ. Pr. XXVIII с. 170 сл. и Гольцшуеръ III

Сопоручители, удовлетворившіе кредитора въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ причитается на ихъ долю, не имѣютъ прямаго регресса къ другимъ сопоручителямъ [9], но они вправѣ требовать отъ кредитора, котораго они удовлетворили, уступки имъ своего требованія [10].

B. Такъ называемыя actiones adiectitiæ qualitatis *.

1. Actio quod iussu [1], actio institoria [2], actio exercitoria [2].

§ 237. Названіемъ actiones adiecticiæ qualitatis [3] обозначается съ давняго времени цѣлый рядъ случаевъ, въ которыхъ кто нибудь отвѣтствуетъ, въ силу закона, въ качествѣ должника за обязательства другихъ. Законъ возлагаетъ отвѣтственность предъ кредиторомъ не только на то лицо, которое является непосредственнымъ должникомъ, но и на другое лицо. Отношеніе между этими двумя должниками есть отношеніе корреальное [4].

Къ первымъ изъ относящихся сюда случаевъ примѣняются указанныя въ заглавіи настоящаго § исковыя названія, которыя выражаютъ собой слѣдующее положеніе: какъ должникъ отвѣтствуетъ, рядомъ съ заключившимъ юридическую сдѣлку, тотъ, кто заявилъ, что сдѣлка эта должна имѣть такую же силу, какъ еслибы она была заключена съ нимъ [5]. Заявленіе это можетъ быть сдѣлано

---

§ 311 Nr. 16. Зейфф., Arch. VII. 313, XII. 117, XVII. 40, (XXII. 142). Сколько можно требовать съ сопоручителя по переуступленному иску? Зейфф. Arch. XVII. 144.

[9] L. 39 D. l. 11 C. h. t., § 4 I. h. t. Др. мн. Гиртаннеръ с. 538 прим. 9.— Зейфф. Arch. XVII. 39, XX. 132 (XXII. 238). Bl. f. RAnwendung zunächst in Bayern XXXIII с. 150 сл. (391 сл.)

[10] L. 17 l. 36 l. 41 § 1 D. h. t., l. 11 C. h. t., l. 12 D. rem. pup. 46. 6. Дедекиндъ (§ 479) стр. 129—133. Зейфф. Arch. XX. 36. Др. мн. Савиньи Obl. I с. 273 сл.

* Inst 4. 7 Dig. 14. 5 Cod. 4. 26 quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.—Рушпратъ Arch. f. d. Praxis des im GH. Oldenburg geltenden R. I с. 16 сл. Бухка Lehre von der Stellvertretung с. 22—61. Бриницъ krit. Blätter II с. 10—20. Савиньи Obl. II с. 24 сл., 51 сл. Унтергольцнеръ с. 414—439, Синтенисъ II с. 378—383. (Два поименованныхъ вначалѣ трактата исключаютъ actio de peculio).

§ 237. [1] Dig. 15. 4 quod iussu.—Тибо Arch. f. civ. Pr. XII. 10 (1829). Мюллеръ civilist Abhandlungen Nr. 4 (1833). Шмидтъ Arch. f. civ. Pr. XXIX. 3 (1846). Шамбонъ Beiträge zum Obligationenr. с 179—268 (1851). Вангеровъ I § 240 прим.

[2] Dig. 14. 1 de exercitoria actione, 14. 3 de institoria actione. Cod. 4. 25 de institoria et exercitoria actione.—C. A. Вейско skeptisch-praktische Behandlung einiger civilrechtl. Gegenstände Gr. 2 (1829). Критцъ Pandektenr. I. 1 с. 288—347 (1835). Тель Handelsr. I § 20—33 сл.

[3] Оно основывается на с. 5 § 1 D. de exerc. act. 14. 1:—«hoc . . . edicto non transfertur actio, sed adiicitur». Ср. l. 1 § 17. 24 D. eod., l. 17 § 1 D. de inst. act. 14. 3.

[4] См. § 51 прим. 6; впрочемъ и Келлеръ Jahrb. des gem. R. III с. 174—179.

[5] L. 1 pr. D quod iussu 15. 4. «Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur; nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet». L. 5 § 3 D. de trib. act. 14. 4.

прямо предъ другимъ контрагентомъ [6]; но оно имѣется уже въ назначеніи кого либо къ отправленію извѣстнаго круга дѣлъ [7], и даже во всякомъ даваемомъ кому либо порученіи заключить юридическую сдѣлку [8]. Только въ этихъ послѣднихъ случаяхъ необходимо, чтобы сдѣлка была заключена въ виду послѣдовавшаго назначенія или даннаго порученія [9]. Одинаковую силу съ сдѣланнымъ напередъ заявленіемъ имѣетъ послѣдующее одобреніе сдѣлки [9a]. Безразлично при этомъ, состоитъ ли лицо, имѣющее заключить сдѣл-

---

[6] Actio quod iussu относится къ этому случаю. Слово iussus имѣетъ здѣсь тотъ техническій смыслъ, который указанъ въ § 166 прим. 8а; оно означаетъ не приказаніе, а приказъ (Anweisung). Упуская изъ виду это техническое значеніе iussus и имѣя въ то же время въ виду, что actio quod iussu разсчитана на случай, когда кто либо желаетъ обязываться при посредствѣ лицъ, состоящихъ у него въ подчиненіи, утверждали, что iussus долженъ быть обращенъ къ подвластному лицу, или по крайней мѣрѣ, что это есть нормальный случай actio quod iussu. Ср. отчетъ у Вангерова въ указ. м. пг. 1. Источники говорятъ почти только о iussus третьему лицу (см. въ особенности l. 1 § 1. 8. 9 l. 2 pr. § 1. 2 l. 3 l. 4 l. 5 § 1 D. h. t. 15. 4, § 1. 5 I. quod cum eo 4. 7, l. 13 C. eod. 4. 26), и единственное мѣсто (l. 1 § 2 D. h. t. 15. 4 сл.. l. 12 D. de SC. Mac. 14. 6), въ которомъ iussus относится несомнѣнно къ подвластному l. 2 D. quod cum eo 14. 5, не имѣетъ цѣлью указывать условія actio quod iussu. Изъ приказа подвластному можетъ возникнуть actio quod iussu въ той мѣрѣ, въ какой въ этомъ iussus заключается косвенно и iussus третьему лицу (ср. прим. 7) и въ этомъ смыслѣ дается изъ такого приказа actio quod iussu въ l. 5 § 2 D. in rem verso 15. 3, l. 10 § 2 D. de fidei. 46 1. ср. l. 1 § 8. 9 D. h. t. 15. 4; но см. также съ другой стороны l. 6 C. de inst. et everc. act. 4. 25 (прим. 8).

[7] На этомъ основываются actio institoria и actio exercitoria. Первая имѣетъ мѣсто противъ того, кто назначилъ институтора, т. е. завѣдывающаго промышленнымъ предпріятіемъ (§ 2 I. h. t. 3. 7, l. 3—l. 5 § 8, l. 18 D. h. t., Тель § 21. 22). Actio exercitoria есть примѣненіе actio institoria къ особенному случаю (l. pr. D. h. t. 14 1, l. 4 C. h. t. 4. 25, l. 7 § 1 l. 13 § 2 D. de inst. act. 14. 3); она имѣетъ мѣсто противъ хозяина корабля (exercitor), назначившаго корабельщика (magister navis) (§ 2 I. h. t. 4. 7. l. 1 pr.—§ 5. 15. 16 D. h. t. 14. 1). Ср. § 8 I. h. t. 4 7: «Ei quoque, qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet; quia huius quoque iussu contractum intellegitur». L. 1 § 2 D. de exerc. act. 14. 1:—«si quidem, qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit». L. 29 D. de R. C. 12 1.

[8] Источники говорятъ, что въ этомъ случаѣ имѣетъ мѣсто actio ad exemplum institoriae actionis, utilis institoria, quasi institoria actio L. 31 pr. D. de neg. gest. 3. 5, l. 19 pr. D. h. t. 14. 3, l. 10 § 5 D. mand. 17. 1, l. 13 § 25 D. de A. E. V. 19. 1, l. 5. 6 C. h. t. 4. 25.

[9] L. 1 § 9 D. de exerc. act. 14. 1. Тель § 29. Слѣдовательно требуется: 1) чтобы противная сторона знала о назначеніи, иначе о порученіи и вступила въ сдѣлку въ виду порученія; 2) чтобы это направленіе воли проявлялось замѣтно въ сдѣлкѣ. При этомъ безразлично происходитъ ли это такимъ образомъ, что назначенное лицо заявляетъ себя съ самаго начала завѣдывающимъ дѣлами и засимъ заключаетъ сдѣлку, или же такимъ образомъ, что третье лицо заявляетъ, что оно заключаетъ съ нимъ сдѣлку лишь въ виду назначенія.—Противъ воззрѣнія Савиньи Obl. II стр. 61—69, что принципалъ во всякомъ случаѣ отвѣтствуетъ за сдѣлки, заключенныя его управляющимъ, см. Йерингъ Jahrb. f. Dogm. I стр. 312 слѣд., 335 слѣд. Зейфф. Arch. XVIII. 241.

[9a] L. 1 § 6 ср. § 4 D. h. t. 15. 4.

ку, подъ властью заявляющаго, или оно отъ него независимо [10]. Равнымъ образомъ безразлично, касается ли сдѣлка интересовъ лица, ее заключающаго, или же интересовъ заявляющаго [11]. Но если она касается интересовъ перваго, то заявленіе должно послѣдовать въ томъ смыслѣ, что имѣющее возникнуть обязательство должно стать собственнымъ обязательствомъ заявителя не только формально, но и матеріально; иначе имѣютъ примѣненіе законы о поручительствѣ [12]. Если, далѣе, сдѣлка касается интересовъ заявителя, то заключающій сдѣлку обыкновенно будетъ указывать, при самомъ заключеніи, что онъ намѣренъ дѣйствовать не для себя, а для другаго лица, заявителя, не отъ собственнаго имени, а отъ имени послѣдняго, и тогда отвѣтственность, въ силу признанныхъ въ современномъ правѣ принциповъ непосредственнаго представительства, не падаетъ вовсе на лицо, заключившее сдѣлку, а только на заявителя [13]; не исключается, впрочемъ, возможность, чтобы заключающій сдѣлку дѣйствовалъ отъ собственнаго имени

---

[10] Actio quod iussu предполагаетъ, конечно, подвластность заключающаго сдѣлку, между тѣмъ какъ actio institoria и exercitoria дается и по сдѣлкамъ независимыхъ лицъ (§ 2 J. t. 4. 7). Actio же quasi institoria (прим. 8) покрываетъ собою всѣ случаи actio quod iussu.

[11] Это оспаривается. По мнѣнію другихъ actio quod iussu (при actio institotoria и actio exercitoria явствуетъ само собою, что рѣчь идетъ объ интересахъ заявляющаго) имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда сдѣлка касается интересовъ контрагирующаго, или наоборотъ лишь тогда, когда она касается интересовъ заявляющаго; см. отчетъ у Вангерова въ указ. м. пг. 2. Но первое мнѣніе основывается на явно ложномъ объясненіи l. 5 pr. D. h. t. 15. 4 и l. 4 l. quod cum eo 4. 26, и находится въ противорѣчіи къ l. 5 § 3 D. de in rem verso 15. 3. Еслибъ второе мнѣніе было вѣрно, то actio quod iussu не могла бы быть допускаема и при сдѣлкахъ относительно peculium cencessum, ибо и послѣднія суть для господина и отца negotia aliena, такъ какъ онъ отвѣчаетъ по нимъ лишь въ размѣрѣ peculium'a. Между тѣмъ это прямо опровергается. (l. 9 § 8 D. de pec. 15. 1, l. 10 § 10 D. de in rem verso 15. 3. См. также l. 1 C. quod cum eo 4. 26, l. 7 D. de tut. 26. 1, l. 21 D. de adm. et per. 26. 7, Paul. S. R. I. 4 § 6 0 l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1 и l. 1 § 5 D. h. t. 15. 4 см. слѣд. примѣч.

[12] Заявленіе должно быть дѣлаемо не съ цѣлью обезпеченія противной стороны. Къ этому положенію не идетъ вполнѣ выраженіе «periculo meo» въ l. 1 § 1 D. h. t. 15. 4, но допущеніе онаго дѣлается безусловно необходимымъ вслѣдствіе l. 25 D. ad SC. Vell. 16. 1. «Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenetur. Quod si pro eo fideiussurit, exceptione SC. Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit». Еслибъ actio quod iussu допускала принятіе имѣющаго возникнуть обязательства, какъ матеріально чужаго, то о безусловной отвѣтственности женщины не могло бы быть рѣчи. Ср. также l 1 § 5 D. h. t. 15. 4. «Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus, non teneri quod iussu; quasi extraneus enim intervenit». Скорѣе можно было бы на основаніи этихъ мѣстъ утверждать, что принимаемое вслѣдствіе iussus обязательство не только должно сдѣлаться матеріально собственнымъ, но оно должно было быть съ самаго начала матеріально собственнымъ; по этому противорѣчитъ сказанное въ предъидущемъ примѣчаніи.

[13] См. выше § 67.

и обязывалъ, слѣдовательно, прежде всего себя, а потомъ уже заявителя[14]. Въ частности должно замѣтить еще слѣдующее: 1) отвѣтствуетъ ли заявитель за долгъ заключившаго сдѣлку лишь въ томъ видѣ, въ какомъ сдѣлка эта была установлена при заключеніи оной, или же долгъ обязателенъ для него и въ томъ видѣ, какой онъ принимаетъ чрезъ послѣдующій противозаконный поступокъ лица, заключившаго сдѣлку? Слѣдуетъ сказать послѣднее съ тѣмъ однакоже, что если сдѣлка касается интересовъ заявителя, то послѣдній отвѣчаетъ за противозаконіе заключившаго сдѣлку только тогда, когда сдѣлка по его винѣ заключена отъ собственнаго имени совершившаго сдѣлку, а не отъ имени заявителя[15].

---

[14] Необходимо различать слѣдующіе случаи. a) Сдѣлка такого рода, что она не можетъ вовсе быть заключаема отъ имени заявляющаго. Къ этого рода сдѣлкамъ относится поручительство за заявляющаго; см. l. 10 § 2 D. de fidei. 46. 1, каковое мѣсто даетъ противъ отца actio de iussu по поручительству, принятому за него сыномъ. b) Сдѣлка могла быть заключена отъ имени заявляющаго, но въ то время, какъ заявляющій обращаетъ iussus прямо къ третьему лицу—контрагенту, онъ поручаетъ также положительно заключающему сдѣлку совершить таковую отъ его (заключающаго) имени. c) Заявленіе третьему лицу заключается въ назначеніи лица, заключающаго сдѣлку, въ даваемомъ ему порученіи (actio institoria, exercitoria, quasi institoria). Для обоснованія вообще actio institoria и проч. необходимо въ этомъ случаѣ имѣть при заключеніи сдѣлки въ виду назначеніе и проч. (пр. 9), при чемъ изъ имѣнія въ виду назначенія слѣдуетъ вывести, что заключеніе сдѣлки послѣдовало отъ имени принципала; но это не необходимо. Какъ будетъ, когда назначенное лицо и проч. заявитъ, что хотя оно намѣрено контрагировать во исполненіе даннаго ему порученія, но отъ собственнаго имени; падаетъ ли и въ этомъ случаѣ отвѣтственность исключительно на него, или же на его принципала? Понятно, что оно само отвѣчаетъ, и на этотъ случай расчитана actio institoria и exercitoria. Нѣтъ основанія придавать меньше силы тому, что, какъ явствуетъ изъ обстоятельствъ дѣла, было желаемо, чѣмъ тому, что положительно выражено. Защищаемаго здѣсь воззрѣнія придерживаются Синтенисъ II стр. 370. 362 въ прим., Цвуиъ Arch. f. pr. RW. N. F. I стр. 40—41. Противъ этого воззрѣнія Тель § 25 прим. 1 § 29 прим. 1; см. также Лабандъ Zeitschr. f. Handelsr. X стр. 196 слѣд. И Торг. Уст. знаетъ лишь контрагированіе отъ собственнаго имени и отъ имени другаго, а не среднее (ст. 52).—О теперешней примѣнимости actio quod iussu см. спеціально разныя мнѣнія у Шамбона, стр. 253 слѣд., Вангеровъ въ указ. м. nr. 3, Синтенисъ § 102 прим. 91.

[15] L. 5 § 8 10 D. de inst. act. 14. 3. Тель § 33 nr. 2 безусловно устраняетъ отвѣтственность принципала за недозволенныя дѣйствія институтора. «Ибо доколѣ институторъ не контрагируетъ, онъ въ своей сферѣ вовсе не институторъ». Я думаю, что римскій институторъ, который долженъ былъ контрагировать отъ собственнаго имени, былъ въ своей сферѣ институторомъ и послѣ того, какъ онъ контрагированъ. Непосредственное доказательство имѣется въ мѣстахъ, поименованныхъ въ началѣ этого примѣчанія. Тель полагаетъ, что въ этихъ мѣстахъ недозволенныя дѣйствія институтора принимаются въ соображеніе, не какъ дѣйствія институтора, а какъ дѣйствія приказщика, при посредствѣ котораго принципалъ исполняетъ обязательство, установленное для него институторомъ. Но положеніе, что должникъ отвѣтствуетъ безусловно за дѣйствія приказщика, которымъ онъ пользовался при исполненіи его обязательства, не можетъ быть признаваемо правильнымъ (§ 155 прим. 5); да, независимо отъ этого было бы странно изслѣдовать вопросъ, есть ли кто нибудь институторъ (ибо объ этомъ только вопросѣ идетъ рѣчь въ указанныхъ мѣстахъ), по отношенію къ случаю, въ

Изъ многихъ заявителей каждый отвѣчаетъ полностью [16]; они корреальные должники какъ между собою, такъ и съ лицомъ, заключившимъ сдѣлку [16a]. 3) Заключившій сдѣлку отвѣтствуетъ такъ же безусловно, какъ и заявитель, и если онъ дѣйствовалъ въ качествѣ завѣдывающаго чужими дѣлами, то отвѣтственность его не ограничивается лишь періодомъ завѣдыванія дѣлами [17]. 4) При отсут-

---

которомъ институторъ не принимается вовсе въ соображеніе какъ институторъ. Что могло бы побудить юриста внести въ вопросъ, который онъ дѣйствительно желаетъ разрѣшить, совершенно другой вопросъ и отдѣлаться отъ него мимоходомъ совершенно безмолвно? Подобно Телю: Бурхарди Verantwortlichkeit des Schuldners fur seine Gehülfen стр. 166 сл., Уббелоде Zeitsch. f. Handelsr. VII с. 281, Зейфф. Arch. IV. 35, ср. V. 164, VI. 190. Противъ Теля и ф. Висъ Haftung für fremde Culpa с 122 сл.—L. 5 § 10 cit. была въ новѣйшее время предметомъ весьма подробныхъ изслѣдованій, которыя, впрочемъ, относятся не къ занимающему насъ здѣсь вопросу, а къ объясненію связи этого мѣста. Объ этомъ существуютъ четыре различныхъ мнѣнія: 1) мнѣніе Пухты § 278 д., защищаемое Рудорфомъ тамъ же, Дедекиндъ Arch. f. civ. Prax., XLI. 1) Бурхарди въ указ. м.; 2) мнѣніе Вангерова III § 661 (Мюлепбрухъ Cession, стр. 143 прим. 287, Критцъ въ указ. м. стр. 315 слѣд.), защищаемое Келлеромъ Jahrb. d. gem. R. II. 5; 3) мнѣніе Теля въ указ. м.; 4) мнѣніе Йеринга Jahrb. f. Dogm. II стр. 78 слѣд. Изъ этихъ мнѣній вліяніе на разсматриваемый вопросъ имѣетъ мнѣніе Вангерова и Келлера, по которому личности институтора и лица совершающаго недозволенное дѣяніе не совпадаютъ, а послѣднее лицо является лишь въ качествѣ помощника. Но противъ этого объясненія говоритъ то: 1) что и въ обоихъ предъидущихъ §§ институторъ и лицо, совершающее недозволенное дѣяніе, составляютъ одно лицо; 2) что въ указываемомъ Келлеромъ мѣстѣ изъ S. R. Павла II. 8 § 3 сказано: «quod cum discipulis . . . . contractum est», вслѣдствіе чего остается въ силѣ сомнѣніе Теля и Йеринга; 3) что если ученики могутъ обязывать институтора, то почему же они не могутъ обязывать отсутствующего принципала, который, во время своего отсутствія, продолжаетъ производить свое предпріятіе при посредствѣ «procurator'a»? Мнѣ кажется, что изъ всѣхъ указанныхъ объясненій, самое вѣрное есть объясненіе Йеринга; мнѣніе же Пухты, какъ я полагаю, ничего не выиграло отъ прибавленной Рудорфомъ въ 8-мъ изд. въ концѣ замѣтки. Къ послѣднему предложенію разсматриваемаго мѣста ср. еще l. 5 pr. D. quod iussu 15. 4, l. 4 C. quod cum eo 4. 26. (Уде Arch. f. civ. Pr. LII. 8.)

[16] L. 5 § 1 D. quod iussu 15. 4, l. 1 § 25—l. 4 § 2 D. de exerc. act. 14. 1, l. 13 § 2 l. 14 D. de inst. act. 14. 3. Тель Handelsr. § 37 (с. 214. 215) утверждаетъ, что солидарная отвѣтственность отпадаетъ, когда по юридическимъ или фактическимъ основаніямъ не допускается регрессъ противъ товарища. Въ пользу этого онъ ссылается менѣе на l. 14 D. ee inst. act. 14. 3 (въ указ. м. прим. 15), чѣмъ на l. 13 § 2 eod. въ связи съ l. 27 § 8 l. 28 D. de rec. 15. 1; но въ послѣднихъ мѣстахъ рѣчь идетъ о случаяхъ, въ которыхъ солидарная отвѣтственность товарища не имѣетъ вовсе мѣста. Ср. также Вангеровъ III стр. 494, Гензель Arch. f. prakt. RW. N. F. I. Стр. 191.

[16a] Ибо они отвѣтствуютъ изъ одного и того же обязательства.

[17] Ибо онъ желалъ обязаться отъ собственнаго имени. L. 67 D. de proc. 3. 3. Утверждали противное вслѣдствіе l. 20 D. de inst. act. 14. 3; но мѣсто это трактуетъ о случаѣ, въ которомъ предполагается, что ведущій дѣла не имѣлъ вовсе намѣренія установить обязательство для себя («nec iure his verbis obligatum») Рупштратъ въ указ. м. прим. *) с. 45 46 и Arch. f. civ. Pr. XXX с. 345, Тель § 26 прим. 9, Вангеровъ III § 661 прим.—Еще менѣе основательно объясненіе, что ведущій дѣла не можетъ и при продолжающемся дѣловедении быть принуждаемъ къ удо-

ствіи отношенія власти между заявителемъ и заключившимъ сдѣлку, для перваго возникаетъ изъ заключенной сдѣлки право требованія лишь въ случаѣ крайней необходимости или по соображеніямъ общественнаго блага [18].

2. Actio de in rem verso *.

§ 238. Рядомъ съ заключившимъ юридическую сдѣлку отвѣтствуетъ, въ качествѣ непосредственнаго должника, и тотъ, кто ею обогатился, въ размѣрѣ полученнаго обогащенія, но съ слѣдующими ограниченіями: 1) Обогащеніе должно дойти къ обогащенному въ такомъ видѣ, чтобы онъ былъ вслѣдствіе этого обязанъ къ дачѣ вознагражденія заключившему сдѣлку [2], причемъ необхо-

---

влатворенію кредитора изъ собственнаго имущества. Ср. Вангеровъ въ указ. м. и съ др. стороны Гольцшуеръ III § 178 пг. 5.

[18] L. 2 D. de inst. act. 14. 3:—«si modo aliter rem suam servare non potest». L. 1 § 18 D. de exerc. act. 14. 1:—«propter ministerium annonae». См. еще I. 5 D. de stib. praet. 46. 5, l. 49 § 2 D. de A. v. A. P. 41. 2, съ тѣмъ же указаннымъ въ текстѣ ограниченіемъ, которое составители свода присовокупили къ l. 1 D. de inst. act. 14. 3, слѣдуетъ принимать и I. 13 § 25 D. de A. E. V. 19. 1. См. также l. 1 § 18 D. exerc. act. 14 1. Мюленбрухъ Cession, стр. 145. 146, Тель § 24, Шмидтъ Cession I, стр. 403 слѣд., 422 слѣд., Йерингъ Arch. f. prakt. R. W. N. F. IV, стр. 335 слѣд.

* Dig. 15. 3. de in rem verso.—См., кромѣ поименованныхъ подъ § 237 прим. * писателей, еще: Келлеръ commentatio ad L. Si ex duobus 32 pr. § 1 ff. de peculio (1822). Крицъ Pandektenrecht I. 1 c. 429—476 (1835). Лейстъ civilische Studien II c. 61—102 (1855) Г. Витте Bereicherungs-klagen c. 256—273 (1859).

[1] L. 1 pr. D. h. t.:—«tenentur . . . . si in rem eorum, quod acceptum est, conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur». § 238.

[2] Въ разсужденіи обыкновеннаго случая, въ которомъ обогащеніе достается самому обогащенному вслѣдствіе сдѣлки заключающаго таковую, говорится въ источникахъ, что обогащеніе должно быть доставляемо послѣднимъ не animo donande, а animo negotia gerendi. L. 7 pr. I. 18 § 2 D. h. t.; l. 5 § 3 l. 7 § 5 l. 10 § 10 l. 11 D. eod. Съ этими ясными мѣстами l. 7 § 1 D. h. t. («Plane si mutuum servus acceperit, et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est») находится въ такомъ рѣзкомъ противорѣчіи (неудачная попытка рѣшить таковое у Бухки Stellrertret. Стр. 32 прим. 6), что я не настаиваю читать «est» «cessat»—и l. 3 § 2 D. h. t. («Et rigulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem»), можетъ быть отнесено сюда, хотя мѣсто это, какъ показываетъ совокупный смыслъ, трактуетъ непосредственно лишь о вопросѣ томъ, когда можно сказать, что хозяинъ дѣйствительно обогатится.—Витте въ указ. м., развивая далѣе мысль Келлера на основаніи приводимаго выше источника, сводитъ actio de in rem verso къ фикціи о переуступкѣ actio mandati или negotiorum gestio, принадлежащей заключающему сдѣлку противъ обогащеннаго лица, принимая при этомъ и ту еще фикцію, что когда лицо, заключившее сдѣлку, было подчинено власти обогащеннаго, то и оно имѣло искъ противъ послѣдняго. Я не думаю, чтобъ въ этомъ заключался дѣйствительный смыслъ римскаго права. Я не сомнѣваюсь, что настоящая точка опоры actio de in rem verso—это actio de peculio. Если подвластный имѣетъ peculium и actio de peculio имѣетъ мѣсто, то actio de in rem verso оказывается совершенно излишней, такъ какъ естественное обязательство, возникшее для

димо далѣе, чтобы обязанность эта не уничтожилась впослѣдствіи[3]. 2) Если заключившій сдѣлку не подлежитъ отеческой власти обогащеннаго[4], то необходимо, чтобы юридическая сдѣлка была предпринята въ интересахъ послѣдняго, съ указаніемъ на то, что она касается его интересовъ[5]. Обогащеніе можетъ заключаться въ са-

---

властителя изъ имущественнаго въ его пользу пріобрѣтенія, принимается въ соображеніе при расчетѣ peculium'a (l. 1 § 2 l. 19 D. h. t.). Естественное обязательство осуществляется искомъ de in rem verso и въ томъ случаѣ, когда actio de peculio или никогда не имѣла мѣста, или потеряла свое основаніе. На такой смыслъ указываетъ и соединеніе обоихъ исковъ въ одной и той же формулѣ (Gai. III. 73, § 4 I. h. t.). Ср. l. 19 cit. i. f.:—«quae tamen adiectio tunc necessaria est, cum annus post mortem filii excessit».

[3] L. 10 § 6—9 D. h. t. Зейфф. Arch. VI. 192.

[4] Atio de in rem verso была первоначально создана лишь для юридическихъ сдѣлокъ лицъ подвластныхъ, и только позднѣе она была распространена на сдѣлки лицъ независимыхъ, l. 7 § 1 C. h. t. 26 l. 8 2 D. pro soc. 17. 2. См. впрочемъ и примѣч. 5 въ концѣ.

[5] Когда лицо, заключающее сдѣлку, состоитъ подъ властью обогащеннаго, то не требуется, чтобы таковая была заключаема въ интересахъ властителя. L. 5 § 3 l. 3 § 1 i. f. D. h. t., l. 3 pr. l. 7 § 2 eod. Противоположное мнѣніе Лейста стр. 64, который требуетъ даже, чтобы и другой контрагентъ заключалъ сдѣлку въ разсужденіе властителя, не находитъ себѣ опоры ни въ l. 3 § 9 D. h. t., ни въ остальныхъ указываемыхъ Лейстомъ мѣстахъ. Къ Paul. S. R. II. 9 § 1 ср. примѣч. Гушке въ его изданіи. Animus negotia gerendi необходимъ, при заключеніи сдѣлки, для заключающаго въ той мѣрѣ, въ какой въ данномъ случаѣ не могъ бы возникнуть противъ обогащеннаго искъ о вознагражденіи (прим. 6 и l. 7 § 4 D. h. t. (прим. 7). См. также Витте, стр. 270 слѣд. Если напротивъ лицо, заключающее сдѣлку, не подчинено власти обогащеннаго, то actio de in rem verso имѣетъ мѣсто противъ обогащеннаго только, когда: a) сдѣлка заключена въ его интересѣ, и b) и лицо, заключившее таковую, дѣйствовало въ качествѣ negotiorum gestora. Первое условіе было прежде многократно упускаемо изъ виду, вслѣдствіе чего actio de in rem verso получила ненадлежащее распространеніе; въ настоящее время это не оспаривается уже См. Кеммереръ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. VIII с. 350 сл., Фрецъ Erläuterungen II с. 248 сл., Витте с. 268, Сиитенисъ § 102 прим. 86, Уде Arch. f. civ. Pr. L. 6 с. 374 сл. Что касается практики, то см. Зейфф Arch. I. 211, IV. 221, VIII. 257, XVI. 44. И второе условіе признается въ настоящее время далеко не всѣми. За него—Йерингъ Jahrb. f. Dogm. I, стр. 339 слѣд.; друг. мн. Руштратъ (§ 237 *), стр. 49 слѣд., Тель § 27 b. въ концѣ. Въ источникахъ не имѣется прямаго разрѣшенія. Въ l. 13 C. si cert. set. 4. 2, на которую ссылается Руштратъ, значеніе выраженія «principaliter obligatum» уничтожается тѣмъ мѣстомъ, которое приводитъ Йерингъ (l. 4 C. si tutor 2. 25). L. 7 § 1 C. h. t. 4. 26, l. 82 D. pro soc. 17. 2 требуютъ negotiorum gestores вообще не напирая въ частности на то, чтобы negotiorem gestor выступалъ какъ таковой (изъ словъ «et eius personam clogisti» вытекаетъ лишь, что противная сторона знала его въ качествѣ negotiorem gestor'a),—хотя съ другой стороны ничто не противостоитъ предположенію, что даже вѣроятно, что они предполагаютъ это понятнымъ само собою. По моему мнѣнію, рѣшительное значеніе имѣетъ аналогія actio institoria (§ 237 прим. 9). Если третье лицо не отвѣтствуетъ и при наличности его заявленія, коль скоро сдѣлка не была заключена въ разсужденіи его, то оно не можетъ нести отвѣтственности и за обогащеніе, дошедшее къ нему при такихъ обстоятельствахъ.—Впрочемъ, есть и такіе писатели, которые совершенно отрицаютъ распространеніе actio de in rem verso на независимые negotiorum gestores,

момъ заключенія сдѣлки, когда обогащенный этимъ именно освобождается отъ совершенія собственнаго обязательства[6]; но обогащеніе можетъ дойти къ нему вслѣдствіе лишь того, что въ составъ его имущества обращается то, что кредиторъ съ своей стороны пожертвовалъ при сдѣлкѣ [7]. Если обогащеніе разъ осуществилось, то послѣдующее уничтоженіе онаго не имѣетъ значенія[8].

3. Actio de peculio *.

§ 239. Отецъ [1], отвѣтствуетъ, въ качествѣ непосредственнаго должника, за обязательства подлежащихъ его власти дѣтей, всѣмъ тѣмъ имуществомъ, которое онъ предоставилъ въ ихъ фактическое самостоятельное владѣніе и которое, не выдѣляясь юридически изъ имущества отца, является по внѣшней формѣ имуществомъ дѣтей (peculium, отдѣльное имущество)[2]. Это начало имѣетъ для со-

---

полагая, что въ l. 7 § 1 C. h. t. признается лишь actio negotiorum gestorum. См. Кеммереръ въ указ. м., стр. 351, Фрицъ въ указ. м., стр. 248 прим. 432; также Пухта Vor. les. къ § 279 въ концѣ. Другіе (Савиньи Obl. II стр. 32, Арндтъ § 248 прим. 3) примѣняютъ сюда по крайней мѣрѣ фикцію о цессіи, о которой было говорено въ примѣч. 2, и объясняютъ искъ другаго контрагента противъ negotiorum gestor'a какъ переуступленную actio mandati или negotiorum gestorum.

[5a] Ср. къ слѣдующему въ особенности Лейстъ, стр. 66 слѣд.

[6] L 17 pr. i. 19 l. 18 § 1 D. h. t. Ср. l. 15 D. h. t.; но также l. 10 § 2 D. de fidei. 46. 1.

[7] Этотъ переходъ въ его имущество совершается обыкновенно при посредствѣ лица, заключающаго сдѣлку; но что это не единственно возможный случай, показываютъ l. 7 § 4 D. h. t. (пріобрѣтеніе при посредствѣ самаго кредитора), l. 19 eod. отецъ беретъ себѣ купленную сыномъ тогу, не зная, что она принадлежитъ къ его искуліуму). Объ указанномъ обыкновенномъ случаѣ трактуютъ l. 3 § 1. 3—8. 10 l. 5 pr. § 2 l. 7 § 5 l. 8. 9 l. 10 pr. l. 12. 19 l. 20 pr. l. 21 D. h. t. Къ l. 3 § 3 cit. ср. Зейфф. Arch. IX. 385. 306, X. 61 XVII. 64.

[8] L. 3 § 7. 8. 10 l. 17 pr. D. h. t.

* Dig. 15. 1 de peculio. 15. 2 quando de peculio actio annalis sit. Марецоль Zeitschr. f. Civ. u. Pr. R. F. V. 4 (1848). Датцель Jahrb. gem. R. II. 1. 12. III. 3 (1858 1859). Келлеръ тамъ же III. 6 (1859). Резлеръ Zeitschr. f. Handelsr. IV c. 300—318 (1861). Беккеръ тамъ же IV c. 501—537 (1861). Кромѣ того относится сюда цитированная въ предъидущемъ § подъ * диссертація Келлера. См. также его же Litiscontestation u. Urtheil стр. 420 слѣд., 544 слѣд. (Мандри über Begriff und Wesen des Peculium (1869). Его же Peculium duplicis iuris, Zeitschr. f. RGesch. c. 382 сл. (1869).

[1] Выраженіе «отецъ» употребляется здѣсь въ смыслѣ обладателя власти. По что сказано объ отцѣ, то примѣняется къ дѣду и проч., во власти котораго находится внукъ и проч. § 239.

[2] L. 39 D. h. t. «Peculium ex eo consistit, quod . . . velut proprium patrimonium nervum suum habere quis voluerit». L. 47 § 6 eod.:—«quia quasi patrimonium liber hominis peculium servi intellegitur». L. 32 pr. i. f. h. t. По римскому праву пекуліумъ есть все то, что изъ имущества отца доходитъ къ дитяти, даже тогда, когда отецъ передалъ оное дитяти съ намѣреніемъ, чтобы оно перешло въ имущество дитяти; дитя не можетъ пріобрѣтать отъ отца. Pr. I per quas. pers. 2. 9, l. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6. 61. Дѣйствуетъ ли это право еще въ настоящее время, это спорно. Существуетъ мнѣніе, что въ настоящее время даръ, сдѣланный отцомъ сыну, дѣйстви-

временной юридической жизни безконечно меньшее значеніе, чѣмъ для римской [3]; но оно и теперь не остается безъ примѣненія [4]. Въ частности слѣдуетъ замѣтить:

теленъ. Мнѣніе это нельзя во всякомъ случаѣ основывать на томъ, что, какъ полагаю и я, въ современномъ правѣ, въ отступленіе отъ римскаго, допускаются юридическія сдѣлки между отцомъ и дитятей. Ибо положеніе, что все, что ex substantia patris доходитъ къ дитяти, остается имуществомъ отца, разсматривается въ источникахъ не какъ послѣдствіе недопустимости сдѣлокъ между ними, а какъ прямое послѣдствіе неспособности дитяти къ пріобрѣтенію. По peculium castrense допускаются сдѣлки между отцомъ и дитятей (l. 2 pr. D. de contr. emt. 18. 1); тоже должно быть относительно peculium adventicium, и слѣдуетъ приписать случаю или небрежности то обстоятельство, что это въ источникахъ не выражено положительно. (Противъ этого Бринцъ, стр. 1201 слѣд.). Наоборотъ неспособность дитяти къ пріобрѣтенію составители свода сознательно оставили въ силѣ въ указанномъ отношеніи. Вопросъ можетъ поэтому заключаться въ томъ, не сдѣлались ли даренія между отцомъ и дитятей возможными на основаніи какого нибудь обычнаго права, прямо направленнаго на даренія. Я, конечно, того мнѣнія, что нельзя совсѣмъ отрицать существованіе подобнаго права, но не полагало однакоже, чтобъ оно существовало въ иномъ отношеніи, какъ въ отношеніи того, что отецъ даетъ дитяти съ цѣлью основанія самостоятельнаго хозяйства, или съ цѣлью выдѣла изъ отцовскаго наслѣдства. См. Зейфф. Arch. XIV. 44; VII. 195, IX. 44. 304, XV. 30; II. 305; I. 353, XVII. 255. Кирульфъ Entscheidungen des OAG. zu Lübeck 1865 s. 109 (88). Ср. также Арндтсъ § 436 прим. 4 въ концѣ.

[3] Потому, что у насъ отеческая власть прекращается, коль скоро дитя въ состояніи пещись о себѣ, и основываетъ вслѣдствіе этого самостоятельное хозяйство. У римлянъ дача пекуліума была главнымъ образомъ расчитана на тотъ случай, когда дитя сдѣлался самостоятельнымъ во внѣшнихъ отношеніяхъ, причемъ недостававшая ему и въ этомъ положеніи способность къ пріобрѣтенію должна была восполнится пекуліумомъ.—Еще болѣе важное примѣніе находило себѣ peculium въ римской юридической жизни у рабовъ.

[4] Въ пользу теперешной непримѣнимости actio de peculio и римскихъ началъ о т. наз. peculium profecticum высказался вообще Краутъ Vormundschaft II стр. 640 сл. за нимъ Дольманъ Bl. f. RAnwend. zunächst in Bayern XIV стр. 129 сл.; далѣе Зейфф. Pand. III § 485. 486, Савиньи Obl. II стр. 52; изъ старыхъ писателей см. тѣхъ, которые цитированы у Краута. Аргументація Краута состоитъ въ слѣдующемъ: современное право допускаетъ юридическія сдѣлки между отцомъ и детятей, слѣдовательно и даренія; подаренное становится такимъ образомъ peculium adventicium, а не pecul. profecticium; если же отецъ даетъ сыну имущество въ собственное распоряженіе безъ намѣренія дарить, то дѣйствующія въ настоящее время начала о свободныхъ представителяхъ ведутъ къ такому же результату, какъ actio de peculio. Но я считаю прежде всего послѣднее рѣшительно ошибочнымъ. По теперешнему праву представительства отецъ отвѣтствуетъ полностью, если дитя контратровано отъ его имени; если же дитя контратруетъ отъ собственнаго имени, на что собственно расчитана actio de peculio, то отецъ не отвѣчаетъ вовсе. Что касается засимъ мнѣнія о безусловной дѣйствительности даренія между отцомъ и дитятей, то см. прим. 2. Этого послѣдняго мнѣнія придерживается и Зейффертъ, который, кромѣ того, указываетъ, вмѣстѣ съ Краутомъ, на то, что имущество, данное сыну для основанія собственнаго хозяйства, обосновываетъ какъ разъ освобожденіе его отъ отеческой власти. Но не можетъ ли отецъ давать дитяти имущество для основанія собственнаго хозяйства и безъ намѣренія дарить, такъ что дитя продолжаетъ жить на средства отца? Савиньи ссылается, безъ дальнѣйшихъ разговоровъ, на то, что теперешнее пекуліумъ не имѣетъ болѣе значенія римскаго. (См. также Бринцъ стр 1024 слѣд.).—Особенное положеніе

1. Отецъ отвѣтствуетъ тѣмъ, что онъ предоставилъ дитяти въ указанномъ видѣ[5]. Предоставленіе можетъ заключаться въ дачѣ[6], но также въ неотобраніи того, что пріобрѣтено дитятей[7].

2. Отецъ отвѣтствуетъ за всѣ обязательства дитяти[8], за исключеніемъ обязательствъ, возникшихъ изъ даренія[9], деликтовъ[10], и тѣхъ обязательствъ, въ которыя дитя вступило относительно своего собственнаго имущества[11]. Вообще же отца не освобождаетъ положительное его заявленіе о томъ, что онъ не принимаетъ на себя отвѣтственности за обязательства дитяти[12].

по отношенію къ разсматриваемому вопросу принимаетъ Дитцель въ обоихъ трактатахъ, поименованныхъ подъ [4]. Онъ утверждаетъ, что actio de peculio была исключена уже изъ юстиніановскаго права; ибо peculium есть по классическому праву не имущество, данное отцомъ дитяти, а всякое имущество, пріобрѣтенное дитятей и помимо уступки со стороны отца. Основой actio de peculio есть, слѣдовательно, не peculium, а способность дитяти къ пріобрѣтенію пекуліума («Peculienfähikkeit»), но способность эта превратилась въ юстиніановомъ правѣ въ имущественную правоспособность. Во второмъ трактатѣ онъ старается засимъ доказать, что даренія отъ отца сыну не создавали пекуліума и по классическому праву, т. е. что подаренное оставалось имуществомъ отца, который не отвѣтствовалъ по actio de peculio. Въ отношеніи перваго пункта можно здѣсь сослаться на подробное противоположное изслѣдованіе Келлера Jahrb. d. gem. R. въ указ. м; второе мѣсто и считаю тоже производительнымъ, см. l. 15 pr. D. de castr. pec. 49. 17, l. 31 § 2 D. de don. 39. 5, l. 37 § 1 D. de A. R. D. 41. 1; касательно l. 31 § 1 D. de don., на которую ссылается Дитцель, см. l. 9 § 3 D de I. D. 23. 3, относительно Vat. fr. 294 см. l. 31 § 2 cit. Ср. также Сиитенисъ III § 141 прим. 67. (Мандри Begriff и проч. стр. 10 слѣд. 33 слѣд.).

[5] L. 4 pr. § 1. 2 l. 5 § 3. 4 l. 6 l. 7 pr. — § 5 l. 39 l. 40 pr. D. h. t. См. еще l. 25 l. 40 § 1 eod. Къ этому Уббелоде Zeitschr. f. Civilr. u Pr. N. F. XVI. 9. (Мандри Begriff и проч. стр. 41 слѣд.).

[6] L. 8 D. h. t. «Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit; sed si tradidit, aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit». Ср. l. 49 § 2 D. h. t. «Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem». L. 4 § 1 eod., l. 6 § 4 D. de pec. leg. 33. 8. Мандри Begriff стр. 21 — 33).

[7] L. 4 § 2 l. 39 l. 49 pr. D. h. t. Въ l. 7 § 1 D. h. t. рѣчь идетъ о другомъ случаѣ, о невозвращеніи даннаго прежде пекуліума.

[8] L. 3 § 5. 9. 10. 11. 13 l. 5 pr. § 1. 2 D. h. t., l. 23 § 4 l. 57 § 1 D. de aed. ed. 21. 1, l. 1 C. quod cum eo 4. 26 u. a. m. Pater arrogator не отвѣчаетъ «ex ante gesto», l. 42 D. h. t.

[9] Право дарить должно быть предоставляемо дитяти особо, что впрочемъ можетъ послѣдовать и безмолвно. L. 7. D. de don. 39. 5, l. 28 § 2 D. de pact. 2. 14.

[10] За деликты отвѣтствуетъ отецъ лишь въ размѣрѣ обогащенія пекуліума. L. 3 § 12 D. h. t., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1; l. 1 § 7 D. de his qui eff. 9. 3, l. 58 de R. I. 50. 17. Но иначе бываетъ, когда дитя подверглось осужденію за деликтъ l 3 § 11 D. h. t., l. 35 D. de nox. act. 9. 4 (I § 129 прим. 3). Ср. ф. Висъ die Haftung für fremde Culpa стр. 49—53.

[11] L. 18 § 5 D. de castr. pec. 49. 17.

[12] L. 29 § 1. l. 47 pr. D. h. t.

3. При исчисленіи отдѣльнаго имущества обращается вниманіе на время воспослѣдованія рѣшенія[13]. Къ отдѣльному имуществу причисляется все то, что отецъ состоитъ ему должнымъ[14]; съ другой стороны отецъ можетъ вычитать свои требованія къ отдѣльному имуществу[15]. Это право вычета отпадаетъ только тогда, когда дитя производило торговлю отдѣльнымъ имуществомъ съ согласія отца; въ этомъ случаѣ отецъ удовлетворяется по соразмѣрности съ другими кредиторами[16]. Причисляется, далѣе, къ отдѣльному имуществу то, чего отецъ злоумышленно лишилъ оное[17]. За предѣлы отдѣльнаго имущества отецъ отвѣтствуетъ въ той мѣрѣ, въ какой онъ имѣетъ въ своихъ рукахъ то, что пріобрѣтено дитятей отъ кредиторовъ вслѣдствіе контракта[18].

4. Отдѣльное имущество прекращаетъ свое существованіе со смертью отца или дитяти, а также съ эмансипаціей дитяти; но и послѣ этого времени отецъ или его наслѣдники продолжаютъ отвѣчать въ теченіе полнаго года[19]. Сонаслѣдники отвѣтствуютъ

---

[13] L. 30 pr. D. h. t., l. 53 D. sol. matr. 24. 3, l. 7 § 15 D. quib. ex caus. in po. 42. 4.

[14] L. 7 § 6 l. 9 pr. § 1 l. 17 i. f. D. h. t., l. 38 § 2 D. de cond. ind. 12. 6.

[15] На этомъ основываютъ даже опредѣленіе пекуліума. L. 5 § 4 D. h. t.: — «deducto inde si quid domino debetur»; l. 11 § 7 eod.: — «non est in peculio, quod domino debetur». L. 16 D. de in rem verso 15. 3. Ср. l. 9 § 2 D. h. t :—«quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur». Ср. далѣе съ одной стороны l. 4 § 5 D. h. t.. съ другой l. 6. 8 D. de pec. leg. 33. 8, и къ этому Дернбургъ Compensation стр. 119 слѣд., Йерингъ Geist d. röm. Rechts III стр. 73 слѣд. (Мандри Begriff и проч. стр. 54 слѣд. 74 слѣд.). Отецъ имѣетъ преимущество даже предъ кредиторами съ конкурсной привиллегіей, l. 52 D. h. t., l. 22 § 13 D. sol. matr. 24. 3. Отецъ можетъ вычесть и долги тѣмъ лицамъ, дѣла которыхъ онъ ведетъ, l. 9 § 4 D. h. t. Право вычета не допускается, но исключаетъ, въ пользу штрафныхъ требованій, l. 9 § 6 D. h. t. ср. l. 4 § 4 l. 27 § 1 eod., l. 30 pr. D. de A. E. V. 19. 1). Ср. въ остальномъ l. 9 § 2—l. 19 § 1 l. 22 l. 47 § 5 D. h. t.

[16] Actio tributoria. Dig. 14. 4 de tributoria actione. Согласіе не должно быть необходимо положительнымъ; эдиктъ говоритъ лишь о scientia patris. L. 1 pr. § 3 D. h. t. (l. 1 § 3 cit.: — «scientiam. ... eam accipimus, quae habet et voluntatem: non. ... velle debet dominus, sed non. .. »). Если дитя занимается двумя разными дѣлами, то имущество каждаго изъ этихъ дѣлъ отвѣтствуетъ лишь предъ его кредиторами, но не предъ кредиторами другаго дѣла, l. 5 § 15. 16 D. h. t. О концепціи формулы см. Келлеръ Jahrb. f. Dogm. III стр. 195. О actio tributoria вообще ср. Дитцель Zeitschr. f. H. R. II стр. 1—18.

[17] L. 5. pr. l. 21 pr.—§ 3 l. 26 D. h. t., l. 1 pr. D. quando de pec. actio 15. 2, l. 9 § 2 D. de trib. 14. 4, l. 19 D. de in rem verso 15. 3. Но зачетъ допускается однакоже лишь въ теченіе срока давности actio doli, а противъ наслѣдниковъ лишь въ размѣрѣ обогащенія l. 30 § 6. 7 l. 31 D. h. t.

[18] Въ силу правила: si quid dolo malo patris captus fraudatusque actor est. L. 36 D. h. t., l. 5 pr. eod , l. 3 § 5 D. commod. 13. 6, l. 1 § 42 D. dep. 16. 3.

[19] Dig. 15. 2 quando de peculio actio annalis est. Что время исчисляется utiliter: l. 1 § 2 tit. cit. Въ отобраніи пекуліума, которое безусловно зависитъ отъ отца (l. 4 pr. l. 8 l. 40 § 1 D. h. t.) заключается dolus противъ кредиторовъ, если отобраніе послѣдовало безъ удовлетворенія послѣднихъ; поэтому случай этотъ разрѣшается

лишь въ томъ размѣрѣ, въ какомъ къ нимъ дошло отдѣльное имущество [20]. Съ другой стороны отказъ отдѣльнаго имущества третьему лицу не освобождаетъ наслѣдниковъ отъ отвѣтственности [21].

С. Принятіе на себя чужихъ обязательствъ лицами женскаго пола *.

1. Право веллеяновскаго сенатусконсульта.

§ 240. По веллеяновскому сенатусконсульту [1], для лицъ женскаго пола не обязательны принятыя ими на себя чужія обязательства (ин-

---

по правиламъ прим. 17. L. 21 pr. D. h. t. «Sed dolum malum accipere debemus, si ei ademit peculium . . .».

[20] L. 30 § 1. 2 l. 32 pr. 29 pr.D. h. t., l. 7 § 5, l. 9 § 2 D. de trib. act. 14. 4. Если самъ сынъ является въ числѣ сонаслѣдниковъ, то онъ отвѣчаетъ, правда, предъ кредиторами полностью въ качествѣ главнаго должника, но онъ можетъ требовать отъ остальныхъ наслѣдниковъ возврата ему уплоченнаго въ соразмѣрныхъ доляхъ. L. 30 § 3 D. h. t., l. 38 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 18 § 5 D. fam. erc. 10. 2, l. 13 C. eod. 3. 36. Съ другой стороны послѣдовательность требуетъ давать сыну право требовать въ полномъ размѣрѣ возвращенія уплоченнаго, если отдѣльное имущество не дошло вовсе къ нему.— Беккеръ въ трактатѣ, цитированномъ подъ *, находитъ въ ограниченіи отвѣтственности наслѣдника дошедшихъ до него долей отдѣльнаго имущества выраженіе мысли, что обязательство основывается на отдѣльномъ имуществѣ, вмѣстѣ съ которымъ оно переходитъ къ тому, кто его получаетъ. Мнѣ это кажется невѣрнымъ. Наслѣдникъ отвѣчаетъ не потому, что онъ имѣетъ отдѣльное имущество, а потому, что онъ наслѣдникъ; онъ отвѣчаетъ лишь такъ, какъ самъ отецъ, т. е. въ размѣрѣ пекуліума. Это признаетъ и Беккеръ самъ. И всѣ другіе доводы, приводимые Беккеромъ въ пользу указаннаго положенія, не могутъ его, по моему мнѣнію, оправдывать. Наоборотъ, по l. 27 § 2 D. h. t. покупщикъ раба отвѣтствуетъ по actio de peculio не иначе, какъ когда онъ предоставляетъ рабу дошедшее къ нему пекуліумъ; по l. же 1 § 7 D. не отвѣчаетъ тотъ, кому пекуліумъ завѣщано. Конечно слѣдуетъ допустить, что источники въ этомъ случаѣ не даютъ яснаго результата; ибо см. l. 32 § 2 D. h. t., а съ другой стороны l. 11 § 7 eod.

[21] Ибо оно обязано выдать пекуліумъ лишь по вычетъ лежащихъ на немъ долговъ. L. 1 § 7 D. quando de pec. 15. 2, l. 9 § 2 D. de trib. act. 14. 4, l. 18 D. de pec. leg. 33. 8.

* Dig. 16. 1 Cod. 4. 29 ad Senatusconsultum Velleianum. — Крицъ Pandektenrecht I с. 240—287 (1835). Сантеннсъ Zeitschr. f. Civ. u. Pr. X. 2 (1837). Каттенгорнъ über Intercessionen der Frauen nach römischen Rechten (1840). Сантеннсъ Sell's Jahrb. II. 9 (1843). Deurer Arch, f. civ. Pr. XXVIII. 15 (1846). Бахофенъ ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts Nr. 1 (1848). Виндшейдъ Arch. f. civ. Pr. XXXII. 12. 13 (1849). Гертанперъ Bürgschaft с. 133 сл., 258 сл., 335 сл. (1850. 1851). Фуръ Arch. f. prakt. RW. II. 5. 6 (1854). Гасенбальгъ Beiträge zur Lehre von der Intercession 1. (единств.) томъ (1856). Глюкъ XIV с. 433—472. XV с. 1—58 Сантеннсъ II § 129, Вангеровъ III § 577. 581.

[1] Изъ царствованія императора Клавдія (Глюкъ XIV стр. 438 слѣд., Бахофенъ стр. 3) Слова сенатусконсульта въ l. 2 § 1 D. h. t. Этотъ сенатусконсультъ подтвердилъ лишь существовавшую уже практику («tametsi ante videtur ius ita dictum esse»). Ему предшествовали законы Августа и Клавдія, въ силу которыхъ запрещено было замужнимъ женщинамъ принимать на себя интерцессію за своихъ мужей. § 240.

терцессія [2]. Для того, чтобы постановленіе сенатусконсульта имѣло мѣсто, требуется въ частности [3]:

1) Чтобы лицо женскаго пола *приняло* на себя чужое обязательство. Подъ принятіемъ чужаго обязательства разумѣется здѣсь: поставленіе себя въ положеніе исполнить чужое обязательство вмѣсто настоящаго должника, или въ необходимость жертвовать что нибудь въ пользу обязательства [4]. *Исполнить* чужое обязательство или *сдѣлать* какое либо другое пожертвованіе въ пользу онаго не значитъ еще принять чужое обязательство [5]. Равнымъ обра-

---

[2] Выраженіе intercessio употребляется въ источникахъ въ двоякомъ смыслѣ. Въ обширномъ смыслѣ оно означаетъ всякое принятіе на себя чужаго обязательства; въ тѣсномъ смыслѣ—такое лишь принятіе чужаго обязательства, которое подпадаетъ подъ дѣйствія сенатусконсульта (см. прим. 3). Первый смыслъ есть обыкновенный; относительно втораго ср. напр. l. 3. 14. 16. 23. 26 D. h. t.

[3] Самъ сенатусконсультъ объявилъ необязательнымъ непринятіе чужихъ обязательствъ (хотя конечно по введеніи рѣчь идетъ о женщинахъ, «quae pro aliis reae fierent»), а двѣ отдѣльныя формы принятія чужихъ обязательствъ—поручительства и обязательство уплатить чужой долгъ. Но юриспруденція признала, что настоящая мысль (ср. I § 22) сенатусконсульта—это принятіе чужихъ обязательствъ, какъ таковыхъ (Alienam obligationem in se suscipere, l. 2 § 5 l. 8 § 1 D. l. 1. 8, 16. 18 C. h. t.), хотя, по ея мнѣнію, онъ не распространяется, конечно, на все, что можетъ быть названо принятіемъ чужаго обязательства. Между тѣмъ настоящая мысль сенатусконсульта состоитъ въ томъ, что женщину, по причинѣ ея неопытности и добродушія (l. 2 § 2. 3 D. h. t.), необходимо защищать противъ юридическихъ сдѣлокъ, которыя она считаетъ безопасными потому, что она надѣется, что обязательство будетъ исполнено и тѣмъ, за котораго она обязывается. Всѣ сдѣлки, заключаемыя женщиною при подобныхъ обстоятельствахъ, подпадаютъ подъ дѣйствіе сенатусконсульта; но только эти сдѣлки. Въ этомъ смыслѣ я разъяснилъ настоящую мысль сенатусконсульта въ цитированномъ подъ * трактатѣ. Согласны съ этимъ Гиртаннеръ, Газенбалгъ, Вангеровъ, стр. 166 ниже (7 изд. стр. 149), а также Фуръ, хотя послѣдній не согласенъ съ выводами. О воззрѣніяхъ другихъ см. поименованный трактатъ стр. 310 слѣд.; ср. еще Арндсъ § 359 прим. 3, Бринцъ § 145.—Въ приведенномъ мѣстѣ я, впрочемъ, говорилъ не о «настоящей мысли», а о «принципѣ» сенатусконсульта, что я еще теперь считаю вполнѣ подходящимъ выраженіемъ. Во всякомъ случаѣ я позаботился о томъ, чтобы не было недоразумѣнія на счетъ того, что слѣдуетъ понимать подъ «принципомъ» сенатусконсульта, такъ какъ вопросъ: каковъ принципъ сенатусконсульта? я свелъ къ другому вопросу: каковы суть характеристическія свойства тѣхъ юридическихъ сдѣлокъ, къ которымъ относится опредѣленіе сенатусконсульта? Тѣмъ не менѣе Снитенисъ civilr. въ указ. м прим. 78а, позволилъ себѣ выразиться о моемъ взглядѣ, что послѣдній исходитъ не изъ яснаго указаннаго здѣсь понятія, а изъ неопредѣленнаго представленія, которое онъ самъ связываетъ выраженіями «цѣль и намѣреніе».

[4] О послѣднемъ см. прим. 7. 8 11. д.

[5] Исполненіе: l. 4 § 1 D l. 4. 9 C. h. t. Другая жертва: дача взамѣнъ исполненія, l. 5 D. h. t.; делегація должника, l. 8 § 5 D. h. t.; отказъ отъ закладнаго права, l. 8 pr. l. 11. 21 C. h. t l. 8 § 5 cit:—«mulier enim per SC-um relevatur, non quae deminuit restituitur».—О l. 32 § 2 D. h. t. см. Виндшейдъ стр. 291 слѣд., Газенбалгъ стр. 17 слѣд., Вангеровъ § 577 прим. пг. I. 1. Я считаю теперь весьма вѣроятнымъ, что мѣсто это говоритъ о продажѣ кредитору, въ пользу котораго женщина, въ противность сенатусконсульту, установила закладное право на проданную вещь. Женщина продаетъ ему потому, что иначе онъ съ своей стороны какимъ нибудь

зомъ не имѣется принятіе чужаго обязательства въ обѣщаніе *возмѣстить* должнику то, что онъ съ своей стороны пожертвовалъ съ цѣлью исполнить свое обязательство [6]. Въ частности же принятіе чужаго обязательства можетъ совершаться весьма различно. Оно можетъ совершаться не только посредствомъ обязыванія себя лично, но и посредствомъ установленія залога [7]. Принятіе чужаго обязательства заключается и въ отказѣ отъ залоговаго преимущества въ пользу этого обязательства [8]; но такой отказъ былъ признанъ дѣйствительнымъ положительнымъ постановленіемъ римскаго права [8a]. Принятіе чужаго обязательства можетъ, далѣе,

---

образомъ заставлъ бы ее продать вещь, такъ что продажа ея есть лишь pignoris executio. Ср. предъидущій § 1. «Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit . . .» Засимъ продолжаетъ нашъ §: «Item si mulier creditori viri fundum vendidit . . .»

[6] L. 8 § 1 l. 19 pr. § 1 D. h. t., l. 2 C. si mater indemnitatem 5. 46. Если женщина ожидаетъ въ этомъ случаѣ не нести отъ заключенной сдѣлки никакого вреда, то она дѣлаетъ это или вслѣдствіе легкомыслія, которое не принимаетъ въ расчетъ того, что обязательства должны же быть исполнены, или въ надеждѣ, что для самаго должника не возникнетъ обязательства. Но какъ разъ противъ вредныхъ послѣдствій этого легкомыслія и надежды она не пользуется защитой. Для того, чтобы мысль сенатусконсульта могла имѣть мѣсто, необходимо, чтобы было другое лицо, отъ котораго, какъ настоящаго должника, женщина могла бы ожидать исполненія принятаго ею на себя обязательства. L. 19 pr. cit.:—«quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro eo ipso intercessisse intellegi possit». L. 8 § 1 cit:—«Papinianus . . non putat, eam intercessisse; nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem».—Поименованныя въ этомъ примѣчаніи мѣста (всѣ или частью, отдѣльно или въ связи съ другими) служили для другихъ (Синтенисъ, Деуреръ, Вангеровъ) поводомъ ко включенію въ опредѣленіе интерцессіи момента принятіе чужаго обязательства *чрезъ вступленіе въ сдѣлку съ кредиторомъ*. Ср. объ этомъ прим. 8 въ концѣ.

[7] L. 8 pr. l. 32 § 1 D. l. 5. 7 C. h. t. ср. Зейфф. Arch. VII. 32.

[8] L. 17 § 1 D. h. t.; ср. къ этому l. 12 § 4 D. qui pot. 20. 4. Кто отказывается отъ закладнаго права, тотъ приноситъ жертву, отрекается отъ правъ; кто отказывается отъ закладной привиллегіи, тотъ подвергается лишь опасности понести жертву, ибо если обязательство, въ пользу котораго послѣдовало отреченіе отъ закладнаго права, исполняется должникомъ онаго, то отреченіе не имѣетъ никакого значенія. Согласенъ съ этимъ Дернбургъ Pfandrecht II стр. 545—546. Иначе смотритъ на этотъ предметъ Деуреръ въ указ. м. стр. 413 слѣд. Онъ полагаетъ, что случай, предусмотрѣнный въ l. 17 § 1 cit. потому подпадаетъ подъ дѣйствіе сенатусконсульта, что отказъ отъ закладной привиллегіи разсматривается какъ принятіе на себя обязательства предъ кредиторомъ не осуществлять противъ него закладной привиллегіи. Но это не воззрѣніе источниковъ, которые, напротивъ, усматриваютъ отказъ въ даваемомъ должнику дозволеніи (voluntas, permissus, l. 12 § 4 cit., l. 8 § 6 слѣд. D. quib. mod. pign. 20. 6).—Если это справедливо, то этимъ доказывается также, что въ составъ опредѣленія интерцессіи не входитъ моментъ «вступленія въ сдѣлку съ кредиторомъ» (прим. 6 въ концѣ).

[8a] L. 21 C. h. t., реформаторскій законъ, который устранилъ собою l. 17 § 1 D. h. t. На это обыкновенно не обращаютъ вниманія, но я не знаю, какъ можно иначе понимать l. 21 cit. Ср. также Шлайеръ Arch. f. civ. Prax. XLIX стр. 238 слѣд. Отказъ женщины отъ закладной привиллегіи признается обязательнымъ въ рѣ-

совершаться или такимъ образомъ, что лицо женскаго пола дѣлаетъ себя должникомъ совмѣстно съ должникомъ чужаго обязательства (т. наз. кумулятивная интерцессія)[9], или такимъ образомъ, что оно дѣлаетъ себя единственнымъ должникомъ (т. наз. приватвная интерцессія)[10]. Послѣдняя возможна въ двоякомъ видѣ: a) лицо женскаго пола снимаетъ чужое обязательство съ должника, на которомъ она лежитъ[11]; b) своимъ вмѣшательствомъ оно производитъ то, что обязательство не возникаетъ вовсе для лица, котораго оно касается[12].

2. Требуется, чтобы лицо женскаго пола принимало на себя *чужое* обязательство, т. е. обязательство, чуждое ему не только формально, но и матеріально[13]. Формально только чужое ему обязательство, изъ котораго возникаетъ регрессъ противъ него[14], или за которое лицо это должно отвѣчать по другому основанію[14]a.

шеніяхъ у Зейферта Arch. III. 54, XVII. 243, но здѣсь нѣтъ ссылки на l. 21 C. h. t.

[9] Кумулятивная интерцессія можетъ состояться: a) посредствомъ поручительства; b) вступленія въ корреальное обязательство въ собственномъ смыслѣ; c) установленія заклада или отказа отъ закладной привиллегіи (прим. 7. 8). Что касается случая поручительства, то см. еще l. 6 § 2 C. h. t., l. 13 C. si mater idemnitatem 5. 46.

[10] При приватвной интерцессіи естественно не устраняется ожиданіе женщины, что обязательство будетъ исполнено тѣмъ лицомъ, которое матеріально вступило въ него.

[11] Это можетъ совершиться: a) посредствомъ новаціи (см. напр. l. 8 § 2 l. 11 l. 13 pr. D. h. t., ср. l. 8 § 7 eod.); b) а по теперешнему праву и посредствомъ принятія на себя долга (§ 338). Далѣе относится сюда c) случай, когда стороны соглашаются, чтобы женщина приняла на себя веденіе процесса предъ судьей или третейскимъ судьей. Кредиторъ освобождаетъ здѣсь должника отъ перспективы сдѣлать женщину своей должницей. По классическому римскому праву litis contestatio освобождала должника вмѣстѣ съ женщиной, какъ таковой, l. 2 § 5 l. 23. 26 D. h. t. О принятіи на себя третейскаго разбирательства трактуетъ l. 32 § 2 D. de recept. 4. 8. d. Наконецъ, женщина можетъ своей интерцессіей осуществить освобожденіе должника и такимъ образомъ, что она, путемъ вступленія въ обязательство съ третьимъ лицомъ, достаетъ средства для удовлетворенія кредитора. Объ этомъ случаѣ трактуютъ l. 19 § 5 и l. 28 § 1 D. h. t.

[12] Безразлично, совершится ли это посредствомъ заключенія займа, или же какой либо другой юридической сдѣлки, порождающей обязательство. L. 8 § 14 l. 11. 12, l. 29 pr. D. l. 3. 4. 10. 19 C. h. t. Объ этомъ случаѣ трактуетъ подробно Газенбалгъ стр. 82—287, который относитъ сюда и случай, разсмотрѣнный въ предъидущемъ примѣчаніи. (Зейфф. Arch XXII. 140. Будда и Шмидтъ Entscheidungen des OAG. zu Rostock VI. 51.).—L. 4 C. h. t. обнимаетъ всѣ случаи интерцессіи, разсмотрѣнные выше.

[13] Женщинѣ не дается защиты, «cum prima facie quidem alienam, revera autem suam obligationem suscipiat», l. 13 pr. D. h. t

[14] Наприм. обязательство наслѣдника, отъ котораго она купила наслѣдство; обязательство ея поручителя, или того, который инымъ образомъ обязывалъ ее вслѣдствіе ея порученія. L. 3 l. 13 pr. D. h. t. См. также l. 25 § 1 eod.

[14]a Сюда относится безъ сомнѣнія l. 6 pr. C. h. t. Виндшейдъ въ указ. м. стр 304 прим. 30. Очень вѣскій аргументъ въ пользу этого пониманія l. 6 pr. cit. содержитъ въ себѣ и § 1 eod.

3. Требуется, чтобы лицо женскаго пола принимало обязательство *какъ чужое*, т. е. какъ такое, которое подлежитъ исполненію со стороны должника, а не со стороны этого лица. Льготой не пользуется та женщина, которая принимаетъ обязательство съ намѣреніемъ исполнить его отъ собственнаго лица. То обстоятельство, имѣется ли такое намѣреніе, или нѣтъ, опредѣляется по обстоятельствамъ дѣла, и рѣшается, въ случаѣ сомнѣнія, въ пользу, а не противъ женщины [15]. Отдѣльные случаи принятія чужаго обязательства съ намѣреніемъ его исполнить суть слѣдующіе: женщина обязалась къ принятію обязательства за эквивалентъ, равный ему по цѣнности [16]; женщина желаетъ принятіемъ на себя обязательства пріобрѣсть соотвѣтственный эквивалентъ [17], или освободиться отъ соотвѣтственно равнаго обязательства [18], или дарить [19]; женщина желаетъ зачесть должнику то,

[15] См. Виндшейдъ стр. 301. 302.

[16] L. 22 D. h. t. «Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SCo, Pomponius scribit; quia mandati actione obligata, in rem suam videtur obligari».

[17] L. 27 § 2 D. h. t. «Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori eius pecuniam solveret; si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio SCi non habebit, quia mulier suum negotium gessit». Впрочемъ, по теперешнему праву предусматриваемый этимъ мѣстомъ случай относился бы не сюда, а къ прим. 16. Ср. Зейфф. Arch. XX. 124.

[18] L. 2 C. h. t.—«Sin autem pro creditore suo alii se obligaverunt, vel ab eo se vel debitorem suum delegari passae sunt, huius SCi auxilium non habent». Эти слова не выражаютъ, что «alius» есть кредиторъ ея кредитора, но такой смыслъ не невозможенъ; и что онъ дѣйствительно предполагается кредиторомъ, вытекаетъ изъ предъидущаго. См. далѣе l. 24 D. h. t. Та же точка зрѣнія лежитъ и въ основаніи l. 1 § 4 D. de pign. 20. 1.—Какъ будетъ въ томъ случаѣ, когда женщина ошибочно принимаетъ существованіе обязательства, отъ котораго она желаетъ освободиться посредствомъ интерцессіи? По общему правилу имѣется тогда condictio indebiti противъ того, кому произведено удовлетвореніе путемъ интерцессіи, противъ мнимаго кредитора; съ другой стороны женщина не имѣетъ защиты противъ интерцессіоннаго кредитора, такъ какъ ошибка ея не измѣняетъ намѣренія, въ которомъ она интерцедирована. Въ этомъ смыслѣ и разрѣшенъ этотъ вопросъ въ l. 8 § 2 D. h. t., противоположно въ l. 17 pr. D. h. t. При противорѣчіи этихъ мѣстъ слѣдуетъ придерживаться принципа. Уклоняющееся мнѣніе, которое упоминается въ самой l. 8 § 2 cit. и которое нашло себѣ выраженіе въ l. 19 D. de nov. 46. 2, касается лишь случая, когда обязательство, отъ котораго женщина желаетъ освободиться посредствомъ интерцессіи, какъ разъ недѣйствительно вслѣдствіе погрѣшенія противъ SC-um Velleianum (ср. § 242 прим. 3).—Впрочемъ изложенное здѣсь признается не всѣми (ср. Виндшейдъ стр. 320). Такъ напримѣръ Фуръ во второмъ изъ упомянутыхъ выше трактатовъ и Газенбалгъ стр. 40 слѣд. даютъ возраженіе женщинѣ, дѣйствовавшей по ошибкѣ. Послѣдній признаетъ, что въ этомъ заключается уклоненіе отъ принципа, допускаемое однакоже по основаніямъ справедливости, вслѣдствіе именно ошибки (ср. также Гиртаннеръ стр. 338). Газенбалгъ объясняетъ l. 8 § 2 cit. тѣмъ, что делегирующая женщина знала о недѣйствительности обязательства, но это предположеніе абсолютно несовмѣстимо съ condictio, которая дается этимъ мѣстомъ въ заключеніи. См. объ этомъ мѣстѣ у Синтенисъ Zeitschr. стр. 65 слѣд., ср. Сальпіусъ Novation und Delegation стр. 127 слѣд.

[19] Въ пользу этого положенія не имѣется точнаго доказательства и въ l. 4 § 1

что онъ далъ для исполненія своего обязательства [20]; вступленіемъ въ наслѣдство она дѣлаетъ наслѣдственные долги своими [21]. [22].

4. Сенатусконсультъ не требуетъ, чтобы лицо женскаго пола принимало чужое обязательство и въ чужомъ интересѣ [23]. Съ другой стороны сенатусконсультъ по духу своему не имѣетъ мѣста.

5. Когда исполненіе обязательства не приноситъ вреда лицу женскаго пола [24].

D. h. t., ни въ l. 21 § 1 D. h. t., но я считаю его тѣмъ не менѣе несомнѣннымъ. Основаніе, по которому женщина лишается въ упомянутыхъ въ примѣч. 16—18 случаяхъ защиты сенатусконсульта, заключается въ слѣдующемъ: потому что принятіемъ чужаго обязательства она желаетъ обогатить другаго; воля эта точно также достовѣрна въ случаѣ даренія, какъ и въ указанныхъ случаяхъ. Согласенъ съ этимъ Гиртаннеръ стр. 338 слѣд., Вангеровъ § 581 прим. 1 nr. 2, Газенбалгъ стр. 24 слѣд. (Будде и Шмидтъ Entscheidungen des OAG zu Rostock VI 51 nr. 2), въ результатѣ и Синтенисъ Zeitschr. стр. 59 и Civilr. прим. 91; женщинѣ-дарительницѣ даютъ возраженіе и Кроппъ въ Abhandlungen II. 6 Гейзе и Кроппа, Бахофенъ стр. 18 слѣд. и рѣшеніе любекскаго об. аппел. суда (1828 года) у Зейфф. Arch. XV. 224. Гиртаннеръ же и Вангеровъ дѣлаютъ исключеніе на случай комулятивной интерцессіи, такъ какъ въ ней не устраняется ожиданіе женщины не платить самой даже при намѣреніи дарить. Въ этомъ можно, пожалуй, съ ними согласиться, но лишь касательно новѣйшаго права (со времени введенія beneficium excussionis).

[20] L. 13 C. h. t. «Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foenoris sive pars eius in usum mariti processisse proponatur, decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit». Женщина получила заемъ для мужа, но не съ намѣреніемъ, чтобы заемъ этотъ былъ имъ уплоченъ; напротивъ она желаетъ сама уплатить его и зачесть уплату мужу (actio negotiorum gestorum). И въ этомъ случаѣ она подвергается, конечно, опасности вслѣдствіе могущей оказаться несостоятельности мужа. Но сенатусконсультъ не давалъ защиты противъ надежды на чужую неоплатность, что ни въ одномъ мѣстѣ не выступаетъ такъ ясно, какъ въ l. 19 § 3 D. h. t..—И l. 13 C. h. t. толкуется, впрочемъ, весьма различно (главнѣйшія уклоняющіяся мнѣнія: цѣль женщины обмануть кредитора; намѣреніе женщины дарить получателя; полученныя деньги не даются взаймы; онѣ не употребляются для имущественно-юридическихъ цѣлей) см. Виндшейдъ стр. 293 слѣд., Газенбалгъ стр. 147 слѣд. и цитированныхъ у него. Зейфф. Arch. I. 214.

[21] L. 32 pr. D. h. t.

[22] Какъ будетъ, когда женщина по ошибкѣ считала собственнымъ принятое ею чужое обязательство? Безъ сомнѣнія она въ этомъ случаѣ приняла обязательство не какъ чужое и, по принципу, ей не слѣдуетъ давать защиты. Съ этимъ согласно рѣшеніе въ l. 26 D. h. t. Но и здѣсь, какъ въ случаѣ приведенномъ въ прим. 8, образовалось противоположное воззрѣніе въ римской юриспруденціи l. 23 D. h. t. («pierique exestimaverunt»). Виндшейдъ стр. 322 слѣд. Газенбалгъ стр. 32 полагаетъ и здѣсь, что должно слѣдовать рѣшенію, благопріятному женщинѣ. Ср. еще Гиртаннеръ стр. 336 прим. 3.

[23] Это доказывается l. 17 § 2 D. h. t. (Виндшейдъ стр. 303 слѣд.) и l. 18 § 4 D. h. t. Др. мн. Газенбалгъ стр. 63 слѣд. Нельзя ссылаться на изреченія источниковъ, что женщина не отвѣтствуетъ, когда она «suum negotium gessit» (l. 27 § 2 l. 6 pr. C. h. t., l. 1 § 4 D. de pign. 20. 1, ср. l. 25 § 1 D. l. 22 C. h. t.), «in rem suam obligata est» (l. 22 D. h. t.); изреченія эти слишкомъ неопредѣленны (ср. также § 355 прим. 9) и объясняются вполнѣ воззрѣніями, указанными въ прим. 13 и 16 слѣд.

[24] L 21 pr. D. h. t. «Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod

Равносиленъ принятію обязательства самой женщиной тотъ случай, когда она поручаетъ другому принять на себя обязательство, обѣщая ему вознаградить происшедшій отъ сего вредъ [25].

§ 241. И при наличности указанныхъ предположеній, когда, слѣдовательно, примѣненіе сенатусконсульта само по себѣ возможно, лицо женскаго пола не можетъ, тѣмъ не менѣе, ссылаться на него:

1) если кредиторъ находился относительно его интерцессіи въ извинительномъ заблужденіи [1];

2) если женщина обманула кредитора [2];

3) когда она получила плату за свою интерцессію [3];

4) если ея интерцессія есть повтореніе другой прежней, со времени которой прошло по крайней мѣрѣ два года [4];

5) когда она или: a) подтвердила свою интерцессію присягой [5], или b) спеціально отказалась отъ принадлежащей ей льготы, несмотря на надлежащее предвареніе объ оной [6];

---

acceptum est, versaretur, exceptio SCi locum non habet; quia non fit pauperior». Или настоящій должникъ вручаетъ ей сумму долга для платежа:—«neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat», l. 16 pr. D. h. t. см. далѣе l. 17 § 2 eod. Виндшейдъ с. 313 сл., Газенбалгъ с. 69 сл.

[25] L. 6 l. 8 § 6 l. 30 § 1 l. 32 § 3 D. l. 15 C. h. t. см. также l. 29 § 1 D. h. t.

[1] Онъ не зналъ, что онъ контрагируетъ съ женщиной, или не зналъ, что интер- § 241.
цессію принимаетъ на себя женщина. L. 1 C. h. t.; l. 6 l. 32 § 3 D. h. t.; l. 4 pr. l. 11. 12 l. 19 § 5 l. 27 pr. l. 28 § 1 D. h. t.; l. 17 pr. D. h. t.

[2] —«deceptis, non decipientibus, opitulatur (sc. SC-um) . . . infirmitas enim foeminarum, non calliditas auxilium meruit», l. 2 § D. h. t. L. 23 l. 30 eod., l. 5. 18 C. h. t. Въ случаѣ обмана, женщинѣ не дается защита, даже еслибъ заблужденіе кредитора было неизвинительное. Виндшейдъ стр. 316—319. Газенбалгъ стр. 33 слѣд. принимаетъ, что намѣреніе обмануть лишаетъ женщину защиты сенатусконсульта, даже тогда, когда этимъ не вызвано заблужденія въ кредиторѣ.

[3] L. 23 pr. § 1 C. h. t., въ каковомъ мѣстѣ, впрочемъ, Юстиніанъ не столько вновь ввелъ указанное положеніе, сколько освободилъ его отъ сомнѣній старой юриспруденціи. Женщина, заставляющая у себя купить поддержку должника кредитомъ, должна принять на себя рискъ предпріятія, какъ она получаетъ выгоды онаго; она вступаетъ въ рискованное дѣло. Въ статьѣ въ Arch f. civ. Pr. стр. 299 я привелъ это понятіе въ связи съ принципомъ сенатусконсульта, точно также Гиртаннеръ стр. 336, Газенбалгъ стр. 80, Вангеровъ стр. 165—180 (7 изд. стр. 148. 161). Противъ этого Арндтсъ § 361 прим. nr. 1.

[4] L. 22 C. h. t, Юстиніана:—«sibi imputet, si, quod saepius cigitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur enim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere». См. также Nov. 61 c. 1 § 1. Виндшейдъ Diss. de valida mulierum intercessione (1838) p. 40 sqq. Вангеровъ § 581 прим. 1. nr. 8, Синтенисъ Sell's Jahrbuch стр. 356 слѣд. и Civilrecht. прим. 97, Гиртаннеръ стр. 347—350.

[5] По обычному праву, опирающемуся на l 9 X. de iurei. 2. 24. Ср. I § 83a прим. 6 въ концѣ. Гиртаннеръ с. 273 сл. 351, Гольцшуеръ III § 314 Nr. 8 и ст. 1028; Зейфф. Arch. VII. 178, XIII. 249, XX. 128. см. еще Бухка и Будде Entscheidungen etc.. II с. 193 сл. 204 сл.

[6] Въ пользу этого положенія говоритъ прочно установившаяся практика. Было ли

6) когда интерцессія послѣдовала съ цѣлью назначенія себѣ приданаго [7];

7) когда кредиторъ, въ пользу котораго послѣдовала интерцессія, несовершеннолѣтенъ, а настоящій должникъ несостоятеленъ къ платежу [8];

8) Когда женщина интерцедировала въ качествѣ торгующаго лица [9];

9) Наконецъ, исключеніе изъ правила имѣется и въ обязательствѣ объ отказѣ отъ закладной привиллегіи [10].

§ 242. Обязательство, заключенное вопреки изложенныхъ здѣсь правилъ, хотя не недѣйствительно, но женщина можетъ защищаться противъ него возраженіемъ [1], и притомъ даже въ исполнительной инстанціи [2].—Если она исполняетъ обязательство, не смотря на извѣстность ей возраженія, то ей не дается болѣе защиты, но уплоченное по заблужденію она можетъ требовать назадъ [3].—При интерцессіи чрезъ установленіе залога, ссылка по сенатусконсультъ имѣетъ характеръ опроверженія противъ возраженія о за-

---

оно уже признано и въ римскомъ правѣ, это весьма спорно. По моему мнѣнію, мѣста, на которыя ссылались (l. 30 pr. l. 31 l. 32 § 4 D. h. t., l. 22 C. h. t., l. 3 C. quando mul. 5. 35, Nov. 118 c. 5), не содержатъ въ себѣ доказательствъ въ пользу этого положенія. Самое большее значеніе имѣетъ l. 22 § 4 cit; но обѣщаніе, упоминаемое въ этомъ мѣстѣ, имѣетъ характеръ солюціи. Ср. вообще Гиртаннеръ стр. 263 слѣд. 364 слѣд., Гольцшуеръ въ прив. м. пг. 14, и цитированныхъ тамъ; также Виндшейдъ Arch стр. 302. Зейфф. Arch. XV. 224.

[7] L. 12 l. 25 C. h. t. Виндшейдъ l. c. p. 40—42, Гиртаннеръ с. 346. 347.— По римскому праву и интерцессія pro libertate была обязательна для женщины, l. 24 C. h. t.

[8] L. 12 D. de minor. 4. 4. Гиртаннеръ стр. 346.

[9] По несомнѣнному обычному праву. Вангеровъ стр. 170 (7 изд. стр. 152), Гиртаннеръ стр. 351. Гольцшуеръ въ указ. м. пг. 12, Тель Handelsr. 1 § 50 къ прим. 10. См. еще Кропиъ въ Abhandl. I. 1. Гейзе и Кроппа («объ обязательствѣ замужнихъ женщинъ въ качествѣ лицъ торгующихъ»).—HGB. ст. 6 Abs. 2.

[10] Ст. § 240 прим. 8. 8a.

§ 242. [1] Объ exceptio SCi Vellejani рѣчь идетъ во многихъ мѣстахъ нашихъ источниковъ. Недѣйствительность обязательства женщины поддерживаетъ по весьма недостаточнымъ основаніямъ Фуръ въ указ. м. (§ 240 у *) стр. 70 слѣд.; противъ этого Синтенисъ Jahrb. Селя стр. 343 слѣд. Lehrb. прим. 79.

[2] L. 11 D. de SC. Mac. 14. 6. Ветцель Civilproc. § 47 прим. 123. Ср также Фуръ въ указ. м. пг. 5.

[3] L. 40 pr. D. de cond. ind. 12. 6, l. 8 § 3 D. l. 9 C. h. t.—Если женщина по невѣдѣнію делегируетъ себя третьему лицу, то, по общему правилу, она имѣетъ лишь право обратно требовать съ мнимаго кредитора, но не имѣетъ возраженія и обратнаго требованія относительно третьяго лица (§ 166 прим. 10). Это признано и въ l. § 2 D. h. t. Другое же мнѣніе, находившее себѣ представителей въ римской юриспруденціи, давало женщинѣ exceptio SCi Velleiani и противъ делегаторія, такъ какъ и въ обязательствѣ предъ послѣднимъ имѣлась интерцессія. Но это основаніе невѣрно (см. § 240 прим. 18); и дѣйствительно мнѣніе это отвергается Ульпіаномъ въ l. 8 § 2 D. h. t., но поддерживается Павломъ въ l. 19 D. de nov. 46. 2. При противорѣчіи обоихъ мѣстъ они взаимно уничтожаются, и намъ ничего не мѣшаетъ разрѣшить согласно принципу.

логѣ [4]. Женщина можетъ поддерж ивать свое право собственности и противъ того, кому вѣритель по залогу продалъ заложенную вещь [4].—И третье лицо можетъ ссылаться на сенатусконсультъ, когда исполненіе его можетъ установить для женщины интерцессіонное обязательство [5], или когда она можетъ быть косвеннымъ образомъ принуждена къ исполненію таковаго обязательства[6].—Но освобожденіе женщины имѣетъ своимъ послѣдствіемъ то, что кредиторъ получаетъ или получаетъ вновь требованіе противъ настоящаго должника [7].

2. Позднѣйшія измѣненія.

§ 243. По постановленію Юстиніана:

1) Интерцессія женщины должна быть выражена въ документѣ, совершенномъ при участіи общественной власти [2]. При соблюденіи этой формы, начала, развитыя въ §§ 241 и 242, сохра-

---

[4] L. 32 § 1 D. l. 7 C. h. t., l. 39 § 1 l. 40 D. de R. V. 6. 1. ср. и l. 32 § 2 D. h. t. (§ 240 прим. 5). L. 7 C. cit.: — «vendendo eum mulieri dominium auferre nequivit». L. 40 D. cit.: — «nullum pignus creditor vendidisse videtur».

[5] Точно также и лицо, уполномоченное женщиной на интерцессію, l. 6 l. 7 l. 30 § 1 l. 32 § 3 D. l. 15 C. h. t., l. 19 § 5 D. h. t.; далѣе тотъ, кто обязанъ третьему лицу дать взаймы, будучи къ этому побужденъ просьбой женщины, l. 19 § 5 D. h. t. Правильное пониманіе послѣдняго мѣста зависитъ отъ того, что слово postea («quae postea non recte comparari ait») читаютъ — post scientiam. Ср. объ этомъ мѣстѣ писателей, цитированныхъ у Вангерова § 581 прим. 1 пг. 5 въ концѣ и самаго Вангерова, Газенбалгъ стр. 91 слѣд.

[6] L. 8 § 4 D. h. t., l 19 § 5 eod. (*vv.* respondit videndum).

[7] L. 1 § 2 D. h. t. «Aequum autem visum est, ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem, eut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, a ctio dartur . . .» L. 8 § 7—13 l. 9 l. 13 § 1. 2 l. 14 l. 20 l. 24 § 2. 3 l. 29 § 1 l. 32 § 5 D. l. 8. 16 C. h. t., l. 12 D. de min. 4. 4; l. 8 § 14. 15 D. h. t. Для требованія, переуступаемаго обратно кредитору, въ источникахъ употребляется выраженіе actio restitutoria, также rescissoria; для вновь получаемаго имъ требованія: «actio quae instituit magis, quam restituit obligationem» (l. 8 § 14 D. h. t.), вслѣдствіе чего новѣйшіе писатели говорятъ объ institutoria actio. Къ l. 13 § 1 cit. ср. I § 249 прим. 5. 6; l. 29 § 1 D. l. C. cit. заключаютъ въ себѣ аномалію (Бахофенъ стр. 37). Ср. вообще Бахофенъ стр. 35 слѣд., Voigt cond. ob. causam стр. 791 слѣд , и спеціально объ actio institutoria — Газенбалга стр. 178 слѣд.

[1] И въ предъидущемъ указаны уже постановленія, которыя ни прямо, ни косвенно § 243. не основываются на сенатусконсультѣ (см. § 241 прим. 4—7. 9 и ср. также прим. 3); но постановленія эти примыкаютъ непосредственно къ системѣ сенатусконсульта. Болѣе значительное отступленіе содержатъ поименованныя въ этомъ § постановленія, вслѣдствіе чего является цѣлесообразнымъ говорить о нихъ отдѣльно.

[2] L. 23 § 2 C. h. t. Юстиніанъ самъ требуетъ совершенія, «instrumento publice confecto *et a tribus testibus subsignato*». Но «римскій обычай привлечь къ участію въ судебномъ совершеніи актовъ еще свидѣтелей, также подписывающихъ оные, вышелъ теперь вовсе изъ употребленія, и теперешніе нотаріальные документы требуютъ лишь участія двухъ свидѣтелей. Для насъ достаточно поэтому для интерцессія женщинъ . . . . простаго судебнаго акта безъ свидѣтелей, или нотаріальнаго документа съ двумя свидѣтелями». Бухка и Будде Entscheid. и проч. II, стр. 202. См. также Гиртаннеръ стр. 260. 357. 358.

няютъ свое дѣйствіе [3]; при несоблюденіи сего интерцессія ничтожна [4], причемъ изъ исключеній, указанныхъ въ § 241, отпадаютъ тѣ, которыя поименованы подъ №№ 5, 6 и 7 [5].

---

[3] L. 23 § 2 cit.: — «tunc enim tantummodo eas obligari (см. прим. 4), et sic omnia tractari, quae de intercessionibus foeminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt». Мнѣніе (Валлетъ Lehrb. 9. Pandektenr. § 584, Каттенгорнъ въ указ. м. стр. 172 слѣд.), что при соблюденіи формы интерцессія безусловно дѣйствительна, не только въ указанныхъ въ § 241 исключительныхъ случаяхъ, но и въ другихъ, находится въ прямомъ противорѣчіи съ этими словами закона. См. также Сантенисъ Sell's Jahrbuch стр. 366 слѣд., Гиртаннеръ стр. 259. 352, Вангеровъ стр. 175 (7 изд. стр. 156).

[4] А не только обезсиливается возраженіемъ, такъ что судья ex officio обязанъ отказать интерцессіонному кредитору въ искѣ. L. 23 § 2 cit. «Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio, tamquam nec confecta nec penitus scripta, ut nec SCi auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nullo in eadem causa subsecuto».

[5] Что указанное подъ № 3 въ приведенномъ мѣстѣ исключеніе сохраняетъ свою силу, это положительно призналъ Юстиніанъ въ цитированной l. 23 (pr. § 1). Но въ какомъ положеніи очутились остальныя исключенія, которыя Юстиніанъ нашелъ, но о которыхъ онъ ничего не говоритъ? Объ этомъ идетъ споръ со времени глоссаторовъ. Высказаны были три различныхъ мнѣнія: a) И остальныя исключенія продолжаютъ сохранять свою силу; реформа Юстиніана заключалась лишь въ томъ, что несоблюденіе формы имѣло своимъ послѣдствіемъ ничтожность вмѣсто возможности оспаривать. b) Ни одно изъ указанныхъ возраженій не сохранило силы, такъ что при несоблюденіи надлежащей формы женщина не отвѣчаетъ, напримѣръ, даже въ случаѣ обмана. c) Необходимо дѣлать различіе между разными мнѣніями. См. цитаты у Гиртаннера стр. 259—262, Вангеровъ § 581 прим. 2 и самаго Гиртаннера стр. 351 слѣд., Вангеровъ стр. 173 слѣд. (7 изд. стр. 155 слѣд.); далѣе Газенбалгъ стр. 281 слѣд. Первое мнѣніе было прежде господствующимъ, которое и я старался защищать въ диссертаціи, цитированной въ примѣч. 4 § 241 стр. 47 слѣд.; но теперь я сильно сомнѣваюсь въ его состоятельности. Второе мнѣніе ведетъ къ указанному, несносному результату, почему оно не будетъ пользоваться постояннымъ расположеніемъ. Третье мнѣніе, которому отдается здѣсь преимущество, мотивируется слѣдующимъ образомъ (см. въ особенности Гиртаннеръ въ привед. м.). Слѣдуетъ предполагать, что Юстиніанъ имѣлъ въ виду лишь такія интерцессіи, которыя заявляютъ себя непосредственно въ качествѣ интерцессій, и притомъ интерцессій женщины. Это тѣмъ болѣе вѣроятно, что Юстиніанъ обращается въ своемъ законѣ къ кредиторамъ, указывая имъ на необходимость сохраненія предписанной формы («nisi instrumento publice confecto . . . accipiant homines a mulere pro aliis confessionem», «sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes»): какъ же можно требовать исполненія кѣмъ либо предписанія, если этотъ кто нибудь не знаетъ вовсе, имѣется ли тотъ случай, въ которомъ имѣетъ мѣсто предписаніе? Согласно съ этимъ остается такимъ образомъ исключеніе подъ пг. 1 (заблужденіе кредитора) и подъ пг. 2 (вовлеченіе въ обманъ женщиной). Исключеніе, указанное подъ пг. 4 (повтореніе интерцессіи по истеченіи двухъ лѣтъ), сохраняетъ силу потому, что разсматриваемый законъ (l. 22 C. h. t.) дѣлаетъ дѣйствительной не столько прежнюю интерцессію вслѣдствіе повторенія, сколько онъ признаетъ дѣйствительной повторенную интерцессію (§ 241 прим. 4 — замѣтьте, что при этомъ предполагается письменная форма повторяемой интерцессіи). Исключеніе подъ пг. 6 позднѣе по происхожденію, чѣмъ l. 23 cit. и поэтому не затрогивается имъ. Ср. въ этомъ отношеніи противъ Вангерова 581 прим. 2 пг. 4 Гиртаннеръ стр. 357. Что касается исключеній изъ не-

2) Интерцессія замужней женщины недѣйствительна для ея мужа даже при соблюденіи только что указанной формы[6]; изъ исключеній же, перечисленныхъ въ § 241, сохраняютъ здѣсь силу лишь тѣ, которыя указаны подъ №№ 1, 2, 5 и 8[7].

КОНЕЦЪ.

дѣйствительности интерцессіи женщинъ по обычному праву, то всѣ согласны въ томъ, что подтвержденіе интерцессіи присягою (ср. Зейфф. Arch. I, 344, XII. 249) и качество женщины, какъ торгующей, покрываютъ собою недостатокъ формы (ср. HGB. ст. 6 Abs. 2). Но такого единогласнаго мнѣнія не имѣется относительно силы отреченія, ср. Глюкъ XV стр. 47 Зейфф. Arch. XV. 224 (стр. 394).—Если основаніе силы отреченія видѣть уже въ римскомъ правѣ (§ 241 прим. 6), то слѣдуетъ сказать, что это исключеніе, въ силу изложеннаго выше, было отмѣнено l. 23 cit.

[6] Nov. 134 c. 8 и Auth. Si qua mulier C. h. t.

[7] Непосредственное содержаніе новеллы, относительно исключительной дѣйствительности интерцессіи женщины, состоитъ въ томъ, что интерцессія должна признаваться дѣйствительной лишь тогда, когда «manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt», спеціально же она должна считаться недѣйствительной, сколько бы разъ она ни была повторяема. Первое не приведено здѣсь въ числѣ исключеній изъ недѣйствительности интерцессіи потому, что въ указанномъ случаѣ (представимъ ли мы его себѣ въ томъ видѣ, что сдѣлка съ самаго начала заключена въ пользу женщины, или что впослѣдствіи употребляется въ ея пользу то, что интерцессіей достигнуто) не имѣется вовсе дѣйствительной, подпадающей подъ дѣйствіе сенатусконсульта интерцессіи (§ 240 №№ 2 и 5). Дѣйствительными же исключительными случаями несмотря на то, что новеллы не называютъ ихъ таковыми, должны быть признаваемы случаи невѣдѣнія кредитора и обмана со стороны женщины. Что Юстиніанъ, издавая свое постановленіе, имѣлъ въ виду лишь такіе случаи интерцессіи, въ которыхъ интерцессія открыто выступаетъ какъ таковая,—это подлежитъ здѣсь еще меньшему сомнѣнію, чѣмъ при l. 23 § 2 C. h. t. (прим. 5); ибо Юстиніанъ не говоритъ здѣсь вовсе объ интерцессіи вообще, а объ интерцессіи женщины въ совершенный мужемъ актъ займа, такъ что можно возбудить даже сомнѣніе, не ограничивается ли постановленіе новеллы этимъ спеціальнымъ случаемъ интерцессіи. Напротивъ остальныя исключенія изъ недѣйствительности интерцессіи женщинъ, дѣйствовавшія ко времени изданія новеллы, должны почитаться устраненными. Правда, и здѣсь высказано воззрѣніе, что новелла не касалась этихъ исключеній (Гиртаннеръ стр. 277. 278), каковое воззрѣніе защищалось прежде и мной (въ цитированной диссертаціи стр. 52 слѣд.); но оно несостоятельно какъ по отношенію къ новеллѣ, такъ и по отношенію къ мѣсту изъ кодекса. Что касается позднѣйшихъ исключеній по обычному праву, то всѣ согласны въ томъ, что клятвенное подтвержденіе интерцессіи и качество женщины какъ торгующей дѣлаютъ отвѣтственными и замужнихъ женщинъ (ср. также HGB. въ прим. мѣстѣ), но не обыкновенный, не подкрѣпленный присягою, отказъ. Ср. вообще Гиртаннеръ стр. 278 слѣд. 358 слѣд., Вангеровъ § 581 прим. 3. а по вопросу объ отказѣ—спеціально Бухка и Будде Entscheidungen II стр. 188 слѣд. (Bl. f. R. Anwend. XXXIV стр. 380 слѣд. Ср. XXXV стр. 33 слѣд. 49 слѣд.).—Что замужняя женщина, заключающая заемъ совмѣстно съ мужемъ, совершая съ нимъ на этотъ предметъ одинъ общій актъ, не можетъ безъ дальнѣйшаго ссылаться на новеллу, это не должно бы было никогда подлежать спору. Ср. объ этомъ вопросѣ Вангеровъ въ указ. м. №. 2. 6 и цитированныхъ у него, Гиртаннеръ стр. 358 прим 32, Буркгардъ die civilistischen Presumptionen стр. 237—239. Согласенъ съ сказаннымъ здѣсь Зейфф. Arch. XVII. 38; противъ этого XII. 272. Ср. также VII. 179. 180, XIII. 143.