

Small white label on the left edge of the book cover, containing illegible text.





ДМИТРІЙ АЗАРЕВИЧЪ.

СИСТЕМА
РИМСКАГО ПРАВА
УНИВЕРСИТЕТСКІЙ КУРСЪ.

ТОМЪ II.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.



ВАРШАВА.

Въ Типографіи Маріи Земкевичъ.

Краковское-Предмѣстье N. 17.

—
1888.

Печатано по опредѣленію Совѣта ИМПЕРАТОРСКАГО
Варшавскаго Университета.

Ректоръ Тайный Совѣтникъ **Н. Лавровскій.**

ЗАЛОГОВОЕ ПРАВО.

Источники: Dig. 20, 1 de pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum. Также слѣдующіе tit. 2—6; Cod. 8, 14 de pignoribus et hypothecis. Также слѣдующіе tit. 15—35.

Пособія: *Glück.* Erläuterung der Pandecten Bd. 18 Abth. 2; Bd. 19; *Sintenis.* Handbuch des gemeinen Pfandrechts 1836; *Bachofen.* Das römische Pfandrecht Bd. 1, 1847; *Dernburg.* Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. 1 Bd. 1860, 2 Bd. 1864; *Дыдынскій.* Залогъ по римскому праву. 1872.

Понятіе залога ¹⁾.

Подъ залогомъ разумѣется право на опредѣленный предметъ, служащее обезпеченіемъ по удовлетворенію обязательства. Самый предметъ этого права носить также названіе залога. Обезпеченіе достигается тѣмъ, что по ненаступленіи должнаго выполненія обязательства залогъ можетъ быть кредиторомъ отчужденъ и изъ выручки покрывается обязательственное требованіе. Изъ этого слѣдуетъ, что залоговое право представляетъ форму обезпеченія реальную, мате-

¹⁾ См. *Sohm.* Die Lehre vom subpignus 1864; *Bremer.* Das Pfandrecht u. die Pfandobjekte 1867. *Exner.* Kritik des Pfandbegriffes 1863. *Pfaff.* Zur Kritik des Pfandbegriffes въ Zeitschr. f. d. Privat. u. off. Recht. Bd. 1, p. 41 и слѣд.

риальную, cautio realis ¹⁾). Кредитора по залoгу принято называть залогопринимателемъ, должника по залoгу—залогодателемъ.

Формы римскаго залoга.

Источники отмѣчаютъ три формы залoга: *fiducia*, *pignus* и *hypotheca*.

Fiducia. ^{передаетъ собственн. вещи} Изъ древѣйшихъ преданій слѣдуетъ, что первоначально при строго формальномъ гражданскомъ правѣ Риму не была известна отвѣтственность имущества за долги, не было для того и формы соответствующей сдѣлки ²⁾). Для обезпеченія уплаты напр. по займу, всего естественнѣе было воспользоваться формами передачи собственности, а именно вещь, обезпечивающая возвратъ займа, передавалась кредитору по *mancipatio* или *in jure cessio* въ собственность (по „*pignoris jure*“) ³⁾, причемъ заемная сумма рассматривалась, какъ покушная цѣна. Въ этомъ состояла форма залoга известная подъ именемъ *fiducia* ⁴⁾. Передача сопровождалась торжественнымъ уговоромъ объ обратной передаче вещи по уплатѣ долга, т. наз. *actum fiduciae*. Этимъ только въ известной степени обезпечивалъ себя должникъ отъ нарушенія *добрыя* со стороны кредитора. Отсюда и самое названіе этого залoга, а также и залoженной вещи ⁵⁾. На случай же неуплаты долга этимъ соглашеніемъ могло быть выговорено право кредитора взять за себя залoженную вещь, *fiducia commissa* ⁶⁾, или продать ее въ свое удовлетвореніе ⁷⁾. Въ послѣднемъ случаѣ слѣдуетъ признать право залoгодателя на полученный излишекъ (*hyperocha*) ⁸⁾. При *fiducia* кредиторъ получалъ полное и неограниченное право собствен-

¹⁾ См. т. I, стр. 267.

²⁾ *Servin. Du gage en droit romain* 1875 p. 5—7.

³⁾ *Gajus* 2, 60.

⁴⁾ *Isidor. Orig.* 5, 25 § 23; *Gajus* 2, 59; 3, 201.

⁵⁾ *Paulus R. S.* 2, 13 § 1, 3, 5; *Cic. pro Flacco* 21.

⁶⁾ *Janke. Das Fruchtrecht d. redlich. Besitzers u. d. Pfandgläubigers* 1862 p. 194.

⁷⁾ *Lang* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* 28 p. 353.

⁸⁾ *Paulus* 2, 13, 1.

ности на заложенную вещь; онъ могъ свободно распоряжаться ею: измѣнять, обременять сервитутами, продавать, отказывать и т. п. ¹⁾ Должникъ не имѣлъ никакихъ средствъ этому препятствовать. Онъ могъ только, въ случаѣ невозвращенія вещи по удовлетвореніи долга, вчинить противъ залогопринимателя и его наследниковъ actio fiduciae ²⁾, который былъ изъ числа actiones famosae ³⁾.

Подобная форма залога была весьма тягостною для должника, такъ какъ лишала его владѣнія и пользованія заложенною вещью. Смягчались эти послѣдствія тѣмъ, что обыкновенно, послѣ переноса вещи въ собственность, она передавалась въ аренду или просто по прекаріуму самому залогодателю ⁴⁾. Кромѣ того, по годовой давности владѣнія должникъ возстановлялъ себѣ собственность въ заложенной вещи, если только владѣніе это не основывалось на воровствѣ или договорѣ найма, или прекаріумѣ, т. наз. usureceptio fiduciae causa ⁵⁾. Такая давность, нарушающая законы юридической логики, можетъ быть объяснена только тѣмъ, что надъ юридическою конструкціей взяла верхъ жизненная точка зрѣнія, по которой должникъ не переставалъ разсматриваться собственникомъ отчужденной по fiducia вещи ⁶⁾.

Кромѣ fiducia cum creditore была извѣстна еще т. наз. fiducia cum amico, по которой закладываемая вещь передавалась другу съ тѣмъ, чтобы онъ въ опредѣленный срокъ передалъ ее кредитору въ собственность съ правомъ продажи ⁷⁾.

Выйти изъ употребленія fiducia могла только вмѣстѣ съ отмѣною mancipatio и in jure cessio, т. е. въ царствованіе Юстиніана ⁸⁾.

¹⁾ Paulus 2, 13, 6; Gajus 2, 220.

²⁾ Paulus 2, 13, 6.

³⁾ Lex Julia municipalis lin. 37. Cic. pro Roscio 6, 16; Gajus 4, 182.

⁴⁾ Gajus 2, 60.

⁵⁾ Gajus 2, 59, 60; 3, 20, 4; L. 16. D. 44, 7. См. т. I, стр. 399.

⁶⁾ Dernburg cit. 1 p. 23—26.

⁷⁾ Gajus 2, 60.

⁸⁾ См. Bachofen cit. p. 3.

(черезъ владѣніи)

Pignus. Залогъ въ формѣ *fiducia* представлялъ многія неудобства, которыя съ расширеніемъ гражданскаго оборота давали себя чувствовать все сильнѣе и сильнѣе. *Fiducia* требовала тѣсныхъ условій: римскаго гражданства сторонъ, квинтской собственности у должника, извѣстныхъ свойствъ вещи *in commercio*, торжественнаго способа передачи вещи въ собственность. Распространеніе залога на случаи, которые не удовлетворяли какому либо изъ этихъ условій, всего естественнѣе могло произойти черезъ передачу закладываемой вещи во владѣніе при договорѣ о возвращеніи ея по выполненіи обязательства. Эта форма залога и была *pignus*.

Начало этого института опредѣлить нельзя. Во всякомъ случаѣ нельзя связывать его происхожденіе съ *legis actio per pignoris capionem* (напр. *Vachofen cit. p. 4*). Юридическая конструкция того и другого совсѣмъ иная. *Legis actio p. pign. capionem* есть односторонній актъ кредитора, которымъ онъ овладѣваетъ вещь должника по наступленіи срока выполненія долга; *pignus* же основывается на договорѣ о передачѣ вещи должника во владѣніе кредитора до наступленія срока выполненія долга (*Dernburg cit. 1 p. 48*).

Что касается производства слова *pignus*, то прежде обыкновенно опирались на Гая, производившаго *pignus* отъ *pignus*, кулакъ (L. 238 § 2 D. 50, 16), но теперь признано болѣе правильнымъ производство отъ *rago* или *ragno perf. perigi*, греческое *πίπτωμι*, укрѣплять.

Pignus былъ формою залога вполнѣ аналогической съ фидуціей ¹⁾, но разница была въ предположеніяхъ. Данный залогъ могъ быть установленъ и между негражданами и на предметы не квинтской собственности, какъ напр. на *fundus provincialis*. Самая передача вещи залогопринимателю не лишала залогодателя права собственности на нее (*manente proprietate debitoris*) ²⁾, не останавливала теченіе приобрѣтательной давности ³⁾.

1) *Puchta. Institutionen p. 619.*

2) L. 35 § 1 D. 13, 7; *Isidor. 5, 25*; L. 9 C. 4, 24; L. 12 § 2 D. 47, 2.

3) L. 16 D. 41, 3.

Отношение кредитора къ вещи опредѣлялось словами „*possessio*“, „*possidere*.“

L. 35 § 1 D. 13, 7... *pignus... solam possessionem transfert ad creditorem*.—L. 16; L. 33 § 6 D. 41, 3; L. 13 § 1 D. 6, 2; L. 22 § 3. L. 35 §§ 1, 5; L. 37 D. 13, 7.

Но это было особенное владѣніе, безъ *animus rem sibi habendi*, а скорѣе съ *animus retinendi* ¹⁾ и съ правомъ защищать вещь отъ нарушенія владѣнія третьимъ лицомъ *possessorнымъ* *интердиктомъ*. Оно не вело къ приобрѣтенію вещи залогопринимателемъ по давности ²⁾ и тѣмъ болѣе онъ не могъ ее отчудить въ третьи руки. Такое владѣніе составляетъ одинъ изъ ^{т. наз.} случаевъ т. наз. производнаго владѣнія ³⁾. *см. дж. т. I стр. 346*

При *pignus* заложенная вещь весьма часто, какъ и при *фидуции*, отдавалась по найму или *прекариуму* залогодателю ⁴⁾.

Благодаря своимъ признакамъ *pignus*, существуя одновременно съ *фидуціей*, все болѣе и болѣе распространялся на счетъ послѣдней.

Hypotheca. Не всегда считалось удобнымъ такое обезпеченіе долга, когда оно выражалось въ лишеніи обладанія обезпечивающею вещью, или ставило это обладаніе въ зависимость отъ воли залогопринимателя. Такъ наниматель помѣщенія или арендаторъ земли никоимъ образомъ не могли лишиться обладанія инвентаремъ, который могъ быть единственнымъ ихъ имуществомъ. Въ этихъ случаяхъ залогъ оставалось установить только простымъ договоромъ, по которому данная вещь, безъ перевода собственности или владѣнія, обезпечивалабы удовлетвореніе по долгу тѣмъ, что залогоприниматель имѣлъ право, не получая удовлетворенія, отчудить эту вещь и такимъ путемъ осуществить свое требованіе. Такая форма залога известна подъ именемъ *hypotheca*.

¹⁾ L. 37 D. 13, 7. L. 15 § 2 D. 47, 2.

²⁾ L. 12 C. 4, 24.

³⁾ См. т. 1, стр. 346, 347.

⁴⁾ L. 23 пр. D. 20, 1; L. 35 § 1; L. 22 § 3; L. 37; L. 29 D. 13, 7; L. 10 § 1, 2; L. 36; L. 37 D. 41, 2. И др.

L. 9 § 2 D. 13, 7... hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem. Название это заимствовано изъ греческаго права. Залогъ по одному соглашенію и безъ передачи во владѣніе назывался у грековъ *ὑποθήκη*, *θήσις* или *ὑπόθεσις* и примѣнялся главнымъ образомъ къ недвижимымъ вещамъ (домамъ, землямъ, горному промыслу и т. п.). При этомъ было въ обычаѣ ставить передъ заложеными участками каменные доски, *ῥοί*, на которыхъ записывалось имя, срокъ, сумма долга и имя кредитора. (*Boekh. Staatshaushalt der Athener 2 Ausg. Bd. 1 p. 180 и слѣд.*).

Время появленія ипотеки въ римской жизни опредѣлить трудно ¹⁾. Затѣмъ, по всей вѣроятности, появленіе этой формы залога могло быть связано съ тѣми случаями *pignus*, когда при самомъ установленіи выговаривалось прекарное или по найму предоставленіе закладываемаго имущества залогодателю ²⁾. Залогодатель продолжалъ владѣть вещью какъ бы прекаристъ или паниматель ³⁾. На тотъ случай, что должникъ могъ потерять владѣніе заложеными вещами, залогопринимателю въ разное время были предоставлены различныя средства защиты своихъ правъ. Такъ, онъ могъ препятствовать арендатору вывозить инвентарь (*investa ac illata*) изъ имѣнія ⁴⁾, на случай же арендаторъ успѣетъ его вывести и отчудить кредитору предоставленъ былъ иѣкимъ преторомъ Сальвіемъ особый *interdictum prohibitorium* (наз. *int. salvianum*), которымъ запрещалось препятствовать ему въ полученіи отъ всѣхъ и каждаго владѣнія заложенымъ инвентаремъ для осуществленія своего права. *Int. salvianum* былъ изъ числа *interd. adipiscendae possessionis* ⁵⁾. Позднѣе хозяинъ арендуемаго имущества получилъ общій вещный искъ на заложенный инвентарь ⁶⁾, *actio*

¹⁾ См. *Dernburg cit.* 1 p. 50—55.

²⁾ *Janke. Das Fruchtrecht* p. 209.

³⁾ См. L. 37, D. 41, 2.

⁴⁾ *Dig. 43, 32 de migrando.*

⁵⁾ *Gajus 4, 147; § 3 I. 4, 15. См. т. I стр. 354.*

⁶⁾ См. *Dernburg cit.* 1, p. 60—62.

in rem serviana (отъ претора Сервія), которымъ достигалъ передачи себѣ заложенной вещи отъ всякаго обладателя ея ¹⁾).

Отъ случаевъ аренды ипотека была распространена и на другія обязательства путемъ распространенія залоговаго иска подъ названіемъ actio serviana utilis, quasi serviana ²⁾), hypothecaria и т. д. ³⁾).

Въ Юстиніановомъ правѣ такимъ образомъ существовали двѣ формы залога, pignus и hypotheca. Первая устанавливалась при немедленной передачѣ владѣнія вещью, вторая — только по соглашенію. Оба вида залога представляли кредитору одно общее право выполнить свое требованіе изъ продажи заложенной вещи, а для этого оба же вида имѣли средство на защиту владѣнія вещи, pignus — настоящаго; hypotheca — будущаго. Въ юстин. правѣ это средство было извѣстно уже подъ общимъ названіемъ залоговаго иска. Веѣмъ этимъ объясняется выраженіе источниковъ, что inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt ⁴⁾. При общемъ сходствѣ въ установленномъ правѣ на вещь, между pignus и hypotheca была разница въ признакахъ. Pignus долженъ былъ сохраниться рядомъ съ hypotheca, какъ единственно удобная форма для залога движимыхъ вещей (pignus proprie rei mobilis constitui) ⁵⁾ (т. наз. закладъ), хотя еще въ позднѣйшемъ правѣ онъ часто упоминается и для залога недвижимостей ⁶⁾ (т. наз. заставъ), а съ другой стороны возможенъ былъ залогъ на движимыя вещи по одному соглашенію ⁷⁾.

¹⁾ L. 2 D. 43, 33; L. 19 C. 4, 32; L. 1 C. 8, 9; L. 6, C. 8, 16.

²⁾ См. его формулу у Keller. Röm. Civilprozess § 33.

³⁾ § 7 I. 4, 6.

⁴⁾ L. 5 § 1 D. 20, 1. Ср. § 7, I. 4, 6.

⁵⁾ L. 238 § 2 D. 50, 16; § 7 inf. I. 4, 6.

⁶⁾ L. 63 § 4 D. 41, 1; L. 34 D. 13, 7; L. 1 C. 8, 20; L. 18 § 2 D. 13, 7.

⁷⁾ L. 1 § 1 D. 13, 7.

Вещная природа залогового права.

Римскіе источники не даютъ прямыхъ и однообразныхъ указаний на природу залогового права ¹⁾. Въ Дигестахъ этому институту отведено мѣсто послѣ договоровъ и исковъ по нимъ. Въ наукѣ данный вопросъ крайне споренъ ²⁾. Одни ученые видятъ въ залогѣ обязательственное право, другіе — вещное право, *jus in re aliena*. Последнее воззрѣніе принято въ большинствѣ учебниковъ ³⁾ въ силу такихъ разсужденій. Обязательственное право, какъ по свойству отношеній, такъ и по свойству притязаній, вытекающихъ изъ него, рѣзкими признаками отличается отъ залогового права. Обязательство устанавливаетъ личное долговое отношеніе, по которому одно лицо получаетъ право требовать отъ опредѣленнаго лица выполнения извѣстнаго дѣйствія. Обязательственный искъ имѣетъ своимъ назначеніемъ достигнуть признанія права на опредѣленное дѣйствіе и только послѣ невыполненія должникомъ этого дѣйствія кредиторъ можетъ обратиться съ принудительными средствами къ имуществу должника. Совсѣмъ иное представляютъ отношенія и притязанія по залоговому праву. Залогъ устанавливаетъ непосредственное отношеніе лица къ вещи. Это отношеніе выражается не въ правѣ на опредѣленное дѣйствіе, а въ правѣ отчуждить вещь, если не послѣдуетъ удовлетворенія по главному требованію ⁴⁾. Залоговой искъ имѣетъ своимъ назначеніемъ достигнуть не признанія долга и его удовлетворенія, а выдачи вещи отъ самого залогодателя или всякаго третьяго лица и затѣмъ уже путемъ отчужденія получить удовлетвореніе по главному требованію. Все это — общіе признаки вещныхъ, а не обязательственныхъ правъ. Въ дальнѣйшемъ изложеніи будутъ отмѣчены и частные признаки вещнаго характера залогового права.

1) *Exner. Kritik d. Pfandbegriffes* p. 2.

2) Краткій сводъ воззрѣній см. у *Exner cit.* p. 3—5.

3) Напр. *Puchta. Pand. § 190; Windscheid. Pand. Bd. 1 § 224 n. 8; Dernburg. Pand. Bd. 1 § 262.*

4) *Kohler. Pfandrechl. Forschungen 1882* p. 47, 48.

На вещный характер залога намѣкаюъ отчасти и сами источники. Такъ иногда они довольно ясно указываютъ на залогъ, какъ на jus in re ¹⁾. Затѣмъ нерѣдко по отдѣльнымъ функциямъ залоговое право сопоставляется съ другими вещными правами ²⁾. Наконецъ, находимъ сопоставленіе иска залогопринимателя съ vindicatio собственника, такъ какъ оба преслѣдуютъ вещь въ силу вещнаго права ³⁾.

Правда, съ другой стороны источники употребляютъ для залога такія выраженія какъ: obligare и obligatio, res pignori nexa (obstricta, obnoxia), res pignori или pignoris jure tenetur, pignus contrahitur, для окончанія залоговаго права:— distrahere, solvere, liberare ⁴⁾. Подобныя выраженія на первое время какъ бы подтверждаютъ воззрѣніе объ обязательственномъ характерѣ залога. Они служатъ основой тому заключенію, что залоговое право, какъ придаточное къ обязательствамъ, должно отражать на себѣ тотъ же характеръ, какимъ отличается главное требованіе. Несомнѣнно, залоговое право имѣтъ ту же цѣль что и обезпечиваемое имъ главное требованіе, а именно — достигнуть удовле-
творенія по обязательству; но единство цѣли не опредѣляетъ еще
единую сущность тѣхъ средствъ, которыми эта цѣль достигается. При опредѣленіи юридической конструкціи слѣдуетъ выходить не изъ цѣли, а изъ существа тѣхъ средствъ, которыми данная цѣль осуществляется. Держась же разсматриваемаго воззрѣнія, пришлось бы признать одинаковую юридическую конструкцію, напр., въ дареніи, куплѣ — продажѣ и тому подобныхъ средствахъ установленія собственности. Выраженія заимствованныя изъ обязательственнаго права сами по себѣ не служатъ необходимо доказательствомъ обязательственнаго характера залога; они указываютъ лишь на подчи-

1) L. 30, D. 9, 4... sive domini sint sive *aliquid in ea re jus habeant*, qualis est *creditor* et *fructuarius*. См. также L. 19, пр. D. 39, 2.

2) L. 9 § 5; L. 11, 12 D. 39, 2; L. 9 D. 39, 1.

3) L. 2 пр. C. 7, 37; L. 8 § 1 C. 7, 39.

4) L. 5 § 2; L. 11 D. 20, 5. См. *Büchel. Civil. Erörterungen* 2 Aufl. 1, 2 р. 143 и слѣд.

неніе (вещное) вещи праву залогопринимателя ¹⁾. Да и вообще дѣлать выводы при юридической конструкціи изъ словесной формы весьма опасно. Достаточно сказать, что по тѣмъ же основаніямъ слѣдовало бы и сервитуты причислить къ обязательствамъ ²⁾.

Главнымъ представителемъ ученія объ обязательственномъ характерѣ залога считается Бюхель (*Büchel. Civilrechtliche Begriffe* (2 Aufl. 1847), Bd. 1, отъ р. 259), который опредѣлилъ залогъ какъ обязательство вещи (*obligatio rei*) въ томъ смыслѣ, что въ залогъ самъ предметъ его представляетъ должника. Вещь отвѣчаетъ своею мѣноюю цѣнностью за должное выполненіе главнаго требованія. И въ такой отвѣтственности лежитъ сродство залога съ обязательствами. Къ этому мнѣнію примкнули между прочими учеными *Vangerow Pand. 1 § 363* анн. 2; *Arndt. Pand. § 634*; *Brinz. Pand. 1 р. 317* и *Sintenis. Pfandrecht § 2*. Подробный разборъ и опроверженіе отдѣльныхъ основаній этого взгляда смотри у *Lang. Ueber die Natur des Pfandrechts* въ *Archiv f. d. civil Praxis* 28 р. 375—406. Но иногда и писатели, держащіеся воззрѣнія о вещномъ характерѣ залога, допускаютъ разнообразныя оговорки. Такъ чаще всего полагаютъ, что природа залоговаго права измѣняется согласно его предмету; если предметомъ будетъ тѣлесная вещь, то залогъ будетъ вещнымъ правомъ, если предметомъ будетъ право, то залогъ будетъ имѣть природу личную (см. *Fuchta. Institut. 2 р. 746*; *Pand. § 193*; *Vorlesung. 1 р. 435*; *Sohm. Lehre vom subpignus р. 9, 14, 26*, почти такое же воззрѣніе проводить и *Dernburg. Pfandgr. 1 р. 485, 487, 490*). Но едва ли можно согласиться съ такимъ расчлененіемъ природы права по объекту. Такое вліяніе объекта на право можно было бы допустить вообще въ томъ только случаѣ, когда само свойство объекта требуетъ того а не иного права. Но мы уже знаемъ, что римскіе юристы признавали вещныя права на права, какъ напр. *ususfructus nominis* (см. т. I стр. 461, 462). Говорять, что при залогѣ права требованія залогодатель самъ не имѣетъ вещнаго права, а потому не можетъ ус-

¹⁾ *Dernburg. Pandekt. 1 р. 637.*

²⁾ См. *Lang* въ *Archiv f. d. civilist. Praxis* Bd. 28 р. 367.

тановить таковое залогопринимателю (*Dernburg. cit.* 1 p. 461 и слѣд.). Но при закладываніи нѣтъ переноса *nominis* на залогопринимателя; тутъ всегда устанавливается новое право на данный предметъ (*Bremer. Pfandrecht* p. 87, 88). Нѣтъ необходимости, чтобы это новое право имѣло одну и ту же природу съ тѣмъ правомъ, на основѣ котораго оно установлено. Залогоприниматель, осуществляя свое залоговое право, имѣетъ юридическую возможность перенести на другого заложеное ему личное требованіе. Изъ этого слѣдуетъ, что и въ этихъ случаяхъ воля управомоченнаго устремлена не на опредѣленное лицо, а на нѣчто внѣ лица лежащее, чѣмъ залогоприниматель можетъ извѣстнымъ образомъ располагать (*Windscheid. Pandekt.* 1 § 227). Ближайшимъ образомъ это нѣчто можно было бы опредѣлить мѣрною цѣнностью требованія (*Erner. Pfandbegr.* p. 25 и слѣд.). И такъ въ залогѣ и безтѣлесныхъ вещей можно также признать вещный характеръ. Изъ другихъ воззрѣній на природу залога укажемъ на различіе по природѣ pignus и hypotheca. За pignus признають вещный характеръ, за hypotheca—обязательственный характеръ (г. *Дядюшкскій*. Залогъ отъ стр. 39). Намъ кажется, что это воззрѣніе должно пасть передъ яснымъ выраженіемъ источниковъ объ одной и той же природѣ обѣихъ формъ залога (L. 5 § 1 D. 20, 1).

Отъ всѣхъ остальныхъ правъ на чужую вещь залогъ отличается несамостоятельностью своей природы. Тогда какъ всѣ остальные права на чужую вещь устанавливаются ради такого спеціального господства надъ этою вещью, которое выражается въ самой сущности данныхъ правъ, — залоговое право само по себѣ не имѣетъ самостоятельной цѣли, служа обезпеченіемъ другаго права. Но за то по объему господства надъ чужою вещью залоговое право превосходитъ всѣ остальные права на чужую вещь, выражаясь, въ конечномъ своемъ осуществленіи, въ отправленіи полного права распоряженія.

Отдѣльные признаки залога. Предметъ обезпеченія залогомъ.

Все назначеніе залоговаго права — обезпечивать удовлетвореніе по обязательственному требованію. Изъ этого слѣдуетъ, что

залогъ имѣеть придаточную натуру, есть jus accessorium ¹⁾ и поэтому предполагаетъ наличность обязательственнаго требованія, которому служило бы обезпеченіемъ ²⁾. Но такой акцессорный характеръ залога не выдержанъ римскими источниками. Если съ одной стороны немыслимо установленіе залоговаго права безъ наличности требованія, имъ обезпечиваемаго, то съ другой стороны съ отпаденіемъ этого требованія допускается въ иныхъ случаяхъ дальнѣйшее существованіе залоговаго права ³⁾. Такъ если главное требованіе, обезпеченное залогомъ, будетъ погашено давностью, то его можно осуществлять еще впродолженіи десяти лѣтъ благодаря залоговому праву, которое переживаетъ на данное число лѣтъ само требованіе ⁴⁾.

Римскіе юристы пытались устранить такое явленіе тѣмъ, что продолжили существованіе самого требованія ради залога: *remanet... propter pignus naturalis obligatio* (L. 59 pr. D. 36, 1). Но искусственность такого построенія ради теоретической послѣдовательности бросается въ глаза. И вотъ многіе писатели вообще допускають возможность самостоятельнаго залога (см. напр. *Kohler. Pfandrechtliche Forschungen* § 5), т. е. права на стоимость заложенной вещи, безъ того, чтобы ему отвѣчало какое либо личное право на дѣйствіе (см. также *Schott* въ *Jahrb. f. d. Dogmat.* 15 p. 32 и слѣд.). Подобный случай видятъ, напр., въ выкупѣ изъ плѣна. Выкупавшій имѣеть на *redemptus* залоговое право, пока этотъ послѣдній не уплатитъ ему выкупа или не отслужитъ его (L. 2, 8, 11 C. 8, 51. L. 20 § 1 D. 28, 1. L. 43 § 3 D. 30 (1). L. 15. L. 19 § 9; L. 21 D. 49, 15). Обязательственнаго отношенія здѣсь не могло быть, такъ какъ въ моментъ выкупа плѣнный былъ рабомъ. Но какъ бы тамъ ни было послѣ выкупа *redemptus* является обязаннымъ по отношенію къ *redemptor* на известную сумму, по которой самъ лично служить обезпеченіемъ. Нельзя и въ другихъ приводимыхъ

1) L. 43 D. 46, 3.

2) L. 1, 2 C. 8, 33.

3) См. *Brinz. Pand. Bd. 2* (ed. 2) p. 839 и слѣд.; *Windscheid. Pand. 1* § 225 p. 721, 722.

4) L. 7. C. 7, 39 ср. L. 2 C. 8, 31; L. 13 § 4 D. 20, 1; L. 59 pr. D. 36, 1; L. 38 § 5 D. 46, 3.

тѣми же писателями примѣрахъ видѣть залога безъ права личнаго требованія (см. у *Bachofen*. Pfand. p. 273—280).

Обязательства, способныя быть обезпеченными залогомъ, могутъ быть не только изъ числа obligationes civiles, снабженныхъ искомъ, но и изъ числа естественныхъ обязательствъ (oblig. naturales), недающихъ право на искъ.

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione L. 5; L. 14 § 1 D. 20, 1. L. 13 pr. D. 12, 6; L. 9 pr. § 3 D. 14, 6; L. 59 pr. D. 36, 1. L. 101 § 1 D. 46, 3; L. 4, 22 C. 4, 32. См. *Büchel*. Ueber die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen въ Civilrechtl. Erörterung. В. 2 1839); *Dernburg*. Pfandr. 1 p. 537. Нѣкоторые писатели отвергають, чтобы естественныя обязательства могли быть обезпечены залогомъ (*Glück*. Erläuter. 14 p. 43), причѣмъ ссылаются на L. 2 D. 20, 3, гдѣ говорится, что filius fam. могъ защищаться по exceptio Sct. Macedoniani и тогда, когда заемъ обезпеченъ залогомъ, а это значить, что залогъ не имѣетъ силы при естественныхъ обязательствахъ. Но это только показываетъ, что filiusfam. не могъ заключать договора займа съ законными его послѣдствіями (*Дидимскій*. Залогъ стр. 47), а за симъ странно было бы не допускать залога при естественныхъ обязательствахъ, когда они несомнѣнно могли быть обезпечены поручительствомъ (см. L. 21 § 2 D. 46, 1).

По обязательству, которое по закону будетъ ничтожнымъ, не можетъ быть установлено залоговое право.

Cum principalis causa non consistit, nec ea, quae sequuntur, locum habent L. 129 § 1 D. 50, 17 — L. 11 § 3 in. f. D. 13, 7; L. 25 D. 20, 1; L. 4, 22 C. 4, 32.

Но если залогъ устанавливается по еще несуществующему обязательству, то онъ возникаетъ вмѣстѣ съ правомъ требованія¹⁾. Если главное требованіе будетъ условное и срочное, то и залогъ будетъ условнымъ и срочнымъ, иначе — относится къ моменту

¹⁾ Срав. *Dernburg*. Pand. p. 662 п. 8.

наступленія условія или срока ¹⁾ хотя и съ обратнымъ дѣйствіемъ ²⁾.

Наконецъ, обезпечиваемый залогомъ долгъ можетъ быть и не самого залогодателя; возможно установить залоговое право по долгу третьяго лица ³⁾.

Измѣненія въ долгѣ, обезпечиваемомъ залогомъ, имѣютъ на послѣдній слѣдующее вліяніе:

Если долгъ уменьшится напр. въ силу частичнаго удовлетворенія, то вмѣстѣ съ тѣмъ отъ залога не освобождается соотвѣтствующая часть заложеннаго имущества. Залоговое право цѣлѣнно, хотя бы само обезпечиваемое имъ требованіе было дѣлимымъ: pignoris causa indivisa est ⁴⁾.

Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur L. 19 D. 20, 1; L. 85 § 6 D. 45, 1; L. 6 C. 8, 28.

Поэтому каждый изъ наслѣдниковъ кредитора имѣетъ притязаніе на весь залогъ ⁵⁾ и каждый наслѣдникъ должника отвѣчаетъ по всему залогу ⁶⁾.

При всякомъ другомъ измѣненіи главнаго требованія залоговое право слѣдуетъ за нимъ въ этомъ его новомъ видѣ. Такъ напр. первоначальный залогъ отвѣчаетъ по уплатѣ штрафа, вызваннаго какой либо виной должника, по побочному требованію процентовъ; и т. под. ⁷⁾.

Предметъ залогового права.

Въ понятіи залога заключается право въ случаѣ невыполненія обязательства получить удовлетвореніе изъ цѣны заложенной

¹⁾ L. 5 pr. in f.; L. 13 § 5 D. 20, 1.

²⁾ L. 11 § 1 D. 20, 4.

³⁾ L. 5 § 2 D. 20, 1.

⁴⁾ L. 65 D. 21, 2.

⁵⁾ L. 1 C. 8, 32.

⁶⁾ L. 2 C. 8, 32.

⁷⁾ L. 8 § 5 D. 13, 7; L. 4 C. 4, 32; L. 6 C. 8, 14; L. 13 § 6 D. 20, 1.

вещи; поэтому предметом залогового права можетъ быть лишь то что подлежитъ обращенію въ денежную сумму, т. е. имѣть мѣнливую цѣнность ¹⁾, и не только путемъ продажи и мѣны, но и всякимъ другимъ приобрѣтеніемъ на заложенный предметъ права, напр. по перезалогу.

Такъ слѣдуетъ нѣсколько шире понимать выраженіе L. 9 § 1 D. 20, 1: *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.*

Обыкновеннымъ, а первоначально и единственнымъ, предметомъ залога въ Римѣ были тѣлесныя вещи ²⁾. Вещи эти могли быть какъ движимыя, такъ и недвижимыя, и должны были состоять въ гражданскомъ оборотѣ ³⁾. При этомъ залогодатель долженъ былъ имѣть на эти вещи право собственности и способность ихъ отчуждать ⁴⁾. Залогъ чужой вещи, какъ таковой, не действителенъ ⁵⁾, если только на него не будетъ предварительнаго или послѣдующаго согласія собственника ⁶⁾.

Чужую вещь можно было заложить подъ тѣмъ условіемъ, что она станетъ собственностью залогодателя ⁷⁾, но въ этомъ случаѣ залогъ считается установившимся лишь съ момента приобрѣтенія данной собственности ⁸⁾.

Залогъ на опредѣленную вещь распространяется и на принад-

¹⁾ Paulus 5, 1, 1; L. 1 § 2; L. 5; L. 9 § 1 D. quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt 20, 3; L. 21 C. 1, 2; L. 1 C. 4. 43; L. 6 C. 8, 14; L. 3 C. 8. 17; Novell. 134, 7.

²⁾ Изъ L. 7 C. 4. 39; L. 4 C. 8. 17; L. 13 § 2 D. 20, 1; L. 1 C. 8, 24 можно заключить, что обязательства и само залоговое право стали подвергаться залогу только въ позднѣйшее время.

³⁾ L. 3; L. 6 C. 6, 17.

⁴⁾ L. 1 §§ 2, 4; L. 2 D. 27, 9; L. 22 C. 5, 37; L. 2 C. 5, 70.

⁵⁾ L. 21 § 1 D. 20, 1.

⁶⁾ L. 2, 20 пр. D. 13, 7; L. 4 § 3 D. 18, 2; L. 2, 4, 6. C. 8, 16.

⁷⁾ L. 16 § 7 D. 20, 1.

⁸⁾ L. 7 § 1 D. 20, 4.

лежности ея; залогъ надъ участкомъ обнимаетъ и сервитуты соединенные съ нимъ ¹⁾).

При залогѣ тѣлесной вещи сама эта вещь будетъ предметомъ его, а не право собственности на нее.

Нѣкоторые ученые (въ особенности *Bremer D. Pfandrecht* р. 28 и слѣд.) полагаютъ, что при залогѣ тѣлесной вещи предметомъ его будетъ не сама вещь, а право собственности на нее. Главныя основанія этого воззрѣнія слѣдующія. Залогоприниматель не имѣетъ никакого права воздѣйствовать на самую вещь, а имѣетъ только право распоряжаться собственностью надъ нею. Далѣе тотъ фактъ, что залогъ надъ участкомъ обнимаетъ и сервитуты съ нимъ соединенные, можно объяснить только тогда, когда залогъ будетъ имѣть предметомъ право собственности на участокъ; ибо не участокъ есть носитель сервитутныхъ правомочій, а право собственности на участокъ (*Wittelshöfer. D. Pfandrecht an einer Forderung.* 1876 р. 22). Но писатели даннаго воззрѣнія упускаютъ изъ виду владѣніе залогопринимателемъ заложенной вещи, которое владѣніе ведетъ къ прямому воздѣйствію на вещь. Этого одного достаточно, чтобы признать предметомъ залога вещь, а не право на нее (*Egner. Kritik d. Pfandbegr.* р. 189).

Предметомъ залога можетъ быть и идеальная часть тѣлесной вещи, pars pro indiviso ²⁾, при этомъ самъ по себѣ раздѣлъ общей вещи ничего не измѣняетъ въ предметѣ залога ³⁾).

Деньги могутъ быть предметомъ настоящаго залога лишь тогда, когда будетъ опредѣлена индивидуальность монетъ ⁴⁾).

Нѣкоторые писатели (*Sohm. Subpignus* р. 46) отвергаютъ возможность заложить деньги, выходя изъ того разсужденія, что залогъ предоставляетъ право возетановить цѣну заложеннаго предмета, въ деньгахъ же цѣна

1) L. 16 D. 8, 1.

2) L. un. C. 8, 20.

3) L. 7 § 4 D. 20. 6 ср. L. 2 C. 3, 37.

4) L. 34 § 2 D. 20, 1; L. 7 § 1 D. 20, 4. См. *Pfaff. Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherstellung.* 1868.

уже возстановлена. На это можно отвѣтить, что содержаніе залоговаго права составляетъ право удовлетворить себя изъ заложенаго предмета по неудовлетворенному требованію и возстановленіе имущественной цѣны предмета есть только средство для достиженія этой цѣли (*Wittels-höfer. D. Pfand. an ein. Forder. p. 23, 24*).

Если же замѣнимыя вещи будутъ переданы въ обезпеченіе требованія безъ опредѣленія ихъ индивидуальности, то получится аномальный видъ залога (*pignus irregulare*), по которому на кредитора переходитъ право собственности со всѣми ея выводами ¹⁾.

При залогѣ совокупности вещей (*universitas rerum*) слѣдуетъ различать намѣреніе сторонъ — установить залогъ на совокупность данныхъ предметовъ или нѣтъ. Такъ при залогѣ магазина предметомъ его могутъ быть опредѣленные, данные въ моментъ установленія залога, товары или нѣтъ ²⁾. Въ послѣднемъ случаѣ вещи, выходящія изъ магазина по куплѣ, освобождаются отъ залога и наоборотъ подвергаются ему вновь прибывшіе товары ³⁾. При отсутствіи ясно выраженнаго намѣренія послѣдній выводъ предполагается для совокупностей обыкновенно подлежащихъ постоянному обмѣну ихъ состава. Такъ и залогъ стада обнимаетъ приплодъ замѣняющей убыль ⁴⁾.

Предметомъ залога могли быть не только уже наличныя вещи, но и будущія, еще несуществующія, *res quae nondum sunt futurae tamen sunt* ⁵⁾, напр. будущія дѣти рабыни (*partus ancillae*), еще висячіе плоды (*fructus pendentes*) и т. д. Но въ этихъ случаяхъ залоговое право устанавливается лишь съ момента появленія этихъ будущихъ вещей ⁶⁾.

Кромѣ тѣлесныхъ вещей предметомъ залога могли быть и права. Такъ по новѣйшему римскому праву почти всѣ права на чужую

¹⁾ *Dernburg. Pfandr. Bd. 1 p. 429. Справ. Pfaff. Geld als Mittel pfandrechtl. Sicherung, insbesondere das s. g. pignus irregulare. 1868.*

²⁾ См. *Glück. Erläuter. 18 p. 229—235.*

³⁾ L. 34 pr. D. 20, 1.

⁴⁾ L. 13 pr. D. 20, 1.

⁵⁾ L. 15 pr. D. 20, 1; L. 11 § 3 D. 20, 4.

⁶⁾ L. 29 § 1 D. 30, 1.

вещь могли подлежать залогу, какъ-то эмфитевзисъ, суперficiй¹⁾ и сервитуты²⁾.

Сервитуты могли составлять предметъ залога не только какъ установленныя уже права на чужую вещь, но и какъ права вновь устанавливаемыя съ цѣлью подвергнуть ихъ залогу. Однако изъ числа *servitutes personarum* только тѣ могли подлежать залогу, которые допускали передачу, ибо залоговое право могло вести къ отчужденію его объекта. И такъ какъ только *usufructus* допускалъ отчужденіе, хотя только *quo ad exercitium*³⁾, то лишь этотъ личный сервитутъ могъ быть предметомъ залога; съ этою цѣлью его можно было даже вновь устанавливать⁴⁾. Что касается *servitutes praediorum*, то деревенскіе сервитуты, какъ право прохода и проведенія воды, могутъ составлять предметъ залога и по неуплатѣ долга подлежать отчужденію сосѣднему собственнику⁵⁾. Городскіе же сервитуты никоимъ образомъ предметомъ залога быть не могутъ⁶⁾. Объяснить это различіе можно самимъ свойствомъ полезности, доставляемой тѣми и другими сервитутами. Если она не такова, что имѣетъ значеніе только для одного залогопринимателя, то она способна къ отчужденію, въ противномъ случаѣ — нѣтъ. Последнимъ же свойствомъ отмѣчаются городскіе сервитуты.

Последній вопросъ въ наукѣ крайне споренъ главнымъ образомъ со стороны объясненія проводимаго источниками различія между городскими и деревенскими сервитутами по ихъ залогу (см. *Arndts. Pand.* § 367 прим. 3; *Hölder* въ *Archiv f. civ. Praxis* Bd. 63 p. 113 и слѣд.; *Köhler. Pfandrechtliche Forschungen* p. 271—290).

1) L. 16 § 2 D. 13, 7; L. 13 § 3; L. 31 D. 20, 1; L. 15 D. 20, 4.

2) *Göppert. Ueber Verpfändung von Grundgerechtigkeiten* въ *Archiv für civ. Praxis*. Bd. 49 n. 12. *Eisele. Ueber Verpfändung von Servituten* въ *Archiv für civ. Praxis*. Bd. 65 n. 3.

3) См. т. I стр. 457, 458.

4) L. 11 § 2; L. 15 пр. D. 20, 1.

5) L. 12 D. 20, 1.

6) L. 11 § 3 D. 20, 1: *Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt.*

Предметом залога могли быть и личные права требования насколько они подлежали уступкѣ (*cessio*)¹⁾, т. е. *pignus nominis*.

И самое залоговое право могло въ свою очередь подлежать залогу, *pignus pignori datum*²⁾, т. наз. перезалогъ, *subpignus*.

Наконецъ, все имущество даннаго лица, какъ одинъ предметъ, могло быть заложено. Это такъ назыв. *hypotheca generalis*, общая ипотека, въ отличіе отъ *hypotheca specialis*, частной ипотеки. Первый видъ залога обнималъ не только настоящее имущество, но и все впредь приобретаемое, *omnia quae habeo et habiturus sum*³⁾. Только предметы первой необходимости, какъ напр. платье и т. п., не предполагались въ залогъ⁴⁾. Подъ частной ипотекой разумѣется залогъ отдѣльной вещи, или нѣсколькихъ вещей или даже опредѣленной совокупности вещей, *universitas rerum*, но только не всего имущества⁵⁾.

Способы установленія залога.

По способу установленія залоговаго права оно дѣлится на *pignus voluntarium*, добровольное, и *pignus necessarium*, невольное, смотря по тому, происходитъ ли это установленіе по воли собственника, или помимо и даже въ противность ея.

1) Къ *pignus voluntarium* относятся: а) залогъ, устанавливаемый по соглашенію, *pignus conventionale*, и б) залогъ, устанавливаемый завѣщательнымъ распоряженіемъ, *pignus testamentarium*.

2) Къ *pignus necessarium* относятся: а) залогъ по постановленію судьи, *pignus giudiciale*, и б) залогъ по непосредственному постановленію закона, *pignus legale, seu tacitum*.

1) L. 7 C. 4, 39; L. 4 C. 8, 17.

2) Cod. 8. 24.

3) Paulus 5, 6, 16; L. 15 § 1; L. 34 § 2 D. 20, 1. L. 21 D. 20, 4; L. 9 C. 8, 17.

4) Paulus 5, 6, 16; L. 6—9 D. 20, 1; L. 1 C. 8, 17.

5) L. 9 C. 8, 17.

Pignus conventionale. Для установления залога по соглашению необходимы следующие условия. Прежде всего устанавливающий залог должен быть собственником закладываемой вещи и иметь право ее отчуждать ¹⁾. Если вещь чужая, то действительность залога обуславливается согласием собственника, согласием явным или молчаливым (напр. онъ присутствуетъ при залогѣ своей вещи и молчитъ) ²⁾, согласием предварительным или послѣдующемъ (*ratihabitio*) ³⁾. Если лицо, неимѣющее права совершать отчужденіе вещи, установитъ на нее залогъ, то действительность этого залога зависитъ отъ того, подтвердитъ ли онъ соглашеніе съ приобретениемъ такого права или нѣтъ. Наконецъ, можно закладывать чужую вещь на тотъ случай, что оно впоследствии станетъ собственностью заложника ⁴⁾. Въ этихъ случаяхъ залогъ становится действительнымъ лишь съ момента приобретения данной вещи въ собственность.

Устанавливается залогъ по простому соглашению, *nuda conventione*) ⁵⁾, которое снабжено искомъ только со времени юриста Сервія. При этомъ обыкновенно составлялся, ради доказательности, и письменный актъ соглашения ⁶⁾.

Передача заложенной вещи вообще не требовалась, кромѣ случаевъ *pignus*.

Pignus testamentarium. Условия. Завѣщатель долженъ быть собственникомъ вещи, закладываемой по завѣщанію. Если онъ не былъ собственникомъ, то устанавливалось только личное обязательство должника, направленное на то, чтобы приобрести данную вещь и затѣмъ представить ее въ залогъ кредитору. Отказъ долженъ совмѣщать всѣ условия его действительности, а именно, чтобы завѣщатель былъ способенъ завѣщать, легатарій — принимать, и что-

¹⁾ См. выше.

²⁾ L. 26 § 1 D. 20, 1; L. 2 C. 8, 15.

³⁾ L. 2, 20 pr. D. 13, 7; L. 4 § 3 D. 18, 2; L. 2, 4, 6 C. 8, 16.

⁴⁾ L. 16 § 7 D. 20, 1.

⁵⁾ L. 1 D. 13, 7.

⁶⁾ L. 4 D. 20, 1.

бы въ наличности былъ актъ завѣщанія или кодицилъ. Далѣе требуется, чтобы наслѣдникъ вступилъ въ наслѣдство, такъ какъ распоряженія послѣдней воли обусловливаются моментомъ осуществленія наслѣдованія по завѣщанію ¹⁾.

Pignus iudiciale ²⁾. Залогъ этотъ, какъ одинъ изъ способовъ обезпеченія осуществленія правъ чрезъ посредство суда, упоминается уже въ XII Таблицахъ. Такъ, если лицо, присужденное по суду, не выполняло приговора, то въ обезпеченіе удовлетворенія того правоотношенія, которое устанавливалось приговоромъ, съ него брали *pignus in causa iudicati captum*. Позднѣе появился *pignus praetorium* ³⁾ въ формѣ ввода во владѣніе, *missio in possessionem* ⁴⁾. Наконецъ, въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ слѣдуетъ признать еще третій видъ залога, устанавливаемого судебнымъ рѣшеніемъ, а именно въ случаяхъ присужденій въ процессахъ о раздѣлѣ (*iudicia divisoria*) ⁵⁾.

Pignus legale seu tacitum (*hypotheca tacita*) ⁶⁾ есть залогъ, который устанавливается въ силу самого закона, помимо воли собственника вещи. При наступленіи извѣстныхъ, въ положительномъ законѣ опредѣленныхъ, отношеній устанавливалось залоговое право какъ бы въ предположеніи молчаливаго согласія должника ⁷⁾. Отсюда и выраженія: *tacitae conventiones*, *hypotheca tacita*.

Залогъ такой могъ распространяться или на все имущество должника (*pignora tacita generalia*), или только на опредѣлен-

¹⁾ См. въ наслѣдств. правѣ.

²⁾ См. *Rudolph. Zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 20 p. 311—410.

³⁾ L. 12 D. 41, 4; L. 1, 2 C. 8, 22.

⁴⁾ L. 26 pr. D. 13, 7; L. 1 D. 45, 4. См. т. I стр. 268, 269.

⁵⁾ Въ источникахъ прямо этотъ случай не упомянуть (*Windscheid. Pand. 1 § 233 n. 1*).

⁶⁾ Dig. 20, 2; Cod. 8, 15 in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

⁷⁾ Ср. *Dernburg. Pand. 1 p. 643*.

*Pignus
Necessarium*

ные предметы (*pignora tacita specialia*). Случаи того и другого залога слѣдующіе:

Pignora tacita generalia:

1) *Fiscus semper habet jus pignoris* ¹⁾ Казна имѣетъ залоговое право на все имущество своего должника, какъ напр. по податямъ ²⁾, по договорамъ ³⁾. Только по денежнымъ взысканіямъ за правонарушеніе казнѣ не предоставляется этого общаго залоговаго права ⁴⁾.

2) Предъидущее правило было распространено на императора и императрицу ⁵⁾.

3) Церковь — на имущество своего эмфитевты по требованіямъ, вытекающимъ изъ запущенія *ager emphyteuticarius* ⁶⁾.

4) Всѣ лица, находящіяся подъ охраной или подъ опекой другихъ — на имущество послѣднихъ ⁷⁾.

5) Жена — на имущество мужа по требованію приданнаго ⁸⁾, по управленію имъ виѣприданнымъ (*parapherna*) ⁹⁾, по дареніямъ брачнымъ (*donatio propter nuptias*) ¹⁰⁾.

6) Мужъ — на имущество лица, обязавшагося дать приданное ¹¹⁾.

7) Дѣти — на имущество отца по дошедшему имъ отъ матери или ея восходящихъ ¹²⁾; а также — на *lucra nuptialia* при вторичной женитбѣ отца ¹³⁾.

8) Общій залогъ въ случаѣ отказа *sub conditione vidu-*

1) L. 3; L. 4 pr.; L. 6 D. 20, 2; L. un. § 1 C. 5, 13.

2) L. 1 C. 8, 15; L. 1 C. 4, 46.

3) L. 28 D. 49, 14; L. 2 C. 18, 15; L. 2; L. 3 C. 7, 72.

4) L. 17; L. 37 D. 49, 14; L. un. C. 10, 7.

5) L. 6 § 1 D. 49, 14.

6) Nov. 7 c. 3 § 2.

7) L. un. C. 4, 53; L. 20 C. 5, 37; L. 7 §§ 5, 6 C. 5, 70.

8) § 29 J. 4, 6; L. un. § 1 C. 5, 13.

9) L. 11 C. 5, 14.

10) L. 12 § 2 C. 8, 19; Nov. 109 c. 1.

11) L. un. § 1 C. 5, 13; § 29 J. 4, 6.

12) L. 8 § 5 C. 5, 9.

13) L. 6 § 2; L. 8 § 4 C. 5, 9.

itatis на имущество овдовѣвшаго, въ пользу котораго сдѣланъ отказъ подъ условіемъ не вступать въ новый бракъ ¹⁾. Принадлежитъ этотъ залогъ лицамъ, которымъ долженъ перейти отказъ въ случаѣ нарушенія условія.

Pignora legalia specialia:

1) Лица, давшія деньги на возведеніе и исправленіе зданія, имѣютъ залогъ на это зданіе, по требованіямъ изъ займа ²⁾.

2) Отдавшіе въ аренду *praedium rusticum* — на все полученные плоды по требованіямъ изъ найма ³⁾. Начинается этотъ залогъ съ момента *percipio* плодовъ арендаторомъ ⁴⁾.

3) Отдавшій въ наемъ *praedium urbanum* — на движимое имущество наемщика внесенное въ *praedium (investa et illata)*, въ обезпеченіе уплаты наемной суммы ⁵⁾ и вознагражденія за всякій ущербъ по найму ⁶⁾. Начинается залогъ съ момента внесенія вещей въ помѣщеніе.

4) Легатарій — на наследственное имущество, обремененное отказомъ ⁷⁾.

5) Пупиллъ — на вещи купленныя его деньгами, но не на его имя ⁸⁾.

Права залогопринимателя.

Прежде всего залогъ въ формѣ *pignus* представлялъ кредитуру владѣніе залоговою вещью, а имѣетъ и право защищать его интердиктами. Но владѣніе залогопринимателя не перерывало теченіе давности для залогодателя.

1) Nov. 22, c. 44 § 2, 3, 9.

2) L. 1 D. 20, 2.

3) L. 7 pr. D. 20, 2.

4) L. 61 § 8 D. 47, 2.

5) L. 2; L. 3; L. 4 pr.; L. 6 D. 20, 2; L. 4 pr. D. 2, 14.

6) L. 7 § 1 D. 20, 2.

7) L. 1, 2 C. 6, 43.

8) L. 6 C. 7, 8; L. 3 pr. D. 27, 9; L. 7 pr. D. 20, 4.

Въ источникахъ признается владѣніе залогопринимателя, какъ напр.: pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem (L. 15 § 1; L. 37 D. 41, 1). Но вмѣстѣ съ тѣмъ признается владѣніе и залогодателя со стороны выполнения давности: intelligitur, videtur possidere ad causam usucapionis (L. 1 § 15; L. 36 D. 41, 2; L. 16; L. 33 § 4 D. 41, 3). Въ наукѣ обыкновенно этотъ случай относятъ къ такъ называемому производному владѣнію (т. I стр. 346, 347). При этомъ указанному отступленію въ пользу владѣнія давали самыя разнообразныя объясненія. По моему же мнѣнію слѣдуетъ признать единственнымъ владѣльцемъ самаго залогодателя: Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam (L. 15 § 2 D. 2, 8). Въ источникахъ давность признается только принадлежностью владѣнія (*Dernburg. Pfandr.* 2 р. 52, 53): sine possessione usucapio contingere non potest, а поэтому тамъ признается владѣніе за должникомъ по залогу (L. 7 § 2 C. 7, 39). Кредиторъ только держитъ вещь отъ имени должника и по отношенію къ защитѣ представляетъ его (L. 29 in f. D. 10, 2). См. развитіе этого воззрѣнія *Азаревичъ*: Прекаріумъ по римскому праву. 1877 стр. 51—55.

Какъ вещное право, залогъ представляетъ кредитору и всё прочіе иски на защиту заложенной вещи, аналогичные искамъ собственника. Такъ utiliter онъ можетъ вчинять actiones negatoriae, confessoriae, finium regundorum, communi dividundo ¹⁾, можетъ совершать operis novi nuntiatio, требовать cautio damni infecti, вчинять interdictum quod vi aut clam ²⁾, actio furti, о damnum injuria datam ³⁾ и т. д.

При наступленіи срока платежа по обеспеченному залогомъ долгу залогоприниматель можетъ и при ипотекѣ требовать выдачи

¹⁾ L. 16 D. 8, 1; L. 9 D. 39, 1; L. 1 § 5 D. 43, 2; L. 4 § 9 D. 10, 2; L. 7 § 6 D. 10, 3.

²⁾ L. 9 D. 39, 1; L. 11, 19 pr. D. 39, 2, L. 11 § 14 D. 43, 24; L. 1 §§ 4, 5 D. 43, 25.

³⁾ L. 12 § 2 D. 13, 1; L. 15 pr.; L. 87 D. 47, 2; L. 17 pr.; L. 30 § 1 D. 9, 2.

себѣ вещи и удерживать ее послѣ погашенія обеспеченнаго ею долга, если за залогодателемъ остаются еще другіе долги, хотябы не обеспеченные залогомъ. Последнее установлено импер. Гордіаномъ, который находилъ *dolus* въ требованіи возврата залога, когда оставались еще другія непогашенныя обязательства ¹⁾.

Наконецъ, залогъ устанавливаетъ право за кредиторомъ отчуждать (*jus distrahendi*) ²⁾ заложенную вещь, буде непослѣдуетъ удовлетворенія по главному требованію ³⁾. Такое право вытекаетъ изъ самого общаго смысла залога, какъ института служащаго обеспеченіемъ по удовлетворенію главнаго требованія. Въ позднѣйшемъ, по крайней мѣрѣ, римскомъ правѣ право продажи признавалось существеннымъ выводомъ изъ залога ⁴⁾.

Многіе писатели полагаютъ, что въ прежнемъ правѣ, а именно до 3-го вѣка по Р. Х., для права отчужденія залога кредиторомъ требовалось особое соглашеніе, *pactum de vendendo pignore* (см. у *Дядьинскаго* cit. стр. 20 и пр. 2), на что будто указываютъ болѣе или менѣе ясно нѣкоторые мѣста источниковъ, какъ напр. *Gajus* 2 § 64; L. 74 D. 47, 2. Но другіе писатели, выходя изъ общаго назначенія залога служить обеспеченіемъ удовлетворенію требованія, легко объясняютъ эти и другія выраженія источниковъ совсѣмъ иначе, въ смыслѣ всегдашняго и само собою понимаемаго права отчужденія залога (см. *Lang.* въ *Archiv f. d. civ. Praxis* Bd. 28 §§ 1, 2).

Соглашеніе, по которому залогоприниматель отказывался отъ права продажи, было недѣйствительнымъ ⁵⁾. Единственное значеніе

¹⁾ L. un. §§ 2, 3 C. etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri 8, 27.

²⁾ Dig. 20, 5 de distractione pignorum et hypothecarum. Cod. 8, 28 de distractione pignorum.

³⁾ L. 1 C. 8, 30; L. 6 pr.; L. 11 § 4; L. 13; L. 34 D. 13, 7; L. 5 pr.; L. 7 pr.; L. 10; L. 11; L. 12 pr. § 1 D. 20, 5; L. 26 § 2 D. 20, 1; L. 10; L. 16; L. 20 C. 8, 28. L. 1; L. 2 C. 8, 46.

⁴⁾ L. 4; L. 8 §§ 3, 5 D. 13, 7; L. 12 § 10 D. 20, 4; L. 8; L. 13 D. 20, 5; L. 6, 14 C. 8, 28.

⁵⁾ Paulus 2, 13, 5; L. 4 D. 13, 7; Cod. 8, 29 debitorem venditionem pignoris impedire non posse.

этого соглашения выражалось въ томъ, что послѣ него продажа могла быть совершена только при тройномъ заявленіи (*denuntiatio*) должнику ¹⁾.

Продать заложленную вещь кредиторъ могъ при слѣдующихъ условіяхъ: Неудовлетвореніе главнаго требованія по наступленіи его срока ²⁾. Напоминаніе кредитора должнику о платежѣ ³⁾. Кромѣ того должникъ долженъ былъ быть извѣщенъ о намѣреніи произвести продажу (*denuntiatio*) ⁴⁾. И только по истеченіи двухъ лѣтъ послѣ такого извѣщенія можно было приступить къ продажѣ, если только не было иного соглашения ⁵⁾. Впрочемъ при *pignus iudiciale* извѣщенія не требовалось и продажа могла быть совершена черезъ два мѣсяца послѣ приговора ⁶⁾.

Самая продажа происходитъ или путемъ частнымъ или аукціоннымъ ⁷⁾. Такъ залогъ казни и *pignus in causa iudicati captum* подлежали продажѣ съ аукціона ⁸⁾.

Моментъ продажи лежитъ на усмотрѣніи кредитора. Онъ не отвѣчаетъ предъ залогодателемъ за упущеніе благоприятнаго случая, ибо нѣтъ обязанности продавать, а есть только право ⁹⁾.

При нѣсколькихъ залогахъ по одному и тому же обязательству кредиторъ опредѣляетъ очередь ихъ осуществленія ¹⁰⁾.

При этомъ залогоприниматель имѣетъ право продать всю заложленную вещь, а не только ея часть, отвѣчающую стоимости его требованія. Объяснить это положеніе можно тѣмъ, что при продажѣ части вещи, ведущей къ установленію общей собственности, труднѣе найти покупателя и условія были бы менѣе выгодныя ¹¹⁾.

1) L. 4 D. 13, 7.

2) L. 4 D. 20, 5; L. 5—8, 14, 16 C. 8, 28.

3) L. 18 C. 5, 38.

4) L. 4 C. 8, 28.

5) Постановленіе Юстиніана L. 3 § 1 C. 8, 34.

6) L. 32 D. 42, 1.

7) L. 4, 9 C. 8, 28.

8) L. 16 C. 4, 44; Cod. 8, 23 si in causa iudicati.

9) L. 6 pr. D. 13, 7.

10) L. 8 D. 20, 5.

11) *Wittelshöfer*. Pfandr. an einer Forder. p. 25 cp. *Sohm*. и *Subpignus* p. 22.

Продажа залога совершается кредиторомъ во имя его собственнаго права, а не въ качествѣ представителя, по порученію залогодателя.

Классическіе юристы во главѣ съ Папиньяномъ обыкновенно держатся высказаннаго взгляда, какъ напр.: „in venditione ... suum creditor negotium facit L. 42 D. 13, 7. См. также L. 5 § 3. L. 7 § 1 D. 27, 9; L. 13 D. 20, 5. Но встрѣчается въ источникахъ же и идея представительства при продажѣ залога (Gajus 2 § 64) и многіе писатели (см. у Dernburg. Pfandr. 2 p. 110) считаютъ такой взглядъ болѣе правильнымъ уже потому, что по общему началу нельзя переносить на другого того права, какого мы сами не имѣемъ (L. 54 D. 50 17); залогоприниматель же не имѣетъ права собственности на заложенную вещь.

Однако продажа должна совершаться по условіямъ возможно болѣе выгоднымъ ¹⁾. Недобросовѣстность кредитора не дѣлаетъ купли-продажи ничтожной ²⁾, но налагаетъ на него личное обязательство вознаградить за убытки залогодателя ³⁾.

При продажѣ залога кредиторъ не могъ, ни самъ лично, ни чрезъ подставныхъ лицъ, явиться покупателемъ ⁴⁾. Не могъ купить заложенную вещь и должникъ, cum rei suae nulla emtio est ⁵⁾.

Кредиторъ, имѣя въ своемъ владѣніи проданный залогъ, обязывался передать его купившему; въ противномъ случаѣ онъ уступалъ ему свое исковое право.

Creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet: et, si pignus possidet, tradere utique possessionem L. 13 D. 20, 5.

Что касается отвѣтственности по продажѣ, то кредиторъ отвѣчалъ покупателю лишь за фактъ залоговаго права на данную вещь и притомъ въ первой очереди; за право же должника на про-

1) L. 22 § 5 D. 13, 7; L. 4 C. 8, 27.

2) L. 13 C. 8, 27.

3) L. 1; L. 45 C. 8, 29.

4) Paulus 2, 13, 4; L. 40 pr. D. 13, 7; L. 10 C. 8, 28.

5) L. 40 pr. § 1 D. 13, 7; L. 39 D. 18, 1.

даваемую вещь онъ не отвѣчалъ ¹⁾. Поэтому за очисткой и по скрытымъ порокамъ вещи покупатель долженъ былъ обращаться къ залогодателю ²⁾. Конечно, если кредиторъ зналъ, что вещь не принадлежитъ залогодателю ³⁾ или прямо принялъ на себя обязанность очистки, то не можетъ уклониться отъ данной отвѣтственности.

Продажей уничтожается залоговое право какъ самого кредитора-взыскателя ⁴⁾, такъ и всѣхъ кредиторовъ, слѣдующихъ за нимъ ⁵⁾.

Изъ полученной суммы залогоприниматель могъ удовлетворить себя въ полномъ составѣ требованія, не заботясь о другихъ кредиторахъ по данной вещи. Если притомъ цѣна превышаетъ его долгъ, то излишекъ (superfluum, hyperoscha) долженъ быть возвращенъ должнику ⁶⁾. Если же цѣна залога окажется меньше самого требованія, то по недостающей суммѣ кредиторъ имѣетъ право личного иска къ должнику ⁷⁾; а залоговое право во всякомъ случаѣ погашается.

Совершившая же продажа залога считается окончательною. Должникъ не имѣетъ права послѣ этого предлагать купившему уплаченную имъ сумму и требовать возвращенія вещи. Но кредиторъ можетъ при продажѣ выговорить такое право для должника ⁸⁾. Послѣдній случай представляетъ одно изъ исключеній по тому началу, что никто не можетъ получить требованія изъ сделки, въ которой не принималъ участія.

Въ случаѣ заложенная вещь не могла быть продана, то кредиторъ имѣлъ право оставить ее за собою, но только съ предвари-

1) *Moreau*. Haftung wegen Eviktion der verkauften Pfandsache 1878.

2) L. 10 C. 8, 35. Ср. L. 10 D. 20, 5; L. 11 § 16. D. 19, 1.

3) L. 2 C. 8, 45.

4) Paulus 2, 13, 4; L. 15 C. 8, 27.

5) L. 3 D. 20, 5; L. 6 C. 8, 17; L. 7 C. 4, 10.

6) Paulus 2, 13, 1; L. 12 § 5; L. 20 D. 20, 4; L. 7; L. 24 § 2; L. 35 pr.; L. 43 D. 13, 7; L. 73; L. 101 § 1 D. 46, 3; L. 5, 20 C. 8, 28; L. 5 C. 8, 30.

7) L. 10 C. 4, 10.

8) L. 2 C. 8, 20; L. 13 pr. D. 13, 7; L. 7 pr. § 1 D. 20, 5.

тельнаго разрѣшенія государя (*impetratio domini per principem* ¹⁾) и оцѣнки. Если оцѣнка превышала сумму долга, то до истечения двухъ лѣтъ между кредиторомъ и должникомъ устанавливалась общая собственность; послѣ какового срока кредиторъ могъ выкупить часть должника. Должникъ же во всякомъ случаѣ могъ въ теченіи двухъ лѣтъ возвратить вещь, уплативъ кредитору сумму долга, проценты на нее, и вознаградивъ за убытки ²⁾.

Въ классическія времена римской юриспруденціи нерѣдко при установленіи залога стороны вступали въ особое соглашеніе, по которому предоставлялось заголопринимателю право оставить за собою заложленную вещь безъ предварительной ея оцѣнки, на случай залогодатель не выполнитъ своевременно долга. Такое соглашеніе носило названіе *lex commissoria* ³⁾. Оно не устанавливало обязанности брать себѣ вещь вмѣсто требованія, а давало только право погасить послѣднее удержаніемъ залога или по прежнему требовать выполнения обязательства ⁴⁾.

Путемъ *lex commiss.* нерѣдко должникъ могъ терять большую цѣнность по сравненію съ долгомъ, а такъ какъ въ основѣ подобной потери лежала съ одной стороны неосторожность должника, а съ другой жесткость кредитора, то импер. Константинъ нашелъ нужнымъ запретить (320 г.) вообще подобныя соглашенія ⁵⁾. Послѣдствіемъ этого запрещенія была ничтожность соглашенія, не-

1) Cod. 8, 34 de jure domini impetrando.

2) L. 3 C. 8, 34.

3) См. Warnkönig. Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrechte въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 24 p. 1—38; p. 312—388; Bd. 25 p. 60—114, 226—255, 420—439. Dig. 18, 3 de lege commissoria. Названіе даннаго соглашенія отъ слова „commissum“, указывающее какъ бы на угрозу для должника потерей его права; подобно тому какъ говорятъ: *roenam committere, multam committere* и т. п., навлечь наказаніе, штрафъ и т. д. (L. 6 pr. D. 36, 1; L. 14 § 1 D. 46, 2).

4) L. 6; L. 7 D. 18, 3. См. Dernburg. cit. p. 276, 277.

5) L. 1 C. Th. de commissoria rescindenda 3, 2; L. 3 C. de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda 8, 35.

дѣйствительность перехода собственности; должникъ не лишается *rei vindicatio*, а кредиторъ — своего требованія. Это запрещеніе не касалось соглашенія, по которому должникъ разрѣшалъ кредитуру приобрѣтеніе въ собственность заложенной вещи въ случаѣ неуплаты долга, но только по оцѣнкѣ ея при самомъ истеченіи срока долга ¹⁾. Продажная цѣна могла быть обозначена и впередъ ²⁾, лишь бы она только соответствовала дѣйствительной стоимости вещи.

Последней оговорки не признаетъ напр. Дербургъ (cit. p. 282—284), но она слѣдуетъ уже изъ общаго мотива константиновскаго закона, стремившагося предупредить злоупотребленія, по которымъ въ собственность кредиторовъ переходили вещи высшей стоимости по сравненію съ требованіями (см. *Warnkönig* cit. Bd. 24 p. 351).

По общему началу залогоприниматель не имѣлъ права ни распоряженія, ни пользованія заложенной вещью. И то и другое оставалось за залогодателемъ. При залогѣ въ формѣ *pignus* залогопринимателя нельзя вполнѣ лишить извѣстнаго распоряженія вещью, но это право допускается лишь въ той мѣрѣ, въ какой требуетъ ея сохраненіе и управленіе ею со стороны добропорядочнаго отца семейства. По этому управленію залогоприниматель можетъ отдавать заложенное имущество въ наймы и притомъ даже самому собственнику его ³⁾. Но по окончаніи залога вещь должна быть возвращена со всеми полученными отъ нея плодами за возмѣщеніемъ изъ нихъ тратъ по управленію ⁴⁾. Всякое пользованіе плодами со стороны залогопринимателя разсматривается какъ *furtum usus* ⁵⁾. Однако возможно соглашеніе между залогопринимателемъ и залогодателемъ о пользованіи первымъ заложенной вещью, причемъ плоды считаются покрывающими проценты съ суженнаго капитала. Въ этихъ

¹⁾ L. 16 § 9 D. 20, 1.

²⁾ Vat. fr. § 9; L. 81 D. 18, 1. См. *Vangerow*. Pand. 1 § 383 n. 3.

³⁾ L. 23 D. 20, 1; L. 35 § 1; L. 37 D. 13, 7; L. 37 D. 41, 2.

⁴⁾ L. 6 C. 8, 14.

⁵⁾ § 6 I. 4, 1; L. 54 pr. D. 47, 2.

случаяхъ положенія о дозволенныхъ проценгахъ не примѣняются; плоды могутъ и превышать законный ихъ максимумъ.

Послѣднее прямо подтверждается источниками, какъ L. 17 C. 4, 32; L. 14 C. eod. Но тѣмъ не менѣе многіе писатели толкуютъ эти и другія мѣста въ смыслѣ ограниченія пользованія плодами только въ размѣрѣ законныхъ процентовъ, уменьшая на остальную ихъ стоимость должный капиталъ (объ этомъ и другихъ воззрѣніяхъ см. *Roedenbeck* цит. ниже р. 17—25).

Для подобнаго пользованія римскіе источники въ двухъ мѣстахъ ¹⁾ употребляютъ выраженіе antichresis — ἀντίχρησις ²⁾ — взаимное пользованіе ³⁾. Словомъ этимъ выражается въ общемъ смыслѣ такое правоотношеніе двухъ лицъ, которое имѣетъ въ основѣ взаимное представленіе пользованія различными вещами. Соглашеніе, которымъ устанавливается такое правоотношеніе носитъ названіе pactum antichreticum. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ подъ antichresis разумѣется такой случай, когда одно лице, получая пользованіе извѣстнымъ количествомъ замѣнимыхъ вещей, уступаетъ вмѣсто процентовъ пользованіе опредѣленной вещью. Изъ этого видно, что antichresis не предполагаетъ непременно залогъ вещи, хотя въ большинствѣ случаевъ онъ могъ являться въ качествѣ побочнаго соглашенія именно при залогѣ.

Многіе учебники (напр. Arndts, Windscheid 1 § 234) склонны признать pactum antichreticum за побочный договоръ специально при залоговомъ соглашеніи. Но источники ясно не связываютъ этого договора съ залогомъ вещи (L 11 § 1 D. 20 1; L. 6 C. 4, 26; L. 14 C. 4, 32). См. *Glück. Erläuter.* Bd. 14 р. 105 и слѣд.

Какъ по чисто личному отношенію, по antichresis, залого-

¹⁾ L. 33 D. 13, 7 и L. 11 § 1 D. 20, 1.

²⁾ Объ этимологіи слова см. у *Glück. Erläuter.* Bd. 14 р. 105.

³⁾ См. *Roedenbeck. Die Antichresis.* 1874. *Rinaldi. Saggio sul diritto di anticresi* въ *Archivio giuridico* 21 р. 300 и слѣд.

приниматель продолжаетъ быть свободнымъ отъ какихъ либо уплатъ по пользуемой вещи ¹⁾).

Antichresis устанавливалось и помимо соглашения, а именно когда капиталъ былъ переданъ безъ уговора о процентахъ и въ обезпеченіе возвращенія былъ установленъ залогъ на плодоносящую вещь, то въ этомъ случаѣ допускалось пользованіе плодами, въ размѣрѣ законныхъ процентовъ, безъ предварительнаго соглашенія. Такое пользованіе принято теперь ²⁾ называть antichresis tacita.

Все ученіе объ antichr. tacita основано на слѣдующемъ мѣстѣ юриста Павла: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere (L. 8 D. 20, 2). Въ словахъ этихъ нельзя незамѣтить внутренняго противорѣчія, а именно: не смотря на то, что не выговорено процентовъ, тѣмъ не менѣе кредиторъ получаетъ право извлекать для себя проценты изъ заложенной вещи. Была масса попытокъ примирить это противорѣчіе (см. *Stephan* въ *Archiv f. civ. Praxis* 30 п. 14; *Roedenbeck. cit.* p. 33—42). Всего правдоподобнѣе объяснить данное мѣсто общимъ чувствомъ справедливости, по которому юристу казалось естественнымъ, чтобы должникъ, безпроцентно пользующійся капиталомъ, не могъ вмѣстѣ съ тѣмъ требовать отъ кредитора всѣхъ плодовъ заложенной вещи (*Dernburg. cit.* p. 74).

Залогъ права.

Залогъ права состоитъ въ установленіи права для кредитора получить удовлетвореніе своего требованія изъ права залогодателя.

Многіе писатели (*Exner. Pfandb.* p. 53 и слѣд.) видятъ въ этомъ залогѣ переносъ самого права на кредитора, т. е. сказать преемственность въ правѣ. Но противъ такого взгляда основательно возражаютъ, что если заложенное право переходитъ въ имущество залогопринима-

¹⁾ *Roedenbeck cit.* p. 15, 16. Но противнаго мнѣнія напр. *Dernburg. cit.* Bd. 2 p. 70.

²⁾ Начиная съ Куяція.

теля, то послѣдній не будетъ имѣть на него залоговаго права, а получить само соотвѣтствующее право (*Sohn Subpignus* p. 28).

Въ числѣ этого рода залоговъ особенное значеніе имѣютъ а) *залогъ обязательствъ* и б) *перезалогъ*.

а) *Залогъ обязательствъ, pignus nominis.*

Пособія: Wittelshöfer. Das Pfandrecht an einer Forderung. 1876. Hellwig. Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen. 1883.

Кредиторъ по залогу обязательства получалъ право удовлетворить себя на счетъ залогодателя изъ личнаго требованія послѣдняго къ третьему лицу. Обязательство считается заложенымъ во всемъ его объемѣ безъ вниманія къ величинѣ обезпеченнаго требованія, но удовлетвореніе не должно превышать претензіи залогопринимателя ¹⁾.

Что касается способа удовлетворенія изъ заложennaго обязательства, то кредиторъ могъ прежде всего продать его и изъ вырученной суммы покрыть свое требованіе ²⁾. Могъ кредиторъ при наступленіи срока исполненія заложennaго обязательства прямо потребовать платежа себѣ, *jus exigendi* ³⁾, какъ бы въ силу уступки обязательства со стороны кредитора-залогодателя. Если предметъ заложennaго обязательства не была денежная сумма, а какая либо вещь, напр. недвижимость, то залогоприниматель получалъ на нее только залоговое право, право же собственности доставалось залогодателю ⁴⁾.

Чтобы обезпечить такое залоговое право кредиторъ долженъ сдѣлать должнику залогодателя извѣщеніе объ установленіи залога; иначе послѣдній можетъ получить долгъ, а тѣмъ самымъ погасится и залогъ.

1) L. 4 C. 8, 16.

2) Вопросъ о правѣ залогопринимателя продавать заложненное требованіе въ наукѣ спорно. Но см. L. 7 C. 4, 39 и къ нему *Hellwig. cit.* p. 33.

3) L. 18 pr. D. 13, 7, L. 20 D. 20, 1.

4) L. 20 D. 20, 1. *Dernburg. Pand.* 1 p. 700 n. 9.

б) *Перезалогъ, subpignus.*

Пособіе: Sohm. Die Lehre vom subpignus. 1864.

Перезалогъ (*subpignus, pignus pignori datum*) есть залогъ, устанавливаемый залогопринимателемъ по его залоговому праву ¹⁾. Предметомъ перезалога будетъ само залоговое право, выражающееся въ правѣ продажи перваго кредитора.

Мнѣнія ученыхъ на предметъ перезалога расходятся (*Дядькинскій Залогъ* стр. 244—247). Одни полагаютъ, что предметомъ перезалога будетъ сама заложенная вещь (*Brinz. Pand. § 83; Vangerow. Pand. § 368*; другіе принимаютъ перезалогъ за *pignus nominis*, т. е. за залогъ требованія, укрѣпленнаго первымъ залогомъ (*Hepp. Archiv f. civ. Praxis 15 p. 87; Dernburg. Pand. 1 p. 702*); а по мнѣнію принятому нами предметомъ перезалога будетъ само залоговое право (*Sohm. cit. p. 75; Windscheid. Pand. 1 § 239*).—Первое возрѣніе нельзя признать по той причинѣ, что залогоприниматель не имѣетъ иного права распоряженія заложенной вещью, какъ обратить ее въ удовлетвореніе по собственному требованію (по срав. *L. 13 § 2 D. 20, 1; L. 14 § 3 D. 44 3; L. 1, 2 C. 8, 24*). Второго возрѣніе нельзя признать по той причинѣ, что обезпеченіе лежащее въ основѣ перезалога исходитъ изъ обезпеченія даннаго первымъ закладчикомъ, а не изъ требованія на него отъ перваго залогопринимателя. Поэтому считаемъ болѣе правильнымъ видѣть въ перезалогѣ залогъ самого залоговаго права, который залогъ въ самомъ только осуществленіи отражается на заложенной вещи и обезпеченномъ ею требованіи.

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что при неравномъ объемѣ требованій перваго и послѣдующаго кредиторовъ взысканіе послѣдняго опредѣляется величиною требованія перваго. Точно также и свойство заложеннаго права опредѣляетъ права перезалогопринимателя. Такъ, если будетъ заложенъ узупфруктъ, то залогоприниматель не

¹⁾ *L. 1 pr. C. 8, 23* срав. *L. 13 § 2 D. 20, 1.*

можетъ въ перезалогѣ установить залогъ собственности ¹⁾. Оба начала составляютъ выводъ изъ того положенія, что никто не можетъ предоставить другому большаго права, чѣмъ самъ имѣеть ²⁾.

Осуществленіе перезалога, согласно его предмету, мыслимо только съ того времени, когда требованіе обеспеченное первымъ залогомъ подлежитъ удовлетворенію. Съ другой стороны съ удовлетвореніемъ перваго залогопринимателя прекращается залогъ втораго ³⁾. Но въ послѣднемъ случаѣ перезалогоприниматель имѣеть право на удовлетвореніе изъ суммы полученной первымъ залогопринимателемъ ⁴⁾.

Стеченіе нѣсколькихъ залоговъ.

Залогъ въ формѣ ипотеки даетъ возможность установить залоговое право на одинъ и тотъ же предметъ нѣсколькимъ лицамъ. При этомъ возможны слѣдующіе случаи:

1) Каждому изъ кредиторовъ предоставляется залогъ въ известной части заложеной вещи ⁵⁾. Тутъ не можетъ имѣть мѣсто какая либо коллизія между правами отдѣльныхъ залогопринимателей.

2) Нѣсколько залоговыхъ правъ устанавливаются одновременно на всю вещь. Если они исходятъ отъ различныхъ лицъ, не находящихся между собою въ какой либо правовой связи (напр. отъ собственника и владѣльца въ условіяхъ *actio Publiciana*), то преимущество признается за тѣмъ залогомъ, который установленъ лицомъ съ большимъ правомъ на вещь. Если же такого превосходства не имѣется, или если залоговъ устанавливаются однимъ лицомъ, и вещь не подлежитъ дѣленію ни физическому, ни идеальному, — то преимущество опредѣляется признакомъ владѣнія заложеною вещью ⁶⁾.

1) L. 1 C. 8, 24; L. 6 C. 3, 33.

2) См. т. I стр. 161.

3) L. 13 § 2 D. 20, 1. См. *Sohm cit.* p. 106 и слѣд.

4) См. *Sohm cit.* p. 112.

5) L. 20 § 1 D. 13 7; L. 10 in f. L. 16 § 8 D. 20, 1.

6) L. 10; L. 16 § 8 D. 20, 1; L. 14 D. 20, 4. См.: *Löhr* въ *Archiv f. civ. Praxis* Bd. 6 p. 154; Bd. 14 p. 161 и слѣд.

3) Во всѣхъ прочихъ случаяхъ установленія нѣсколькихъ залоговъ по одной и той же вещи преимущество одного передъ другимъ обуславливается временемъ установленія, или привилегіей обезпеченнаго долга.

1 Преимущество по времени ¹⁾. Залоги установленные раньше другихъ имѣютъ предъ послѣдними преимущество: *sicut prior es tempore, ita potior es jure* ²⁾, предшествующій (*prior*) кредиторъ по залогу сильнѣе (*potior, potentior*) послѣдующихъ (*inferiores, posteriores creditores*).

Такое преимущество по признаку болѣе ранняго установленія объясняется самою сущностью залоговаго права, какъ *jus in re*. Разъ установленное оно имѣетъ силу по отношенію ко всѣмъ, а въ томъ числѣ и къ послѣдующему кредитору, который пріобрѣтаетъ право на вещь уже обремененную залогомъ ³⁾. Такое отношеніе между нѣсколькими залогомъ не опредѣляется необходимо моментомъ установленія залога, но оно уже имѣется тогда, когда есть основаніе для установленія залога обязательнаго для должника. Такъ, если залоговое право будетъ въ своемъ установленіи оговорено наступленіемъ условія или срока, то счетъ въ отношеніяхъ времени ведется съ момента совершенія акта ⁴⁾. Тоже самое примѣняется и къ залогу по условному и срочному требованію ⁵⁾. Наоборотъ, счетъ времени по залогу, который имѣетъ цѣлью обезпечить будущее требованіе, начинается съ момента дѣйствительнаго установленія этого требованія, напр. представленія денегъ въ займы ⁶⁾. Что касается

¹⁾ Dig. 20, 4 qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt. Cod. 8, 18 qui potiores in pignore habeantur. *Regelsberger. Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte.* 1859.

²⁾ L. 4 C. 8, 18; L. 2; L. 7; L. 8 C. eod.

³⁾ *Dernburg. cit.* 2 p. 412. Справ. *Kohler. Pfandrechl. Forschungen* p. 56, 57.

⁴⁾ L. 12 § 2 D. 20, 4.

⁵⁾ L. 9 pr. §§ 1, 2; L. 11 § 1 D. 20, 4.

⁶⁾ L. 1 § 1; L. 11 pr. D. 20, 4; L. 4 D. 20, 3. См. *Regelsberger. cit.* § 12.

предмета залога, то если опредѣленіе его зависитъ отъ залогодателя, напр. *illatio* нанимателя помѣщенія, то счетъ времени по залогу начинается съ момента состоявшагося такого опредѣленія ¹⁾. Залогъ вещей будущихъ, или еще не принадлежащихъ залогодателю, ведетъ счетъ не съ момента появленія этихъ вещей, или приобрѣтенія ихъ залогодателемъ, а съ момента совершенія залоговаго акта ²⁾.

Разсмотрѣнный вопросъ весьма споренъ въ наукѣ (см. *Vangerow. Pand. 1 §§ 369, 372. Dernburg. cit. Bd. 1 § 32; Bd. 2 § 150*). По мнѣнію всего болѣе распространенному отношеніе по времени между нѣсколькими залогоми опредѣляется всегда моментомъ дѣйствительнаго установленія залога, т. е. тѣмъ моментомъ, когда съ актомъ залога совпадаетъ наличность обезпечиваемаго имъ требованія и закладываемаго предмета. Таково рѣзко поставленнаго признака провести по источникамъ нельзя; а скорѣе подтверждается ими и юридической логикою различеніе отдѣльныхъ случаевъ, что теперь признается также немалымъ числомъ ученыхъ (*Regelsberger. cit.; Fitting. въ Krit. Vierteljahresschrift 1 p. 71 и слѣд.*).

Если залогъ основанъ на публичномъ актѣ или на актѣ подписанномъ тремя свидѣтелями (*instrumentum publicum, quasi publicum*, а самый залогъ носить названіе публичнаго *pignus publicum, quasi publicum*), то обозначенный въ немъ срокъ совершенія считается болѣе достовѣрнымъ, чѣмъ срокъ обозначенный въ частномъ актѣ залога (*pignus privatum*). Такое предположеніе установлено однимъ закономъ Льва отъ 469 г. въ виду того, что кредиторы по частному акту могли по соглашенію съ залогодателемъ обозначать срокъ состоявшагося соглашения закладнаго заднимъ числомъ.

Конституція Льва (L. 11 C. 8, 18) въ наукѣ толкуется различно. См. *Sintenis. Pfandrecht p. 270 и слѣд.; Vangerow. Pand. 1 § 387.*

¹⁾ L. 11 § 2 D. 20. 4.

²⁾ L. 21 pr. D. 20, 4 ср. L. 7 § 1 D. 20, 4.

2 Некоторые виды залоговъ имѣютъ въ обходъ разсмотрѣннаго начала о преимуществѣ по времени, преимущество по привилегіи. Такими привилегированными залогоми были слѣдующіе:

1) Залоговое право казны по требованіямъ недоимокъ ¹⁾ и по всѣмъ договорамъ. Въ первомъ случаѣ залогъ распространялся на все имущество должника, во второмъ только на вещи, *quae postea acquisitae sunt*, т. е. приобретенныя послѣ установленія договора съ казною ²⁾. Имѣла казна привилегированный залогъ еще на имуществѣ *primipilus*, чиновника приставленнаго къ продовольствованію легіона ³⁾.

2) Залоговое право жены на имуществѣ мужа по требованіямъ приданнаго ⁴⁾. Преимущество это распространено и на исходящихъ жены, дѣтей, внуковъ ⁵⁾. По позднѣйшему приращенію приданнаго (*augmentum dotis*) такой залогъ касается лишь недвижимостей ⁶⁾.

3) Залоговое право лицъ, которые дали средство на покупку извѣстной должности (*ad emendam militiam*) ⁷⁾.

4) Залоговое право, которое установилось по требованію, вытекающему изъ обращенія извѣстныхъ средствъ на приобретение, сохраненіе, возстановленіе или улучшеніе данной вещи (*propter versionem in rem*) ⁸⁾. Предметомъ залога будетъ сама данная вещь.

При стеченіи нѣсколькихъ привилегированныхъ залоговъ взаимное ихъ отношеніе такое. Залоговое право казны по недоимкамъ

¹⁾ L. 1 C. 4, 46. Ср. Wächter въ Archiv f. civilist. Praxis 14 p. 385.

²⁾ L. 28 D 49, 14; L. 2, C. 7, 73; См. Vangerow. Pand. 1 § 386 Anm. 1 n. 1.

³⁾ L. 3 C. 12, 63.

⁴⁾ § 29 J. 4, 6; L. 12 C. 8, 18.

⁵⁾ L. 12 § 1 C. 8, 18; Nov. 91 c. 1.

⁶⁾ Nov. 97 c. 2.

⁷⁾ Nov. 97 c. 4; L. 27 C. 8, 14.

⁸⁾ L. 5—7 D. 20, 4; L. 7 C. 8, 18; Nov. 97 c. 3. См. Dernburg. cit. 2 § 152.

предпочитается всё́мъ остальнымъ ¹⁾; затѣмъ идетъ залогъ по покупке должности ²⁾; за нимъ залоговое право жены по поводу приданнаго ³⁾ и, наконецъ, равное мѣсто занимають залогъ *propter versionem in rem* и по договорнымъ требованіямъ казны ⁴⁾. При степеніяхъ нѣсколькихъ залоговъ одного и того же класса преимущество опредѣляется по времени. Только при нѣсколькихъ залогахъ по поводу *versio in rem* рѣшающимъ является не время, а доля участія каждаго кредитора въ затратахъ ⁵⁾.

Преимущество въ положеніи предшествующаго залогопринимателя выражается въ томъ, что только онъ имѣетъ право осуществлять залогъ путемъ продажи и притомъ въ полномъ объемѣ своего требованія ⁶⁾, безъ вниманія къ интересамъ послѣдующихъ кредиторовъ.

Послѣдующіе кредиторы имѣютъ также дѣйствительное залоговое право ⁷⁾, могутъ предъявлять противъ всѣхъ, кромѣ creditor prior, искъ о владѣніи заложеной вещью ⁸⁾. Но въ общемъ притязаніе ихъ ограничивается излишкомъ (hyperocha), оставшимся отъ удовлетворенія предшествующаго кредитора ⁹⁾. Помимо того послѣдующій кредиторъ можетъ занять мѣсто предшествующаго на основаніи т. наз. jus offerendi et succedendi, т. е. права удовлетворенія и заступленія *creditor, a prior* ¹⁰⁾.

Залоговое преемство ¹¹⁾ возможно осуществить двоякимъ путемъ, сдѣлкой прямо съ предшествующимъ кредиторомъ или сдѣл-

¹⁾ L. 1 C. 4, 46.

²⁾ Nov. 97 c. 4.

³⁾ L. 12 C. 8, 18.

⁴⁾ См. *Sintenis*. Pfand. p. 647, 648.

⁵⁾ L. 7 pr. D. 20, 4.

⁶⁾ L. 12 pr. D. 20, 4; L. 1 D. 20, 5; L. 8 C. 8, 17; L. 1 C. 8, 46.

⁷⁾ Срав. для древняго права L. 9 § 3 D. 20, 4.

⁸⁾ L. 12 pr. D. 20, 4.

⁹⁾ L. 12 § 5 D. 20, 4; L. 96 § 3 D. 46, 3.

¹⁰⁾ L. 12 § 9 D. 20, 4.

¹¹⁾ См. *Voss*. Zur Lehre vom jus offerendi въ *Jahrb. f. Dogmat.* Bd. 10 n. 8. *Adamkiewicz* въ *Archiv f. civ. Praxis.* Bd. 56 n. 1.

рой съ должникомъ, откуда и повѣйшія названія successio directa и succ. indirecta.

Successio directa могло имѣть мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) Кредиторъ производитъ уступку (*cessio*) обязательства, происходитъ обновленіе обязательства другимъ. Тутъ и залоговое право переходитъ на заступившее лицо ¹⁾. Послѣдующіе кредиторы осуществляютъ право уплатить предшествующему кредитору ²⁾, даже вопреки его желанію ³⁾, его требованіе и стать на его мѣсто (*jus offerendi et succedendi*) ⁴⁾. Въ обоихъ случаяхъ объемъ осуществляемого залоговаго права опредѣляется объемомъ требованія предшествовавшего кредитора ⁵⁾. При этомъ въ обоихъ же случаяхъ, хотя требованіе предшествующаго кредитора и погашается, но его залоговое право, а не новое, переходитъ на занявшаго его мѣсто.

Въ наукѣ одни писатели держатся того воззрѣнія, что прежній залогъ переходитъ на занявшаго мѣсто предшествоващаго кредитора (*Brinz. Pand. 2 p. 865; Windscheid. Pand. 1 § 233 anm. 16*); другіе же писатели полагаютъ, что прежній залогъ погашается вмѣстѣ съ требованіемъ, а только новый залогъ занимаетъ положеніе перваго (*Dernburg Pandekt. 1 p. 690, 691*). Первое воззрѣніе правильно уже потому, что даетъ объясненіе первоначальному составу залоговаго права.

Successio indirecta встрѣчается въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Кто либо даетъ должнику въ займы сумму съ тѣмъ, чтобы изъ нея былъ удовлетворенъ кредиторъ. Тутъ займодавецъ занимаетъ мѣсто удовлетвореннаго кредитора ⁶⁾. 2) Кто либо покупаетъ у долж-

¹⁾ L. 3 D. 20, 3; L. 3 pr.; L. 12 § 5 D. 20, 4 ср. L. 11 § 1 D. 13, 7.

²⁾ Имѣютъ ли это право *credit. priores* по отношенію къ *credit. posteriores*? см. Paulus 2, 13 § 8 и *Windscheid. Pand. 1 § 233b anm. 14*.

³⁾ L. 1 C. 8, 17.

⁴⁾ L. 5 C. 8, 18; L. 19 C. 4, 32.

⁵⁾ L. 12 § 6 D. 20, 4; L. 22 C. 8, 14.

⁶⁾ L. 3 D. 20, 3; L. 12 § 8 D. 20, 4; L. 1 C. 8, 19.

ника вещь, обремененную залогомъ, при соглашеніи, что покупной суммой долженъ быть удовлетворенъ кредиторъ. Покупатель занимаетъ мѣсто этого кредитора ¹⁾.

Защита залогового права ²⁾.

По залогу возможны два рода исковъ, искъ петиторный (*remedium petitorium*) и искъ поссессорный (*remedium possessorium*).

I. Вещное господство, устанавливаемое залогомъ, рождаетъ вещное притязаніе залогопринимателя ко всякому лицу, препятствующему осуществленію залоговаго права, т. е. отказывающему въ выдачѣ владѣнія заложенной вещью. Вещный залоговый искъ ³⁾ носитъ въ источникахъ названіе *actio Serviana, quasi Serviana, hypothecaria* или *in rem pignoratitia* ⁴⁾.

Условія для *actio hypothecaria*. Искомъ можетъ быть не-владѣющій заложеннымъ предметомъ кредиторъ, т. е. залогоприниматель или его наследникъ ⁵⁾. Отвѣтчикомъ будетъ всякій владѣлецъ или держатель вещи ⁶⁾, въ томъ числѣ и самъ залогодатель, а также *ficti possessores (qui dolo malo desiit possidere* ⁷⁾ и *qui liti se obtulit* ⁸⁾. Время подачи иска было различное при *pignus* и *hypotheca*. При *pignus* искъ могъ быть предъявленъ тотчасъ, какъ кредиторъ лишился владѣнія вещью; при *hypotheca* до наступленія срока удовлетворенія по главному требованію залоговой искъ предъявленъ быть не можетъ, ибо по смыслу этой формы залога вещь остается во владѣніи должника ⁹⁾. Истецъ по за-

¹⁾ L. 3 D. 20, 3; L. 17 D. 20, 4.

²⁾ *Rudorff*. Ueber die Pfandklagen въ *Zeitschr. f. gesch. Rechtswiss.* В. 13.

³⁾ L. 17 D. 20, 1; L. 18 C. 8, 14.

⁴⁾ См. выше.

⁵⁾ L. 1 C. 3, 32.

⁶⁾ L. 16 § 3 D. 20, 1.

⁷⁾ L. 27 § 3 D. 6, 1.

⁸⁾ L. 25—27 pr. C. 6, 1.

⁹⁾ L. 14 pr. D. 20, 1.

стр 5

логовому иску долженъ прежде всего доказать свое залоговое право, т. е. иначе наличность главнаго требованія, установленнаго по нему залога ¹⁾ и что заложный предметъ находился въ моментъ установленія залога *in bonis* должника ²⁾, притомъ не только на правѣ собственности, но и на всякомъ другомъ менѣ широкомъ вещномъ правѣ, какъ напр. добросовѣстномъ владѣнн, эмфитевзисѣ, суперфиціѣ ³⁾, или что данныхъ отвѣтчиковъ слѣдуетъ разсматривать какъ *ficti possessores*.

Цѣль *actio hypothecaria* состоитъ въ томъ, чтобы путемъ признанія залоговаго права заставить отвѣтчика выдать истцу во владѣніе вещь ⁴⁾ со всеми ея принадлежностями, плодами, подобно какъ при искѣ о собственности, — и уплатить убытки.

Противъ *actio hypothec.* отвѣтчикъ имѣетъ слѣдующія средства защиты: 1) Уплата залогопринимателю долга. Этимъ погашается залоговое право, а слѣдовательно и залоговой искъ теряетъ свою основу ⁵⁾. 2) Предъявленіе возраженія, которымъ истцу указывается обратится съ требованіемъ сперва къ должнику и его поручителямъ (т. наз. *exceptio excussionis personalis*) ⁶⁾, или къ предмету специально заложенаго имущества (*exceptio excussionis realis*) ⁷⁾, когда имѣется и общій и специальный залогъ. 3) Добросовѣстный владѣлецъ заложеной вещью имѣетъ по требованію залогопринимателя так наз. *beneficium cedendarum actionum*, т. е. можетъ требовать уступки ему исковъ залогопринимателя, а въ противномъ случаѣ отказать въ выдачѣ вещи ⁸⁾. 4) Посторонній владѣлецъ заложеной вещи имѣетъ право удержанія по

¹⁾ L. 17 § 2 D. 2, 14.

²⁾ L. 23 D. 22, 3; L. 3; L. 15 § 1 D. 20, 1; L. 16 C. 8, 16; L. 6 C. 8, 17.

³⁾ L. 12 § 3 D. 6, 2; L. 18; L. 21 § 1 D. 20, 1; L. 16 § 2; L. 17 D. 13, 7.

⁴⁾ L. 66 пр. D. 21, 2; L. 12 § 1 D. 20, 6. См. *Bachofen* cit. p. 36 и слѣд.

⁵⁾ L. 16 § 3 D. 20, 1; L. 12 § 1 D. 20, 6.

⁶⁾ Nov. 4 cap. 2.

⁷⁾ L. 2 C. 8, 13; L. 9 C. 7, 27.

⁸⁾ L. 19 D. 20, 4.

поводу сдѣланныхъ на нее затратъ; до возмѣщенія затратъ необходимыхъ, а иногда и полезныхъ, онъ можетъ отказать въ выдачѣ ¹⁾.

5) Возраженіе о болѣе сильномъ или равномъ залоговомъ правѣ ²⁾.

6) Указаніе на исполнившуюся погасительную давность иска по залогу, а именно 30 лѣтъ (40 лѣтъ при жизни должника) ³⁾.

II. Поссессорнымъ залоговымъ искомъ былъ т. наз. interdictum Salvianum ⁴⁾. Искъ этотъ принадлежалъ къ числу interdicta adipiscendae possessionis ⁵⁾. Первоначально онъ примѣнялся только къ тому случаю, когда отдавшій въ аренду недвижимое имущество выражалъ притязаніе на владѣніе внесеннымъ въ это имущество инвентаремъ арендатора съ цѣлью осуществить залоговое право ⁶⁾. Можно думать, что этотъ искъ вчинялся не только противъ самого арендатора, но и противъ всякаго третьяго лица, заступившаго его во владѣніи данными вещами ⁷⁾. Позднѣ на этотъ интердиктъ utiliter имѣлъ право всякій залогоприниматель ⁸⁾. Объ отношеніи разсматриваемаго интердикта къ actio hypothecaria у большинства писателей высказывается то мнѣніе, что первымъ рѣшается только вопросъ о владѣніи, о фактическомъ отношеніи къ заложенной вещи, вопросъ же о самомъ правѣ залога имъ не касается ⁹⁾. Поэтому послѣ интердикта можно было вчинать искъ.

Какъ отдѣльныя условія, такъ и общее значеніе салвіева интердикта въ наукѣ крайне спорно. См. Lenel

¹⁾ L. 44 § 1 D. 39, 2; L. 29 § 2 D. 20, 1. См. *Dernburg*. Pfandr. 2 p. 360.

²⁾ L. 12 pr. § 7 D. 20, 4; L. 10 D. 20, 1.

³⁾ L. 7 pr. §§ 1, 2 C. 7, 39.

⁴⁾ *Bertolini*. A chi e contro chi competa l'interdetto salviano въ *Archivio giuridico* v. 39 f. 1—3.

⁵⁾ См. т. I. стр. 354.

⁶⁾ *Columella de re rustica* 1, 7; § 3 I. 4, 15; *Gajus* 4 § 147.

⁷⁾ L. 1 § 13 D. 43, 3; L. 1 pr. § 1 D. 43, 33; *Theoph. paraphr.* ad § 3 I. 4, 15. Но срав. L. 1 C. 8, 9.

⁸⁾ L. 1 C. 8, 9; *Paulus* 5, 6 § 16.

⁹⁾ § 3 I. 4, 15; L. 2 D. 43, 33.

въ Zeitschr. f. Rechtsgeschichte Bd. 3 p. 180 и слѣд. и его же Edictum perpetuum p. 393.

Прекращеніе залоговаго права ¹⁾.

а) Такъ какъ назначеніе залоговаго права обезпечивать обязательство, то съ прекращеніемъ послѣдняго (по полной solutio или всякому другому удовлетворенію, satisfactio) оно теряетъ смыслъ своего существованія ²⁾. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ признавалось существованіе залоговаго права, когда въ дѣйствительности само обязательство уже не существуетъ ³⁾, а если и признавалось существующимъ, то лишь для того, чтобы дать основу залоговому праву ⁴⁾ (см. выше).

б) Прекращается залоговое право продажей заложеной вещи (distractio rei). Продажей залоговое право получаетъ свое окончательное осуществленіе. При переходѣ вещи въ собственность купившаго она освобождается не только отъ того залоговаго права, ради котораго была отчуждена ⁵⁾, но и отъ всѣхъ послѣдующихъ залоговъ ⁶⁾.

Но для того, чтобы наступило прекращеніе залоговаго права черезъ продажу недостаточно одного соглашенія о продажѣ или даже передачи вещи ⁷⁾. Требуется полное выполненіе продажи, такъ

¹⁾ Dig. 20, 6 quibus modis pignus vel hypotheca solvitur; Cod. 8, 31 de luitione pignoris.

²⁾ L. 43 D. 46, 3; L. 9 § 3; L. 11 § 1, 5 D. 13, 7; L. 4 D. 20, 4; L. 3 C. 8, 31; L. 19 C. 4, 32. См. *Dernburg*. Pfandr. 2 § 167 и слѣд.

³⁾ L. 13 § 4 D. 20, 1; L. 59 pr. D. 36, 1; L. 13 § 1 D. 16, 1; L. 38 § 5 D. 46, 3; L. 3, 7 C. 7, 39.

⁴⁾ Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio L. 59 pr. D. 36, 1. См. *Windscheid*. Pandekt. 1 § 249 n. 4.

⁵⁾ L. 15 C. 8, 28.

⁶⁾ L. 6 C. 8, 18; L. 1 C. 8, 20; L. 6, 7 C. 4, 10.

⁷⁾ L. 13 D. 20, 5; L. 4 § 1 D. 20, 6; L. 26 D. 46, 3; L. un. C. 8, 27.

чтобы покупатель сдѣлался дѣйствительнымъ собственникомъ вещи по уплатѣ ей покупной цѣны ¹⁾).

в) Прекращается залоговое право съ уничтоженіемъ юридическимъ или физическимъ заложеной вещи ²⁾). Первое имѣетъ мѣсто въ случаяхъ напр. обращенія вещи въ *res extra commercium*. Неполное физическое уничтоженіе не прекращаетъ залоговаго права, напр. на поверхность отъ сгорѣвшаго заложенаго зданія ³⁾). Распространяется оно и на вознагражденіе, которое можетъ получить собственникъ-залогодатель за уничтоженную вещь ⁴⁾). Точно также подчиняется залоговому праву вновь выстроенное строеніе, вмѣсто прежняго заложенаго и разрушеннаго пожаромъ, какъ *res accessoria* къ поверхности ⁵⁾).

Простое измѣненіе вещи не уничтожаетъ залоговаго права, напр. въ случаяхъ постройки и посадки на заложеномъ мѣстѣ ⁶⁾). Но переработка (*specificatio*), не допускающая возвращенія къ прежнему виду прекращаетъ залоговое право ⁷⁾).

Въ наукѣ по вопросу о значеніи переработки для существованія залоговаго права существуетъ разногласіе. Нѣкоторые писатели (*Fitting* въ *Archiv f. civ. Praxis* 48 р. 331) ни въ какомъ случаѣ переработки не допускаютъ дальнѣйшаго существованія залоговаго права, другіе же наоборотъ (*Bremer. D. Pfandrecht* р. 166) сохраняютъ его во всѣхъ случаяхъ переработки. Всего правильнѣе, выходя изъ условій классификаціи, какъ способа приобрѣтенія собственности, различать случаи, когда вещь можетъ быть возвращена въ прежній видъ, — а слѣдовательно прежняя собственность на нее сохраняется, — и случаи когда такое возвращеніе невозможно, — а слѣдовательно прекращается прежняя собственность (см. т. 1

1) См. *Platner. Beitrag zur Lehre vom Verkauf des Pfandobjekts* въ *Archiv f. d. civilist. Praxis* Bd. 32 р. 103—122.

2) L. 8 pr. D. 20, 1.

3) L. 21 D. 13, 7; L. 29 § 2; L. 35 D. 20, 1.

4) L. 17 § 1 D. 6, 1. См. *Windscheid. Pand.* 1 § 248 n. 9.

5) L. 21 D. 13, 7 срав. *Paulus* 3, 6, 31.

6) L. 16 § 2 D. 20, 1.

7) L. 18 § 3 D. 13, 7.

стр. 413, 414), и соответственно этому допускать или не допускать дальнейшее существование залогового права (См. *Dernburg. cit.* Bd. 2 p. 560—563).

г) Прекращается залоговое право чрезъ соединеніе его съ правомъ собственности въ одномъ лицѣ, чрезъ т. наз. *confusio*, совпаденіе, т. е. если залогоприниматель приобрѣтаетъ собственность на заложенную вещь, или ея собственникъ приобрѣтаетъ залоговое право ¹⁾, напр. въ случаѣ наслѣдованія кредитора отъ должника, и наоборотъ, въ заложенной вещи. Въ этихъ случаяхъ не имѣетъ смысла право удовлетворенія или отвѣтственности изъ собственной вещи. Но въ случаѣ стеченія нѣсколькихъ залоговыхъ правъ *confusio* въ лицѣ одного изъ кредиторовъ дѣлаетъ возможнымъ по отношенію послѣдующихъ кредиторовъ зачетъ залогового права, если кредиторъ приобрѣтеть въ собственность заложенную вещь въ замѣнъ его требованія ²⁾. Въ этомъ случаѣ было бы несправедливо умалять, ради формальныхъ выводовъ, права бывшаго кредитора, уничтожая его залоговое право и предоставляя на приобрѣтенную имъ собственность осуществленіе во всей полнотѣ залоговыхъ правъ послѣдующихъ кредиторовъ ³⁾.

Разъ залоговое право прекратилось черезъ *confusio*, то оно уже не возстанавляется, въ случаѣ кредиторъ позднѣе отчудить приобрѣтенную имъ вещь, или свое требованіе, ибо по общему началу римскаго права разъ погашенное отношеніе никогда не возрождается ⁴⁾.

д) Залоговое право прекращается отказомъ отъ него кредитора въ формѣ *negotium mortis causa* или же *negotium inter*

¹⁾ L. 29 D. 13, 7; L. 33 § 5 D. 41, 3; L. 30 § 1 in f. D. 44, 2; L. 45 D. 50, 17... Neque pignus, neque depositum, neque precarium... rei suae consistere potest.

²⁾ L. 1 C. 8, 20; L. 17 D. 20, 4; L. 30 § 1 D. 44, 2.

³⁾ *Dernburg cit.* Bd. 2 p. 570, 571 ср. *Windscheid. Pand.* 1 § 248 n. 28. Нѣкоторые писатели видятъ тутъ признаніе залогового права на собственную вещь (см. *Hartmann* въ *Jahrb. f. d. Dogmat.* 17 p. 100. Т. I стр. 417).

⁴⁾ L. 98 § 8 D. 46, 3. См. *Sintenis. cit.* p. 113, *Vangerow. Pand.* 1 § 392 anm.

vivos. Только въ послѣднемъ случаѣ требуется принятіе отказа противной стороной ¹⁾. Отказъ можетъ быть совершенъ и молчаливымъ образомъ, какъ напр. кредиторъ возвращаетъ должнику актъ залога, или вещь отданную въ залогъ въ формѣ *pignus* ²⁾, или разрѣшаетъ ее отчудить ³⁾, подвергнуть новому залогу ⁴⁾.

Простое derelictio заложеной вещи не прекращаетъ залоговаго права.

Противнаго мнѣнія держится напр. *Bremer* (*Pfandrecht* p. 152), по мнѣнію котораго дереликціою уничтожается предметъ залоговаго права, а именно, по его ученію, собственность на заложеноую вещь. Но съ этимъ воззрѣніемъ согласиться нельзя. Если ко времени осуществленія залоговаго права вещь не будетъ оккупирована кѣмъ либо другимъ, то кредиторъ можетъ самъ ее оккупировать и тогда не нуждается въ своемъ залоговомъ правѣ, пріобрѣтя прямо собственность на вещь. Если же она оккупирована кѣмъ либо другимъ, то и съ разематриваемой точки зрѣнія объектъ залога на лицо, а именно собственность на заложеноую вещь, только объектъ этотъ теперь не принадлежитъ уже залогодателю. Переходъ же собственности на продолженіе залоговаго права вліянія не имѣетъ, какъ не имѣетъ вліянія всякій переносъ закладчикомъ собственности на заложеноую вещь другому лицу *Wittelshöfer*. *Pfandr. an einer Forderung* p. 22, 23).

е) Прекращается залоговое право по давности и притомъ не чрезъ осуществленіе этого права или вмѣстѣ съ пріобрѣтательною давностью на заложеноую вещь ⁵⁾, а чрезъ давностное освобожде-

¹⁾ L. 9 § 3 D. 13, 7; L. 8 §§ 1—5 D. 20, 6; L. 2 C. de remissione pignoris 8, 26. См. *Dernburg*. *Pfandr.* 2 p. 547.

²⁾ L. 9, 7 C. 8, 26; L. 3 D. 13, 7.

³⁾ L. 4 §§ 1, 2; L. 7 pr. § 1; L. 8 §§ 6—18; L. 10 pr. D. 20, 6; L. 2, 11 C. 8, 26.

⁴⁾ L. 9 § 1; L. 11; L. 12 pr. D. 20, 6; L. 12 § 4 D. 20, 4.

⁵⁾ Напр. *Servin*. *Du gage* p. 71, 72. Но см. L. 44 § 5 D. 41, 3; L. 1 § 2 D. 20, 1; L. 2 pr. D. 41, 5; L. 7 C. 8, 14.

ніе отъ залога ¹⁾. Условія этой давности тѣже что и для приобрѣ-
нія собственности по давности. Послѣдствія ея—прямое погашеніе
залоговаго права.

¹⁾ L. 5 § 1; L. 12 D. 44, 3; L. 7, 14 C. 4, 10; L. 1, 2 C. 7,
36; L. 8 pr. § 1 C. 7, 39. См. *Schmittenner* въ *Archiv f. prakt.*
RW. 1, 6.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

Источники: Inst. 3, 13 de obligationibus. Dig. 44, 7 de obligationibus et actionibus. Cod. 4, 10 eod.

Пособія: Koch. Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach Preuss. Rechte. 3 Bd. 1836 — 1843; Unterholzner. Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 2 Bd. 1840 (ed. Huschke); Савиньи. Обязательственное право (перев.) 1876; Molitor. Les obligations en droit romain. 2 vol. 1866, 1867 (2 édit.); van Wetter. Les obligations en droit romain. 3 vol. 1883—1886; Ryck. Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemein. deutsch. Recht 1883—1887 ¹⁾).

Общая ученія объ обязательственномъ правѣ.

Понятіе обязательства.

Пособія: Brinz. Der Begriff Obligatio вь Zeitschr. f. Privatr. 1874; Hartmann. Die Obligation 1875; Ryck. Die obligatio 1878.

¹⁾ После выхода первого тома нашего курса изданъ 2-й томъ Pandekten в. Dernburg, заключающій вь себя ученіе объ обязательствахъ.

Подъ обязательствомъ, *obligatio*, разумѣется правоотноше-
ніе, имѣющее своимъ содержаніемъ обязанность одного лица совер-
шить опредѣленное дѣйствіе другому лицу ¹⁾. Последнее лицо на-
зывается вѣрителемъ, кредиторомъ, первое — должникомъ, дебито-
ромъ.

Совокупность нормъ, опредѣляющихъ обязательственныя от-
ношенія между кредиторомъ и должникомъ, составляетъ обязатель-
ственное право въ его объективномъ смыслѣ.

Обязательственное отношеніе по своему непосредственному со-
держанію имѣетъ пассивную и активную стороны. Первая выра-
жается въ положеніи должника къ кредитору, въ его обязанности
совершить дѣйствіе; вторая — въ правѣ требованія кредитора. Пас-
сивная сторона въ понятіи обязательства выдвигается на первый
планъ, такъ какъ всякое обязательственное отношеніе вытекаетъ
изъ оснований, устанавливающихъ обязанность должника (*causa de-
bendi*). Но съ точки зрѣнія господства воли активная сторона обя-
зательства, право требованія (*Forderungsrecht*), должна быть
исходная; правомъ вѣрителя опредѣляется самое существованіе обя-
занности должника ²⁾. Этою же точкою зрѣнія легко отмѣчаются
и отличительные признаки обязательства отъ вещныхъ правъ ³⁾.

И такъ подъ обязательствомъ въ субъективномъ смыслѣ ра-
зумѣется право одного лица требовать отъ другого опредѣленнаго
лица совершения извѣстнаго дѣйствія.

Латинское слово *obligatio* употребляется источниками
въ самыхъ разнообразныхъ смыслахъ: какъ актъ обя-
зыванія (*L. 19 D. 50, 16*), какъ обязанность должника
(*рг. I. 3, 13*), какъ право требованія кредитора (*L. 3,
рг. D. 44, 7*), или, наконецъ, въ смыслѣ всего правоот-
ношенія. *Windscheid. Pand. 2 § 251.*

¹⁾ Всевозможныя опредѣленія обязательствъ со временъ
глоссаторовъ до послѣднихъ временъ даетъ *Ryck cit.*

²⁾ *Ryck. Schuldverhältnisse 1883 p. 6.*

³⁾ См. *Neuner. Wesen u. Arten der Privatrechtsverhält-
nisse 1866 p. 62, 63.*

Источники даютъ два опредѣленія обязательственнаго права:

Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura ¹⁾.

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliud quod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum ²⁾.

По первому опредѣленію обязательство представляется такою правовою связью, по которой одно лицо принуждается къ какому либо предоставленію. Вторымъ опредѣленіемъ отмѣчается различіе обязательственнаго отъ вещнаго права и затѣмъ сводятся къ общимъ разрядамъ дѣйствія, составляющія предметъ обязательства.

I. Отличительный признакъ всякаго обязательства состоитъ въ томъ, что оно не устанавливаетъ непосредственнаго отношенія вѣрителя къ вещи, какъ это имѣетъ мѣсто въ вещномъ правѣ; оно устанавливаетъ отношеніе только между вѣрителемъ и должникомъ. Вѣритель можетъ получить вещь только чрезъ должника. Поэтому права, вытекающія изъ обязательства суть личныя права, *jura in persona* въ отличіе отъ *jura in re*. Праву вѣрителя не отвѣчаетъ обязанность всѣхъ и каждаго на признаніе и ненарушеніе ³⁾. Вотъ самое общее и существенное различіе обязательства отъ вещныхъ правъ. Вещное право предоставляетъ непосредственную власть надъ данною вещью и поэтому слѣдуетъ за ней въ чьихъ бы рукахъ она ни находилась. По обязательству же имѣется въ виду только совершеніе должникомъ опредѣленнаго дѣйствія, если это дѣйствіе состоитъ въ передачѣ вещи кредитору, то послѣдній не въ правѣ распространять своихъ требованій прямо на самую вещь, и если эта вещь въ рукахъ посторонняго лица, то нельзя на основаніи обязательственнаго притязанія отыскивать ее среди имущества этого лица. Обязательство непосредственно устанавливаетъ только правовое

¹⁾ Pr. I. 3, 13.

²⁾ L. 3 pr. D. 44, 7.

³⁾ Руск. Schuldverhältnisse 1883 p. 5.

господство одного лица надъ другимъ лицомъ. По содержанию это господство направлено на совершение опредѣленнаго дѣйствія. Обязательство есть право на дѣйствіе.

Многіе писатели полагають, что обязательство есть право къ опредѣленному дѣйствію (*an eine bestimmte Leistung*). Другіе говорятъ, что оно есть право надъ опредѣленнымъ дѣйствіемъ (*über eine best. Leist.*). См. *Puchta. Pand. § 219; Institut. 1 § 30; Savigny. Obligat. 1 p. 4. System 1 p. 339*). Но эти опредѣленія не могутъ быть приняты по той причинѣ, что до выполненія опредѣленнаго дѣйствія можетъ быть только мысль, намѣреніе, рѣшеніе его выполнить, но никакъ не само дѣйствіе; по выполненіи же опять таки самого дѣйствія уже не существуетъ. Поэтому большинство современныхъ писателей видятъ въ обязательствѣ право на опредѣленное дѣйствіе (*auf eine best. Leist.*). См. напр. *Neuner. Wesen u. Arten der Privatrechtsverhältnisse p. 63; Bruns в Holtzendorff's Encycl. 1 p. 269*.

И такъ предметъ обязательства есть дѣйствіе, тогда какъ объектомъ вещнаго права есть вещь. Говоря объ обязательствахъ, нельзя себѣ представить ничего иного, кромѣ дѣйствія.

II. Дѣйствіе, какъ предметъ обязательственнаго права, можетъ имѣть, по римскому ученію, тройное выраженіе: dare, facere и praestare ¹⁾.

Подъ словомъ dare источники разумѣють не только переносъ права собственности ²⁾, но и установленіе какого либо другаго вещнаго права ³⁾. Такимъ образомъ *obligatio in dando* есть такое обязательство, выполненіе котораго состоитъ въ предоставленіи права собственности или другаго какого либо вещнаго права. Но само по себѣ обязательство *in dando* не устанавливаетъ вещнаго права; какъ обязательство, оно выражаетъ правовую связь только между данными лицами по поводу опредѣленной вещи. Тутъ получается *jus ad rem*, право на вещь, а не *jus in re*, вещное право.

¹⁾ L. 3 pr. D. 44, 7; L. 13 § 6 D. 19, 1; L. 37 pr. D. 38, 1; Gajus 4, 2; Lex. Rubr. cap. 22.

²⁾ L. 75 § 10; L. 103 D. 45, 1.

³⁾ L. 56 § 6; L. 136 § 1 D. 45, 1; L. 5 § 2 D. 20, 1.

Всякое иное дѣйствіе, кромѣ установленія вещнаго права, под-
ходитъ подъ понятіе *facere* ¹⁾. Сюда относятся не только положи-
тельные, но и отрицательныя дѣйствія (*non facere* ²⁾ бездѣйствіе).
И такъ подъ *obligationes infaciendo* и *in non faciendo* разу-
мѣются обязательства, направленные на совершеніе какого либо
дѣйствія, кромѣ установленія вещнаго права.

Изъ сказаннаго очевидно, что *dare* и *facere* исчерпываютъ
предметъ обязательства. Но римскіе юристы нашли нужнымъ выдѣ-
лить изъ *facere* ³⁾ особую группу дѣйствій подъ названіемъ *praes-
tare*. Подъ *praestare* разумѣется предоставленіе вознагражденія
за всякій ущербъ или упущенную выгоду ⁴⁾; отсюда выраженія: *cul-
pam, diligentiam, periculum* etc. *praestare; praestare id,
quod interest* ⁵⁾.

Предметъ обязательства.

Дѣйствіе въ качествѣ предмета обязательства требуетъ налич-
ности слѣдующихъ условій:

1) Дѣйствіе должно быть возможнымъ ⁶⁾. Невозможное дѣй-
ствіе не можетъ составлять предмета обязательства: *impossibilium
nulla est obligatio* ⁷⁾. Невозможность бываетъ или естествен-
ною, физическою, или юридическою, т. е. въ силу положительнаго
права.

¹⁾ L. 2 pr.; L. 72 pr., D. 45, 1. Срав. L. 218, D. 50, 16.

²⁾ L. 189 D. 50, 16; L. 75 § 7; L. 83 pr.; L. 85 § 3
D. 45, 1.

³⁾ См. L. 11 § 2 D. 19, 1; L. 15 §§ 1, 2; L. 19 § 2.
D. 19, 2.

⁴⁾ См. *Unterholzner* cit. Bd. 1 § 98.

⁵⁾ L. 13 § 6 D. 19, 1; L. 11 § 18 D. 19, 1; L. 33, D.
19, 2.

⁶⁾ См. *Mommsen*. Die Unmöglichkeit der Leistung въ
Beiträge. Bd. 2.

⁷⁾ L. 185 D. 50, 17; L. 31. D. eod. См. *Савиньи*. обя-
зательств. пр. § 37.

Физически невозможнымъ считается такое дѣйствіе, которое превышаетъ силы всякаго человѣка, а не только силы даннаго лица ¹⁾. Затѣмъ, недѣйствительно обязательство, если только въ настоящемъ дѣйствіе невозможно ²⁾. Но если обязательство съ самого начала обуславливается будущей возможностью этого дѣйствія, то оно считается установившимся подъ условіемъ ³⁾.

Въ частности недѣйствительно обязательство, по которому слѣдуетъ предоставленіе несуществующей вещи въ собственность или на другомъ вещномъ правѣ; но дѣйствительно обязательственное соглашеніе на будущую вещь, *res futura (sperata)* ⁴⁾.

Невозможность юридическая опредѣляется положительнымъ правомъ. Такъ всѣ дѣйствія, которыя вызываютъ послѣдствія, непризнанныя положительнымъ правомъ или противныя положительному праву, считаются невозможными ⁵⁾. Сюда прежде всего относятся дѣйствія правонарушающія или противныя добрымъ правамъ (безнравственныя ⁶⁾). Затѣмъ, также невозможными будутъ дѣйствія, направленные на предоставленіе въ собственность вещи, находящейся виѣ гражданского оборота (напр. *res divini juris*, свободный человѣкъ ⁷⁾), или вещи, находящейся уже въ собственности того лица, которому такое предоставленіе выговаривается. И т. д.

2) Дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, должно быть способнымъ выразиться въ денежной оцннкѣ. Обязательственное дѣйствіе можетъ и не имѣть непосредственной имущественной стоимости, выражаясь въ перенесеніи какого либо имущества креди-

1) L. 28 D. 18, 1; L. 34; L. 137 §§ 4, 5 D. 45, 1.

2) Срав. *Hartmann. Die Obligation* § 6.

3) *Arg. L. 98 pr. D. 45, 1.*

4) L. 34 § 2 D. 18, 1. См. ниже въ ученіи о куплѣ — продажѣ.

5) L. 6 C. 2, 3.

6) ... *Quae facta loedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est.* L. 15 D. 28, 7; L. 26; L. 27 pr. D. 45, 1; L. 4, C. 8, 39.

7) § 2 I. 3, 19; § 5 I. 3, 23; L. 4; L. 6 pr.; L. 22; L. 34 § 1 D. 18, 1.

тору; оно может представлять и всякій другой, идеальный интересъ, affectus ratio ¹⁾, если только, такъ или иначе, послѣдній можетъ быть сведенъ къ имущественной единицѣ. Обязательство есть имущественное право и правовая система занимается имъ лишь на столько, на сколько съ нимъ будетъ соединенъ имущественный интересъ, который можетъ составить предметъ судебного преслѣдованія и присужденія лица обязаннаго. Въ такомъ смыслѣ нужно понимать римское положеніе: ... ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt ²⁾. Поэтому, напримеръ, свобода не можетъ составлять предмета обязательственнаго права ³⁾.

Въ наукѣ имѣется значительное разногласіе въ пониманіи признака имущественнаго интереса для обязательственнаго дѣйствія. Одни писатели держатся того воззрѣнія, что всякое обязательственное требованіе должно имѣть само по себѣ имущественную стоимость. Основываются они на томъ основномъ положеніи римскаго процесса, что присужденіе должно было выражаться въ денежной суммѣ (Gajus 4, 48). Другіе писатели, основываясь на томъ, что въ юстиніановомъ правѣ уже не было обязательнымъ денежное присужденіе, не признаютъ вообще необходимымъ признакомъ обязательственнаго требованія имущественный интересъ. См. Windscheid. Pandekt. Bd. 2 § 251 n. 3; *Ierimъ* перев. г. Борзенко. Интересъ и право отъ стр. 37; *Ihering* въ Jahrb. f. Dogmatik Bd. 18, 1880. Оба воззрѣнія не оправдываются источниками. Вотъ нѣсколько примѣровъ. Продавецъ раба имѣетъ такое требованіе къ покупщику на основаніи возложенной на него обязанности освободить раба (L. 54 pr. D. 17, 1), или не выводить его изъ Италіи (L. 7, D. 18, 7), или не проституировать проданную рабыню (L. 6, pr. D. 18, 7) и т. п. (L. 135 § 3, D. 45, 1. L. 6, 12, 13, 15 § 12, D. 40, 5; L. 18 § 2 D. 10, 2). Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ мы имѣемъ непосредственно только affec-

¹⁾ L. 54 pr. D. 17, 1; L. 7 D. 18, 7.

²⁾ L. 9 § 2 D. 40, 7. Справ. L. 52 § 1; L. 81 § 1; L. 130, D. 45, 1. См. *Ryck*. Die Obligation p. 45 n. 71.

³⁾ § 2 I. 3, 19.

tus ratio; но съ другой стороны, какъ выразился Папиньянъ (L. 6 § 1, D. 18, 7), добавочное условіе уменьшаетъ стоимость раба, а потому и въ приведенныхъ примѣрахъ идеальный интересъ можетъ быть переведенъ на имущественную почву. Въ другихъ примѣрахъ онъ прямо выраженъ въ денежной суммѣ въ качествѣ средства наказанія или удовлетворенія (см. напр. actio iniuriarum L. 1 §§ 3, 4; L. 18 § 5, D. 47, 10; actio de effusis et dej. L. 1; L. 5 § 5 D. 9, 3). Многіе примѣры приводимые Терингомъ къ вопросу не относятся, такъ какъ тамъ рѣчь идетъ о дѣйствіяхъ не составляющихъ предметъ обязательства. См. *Ryck. Schuldverh.* 1883, p. 7. И такъ во всѣхъ случаяхъ, когда обязательства сопровождаются такими соглашениями, которыя могутъ подлежать оцѣнкѣ, требованіе подлежитъ преслѣдованію, хотя само по себѣ оно непосредственно для истца и не будетъ имѣть имущественнаго интереса. См. *Dernburg. Pandekt.* Bd. 2 § 17 и п. 5, 6.

3) Если обязательство направлено на предоставленіе вещи, то эта послѣдняя не должна быть исполнѣ неопредѣленнымъ, или опредѣленіе ея не можетъ быть предоставлено на усмотрѣніе должника, ибо тогда въ уплату возможно представить вещь и ничего нестоющую ¹⁾. Но опредѣленіе предмета обязательственнаго дѣйствія можно предоставить на усмотрѣніе, arbitrium, третьяго лица. Въ этомъ случаѣ обязательство условно; установленіе его дѣйствительно съ момента состоявшагося опредѣленія третьимъ лицомъ предмета ²⁾.

Обязательство, имѣющее предметомъ индивидуально опредѣленную, поименованную вещь, будетъ obligatio speciei, напр. дать такую-то лошадь ³⁾; когда же предметомъ его будетъ вещь, опредѣленная только родовымъ образомъ (просто лошадь) ⁴⁾, или вещи

¹⁾ L. 94; L. 95; L. 108 § 1; L. 115 pr. D. 45, 1; L. 71 pr. D. I (30).

²⁾ L. 75 D. 17, 2; L. 25 pr. D. 19, 2.

³⁾ L. 54 pr. D. 45, 1.

⁴⁾ L. 83 § 5 D. 45, 1; L. 2 § 1 D. 12, 1.

опредѣляемыя по усмотрѣнію (*res, quae pondere, numero, mensura consistunt*), то получится obligatio generis ¹⁾.

Значеніе этого дѣленія выражается въ слѣдующемъ. Должникъ по обязательству перваго рода обязывается примѣнять извѣстную заботу къ сохраненію вещи и освобождается отъ обязательства при ея гибели только по несчастному случаю, casu fortuito ²⁾. Конечно, ни то, ни другое не приложимо къ *obligatio generis*. Затѣмъ для погашенія послѣдняго обязательства необходимо произвести выборъ предмета. По общему правилу, право выбора должно принадлежать должнику ³⁾ (*in dubiis secundum debitorem* ⁴⁾), только при отказахъ оно принадлежитъ кредитору, т. е. легатарію ⁵⁾. Но стороны, въ частности завѣщатель, могутъ отступить отъ этихъ правилъ и предоставить выборъ даже третьему лицу ⁶⁾. Должникъ можетъ измѣнять свое рѣшеніе (*jus variandi*) до самой уплаты ⁷⁾; кредиторъ—до *litis contestatio* ⁸⁾, а третье лицо—до уплаты или до *litis contestatio* ⁹⁾. Это право выбора переходитъ и къ наследникамъ должника и кредитора ¹⁰⁾, но не къ наследникамъ третьяго лица, котораго право выбора должно быть истолковано самымъ тѣснымъ образомъ ¹¹⁾.

На ряду съ обязательствами на предоставленіе вещей родовымъ образомъ опредѣленныхъ слѣдуетъ рассмотреть такъ называемыя

1) См. *v. Wetter. Les obligations v. 1, p. 200.*

2) См. ниже при изложеніи отдѣльныхъ видовъ обязательствъ.

3) L. 60 D. 18, 1.

4) L. 47 D. 44, 7.

5) § 22 I. 2, 20.

6) § 22 I. 2, 20; L. 93; L. 141 § 1 D. 45, 1; L. 3 § 1 C. 6, 43.

7) L. 106; L. 138 § 1 D. 45, 1; L. 26 § 13, D. 12, 6.

8) L. 112 pr. D. 45, 1.

9) L. 112 pr. D. 45, 1. См. *v. Wetter. Les obligat. v. 1, p. 203 n. 16.*

10) L. 76 pr. D. 45, 1.

11) L. 3 § 1 C. 6, 43.

Раздѣлительныя обязательства, *obligationes alternativae*.

Пособія: Бернштейнъ. Ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ по римскому праву и новѣйшимъ законодательствамъ 1871; *Pescatore.* Die sogenannte alternative Obligation. 1880.

Раздѣлительнымъ обязательствомъ (*obligatio alternativa s. alternata s. disjunctiva*) называется обязательство, по которому должникъ обязывается выполнить одно изъ нѣсколькихъ опредѣленныхъ въ немъ дѣйствій, по чьему либо выбору ¹⁾). Такимъ образомъ при исполненномъ обязательствѣ остается лишь неопредѣленнымъ то дѣйствіе, которымъ оно будетъ погашено, напр. А. общааетъ Б. доставить или раба Стиха, или раба Памфила ²⁾).

Теоретическая сущность раздѣлительныхъ обязательствъ представляетъ слѣдующія признаки. Прежде всего единство обязательства.

Источники даютъ не исполнѣ согласныя свидѣтельства о данномъ признакѣ. Такъ за единство раздѣлительнаго обязательства см. L. 27 § 6 D. 2, 14; L. 95 pr. D. 46, 3; L. 128 D. 45, 1; L. 5 § 2 D. 40, 9; L. 32, D. 46, 2; L. 25 pr. D. 36, 2; L. 27 D. II (31). L. 44 § 3, D. 44, 7. Наоборотъ за нѣсколько обязательствъ говорить L. 34 § 14 D. I (30); L. 8 § 1 D. II (31). Благодаря такому разногласію и въ наукѣ одни писатели видятъ въ раздѣлительномъ обязательствѣ единое обязательство, другіе—столько обязательствъ, сколько имѣется указанныхъ дѣйствій. См. *Бернштейнъ* cit. стр. 4—6.

Затѣмъ, нѣсколько дѣйствій составляютъ предметъ раздѣлительнаго обязательства, но только одно изъ нихъ подлежитъ исполненію: plures res sunt in obligatione, sed una in solutione.

И для даннаго признака въ источникахъ не имѣется исполнѣ безспорныхъ указаній. Такъ самыя сильныя свидѣтельства за принятое воззрѣніе (L. 5 § 2 D. 40, 9; L. 128 D. 45, 1) могутъ быть истолкованы по непо-

¹⁾ *Savigny.* Obligationenr. 1 p. 389 слѣд.

²⁾ L. 2 § 3 D. 13, 4.

средственному смыслу и по связи съ другими мѣстами (см. напр. L. 72 § 4 D. 46, 3) совсѣмъ иначе (см. *Pescatore cit.* p. 9—13). Поэтому многіе писатели несогласны съ господствующимъ воззрѣніемъ, по которому всѣ обозначенныя дѣйствія составляютъ предметъ раздѣлительнаго обязательства (см. напр. *Puchta. Pand.* § 221). Такъ полагають, что одно только изъ обозначенныхъ дѣйствій будетъ предметомъ обязательства, но неизвѣстно какое именно (*Fitting. Correalobligat.* § 23). Другіе писатели признають и то, и другое воззрѣніе для отдѣльныхъ видовъ раздѣлительнаго обязательства (см. L. 75 § 8 D. 45, 1 и *Windscheid. Pand.* 2 § 255 n. 5).

Въ силу принятого воззрѣнія раздѣлительное обязательство будетъ опредѣленнымъ обязательствомъ уже при самомъ его установленіи, по другому мнѣнію — неопредѣленнымъ. За симъ идутъ самыя разнообразныя попытки къ опредѣленію общей теоретической сущности раздѣлительныхъ обязательствъ.

Сводъ воззрѣній на альтернативныя обязательства см. у *Pescatore cit.* p. 16 — 140; и *Ryck. Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem deutsch. Rechte* Н. 2 1887 Abschn. 5. По мнѣнію самого Рика такое разногласіе во мнѣніяхъ объясняется тѣмъ, что подъ альтернативныя обязательства подводятъ случаи ничего общаго съ нимъ неимѣющіе. Собственное его воззрѣніе развито отъ p. 197—269.

3 Выборъ. Право выбора одного изъ обозначенныхъ дѣйствій можетъ принадлежать должнику, или кредитору, или даже третьему лицу.

По общему и основному началу римскаго права выборъ принадлежитъ должнику, если не будетъ иначе опредѣлено въ актѣ устанавливающимъ раздѣлительное обязательство ¹⁾).

Quum illa aut illa res promittitur, *rei electio est*, utram praestit L. 10 § 6 D. 23, 3. Quum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, *licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod praestiturus sis*....; L. 138 § 1 D. 45, 1; § 3 I. 4, 6; L. 34 § 6 D. 18, 1 и др.

¹⁾ См. *Бернштейнъ cit.* стр. 44—68.

Основаніе этого общаго начала очевидно заключается въ томъ 1), что всё обозначенныя дѣйствія состоятъ въ обязательствѣ и выполненіемъ любого изъ нихъ должникъ освобождается 2).

Осуществлять свое право выбора должникъ можетъ до момента исполненія обязательства. До этого же онъ можетъ перемѣнять свое рѣшеніе; такъ наз. *jus variandi* 3).

Если должникъ по заблужденію выполнитъ нѣсколько дѣйствій, находящихся *in obligatione*, то и въ этихъ случаяхъ право выбора на возвратное требованіе того или другого дѣйствія принадлежитъ ему же 4).

Отступленіе отъ разсмотрѣннаго общаго начала возможно только въ двухъ случаяхъ, во первыхъ когда должникъ не выполняетъ долга и послѣ судебного рѣшенія, и во вторыхъ по особой оговоркѣ (*expressis verbis*) въ актѣ. Въ первомъ случаѣ ничего неостается, какъ предоставить кредитору указать предметъ, которымъ онъ желаетъ погасить свое альтернативное притязаніе 5). Во второмъ случаѣ по особой оговоркѣ выборъ можетъ быть предоставленъ кредитору, или даже третьему лицу.

Если право выбора предоставлено кредитору безъ особыхъ оговорокъ, то онъ можетъ осуществлять его вплоть до дѣйствительнаго исполненія обязательства; до этого же момента, даже по началу иска, онъ можетъ измѣнить свой выборъ (*jus variandi*) 6). Предоставленное кредитору право выбора переходитъ на его преемниковъ и не только на наслѣдниковъ, но и на *цессіонаріевъ* 7). Замедленіе со стороны кредитора въ осуществленіи его права выбора открываетъ должнику возможность предложить одинъ изъ предметовъ въ упла-

1) Срав. *Savigny. Obligationenr.* Bd. 1 § 2 и § 38.

2) См. L. 47 D. 44, 7.

3) L. 138 § 1; L. 106 D. 45, 1; L. 21 § 6 D. 19, 1.

4) L. 10 C. 4, 5. См. *Vangerow Pand.* 3 § 569 anm. 1 n. 1.

5) L. 11 § 1 D. II. (30).

6) L. 112 D. 45, 1; L. 66 D. 3, 3. См. *Вернштейнъ. cit.* стр. 111—114.

7) Срав. съ одной стороны L. 75 § 3 D. 1 (30); L. 19, D. 33, 5. L. 66 D. 3, 3; а съ другой L. 76 pr.; L. 141 pr. D. 45, 1. См. *Pescatore. cit.* § 40 p. 239—247.

ту; ибо кредиторъ не долженъ служить препятствіемъ для освобожденія отъ долга ¹⁾).

Если выборъ предоставленъ третьему лицу, то это можно разсматривать или какъ условіе самой дѣйствительности соглашенія, или какъ способъ безпристрастнаго опредѣленія (*arbitrium boni viri*) ²⁾. Въ первомъ случаѣ вся сдѣлка падаетъ, если третье лицо не сдѣлало выбора ³⁾, во второмъ — его замѣняетъ своимъ опредѣленіемъ судья ⁴⁾.

4 Уничтоженіе предмета. Въ раздѣлительномъ обязательствѣ, сказано выше, состоитъ нѣсколько предметовъ. Какія послѣдствія имѣеть гибель одного или всѣхъ ихъ въ силу случая или по винѣ должника, или кредитора?

a Случайная потеря одного изъ предметовъ не освобождаетъ должника отъ уплаты другимъ, оставшимся, такъ какъ въ обязательствѣ состоятъ оба предмета. Но несчастный случай не долженъ служить въ ущербъ лица обязаннаго и къ выгодѣ кредитора, а потому должникъ имѣеть право погасить обязательство выплатой цѣны случайно погибшей вещи и тѣмъ выгодать на стоимости, если она меньше цѣны оставшейся вещи ⁵⁾. По тому же основанію, если оба предмета случайно погибнуть, то должникъ вовсе освобождается отъ обязательства.

б Потеря одной вещи по винѣ должника сосредоточиваетъ право кредитора на оставшемся предметѣ ⁶⁾. Если позднѣе погибаетъ такимъ же образомъ и этотъ послѣдній предметъ, то кредиторъ можетъ требовать цѣну этой послѣдне погибшей вещи. При одновременной потерѣ обѣихъ вещей по винѣ должника онъ обязанъ уплатить стоимость одной изъ нихъ по своему усмотрѣнію. Когда выборъ принадлежитъ кредитору, то, при послѣдовательной потерѣ

1) *Dernburg. Pand.* 2 p. 80 срав. *Pescatore cit.* p. 255.

2) *Бернштейнъ cit.* стр. 85, 86.

3) L. 43; L. 44; L. 141 § 1 D. 45, 1.

4) L. 22 § 1 D. 50, 17; L. 76; L. 78; L. 79 D. 17, 2.

5) L. 47 § 3 D. I (30); L. 95 § 1 D. 46, 3. Противнаго мнѣнія *Pescatore cit.* § 35.

6) L. 95 § 1 D. 46, 3.

обѣихъ вещей по винѣ должника, онъ можетъ требовать цѣну и прежде погибшей вещи на томъ основаніи, что вина должника не должна лишать кредитора его права выбора.

Если одна вещь погибнетъ случайно, а другая по винѣ должника, то послѣдній обязуется стоимостью второй вещи, если онъ предпочтетъ уплатить стоимость первой. Эта оговорка слѣдуетъ изъ того, что при случайной гибели первой вещи должникъ, по вышеуказанному основанію, имѣлъ право на погашеніе обязательства представленіемъ ея цѣны, и нѣтъ основанія лишать должника этого права при гибели другой вещи, хотя бы и по винѣ его. Наоборотъ, если первая вещь погибла по винѣ должника, а вторая случайно, то кредиторъ имѣетъ право на стоимость этой послѣдней. Тутъ собственно можно было бы ожидать полное освобожденіе должника отъ обязательства, такъ какъ потеря первой вещи сосредоточиваетъ его на второй, а эта погибаетъ случайно. Но во вниманіе берется вина должника, поставившая кредитора въ худшее положеніе ¹⁾. Если же при данныхъ обстоятельствахъ право выбора принадлежало кредитору, то онъ можетъ требовать и стоимость первой вещи.

Когда вещь погибаетъ по винѣ кредитора, то должникъ имѣетъ право зачесть ее въ погашеніе обязательства ²⁾, или, представивъ въ уплату оставшуюся вещь, требовать (по *actio Aquilia*) стоимость погибшей вещи ³⁾. Если обѣ вещи погибли по винѣ кредитора, то должникъ освобождается отъ обязательства и можетъ, кромѣ того, требовать стоимость вещи большей цѣны. При выборѣ кредитора въ уплату идетъ вторая вещь, а по первой кредиторъ выплачиваетъ стоимость, ибо послѣ гибели первой обязательство сосредоточилось на второй, которой и погашается ⁴⁾.

По указаннымъ началамъ разрѣшаются и всѣ другія комбинаціи.

Отъ раздѣлительныхъ обязательствъ слѣдуетъ отличать такъ называемыя

¹⁾ L. 95 § 1 D. 46, 3. См. *Dernburg. Pand.* 2 p. 78 n. 12.

²⁾ Arg. L. 47 § 3 D. I (30).

³⁾ L. 55 D. 9, 2.

⁴⁾ *Von Wetter. Les obligations* v. 1 p. 213, 214 n. 29.

Замыслительныя, факультативныя обязательства (*facultas alternativa*)¹⁾. Подъ послѣдними разумѣются такія обязательства, которыя имѣютъ своимъ предметомъ одно дѣйствіе, относятся къ одной вещи, но съ правомъ должника погасить ихъ уплатой другой вещи. Такое же право, въ смыслѣ требованія, можетъ быть предоставлено и кредитуру. Въ этихъ случаяхъ имѣется unus res in obligatione, et altera in facultate solutionis²⁾, т. е. въ обязательствѣ состоитъ одна опредѣленная вещь, но погашено оно можетъ быть предоставленіемъ другой вещи. Послѣдняя не составляетъ предмета обязательства, а поэтому если случайно погибнетъ дѣйствительный предметъ обязательства, то должникъ не обязуется уже ничѣмъ передъ кредиторомъ.

Обязательства дѣлимыя и недѣлимыя, *obligationes dividuae et individuae*.

Пособія: Ubbelohde. Die Lehre von den untheilbaren Obligationen 1862; Daniélopoulo. Des obligations divisible et indivisibles en droit romain et en dr. franç. 1864; Kleyer. Des obligations divisibles et indivisibles 1873.

Всѣ обязательства, согласно ихъ предмету или формѣ, могутъ быть дѣлимыми (*obligationes dividuae*) и недѣлимыми (*oblig. individuae*), т. е. представляютъ или не представляютъ возможность удовлетворенія по частямъ безъ нарушенія ихъ сущности и стоимости. Но во всякомъ случаѣ такое дѣленіе обязательствъ нельзя толковать въ томъ смыслѣ, что при дѣлимости кредитуру можно навязать удовлетвореніе по частямъ; по общему правилу оно должно происходить въ полномъ составѣ; но по соглашенію при дѣлимыхъ обязательствахъ частичное удовлетвореніе возможно, при недѣлимыхъ — невозможно³⁾. Согласно съ этимъ свойствомъ обязательствъ они, съ переходомъ на нѣсколькихъ наслѣдниковъ кре-

1) См. *Regelsberger* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik*. Bd. 16 n. 3.

2) L. 6 § 1 D. 42, 1.

3) *Vangerow Pand.* Bd. 3 p. 7.

дителя или должника, распадаются на нѣсколько частей или нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ, напр., кредиторъ можетъ требовать отъ каждаго содолжника удовлетворенія въ полномъ предметѣ обязательства (т. наз. солидарность).

Разсматриваемый вопросъ одинъ изъ самыхъ запутанныхъ и спорныхъ въ наукѣ (*Ubbelohde cit. § 3*), чему способствуютъ источники своими неясными и неполными выраженіями о недѣлимости обязательствъ. См. L. 2, 3, 4, 72, 85 D. 45, 1.

При вопросѣ о дѣлимости обязательствъ согласно свойству предмета источники выходятъ изъ дѣленія обязательствъ на *dare, facere* и *non facere*¹⁾. Но признать обязательство in dando за дѣлимое, а in faciendo и in non faciendo за недѣлимые, можно только какъ обыкновенное явленіе, допускающее отступленія²⁾. Обязательства на предоставленіе извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей будутъ дѣлимыми по самому свойству предмета³⁾. Но таковыми могутъ быть и обязательства по предметамъ физически не дѣлимымъ⁴⁾, если имѣется цѣлю идеальную его часть (*pars indivisa*). Однимъ словомъ обязательство на предоставленіе права собственности, какъ права дѣлимаго, будетъ всегда дѣлимымъ.

Также дѣлимыми будутъ обязательства направленные на предоставленіе и другихъ дѣлимыхъ же вещныхъ правъ, какъ-то *узуфрукта*⁵⁾. Наоборотъ недѣлимыми будутъ обязательства на предоставленіе прочихъ личныхъ *сервитутовъ*⁶⁾, а также всѣхъ реальныхъ *сервитутовъ*, какъ правъ недѣлимыхъ⁷⁾.

1) L. 2 pr. § 1 D. 45, 1.

2) См. *Ryck. Die Lehre v. d. Schuldverhältnissen* 1883, p. 101.

3) L. 2 § 1 D. 45, 1 срав. L. 54 pr.; L. 85 § 1; L. 117 D. 45, 1.

4) L. 9 § 1; L. 34 § 1 D. 46, 3. *Ubbelohde cit. § 6*.

5) L. 5 D. 7, 1.

6) L. 19 D. 7, 8.

7) L. 13 § 1 D. 46, 4; L. 2 § 1; L. 72 pr. D. 45, 1; L. 17 D. 8, 1; L. 25 §§ 9—11 D. 10, 2.

Что касается обязательств *in faciendo* и *in non faciendo*, то въ большинствѣ случаевъ они недѣлимы. Такъ напр. обязательство возвести опредѣленное зданіе недѣлимо по той причинѣ, что только окончаніе его будетъ его выполненіемъ ¹⁾. Такъ же недѣлимымъ будетъ обязательство несовершать опредѣленнаго дѣйствія ²⁾, напр., непродавать залога до выговореннаго срока ³⁾. Но съ другой стороны будутъ дѣлимы обязательства, направленныя на совершеніе отдѣльныхъ личныхъ услугъ, какъ напр. работа поенщиковъ и т. п. ⁴⁾.

Недѣлимость по формѣ обязательствъ касается главнымъ образомъ раздѣлительныхъ обязательствъ. Они не допускаютъ ни частичнаго требованія, ни частичнаго погашенія; не дѣлятся и чрезъ вступленіе нѣсколькихъ субъектовъ въ качествѣ вѣрителей или должниковъ. Это слѣдуетъ изъ основнаго условія данныхъ обязательствъ, по которому погашеніе можетъ быть произведено или однимъ, или другимъ предметомъ. Предоставленіе же въ уплату части одного предмета при частичномъ погашеніи отгрызалобы возможность дальнѣйшаго погашенія частями другого предмета, что прямо противорѣчило бы общему смыслу раздѣлительнаго соглашенія. Въ этомъ смыслѣ раздѣлительныя обязательства недѣлимы ⁵⁾. Но засимъ, если отдѣльные предметы ихъ допускаютъ частичное погашеніе, то нѣтъ основанія по соглашенію не допускать его и въ раздѣлительныхъ обязательствахъ, которыя съ этой стороны будутъ дѣлимыми ⁶⁾.

III. По опредѣленію римскихъ юристовъ (см. выше) обязательство есть такая правовая связь (*vinculum juris*), которая сопро-

¹⁾ L. 80 § 1 D. 35, 2; L. 11 §§ 23, 24 D. 32 (3); L. 72 пр.; L. 85 § 2 D. 45, 1.

²⁾ L. 2 § 5; L. 3 § 1; L. 85 § 3 D. 45, 1.

³⁾ Срав. *Ubbelohde* cit. p. 110 n. 1с.

⁴⁾ L. 1 § 9 D. 35, 2; L. 15 § 1 D. 38, 1; L. 54 § 1 D. 45, 1.

⁵⁾ См. *Верингейнъ*. Ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ стр. 141—144.

⁶⁾ L. 17 D. 46, 4; L. 2 §§ 1—4; L. 35 D. 45, 1; L. 34 § 1, 10 D. 46, 3, срав. L. 26 § 13 D. 12, 6.

вождается принудительными средствами (*necessitas juris*) на совершение должного дѣйствія. Вопросъ объ искомомъ правѣ по обязательствамъ находится въ тѣсной связи съ учениемъ о такъ н. естественныхъ обязательствахъ.

Естественныя обязательства, *obligationes naturales*.

Пособія. *Schwanert*. Die Naturalobligationen des römischen Rechts. 1861; *Brinz*. Kritische Blätter Nr. 2, 1852; *Machelard*. Des obligations naturelles en droit romain. 1860; *Massol*. De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en dr. fr. 2 éd. 1862; *Boucher*. Des obligations naturelles en droit romain et en dr. fr. 1880.

Понятіе. Осуществленіе дѣйствія, на которое имѣетъ право кредиторъ, можетъ быть вынуждено путемъ обращенія къ судебной помощи. Къ признаку дѣйствительнаго обязательства принадлежитъ то его качество, что къ должнику можно предъявить искъ (*in personam actio*) на совершеніе выговореннаго дѣйствія; кредитору по обязательству предоставляется вмѣстѣ съ установленіемъ послѣдняго право судебного требованія, право на искъ. Поэтому часто само обязательство отождествляется съ искомъ, обязательственное право съ искомымъ правомъ ¹⁾. *Actio* есть существенный спутникъ *obligationis*, одно изъ главнѣйшихъ его правовыхъ содержаній, ибо безъ иска обязательство не будетъ представлять для должника никакой правовой связанности, *vinculum juris*. Безъ иска выполненіе обязательства было бы поставлено на усмотрѣніе должника, а поэтому нельзя было бы и говорить о *debere, debitor*. *Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest* ²⁾,

¹⁾ Обь отношеніи *obligatio* къ *actio* см. у *Bekker*. Die Actionen d. röm. Privatr. Bd. 1 p. 1 и слѣд. *Его же*. Ueber das Verhältniss von *actio* zu *obligatio* въ *Zeitschr. f. Rechtsgeschichte* Bd. 9 p. 381 и слѣд.

²⁾ L. 108 D. 50, 16.

а такъ какъ это принужденіе можетъ быть осуществлено только чрезъ искъ, то самое существованіе обязательства предполагаетъ общимъ правиломъ право на искъ. Поэтому обязательства, утерявшія искъ или лишенныя иска будутъ obligationes inanes (напр. по *exceptio doli*), или *ipso jure nullae obligationes* (напр. договоры умалишенныхъ), или *obligationes reprobatae* (напр. обязательства по лихвѣ).

Обязательства снабженныя искомъ, вытекающихъ *ex jure civili*, будутъ obligationes civiles; обязательства, снабженныя искомъ *ex jure honorario* будутъ obligationes honorariae ¹⁾.

Но рядомъ съ гражданскими обязательствами римское право знало цѣлый разрядъ такъ наз. естественныхъ обязательствъ, obligationes naturales, не предоставляющихъ право на искъ. Отношенія по нимъ источники сводятъ къ vinculum aequitatis, а не — *juris*. Сущность этихъ обязательствъ источники не опредѣляютъ; въ наукѣ же до послѣдняго времени отмѣчаются самыя разнообразныя воззрѣнія. Большинство современныхъ ученыхъ смотритъ на вопросъ слѣдующимъ образомъ ²⁾. Многія жизненныя отношенія естественнаго пониманія не регулируются положительнымъ правомъ; положительное право вовсе ихъ игнорируетъ. Если эти отношенія выражаются въ личныхъ требованіяхъ и обязанностяхъ, то такія требованія и обязанности правоваго значенія не имѣютъ и поэтому въ систему права не входятъ. Они будутъ *obligationes tantum naturales* ³⁾. Таковы, напр., требованія правды отъ другого. Съ другой стороны личные отношенія естественнаго пониманія находятъ полное признаніе, а вмѣстѣ и охрану, въ положительномъ правѣ и тѣмъ становятся правовыми отношеніями. Таковы напр., отношенія по иску о недолжно уплаченномъ *condictio indebiti*. По естественному пониманію, разъ будетъ совершена выплата

¹⁾ L. 5 pr. D. 20, 1; L. 1 § 1 D. 46, 2; § 1 I, 3 13.

²⁾ *Scheurl* въ *Heilderberger Krit. Zeitschr.* Bd. 1 p. 501 и слѣд.; въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* 7, 6 p. 350 и слѣд.; *Windscheid*. Pand. Bd. 2 § 287; v. *Wetter*. cit. 1. p. 220. Сюда же можно отнести и *Dernburg*. Pand. 2 p. 9.

³⁾ L. 5 pr. D. 20, 1. См. *Brinz*. Pandekt. p. 577.

по несуществующему, но предполагаемому въ силу заблужденія, долгу, то уплатившій имѣть право требовать предоставленное обратно. Такое пониманіе вполне признано положительнымъ правомъ и *condictio indebiti*, отношеніе естественнаго пониманія, становится правоотношеніемъ ¹⁾. Но кромѣ того имѣются такія отношенія естественнаго пониманія, которыя въ положительномъ правѣ не получаютъ полнаго признанія, но регулируются имъ только съ извѣстной стороны, въ извѣстныхъ признакахъ, и по стольку имѣютъ характеръ правоотношеній. Вотъ подобныя отношенія, если они будутъ личными, называются естественными обязательствами, *obligationes naturales*, въ техническомъ смыслѣ; такъ какъ съ отношеніями исключительно естественнаго пониманія правовая система неимѣетъ дѣла; отношенія же вполне признанныя правомъ будутъ правоотношенія.

Вопросъ о происхожденіи и основаніяхъ естественныхъ обязательствъ имѣетъ одно теоретическое значеніе и въ настоящее время ему мало отводится мѣста не только въ учебникахъ (см. напр. *Dernburg. Pand. 2 § 4*), но даже и въ монографіяхъ (см. напр. *Boucher cit.*). За прошлое же время накопилась масса самыхъ разнообразныхъ воззрѣній на данный вопросъ (см. болѣе полный сводъ у *Schwabert cit. p. 7—66*). Естественныя обязательства производили то отъ естественнаго права (*Weber. Die Lehre v. der natürlichen Verbindlichkeit 1825 p. 14 и слѣд.*), то отъ общенароднаго права (напр. *Savigny, Puchta. см. L. 84 § 1 D. 50, 17*). Другіе вмѣстѣ съ тѣмъ отмѣчали правовое несовершенство этихъ обязательствъ (напр. *Massol cit. p. 7*). Первое не укладывается съ частымъ обозначеніемъ гражданскихъ обязательствъ естественными (см. выше); второе оставляетъ недоразумѣніе: почему несовершенство обозначается признакомъ естественности (см. *Windscheid. Pand. 2 § 287 n. 5*).

Правовое значеніе. Всѣ естественныя обязательства имѣютъ одинъ общій отрицательный признакъ: — они лишены по положи-

¹⁾ См. *L. 15 pr. D. 12, 6*. См. также *L. 126 § 2 D. 45, 1; L. 1 D. 19, 2*.

тельному праву иска. Но засимъ послѣдствія ихъ могутъ быть слѣдующія:

1) Общее всёмъ естественнымъ обязательствамъ послѣдствіе то, что въ случаѣ погашенія ихъ, *solutio*, недопускается требованіе на возвращеніе, *repetitio*, чрезъ *condictio indebiti* ¹⁾, даже въ томъ случаѣ, если *solutio* произведено по ошибкѣ ²⁾. Получившій уплату по естественному обязательству имѣетъ право отвѣтить на требованіе возврата чрезъ *exceptio doli*; ибо тутъ имѣлось погашеніе дѣйствительнаго, хотя и не *ex jure civili*, обязательства ³⁾. Поэтому же нельзя такое погашеніе разсматривать и какъ дареніе ⁴⁾.

2) Естественное обязательство можетъ подлежать зачету, *compensatio* ⁵⁾. Кредиторъ имѣетъ право, даже вопреки желанія должника, обратиться, *excipiendo* или *replicando*, свое естественное требованіе въ зачетъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ необходимо предоставляется ему и право удержанія, *jus retentionis*.

3. Естественное обязательство можетъ быть предметомъ обновленія, *novatio* ⁶⁾, и этимъ путемъ его можно превратить даже въ обязательство цивильное, а именно если обновленіе будетъ совершено чрезъ посредство стипуляціи.

4. Выполненіе естественнаго обязательства можетъ быть гарантировано вполнѣ дѣйствительнымъ поручительствомъ, залогомъ, общаціемъ уплаты (*constitutum debiti*).

Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est hujus naturalis obligationis fidejussorem accipi posse L. 7 D. 46, 1; L. 6 § 2; L. 60 eod. — L. 5 pr.; L. 14 § 1 D. 20, 1; L. 13 pr. D. 12, 6—L. 1 § 7 D. 13, 7.

¹⁾ L. 21 pr. D. 35, 2. Но ср. *Unger*. Die Naturalobligationen d. oesterr. Recht. въ *Zeitschr. f. d. Privat. u. öffentl. R. d. Gegenwart* 1888 Bd. 15 H. 2 p. 371.

²⁾ L. 40 pr.; L. 64, D. 12, 6.

³⁾ L. 10 D. 44, 7; L. 16 § 4 D. 46, 1.

⁴⁾ L. 19 § 4 D. 39, 5.

⁵⁾ L. 6 D. 16, 2.

⁶⁾ L. 1 § 1 D. 46, 2.

Богачевъ

стр. 239

Вотъ всё возможные правовыя послѣдствія естественныхъ обязательствъ. Но не всё эти послѣдствія приданы положительнымъ правомъ каждому естественному обязательству.

Случаи естественныхъ обязательствъ, въ отдѣльности нельзя вывести изъ общаго какого либо начала; каждый изъ нихъ имѣлъ свое собственное основаніе, по которому жизненное отношеніе получило неполное признаніе со стороны положительнаго права. Кроме того и въ самой наукѣ при перечисленіи ихъ замѣчается большое разногласіе. Чаще всего къ естественнымъ обязательствамъ относятъ слѣдующіе случаи:

1) Соглашенія обязательственныя, состоявшіяся безъ соблюденія требуемой формы, такъ наз. роста, рождаютъ только естественныя обязательства. Соглашенія такія не даютъ права на искъ, а только на *exceptio* ¹⁾, они могутъ быть обезпечены залогомъ ²⁾ и погашеніе ихъ не даетъ права на *repetitio* ³⁾, какъ это признано въ случаѣ обѣщанія процентовъ безъ употребленія гражданской формы стимуляціи ⁴⁾.

Въ литературѣ выказывается иногда воззрѣніе противное принятому нами (см. напр. *Brinz. Kritische Blätter* 3 p. 16). Но помимо сказаннаго въ римскихъ источникахъ неоднократно и опредѣленно повторяется тотъ взглядъ, что всякое соглашеніе при наличности серьезной воли должно быть соблюдаемо. См. L. 1 pr. D. 2, 14; L. 95 § 4 D. 46, 3; L. 84 § 1 D. 50, 17.

2) Рабы по *jus civile* не считались за лица, а потому не могли быть *civiliter* ни кредиторами, ни должниками ⁵⁾. Только по деликтамъ они обязывались съ полною силою по отношенію къ третьимъ лицамъ ⁶⁾. Но естественный разумъ не могъ отрицать

¹⁾ L. 7 § 4 D. 2, 14: *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

²⁾ L. 11 § 3 D. 13, 7; L. 4 pr.; L. 22 C. 4, 32.

³⁾ L. 5 § 2 D. 46, 3; L. 3 C. 4, 32.

⁴⁾ L. 5 § 2 D. 46 3.

⁵⁾ § 6 I. 3, 19; L. 14 D. 44, 7; L. 22 pr.; L. 107 D. 50, 17.

⁶⁾ L. 14 in. D. 44, 7.

въ рабѣ существа одареннаго сознательною волею, что повело признаніе за его обязательственными соглашеніями не только съ третьими лицами, но и ихъ господами, силу естественныхъ обязательствъ, съ момента приобрѣтенія имъ свободы ¹⁾.

3) Сыновья подь отцовской властью (*filiifamilias*) не могли вступать въ цивильное обязательство съ отцомъ (*paterfamilias*) и между собою ²⁾ по той причинѣ, что все соединенные отцовскою властью представляли единство лицъ (*unitas personarum*) ³⁾. Но разъ сыновьямъ будетъ выдѣлено въ самостоятельное управленіе часть семейнаго имущества (т. наз. *peculium profectitium*), или онъ приобрѣтетъ такую личную собственность на военной или иной службѣ государственной (т. наз. *peculium castrense* и *quasi castrense*), то долговыя сдѣлки по немъ ⁴⁾ съ *paterfamilias* устанавливали естественныя обязательства ⁵⁾.

4) Денежный заемъ сына подчиненнаго отцовской власти велъ по *Act. Macedonianum* къ установленію естественнаго обязательства ⁶⁾. Но это было только окончательнымъ его послѣдствіемъ, съ начала же такое обязательство было не только дѣйствительно, но и подлежало иску, противъ котораго предоставлялось право на *exceptio Act. Macedoniani*. Римляне признавали, что никто не долженъ обогащаться безосновательно на счетъ другого ⁷⁾, но въ тоже время обстановка даннаго займа заставляла умалить права требованія займодателя. Вотъ *in odium creditoris* (а не *in favorem debitoris*) ⁸⁾ и установлено данное возраженіе, которое въ концѣ концовъ все обязательство дѣлаетъ только естествен-

1) L. 13 pr. D. 12, 6; L. 50 § 2 D. 15, 1; L. 14 D. 44, 7.

2) *Pfordten. Civ. Abhandlungen* 1840 N. 2.

3) L. 11 in f. C. 6, 26; § 6 I. 3, 19; L. 4, 11 D. 5, 1; L. 38 D. 12, 6; L. 2 pr. D. 18, 1; L. 1 § 1 D. 41, 6; L. 16 D. 47, 2.

4) *Mandry. Familiengüterrecht* Bd. 1 p. 157. Ср. съ *Brinz. Pand.* 2 p. 46.

5) L. 38 D. 12, 6; L. 56 § 1 D. 46, 1.

6) L. 10 D. 14, 6. Справ. *Mandry. Familiengüterrecht* Bd. 1 p. 490.

7) L. 206 D. 50, 17.

8) L. 40 pr. D. 12, 6; L. 9 § 4 D. 14, 6.

нымъ. Уплата по такому займу съ достиженіемъ сына самостоятельнаго положенія не давала право на *repetitio* ¹⁾.

5) Несовершеннолѣтнія лица могли самостоятельно, безъ участія опекуновъ, вступать въ обязательства и притомъ съ полною дѣйствительною силою насколько они отъ этого имѣли прибытокъ, in quantum locupletiores facti sunt ²⁾. Всѣ другія обязательства пупилла будутъ дѣйствительны лишь тогда, когда на заключеніе ихъ имѣется *auctoritas tutoris*. Если же этого согласія опекуна не будетъ, то обязательства пупилла имѣютъ значеніе естественныхъ ³⁾, но и то лишь въ извѣстной степени. Тагъ уплата по такому обязательству не дѣйствительна, даетъ право на *repetitio* ⁴⁾. По съ другой стороны оно можетъ подлежать дѣйствительному утвержденію ⁵⁾ по достиженію пупилломъ совершеннолѣтія или и раньше — съ согласія опекуна ⁶⁾. Тѣмъ болѣе дѣйствительно погашеніе обязательства при тѣхъ же условіяхъ ⁷⁾. Мало того такое обязательство можетъ быть основаніемъ для исполнѣ дѣйствительныхъ поручительства, залога ⁸⁾, обновленія ⁹⁾.

Благодаря противорѣчивымъ выраженіямъ источниковъ въ наукѣ крайнее разногласіе въ опредѣленіи значенія обязательства заключеннаго пупилломъ безъ согласія опекуна (см. у *Massol* cit. p. 120 и слѣд.). Одни писатели вовсе отвергаютъ существованіе естественнаго обязательства въ данныхъ случаяхъ (см. напр. *Puchta. Pand. § 237 n. h.; Vorles. 2 § 237 p. 41*); другіе же допускаютъ полныя его послѣдствія (см. напр. *Rudorff. Vormundschaft 2 § 122, 2*). Наконецъ, большинство сов-

1) L. 9 § 5 D. 14, 6.

2) L. 5 pr. § 1 D. 26, 8.

3) L. 42 pr. D. 12, 2; L. 21 pr. D. 35, 2; L. 25 § 1 D. 36, 2; L. 1 § 1 in f. D. 46, 2; L. 95 § 4 D. 46, 3.

4) L. 41 D. 12, 6 ср. L. 58 D. 44, 7.

5) L. 1; L. 2 C. 2, 45; L. 3 C. 5, 74.

6) L. 7 § 1 in. D. 18, 5, L. 19 § 4 in f. D. 39, 5.

7) L. 13 § 1 D. 12, 6.

8) L. 2; L. 25 D. 46, 1; L. 127 D. 45, 1; L. 95 § 4 D. 46, 3.

9) L. 1 § 1 D. 46, 3; § 3 I. 3, 29.

ременныхъ ученыхъ признають послѣднее воззрѣніе съ известными ограниченіями (см. напр. *Vangerow. Pand.* 1 § 279; *Wächter. Pand.* 2 p. 326; *Machelard cit.* p. 203—233), хотя въ опредѣленіи этихъ ограниченій опять большое разногласіе (см. v. *Wetter cit.* 1 p. 234 n. 51). Намъ кажется, что принятымъ воззрѣніемъ разрѣшается самымъ убѣдительнымъ образомъ противорѣчіе источниковъ по данному вопросу. См. *Азаревичъ. О различіи между опекой и попечительствомъ по римскому праву* 1872 стр. 53 и слѣд.

Сказанное съ одинаковой силой относится къ обязательствамъ миновъ ¹⁾, расточителей и слабоумныхъ ²⁾.

6) Въ классическомъ періодѣ capitis deminutio minima должника уничтожало исковое право по его договорамъ ³⁾, но обязательство сохранялось какъ естественное ⁴⁾. Въ Юстиниановомъ правѣ обязательства эти сохранялись уже съ полной силой ⁵⁾.

7) По litiscontestatio совершалось обновленіе обязательства ⁶⁾. Если почему либо новое гражданское обязательство погашалось безъ удовлетворенія кредитора (напр. пропущены судебные сроки его осуществленія), то вмѣстѣ съ тѣмъ прежнее обязательство не считалось вполне погашеннымъ чрезъ litiscontestatio; оно продолжало существовать, какъ естественное обязательство, и какъ токовое могло служить основаніемъ для поручительства ⁷⁾.

Изъ другихъ болѣе или менѣе часто признаваемыхъ случаевъ естественныхъ обязательствъ можно указать на дѣйствіе исковой погасительной давности ⁸⁾. Но см. т. I стр. 294, 295. Затѣмъ нерѣдко признають существованіе естественнаго обязательства когда

¹⁾ См. *Азаревичъ. Опека и попечительство* отъ стр. 100 и слѣд.

²⁾ См. L. 6 in. D. 45, 1; L. 3 D. 46, 2.

³⁾ Gajus 3, 84; 4, 38.

⁴⁾ L. 2 § 2 D. 4, 5.

⁵⁾ § 3 I. 3, 10.

⁶⁾ См. т. I стр. 302.

⁷⁾ L. 8 § 3 D. 46, 1. Подробнѣе см. у *Boucher cit.* p. 115—120.

⁸⁾ См. напр. *Ryck. Die Schuldverh.* 1833 p. 41 — 43; *Dernburg. Pand.* 2 p. 13.

дѣйствительный должникъ освобожденъ несправедливымъ приговоромъ отъ платежа ¹⁾. Но противъ такого взгляда будетъ общее значеніе приговора, вошедшаго въ законную силу ²⁾. И другіе случаи ³⁾.

Обязательства моральныя. Кромѣ перечисленныхъ примѣровъ легко отнести къ естественнымъ обязательствамъ нѣкоторые такіе случаи, когда не имѣется вовсе никакого обязательства. Поводъ къ тому подаетъ то, что и къ даннымъ случаямъ примѣняется правило о неустребованіи назадъ разъ уплоченнаго. Такъ существуютъ извѣстныя нравственныя обязанности, которыхъ выполненіе не можетъ быть вынуждено ни путемъ иска ни возраженія, но вмѣстѣ съ тѣмъ положительное право по особымъ основаніямъ не допускаетъ repetitio послѣ добровольнаго ихъ выполненія. Тутъ очевидно нѣтъ никакого обязательства, ни кредитора, ни должника, а признается лишь извѣстная правовая сила за выполненіемъ. Многіе современные писатели различаютъ эти случаи отъ естественныхъ обязательствъ названіемъ обязательствъ моральныхъ.

Въ наукѣ нерѣдко и теперь смѣшиваютъ моральныя обязательства съ естественными (см. *Aubry et Rau Cours d. droit franç. v. 3 p. 5*; то же дѣлалъ и *Савиньи*. Обязательства § 13), чему много способствовали сами источники.

Въ основѣ моральныхъ обязательствъ лежитъ нравственное убѣжденіе, котораго выраженіе есть нравственный долгъ (officia humanitatis) ⁴⁾. Съ точки зрѣнія права онъ не существуетъ и къ правовой системѣ относится лишь на столько, на сколько solutio не даетъ право на repetitio.

Нѣкоторые писатели (напр. *Boucher cit. p. 17—24*) видятъ характерный признакъ этихъ обязательствъ въ неопредѣленности долга, недопускающаго поэтому обезпеченія поручительствомъ, залогомъ. Такой признакъ

1) L. 60 D. 12, 6.

2) *Windscheid. Pand. § 129 n. 7.*

3) См. у в. *Wetter cit. I p. 239—248.*

4) См. *Massol cit. p. 7* и слѣд.

пригоденъ для объясненія тѣхъ или другихъ послѣдствій моральныхъ обязательствъ, но не для различенія ихъ по сущности отъ естественныхъ обязательствъ.

Выполненіе нравственнаго долга разсматривается въ этомъ его послѣдствіи всегда съ точки зрѣнія акта щедрости, имущественнаго облагодѣтельствованія. Сюда относятся, напр., такіе случаи:

Никто не обязанъ помогать нуждающимся боковымъ родственникамъ или свойственникамъ, но разъ изъ милосердія такая помощь будетъ оказана, то требовать выданнаго обратно уже нельзя ¹⁾.

Жена не обязана устанавливать мужу приданное изъ своего имущества; но установленнаго уже требовать обратно нельзя ²⁾.

Отецъ отвѣчаетъ по actio de peculio только въ размѣрѣ пекуліума. Всякая же добровольная уплата сверхъ того не подлежитъ возвращенію ³⁾.

Отъ нравственныхъ обязанностей слѣдуетъ отличать уважаемые, достойные всякаго признанія, мотивы, по которымъ производится выплата (напр. *misericordia, pietatis intentio, affectio*).

Тутъ также исключается понятіе даренія и не дается право на возвратъ ⁴⁾. Сюда принадлежитъ, напр., тотъ случай, когда происходитъ выдача отказа безъ того вычета, на который дающій имѣетъ право ⁵⁾.

IV. Субъекты обязательствъ.

Обязательство, какъ правоотношеніе направленное на определенное дѣйствіе одного лица въ пользу другого, требуетъ наличности по крайней мѣрѣ двухъ лицъ: управомоченнаго, вѣрителя, кредитора (*creditor* ⁶⁾), *reus credendi*, при стипуляціяхъ — *reus*

¹⁾ L. un. C. 10, 35.

²⁾ L. 32 § 2 D. 12, 6.

³⁾ L. 11 D. 12, 6. Ср. v. *Wetter* cit. 1 p. 252, 253.

⁴⁾ *Ryck. D. Schuldverhältnisse*. 1883 p. 46.

⁵⁾ L. 5 § 15 D. 24, 1; L. 2 C. 6, 42; L. 62 D. 12, 6; L. 19; L. 20 D. 42, 8; L. 1 C. 6, 50.

⁶⁾ L. 10, 11, 12 D. 50, 16.

stipulandi), и обязаннаго, должника (debitor, reus debendi, при обѣщанныхъ дѣйствіяхъ — reus promittendi). Возможно, что въ одномъ и томъ же обязательствѣ каждая сторона будетъ и кредиторомъ и должникомъ. Но безсубъектныхъ обязательствъ не существуетъ ¹⁾.

По положенію, какое занимаютъ стороны въ обязательствахъ, послѣднія дѣлятся на одностороннія обязательства, obligationes unilaterales, когда обязанною является только одна сторона, напр. при займѣ, и двустороннія обязательства, obligationes bilaterales (συναλλαγμα) ²⁾, когда обѣ стороны будутъ взаимно, другъ другу, обязанными ³⁾, т. е. каждая сторона является въ положеніи какъ вѣрителя, такъ и должника.

Двустороннія обязательства можно еще подраздѣлить на вполне двустороннія, или двустороннія равныя, и не вполне двустороннія, или двустороннія неравныя, obligationes bilaterales aequales и obligationes bilaterales inaequales. Первыми будутъ тѣ обязательства, по которымъ одновременно и непосредственно обязываются обѣ стороны, напр. по куплѣ-продажѣ; вторыми будутъ тѣ обязательства, по которымъ первоначально и прямо обязывается только одна сторона, но по исполненію обязательства стороною обязанною возникаютъ обязанности и для первой стороны, напр. обязанность возмѣстить затраты на отданную въ поклажу вещь ⁴⁾. По главной обязанности иски будутъ прямые, actiones directae, по добавочной — иски обратные, actiones contrariae ⁵⁾.

Въ одномъ и томъ же обязательственномъ отношеніи могутъ состоять и больше, чѣмъ двое лицъ, въ качествѣ какъ кредиторовъ, такъ и должниковъ. Въ этихъ случаяхъ по общему правилу ⁶⁾, если не будетъ выговорено иначе, право или долгъ по обязательству считаются раздѣльными между всеми участниками на той или другой

¹⁾ См. *Ryck. Schuldverh.* 1883 p. 4.

²⁾ См. *Ryck. Die Lehre von den Schuldverhältn. nach dem deutsch. Recht* 2 H. 1887. Abschn. 6.

³⁾ L. 7 § 2 D. 2, 14; L. 19 D. 50, 16.

⁴⁾ Справ. *Puchta. Pand.* § 232; *Windscheid. Pand.* Bd. 2 § 320.

⁵⁾ См. т. I стр. 277.

⁶⁾ L. 11 §§ 1, 2 D. 45, 2.

сторонѣ (*nomina ipso jure sunt divisa*); однимъ словомъ получается доленое обязательство, *obligatio pro rata*. При этомъ, если не будетъ какого либо особаго основанія, то принимается дѣленіе на равныя части (*partes viriles*). Такъ если А даетъ въ займы Б и В 1,000 р., то каждый изъ нихъ состоитъ должникомъ на 500 р. Но если одинъ должникъ по займу, умирая, оставляетъ нѣсколькихъ наслѣдниковъ, то долгъ дѣлится между ними по величинѣ ихъ наслѣдственныхъ долей. По тѣмъ же основаніямъ дѣлится и право требованія между нѣсколькими наслѣдниками вѣрителя ¹⁾. Въ разсмотрѣнныхъ случаяхъ нѣтъ никакого единства обязательства; последнее распадается на столько самостоятельныхъ обязательствъ, сколько участниковъ. Погашеніе одного изъ нихъ не имѣетъ никакого вліянія на другія обязательства; въ случаѣ же несостоятельности одного изъ должниковъ, вѣритель не можетъ требовать его части отъ другихъ должниковъ.

Совѣмъ другое явленіе представляетъ стеченіе нѣсколькихъ вѣрителей или должниковъ при такъ назыв. солидарныхъ обязательствахъ.

Солидарныя обязательства.

Источники: Inst. 3, 16 de duobus reis stipulandi et promittendi; Dig. 45, 2 de duobus reis constituendis; Cod. 8, 39 de duobus reis.

Пособія: *Ribbentrop*. Zur Lehre v. d. Korrealobligationen, 1831; *Demangeat*. Des obligations solidaires en droit rom. 1858; *Fitting*. Die Natur der Korr. Oblig. 1859; *Samhaber*. Zur Lehre v. d. Korrealoblig. 1861; *Dworzak*. Z. L. v. d. Korrealoblig. 1863; *Siebenhaar*. Korrealobl. nach röm. gem. u. sächs. R. 1867; *Brinz*. Z. Lehre v. d. Korrealobl. 1873; *Unger*. Passive Korrealität u. Solidarität въ Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 22 n. 2 и Bd. 23 n. 3; *Hölder*. Das Wesen der Correalobligation въ Zwei Abhandlungen aus dem

¹⁾ L. 6 C. 3, 36; L. 1 C. 8, 32.

röm. Rechte, 1884; *Mitteis*, Z. L. v. d. passiven Gesamtschuldverhältnissen въ Zeitschr. f. d. Privat. u. öffentl. Recht Bd. 14, 1 и Bd. 14, 2 p. 419—477; *Lando Landucci*. Le obbligazioni in solido secondo il diritto romano, 1880.

Поняііе. Подъ солидарными обязательствами въ обширномъ смыслѣ разумѣются тѣ случаи личныхъ правовыхъ отношеній, когда вѣритель или каждый изъ нѣсколькихъ вѣрителей, имѣетъ право требовать себѣ отъ должника, или отъ каждаго изъ нѣсколькихъ должниковъ, выполненія во всемъ объемѣ и тѣмъ производить погашеніе всего отношенія.

Отдѣльные случаи солидарныхъ обязательствъ можно свести къ двумъ раздѣламъ, по различію внутренней конструкціи и вызываемымъ ею частнымъ особенностямъ, а именно къ так. наз. корреалитету и солидарности въ тѣсномъ смыслѣ.

Корреалитетъ.

Подъ корреальнымъ обязательствомъ разумѣется единое обязательство при нѣсколькихъ субъектахъ на той или другой, или обѣихъ сторонахъ; притомъ такъ, что вѣритель, получившій выполненіе, разсматривался, по отношенію всѣхъ остальныхъ, какъ единый вѣритель по данному [обязательству; должникъ же, произведшій выполненіе, — какъ единый должникъ.

Участіе нѣсколькихъ лицъ въ обязательствахъ на основаніяхъ корреалитета обозначается въ источникахъ словами: duo rei stipulandi, duo rei credendi, или duo rei promittendi, duo rei debendi ¹⁾. Одинъ только разъ встрѣчается слово *correus* ²⁾, отъ котораго современная наука поспѣшила наименовать корреальнымъ извѣстный родъ обязательствъ при нѣсколькихъ участникахъ.

Стеченіе нѣсколькихъ лицъ при корреалитетѣ возможно, какъ на сторонѣ вѣрющей, такъ и на сторонѣ обязанной, или, наконецъ,

¹⁾ L. 16; L. 1; L. 3; L. 4; L. 10; L. 18 D. 45, 2; L. 34 pr. D. 4, 8; L. 71 D. 46, 1.

²⁾ L. 3 § 3 D. 34, 3.

на обѣихъ сторонахъ. Въ первомъ случаѣ говорятъ о коррeальномъ обязательствѣ *ex parte creditorum*, во второмъ—*ex parte debitorum*, въ третьемъ—*tam ex parte creditorum, quam ex parte debitorum*, активный и пассивный коррeалитетъ.

Установленіе коррeалитета ¹⁾. Основаніями для установленія коррeалитета могутъ быть 1) договорное соглашеніе и 2) завѣщаніе.

1) *Договорное соглашеніе*. Первоначальную форму установленія коррeалитета по соглашенію представляла стипуляція ²⁾. Для установленія коррeального обязательства по стипуляціи требуется, чтобы всѣмъ вопросамъ одного или нѣсколькихъ кредиторовъ (*spondes ne?*) данъ былъ общій отвѣтъ (*spondeo*) каждаго изъ нѣсколькихъ или одного должника ³⁾. При раздѣлительномъ же отвѣтѣ на каждый вопросъ кредитора(овъ) устанавливается не коррeалитетъ, а столько обязательствъ сколько вопросовъ и отвѣтовъ.— Затѣмъ уже Папиньянъ говоритъ, что источникомъ коррeалитета можетъ быть не только стипуляція, но и всякій другой договоръ ⁴⁾. Позднѣе, его возможно было устанавливать не только по *contractus bonae fidei*, но и по неформальному добавочному соглашенію (*Pactum adjectum*) при другихъ договорахъ ⁵⁾.

2) *Завѣщаніе*. Коррeалитетъ по завѣщанію можетъ установиться въ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщатель дѣлаетъ нѣсколькихъ своихъ наслѣдниковъ отвѣтственными по одному отказу *in solidum*, или наоборотъ устанавливаетъ право требованія нѣсколькимъ легатаріямъ къ одному наслѣднику на правахъ коррeального обязательства ⁶⁾.

¹⁾ См. *Haurion. Origine de la corréalité, 1882.*

²⁾ Въ источникахъ о коррeалитетѣ говорится по поводу стипуляціи. См. напр. *Inst. 3, 16* и мѣста у *Mitteis. Die Individualisirung der Obligation, 1886 p. 59.*

³⁾ *pr. l. 3, 16; L. 5 C. 8, 39.*

⁴⁾ *L. 9 pr. D. 45, 2.... non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus....*

⁵⁾ *L. 13 § 9 D. 19, 2.* См. *Siebenhaar cit. p. 92* и слѣд.

⁶⁾ *L. 16 D. 31 (2); L. 25 pr. D. 32 (3); L. 4 C. 6, 38.*

Многіе писатели признають источниками корреалитета, сверхъ соглашения и завѣщанія, еще судебный приговоръ и законъ. Но судебнымъ рѣшеніемъ только разрѣшается споръ о правовомъ существованіи корреального обязательства по соглашенію и завѣщанію, такъ что установленіе его нельзя относить къ судебному рѣшенію. L. 43 D. 42, 1 и L. 2 C. 7, 55. По закону же могло установиться только солидарное обязательство въ тѣсномъ смыслѣ, а не корреалитетъ, какъ въ томъ случаѣ, когда нѣсколько банкировъ (*argentarii*), состоящіе другъ съ другомъ въ отношеніяхъ товарищества, записывали одинъ и тотъ же долгъ на одно и то же лицо (L. 9 pr.; L. 25 pr.; L. 27 pr. D. 2, 14; L. 34 pr. D. 4, 8). См. *Suffrian Die Korrealobligation*. 1876 p. 17, 18. Срав. *Vangerow. Pand.* 3 § 573.

Признаки. Корреальное обязательство характеризуется, какъ сказано, прежде всего а) *единствомъ предмета* и затѣмъ б) *степеніемъ нѣсколькихъ лицъ*.

а) Корреальное обязательство, какъ активное, такъ и пассивное, по своему объекту всегда едино; этимъ признакомъ корреалитетъ отличается отъ всякого другого вида обязательствъ при нѣсколькихъ лицахъ. Отсюда прежде всего слѣдуетъ, что кредиторъ имѣетъ право требовать выполненіе обязательства только однажды и, получивъ удовлетвореніе отъ одного изъ должниковъ, не можетъ уже обращаться за взысканіемъ по тому же обязательству къ другому должнику. То же и при нѣсколькихъ кредиторахъ. Разъ произведенное выполненіе погашаетъ корреальное обязательство для всѣхъ участниковъ въ немъ ¹⁾.

Подобное же послѣдствіе должны имѣть и всѣ суррогаты платежа, коль скоро они касаются самой субстанции обязательства ²⁾. Такъ:

Обновленіе обязательства (novatio), произведенное между однимъ изъ корреаль. кредиторовъ и однимъ изъ корр. должниковъ,

¹⁾ § 1 I. 3, 16; L. 2; L. 3 § 1 D. 45, 2; L. 13 § 12 D. 46, 4.

²⁾ L. 54 D. 46, 3.

погашаетъ обязательство для всѣхъ остальныхъ ¹⁾. Такое же послѣдствіе должно имѣть удовлетвореніе одного изъ кредиторовъ зачетомъ долга (compensatio) съ однимъ изъ должниковъ ²⁾.

Затѣмъ съ уплатой отождествлялось сложеніе, отпущеніе долга въ торжественной формѣ, т. наз. acceptilatio ³⁾. Такое отпущеніе одного изъ корреальн. кредиторовъ одному изъ корр. должниковъ вело къ полному прекращенію обязательства ⁴⁾.

Иногда высказываются противъ такого положенія, которымъ предоставляется одному изъ кредиторовъ, не получивъ дѣйствительнаго удовлетворенія, погашать обязательство для другихъ кредиторовъ; но дѣло въ томъ, что для этихъ послѣднихъ должно быть безразлично: получилъ ли погасившій кредиторъ удовлетвореніе или нѣтъ. См. *Weibel Korrealoblig.* § 7.

Судебный приговоръ, освобождающій отъ взысканія одного изъ корреальныхъ должниковъ, распространяетъ свои послѣдствія на всѣхъ остальныхъ участниковъ въ обязательствѣ.

Положеніе это основано на L. 42 § 3 D. 12, 2 въ связи съ L. 28 eod. (см. *Ribbentrop cit.* p. 261). Но многіе новѣйшіе писатели видятъ тутъ несообразность съ консумирующимъ послѣдствіемъ уже самого момента *litis contestatio* (см. *Weibel cit.* p. 44, 45) и кромѣ того съ принципиальнымъ началомъ, по которому судебное рѣшеніе имѣетъ силу только между процессуальными сторонами (ср. т. I стр. 309, 310),—и по всему этому отвергаютъ такое общее послѣдствіе судебного рѣшенія въ корреальныхъ обязательствахъ (см. напр. *Mitteis. Die Individualis. d. Obligation* p. 90).

Такое же значеніе имѣетъ и разрѣшительная клятва (jusjurandum) одного изъ корреальныхъ должниковъ по вызову одного

¹⁾ L. 3 1 § 1 D. 46, 2. См. *Vangerow. Pand.* 3 § 573 p. 88—91.

²⁾ Справ. L. 10 D. 45, 2.

³⁾ *Gajus* 3, 169; § 1 I 3, 30.

⁴⁾ L. 2 D. 45, 2; L. 16 D. 46, 4; L. 31 § 1 D. 46, 2; L. 3 § 3; L. 29 D. 34, 3.

изъ кредиторовъ ¹⁾ на томъ основаніи, что *jusjurandum etiam loco solutionis cedit* ²⁾, какъ суррогатъ судебного рѣшенія ³⁾.

Съ другой стороны единство обязательства при корреалитетѣ ведетъ къ тому, что всѣ дѣйствія одного изъ кредиторовъ, обезпечивающія обязательственные права по существу одного изъ кредиторовъ, распространяются въ своихъ послѣдствіяхъ на остальныхъ кредиторовъ, и если они имѣли мѣсто противъ одного должника, то распространяются и на остальныхъ должниковъ, напр. предъявление иска однимъ изъ кредиторовъ противъ одного изъ должниковъ прерываетъ давность для всѣхъ, т. е. служитъ въ пользу всѣмъ кредиторамъ и — во вредъ всѣмъ должникамъ ⁴⁾.

Кромѣ всего сказаннаго въ классической юриспруденціи признавалось, что корреальное обязательство погашается чрезъ *litis contestatio* между однимъ изъ корреальн. кредиторовъ и однимъ изъ должниковъ ⁵⁾. Такое вліяніе *litis contestatio* послужило даже исходнымъ основаніемъ къ постройкѣ ученія о корреалитетѣ въ отличіе отъ солидарности. Объясняется же тѣмъ, что при единствѣ корреальн. обязательства консумирующее послѣдствие *litis contestatio* должно было уничтожать прежнее обязательственное отношеніе для всѣхъ участниковъ ⁶⁾. Позднѣе, имп. Юстиніанъ отмѣнилъ это консумирующее значеніе *litis contestatio* при корреальныхъ обязательствахъ ⁷⁾; послѣ чего начало процесса между однимъ изъ корреальн. кредиторовъ и однимъ изъ должниковъ не влекло за собою прекращенія обязательственныхъ отношеній для остальныхъ кредиторовъ и должниковъ.

Многіе писатели ограничиваютъ это распоряженіе Юстиніана однимъ пассивнымъ корреалитетомъ (напр. *Demangeat cit. p. 83* и слѣд., *Samhaber cit. p. 137* и слѣд.).

¹⁾ L. 28 pr.—§ 3 D. 12, 2.

²⁾ L. 27 D. 12, 2.

³⁾ См. т. I стр. 313, 314.

⁴⁾ L. 5 C. 8, 40.

⁵⁾ L. 31 § 1 D. 46, 2; L. 5 D. 46, 1; L. 2; L. 16 D. 45, 2; L. 116 D. 45, 1; L. 1; L. 14 D. 46, 8.

⁶⁾ Срав. *Fitting cit. § 34*.

⁷⁾ L. 28 C. 8. 41.

Но если выходить из того мотива, что в новомъ законѣ имѣлось въ виду провести дѣйствительное *solutio*, то нѣтъ основанія не распространять его и на активный коррeалитетъ (*Brinz. Pand. 1 p. 620*).

б) Второй признакъ коррeалитета — наличность нѣсколькихъ субъектовъ — даетъ возможность, при объективномъ единствѣ, различать особенныя чисто субъективныя отношенія, въ которыхъ данныя лица могутъ состоять въ данномъ обязательствѣ. Такъ одни изъ коррeальныхъ должниковъ могутъ обязаться подъ условіемъ, срочно (*sub die*); одни изъ участниковъ могутъ быть менѣ другихъ способны по матеріальному праву вступать въ обязательства, отвѣчать по нимъ, напр. несовершеннолѣтніе и т. д. Поэтому и всѣ измѣненія, которыя могутъ быть отнесены только къ субъективной сторонѣ, а не къ составу обязательства, распространяются только на данныхъ лицъ. Такъ:

Сложеніе долга по простому соглашенію, *pactum de non petendo*. Если сложеніе долга по соглашенію кредитора съ однимъ изъ должниковъ будетъ имѣть чисто личный характеръ, будетъ *pactum de non petendo in personam*, то остальные должники не могутъ на это ссылаться ¹⁾. Наоборотъ подобное соглашеніе, касающееся самого состава обязательства, *pactum de non petendo in rem*, распространяется на всѣхъ должниковъ ²⁾. Если же сложеніе долга по простому соглашенію будетъ произведено однимъ изъ коррeал. кредиторовъ, то, безъ различія *pactum de non pet. in personam* и *in rem*, оно имѣетъ значеніе только для даннаго кредитора ³⁾, ибо остальные кредиторы въ соглашеніи не участвовали, а потому и не принимаютъ возраженія (*exceptio*) изъ него.

Minima capitis deminutio одного изъ должниковъ уничтожаетъ обязательство только для него одного ⁴⁾.

Точно также если одинъ изъ *rei stipulandi* сдѣляется нас-

1) L. 25 § 1 D. 2, 14.

2) L. 21 § 5 D. 2, 14.

3) L. 27 пр. D. 2, 14. См. *Vangerow. Pand. 3 § 573 p. 95, 96.*

4) L. 19 D. 45, 2.

лѣдникомъ одного изъ rei promittendi, т. е. совершится confusio, то послѣдствія распространяются лишь на данныхъ лицъ, не касаясь объективной сущности обязательства ¹⁾.

Невозможность выполнения обязательства въ лицѣ одного корреалн. вѣрителя или должника безъ вины должника прекращаетъ обязательство для остальныхъ соучастниковъ.

Что же касается случаевъ виновности должника, то прежде всего, за положительное дѣяніе (factum) совершенное однимъ изъ корреальныхъ должниковъ, во вредъ кредитору, отвѣчаютъ всѣ остальные должники.

Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet L. 18 D. 45, 2. Впрочемъ это положеніе въ наукѣ спорно на основаніи того, что главный должникъ не отвѣчаетъ за culpa поручителя. (L. 19 D. 4, 3; L. 32 § 5 D. 22, 1; L. 88 D. 45, 1; L. 38 § 4 D. 46, 3. См. Windscheid. Pand. 2 § 295 n. 13). Но основательно возражаютъ, что изъ отвѣтственности поручителя, какъ придаточнаго должника, за culpa должника неслѣдуетъ необходимо обратной отвѣтственности должника за culpa поручителя (*Ryck Schuld*. 1883 p. 77, 78).

Совсѣмъ обратное послѣдствіе для просрочки. Послѣдствія просрочки (mora) одного изъ участниковъ корреалитета не распространяются на другихъ.

Si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet (L. 32 § 4 D. 22, 1). Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur (L. 173 D. 50, 17).

Объясняется ²⁾ это различіе отъ послѣдствій положительнаго проступка тѣмъ, что при наличности нѣсколькихъ должниковъ кредиторъ долженъ быть обезпеченъ въ выполненіи своего требованія болѣе чѣмъ при одномъ должникѣ, а потому было бы несправедливо ставить существованіе права вѣрителя въ зависимость отъ вины

¹⁾ L. 71 pr. D. 46, 1. См. *Vangerow*. Pand. 3 p. 93, 94.

²⁾ См. *Weibel* cit. p. 53 — 57. Ср. *Ryck*. Schuldverh. p. 78 и п. 1.

одного изъ обязанныхъ. При просрочкѣ же отъ вѣрителя зависѣло своимъ увѣдомленіемъ вызвать того именно для данного должника, а потому нѣтъ основанія выходить за предѣлы выраженной вѣрителемъ воли.

Регрессъ. Выхода изъ взгляда объ единомъ обязательствѣ при корреалитетѣ, слѣдуетъ признать слѣдующее начало.

Корреальный кредиторъ, получивъ уплату долга вполнѣ или суррогатъ уплаты и тѣмъ погасившій обязательство, обязанъ ли раздѣлить полученное удовлетвореніе между остальными кредиторами? Изъ самой сущности корреальныхъ обязательствъ подобное право участія остальныхъ кредиторовъ въ полученномъ однимъ изъ нихъ удовлетвореніи не слѣдуетъ само собою. Удовлетворенный получилъ лишь свой долгъ, а не долги, въ тоже время, другихъ кредиторовъ. Другое дѣло, если вѣрителя состояли въ отношеніяхъ товарищества, были сосіи; тогда они могли бы, въ силу этого особаго основанія, требовать участія въ полученномъ удовлетвореніи ¹⁾.

Точно также и при пассивномъ корреалитетѣ лицо, уплатившее обязательство вполнѣ, не имѣетъ права, по общему началу, на регрессъ противъ остальныхъ должниковъ, потому что, погасивъ корреальное обязательство, онъ уплатилъ лишь свой долгъ, не уплачивая, въ тоже время, самостоятельные долги другихъ содолжниковъ. Подобный регрессъ опять таки можетъ вытекать лишь изъ особыхъ отношеній между содолжниками, какъ-то товарищества ²⁾, и которыя сами по себѣ не предполагаются ³⁾. Это начало было въ позднѣйшемъ правѣ смягчено съ двухъ сторонъ, а именно: а) уплатившій должникъ имѣетъ право на регрессъ къ остальнымъ, если и насколько они причастны выгодамъ изъ данного корреального обязательства; и б) кредиторъ могъ быть принужденъ предъявить требованіе ко всѣмъ наличнымъ корреальнымъ должникамъ въ совокупности, а затѣмъ судья можетъ присудить къ совокупному удо-

1) L. 62 pr. D. 35, 2.

2) L. 62 pr. D. 35, 2; § 4 I. 3, 20; L. 39 D. 46, 1; L. 11 C. 8, 41.

3) Справ. *Dernburg. Pandekten* Bd. 2 p. 195 и n. 18.

San Dionisio
- Matsumi
Nov. 99

влетворенію кредитора тѣхъ изъ нихъ, за кѣмъ онъ признаетъ способность къ платежу.

Первое смягченіе основывается на законѣ Діоклетіана и Максиміана L. 2 C. 8, 39. Но толкованіе этого мѣста въ наукѣ крайне спорно. Такъ между прочимъ Савиньи (*Obligat. R. Bd. 1 p. 240*) основываетъ на немъ т. наз. beneficium cedendarum actionum, право должника, вызваннаго къ платежу, требовать уступки иска противъ остальныхъ должниковъ, а буде такой уступки не произойдетъ, то предъявлять акцію utilis какъ бы изъ фиктивной уступки. Возрѣніе это большинствомъ современныхъ пандектистовъ отвергнуто (см. *Vangerow. Pand. Bd. 3 p. 75* и слѣд.).—Второе смягченіе относятъ къ Nov. 99. По эту Новеллу, въ связи съ другими положеніями (*epistola divi Hadriani Gajus 3, 121, 122; § 4 I. 3, 20; L. 26—28 D. 46, 1*), толкуютъ въ смыслѣ установленія такъ наз. beneficium divisionis, право на раздѣлъ долга между корреальными должниками, а слѣдовательно и общаго права регресса для уплатившаго весь долгъ. Вангеровъ (*Pand. 3 § 573 Anm. 4*) весьма убѣдительно доказалъ несостоятельность такого толкованія Nov. 99.

Солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ, въ отличіе отъ корреальныхъ, представляютъ совокупность столькихъ обязательствъ, сколько будетъ участниковъ. Но и при солидарныхъ обязательствахъ вѣритель можетъ требовать только единожды выполнения и, получивъ удовлетвореніе отъ одного изъ должниковъ, уже не имѣетъ права обращаться съ требованіемъ къ другимъ должникамъ ¹⁾.

Для солидарныхъ обязательствъ въ тѣсномъ смыслѣ слова источники употребляютъ выраженія: *in solidum tenentur* ¹⁾, или *duo quodammodo rei* ³⁾.

1) L. 14 § 15 D. 4, 2; L. 1 § 43 D. 16, 3.

2) L. 5 § 1 D. 9, 4. *26022 2171*

3) L. 5 § 15 D. 8, 6. *18.*

ч. 6.15

Установленіе. Солидарныя обязательства могутъ быть только пассивныя ¹⁾ и своимъ непосредственнымъ источникомъ имѣютъ законъ. Законъ, имѣя въ виду извѣстныя требованія справедливости по отношенію къ кредитору, устанавливаетъ при извѣстныхъ обязательствахъ солидарную отвѣтственность. Такъ прежде всего сюда относится случай совершенія нѣсколькими лицами / деликта ²⁾, затѣмъ ² случай провинности нѣсколькихъ довѣренныхъ по одному и тому же имуществу или дѣлу лицъ ³⁾, нѣсколькихъ опекуновъ по одной опегѣ ⁴⁾; солидарно, наконецъ, ³ отвѣчаютъ и нѣсколько должниковъ по договорамъ найма, ссуды ⁵⁾, поклажи ⁶⁾, записи у банкировъ.

Солидарное обязательство, представляя нѣсколько обяза-
тельствъ при одномъ долгѣ, даетъ кредитору право обращаться со взысканіемъ столько разъ, сколько должниковъ; пока не получить удовлетворенія въ полномъ размѣрѣ долга. Солидарное обязатель-
ство, въ отличіе отъ корреального, погашается лишь фактомъ дѣй-
ствительной уплаты. Къ послѣдней относится и зачетъ, compensatio. Наоборотъ обновленіе (novatio) и сложеніе долга (acceptilatio),^{*} какъ не заключающія въ себѣ дѣйствительной уплаты, не прекращаютъ солидарнаго обязательства ⁷⁾. Точно также и судеб-
ный приговоръ противъ одного должника и разрѣшительная клятва его не касаются остальныхъ должниковъ ⁸⁾. Тѣмъ болѣе litis contestatio ⁹⁾ съ однимъ изъ должниковъ никогда не погашало солидар-

→ стр 81
× 80, 81
○ 81 стр
□ стр 82

¹⁾ Но срав. *Ihering*. Die active Solidarobligation въ Jahrb. f. d. Dogmatik B. 24 H. 1 и 2. 1886.

²⁾ L. 1 § 4 D. 2. 10; L. 14 § 15; L. 15 D. 4, 2; L. 17 pr. D. 4, 3; L. 5 D. 9, 4; L. 3 pr. D. 11, 6; L. 7 § 4; L. 18 D. 27, 6; L. 1 § 13 D. 43, 16; L. 1 C. 4, 8.

³⁾ L. 60 § 2 D. 17, 1.

⁴⁾ L. 15 D. 27, 3; L. 18 § 1 D. 26, 7.

⁵⁾ L. 5 § 15 D. 13, 6.

⁶⁾ L. 1 § 43; L. 22 D. 16, 3.

⁷⁾ См. *Vangerow*. Pand. § 573 p. 98, 99.

⁸⁾ L. 25 § 3 D. 46, 1.

← 2153.073

наго обязательства для остальных, ибо оно вводило въ процессъ только одно данное обязательство ^{или приговоръ къ X?} 1).

Si apud duos sit deposita res, adversus unum quemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur; non enim electione, sed solutione liberantur L. 1 § 43 D. 16, 3.

Самый перерывъ давности, вызванный искомъ противъ одного изъ должниковъ, не распространяется на остальныхъ 2).

Множественность обязательствъ при солидарности имѣетъ и ту отличительную особенность, что за вину одного изъ должниковъ остальные не отвѣчаютъ, какъ напр. если одинъ изъ ^{мандатаріевъ} мандатаріевъ совершитъ актъ, нарушающій интересы манданта, то онъ одинъ и несетъ по нему отвѣтственность (см. ниже).

Регрессъ. Что касается вопроса о регрессѣ при погашеніи солидарнаго обязательства однимъ изъ должниковъ, то онъ долженъ быть допущенъ общимъ правиломъ на томъ основаніи, что въ уплатѣ такой заключается погашеніе столькихъ обязательствъ, сколько должниковъ, которые слѣдовательно и могутъ быть привлечены къ участию въ расходахъ по уплатѣ. Поэтому уплатившій могъ требовать отъ вѣрителя уступки его искового права къ остальнымъ должникамъ (beneficium cedendarum actionum) 3), или же прямо выступить противъ послѣднихъ съ utilis actio 4).

Мы изложили донныя господствующее въ нѣмецкой учебной литературѣ ученіе о корреальныхъ и солидарныхъ обязательствахъ. Выработалось оно сравнительно недавно. Прежде не различали корреальныхъ и солидарныхъ обязательствъ; говорили только о корреалитетѣ,

1) L. 14 § 15; L. 15 D. 4, 2; L. 1 § 10; L. 2—4 D. 9, 3; L. 5 pr. D. 9, 4; L. 3 pr. D. 11, 6; L. 5 § 15 D. 13, 6; L. 1 § 43 D. 16, 3; L. 18 § 1; L. 42 D. 26, 7; L. 1 § 13, 17; L. 15; L. 21 D. 27, 3; L. 7 § 4; L. 8 D. 27, 6; L. 1 § 13 D. 43, 16; L. 1 C. 4, 8.

2) *Dernburg.* Pand. 2 p. 198.

3) L. 1 §§ 13, 14, 18; L. 21 D. 27, 3; L. 6 C. 5, 51; L. 2 C. 5, 52; L. 2 C. 5, 58.

4) L. 1 §§ 13, 14 D. 27, 3; L. 2 §§ 8, 9 D. 50, 8; L. 4 D. 9, 3

обозначая его единымъ обязательствомъ при многихъ субъектахъ. Но современемъ замѣтили, что по классическому праву не всегда *litis contestatio* съ однимъ изъ должниковъ вело къ прекращенію корреального обязательства для другихъ должниковъ, и тогда стали отличать по этому признаку корреальное обязательство отъ солидарнаго и опредѣлять первое, какъ единое обязательство при нѣсколькихъ участникахъ (*una plurium obligatio*), а второе — какъ совокупность нѣсколькихъ обязательствъ, которыя всѣ направлены на одинъ и тотъ же предметъ. Затѣмъ, далѣе, замѣтили, что нѣкоторые правооснованія распространяются при корреалитетѣ только на данныхъ участниковъ (напр. *capitis deminutio, confusio, pactum de non petendo*) и вотъ стали различать субъективную сторону въ корреальныхъ обязательствахъ, говоря, что всѣ юридическіе факты, касающіеся лишь этой стороны, не распространяютъ своего вліянія на всѣхъ участниковъ и что такое значеніе имѣютъ факты, касающіеся только объективной сущности обязательства. Такъ установилось различіе между корреалитетомъ и солидарностью, а въ первомъ различіе субъективной и объективной его сторонъ (см. *Baron. Pandekten* § 247; *Arndts. Pand.* § 214). Впервые это ученіе было намѣчено Келлеромъ (*Keller. Litis-contestatio u. Urtheil, 1827* § 49); полное же развитіе получило у Риббентропа (*cit.*), который и считается отцомъ унитета, понятія единства корреального обязательства. Состояніе вопроса до Келлера, Риббентропа представлено напр. у *Ryck. Schuldv. 1883* p. 52—55.

Но это построеніе корреальныхъ и солидарныхъ обязательствъ въ современной учебной литературѣ и массѣ монографій подвергнуто многимъ сомнѣніямъ и возраженіямъ (см. у *Windscheid.* въ *Münchener Kritisch. Vierteljahrsschr.* Bd. 6 p. 209 и слѣд.; *Weibel cit.* p. 11 — 16). Прежде всего указываютъ на то, что источники нигдѣ не упоминаютъ въ опредѣленныхъ выраженіяхъ различія между корреалитетомъ и солидарностью. Кромѣ того и основной отличительный признакъ, приписываемый корреалитету, оказывается невыдержаннымъ въ источникахъ. Такъ, ¹ консумирующее дѣйствіе *litis contestatio* при корреалитетѣ, давшее главный поводъ къ построенію господствующаго ученія, въ юстиніановомъ правѣ отмѣнено. Значить, это послѣдствіе не вытекало изъ сущности.

В

* см. 82

Другія же основныя отличія находятъ свое объясненіе опять не въ особой сущности тѣхъ и другихъ обязательствъ. Такъ, право регресса солидарныхъ должниковъ, напр. опекуновъ, допущено по идеи справедливости, вытекающей не изъ множественности обязательствъ, а изъ отношеній по опека (v. *Wetter*. *Les obligat.* 1 p. 292). Остальныя отличія, помимо ихъ сомнительности, не столь существенны, чтобы удерживать ученіе о двухъ видахъ солидарныхъ обязательствъ. Послѣ этого понятны нападки и на самую теоретическую основу различія между ними. Такъ одни писатели признаютъ во всѣхъ случаяхъ, какъ корреалитета, такъ и солидарности, единое обязательство (напр. *Brinz*. *Pandekt.* 2 p. 235); наобороте другіе писатели видятъ и въ корреалитетѣ, и въ солидарности столько обязательствъ, сколько лицъ (напр. *Mitteis* cit.). Первые говорятъ, что если солидарное обязательство заключаетъ нѣсколько долговъ, то оно должно быть погашено нѣсколькими же платежами безъ вниманія къ тому, что долги эти имѣютъ одинъ и тотъ же предметъ. Единство предмета, думаютъ, не оправдываетъ погашеніе однимъ платежомъ на столько же, на сколько нѣсколько обязательствъ заключенныхъ *separatim* по одному и тому же предмету не погашаются выполненіемъ со стороны одного изъ должниковъ (см. *Fritz* въ *Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozess* N. F. 17 p. 165; 18 p. 377; v. *Wetter*. *Les oblig.* 1 p. 291—293). Такимъ образомъ выходитъ, что солидарное обязательство юридически немыслимо безъ корреалитета. Другіе, наобороте, говорятъ, что къ единству обязательства принадлежитъ единство кредитора, должника и дѣйствія; дальнѣйшаго же единства объективнаго состава допустить нельзя; а потому и въ случаѣ т. наз. корреалитета, какъ и въ солидарныхъ обязательствахъ, слѣдуетъ признать въ наличности нѣсколько обязательствъ (*Rückert* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* N. F. 12 p. 1—57; *Helmolt* *Die Correalobligationen.* 1857).

Рядомъ съ разработкой вопроса объ единствѣ обязательства шли попытки къ отысканію принципа лежащаго въ основѣ корреалитета въ отличіе отъ солидарности. Изъ новѣйшихъ трудовъ см. *Unger* (cit.), его оппонента *Hölder* (cit.), *Mitteis* (cit.). У насъ *Дювернуа* (Основная форма корреального обязательства, 1874. Изъ массы воззрѣній послѣдняго рода особенное вниманіе оста-

навливали слѣдующія. Такъ нерѣдко удовлетворяются указаніемъ на тождество имущественнаго содержанія и единства обязательственнаго основанія (напр. *Suffian cit.* p. 78, см. *Kuntze. Oblig. und Singulars* p. 139, 147). Но помимо того, что эти же признаки могутъ быть введены и въ опредѣленіе солидарныхъ обязательствъ, такая чисто формальная точка зрѣнія ничего не объясняетъ. Тутъ отмѣчаются только внѣшніе признаки, но не принципы данныхъ отношеній (*Ryck. Schuldv.* 1883 p. 56, 57). Затѣмъ въ корреалитетѣ признавали идею представительства (*Brinz. Krit. Vierteljahreschr.* 16 p. 17, 19), которую въ дѣйствительности легко открыть въ экономическихъ, матеріальныхъ послѣдствіяхъ корреляльныхъ отношеній, но тѣмъ не менѣе ея не можетъ быть въ основѣ этихъ обязательствъ, какъ признающихъ самостоятельность правъ и обязанностей каждаго участника (см. *Mitteis cit.* p. 430). Затѣмъ, выставлялась субъективно-альтернативная теорія, или теорія субъективной неизвѣстности (см. *Girtanner. Bürgschaft* p. 74—79; 397—402, 568; *Stipulation* p. 252—274; *Fitting cit.* p. 136 и слѣд.). По этому воззрѣнію лицо дѣйствительно управомоченнаго или обязаннаго опредѣляется будущимъ фактомъ предъявленія претензіи тѣмъ, а не другимъ, противъ того, а не другого. Но противъ этой теоріи будетъ уже то, что кредиторъ могъ обратиться съ требованіями къ каждому изъ корреляльныхъ должниковъ: *и* къ тому, *и* къ другому, а не *или* (см. *Ryck cit.* p. 58). И т. п.

Происхожденіе обязательствъ.

Обязательственное отношеніе между опредѣленными лицами устанавливается или по соглашенію, т. е. по собственной ихъ воли, или прямо въ силу постановленій объективнаго права, его нормъ, т. е. противъ и помимо воли сторонъ. Вотъ основаніе римской системы раздѣленія всѣхъ обязательствъ по ихъ происхожденію. Такъ Гай говоритъ: Omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto ¹⁾, обязательство вытекаетъ или изъ договора, или изъ правонарушенія. Въ другомъ мѣстѣ онъ же выражается такъ: Об-

¹⁾ Gajus 3, 88.

ligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris ¹⁾ — обязательства вытекают из договора, правонарушения и разных других причин. Последнюю категорию Гай в другом мѣстѣ сводитъ къ obligationes quasi ex contractu и quasi ex delicto (maleficio) ²⁾, т. е. обязательства, устанавливаемые объективнымъ правомъ въ интересѣ общей справедливости (aequitas) и общей пользы (utilitatis causa) и сводимыя по признакамъ отдѣльныхъ ихъ случаевъ къ какъ бы договору или къ какъ бы правонарушенію. Въ Институціяхъ Юстиніана находимъ повтореніе этой системы: Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex malificio, aut quasi ex maleficio ³⁾ — обязательства по своимъ источникамъ дѣлятся на четыре вида: обязательства изъ договоровъ, изъ отношений подобныхъ договору (какъ бы изъ договора), изъ правонарушения, или какъ бы изъ правонарушения.

Приведенное дѣленіе имѣетъ своимъ творцомъ Гайя; Юстиніанъ только послѣдовалъ ему. Другимъ римскимъ юристамъ оно неизвѣстно (*Baron. Institutionen* p. 203). Срав. напр. Модестина L. 52 D. 44, 7. Въ дѣленіи этомъ теперь находятъ массу недостатковъ. (См. напр. *Schlossmann. Der Vertrag. 1876 § 3*). Такъ прежде всего оно далеко не исчерпываетъ всѣхъ источниковъ происхожденія обязательствъ, извѣстныхъ самому римскому праву. Кромѣ того, въ частности трудно установить признаки, по которымъ слѣдуетъ отличать obligationes quasi ex contractu и obligationes quasi ex delicto. Мало того, въ одномъ и томъ же раздѣлѣ, напр. въ obligat. quasi ex contractu, отдѣльныя сюда относимыя обязательственныя отношенія не имѣютъ никакихъ общихъ въ своей сущности чертъ, какъ напр. condictio indebiti и actio negotiorum gestorum (*Wendt* въ *Jahrbücher f. d. Dogmatik* B. 22 H. 3 — 5 p. 313). Наконецъ, и между договорами и правонарушениями нельзя провести строгой границы по обяза-

¹⁾ L. 1 pr. D. 44, 7.

²⁾ L. 5 D. 44, 7.

³⁾ § 2 I. 3, 13; ср. pr. I. 3, 27; pr. I. 4, 5.

тельственнымъ основаніямъ (causae). Такъ притязаніе покупателя по обману разсматривается какъ договорное, но обманъ есть въ тоже время правонарушеніе, которое съ этой точки зрѣнія будетъ оцѣниваться по договорнымъ условіямъ купли. Значить, данная купля-продажа есть и договоръ и деликтъ. Потому, думаютъ, сами римскіе юристы не отъѣняютъ рѣзкой противоположности договора и деликта (L. 49 D. 44, 7; L. 7 §§ 9—11 D. 2, 14). Въ силу подобныхъ и другихъ разсужденій имѣется масса попытокъ иначе систематизировать обязательства. Такъ въ новѣйшее время останавливаетъ вниманіе попытка создать классъ такъ назыв. положительныхъ институтовъ (positive Institute), которыхъ источникомъ было бы положительное право, а внутреннимъ основаніемъ — справедливость (*Sturm. Das Recht der positiven Instituten. 1882*). Учебники, держась въ главномъ римской системы, вносятъ въ нее лишь частныя измѣненія (см. напр. *Windscheid, Dernburg*). Крайнее разнообразіе такихъ отступленій обязываетъ, по моему мнѣнію, держаться римскаго дѣленія обязательствъ по происхожденію до полной и общей переработки системы обязательственного права.

Въ ученіи объ обязательствахъ излагаются далеко не всѣ извѣстныя обязательственныя отношенія; многія изъ нихъ, находясь въ тѣсной связи съ другими отдѣлами права, тамъ и получаютъ свое мѣсто. Напр. обязательства доставлять средства пропитанія, устанавливать приданное, обязательства между опекуномъ и опекаемымъ — излагаются въ семейномъ правѣ; обязательства по владѣнію чужою вещью — въ вещномъ правѣ; обязательства по принятому наслѣдству — въ наслѣдственномъ правѣ. И. т. п.

Договоръ, *contractus*.

Пособія: Schlossmann. Der Vertrag. 1876; Hesse. Ueber das Wesen und die Arten der Verträge des heut. römischen Rechts. 1868.

Въ римскомъ правѣ соглашеніе, какъ источникъ происхожденія обязательствъ, носитъ общее названіе: *conventio, pactum conventum, pactio*. Conventionis nomen generale est, соглашеніе

есть понятие общее. Затѣмъ, въ соглашеніи источники различаютъ два вида: Pactum или pactio въ техническомъ смыслѣ слова, и contractus. Первый видъ простое соглашение, pactum (pactum) не рождалъ по римскому праву гражданского обязательства, solus consensus non obligat civiliter, не давалъ права на искъ, устанавливалъ только естественное обязательство, ex pacto actio non oritur ¹⁾. По даннымъ только признакамъ соглашение опредѣляется источниками такъ: est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus ²⁾, есть согласіе по одному и тому же предмету двухъ, или нѣсколькихъ лицъ. Contractus же въ отличіе отъ pactum есть такое соглашение, которое устанавливаетъ гражданское обязательство, рождаетъ искъ. Но для того чтобы соглашение могло рождать искъ требуется наличность такъ наз. causa civilis obligationis. Подъ causa civilis obligationis разумѣется фактъ или совокупность фактовъ, необходимыхъ по требованію положительнаго права для того, чтобы по соглашенію вѣритель могъ приобрести искъ. Одною простымъ соглашеніемъ для этого недостаточно. Если соглашение будетъ сопровождаться такимъ фактомъ, съ которымъ положительное право соединяетъ искъ, какъ правовое послѣдствіе, то получается договоръ, contractus.

Слово contractus, отъ contrahere, по первоначальному и буквальному его смыслу значить стягиваніе, собираніе вмѣстѣ. Объ иныхъ его разнообразныхъ смыслахъ см. Schlossmann cit. § 4.

Римское право сводило договоры по ихъ causa къ слѣдующимъ четыремъ видамъ ³⁾: contractus qui re, или verbis, или litteris, или consensu perficiuntur, т. е. договоры устанавливаются или путемъ передачи вещи (договоры реальные), или путемъ произнесенія торжественныхъ формулъ (договоры вербальные), или путемъ занесенія условій соглашения на письмо, въ извѣстные раз-

1) Paulus Sent. 2, 14 § 1.

2) L. 1 § 2 D. 2, 14.

3) Gajus 3, 89; § 2 I. 3, 13; L. 1 § 1 D. 44, 7. Объ этомъ дѣленіи см. Wirth. Beiträge zur Systematik des römischen Civilrechts 1856 § 11.

ряды книгъ, или документъ (договоры ³литтеральные), или, наконецъ, въ опредѣленныхъ только положительнымъ правомъ случаяхъ, путемъ одного соглашения (договоры консенсуальные). Такимъ образомъ вотъ тѣ *causae civiles obligationum*, которыя, сопровождающае соглашение, дѣлаютъ его договоромъ, рождаютъ гражданское обязательство, предоставляютъ искъ.

И такъ подъ обязательственнымъ договоромъ разумѣется состоявшееся въ опредѣленной формѣ соглашеніе волей разныхъ лицъ, направленное къ установленію обязательства на выполнение опредѣленнаго дѣйствія съ одной или обѣихъ сторонъ. Слѣдовательно, имѣется два необходимыхъ признака всякаго обязательственнаго договора: 1) прежде всего требуется соглашеніе волей по опредѣленному дѣйствію, какъ содержанію этого соглашения, и 2) опредѣленная форма этого соглашения. Первое условіе — *in idem placitum*, второе — *causa civilis obligationum*. Только при наличности обоеихъ условій изъ договора рождается гражданское обязательство.

1) *Consensus.*

Договорное соглашеніе, *consensus* (отъ *cum sentire*), есть стеченіе волей должника и вѣрителя на опредѣленное дѣйствіе. По существу оно состоитъ изъ обѣщанія (предложенія, *promissum*) съ одной стороны и принятія этого обѣщанія (акцепта, *acceptatio*) съ другой, или во взаимныхъ обѣщаніяхъ, предложеніяхъ и принятіяхъ ихъ.

Изъ этого прежде всего слѣдуетъ, что необязательны одностороннія предложенія, если они не будутъ приняты. Затѣмъ, также не будетъ стеченія волей, соглашения, а слѣдовательно не установится гражданскаго обязательства, если сдѣланныя предложенія, до принятія ихъ, будутъ взяты назадъ.

Одностороннее, непринятое никѣмъ обѣщаніе, *pollicitatio*.

Источники. Dig. 50, 12 de pollicitationibus.

По общему началу одностороннее, никѣмъ непринятое обѣща-

не, pollicitatio ¹⁾, не обяываетъ обѣщавшаго: ex nuda pollicitatione nulla actio nascitur ²⁾. Только по исключенію въ слѣдующихъ случаяхъ римское право допускало установленіе гражданского обязательства по одностороннему обѣщанію ³⁾: 1) Обѣщаніе, сдѣланное въ пользу государства или общины, pollicitatio rei publicae vel civitati facta ⁴⁾. Но для дѣйствительности такого обѣщанія требуется, чтобы къ тому былъ основательный поводъ, чтобы оно было сдѣлано ex justa causa ⁵⁾, какъ въ случаяхъ обѣщанія, напр., построить домъ призрѣнія по поводу полученныхъ почетнаго званія или должности (ob honorem vel magistratum) ⁶⁾. Дѣйствительно обѣщаніе и безъ основательнаго повода сдѣланное, если обѣщавшій вслѣдъ затѣмъ приступаетъ къ выполнению своего обѣщанія; оно устанавливаетъ гражданское обязательство coepto opere ⁷⁾.

2) Одностороннее обѣщаніе обязательно, если оно выражено въ формѣ обѣта, uotum, т. е. обѣщанія на посвященіе чего либо для священныхъ цѣлей ⁸⁾.

3) Клятвенное обѣщаніе извѣстныхъ услугъ со стороны вольнотпущеннаго своему патрону, jurata operarum promissio, обязательно, хотя патронъ и не выразилъ воли на принятіе ⁹⁾.

4) Въ доюстиниановомъ правѣ было дѣйствительно торжественное обѣщаніе, но не въ формѣ стипуляціи, т. наз. dotis dictio, предоставить по данному браку приданное ¹⁰⁾, обѣщаніе одно-

1) L. 3 pr. D. 50, 12: pollicitatio est offerentis solius promissum. О смыслѣ словъ „pollicitatio“, „polliceri“. См. *Schlossmann. Vertrag* p. 152, 153.

2) Paulus. Sent. 5, 12 § 9.

3) Срав. *Schlossmann. Vertrag* p. 148—151.

4) L. 1 pr.; L. 4; L. 6 § 3 D. 50, 12.

5) L. 19 pr. D. 39, 5; L. 7 D. 50, 12.

6) L. 1 § 1; L. 11 D. 50, 12.

7) L. 1 §§ 4, 5; L. 11 D. 50, 12.

8) L. 2 D. 50, 12.

9) L. 7 pr. §§ 1—3 D. 38, 1.

10) L. 25; L. 44 § 1; L. 46 § 1; L. 57; L. 59 pr. D. 23, 3.

Срав. L. 6 C. de dot. prom. et nuda pollicit. 5, 11; L. 13 C. 5, 12; L. 1 § 8 D. 37, 7.

стороннее, исходящее отъ самой жены, или отца ея, или дѣда со стороны отца.

Впрочемъ послѣднее исключеніе весьма спорно въ наукѣ. Подробнѣе объ этомъ въ семейномъ правѣ. За принятое воззрѣніе напр. *Puchta*. Pand. § 415. Противъ него напр. *Arndts*. Pand. § 597 n. 2.

Въ настоящее время нерѣдко исключеніе изъ общаго правила распространяють и на другіе случаи односторонняго обѣщанія, какъ напр. на публичныя обѣщанія награды за доставку потерянной вещи, за открытіе виновника преступленія и т. п. См. *Ihering* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 4 n. 1; *Regelsberger*. *Civilrechtliche Erörterungen* II. 1, 1868, p. 192—227. Но въ подобныхъ случаяхъ совсѣмъ основательно видятъ состоявшееся соглашеніе между обѣщающимъ и лицомъ, которое совершаетъ извѣстное *praestatio* въ виду обѣщаннаго вознагражденія (v. *Wetter*. *Les obligat.* 3 p. 457—459).

Договоръ между отсутствующими сторонами ¹⁾. Договорное соглашеніе между отсутствующими, какъ и между наличными сторонами, считается состоявшимся, когда имѣется предложеніе (оффертъ) и послѣдовавшее на него принятіе (акцентъ). До акцента офферентъ можетъ взять назадъ (revocatio) свое предложеніе; до рѣшительнаго шага акцентанта, которымъ онъ прекращаетъ колебаніе воли, за нимъ сохраняется право взять свое согласіе назадъ. Но такъ какъ договоръ между отсутствующими можетъ совершаться только чрезъ посредство или третьихъ лицъ, пословъ, или чрезъ почту, телеграфъ, то нерѣдко трудно опредѣлить и признаки и моментъ рѣшительнаго акцента, послѣ котораго ревокація уже не можетъ быть допущена ни со стороны офферента, ни со стороны акцентанта.

А. дѣлаетъ письмомъ предложеніе Б., живущему въ другомъ городѣ. Спрашивается: будетъ ли, напр., отсылка письма Б. съ акцентомъ на почту тѣмъ рѣшитель-

¹⁾ См. *Schott*. *Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden*. 1873, *Gardeike*. *Die Verträge unter Abwesenden u. die Rechtsverhältnisse bis zum vollendeten Abschluss*. 1882.

нымъ заявленіемъ, послѣ котораго А. не можетъ телеграммой взять своего предложенія назадъ, ни Б. своего акцента?

Опредѣлить признаки и моментъ состоявшагося акцента есть дѣло каждаго частнаго случая; установить общаго правила тутъ нельзя; можно возвратить посланнаго съ отвѣтомъ объ акцентѣ, взять назадъ письмо, телеграмму. Но отправленная телеграмма, письмо, будутъ выраженіемъ рѣшительнымъ объ акцентѣ. Принятіе можетъ даже предполагаться; во всякомъ же случаѣ рѣшительнаго значенія извѣстность о немъ офферента не имѣетъ; важна лишь наличность офферта и акцента, хотя бы о послѣднемъ и не былъ увѣдомленъ еще офферентъ.

При всей важности не только теоретической, но и практической, вопроса о признакѣ состоявшагося согласенія между отсутствующими, онъ одинъ изъ весьма спорныхъ вопросовъ. См. сводъ мнѣній—краткій у *Arndts Pandekt.* § 231 Anm. 2; болѣе подробный и новѣйшій въ сѣт. трудъ *Gardeike*; у насъ изложеніе главнѣйшихъ воззрѣній см. въ статьѣ г. *Евсинаго*. О договорѣ между отсутствующими въ *Журналѣ Гражд. и Уголовн. права*, 1880, кн. 4 стр. 110—117. Мы примкнули къ теоріи т. наз. обнаруженія (*Ausserungstheorie*), которую раздѣляютъ теперь большинство ученыхъ. По ней требуется лишь обнаруженія акцента, чтобы договорное согласеніе считать состоявшимся. Сильная сторона этой теоріи та, что она выходитъ изъ факта существованія, чисто объективно, необходимыхъ признаковъ согласенія; слабая же въ томъ, что не даетъ точныхъ общихъ указаній, по которымъ можно было бы всегда акцентъ считать обнаруженнымъ. По другой также весьма распространенной теоріи, т. наз. теоріи вѣдома (*Vernehmungstheorie, Recognitionstheorie*), считается согласеніе состоявшимся лишь съ того момента, когда предложившій извѣщенъ объ акцентѣ своего контрагента. По этой теоріи до самаго момента полученія, напр., письма объ акцентѣ офферентъ можетъ взять, напр., телеграммой, свое предложеніе назадъ. При всей точности, съ которой эта теорія опредѣляетъ моментъ состоявшагося согласенія и нѣкотораго даже соответствія съ выраженіями римскихъ источниковъ (см. *Vangerow. Pand.* 3 § 603 p. 251),—едва ли

можно на ней остановиться уже потому, что она без достаточных оснований замедляет момент соглашения.— Не останавливаясь на других возрѣніяхъ и массѣ варіацій указанныхъ теорій, отмѣтимъ тотъ фактъ, что нѣкоторые ученые, неудовлетворенные ни однимъ изъ извѣстныхъ разрѣшеній вопроса, отказываются признать какую либо теорію, считая необходимымъ разрѣшать каждый частный случай по началамъ *bona fides*, обычаямъ честнаго оборота (*Keller. Pandekt. § 223*).

Договорное соглашеніе должно выражать истинную волю обѣихъ сторонъ. Поэтому договорное соглашеніе можетъ быть признано недѣйствительнымъ вполнѣ или частью по причинѣ одного изъ такихъ пороковъ воли, какъ заблужденіе, обманъ, психическое принужденіе. Общее ученіе о вліяніи такихъ пороковъ воли на юридическіе акты вообще развито въ „Общей части“¹⁾; здѣсь только будетъ примѣнено это ученіе къ договорамъ.

Заблужденіе, error. Подъ заблужденіемъ разумѣется представленіе о чемъ либо, несоответствующее истинѣ. По вліянію на дѣйствительность договора слѣдуетъ различать заблужденіе существенное и заблужденіе въ мотивахъ. Только существенное заблужденіе (*error essentialis*), какъ отрицаніе воли, дѣлаетъ соглашеніе *ipso jure* ничтожнымъ²⁾. Къ нему примѣняется положеніе; *non videntur, qui errant, consentire*³⁾. Заблужденіе въ мотивахъ по общему правилу, значенія для дѣйствительности договора не имѣетъ. Затѣмъ, если иногда соглашеніе, сопровождаемое заблужденіемъ, можетъ быть опорочено, даетъ право требовать вознагражденія убытковъ, уменьшенія платы и т. п., то все эти послѣдствія основываются не на заблужденіи, какъ таковомъ, а на другихъ побочныхъ признакахъ договора, обманѣ, порокѣ вещи и т. п.⁴⁾.

¹⁾ Т. I стр. 169—178. См. *Eisele. Ueber Nichtigkeit obligatorischer Verträge wegen Mangels an Willensübereinstimmung der Kontrahenten* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* § 216 p. 414 и слѣд., Bd. 26 p. 223.

²⁾ См. т. I стр. 169—172.

³⁾ L. 116 § 2 D. 50, 17.

⁴⁾ См. v. *Wetter. Les obligations* v. 2 p. 114.

Существенное заблужденіе при договорѣ будетъ въ слѣдующихъ случаяхъ:

1) Заблужденіе въ характерѣ договора, error in negotio: одинъ контрагентъ принимаетъ сдѣлку за заемъ, а другой — за дареніе.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuum accipias, Julianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit videndum. Et puto nec mutuum esse L. 18 pr. D. 12, 1; L. 36 D. 44, 1.

2) Заблужденіе относительно самой индивидуальности вещи, error in ipso corpore rei, или въ существенныхъ ея качествахъ, error in substantia, in materia rei. Такъ контрагентъ имѣетъ намѣреніе купить раба Стиха, а ему продаютъ раба Памфила.

Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, nulla contrahitur obligatio § 23 I. 3, 19; L. 9 pr. D. 18, 1.

3) Ошибка въ одномъ названіи вещи не имѣетъ значенія, ибо не названіе опредѣляетъ волю въ соглашеніи.

Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat L. 9 § 1 D. 18, 1; L. 32 D. 45, 1.

4) Контрагентъ намѣренъ приобрести вещь золотую, а покупаетъ бронзовую; купля-продажа недействительна.

Inde quaeritur, si... in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit... nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur L. 9 § 2 D. 18, 1; L. 11 pr. § 1; L. 10; L. 14; L. 45 D. 18, 1; L. 21 § 2 D. 19, 1.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда предметомъ договорнаго дѣйствія будетъ извѣстное количество вещей даннаго рода и каждая сторона представляла себѣ различное количество, — вліяніе этого заблужденія неодинаково въ одностороннихъ и двустороннихъ договорахъ.

Односторонніе договоры при этихъ условіяхъ будутъ въ силѣ на меньшее количество, такъ какъ на него не имѣется согласія обѣихъ

сторонъ. Такъ А. выговариваетъ себѣ 10, а Б. обѣщаетъ 20, въ послѣднемъ подавно заключается обѣщаніе десяти, значитъ на 10 согласны обѣ стороны. Теперь наоборотъ: А. выговариваетъ 20, а Б. обѣщаетъ 10; во всякомъ случаѣ А. выговорилъ себѣ если не 20, то 10, а потому опять имѣется согласіе сторонъ на 10.

Si stipulanti mihi „decem“ tu „viginti“ respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. Ex contrario quoque si me „viginti“ interrogante tu „decem“ respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse. L. 1 § 4 D. 45, 1. Срав. Gajus 3, 102; § 5 I. 3, 19. См. *Molitor*. Les obligations v. 1 n. 107.

Въ двустороннихъ договорахъ заблужденіе въ количествѣ ведетъ къ недействительности, если обѣщающій думалъ о меньшемъ, чѣмъ *promissarius*. Напр. помѣщеніе отдается въ наймы за 20, а наниматель полагалъ, что за 10. Очевидно, за послѣднюю сумму наемъ не могъ состояться ¹⁾. При обратныхъ условіяхъ двусторонній договоръ дѣйствителенъ на меньшую сумму; наемная плата назначена въ 10, а наниматель представляетъ себѣ ее въ 20. Очевидно, обѣ стороны согласны на 10 ²⁾.

3) Заблужденіе въ личности одного изъ контрагентовъ ведетъ къ недействительности договора, если для опредѣленія воли другого контрагента будетъ имѣть значеніе тождество лица, или его личные качества. Заблужденіе при этомъ условіи въ лицѣ контрагента не даетъ основанія предполагать согласія на данный договоръ.

Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus L. 19 pr. D. 50, 17.

Обманъ, *dolus*, составляетъ такой недостатокъ соглашенія, который не ведетъ къ его уничтоженію, такъ какъ не исключаетъ необходимой воли сторонъ. Контрагентъ, рѣшившійся подъ вліяніемъ обмана на данный договоръ, вкладываетъ свою волю въ него, даетъ

¹⁾ L. 52 D. 19, 2.

²⁾ L. 52 D. 19, 2.

свое согласіе, а потому сама договорная сдѣлка вполне дѣйствительна; но какъ явленіе безнравственное, обманъ открываетъ потерпѣвшей сторонѣ возможность обезсилить общія или только нѣкоторыя послѣдствія такого договора ¹⁾. Такъ съ этою цѣлью она располагаетъ actio doli ²⁾, exceptio doli ³⁾, (также condictio indebiti), которыми можетъ не только опорочить договоръ, но получить и вознагражденіе за всѣ убытки, понесенные отъ вступленія въ него ⁴⁾. Кроме того на первомъ мѣстѣ ⁵⁾ обманутому принадлежатъ всѣ исковыя средства, вытекающія непосредственно изъ договора. Съ обманомъ не слѣдуетъ смѣшивать простого убѣжденія контрагента для получения болѣе выгодныхъ условій безъ того, чтобы вводить его въ заблужденіе, напр. общее восхваленіе товара безъ объявленія такихъ качествъ, которыхъ не имѣется въ немъ ⁶⁾.

Naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere L. 22. § 3 D. 19, 2.

Психическое насиліе, vis compulsiva. Согласіе сторонъ, вынужденное насиліемъ, вполне дѣйствительно, но потерпѣвшая сторона можетъ требовать уничтоженія такого договора ⁷⁾, а также возмѣщенія всѣхъ понесенныхъ убытковъ ⁸⁾. Въ contractus bonae fidei она располагаетъ къ тому искомъ, вытекающимъ изъ договора ⁹⁾; въ contractus stricti juris—особымъ искомъ, actio quod metus causa, на случай состоявшагося уже выполненія или для освобожденія отъ обязательственной связи, и exceptio quod

¹⁾ См. т. I стр. 177, 178; L. 11 § 5 D. 19, 1.

²⁾ L. 1 § 1 D. 4, 3.

³⁾ § 1 I. 4, 13; L. 2 pr. D. 44, 4.

⁴⁾ § 31 I. 4, 6; L. 18 pr. D. 4, 3.

⁵⁾ L. 1 §§ 1, 4; L. 7 pr. D. 4, 3; L. 2 C. 2, 20.

⁶⁾ L. 19 pr. D. 21, 1; L. 43 pr. D. 18, 1.

⁷⁾ См. т. I стр. 174, 175; L. 1; L. 21 § 1 D. 4, 2; L. 7; L. 12 C. 2, 19.

⁸⁾ § 5 I. 3, 23, L. 62 § 1 D. 18, 1.

⁹⁾ L. 116 D. 50, 17; L. 8 C. 4, 44.

metus causa, когда выполненія еще не происходило, но уже предъ-
явленъ искъ ¹⁾).

Состоявшееся договорное соглашеніе опредѣляется въ своемъ
значеніи слѣдующими общими признаками.

Время выполненія договора. Если не будетъ установлено ни
закономъ, ни уговоромъ сторонъ, особаго срока выполненія догово-
ра, то по общему правилу съ момента состоявшагося соглашенія
наступаетъ и время его исполненія. In omnibus obligationibus,
in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur ²⁾. Но при
этомъ, конечно, свойство выговореннаго дѣйствія опредѣляетъ пе-
риодъ продолжительности исполненія ³⁾, какъ напр. постройка зда-
нія и т. п. ⁴⁾. Если договоръ двусторонній и одна изъ сторонъ тре-
буетъ, чтобы соглашеніе было выполнено, сама еще не выполняя
принятого обязательства, то вызываемая на выполненіе сторона мо-
жетъ противопоставить такъ наз. exceptio non adimpleti con-
tractus, возраженіе о невыполненномъ обязательствѣ стороны тре-
бующей ⁵⁾. Такъ если А. продалъ Б. вещь за 100 и, не передавая
проданнаго, требуетъ уплаты, то Б. можетъ не выполнить этого
требованія, ибо ни одна сторона не обязана первой выполнить дву-
стороннее соглашеніе. Поэтому сторона, желающая преслѣдовать
другую, должна сама начать выполненіе своего обязательства.

Въ тѣхъ случаяхъ когда закономъ ⁶⁾ или особымъ угово-
ромъ ⁷⁾ выполненіе договора отнесено къ опредѣленному сроку, то

¹⁾ L. 1; L. 9 § 3 D. 4, 2; L. 4; L. 7 C. 2, 19; § 1 I. 4, 13
L. 4 § 33 D. 44, 4.

²⁾ L. 14 D. 50, 17; L. 213 pr. D. 50, 16.

³⁾ § 27 I. 3, 19; L. 14; L. 60; L. 73; L. 98 § 1; L. 137 § 2
D. 45, 1; L. 186 D. 50, 17.

⁴⁾ L. 73 pr. D. 45, 1.

⁵⁾ Gajus 4, 126; L. 13 § 8; L. 25 D. 19, 1; L. 21 C. 2, 3; L.
5 C. 8, 44.

⁶⁾ L. 24 D. 19, 2; L. un. § 7 C. 5, 13.

⁷⁾ § 2 I. 3, 15; § 26 I. 3, 19; L. 50, D. 44, 7; L. 41 pr.; L.
42 D. 45, 1.

это рассматривается, как установленное въ интересѣ должника, а не кредитора: diei adjectio pro reo est, non pro stipulatore ¹⁾. Поэтому съ одной стороны вѣритель не можетъ требовать выполнения ²⁾ до наступления означеннаго срока, но съ другой—не можетъ отказаться отъ принятія досрочнаго удовлетворенія, если разъ то пожелаетъ совершить должникъ ³⁾.

Мѣсто выполненія договора ⁴⁾. Прежде всего стороны могутъ опредѣлить по соглашенію мѣсто выполненія ⁵⁾. Такое опредѣленіе волею въ иныхъ случаяхъ можно даже подразумѣвать ⁶⁾, какъ напр. данная въ сеуду вещь, предполагается, должна быть доставлена обратно туда, откуда взята ⁷⁾.

См. Не будетъ мѣсто исполненія опредѣлено соглашеніемъ, то на него указываетъ природа обязательства или его предметъ. По этимъ основамъ мѣстомъ исполненія можетъ быть прежде всего мѣстопробываніе должника, domicilium его, или просто его мѣстонахожденіе; ибо тамъ только могутъ быть совершены самоличныя дѣйствія, на которыя должникъ обязывается. Затѣмъ, обязательство направленное на выдачу опредѣленной вещи или извѣстнаго количества вещей того же рода ⁸⁾, выполняется въ мѣстѣ нахожденія данной вещи, въ мѣстѣ rei sitae. Такъ отданная на сохраненіе вещь возвращается въ мѣстѣ ея нахожденія въ моментъ требованія ⁹⁾. Проданная вещь выдается тамъ, гдѣ она находится ¹⁰⁾. Отказанныя въ завѣ-

¹⁾ L. 41 § 1 D. 45, 1.

²⁾ § 2 I. 3, 15; L. 42 D. 41, 1.

³⁾ L. 17 D. 50, 17.

⁴⁾ См. *Schulin*. Zur Lehre vom Erfüllungsort und vom Gerichtsstand der Obligationen nach röm. Recht. 1879; *Massol*. Du lieu du paiement. 1882.

⁵⁾ § 33 I. 4, 6; L. 2 § 7; L. 9 D. 13, 4; L. 47 pr. § 1 D. 30 (1); L. 122 pr. D. 45, 1; L. 9 C. 8, 43.

⁶⁾ L. 47 pr. § 1 D. 30 (1); L. 50 pr., L. 52 §§ 1, 2 D. 5, 1.

⁷⁾ Заемъ въ банкѣ, *mensa argentea*, тамъ же и погашается L. 45 D. 5, 1.

⁸⁾ См. *Schulin* cit. p. 25—30.

⁹⁾ L. 12 § 1 D. 16, 3. См. еще L. 11 § 1 D. 10, 4.

¹⁰⁾ L. 3 § 4; L. 9 D. 19, 1. См. *Ihering* въ *Jahrb. f. Dogmat.* 4 p. 421 и слѣд.

щаніи вещи выдаются въ мѣстѣ ихъ нахождения или гдѣ они находились въ моментъ смерти завѣщателя ¹⁾. Помимо указанныхъ опредѣленій должникъ можетъ совершить выполнение во всякомъ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ застанетъ кредитора, лишь бы это мѣсто не было вполне неподходящимъ, *locus inopportunist* ²⁾, какъ напр. на прогулкѣ кредитора.

Если договоръ своевременно не будетъ выполненъ и тѣмъ должникъ доведетъ до предъявленія иска на выполнение, то послѣднее должно произойти въ мѣстѣ подсудности должника ³⁾. По мѣсту предъявленія иска (*ubi petitur*) опредѣляется мѣсто выполнения и въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ преднамѣренно будетъ перемѣщать вещь, слѣдующую къ выдачѣ ⁴⁾.

Ученіе о мѣстѣ выполнения договора одно изъ самыхъ неустановившихся въ наукѣ (*Schulin cit. p. 3*). Источники даютъ такіа разнообразная положенія, что нѣкоторые ученые просто отказывались установить по нимъ какіе нибудь общіе принципы (*Mommsen Beiträge z. Obligationsr. 3 p. 223*).

Сила договора для сторонъ ⁵⁾. Назначеніе договора — установить извѣстную правовую связь между сторонами путемъ соглашенія ихъ воли. Поэтому нельзя допустить, чтобы связь эта могла быть разорвана свободной волей одного изъ контрагентовъ. Это значило бы лишить договоръ обязательной силы, а слѣдовательно и всякого юридическаго значенія. На этомъ основаніи римское право выставило общимъ началомъ то положеніе, что договорное соглашеніе образуетъ между сторонами законъ ⁶⁾, что одна сто-

¹⁾ L. 47 pr.; L. 108 pr. D. 30 (1); L. 38; L. 52 § 3 D. 5, 1.

²⁾ L. 39 D. 46, 3.

³⁾ L. 1 D. 33, 1; L. 38 D. 5, 1; L. 47 § 1 D. 30 (1); L. 4 D. 13, 3; L. 22 D. 12, 1.

⁴⁾ L. 12 § 1 D. 16, 3; L. 11 § 1 D. 10, 4 срав. L. 43 D. 9, 4; L. 5; L. 6 D. 2, 13; L. 65 D. 3, 1. См. *Schulin cit. p. 7—12*.

⁵⁾ См. *Löning. Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen. Bd. 1, 1876*.

⁶⁾ L. 7 § 7 D. 2, 14.

рона безъ согласія другой отступать отъ даннаго соглашенія не имѣеть права. Renuntiare semel constitutam obligationem adversario non consentiente nemo potest ¹⁾. Это правило, разумѣется, не примѣняется къ тѣмъ случаямъ, когда имѣются законные мотивы къ расторженію договора, напр. обманъ, психическое принужденіе и т. д., или когда специальнымъ уговоромъ предоставляется право отступать отъ договора по односторонней волѣ (pactum displicentiae) ²⁾. Но кромѣ того по нѣкоторымъ договорамъ такое одностороннее отступленіе допускается въ силу самого положительнаго права. Такъ въ безимянныхъ договорахъ признано такъ наз. jus poenitendi, т. е. право раскаянія, ведущее къ расторженію соглашенія по волѣ одной стороны. Напр. при прекаріумѣ можно было возвратить взятую въ ссуду вещь, хотя бы хозяинъ и не желалъ получать ее обратно, съ другой стороны и самъ хозяинъ могъ во всякое время потребовать вещь. Точно такъ допускалось расторгать договоры довѣренности, безсрочнаго имущественнаго и личнаго найма, товарищества ³⁾.

Договоры на третье лицо.

Источники: Cod. 7, 60 inter alios acta vel iudicata aliis non nocere; Cod, 4, 11; 4, 50.

Пособія: *Unger* въ Jahrbücher für Dogmatik, 1869 p. 1 — 109; *Gareis*. Verträge zu Gunsten Dritter, 1873; *Knaus*. Die sogen. Verträge zu Gunsten Dritter nach röm. Rechte, 1875.

По общему правилу договорное соглашеніе имѣеть силу только между данными контрагентами и затѣмъ переходитъ активно и пассивно на наслѣдниковъ обѣихъ сторонъ. Изъ этого вытекаетъ то начало, что нельзя выговаривать чего либо въ пользу третьяго, не

¹⁾ L. 5 C. 4, 10.

²⁾ L. 31 § 22 D. 21, 1; L. 3 D. 18, 1.

³⁾ См. подробнѣе при изложеніи отдѣльных видовъ договоровъ.

участвующаго въ договорномъ соглашеніи, лица (alteri stipulari), такъ чтобы онъ могъ принудительно осуществить требованіе изъ этого соглашения, — ни обѣщать чего либо отъ третьяго лица. Однимъ словомъ въ римскомъ правѣ не допускалось заключать договоры на третье лицо на томъ основаніи, что res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest ¹⁾, соглашение между опредѣленными лицами не касается неучаствовавшихъ въ немъ лицъ, какъ не вложившихъ свою волю въ данное соглашеніе.

Договоры на третье лицо не всегда легко отличить отъ нѣкоторыхъ сходныхъ отношеній ²⁾, какъ-то: Solutionis causa adjectio. Тутъ уже при заключеніи договора выговаривается дѣйствіе третьему лицу (adjectus), но это не будетъ договоромъ въ пользу третьяго, ибо должникъ не обязуется на это дѣйствіе, но получаетъ только на него право, а съ другой стороны и adjectus участвуетъ при исполненіи обязательства только въ качествѣ передаточнаго лица, черезъ него дѣйствіе совершается кредитору самому ³⁾. Точно также и при adstipulatio дѣйствіе совершается самому стипулятору черезъ adstipulator ⁴⁾; по обѣщанію данному опять таки самому стипулятору ⁵⁾. Не слѣдуетъ смѣшивать договоры на третье лицо и съ представительствомъ ⁶⁾. Въ первомъ случаѣ договорное соглашеніе наступаетъ отъ имени самихъ контрагентовъ, а во второмъ отъ имени представляемаго ⁷⁾. Что касается т. наз. необходимаго представительства (подчиненныхъ семейной власти лицъ), то принципъ единства лицъ (unitas personarum) исключаетъ самое понятіе третьяго лица въ случаяхъ напр. сдѣлки сына ⁸⁾.

Договоръ на третье лицо по общему правилу ничтоженъ ⁹⁾.

1) См. L. 1—3 C. 7, 60.

2) См. *Knaus* cit. § 3.

3) *Gareis* cit. p. 24—26, 40.

4) *Gajus* 3 § 111.

5) *Gareis* cit. p. 25, 40.

6) *Knaus* cit. p. 4, 5.

7) *Нерсесовъ*. Понятіе добровольнаго представительства стр. 46—48. См. т. 1 стр. 224.

8) См. т. I стр. 231.

9) L. 11 D. 44, 7; L. 38 § 17 D. 45, 1. L. 17 § 4 D. 50, 17; L. 6 C. 4, 50; L. 26 C. 5, 12.

Нельзя договорно выговаривать и обѣщать определенное дѣйствіе третьяго лица. Тутъ не приобрѣтается права требованія ни къ обѣщавшему, ни къ третьему лицу ¹⁾; первое не обязывалось выполнять данное дѣйствіе, второе также не состоитъ въ обязательствѣ, такъ какъ воля его не участвовала въ соглашеніи. Но если бы контрагентъ обязался сдѣлать такъ, чтобы третье лицо что либо предоставило или произвело какое либо дѣйствіе другому контрагенту, то такое соглашеніе вполнѣ дѣйствительно.

Si quis alium daturum facturumve quid sponderit, non obligabitur, veluti si spondeat: Titium quinque anreos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur § 3 I. 3, 19.

Въ подобномъ случаѣ контрагентъ связанъ обѣщаніемъ на собственное дѣйствіе; точно также когда онъ беретъ на себя ответственность предъ контрагентомъ за совершеніе третьимъ данным дѣйствія ²⁾ или прямо обязывается уплатить условленный штрафъ въ случаѣ дѣйствіе третьимъ совершено не будетъ ³⁾. Если контрагентъ по данному договору укажетъ должникомъ частью себя, частью третье лицо, то послѣднее не обязуется вовсе, а первый — на указанную часть ⁴⁾.

Безъ послѣдствія остается и такое соглашеніе, которымъ контрагентъ обязуется совершить какое либо дѣйствіе третьему лицу. Само третье лицо не получаетъ права требованія на это дѣйствіе по той причинѣ, что воля его не принимала участія въ соглашеніи и выговаривающій не былъ его представителемъ. Не можетъ требовать и послѣдній прежде всего для себя, такъ какъ въ этомъ не состояло намѣренія сторонъ, а затѣмъ — и для третьяго лица, такъ какъ въ выполненіи соглашенія требующій не имѣетъ непосредственнаго личнаго интереса. Изъ послѣдняго же слѣдуетъ, что

¹⁾ § 3 in. I. 3, 19; L. 58 § 1 D. 45, 1.

²⁾ L. 14 § 2 D. 13, 5; L. 38 § 24; L. 81 pr. L. 83 pr.; L. 112 § 1 D. 45, 1; L. 13, 18, 19 D. 46, 8.

³⁾ § 21 fin. I. 3, 19; L. 38 § 2, 4, 13 D. 45, 1.

⁴⁾ Nov. 115 c. 6.

если контрагентъ имѣеть интересъ ¹⁾ въ томъ, чтобы дѣйствіе было выполнено третьему лицу, то соглашеніе будетъ имѣть силу. Напр. А. обязуется Б. выполнить работу для В., которую долженъ былъ сдѣлать самъ контрагентъ В.

Si stipuler alii, cum mea interesset videamus, an stipulatio committetur, et ait Marcellus stipulationem valere.... L. 38 § 20 D. 45, 1; § 20 I. 3, 19.

Будетъ дѣйствительно соглашеніе и тогда, когда контрагентъ обязывается уплатить противной сторонѣ извѣстную сумму денегъ въ томъ случаѣ, если онъ не совершитъ опредѣленнаго дѣйствія третьему лицу ²⁾. Тутъ предметомъ договора будетъ обѣщаніе уплатить сумму, а не выполнение дѣйствія третьему есть то условное обязательство, отъ котораго поставлено въ зависимость требованіе уплаты. Такимъ образомъ опять третье лицо не имѣеть права требовать выговореннаго, т. е. уплаты суммы, имѣеть на нее право лишь самъ контрагентъ, а кромѣ того ни третье лицо, ни контрагентъ не могутъ требовать выполнения самого дѣйствія, ибо не оно выговаривается соглашеніемъ.

Изъ общаго правила о недействительности соглашенія на третье лицо въ римскомъ правѣ допущены только слѣдующія исключенія: 1) Когда залогоприниматель, продавая заложенную вещь, выговариваетъ закладчику право выкупа, то этотъ послѣдній имѣеть къ покупателю искъ (*actio in factum*) ³⁾. 2) Дареніе вещи подъ условіемъ позднѣйшей ея выдачи, или совершения другого какого дѣйствія, третьему лицу даетъ этому послѣднему искъ (*actio utilis*) ⁴⁾. 3) Когда при отдачѣ на сохраненіе или въ ссуду чужой вещи выговаривается возвращеніе ея собственнику, то этотъ послѣдній получаетъ соотвѣтствующіе иски (*utiles actiones depositi*

¹⁾ L. 38 § 20—23; L. 118 § 2 D. 45, 1; § 20 I. 3, 19; L. 9, C. 4, 65; L. 25 § 1 D. 19, 2; L. 3 C. 8, 39. О свойствѣ интереса см. у *Knaus* cit. §§ 7, 8.

²⁾ § 19 I. 3, 19; L. 38 § 17 D. 45, 1.

³⁾ L. 13 pr. D. 13, 7.

⁴⁾ L. 3 C. 8, 54.

vel commodati) ¹⁾. 4) Когда восходящий родственникъ, устанавливая приданое, выговариваетъ возвращеніе его дочери или ея дѣтямъ, то они получаютъ искъ (actio utilis) ²⁾. 5) Выговаривающій что либо для своихъ наследниковъ предоставляетъ имъ искъ ³⁾. 6) Когда кто либо отдаетъ въ займы свои собственные деньги, но отъ имени третьяго лица и притомъ безъ его вѣдома, то искъ по займу получаетъ это третье лицо, а не займодавецъ ⁴⁾.

Общаго руководящаго принципа во всѣхъ этихъ исключеніяхъ найти нельзя. Въ нихъ сказались лишь отдѣльные шаги къ отмѣнѣ основного начала о договорахъ на третье лицо ⁵⁾, и притомъ, конечно, только въ пользу третьяго лица.

Представительство при договорахъ. По общему началу свободного представительства при заключеніи договоровъ римское право не допускало. Въ самомъ позднѣйшемъ періодѣ признаны были нѣкоторыя частныя изъятія и смягченія особенно въ институтѣ такъ наз. необходимаго представительства, но принципъ остался до конца въ полной силѣ ⁶⁾.

Совсѣмъ иной характеръ представляли послы (nuntius), которые только передавали волю лицъ, непосредственно опредѣлявшихъ существованіе сдѣлки. Такое посредничество третьихъ лицъ при заключеніи договора допускалось вполнѣ римскимъ правомъ. Особый видъ пословъ представляли маклеры (proxeneta), т. е. лица, дѣлавшіе изъ посредства при заключеніи договоровъ ремесло. Назначеніе ихъ передавать контрагентамъ волю другой стороны, и въ случаѣ заключенія договора они получали право на вознагражденіе (proxeneticum, куртажъ) ⁷⁾.

¹⁾ L. 8 C. 3, 42.

²⁾ L. 45 D. 24, 3; L. 7 C. 5, 14.

³⁾ L. un. C. 4, 11. См. *Vangerow. Pand.* 3 § 608 p. 290 — 292.

⁴⁾ L. 2 § 4; L. 9 § 8 D. 12, 1.

⁵⁾ *Knaus* cit. p. 30, 31.

⁶⁾ См. т. I стр. 227—233.

⁷⁾ Dig. 50, 14 de proxeneticis.

2) *Causa civilis obligationum.* * стр 95

Кромѣ соглашения, consensus, необходимымъ признакомъ договора, contractus, въ отличіе отъ factum, признается въ римскомъ правѣ *causa civilis obligationum*. Этотъ признакъ кладется въ основу и самой классификаціи договоровъ. Такъ см. Gajus 3, 89: — (*obligationes*), *que ex contractu nascuntur. Harum quatuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu.* Въ этой системѣ и будутъ рассмотрѣны договоры.

I Реальные договоры, contractus qui re perficiuntur.

Inst. 3, 14 *quibus modis re contrahitur obligatio.*

Подъ договорами реальными разумѣются такіа соглашения, которыя устанавливаются путемъ передачи вещи. Передача вещи составляетъ ихъ *causa civilis obligationum*. Къ реальнымъ договорамъ относятся: заемъ (*mutuum*), ссуда (*commodatum*), поклажа (*depositum*) и соглашение залоговое (*contractus pignoratitius*). Рядомъ съ этими договорами, имѣются въ источникахъ и другіе договоры, устанавливаемые также передачей вещи, но не опредѣляемые признаками соглашения, а общимъ фактомъ передачи подъ тѣмъ или другимъ уговоромъ. Поэтому въ источникахъ они носятъ названіе безъимянныхъ договоровъ, contractus innominati, въ отличіе отъ вышеупомянутыхъ четырехъ договоровъ, какъ имянныхъ, contractus nominati. Последніе по веѣмъ предположеніямъ представляютъ древнѣйшія и основныя формы реальныхъ договоровъ ¹⁾.

* можетъ
реальными
или стр 141

Заемъ, mutuum.

Источники: Dig. 12, 1 *de rebus creditis, si certum petetur et de conditione;* Cod. 4, 1 *de rebus creditis;* 4, 2 *si certum petatur.*

¹⁾ См. *Ubbelohde. Zur Geschichte der benannten Real-Contracte, 1870;* *Азаревичъ. Прекаріумъ по рим. праву 1877* отъ стр: 165 и слѣд.

Пособія: *Glück*. Erläuter d. Pand. Bd. 11, 12; *Heimbach*. Die Lehre von dem Creditum nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten, 1849; *Bacquet*. Du mutuum en droit romain, 1880; *Huschke*. Die Lehre d. röm. Rechts vom Darlehn, 1882.

Понятіе. Подъ займомъ, mutuum, разумѣется такой договоръ, который устанавливается черезъ передачу однимъ лицомъ, заимодавцемъ, mutuo dans, замѣнимыхъ вещей (res fungibiles) другому лицу, заёмщику, mutuo accipiens, въ собственность, съ тѣмъ, чтобы этотъ послѣдній возвратилъ полученное въ томъ же количествѣ и того же качества. Заемъ должно строго отличать отъ такъ назыв. pactum de mutuo dando, то есть соглашения о томъ, чтобы данное лицо вступило въ заемное обязательство путемъ передачи вещи. Pactum, какъ простое соглашение, можетъ установить только естественное обязательство, а слѣдовательно не рождаетъ заемнаго иска, mutuum же, какъ реальный договоръ, даетъ гражданскій искъ. Онъ кромѣ соглашения требуетъ еще передачи вещи (traditio rei), которая составляетъ causa civilis obligationis. Заемъ есть актъ довѣрія одного лица другому и съ этой стороны mutuum есть видъ creditum'a¹⁾. Наконецъ mutuum принадлежитъ къ числу obligationes unilaterales.

Признаки. Передача заимодавцемъ должна вести за собою установленіе заёмщику собственности. Отъ этого признака римскіе юристы производятъ даже самое слово mutuum.

Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit; et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio L. 2 § 2 D. 12, 1. См. *Glück* cit. Bd. 11 p. 466 и n. 14.

Поэтому прежде всего только собственникъ передаваемой вещи можетъ установить дѣйствительный заемъ, in mutui datione oportet dominum esse dantem²⁾. Затѣмъ, заимодавецъ долженъ быть способнымъ, по положительному праву, отчуждать въ собственность другому лицу вещи, ему принадлежащія. Такъ подѣ-

¹⁾ L. 2 § 3 D. 12, 1. См. *Heimbach* cit. p. 48—83.

²⁾ L. 2 § 4; L. 16 D. 12, 1.

опечный несовершеннолѣтній не имѣть права безъ участія опекуна отчуждать свое имущество, не можетъ, потому, и отдавать его въ займы ¹⁾.

Въ случаѣ установленія займа не собственникомъ вещи, собственникъ ея имѣть право на rei vindicatio ²⁾, а послѣ совершившагося потребленія — на condictio sine causa ³⁾, въ основѣ котораго лежитъ обогащеніе accipiens'a на счетъ собственника ⁴⁾. Но при извѣстныхъ условіяхъ римское право признавало установленіе настоящаго заемнаго обязательства, хотя заимодавецъ и не былъ собственникомъ передаваемыхъ вещей. Такъ если accipiens приобрѣтетъ на переданное право собственности по давности (usucapio) или чрезъ смѣшеніе со своими вещами (commixtio), или bona fide потребить ⁵⁾. Во всѣхъ этихъ случаяхъ римское право признавало установленіе дѣйствительнаго займа, который осуществлялся исками, иногда въ самомъ названіи оттѣнявшими особенности данныхъ условій, а именно actio de bene de pensis, de bona fide consumptis ⁶⁾, искъ по затраченнымъ и потребленнымъ вещамъ.

Въ случаѣ же заемъ установленъ лицомъ, неспособнымъ къ отчужденію, напр. несовершеннолѣтнимъ безъ участія опекуна, то онъ имѣть право на reivindicatio, а въ случаѣ совершившагося потребленія — на condictio sine causa, или actio ad exhibendum, которыми осуществляетъ возвращеніе вещей того же количества и качества, или вознагражденіе убытковъ ⁷⁾.

Съ другой стороны заемщикъ долженъ быть способенъ принимать на себя обязательства. Поэтому заемъ несовершеннолѣтняго не дѣйствителенъ ⁸⁾. По рескрипту Антонина Пія онъ отвѣчаетъ по

1) § 2 I. 2, 8; L. 9 pr. D. 26, 8.

2) L. 11 § 2 D. 12, 1; L. 3 § 2 in f. D. 14, 6.

3) L. 12 in f. D. 12, 1. См. *Bacquet* cit. p. 15, 16.

4) L. 19 § 1 D. 12, 1.

5) L. 78 D. 46, 3; L. 12; L. 13 pr. § 1; L. 19 § 1 D. 12, 1.

6) Ср. *Vangerow*. Pand. Bd. 3 § 623 Anm. 1, 1.

7) § 2 I. 2, 8.

8) L. 59 D. 44, 7: *Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.*

actio in factum въ размѣрѣ своего обогащенія (in quantum lo-
pletior factus est) ¹⁾.

II Предметомъ займа могутъ быть только замѣняемыя вещи, res fungibiles.

Mutui datio in iis rebus consistit, quae pondere, numero, mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro.... Pr. I. 3, 14; Gajus 3 § 90.

Данное условіе разумѣется изъ самого смысла заемной сдѣлки. По поводу же перечисленія предметовъ займа можно прибавить, что всякая тѣлесная вещь можетъ быть объектомъ займа, если при установленіи его стороны не будутъ придавать никакого значенія ея индивидуальности ²⁾.

III Для установленія займа требуется, далѣе, дѣйствительная передача вещи заёмщику.

Nuda pactione mutua pecunia fieri non potest L. 34 pr. D. 17 1.

Самая передача можетъ быть непосредственной по данному предмету займа и между данными договорными сторонами, или нѣтъ. Такъ:

Можно установить заемъ передачей какой либо вещи съ тѣмъ, чтобы получившій отчудилъ ее и полученную сумму удержалъ въ качествѣ заемной суммы ³⁾. Этому роду займа дано названіе contractus mohatrae.

Слово mohatrae испанскаго происхожденія и первоначально обозначало симмулированную куплю (*Glück. Erläuter. d. Pand. Bd. 14 p. 310 n. 90*).

Заемъ считается установившимся со времени дѣйствительной продажи вещи ⁴⁾.

1) L. 5 D. 26, 8. См. *Vacquet cit.* p. 19—30.

2) См. т. I стр. 156.

3) L. 11 pr. D. 12, 1; L. 8, C. 4, 2.

4) L. 19 pr. D. 19, 5.

Можно заключить заемъ и такимъ образомъ, что кредиторъ поручаетъ своему должнику произвести платежъ третьему лицу, который этимъ становится должникомъ по займу ¹⁾.

Наконецъ, допускалось заключеніе займа тѣмъ, что кредиторъ по какому либо иному обязательству, напр. по договору поклажи, довѣренности, соглашался оставить должнику слѣдующую къ выплатѣ сумму въ качествѣ pecunia credita ²⁾.

Однимъ изъ доказательствъ произведенной выдачи въ заемъ была заемная росписка (chirographum de mutuo). Но въ жизни могло нерѣдко случаться, что росписка выдана раньше полученія заемной суммы. ³⁾ Для подобныхъ случаевъ предоставлено было право оспаривать росписки, т. е. дѣлать заявленіе о несостоявшемся займѣ, querela non numeratae pecuniae ⁴⁾. Право дѣлать такое заявленіе ограничивалось извѣстнымъ срокомъ, сначала (по конституціи Каракаллы) ⁵⁾ однимъ годомъ ⁶⁾, позднѣе (отъ Діоклетіана) пятью годами, а, наконецъ, при Юстиніанѣ двумя годами ⁷⁾. Осуществляться это право могло или самостоятельнымъ искомъ на возвращеніе росписки, такъ наз. condictio causa data causa non secuta ⁸⁾, или возраженіемъ на искъ, exceptio non numeratae pecuniae ⁹⁾, или же, наконецъ, протестомъ въ судѣ или на письмѣ къ противнику ¹⁰⁾. Но разъ послѣдній успѣетъ доказать другими средствами (свидѣтелями, присягой и т. п.) дѣйствительную выдачу, то отвѣтчикъ приговаривается въ наказаніе къ двойной суммѣ

¹⁾ L. 15 D. 12, 1.

²⁾ Paulus. R. Sent. 2, 12 § 9; L. 15 D. 12, 1. См. *Vangerow. Pand. Bd. 3 § 623 p. 388.*

³⁾ L. 3 C. 5, 15.

⁴⁾ Cod. 4, 30 de non numerata pecunia. См. *Goldschmidt. Die querella non num. pec. въ Jahrb. f. d. Dogmat. 1886 Bd. 24 H. 1 u. 2.*

⁵⁾ *Gneist. Formelle Verträge p. 492.*

⁶⁾ L. 1 C. Hermog. t. I de cauta et non num. pec.

⁷⁾ L. 14 pr. C. 4, 30.

⁸⁾ L. 7 C. 4, 30; L. 3 C. 2, 6; L. 4, C. 4, 9.

⁹⁾ L. 9; L. 14 pr. § 4 C. 4, 30.

¹⁰⁾ L. 14 § 4 C. 4, 30.

(in duplum) ¹⁾. Выдавший росписку может отказаться от *querela non numer. recip.*, и до истечения двухъ лѣтъ, прямымъ заявленіемъ или молчаливо, напр. тѣмъ что выплачиваетъ часть показанной суммы ²⁾. Послѣ истечения двухъ лѣтъ опорожить заемную росписку никакимъ образомъ нельзя.

Многіе писатели допускаютъ возраженія противъ заемной росписки и по истеченіи законнаго срока для *quer. non num. rec.* (см. напр. *Unterholzner. Schuldverh.* 1 § 37; *Puchta. Pand.* § 305; *Arnolds* § 281). Но уже то обстоятельство, что выдавший росписку молчалъ впродолженіи двухъ лѣтъ должно служить неопровержимымъ предположеніемъ о дѣйствительной выдачѣ заемной суммы (*Windscheid. Pand.* 2 § 372; *Baron. Pand.* 231; *Gneist. Formelle Verträge* p. 89—106). Прямыхъ указаній источниковъ не имѣется ни за первое воззрѣніе (L. 14 § 3 C. 4, 30 толкуется невѣрно), ни за второе (L. 14 pr. C. 4, 30; L. un. § 4 C. Th. 2, 27 относится исключительно къ праву на *quer. non num. rec.*, а не къ другимъ средствамъ возраженія). Срав. *Huschke cit.* p. 145, 146.

Послѣдствія установленнаго займа. Заемъ принадлежитъ къ числу одностороннихъ обязательствъ. Тутъ обязывается только заемщикъ, а именно—возвратить займодавцу взятое въ займы того же качества и количества ³⁾. Несеніе процентовъ должно было говорить особымъ соглашеніемъ (*foenus*) ⁴⁾, или же вытекало изъ просрочки ⁵⁾, или въ силу наступленія процессуальнаго момента *litis contestatio*, съ котораго уплатѣ подлежали не только первоначальный предметъ долга, но и всякія добавочныя его статьи, въ томъ числѣ и проценты ⁶⁾.

Срокъ возвращенія займа долженъ быть опредѣленъ впередъ ⁷⁾.

1) Nov. 18, 8.

2) L. 4 C. 4, 30.

3) L. 2; L. 3 D. 12, 1; L. 1 § 2 D. 44, 7; L. 80 D. 46, 3.

4) Paulus 2, 14 § 1; L. 7 C. 4, 32.

5) L. 32 § 2 D. 22, 1.

6) L. 35 D. 22, 1. Ср. *Basquet cit.* p. 55—58.

7) L. 9 pr. D. 12, 1.

Если же срокъ обозначенъ не будетъ, то не имѣется и займа. Но эти случаи носятъ въ себѣ признаки общіе всякой передачи подъ условіемъ обратнаго подобнаго же дѣйствія и поэтому регулируются началами т. наз. condictio ob causam datorum.

Такъ какъ въ Дигестахъ разрѣшеніе даннаго случая принадлежитъ юристу *Juventius Celsus* (...pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est L. 32 D. 12, 1), то теперь соотвѣтствующій искъ носитъ названіе *condictio Juventiana*.

Если вещь, полученная по займу случайно (casu fortuito) погибнетъ до употребленія заемщикомъ, то тѣмъ не менѣе онъ отвѣчаетъ по всей суммѣ займодавцу ¹⁾ въ силу того, что по передачѣ (*traditio*) по займу (*titulo mutui*) собственность переходитъ на заемщика, а по общему началу casum sentit dominus.

Искъ по заемному обязательству въ источникахъ обозначается названіемъ condictio certi ²⁾, для денежнаго займа, и condictio triticaria ³⁾, для займа остальныхъ предметовъ. Въ наукѣ создали для всякаго иска по займу одно названіе condictio ex mutuo. Этотъ искъ изъ числа *actones civiles* и *stricti juris*. Проценты по займу, какъ вытекавшіе изъ особаго соглашенія, подлежали взысканію особыми исками ⁴⁾.

Теперь о нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ займа.

Заемъ дѣтей находящихя подъ отцовскою властью ⁵⁾. Гнетъ ростовщиковъ по займамъ, открытымъ такимъ лицамъ, которыя только по смерти своихъ отцовъ могли располагать самостоятельно состояніемъ, повелѣнъ къ разнымъ злоупотребленіямъ и даже къ убійствамъ дѣтьми отцовъ ради наслѣдства ⁶⁾. По имени одного

¹⁾ § 2 I. 3, 14; L. 1 § 4 D. 44, 7.

²⁾ L. 9 § 3 D. 12, 1.

³⁾ L. 1. D. 13, 3.

⁴⁾ См. v. *Wetter* cit. v. 3 p. 59 и n. 12.

⁵⁾ Dig. 14, 6 de senatusconsulto Macedoniano; Cod. 4, 28 ad Sct. Macedonianum.—*Dietzel*. Das Senatusconsultum Macedonianum 1856; *Mandry*. Familiengüterrecht Bd. 1. p. 431.

⁶⁾ § 7 I. 4, 7.

изъ такихъ преступныхъ сыновей (Macedo) названъ законъ о займахъ дѣтей, находящихся подъ отцовскою властью, *Act. Macedonianum* ¹⁾, изданный около половины перваго вѣка ²⁾. По закону этому объявлены денежные займы лицъ, находящихся подъ отцовскою властью, недействительными въ томъ смыслѣ, что иску изъ такого займа можно было противопоставить возраженіе, *exceptio Act. Macedoniani*. По заемное обязательство само по себѣ не ничтожно, а имѣть значеніе обязательства естественнаго ³⁾.

На возраженіе изъ даннаго закона имѣть право прежде всего самъ принявшій въ займы и притомъ не только до прекращенія, но и послѣ прекращенія отцовской власти, а затѣмъ наслѣдники, отецъ ⁴⁾ и, въ извѣстныхъ случаяхъ, поручитель заемщика ⁵⁾.

Условія. *Act. Macedonianum* распространяется только на денежные займы ⁶⁾. Всякія другія сдѣлки и займы подчиненнаго сына действительны ⁷⁾. Затѣмъ, денежный заемъ долженъ быть совершенъ во время нахождения заемщика подъ отцовскою властью ⁸⁾.

Въ слѣдующихъ случаяхъ *Act. Macedonianum* не примѣнялся: 1) когда отецъ выражаетъ на заемъ свое согласіе тотчасъ же или позднѣе, явно или молчаливо ⁹⁾; 2) когда заемная сумма употребляется въ интересъ самого отца ¹⁰⁾, 3) когда займодавецъ по уважительному заблужденію принималъ заемщика за лицо свободное отъ отцовской власти ¹¹⁾; 4) когда займодавецъ былъ миноромъ ¹²⁾;

¹⁾ L. 1 pr. D. 14, 6; *Huschke* cit. XII.

²⁾ Нѣкоторые писатели, держась одного выраженія Тацита (*Annal.* 11, 13), приписываютъ законъ Клавдію, другіе по Светонію (*Vespas.* 11) Веспасіану. См. *Maynz. Les obligat.* §234 и п. 13.

³⁾ См. выше объ естественныхъ обязательствахъ.

⁴⁾ L. 6. pr. C. 4, 28.

⁵⁾ L. 9 § 3 D. 14, 6.

⁶⁾ L. 3 § 3 D. 14, 6.

⁷⁾ L. 3 § 3; L. 7 § 3 D. 14, 6; L. 3 C. 4, 28.

⁸⁾ § 7 I. 4, 7; L. 1 pr.; L. 6 D. 14, 6.

⁹⁾ L. 7 §§ 11, 15; L. 12; L. 16 D. 14, 6; L. 2; L. 7 pr. C. 4, 28.

¹⁰⁾ L. 7 § 12; L. 17 D. 14, 6; L. 2 C. 4, 28.

¹¹⁾ L. 3 pr. § 1; L. 19 D. 14, 6; L. 1; L. 2 C. 4, 28.

¹²⁾ L. 11 § 7 D. 4, 4; L. 3 § 2 D. 14, 6.

5) когда во время займа заемщикъ имѣлъ *peculium castrense* или *quasi castrense* 1); 6) когда заемщикъ, освободившись отъ отцовской власти, признаетъ долгъ 2); и 7) когда заемъ имѣетъ въ основѣ цѣль уважительную 3).

Морской заемъ 4), *foenus nauticum*, *pecunia trajectitia*. Морской заемъ обнимаетъ такіе случаи, когда займодаделец, ссужая заемщика деньгами или другими потребляемыми вещами, принимаетъ на свой страхъ благополучное доставленіе занятого или приобретеннаго на него товара черезъ море въ опредѣленную гавань 5). Отсюда и занятая сумма носитъ названіе *pecunia trajectitia* 6).

Обязанность заемщика возвратить занятую сумму и проценты условна; зависитъ отъ счастливого переѣзда черезъ море 7). Въ отличіе отъ обыкновеннаго займа случайная гибель занятого падаетъ не на заемщика, а на займодателя. Последній какъ бы страхуетъ данное въ займы отъ несчастнаго случая 8); почему казалось справедливымъ допустить въ условіяхъ о процентахъ превышеніе законнаго максимума, т. е. 6% 9). Въ классическую эпоху величина процентовъ при морскомъ займѣ не ограничивалась никакой нормой 10); Юстиніанъ опредѣлилъ максимумъ ихъ въ 12% 11). Только чистый морской случай падаетъ на займодателя; всякая же гибель вещей по вину самого заемщика, судовой прислуги или отъ внутреннихъ качествъ — его некасается 12).

M
*comp 117 (ca) un
Sentit dominus

1) L. 1 § 3; L. 2 D. 14, 6.

2) L. 2 C. 4, 28.

3) L. 7 §§ 13, 14; L. 5 C. 4, 28.

4) Dig. 22, 2 de nautico foenore; Cod. 4, 33 — *Matthias*. Das *foenus nauticum* und die geschichtliche Entwicklung der Bodmerei 1881.

5) L. 1; L. 3 D. 22, 2.

6) L. 1 D. 22, 2; L. 1 C. 4, 33.

7) L. 4 C. 4, 33. Справ. *Savigny*. System Bd. 6 p. 131 n. m.

8) *Von Wetter*. Les obligations 3 p. 262 и n. 3.

9) См. т. I стр. 153.

10) Paulus 2, 14 § 3.

11) L. 2 C. 4, 33; L. 26 § 2 C. 4, 32. Справ. *Matthias* cit. p. 29.

12) L. 4 C. 4, 33.

Начала морского займа были перенесены на все другие случаи займа, когда заемщик по особому уговору освобождался от обязанности возратить занятую сумму при гибели от несчастного случая. Напр. дается въ займы известная сумма для выѣздки лошади на будущіе бѣга, для упражненій атлета въ виду будущей борьбы на призъ, при условіи, что займодавец отказывается отъ возвращенія денегъ, если призы не будутъ взяты ¹⁾. Такой заемъ принято называть foenus quasi nauticum.

Ссуда, *commodatum*.

Источники: Dig. 13, 6 *commodati vel contra*; Cod. 4, 23 *de commodato*.

Пособія: Glück. Erläuterung d. Pandect. Bd. 13 отъ р. 426. Schmidt. Das Commodatum und precarium. 1841.

Понятіе. Подъ ссудой, *commodatum* (отъ *commodo dare* ²⁾), разумѣется такой реальный договоръ, который устанавливается передачей однимъ лицомъ, *commodans* ³⁾ (или *commodator* ⁴⁾), (неотребляемой) вещи другому, *commodatarius* (*cui commodatur* ⁵⁾), для опредѣленнаго безвозмезднаго пользованія ею съ обязанностью по окончаніи пользованія возратить вещь въ натурѣ, in specie.

Признаки. Ссуда, какъ реальный договоръ, устанавливается передачей вещи ⁶⁾. Поэтому *commodatum* слѣдуетъ отличать отъ *actum de commodando*, т. е. соглашенія о будущемъ представленіи вещи въ ссуду. Последнее соглашеніе обязываетъ будущаго коммоданта, тогда какъ коммодатъ обязываетъ принципиально коммодатарія. Передача при ссудѣ, въ отличіе отъ займа, не устанавли-

¹⁾ L. 5 D. 22, 2. См. Glück. Erläuter. 21 § 1139 р. 153 —166.

²⁾ Isidorus. Orig. 5, 25 § 16.

³⁾ L. 61 § 6 D. 47, 2.

⁴⁾ L. 7 § 1 D. 13, 6.

⁵⁾ L. 5 § 2 D. 13, 6.

⁶⁾ § 2 I. 3, 14; L. 1 § 3 D. 44, 7.

ливаает собственности; почему коммодантомъ можетъ быть и не собственникъ вещи. Передачей не устанавливается и владѣніе для коммодатарія, а переходитъ къ нему только простое удержаніе вещи (detentio rei commodatae ¹⁾ ради отправления известнаго пользованія.

Rei commodatae et possessionem, et proprietatem retinemus. L. 8 D. 13, 6; L. 9 in f. D. 6, 1.

Предметомъ ссуды могутъ быть только вещи непотребляемыя, *res non consumptibiles*, потребляемыя же вещи—въ тѣхъ случаяхъ, когда они предназначаются лишь для выставки.

Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat L. 3 § 6 D. 13, 6.

Непотребляемость предмета ссуды слѣдуетъ изъ обязанности возвратить его въ натурѣ, чѣмъ ссуда опять отличается отъ займа. Засимъ, отдаваемая въ ссуду вещь можетъ быть какъ движимая, такъ и недвижимая ²⁾, но всегда тѣлесная. Предоставленіе отправления права будетъ договоромъ безъимяннымъ ³⁾. Наконецъ, ссужаемая вещь можетъ быть какъ собственностью ссудодателя, такъ и чужою. Если же она будетъ принадлежать самому коммодатарію, то никакого договора не устанавливается ⁴⁾, такъ какъ коммодатарій уже въ силу своего права собственности имѣетъ и *jus detentionis* и *jus utendi*.

Безвозмездность договора ссуды ⁵⁾. На коммодать римляне смотрѣли какъ на услугу (*beneficium, officium* ⁶⁾). Поэтому если за пользованіе будетъ выговорено денежное вознагражденіе, то получается не коммодать, а имущественный наемъ, т. е. договоръ, уста-

¹⁾ L. 15, 16 D. 13, 6.

²⁾ L. 1 § 1 D. 13, 6.

³⁾ L. 17 pr. D. 19, 5.

⁴⁾ L. 15 D. 16, 3.

⁵⁾ § 2 in f. I. 3, 14; L. 5 § 12 D. 13, 6.

⁶⁾ L. 17 § 3 D. 13, 6.

навливаемый соглашением, которое само по себе при коммодате не рождает иска. Уговор о вознаграждении в других предметах, кроме денег, дает опять не коммодат, а безимянный договор.

Обязанности по ссуде. Коммодат есть договор двусторонний неравный (contr. bilateralis inaequalis). Он прямо обязует только коммодатаря и лишь при известном стечении обстоятельств обязанным может оказаться и коммодант. Иск ссудодателя — actio commodati directa, иск ссудоприимателя — actio commodati contraria. *привлечен прииматель от себя*

Обязанности коммодатаря сводятся к следующему. Он обязан прилагать все рачение к охранению (custodia) вещи; не отвечает лишь за одни случайности (casus fortuitus¹⁾). Затѣмъ, он не имѣетъ права отступать отъ указанного соглашением способа и рода пользования²⁾, а при отсутствіи особаго о томъ уговора — отъ пользования, опредѣляемаго естественнымъ назначениемъ вещи³⁾. Отступление отъ этого считается за особый видъ воровства, furtum usus. И во всякомъ случаѣ отправлять пользование онъ долженъ какъ bonus paterfamilias. Съ истечениемъ срока, или съ выполнениемъ акта пользования⁴⁾, а во всѣхъ другихъ случаяхъ по требованію коммоданта, коммодатарій обязанъ возвратить вещь cum omni causa⁵⁾.

Съ своей стороны коммодантъ отвѣчаетъ коммодатарію за необходимые траты по вещи⁶⁾, а также за ущербъ, причиненный пороками вещи, насколько, однако, въ послѣднемъ была его крупная вина (culpa lata⁷⁾). Большой ответственности нельзя требовать отъ лица, не получающаго отъ договора никакихъ выгодъ.

1) § 2 I. 3, 14.

2) L. 5 § 7 D. 13, 6.

3) Ср. § 5 I. 3, 24. См. Schmidt cit. p. 157—181.

4) L. 5 pr.; L. 17 § 3 D. 13, 6.

5) L. 13 § 1 D. 13, 6; L. 38 § 10 D. 22, 1.

6) Collat. leg. mos. X, 2 § 5.

7) L. 17 § 3; L. 18 § 3; L. 22 D. 13, 6.

Поклажа, depositum.

Источники: Dig. 16, 3 depositi vel contra; Cod. 4, 34 depositi.

Пособія: Glück. Erläuterung. der Pandekt Bd. 15 отъ р. 137; *Luden* въ Weiske's Rechtslexicon Bd. 3 р. 314 — 326.

Понятіе. Поклажа, depositum ¹⁾ (отъ deponere), есть такой реальный договоръ, который устанавливается передачей однимъ лицомъ (deponens) другому (depositarius) движимой вещи для безвозмезднаго сохраненія ея и затѣмъ возвращенія по первому требованію. Легальное опредѣленіе: depositum est, quod custodiendum alicui datum est ²⁾.

Признаки. Передача вещи. Соглашеніе, по которому кто либо обязывается принять вещь на сохраненіе (pactum de deponendo), не будетъ поклажей и опредѣляется своими особыми условиями о простыхъ соглашеніяхъ. Единственною цѣлью поклажи будетъ сохраненіе вещи; поэтому передачей не предоставляется депозитарию ни права собственности, ни владѣнія, а также и ни пользованія. Если депозитарию устанавливается пользованіе вещью, то, смотря по признакамъ, будемъ имѣть дѣло или съ ссудой, или съ имущественнымъ наймомъ.

Вещь должна быть движимой. Охраненіе недвижимой вещи — по началамъ договора довѣренности.

Такое начало слѣдуетъ уже изъ грамматическаго смысла слова depositum (dictum ex eo, quod ponitur.... L. 1 pr. D. 16, 3) и потому основательно большинство писателей ограничиваетъ поклажу одними движимыми вещами (см. Glück. cit § 939 р. 146—149; Molitor. Les oblig. 2 N^o 817; Windscheid. Pand. 2 § 377 п. 4). Срав. *Dernburg*. Pand. 3 р. 239 и п. 6.

¹⁾ Или depositio L. 1 §§ 2, 22; L. 5 § 2 D. 16, 3.

²⁾ L. 1 pr. D. 16, 3.

Такъ какъ поклажей не устанавливается никакого вещнаго права, то отдаваемая вещь можетъ и не принадлежать въ собственность депоненту ¹⁾; но она не должна принадлежать депозитарію, иначе не можетъ быть никакой поклажи ²⁾.

Безвозмездность, какъ существенный признакъ договора поклажи. По взгляду римлянъ въ поклажѣ сказывалась услуга (*beneficium, officium*) со стороны депозитарія ³⁾, а потому никакой платы тутъ не предполагалось. Наоборотъ, въ случаѣ вознагражденія поклажа вполне подходила подъ признаки личнаго найма, или безимяннаго договора.

Безвозмездность поклажи засвидѣтельствована самымъ яснымъ образомъ источниками, какъ-то § 13 I. 3 26; L. 1 §§ 8, 9 D. 13, 6; L. 3 § 1 D. 4, 9. Но тѣмъ не менѣе нѣкоторыя другія выраженія источниковъ, какъ-то L. 5 § 2 D. 13, 6; L. 2 §§ 23, 24 D. 47, 8, даютъ основаніе нѣкоторымъ писателямъ (напр. *Baron. Pandekt. §§ 277, 299*) признавать возможнымъ поклажу и при выговоренной платѣ, а засимъ приписывать особые признаки, по которымъ поклажу можно было бы отличать, напр., отъ найма. Если и признать противорѣчіе въ источникахъ по поклажи въ техническомъ смыслѣ слова, то общее рѣзкое различіе въ конструкціи договоровъ поклажи и найма по признаку вознаградимости заставляетъ держаться первыхъ и въ то же время общихъ выраженій источниковъ.

Обязанности изъ поклажи. Поклажа есть договоръ двусторонній неравный (*contractus bilateralis inaequalis*). Прямо она устанавливаетъ обязанности лишь на сторонѣ депозитарія ⁴⁾, депонентъ же отвѣчаетъ только въ силу особыхъ обстоятельствъ. Искъ противъ депозитарія—*actio depositi directa*, противъ депонента *actio depositi contraria* ⁵⁾.

¹⁾ Collat. leg. mos. 10, 7 § 1; L. 1 § 39 D. 16, 3.

²⁾ L. 15; L. 31 § 1 D. 16, 3.

³⁾ § 13 I. 3, 26; L. 24 D. 16, 3.

⁴⁾ § 3 I. 3, 14; L. 1 § 5 D. 44, 7.

⁵⁾ L. 1 § 1; L. 5 pr. D. 16, 3.

Обязанности депозитарія выражаются прежде всего въ храненіи вещи, по которому онъ отвѣчаетъ только за грубую небрежность (culpa lata); возложить отвѣтственность за большее какъ на лицо получающее никакой выгоды изъ договора ¹⁾ было бы несправедливо. Поэтому же нельзя возлагать на депозитарія обязанности совершать особыя дѣйствія по охранѣ, свойственныя хорошему отцу семейства, т. наз. custodia.

Такъ обыкновенно объясняютъ противорѣчіе въ источникахъ (см. напр. *v. Wetter. Les obligat. v. 3 p. 37*), которые то возлагаютъ на депозитарія custodia (L. 1 pr. § 9; L. 6 D. 16, 3), то освобождаютъ его отъ нее (L. 1 § 12 D. 16, 3; § 17 I. 3, 41). Нѣкоторые же писатели (напр. *Windscheid. Pand. 2 § 378 n. 1*) на основаніи послѣднихъ выраженій сводятъ поклажу къ обязанности предоставить лишь помѣщеніе для вещи (срав. *Brinz. 2 § 317 n. 3*).

Хранить вещь депозитарій можетъ или у себя, или даже въ чужомъ помѣщеніи ²⁾. Депозитарій не имѣетъ права пользоваться вещью; такое пользованіе подводится подъ понятіе воровства, furtum usus ³⁾.

По первому требованію депонента вещь должна быть возвращена ⁴⁾ cum omni causa, со всеми приращеніями, плодами ⁵⁾. Депозитарій не можетъ отказать въ возвращеніи на основаніи какого либо права удержанія (jus retentionis), или зачета (compensatio ⁶⁾). Замедленіе въ выдачѣ имѣетъ своимъ послѣдствіемъ отвѣтственность депозитарія за всякую случайность ⁷⁾. Если поклажѣ не установленъ былъ срокъ, то депозитарій можетъ требовать во вся-

¹⁾ § 3 I. 3, 14; L. 5 § 2 D. 13, 6; L. 1 C. 4, 34.

²⁾ L. 16 D. 16, 3.

³⁾ § 6 I. 4, 1; L. 3 C. 4, 34; L. 1 § 2; L. 67 pr.; L. 76 pr. D. 47, 2.

⁴⁾ L. 1 §§ 22, 45, 46 D. 16, 3.

⁵⁾ L. 1 § 24 D. 16, 3; L. 38 § 10 D. 22, 1.

⁶⁾ L. 11 C. 4, 34; § 30 I. 4, 6.

⁷⁾ L. 12 § 3 D. 16, 3.

кое время, чтобы депонентъ принялъ свою вещь обратно ¹⁾). Въ случаяхъ такъ назыв. depositum miserabile, поклажи вынужденной какимъ нибудь несчастіемъ, пожаромъ, наводненіемъ и т. п. (tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa) депозитарій, невозвращающій принятыхъ вещей, приговаривается in duplum, къ возвращенію вдвойнѣ ²⁾). Всякое же осужденіе по actio depositi directa ведетъ за собою безчестіе (infamia ³⁾).

Возможныя обязанности депонента къ депозитарію сводятся къ возмѣщенію затратъ по вещи ⁴⁾ и покрытію убытковъ, причиненныхъ пороками вещи ⁵⁾).

Особые виды поклажи. 1) Depositum irregulare ⁶⁾, аномальная поклажа. При поклажѣ стороны могли согласиться въ томъ, чтобы депозитарій сталъ собственникомъ отдаваемой вещи, отвѣчалъ за всякую случайность и возвратилъ вещь не in specie, а того же рода и качества ⁷⁾. Чаще всего это могло случаться при передачѣ на храненіе денежной суммы по счету ⁸⁾. Такой depositum, называемый теперь irregulare, отличается отъ займа лишь по намеренію сторонъ. При займѣ имѣется ввиду прежде всего удовлетворить нужду должника въ деньгахъ; depositum же irregulare устанавливается въ интересъ того, кто не желаетъ держать денегъ у себя, т. е. кредитора. Поэтому здѣсь нельзя примѣнять началъ о займѣ (Œct. Macedonianum ⁹⁾), querella non numeratae rescipiae), а наоборотъ представляется необходимостью распространить положенія поклажи, какъ напр. не допускать удержанія, зачетовъ. (compensatio)

¹⁾ V. Wetter. Les obligat. 3 p. 37.

²⁾ L. 1 § 1 D. 16, 3.

³⁾ L. 6 §§ 6, 7 D. 3, 2.

⁴⁾ L. 23 D. 16, 3.

⁵⁾ L. 62 § 5 D. 47, 2.

⁶⁾ Mühlhäuser. Umfang und Geltung des depos. irregulare 1879.

⁷⁾ L. 24 D. 16, 3.

⁸⁾ L. 25 § 1 D. 16, 3; L. 31 D. 19, 2.

⁹⁾ См. Mandry. Das Familiengüterrecht Bd. 1 p. 452.

2) *Sequestratio, севестръ* ¹⁾. Подъ *sequestratio* ²⁾ (или *sequestrum* ³⁾) разумѣтся поклажа вещи отъ имени нѣсколькихъ у опредѣленнаго лица, съ тѣмъ чтобы оно сохранило и выдало ее смотря по будущимъ обстоятельствамъ тому или другому изъ первыхъ лицъ.

Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum reddendumque traditur L. 6 D. 16, 3; L. 110 D. 50, 16. Происхожденіе слова отъ *sequi*, слѣдовать условіямъ поклажи см. у *Isidorus Origin. X v. Sequester.*

Обыкновенный поводъ къ такой поклажѣ подаетъ споръ (*controversia*) нѣсколькихъ лицъ о правѣ на вещь ⁴⁾; до разрѣшенія каковаго спора она поступаетъ на храненіе къ постороннему лицу. Если поклажа основывается на соглашеніи заинтересованныхъ лицъ, то *sequestratio* будетъ voluntaria; если она вызвана предписаніемъ судебной власти, какъ въ случаяхъ того же судебного спора или напримѣръ при расточеніи приданнаго мужемъ съумасшедшей жены и т. д., то *sequestratio* будетъ necessaria ⁵⁾.

Лице, принявшее на сохраненіе, носитъ названіе sequester ⁶⁾. По господствующему ученію онъ получаетъ юридическое владѣніе (производное) надъ вещью ⁷⁾. Искъ на выдачу ввѣреннаго — *depositi sequestraria actio* ⁸⁾. Кто его осуществляетъ — это зависитъ отъ повода къ данной поклажѣ и отъ основанія его прекращенія. При судебномъ спорѣ искъ этотъ вчиняется побѣдившей стороной.

1) *Muther. Sequestration und Arrest im römisch. Rechte* 1856.

2) L. un. C. 4, 4.

3) L. 3 in f. C. 7, 18.

4) L. 17 pr. D. 16, 3; L. un. C. 4, 4. Другія основанія см. L. 5 D. 10, 2; L. 39 D. 46, 3.

5) См. L. 7 § 2 D. 2, 8; L. 4 § 3 D. 10, 2; L. 22 § 8 in f. D. 24, 3.

6) L. 110 D. 50, 16; L. 17 pr. D. 16, 3.

7) См. т. I стр. 346.

8) L. 12 § 2 D. 16, 3. См. *Lenel. Edict. perpet. p. 231.*

Залоговой договоръ, *contractus pignoratitius*.

Источники: Dig. 13, 7 de pignoratitia actione, vel contra; Cod. 4, 24 de pignoratitia actione.

Пособие: *Dernburg*. Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts Bd. I §§ 16—19.

Понятіе. Залоговымъ договоромъ, *contractus pignoratitius* (*pignus*¹⁾, *pignoris conventio*²⁾, называется такой реальный договоръ, который устанавливается передачей вещи однимъ лицомъ, залогодателемъ, закладчикомъ, другому лицу, залогопринимателю, съ тѣмъ, чтобы послѣдній возвратилъ ту же вещь (*in specie*) первому въ моментъ получения уплаты по главному долгу, или при всякомъ другомъ погашеніи залогового права; въ случаѣ же продажи заложенной вещи, чтобы излишекъ цѣны (*superfluum*), оставшіяся за покрытіемъ долга, былъ возвращенъ тому же закладчику.

Признаки. Прежде всего вещь должна быть передана; залогопринимателю должно быть установлено производное владѣніе. Только данная форма залога ведетъ къ обязательству между вѣрителемъ и залогодателемъ³⁾. Если по ипотека вѣритель позднѣе получить заложенную вещь въ руки, то начала данного договора приѣняются и здѣсь⁴⁾. Вещь можетъ и не принадлежать на правѣ собственности залогодателю⁵⁾; это слѣдуетъ изъ содержанія главной обязанности—возвратить ту же вещь⁶⁾, но она не должна принадлежать самому вѣрителю, ибо онъ и такъ имѣетъ право владѣнія вещью⁷⁾.

¹⁾ L. 1 § 4 D. 2, 14; L. 5 § 2 D. 13, 6; L. 45 pr. D. 50, 17.

²⁾ L. 12 D. 20, 1; Cod. 8, 33 si pignoris conventionem numeratio secuta non sit.

³⁾ § 4 I. 3, 14; L. 1 § 6 D. 44, 7.

⁴⁾ L. 7 pr.; L. 13 D. 20, 5; L. 4; L. 7 C. 4, 24; L. 34 D. 39, 2; L. 5 § 21 D. 36, 4.

⁵⁾ L. 9 pr. § 4; L. 11 § 2; L. 32 D. 13, 7.

⁶⁾ Срав. v. *Wetter*. Les obligations 2 p. 385.

⁷⁾ L. 20 § 3; L. 29 D. 13, 7; L. 45 pr. D. 50, 17.

Обязанности. Залоговой договоръ принадлежит къ числу *contractus bilaterales inaequales*. Главнымъ кредиторомъ по этому договору будетъ залогодатель, а должникомъ — вѣритель по залогу, залогоприниматель. Искъ перваго будетъ actio pignoratitia in personam, который слѣдуетъ отличать отъ actio pignoratitia in rem, вещнаго иска залогопринимателя ¹⁾; случайный искъ втораго — actio pignoratitia contraria. На случай ипотеки, при вышеуказанномъ условіи, искъ называется: *utilis actio exemplo pignoratitiae actionis* ²⁾.

Обязанности залогопринимателя. Прежде всего онъ обязанъ примѣнить все раченіе къ охраненію (*custodia*) вещи; не отвѣчаетъ только за случай ³⁾. Затѣмъ, онъ не имѣетъ права пользованія вещью; въ противномъ случаѣ совершаетъ воровство (*furtum usus*). Исключеніе — factum antichreticum ⁴⁾. По прекращеніи залога наступаетъ обязанность возратить саму вещь ⁵⁾, а въ случаѣ ея продажи — излишекъ цѣны ⁶⁾.

Обязанности залогодателя. Прежде всего онъ отвѣчаетъ по очисткѣ ⁷⁾ и по порокамъ ⁸⁾ вещи, переданной залогопринимателю. Въ случаѣ онъ заложилъ вещь ему непринадлежащую и тѣмъ установилъ недѣйствительное залоговое право, къ нему можетъ быть предъявлено требованіе, помимо очистки, на представленіе другаго залога. Затѣмъ, залогодатель обязанъ возмѣстить залогопринимателю траты (*impensae necessariae*) ⁹⁾, а при условіи и *imp. utiles* ¹⁰⁾

стр 31

?

1) См. въ ученіи о залогѣ.

2) L. 5 § 21 D. 36, 4.

3) § 4 I. 3, 14; L. 13 § 1 D. 13, 7; L. 19 C. 8, 14.

4) См. выше въ ученіи о залогѣ. стр 31

5) L. 9 § 3; L. 10; L. 11 пр. §§ 1, 2; L. 40 § 2 D. 13, 7; L. 11 C. 4, 24.

6) L. 24 § 2; L. 42 D. 13, 7.

7) L. 9 пр. L. 16 § 1; L. 32 D. 13, 7; L. 6. Cod. si aliena res pignore data sit 8, 16.

8) L. 9 пр.; L. 16 § 1; L. 31 D. 13, 7.

9) L. 8 пр. § 1 D. 13, 7; L. 7 C. 8, 14.

10) L. 25 D. 13, 7.

по заложенной вещи; кроме того онъ обязанъ снять со своего контрагента обязательства, принятыя послѣднимъ на себя по поводу залога ¹⁾).

II Договоры формально-словесные, *contractus qui verbis perficiuntur*.

Источники: Inst. 3, 15 de verborum obligatione; Dig. 45, 1 de verborum obligationibus; Cod. 8, 37 de contrahenda et committenda stipulatione.

Подъ договорами формально-словесными разумѣются такіе контракты, которые устанавливаются путемъ произнесенія точныхъ словесныхъ формулъ. Въ Юстиниановомъ правѣ встрѣчается только одинъ видъ такихъ договоровъ, *stipulatio*.

Stipulatio, стипуляція.

Источники: Inst. 3, 16 de duobus reis stipulandi et promittendi; 3, 17 de stipulatione servorum; 3, 18 de divisione stipulationum; 3, 19 de inutilibus stipulationibus; Cod. 8, 38, 40.

Пособія: *Liebe*. Die Stipulation und das einfache Versprechen 1840. *Girtanner*. Die Stipulation 1845; *Karsten*. Die Bedeutung der Form im Obligationenrecht. Abth. 1. Die Römische Lehre von der Stipulation. 1878; *Gneist*. Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts. Abth. 2 u. 3. 1845.

Подъ *stipulatio* (также *sponsio* ²⁾) разумѣется такое договорное соглашеніе, которое ведетъ, чрезъ произнесеніе формального вопроса со стороны будущего кредитора и вполне соответствующаго отвѣта со стороны будущего должника, къ установленію цивильнаго обязательства.

1) L. 8 § 1 D. 13, 7.

2) L. 7 D. 50, 16.

Слово *stipulatio* источники производят отъ *stipulum*, что *apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens pr. I. 3, 15.*

Итакъ стипуляція устанавливалась тѣмъ, что будущій кредиторъ дѣлалъ вопросъ, которымъ формулировалъ условія сдѣлки, а противная сторона давала въ отвѣтъ свое согласіе: *contrahitur ex interrogatione et responsione* ¹⁾. Обыкновенную формулу стипуляціи приводитъ Гай ²⁾: *spondesne mihi dare centum?—Spondeo tibi centum dare.* Произнесене этихъ формальныхъ вопроса и отвѣта и было той *causa civilis*, которая вела къ установленію гражданского обязательства ³⁾. Особаго какого либо матеріальнаго основанія для силы такого соглашенія не требовалось, да и не приводилось ⁴⁾. Затѣмъ, для установленія обязательства по стипуляціи требовалось полное соотвѣтствіе отвѣта съ вопросомъ; если въ отвѣтъ не будутъ точно повторены тѣ условія, которые предложены въ вопросѣ, то по строгому праву договоръ считался несостоявшимся. Отсюда и опредѣленіе: *stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet...* ⁵⁾. Впервые Сабиніанцы начали отступать отъ такого строгаго послѣдствія соотвѣтствія отвѣта съ вопросомъ; они признали договоръ дѣйствительнымъ на ту сумму, которая будетъ значиться въ отвѣтѣ ⁶⁾, принимая сюда начало: *utile per inutile non vitiatur* ⁷⁾. Кроме того, отвѣтъ не долженъ быть значительно замедленъ послѣ вопроса ⁸⁾, тѣмъ болѣе онъ былъ уже не дѣйствителенъ, если въ промежуткѣ совершенъ былъ какой нибудь юридическій актъ ⁹⁾. Какъ договоръ гражданскій, стипуляція требовала примѣненія латинскаго

¹⁾ Pr. I. 3, 15; L. 1 § 7 D. 44, 7.

²⁾ Gajus 3 §§ 92, 93. См. также L. 1 pr. и слѣд. D. 45, 1.

³⁾ См. *Christiansen. Institut. d. Röm. Rechts Buch. 2 § 8.*

⁴⁾ L. 27 § 2 D. 2, 14.

⁵⁾ Paulus 2, 3 § 1; Gajus 3 § 92; L. 5 § 1 D. 45, 1; L. 52 § 2 D. 44, 7.

⁶⁾ Gajus 3, 94; pr. I. 3, 15.

⁷⁾ См. т. I. стр. 219.

⁸⁾ L. 1 § 1 D. 45, 1.

⁹⁾ L. 137 pr. D. 45, 1.

языка и допустима была только между римскими гражданами ¹⁾. Въ качествѣ словеснаго договора стипуляція немогла быть устанавливаема письмомъ ²⁾, между отсутствующими ³⁾ (черезъ посланника, представителя), наконецъ глухими и нѣмыми ⁴⁾. Но со временемъ постепенно (уже во времена Цицерона ⁵⁾ стали записывать, для доказательства, договоръ стипуляціи на письмо ⁶⁾, т. наз. *cautio stipulationis* (*stipulatus est A. A. spondit N. N.* ⁷⁾). А это постепенно могло сдѣлать излишнимъ самое произнесеніе формулъ коль скоро контрагенты были на лицо. По выраженію Павла, упомянутое въ писанномъ документѣ обѣщаніе заставляетъ предполагать, что ему предшествовало соответствующее *interrogatio* ⁸⁾. Опроверженіе силы документа возможно только при условіи, если будетъ доказано отсутствіе стороны (чь) отъ мѣста совершенія договора впродолженіи всего дня ⁹⁾. Очевидно, слово уступило, при стипуляціи, мѣсто письму ¹⁰⁾.

Въ позднѣйшемъ правѣ сдѣланы были большія отступленія отъ формальныхъ условій самого предъявленія и принятія предложеній. Допущено было при стипуляціи употребленіе всякаго другаго, кромѣ латинскаго, языка ¹¹⁾; а по рескрипту Льва 469 г. было положено, что всякое и не торжественное выраженіе условій на словахъ достаточно для установленія договорныхъ отношеній ¹²⁾. Кромѣ того стипуляція сдѣлалась доступной и перегринамъ ¹³⁾.

¹⁾ Gajus 3 § 93.

²⁾ Gajus 3, 136.

³⁾ Gajus 3, 136; L. 1 pr. D. 45, 1; § 12 I. 3, 19.

⁴⁾ § 7 I. 3, 19; L. 1 §§ 14, 15 D. 44, 7; L. 1 pr. D. 45, 1.

⁵⁾ Cicero Topica c. 25, 26.

⁶⁾ § 8 I. 3, 20; § 12 I. 3, 19; L. 10 C. 8, 38.

⁷⁾ См. Gneist. Die formell. Verträge p. 239—258.

⁸⁾ Paulus R. S. 5, 7 § 2; L. 30; L. 134 § 2 D. 45, 1; L. 1 C. 8, 38.

⁹⁾ § 12 I. 3, 19; L. 14 pr. §§ 1, 2 C. 8, 37.

¹⁰⁾ Справ. Karsten cit. p. 216—218.

¹¹⁾ § 1 I. 3, 15.

¹²⁾ § 1 I. 3, 15; L. 10 C. 8, 38. Справ. Karsten cit. p. 210 и слѣд.

¹³⁾ § 1 I. 3, 15. Справ. Gajus 3 § 93.

Наконецъ, и въ самомъ общемъ характерѣ стипуляціи, какъ договора *stricti juris* ¹⁾, сдѣлано было практикой то смягченіе, что стали обращать вниманіе на *bona fides*, внося въ формулу *clausula doli* ²⁾. Въ концѣ же концовъ при стипуляціи стали приводить основанія даннаго соглашенія, *stipulatio adjecta causa* ³⁾. Въ такомъ видѣ сохранилась стипуляція въ позднѣйшемъ юстиніановомъ правѣ.

Стипуляція, какъ она описана выше, не была договоромъ *sui generis*, подобно займу, куплѣ — продажѣ и т. д. Это была только форма для заключенія договоровъ, притомъ форма такой общей природы, что въ нее могло вкладываться содержаніе всякаго соглашенія ⁴⁾. Потому стипуляція служила не только цѣли установленія новыхъ договорныхъ отношеній, но и цѣлямъ обезпеченія, подтвержденія прежде установленныхъ договоровъ по другой *causa*, или обновленія договорныхъ отношеній, и т. п. До Юстиніана стипуляція употреблялась, между прочимъ, и въ слѣдующихъ случаяхъ. По основному римскому правилу обязательство не могло брать начала у наследниковъ той или другой изъ договаривающихся сторонъ ⁵⁾, такъ что распространить на этихъ послѣднихъ договорныя отношенія можно было только привлеченіемъ ихъ къ самому совершенію договора. Такое привлеченіе совершалось въ формѣ *adstipulatio*, со стороны кредитора, и *adpromissio*, со стороны должника. Съ отпаденіемъ основнаго начала ⁶⁾ *adstipulatio* потеряло все свое значеніе; *adpromissio* же сохранилось, какъ форма обезпеченія обязательственныхъ отношеній по другой *causa civilis* ⁷⁾.

Стипуляція устанавливала обязательство на тотъ или другой предметъ (*dare oportere*). Послѣдній могъ быть *certum* или

¹⁾ L. 5 § 4; L. 6 D. 12, 3; L. un. § 2 C. 5, 13.

²⁾ L. 53 D. 45, 1.

³⁾ L. 62 D. 12, 6; L. 125 D. 45, 1.

⁴⁾ L. 5 pr. D. 45, 1; § 3 I. 3, 18.

⁵⁾ § 13 I. 3, 19; L. 11 C. 8, 38.

⁶⁾ Cod. 4, 11 ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant.

⁷⁾ См. въ вопросѣ о поручительствѣ.

incertum. Стипуляція на certum первоначально ограничивалась определенной денежной суммой (pecunia certa), а затѣмъ распространилась и на всякую другую опредѣленную вещь и даже родъ (genus), точно опредѣленный въ количествѣ и качествѣ. Еще позднѣе въ практикѣ признавались стипуляціи на incertum, на родовымъ образомъ опредѣленные предметы безъ точнаго обозначенія количества и качества ихъ. Въ послѣднемъ случаѣ величина интереса кредитора опредѣлялась stipulatione poenae ¹⁾. Для перваго рода стипуляцій примѣнялся искъ, condictio certi, condictio triticaria ²⁾; для втораго же — condictio incerti ³⁾. Общее обозначеніе стипуляціоннаго иска — actio ex stipulatu ⁴⁾, хотя въ техническомъ смыслѣ имъ обозначается искъ по stipulatio incerti ⁵⁾.



Договоры по письму устанавливаемые, contractus qui litteris perficiuntur.

Источники: Inst. 3. 21 de litterarum obligatione.

Пособія: Savigny. Literalcontract der Römer въ Vermischte Schriften I n. 9, 1850; Gaillard. Des obligations litterales, 1860; Danz. Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts. 2 Aufl. Th. 2, 1873 § 151.

Подъ договорами устанавливаемыми чрезъ составленіе письма, contractus qui litteris perficiuntur, разумѣются договоры, для которыхъ письмо служило не доказательствомъ состоявшагося соглашенія, а основаніемъ, рождало обязательственное отношеніе, бы-

¹⁾ Paulus 2, 22 § 2; § 29 I. 4, 6; L. 1 pr.; L. 51; L. 70; L. 79 D. 45, 1.

²⁾ pr. I. 3, 15; L. 6; L. 24 D. 12, 1; Dig. 13, 3 de condict. triticaria.

³⁾ L. 12 D. 46, 2; L. 75 §§ 1, 2 D. 45, 1.

⁴⁾ См. L. 44 D. 44, 7; L. 68 D. 45. См. *Salpius*. Novation. u. Delegat § 39.

⁵⁾ pr. I. 3, 15.

до однимъ словомъ его causa civilis. Въ юстиніановомъ правѣ такіе договоры потеряли уже свои первоначальныя формы и вообще примѣненіе письма, scriptura, какъ способа установленія обязательства, ограничивалось самымъ тѣснымъ кругомъ.

Исторія. Происхожденіе договоровъ по письму устанавливаемыхъ находитъ свое объясненіе въ книговодствѣ римскихъ домохозяевъ. Каждый домохозяинъ обязанъ былъ, подѣ страхомъ цензурскаго взысканія, вести реестры своимъ имущественнымъ дѣламъ ¹⁾. Въ частности сдѣлки заносились въ такъ наз. a(d)versaria (или commentarii) и codices accepti ac expensi. Въ liber adversariorum вносились всѣ сдѣлки въ хронологическомъ порядкѣ ²⁾. Затѣмъ обыкновенно каждый мѣсяцъ эти отмѣтки переводились въ установленномъ порядкѣ въ codex vel tabulae accepti et expensi ³⁾. Такое занесеніе въ счетную книгу и было causa civilis, которая вела за собою установленіе строгаго гражданского обязательства. Сдѣлка отмѣчалась на имя опредѣленныхъ лицъ, откуда и выраженіе nomina facere для обозначенія данныхъ договоровъ. Самый приемъ состоялъ въ томъ, что на различныхъ листахъ книги (folium, pagina) подѣ именемъ опредѣленнаго лица опредѣленная сумма обозначалась на выдачу (expensum ferre, expensilatio) ⁴⁾ ему и на принятіе имъ (acceptum referre) ⁵⁾.

Касательно значенія этихъ codices, характера и формы записи въ нихъ въ наукѣ крайнее разногласіе. Болѣе полный сводъ этихъ воззрѣній см. у *Danz cit.*

Иногда установившееся по письму договорное отношеніе для большей гарантіи сторонъ записывалось въ книги постороннихъ лицъ, а именно такъ наз. mensularii, argentarii ⁶⁾, составлявшихъ классъ банкировъ въ Римѣ.

¹⁾ *Паделетти*. Исторія римскаго права § 32. *Danz cit.* р. 46, 47.

²⁾ Cic. pro Rosc. Com. с. 2.

³⁾ Ср. *Ascon. ad Cic. in Verr. 2, 1 с. 23 § 60.*

⁴⁾ Cic. pro Caecina 6; *Gellius 14, 2 § 7.*

⁵⁾ Cic. pro Caecina 6; *Fragm. Vatic. § 329.*

⁶⁾ L. 47 § 1 D. 2, 14.

Письмо, какъ способъ установленія договора, могло, подобно стипуляціи, служить не только данной цѣли, но чрезъ посредство его возможно было обновлять прежнія обязательственныя отношенія, т. е. совершать такъ наз. транскрипцію (transcriptio).

Многіе писатели ограничиваютъ форму договоровъ по письму одной транскрипціей, обновленіемъ обязательства, основываясь главнымъ образомъ на Гайѣ, который по поводу этихъ договоровъ говоритъ только о транскрипціи (Gajus 3 §§ 128—134). Но большинство писателей основательно не видятъ препятствія, напр., при займѣ прямо заносить его въ счетную книгу. См. *Savigny cit. p. 224, 225* и *Nachtrag §§ 3, 8* и *Danz cit. p. 49* и слѣд.

Транскрипція могла быть двухъ родовъ: a persona in personam и a re in personam ¹⁾. Если долгъ А. къ В. записывался на полученіе отъ послѣдняго и онъ же вписывался на выдачу В., то имѣлась transcriptio a persona in personam ²⁾. Если долгъ по какой либо иной causa желали стороны выразить въ долгъ по письму и съ этою цѣлью отмѣчался на полученіе, напр., по куплѣ, и вновь на выдачу тому же лицу — то имѣлась transcriptio a re in personam ³⁾.

Для записи въ счетныя книги, какъ для каждаго соглашенія, требовалось согласіе должника, которое обыкновенно выражалось тѣмъ, что онъ съ своей стороны заносилъ долгъ на получку отъ кредитора ⁴⁾. Присутствія должника при записи не требовалось ⁵⁾. Съ упадкомъ нравовъ ослабѣвало и довѣріе къ записямъ въ домашнія книги. Уже за долго до Юстиніана постановлено не давать вѣры однимъ rationes domesticae ⁶⁾.

Запись въ счетныя книги устанавливала obligationes stricti juris и потому недоступна была, по общему правилу, пегеринамъ ⁷⁾.

¹⁾ Gajus 3, 128.

²⁾ Gajus 3, 130.

³⁾ Gajus 3, 129.

⁴⁾ Cic. pro. Roscio 1, 2.

⁵⁾ Gajus 3, 138.

⁶⁾ L. 5—7 C. 4, 19.

⁷⁾ Gajus 3, 133.

Для договоровъ между перегринами и съ римскими гражданами уже во времена республики употреблялись простыя неформальныя долговья росписки подъ названіемъ chirographum (χειρόγραφον отъ χείρ, рука, и γράφειν, писать), и syngrapha (συγγραφή отъ συν, съ, совместно, и γράφειν, писать ¹⁾). Подъ первымъ разумѣлся односторонній долговой актъ, подъ вторымъ — актъ, составленный совместно обѣими сторонами ²⁾, причемъ кредиторъ выписывалъ условия, а должникъ давалъ обѣщаніе уплаты, и затѣмъ каждой сторонѣ вручался по экземпляру ³⁾. Позднѣ эта форма договоровъ по письму примѣнялась и между гражданами ⁴⁾.

Въ юстиніановомъ правѣ примѣненіе письма, какъ способа установленія договора, ограничивалось слѣдующимъ случаемъ. Если будетъ выдано письменное обязательство на извѣстную сумму, cautio (chirographum) de mutuo, то въ продолженіи двухъ лѣтъ (ранѣе — въ продолженіи пяти лѣтъ) ⁵⁾ сторона, выдавшая этотъ актъ, могла опорочить его на томъ основаніи, что по нему не послѣдовало дѣйствительнаго полученія заемной суммы, могла предъявить такъ наз. querella non numeratae pecuniae ⁶⁾. По прошествіи же двухлѣтняго срока обязательство признается дѣйствительнымъ civiliter, хотя бы по данному долговому письму и не произошло на самомъ дѣлѣ выдачи показанной суммы. Значитъ, письмо само по себѣ обязывало должника, scriptura obligatus est ⁷⁾.

Многіе писатели видятъ въ письменномъ долговомъ актѣ юстиніанова времени не основаніе договора, а лишь доказательство состоявшагося договора. См. *Gneist. Die formelle Verträge* p. 89; *Schlesinger. Zur Lehre von den Formalcontracten und der exceptio non numeratae pecu-*

¹⁾ Gajus 3, 134. Pseudo-Ascon. ad Cic. in Verr. 2, 1, 36. См. *Gneist. Die formellen Verträge d. neueren röm. Obligationenr.* p. 321—388, 413—514.

²⁾ Asconius ad Cic. in Verr. 1, 36 § 91.

³⁾ *Danz cit.* p. 61.

⁴⁾ L. 6 C. Th. 2, 4.

⁵⁾ L. un. C. Th. 2, 7.

⁶⁾ L. 4; L. 14 C. 4, 30.

⁷⁾ tit. I. 3, 21.

піае р. 76. Но прежде всего сами источники признають въ данныхъ случаяхъ заключеніе договора *litteris* (tit. I. 3, 21 и *Teoph. ad h. tit.*), а затѣмъ и по самому существованію дѣйствительность договора основывается ни на соглашеніи, ни на выдачѣ денежной суммы, а лишь на составленномъ письменномъ актѣ.

of contract
IV
Договоры по простому соглашенію, *contractus qui consensu perficiuntur*.

Inst. 3, 22 de consensu obligatione.

Подъ *contractus qui consensu perficiuntur* разумѣются договоры, устанавливаемые путемъ простого соглашенія между сторонами. Соглашеніе составляетъ ихъ *causa civilis*. Но не всякій consensus ведетъ къ гражданскому обязательству; положительное право ограничиваетъ такое послѣдствіе содержаніемъ четырёхъ договоровъ¹⁾: купли-продажи (*emptio-venditio*), найма (*locatio-conductio*), товарищества (*societas*) и довѣренности (*mandatum*²⁾).

Купля-продажа, *emptio(et)venditio*.

Источники: Inst. 3, 23 de emptione et venditione;—Dig. 18, 1 de contrahenda emptione etc.;—Cod. 4, 38 de contrahenda emptione et venditione.

Пособія: *Treitschke*. Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, nach röm. Recht. u. den wichtigsten neueren Gesetzgebungen 2 Aufl. 1865; *Bechmann*. Der Kauf nach gemeinem Recht. 1876—1884.

Понятіе. Подъ куплей-продажей (*emptio-venditio*) разумѣ-

¹⁾ Исторію ихъ образованія см. у *Bekker*. Dissert. de emptione et venditione, quae Plauti fabulis fuisse videtur 1853 и *Его же* Die Aktionen d. Röm. Privatr. Bd. 1 отъ стр. 148 и Beilage.

²⁾ L. 2 pr. § 1 D. 44, 7.

ется такой консенсуальный договоръ, по которому одно лицо, продавец (venditor), обязуется доставить опредѣленную вещь другому, покупателю (emptor); а этотъ послѣдній обязуется уплатить, за такое предоставленіе, первому выговоренную сумму денегъ ¹⁾.

Признаки. Согласіе, consensus. Купля-продажа считается устанавливавшееся съ момента состоявшагося согласія контрагентовъ. Если соглашеніе будетъ сопровождаться составленіемъ письменнаго акта, то послѣдній имѣетъ значеніе лишь доказательства ^{а не основан} установленнаго договора. Точно также и задатокъ, ^{какъ в купле} который можетъ быть предоставленъ по данному соглашенію, не будетъ актомъ установленія самаго договора, а только его доказательствомъ. ^{контрактъ}

Вещь, res, merx. Всякій предметъ, находящійся въ гражданскомъ оборотѣ и не запрещенный къ отчужденію ²⁾ можетъ подлежать куплѣ-продажѣ ³⁾.

Omnium rerum, quas quis vel habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit. L. 34 § 1 D. 18, 1.

Такъ предметами купли-продажи могутъ быть не только движимыя и недвижимыя вещи, но и вещи бестѣлесныя, т. е. права ⁴⁾. Можно сдѣлать предметами договора: права емфитевзиса и суперфиция ⁵⁾, отправленіе узуфрукта ⁶⁾, вещные сервитуты ⁷⁾, право залога ⁸⁾ и, наконецъ, права требованія ⁹⁾, насколько они могутъ подлежать уступкѣ.

Продажа можетъ состояться какъ на отдѣльную вещь (species), такъ и на совокупность предметовъ (universitas rerum) и даже на все имущество, напр. на все наслѣдство ¹⁰⁾.

¹⁾ L. 11 § 2 D. 19, 1.

²⁾ См. т. I стр. 144.

³⁾ § 5 I. 3, 23.

⁴⁾ L. 17 D. 18, 4.

⁵⁾ L. 3 C. 4, 66; L. 1 §§ 6, 9 D. 43, 18.

⁶⁾ L. 12 § 2 D. 7, 1.

⁷⁾ L. 20 § 1 D. 41, 1; L. 80 § 1 D. 18, 1.

⁸⁾ L. 6 D. 18, 4.

⁹⁾ L. 17 D. 18, 4.

¹⁰⁾ L. 7 sq. D. 18, 4.

Нѣтъ необходимости, чтобы продаваемая вещь принадлежала въ собственность продавцу; куплѣ-продажѣ подлежатъ и чужія вещи ¹⁾, за исключеніемъ краденныхъ (*res furtivae*) ²⁾.

Наконецъ, предметомъ купли-продажи можетъ быть какъ вещь уже существующая, такъ и вещь будущая, ожидаемая въ своемъ появлении, *res sperata*, напр. будущій сборъ плодовъ ³⁾, предстоящій уловъ рыбы ⁴⁾. Сдѣлка на будущія вещи можетъ выразиться въ двухъ формахъ: купля-продажа риска, надежды (*alea*), какъ напр. тони, или купля-продажа тѣхъ вещей, которыхъ появленіе ожидается, напр. будущая жатва по столько-то за мѣру. При *emptio spei* существованіе будущихъ вещей зависитъ отъ простого случая, при *emptio rei speratae* — отъ обыкновеннато теченія обстоятельствъ. Первая форма носитъ названіе *emptio spei*, вторая — *emptio rei speratae* въ тѣсномъ смыслѣ. Различіе между ними въ томъ, что *emptio spei* есть сдѣлка безусловная; она дѣйствительна и тогда, когда ожиданіе не осуществится вовсе (не будетъ въ брошенной тонѣ поймано ни одной рыбы); вторая сдѣлка условная, дѣйствительность ея зависитъ отъ появленія ожидаемыхъ вещей ⁵⁾. Въ послѣднемъ случаѣ рискъ ограничивается только количественной стороною, не распространяясь на самое существованіе ожидаемыхъ вещей. По какому же признаку распознается та и другая форма купли будущихъ вещей? Вопросъ въ каждомъ случаѣ рѣшается согласно воли явно или молчаливо выраженной въ договорѣ. Такъ купля всей массы будущихъ вещей огуломъ за одну цѣну, т. наз. *emptio per aversionem*, напр. весь будущій посѣвъ за столько-то, безъ дальнѣйшихъ оговорокъ, долженъ быть истолкованъ въ смыслѣ *emptio spei* ⁶⁾.

¹⁾ Объ основаніяхъ см. ниже. L. 28 D. 18, 1.

²⁾ L. 34 § 3 D. 18, 1.

³⁾ L. 8 pr. D. 18, 1.

⁴⁾ L. 8 § 1 D. 18, 1.

⁵⁾ L. 8 pr. § 1 D. 18, 1. См. *Endemann*. D. Lehre v. der *emptio spei* und *rei speratae* въ *Zeitschrift f. d. Priv. u. öff. R.* Bd. 12 n. 6.

⁶⁾ v. *Wetter*. Les obligat. v. 2 p. 347.

Если продаваемая вещь, какъ наличная, въ моментъ продажи уже не существуетъ болѣе, то договоръ недѣйствителенъ ¹⁾.

Цѣна, pretium. Купля-продажа не мыслима безъ цѣны, nulla emptio sine pretio esse potest. Цѣна должна имѣть слѣдующіе признаки.

а) Цѣна необходимо состоитъ въ денежной суммѣ, in numerata pecunia. Если плата выговорена другими вещами, то получается мѣна или другой какойлибо безымянный договоръ; contractus же innominati принадлежать къ числу реальныхъ договоровъ, ^{x см. стр. 111} купля же продажа — къ консенсуальнымъ.

Среди классическихъ юристовъ по данному вопросу существовало разногласіе. Прокуліанцы держались высказаннаго мнѣнія; Сабиніанцы же допускали опредѣленіе цѣны и другими, кромѣ денегъ, предметами. Gajus. 3 § 141; § 2 I. 3, 23; L. 1 § 1 D. 18, 1; L. 1 D. 19, 4.

Но цѣну при куплѣ можно опредѣлить частью въ деньгахъ, частью другими предметами ²⁾; необходимъ лишь признакъ денежный.

б) Цѣна должна быть опредѣленной, pretium certum esse debet ³⁾. Опредѣленіе цѣны можетъ быть чисто объективнымъ: „сколько находится у меня въ денежномъ ящикѣ“ (quantum pretii in arca habeo) ⁴⁾; его можно предоставить и на усмотрѣніе третьяго лица (ex arbitrio Gaji) ⁵⁾. Въ последнемъ случаѣ купля-продажа считается условной до указанія цѣны. Если же опредѣленіе цѣны предоставлено одной изъ договаривающихся сторонъ, то купля-продажа вовсе недѣйствительна.

в) Цѣна должна быть настоящая, pretium verum. Въ случаѣ продажи притворной, „uno nummo“ ⁶⁾, сдѣлка признавалась

¹⁾ L. 15 pr.; L. 57 pr. D. 18, 1.

²⁾ L. 79 D. 18, 1; L. 6 §§ 1, 2; L. 21 § 4 D. 19, 1.

³⁾ *Gustav. Das pretium certum d. röm. Rechts* 1878.

⁴⁾ L. 7 § 1 D. 18, 1. См. *Dernburg. Pand.* 2 p. 248 n. 20.

⁵⁾ Gajus 3, 140; § 1 I. 3, 23; L. 15 C. 4, 38.

⁶⁾ Ср. L. 46 D. 19, 2.

не за куплю-продажу, а за дареніе ¹⁾. Но, по римскому праву, не требовалось, чтобы цѣна соответствовала дѣйствительной стоимости продаваемой вещи, чтобы pretium было justum. При куплѣ-продажѣ дозволялось каждой сторонѣ соблюдать свой интересъ въ ущербъ другой, *in vicem se circumscribere* ²⁾. Только со времени имп. Діоклетіана было проведено начало, что продавецъ, получившій цѣну меньше половины стоимости вещи (*ultra dimidiaie partis*), имѣлъ право отказаться отъ договора по причинѣ чрезвычайнаго убытка (*propter laesionem enormem*) ³⁾, буде покупатель откажется возмѣстить ему недостающую, до обычной цѣны, сумму ⁴⁾.

Права и обязанности сторонъ. Купля-продажа есть договоръ двусторонній равный, *contr. bilateralis aequalis*. Каждый изъ контрагентовъ получаетъ по немъ права и въ свою очередь обязуется. На осуществленіе своихъ правъ продавецъ располагаетъ actio venditi, а покупатель — actio empti ⁵⁾. Оба иска принадлежатъ къ числу actiones bonae fidei.

Обязанности продавца ^(права покупателя) сводятся къ передать вещи покупателю, къ ответственности предъ нимъ по очисткѣ и за недостатки вещи.

Продавецъ обязанъ предоставить вещь въ распоряженіе покупателя: *ut rem emptori habere liceat* ⁶⁾. Если проданная вещь будетъ тѣлесная ⁷⁾, то совершается передача (*traditio*) ея со всѣми добавочными, accessoria, выгодами, commoda rei ⁸⁾, какъ

¹⁾ L. 36; L. 38 D. 18, 1; L. 6 D. 41, 6, L. 3; L. 8; L. 9 C. 4, 38. См. т. I стр. 168, 169.

²⁾ L. 22 § 3 D. 19, 2.

³⁾ *Sandstein. Ueber d. laesio enormis* 1887.

⁴⁾ L. 2 C. 4, 44.

⁵⁾ Dig. 19, 1 de actionibus empti et venditi; Cod. 4, 49.

⁶⁾ L. 30 § 1 D. 19, 1.

⁷⁾ Для продажи правъ обязанность предоставленія выражается въ другихъ актахъ, напр. въ уступкѣ исковъ (L. 23 pr. D. 18, 4).

⁸⁾ L. 13 § 31; L. 14—18; L. 38 § 2; L. 52 § 3 D. 19, 1.

напр. *alluvio* ¹⁾, естественные плоды ²⁾, которые продавец получил или могъ получить отъ вещи съ момента заключенія договора.

Въ частности источники оговариваютъ право покупателя на тѣ украшения (*ornamenta*), въ которыхъ вещь была выставлена къ продажѣ (L. 19 §§ 13, 16 D. de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis, et statuis legatis 34, 2). Такъ по эдикту эдиловъ, если продавецъ не выдаетъ наряда, въ которомъ продавался выучный, рабочий скотъ, то покупатель имѣлъ право въ теченіи двухъ мѣсяцевъ особымъ искомъ (*actio de ornamentis restituendis*) требовать выдачи наряда, или другимъ искомъ (*actio redhibitoria*) уничтожить договоръ (L. 38 pr. D. 21, 1). По истеченіи же двухъ мѣсяцевъ можно было уже общимъ искомъ изъ купли (*actio emti*) требовать выдачи *ornamenta* (v. *Wetter. Les obligat.* 2 p. 357).

Права покупателя на добавочныя вещи, появившіяся по заключеніи договора, и на выгоды, полученныя отъ этого же времени, объясняются тѣмъ, что съ этого момента купленная вещь находится на его страхѣ ³⁾, и потому справедливо предоставить ему и всѣ выгоды отъ нея. Продавецъ до передачи проданной вещи обязывается только хранить и заботиться о ея цѣлости какъ добропорядочный отецъ семейства по своему имуществу ⁴⁾.

Передачей (*traditio*) продавецъ обязуется установить покупателю лишь владѣніе вещью (*possessionem tradere*), а не собственность на нее ⁵⁾. Но это не значитъ, чтобы въ предположеніяхъ купли-продажи не лежало цѣли установить покупателю собственность на проданную вещь. Наоборотъ, если будетъ выговорено, что проданная и переданная вещь не должна поступать въ собственность покупателя, то не будетъ вовсе договорнаго отношенія

¹⁾ § 3 I. 3, 23.

²⁾ L. 38 § 8 D. 22, 1; L. 13; L. 16 C. 4, 49.

³⁾ § 3 I. 3, 23.

⁴⁾ L. 5 § 2 in f. D. 13, 6; L. 35 § 4 in. D. 18, 1; L. 14 § 1 D. 18, 6.

⁵⁾ L. 30 § 1 D. 19, 1.

по куплѣ-продажѣ, а будетъ на лицо договоръ имущественнаго найма. Обязанность, состоящая въ предоставленіи одного владѣнія, объявляется тѣмъ, что римскіе юристы считали лишнимъ налагать на продавца болѣе тяжкую обязанность, — устанавливать собственность, — когда во многихъ практическихъ случаяхъ этой цѣли достигаетъ предоставленіе простого владѣнія, на примѣръ, когда продавецъ былъ собственникомъ вещи, или если онъ и не былъ ея собственникомъ, но послѣ передачи она мирно приобрѣтается покупателемъ въ собственность по давности владѣнія, или настоящій собственникъ отъ нея отказался. Тоже слѣдуетъ сказать и о тѣхъ случаяхъ, когда послѣ передачи вещь случайно погибла. На тотъ же случай, когда переданная вещь во владѣніе покупателю будетъ оспариваема у него, какъ у несобственника, третьимъ лицомъ, римское право установило обязанность продавца къ очисткѣ, evincere, evictionem praestare.

Копія Очистка, *evictio* ^{даль} 1). Очистка ^{даль} примѣняется при тѣхъ условіяхъ, что покупатель былъ лишенъ вещи по судебному рѣшенію и притомъ на правовомъ основаніи, которое относится къ моменту купли, т. е. если уже тогда право собственности или другое какое либо вещное право на предметъ купли не принадлежали продавцу, а были связаны съ другимъ лицомъ. Нѣтъ мѣста очисткѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда государство дѣлаетъ у покупателя экспроприацію, когда вещь отнята насильно, или по неправильному судебному рѣшенію, когда ее добровольно уступаетъ покупатель по первому притязанію кого либо, когда еще до очистки вещь уничтожается, или, наконецъ, если покупатель по своей винѣ проигрываетъ судебный споръ 2).

Кромѣ того, чтобы имѣть право на очистку, покупатель обязанъ своевременно извѣстить продавца о предъявленномъ спорѣ по

1) Dig. 21, 2 de evictionibus et duplae stipulatione; Cod. 8, 45 de evictione. *Labatut*. Les principes de la garantie en matière de vente 1868; *Baggio*. Della evizione negli atti traslativi di diritto in materia civile e specialmente nella vendita 1886.

2) L. 5; L. 51 pr.; L. 55 pr.; L. 63 §§ 1, 2; L. 66 pr. D. 21, 2; L. 8. L. 15; L. 19 C. 8, 45.

вещи (*litem denuntiare*) ¹⁾ и тѣмъ дать возможность ему вступити въ процессъ и, какъ лучше знакомому съ правовымъ положеніемъ вещи, опредѣлить исходъ въ пользу покупателя, а вмѣстѣ предупредить обратное требованіе къ нему самому. Упущеніе такого извѣщенія лишаетъ права на очистку. Иногда, впрочемъ, покупатель освобожденъ отъ обязанности извѣщать, а именно: когда между сторонами состоялось о томъ соглашеніе, когда продавецъ не принимаетъ акта извѣщающаго, или мѣстопребываніе его неизвѣстно ²⁾, наконецъ, когда покупатель докажетъ, что дѣло было бы проиграно и при вмѣшательствѣ (*interventio*) продавца ³⁾.

Объемъ отвѣтственности по очисткѣ опредѣляется интересомъ покупателя въ моментъ постановленія приговора, по которому онъ лишается вещи ⁴⁾. Къ этому же моменту цѣна можетъ упасть, можетъ и подняться (*accessio*), но, никогда отвѣтственность по очисткѣ не должна превышать двойной покупной цѣны ⁵⁾. По римскому обычаю при самомъ заключеніи купли-продажи выговаривалась, на случай очистки, у продавца уплата двойной покупной цѣны, *stipulatio duplae sc. pecuniae*.

Очистка можетъ касаться какъ цѣлой вещи, такъ и ея части, реальной или идеальной, произведеній вещи послѣ ея передачи, или претензіи на узурфруктъ ⁶⁾.

Въ слѣдующихъ случаяхъ продавецъ не отвѣчаетъ по очисткѣ: 1) когда по соглашенію съ покупателемъ съ него снята эта обязанность, т. наз. *Pactum de non praestanda evictione*; 2) когда покупатель, зная недостатокъ въ правѣ продавца, тѣмъ не менѣе упустилъ выговорить отвѣтственность его ⁷⁾; 3) когда игрокъ продаетъ вещь, чтобы цѣну обратить на игру, и покупателю это извѣстно ⁸⁾.

¹⁾ L. 53 § 1; L. 62 § 1 D. 21, 2; L. 7—9; L. 20; L. 23; L. 29 C. 8, 45.

²⁾ L. 55 § 1; L. 56 §§ 5, 6; L. 63 pr. D. 21, 2; L. 29 C. 8, 45.

³⁾ L. 53 § 1 D. 21, 2; L. 11 § 12 D. 19, 1.

⁴⁾ L. 8 D. 21, 2; L. 25; L. 29 C. 8, 44.

⁵⁾ L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest prof. 7, 47.

⁶⁾ L. 66 pr. D. 18, 1; L. 15 § 1; L. 39 § 5 D. 21, 2.

⁷⁾ L. 18; L. 27 C. 4, 85; L. 7 C. 3, 38.

⁸⁾ L. 2 § 1 D. 44, 5.

Отвѣтственность продавца за пороки и недостатки вещи ¹⁾. Для позднѣйшаго римскаго права данная отвѣтственность продавца опредѣлялась началами первоначально намѣченными въ эдиктѣ курульных эдиловъ по поводу ихъ базарной юрисдикціи ²⁾ и затѣмъ развитыми юриспруденціей.

Начала эти слѣдующія. Продавецъ отвѣчаетъ за такіе недостатки и пороки вещи, которые составляютъ отклоненіе отъ ихъ обыкновеннаго свойства и умаляютъ значеніе ихъ въ употребленіи и оборотѣ ³⁾. При этомъ безразлично: объясалъ ли продавецъ отсутствіе этихъ недостатковъ, или только промолчалъ о нихъ, или даже самъ могъ не знать о нихъ ⁴⁾. Только при тѣхъ условіяхъ не отвѣчаетъ продавецъ, если онъ указалъ покупателю на недостатки, если покупателю и безъ того они были извѣстны, или если они такъ очевидны, что покупатель не могъ ихъ не замѣтить ⁵⁾.

Съ другой стороны продавецъ отвѣчаетъ за наличность тѣхъ особенныхъ качествъ вещи, которыя имъ обѣщаны при продажѣ (dicta et promissa). И въ этомъ случаѣ съ него снимается отвѣтственность, если покупателю было вѣдомо противное указаніямъ продавца ⁶⁾. Кроме того простое восхваленіе товара, обычное въ торговлѣ, не имѣетъ юридическаго значенія ⁷⁾.

Отвѣтственность продавца во всѣхъ изложенныхъ случаяхъ выражается въ томъ, что покупатель получаетъ право илина умень-

¹⁾ Dig. 21, 1 de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. Cod. 4, 58 de aedilitiis actionibus — Геллвег (Hellweg). Цѣна иска о возвращеніи уплаченнаго за вещь свыше ея стоимости. Перев. Борзенко во Временникѣ Демид. Юрид. Лицея кн. 14, 1877 г. *Hanauisek*. Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare 1883—1887 г.

²⁾ Эдикты о продажѣ рабовъ, о продажѣ вьючнаго скота (L. 1 § 1; L. 38 pr. D. 21, 1).

³⁾ L. 1 § 8 D. 21, 1.

⁴⁾ L. 1 § 2 D. 21, 1.

⁵⁾ L. 14 § 10; L. 1 § 6 D. 21, 1.

⁶⁾ L. 19 § 2; L. 17 § 20; L. 18 D. 21, 1.

⁷⁾ L. 19 pr. § 3 D. 21, 1. См. v. *Wetter*. Les obligat. v. 2 p. 135.

2
шение покупной цѣны или на возвращеніе вещи и обратное полученіе уплаченной суммы съ процентами. Первое осуществляется чрезъ такъ наз. actio quanti minoris, iudicium aestimatorium, второе — чрезъ т. наз. actio redhibitoria, iudicium redhibitorium.

a) Actio quanti minoris, искъ о возвращеніи уплаченнаго за вещь свыше ея стоимости, можетъ быть вчиненъ по каждому недостатку, если ихъ будетъ нѣсколько ¹⁾. Вычисленіе слѣдуетъ такому правилу: покупатель имѣетъ право требовать уменьшеніе условленной, или возвращеніе изъ уплаченной, цѣны въ размѣрѣ разницы стоимости вещи въ ея неудовлетворительномъ состояніи и цѣны, определенной въ договорѣ купли-продажи.

Эти иски несомненно

За подобный расчетъ говорятъ источники: quae minoris cum venirent, fuerint (L. 38 pr. § 13 D. 21, 1; L. 25 § 1 D. 44, 2); ne lucrum faciat emptor (L. 31 § 16 D. 21, 1; L. 32 § 1 D. 21, 2). См. *Unterholzner. Schuldverhältn. Bd. 2 p. 278*. Многие, однако, писатели принимаютъ другія начала расчета. См. у *Гельвегъ cit.* въ пер. г. *Борзенно*.

Вчинить actio quanti minoris можно въ продолженіи года, intra annum utilem, считая со времени продажи ²⁾.

Разъ предъявленный искъ quanti minoris лишаетъ уже права требовать, по причинѣ того же недостатка, уничтоженія договора ³⁾.

b) Actio redhibitoria направлена на уничтоженіе договора между продавцемъ и покупателемъ. 13

...iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere L. 23 § 7 § 1; L. 60 D. 21, 1.

По этому иску продавецъ долженъ возвратитъ покупную цѣну ⁴⁾ вмѣстѣ съ обычными процентами ⁵⁾ и кромѣ того вознаградитъ

1) L. 43 § 6 D. 21, 1.

2) L. 38 pr.; L. 48 § 2 D. 21, 1.

3) L. 25 § 1 D. 44, 2.

4) L. 27 § 1 D. 21, 1.

5) L. 27; L. 29 § 2 D. 21, 1.

за траты покупателя на вещь ¹⁾. Покупатель же обязанъ возвратить вещь со всѣми принадлежностями, полученными плодами ²⁾ и отвѣчаетъ за всякій ущербъ нанесенной вещи по его винѣ ³⁾. Несчастный случай ложится на продавца ⁴⁾. Осуществленъ *actio redhibitoria* можетъ быть въ теченіи шести мѣсяцевъ, *intra sex menses utiles* ⁵⁾.

Обязанности покупателя. Покупатель обязывается прежде всего доставить въ опредѣленное договоромъ время продавцу плату, *pretium* ⁶⁾. Если не было особаго условія о времени уплаты, то она должна быть совершена тотчасъ по заключеніи договора. Съ наступленіемъ срока платежа или момента передачи вещи покупатель обязывается уплатить и проценты. За время отъ состоявшагося договора до передачи вещи онъ свободенъ отъ платы процентовъ лишь подъ условіемъ не требовать плодовъ, принесенныхъ вещью за этотъ же періодъ ⁷⁾. — Кромѣ того, покупатель обязанъ возмѣстить продавцу траты понесенныя имъ по вещи за время отъ установленія договора до передачи ⁸⁾, будь то траты необходимыя (*imp. necessariae*) или только полезныя (*imp. utiles*), но такія траты, которыя по всей вѣроятности были бы совершены самимъ покупателемъ ⁹⁾.

Съ момента установленнаго договора (*emptio perfecta*) и точнаго опредѣленія предмета купли всякую случайность по купленной вещи (*periculum rei*) несетъ покупатель, т. е. онъ обязывается къ полной уплатѣ несмотря на то, что вещь погибнетъ или потерпитъ порчу въ полномъ составѣ или въ части. Только виновность (*culpa*) продавца въ такой гибели или порчи исключаетъ эту

1) L. 29 § 3; L. 30 § 1 D. 21, 1.

2) L. 23 § 9; L. 24; L. 31 §§ 2—4; L. 33 D. 21, 1.

3) L. 31 §§ 11, 12 D. 21, 1.

4) L. 31 § 11; L. 38 § 3 D. 21, 1.

5) L. 19 § 6 D. 21, 1.

6) L. 13 § 20 D. 19, 1.

7) L. 13 § 20 D. 19, 1; Vatic. fragm. 2.

8) L. 16 C. 4, 49.

9) L. 13 § 22 D. 19, 1.

обязанность покупателя, напр. если вещь не будет совершенно доставлена покупателю и затѣмъ потерпитъ ущербъ.

Таково господствующее до сихъ поръ возрѣніе на periculum при куплѣ-продажѣ (см. напр. *Wächter*. Arch. f. civ. Праг. 15 р. 190. *Mommsen*. Beiträge 1 р. 332). За него и ясныя свидѣтельства источниковъ, какъ напр. L. 8 пр.; L. 13—15 D. de periculo et commodo rei venditae 18, 6; L. 34 § 6 D. 18, 1; L. 33 D. 19, 2; L. 6 C. de periculo et commodo rei venditae 4, 48. Но въ новѣйшее время нерѣдко высказываютъ мнѣніе о несправедливости подобнаго возрѣнія (см. напр. *Ihering* въ Jahrb. f. Dogm. 3 р. 451 и слѣд.; 482, 477) и, основываясь на толкованіи нѣкоторыхъ мѣстъ источниковъ (L. 39 D. 46, 3; L. 12 C. 4, 38; L. 2 C. 4, 48; L. 35 §§ 5, 6 D. 18, 1 и др.), относятъ моментъ emptionis perfectae къ передачѣ купленной вещи и такимъ образомъ по общему началу оставляютъ страхъ по ней до передачи на продавца, если только покупатель самъ не помѣшалъ (мога) своевременной передачѣ ему вещи (см. *Puntschart*. Die Fundamental-Rechtsverhältnisse d. röm. Privatrechts. 1885). Едва-ли однако можно согласиться съ такимъ возрѣніемъ. Отъ покупателя будетъ всегда зависеть или получить по состоявшемуся договору вещь, или сдѣлать продавца отвѣтственнымъ за промедленіе (мога) въ передачѣ; въ послѣднемъ случаѣ periculum rei несетъ продавецъ, въ первомъ же вопліи справедливо оставить ее на покупателя; ибо всегда онъ будетъ виновенъ тѣмъ или другимъ въ неполученіи вещи въ самый моментъ установившагося договора.

Неся страхъ по вещи съ момента установившагося договора, покупатель, какъ сказано выше, имѣетъ право съ этого же времени и на всѣ приращенія отъ нея ¹⁾, ибо *cujus periculum est, et commodum ejus esse debet* ²⁾. NB

Особенные виды купли-продажи:

1) L. 16 C. 4, 49.

2) См. *Mommsen*. Erörter. ueber die Regel: *Commodum ejus esse debet, cujus periculum est*. 1859.

Иванов
мр 191

А Купля на пробу, *emptio ad gustum* 1). Такая купля условная; действительность ее поставлена в зависимость от будущего одобрения или неодобрения покупателем товара. Условность может быть отлагательной 2) или отменительной 3); при сомнении признается отлагательность 4). Для пробы (*degustatio*) может быть назначен срок, в продолжении которого покупатель должен выразить свое одобрение или неодобрение товару 5). Не сдается от этого заявления, то по переданному товару следует предполагать одобрение 6). Когда срока для пробы не назначено, то покупатель обязывается ее произвести по первому требованию продавца 7). Проба может быть предоставлена лично вкусу покупателя или сведущим людям 8); при сомнении должно быть признано первое 9).

Б От купли на пробу следует отличать куплю по образцу 10). Последняя есть чистая, безусловная, купля известного количества вещей, которые должны отвечать предъявляемому образцу. Такой же чистой сделкой будет и купля, при которой покупатель дает надежду продавцу, что позднее он купит еще более таких же вещей; т. наз. купля для пробы или также на пробу, но в ином смысле, чем выше изложенная купля 11).

1) *Unger*. Kauf auf Probe в *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 25 p. 322 и слѣд.

2) § 4 I. 3, 23; L. 20 § 1 D. 19, 5.

3) L. 3 D. 18, 1; L. 2 § 5 D. 41, 4; L. 11 § 13 D. 43, 24; L. 4 C. 4, 58.

4) См. v. *Wetter*. *Les obligat.* 2 p. 371.

5) *Si degustaverit intra certum diem* § 4 I. 3, 23.

6) *Dernburg*. *Pandekt.* 2 p. 250.

7) L. 4 § 1 D. 18, 6. — О L. 31 §§ 22 sqq. D. 21, 1 см. *Windscheid*. *Pand.* § 387 n. 7.

8) *Cato*, de re rustica 148 L. 1 pr.; L. 4 pr. § 1; L. 16 D. 18, 6; L. 34 § 5 D. 18, 1.

9) Справ. *Brinz*. *Pandekten* 2 p. 1460.

10) *La vente d'après échantillon*; *Der Kauf nach Probe*.

11) *D. Kauf zur Probe*.



Наемъ, locatio (et) conductio.

Источники: Inst. 3, 24 de locatione et conductione;— Dig. 19, 2 locati conducti;—Cod. 4, 65 de locato et conducto.

Пособія: *Degenkolb.* Platzrecht u. Miethe, 1867; *Умовъ.* Договоръ найма имущество по римскому праву и нов. ин. законамъ, 1872; *Guillonard.* Traité du louage. 1884.

Понятіе. Наемъ, locatio—conductio, есть такой консенсуальный договоръ, по которому одно лицо, наймодатель (наёмникъ), locator, общается другому, нанимателю, conductor, предоставить пользование вещью, или рабочей силой, подъ общаніемъ этого послѣдняго уплатить первому за такое пользование опредѣленную денежную сумму (*merces, pretium*).

Выраженіе locatio—conductio отъ словъ locare, выставлять вещь на распоряженіе кого либо, и conducere, увести, убрать эту вещь (*Dirksen.* Manuale latinitatis v. Locare, Conducere)—объясняется главнѣйшими формами найма въ древнемъ Римѣ, а именно найма вьючнаго скота, рабовъ для полевыхъ работъ (*Dernburg.* Pand. 2 p. 287).

Наемъ по общимъ признакамъ имѣетъ большое сходство съ куплей-продажей. Подобно купль-продажѣ онъ устанавливается соглашеніемъ на опредѣленное дѣйствіе за опредѣленную плату. Поэтому источники говорятъ: locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni iisdem juris regulis consistit ¹⁾.

Виды найма. Наемъ распадается, согласно его предмету, на два вида: имущественный наемъ, locatio-conductio rerum, — и личный наемъ, locatio-conductio operarum. Личный наемъ въ свою очередь подраздѣляется на наемъ личныхъ услугъ вообще, loc.-conduct. operarum, и договоръ о выполненіи опредѣленной работы, loc.-cond. operis.

¹⁾ L. 2 pr. D. 19, 2; pr. I. 3, 24.

Locatio-conductio rerum. Имущественный наемъ требуетъ слѣдующихъ признаковъ:

1) Соглашеніе сторонъ, направленное на предоставленіе пользова-
нія опредѣленной вещи, *ut rem conductori frui liceat.*

2) Предметъ, res. Имущественный наемъ можетъ быть установ-
ленъ на вещи, находящіяся въ оборотѣ ¹⁾ и при томъ непотребляе-
мыя (*non consumptibiles*) ²⁾. Потребленіе предполагаетъ право
13) собственности, а такое при наймѣ не переносится ³⁾. Затѣмъ,
предметомъ найма могутъ быть и движимыя, и недвижимыя вещи.
Такъ уже въ XII Таблицахъ извѣстенъ былъ наемъ рабочаго ско-
та ⁴⁾. Можно было отдавать въ наймы рабовъ, напр. для полевыхъ
работъ; всякія движимости, напр., для выставки (*ad pompam vel
ostentationem*) ⁵⁾. Изъ недвижимыхъ вещей предметомъ найма
могутъ быть и городскія и деревенскія имущества. Такъ съ одной
стороны наемъ дома (наниматель—*inquilinus* ⁶⁾, *habitor*) ⁷⁾,
квартиры (*senacularius*) ⁸⁾, магазина (*horrearius*) ⁹⁾, съ другой
—наемъ земель (наниматель—*colonus* ¹⁰⁾, отъ *colere*— обрабо-
тывать). Далѣе, предметомъ найма могла быть не только тѣлесная,
но и бестѣлесная вещь. Такъ возможенъ наемъ въ формѣ передачи
отправленія узупрукта ¹¹⁾, эмфитевтическаго, суперфициарнаго пра-
ва ¹²⁾. Предѣльные сервитуты можно было отдавать въ наймы
вмѣстѣ съ *praedium dominans* ¹³⁾. Съ цѣлью найма, сервитуты
могли быть и вновь устанавливаемы ¹⁴⁾. Наконецъ, отдаваемая въ

1) Ср. L. 2 pr. D. 19, 2 съ L. 34 § 1 D. 18, 1.

2) Arg. L. 3 § 6 D. 13, 6.

3) v. *Wetter*. Les obligat. v. 2 p. 397.

4) Gajus 4 § 28.

5) См. L. 3 § 6; L. 4 D. 13, 6.

6) L. 19 §§ 4, 5; L. 24 § 2; L. 25 §§ 1, 2 D. 19, 2.

7) L. 27 pr.; L. 30 pr.; L. 60 pr. D. 19, 2.

8) L. 11 § 5 D. 13, 7.

9) L. 60 § 9 D. 19, 2.

10) L. 14; L. 15 §§ 2, 4, 7; L. 24 § 2; L. 25 §§ 1, 2 D. 19, 2.

11) *Fragm. Vat.* § 41; L. 38 D. 7, 1; L. 13 pr. § 1 C. 3, 33.

12) L. 3 C. 4, 66; L. 1 §§ 6, 9 D. 43, 18.

13) Ср. L. 44 D. 19, 2 съ L. 20 D. 8, 6.

14) L. 10 C. 3, 33.

наймы вещь может принадлежать въ собственность наймодателю, может и не принадлежать ему на правѣ собственности. Къ послѣдняго рода случаямъ принадлежитъ такъ наз. послѣдующій наемъ, *sublocatio*, подѣ которымъ разумѣется дальнѣйшее предоставленіе нанимателемъ пользованія вещью, находящеюся у него въ наймѣ, на правахъ найма же. Для установленія такого дальнѣйшаго найма по римскому праву не требовалось особаго согласія перваго наймодателя, но, конечно, выговоренное при соглашеніи запрещеніе *sublocatio* дѣлаетъ его невозможнымъ ¹⁾.

3 Наемная плата, *merces* ²⁾ (*pensio* ³⁾, (*vectura* ⁴⁾, и притомъ настоящая ⁵⁾, опредѣленная ⁶⁾ и состоящая въ денежной суммѣ ⁷⁾ (*merces vera, certa, in pecunia numerata*). Имущественный наемъ имѣетъ необходимымъ признакомъ уговоръ о платѣ ⁸⁾. Если пользованіе будетъ безвозмездное, то получается ссуда (*commodatum*), если же вознагражденіе будетъ состоять не въ денежной суммѣ, а въ другихъ предметахъ, то имѣемъ одинъ изъ безименныхъ договоровъ, — *do, ut des*; въ томъ и другомъ случаѣ получается договоръ реальный, а не консенсуальный. Но при отдачѣ въ наймы деревенскихъ участковъ плата могла быть установлена и въ естественныхъ продуктахъ извѣстнаго количества ⁹⁾ или даже въ видѣ опредѣленной части (*quota*) годоваго сбора ¹⁰⁾. Въ послѣднемъ случаѣ источники говорятъ о *colonus partiaris*, а по

1) L. 6 C. 4, 65.

2) Gajus 3, 142; pr. § 1 I. 3, 24; L. 2 pr. D. 19, 2.

3) L. 9 § 1; L. 19 §§ 1, 3 D. 19, 2.

4) L. 29 D. 5, 3; Paulus 5, 36 § 2.

5) L. 20 § 1 D. 19, 2.

6) Gajus 3, 142; L. 61 § 1 D. 19, 2.

7) L. 25 § 6 in f. D. 19, 2.

8) L. 2 pr. D. 19, 2: ... locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit. L. 20 § 1 D. 19, 2: ... donatio- nis causa contrahi non potest.

9) L. 19 § 3 D. 19, 2; L. 8; L. 18; L. 21 C. 4, 65.

10) L. 25 § 6 D. 19, 2.

вѣйшіе юристы—о contractus socidae (=societatis) въ силу сходаства даннаго отношенія съ товариществомъ.

Colonus partiaris, quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. L. 25 § 6 D. 19, 2.

4) Срочность. Этимъ признакомъ имущественный наемъ отличается отъ такъ наз. contractus emphyteuticarius ¹⁾, по которому одно лицо обязывается установить другому вѣчное пользованіе вещью за опредѣленную периодическую плату. Отношенія къ вещи, вытекающія изъ этого договора совсѣмъ иныя ²⁾. Какого либо опредѣленія срока имущественнаго найма въ римскомъ правѣ не было, но обыкновенно онъ устанавливался на пять лѣтъ, quinquennium aut lustrum ³⁾. Такой обычай очевидно былъ заимствованъ изъ отдачи государствомъ земель въ аренду частнымъ лицамъ; основанія государственнаго бюджета устанавливались цензорами всегда на lustrum ⁴⁾.

Отношенія по найму. Locatio conductio есть договоръ двусторонній равный, contractus bilateralis aequalis. Иски: actio locati и actio conducti ⁵⁾.

Обязанности наймодателя. Locator обязанъ доставить наймодателю предметъ найма и при томъ въ томъ видѣ, какъ то было выговорено въ договорѣ ⁶⁾. При наймѣ деревенскаго участка наймодатель долженъ доставить и всѣ тѣ добавочныя статьи, которыя дали бы возможность осуществить данное пользованіе, какъ-то необходимый инвентарь (inventarium, instrumentum fundi) ⁷⁾.

¹⁾ Dig. 6, 3 si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur.—Cod. 4, 66 de emphyteutico jure.

²⁾ См. т. I стр. 477—482.

³⁾ L. 9 § 1; L. 13 § 11; L. 24 § 2, 4 D. 19, 2; L. 4 § 1 D. 12, 1; L. 49 pr. D. 19, 1; L. 25 § 4 D. 24, 3; L. 18 § 3 D. 45, 3; L. 89 D. 45, 1; L. 67 § 5 D. 47, 2.

⁴⁾ *Esmein*. Les baux de cinq ans du droit romain въ Nouvelle revue historique de droit franç. et étranger. 1886 N. 1 p. 1—6.

⁵⁾ pr. I. 3, 24.

⁶⁾ L. 15 § 1 D. 19, 2.

⁷⁾ L. 19 § 2 D. 19, 2.

Однимъ предоставленіемъ вещи въ пользованіе не ограничивается отвѣтственность наймодателя; онъ обязанъ обезпечить выговоренное пользованіе за все время существованія договора (*frui licere*) ¹⁾. Такъ *locator* отвѣчаетъ передъ нанимателемъ за лишеніе пользования третьимъ лицомъ, напр. купившимъ нанятую вещь ²⁾, отвѣчаетъ за недостатки вещи, препятствующіе должному отправленію пользования ³⁾. На наймодателѣ лежитъ обязанность производить ³ необходимыя исправленія ⁴⁾. По общему началу наймодатель отвѣчаетъ передъ нанимателемъ за всякую вину ⁴ (*omnis culpa*); не отвѣчаетъ только за случайное явленіе (*casus fortuitus*). Наконецъ наймодатель обязуется возмѣстить нанимателю всѣ ⁵ траты на отданную въ наймы вещь; причѣмъ за необходимыя траты (*impensae necessariae*) онъ отвѣчаетъ абсолютно ⁵⁾, за полезныя траты (*impensae utiles*) — только въ размѣрѣ увеличенія пользы, произведенной тратой ⁶⁾; по тратамъ прихотливымъ (*imp. voluptariae*) наниматель имѣетъ лишь *jus tollendi* ⁷⁾.

Обязанности нанимателя сводятся главнымъ образомъ къ доставленію наймодателю условленной въ договорѣ платы, хотя бы предназначенное пользованіе и не было отправлено ⁸⁾. Если въ договорѣ не будетъ означенъ срокъ платежа, то послѣдній можетъ быть произведенъ по окончаніи пользования, *post numerando* ⁹⁾. Условленная плата должна быть представлена сподна. Но если какія либо чрезвычайныя случайности (наводненіе, градъ, засуха) ¹⁰⁾ помѣшаютъ нанимателю деревенскихъ участковъ получить ожидаемые плоды (напр. недоборъ посѣва), то онъ получаетъ право на сбавку

¹⁾ L. 15 §§ 1, 2 D. 19, 2.

²⁾ L. 25 § 1 D. 19, 2.

³⁾ L. 19 § 1 D. 19, 2; L. 6 § 4 D. 19, 1; L. 13 § 6. D. 36, 2.

⁴⁾ L. 15 § 1; 19 § 2; L. 25 § 2 D. 19, 2.

⁵⁾ L. 55 § 1 D. 19, 2.

⁶⁾ L. 55 § 1; L. 61 pr. D. 19, 2.

⁷⁾ L. 19 § 4 D. 19, 2.

⁸⁾ L. 24 § 2; L. 27 § 1; L. 55 § 2; L. 61 § 1 D. 19, 2.

⁹⁾ Arg. L. 24 § 2 D. 19, 2.

¹⁰⁾ L. 15 §§ 2—4 D. 19, 2.

или сложение платы, remissio mercedis ¹⁾). При этом предполагается значительный вред ²⁾). При нескольких годах аренды особенно урожайные годы зачитываются неурожайному, т. е. должны покрывать сбавку ³⁾). Сбавка наемной платы, само собою разумется, не применяется к colonus partiaris ⁴⁾). — По окончании найма наниматель обязан возвратить вещь ⁵⁾ и дать вознаграждение за весь тот ущерб, который он причинил по своей хотя бы самой легкой вине (culpa levis) ⁶⁾. Безосновательный отказ в возвращении ведет после приговора к ответственности in duplum. Наниматель отвечает перед наймодателем и за вину тех лиц, с которыми заключен договор последующего найма, sublocatio.

Въ обеспечение выполнения обязанностей нанимателя наймодателю по самому закону предоставляется залоговое право на investa et illata — при praedium urbanum, и на плоды — при praedium rusticum ⁸⁾). Выполнивший свои обязательства наниматель может особым иском, interdictum de migrando ⁹⁾, или общим судебным порядком, extraordinaria cognitio ¹⁰⁾, заставить наймодателя признавать его право на свободное перемещение заложенных таким образом вещей.

Прекращение имущественного найма. Имущественный наем прекращается прежде всего с уничтожением предмета найма ¹¹⁾. Затем, с истечением срока найма ¹²⁾. Но если по исте-

1) L. 15 § 7 D. 19, 2.

2) L. 25 § 6 D. 19, 2.

3) L. 15 § 4 D. 19, 2; L. 8 C. 4, 65.

4) L. 25 § 6 D. 19, 2.

5) L. 25 C. 4, 65.

6) L. 9 pr.; L. 11 § 3; L. 13 § 1 D. 19, 2.

7) Конституция имп. Зенона L. 34 C. 4, 65.

8) См. выше в залоговом праве стр. 23.

9) Dig. 43, 32 de migrando.

10) L. 1 § 2 D. 43, 32.

11) L. 9 § 4; L. 19 § 6; L. 30 § 1 D. 19, 2.

12) L. 11 C. 4, 65.

ченіи даннаго срока договоръ не будетъ возобновленъ, а также не будетъ ясно выражено желаніе прекратить наемъ, то въ римскомъ правѣ допускалось такъ наз. relocatio tacita, т. е. молчаливое возобновленіе договора найма на прежнихъ условіяхъ ¹⁾. При этомъ только срокъ возобновленнаго найма принимался для деревенскаго имущества (praedium rusticum) всегда одинъ годъ ²⁾; возобновленный же наемъ городскаго имущества продолжается до тѣхъ поръ пока его будетъ терпѣть наймодаель.

Последнее положеніе въ наукѣ спорно. Ульпіанъ говоритъ (L. 13 § 11 in fin. D. 19, 2): *In urbanis... praediis... jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.* Первая часть (prout quisque habitaverit) этого выраженія понимается громаднымъ большинствомъ писателей въ томъ смыслѣ, что возобновленный наемъ продолжается до тѣхъ поръ, пока наниматель живетъ въ домѣ, т. е. пока ему не откажутъ. По другому же мнѣнію всѣ условія договора, въ томъ числѣ и срокъ, повторяются въ молчаливо возобновленномъ наймѣ. Не говоримъ о примиряющемъ воззрѣніи. (См. у *Vangerow. Pand. 3 § 644, II, 1*). Писатели, держащіеся принятаго нами воззрѣнія, оговариваютъ его на основаніи послѣднихъ словъ положенія (отъ „nisi“ и д.) такъ: если же для перваго найма былъ опредѣленъ срокъ въ писанномъ контрактѣ, то на основаніи законной презумпціи этотъ же срокъ принимается и для relocatio tacita (*Windscheid. Pand. Bd. 2 § 402 n. 13; Vangerow. Pand. 3 § 644 II, 2*). Но основательно указывали на несообразность такого толкованія, не вытекающаго и изъ намѣреній сторонъ. Такъ если наемъ заключенъ на 5 лѣтъ, то самое короткое отправление его по истеченіи этихъ лѣтъ даетъ нанимателю уже право продолжать жить въ домѣ еще пять лѣтъ (*Dernburg. Pand. 2 p. 295 n. 37*). Поэтому данное мѣсто слѣдуетъ считать крайне неудачной формули-

¹⁾ L. 14 D. 19, 2.

²⁾ L. 13 § 11 D. 19, 2: *...ita accipiendum est, ut in ipso anno quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis...*

ровкой мнѣнія компиляторовъ (см. различныя толкованія у *Vangerow cit.*).

*и. 4 вѣд 9
указъ нашинъ
стр. 194*

3 Наемъ можетъ быть прекращенъ заявленіемъ той или другой стороны. Прежде всего, если найму не будетъ назначенъ срокъ ¹⁾, то каждая сторона вольна во всякое время отказаться отъ него. Затѣмъ, наймода- тель можетъ прекратить договорное отношеніе по найму въ слѣдующихъ случаяхъ: когда наемщикъ дурно обращается съ вещью ²⁾; когда необходимо произвести такія исправленія въ вещи, которыя дѣлаютъ невозможнымъ дальнѣйшее отправленіе пользования ³⁾; когда самому наймодателю представляется насущная необходимость въ пользованіи вещью ⁴⁾; когда наниматель не уплачиваетъ въ продолженіи двухъ лѣтъ наемной платы ⁵⁾.

Съ своей стороны наниматель имѣетъ право отступить отъ договора, когда послѣ вторичнаго заявленія вещь не будетъ представлена наймодателемъ къ отправленію пользования ⁶⁾; когда онъ найдетъ въ ней такіе недостатки, которыя дѣлаютъ дальнѣйшее пользованіе невозможнымъ ⁷⁾.

4 По римскому праву договоръ найма прекращается отчужденіемъ нанятаго имущества ⁸⁾. Наемъ, какъ личное отношеніе, необязателенъ для новаго пріобрѣтателя нанятаго имущества на такомъ вещномъ правѣ, въ силу котораго онъ получаетъ владѣніе. Противъ перехода вещнаго права нельзя предъявить возраженій изъ чисто

¹⁾ L. 10 C. 4, 65; L. 1 § 15 D. 14, 1.

²⁾ L. 3 C. 4, 65; L. 54 § 1 D. 19, 2.

³⁾ L. 3 C. 4, 65; L. 30 pr.; L. 35 pr. D. 19, 2.

⁴⁾ L. 3 C. 4, 65.

⁵⁾ L. 54 § 1; L. 56 D. 19, 2; Nov. 120, 8.

⁶⁾ L. 60 pr. D. 19, 2.

⁷⁾ L. 25, § 2; L. 27 pr. § 1; L. 30 pr.; L. 33; L. 34; L. 35 pr.; L. 60 pr. D. 19, 2; L. 3 C. 4, 65.

⁸⁾ См. *Träger. Ueber die Rechtsparoemie: Kauf bricht Miethe* въ *Zeitschr. für Civilrecht u. Prozess* Bd. 18; *Умовъ. О вліяніи отчужденія нанятаго имущества на существованіе найма въ Юрид. Вѣстникѣ. 1877 кн. 1—4.*

личныхъ отношеній ¹⁾. Поэтому, если при отчужденіи, — по куплѣ, по легату, по узуфрукту, — не будетъ условлено съ наймодетелемъ о сохраненіи найма ²⁾, или если вообще приобрѣтатель не пожелаетъ оставить нанимателя при дальнѣйшемъ отправленіи найма, то послѣдній прекращается.

Для такого способа прекращенія средневѣковая юриспруденція выработала юридическую поговорку (proverbia): Kauf bricht Miethe (или „Kauf geht vor Miethe“), продажа разрушаетъ наемъ. Само по себѣ это выраженіе не вполне удачно. Купля устанавливаетъ только личное право на переходъ вещнаго права; прекращаетъ же наемъ самый этотъ переходъ, а кромѣ того и всякій другой титулъ отчужденія имѣетъ тоже послѣдствіе. См. ниже приведенныя мѣста.

Римскіе источники не оставляютъ сомнѣній въ такомъ способѣ прекращенія найма. Въ цѣломъ рядѣ положеній они признаютъ, что продажа, отказъ, установленіе узуфрукта ведутъ къ прекращенію прежнихъ обязательственныхъ отношеній, если при совершеніи этихъ актовъ не будетъ оговорено противное. — См. L. 25 § 1 D. 19, 2; L. 9 C. 4, 65. — L. 120 § 2 D. 30 (1); L. 32 D. 19, 2. — L. 59 § 1 D. 7, 1. Не смотря на такія ясныя свидѣтельства въ наукѣ высказываются возраженія, основанныя и на общихъ положеніяхъ права и на толкованіяхъ римскихъ источниковъ. Въ настоящее время возраженія эти слѣдуетъ считать обезсиленными. См. *Умовъ cit.* кн. 1 стр. 10 — 12.

Въ случаѣ прибрѣтатель не захочетъ прекратить договора найма, то послѣдній остается въ прежнемъ положеніи. Наниматель, оставаясь въ ненарушенномъ отправленіи своего права, не можетъ односторонне разорвать своего обязательственнаго отношенія. Онъ

¹⁾ См. подробнѣе объ основаніяхъ напр. у *Куницкаго*. О силѣ договора найма имуществовъ въ Журналѣ министер. Юстиціи. 1861 т. 9 стр. 493 — 495.

²⁾ L. 25 § 1 D. 19, 2; L. 9 C. 4, 65; L. 59 § 1 D. 7, 1. — Иногда такой уговоръ объ оставленіи нанимателя предполагается, какъ-то при отчужденіи казною нанятыхъ у него имѣній (L. 50 D. 49, 14).

res) ¹⁾, маклеровъ, (proxenetae) ²⁾, т. е. лицъ, которые у римлянъ занимались посредничествомъ при заключеніи всякаго рода торговыхъ сдѣлокъ ³⁾, и т. д. ⁴⁾; — не могли составлять предмета найма ⁵⁾. Такія услуги почитались на столько благородными, что оплачивать ихъ по началамъ найма признавалось унизительнымъ. Но мало по малу во времена императоровъ эти услуги стали оплачиваться и даже предоставленъ былъ искъ (cognitio extraordinaria) на получение этой платы. Препрежее положеніе этихъ operae liberales сохранилось въ самомъ употребительномъ названіи платы, honorarium, или даже просто honor ⁶⁾.

Если же непринятіе услугъ наемщику ^{conductor} оставалось свободное время, впродолженіи котораго онъ получилъ заработокъ, или могъ легко его получить, то соотвѣтствующая сумма засчитывалась ему въ плату ⁷⁾.

Личный наемъ не прекращается смертью нанимателя, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда услуги имѣли чисто личный характеръ по отношенію къ нанимателю ⁸⁾. По аналогіи съ имущественнымъ наймомъ наниматель можетъ отступить отъ договора, если по независящимъ отъ него обстоятельствамъ онъ не можетъ принимать условленныхъ услугъ ⁹⁾.

Locatio conductio operis ¹⁰⁾ есть такой консенсуальный договоръ, по которому одно лицо (conductor operis, redemptor), — исполнитель, предприниматель, подрядчикъ, — обязуется другому

1) Dig. 11, 6 si mensor falsum modum dixerit.

2) Dig. 50, 14 de proxeneticis.

3) L. 3 D. 50, 14.

4) L. 1 pr. §§ 1—3 D. 50, 13; L. 1 pr. D. 11, 6; L. 1; L. 3 D. 50, 14.

5) L. 1 pr. D. 11, 6.

6) L. 1 pr.; §§ 5, 10 D. 50, 13; L. 1 pr. D. 11, 6.

7) L. 19 § 9 D. 19, 2.

8) L. 19 §§ 9, 10 D. 19, 2; L. 4 D. 1, 22.

9) L. 38 pr. D. 19, 2.

10) *Dankwardt*. Die locatio conductio operis въ Jahrbücher f. d. Dogmatik d. heut. röm. u. deutsch. Privatr. 13 n. 7 p. 299—380.

(locator), заказчику, за определенную денежную сумму выполнить определенную работу (opus) ¹⁾.

По немецки договор этот переводят словом Verdingungsmiethe или Werkverdingung, по русски всего правильнее его назвать наймом работъ въ отличіе отъ найма услугъ (см. Гражд. законы губерній Царства Польскаго ст. 1779).

Предметомъ даннаго договора можетъ быть всякій трудъ экономическаго характера, представляющій въ своемъ результатѣ нѣчто одно цѣлое, opus. Сюда будетъ относиться переработка какаго нибудь матеріала, или вообще движимыхъ вещей, постройки, доставки къ мѣсту вещей; (поставка) или людей и т. п.

По общему правилу матеріалъ долженъ быть поставленъ заказникомъ въ цѣломъ или въ бѣльшей его части. Въ противномъ случаѣ будетъ купля-продажа ²⁾.

Кондукторъ отвѣчаетъ за своевременное и доброкачественное выполненіе принятой работы ³⁾. Онъ отвѣчаетъ за все ея недостатки даже послѣ сдачи ⁴⁾. Личнаго выполненія самимъ кондукторомъ не требуется, — онъ съ своей стороны можетъ сдать работу другимъ лицамъ ⁵⁾, оставаясь по прежнему отвѣтственнымъ передъ заказникомъ.

Локаторъ обязывается вылатить кондуктору условленную плату; при томъ, если не было выговорено противнаго, онъ не обязанъ произвести уплату, иначе какъ по окончаніи работы ⁶⁾. Случайная гибель выполненной работы или части ея не лишаетъ кондуктора права на соответствующее вознагражденіе ⁷⁾.

¹⁾ См. L. 22 § 2 D. 19, 2; L. 5 D. 50, 16.

²⁾ L. 65 D. 18, 1; Gajus 3, 147; § 4 I. 3, 24. — По постройка на землѣ ^{Sakafum} локатора изъ матеріала ^{кондуктора} разсматривается какъ loc. cond. operis L. 20 D. 18, 1; L. 22 § 2 D. 19, 2.

³⁾ L. 13 § 10; L. 24 pr. D. 19, 2.

⁴⁾ L. 62 D. 19, 2 ср. L. 51 § 1 ibid.

⁵⁾ L. 48 pr. D. 19, 2.

⁶⁾ L. 51 § 1 D. 19, 2.

⁷⁾ См. *Bolze*, Ueber den Zufall bei der Werkverdingung

Исками по *locatio conductio operis* будутъ actio conducti для кондуктора и actio locati для локатора.

Особый видъ найма представляетъ такъ называемый Locatio conductio irregularis. Римское право допускало въ двухъ случаяхъ существованіе найма, когда въ признакахъ имѣлось уклоненіе, а именно ¹⁾: 1) Когда предметъ найма переносится въ собственность нанимателю съ тѣмъ, чтобы онъ возвратилъ по окончаніи найма вещи того же рода и количества, или стоимость ихъ. Это бываетъ чаще всего при наймѣ деревенскихъ участковъ, когда хозяинъ обязуется доставить инвентарь (*instrumentum fundi*). Такой инвентарь передавался нанимателю по оцѣнкѣ съ обязанностью возстановить его по прекращеніи найма въ томъ же количествѣ и качествѣ, или уплатить его стоимость. Оцѣнка производилась или какъ *aestimatio venditionis causa*, или какъ *aestimatio taxationis causa*, т. е. или наниматель разсматривался, какъ купившій инвентарь, и поэтому долженъ былъ установленную по оцѣнкѣ сумму, или же оцѣнкой таксировалась сумма, за которую можно было бы возстановить инвентарь въ прежнемъ видѣ. 2) Когда вещь, подлежащая транспорту, передается перевозчику при условіи, что онъ можетъ на мѣстѣ доставки представить вещь не in specie, какъ по объему
квотному найму а того же качества и количества.

Товарищество, *societas*.

Источники: Inst. 3, 25 de societate; Dig. 17, 2 pro socio; Cod. 4, 37.

Пособія: Glück. Erläuter. d. Pand. Bd. 18; Treitschke. Die Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbesgesellschaft u. von Commanditen nach römisch. Recht etc. 1844. Rauter. Du contract de société en droit romain 1859; Talon. Etude sur le contrat de société. 1867.

Понятіе. Товарищество, *societas*, есть такой консенсуаль-

въ Archiv f. civ. Praxis Bd. 57 n. 5.—L. 62 D. 10, 2; L. 36, 37, 59 D. 19, 2.

¹⁾ L. 31 D. 19, 2.

ный договоръ, по которому нѣсколько лицъ соединяются для достиженія общей цѣли общими средствами ¹⁾. Словомъ „товарищество“ „societas“, обозначается и самая общность, существующая между товарищами, *socii* ²⁾.

М
Признаки. 1) Прежде всего требуется наличность соглашения, *consensus* ³⁾, направленного на установление товарищества, *animus contrahendae societatis* ⁴⁾. Поэтому имущественная общность, которая вытекаетъ не изъ договора, а, напр., изъ наследованія, отказа или случая, сама по себѣ не образуетъ товарищества ⁵⁾. Не устанавливается товарищество и при соглашеніи, ведущемъ къ общности, если оно не направлено прямо на данную цѣль, какъ напр. не будутъ товарищами арендаторы изъ полу ⁶⁾. Товарищеское соглашеніе не требуетъ никакой формы; оно можетъ быть выражено даже молчаливо (*tacite*) ⁷⁾.

Каса?
2) Определенный взносъ. Каждый товарищъ обязанъ сдѣлать определенный взносъ. Привлеченіе кого либо къ операциямъ товарищества безъ взноса рассматривается какъ дареніе ⁸⁾. Взносъ можетъ состоять изъ вещей всякой природы, даже правъ, а также работы и т. п. ⁹⁾. Не требуется однородность взноса для всѣхъ товарищей ¹⁰⁾, и равноцѣнность его ¹¹⁾. Когда взносъ состоитъ изъ потребляемыхъ вещей, напр. денежной суммы, то онъ поступаетъ въ собственность товарищества (*s. quoad sortem*), иначе онъ не оказываетъ никакой пользы для послѣдняго ¹²⁾. Вещи же непот-

1) pr. I. 3, 22.

2) L. 6; L. 16 pr.; L. 28; L. 59 pr.; L. 66; L. 80 D. 17, 2.

3) pr. I. 3, 22.

4) L. 44 D. 17, 2.

5) См. L. 31—34 D. 17, 2.

6) См. L. 52 § 2 D. 17, 2.

7) L. 4 pr. D. 17, 2.

8) L. 5 § 1 D. 17, 2; L. 32 § 24 D. 24, 1.

9) L. 1 C. 4, 37; L. 71 pr. D. 17, 2; L. 13 § 1 D. 19, 5.

10) Gajus 3, 149; § 2 I, 3, 25; L. 1 C. 4, 37.

11) L. 6; L. 80 D. 17, 2.

12) L. 58 § 1 D. 17, 2. См. v. *Wetter*. Les obligat. v. 3. p.

реблемья поступаютъ лишь въ пользованіе товарищества (s. quoad usum), если нѣтъ прямого намѣренія отдать ихъ въ собственность ¹⁾).

По объему имущественныхъ взносовъ товарищество распадается на слѣдующіе виды: а) Societas omnium bonorum ²⁾, полное товарищество, распространяется на все настоящее и будущее имущество товарищей, т. е. не только на то имущество, которое товарищи будутъ имѣть въ моментъ заключенія договора, но и на то имущество, которое они приобретутъ послѣ, напр., работой, по наследству ³⁾. Такое товарищество обнимаетъ не только активное имущество, но и долги настоящие и будущіе отдѣльныхъ членовъ ⁴⁾. Только имущество, вытекающее изъ правонарушенія одного изъ товарищей, не идетъ въ товарищескую общность ⁵⁾. б) Societas lucri, quaestus ⁶⁾, приобретательное товарищество, имѣетъ предметомъ общности все приобретаемое дѣятельностью товарищей ⁷⁾ съ момента состоявшагося договора. Не входитъ въ общность все приобретенное товарищами дарственно (titulo gratuito) ⁸⁾, напр. по наследству. в) Societas negotiationis ⁹⁾ (negotiatoria), товарищество на веденіе опредѣленнаго только промысла, напр. торговли. Предметомъ общности будетъ приобретенное лишь изъ даннаго промысла. г) Societas unius rei ¹⁰⁾, товарищество на опредѣленное дѣло.

³⁾ Каждымъ товариществомъ предполагается достиженіе опредѣленной цѣли, общей для всѣхъ его участниковъ. Поэтому не распространяются положенія о товариществѣ на лицъ, которыя дѣ-

¹⁾ L. 58 pr. D. 17, 2.

²⁾ L. 1 § 1; L. 3 § 1; L. 65 § 3 D. 17, 2; L. 16 § 3 D. 34, 1.

³⁾ L. 3 § 1; L. 73 D. 17, 2.

⁴⁾ L. 27; L. 73 D. 17, 2.

⁵⁾ L. 52 § 17; L. 53 D. 17, 2.

⁶⁾ L. 7; L. 13 D. 17, 2.

⁷⁾ Quaestus enim intellegitur, qui ex operis cuius descendit L. 8 D. 17, 2; L. 52 § 8 eod.; L. 45 § 2 D. 29, 2.

⁸⁾ L. 9—11; L. 71 § 1 D. 17, 2; L. 45 § 2 D. 29, 2.

⁹⁾ L. 51 § 5 D. 17, 2.

¹⁰⁾ L. 5 pr. D. 17, 2.

лаютъ взносы, но вмѣстѣ съ тѣмъ не участвуютъ въ выгодахъ, это такъ наз. societas leonina ¹⁾, львиное товарищество.

Цѣль товарищества можетъ быть самая разнообразная, но она должна быть возможной какъ физически, такъ и юридически (delictorum nulla est societas) ²⁾. Затѣмъ, цѣлью товарищества можетъ быть имущественное приобрѣтеніе, ученое предпріятіе и даже простое удовольствіе.

Такое распространеніе товарищества за предѣлы имущественныхъ цѣлей въ наукѣ весьма спорно. За принятое воззрѣніе напр. *Windscheid* (Pand. 2 § 405 n. 7), v. *Wetter* (Les obligat. 3 p. 88), Противъ него напр. *Molitor* (Obligat. 2 n. 640), *Rauter* (cit. p. 5).

Чаще всего товарищество устанавливается для извѣстнаго приобрѣтенія (lucrum) ³⁾. При этомъ доля участія каждого товарища въ выгодахъ и потеряхъ можетъ быть опредѣлена въ товарищескомъ соглашеніи ⁴⁾. Если же такого соглашенія не будетъ, то признаются равныя доли участія безъ вниманія къ величинѣ взносовъ.

Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, (tamen) aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. Gajus 3, 150.—§ 1 I. 3, 25; L. 29 pr. D. 17, 2; L. 3 C. 4, 37. — См. *Vangerow*. Pand. 3 § 651 ann. 2.

Права и обязанности. Товарищество есть договоръ двусторонній равный (contractus bilateralis aequalis). Каждый изъ участниковъ будетъ по отношенію къ другимъ субъектомъ какъ правъ, такъ и обязанностей ⁵⁾.

Осуществляются права и обязанности по товариществу особымъ искомъ, actio pro socio ⁶⁾, который принадлежитъ къ чис-

¹⁾ L. 29 § 2 D. 17, 2. Названіе заимствованное отъ одной басни Эзопа.

²⁾ L. 57 D. 17, 2; L. 1 § 14 D. 27, 3; L. 35 § 2 D. 18, 1.

³⁾ § 2 I. 3, 25; L. 30 D. 17, 2.

⁴⁾ § 1 I. 3, 25; L. 29 pr. § 1 D. 17, 2.

⁵⁾ § 3 I. 3, 22.

⁶⁾ § 2 I. 4, 16.

лу безчестящихъ исковъ (actiones formosae), такъ какъ товарищество основывается на почвѣ личнаго довѣрія. Искъ этотъ могъ быть вчиненъ не только по окончаніи товарищества, но и впродолженіи его существованія, разъ наступило нарушеніе какихъ либо обязанностей со стороны товарища ¹⁾).

Обязанности товарищей сводятся къ слѣдующему:

1) Представить взносъ или рабочую свою силу въ распоряженіе товарищества ²⁾. Приэтомъ по очисткѣ и скрытымъ недосдаткамъ взноса товарищъ отвѣчаетъ по началамъ договора купли-продажи ³⁾. По представленіи взносъ находится на страхѣ товарищества ⁴⁾.

2) Каждый товарищъ обязанъ по мѣрѣ силъ участвовать въ товарищескихъ операціяхъ въ качествѣ довѣреннаго лица администраціи. Въ случаѣ управленія по довѣренности примѣняются начала мандата, безъ довѣренности — начала т. наз. negotiorum gestio ⁵⁾. По тратамъ въ интересѣ товарищества и понесеннымъ убыткамъ товарищъ имѣетъ право на возмѣщеніе ⁶⁾.

3) Товарищъ отвѣчаетъ за culpa in concreto ⁷⁾, онъ обязывается оказывать въ дѣлахъ товарищества то раченіе, которое примѣнялъ къ собственнымъ дѣламъ (diligentia quam suis rebus adhibere solet).

Что касается отношеній товарищества къ третьимъ лицамъ, то, не будучи юридическимъ лицомъ ⁸⁾, оно не представляется самостоятельнымъ субъектомъ правъ. Поэтому третье лицо знаетъ только отдѣльныхъ лицъ, вступающихъ съ нимъ въ сдѣлку ⁹⁾.

¹⁾ L. 38 § 1; L. 52 pr. §§ 8, 12, 13, 15; L. 65 § 15; L. 71 pr.; L. 74 D. 17, 2; L. 2. C. 4, 37; L. 8 C. 4, 58.

²⁾ L. 52 § 8; L. 73 D. 17, 2.

³⁾ v. *Wetter*. Les obligat. v. 3 p. 94.

⁴⁾ L. 58 pr. D. 17, 2. См. *Puntschart*. Fundament. Rechtsverhältnisse p. 478.

⁵⁾ См. ниже.

⁶⁾ L. 38 § 1; L. 52 § 4; L. 67 § 2 D. 17, 2.

⁷⁾ L. 72 D. 17, 2.

⁸⁾ См. т. I стр. 114—116.

⁹⁾ L. 82 D. 17, 2.

Чтобы распространить послѣдствія сдѣлки одного изъ товарищей съ третьимъ лицомъ на все товарищество, всѣ участники послѣдняго должны участвовать въ ней непосредственно или по довѣренности. Тогда каждый изъ товарищей пріобрѣтаетъ права и несетъ ответственность въ размѣрѣ доли участія, определенной товарищескимъ соглашеніемъ, а въ противномъ случаѣ — по ровну со всеми (*pars virilis*) ¹⁾.

Подтоварищество. На свою товарищескую долю каждый товарищ можетъ установить самостоятельное товарищество ²⁾; но третьи лица, участники этого послѣдняго товарищества, къ первому не имѣютъ никакого отношенія: *socii mei socius meus socius non est* ³⁾. Послѣдствіе слѣдуетъ изъ того, что товарищество устанавливается не иначе, какъ по соглашенію, а подтоварищество будетъ для участниковъ первоначальнаго товарищества *res inter alios acta* ⁴⁾.

Прекращеніе товарищества источники сводятъ къ слѣдующимъ причинамъ: *societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* ⁵⁾, или: *dissociamur renuntatione, morte, capitis deminutione et egestate* ⁶⁾.

1) Помимо истечения условленнаго срока ⁷⁾, или наступленія отлѣнительнаго условия товарищество прекращается (*ex rebus*) съ достиженіемъ цѣли, для которой было установлено.

....Si alicujus rei contracta societas sit, et finis negotio impositus est, finitur societas § 6 I. 25; L. 65 § 10 D. 17, 2.

2) Прекращается товарищество и въ тѣхъ случаяхъ, когда

1) L. 4 pr. D. 14, 1; L. 44 § 1 D. 21, 1. Срав. *Treitschke* cit. § 55; *Rauter* cit. p. 119, 120.

2) L. 19; L. 21 D. 17, 2.

3) L. 19; L. 20 D. 17, 2; L. 47 § 1 D. 50, 17.

4) L. 19 D. 17, 2.

5) L. 63 § 10 D. 17, 2; L. 65 pr. eod.

6) L. 4 § 1 D. 17, 2.

7) L. 65 § 6 init. D. 17, 2.

цѣль его не можетъ быть достигнута по физическимъ или юридическимъ причинамъ; если вещи необходимы для этой цѣли, погибнуть, станутъ вѣн гражданскаго оборота ¹⁾, сама цѣль товарищества объявлена будетъ недозволенной, или, наконецъ, одинъ изъ товарищей лишится всего своего имущества, какъ-то при конкурсѣ, конфискаціи (egestate, actione) ²⁾.

3) Товарищество прекращается смертью (ex personis) одного изъ товарищей ³⁾ съ того момента, какъ оставшіеся товарищи узнали объ этой смерти ⁴⁾. Если остальные товарищи согласятся продолжать свои отношенія, или если наследники умершаго вступить съ ними въ соглашеніе объ этомъ же, то установившійся такимъ путемъ договоръ считается уже новымъ. Такія строгія начала непреемственности отношеній по товариществу объясняются тѣмъ, что тутъ все основывается на довѣрїи къ определеннымъ личнымъ качествамъ, которыхъ преемникъ можетъ и не унаследовать. Поэтому въ товарищество можно было вступить только на время жизни ⁵⁾ и уговоръ о распространеніи его на наследниковъ ничтоженъ ⁶⁾. Но наследникъ умершаго товарища обязанъ окончить дѣла начатыя послѣднимъ и въ этомъ несетъ передъ товариществомъ отвѣтственность за грубую вину (culpa lata).— Смерти уподоблялась, по вопросу о прекращеніи, capitis deminutio (въ юстиніановомъ правѣ) maxima и media ⁷⁾.

4) По общему началу римскаго права товарищество не можетъ быть установлено на всегда.

Nulla societatis in aeternum coitio est L. 70 D. 17, 2. Не будетъ пртиворѣчїя въ положенїи: Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione L. 1 pr. D. 17, 2. Въ послѣднемъ идетъ рѣчь о намѣренїи договариваю-

1) L. 63 § 10 in fin. D. 17, 2.

2) §§ 7, 8 I. 3, 25; L. 4 § 1; L. 65 §§ 1, 12 D. 17, 2.

3) § 5 I. 3, 25; L. 63 § 10; L. 65 § 9 D. 17, 2.

4) L. 65 § 10 in f. D. 17, 2.

5) L. 70 D. 17, 2.

6) L. 35, L. 36; L. 40 D. 17, 2.

7) L. 4 § 1; L. 63 § 10 D. 17, 2 срав. Gajus 3, 153.

щихся сторонъ, а въ первомъ — о правовой силѣ такого соглашения *in aeternum. Dernburg. Pand. 2 p. 331 n. 1.*

Поэтому товарищество прекращается (*ex voluntate*) по общему рѣшенію товарищей ¹⁾, или по заявленію одного изъ нихъ о выходѣ изъ товарищества, *renuntiatio* ²⁾. Въ послѣднемъ случаѣ остальные товарищи могутъ согласиться продолжать свои отношенія, но это будетъ уже новое товарищество ³⁾. Если товарищество установлено на определенный срокъ и одинъ изъ товарищей заявляетъ о выходѣ до наступленія срока и безъ основательныхъ причинъ ⁴⁾, или если по безсрочному товариществу товарищ выходитъ по коварной дѣли — воспользоваться одному дѣломъ, которое должно было быть дѣломъ всего товарищества, — то въ обоихъ случаяхъ дѣйствуетъ правило, что такой товарищ освобождаетъ товарищество отъ себя, но не себя отъ товарищества, а именно — въ первомъ случаѣ, онъ раздѣляетъ всякія невыгоды съ товарищами, но не участвуетъ въ прибыли; во второмъ — несетъ одинъ всѣ невыгоды отъ дѣла и обязывается дѣлиться прибылью съ товарищами.

Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque, si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert, at si dispendium aequè praestabit portionem L. 65 § 6 D. 17, 2.—L. 17 § 2 D. 17, 2; § 4 I. 3, 25.

По прекращеніи товарищества наступаетъ ликвидация дѣлъ, т. е. опредѣляются права и обязанности бывшихъ товарищей къ третьимъ лицамъ и между собою. Последнимъ актомъ будетъ раздѣлъ товарищескаго имущества. Онъ можетъ быть произведенъ или по соглашенію, или судебной властью на основаніи иска о раздѣлѣ общаго имущества (*actio communi dividundo*) ⁵⁾. Производится ли

¹⁾ L. 65 § 3 D. 17, 2.

²⁾ L. 14; L. 15; L. 16 pr.; L. 65 § 6 D. 17, 2.

³⁾ § 5 I. 3, 25; L. 65 § 9 D. 17, 2.

⁴⁾ L. 14 D. 17, 2.

⁵⁾ Dig. 10, 3; Cod. 3, 37 *communi dividundo*. Отдѣльные правила раздѣла см. ниже.

при этомъ предварительный выдѣлъ паевъ, взносовъ товарищей? 1) По этому вопросу слѣдуетъ различать: были ли сдѣланы взносы съ цѣлью дать средства къ товарищескому производству, или же взносы были сдѣланы съ цѣлью установить для товарищей общность въ нихъ. Въ первомъ случаѣ взносы находились у товарищества на правахъ пользованія и должны быть до раздѣла выдѣлены, во второмъ — выдѣлъ не производится.

Договоръ довѣренности, *mandatum*.

Источники: Inst. 3, 26 de mandato; Dig. 17, 1 mandati vel contra; Cod. 4, 35 mandati.

Пособія: Glück. Erläuter. d. Pandek. Bd. 15; Heimbach въ Weiske's Rechtslexikon Bd. 7 p. 12—62.

Понятіе. Договоръ довѣренности, *mandatum* (отъ *manum dare*, дать власть) 2), есть такой консенсуальный контрактъ, по которому одно лице, повѣренный (*mandatarius, procurator*) 3), обязуется, согласно воли (порученія) другого, довѣрителя (*mandans* 4), *mandator* 5), *dominus* 6) scil. *negotii*), вести дѣло (дѣла) этого послѣдняго безвозмездно.

Признаки. 1) Согласіе сторонъ, consensus. Обыкновенно оно выражается въ актѣ порученія, но и всякое веденіе дѣла только съ вѣдома хозяина предполагаетъ наличность такого соглашенія. Не всѣ правоспособныя лица могли вступать въ подобное соглашеніе; напр. женщины 7), духовныя 8), солдаты 9), infames 10) были ограничены въ правѣ вести чужія дѣла.

1) См. v. Wetter. Les obligations v. 3 § 160.

2) См. Unterholzner. Schuldverhältn. Bd. 2 § 618 n.

3) L. 1 pr. D. 3, 3; L. 3 § 2 D. 46, 7; L. 6 § 6 D. 17, 1.

4) §§ 1, 2 I. 3, 26; L. 3 pr.; L. 5 § 5 D. 17, 1.

5) tit. Dig. 46, 1 и Cod. 8, 40.

6) L. 6 § 6; L. 7; L. 10 § 5 D. 17, 1.

7) § 11 I. 4, 13; L. 54 pr. D. 3, 3; L. 18 C. 2, 12.

8) Nov. 123 c. 6.

9) L. 31 C. 4, 35; § 11 I. 4, 13; L. 8 § 2; L. 54 pr. D. 3, 3.

10) Paulus 1, 2 § 1; Vat. fragm. 324 ep. § 11 in f. I. 4, 13.

2) Мандатъ могъ имѣть своимъ содержаніемъ управленіе всеми дѣлами или извѣстнымъ разрядомъ ихъ, или же ограничивался только однимъ дѣломъ. Отсюда различіе: procurator singularis rei и procurator omnium bonorum ¹⁾. Что касается свойства поручаемыхъ дѣлъ, то они должны быть физически возможны и не противны положительному закону, а за симъ они могутъ имѣть характеръ правовой (совершеніе сдѣлокъ, процессуальныхъ дѣйствій), или только фактической ²⁾.

3) Мандатъ долженъ быть въ интересѣ довѣрителя ³⁾. Если довѣренность будетъ дана для совершенія дѣйствія исключительно въ интересѣ мадатарія, то такое порученіе разсматривается какъ простой совѣтъ, consilium, и какъ таковой не устанавливаетъ никакихъ договорныхъ отношеній.

....magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur L. 2 § 6 D. 17, 1; § 6 I. 3, 26.

Отвѣтственность за совѣтъ можетъ вытекать только изъ постороннихъ условій его сопровождающихъ, какъ-то: изъ обѣщанія совѣтника, которымъ онъ беретъ на свой страхъ исполненіе совѣта ⁴⁾, или изъ dolus, если совѣтъ данъ былъ со злостнымъ намѣреніемъ ⁵⁾.

Нерѣдко къ этому прибавляютъ, что совѣтъ обязываетъ совѣтника и тогда, когда будетъ доказано потерпѣвшимъ, что безъ совѣта онъ не предпринялъ бы даннаго дѣйствія (см. напр. *Heimbach* cit. Bd. IX p. 453). Но приводимое въ подтвержденіе L. 6 § 5 D. 17, 1 теперь толкуется не въ пользу даннаго воззрѣнія. См. *Wächter*. Pand. 2 p. 451.

Порученіе въ интересѣ третьяго лица само по себѣ также ли-

1) См. т. I стр. 221; L. 1 § 1 D. 3, 3.

2) § 13 I. 3, 26.

3) L. 8 § 6 D. 17, 1.

4) L. 12 § 13; L. 16 D. 17, 1. См. *Vangerow*. Pand. 3 § 659 anm. n. 3.

5) L. 47 pr. D. 50, 17 срав. L. 10 § 7 D. 17, 1.

шено силы ¹⁾, такъ какъ третье лицо, какъ неучаствовавшее въ соглашеніи, не получаетъ изъ него никакихъ правъ, — не можетъ имѣть по нему притязанія и мандатъ, какъ лицо незаинтересованное. Но если порученіе будетъ добровольно выполнено, или мандатъ будетъ имѣть какой либо интересъ въ выполненіи порученія, то такой мандатъ получаетъ значеніе ²⁾.

4) Мандатъ есть договоръ безвозмездный; въ основѣ его лежало желаніе оказать услугу; онъ заключался въ интересѣ довѣрителя, а не повѣреннаго, а потому по существу исключалъ плату.

Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit contrarium ergo est officio merces.. L. 1 § 4 D. 17, 1.

Уговоръ о платѣ превращаетъ мандатъ въ договоръ личного найма ³⁾ или безъимянный ⁴⁾, смотря по свойству выговоренной платы. Но современемъ услугамъ по мандату стала отвѣчать денежная признательность, honorarium, признаваемая соглашеніемъ, закономъ или обычаемъ ⁵⁾. Гонораръ можно было даже вытребовать extra ordinem ⁶⁾.

Права и обязанности. Mandatum есть договоръ двусторонній неравный (contractus bilateralis inaequalis). По прямому своему назначенію онъ устанавливалъ права только самому манданту и для осуществленія этихъ правъ предоставлялъ ему actio mandati directa. Обратныя требованія мандатарія обуславливались особыми обстоятельствами, которыя могли проявиться по поводу отношеній изъ договора. Осуществлялись эти обратныя требованія черезъ actio mandati contraria.

Обязанности мандатарія сводятся къ слѣдующему: 1) Выполненіе принятыхъ на себя дѣйствій согласно смыслу даннаго поруче-

¹⁾ § 19 I. 3, 19; L. 8 § 6 D. 17, 1; § 3 I. 3, 26.

²⁾ См. ниже въ ученіи о поручительствѣ и передачѣ обязательствъ.

³⁾ § 13 I. 3, 26.

⁴⁾ L. 5 § 2 D. 19, 5.

⁵⁾ L. 6 pr.; L. 7 D. 17, 1; L. 1 C. 4, 35.

⁶⁾ L. 1 pr. и слѣд. D. 50, 13.

нія. Отступленія, хотя бы и выгодныя для манданта, не допускаются ¹⁾. Исполненіе порученнаго дѣла мандатарій можетъ передать другому лицу ²⁾, но при такой субституціи онъ одинъ остается отвѣтственнымъ передъ мандантомъ. Если субституція была разрѣшена въ договорѣ безъ указанія на опредѣленное лицо, то мандатарій отвѣчаетъ за *culpa in eligendo*; при указанномъ же ограниченіи съ него снимается всякая отвѣтственность.

2) Мандатарій обязанъ отдать отчетъ о своей дѣятельности ³⁾ и выдать все полученное имъ по поводу выполненія порученія ⁴⁾, т. е. совершить передачу полученныхъ вещей и обязательственныхъ требованій.

3) Мандатарій несетъ отвѣтственность за всякую вину (*omnis culpa*) при выполненіи порученія ⁵⁾.

Съ своей стороны мандантъ обязывается возмѣстить мандатарію всякій вредъ причиненный при исполненіи мандата ⁶⁾. Такъ:

1) Мандантъ обязанъ возратить мандатарію затраты разумно и добросовѣстно имъ сдѣланныя по исполненію порученія ⁷⁾, хотя бы и не достигнута была предполагаемая цѣль (напр. проигранъ процессъ) ⁸⁾ и хотя самъ мандантъ повелъ бы дѣло съ меньшими выдачами ⁹⁾. Съ момента выдачи по тратамъ уплачиваются мандантомъ и проценты ¹⁰⁾. Кромѣ того мандатарій имѣетъ право требовать впередъ необходимую сумму на предстоящія траты ¹¹⁾. Если мандатарій переступилъ въ тратахъ границы порученія, то онъ имѣетъ въ этой мѣрѣ только *jus tollendi* ¹²⁾.

¹⁾ L. 5 § 1 D. 17, 1.

²⁾ L. 8 § 3 D. 17, 1.

³⁾ L. 46 § 4 D. 3, 3.

⁴⁾ L. 20 pr. D. 17, 1.

⁵⁾ L. 11; L. 13; L. 21 C. 4, 35; L. 23 D. 50, 17.

⁶⁾ L. 15; L. 20 pr. D. 17, 1; L. 62 § 5 D. 47, 2.

⁷⁾ L. 4 C. 4, 35; L. 12 § 9; L. 27 § 4; L. 56 § 4 D. 17 1.

⁸⁾ L. 4 C. 4, 35.

⁹⁾ L. 12 § 7; L. 27 § 4; L. 45 D. 17, 1.

¹⁰⁾ Paulus 2, 15 § 2, L. 12 § 9 D. 17, 1; L. 1 C. 4, 35.

¹¹⁾ L. 12 § 17; L. 45 pr. D. 17, 1.

¹²⁾ L. 10 § 10 D. 17, 1.

2) Мандантъ обязанъ вознаградить мандатаріа за всякій вредъ понесенный имъ по исполненію порученія. Но за случай (напр. кражу, кораблекрушеніе и т. п.) мандантъ не отвѣчаетъ.

Таковъ смыслъ, по господствующему ученію (см. напр. *Dernburg. Pand.* 2 р. 306 н. 13), *L. 26 § 6 D. 17, 1* и *L. 62 § 5 D. 47, 2*. Но въ прежнее время (см. еще *Molitor. Obligat.* 2 н. 731 р. 125, 126; *Maynz. Dr. rom.* 2 § 221 н. 17) распространяли отвѣтственность манданта на всякій случай, испытанный мандатаріемъ во время исполненія мандата.

3) Мандантъ обязывается освободить мандатаріа отъ обязательствъ, принятыхъ имъ на себя по исполненію мандата ¹⁾. Мандантъ снимаетъ долгъ съ мандатаріа тѣмъ, что уплачиваетъ его третьему лицу, или становится вмѣсто него должникомъ ²⁾. Согласно основному началу римскаго права, недопускавшему свободнаго представительства ³⁾, мандатарій обязывался въ своемъ лицѣ и только на основаніи отношеній по договору довѣренности онъ могъ требовать, чтобы мандантъ принялъ на себя заключенныя обязательства, что происходило путемъ т. наз. cessio obligationum (см. ниже).

4) Обязанность по окончаніи дѣла уплатить гоноляръ.

Нѣсколько мандатаріевъ и мандантовъ отвѣчаютъ солидарно ⁴⁾.

Прекращеніе. Договоръ довѣренности прекращается прежде всего съ выполненіемъ порученнаго дѣла (конечно, если довѣренный будетъ procurator singulae rei), затѣмъ ² съ истеченіемъ времени, на которое выдана довѣренность. Кромѣ того мандатъ прекращается отказомъ отъ довѣренности съ той или другой стороны ⁵⁾

¹⁾ *L. 45 §§ 3, 5 D. 17, 1.*

²⁾ *L. 45 пр. § 2 D. 17, 1.*

³⁾ О смягченіи этого начала см. т. I стр. 227 — 233, а также *Vangerow. Pand.* 3 § 661.

⁴⁾ *L. 59 § 3 D. 17, 1.*

⁵⁾ §§ 9, 11 I. 3, 26; *Gajus* 3, 159; *L. 12 § 16; L. 22 § 11 D. 17, 1.*

и, наконецъ, со смертью одной изъ сторонъ ¹⁾. Хотя договорное соглашеніе составляетъ, по общему началу, законъ между сторонами и слѣдовательно разрушено одностороннею волею не можетъ быть, но такъ какъ мандатъ имѣетъ въ основѣ довѣріе съ одной стороны и желаніе лишь оказать услугу — съ другой, — то нельзя поддерживать данныхъ отношеній вопреки желанію довѣрителя или требовать продолженія услугъ вопреки желанію мандатарія ²⁾. По тѣмъ же чисто личнымъ основамъ вступленія въ данный договоръ (*nam mandatum originem ex officio atque amicitia trahit*) ³⁾ отношенія по мандату не переходили на наследниковъ той и другой стороны.

А Отказъ въ дальнѣйшей довѣренности можетъ быть произведенъ явнымъ заявленіемъ или молчаливо, напр. выдачей довѣренности другому лицу ⁴⁾. Всѣ дѣйствія совершенныя мандатаріемъ до того, какъ онъ узналъ объ отказѣ, имѣютъ полную силу для манданта ⁵⁾. Для отказа мандатарія требуется, чтобы онъ заявленъ былъ благовременно, а именно чтобы онъ не поставилъ манданта въ затрудненіе относительно правильнаго теченія дѣла ⁶⁾, иначе мандатарій отвѣчаетъ за причиненные такимъ отказомъ убытки ⁷⁾. Только уважительныя причины (болѣзнь, вражда и т. п.) даютъ право на отказъ во всякое время ⁸⁾.

Смерть манданта не прекращаетъ такъ назыв. *mandatum post mortem*, т. е. порученія, которое должно быть выполнено только послѣ смерти довѣрителя, напр. порученіе возвести гробницу ⁹⁾. Кромѣ того всѣ дѣйствія, совершенныя мандатаріемъ послѣ

¹⁾ Gajus 3, 160; § 10 I. 3, 26; L. 27 § 3; L. 57 D. 17 1; L. 15 C. 4, 35.

²⁾ См. v. *Wetter*. Les obligat. v. 3 p. 27—29.

³⁾ L. 1 § 4 D. 17, 1.

⁴⁾ L. 31 § 2 D. 3, 3. См. *Molitor*. Les obligat. 2 n. 738, 2.

⁵⁾ Gajus 3, 159; § 9 I. 3, 26; L. 1 § 2 D. 15, 4. L. 15 D. 17, 1; L. 12 § 2; L. 18 in f.; L. 34 § 3; L. 38 § 1; L. 51 D. 46, 3.

⁶⁾ § 11 I. 3, 26, L. 22 § 11 D. 17, 1.

⁷⁾ § 11 in f. I. 3, 26.

⁸⁾ Paulus R. S. 2, 15 § 1; L. 23 in.; L. 25 in f. D. 17, 1.

⁹⁾ L. 12 § 17; L. 13; L. 27 § 1 D. 17, 1.

смерти довѣрителя, но до того какъ онъ узналъ объ этомъ, обяза-
тельны для наследниковъ ¹⁾.

Особый видъ мандата представляетъ такъ называемая теперь ассигнація, *assignatio* ²⁾. Подъ ассигнаціей разумѣется порученіе определенному лицу произвести платежъ третьему лицу, которому въ свою очередь дается порученіе на принятіе платежа ³⁾. Такимъ образомъ тутъ имѣется два мандата: *mandatum solvendi* и *mandatum accipiendi* ⁴⁾. Мандантъ называется *assignans*, мандатарій платежа — *assignatus*, мандатарій акцента — *assignatarius*. При ассигнаціи чаще всего *assignatus* состоитъ должникомъ ассигнанта, а этотъ послѣдній должникомъ ассигнатарія, но такихъ долговыхъ отношеній между этими лицами можетъ и не существовать ⁵⁾. Какъ отношеніе по мандату, *assignatio* погашается тѣми же способами, что и довѣренность, но независимо отъ этого погашеніе тѣхъ долговыхъ обязательствъ, которыя вызвали ассигнацію. Такимъ образомъ только дѣйствительнымъ платежомъ погашаются возможные долги ассигната ассигнанту и ассигнанта ассигнатарію ⁶⁾.

Везимянныя договоры, *contractus innominati*.

Источники: Dig. 19, 5 de praescriptis verbis; Cod. 4, 64 de rerum permutatione et praescriptis verbis.

Пособія: *Erleben*. Die contractuum innominatorum indole ac natura 1835; *Accarias*. Théorie des contrats innommés. 1866.

¹⁾ § 10 I. 3, 26; L. 26 pr. § 1; L. 58 pr. D. 17, 1; L. 19 § 1 D. 39, 5.

²⁾ *Ladenburg*. Die Anweisung und der gezogene Wechsel 1858, а затѣмъ см. у *Cohn* въ Handbuch d. Handelsrechtes v. Endemann Bd. 3 p. 1093.

³⁾ Срав. L. 34 pr. D. 17, 1 и L. 106 D. 46, 3.

⁴⁾ Но срав. *Cohn* cit. p. 1097.

⁵⁾ v. *Wetter*. Les obligat. v. 3 p. 10.

⁶⁾ См. *Thöl*. Handelsrecht Bd. 1 § 325.

сир III

Общее понятие. По основному началу римскаго права если имѣлось неформальное соглашеніе на какое либо предоставленіе (вещи или дѣйствія) подъ условіемъ обратнаго предоставленія (вещи или дѣйствія) другою стороною, то такое соглашеніе не могло быть вынуждено къ исполненію никакимъ искомъ. Но лицо, выполнившее выговоренное дѣйствіе и не получившее обратнаго дѣйствія, могло вчинить condictio ob causam datorum ¹⁾ (или reivindicatio), направленный къ обратному полученію отданнаго, а если этого уже нельзя было осуществить, то предоставляется actio de dolo ²⁾, которымъ отступившая отъ уговора сторона обязывалась вознаградить сторону, исполнившую свое обязательство ³⁾.

Но съ первыхъ временъ имперіи ⁴⁾, главнымъ образомъ подъ вліяніемъ юриста Лабеона ⁵⁾, въ римской юриспруденціи стало брать вверхъ ⁶⁾ то начало, что во всѣхъ случаяхъ, когда происходитъ передача вещи, или исполненіе извѣстнаго дѣйствія при соглашеніи (leges dationi, traditioni positae, dictae) объ обратномъ предоставленіи вещи или дѣйствія другою стороною — во всѣхъ этихъ случаяхъ устанавливается между сторонами договорное отношеніе ⁷⁾. Основа этого выраженія была уже въ XII Таблицахъ: in traditionibus rerum, quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est ⁸⁾. Въ силу этого начала лицо, исполнившее свое обязательство, могло требовать исковымъ порядкомъ, т. наз. actio praescriptis verbis ⁹⁾ (civilis in factum actio, civilis incerti actio) ¹⁰⁾, условленнаго выполненія отъ другой стороны. Но

1) L. 65 § 4 D. 12, 6. См. Voigt. Ueber d. Condition. ob causam p. 248.

2) L. 5 § 2, 3; L. 15 D. 19, 5; L. 4 C. 2, 21.

3) См. Accarias cit. p. 366.

4) См. Gans. Obligationenrecht p. 180 - 187.

5) L. 1 § 1; L. 19 pr.; L. 20 pr. D. 19, 5.

6) См. Vangerow. Pand. Bd. 3 § 599 ann 1.

7) L. 8; L. 15 D. 19, 5; L. 7 §§ 2, 4 D. 2, 14.

8) L. 48 D. 2, 14 ep. L. 6 C. 4, 64.

9) См. Pernice. Zur Lehre v. d. Innominatcontracten въ Krit. Vierteljahrs. X. p. 93.

10) L. 1 §§ 1, 2; L. 5 § 2; L. 13 § 1; L. 22, 24 D. 19, 5; L. 9; L. 22 C. 8, 54; L. 6 C. 4, 64.

если исполнивший не желалъ настаивать на исполненіи противной стороны, то онъ по прежнему имѣлъ право требовать выполненное имъ назадъ (*ob causam non secutam*) ¹⁾ и при томъ не только по причинѣ замедленія обратнаго дѣйствія, но и по простой перемѣнѣ своей воли, по такъ наз. праву раскаянія ²⁾, jus poenitendi ³⁾. Только съ исполненіемъ обратнаго дѣйствія прекращается и право на раскаяніе ⁴⁾.

Данные договоры описываются въ источникахъ словами: *quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt* ⁵⁾, откуда ихъ теперешнее названіе безымянныхъ договоровъ, contractus innominati. Это не значить, чтобы договоры эти въ частности не могли имѣть названія. Тутъ отбѣняется лишь тотъ признакъ, что договоры эти основываются не на какомъ либо соглашеніи спеціального названія (заемъ, ссуда и т. д.), съ *actio vulgaris*, а на общемъ фактѣ передачи подъ условіемъ обратной передачи, совершенія дѣйствія подъ условіемъ передачи, совершенія дѣйствія подъ условіемъ совершения дѣйствія, или передачи подъ условіемъ совершения дѣйствія. Такимъ образомъ все виды безымянныхъ договоровъ сводятся къ слѣдующимъ четыремъ формуламъ: 1) do, ut des; 2) do, ut facias; 3) facio, ut des и 4) facio ut facias ⁶⁾. Изъ этой схемы слѣдуетъ, что существеннымъ признакомъ всякаго безымяннаго договора есть двусторонность; для установленія его требуется соглашеніе о взаимныхъ предоставленіяхъ, т. е. необходима т. наз. *συνάλλαγμα* ⁷⁾. Искъ по этимъ договорамъ содержалъ описаніе (*praescribere*) ⁸⁾ обстоятельствъ, на которыхъ

¹⁾ L. 5 §§ 1, 2; L. 3 §§ 3, 5; L. 5 § 1 D. 12, 4; L. 5; L. 10 C. 4, 6.

²⁾ См. *Wendt. Reurecht* 1878; *Manns. Das Poenitenzrecht*. 1880.

³⁾ L. 3 §§ 2, 3; L. 5 pr. §§ 1—4 D. 12, 4; L. 5 § 1; L. 7 D. 19, 5; L. 1, 4, 5, 7 C. 4, 64.

⁴⁾ L. 1 pr. D. 12, 4; L. 3 pr. § 1 eod.

⁵⁾ L. 3 D. 19, 5.

⁶⁾ L. 5 D. 19, 5 ср. L. 5 § 3 D. 19, 5.

⁷⁾ L. 7 § 2 D. 2, 14.

⁸⁾ *Gajus* 4, 132.

основывался. Отсюда его название actio praescriptis verbis ¹⁾. Actio praescr. verbis направлень былъ на то, чтобы вызвать обратное предоставленіе и получить вознагражденіе за убытки понесенныя отъ неисполненія обязательства противной стороной ²⁾. Рядомъ съ actio praescript. verbis по безъимяннымъ договорамъ могъ быть осуществляемъ искъ на возвращеніе предоставленнаго одною стороною, condictio causa data causa non secuta ³⁾, который также, какъ и первый, не ограничивался одними безъимянными договорами. Примѣнялся этотъ искъ въ двухъ случаяхъ, а именно, когда не наступало обратнаго предоставленія (ob causam non secutam) и по простому раскаянію (ex mera poenitentia) до наступленія обратнаго предоставленія ⁴⁾.

Въ числу безъимянныхъ договоровъ принадлежатъ мѣна (permutatio), комиссіонный договоръ ²⁾ (contractus aestimatorius) и прекаріумъ ³⁾ (precarium).

Мѣна, permutatio.

Источники: Dig. 19, 4 de rerum permutatione; Cod. 4, 64 de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione.

Пособія: Glück. Erläuter. d. Pand. Bd. 18 p. 76—152; Favre. De l'échange en droit romain, 1870.

Мѣна есть такой безъимянный договоръ, который заключается передачей вещи съ тѣмъ, чтобы получить обратно какую либо вещь. Permutatio есть contractus innominatus, а именно do ut des ⁵⁾.

Мѣну легко смѣшивали, особенно когда не было монеть, съ куплей-продажей и еще въ юстиніановомъ правѣ находили между

¹⁾ L. 6 C. 2, 4. См. т. I стр. 279.

²⁾ L. 5 § 1 D. 19, 5.

³⁾ L. 5 § 1, 2; L. 7 D. 19, 5; L. 4, 5 C. 4, 64. См. ниже.

⁴⁾ L. 3 § 2 D. 12, 4. См. Vangerow. Pand. Bd. 3 § 599 Anm. 4.

⁵⁾ L. 5 § 1 D. 19, 5. См. Glück cit. p. 112—116.

обоими договорами большое сходство ¹⁾. Но при всем различии мѣны отъ купли-продажи ²⁾, на первую распространялись многія начала второй, какъ-то отвѣтственность по очисткѣ ³⁾, за пороки вещи ⁴⁾ и др.

Признаки мѣны. Устанавливается мѣна передачей вещи ⁵⁾. Соглашение о мѣнѣ имѣетъ значеніе только при употребленіи формы стипуляціи ⁶⁾. По этому признаку мѣна подходит къ реальнымъ договорамъ и этимъ отличается въ общей своей сущности отъ купли-продажи какъ договора консенсуальнаго.

Передача должна вести за собою немедленное установленіе права собственности на передаваемую вещь. Предметомъ мѣны не можетъ быть чужая вещь ⁷⁾.

Предметами мѣны могутъ быть не только тѣлесныя вещи, но и права ⁸⁾. Въ формѣ мѣны можно выразить и передачу вещи за определенное число монетъ ⁹⁾.

Если передача вещи при мѣнѣ не была отвѣчена ожидаемымъ обратнымъ предоставленіемъ вещи, то передавшій имѣетъ право требовать отъ принявшей стороны или возвращенія полученной вещи назадъ, или выполненія обратной дачи. Для осуществленія требованій по мѣнѣ стороны располагаютъ общимъ искомъ actio praescriptis verbis ¹⁰⁾ или condictio causa data causa non secuta ¹¹⁾.

1) L. 2 D. 19, 4; L. 2 C. 4, 64.

2) L. 1 pr. § 1, 2 D. 19, 4.

3) L. 1 § 1 D. 19, 4.

4) L. 2 D. 19, 4.

5) L. 1 § 2 D. 19, 4. *permutatio ex re tradita initium obligationi praebet.*

6) L. 1 § 2 D. 19, 4; L. 3 C. 4, 64.

7) L. 1 § 3 D. 19, 4; L. 4 C. 4, 64.

8) L. 62 D. 23, 3. См. *Molitor. Oblig.* 1 n. 530.

9) L. 16 D. 12, 4. См. v. *Wetter. Oblig.* 2 p. 377 n. 28.

10) § 28 I. 4, 6.

11) L. 5 § 1 D. 19, 5; L. 5, 7 C. 4, 64.

Коммиссіонный договоръ, *contractus aestimatorius*.

Источники: Dig. 19, 3 de aestimatoria (scil. actione).

Пособія: Glück. Erläuter. d. Pandekt. Bd. 18; Lipp. Beitrag z. L. v. Trödelvertrag, 1880.

Понятіе. Коммиссіонный договоръ (*contractus aestimatorius*) ¹⁾ устанавливается тѣмъ, что одно лицо, хозяинъ, передаетъ ему принадлежащую вещь другому лицу, коммиссіонеру, съ тѣмъ чтобы послѣдній продалъ ее за цѣну, не ниже впередъ опредѣленной (*aestimatio*, оцѣнка), которую обязывается представить хозяину, а въ случаѣ несостоявшагося торга обязывается возвратить самую вещь. Какъ безымянный договоръ *contract. aestimatorius* можно подвести и подъ категорію do ut des и подъ do, ut facias.

Права и обязанности. Коммиссіонеръ не получаетъ права собственности на вещь по передачѣ съ цѣлью продажи ²⁾. Но онъ могъ, не продавая, оставить вещь за собою въ назначенной цѣбѣ. Въ случаѣ продажи излишекъ отъ назначенной цѣны остается коммиссіонеру, но вмѣстѣ съ тѣмъ ему за труды могло быть обѣщано и опредѣленное вознагражденіе ³⁾. Коммиссіонеръ отвѣчаетъ за всякую вину по коммиссіи, но не за случай ⁴⁾.

На выдачу полученной отъ продажи (въ размѣрѣ оцѣнки) суммы или на возвращеніе самой вещи хозяинъ имѣетъ противъ коммиссіонера *actio aestimatoria praescriptis verbis* ⁵⁾.

Прекаріумъ, *precarium*.

Источники: Dig. 43, 26 de precario; Cod. 8, 9 de precario et de Salviano interdicto.

¹⁾ По нѣмецки Trödelvertrag.

²⁾ Впрочемъ это спорно. Но см. L. 5 § 18 D. 14, 4.

³⁾ L. 2 D. 19, 3.

⁴⁾ Но срав. L. 1 § 1 D. 19, 3 и L. 17 § 1 D. 19, 5; Paulus Sent. 2, 4 § 4. См. *Mommsen*. Beiträge 1 p. 280 и слѣд.

⁵⁾ L. 1 pr. D. 19, 3. См. *Lenel*. Edictum perpetuum p. 239.

Пособія: Bulling. Das Precarium. 1846; Dankwardt. Das Precarium und die Emphyteuse въ Jahrb. f. d. Dogm. Bd. 14; Азаревичъ. Прекаріумъ по римскому праву. 1877.

Понятіе. Подъ прекаріумомъ (precarium) разумѣется такой безлиманный договоръ (do, ut des, или do, ut facias), который устанавливается безвозмезднымъ предоставленіемъ пользованія вещью или правомъ ¹⁾ до востребованія: Легальное опредѣленіе: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur ²⁾.

О природѣ прекаріума и отношеніи его къ коммодату въ наукѣ крайнее разногласіе. См. мой трудъ отъ стр. 27. Мы излагаемъ ученіе, господствующее въ учебникахъ.

Права и обязанности. Получившій вещь въ прекарное пользованіе (precario accipiens) становится ея производнымъ владѣльцемъ и какъ таковой имѣетъ право отправлять защиту отъ нарушенія третьихъ лицъ.

По моему возрѣнію владѣльцемъ остается давшій въ прекаріумъ (precario dans), получившій же отправляетъ защиту отъ третьихъ въ интересъ владѣльца. См. L. 3 § 5 D. 41, 2; L. 15 § 4 D. 43, 26; L. 19 pr. D. 43, 26. См. Азаревичъ cit. стр. 55 и слѣд.

Prec. accipiens отвѣчаетъ помимо dolus еще только за culpa lata ³⁾.

Precario dans имѣетъ право во всякое время востребовать предоставленное пользованіе обратно ⁴⁾, но только не несвоевременно (intempestive) ⁵⁾. Въ обходъ этому признаку прекаріумъ устанавливался и на опредѣленное время и пользованіе ⁶⁾.

1) L. 2 § 3; L. 3; L. 8 § 5; L. 15 § 2 D. 43, 26.

2) L. 1 pr. D. 43, 26.

3) L. 23 D. 50, 17; L. 8 §§ 3, 5, 6 D. 43, 25.

4) L. 1 pr. § 2; L. 2 § 2; L. 15 pr. D. 43, 25.

5) Азаревичъ cit. стр. 14 и слѣд.

6) L. 12 pr. D. 43, 26.

Для осуществления своихъ правъ прес. dans располагаетъ интердиктомъ de precario и искомъ praescriptis verbis ¹⁾.

Прекариумъ, какъ услуга, оказываемая определенному лицу, прекращается съ его смертью ²⁾.

Неформальныя соглашенія, pacta.

Dig. 2, 14 de pactis.

Простое соглашеніе, неимѣющее въ основѣ causa civilis obligationis, по общему началу не устанавливаетъ цивильнаго обязательства, не рождаетъ иска.

Paulus Sent. 2, 14 § 1 ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur; L. 15 D. 19, 5.

Pacta могутъ вести къ установленію лишь естественнаго обязательства ³⁾ и поэтому даютъ право только на возраженіе по поводу иска.

Nuda pactio non parit obligationem, sed parit exceptionem L. 7 § 4 D. 2, 14.

Но постепенно римское правовѣдѣніе освобождалось отъ такого взгляда на простое соглашеніе и прежде всего для тѣхъ pacta, которыя встрѣчались при договорахъ bonae fidei, какъ добавочныя къ нимъ статьи. Въ качествѣ составныхъ частей этихъ договоровъ подобныя соглашенія вынуждали предоставить положительныя средства защиты по нимъ ⁴⁾. Эту логическую необходимость осуществило право юристовъ. Далѣе, по разнымъ основаніяхъ и преторы стали предоставлять иски по нѣкоторымъ pacta, а наконецъ, нѣкоторыя соглашенія, неподходящія подъ понятіе договора, были обставлены исками въ силу самого закона. Такимъ образомъ рядомъ съ соглашеніями, которыми не устанавливалось цивильнаго обязательства, появилась цѣлая категория pacta, снабженныхъ искомъ. Это даетъ основаніе различать pacta nuda, голыя, необ-

¹⁾ L. 2 § 2; L. 19, 2 D. 43, 26.

²⁾ L. 12 § 1 D. 43, 26.

³⁾ См. выше стр. 70.

⁴⁾ L. 7 §§ 5, 6 D. 12, 4; L. 72; L. 75; L. 79 D. 18, 1.

ставленные искомъ, и acta vestita, одѣтыя искомъ. Последняго рода acta будутъ: acta adjecta, praetoria и legitima.

Acta adjecta или добавочныя соглашенія при договорахъ bonae fidei ¹⁾. Сюда относится цѣлый разрядъ соглашеній при договорѣ купли-продажи ²⁾, а именно:

1) Actum addictionis in diem ³⁾, соглашеніе о правѣ отмены договора при болѣе выгодныхъ предложеніяхъ другими покупателями.

2) Actum displicentiae, соглашеніе о правѣ въ теченіи опредѣленнаго времени отступить отъ договора ⁴⁾. Обыкновенно это право выговаривается въ пользу покупателя и должно быть имъ осуществлено въ опредѣленный срокъ, если же таковой назначенъ не былъ, то въ теченіи двухъ мѣсяцевъ ⁵⁾.

3) Lex commissoria ⁶⁾ есть соглашеніе, по которому продавецъ ⁷⁾ выговариваетъ себѣ право объявить договоръ несостоявшимся, если покупатель не выполнитъ своевременно принятыхъ на себя обязательствъ ⁸⁾.

4) Actum reservati dominii есть соглашеніе, по которому передаваемая въ силу купли-продажи вещь до уплаты ея покупной цѣны остается въ собственности продавца ⁹⁾.

¹⁾ *Namur*. Des pactes ajoutés aux contrats de bonne foi 1883.

²⁾ Dig. 18, 1 de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis...; Cod. 4, 54 de pactis inter emptorem et venditorem compositis.

³⁾ Dig. 18, 2 de in diem addicione.

⁴⁾ L. 3 D. 18, 1; L. 6 D. de rescindenda venditione, et quando licet ab emptione discedere 18, 5; L. 2 § 5 D. 41, 4.

⁵⁾ L. 31 § 22 D. 21, 1.

⁶⁾ Dig. 18, 3 de lege commissoria.

⁷⁾ О подобномъ правѣ для покупателя источники ничего не говорятъ. Но см. *Molitor*. Les obligat. 1 N° 509; *Namur cit.* p. 57.

⁸⁾ L. 2—8 D. 18, 3.

⁹⁾ L. 17 D. 18, 6; L. 20 D. 43, 26. См. *Glück*. Erläut. 16 § 1000.

5) *Pactum reservatae hypothecae*, соглашение, которымъ устанавливается для продавца залоговое право на передаваемую вещь до уплаты покупателемъ условленной цѣны ¹⁾.

6) *Pacta de retroemendo* и *de retrovendendo*, соглашения, по которымъ продавецъ, покупатель удерживали за собою право вновь купить, вновь продать данную вещь между тѣми же контрагентами ²⁾.

7) *Pactum προτιμῆσεως* (*προτιμῆσις* — предпочтеніе), соглашение, по которому выговаривается, что покупатель въ случаѣ дальнейшей продажи вещи долженъ предпочесть перваго продавца, конечно, если этотъ приметь условія, предлагаемыя третьими лицами ³⁾.

8) *Pactum de non alienando*, соглашение, по которому покупатель обязывался не продавать вовсе, или только опредѣленнымъ лицамъ, купленную вещь ⁴⁾.

Pacta praetoria. Сюда принадлежать:

1) *Pactum hypothecae*, соглашение, по которому устанавливается залоговое право безъ передачи вещи во владѣніе залогопринимателя (см. выше въ отдѣлѣ „Залоговое право“).

2) *Constitutum debiti* ⁵⁾ есть соглашение, по которому давалось обѣщаніе произвести платежъ по данному долгу. Обыкновенно при этомъ соглашеніи имѣлось въ виду выговорить по долгу, подлежащему уже оплатѣ, новый срокъ ⁶⁾. Если же срока платежа не назначалось, то онъ долженъ былъ наступить въ самое короткое время, однако не ранѣе 10 дней ⁷⁾. Обязательство, по которому

¹⁾ L. 1 § 4; L. 2 D. 27, 9.

²⁾ L. 12 D. 19, 5; L. 2 C. 4, 54.

³⁾ L. 75 D. 18, 1; L. 21 § 5 D. 19, 1.

⁴⁾ L. 7 C. de reb. alien. non alien. 4, 51.

⁵⁾ Dig. 13, 5 de pecunia constituta; Cod. 4, 18 de constituta pecunia. *Glück. Erläuter. d. Pand.* Bd. 13 отъ p. 361; *Bruns. Das constitutum debiti* въ *ero Kleine Schriften* Bd. 1 отъ p. 221; *Bähr. Die Anekernung als Verpflichtungsgrund* p. 171, 219.

⁶⁾ Theophilus ad § 8 I. 4, 6. *Bruns cit.* p. 245.

⁷⁾ L. 21 § 1 D. 13, 5.

заклучалось *constitutum*, должно было существовать въ моментъ даннаго соглашенія, а затѣмъ могло быть и погашено ¹⁾, напр. по давности. Но само по себѣ *constitutum*, устанавливая новое обязательство, не отмѣняетъ прежняго, не имѣетъ своимъ послѣдствіемъ обновленіе ²⁾. — Обѣщаніе платежа можетъ быть дано, какъ по цивильному, такъ и по естественному обязательству ³⁾, а кромѣ того, какъ по обязательству самого обѣщающаго платежа (*constitutum debiti proprii*), такъ и по долгу посторонняго лица (*const. debiti alieni* ⁴⁾). Въ послѣднемъ случаѣ имѣется одна изъ формъ поручительства (см. ниже). — Въ обѣщаніи платежа могли быть оговорены особенности по сравненію съ содержаніемъ главнаго требованія: измѣненъ предметъ и частности (время, мѣста) платежа ⁵⁾. Въ случаѣ обѣщанія большаго оно низводилось до суммы главнаго долга ⁶⁾. — По данному соглашенію преторскій эдиктъ предоставилъ особый искъ, *actio de pecunia constituta (seu constitutoria)* ⁷⁾. Самое названіе показываетъ, что первоначально это соглашеніе могло имѣть мѣсто при денежныхъ долгахъ; только Юстиніанъ разрѣшилъ его при всѣхъ обязательствахъ ⁸⁾. Въ доюстиніановомъ правѣ несоблюденіе обѣщанія платежа вело за собою штрафъ въ размѣрѣ 50% всей должной суммы (*sponsio dimidiae partis* ⁹⁾. — Уплата по *constitutum* погашала и главный долгъ ¹⁰⁾. При активномъ корреалитетѣ обѣщаніе платежа, сдѣланное одному изъ корреальныхъ кредиторовъ, обязывало произвести этотъ платежъ только данному лицу ¹¹⁾.

¹⁾ L. 18 § 1 D. 13, 5 ср. L. 1 § 8; L. 2; L. 3 pr. D. 13, 5.

²⁾ См. *Arndts. Pandekt.* § 240 п. 4.

³⁾ L. 1 § 7 D. 13, 5: *debitum autem vel natura sufficit.*

⁴⁾ L. 2; L. 5 §§ 2—4; L. 26; L. 27; L. 28 D. 13, 5.

⁵⁾ L. 1 § 5 D. 13, 5; L. 5 pr. D. eod.

⁶⁾ L. 11 § 1 D. 13, 5.

⁷⁾ L. 1 pr. § 1 D. 13, 5. См. *Lenel. Edictum perpetuum* p. 196.

⁸⁾ L. 2 C. 4, 18.

⁹⁾ *Gajus* 4, 171.

¹⁰⁾ L. 18 § 3 D. 13, 5.

¹¹⁾ L. 10 D. 13, 5.

3) Pactum jurisjurandi, соглашение о разрешении спорнаго дѣла присягой (см. т. I стр. 313, 314).

Pacta legitima. Сюда принадлежатъ:

1) Pactum dotale, соглашение объ установлении приданнаго ¹⁾ (см. ниже въ „Семейномъ правѣ“).

2) Pactum de donando, соглашение, по которому одна сторона обязуется сдѣлать даръ другой ²⁾, но ниже 500 солидовъ (см. т. I стр. 240, 245, 246).

Въ юстиниановомъ правѣ по обоимъ этимъ соглашениямъ, предоставлялся искъ, *condictio ex lege*.

Чтобы по соглашениямъ не одѣтымъ исками, pacta nuda, можно было получить исковое требованіе, ихъ должно было преобразовать въ гражданскія обязательства путемъ стипуляціи, а при двустороннихъ обязательствахъ одна изъ сторонъ должна была выполнить свой долгъ (см. ниже).

Гражданскія правонарушенія, *delicta*.

Источники: Inst. 4, 1 de obligationibus quae ex delicto nascuntur; Dig. 47, 1 de privatis delictis.

Пособія: Walter. Die Lehre vom Unrechte und seinen verschiedenen Formen. 1869; Heyssler. Das Civilunrecht und seine Formen 1870.

Общее ученіе. Delictum ³⁾ (также maleficium ⁴⁾, правонарушеніе, заключаетъ въ себѣ слѣдующіе два признака: 1) существованіе закона, который что либо запрещаетъ или повелѣваетъ подъ страхомъ наказанія и 2) нарушеніе этого закона, вмѣняемое нарушителю и между прочимъ не только въ силу злого умысла (dolus), но и всякой другой вины (culpa ⁵⁾).

¹⁾ L. 6 C. de dotis promissione 5, 11.

²⁾ L. 35 C. de don. 8, 54.

³⁾ Отъ „delinquere“ покидать, оставлять безъ исполненія то, что слѣдуетъ дѣлать.

⁴⁾ Pr. I. 4, 1; L. 3 D. 47, 1.

⁵⁾ См. напр. § 3 I. 4, 3.

Правонарушенія дѣлились у Римлянъ на публичныя, *delicta publica* или *crimina*, и частныя, *delicta privata* или просто *delicta*.

Подъ *delicta publica* подходили правонарушения, которыя состояли въ прямомъ посягательствѣ на общественный порядокъ, какъ напр. измѣна, убійство, поджогъ и т. д. ¹⁾ Въ подобныхъ деликтахъ возможное нарушение интересовъ отдѣльныхъ лицъ отступаетъ на задній планъ предъ нарушеніемъ интересовъ всего общества. Поэтому и обвинителемъ по такимъ деликтамъ могъ выступить всякій римскій гражданинъ и самый процессъ назывался публичнымъ, *judicium publicum* ²⁾. Судилищами по этимъ правонарушениямъ были сперва сами народныя собранія, а позднѣе постоянныя уголовныя комиссіи, *quaestiones perpetuae* ³⁾.

Подъ *delicta privata* разумѣлись такія правонарушения, которыя выражались въ прямомъ посягательствѣ на частныя интересы отдѣльнаго лица и только косвенно, по взгляду римскому, отражались на социальномъ порядкѣ. Сюда относились слѣдующіе четыре вида правонарушеній, которымъ римское право придавало нѣсколько иные признаки, чѣмъ современные права: воровство (*furtum*), грабежъ (*rapina*), поврежденіе чужого имущества (*damnum injuria datum*) и личное оскорбленіе (*injuria* ⁴⁾).

Въ преторскомъ эдиктѣ разработана отвѣтственность, въ формѣ особыхъ исковъ, по правонарушениямъ, которымъ приданъ самостоятельный характеръ рядомъ съ упомянутыми, но которыя въ сущности представляютъ только отдѣльные виды одного изъ нихъ. Такъ домовладыка имѣлъ право на искъ о соvrащенномъ рабѣ, *actio de servo corrupto*, направленный на вознагражденіе двойною стоимостью причиненнаго вреда. (*Dig. 11, 3 de servo corrupto; Cod. 6, 2 de furtis et de servo corrupto*). По аналогіи подобный же искъ былъ предоставленъ отцу по поводу сврощенія сына. (*L. 14 § 1 D. 11,*

¹⁾ См. §§ 3—11 *Inst. de publicis judiciis* 4, 18; *L. 1 D. 48, 1.*

²⁾ § 1 *I. 4, 18; L. 43 § 10 D. 23, 2.*

³⁾ См. *Паделлетти*. Исторія римск. права §§ 9, 34.

⁴⁾ *Gajus 3, 182; pr. in f. I. 4, 1.*

3). Далѣе, actio de calumpnia, искъ на четверную сумму, которой оплачивалось завѣдомо неправильное вчинаніе процесса (Dig. 3, 6 de calumniatoribus). Сюда же относится и actio de dolo, который преторомъ представлялся по поводу всякого злонамѣреннаго причиненія вреда. L. 1 § 1 D. de dolo malo 4, 3.

Такимъ образомъ въ римскомъ правѣ выдвигался впередъ признакъ частно-гражданскій¹⁾ въ тѣхъ правонарушеніяхъ, за которыми современное право признаетъ публичный, уголовный характеръ²⁾.

Частный характеръ указанныхъ правонарушеній сказывался въ томъ, что по нимъ только потерпѣвшее лицо могло вчинять преслѣдованіе и притомъ на вознагражденіе ущерба³⁾. Признаки же публичнаго ихъ значенія отразились на наказаніи правонарушителя⁴⁾. По частно-гражданскому правонарушенію римское право предоставляло искъ на вознагражденіе понесеннаго вреда, actio rei persecutoriae, и искъ на наказаніе правонарушителя, actio poenalis. При этомъ сторона потерпѣвшая должна была выбирать между преслѣдованіемъ гражданскимъ и уголовнымъ⁵⁾. Но нѣкоторые иски по частнымъ правонарушеніямъ соединяли въ себѣ признаки обѣихъ категорій исковъ, были actiones mixtae (напр. actio legis Aquiliae, actio doli).

По пенальному иску каждый изъ нѣсколькихъ лицъ, совершившихъ данное правонарушеніе, отвѣчаетъ въ полномъ размѣрѣ⁶⁾; по actio же persecutoria полагается солидарная отвѣтственность

¹⁾ Въ различные эпохи усиливался признакъ публичный. См. *Паделлетти* cit. § 8; § 23 § 49.

²⁾ См. *Zucker*. Civil. u. Criminalunrecht въ *Zeitschr. f. d. Privat. u. öffentl. Recht der Gegenwart* Bd. 9 p. 492—504.

³⁾ Arg. § 13 I. 4, 1; L. 10 D. 47, 2.

⁴⁾ L. 57 § 1; L. 93 D. 47, 2; L. 7 D. 47, 11; L. 3 § 7 D. 47, 12; § 10 I. 4, 4. И др.

⁵⁾ L. 57 § 1 D. 47, 2; L. 6 D. 47, 10.

⁶⁾ L. 55 § 1 D. 26, 7; L. 11 § 2 in f. D. 9, 2; L. 21 § 9 D. 47, 2; L. 1 C. 4, 8.

участниковъ, т. е. вознагражденіе, представленное однимъ, освобождаетъ остальныхъ ¹⁾).

На наследниковъ сторонъ пенальные иски, какъ чисто личные, не переходятъ ²⁾); персекуторные же переходятъ на столько, на сколько отъ даннаго деликта наследники правонарушителя стали богаче: in quantum locupletiores facti sunt ³⁾). Поэтому и смѣшанный искъ со стороны пенальной не переходитъ на наследниковъ, со стороны же персекуторной переходитъ — въ размѣрѣ обогащенія.

Разсмотримъ каждое изъ частныхъ правонарушеній въ отдѣльности.

Кража (*furtum*).

Источники: Dig. 47, 2 de furtis;—Cod. 6, 2 de furtis et servo corrupto.

Пособія: *Laval*. Du vol en droit romain et en droit français 1861; *Wächter* въ Weiske's Rechtslexikon Bd. 3 p. 354—423.

Понятіе. У Римлянъ кража (воровство, *furtum* ⁴⁾) имѣла весьма обширный смыслъ. Подъ нею разумѣлось всякое противоправное присвоеніе чужой вещи съ намѣреніемъ получить отъ нея выгоду. *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve* ⁵⁾).

Признаки. 1) *Contrectatio*. Всякое воровство предполагаетъ тѣлесное воздѣйствіе, наложеніе руки на вещь, ея присвоеніе ⁶⁾. Одного намѣренія къ присвоенію недостаточно: *sola cogi-*

1) L. 1 C. 4, 8.

2) L. 22 in f. D. 39, 1.

3) L. 38 D. 50, 17.

4) Производство слова отъ *ferre* § 2 I. 4, 1; L. 1 pr. D. 47, 2.

5) L. 1 § 3 D. 47, $\frac{1}{2}$; § 1 I. 4, 1.—Paulus Sentent. 2, 31 § 1: *Fur est qui dolo malo rem alienam contrectat.*

6) *Laval*. cit. p. 6—10. Срав. *Windscheid*. Pand. 2 § 452 n. 3.

tatio furti faciendi non facit furem ¹⁾. Поэтому не считается вором /лицо, вошедшее въ чужое помещеніе съ намѣреніемъ кражи, по еще не успѣвшее наложить руку на вещь ²⁾. Не будетъ кражи и въ томъ случаѣ, когда хранитель, съ цѣлью присвоенія чужой вещи, отрицаетъ поклажу ³⁾. Наоборотъ будетъ кражей какое либо присвоеніе чужой вещи, находящейся у присвоителя во владѣніи или держаніи (по сеудѣ, поклажѣ и т. п. ⁴⁾, или утерянной ⁵⁾, или полученной по завѣдомо несуществующему долгу ⁶⁾; уничтоженіе долгового документа, лишшающее кредитора права на притязаніе ⁷⁾; и т. п.

2) **Animus lucri faciendi** ⁸⁾, affectus furandi ⁹⁾. Для понятія кражи требуется намѣреніе приобрѣсти себѣ выгоду изъ даннаго дѣянія ¹⁰⁾. Такимъ образомъ не будетъ кражи, когда присвояющій находится въ извинительномъ заблужденіи касательно своихъ правъ на вещь ¹¹⁾, въ частности если онъ находится въ увѣренности, что найденная имъ вещь покинута ея хозяиномъ ¹²⁾. Не будетъ кражи, когда кредиторъ присвоиваетъ ему должную вещь ¹³⁾, когда изъ присвоенной вещи не извлекаютъ выгоды, а напримѣръ, тотчасъ ее уничтожаютъ ¹⁴⁾. Наоборотъ будетъ кража, хотя бы личная выгода отъ присвоенія была только преходящая, напр. за

¹⁾ L. 1 § 1; L. 52 § 19 D. 47, 2.

²⁾ L. 21 § 7 D. 47, 2.

³⁾ L. 1 § 2; L. 67 pr. D. 47, 2. L. 3 § 18 D. 41, 2.

⁴⁾ L. 43 § 1; L. 52 § 7; L. 68; L. 72 pr. D. 47, 2.

⁵⁾ L. 43 §§ 4—11 D. 47, 2.

⁶⁾ L. 18 D. 13, 1; L. 81 §§ 5, 6 D. 47, 2.

⁷⁾ L. 27 § ult.; L. 28; L. 31; L. 52 § 23 D. 47, 2; L. 41 § 1 D. 9, 2.

⁸⁾ L. 1 § 3; L. 43 § 4; L. 65 D. 47, 2.

⁹⁾ L. 33; L. 43 § 5, 11; L. 52 § 20; L. 56 § 3; L. 73 D. 47, 2.

¹⁰⁾ L. 55 § 1 D. 47, 2.

¹¹⁾ L. 76 pr.; L. 46 § 7; L. 52 § 20 D. 47, 2.

¹²⁾ L. 43 § 11 D. 47, 2. Срав. L. 9 § 8 D. 41, 1. *Laval.* cit. p. 12, 13.

¹³⁾ L. 55 D. 47, 2.

¹⁴⁾ Gajus 3 §§ 184 и слѣд.

присвоениемъ слѣдуетъ отдача въ даръ данной вещи третьему лицу ¹⁾. Что касается способовъ извлеченія выгоды изъ присвоенной вещи, то приведенное опредѣленіе раздѣляетъ кражу на furtum ipsius rei, furtum usus и furtum possessionis ²⁾. Кража совершается прежде всего тѣмъ, что присваивается въ собственность чужая вещь или совершается противозаконное отчужденіе чужой вещи ³⁾. Это—furtum rei. Другой видъ кражи имѣется въ тѣхъ случаяхъ, когда отправляютъ для себя пользованіе чужою вещью, напр. залогоприниматель или хранитель вообще пользуются отданной имъ вещью, коммодатарій пользуется ссуженною вещью не такъ, какъ слѣдовало ⁴⁾. Это—furtum usus ⁵⁾. Наконецъ, кража можетъ состоять въ томъ, что совершается присвоеніе чужой вещи, которая находится на рукахъ присвоителя (депозитарія, мандатарія, узуфруктуарія и др. ⁶⁾, или похищается вещь, по которой владѣніе было передано самимъ похитителемъ, по известному основанію, другому лицу, напр. залогодатель похищаетъ у залогопринимателя свой залогъ, pignus ⁷⁾. Это — furtum possessionis.

3) Предметъ ⁸⁾. Понятіе кражи распространяется только на движимыя вещи. Но первоначально римскіе юристы допускали кражу и недвижимыхъ вещей въ смыслѣ furtum usus и possessio-

¹⁾ L. 52 § 13 D. 47, 2.

²⁾ Срав. *Vangerow. Pand. Bd. 3 § 679 Anm. 1.*

³⁾ § 3 I. 2, 6; L. 16. C. 6, 2.

⁴⁾ § 6 I. 4, 1; L. 40; L. 48 § 4; L. 54 pr. § 1; L. 76 pr.; L. 82 pr. D. 47, 2; L. 5 § 8 D. 13, 6; L. 16 D. 13, 1.

⁵⁾ См. *Landsberg. D. Furtum des bösgläubigen Besitzers. 1888.*

⁶⁾ L. 1 § 2; L. 33; L. 43 § 1; L. 46 § 6; L. 52 § 7, 16, L. 67 pr.; L. 71 pr.; L. 73 D. 47, 2; L. 29 pr. D. 16, 3; L. 22 § 7 D. 17, 1; L. 1 § 22; L. 2 § 1 D. 27, 3. L. 25 D. 39, 5; L. 3 § 18 D. 41, 2; L. 3; L. 7 C. 6, 2.

⁷⁾ Gajus 3 §§ 200, 204; §§ 10, 15 I. 4, 1. L. 16 D. 13, 7; L. 19 § 5; L. 20 pr. D. 47, 2.

⁸⁾ Иногда называется словомъ furtum L. 3 pr.; L. 7 § 2 D. 47, 2; Gajus 3 §§ 186, 188, 193.

nis ¹⁾). Позднѣ этотъ взглядъ былъ отвергнутъ ²⁾). Затѣмъ, предметомъ кражи могла быть не только чужая, res aliena ³⁾, но и собственная вещь, какъ это слѣдуетъ изъ примѣра похищенія залога залогодателемъ.

Послѣдствія кражи. Прежде всего всякая кража влечетъ за собою безчестіе (*infamia* ⁴⁾). Затѣмъ изъ кражи вытекаютъ для вора обязательства: уплатить денежную сумму, въ качествѣ гражданскаго наказанія ⁵⁾, и возвратить украденную вещь ⁶⁾. Первое обязательство осуществляется искомъ *actio furti* ⁷⁾, который есть чистый видъ *actiones poenales*, второе — *condictio furtiva* ⁸⁾ или *condictio sine causa* ⁹⁾, иски *rei persecutoriae* ¹⁰⁾.

По *actio furti* истцомъ могло быть всякое лицо, которое потерпѣло въ своемъ интересѣ отъ кражи, *cujus interfuit non surripri, is actionem furti habet* ¹¹⁾, а именно: собственникъ украденной вещи ¹²⁾, имѣющій на нее вещное право ¹³⁾, добросовѣстный владѣлецъ ¹⁴⁾ и несущіе отвѣтственность по ея охранѣ (напр. мандатаріи, *коммодатаріи* ¹⁵⁾). Не имѣютъ права на этотъ искъ, напр., продавецъ, у котораго украдена проданная вещь до ея передачи по-

1) См. напр. Gellius. Noctes atticae 11, 18.

2) Gajus 2 § 51; L. 25 pr. § 1 D. 47, 2.

3) Gajus 3 § 195; Paulus 2, 31 § 1.

4) L. 7 D. 48, 1; L. 1; L. 4 § 5. L. 6 pr. § 1 D. 3, 2; L. 8 C. 2, 12; Paulus 2, 31 § 15.

5) § 18 I. 4, 6.

6) §§ 18, 19 I. 4, 6.

7) Gajus 3 §§ 184 sqq.; L. 7 § 1 D. 13, 1.

8) Dig. 13, 1 de condictione furtiva; Cod. 4, 8.

9) См. ниже.

10) См. т. I стр. 276, 277. О характерѣ иска *condictio furtiva* см. Vangerow. Pand. 3 § 679 Ann. 2.

11) L. 10 D. 47, 2.

12) L. 81 pr. § 2 D. 47, 2.

13) § 14 I. 4, 1; L. 12 § 2; L. 14 §§ 5, 7; L. 46 §§ 1, 3, 4 D. 47, 2.

14) § 15 I. 4, 1; L. 52 § 10; L. 75 D. 47, 2.

15) §§ 15, 16 I. 4, 1; L. 12 pr.; L. 14 §§ 15, 16; L. 86 D. 47, 2.

купателю ¹⁾, депозитарій ²⁾, ибо эти лица не несутъ никакой отвѣтственности за совершенную у нихъ кражу.

стр. 143

Отвѣтчиками по *actio furti* будутъ не только сами совершители кражи, но и ихъ соучастники, какъ-то подстрекатели и пособники ³⁾. *In cuius opera aut consilio furtum factum fuerit, furti actione tenebitur* ⁴⁾. Наслѣдники не подлежатъ отвѣтственности по этому иску ⁵⁾.

По послѣдствіямъ *actio furti* слѣдуетъ различать *furtum manifestum* и *furtum nec manifestum* ⁶⁾. Подъ первымъ выраженіемъ разумѣется такая кража, когда воръ будетъ застигнутъ съ поличнымъ, т. е. на мѣстѣ преступленія или на пути къ мѣсту сохраненія украденной вещи ⁷⁾. Такая кража наказывалась по XII таблицамъ потерей свободы, розгами и отдачей въ рабство обокраденному ⁸⁾. Позднѣе преторъ замѣнилъ это наказаніе взысканіемъ четверной стоимости причиненнаго кражей убытка ⁹⁾, это такъ наз. *actio furti manifesti in quadruplum* ¹⁰⁾. По всякой другой кражѣ, *furtum nec manifestum*, *actio furti* велъ ко взысканію двойной стоимости убытковъ, *in duplum* ¹¹⁾.

Другой искъ по кражѣ — *condictio furtiva* (*condictio ex causa furtiva* ¹²⁾). Источомъ по этому иску можетъ быть только собственникъ вещи ¹³⁾; лица, имѣющія право на владѣніе украден-

1) L. 14 pr.; L. 80 pr. D. 47, 2.

2) L. 14 § 3 D. 47, 2.

3) L. 50 §§ 1—4; L. 52 § 19 D. 47, 2.

4) Paulus Sent. 2, 31 § 10. См. *Laval cit.* p. 44—54.

5) L. 1 pr. D. 47, 1.

6) См. *Wächter cit.* p. 355, 356; 368, 369.

7) Paulus 2, 31 § 2; § 3 I. 4, 1; L. 3 pr. § 2; L. 4; L. 5 pr. D. 47, 2.

8) Gajus 3, 189.

9) Gajus 3, 189 inf.; 4, 111; Paulus 2, 31 § 13; § 5 I. 4, 1; L. 46 § 2 D. 47, 2; L. 11 C. 6, 2.

10) Gajus 4, 111; Theoph. ad pr. I. 4, 12.

11) L. 46 § 1; L. 74 D. 47, 2. См. формулу у *Lenel. Edict. perpet.* p. 259.

12) L. 2; L. 3 D. 13, 1.

13) L. 10 § 2; L. 11; L. 12 § 1 D. 13, 1.

ною вещью, могут вчинять condictio incerti¹⁾. Ответчиком по condict. furtiva будет только одинъ воръ, но не пособники его²⁾. Последнее объясняется характеромъ иска, какъ actio rei persecutoria. По той же причинѣ искъ распространяется на наследниковъ вора во всемъ объемѣ, а не только въ размѣрѣ обогащенія³⁾.

Condictio furtiva имѣетъ въ основѣ притязаніе на возвращеніе украденной вещи⁴⁾ съ всеми ея добавленіями, accessoria, со времени кражи⁵⁾; въ случаѣ же невозможности такого возвращенія искъ направленъ на вознагражденіе понесенныхъ убытковъ и потерь⁶⁾. Воръ не можетъ требовать возмѣщенія сдѣланныхъ имъ по вещи затратъ⁷⁾.

Кромѣ разсмотрѣнныхъ исковъ кража, при особыхъ условіяхъ, можетъ дать поводъ къ слѣдующимъ искамъ, разсмотрѣніе которыхъ относится къ другимъ отдѣламъ науки. Такъ actio de rationibus distrahendis⁸⁾ противъ опекуна присвоившаго что либо изъ имущества опекаемаго; actio rerum amotarum⁹⁾ искъ по кражѣ между супругами. Сюда же относится и actio de tigno juncto¹⁰⁾, искъ о застройкѣ краденнаго матеріала.

Грабежъ (rapina).

Источники: Instit. 4, 2 de vi bonorum raptorum; Dig. 47, 8 vi bonorum raptorum, et de turba; Cod. 9, vi bonorum raptorum.

1) L. 12 § 2 D. 13, 1. См. *Laval cit.* p. 63—65.

2) L. 5; L. 6 D. 13, 1.

3) § 5 I. 4, 1; L. 5; L. 7 § 2; L. 9 D. 47, 2.

4) § 19 I. 4, 1; L. 7 § 1 D. 13, 1.

5) L. 8 § 2; L. 3 D. 13, 1.

6) L. 8 § 1; L. 13; L. 14 § 1—3; L. 15 D. 13, 1; L. 52 § 14 D. 47, 2.

7) L. 13 D. 13, 1.

8) Dig. 27, 3 de tutelae et rationibus distrahendis etc.

9) Dig. 25, 2 de actione rerum amotarum.

10) Dig. 47, 3 de tigno juncto.

Пособія: Breitenbach. Das Verbrechen des Raubes nach röm. Recht 1839.

Понятіе. Грабежъ (*rapina, bona vi rapta*) есть воровство съ насиліемъ ¹⁾. Сперва грабежъ не составлялъ особаго правонарушенія, а подходилъ, смотря по признакамъ, то подъ понятіе *furtum manifestum*, то подъ понятіе *furtum nec manifestum* ²⁾. Но послѣ гражданскихъ воинъ, вызвавшихъ частые разбои вооруженными шайками, нашли нужнымъ выдѣлить грабежъ въ особый видъ правонарушенія. И вотъ преторъ Лукуллъ предоставилъ въ своемъ эдиктѣ (76 года до Р. Х.) особый искъ, *actio vi bonorum raptorum* ³⁾, по поводу вреда наносимаго скопомъ вооруженныхъ людей (*hominibus armatis coactisque* ⁴⁾. Позднѣе ⁵⁾, при императорахъ, понятіе грабежа было распространено на случаи насилія совершаемаго и не вооруженными людьми ⁶⁾ и даже нескопомъ, а однимъ человѣкомъ ⁷⁾; но по содержанію насилія было ограничено однимъ отнятіемъ вещей ⁸⁾.

Послѣдствія. *Actio vi bonorum raptorum* былъ смѣшаннымъ искомъ (*actio mixta* ⁹⁾). Взысканіе по нему обнимало возвращеніе похищенной вещи и еще тройную ея стоимость, всего *in quadruplum* ¹⁰⁾. Но такое взысканіе допускалось только въ продолженіи года (*intra annum utilem*), послѣ чего оно ограничи-

¹⁾ Gajus 3, 209; pr. I. 4, 2; L. 2 § 10 D. 47, 8.

²⁾ Срав. L. 1; L. 2 § 26 D. 47, 8 съ L. 88 D. 47, 2; L. 80 § 3 D. 47, 2. Срав. v. Wetters. Les obligat. 3 p. 386 съ Baron Pand. § 312.

³⁾ Gajus 3, 209; pr. I. 4, 2.

⁴⁾ Cicero pro Tullio 5; L. 2 pr.; L. 12 D. 47, 8.

⁵⁾ По lex Julia de vi publica et privata вообще за crimen vis было установлено преслѣдованіе уголовное.

⁶⁾ L. 2 § 7 in f. D. 47, 8.

⁷⁾ L. 2 §§ 6, 7 D. 47, 8.

⁸⁾ Pr. I. 4, 2; L. 1 D. 47, 8. См. v. Wetters. Les obligat. 3 p. 387 n. 10.

⁹⁾ Gajus 4, 8; pr. I. 4, 2; L. 1 C. 9, 33.

¹⁰⁾ Pr. I. 4, 2; L. 1; L. 2 §§ 10, 26 D. 47, 8.

валось возвращеніемъ вещи или простой ея стоимости (in simplum ¹⁾). Данный искъ конкурировалъ съ actio furti и condictio furtiva ²⁾. Эти иски, какъ вѣщныя, имѣли особенное значеніе по истеченіи года со времени грабежа ³⁾.

Истцомъ по грабежу могъ быть не только собственникъ, но и всякое другое лицо, потерпѣвшее отъ насильственного отнятія вещи ⁴⁾.

Особые виды кражи и грабежа представляли въ позднѣйшемъ правѣ:

Расхищеніе чужого имущества, crimen expilatae hereditatis ⁵⁾. Расхититель приговаривался къ уголовному наказанію и возмѣщенію убытковъ.

Кража и грабежь при пожарѣ, разрушеніи дома, кораблекрушеніи и тому подобныхъ несчастіяхъ ⁶⁾. Кража и грабежь публикановъ и ихъ подчиненныхъ ⁷⁾. И другіе виды, о которыхъ будетъ сказано ниже.

Поврежденіе чужого имущества, damnum injuria datum.

Источники: Instit. 4, 3 de lege Aquilia. Dig. 9, 2 ad legem Aquiliam; Cod. 3, 35 de lege Aquilia.

Пособія: Pernice. Zur Lehre von den Sachbeschädigungen 1867; Grueber. The Roman law of damage to property a commentary on the title of the Digest ad legem Aquiliam 1886.

¹⁾ Pr. I. 4, 2; L. 2—5 C. 9, 33.

²⁾ L. 1; L. 2 §§ 10, 26 D. 47, 8; L. 53 D. 47, 2.

³⁾ См. выше въ отдѣлѣ „Кража.“ стр. 195, 196.

⁴⁾ § 2 I. 4, 2; L. 2 §§ 22, 23 D. 47, 8.

⁵⁾ Dig. 47, 19 expilatae hereditatis. Cod. 9, 32 de crimine expilatae hereditatis.

⁶⁾ Dig. 47, 9 de incendio, ruina, naufragio, nave rate expugnata.

⁷⁾ L. 1 pr.—§ 5; L. 4 pr.; L. 5; L. 6; L. 13 D. de publicanis 39, 4.

Уже въ XII таблицахъ содержалось значительное число положеній касательно поврежденія чужого имущества особенно въ сельскомъ хозяйствѣ ¹⁾. Положенія эти были сами собою отмѣнены закономъ Аквилія (*lex Aquilia*), вотивованнымъ въ 467 г. н. с. во время третьяго выхода плебеевъ ²⁾. Законъ этотъ, предусматривавшій болѣе или менѣе широко имущественный вредъ, причиненный однимъ лицомъ другому, имѣлъ слѣдующія три главы:

По первой главѣ лицо, виновное въ умерщвленіи чужого раба, рабыни или четвероногаго животнаго, принадлежащаго къ стаду (*quadrupes, quae pecudum numero sunt*: рогатый скотъ, овцы, козы, лошади, ослы, мулы, свиньи, слоны, верблюды ³⁾), обязано вознаградить хозяина вышею стоимостью раба и животнаго за послѣдній годъ ⁴⁾.

Во второй главѣ говорилось объ убыткахъ, какіе причинялъ *adstipulator* настоящему кредитору (стипулятору) злонамѣреннымъ отпущеніемъ должнику его долга чрезъ *acceptilatio*. Въ древнемъ Римѣ, незнавшемъ перехода договорныхъ отношеній къ наследникамъ, привлекали къ участию въ заключеніи соглашенія еще одно лицо на сторонѣ вѣрителя. И вотъ если такой совѣритель (*adstipulator*) въ ущербъ дѣйствительнаго вѣрителя освободитъ должника отъ долга, то онъ обязывается вознаградить его или наследниковъ за причиненный убытокъ. Во времена Юстиніана *adstipulatio* уже непримѣнялось ⁵⁾.

По третьей главѣ лицо, причинившее другому имущественный ущербъ въ иной формѣ, чѣмъ было указано въ первой главѣ (сжигать, ломать, портить, *quod usserit, fregerit, ruperit injuria*), обязано было вознаградить собственника вещи вышею ея стоимостью за послѣдніе тридцать дней: *quanti ea res erit in diebus XXX proximis* ⁶⁾.

1) См. *Паделетти*. Исторія рим. права § 8.

2) *Theophilus* 4, 3 § 15. См. *Pernice* cit. p. 15—18.

3) *L. 2 § 2 D. 9, 2; § 1 I. 4, 3.*

4) *L. 2 pr. D. 9, 2.*

5) *Gajus* 3, 215; § 12 *I. 4, 3; L. 27 § 4 D. 9, 2.*

6) *L. 27 § 5 D. 9, 2.*

Начала закона Аквилія были позднѣйшей юриспруденціей самымъ широкимъ образомъ развиты въ формѣ примѣненія исковъ по аналогіи, *actiones utiles* (*actio in factum*, *actio utilis legis Aquiliae*) ¹⁾. Такъ закончена была римская система деликта поврежденія чужого имущества, *damnum injuria datum*.

Признаки: 1) Причиненіе имущественнаго ущерба. По закону Аквилія предусматривался лишь тотъ ущербъ, который происходилъ а) отъ непосредственнаго физическаго воздѣйствія (*damnum corpore datum*), б) причиняющаго разрушеніе или порчу самой вещи (*damnum corpori datum*) ²⁾. Но эти признаки были позднѣе распространены такимъ образомъ:

а) *Damnum corpore datum*. Подъ деликтъ *damnum inj. datum* подходили случаи не только причиненія ущерба чрезъ непосредственное физическое воздѣйствіе, но и чрезъ воздѣйствіе, какъ косвенную причину ущерба ³⁾, какъ напр. ⁴⁾ чужой рабъ, животное уморены голодомъ или холодомъ ⁵⁾; вызвано раздраженіе чужого животнаго, которое въ этомъ состояніи причинило вредъ ⁶⁾; обрѣзали канатъ у чужаго судна и этимъ вызвали его поврежденіе или гибель ⁷⁾; и т. п.

б) *Damnum corpori datum*. Вмѣняемое причиненіе имущественнаго ущерба признавалось не только въ случаяхъ порчи или уничтоженія чужой вещи, но и во всѣхъ другихъ случаяхъ умаленія или лишенія вещи ея хозяина безъ даннаго признака. Такъ напр. ⁸⁾ вышибаютъ изъ рукъ деньги, которыхъ потомъ нельзя найти; бросаютъ чужую вещь въ море или недоступное мѣсто, спо-

¹⁾ § 16 I. 4, 3; L. 9 § 3; L. 27 § 34; L. 53 D. 9, 2; L. 51 D. 47, 2.

²⁾ L. 7 § 1; L. 27 § 5 D. 9, 2.

³⁾ L. 7 § 6 D. 9, 2.

⁴⁾ См. *Vangerow*. *Pand.* Bd. 3 § 681 *ann.* I, 2.

⁵⁾ § *ult.* I. 4, 3; L. 9 § 2; L. 29 § 7 D. 9, 2; L. 14 § 1 D. 19, 5; L. 2 § 20 D. 47, 8.

⁶⁾ L. 11 § 5 D. 9, 2; L. 1 § 7 D. 9, 1.

⁷⁾ L. 29 § 5 D. 9, 2.

⁸⁾ См. *Vangerow* *cit.*

собствуют побѣгу чужого раба) ¹⁾; портят чужую муку такую подмѣсю, отъ которой трудно ее освободить ²⁾; и т. п.

2) Причиненіе имущественнаго ущерба должно выражаться въ положительномъ дѣяніи: за ущербъ причиненный бездѣйствіемъ (*omissio*) никто, по общему правилу, не отвѣчаетъ. Такъ напр. гибнетъ чужая вещь, чужая скотина; постороннее лицо, присутствующее при этомъ, не отвѣчаетъ за непріятіе мѣръ, которыми данные предметы могли быть спасены ³⁾. Другое дѣло, если существовало самостоятельное обязательство совершить при данныхъ условіяхъ дѣйствіе и оно не было совершено. Въ этихъ случаяхъ имѣется свое основаніе отвѣтственности за причиненный ущербъ, а не одно только упущеніе ⁴⁾.

Таково господствующее теперь воззрѣніе (см. напр. *v. Wetter. Les obligations v. 3 p. 395 — 397; Windscheid. Pand. Bd. 2 § 455*). Но нѣкоторые писатели (напр. *Dernburg. Pand. Bd. 2 p. 341 n. 11*) допускаютъ отвѣтственность за ущербъ причиненный опущеніемъ, хотя положительныхъ и безспорныхъ свидѣтельствъ за такой взглядъ нельзя привести. Безъ таковыхъ же свидѣтельствъ нельзя признать отступленіе отъ основнаго начала о безотвѣтственности за одно бездѣйствіе.

3) За причинившимъ ущербъ должна быть вина, хотя бы самой слабой степени, *culpa levis* ⁵⁾. Поэтому не подлежитъ вознагражденію ущербъ причиненный при отпращиваніи права, какъ напр. при защитѣ отъ нападенія, при спасеніи нашей личности или даже имущества ⁶⁾.

Послѣдствія. По закону Аквилія отвѣтственность распрос-

¹⁾ § ult. I. 4, 3; L. 27 § 21 D. 9, 2; L. 7 § 7 D. 4, 3; L. 14 pr. § 2 D. 19, 5; L. 55 D. 41, 1; L. 50 § 4 D. 47, 2.

²⁾ L. 27 § 20 D. 9, 2.

³⁾ Ср. L. 27 § 9 D. 9, 2 и L. 13 § 2 D. 7, 1.

⁴⁾ См. L. 27 § 9; L. 30 § 3, L. 31 D. 9, 2; L. 15 D. 18, 6; § 6 I. 4, 3.

⁵⁾ L. 44 D. 9, 2: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. См. т. I стр. 253, 254.

⁶⁾ L. 4 pr.; L. 5 § 1; L. 29 § 3 D. 9, 2.

транялась только на вознаграждение стоимости поврежденного предмета, но по толкованию юристов она захватила весь интерес потерпевшего, и не только в объеме положительного уменьшения имущества (*damnum emergens*), но и того прироста, которого потерпевший был лишен (*lucrum cessans*)¹⁾.

Истцом по закону Аквилія могъ быть только собственникъ поврежденной вещи²⁾. Позднѣ искъ, по аналогіи, былъ предоставленъ добросовѣстному владѣльцу³⁾, узуфруктуарію, узуарію и залогопринимателю⁴⁾. Но держащій вещь по обязательственному праву истцомъ по ущербу ея, общимъ правиломъ, быть не можетъ⁵⁾.

Отвѣтчикомъ по причиненному ущербу будетъ всякое прикосновенное къ данному дѣянію лицо, т. е. не только главный дѣятель, но и пособникъ⁶⁾. Если правонарушение совершено нѣсколькими лицами, то каждый отвѣчаетъ въ полномъ объемѣ, если нельзя опредѣлить доли его участія⁷⁾.

Въ случаѣ отвѣткигъ ложно будетъ отвергать свое дѣяніе, то опъ присуждался къ двойной стоимости (*in duplum*)⁸⁾.

Начала о вознагражденіи за имущественный ущербъ въ императорскія времена были примѣнены, по аналогіи (*utilis Aquiliae actio*), къ случаямъ тѣлеснаго поврежденія, причиненнаго свободному человѣку⁹⁾. Потерпевшему предоставлялось требовать покрытия

¹⁾ Gajus 3, 212; § 10 I. 4, 3; L. 21 § 2; L. 22; L. 23 pr. D. 9, 2.

²⁾ L. 11 §§ 6, 7 D. 9, 2.

³⁾ L. 11 § 8; L. 17 pr. D. 9, 2.

⁴⁾ L. 11 § 10; L. 12; L. 17 pr.; L. 30 § 1 D. 9, 2; L. 17 § 3 D. 7, 1.

⁵⁾ Срав. *Pernice* cit. p. 206 и слѣд.

⁶⁾ L. 11 § 1; L. 37 pr. D. 9, 2.

⁷⁾ L. 11 § 2; L. 51 § 1 D. 9, 2. См. *Vangerow. Pand.* 3 § 681 anm. 2.

⁸⁾ § 26 I. 4, 6; L. 2 § 1 D. 9, 2.

⁹⁾ *Weinrich. Die Haftpflicht wegen Körperverletzung u. Tödtung eines Menschen nach den im Deutsch. Reiche geltend. Rechten* 1883.

тратъ на леченіе, возмѣщеніе имущественнаго заработка и вознагражденіе за умаленную работоспособность. Но за изуродованіе и страданіе по римскому праву вознагражденія не полагалось ¹⁾.

Личное оскорбленіе, injuria.

Источники: Inst. 4, 4 de injuriis; Dig. 47, 40 de injuriis et famosis libellis; Cod. 9, 35 de injuriis.

Пособія: Wächter. Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen, 1874; Thering. Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen въ Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 23 n. 6; Landsberg. Injuria und Beleidigung, 1886.

Помятіе. Подъ injuria (отъ in, non и jus) разумѣется всякое недозволенное дѣйствіе: injuria est quod non jure fit ²⁾. Въ тѣсномъ смыслѣ подъ injuria разумѣется тоже что и contumelia, т. е. злостное посягательство на личность другаго: specialiter... injuria dicitur contumelia... ³⁾.

Признаки. 1) Посягательство на личность другаго. Такое посягательство можетъ выражаться въ нападеніи непосредственно на достоинство или доброе имя даннаго лица, — какъ напр. въ нанесеніи побоевъ, въ оскорбленіи женской чести, чувства стыдливости ⁴⁾, — или въ такомъ нарушеніи его правъ, которое по свойству этихъ правъ и по обстоятельствамъ сопровождавшимъ данное дѣяніе получаетъ значеніе такого же покушенія на личность потерпѣвшаго ⁵⁾. Къ послѣднему относятся такіе случаи, какъ дѣянія препятствующія собственнику въ отправленіи пользованія его вещами ⁶⁾, вторженіе въ чужой домъ или на чужую землю ⁷⁾; и т. п.

¹⁾ L. 5 § 3; L. 6; L. 7 pr.; L. 13 pr. D. 9, 2. Срав. L. 3 D. 9, 1; L. 7 D. 9, 3.

²⁾ Pr. I. 4, 4; L. 1 pr. D. 47, 10; Collatio 2, 5 § 1.

³⁾ L. 1 pr. D. 47, 10.

⁴⁾ L. 1 § 2; L. 9 § 4; L. 10; L. 15 § 1 D. 47, 10.

⁵⁾ См. Thering cit. p. 284.

⁶⁾ L. 24; L. 44 D. 47, 10; L. 25 D. 19, 1.

⁷⁾ L. 15 pr. §§ 2, 5; L. 23 D. 47, 10; L. 21 § 7 D. 47, 2.

Всѣ оскорбленія римское право дѣлитъ на оскорбленія дѣйствіемъ (re) и оскорбленія словомъ (verbis) ¹⁾. Въ качествѣ примѣра послѣдняго вида оскорбленія приводятъ convicium ²⁾, т. е. оскорбленіе, нанесенное рѣчью въ собраніи. Сюда же относится распѣваніе оскорбительныхъ стиховъ (памфлетовъ, carmina famosa) ³⁾. Понятіе оскорбленія не ограничивается лицомъ, къ которому оно непосредственно относится. Можно быть оскорбленнымъ въ собственномъ лицѣ, или въ лицѣ близкихъ ⁴⁾, какъ напр. дѣтей подъ властью, рабовъ, жены, невѣсты; въ памяти умершаго предка могутъ быть оскорблены наслѣдники; и т. д.

2) *Animus injuriandi*. Данное дѣяніе должно сопровождаться намѣреніемъ посягнуть на личность другого: *injuria ex affectu facientis consistit* ⁵⁾. Поэтому не будетъ оскорбленія, когда посягательство на личность совершено въ убѣжденіи своего права на то ⁶⁾, или выражается въ продѣлкахъ ради шутки ⁷⁾.

Послѣдствія оскорбленія въ древнемъ римскомъ правѣ были иногда весьма строги. Такъ за carmina famosa и convicium полагалась смертная казнь ⁸⁾; лишеніе члена (membrum ruptum) давало право на возмездіе равнымъ (talio) ⁹⁾; за нанесеніе тяжкаго увѣчья (os fractum aut collisum) полагалось взыскаііе въ 200, а потомъ въ 300 ассъ; за несвободнаго—150 ассъ ¹⁰⁾. Для остальныхъ видовъ оскорбленія отвѣтственность полагалась общая въ размѣрѣ 25 ассъ. Но такъ какъ цѣнность ассовъ впоследствіи

1) L. 1 § 1 D. 47, 10.

2) Gajus 3, 220; § 1 I. 4, 4; L. 15 § 2 — 4 § 7 — 12; L. 42 D. 47, 10.

3) § 1 I. 4, 4.

4) L. 1 § 3; L. 15 § 24 D. 47, 10.

5) L. 3 § 1 D. 47, 10.

6) L. 3 §§ 2, 4; L. 12 D. 47, 10; § 1 I. 4, 4.

7) L. 3 § 3; L. 15 § 23 D. 47, 10.

8) Cicero de republ. 4, 10 in f.; Paulus 5, 4 § 6.

9) Lex XII tabul. 8 n. 2; Gajus 3, 223; § 7 I. 4, 4.

10) Lex XII. tab. 8 n. 3; Gajus 3, 223; § 7 I. 4, 4.

сильно понизилась, то преторы стали, въ каждомъ данномъ случаѣ, опредѣлять тяжесть оскорбленія по оцѣнкѣ (aestimatio) ¹⁾.

Actio injuriarum было actio poenalis ²⁾ и потому, какъ чисто личный искъ, не переходилъ на наследниковъ ³⁾. Онъ погашался въ продолженіи года (annus utilis) ⁴⁾. Присужденіе по нему вело за собою безчестіе.

Къ разсмотрѣннымъ общимъ видамъ гражданскихъ правонарушеній относятся еще слѣдующія частныя ихъ формы, разработанныя въ преторскомъ эдиктѣ:

I Calumnia ⁵⁾. Лицо, получившее извѣстную сумму ^{а лицу, давшее эту сумму?} calumniae causa, т. е. съ тѣмъ, чтобы начать противъ другого несправедливый процессъ или для того, чтобы воздержаться отъ него, обязано по actio de calumnia (in factum) уплатить угрожаемому лицу четверной суммой полученнаго (in quadruplum ejus rescipiae) за первый годъ и только полученную сумму (in simplum)— по истеченіи года ⁶⁾. Искъ этотъ не переходитъ къ наследникамъ; противъ же наследниковъ отвѣтчика онъ осуществляется лишь на дошедшее къ нимъ отъ правонарушенія (in id, quod ad eos pervenit) ⁷⁾. Полученное за воздержаніе отъ неправого процесса можно было востребовать и по началамъ condictio ob turpem causam ⁸⁾.

II Воспрепятствованіе къ явкѣ на судъ ⁹⁾. Кто препятствуетъ явкѣ вызываемаго истцомъ къ суду (in jus vocatus), тотъ от-

¹⁾ Aulus Gellius. Noctes att. 20, 1; L. 17 § 5 D. 47, 10.

²⁾ L. 8 C. 9, 35. См. Landsberg cit. p. 90.

³⁾ L. 13 pr. D. 47, 10.

⁴⁾ L. 5 C. 9, 35.

⁵⁾ Dig. 3, 6 de calumniatoribus (Cod. 9, 46 de calumniatoribus говорить объ особомъ видѣ calumnia, чуждомъ гражданскому праву).—Glück. Erläuter d. Pand. Bd. 5 p. 386 и слѣд.

⁶⁾ L. 1 pr. D. 3, 6.

⁷⁾ L. 4; L. 5 pr. D. 3, 6.

⁸⁾ L. 5 § 1 D. 3, 6. См. Vangerow. Pand. Bd. 3 § 694.

⁹⁾ Dig. 2, 7 ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. —Glück. Erläuter. d. Pand. 3 p. 421 и слѣд.

вѣчаетъ (по actio in factum) истцу въ качествѣ штрафа суммой равной исковой суммѣ ¹⁾. Равнымъ образомъ отвѣчаетъ по actio in factum и тотъ, который воспрепятствовалъ явкѣ предъ магистратомъ той процессуальной сторонѣ, которая представила cautio iudicio sisti, обезпеченіе въ этой явкѣ или ея противника ²⁾. Мѣра ответственности опредѣляется оцѣнкой интереса судьей ³⁾.

Alienatio iudicii mutandi causa facta ⁴⁾. Отчуждающій вещь съ тѣмъ, чтобы затруднить осуществленіе права третьяго лица на эту вещь, отвѣчаетъ послѣднему за причиненное неудобство по actio in factum въ размѣрѣ in id quod interest ⁵⁾. Искъ погашается въ одинъ годъ (annus utilis) ⁶⁾. Наслѣдники отвѣчаютъ въ размѣрѣ дошедшаго до нихъ по деликту ⁷⁾.

Совращеніе раба (и сына) ⁸⁾. Семейный главарь могъ особымъ искомъ, actio de servo (de filio) corrupto, взыскать за совращеніе раба (по аналогіи сына) ⁹⁾ къ худшему двойную сумму понесеннаго отъ того убытка.

Къ обязательствамъ изъ правонарушеній должны быть отнесены и личныя отношенія устанавливаемыя въ силу принужденія (угрозъ, *metus* ¹⁰⁾ и обмана (*dolus*) ¹¹⁾.

Если угроза вызоветъ вообще какое либо вредящее угрожаемому дѣйствіе, то устанавливается право требовать возстановленія

¹⁾ L. 5 § 1 D. 2, 7.

²⁾ Dig. 2, 10 de eo, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat.—*Glück.* Erläut. d. Pand. 3 p. 485 и слѣд.

³⁾ L. 3 pr. D. 2, 10.

⁴⁾ Dig. 4, 7; Cod. 2, 55 de alienatione iud. mut. causa facta.—*Glück.* Erläut. d. Pand. 6 p. 54 и слѣд.

⁵⁾ L. 1 pr. D. 4, 7.

⁶⁾ L. 6 D. 4, 7.

⁷⁾ L. 4 § 6; L. 5, 6 D. 4, 7.

⁸⁾ Dig. 11, 3 de servo corrupto; Cod. 6, 2 de furtis et de servo corrupto.—*Glück.* Erläut. d. Pand. Bd. 11.

⁹⁾ L. 14 § 1 D. 11, 3.

¹⁰⁾ Dig. 4, 2 quod metus causa gestum erit; Cod. 2, 20 de his, quae vi metus ve causa gesta sunt. См. т. I стр. 174—176.

¹¹⁾ Dig. 4, 3; Cod. 2, 21 de dolo malo. См. т. I стр. 177, 178.

прежняго состоянія и кромѣ того возмѣщенія понесенныхъ убытковъ ¹⁾. По actio quod metus causa присужденіе идетъ in quadruplum, если присужденный въ продолженіе года не выполнитъ по требованію судьи (arbitrium de restituendo) своего обязательства ²⁾. Противъ наслѣдниковъ виновнаго въ угрозахъ искъ осуществляется только въ размѣрѣ ихъ обогащенія ³⁾.

При всякомъ имущественномъ ущербѣ, вызванномъ злымъ намереніемъ (dolus malus) кого либо, потерпѣвшему предоставлено было преторскимъ эдиктомъ общій искъ, если нельзя было прибегнуть къ другому какому либо спеціальному судебному средству ⁴⁾. Actio de dolo направленъ былъ на возмѣщеніе причиннаго ущерба ⁵⁾, а по истеченіи двухъ лѣтъ на выдачу оставшагося обогащенія отъ обмана ⁶⁾. Искъ этотъ былъ безчестящій и потому не допускался на сумму ниже двухъ золотыхъ ⁷⁾ и противъ лицъ, къ которымъ истецъ обязанъ относиться съ особымъ почтеніемъ ⁸⁾.

Обязательства, вытекающія какъ бы изъ договора. obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur.

Inst. 3, 27 de obligationibus quasi ex contractu.

Rhamm. Der Quasicontract nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft u. Gesetzgebung. 1882.

Рядомъ съ обязательствами, вытекающими изъ договора, Гай и Юстиніанъ ⁹⁾ приводятъ цѣлый разрядъ обязательствъ, имѣющихъ въ основѣ юридическій фактъ, аналогичный договору и потому ими

¹⁾ L. 9 §§ 7, 8; L. 10 § 1; L. 12 pr. § 2; L. 14 § 5; L. 21 § 2 D. 4, 2; L. 4 C. 2, 20.

²⁾ L. 14 §§ 1, 4, 7, 9, 10, 14 D. 4, 2; L. 4 C. 2, 20.

³⁾ L. 16 § 2; L. 20 D. 4, 2.

⁴⁾ L. 1 § 1 D. 4, 3.

⁵⁾ L. 18 pr. § 1 D. 4, 3.

⁶⁾ L. 28 D. 4, 3; L. 8 C. 2, 21.

⁷⁾ L. 9 § 5; L. 10, L. 11 pr. D. 4, 3.

⁸⁾ L. 11 § 1; L. 12 D. 4, 3.

⁹⁾ См. выше стр. 92.

названный какъ бы договоромъ, quasi contractus. Какъ бы договоръ отличается отъ договора полнымъ отсутствіемъ соглашения, но, засимъ, въ остальныхъ признакахъ каждый какъ бы договоръ имѣетъ сходство съ однимъ изъ опредѣленныхъ договоровъ; поэтому и конструкція обязательствъ даннаго рода устанавливается по аналогіи обязательствъ изъ того или другого договора.

Бъ какъ-бы договорахъ слѣдуетъ отнести по сходству съ мандатомъ такъ наз. *negotiorum gestio* и отношенія по *lex Rhodia de jactu*, по сходству съ товариществомъ — т. назыв. *communio incidens*, и, наконецъ, кондикціи. Остальныя сюда относимыя источники обязательственныя отношенія (какъ напр. по опеки, по легату и т. п.) ¹⁾ принадлежатъ къ другимъ отдѣламъ системы.

Завѣдываніе чужими дѣлами безъ порученія, *negotiorum gestio*.

Источники: Dig. 3, 5 de negotiis gestis; Cod. 2, 18.

Пособія: *Ruhstrat* въ Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 32, 33, 34, 64; *Ejusd.* Ueber negotiorum gestio, 1858; *Ejusd.* въ Jahrb. f. d. Dogmatik Bd. 9; Bd. 19, *Ejusd.* въ Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzg. u. Rechtswiss. Bd. 2 (N. F.) p. 365 и слѣд.; *Zimmermann.* Echte u. unechte neg. gest. 1872; *Ejusd.* Die L. v. d. stellvertretenden neg. gest. 1876; *Monroy.* Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, 1878; *Wlassak.* Z. Geschichte d. neg. gest. 1879; *Sturm.* Das neg. utiliter gestum, 1878; *Ejusd.* Das Grundprincip d. neg. gestio, 1882.

Понятіе. Въ случаяхъ завѣдыванія чужими дѣлами безъ порученія и не въ качествѣ представителя по закону (попечителя, опекуна) говорится о *negotiorum gestio* ²⁾. Такое завѣдываніе устанавливаетъ ³⁾ обязательство между завѣдывающимъ (*negotiorum*

¹⁾ См. v. *Wetter.* Les obligat. v. 3 p. 297, 298.

²⁾ § 1 I. 3, 27; L. 5 pr. D. 44, 7.

³⁾ См. формулу эдикта L. 3 pr. D. 3, 5. *Wlassak* cit. p.

gestor) и хозяиномъ (dominus) по содержанию сходное съ обязательствомъ изъ договора довѣренности. Въ основѣ такого обязательства лежитъ предполагаемая воля лица, какъ бы дающаго мандатъ на дѣйствія, которыя онъ самъ не могъ предпринять и которыя имѣютъ въ виду его пользу, интересъ.

Объ основѣ обязательственныхъ отношеній по negotiorum gestio въ наукѣ крайнее разногласіе. См. болѣе полный сводъ возрѣній у Sturm D. negot. utiliter g. p. 104—138. Большинство писателей держится начала субъективнаго, предполагаемой воли хозяина, хотя и расходятся въ ближайшемъ разъясненіи этой основы; такъ одни признаютъ фикцію порученія, другіе — согласія на дѣйствія, и т. п. Нѣкоторые же изъ современныхъ писателей положили въ основу negot. gestio начало объективное. Такъ говорятъ, что обязательственныя отношенія по такому завѣдыванію вытекаютъ прямо изъ положеній закона, ex lege, подобно тому, какъ это установлено для опекуна (Windscheid. Pand. 2 p. 626); другіе къ этому указываютъ и на основной принципъ подобныхъ положеній, а именно utilitas (absentium), интересъ лицъ, не могущихъ самолично совершать данныхъ дѣйствій по имуществу (Sturm. Grundprincip. p. 4 и слѣд.), и потому самимъ закономъ признается обязательность за дѣйствіями другихъ въ интересъ первыхъ. По нашему мнѣнію возрѣніе большинства болѣе убѣдительно уже потому, что въ negot. gestio нельзя отрицать аналогіи съ mandatum, основанномъ на актѣ свободной воли, порученіи, а кромѣ того къ этому субъективному началу въ сущности сводится и противное возрѣніе, такъ какъ въ основѣ закона по negot. gestio или должно заключаться предполагаемое согласіе хозяина на полезныя ему дѣйствія neg. gestor'a, или же законъ этотъ не будетъ имѣть никакихъ мотивовъ (см. Ruhstrat cit.).

Признаки. 1) Веденіе дѣла другого лица. Negotiorum gestor долженъ совершить актъ, прямо, или посредственно, относящійся къ чужому имуществу. Такое завѣдываніе имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ хозяинъ не можетъ (по отсутствію или другой причинѣ) позаботиться о своихъ дѣлахъ ¹⁾. Дѣйствія завѣды-

¹⁾ L. 1; L. 2 D. 3, 5.

вающаго могут непосредственно касаться имущества хозяина, какъ напр. починка его дома ¹⁾, или только по позднѣйшему согласію этого другаго (ratihabitio) могутъ обратиться въ ихъ послѣдствіяхъ на него, напр. покупка матеріала для чужога производства ²⁾. Веденіе дѣлъ по собственому имуществу, хотя бы gestor и считалъ его чужимъ имуществомъ, не будетъ подходить подъ начала negot. gestio ³⁾. Но бываютъ случаи, когда завѣдываніе чужими дѣлами будетъ въ то же время представлять имущественный интересъ и для самаго завѣдывающаго (напр. продажа общаго имущества); тутъ negot. gestio ограничивается лишь касающимся этого другаго лица ⁴⁾.

2) Веденіе чужихъ дѣлъ должно сопровождаться намѣреніемъ дѣйствовать за счетъ другаго, а не должно имѣть цѣлью интересъ самаго завѣдывающаго. Впрочемъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ и въ послѣднихъ случаяхъ допускалось примѣненіе началъ negot. gestio ⁵⁾. Такъ если кто либо съ намѣреніемъ воспользоваться для себя (sui lucri causa) ведетъ чужія дѣла, то отвѣчаетъ по началамъ neg. gestio ⁶⁾. П т. п. ⁷⁾

3) Веденіе дѣлъ не должно имѣть въ основѣ обязанность къ хозяину ихъ (dominus), т. е. не должно основываться на порученіи, или на опека ⁸⁾. Кроме того такое веденіе не должно быть и запрещено (prohibitio); такое запрещеніе устраняетъ самую основу, на которой покоится negot. gestio. Позднѣйшее согласіе (ratihabitio) хозяина на предпріятыя дѣйствія negot. gestor'a превращаетъ все отношеніе въ обязательство по мандату.

За послѣднее имѣется прямое выраженіе Ульпіяна L. 60 D. 50, 17. Но другая юристъ, Сцевола, съ неменьшей категоричностью признаетъ и послѣ ratihabitio на-

1) L. 5 § 13 D. 3, 5.

2) L. 5 § 11 D. 3, 5. *Dernburg. Pand.* 2 p. 315 n. 5.

3) L. 5 § 6 D. 3, 5.

4) L. 5 § 6 in. f. D, 3. 5.

5) Отсюда дѣленіе у германскихъ писателей на echter и unechter negot. gestio. *Zimmermann cit.*

6) L. 5 § 5 D. 3, 5.

7) L. 48 D. 3, 5. См. *Monroy cit.* p. 50.

8) L. 7 § 3 D. 3, 5; L. 24 C. 2, 18.

чала negot. gestio L. 9 D. 3, 5. См. *Ruhstrat* въ Archiv 33 р. 230 и слѣд. За принятое воззрѣніе говоритъ то обетованіе, что послѣдующее согласіе имѣетъ обратное дѣйствіе и слѣдовательно не только для будущаго, но и для прошедшаго, возводитъ gestor'a въ положеніе мандатарія. См. *Vangerow. Pand. 3 § 664 anm. 3.*

Послѣдствія. Negot. gestio производитъ между сторонами дѣйствіе подобное отношенію по мандату. Gestor становится въ положеніе какъ бы мандатарія, а dominus — манданта. Права и обязанности по negotiorum gestio осуществляются исками: actio negotiorum gestorum directa — со стороны хозяина, и actio negot. gest. contraria — со стороны завѣдывающаго ¹⁾). Последній искъ можетъ быть предъявленъ къ хозяину, конечно въ предположеніи, что gestor производилъ дѣйствія съ намѣреніемъ обязать; простой актъ услужливости (ex liberalitate) исключаетъ примѣненіе началъ neg. gestio. Затѣмъ самыя дѣйствія завѣдывающаго должны представлять извѣстную полезность для хозяина, negotium utiliter coeptum ²⁾). Таковыми должны считаться такія дѣйствія, которыя, по убѣжденію завѣдывающаго, предпринялъ бы самъ хозяинъ, если бы ему къ тому не было препятствія ³⁾).

Обязанности завѣдывающаго. Онъ долженъ представить хозяину отчетъ ⁴⁾; выдать все полученное имъ по веденію дѣль ⁵⁾. Затѣмъ, завѣдывающій обязывается продолжать начатое дѣло до его окончанія, хотя бы хозяинъ до того умеръ. По веденію дѣль онъ отвѣчаетъ за всякую вину (omnis culpa) ⁶⁾, а иногда и за случайность (casus fortuitus), если онъ предпринимаетъ такія рискованныя дѣйствія, на которыя не пошелъ бы самъ хозяинъ ⁷⁾.

Хозяинъ прежде всего обязанъ освободить завѣдывающаго отъ

¹⁾ § 1 I. 3, 27.

²⁾ L. 44 D. 3, 5; L. 10 C. 2, 18.

³⁾ См. сводъ воззрѣній на вопросъ у *Windscheid. Pand. 2 § 430 n. 17.*

⁴⁾ § 1 I. 3, 27.

⁵⁾ L. 2; L. 18 § 4; L. 22; L. 27 D. 3, 5

⁶⁾ § 1 I. 3, 27; L. 10 D. 3, 5.

⁷⁾ L. 10 D. 3, 5.

обязательствъ, которыя этотъ принялъ на себя по веденію дѣла, и затѣмъ вознаградить его за всѣ траты ¹⁾). Хозяинъ принимаетъ на себя обязательства по отношенію къ третьимъ лицамъ по тому началу, что веденіе дѣлъ въ результатѣ обратилось на его имущество, actio de in rem verso. Къ третьимъ же лицамъ хозяинъ получаетъ требованія, установленныя въ лицѣ завѣдывающаго, по искамъ аналогичнымъ (*actiones utiles*).

Законъ родосскій о выброшенномъ за бордъ въ море, *lex Rhodia de jactu* ²⁾). Если въ виду морской опасности будетъ пожертвовано имуществомъ кого либо съ цѣлью спасти корабль и цѣль эта будетъ достигнута, то всѣ заинтересованныя въ этомъ дѣлѣ лица должны взять на себя данную жертву пропорціоально охраненному ихъ интересу ³⁾). Такое обязательство было первоначально разработано морскимъ правомъ Родосцевъ и отъ нихъ уже заимствовано римлянами. Отсюда и самое названіе *lex Rhodia de jactu*.

Условія даннаго обязательства слѣдующія:

- 1) Опасность, непосредственно угрожающая кораблю и грузу, какъ-то буря, нашествіе на мель, преслѣдованіе корсарамъ и т. д. ⁴⁾.
- 2) Имущественная жертва. Основная форма жертвы—выбрасываніе за бордъ груза ⁵⁾. Но она можетъ выражаться и въ другихъ приѣмахъ, какъ перегрузка товара на другія болѣе легкія суда и слѣдующее затѣмъ крушеніе послѣднихъ, снесеніе мачтъ, выкупъ отъ пиратовъ и т. п. ⁶⁾. При этомъ всѣ эти мѣры должны исходить отъ капитана корабля. Разъ пожертвованный грузъ будетъ какимъ либо образомъ спасенъ, то примѣненію родоскаго закона нѣтъ мѣста ⁷⁾.

¹⁾ L. 2; L. 9 § 1; L. 21 D. 3, 5.

²⁾ Paulus. Sent. 2, 7; Dig. 14, 2 de lege Rhodia de jactu. —De Schryver. Memoire sur la loi Rhodia de jactu въ Annales des Universités de Belgique v. 2. 1844, p. 371 — 441. Schröder въ Handbuch des Handelsrechts v. Endemann Bd. 4 § 258.

³⁾ Paulus 2, 7 § 1; L. 1; L. 2 § 2 D. 14, 2.

⁴⁾ L. 2 §§ 2, 3; L. 6 D. 14, 2; Paulus 2, 7 § 4.

⁵⁾ L. 1 D. 14, 2.

⁶⁾ L. 2 § 13; L. 3; L. 4 pr.; L. 5 § 1 D. 14, 2.

⁷⁾ L. 4 pr. § 1 D. 14, 2.

3) Жертва должна имѣть цѣлью спасти корабль. Всякій случайный имущественный ущербъ падаетъ на одного собственника.

4) Дѣйствительное спасеніе судна отъ угрожавшей ему опасности ¹⁾.

Послѣдствія. Всѣ заинтересованныя лица должны пропорціонально участвовать въ возмѣщеніи ущерба. Заинтересованными признаются: собственникъ корабля и собственники груза, въ томъ числѣ и собственникъ груза, пожертвованнаго для спасенія корабля ²⁾. Прежде всего вычисляется объемъ всего имущества ради котораго принесена жертва, и опредѣляется величина понесенной жертвы, а затѣмъ уже участіе въ ущербѣ каждаго заинтересованнаго опредѣляется пропорціонально его интересу ³⁾. Цѣна спасеннаго груза опредѣляется по мѣсту его доставки, а принесеннаго въ жертву—по мѣсту отправления ⁴⁾.

Указанными случаями ограничивается примѣненіе *lex Rhodia de jactu*. Въ принципѣ же нельзя отказать въ приложеніи данныхъ началъ, по аналогіи, и къ другимъ случаямъ, когда имущество одного лица приносится въ жертву для спасенія имущества другихъ. Но при этомъ распространеніи родоскаго закона нельзя устанавливать общаго обязательнаго для всѣхъ случаевъ начала. Условія, въ которыхъ находятся угрожаемыя имущества, могутъ не представлять одинаковую мѣру опасности. Отсюда и разногласіе между писателями въ примѣненіи, по аналогіи, родоскаго закона. Ср. *De Schryver* cit. p. 439, 440; *Windscheid*. Pand. 2 § 403 n. 13; *Ihering* въ *Jahrb. f. d. Dogmat.* 10 p. 348.

Случайная имущественная общность, *communio incidens.*

Источники: Dig. 10, 1 finium regundorum; Cod. 3, 39. — Dig. 10, 2 familiae erciscundae; Cod. 3, 36.—Dig.

¹⁾ L. 5 pr. D. 14, 2.

²⁾ L. 2 pr. § 2 D. 14, 2.

³⁾ L. 2 pr. D. 14, 2.

⁴⁾ L. 2 § 4 D. 14, 2.

10, 3 communi dividundo; Cod. 3, 37.—Cod. 3, 38 communia utriusque iudicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo.

Случайная имущественная общность, *communio incidens* ¹⁾, имѣеть мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда въ основѣ ея не будетъ никакого соглашения ²⁾. Такая общность наступаетъ при наслѣдованіи нѣсколькихъ ³⁾, при отказѣ одной и той же вещи нѣсколькимъ ⁴⁾, при смѣшеніи вещей различныхъ собственниковъ ⁵⁾, при потерѣ границъ двухъ участковъ ⁶⁾; и т. д.

Отношенія по случайной общности опредѣляются аналогично отношеніямъ по товариществу. *см. стр. 163*

Каждый общникъ обязанъ представить всеѣмъ участникамъ приобрѣтенное имъ по общему имуществу ⁷⁾. Онъ обязанъ примѣнять въ общемъ дѣлѣ радѣніе, обычное для своихъ дѣлъ (*diligentia, quam in suis rebus adhibere solet*), т. е. несетъ отвѣтственность за culpa in concreto ⁸⁾.

Съ другой стороны общникъ имѣеть право на пользованіе общимъ имуществомъ ⁹⁾, на возмѣщеніе сдѣланныхъ по нему затратъ ¹⁰⁾ и, наконецъ, на раздѣлъ. Отъ послѣдняго права даже нельзя было отказаться на всегда по соглашенію ¹¹⁾.

По случайной общности возникаютъ слѣдующіе иски ¹²⁾: *actio familiae erciscundae*, по общему наслѣдству, *actio finium*

¹⁾ Выраженіе, составленное на основаніи описательныхъ словъ источниковъ. См. L. 31 D. 17, 2; L. 25 § 16 D. 10, 2.

²⁾ § 3 I. 3, 27.

³⁾ L. 31 D. 17, 2; L. 25 § 16. D. 10, 2.

⁴⁾ § 3 I. 3, 27.

⁵⁾ См. т. I стр. 415, 416.

⁶⁾ L. 2 § 1 D. 10, 1.

⁷⁾ L. 14 pr. D. 10, 3.

⁸⁾ L. 8 § 2; L. 20; L. 28 D. 10, 3; L. 25 § 16 D. 10, 2.

⁹⁾ L. 12; L. 23 D. 10, 3; L. 4 D. 33, 3.

¹⁰⁾ L. 3 pr.; L. 4 § 3; L. 6 pr.—§§ 3, 12 D. 10, 3.

¹¹⁾ L. 14 § 2 D. 10, 3.

¹²⁾ § 20 I. 4, 6.

regundorum, по общности изъ потерянныхъ границъ, и actio communi dividundo, по остальнымъ случаямъ общности.

Кондикціи, *Conditiones*.

Источники: Dig. 12, 6; Cod. 4, 5.—Dig. 12, 4; Cod. 4, 6.—Dig. 12, 5; Cod. 4, 7.—Dig. 12, 5; Cod. 4, 9.—Dig. 12, 7; Cod. 4, 9.

Пособія: Glück. Erläut. d. Pand. Bd. 13; *Ereleben*. Die conditiones sine causa, 1850—1852; *Witte*. Die Bereicherungsklagen, 1859; *Voigt*. Die conditiones ob causam, 1862.

Всякое безосновательное приобрѣтеніе изъ чужого имущества рождаетъ личный искъ на возвращеніе, а именно *condictiones*. Какъ объ особомъ видѣ обязательствъ по кондикціямъ можетъ быть рѣчь только для случаевъ видѣ договорнаго приобрѣтенія изъ чужого имущества ¹⁾.

Признака такихъ обязательствъ ²⁾ два:

1) Приобрѣтеніе изъ чужого имущества. *Jure naturae aequum est, neminem cum detrimento alterius et injuria fieri locupletiores* ³⁾. Родъ приобрѣтенія можетъ быть самый разнообразный, напр. приобрѣтеніе собственности, владѣнія ⁴⁾, иного вещнаго права ⁵⁾ на чужую вещь, приобрѣтенія обязательства ⁶⁾, освобожденіе отъ ограниченія собственности ⁷⁾, отъ долга ⁸⁾; всякая

¹⁾ О времени появленія такихъ обязательствъ см. *Voigt* cit. p. 226.

²⁾ О наименованіи „безосновательное обогащеніе“ (*ungerechtfertigte Bereicherung*) см. *Dernburg*. Pand. Bd. 2 p. 354 и п. 13.

³⁾ L. 206 D. 50, 17.

⁴⁾ L. 4 § 2 D. 12, 1; L. 15 §§ 1, 2 D. 12, 6.

⁵⁾ L. 12 D. 12, 6.

⁶⁾ L. 1 pr. §§ 1, 2; L. 3 D. 12, 7; L. 7 C. 4, 30.

⁷⁾ L. 5 § 6 D. 24, 1.

⁸⁾ L. 4; L. 10 D. 12, 4; L. 24 D. 39, 6.

экономія на счетъ другого ¹⁾). Данный признакъ не требуетъ непосредственнаго перехода цѣнностей изъ имущества одного къ другому.

2) Безосновательность приобрѣтенія. Приобрѣтеніе изъ чужого имущества не должно имѣть опредѣленнаго, признаваемаго закономъ, основанія, justa causa.

Constat, id demum posse condici alicui, quod vel non ex justa causa ad eum pervenit, vel redit ad non justam causam L. 1 § 3 D. 12, 7; L. 66 D. 12, 6.

По характеру такой безосновательности всѣ кондикціи дѣлятся на слѣдующіе классы:

Condictio indebiti ²⁾). Когда совершаются дѣйствія, направленныя на выполненіе предполагаемаго, но въ дѣйствительности не существующаго, обязательства, то послѣдствія такого выполненія предоставляется уничтожить особымъ искомъ о недолжномъ, condictio indebiti. Условія его слѣдующія:

1) Несуществованіе долга ³⁾). Несуществующимъ долгомъ признается прежде всего долгъ, который вовсе не устанавливался, или при данныхъ обстоятельствахъ не могъ быть установленъ ⁴⁾). До выполненія условія условное обязательство также считается несуществующимъ ⁵⁾). Затѣмъ безразлично, будетъ ли ничтожность ipso jure или вызываема чрезъ осуществленіе exceptio perpetua ⁶⁾). Наоборотъ, долгъ признается существующимъ, когда рѣчь идетъ объ естественномъ обязательствѣ ⁷⁾, о нравственной обязанности, напр. жена представляетъ приданное въ предположеніи своей обязанности къ тому ⁸⁾.

¹⁾ L. 65 § 7 D. 12, 6.

²⁾ Dig. 12, 6 de condictione indebiti; Cod. 4, 5.—*Zimmermann*. Beiträge zur Théorie der condictio indebiti, 1868.

³⁾ См. *Vangerow*. Pandekt. Bd. 3 § 625 anm. 1.

⁴⁾ L. 2 § 1; L. 37 D. 12, 6, L. 16 D. 18, 1; L. 7 D. 18, 4.

⁵⁾ L. 16 pr. § 1; L. 18, L. 48; L. 60 § 1 D. 12, 6. См. т. I стр. 193.

⁶⁾ L. 26 §§ 3, 7; L. 30; L. 32 § 1; L. 40 pr. § 2; L. 43 D. 12, 6.

⁷⁾ L. 13; L. 19 pr.; L. 38 pr.; L. 40 pr.; L. 51; L. 64 D. 12, 6.

⁸⁾ L. 32 § 2 D. 12, 6.

Нѣкоторые писатели (напр. *Baron. Pand.* § 281) относятъ сюда и тотъ случай, когда по должному капиталу уплачиваются проценты въ убѣжденіи, что они выгодны. L. 26 pr. D. 12, 6. Срав. *Dernburg. Pand.* 2 p. 357 n. 9.

Кромѣ того, вполне установленнымъ, хотя и не подлежащимъ еще выполнению, считается долгъ *in diem*, на срокъ ¹⁾.

Будетъ уплатой недолжнаго, когда она совершена не настоящему кредитору ²⁾, не настоящимъ должникомъ ³⁾, или имѣетъ предметомъ не должную вещь ⁴⁾.

2) Вторымъ условиемъ для *condictio indebiti* будетъ извинительное заблужденіе, при которомъ совершается выплата ⁵⁾. Сознательная уплата недолжнаго разсматривается, какъ дареніе ⁶⁾. Сюда относятся и тѣ случаи, когда выполненіе недолжнаго происходитъ изъ страха двойной уплаты (*lis infitiando crescit in duplum*) ⁷⁾, въ частности—по судебному рѣшенію, которое можно было обжалованіемъ отмѣнить ⁸⁾.

Заблужденіе должно быть извинительнымъ ⁹⁾; слѣдовательно по общему началу ¹⁰⁾ не должно касаться нормъ положительнаго права ¹¹⁾.

3) Принимающему уплату не должна быть вѣнена недобросовѣстность (*mala fides*) при полученіи недолжнаго; иначе онъ счи-

¹⁾ L. 10 D. 12, 6. См. т. I стр. 205.

²⁾ L. 6 §§ 1, 2; L. 22; L. 65 § 9 D. 12, 6.

³⁾ L. 19 § 1; L. 65 § 9 D. 12, 6.

⁴⁾ L. 19 §§ 3, 4; L. 20; L. 26 §§ 4—6; L. 31; L. 32 pr. § 3 D. 12, 6.

⁵⁾ L. 1 § 1; L. 24. L. 26 §§ 2, 3 D. 12, 6; L. 9 pr. C. 4, 5.

⁶⁾ L. 53 D. 50, 17. Ср. L. 65 § 2 D. 12, 6.

⁷⁾ § 7 I. 3, 27; L. 4 C. 4, 5; L. 2 C. 4, 31.

⁸⁾ L. 36 D. 10, 2; L. 74 § 2 D. 5, 1; L. 29 § 5 D. 17, 1; L. 1 C. 4, 5; L. 2 C. 4, 31.—О темномъ положеніи: „*poenae non solent repeti, quum depensae sunt*“ (L. 42 D. 12, 6) см. *Vangerow. Pand.* 3 § 625 p. 393.

⁹⁾ См. *Vangerow. Pand.* 3 § 625 p. 395—398.

¹⁰⁾ См. т. I стр. 172.

¹¹⁾ L. 25 pr. D. 22, 3; L. 10 C. 1, 18; L. 9 § 5 D. 22, 6; L. 6; L. 7 C. 4, 5; L. 9 C. 6, 50. Справ. *Wächter. Pand.* 2 p. 502.

тается совершившимъ воровство и отвѣчаетъ по болѣе строгому иску, condictio furtiva 1).

Въ ближайшемъ опредѣленіи недобросовѣтности принимающаго уплату наука представляетъ большое разногласіе. См. *Vangerow. Pand.* 3 § 625 p. 398—402.

При осуществленіи condictio indebiti истецъ долженъ доказать выполненіе долга, несуществующаго, но имъ предполагаемаго 2). Въ случаѣ отвѣтчикъ будетъ отрицать какое либо выполненіе, то истецъ можетъ ограничиться доказательствомъ только послѣдняго, а затѣмъ уже отвѣтчику предстоитъ доказать наличность долга 3). Такая же обязанность доказывать существованіе долга лежитъ на отвѣтчикѣ всегда, когда истцами по condictio indebiti будутъ несовершеннолѣтніе, солдаты, крестьяне, вообще лица простаго ума 4).

Condictio causa data causâ non secuta, condictio ob causam datorum 5), примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда совершается предоставленіе чего либо въ виду будущей добропорядочной цѣли и цѣль эта не осуществляется.

Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est L. 1 § 1 D. 12. 5; L. 52 in f.; L. 65 § 4 D. 12, 4; L. 1 §§ 1, 2; L. 4 D. 12, 7.

Условія данной кондикціи слѣдующія:

1) Какое либо предоставленіе со стороны истца отвѣтчику. Оно можетъ состоять или въ передачѣ вещи (*datio*, напр. денегъ) 6),

1) L. 18 D. 13, 1; L. 43 pr. D. 47, 2.

2) L. 25 pr. D. 22, 3. См. *Witte* cit. p. 161 и слѣд.

3) L. 25 pr. § 2 D. 22, 3.

4) L. 25 § 1 D. 22, 3.

5) Dig. 12, 4 de condictione causa data causa non secuta. Cod. 4, 6 de condictione ob causam datorum—*Wendt. Reurecht u. Gebundenheit* H. 1, 1878.

6) L. 1 pr. § 1; L. 3 pr. D. 12, 5.

или въ обѣщаніи (*promissio*) ¹⁾, или въ иномъ какомъ либо дѣйствіи ²⁾.

2) Предоставленіе должно быть совершено ради условенной между сторонами будущей добропорядочной цѣли (*causa futura honesta*). Она можетъ состоять въ дѣйствіи отвѣтчика; сюда относятся безымянные договоры ³⁾. Она можетъ состоять и во всякомъ другомъ юридическомъ фактѣ, который будетъ или чисто случайнымъ (напр. при дареніяхъ на случай смерти дарителя раньше одареннаго) ⁴⁾, или зависимымъ отъ участія отвѣтчика (напр. предоставленіе приданнаго въ предположеніи вступленія въ бракъ) ⁵⁾.

3) Предполагаемая цѣль не осуществляется ⁶⁾. Причина такого неосуществленія безразлична; его можетъ вызвать случай ⁷⁾, вина дающаго ⁸⁾. Но иногда предполагается, что принимающій можетъ удержать за собою полученное, если онъ не виновенъ въ неосуществленіи цѣли; при тахъ называемыхъ *dationes sub modo* ⁹⁾.

Condictio ob turpem causam ¹⁰⁾ примѣняется въ тѣхъ случаяхъ, когда совершается какое либо предоставленіе въ виду будущей, безнравственной для принимающаго, цѣли (*causa futura inhonesta*). Напр. дѣлается предоставленіе съ цѣлью удержать принимающаго отъ совершенія преступленія ¹¹⁾. И т. п. ¹²⁾. При этомъ данная кондикція примѣняется и послѣ осуществленія принимающимъ безнравственной цѣли ¹³⁾. Но не примѣняется данная кон-

1) L. 1 § 2 D. 12, 7; L. 24 D. 39, 6.

2) L. 4 C. 4, 9; L. 7 C. 4, 30.

3) L. 3 §§ 2, 3; L. 5 pr. D. 12, 4; L. 5 § 1; L. 7 D. 19, 5.
см. выше стр. 178, 179.

4) L. 12 D. 12, 4.

5) L. 6; L. 10 D. 12, 4.

6) См. Windscheidt. Pand. 2 § 427.

7) L. 16 D. 12, 4.

8) L. 1 § 1 D. 12, 4.

9) См. т. I стр. 212; L. 8 C. 4, 6.

10) Dig. 12, 5 de conditione ob turpem vel injustam causam; Cod. 4, 7 de conditione ob turpem causam.

11) L. 2 pr.; L. 4 § 2 D. 12, 5.

12) L. 2 § 1; L. 4 § 4; L. 9 pr. § 1 D. 12, 5.

13) L. 9 pr. D. 12, 5.

дикція на возвращеніе даннаго, если будетъ доказана въ то же время безнравственность цѣли со стороны дающаго, напр. подкупъ судьи и т. п. ¹⁾).

IV
Condictio ob injustam causam ²⁾ примѣняется въ случаяхъ обогащенія изъ правонарушенія или изъ закономъ неодобряемой сдѣлки, напр. изъ даренія между супругами ³⁾, изъ лихвенныхъ процентовъ ⁴⁾; и т. п. ⁵⁾.

I
Condictio sine causa ⁶⁾ предусматриваетъ все тѣ случаи безосновательныхъ приобрѣтеній на счетъ другого, которыя не подпадаютъ подъ признаки разсмотрѣнныхъ кондикцій.

Условій данной кондикцій два:

1) Приобрѣтеніе отвѣтчикомъ имущества на счетъ истца ⁷⁾ не только путемъ передачи послѣднимъ первому, но и всякимъ другимъ способомъ, напр., по обработкѣ, или по продажѣ добросовѣстнымъ владѣльцемъ чужой вещи ⁸⁾.

2) Такое приобрѣтеніе должно имѣть основаніе или съ самого начала несуществующее или позднѣе прекратившееся ⁹⁾.

Вотъ нѣкоторыя изъ важнѣйшихъ случаевъ примѣненія *condictio sine causa* ¹⁰⁾.

а) Не имѣется достаточнаго основанія для приобрѣтенія съ самаго начала. Сюда относятся прежде всего случаи завѣдомыхъ иму-

1) L. 2 § 2; L. 3; L. 4 pr. § 1 D. 12, 5.

2) Dig. 12, 5 de conditione ob turpem vel injustam causam; Cod. 4, 9 de conditione ex lege et sine causa vel injusta causa.

3) L. 5 § 18; L. 6 D. 24, 1.

4) L. 18 C. 4, 32.

5) L. 6; L. 7 D. 12, 5; L. 3 C. 3, 43; L. 3 C. 4, 9.

6) Dig. 12, 7 de conditione sine causa; Cod. 4, 9 de conditione ex lege et sine causa vel injusta causa. — *Kiesselbach* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik.* Bd. 5.

7) L. 1 § 3 D. 12, 7; L. 30 pr. D. 19, 1.

8) L. 4 § 2; L. 23 D. 12, 1; L. 24 § 1; L. 30 pr. D. 19, 1.

9) L. 1 §§ 2, 3; L. 4 D. 12, 7.

10) См. *Vangerow.* Pand. Bd. 3 § 628; v. *Wetter.* Les obligat. 3 p. 348—351.

щественныхъ выдачъ по запрещеннымъ сдѣлкамъ ¹⁾, какъ напр. по игрѣ ²⁾, по сдѣлкамъ о лихвенныхъ процентахъ ³⁾, по даренію между супругами ⁴⁾. Такое же значеніе имѣютъ выдачи лицами ограниченными въ правѣ отчужденія ⁵⁾ или лицами имѣвшими при этомъ въ виду различныя сдѣлки ⁶⁾. И т. п.

б) По исчезнувшему основанію приобрѣтенія (*propter causam finitam*) допускается *condictio sine causa*, напр., въ случаяхъ обратнаго востребованія даренія по причинѣ неблагодарности ⁷⁾, или задатка (*arra*) послѣ осуществленія договора ⁸⁾, или долговой расписки послѣ погашенія долга ⁹⁾. И т. п.

Направлена данная кондикція на возстановленіе истцу всего имъ утеряннаго *sine causa*: возвращеніе выдачъ, прежнихъ правъ ¹⁰⁾ и т. п.

Объемъ взысканія иногда ограничивается размѣромъ обогащенія отвѣтчика, а именно если онъ былъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ ¹¹⁾. Иногда же потребленіе полученнаго и вовсе освобождаетъ отъ взысканія, какъ при дареніяхъ между супругами ¹²⁾.

По связи съ кондикціями слѣдуетъ рассмотреть вопросъ объ обогащеніи изъ рискованыхъ соглашеній.

Рискованія соглашенія: iura (ludi, lusus) и pari (sponsiones) ¹³⁾. Соглашеніями по игрѣ называются сдѣлки нѣсколькихъ,

¹⁾ L. 5 C. 1, 14

²⁾ L. 3 C. 3, 43.

³⁾ L. 18 C. 4, 32.

⁴⁾ L. 5 § ult.; L. 6 D. 24, 1.

⁵⁾ L. 29 D. 12, 6.

⁶⁾ L. 18 pr. § 1 D. 12, 1.

⁷⁾ L. 7 C. 8, 56.

⁸⁾ L. 11 § 6 D. 19, 1.

⁹⁾ L. 2 C. 4, 9.

¹⁰⁾ L. 22 § 1 D. 12, 7; L. 8 pr. D. 19, 1.

¹¹⁾ L. 3; L. 66 D. 12, 7.

¹²⁾ L. 5 § 18; L. 6 D. 24, 1.

¹³⁾ Dig. 11, 5 de aleatoribus; Cod. 3, 43 de aleae lusu.—
Löwis. Die aleatorischen Verträge im röm. Recht. 1866; *Bruck*.

по которымъ каждое лицо выговариваетъ себѣ или обѣщаетъ какую либо вещь при противоположныхъ условіяхъ; причемъ главною цѣлью служитъ приобрѣтеніе, а условіе, отъ котораго оно зависитъ, состоитъ изъ случайнаго явленія или акта ловкости.

Игра, противорѣча серьезнымъ и полезнымъ жизненнымъ усиліямъ человѣка, всегда считалась у Римлянъ безнравственною и потому запрещенною. Уже рано однимъ сенатусконсултомъ неизвѣстнаго происхожденія было общимъ началомъ запрещено играть на деньги ¹⁾. Постановленіемъ Юстиніана соглашенія по игрѣ объявлены ничтожными ²⁾. Исключеніе допускалось для lusus virtutis, игръ требующихъ искусства, при которыхъ происходилъ certamen pro virtute ³⁾. Юстиніанъ насчитывалъ такихъ игръ числомъ пять, причемъ оговаривалъ, чтобы сумма ставки не превышала одного солида (около 5 руб.) ⁴⁾. По всемъ прочимъ соглашеніямъ по игрѣ нельзя требовать уплаты, а уже уплоченное подлежитъ возвращенію ⁵⁾, на основаніи condictio sine causa, погашавшейся только 50-ти лѣтней давностью ⁶⁾.

Игры, lusus, слѣдуетъ строго отличать отъ такихъ рискованныхъ сдѣлокъ, conventiones aleatoriae, какъ напр. купля на рискъ, а тѣмъ болѣе отъ пари, sponsiones ⁷⁾. И тѣ, и другіе по римскому праву признавались вполне дѣйствительными ⁸⁾. Подъ пари разумѣются соглашенія нѣсколькихъ лицъ, расходившихся по пово-

Ueber Spiel und Wette, 1863; Schönhardt. Alea: ueber d. Bestrafung des Glücksspieles im älteren röm. Rechte, 1885.

¹⁾ L. 2 § 1 D. 11, 5 ср. L. 1 D. 11, 5; L. un. C. 1, 3; Nov. 123 c. 10.

²⁾ L. 1; L. 2 C. 3, 43.

³⁾ L. 3 D. 11, 5.

⁴⁾ L. 1 C. 3, 43. См. также L. 4 пр. D. 11, 5. См. Glück. Erläut. d. Pand. 11 p. 326.

⁵⁾ L. 4 §§ 1, 2 D. 11, 5.

⁶⁾ Löwis cit. p. 21.

⁷⁾ Отъ формулы *spondesne? spondeo*, въ которую обыкновенно облекались пари.

⁸⁾ L. 8 § 1 D. 18, 1;—L. 37 D. 12, 1; L. 108 пр.; L. 129 D. 45, 1; L. 3 D. 11, 5 ср. L. 2 § 1 D. 11, 5.

ду чего либо во мнѣніяхъ, каковыми соглашеніями каждое лицо договариваетъ себѣ что либо на тотъ случай, если мнѣніе его окажется справедливымъ, или обѣщаетъ что либо въ противномъ случаѣ. Пари будетъ недѣйствительнымъ, если содержаніе его безправственно ¹⁾, или если подъ этой формой скрывается игра ²⁾; или будетъ доказанъ за одной изъ сторонъ подвохъ ³⁾ (*dolus*), а именно, если, обладая положительнымъ знаніемъ факта, она будетъ дѣлать видъ сомнѣвающагося и тѣмъ вызывать другую сторону на пари ³⁾. Иски изъ пари, смотря по формѣ соглашенія, будутъ или actiones ex stipulatu или praescriptis verbis ⁴⁾, т. е. смотря потому, будетъ ли пари облечено въ форму стипуляціи, или по аналогіи съ *sacramenti legis actio* данный споръ поведетъ къ поклажѣ условленной суммы по началамъ безъимяннаго договора, do ut des ⁵⁾. Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, какъ простой ractum, оно рождаетъ только естественное обязательство ⁶⁾.

Обязательства какъ бы изъ правонарушенія, *Obligaciones quae quasi ex delicto nascuntur.*

Inst. 4, 5 de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur.

Подъ какъ бы правонарушеніями разумѣются такіа недозволенные дѣйствія, которыя не соединя въ себѣ ни объективнаго, ни субъективнаго признаковъ деликта, ведутъ ко взысканію штрафа или вознагражденію причиненнаго ущерба, или къ тому и другому вмѣстѣ. Отношенія, вытекающія какъ бы изъ правонарушенія, получили правовой характеръ благодаря предоставленію преторомъ иска по нимъ, actio in factum. Но опредѣлить общій характеръ

1) L. 17 § 5 in f. D. 19, 5. См. *Glück. Erläut. d. Pand.* 11 p. 356.

2) L. 3 D. 11, 5. См. *Löwis cit.* § 2.

3) *Vangerow. Pand. Bd.* 3 § 673 p. 524.

4) L. 17 § 5 D. 19, 5.

5) *Löwis cit.* p. 10.

6) v. *Wetter. Les obligations v.* 2 p. 94.

данныхъ обязательствъ невозможно; подъ именемъ *obligat. quae quasi ex delicto nascuntur* источники разумѣютъ отношенія самого разнообразнаго свойства. Для однихъ изъ нихъ предполагается злой умыселъ (*dolus*), для другихъ—простая вина (*culpa*); одни изъ нихъ ведутъ къ штрафу, другіе только къ вознагражденію ущерба, третьи и къ тому, и къ другому.

Къ этого рода обязательствамъ источники относятъ ¹⁾ слѣдующія отношенія: по пристрастному приговору судьи, *judex qui litem suam fecit*, по выбросу предметовъ изъ помѣщенія, *actio de effusis et dejectis*, по опасной выставкѣ и вывѣскѣ предметовъ, *actio de depositis et suspensis*, по ущербу причиненному въ мѣстахъ приюта, *actio de recepto contra nautas, caupones, stabularios* ²⁾ Сюда же, полагаемъ, слѣдуетъ отнести и отношенія по вреду причиненному чужими рабами и животными.

Quasi delictum судьи, judex qui litem suam fecit ³⁾. Законъ дѣлаетъ судью отвѣтственнымъ за ущербъ причиненный его неправильнымъ приговоромъ. По XII Таблицамъ подкупленный судья подвергался смертной казни. При господствѣ формулярнаго процесса сторона, потерпѣвшая по причинѣ отступленія судьи отъ формулы (напр. если при рѣшеніи онъ превыситъ или понизитъ обозначенную въ формулѣ денежную сумму), имѣла право на взысканіе съ него. Съ исчезновеніемъ формулярнаго процесса установилась общая отвѣтственность судьи за неправильный приговоръ, какъ за *quasi delictum* ⁴⁾. Но для такой отвѣтственности требовалось злое намѣ-

¹⁾ Inst. cit.

²⁾ Въ системахъ этому обязательству отводить мѣсто въ самыхъ различныхъ частяхъ обязательственнаго права. См. напр. v. *Wetter*. Les obligat. 3 p. 329 ep. p. 420; *Dernburg*. Pand. 2 § 114.

³⁾ Dig. 50, 13 de extraordinariis cognitionibus, et si judex litem suam fecisse dicitur; Cod. 7, 49 de poena judicis, qui male judicavit, vel ejus, qui judicem vel adversarium corrumpere curavit. — *Weber*. Erört. d. Grundsätze v. der *actio contra judicem qui litem suam fecit* (въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* Bd. 7).

⁴⁾ pr. I. 4, 5; L. 6 D. 50, 13.

реніе (dolus) судьи, пристрастіе по дружбѣ или враждѣ ¹⁾ или по крайней мѣрѣ грубая небрежность (culpa lata), нарушеніе закона по незнанію (per imprudentiam) ²⁾.

Такими приговорами судья какъ бы самъ себя осуждаетъ на вознагражденіе потерпѣвшихъ лицъ, откуда и самое выраженіе judex litem suam facit ³⁾. Искъ на осуществленіе этой отвѣтственности, actio in factum ⁴⁾.

Отвѣтственность хозяевъ помѣщеній за вредъ причиненный выброшенными предметами, actio de effusis et dejectis ⁵⁾. Если изъ дома, расположеннаго на проходимомъ мѣстѣ, будетъ выброшенъ какой либо твердый предметъ, или вылита жидкость, и тѣмъ причинится ущербъ челоуѣку или вещи, — то хозяинъ помѣщенія отвѣчаетъ за данный ущербъ по особому иску actio de effusis et dejectis ⁶⁾. При поврежденіи вещи искъ этотъ направленъ на вознагражденіе двойною стоимостью (in duplum) ⁷⁾. Если будетъ убито свободное лицо, то каждый гражданинъ имѣлъ право вчинить впродолженіе года искъ (actio popularis) на штрафъ въ размѣрѣ 50 солидовъ ⁸⁾. При поврежденіи тѣлесномъ потерпѣвшій (а въ случаѣ его отказа и всякій посторонній) имѣлъ право на взысканіе по оцѣнкѣ судьи (quantum ob eam rem aequum judici videbitur) ⁹⁾. Отвѣчаетъ по иску хозяинъ помѣщенія, хотя онъ и не самъ сдѣлалъ выбросъ, но въ послѣднемъ случаѣ онъ имѣетъ право регресса къ настоящему виновнику ущерба ¹⁰⁾. Utiliter примѣняется данный искъ въ случаѣ зданіе будетъ необитаемо, или если выбросъ совершенъ съ корабля ¹¹⁾.

¹⁾ L. 15 § 1 D. 5, 1; L. 2 C. 7, 49.

²⁾ L. 6 D. 50, 13; L. 5 § 4 D. 44, 7.

³⁾ pr. I. 4, 5; L. 6 D. 50, 13; L. 15 § 1 D. 5, 1.

⁴⁾ L. 6 D. 50, 13.

⁵⁾ Dig. 9, 3 de his, qui effuderit vel dejecerint.—Glück. Erläuter. d. Pand. Bd. 10 p. 392—412.

⁶⁾ L. 5 § 5 init. D. 9, 3.

⁷⁾ § 1 I. 4, 5; L. 1 pr. § 4 D. 9, 3.

⁸⁾ § 1 I. 4, 5; L. 1 pr. § 5; L. 5 § 5 D. 9, 3. См. т. I стр. 278.

⁹⁾ L. 1 pr.; L. 5 § 5 D. 9, 3.

¹⁰⁾ L. 5 § 4 D. 9, 3.

¹¹⁾ L. 5 § 3; L. 6 § 3 D. 9, 3.

Если въ данномъ помѣщеніи будутъ нѣсколько жильцовъ, то отвѣтственность между ними солидарная ¹⁾.

III
Отвѣтственность за опасное выставленіе и вывѣшываніе предметовъ, actio de depositis et suspensis ²⁾. Если на выступахъ въ проходимомъ мѣстѣ будутъ положены или вывѣшаны вещи тагъ, что могутъ угрожать ушибомъ отъ своего паденія людямъ или вещамъ, то всякій гражданинъ имѣетъ право особымъ искомъ, actio de deposito et suspensio, требовать отъ виновнаго штрафа въ размѣрѣ 10 солидовъ ³⁾.

IV
Отвѣтственность за ущербъ, причиненный въ мѣстахъ пріюта, actio de recepto contra nautas, caupones, stabularios ⁴⁾. Содержатели помѣщеній для пріюта путешественниковъ (caupones), судохозяева (nautae), содержатели стойлудъ (stabularii), отвѣчаютъ за сохранность принятыхъ вещей вмѣстѣ съ ихъ хозяевами, или отдѣльно, по особому иску, actio de recepto ⁵⁾. При этомъ содержатели отвѣчаютъ за ущербъ, не только ими самими непосредственно причиненный ⁶⁾, но и за ущербъ причиненный ихъ служителями ⁷⁾ и даже другими путешественниками ⁸⁾. Отвѣтственность снимается только при соглашеніи о томъ съ путешественникомъ ⁹⁾ и если ущербъ причиненъ несчастнымъ случаемъ (casus fortuitus) ¹⁰⁾. Отъ данной отвѣтственности не освобождаетъ одно объявленіе хозяина, которымъ онъ отклоняетъ отъ себя обязанность блюсти за цѣлостью принятыхъ вещей ¹¹⁾. По по-

1) L. 1 §§ 10..... L. 4 D. 9, 3.

2) Dig. 9, 3 cit.

3) § 1 I. 4, 5; L. 5 §§ 6—13 D. 9, 3.

4) Dig. 4, 9 nautae caupones stabularii ut recepta restituant. — Müller. Ueber die de recepto actio etc. 1857 ed. 2...
Wyss. Die Haftung für fremde Culpa nach röm. Recht, 1867
p. 57 слѣд.; 79 слѣд.

5) L. 1 pr.; L. 3 § 5 D. 4, 9.

6) L. 1 § 1 in f. D. 4, 9.

7) L. 3 § 3 D. 4, 9.

8) L. 2 D. 4, 9.

9) L. 7 pr. D. 4, 9.

10) L. 3 § 1 D. 4, 9.

11) L. 7 pr. D. 4, 9.

ложительному праву на него возлагается обязанность отвѣчать въ силу одного факта принятія вещей (*recipit autem... illatae sunt*) ¹⁾ въ свое помѣщеніе, а потому онъ и не можетъ снять съ себя отвѣтственности по одному лишь своему произволу. Но при этомъ вполне отъ воли хозяина зависитъ, принять къ себѣ даннаго путника съ вещами, или отказать ему въ приютѣ ²⁾.

Отвѣтственность господъ за вредъ причиненный рабами и животными ³⁾. По основному началу римскаго права отецъ семейства отвѣчалъ за ущербъ причиненный проступкомъ домочадца, господинъ — за раба, собственникъ — за животное ⁴⁾. Императоръ Юстиніанъ уничтожилъ отвѣтственность за домочадцевъ ⁵⁾ и такимъ образомъ въ позднѣйшемъ правѣ остались только двѣ послѣднія формы отвѣта.

Отвѣтъ господина за раба ⁶⁾ объясняется ⁷⁾ тѣмъ, что послѣдній никакого своего имущества не имѣлъ, а потому не былъ въ состояніи дать удовлетвореніе за гражданское правонарушеніе; въ то же время господинъ разсматривался какъ естественный его представитель. Но господинъ могъ отклонить отъ себя отвѣтственность, выдавъ виновнаго раба потерпѣвшему (*noxae dare vel dedere, noxae deditio*) ⁸⁾.

Actio noxalis есть actio in rem scripta, т. е. по нему отвѣчаетъ всякій тотъ, къ кому перейдетъ собственность на данна-

¹⁾ L. 1 § 8 D. 4, 9.

²⁾ О мнимомъ противорѣчии двухъ положеній юриста Ульпіяна L. 1 § 1 D. 4, 9 и L. un. § 6 D. 47, 5. См. *Vangerow. Pand.* 3 § 648 Anm. 1.

³⁾ Inst. 4, 8 de noxalibus actionibus; Dig. 9, 4; Cod. 3, 41.—Inst. 4, 9 *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*; Dig. 9, 1.—*Wyss. Die Haftung für fremde Culpa nach röm. Recht 1867; Girard. Les actions noxales* въ *Nouvelle revue historique de droit franç. et étrang.* 1887 n. 4 p. 409—449; *Radloff. Die Haftung d. Eigenthümers f. d. durch Thiere angerichtete Schaden nach röm. Recht, 1883.*

⁴⁾ L. 1 § 10 D. 9, 1.

⁵⁾ § 7 I. 4, 8.

⁶⁾ Gajus 4, 75, 76; pr. § 4 I. 4, 8; L. 1 D. 9, 4.

⁷⁾ v. *Wetter. Les obligations* v. 3 p. 425.

⁸⁾ Gajus 4, 75; L. 1; L. 4 § 3; L. 5 pr. D. 9, 4.

8.13.612

го раба: noxa sequitur caput 1). Только съ момента litis contestatio перемѣна собственника не имѣетъ значеніе 2).

Подобными же началами опредѣлялась отвѣтственность хозяина за вредъ (rauperies) причиненный его животными 3). Но при этомъ требовалась наличность слѣдующихъ признаковъ. При нанесеніи вреда животное должно было обнаружить качества несвойственныя его породѣ 4). Кромѣ того въ такомъ проявленіи не должно сказаться участіе чловѣка 5). Искъ по такому вреду назывался actio de rauperie. Въ отличіе отъ этого иска римское право знало искъ о простой потравѣ животными чужого участка безъ чьей либо вины, actio de pastu 6).

Особая отвѣтственность полагалась по эдикту эдиловъ за опасныхъ животныхъ, которыхъ хозяинъ содержалъ на проходныхъ мѣстахъ 7).

Обязательства, вытекающія непосредственно изъ закона, ex legis dispositione.

Кромѣ изложенныхъ до сего видовъ обязательствъ, римское право знало такія обязательственныя отношенія, которыя устанавливаются не въ силу договоровъ или правонарушеній, или въ силу обстоятельствъ подводимыхъ по аналогіи подъ тѣ или другія, но которыя вытекаютъ прямо изъ постановленій закона, ex legis dispositione. Сюда принадлежатъ слѣдующія обязательства:

Заявленіе о новой работѣ, operis novi nuntiatio 8), сос-

1) L. 1 §§ 12, 13 D. 9, 1.

2) L. 37; L. 38 pr. D. 9, 4.

3) § 1 I. 4, 9; L. 4 D. 9, 1.

4) L. 1 §§ 4—7, 10, 11; L. 5 D. 9, 1.; pr. I. 4, 8.

5) L. 1 § 5 D. 9, 1; L. 8 § 1 D. 9, 2.

6) Paulus 1, 15 § 1; L. 14 § 3 D. 19, 5; L. 6 C. 3, 35.

7) L. 40 § 1; L. 41; L. 42 D. 21, 1; § 1 I. 4, 9.

8) Dig. 39, 1 de operis novi nuntiatione; Dig. 43, 25 de remissionibus; Cod. 8, 11 de novi operis nuntiatione. — Stölzel. Die Lehre von der operis novi nuntiatio etc. 1865; Hesse. Das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmen u. andere Veränderungen

тоить въ томъ, что лицо, угрожаемое ущербомъ отъ вновь предпринятыхъ работъ по постройкѣ, требуетъ пріостановки данныхъ работъ 1).

Условія такого заявленія: 1) Прежде всего требуется начало новыхъ работъ по постройкѣ. Работы эти могутъ состоять или въ возведеніи построекъ на землѣ или въ измѣненіи, разрушеніи прежнихъ построекъ (*opus novum in solo factum* или *solo conjunctum* 2). При этомъ участокъ, на которомъ будетъ предпринята работа, можетъ быть частною или общественною собственностью 3), принадлежать самому заявителю или предпринимателю 4), быть городскимъ или деревенскимъ 5).

2) Новая работа должна угрожать ущербомъ заявителю.

Nuntiatio fit aut juris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publicis juris tuendi gratia L. 1 § 16 D. 39, 1.

Такъ работой этой предприниматель можетъ присвоить ^{себѣ} ему не принадлежащій сервитутъ надъ участкомъ заявителя, или нарушить отправленіе сервитута, принадлежащаго заявителю 6); можетъ паденіемъ постройки угрожать чужому участку 7); при постройкѣ могутъ быть несоблюдены строительныя предписанія 8); постройка можетъ быть сдѣлана на общественной землѣ 9). И т. д.

3) Согласно характеру вреда, угрожаемого новой работой, право заявленія принадлежитъ прежде всего собственнику участка, на

gen an Grundstücken oder das interdictum quod vi aut clam und die operis novi nuntiatio 1866; Burkhard. Die operis novi nunciatio 1871.

1) L. 1 pr. D. 39, 1.

2) L. 1 §§ 11—14 D. 39, 1.

3) L. 1 §§ 14 in f., 17 i. f. D. 39, 1.

4) L. 5 § 8, 9 D. 39, 1.

5) L. 1 § 14 in. D. 39, 1.

6) L. 5 §§ 8, 9 D. 39, 1.

7) L. 1 § 17 in. D. 39, 1.

8) L. 1 § 17 D. 39, 1.

9) L. 1 § 17 in f. D. 39, 1.

которомъ отражается эта работа ¹⁾, затѣмъ—имѣющимъ на него право залога ²⁾, эмфитевзиса, суперфіція ³⁾, личного сервитута (узифруктуарій, но только *procuratorio nomine*) ⁴⁾, или только добросовѣстное владѣніе ⁵⁾. Наконецъ, заявленіе можетъ сдѣлать *publici juris tuendi gratia* и всякій римскій гражданинъ ⁶⁾.

4) Заявленіе не требовало какой либо формы ⁷⁾; но оно должно было быть сдѣлано вблизи производимой работы (*nuntiatio fit in rem*) ⁸⁾. Заявленіе можетъ быть адресовано собственнику соедняго участка, члену его семьи, предпринимателю или рабочему ⁹⁾. Заявленіе противъ участника въ общей собственности не допускалось ¹⁰⁾.

Послѣдствія. Послѣ заявленія лицо, къ которому оно обращено, и его наслѣдники ¹¹⁾ обязаны приостановить работу. Въ противномъ случаѣ примѣняется *interdictum de opere restituendo* ¹²⁾, называемый теперь *interdictum demolitorium*, который имѣеть цѣлью возстановить прежнее состояніе вещей на счетъ отвѣтника. Но послѣ заявленія нунціантъ обязанъ немедленно же вчинить искъ (напр. *actio negatoria*, или *actio confessoria*), которымъ доказалъ бы свое право на противодѣйствіе данной работѣ ¹³⁾. Въ случаѣ выигрыша дѣла отвѣтникъ приговаривается къ окончательному возстановленію прежняго положенія вещей. Если процессъ протянется за три мѣсяца, то отвѣтникъ получаетъ право продолжать начатую работу, если представить обезпеченіе въ формѣ поручи-

1) L. 1 § 19 D. 39, 1; L. un. § 3 D. 43, 25.

2) L. 9 D. 39, 1; L. un. § 5 D. 43, 25.

3) L. 3 § 3 D. 39, 1.

4) L. un. § 4 D. 43, 25; L. 1 § 20 D. 39, 1; См. *Burckhardt*. cit. n. 22.

5) *Burckhardt* cit. n. 20.

6) L. 1 § 17; L. 3 § 4; L. 4; L. 5 D. 39, 1.

7) L. 1 § 2; L. 16; L. 19 D. 39, 1.

8) L. 5 §§ 2—4; L. 16 D. 39, 1.

9) L. 1 § 5; L. 5 § 3; L. 10; L. 11 D. 39, 1.

10) L. 3 § 1 D. 39, 1.

11) L. 8 § 7; L. 23 D. 39, 1 ср. L. 3 § 3 D. 4, 7.

12) L. 1 § 7; L. 8 § 7; L. 20 § 7; L. 22 D. 39, 1.

13) L. un. C. 8, 11 ср. L. 1 § 9 D. 39, 1.

тельства въ томъ, что при проигрышѣ дѣла возстановитъ прежнее состояніе на свой счетъ (т. наз. cautio de demoliendo) ¹⁾. При этихъ условіяхъ онъ охраняется отъ дальнѣйшихъ остановокъ въ работѣ особымъ interdictum prohibitorium „ne vis fiat aedificanti“ ²⁾. Кроме того отвѣтчикъ можетъ доказать въ cognitio extraordinaria неправильность заявленія и получить отъ судьи право продолжать работу, т. наз. nuntiatiois remissio ³⁾. Затѣмъ, заявленіе теряетъ силу со смертью заявителя или съ продажей участка, котораго касается ⁴⁾. Наконецъ, заявленіе недействительно съ самого начала, если приостановка работы представляетъ какую либо опасность и противна общему благу ⁵⁾.

Отвѣтственность за поврежденіе, причиненное чужимъ участкомъ, cautio damni infecti ⁶⁾. По общему началу римскаго права никто не обязывался вознаградить за вредъ, который причиняла его вещь другому лицу ⁷⁾. Но преторскій эдиктъ установилъ право за лицомъ, которое опасалось поврежденія данному участку отъ другого участка, требовать обѣщанія, что возможный вредъ будетъ ему вознагражденъ ⁸⁾. Такое обезпеченіе носило названіе cautio damni infecti (infectum nondum factum).

Опасность, угрожающая поврежденіемъ, сведена источниками къ слѣдующимъ недостаткамъ участка: vitium aedium, loci, operis, arborum ⁹⁾, т. е. опасность отъ недостатковъ постройки (ветхость), отъ почвы сосѣдняго участка, отъ предпринятыхъ на немъ

¹⁾ L. un. C. 8, 11 ср. L. 5 § 17; L. 8 §§ 2, 4; L. 13 § 1; L. 20 §§ 1, 4; L. 21 D. 39, 1.

²⁾ L. 20 § 9 D. 39, 1.

³⁾ L. 1 pr. § 9; L. 16 D. 39, 1.

⁴⁾ L. 8 § 6 D. 39, 1.

⁵⁾ L. 5 §§ 11—13 D. 39, 1.

⁶⁾ Dig. 39, 2 de damno infecto et de suggrundis et protectionibus.—*Groh.* Ueber die Caution wegen zukünftigen Schaden 1854; *Burckhard.* Die cautio damni infecti 1873 (продолженіе Glück's Erläuter).

⁷⁾ См. L. 7 § 1 D. 39, 2.

⁸⁾ L. 7 pr. D. 39, 2.

⁹⁾ L. 24 pr. §§ 2, 9, 12 D. 39, 2.

работъ, отъ деревьевъ ¹⁾). По своему свойству опасность должна принадлежать къ числу тѣхъ, которыя могутъ быть удалены усилиями чловѣка ²⁾.

Право требовать *cautio damni inf.* принадлежитъ каждому лицу, заинтересованному въ угрожаемомъ участкѣ.

Damni infecti stipulatio competit non tantum ei, cuius in bonis res est, sed etiam cuius periculo res est L. 18 pr. D. 39, 2.

Такъ, кромѣ собственника, его могли требовать: суперфициарій ³⁾, узуфруктуарій ⁴⁾, залогоприниматель ⁵⁾, и, наконецъ, даже имѣвшіе только простое держаніе вещи (*detentio*) въ силу какого нибудь обязательственнаго отношенія ⁶⁾. Но добросовѣстному владѣльцу въ этомъ правѣ положительно отказано ⁷⁾.

Обязанность доставить обезпеченіе падала на предпринимателя работъ ⁸⁾, на собственника угрожающаго участка ⁹⁾, лицъ, имѣющихъ на него вещное право ¹⁰⁾, а также на добросовѣстнаго владѣльца ¹¹⁾. Если обязанныхъ лицъ нѣсколько, то они отвѣчаютъ альтернативно; представленіе обезпеченія однимъ освобождаетъ другихъ ¹²⁾. При общей собственности нѣсколькихъ лицъ на угрожающій участокъ, каждый участникъ обязывается къ представленію обезпеченія соотвѣственно своей доли ¹³⁾.

cautio damni infecti состоитъ въ обѣщаніи (форма стипу-

¹⁾ См. *Vangerow*. Pand. 3 § 678 ann. 1.

²⁾ L. 24 § 8 D. 39, 2.

³⁾ L. 13 § 8; L. 39 § 2 D. 39, 2.

⁴⁾ L. 5 § 2; L. 13 § 8 D. 39, 2.

⁵⁾ L. 11 D. 39, 2.

⁶⁾ L. 13 § 5; L. 21; L. 38 pr. D. 39, 2.

⁷⁾ L. 11; L. 13 § 9 D. 39, 2. См. *Groh* cit. p. 18 и слѣд.

Burckhard cit. § 2.

⁸⁾ L. 20; L. 24 pr.; L. 30 pr. D. 39, 2.

⁹⁾ L. 9 § 4, 5; L. 10; L. 15 § 27; L. 22 D. 39, 2.

¹⁰⁾ L. 9 § 4, 5; L. 10; L. 11; L. 15 §§ 25 — 27; L. 19 pr., L. 22 pr. D. 39, 2.

¹¹⁾ L. 13 pr. D. 39, 2.

¹²⁾ L. 9 §§ 4, 5 D. 39, 2.

¹³⁾ L. 27 f.; L. 40 § 3 D. 39, 2.

ляція) ¹⁾ возмѣтитъ ущербъ, который можетъ причинить сосѣдній участокъ ²⁾. Если то будетъ собственникъ или добросовѣстный владѣлецъ этого участка, то достаточно одного обѣщанія (nuda repromissio) ³⁾; отъ имѣющаго только вещное право требуется кромѣ того еще поручительство (satisfatio) ⁴⁾. Такое обѣщаніе дается на опредѣленное время; не будетъ опредѣленъ срокъ, то согласно обстоятельствамъ его устанавливается судебная власть ⁵⁾. Искъ по cautio-actio ex stipulatu ⁶⁾.

Cautio dam. infecti имѣетъ чисто субсидіарное значеніе ⁷⁾. Если можно достигнуть возмѣщенія имущественнаго ущерба иными путями (напр. средствами вытекающими изъ установленнаго уже обязательства), то о данномъ обезпеченіи не можетъ быть и рѣчи ⁸⁾.

Если обезпеченія не будетъ представлено въ установленный магистратомъ срокъ, то имѣющій на него право можетъ просить ввѣда въ угрожающее имущество (т. наз. missio ex primo decreto). По этому вводу предоставляется только простое держаніе, detentio rei, надзоръ и охрана (custodia et observatio), но не юридическое владѣніе ⁹⁾. Если и послѣ того не будетъ предоставлено обезпеченіе, то по истеченіи опредѣленнаго срока преторъ разрѣшаетъ второй ввѣдъ (missio ex secundo decreto) ¹⁰⁾, которымъ предоставляется уже владѣніе. На случай противодѣйствія вводу во владѣніе онъ могъ быть вынужденъ особымъ интердиктомъ ne vis fiat ei qui in possessionem missus est ¹¹⁾. Со

1) L. 30 pr.; L. 18 § 16 D. 39, 2.

2) L. 28; L. 29; L. 37 D. 39, 2.

3) L. 13 pr. D. 39, 2.

4) L. 7 pr.; L. 9 §§ 4, 5; L. 10; L. 11; L. 15 §§ 2, 6; L. 24 pr. D. 39, 2.

5) L. 13 § 15; L. 14 D. 39, 2.

6) L. 18 § 16 D. 39, 2.

7) L. 32 D. 39, 2.

8) См. L. 13 § 6; L. 33; L. 34 D. 39, 2. — L. 18 § 2; L. 20 D. 39, 2.—И. т. д.

9) L. 7 pr.; L. 15 § 20 D. 39, 2; L. 12 D. 42, 4. L. 3 § 23 D. 41, 2.

10) L. 4 § 4; L. 7 pr.; L. 15 § 16 D. 39, 2.

11) Dig. 43, 4 ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

второго ввода, данный вопрос разрѣшается окончательно ¹⁾; введенный во владѣніе получаетъ на данное имущество всѣ тѣ права, какія имѣлъ его противникъ ²⁾, т. е. право собственности, или добросовѣстнаго владѣнія и другое какое либо вещное право.

Обезпеченіе могло быть предоставлено и по совершившемуся уже ущербу (cautio de damno praeterito), по вознагражденію его, если своевременно и притомъ по уважительнымъ причинамъ не было потребовано cautio damni infecti ³⁾.

III
Обязательство на представленіе къ разсмотрѣнію, actio ad exhibendum ⁴⁾. Часто представляется необходимость, прежде чѣмъ предъявить притязаніе на опредѣленный предметъ, предварительно разсмотрѣть его, удостовѣриться въ его тождествѣ или убѣдиться въ солидности тѣхъ основаній, которыми подтверждается данное притязаніе. Въ подобныхъ случаяхъ лицо, имѣющее намѣреніе предъявить правовое притязаніе, можетъ требовать у всякого, у кого въ рукахъ находится предметъ этого притязанія (вещь или лицо) или его основанія (документы, завѣщанія), предъявленія ихъ ему къ разсмотрѣнію ⁵⁾, praesentiam corporis praebere ⁶⁾, facere in publico potestatem ut ei, qui agit, experiundi sit corpora ⁷⁾. Траты по предъявленію падаютъ на просившаго ⁸⁾. Общій искъ по такому требованію есть actio ad exhibendum ⁹⁾, но затѣмъ имѣются еще частные интердикты на предъявленіе документовъ (interd. de tabulis exhibendis) ¹⁰⁾, дѣтей (int. de libe-

1) L. 15 § 33; L. 19 pr. D. 39, 2.

2) L. 15 §§ 16, 17, 23, 26; L. 44 § 1 D. 39, 2.

3) L. 7 § 2; L. 8; L. 9 pr. D. 39, 2.

4) Dig. 10, 4 ad exhibendum; Cod. 3, 42. — *Bühler*. Die actio ad exhibendum, 1859; *Demelius*. Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für die klassische u. heut. Recht. 1872.

5) L. 9 § 5 D. 10, 4; L. 3 § 8 D. 43, 5; L. 3 § 8 D. 43, 29.

6) L. 22; L. 246 D. 50 16.

7) L. 2 D. 10, 4.

8) L. 11 § 1 D. 10, 4.

9) L. 1; L. 3 § 9 D. 10, 4.

10) Dig. 43, 5 de tabulis exhibendis; Cod. 8, 7.

gis exhibendis) ¹⁾, жены (int. de uxore exhibenda) ²⁾ и т. д. ³⁾. Эти иски осуществляются противъ всѣхъ тѣхъ, кто въ этотъ моментъ имѣлъ въ своемъ обладаніи данный предметъ, т. е. они были actiones in rem scriptae ⁴⁾.

Въ разсматриваемому разряду обязательствъ относятся и нѣкоторыя уже прежде разсмотрѣнныя отношенія, какъ напр. по *interdictum quod vi aut clam*; *interdictum aquae pluviae arcendae*, *interdictum de arboribus caedendis*, *interdictum de glande legenda*, на собираніе плодовъ *tertio quoque die*. И т. д.

Обезпеченіе обязательствъ.

Римское право знало много средствъ, которыми укрѣплялось, обезпечивалось обязательство. Сюда относятся: общительная клятва (*juramentum promissorium*), задатокъ (*arrha*), общеніе штрафа, неустойка (*stipulatio poenae*) и принятіе на себя чужого долга (*intercessio*).

Общительная клятва, *juramentum promissorium* ⁵⁾, по общему началу не давала обязательству бѣльшей силы ⁶⁾ за исключеніемъ развѣжь того, что миноръ лишался права на возстановленіе въ прежнее состояніе ⁷⁾ и всякій неисполнившій клятвой утвержденнаго обязательства терпѣлъ безчестіе (*infamia*) ⁸⁾.

Задатокъ, *arrha* ⁹⁾. Подъ задаткомъ, *arrha*, разумѣется

¹⁾ Dig. 43, 30 de liberis exhibendis; Cod. 8, 8.

²⁾ L. 2 D. 43, 30; L. 3 C. 8, 8.

³⁾ Gajus 4, 162; § 1 I. 4, 15; L. 2 § 1 D, 43, 1; Dig. 43, 29 de hom. lib. exhib.

⁴⁾ L. 5 pr.; L. 8 D. 10, 4. См. т. I стр. 275.

⁵⁾ L. 5 pr. § 3 D. 12, 2.

⁶⁾ L. 7 § 16 D. 2, 14; L. 5 § 1 C. 1, 14.

⁷⁾ L. 1 C. 2, 28.

⁸⁾ L. 41 C. 2, 4.

⁹⁾ *Jagemann*. Die Daraufgabe (Arrha) 1873; *Bauer*. Die Dargeingabe beim Kauf nach röm. Rechte, 1888.

опредѣленная сумма денегъ или другіе предметы, которые представляются въ знакъ установившагося уже обязательства или имѣющаго быть еще установленнымъ. По общему правилу задатокъ имѣетъ первое значеніе ¹⁾.

Самое происхожденіе слова *arrha* крайне спорно. Производятъ его и отъ латинскихъ корней, и съ греческаго, и даже съ древне еврейскаго (см. *Jagemann cit.* p. 1 — 3).

И такъ задатокъ могъ быть двухъ родовъ: 1) Задатокъ по установившемуся обязательству ²⁾, *arrha confirmatoria*, *arrha pacto perfecto data*. Употреблялся онъ для укрѣпленія неформальныхъ соглашеній ³⁾. При выполненіи такого соглашенія задатокъ или зачитывался или возвращался; при не выполненіи — подлежалъ возвращенію ⁴⁾. 2) Задатокъ по имѣющему быть установленному обязательству, *arrha pacto imperfecto data*. Употреблялся при *pacta de contrahendo*, для обезпеченія будущаго вступленія въ обязательство. Его теряетъ отказывающаяся сторона отъ вступленія; для принявшаго же значить — возвратитъ задатокъ вдвойнѣ ⁵⁾.

Общаніе штрафа, неустойки (*stipulatio poenae*) ⁶⁾, выражается въ томъ, что кто либо принимаетъ на себя по соглашенію извѣстный имущественный убытокъ ⁷⁾ на тотъ случай, если онъ не исполнитъ вовсе или должнымъ образомъ своего обязательства ⁸⁾. Такой штрафъ можетъ стоять къ обезпечиваемому имъ обязательству въ самыхъ разнообразныхъ отношеніяхъ. Соглашеніе можетъ установить уплату штрафу такъ, что главное обязательство считается въ полной

¹⁾ pr. I. 3, 23; L. 35 pr. D. 18, 1.

²⁾ pr. I. 3, 23.

³⁾ L. 35 pr. D. 18, 1.

⁴⁾ L. 11 § 6 D. 19, 1; L. 5 § 15 D. 14, 3.

⁵⁾ pr. I. 3, 23; L. 17 C. 4, 21; L. 3 C. 4, 49.

⁶⁾ *Randa. Zur Lehre von den Zinsen u. der Conventionalstrafe*, 1869.

⁷⁾ *Conventionalstrafe, Strafgeding.*

⁸⁾ § 7 I. 3, 15.

силѣ ¹⁾, или же имъ опредѣляется впередъ интересъ кредитора отъ невыполненія обязательства, такъ что, взыскивая штрафъ или требуя выполненіе обязательства, онъ имѣетъ право лишь на превышающій остатокъ отъ суммы того или другого ²⁾. Наконецъ, соглашеніе можетъ имѣть и то значеніе, что обязанное лицо получить право, по своему усмотрѣнію, уплатой штрафа освободиться отъ главнаго обязательства (т. наз. *multa poenitentialis*) ³⁾; въ этихъ случаяхъ получается альтернативное обязательство ⁴⁾.

Принятіе на себя чужого долга, intercessio ⁵⁾ (также *interventio*). Подъ *intercessio* разумѣется соглашеніе съ кредиторомъ опредѣленнаго лица, по которому соглашенію принимается отвѣтственность по чужому долгу. Такимъ образомъ *intercessio* предполагаетъ соглашеніе, заключенное съ кредиторомъ, а не съ должникомъ. Кромѣ того для *intercessio* требуется, чтобы обязательство, по которому произошло данное соглашеніе, было материально чуждымъ для берущаго на себя отвѣтственность. Поэтому, напр., не будетъ *intercessio*, когда принципаль поручается за уплату цѣны купленной его представителемъ вещи ⁶⁾.

Принятіе на себя чужого долга могло выражаться въ двухъ видахъ: 1) *intercessio privativa*, по которому настоящій должникъ вовсе устранялся отъ обязательственной связи, и 2) *intercessio cumulativa*, по которому принимается отвѣтственность за чужой долгъ рядомъ съ настоящимъ должникомъ, не устраняя его отъ обязательства.

Принимать на себя чужой долгъ въ формѣ *intercessio privativa*

¹⁾ L. 115 § 2 D. 45, 1; L. 16 D. 2, 15.

²⁾ L. 41; L. 42; L. 71 pr. D. 17, 2; L. 28; L. 47 D. 19, 1; L. 23 pr. D. 4, 8; L. 12 § 2 D. 23, 4; L. 10 § 1 D. 2, 14; L. 15 D. 2, 15.

³⁾ *Wandelpoen.*

⁴⁾ L. 115 in f. D. 45, 1.

⁵⁾ *Hasenbalg. Beiträge zur Lehre von der Intercessio*, 1856.

⁶⁾ L. 3; L. 13 pr.; L. 22; L. 24 pr. D. 16, 1. Срав. L. 23 D. 16, 1.

tiva можно двоякимъ образомъ: а) предупреждая вступленіе въ обязательство заинтересованнаго лица, т. наз. intercessio tacita ¹⁾ (напр. А. принимаетъ на себя долгъ по займу для Б.), или б) становясь не мѣсто прежняго должника, такъ наз. expromissio. Последнее совершалось или чрезъ обновляющій обязательство актъ ²⁾ (стипуляцію, литеральный договоръ), или чрезъ принятіе на себя процессуальной защиты (defensio) противъ обязательственнаго иска ³⁾.

Intercessio cumulativa совершается: или а) въ формѣ установленія залога по чужому долгу ⁴⁾, или б) въ формѣ поручительства.

Поручительство.

Источники: Inst. 3, 20 de fidejussoribus; Dig. 46, 1; Cod. 8, 40 de fidejussoribus et mandatoribus.

Пособія: Girtanner. Die Bürgschaft 1851; Hasenbalg. Die Bürgschaft 1870.

Понятіе. Поручителемъ называется лицо, которое рядомъ съ главнымъ должникомъ принимаетъ на себя отвѣтственность на представленіе кредитору слѣдующаго ему предмета. Поручительство въ Римѣ устанавливалось во формѣ нѣсколькихъ сдѣлокъ. Но самой основной и древней была стипуляціонная форма сдѣлки, adpromissio, которая въ доюстиніановомъ правѣ имѣла три вида: sponsio, fidepromissio, fidejussio ⁵⁾. Вербальная формула первой была: idem dari spondeo? spondeo; второй: idem fide promittis? promitto; третьей: idem fide tua esse jubeo? jubeo. По своимъ предположеніямъ первыя двѣ формы значительно отличались

¹⁾ L. 8 § 14; L. 11; L. 12 D. 16, 1; L. 3; L. 4; L. 10 C. 4, 29.

²⁾ L. 32 § 2 D. 4, 8.

³⁾ L. 2 § 5; L. 23; L. 26 D. 16, 1.

⁴⁾ L. 8 pr.; L. 32 § 1 D. 16, 1; L. 5; L. 7 C. 4, 29.

⁵⁾ См. Gajus 3, 115—127.

отъ третьей. Такъ они доступны были только римскимъ гражданамъ; могли касаться только вербальныхъ обязательствъ; должны были строго соответствовать содержанию главнаго долга. По послѣдствіямъ они были въ высшей степени личными, не переходили на наслѣдниковъ поручителя. Въ юстиніановое время *sponsio* и *fidepromissio* уже вышли изъ употребленія.

Признаки. Поручительство, какъ обязательство добавочное, предполагаетъ прежде всего существованіе главнаго долга.

Въ наукѣ подробно обсуждается вопросъ объ отношеніяхъ главнаго долга и обязательства по поручительству. Весьма нерѣдко это отношеніе опредѣляютъ понятіемъ корреалитета (см. *Samhaber. Korrealschuld* p. 170), но большинство учебниковъ (см. напр. *Arndts. Pand. § 357* анн. 4; *Baron. Pand. § 258*) держатся взгляда на поручительство, какъ на *accessio principalis obligationis* (см. *Gajus* 3, 126), какъ на собственное обязательство поручителя съ характеромъ добавочнаго.

Свойство главнаго долга для поручительства значенія не имѣетъ; обязательство могло быть даже только естественнымъ¹⁾. Допускалось поручаться и за будущіе долги, напр. по будущимъ сдѣлкамъ изъ даннаго предпріятія²⁾. Поручительство могло гарантировать весь долгъ или часть его. Но поручительство было ничтожнымъ, если условія его были болѣе тяжкія, чѣмъ условія самаго главнаго долга³⁾, Adpromissio допускалось только въ размѣрѣ долга или *in levio rem causam*⁴⁾. Поручительство допускалось и по поручительству самому⁵⁾; fidejussio fidejussionis, *fidejussor succedaneus* (новѣйшее названіе).

1) L. 6 D. 45, 1; L. 70 § 4; L. 6 § 2; L. 7; L. 16 §§ 3, 4 D. 46, 1; § 1 I. 3, 20. Справ. L. 25 D. 46, 1.

2) L. 6 § 2 D. 46, 1.

3) § 5 I. 3, 20; L. 8 §§ 7 — 12; L. 16 §§ 1, 2; L. 34; L. 70 D. 46, 1.

4) L. 8 § 7; L. 34 D. 46, 1.

5) L. 8 § 12; L. 27 § 4 D. 46, 1.

Форма вступленія въ поручительства въ Римѣ была всегда стипуляціонная.

Права и обязанности. Искъ по поручительству, согласно его формѣ, былъ actio ex stipulatu. Общая отвѣтственность получителя опредѣляется содержаніемъ главнаго долга (*in omnem causam*)¹⁾, если не будетъ въ соглашеніи установлено иныхъ болѣе легкихъ условій. Поэтому *fidejussor* освобождается отъ всякой отвѣтственности, если главный долгъ въ моментъ установленія поручительства былъ недействительнымъ, или когда онъ внослѣдствіи былъ погашенъ *ipso jure* или *ope exceptionis*²⁾. Съ измѣненіемъ въ содержаніи главнаго долга (напр. въ силу вины или просрочки должника) измѣняется соотвѣтственно и отвѣтственность поручителя³⁾. Если будутъ нѣсколько поручителей по одному долгу, то они отвѣчаютъ солидарно.

По отвѣтственности за главный долгъ поручителю принадлежать слѣдующія особыя права, tria beneficia fidejussoris:

1) *Beneficium excussionis seu ordinis*. Въ доюстиніановомъ правѣ кредиторъ, не получая удовлетворенія по долгу, могъ прямо обратиться съ требованіемъ къ поручителю, если только не было оговорено предварительное обращеніе къ должнику⁴⁾. Но по одной новеллѣ Юстиніана поручителю предоставлено требовать, путемъ возраженія и помимо такого соглашенія, предварительнаго обращенія къ должнику⁵⁾. Такимъ образомъ поручитель теперь всегда былъ *fidejussor indemnitatis*, т. е. имѣлъ характеръ лица гарантирующаго отъ убытковъ по неудовлетворенію долга. Такое *beneficium excussionis* отмѣнялось, по новеллѣ, только въ случаѣ отсутствія главнаго должника⁶⁾.

1) L. 54 pr. D. 19, 2.

2) L. 29; L. 47 pr.; L. 56 pr.; L. 70 § 4 D. 46, 1. Спорно объясненіе L. 25 D. 46, 1 (ср. L. 6 D. 45, 1). См. *Girtanner* cit. p. 21; *Hasenbalg* cit. p. 93.

3) L. 58 § 1; L. 68 § 1 D. 46, 1; L. 49; L. 88; L. 91 § 4 D. 45, 1; L. 5 C. 4, 54.

4) L. 41 D. 46, 1; L. 116 D. 45, 1.

5) Nov. 4 c. 1 ср. L. 28 C. 8, 40.

6) См. *Girtanner* cit. p. 441.

2) *Beneficium cedendarum actionum*. Поручитель, уплачивающий кредитору, может требовать, чтобы послѣдній уступилъ ему свой искъ къ главному должнику и сопоручителю ¹⁾).

3) *Beneficium divisionis*. При нѣсколькихъ поручителяхъ *epistola divi Hadriani* предоставила каждому изъ нихъ право требовать, чтобы кредиторъ обратилъ взысканіе на состоятельныхъ изъ нихъ ²⁾).

Кромѣ данныхъ возраженій поручитель имѣлъ право на всѣ возраженія, принадлежащія должнику.

Omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque etiam invito reo competunt L. 19 D. 44, 1.

Это положеніе вытекаетъ изъ отвѣтственности поручителя не по собственному долгу, а по долгу главнаго должника. Но изъ этого должны быть допущены слѣдующія исключенія: а) Чисто личныя возраженія не переходятъ на поручителя, какъ напр. изъ *beneficium competentiae* ³⁾, изъ *actum de non petendo in personam* ⁴⁾. б) Право на нѣкоторыя возраженія принадлежало только такимъ поручителямъ, которые имѣли бы обратное требованіе къ главному должнику, еслибъ имъ пришлось платить. Сюда принадлежитъ *exceptio S. C. Macedoniani* ⁵⁾.

Что касается правъ поручителя къ главному должнику, то по общему началу само поручительство не устанавливало между ними особаго правотношенія. Поэтому и право поручителя, по удовлетвореніи кредитора, на регрессъ къ должнику зависитъ только отъ тѣхъ основаній, которыя вызвали само поручительство ⁶⁾. Поэтому не имѣетъ этого права регресса лицо, принявшее на себя поручи-

¹⁾ L. 2 C. 8, 41; L. 17; L. 36 D. 46, 1; L. 95 § 11 D. 46; 3.

²⁾ Gajus 3, 121, 122; § 4 I. 3, 20; L. 26; L. 27; L. 49 § 1; L. 51 §§ 1, 4 D. 46, 1; L. 10 § 1; L. 16 C. 8, 41; L. 3 C. 4, 18. См. выше стр. 85, 86.

³⁾ L. 7 pr. D. 44, 1.

⁴⁾ L. 5 pr. in f. D. 34, 3.

⁵⁾ L. 19 § 3 D. 14, 6.

⁶⁾ Срав. *actio depensi*, которое въ древнемъ правѣ всегда принадлежало *sponsor'у*. Gajus 3, 127; 4, 22.

тельство въ собственномъ интересѣ (*fidejussor in rem suam*)¹⁾, или съ цѣлью одарить главнаго должника (*donandi animo*)²⁾, наконецъ, — вопреки запрещенію должника³⁾. Въ основѣ поручительства лежитъ обыкновенно или *mandatum*⁴⁾, или *negotiorum gestio*⁵⁾; изъ этихъ-то основаній и черпаетъ поручитель свое право регресса, для чего прибѣгаетъ къ искамъ *actio mandati contraria* и *actio negotiorum gestorum contraria*. Эти иски поручитель можетъ осуществить и въ томъ случаѣ, когда въ дѣйствительности кредиторъ не былъ удовлетворенъ, напр. когда постороннее лицо съ цѣлью одарить поручителя погасило обязательство, или самъ кредиторъ отпускаетъ долгъ съ цѣлью сдѣлать поручителю *donatio remuneratoria*⁶⁾. Наоборотъ, поручитель не имѣетъ права на регрессъ, если при уплатѣ обнаружилъ злонамѣреніе или небрежность, напр. не воспользовался средствами защиты противъ требованій кредитора или не заставилъ его отмѣтить уплату и тѣмъ сдѣлалъ возможнымъ новое предъявленіе къ платежу того же долга⁷⁾.

Кромѣ регресса, въ случаѣ платежа кредитору, поручитель имѣетъ право требовать, иногда, чтобы должникъ освободилъ его отъ поручительства, а именно, когда онъ будетъ присужденъ къ платежу кредитору или когда должникъ безъ причины замедляетъ погашеніе долга или начинаетъ расточать свое состояніе⁸⁾.

Constitutum debiti alieni и *receptum*⁹⁾. Простое соглашеніе,

1) L. 24 D. 2, 14.

2) L. 9 § 3 D. 14, 6; L. 6 § 2 D. 17, 1.

3) L. 20 § 1; L. 40 D. 17, 1.

4) § 6 I. 3, 20; L. 20 § 1; L. 21; L. 22 pr. D. 17, 1; L. 60 D. 50, 17.

5) L. 6 § 2; L. 20 § 1 D. 17, 1.

6) L. 10 § 13; L. 11 D. 17, 1 ср. L. 12 pr. D. 17, 1. См. т. I стр. 235, 236. Ср. *Arndts. Pand.* § 356 съ *Baron. Pand.* § 260.

7) L. 10 § 12; L. 29 D. 17, 1.

8) L. 38 § 1; L. 45 § 5 D. 17, 1; L. 10 C. 4, 35.

9) Dig. 13, 5 de pecunia constituta; Cod. 4, 18;—*Bodin. Des effets du pacte de constitut* въ *Revue histor. de droit franç.* 12 p. 209 и слѣд.; *Lenel* въ *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* Bd. 15 p. 62 и слѣд.

которымъ выговаривалась и обѣщалась уплата долга, т. наз. *constitutum debiti*, если оно касалось чужого долга, могло выразить одну изъ формъ поручительства. Дѣйствительно, въ императорскія времена стали примѣнять *constitutum debiti alieni*, между прочимъ, и для обезпеченія долга ¹⁾. До Юстиніана особымъ видомъ такого поручительства было т. наз. *receptum*, подъ которымъ разумѣлось обѣщаніе мѣнялы произвести уплату третьему лицу (*receptus*) за компаньона по порученію (*assignatio*) этого послѣдняго. Если *assignans* состоялъ должникомъ третьяго лица, то *receptum* было формой поручительства. Но, конечно, какъ *receptum*, такъ и *const. debiti alieni* могли служить и другимъ цѣлямъ, кромѣ поручительства, напр. принятію на себя чужого долга. Юстиніанъ слилъ *receptum* съ *constitutum* ²⁾.

Constitutum debiti alieni предполагаетъ наличность дѣйствительнаго долга, хотя бы то было *obligatio naturalis* ³⁾. Но въ условіяхъ даннаго соглашенія возможны были измѣненія, касающія частныхъ (времени, мѣста) уплаты ⁴⁾, можно было даже выговорить представленіе другого, чѣмъ первоначальный, предмета (вмѣсто зерна—деньги) ⁵⁾; въ случаѣ обѣщанія большаго оно низводится до суммы главнаго долга ⁶⁾. Искъ по *constitutum*, *actio pecuniae constitutae* или *constitutoria*, имѣлъ до Юстиніана своимъ послѣдствіемъ штрафъ въ 50% всей суммы ⁷⁾. Въ иныхъ случаяхъ онъ погашается давностью одного года ⁸⁾.

Mandatum qualificatum, кредитное порученіе ⁸⁾. Этотъ случай поручительства имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, когда одно лицо даетъ порученіе другому лицу оказать кредитъ третьему лицу

¹⁾ См. *Lenel*. Edictum perpet. p. 104, 197.

²⁾ L. 2 C. 4, 18; *Lenel* cit. p. 62.

³⁾ L. 1 §§ 1, 6—8; L. 3 § 1; L. 18 § 1 D. 13, 5.

⁴⁾ L. 3 § 2; L. 4; L. 5 pr. D. 13, 5.

⁵⁾ L. 1 § 5 D. 13, 5.

⁶⁾ L. 11 § 1; L. 12; L. 13; L. 19 pr. § 1 D. 13, 5.

⁷⁾ Gajus 4, 171.

⁸⁾ L. 2 C. 4, 18.

⁹⁾ Kreditauftrag.

и тѣмъ или установить новое обязательство ¹⁾ или продолжить уже существующее ²⁾. Оказанный мандатаріемъ кредитъ третьему лицу ставитъ манданта въ положеніе поручителя, отвѣтственнаго за выполнение третьимъ обязательства. Въ этихъ случаяхъ мандата главнымъ кредиторомъ будетъ мандатарій, которому тутъ принадлежить на первомъ мѣстѣ actio mandati (directa) противъ манданта ³⁾.

Senatus consultum Vellejanum ⁴⁾. Особый начала существовали въ римскомъ правѣ для поручительства женщинъ. Римляне полагали, что женщины по легкомыслію ⁵⁾ способны безъ труда принимать на себя обязательства, по которымъ имъ непосредственно не предстояло производить платежей. Поэтому, не запрещая женщинамъ прямымъ какимъ либо актомъ освобождать другихъ отъ долговъ ⁶⁾ (напр. платежемъ за другихъ), римское право въ то же время стремилось устранить ихъ отъ поручительства. Такъ прежде всего при имп. Августѣ и Клавдіи было запрещено женамъ поручаться за своихъ мужей; а затѣмъ при Клавдіи же особымъ положеніемъ сената, *Sc. Vellejanum* (46 г. по Р. X.), всѣмъ женщинамъ закрывалось право поручаться за другихъ по fidejussio и обязывать себя займами для другихъ ⁷⁾. Изъ этого положенія со временемъ сдѣлали общее запрещеніе для женщинъ принимать на себя поручительство по чужимъ долгамъ ⁸⁾.

Поручительство, принятое женщиною, вопреки такому запрещенію, недѣйствительно ⁹⁾ въ томъ смыслѣ, что противъ притязанія

¹⁾ L. 6 § 4 D. 17, 1; § 6 I. 3, 26.

²⁾ L. 12 § 14 D. 17, 1.

³⁾ L. 6 § 4 D. 17, 1.

⁴⁾ Dig. 16, 1 ad Sc. Vellejanum; Cod. 4, 29—*Bachofen*. Das Vellejanische Senatuskonsult въ его ausgewähl. Lehren d. Civilrechts Abht. 1; *Windscheid*. Ueber das Prinzip des S. C. Vellejanum въ Archiv für. civ. Praxis Bd. 32 n. 32, 13.

⁵⁾ L. 2 § 1 D. 16, 1.

⁶⁾ L. 4 § 1; L. 5 D. 16, 1.

⁷⁾ L. 2 pr. § 1 D. 16, 1. См. *Vangerow*. Pand. 3 § 581 Anm. 3.

⁸⁾ L. 1 pr.; L. 2 § 4 D. 16, 1.

⁹⁾ L. 1 § 2 D. 16, 1.

кредитора можно защищаться возраженіемъ, exceptio sc̄ti Vellejani ¹⁾. Если же по заблужденію уже произведена уплата, то уплатившая можетъ вчинить condictio indebiti ²⁾.

Если поручительство женщины имѣло характеръ intercessio privativa, то противъ должника освобожденнаго отъ обязательства (по expromissio) кредитору предоставляется возстановительный искъ (actio restitutoria) ³⁾, а противъ того лица, котораго касалась сдѣлка, но который даннымъ поручительствомъ съ самого начала устранился отъ обязательства (т. наз. tacita intercessio), — давался искъ, устанавливающий долгъ за даннымъ лицомъ ⁴⁾, actio institutoria ⁵⁾.

Въ слѣдующихъ случаяхъ поручительство женщинъ было дѣйствительно ⁶⁾:

- 1) Когда поручительницѣ вмѣняется обманъ ⁷⁾.
- 2) Когда кредиторъ находится въ извинительномъ заблужденіи относительно поручительства женщины, если напр. она заключаетъ сдѣлку черезъ подставное лицо и т. п. ⁸⁾.
- 3) Когда женщина поручается за несовершеннолѣтняго (мипора) ⁹⁾.
- 4) Когда женщина поручается по обѣщанію приданнаго ¹⁰⁾.
- 5) Поручительство женщины pro libertate ¹¹⁾.
- 6) Когда за поручительство женщина получила уплату ¹²⁾, или

¹⁾ L. 25 § 1 D. 16, 1.

²⁾ L. 40 D. 12, 6; L. 8 § 3 D. 16, 1.

³⁾ L. 1 § 2; L. 8 §§ 7 — 13; L. 9; L. 12 § 2; L. 14 D. 16, 1, L. 16 C. 4, 29.

⁴⁾ L. 8 §§ 14, 15 D. 16, 1.

⁵⁾ Отъ словъ: instituit magis quam restituit obligationem L. 8 § 14 D. 16, 1.

⁶⁾ См. *Vangerow*. Pand. Bd. 3 § 581 anm. 1.

⁷⁾ L. 2 § 3 D. 16, 1.

⁸⁾ L. 4 pr.; L. 6; L. 11; L. 12; L. 27 pr.; L. 28 § 1 D. 16, 1.

⁹⁾ L. 12 D. 4, 4.

¹⁰⁾ L. 12 C. 4, 29.

¹¹⁾ L. 24 C. 4, 29.

¹²⁾ L. 23 pr. C. 4, 29.

вообще когда она отъ поручительства не потерпитъ умаленія въ имуществѣ ¹⁾.

7) Поручительство женщины *donandi animo* ²⁾.

8) По распоряженію Юстиніана поручительство женщины дѣйствительно, если она его повторить черезъ два года ³⁾.

Въ одной конституціи имп. Юстиніана ⁴⁾ заключается такое постановленіе: женщина можетъ обязаться за другимъ только въ формѣ публичнаго акта, подписаннаго тремя свидѣтелями; поручительство во всякой иной формѣ ничтожно. Этимъ постановленіемъ еще болѣе усилено запрещеніе *Scti Vellej.*; поручительство безъ соблюденія предписанной формы само по себѣ ничтожно; не требовалось и прибѣгать къ *exceptio scti Vellej.* ⁵⁾.

Передача обязательствъ, *cessio*.

Источники: Dig. 18. 4 de hereditate vel actione vendita; Cod. 4, 39.

Пособія: *Mühlenbruch.* Lehre von der Cession der Forderungsrechte 3 Aufl. 1836; *Schmidt.* Die Grundlehren der Cession 2 Bde 1863, 1866; *Bähr.* Zur Cessionslehre въ Jahrb. f. d. Dogmatik Bd 1 n. 8; *Cheminat.* De la successio in locum creditoris 1886; *Contuzzi.* La rappresentanza nella cessione de' crediti secondo il diritto Romano 1888.

Исторія. По неизмѣннѣ формы для передачи обязательствъ ⁶⁾, или въ силу личнаго характера обязательственныхъ правъ и обя-

¹⁾ L. 16 pr.; L. 21 pr.; L. 22 D. 16, 1.

²⁾ Ср. *Vangerow* cit. anm. 1 n. 2 и *Dernburg.* Pand 2 p. 219 n. 8.

³⁾ L. 22 C. 4, 29; Nov. 61 c. 1 § 1.

⁴⁾ L. 23 § 2 C. 4, 29.

⁵⁾ Вопросъ объ отношеніи этого новаго распоряженія къ прежнему праву весьма споренъ. См. *Vangerow.* Pand. 3 § 581 Anm. 2.

⁶⁾ См. *Gajus* 2, 38.

занностей, — только въ древне-римскомъ правѣ общимъ правиломъ не допускалось частное преемство (*successio singularis*) въ обязательства. Со временемъ, когда съ большимъ развитіемъ обязательствъ выяснилась потребность ввести въ оборотъ этотъ родъ имущества, сначала воспользовались, для обхода основнаго начала, формами процессуальнаго представительства. Такъ передающій право требованія (*cedens*) дѣлалъ приобретающаго это право (*cessionarius*) своимъ представителемъ по взысканію съ должника (*debitor cessus*). Такой представитель, вчиня искъ отъ имени кредитора, дѣйствовалъ, на основаніи предварительной сдѣлки съ послѣднимъ, за свой счетъ; онъ становился т. наз. procurator in rem suam¹⁾. NB Этому способствовало то обстоятельство, что по формулярному процессу представитель, доведя дѣло до момента *litis contestatio*, становился хозяйномъ процесса, *dominus litis*²⁾; приговоръ постановлялся на его имя; онъ же поэтому осуществлялъ и *actio iudicati*. Хотя такимъ путемъ и могла осуществляться передача самихъ обязательствъ, по существу, но на этомъ не могло остановиться развитіе вопроса. Представительство за свой счетъ основывалось на довѣренности (*mandatum agendi*), а потому и самое осуществленіе передаваемого обязательства становилось въ зависимость отъ существованія и прекращенія мандата. Для устраненія такой зависимости предоставлено было (первый Антонинъ III) цессионарію право вчинять искъ отъ собственнаго имени, *actio utilis suo nomine*. Позднѣе это право основывалось на простомъ актѣ отчужденія (какъ-то продажи, даренія и т. д.) *quasi ex jure cesso*³⁾.

Основаніе передачи. *Cessio* совершается или по волѣ кредитора, или по судебному рѣшенію или по непосредственному постановленію закона (*cessio legis*).

1) Передача обязательства можетъ основываться на одной воли прежняго кредитора въ формѣ ли соглашенія съ цессионаріемъ

¹⁾ Gajus 2, 39.

²⁾ Gajus 4, 86, 87; L. 4 § 5 D. 49, 1; L. 11 pr. D. 44, 4; L. 22; L. 23 C. 2, 13.

³⁾ L. 16 pr. D. 2, 14; L. 1; L. 2 C. 4, 10; L. 7 C. 4, 39.

или отказа. Согласія должника не требуется¹⁾. Такая передача называется *cessio voluntaria*.

2) Передача по судебному постановленію имѣетъ мѣсто въ рѣшеніяхъ по спорамъ о раздѣлѣ²⁾, а также при исполненіяхъ рѣшенія, когда этимъ путемъ удовлетворяется кредиторъ-истецъ.

3) Передача въ силу положительнаго закона представляетъ собственно преемство по закону, а не *cessio*³⁾. Но приложеніе къ такой преемственности началъ о *cessio* даетъ поводъ называть ее уступкой необходимой, фингированной (*cessio necessaria*). Случай такой передачи сводится⁴⁾ къ слѣдующимъ двумъ: солидарный должникъ, уплатившій весь долгъ, имѣетъ право по закону требовать отъ содолжниковъ возвращенія себѣ приходящихся на нихъ частей⁵⁾; наследникъ, обойденной въ своемъ правѣ на законную часть и потому вызвавшій обезсиленіе завѣщанія, имѣетъ право требовать возвращенія отказовъ, выданныхъ наследниками по завѣщанію⁶⁾.

Предметъ передачи. Предметомъ передачи могутъ быть по общему началу всѣ обязательства (условныя, срочныя, естественныя и т. п.), лишь бы *cedens* имѣлъ ихъ *in bonis suis*, какъ установленную часть его имущества. Но нѣкоторыя обязательства, въ силу ихъ особой природы или постановленія закона, не могутъ составлять предмета *cessio*. Такъ, прежде всего требованія тѣсно связанныя съ лицомъ кредитора, въ высшей степени личныя, какъ напр. право на алименты, публичные иски (*actiones populares*), иски по личнымъ оскорбленіямъ (*actiones vindictam spirantes*⁷⁾. По императорскимъ постановленіямъ запрещена была передача спорныхъ требованій⁸⁾. Затѣмъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ запрещалось

1) L. 3 C. 4, 39; L. 1 C. 8, 42.

2) L. 3 D. 10, 2.

3) См. *Regelsberger*. *Beit. z. L. von der Cession* въ *Archiv f. civ. Prag.* Bd. 63 n. 8 p. 158.

4) См. L. 11 C. 8, 41; L. 49 § 2 D. 41, 2; § 4 I. 3, 20.

5) См. выше стр. 88.

6) L. 8 § 16 D. 5, 2.

7) *Mühlenbruch* cit. § 26.

8) L. 3; L. 4 C. 8, 39.

cessio определеннымъ лицамъ подѣ страхомъ полнаго освобожденія должника. Такъ, запрещалась передача требованій лицамъ съ большимъ вліяніемъ (*potentiores*)¹⁾ съ тѣмъ, чтобы не поставитъ должника въ беззащитное положеніе. Затѣмъ, запрещалось переносить требованіе къ опекаемому на опекуна²⁾. Наконецъ, допускались соглашенія, по которымъ воспрещалось производить *cessio*, т. наз. *pacta de non cedendo*³⁾.

Послѣдствія передачи А) для отношеній между *cedens* и *cessionarius*⁴⁾. 1) *Cedens* обязывается выдать *cessionarius* все что онъ получитъ въ уплату уступленнаго долга послѣ его передачи⁵⁾. 2) При осуществленіи переданнаго требованія *cedens* обязанъ оказывать *cessionarius* всякое содѣйствіе, какъ-то снабжая его средствами доказательства для даннаго притязанія⁶⁾. 3) При передачѣ по куплѣ и вообще по возмездному акту *cedens* отвѣчаетъ *cessionarius* за дѣйствительность уступаемаго требованія, за *pomen verum*, т. е. за то, что данное требованіе въ дѣйствительности установлено и не можетъ быть парализовано на всегда или на время возраженіями. Но *cedens* не отвѣчаетъ за доброкачественность требованія, за *pomen bonum*, т. е. за состоятельность должника (*locupletem debitorem esse*). Подарившій право требованія не отвѣчаетъ и за самое существованіе его⁷⁾.

Б) По отношенію къ должнику 1) передача сама по себѣ не имѣетъ значенія; *debitor cessus* по прежнему можетъ произвести дѣйствительную уплату *cedentu*. Но въ позднѣйшемъ правѣ проведено то начало, что если онъ будетъ извѣщенъ о состоявшейся передачѣ, то съ этого момента уплата должна быть произведена *ces-*

1) L. 2 C. ne liceat potentioribus 2, 13.

2) Nov. 72 c. 5.

3) См. *Stegemann* въ *Archiv f. civ. Praxis* Bd. 67 p. 315.

4) *Schliemann*. Die Haftung des Cedenten, 1848.

5) L. 23 § 1 D. 18, 4.

6) L. 28; L. 55 D. 3, 3; L. 6; L. 14 pr.; L. 23 pr. D. 18, 4.

7) L. 4; L. 5 D. 18, 4; L. 74 § 3 D. 21, 2 ср. L. 10; L. 11; L. 12 D. 18, 4; L. 18 § 3 D. 39, 5; L. 75 §§ 1, 2 D. 1 (30); L. 31 pr. D. 19, 1.

сionario 1). 2) Цессionario, по общему правилу, наследуетъ вмѣстѣ съ требованіями цедента и всѣ придаточныя къ нему права, какъ права залога, права противъ поручителей 2). При этомъ цессionario получаетъ и всѣ преимущества (*beneficia legis, privilegia*) не только соединенныя съ самимъ требованіемъ (*priv. causae*), но и съ лицомъ цедента (*priv. personae*) насколько однако послѣднія уже отразились на самомъ существѣ требованія, придали ему известное свойство. Это начало вытекаетъ уже изъ того, что переданное требованіе можетъ быть осуществляемо именно такъ, какъ бы могъ его осуществлять самъ цедентъ, т. е. слѣдовательно со всѣми привилегіями, соединенными съ нимъ 3). Поэтому, напр., цессionario можетъ осуществлять привилегіи казны — цедента на проценты и залогъ 4), но не можетъ осуществлять привилегіи по осуществленію въ конкурсѣ, *privilegium exigendi* 5).

Разсмотрѣнный вопросъ въ наукѣ крайне споренъ. См. *Mühlenbruch cit.* p. 56; *Vangerow. Pand.* 3 § 575 Anm. 2. Многие писатели вовсе не допускаютъ осуществленія цессionarioмъ *privilegia personae* на томъ основаніи, что они не переходятъ по наследству. Но осуществленіе привилегіи по смерти и при жизни управомоченныхъ — совсѣмъ иное. Съ другой стороны нельзя также переносить на цессionario всѣ чисто личныя привилегіи цедента, коль скоро они не отражаются на уступленномъ требованіи.

Что касается привилегій, принадлежащихъ самому цессionario, то по общему началу онъ осуществлять ихъ не могъ, такъ какъ онъ отправлялъ чужое право и потому распространять его отъ себя не могъ. Но съ другой стороны онъ судебнымъ порядкомъ осуществлялъ переданное ему право въ своемъ интересѣ, для себя, и потому могъ предъявить свои процессуальныя привилегіи, не ка-

1) Gajus 4, 82.

2) L. 6; L. 14 pr.; L. 23 pr. D. 18, 4; L. 6; L. 7 C. 4, 10; L. 14 C. 8, 40.

3) Срав. L. 2 pr.; L. 6 D. 18, 4.

4) L. 43 D. 22, 1; L. 2 C. 8, 19; L. 7 D. 7, 73.

5) L. 42 D. 26, 7. Но срав. *Windscheid. Pand.* 2 § 332 anm. 10 и *Dernburg. Pand.* 2 p. 137 n. 6.

сающіяся содержанія самого осуществляемого права ¹⁾). 3) Debitor cessus могъ осуществлять противъ цессіонарія всѣ тѣ возраженія, какія онъ приобрѣлъ противъ цедента до момента извѣщенія о передачѣ обязательства. При этомъ такое право касается не только возраженій *in rem*, но и возраженій *in personam*, касающихся лично цедента. Подобное право основывается на томъ, что цессіонарій осуществляет чужое требованіе, требованіе цедента, и по отношенію къ должнику является въ роли представителя цедента. Съ другой стороны должникъ, какъ неучаствовавшій въ передачѣ, не можетъ быть поставленъ въ худшее положеніе, чѣмъ онъ былъ при заключеніи обязательства.

Многіе писатели держатся того взгляда, что возраженія относящіяся къ лицу кредитора, а не къ самому требованію, съ перемѣной кредитора прекращаются. Но большинство современныхъ ученыхъ допускаетъ осуществленіе должникомъ противъ цессіонарія и такихъ возраженій изъ лица цедента, какъ *exceptio doli*, возраженіе изъ *beneficium competentiae*, изъ *actum de non potendo in personam*. См. *Vangerow. Pand.* 3 § 575 *ann.* 1.

4) Объемъ осуществленія переданнаго права, въ общемъ, опредѣляется объемомъ требованія цедента ²⁾; но кромѣ того по этому вопросу въ императорскія времена изданы были особыя законенія.

Въ 506 г. имп. Анастасіемъ издана конституція (*lex Anastasiana*), которая имѣла цѣлью остановить безправственную спекуляцію скупки обязательствъ за уменьшенную цѣну. По этому закону цессіонарій, купившій обязательство за меньшую сумму, чѣмъ была его номинальная стоимость, могъ требовать отъ должника только уплоченную сумму вмѣстѣ съ обычными процентами ³⁾. На остальную сумму *debitor cessus* считается свободнымъ. Данный законъ стали обходить тѣмъ, что часть долга объявлялась проданною, а остальная — подаренною. Чтобы воспрепятствовать такому

¹⁾ *Vangerow. Pand.* 3 § 575 *ann.* 2 p. 120. Ср. *Schmidt cit.* 2 p. 387 и слѣд.

²⁾ *L. 8 C. 4, 39.*

³⁾ *L. 22 C. 4, 35.*

обходу Юстиніанъ объявилъ подобныя даренія ничтожными ¹⁾, ограничивъ объемъ требованія отъ должника уплоченною суммою. Касательно обязанности доказывать слѣдуетъ признать общимъ положеніемъ, что величину уплоченной цеденту суммы долженъ доказать цессіонарій ²⁾.

Разсмотрѣнные законы касались только передачи обязательствъ по куплѣ; передачи по всякому иному основанію (напр. по раздѣлу между сонаслѣдниками) они не касались. Доказать, что передача основана на куплѣ, лежало на обязанности отвѣтчика, *debitor cessus*.

Просрочка, *mora*.

Источники: Dig. 22, 1 de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.

Пособія: Fr. Mommsen. Die Lehre von der Mora въ ero Beiträge zum Obligationenrecht Abth. 3, 1855; *Книер.* Die Mora des Schuldners 2 Bd. 1871; *Schey.* Begriff u. Wesen der Mora Creditoris, 1884.

Понятіе. Подъ просрочкой, *mora*, разумѣется замедленіе въ исполненіи обязательства, вызванное по винѣ должника, или вѣрителя. Такъ какъ въ выполненіи обязательства участвуютъ оба, и должникъ, и вѣритель, то просрочка мыслима на сторонѣ и того и другого. *Mora debitoris vel solvendi* выражается въ замедленіи платежа, *mora creditoris vel accipiendi* — въ замедленіи принятія уплаты.

Необходимымъ признакомъ просрочки будетъ вина, *culpa*, замедляющаго исполненіе обязательства. Поэтому не будетъ просрочки, если исполненіе обязательства задержано какимъ либо случайнымъ обстоятельствомъ (*casus fortuitus*), какъ напр. болѣзнью, кораблекрушеніемъ и т. п. ³⁾, или когда должникъ имѣетъ основаніе

¹⁾ L. 23 C. 4, 35. См. *Vangerow.* Pand. 3 § 576 anm. 1.

²⁾ Вопросъ крайне спорный см. *Vangerow* cit. § 576 anm. 2.

³⁾ L. 23 pr. D. 22, 1.

сомнѣваться въ существованіи долга, въ личности вѣрителя, его представителя ¹⁾, и т. д. ²⁾.

Требованіе вины, какъ существеннаго признака просрочки, въ наукѣ сильно оспаривается (см. *Книер cit.* Вд. 1 р. 406). Принятое воззрѣніе опирается на слѣдующія свидѣтельства источниковъ: L. 5 D. 12, 1; L. 91 § 3 D. 45, 1; L. 1 § 22 D. 16, 3. Противное воззрѣніе опирается на: L. 137 § 4 D. 45, 1; L. 3 § 4 D. 19, 1; L. 18 pr. D. 13, 5. По поводу послѣднихъ мѣстъ см. *Vangerow. Pand.* 3 § 588 anm. 1 и v. *Wetter. Les obligat.* 1 р. 119 n. 11. См. ниже стр. 255, 256.

Просрочка должника. Условія: 1) Наличие долга, который подлежал бы судебному преслѣдованію. Если по данному долгу нельзя вчинить съ успѣхомъ судебного притязанія, то нельзя ожидать и исполненія его со стороны должника, а слѣдовательно и считать послѣдняго въ просрочкѣ. Такъ не будетъ просрочки, когда на требованіе вѣрителя должникъ можетъ противопоставить возраженіе ³⁾, напр., о ненаступленіи срока исполненія, или когда обязательство будетъ имѣть характеръ *obligatio naturalis* ⁴⁾.

2) Чтобы должникъ впалъ въ просрочку требуется со стороны вѣрителя заявленіе желанія получить уплату по обязательству, предвареніе о просрочкѣ, *interpelatio (denuntiatio)*.

Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit L. 32 D. 22, 1.

Не будетъ предваренія, то должникъ, по общему праву, можетъ воздержаться отъ исполненія, не впадая въ просрочку.

Интерпелляція не требовала какихъ либо формальностей. Ее можно было сдѣлать письменно или на словахъ ⁵⁾. Достаточно, если будетъ доказанъ фактъ заявленія кредиторомъ серьезнаго приглашенія къ уплатѣ. Она могла быть сдѣлана какъ самимъ вѣрите-

¹⁾ Срав. L. 13 pr. D. 16, 3 и L. 42 D. 50, 17.

²⁾ L. 1 § 22 in f. D. 16, 3; L. 21, 22 D. 22, 1.

³⁾ L. 54 D. 2, 14; L. 40 D. 12, 1.

⁴⁾ L. 88 D. 50, 17.

⁵⁾ Arg. L. 122 § 3 D. 45, 1.

лемъ, такъ и его представителемъ по довѣренности или по закону, но не *negotiorum gestor* 1). Дѣлается предвареніе или самому должнику, или его представителю 2), который можетъ производить платежи по заявленіямъ 3). Наконецъ, интерпелляція должна быть совершена въ томъ мѣстѣ, въ которомъ вѣритель можетъ требовать платежа 4).

Въ трехъ случаяхъ должникъ впадаетъ въ просрочку и безъ предваренія. Такъ, а) въ срочномъ обязательственномъ отношеніи *dies interpellat pro homine*, т. е. наступленіе конечнаго дня разсматривается какъ бы сдѣланнымъ предвареніемъ. Но это положеніе слѣдуетъ признать только при такомъ ограниченіи: наступленіе срока обязательства считается за фактъ тождественный съ интерпелляціей только тогда, когда назначеніемъ срока имѣется въ виду получить исполненіе именно въ данный день, когда исполненіе имѣетъ значеніе лишь въ данный день, напр. доставка купленнаго товара ко дню слѣдующей ярмарки.

Долго господствовавшее въ наукѣ и законодательствѣ положеніе „*dies interpellat pro homine*“ начиная съ Савиньи подлежитъ сильному спору. См. напр. *Schröter. Gegen die Regel: Dies interpellat pro homine* въ *Zeitschr. f. Civilr. u. Proz.* Bd. 7 p. 84 и слѣд. Теперь многіе писатели вовсе не допускаютъ приложенія этого правила въ римскомъ правѣ (см. напр. *Unterholzner. Schuldv.* 1 § 55, 7; *Fuchta. Pand.* § 269; *Molitor. Les obligat.* nn. 348—357); другіе же наоборотъ по прежнему стоятъ за неограниченное примѣненіе его въ срочныхъ обязательствахъ (см. особенно *Vangerow. Pand.* 3 § 588 Anm. 2); третьи держатся принятого нами воззрѣнія (напр. *Mommsen cit.* § 10; *Arndts. Pand.* § 251, 1; v. *Wetter cit.* 1 § 19). Въ источникахъ точныхъ указаній ни за одно изъ этихъ мнѣній не имѣется.

1) L. 24 § 2; L. 17 § 3; L. 32 § 1. D. 22, 1. См. *Mommsen cit.* p. 53.

2) L. 24 D. 45, 1.

3) Такъ *mandatarius ad litem* не можетъ принимать такихъ заявленій. v. *Wetter. Les obligat.* 1 p. 124 n. 17.

4) *Arg. L. 32 pr. D. 22, 1.*

б) Вступившій во владѣніе чужимъ имуществомъ по какому либо правонарушенію (по кражѣ, грабежу) считается съ самого начала въ просрочкѣ: *semper enim moram fur facere videtur* ¹⁾.

в) Если почему либо невозможно было сдѣлать приглашеніе къ платежу какъ самому должнику, такъ и его представителю ²⁾, то совершается судебный протестъ и съ этого времени должникъ считается въ просрочкѣ.

Во всѣхъ перечисленныхъ случаяхъ просрочка происходитъ *ex re*, а не *ex persona* ³⁾, въ силу обстоятельства, которое рассматривается тождественнымъ съ актомъ интерпелляціи.

Просрочка кредитора ⁴⁾. Условія ⁵⁾: 1) Должникъ долженъ былъ бесполезно дѣлать предложеніе уплаты, которая соединяла бы въ себѣ всѣ признаки необходимыя для погашенія долгаго обязательства. По древнему праву должникъ, сдѣлавъ заявленіе кредитору, могъ даже выбросить, покинуть вещь должную; въ позднѣйшемъ правѣ это разрѣшалось только въ крайнемъ случаѣ ⁶⁾.

При отсутствіи кредитора нельзя сдѣлать и самого предложенія уплаты ⁷⁾. Въ этихъ случаяхъ является настоятельнымъ совершить судебный протестъ или поклажу въ судебномъ мѣстѣ слѣдующей суммы (*depositio*; см. ниже). 2) Препятствія для врученія платежа должны быть со стороны кредитора неизвинительны. Оправдывающія обстоятельства должны быть имъ доказаны.

Большинство учебниковъ признаютъ вину за необходимый признакъ просрочки кредитора (см. напр. *Windscheid. Pand.* 2 § 345 n. 8; *Dernburg. Pand.* 2 § 43), но нѣкоторые писатели отвергаютъ этотъ признакъ (напр. *Kohler cit.* p. 409). Первое возрѣніе считаемъ единственно

¹⁾ L. 8 § 1 D. 13, 1 ср. L. 1 § 35 D. 43, 16.

²⁾ L. 23 D. 22, 1.

³⁾ Срав. L. 32 D. 22, 1.

⁴⁾ *Kohler. Annahme u. Annahmeverzug* въ *Jahrb. f. d. Dogmatik* Bd. 17 n. 8.

⁵⁾ L. 72 pr. D. 46, 3.

⁶⁾ L. 1 § 3 D. 18, 6; L. 8 D. 33, 6.

⁷⁾ L. 6 C. 4, 32.

вѣрнымъ уже потому, что нѣтъ основанія ставить кредитора въ положеніе просрочившаго по меньшимъ признакамъ, чѣмъ то требуется для просрочки должника (срав. L. 37 D. 17, 1).

Послѣдствія просрочки. Общее послѣдствіе просрочки выражается слѣдующимъ правиломъ: *unicuique sua mora posset*, каждому вредитъ только его просрочка.

Должникъ, впадающій въ просрочку, обязанъ вознаградить всякій ущербъ, который причиненъ кредитору чрезъ запоздалое выполненіе обязательства. Съ момента просрочки онъ отвѣчаетъ не только за *culpa levis* ¹⁾, но и за несчастный случай, *casus fortuitus*, отъ котораго вещь погибнетъ или попортится ²⁾, или же потеряетъ въ своей цѣнѣ ³⁾. При гибели и порчи вещи отъ случая обязательство становится, по выраженію источниковъ, вѣчнымъ: *mora perpetuam facit obligationem* ⁴⁾, т. е. кредиторъ могъ, несмотря на гибель должной вещи, требовать ея и должникъ присуждался къ оцѣночной ея стоимости, *rei aestimatio*. Но за случайную гибель или порчу вещи просрочившій должникъ отвѣчаетъ только при тѣхъ условіяхъ, если будетъ доказано, что при своевременномъ выполненіи обязательства предметъ его остался бы цѣлъ, напр. кредиторъ, получивъ его, немедленно отчуждилъ бы его и тѣмъ избѣгъ бы послѣдствій несчастнаго случая. При этомъ кредиторъ не обязанъ доказывать, что вещь была бы отчуждена; обратное долженъ доказать дебиторъ ⁵⁾.

Въ наукѣ издавна идетъ споръ о томъ, признать ли отвѣтственность должника за случай, съ момента просрочки, безусловно или съ принятой нами оговоркой. См. исторію этой контрверзи у *Madai*. Die Lehre von der

1) L. 25 § 2 D. 24, 3.

2) L. 5 D. 12, 1; L. 25 § 2 D. 24, 3; L. 39 § 1; L. 108 § 11 D. 1 (30); L. 24; L. 82 § 1 D. 45, 1; L. 31 pr. D. 46, 2; L. 3 C. 6, 47.

3) L. 8 § 1 D. 13, 1; L. 3 D. 13, 3; L. 3 § 3; L. 21 § 3 D. 19, 1; L. 37 D. 17, 1.

4) L. 24 § 2 D. 22, 1; L. 91 § 3 D. 45, 1; L. 58 § 1 D. 46, 1.

5) Ср. *Книер* cit. Bd. 2 p. 45.

Moга, 1837 § 46 и слѣд. Источники въ цѣломъ рядѣ положеній допускаютъ смягченіе этой *perpetuatio obligationis* и нѣтъ основанія не признавать въ этихъ свидѣтельствахъ выраженія общаго пачала. См. L. 14 § 11 D. 4, 2; L. 40 pr. D. 5, 3; L. 15 § 3 D. 6, 1; L. 12 § 4 D. 10, 4; L. 14 § 1 D. 16, 3; L. 47 § 6 D. 1 (30). См. *Vangerow. Pand.* 3 § 588 Ann. 3.

Просрочившій должникъ обязанъ произвести выдачу не только самого предмета обязательства, но и всѣхъ добавочныхъ статей, какія выросли съ момента наступленія уплаты; такъ что по *res frugifera* онъ отвѣчаетъ за плоды и притомъ не только за *fructus percipiti*, но и за *fructus percipiendi* ¹⁾, т. е. за тѣ плоды, которые кредиторъ могъ бы получить съ данной вещи, примѣнивъ лучшее хозяйство, чѣмъ то, которое велъ должникъ. Наконецъ, онъ обязывается уплатить кредитору проценты на денежную сумму за время просрочки, т. наз. *usurae moratoriae* ²⁾.

При просрочкѣ кредитора должникъ отвѣчаетъ только за *dolus* и *culpa lata* и не отвѣчаетъ за несчастный случай, который падаетъ на кредитора ³⁾.

Прекращеніе просрочки (*moга purgatur*) наступаетъ съ послѣдующей уплатой со стороны должника и принятія ея со стороны кредитора, или отъ иного какого прекращенія обязательства ⁴⁾. Прекращается просрочка и чрезъ отерочку исполненія обязательства, будь она дана явно ⁵⁾, или молчаливо ⁶⁾.

¹⁾ L. 8; L. 38 § 15; L. 39 D. 22, 1; L. 26 D. 3 (32); L. 18 pr. D. 36, 1.

²⁾ L. 32 D. 22, 1; L. 24 D. 16, 3.

³⁾ L. 5; L. 18 D. 18, 6; L. 72 pr. D. 46, 3; L. 84 § 3 D. 1 (30).

⁴⁾ L. 17 D. 13, 1; L. 17 D. 18, 6; L. 29 § 1 D. 45, 1; L. 8 pr. D. 46, 2.

⁵⁾ L. 54 D. 2, 14.

⁶⁾ L. 14 pr.; L. 31 pr. D. 46, 2; L. 72 §§ 1—3 D. 46, 3.

Прекращеніе обязательствъ.

Источники: Inst. 3 29 quibus modis obligatio tollitur. — Dig. 46, 3 de solutionibus et liberationibus. — Cod. 8, 42.

Пособія: *Erman.* Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte, 1883; *Römer.* Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen u. gemeinen Recht 1866.}

По общему началу въ обязательствѣ самомъ лежитъ зародышъ его прекращенія; оно подлежитъ выполнению и тѣмъ самымъ погашается. Кромѣ выполненія (*solutio*) ¹⁾, такое же влияніе на обязательство имѣютъ и нѣкоторые суррогаты выполненія, какъ-то представленіе чего либо иного въ качествѣ платежа (*in solutum datio*), обновленіе (*novatio*), зачетъ (*compensatio*).

Одни изъ способовъ погашенія обязательства прекращаютъ его тѣмъ, что на требованіе выполненія должникъ получаетъ право противопоставить постоянное возраженіе (*exceptio peremptoria*), обезсиливающее искъ, какъ напр. въ случаѣ состоявшагося простого соглашенія, по которому кредиторъ обязывается не требовать отъ должника выполненія долга, *actum de non petendo*. Такое соглашеніе погашаетъ обязательство *ope exceptionis* ²⁾. [Всякое другое погашеніе обязательства, *ipso jure*, исключаетъ самое право требованія. Существенная разница между этими видами погашенія въ томъ, что въ первомъ случаѣ обязательство можетъ возродиться въ своей силѣ, когда актъ, дающій право на возраженіе, будетъ отмѣненъ, тогда какъ во второмъ случаѣ обязательство уже никогда возродиться не можетъ.

Со стороны формы погашенія обязательства римскіе юристы держались того взгляда, что нормально всякое обязательство погашается тѣми же пріемами, какими устанавливается, если оно не по-

¹⁾ L. 54 D. 46, 3; L. 176 D. 50, 16.

²⁾ L. 112 D. 50, 17; L. 20 § 3 D. 40, 12; L. 55 D. 50, 16.

гашается выполнением: nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est ¹⁾. Такъ консенсуальные обязательства прекращались обратнымъ соглашениемъ, contraria voluntate dissolvuntur ²⁾. Обязательства литтеральные погашались чрезъ nomina transcriptitia (см. выше стр. 136). Обязательство вербальное, установленное путемъ произнесения торжественной формулы стипуляціи, погашалось произнесениемъ обратной формулы ³⁾; это т. наз.

Торжественное сложение, отпущение долга, acceptilatio ⁴⁾. Оно совершалось обычно такъ: должникъ предлагалъ кредитору торжественно вопросъ: quod ego tibi promissi habesne acceptum? На это кредиторъ отвѣчалъ: habeo ⁵⁾. Такою формулою обязательство погашалось; acceptilatio было imaginaria solutio ⁶⁾; должникъ по этой формулѣ разсматривался какъ бы производимъ въ дѣйствительности выполнение ⁷⁾.

Путемъ акцептиляціи могло быть погашено всякое обязательство послѣ предварительнаго обращенія его въ вербальное обязательство чрезъ обновленіе. Преторъ Аквилій Галлъ установилъ такую стипуляціонную формулу, по которой всѣ обязательства, изъ какого основанія они ни были установлены, могли получить вербальную форму и затѣмъ уже въ этой новой формѣ всѣ они могли быть погашены однимъ актомъ акцептиляціи ⁸⁾ т. наз. stipulatio Aquiliana.

Выполненіе обязательства, solutio. Самый естественный способъ погашенія обязательства состоитъ въ предоставленіи того предмета, на который направлено обязательство, т. наз. solutio ⁹⁾;

¹⁾ L. 35 D. 50, 17; L. 80 D. 46, 3.—*Leist.* Ueber die Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsbegründungs- u. dem Rechtsaufhebungsakte, 1876.

²⁾ § 4 I. 3, 29.

³⁾ L. 19 pr. D. 46, 4.

⁴⁾ Dig. 46, 4 de acceptilatione; Cod. 8, 44 de acceptilationibus.—*Völdendorff.* Zur Lehre vom Erlass, 1850.

⁵⁾ § 1 I. 3, 29.

⁶⁾ Gajus 3, 169.

⁷⁾ См. *Erman* cit. p. 67.

⁸⁾ L. 18 § 1 D. 46, 4.

⁹⁾ pr. I. 3, 29.

solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit ¹⁾. Приэтомъ лишь должный предметъ будетъ погашать обязательство: *solutio ejus quod debetur*. Иного предмета, безъ согласія кредитора, въ удовлетвореніе представлено быть не можетъ: *aliud pro alio invito creditori solvi non potest* ²⁾. Но римское право допускало погашеніе обязательства предоставленіемъ иного, чѣмъ первоначально должный, предмета. Такое погашеніе не было собственно выполненіемъ обязательства, *solutio* въ тѣсномъ смыслѣ, а только однимъ видомъ удовлетворенія, *satisfactio* ³⁾. Новѣйшее для него выраженіе *in solutum datio* ⁴⁾.

Такая замѣна совершается, по общему правилу, не иначе какъ съ согласія кредитора (*datio in solutum voluntaria*) ⁵⁾. Но Юстиніанъ допустилъ и принудительную замѣну (*beneficium dationis in solutum, datio in solutum necessaria*) ⁶⁾ при слѣдующихъ условіяхъ: если собственникъ недвижимаго имущества будетъ не въ состояніи выплатить должную имъ денежную сумму и приэтомъ не найдетъ подходящаго покупателя для своей земли, то онъ можетъ принудить своихъ кредиторовъ къ принятію земли въ уплату, по ея оцѣночной стоимости; въ этихъ случаяхъ кредиторамъ предоставлялось право выбора между участками ⁷⁾.

Datio in solutum, производя полное удовлетвореніе кредитора по данному обязательству, погашаетъ послѣднее не *ore executionis, a ipso jure* ⁸⁾.

Въ случаѣ на отданное въ уплату будутъ предъявлены права

¹⁾ L. 176 D. 50, 16.

²⁾ L. 2 § 1 D. 12, 1; L. 16, C. 8, 43.

³⁾ L. 176 D. 50, 16; L. 52 D. 46, 3.

⁴⁾ Въ источникахъ: *in solutum dare* (L. 5 D. 16, 1; L. 45 pr. D. 46, 3; L. 4 C. 7, 71; L. 10 C. 8, 43); *in solutum accipere* (L. 15 D. 42, 4; L. 4 § 31 D. 44, 4; L. 8 C. 7, 45; L. 16 C. 8, 43); *pro soluto dare; rem pro reolvere*; и т. п.

⁵⁾ pr. I. 3, 29; L. 2 § 1; L. 3 D. 12, 1; L. 16 C. 8, 43.

⁶⁾ Nov. 4 с. 3.

⁷⁾ Нѣкоторыя особенности для уплаты долговъ церкви и благотворительныхъ учреждений Nov. 120 с. 6 § 2.

⁸⁾ См. Gajus 3 § 168 ср. pr. I. 3, 29.

третьихъ лицъ (*evictio*), то кредитору предоставляется выборъ между вознагражденіемъ за ущербъ и осуществленіемъ прежняго обязательства такъ какъ бы оно не погашалось.

Въ источникахъ по вопросу объ *evictio* при *datio in solutum* полное разногласіе. Нѣкоторые изъ нихъ признаютъ одно изъ указанныхъ послѣдствій (L. 4 C. 8, 44), другіе—другое (L. 46 pr. D. 46, 3). При массѣ попытокъ примирить это разногласіе большинство писателей держится взгляда, по которому кредиторъ имѣетъ право выбирать между тѣми и другими послѣдствіями (см. *Römer cit.* p. 387 и слѣд.).

Выполненіе совершается или лично самому кредитору, или его представителю ¹⁾. Но кромѣ того при соглашеніи могло быть установлено право за должникомъ погасить обязательство выполненіемъ не только кредитору, но и другому опредѣленному лицу, *solutionis causa adjectus*. При стипуляціи для этого служила такая формула: *mihi aut Titio dare spondes? — spondeo* ²⁾. Такое привлеченное къ полученію лицо имѣло только эту одну функцію ³⁾, а самимъ не могло никакимъ образомъ располагать обязательствомъ, ни предъявлять по немъ требованіе ⁴⁾.

По выполненію обязательства могли быть выданы расписки, квитанціи (*apochae, securitates*), которыя у Римлянъ, однако, имѣли значеніе одного признанія платежа ⁵⁾, причемъ доказательная ихъ сила допускалась, по одному постановленію Юстиніана, лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда они не оспаривались въ продолженіи 30 дней со времени выдачи ⁶⁾.

Если выполненіе не можетъ состояться по препятствію

¹⁾ L. 180 D. 50, 17; L. 12 pr.; L. 14 § 7; L. 34 § 3; L. 49 D. 46, 3; L. 19 C. 8, 43; L. 11 § 5 D. 13, 7; L. 6 § 2 D. 12, 6.

²⁾ § 4 I. 3, 19.

³⁾ § 4 I. 3, 19; L. 16 pr. D. 46, 1; L. 12 § 3; L. 59; L. 106 D. 46, 3.

⁴⁾ L. 10 D. 46, 2; L. 10 D. 46, 3; L. 7 § 1 D. 13, 5.

⁵⁾ L. 19 § 1 D. 46, 4.

⁶⁾ L. 14 C. 4, 30.

со стороны кредитора (по его винѣ, по неизвѣстности) ¹⁾, то должнику предоставляется (*lex depositionis*) совершить публичную поклажу должникаго предмета, т. е. представить его въ официальное мѣсто ²⁾ (*in publico*) ³⁾, изъ котораго кредиторъ можетъ получить слѣдующее, по засвидѣтельствованіи его правъ ⁴⁾. До заявленія воли кредитора на удовлетвореніе изъ поклажи должникъ можетъ взять ее обратно ⁵⁾ и тогда право требованія становится вновь дѣйствительнымъ противъ него ⁶⁾.

Выполняетъ обязательство обыкновенно самъ должникъ. Но за исключеніемъ тѣхъ обязательствъ, для выполнения которыхъ можетъ имѣть значеніе индивидуальность исполняющаго ⁷⁾, всѣ остальные могутъ быть погашены всякимъ постороннимъ лицомъ, даже неуполномоченнымъ на то должникомъ ⁸⁾.

При опредѣленныхъ отношеніяхъ должника къ кредитору первый имѣетъ такъ наз. *beneficium competentiae* ⁹⁾, т. е. ту привилегію, чтобы при осуществленіи обязательственнаго требованія ему были оставлены средства необходимыя для приличнаго существованія ¹⁰⁾. Такую привилегію имѣли ¹¹⁾: восходящіе по отношенію къ нисходящимъ, супруги другъ другу, солдаты, бывшіе *filii familias* по долгамъ отъ времени состоянія подъ отцовской влас-

¹⁾ L. 19 C. 4, 32; L. 47 § 2 D. 40, 5; L. 4 pr. D. 40, 7; L. 18 § 1 D. 22, 1; L. 1 § 36 D. 16, 3.

²⁾ См. *Ulrich*. Die Deposition u. Dereliction behufs Befreiung des Schuldners, 1877; *Czylharz*. Gerichtliche Deposition въ *Zeitschr. f. Priv. u. öff. R.* Bd. 6 p. 657.

³⁾ Таковы были въ Римѣ храмы, особыя мѣста сохраненія, *horrea*, а также поклажѣ служили конторы мѣняль.

⁴⁾ L. 19 C. 4, 32.

⁵⁾ L. 19 C. 4, 32.

⁶⁾ См. *Ulrich* cit. p. 64.

⁷⁾ L. 31 D. 46, 3.

⁸⁾ L. 39 D. 3, 5; L. 23; L. 40; L. 53; L. 72 § 2 D. 46, 3.

⁹⁾ Отъ „in id, quod competit.“

¹⁰⁾ „Aliquid sufficiens,“ „ne egeat“ L. 30 D. 42, 1; L. 6 D. 42, 3; L. 173 pr. D. 50, 17.

¹¹⁾ § 38 I. 4, 6; L. 16—25 D. 42, 1; L. 2 D. 14, 5; L. 63 pr. D. 17, 2.

тью, товарищи другъ къ другу по actio pro socio; во многихъ случаяхъ исковъ по приданному; по иску изъ обѣщанія сдѣлать даръ.—Когда имущественное положеніе должника поправится, то онъ обязанъ доплатить сокращенное въ силу данной привилегіи ¹⁾).

При нѣсколькихъ кредиторахъ неспособность общаго должника къ удовлетворенію въ полнотѣ ихъ требованій можетъ вести къ открытію т. наз. *конкурса* ²⁾. Подъ конкурсомъ разумѣется особое производство (*processus cridae*), имѣющее своимъ назначеніемъ произвести удовлетвореніе кредиторовъ изъ имущества несостоятельнаго общаго должника (*decoctor*, отъ слова *decoquere*, разсѣвать) ³⁾, пропорціонально ихъ притязаніямъ ⁴⁾. Самыми частыми основаніями для открытія конкурса могли служить: укрывательство, бѣгство должника съ цѣлью уклониться отъ отвѣта по иску, *fraudationis causa latitatio* ⁵⁾, уступка должникомъ своимъ кредиторамъ всего своего имущества для конкурснаго распредѣленія его между ними, *sessio bonorum* ⁶⁾, смерть должника, неоставившаго наслѣдниковъ ⁷⁾, неудовлетвореніе по судебному рѣшенію ⁸⁾. Открывается конкурсъ тѣмъ, что кредиторы вводятся во владѣніе всѣмъ имуществомъ должника, *missio in bona* ⁹⁾. Затѣмъ, въ классическомъ періодѣ, слѣдовала продажа огуломъ всей конкурсной массы одному лицу, *bonorum emptor*, который становился преемникомъ во всемъ имуществѣ должника ¹⁰⁾ и, въ формѣ покупной

¹⁾ L. 63 D. 17, 2; L. 8 C. 5, 18; L. un. C. 5, 13.

²⁾ Dig. 42, 7 de curatore bonis dando.—*Dabelow*. Versuch einer ausführlich systemat. Erläuterung d. Lehre vom Concurs der Gläubiger 2 ed. 1840; v. *Bayer*. Theorie des Concurs Processes nach gemeinem Rechte 4 ed. 1850; *Мальшевскъ*. Историческій очеркъ конкурснаго процесса, 1871 стр. 3—62.

³⁾ Varro de re rust. 3, 2 § 16; Cic. in Catilin. 2, 3;

⁴⁾ L. 6 § 7 D. 42, 8.

⁵⁾ Gajus 3, 78; L. 7 §§ 1—12 D. quib. ex caus in poss. eat. 42, 4.

⁶⁾ L. 1 C. qui bon. ced. poss. 7, 71. См. *Мальшевскъ* cit. p. 31—36.

⁷⁾ Gajus 3, 78; L. 8 D. 42, 4; L. 1 pr. § 1 D. 42, 7.

⁸⁾ Gajus 3, 78; L. 5 C. 7, 75.

⁹⁾ L. 7 § 1; L. 8 D. 42, 4; L. 12 pr.; L. 15 pr. D. 42, 5.

¹⁰⁾ Inst. 3, 12 de succ. subl. quae fieb. per bon. vendit.

цѣны, давалъ обѣщаніе выплатить кредиторамъ извѣстную долю ихъ требованій ¹⁾. Въ качествѣ преемника несостоятельнаго должника *bonorum emptor* прибрѣталъ собственность (*dominium bonitarium*) надъ его вещами ²⁾ и права его требованій ³⁾. Свои притязанія къ третьимъ *bonorum emptor* могъ осуществлять разными судебными средствами: *actio Rutiliana*, *actio Serviana* ⁴⁾, *interdictum possessorium* ⁵⁾. Онъ же могъ оспаривать неправильныя домагательства кредиторовъ, чтобы уплатить только дѣйствительныя долги своего предмѣстника; являлся въ роли *contradictor* для кредитора ⁶⁾. Во времена Юстиніана *bonorum (venditio) emptio* уже не практиковалось ⁷⁾. вмѣсто этого назначались къ имуществу особые попечители (*curatores bonorum*), которые распродавали по частямъ имущество должника (*distractio bonorum*) ⁸⁾ и затѣмъ полученное распредѣляли между кредиторами ⁹⁾. Обыкновенно распредѣленіе производится между всѣми кредиторами пропорціонально ихъ требованіямъ, но положительное право признаеть за опредѣленными разрядами кредиторовъ право на преимущественное удовлетвореніе передъ прочими кредиторами, т. наз. *privilegium exigendi* ¹⁰⁾. Такая привиллегія могла быть чисто личной, принадлежать только первоначальному кредитору безъ перехода на его наслѣдниковъ (*privilegium personae*), или же она соединяется съ самимъ требованіемъ и потому принадлежитъ всякому осуществляющему это требованіе (*privilegium causae*). 1) Личная

¹⁾ Gajus 3 § 77 и слѣд.; 4 §§ 145, 146; Theophilus ad pr. in. f. I. 3, 12. См. *Dernburg*. *Bonorum emptio* 1850 § 3 и слѣд.

²⁾ Gajus 3, 80.

³⁾ Theophilus ad pr. in. f. I. 3, 12.

⁴⁾ Gajus 4, 35 in. См. *Maynz*. *D. rom.* 2 § 299.

⁵⁾ Gajus 4, 145.

⁶⁾ *Мальшевъ* cit. стр. 11.

⁷⁾ pr. I. 3, 12; L. 10 § 2 C. 7, 72.

⁸⁾ L. 5 in. f.; L. 9 D. 42, 5.

⁹⁾ Dig. 42, 7.

¹⁰⁾ Dig. 42, 5 de rebus auctor. judic. possid. Cod. 7, 72 de bonis auct. jud. poss. *Vangerow*. *Pand.* 3 § 594.

привиллегія принадлежитъ: казнѣ по всеѣмъ ея требованіямъ ¹⁾, государю, государынѣ ²⁾, городскимъ общинамъ ³⁾, женѣ по ея требованіямъ изъ приданнаго ⁴⁾, подѣопечнымъ по требованіямъ къ опекавшимъ ихъ ⁵⁾. 2) Привиллегія по самому требованію имѣется въ слѣдующихъ случаяхъ: по тратамъ на погребеніе должника или такого лица, погребеніе котораго лежало на обязанности должника ⁶⁾; по денежнымъ займамъ, сдѣланнымъ на возстановленіе зданія ⁷⁾, по репаратурѣ, сдѣланной однимъ изъ сотоварищей, общаго зданія ⁸⁾; по займу на покупку, постройку или снаряженіе корабля ⁹⁾; по безпроцентной отдачѣ на храненіе денегъ банкирамъ (*argentarii*) ¹⁰⁾. Привилегированные долги подлежатъ удовлетворенію раньше непривилегированныхъ; нѣсколько же привилегированныхъ долговъ удовлетворяются соразмѣрно ихъ величинѣ ¹¹⁾. Но во всякомъ случаѣ и привилегированные кредиторы уступаютъ мѣсто кредиторамъ по залогу ¹²⁾. Только долги по погребенію предшествуютъ всеѣмъ ¹³⁾.

Actio Pauliana ¹⁴⁾. Несостоятельные должники могли легко уменьшать свое имущество отчужденіями и такимъ образомъ умалять

1) L. 10 pr. D. 2, 14; L. 34 D. 42, 5; L. 6 pr. D. 49, 14. Срав. L. 17 D. 49, 14 и L. un. C. 10, 7 съ L. 37 D. 49, 14.

2) L. 6 § 1 D. 49, 14.

3) L. 38 § 1 D. 42, 5.

4) L. 22 § ult. D. 24, 3; L. 74 D. 23, 3; L. 17 § 1; L. 18; L. 19 pr. D. 42, 5; L. un. C. 7, 74.

5) L. 19 § 1—L. 23 D. 42, 5; L. 42; L. 44 § 1 D. 26, 7.

6) L. 45 D. 11, 7; L. 17 pr. D. 42, 5.

7) L. 25 D. 12, 1; L. 24 § 1 D. 42, 5.

8) L. 52 § 10 D. 17, 2.

9) L. 26; L. 34 D. 42, 5.

10) L. 24 § 2 D. 42, 5; L. 7 § 2 D. 16, 3.

11) L. 32 D. 42, 5.

12) L. 9 C. 8, 18.

13) Paulus 1, 21 § 15; L. 45 D. 11, 7. Но срав. *Vangerow* cit. p. 222, 223.

14) Dig. 42, 8 quae in fraudem creditorum facta sunt. ut restituantur; Cod. 7, 75 de revocandis his, quae per fraudem alienata sunt. *Reinhardt*. Die Anfechtungsklage wegen Verkür-

свою платежную способность въ ущербъ кредиторовъ. На защиту интереса послѣднихъ противъ подобныхъ сдѣлокъ должника выступилъ преторскій эдиктъ съ нѣсколькими исками, предусматривающими отдѣльные акты распоряженія должника въ ущербъ кредиторовъ, *in fraudem creditoris*. Въ юстиниановомъ правѣ всѣ эти иски слились въ одинъ, который по имени одного изъ нихъ ¹⁾ принято называть *actio Pauliana*.

Большинство ученыхъ признають въ доюстиниановомъ правѣ, для разсматриваемыхъ случаевъ, кромѣ *actio Pauliana*, только еще *interdictum fraudatorium* (L. 10 pr. D. 42, 8; L. 67 § 1 D. 36, 1; L. 96 pr. D. 42, 3). Но другіе къ этому присоединяють еще *actio in factum* (L. 10 pr. D. 42, 8) и *rescissoria in rem actio* (§ 6 I. 4, 6). См. напр. *Dernburg. Pand.* 2 § 144. При этомъ споренъ и вопросъ о самомъ примѣненіи этихъ средствъ. См. *Huschke* въ *Giess. Zeitschr.* N. F. Bd. 14 n. 1 и *Schey* въ *Zeitschr. f. Rechtswissenschaft* Bd. 13 p. 120.

Условія *actio Pauliana*. 1) Уменьшеніе имущества должникомъ по акту отчужденія (*alienatio*), въ обширномъ смыслѣ слова, до открытія конкурса. Сюда подходитъ не только передача имущества, но и принятіе на себя обязательства, или освобожденіе отъ такового своего должника ²⁾. При этомъ безразлично, совершится ли отчужденіе чрезъ положительное дѣйствіе, или чрезъ опущеніе, напр. тѣмъ, что не будетъ прервано теченіе давности ³⁾. Но отказъ должника отъ предстоящаго приобрѣтенія, напримѣръ отъ наслѣдства, не составляетъ уменьшенія имущества ⁴⁾. 2) Намѣреніе должника нанести ущербъ требованіямъ кре-

zung der Gläubiger, 1871; *Zürcher. Die actio Pauliana nach gem. Recht u. d. neueren Codificationen.* 1872; *Schönemann. Die Paulianische Klage gegen Veräußerungen zahlungsunfähiger Schuldner zum Nachtheil der Gläubiger,* 1872; *Hasenbalg. Zur Lehre von der. act. Pauliana,* 1874; *Otto. Die Anfechtung nach gemeinem, sächsischen u. Reichsrecht,* 1881.

¹⁾ См. L. 38 § 4 D. 22, 1; § 6 I. 4, 6.

²⁾ L. 1 pr. § 2; L. 2; L. 3 pr.; L. 10 pr. § 13; L. 22 D. 42, 8; L. 1; L. 2; L. 3; L. 5 C. 7, 75.

³⁾ L. 3 §§ 1, 2; L. 4; L. 5; L. 17 pr.; L. 18 D. 42, 8.

⁴⁾ L. 6 §§ 1 — 5 D. 42, 8; L. 67 § 1 D. 36, 1 ср. L. 45 pr. D. 49, 14.

дителя, *consilium fraudandi* ¹⁾. Это намѣреніе должно быть извѣстно контрагенту должника ²⁾; только при приобрѣтеніяхъ безвозмездныхъ (*ex causa lucrativa*) не требуется и знаніе приобрѣтателя объ этомъ намѣреніи ³⁾. 3) Кредиторы должны въ дѣйствительности понести отъ даннаго дѣйствія должника тотъ ущербъ, что лишаются возможности получить полное удовлетвореніе изъ имущества должника ⁴⁾. Погашеніе должникомъ долга одному изъ кредиторовъ не даетъ право на *actio Pauliana* ⁵⁾; такъ какъ тутъ новой какой либо сдѣлки нѣтъ и тѣмъ болѣе не имѣется злостного намѣренія причинить ущербъ кредиторамъ. Но установленіе залоговаго права ⁶⁾, или *datio in solutum* одному изъ кредиторовъ, даетъ право на опороженіе, такъ какъ тутъ имѣются уже новыя сдѣлки.—Истцомъ по *actio Pauliana* можетъ выступить за кредиторовъ попечитель конкурса ⁷⁾, а также и сами потерпѣвшіе кредиторы ⁸⁾—Отвѣтчикомъ будетъ контрагентъ должника, если онъ зналъ о *fraus* или получилъ изъ сдѣлки безвозмездную выгоду. Отвѣчаетъ и то лицо, которому первый приобрѣтатель сдѣлаетъ дальнѣйшее отчужденіе, если только оно знало о злостномъ намѣреніи должника ⁹⁾. Наконецъ, отвѣчаетъ и самъ должникъ ¹⁰⁾; это имѣетъ значеніе тогда, когда онъ вновь приобрѣтетъ имущество.—Послѣдствія иска выражаются въ томъ, что потерпѣвшіе кредиторы должны быть поставлены въ такое положеніе, какъ бы отчужденія вовсе не было сдѣлано: *ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset* ¹¹⁾. вмѣстѣ съ отчужденными предметами подлежатъ выдачи и плоды и добавленія, про-

¹⁾ L. 1 pr. § 1; L. 17 § 1 D. 42, 8; L. 10 D. 10, 9.

²⁾ L. 6 §§ 8, 9 D. 42, 8.

³⁾ L. 6 §§ 11, 13 D. 42, 8; L. 5 C. 7, 75.

⁴⁾ L. 10 § 1 D. 42, 8.

⁵⁾ L. 6 § 7 D. 42, 8. Вопросъ споренъ см. *Vangerow. Pand.* 3 § 697.

⁶⁾ L. 10 § 13 D. 42, 8.

⁷⁾ L. 1 pr. D. 42, 8.

⁸⁾ См. *Otto cit.* p. 147, 213.

⁹⁾ L. 9 D. 42, 8.

¹⁰⁾ L. 1 pr.; L. 10 § 24; L. 12; L. 25 § 7 D. 42, 8.

¹¹⁾ L. 38 § 4 D. 21, 2.

центы ¹⁾). Добросовѣстные владѣльцы и наследники отвѣчаютъ только въ размѣрѣ обогащенія ²⁾). Отвѣтчикъ имѣеть право на возмѣщеніе произведенныхъ имъ необходимыхъ затратъ ³⁾ и вообще на возвращеніе уплоченнаго имъ по данному приобрѣтенію, если только это уплоченное еще находится въ конкуреной массѣ ⁴⁾.—Искъ погашается давностью въ одинъ годъ, *annus utilis* ⁵⁾. По истеченіи года можно требовать только въ размѣрѣ обогащенія отвѣтчика ⁶⁾.

Обновленіе, novatio.

Источники: Dig. 46, 2; Cod. 8, 41 de novationibus et delegationibus.

Пособія: *Salpius.* Die Novation u. Delegation nach röm. R. 1864; *Salkowski.* Z. Lehre von der Novation, 1866; *Hruza.* Zur Lehre von der Novation nach oesterreichischem u. gemeinem Recht. 1881; *Gide.* Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain 1879; *Gerbaut.* De la novation. 1882.

Понятіе. Подъ обновленіемъ, novatio, разумѣется замѣна даннаго обязательства другимъ. Опредѣленіе источниковъ: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio ⁷⁾. Какъ способъ погашенія обязательствъ обновленіе состоитъ въ превращеніи прежняго долга въ другой, причемъ этотъ послѣдній долженъ чѣмъ либо отличатся отъ прежняго: ita demum novatio fit si quid in posteriore stipulatione novi sit ⁸⁾.

¹⁾ L. 10 § 20 D. 42, 8.

²⁾ L. 6 §§ 11, 12; L. 10 § 5 D. 42, 8; L. 5 C. 7, 75.

³⁾ L. 10 § 20 D. 42, 8.

⁴⁾ L. 7; L. 8 D. 42, 8.

⁵⁾ L. 1 pr. D. 42, 8.

⁶⁾ L. 10 § 24 D. 42, 8.

⁷⁾ L. 1 pr. D. 46, 2. См. *Hruza* cit. p. 8.

⁸⁾ *Gajus* 3, 177.

Нѣкоторые писатели признають возможнымъ обновленіе безъ внесенія чего либо новаго въ прежнее обязательство (напр. *Windscheid. Pand. 2* p. 353 n. 6a). Но помимо приведеннаго выраженія Гайя источники прямо свидѣтельствуютъ, что замѣняющее обязательство лишь тогда дѣйствительно, когда оно заключаетъ въ себѣ что либо новое (срав. § 3 I. 3, 29 и L. 18 D. 45, 1). См. *Salpius cit.* p. 176 и слѣд.; *Gide cit.* p. 81—116.

По содержанію перемѣны обновленіе будетъ объективнымъ, или субъективнымъ. Первый видъ состоитъ въ измѣненіи, касающемся самого долга. Такъ, измѣняется или самый предметъ долга ¹⁾ (обѣщаніе денежной суммы вмѣсто товара), или основаніе долга ²⁾ (обѣщаніе по стипуляціи слѣдуемой изъ купли-продажи суммы), или же какая либо добавочная статья обязательства ³⁾ (отмѣна срока, условія, или наоборотъ — введеніе срочности, условности и т. п.).

Субъективное обновленіе происходитъ черезъ перемѣну въ лицахъ, состоящихъ въ данномъ обязательствѣ. Оно выражается или въ замѣнѣ должника ⁴⁾, или кредитора ⁵⁾, или же въ переменѣ за одно какъ должника, такъ и кредитора ⁶⁾.

Обновленіе въ формѣ перемѣны субъектовъ обязательства совершалось обыкновенно чрезъ такъ наз. *delegatio* ⁷⁾, на что указываетъ и сама надпись титула объ обновленіи.

Делегацию опредѣляетъ Ульціанъ такъ: *Delegare est vice sua alium rem dare creditori vel cui jusserit* ⁸⁾, т. е. делегировать значитъ подставлять вмѣсто себя другого должника кре-

¹⁾ L. 9 § 2; L. 28 D. 46, 2; L. 8 pr. C. 8, 41; L. 10 C. 4, 2. Древнее римское право требовало для обновленія полного тождества предмета въ обоихъ обязательствахъ (ср. *Salpius cit.* p. 159 и слѣд. и *Hruza cit.* p. 9).

²⁾ L. 2; L. 8 § 1 D. 46, 2; L. 71 pr. D. 17, 2; L. 15 D. 12, 1.

³⁾ § 3 I. 3, 29; L. 5; L. 8 § 1 D. 46, 2; L. 8 pr. C. 8, 41.

⁴⁾ § 3 I. 3, 29; L. 8 § 5, L. 11 pr. D. 46, 2.

⁵⁾ L. 1; L. 6 C. 8, 41.

⁶⁾ L. 11 pr. D. 46, 2.

⁷⁾ По русски перевести это слово весьма трудно. Въ гражд. законахъ царства польскаго оно переведено словами: „переводъ долга“. См. ст. 1275.

⁸⁾ L. 11 pr. D. 46, 2.

дитору. Совершается эта подставка обыкновенно такимъ образомъ: опредѣленное лицо, состоя кредиторомъ другого, даетъ этому послѣднему приказъ (jussus), порученіе обязатья третьему въ томъ, чѣмъ онъ обязанъ теперешнему своему кредитору. Но подобный приказъ можетъ быть данъ и ради оказанія кредита ¹⁾. Дающій порученіе кредиторъ носитъ названіе *delegans*, получившій порученіе должникъ—*delegatus*, третье лицо, принимающее его въ должники — *delegatarius*. Чаще всего такая подставка совершается при тѣхъ условіяхъ, что *delegans* состоитъ должникомъ делегатарія и этимъ путемъ уплачиваетъ свое обязательство, производя его обновленіе.

Существенный признакъ делегации -- приказъ, порученіе, по которому происходитъ замѣна должниковъ въ обязательствахъ ²⁾. Этимъ отличается делегация, какъ средство обновленія, отъ *expromissio* (см. ниже стр. 271). Мало того для обновленія необходимо, чтобы данное порученіе выполнилось въ смыслѣ принятія на себя делегатомъ обязательства передъ делегатаріемъ ³⁾. Въмѣстѣ съ тѣмъ *delegans* теряетъ свое требованіе къ делегату, какъ бы получивъ отъ него уплату ⁴⁾, и это право переходитъ къ делегатарію ⁵⁾. Но такъ какъ при этомъ мѣняется только лицо кредитора, содержаніе же долга не затронуто, то делегатъ сохраняетъ къ делегатарію все свои прежнія возраженія ⁶⁾.

Какъ обновленіе мыслимо безъ делегации, такъ и делегация мыслима безъ обновленія ⁷⁾, такъ напр. *delegans* поручаетъ делегату доставить делегатарію опредѣленную сумму денегъ или другое какое нибудь имущество ⁸⁾. Тутъ нѣтъ обновленія, ибо делегату поручено перенести собственность, а не обязываться. Или другой

¹⁾ L. 13 D. 46, 2.

²⁾ L. 5 § 8 D. 23, 3; L. 33 D. 46, 2; L. 2 C. 4, 5.

³⁾ *Fragm. Vat.* § 263; L. 20 D. 18, 2; L. 75 § 6 D. 45, 1; L. 11 C. 8, 54.

⁴⁾ L. 21 § 1 D. 39, 5.

⁵⁾ L. 4 § 5 D. 49, 1.

⁶⁾ *Dernburg. Pand.* 2 p. 159 n. 9.

⁷⁾ См. *Gerbaut* cit. p. 202 и слѣд.

⁸⁾ L. 57 § 1 D. 12, 6; L. 61 D. 21, 2; L. 5 § 8 D. 23, 3; L. 4 § 26 D. 44, 4; L. 7 C. 8, 41.

примѣръ: А. поручаетъ Б. обязаться предъ В. на уплату 100 р. Если А. не состоитъ кредиторомъ Б. и должникомъ В., то такая делегация не можетъ произвести какого либо обновленія ¹⁾.

Въ прежнее время обыкновенно делегацию считали за видъ новации. Въ настоящее время ихъ признаютъ за два самостоятельные институты (см. *Gerbaut cit.* р. 202 и слѣд.; *Gide cit.* р. 379—386). Главная заслуга въ установленіи послѣдняго взгляда принадлежитъ *Salpius'у cit.*

Обновленіе, при которомъ происходитъ замѣна прежняго должника новымъ, носитъ названіе *expromissio* ²⁾. Такое обновленіе можетъ быть осуществлено не только помимо воли, но и противъ воли должника ³⁾. Подобное освобожденіе отъ обязательства безъ согласія должника объясняется признакомъ чистой выгоды для освобождаемаго ⁴⁾. Но обыкновенно должникъ участвуетъ своимъ соглашеніемъ при подобномъ обновленіи, т. е. послѣднее происходитъ чрезъ такъ назыв. *delegatio debiti*, а именно: должникъ (*delegans*) даетъ порученіе третьему лицу (*delegatus*), чаще всего своему должнику, принять долгъ предъ его, делеганта, кредиторомъ (*delegatarius*) и такимъ образомъ замѣнить его въ данномъ обязательственномъ отношеніи.

Обновленіе въ римскомъ правѣ подраздѣлялось на два вида: *novatio voluntaria* и *necessaria*, добровольное и необходимое. Послѣднее происходило подъ вліяніемъ такихъ процессуальныхъ моментовъ, какъ *litis contestatio*, и постановленіе судебного приговора ⁵⁾.

Условія обновленія. 1) Прежде всего требуется наличность дѣйствительнаго долга, подлежащаго обновленію; иначе послѣдній не будетъ имѣть объекта. Отсюда слѣдуетъ, что если обновляемое

¹⁾ См. L. 2 § 2; L. 21 pr. § 1; L. 33 § 3 D. 39, 5; L. 41 D. 42, 1; L. 33 D. 46, 2.

²⁾ См. о смыслѣ этого слова у *Windscheid. Pand.* § 353 п. 8.

³⁾ L. 8 § 5 D. 46, 2.

⁴⁾ См. въ ученіи о дареніи т. I стр. 239.

⁵⁾ См. т. I стр. 302, 309, 310.

обязательство будетъ условное, то обновленіе наступаетъ лишь съ момента осуществившагося условія. При срочномъ же обязательствѣ дѣйствіе обновленія наступало немедленно ¹⁾. Такое различіе основывается на томъ, что условное обязательство до наступленія суспensiveнаго условія не существуетъ, а срочное устанавливается немедленно, хотя и не подлежитъ до наступленія срока осуществленію ²⁾.

Обновленію могутъ подлежать не только цивильныя, но и естественныя обязательства ³⁾.

2) Требуется соглашеніе, которое рождало бы новое обязательство, равно дѣйствительное ⁴⁾. Если новое обязательство условное, то обновленіе проявляетъ силу лишь съ момента выполненія условія; если условіе не наступаетъ, то прежнее обязательство остается въ прежней силѣ ⁵⁾. Природа новаго обязательства также безразлична, какъ и прежняго.

3) Намѣреніе произвести обновленіе (*animus novandi*) т. е. намѣреніе прекратить прежнее обязательство установленіемъ новаго ⁶⁾. Не требуется непременно явнаго заявленія этого намѣренія, достаточно, если оно слѣдуетъ изъ акта ⁷⁾. Такъ напр. будетъ обновленіе (*novatio tacita*), когда стороны просто перемѣняютъ должную вещь или основаніе обязательства. Но не будетъ обновленія, когда производится измѣненіе въ частностяхъ, въ добавочныхъ статьяхъ обязательства, или совершается приобщеніе новаго кредитора, выговаривающаго себѣ тотъ же предметъ ⁸⁾. За недостаткомъ

¹⁾ L. 8 § 1 D. 46, 2; L. 36 D. 12, 1; L. 80; L. 83 D. 23, 3.

²⁾ См. т. I стр. 193, 205.

³⁾ L. 1 § 1; L. 2 D. 46, 2.

⁴⁾ § 3 I. 3, 29; L. 1 § 1; L. 14 pr. D. 46, 2.

⁵⁾ Gajus 3, 179; L. 8 § 1; L. 14 pr.; L. 24 D. 46, 2. См. *Kniep*. Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation, 1860; *Römer*. Die bedingte Novation, 1863.

⁶⁾ L. 22; L. 24; L. 26; L. 28; L. 21 pr. D. 46, 2.

⁷⁾ Gajus 3, 177, 178; § 3 I. 3, 29; L. 8 C. 8, 41. См. *Salpius* cit. § 43, 44; *Gide* cit. p. 153 — 182. Срав. *Salkowski* cit. 1866 § 8 p. 256—267.

⁸⁾ v. *Wetter*. Les obligations v. 3 p. 505.

опредѣленнаго намѣренія произвести обновленіе прежній долгъ продолжаетъ существовать рядомъ съ новымъ ¹⁾).

4) Способъ обновленія. Обыкновеннымъ, если не исключительнымъ ²⁾, способомъ обновленія въ Римѣ была стипуляція ³⁾).

Послѣдствія обновленія. Обновленіе погашаетъ *ipso jure* прежнее обязательство ⁴⁾ со всеми его добавочными статьями, какъ то залогомъ ⁵⁾, процентами ⁶⁾, привиллегіями ⁷⁾, послѣдствіями просрочки ⁸⁾, или неустойчнаго соглашенія ⁹⁾. Эти добавочныя статьи не переходятъ на новое обязательство ¹⁰⁾. Изъятіе допускалось только при необходимомъ обновленію, при которомъ всякія *accessoria*, обезпечивавшія прежнее обязательство, переходили на новое *ipso jure* ¹¹⁾. Въ субъективномъ смыслѣ послѣдствія обновленія распространяются на всѣхъ участвующихъ въ обязательствѣ въ качествѣ должника, или кредитора. Такимъ образомъ при несостоятельности новаго должника кредиторъ не можетъ обращаться со взысканіемъ къ прежнему должнику ¹²⁾).

Зачетъ обратнаго требованія, *compensatio*.

Источники: Dig. 16, 2; Cod. 4, 31 de *compensationibus*.

Пособія: *Desjardins*. De la compensation et des demandes reconventionnelles dans le dr. rom. et dans le dr.

¹⁾ § 3 I. 3; 29; L. 8 pr. C. 8, 41; L. 2 D. 46, 2.

²⁾ Gajus 3 §§ 128, 130 и *Gide* cit. p. 216.

³⁾ См. *Gide* cit. p. 218.

⁴⁾ § 3 I. 3, 29; L. 1 pr. D. 46, 2; L. 2 C. 8, 41.

⁵⁾ L. 18 D. 46, 2; L. 11 § 1 D. 13, 7.

⁶⁾ L. 18; L. 27 D. 46, 2.

⁷⁾ L. 29 D. 46, 2.

⁸⁾ L. 8 pr. D. 46, 2; L. 17 D. 13, 1. См. *Книер. Вед. Novat.* p. 31 и слѣд.; *Salkowski* cit. p. 285 и слѣд.

⁹⁾ L. 16 D. 46, 2.

¹⁰⁾ L. 8 pr.; L. 15, L. 18; L. 27 D. 46, 2;

¹¹⁾ L. 29 D. 46, 2; L. 22 D. 27, 3; L. 86 D. 50, 17.

¹²⁾ L. 3 § 1 C. 8, 41.

français. 1864; *Dernburg*. Die Compensation nach röm. Rechte mit Rücksicht auf d. neuer. Gesetzg. 1854 (2 Aufl. 1868); *Eisele*. Die Compensation nach römischem und gemein. Recht. 1876; *Stampe*. Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris iudicium. 1886.

Помятіе. Юристъ Модестинъ опредѣляетъ зачетъ обратнаго требованія словами: *compensatio est debiti et crediti inter se contributio* ¹⁾. Опредѣленіе это весьма неполное ²⁾. Подъ зачетомъ обратнаго требованія разумѣется такой способъ погашенія обязательствъ, когда изъ двухъ лицъ каждое состоитъ кредиторомъ и должникомъ другаго ³⁾ и въ силу этого долгъ одного покрывается вполнѣ или отчасти долгомъ другаго ⁴⁾.

Зачетъ имѣетъ въ основаніи идею взаимнаго платежа ⁵⁾. Кредиторъ, требующій уплаты засчитываемаго долга, разсматривается какъ бы получившимъ уплату и тотчасъ же возвратившимъ полученное по своему долгу ⁶⁾. *Compensatio* освобождаетъ стороны отъ лишнихъ актовъ, направленныхъ на погашеніе взаимныхъ обязательствъ ⁷⁾. Но какъ это ни кажется яснымъ, тѣмъ неменѣе начало зачетовъ выработалось въ римскомъ правѣ мало по малу подъ вліяніемъ *aequitatis ratio* и *bona fides* ⁸⁾: *dolo facit, qui petit, quod redditurus est* ⁹⁾. Въ общемъ зачетъ противорѣчитъ тому началу, что обязательство должно быть погашено первоначальнымъ предметомъ, на который направлено обязательство. И вотъ римскіе юристы республиканскаго періода допускали зачетъ только въ двухъ случаяхъ, а именно: Банкиръ, *argentarius*, дол-

1) L. 1 D. 16, 2.

2) *Desjardins* cit. p. 2, 3, *Eisele* cit. p. 212.

3) L. 2 D. 16, 2.

4) Самое слово „*compensatio*“ происходитъ отъ *cum* и *repsare*, т. е. взвѣшивать два долга и тѣмъ уничтожать ихъ на величину меньшаго долга. См. *Desjardins* cit. p. 20—23.

5) Срав. *Dernburg* cit. § 42.

6) L. 19 D. 40, 12; L. 76 D. 50, 16.

7) L. 3 D. 16, 2.

8) См. *Vangerow*. *Pand.* Bd. 3 § 618 anm. 1.

9) L. 8 pr. D. de doli mali exceptioe 44, 4.

жень *cum compensatione agere* ¹⁾, т. е. при искахъ банкира противъ кліентовъ его дѣлается зачетъ обратнаго требованія. Затѣмъ, такой же зачетъ имѣеть мѣсто при искѣ купившаго имущество несостоятельнаго (*bonorum emptor*), противъ должника послѣдняго ²⁾.

Позднѣе ³⁾ допустили *compensatio* при всѣхъ обязательствахъ *bonae fidei*, но первоначально только при условіи, если обратное требованіе установилось *ex pari causa* ⁴⁾, т. е. изъ одного и того же основанія (сдѣлки).

Рескриптомъ Марка Аврелія былъ распространенъ зачетъ и на обязательства *stricti juris*, установленныя *ex eadem causa* ⁵⁾.

Въ концѣ классическаго періода сдѣланъ еще одинъ шагъ впередъ: былъ допущенъ зачетъ между обязательствами *bonae fidei* и *stricti juris* и притомъ даже и тогда, когда они были установлены *ex dispari causa* ⁶⁾.

Наконецъ, въ Юстиніановомъ правѣ *compensatio* допускалось общимъ началомъ. Можно было даже зачесть по обязательству вещное право ⁷⁾.

Условія зачета. Прежде всего зачетъ можетъ быть произведенъ или по соглашенію сторонъ (т. наз. *compensatio voluntaria*) ⁸⁾, по которому они объявляютъ себя взаимно удовлетворенными вполне или частью, — или помимо воли истца (т. наз. *compensatio necessaria*).

Затѣмъ для зачета требуется наличность двухъ дѣйствительныхъ долговъ, притомъ какой бы природы и происхожденія они ни были; такъ по гражданскимъ возможенъ зачетъ естественныхъ обязательствъ ⁹⁾, долговъ процентныхъ безпроцентными, долговъ выпол-

¹⁾ Gajus 4, 64.

²⁾ Gajus 4, 65.

³⁾ См. *Eisele* cit. p. 10, 11.

⁴⁾ Gajus 4, 61—63.

⁵⁾ § 30 I. 4, 6; L. 4; L. 5; L. 10 § 3; L. 15 D. 16, 2, См. *Eisele* cit. §§ 6—10.

⁶⁾ Paulus 2, 5, 3; L. 8 C. 4, 31. См. *Eisele* cit. §§ 11—13.

⁷⁾ § 30 I. 4, 6. *Teoph. eod. h. t.*; L. 14 pr. C. 4, 31.

⁸⁾ L. 4 D. 20, 4; L. 47 § 1 D. 2, 14. См. *Dernburg* cit. § 71.

⁹⁾ L. 6 D. 16, 2; L. 20 § 2 D. 40, 7.

няемыхъ въ другомъ мѣстѣ ¹⁾, и т. д. Нельзя предъявлять къ зачету долговъ несуществующихъ, какъ-то условныхъ или подлежащихъ опорочению по *exceptio peremptoria* ²⁾.

Оба зачитываемые долга должны быть между одними и тѣми же лицами ³⁾, т. е. между истцомъ и отвѣтчикомъ, ибо *compensatio* предполагаетъ погашеніе двухъ обязательствъ чрезъ взаимную уплату между одними и тѣми же лицами. Поэтому должникъ, у котораго требуютъ уплаты, не можетъ представить въ зачетъ требованіе третьяго лица на истца ⁴⁾. Такъ опекунъ не можетъ зачитывать своему кредитору долговъ, какіе на послѣдняго имѣетъ подзопечное лицо ⁵⁾. Но поручитель имѣетъ право на требованіе кредитора, обращенное къ нему, засчитать долги, которые на него, кредитора, имѣетъ главный должникъ ⁶⁾. Съ другой стороны на требованіе кредитора должникъ не можетъ предъявить къ зачету своихъ требованій на третье лице ⁷⁾. Такъ если представитель кого либо предъявляетъ требованіе отъ своего имени, то отвѣтчикъ не можетъ ему зачесть требованія на принципала ⁸⁾.

Оба зачитываемые долга должны имѣть одинъ и тотъ же предметъ, напр. деньги, или зерно, или вино ⁹⁾. Цѣль зачета—сдѣлать излишнимъ двойной платежъ одного и того же предмета, поэтому онъ мыслимъ лишь при томъ условіи, что обѣ стороны должны другъ другу одинъ и тотъ же предметъ: *id quod invicem debetur, compensatur* ¹⁰⁾. Такимъ образомъ нормально зачетъ можетъ происходить по тѣмъ долгамъ, предметъ которыхъ были *res fungibiles* одного и того же рода и качества ¹¹⁾. Можно зачитывать

¹⁾ L. 11; L. 15 D. 16, 2; L. 4; L. 5 C. 4, 31.

²⁾ L. 14 D. 16, 2; L. 2 C. 4, 31.

³⁾ L. 16 pr. D. 16, 2; L. 9 C. 4, 31.

⁴⁾ L. 18 § 1 D. 16, 2.

⁵⁾ L. 23 D. 16, 2.

⁶⁾ L. 4; L. 5 D. 16, 2.

⁷⁾ L. 16 pr. D. 16, 2.

⁸⁾ Arg. L. 16 pr.; L. 23 D. 16, 2.

⁹⁾ Gajus 4, 66; Paulus 2, 5, 3.

¹⁰⁾ L. 21 D. 16, 2.

¹¹⁾ См. *Dernburg cit.* § 43; *Eisele cit.* p. 315.

и обязательства на известный предмет или известное действие денежными долгами, если они при неисполнении выражаются в требования убытковъ, т. е. в денежные же долги ¹⁾).

Долгъ, предъявляемый къ зачету, долженъ подлежать требованию. Условіе это коренится въ идеѣ взаимнаго платежа, а нельзя заставить кредитора выплатить долгъ, которому еще не наступилъ срокъ.

Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat L. 7 pr. D. 16, 2.

Для зачета требуется, чтобы обратное требование ответчика, предъявленное къ зачету, было несомнѣнно со стороны его существованія и объема, чтобы *causa* была *liquida* ²⁾: *liquidi cum illiquido nulla est compensatio*. Но также достаточно, если требование это могло легко подлежать ликвидаціи. Последнее предоставлено оцѣнкѣ судьи.

Въ данномъ вопросѣ мы держимся воззрѣнія, подробно развитаго Дербургомъ (cit. § 49 срав. *Eisele* cit. § 29). Многие же другіе ученые держались требованія абсолютной способности къ ликвидаціи для зачета. Все вращается около толкованія L. 14 § 1 C. 4, 31. См. *Vangerow*. Pand. 3 § 618 anm. 2.

Если судья отвергнетъ зачетъ по причинѣ недостатка для ликвидаціи, то ответчикъ еще можетъ осуществить свое требованіе путемъ самостоятельнаго иска ³⁾.

Послѣдствія зачета обратнаго требованія. Выполнившійся зачетъ погашаетъ оба долга со дня совпаденія ихъ при указанныхъ условіяхъ для зачета ⁴⁾. Такое обратное дѣйствіе объясняется тѣмъ, что съ момента совпаденія двухъ долговъ оба должника уже

¹⁾ *Dernburg* cit. § 44.

²⁾ L. 14 § 1 C. 4, 31; § 30 I. 4, 6.

³⁾ L. 7 § 1 D. 16, 2.

⁴⁾ L. 4 C. 4, 31: *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ea eo tempore, ea quo ab utraque parte debetur....*

имѣли право на зачетъ, а слѣдовательно съ этого времени должны ихъ взаимныя требованія разсматриваться въ зачетъ ¹⁾).

Если отвѣтчикъ имѣеть нѣсколько обратныхъ долговъ, то за нимъ право по собственному усмотрѣнiю выбрать тотъ долгъ, который онъ предъявить къ зачету. При нѣсколькихъ требованiяхъ кредиторъ можетъ указать должнику на то изъ нихъ, которое онъ представляетъ къ зачету обратнаго требованiя ²⁾.

Если требованiе истца будетъ бѣльшимъ, или меньшимъ, чѣмъ обратный долгъ, то зачетъ производится на сумму меньшую изъ этихъ двухъ долговъ, а, за вычетомъ меньшей суммы, на остатокъ продолжается прежнее обязательственное отношенiе между сторонами ³⁾.

Зачетъ всегда долженъ исходить отъ должника, противъ котораго будетъ предъявлено требованiе. Самъ собою зачетъ не разумѣется. Когда должникъ не желаетъ предъявить къ зачету обратное требованiе, то онъ обязывается удовлетворить требованiе истца и сохраняетъ право самостоятельнымъ искомъ осуществлять свое личное требованiе къ бывшему кредитору. Однимъ словомъ зачетъ осуществляется, за нѣкоторыми исключениями (напр. при сдѣлкахъ банкривъ, *argentarii*), путемъ возраженiя, *ope exceptionis*, должника.

Въ источникахъ (§ 30 I. 4, 6; L. 4; L. 10 pr. § 1; L. 21 D. 16, 2; L. 4; L. 14 pr. C. 4, 31) нерѣдко говорится, что зачетъ совершается *ipso jure*: *compensatio fit ipso jure, compensatione actiones ipso jure minuuntur, ipso jure fieri liberationem compensatione* и др. Выраженiя эти подали поводъ къ большому разногласiю въ наукѣ. Прежнюю литературу см. у *Ubbelohde. Ueber den Satz: ipso jure compensatur*, 1858, а затѣмъ *Schwanert. Die Compensation nach römischen Recht*, 1870. Прежде понимали эти выраженiя въ томъ смыслѣ, что при наличности двухъ долговъ они погашаются зачетомъ сами собою, т. е. помимо *exceptio* должника. Но такое толкованiе противорѣчило бы самой идеѣ зачета, какъ особаго права отвѣт-

¹⁾ L. 66 D. 50, 17.

²⁾ L. 5 D. 16, 2.

³⁾ L. 4; L. 5 C. 4, 31.

чика, который может имѣть интересъ въ удовлетвореніи истца и позднѣйшемъ предъявленіи противъ него обратнаго требованія (срав. L. 2 D. 16, 2; L. 1 § 4 D. 27, 4; L. 10 D. 45, 2). Вѣрнѣе понимать данное положеніе такъ: когда два требованія находятся въ условіяхъ зачета, то сторонами уже приобрѣтено право на зачетъ и когда одна изъ нихъ воспользуется этимъ правомъ, то дѣло разсматривается такъ какъ бы долги были погашены *ipso jure* уже въ то время, когда они находились въ условіяхъ зачета. Срав. *Dernburg cit.* p. 309 и слѣд., p. 487 и слѣд.; *Vangerow. Pand. Bd.* 3 § 618 p. 362.

Случаи, въ которыхъ не допускалось compensatio ¹⁾.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ положительное право не допускало зачета обратнаго требованія несмотря на наличность всѣхъ требуемыхъ условій его. Такъ,

На требованіе возратить неправильно (*vi, clam* или *precario*) захваченное владѣніе нельзя было отвѣчать зачетомъ ²⁾. *Spo-liatus ante omnia restituendus est* ³⁾, ограбленное лицо должно быть прежде всего возстановлено въ своемъ прежнемъ состояніи, къ нему не можетъ быть со стороны споліятора обратнаго требованія въ зачетъ.

Депозитарій не имѣетъ права произвести зачетъ по поводу требованія деионента о возвращеніи вещи, отданной на храненіе ⁴⁾, хотя бы обратное требованіе вытекало также изъ депозита.

На требованіе уплаты алиментовъ нельзя отвѣчать зачетомъ обратнаго требованія.

Источники ничего положительно не говорятъ о послѣднемъ исключеніи (см. *Eisele cit.* p. 356), но большинство современныхъ писателей (см. наоборотъ *Desjardins cit.* p. 116, 117) признаетъ его, выходя изъ сущности отношенія по алиментамъ. Дѣйствительно, право на алименты устанавливается для того, чтобы быть на самомъ

¹⁾ См. *Dernburg cit.* p. 440—454; *Eisele cit.* p. 349—360.

²⁾ L. 14 § 2 C. 4, 31 срав. L. 10 § 2 D. 16, 2.

³⁾ См. L. 1 § 9 D. 43, 17.

⁴⁾ L. 11 C. 4, 34; L. 14 C. 4, 31; § 30 I. 4, 6; *Paulus S. R.* 2, 12, 12.

дѣлѣ осуществленнымъ; иначе оно не достигало бы своей цѣли (v. *Wetter* cit. t. 3 p. 492).

Нѣкоторыя требованія государства и общинъ (*civitates municipia*) не подлежатъ зачету обратными требованіями. Таковы требованія податей ¹⁾ и другихъ повинностей ²⁾, требованія изъ продажи государственныхъ имуществъ ³⁾, изъ займовъ отъ общины ⁴⁾, изъ отказовъ въ пользу общинъ ⁵⁾. И др. ⁶⁾.

Имѣются и другіе способы прекращенія обязательствъ, но эти способы отчасти общи обязательствамъ съ другими частными правами, отчасти уже разсмотрѣны при изложеніи отдѣльныхъ личныхъ отношеній. Къ первымъ относится *confusio*, смѣшеніе субъектовъ правъ и обязанностей въ одномъ лицѣ, ко вторымъ — отпаденіе субъекта требованій или обязанностей.

Confusio ⁷⁾ опредѣляется источниками такъ: *confusio est quum in eandem personam jus stipulantis promittentisque devenit* ⁸⁾, есть соединеніе въ одномъ и томъ же лицѣ качествъ должника и кредитора. Самый обыкновенный случай такого смѣшенія представляеть унаслѣдованіе должникомъ кредитора или наоборотъ ⁹⁾. Но смѣшеніе можетъ наступить и при другихъ обстоятельствахъ, какъ напр. кредиторъ вступаетъ съ своимъ должникомъ въ полное товарищество ¹⁰⁾. И другіе случаи ¹¹⁾. Прекращеніе обяза-

¹⁾ L. 46 § 5 D. 49, 14; L. 3 C. 4, 31.

²⁾ L. 46 § 5 D. 49, 14; L. 20 D. 16, 2; L. 3 C. 4, 31.

³⁾ L. 46 § 5 D. 49, 14; L. 7 C. 4, 31.

⁴⁾ L. 3 C. 4, 31.

⁵⁾ L. 3 C. 4, 31.

⁶⁾ См. *Dernburg* cit. p. 450—454.

⁷⁾ *Friedmann*. Die Wirkungen der *confusio* 1884.

⁸⁾ L. 107 in f. D. 46, 3.

⁹⁾ L. 75 D. 46, 3; L. 7 C. 2, 3; L. 5 C. 4, 16.—О вліяніи такъ наз. *beneficium inventarii* будетъ рѣчь въ наследственномъ правѣ.

¹⁰⁾ v. *Wetter*. Les obligations v. 3 p. 509.

¹¹⁾ § 6 1. 4, 8; L. 37 D. 9, 4; L. 18 D. 47, 2.

тельства при подобныхъ обстоятельствахъ ¹⁾ есть логическая необходимость, ибо никто не можетъ быть собственнымъ должникомъ. Confusio прекращаетъ обязательство со всеми добавочными правами ²⁾.

Отпаденіе субъекта по общему началу не прекращаетъ обязательство, которое, какъ имущественное право, переходитъ на наследниковъ обѣихъ сторонъ... et ea quae in nominibus sint, ad heredem transeant ³⁾. Если наследниковъ не останется, то все наследство, въ томъ числѣ и требованія, и долги переходятъ, какъ выморочное имущество (*bonum vacans*), къ казнѣ. Но нѣкоторые обязательства прекращаются со смертью ихъ субъекта, а именно, если они тѣсно связаны съ лицомъ даннаго субъекта, или вообще отмѣчены крайне личнымъ характеромъ. Таковы обязательства изъ договоровъ довѣренности, товарищества, обязательства изъ личнаго оскорбленія.

¹⁾ L. 21 § 1 D. 34, 3.

²⁾ L. 71 pr. D. 46, 1.

³⁾ L. 37 D. 29, 2.

... (faint text) ...

... (faint text) ...

... (faint text) ...

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Отвѣтъ на отзывы о первомъ томѣ. стр. 1—14

Залоговое право. стр. 1—48

Понятіе залога.—Формы римскаго залога.—Вещная природа залогового права. — Отдѣльные признаки залога:—Предметъ обезпеченія залогомъ. — Предметъ залогового права. — Способъ установленія залога. — Права залогопринимателя. — Залогъ права: залогъ обязательствъ (*pignus nominis*), перезалогъ (*subpignus*). — Стеченіе нѣсколькихъ залоговъ. — Защита залогового права.—Прекращеніе залогового права.

Обязательственное право. стр. 49—281

Общая ученія объ обязательственномъ правѣ стр. 49—91

Понятіе обязательства. — Предметъ обязательства.—Раздѣлительныя обязательства, *obligationes alternativae*.—Обязательства дѣлимыя и недѣлимыя, *obligationes dividuae et individuae*.—Естественныя обязательства, *obligationes naturales*. — Субъекты обязательствъ.—Солидарныя обязательства: корреалитетъ, солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ слова.

Происхожденіе обязательствъ стр. 21—111

Договоръ, *contractus*. — Его признаки. — 1) Соглашеніе, *consensus*.—Одностороннее, непринятое никѣмъ обѣщаніе, *pollicitatio*.—Договоръ между отсутствующими сторонами. — Недостатки воли: заблужденіе (*error*), обманъ (*dolus*), психическое насиліе (*vis compulsiva*). — Время выполненія договора.—Мѣсто выполненія договора. — Сила договора для сторонъ. — Договоры на третье лицо. — Представительство при договорахъ. — 2) *Causa civilis obligationum*.

I Реальные договоры, *contractus qui re perficiuntur* стр. 111—130

Заемъ, *mutuum*: понятие, признаки, послѣдствія установленнаго займа, заемъ дѣтей находящихся подъ отцовскою властью (*Scutum Macedonianum*); морской заемъ (*foenus nauticum*, *rescunia trajectitia*). — Ссуда, *commodatum*: понятие, признаки, обязанности по ссудѣ. — Поклажа, *depositum*: понятие, признаки, обязанности изъ поклажи. Особые виды поклажи: 1) аномальная поклажа, *depositum irregulare*, 2) секвестръ, *sequestratio*. — Залоговой договоръ, *contractus pignoratitius*: понятие, признаки, обязанности.

Договоры формально-словесные, *contractus qui verbis perficiuntur* стр. 130—134

Стимуляція, *stipulatio*.

Договоры по письму устанавливаемые, *contractus qui litteris perficiuntur* стр. 134—138

Договоры по простому соглашенію, *contractus qui consensu perficiuntur* стр. 138—177

Купля-продажа, *emptio-venditio*: понятие, признаки, права и обязанности сторонъ (очистка, *evictio*, отвѣтственность за пороки и недостатки вещи). Особенные виды купли-продажи: купля на пробу, *emptio ad gustum*, купля по образцу. — Наемъ, *locatio-conductio*: понятие, виды найма. Имущественный наемъ, *locatio-conductio rerum*: признаки, отношенія, прекращеніе. Личный наемъ, *locatio-conductio operarum*. *Locatio conductio operis*. *Locatio conductio irregularis*. — Товарищество, *societas*: понятие, признаки, права и обязанности, подтоварищество, прекращеніе. — Договоръ доверенности, *mandatum*: понятие, признаки, права и обязанности, прекращеніе. *Assignatio*.

Безименные договоры, *contractus innominati* стр. 177—184

Общее понятие: — Мѣна, *permutatio*. — Коммиссионный договоръ, *contractus aestimatorius*. — Прекаріумъ, *precarium*.

Неформальные соглашенія, *pacta* стр. 184—188

Pacta adjecta: *pactum addictionis in diem*, *pactum displicentiae*, *lex commissoria*, *pactum reservati dominii*, *pactum reservatae hypothecae*, *pacta de retroemendo* и *de retrovendendo*, *pactum προτιμίσσεως*, *pactum de non alienando*. — *Pacta praetoria*: *pactum hypothecae*, *constitutum debiti*, *pactum jurisjurandi*. — *Pacta legitima*: *pactum dotale*, *pactum de donando*.

II Гражданскія правонарушенія, *delicta* стр. 188—207

Общее ученіе о деликтѣ. — Кража, *furtum*: понятие, при-

наки, предметъ, послѣдствія кражи.—Грабежъ, *rapina*: понятіе, послѣдствія. Особые виды кражи и грабежа.—Поврежденіе чужого имущества, *damnum iniuria datum*: признаки, послѣдствія.—Личное оскорбленіе, *iniuria*: понятіе, признаки, послѣдствія.—*Sulimnia*.—Воспрепятствованіе къ явкѣ на судъ.—*Alienatio iudicii mutandi causa facta*.—Совращеніе раба (и сына).—Угроза, *metus*, и обманъ, *dolus*.

Обязательства, вытекающія какъ бы изъ договора, *obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur*. стр. 207—223

Общее понятіе.—Завѣдываніе чужими дѣлами безъ порученія, *negotiorum gestio*: понятіе, признаки, послѣдствія.—Законъ родосскій о выброшенномъ за бортъ въ море, *lex Rhodia de jactu*.—Случайная имущественная общность, *communio incidens*.—Кондикціи, *condictiones*: *condictio indebiti*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem causam*, *condictio ob injustam causam*, *condictio sine causa*.—Рисковья соглашенія: игра (*ludi, lusus*) и пари (*sponsiones*).

Обязательства какъ бы изъ правонарушенія, *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*. стр. 223—228

Quasi delictum судьи, *iudex qui litem suam fecit*.—Отвѣтственность хозяевъ помѣщеній за вредъ причиненный выброшенными предметами, *actio de effusis et dejectis*.—Отвѣтственность за опасное выставленіе и вывѣшиваніе предметовъ, *actio de depositis et suspensis*.—Отвѣтственность за ущербъ, причиненный въ мѣстахъ приюта, *actio de recepto contra nautas, caupones, stabularios*.—Отвѣтственность вѣсподѣ за вредъ причиненный рабами и животными.

Обязательства, вытекающія непосредственно изъ закона, *ex legis dispositione*. стр. 228—235

Заявленіе о новой работѣ, *operis novi nuntiatio*.—Отвѣтственность за поврежденіе, причиненное чужимъ участкомъ, *cautio damni infecti*.—Обязательство на представленіе къ разсмотрѣнію, *actio ad exhibendum*.

Обезпеченіе обязательствъ стр. 235—246

Общательная клятва, *iuramentum promissorium*.—Задачокъ, *arra*.—Объщаніе штрафа, неустойки, *stipulatio poenae*.—Принятіе на себя чужого долга, *intercessio*.—Поручительство: понятіе, признаки, права и обязанности.—*Constitutum debiti alieni* и *receptum*.—*Mandatum qualificatum*, кредитное порученіе.—*Senatusconsultum Vellejanum*.

Передача обязательствъ, *cessio*. стр. 246—252

Исторія; основаніе передачи; предметъ передачи; послѣдствія передачи.

Просрочка, mora. стр. 252—258

Понятіе; просрочка должника; просрочка кредитора; послѣдствія просрочки; прекращеніе просрочки.

Прекращеніе обязательствъ. стр. 258—281

Торжественное сложеніе, отпущеніе дома, asserptatio. —
Выполненіе обязательства, solutio; datio in solutum; конкурсъ;
 акціо Рauliana.—*Обновленіе, novatio:* понятіе (*delegatio*), условія
 обновленія, послѣдствія обновленія.—*Зачетъ обратнаго требо-*
ванія, compensatio: понятіе, условія зачета, послѣдствія зачета,
 случаи, въ которыхъ недопускался зачетъ.—*Confusio.*—*Отпа-*
деніе субъекта.





