ДЕРНБУРГ

—

ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

ПРАВО

www.naukaprava.ru

www.kubg.edu.pl

www.naukaprava.ru

ПАНДЕКТЫ

Г. Дернбурга.

Томъ второй

Выпускъ третій русскаго перевода.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

Третье русское изданіе.

МОСКВА
1911.

Генрихъ Дернбургъ †
профессоръ Берлинскаго Университета.

ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО.

ПЕРЕВОДЪ
ПОДЪ РУКОВОДСТВОМЪ И РЕДАКЦІЕЙ
П. Соколовскаго
профессора Московскаго Университета.

ТРЕТЬЕ ИЗДАНІЕ,
просмотрѣнное и согласованное съ 7 изданіемъ подлинника
ПРИВАТЪ-ДОЦЕНТАМИ
А. Э. Вормсомъ и І. И. Вульфертомъ.

МОСКВА
1911.

www.naukaprava.ru

ПЕЧАТНЯ А. СНЕГИРЕВОЙ
МОСКВА
ТРУДЪ
Остроженка, Савельевъ пр.

8036.

Предисловіе переводчика.

Предлагаемый переводъ Пандектъ профессора Дернбурга сдѣланъ моими слушателями *Е. І. Лятосковичемъ, А. Ф. Хорошуновымъ* и *О. К. Коссманомъ* подъ моимъ руководствомъ. Задача переводчика была въ данномъ случаѣ не легкая. Я вполнѣ сознаю, что извѣстныя преимущества подлинника—изящная простота изложенія и большая наглядность въ построеніяхъ—въ переводѣ слишкомъ легко могутъ утратиться. Стараясь, однако, не упустить ничего для достиженія своей цѣли — дать переводъ, близкій по достоинству къ подлиннику, я широко пользовался любезными совѣтами моихъ товарищей, цивилистовъ разныхъ русскихъ университетовъ. Я счастливъ высказать имъ свою сердечную благодарность за то отзывчивое и живое участіе, которое это серьезное дѣло встрѣтило въ ихъ средѣ.

Изданіе перевода требовало для добросовѣстнаго выполненія такъ много времени и силъ, что я долго откладывалъ эту кропотливую, но все же необходимую работу. Рѣшимость приступить къ ней возбудили, однако, во мнѣ, съ одной стороны, просьбы моихъ слушателей еще въ университетѣ Св. Владиміра, съ другой—затруднительное положеніе, въ какомъ находятся тѣ изъ нашихъ студентовъ, которые желали бы ознакомиться съ современной постановкой цивилистики и сколько-нибудь научно поработать въ этой области.

Учебники пишутся годами. Сверхъ того, составленіе руководства, находящагося на высотѣ своего назначенія, требуетъ не мало такихъ свойствъ, которыя рѣдко совпадаютъ въ лицѣ очень почтенныхъ и даже выдающихся представителей науки. Автору такого руководства приходится изображать наглядную картину современнаго положенія науки въ связи съ ея развитіемъ. Для этого мало хотя бы близкаго знакомства съ предметомъ изложенія. Необходима полная самостоятельность и острая критика, какъ по отношенію къ литературѣ, такъ и къ источникамъ. Единственный путь, которымъ это можетъ быть достигнуто—продолжительная плодотворная работа въ области монографическаго изслѣдованія по различнымъ вопросамъ. Только на почвѣ подобной литературной дѣятельности пріобрѣтается умѣнье

www.naukaprava.ru

оцѣнивать источники и значеніе научныхъ выводовъ другихъ писателей. Но и этого часто недостаточно. Должно привходить еще близкое знакомство съ требованіями, которыя предъявляются жизнью и практикой къ данной наукѣ. Наконецъ, необходимы многолѣтній педагогическій опытъ, вырабатываемый обученіемъ нѣсколькихъ поколѣній молодыхъ юристовъ и, разумѣется, кромѣ того, еще даръ яснаго литературнаго изложенія.

Вотъ почему я пока предпочитаю обратиться къ общепризнанному европейскому авторитету, который въ столь совершенной мѣрѣ объединяетъ всѣ вышеуказанныя достоинства.

Почва для нашей работы въ значительной степени оказалась подготовленной добросовѣстнымъ и искуснымъ переводомъ учебника профессора Барона. Этотъ почтенный трудъ содѣйствовалъ существеннымъ образомъ поднятію уровня познаній среди нашей учащейся молодежи. Достиженію тѣхъ же цѣлей долженъ служить и настоящій переводъ. Объемъ, въ которомъ преподается римское право у насъ, еще не вполнѣ установился. Иногда предметъ считается исчерпаннымъ изложеніемъ классическаго права или кодификаціи Юстиніана въ ихъ историческомъ развитіи. Но едва ли такой взглядъ соотвѣтствуетъ культурному значенію римскаго гражданскаго права. Надъ послѣднимъ продолжали работать и въ средніе вѣка, и въ новѣйшее время, отчасти развивая мысли, вошедшія въ составъ римской классической юриспруденціи, отчасти связывая новыя идеи съ римскими началами. Вотъ почему правильное пониманіе значенія нашего предмета для современной цивилистики предполагаетъ близкое знакомство съ историческимъ процессомъ рецепціи Юстиніанова закона и его примѣненія вплоть до изданія новѣйшаго и самаго передового кодекса — Гражданскаго Уложенія для Германской Имперіи. Этотъ процессъ изложенъ Дернбургомъ съ необычайной ясностью и наглядностью, и всякій существенный пропускъ я счелъ бы въ данномъ случаѣ искаженіемъ основной идеи автора.

Можно, кромѣ того, надѣяться, что именно благодаря такому изложенію римскаго права въ связи съ современнымъ законодательствомъ и съ кассаціонными рѣшеніями западно-европейскихъ судовъ, предлагаемый трудъ встрѣтитъ сочувствіе среди представителей нашей практики. Онъ во всякомъ случаѣ окажется для нихъ полезнымъ руководствомъ при разработкѣ сложныхъ вопросовъ и послужитъ образцомъ для точныхъ логическихъ построеній.

Проф. П. Соколовскій.

Москва.
Ноябрь 1900 г.

Отъ переводчика

по поводу второго изданія.

Русскій переводъ „Обязательственнаго Права“ Дернбурга выходитъ вторымъ, нѣсколько исправленнымъ изданіемъ.

Въ теченіе 3-хъ лѣтъ разошлось 2000 экземпляровъ учебника. Фактъ этотъ свидѣтельствуетъ, съ одной стороны, о несомнѣнно широкой потребности въ хорошихъ руководствахъ къ изученію гражданскаго права, съ другой—что наши русскіе юристы, какъ студенты, такъ и практики, оцѣнили предлагаемый учебникъ по достоинству и сумѣли преодолѣть тѣ трудности, которыя связаны съ серьезными занятіями по руководству, составленному на широкихъ научныхъ началахъ.

Въ послѣдніе годы постепенно выходили отдѣльныя части проекта новаго русскаго гражданскаго уложенія. Проектъ этотъ вызвалъ и продолжаетъ вызывать немало возраженій со стороны серьезной и требовательной критики, и трудно сказать, когда онъ получитъ силу закона.

Но слѣдуетъ отмѣтить фактъ характерный и, въ сущности, вполнѣ естественный: обязательственное право проекта построено на тѣхъ началахъ, которыя сложились подъ вліяніемъ римскаго государственнаго и юридическаго духа, держались и развивались въ теченіе двухъ тысячелѣтій. Они, по всему вѣроятію, будутъ долго соотвѣтствовать потребностямъ оборота на извѣстныхъ высокихъ ступеняхъ гражданской жизни и культуры.

Отношеніе этого новаго опыта русской кодификаціи къ римскимъ началамъ служитъ убѣдительнымъ доказательствомъ, что послѣднія въ будущемъ, какъ и нынѣ, призваны играть существенную роль въ исторіи нашего гражданскаго права.

Это даетъ намъ основаніе надѣяться, что успѣхъ 2-го изданія нисколько не уступитъ успѣху перваго.

Проф. П. Соколовскій.

Москва.
Январь 1904 г.

www.naukaprava.ru

Предисловіе къ третьему изданію.

Руководя въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ практическими занятіями студентовъ по римскому праву, редакторы настоящаго изданія пришли къ заключенію о необходимости внести въ текстъ русскаго перевода „Обязательственнаго Права“ Дернбурга довольно значительное число поправокъ, съ цѣлью предупредить особенно часто возникающія у начинающихъ юристовъ недоразумѣнія. Къ тому же, послѣ выхода въ свѣтъ второго изданія русскаго перевода, вышло *седьмое* изданіе подлинника, переработанное покойнымъ авторомъ при участіи проф. Гиссенскаго университета Бирмана, которое содержитъ цѣнныя дополненія, въ особенности указанія на взаимоотношеніе между римскимъ правомъ и гражданскимъ уложеніемъ для германской имперіи.

Въ настоящее время, послѣ того, какъ второе русское изданіе „Обязательственнаго Права“ оказалось распроданнымъ, а спросъ на него не уменьшился, мы рѣшаемся использовать опытъ нашего преподаванія и приступаемъ къ выпуску третьяго изданія русскаго перевода, пересмотрѣннаго и пополненнаго по седьмому изданію подлинника. Мы имѣемъ возможность сдѣлать это только благодаря любезному разрѣшенію редактора первыхъ двухъ изданій, проф. П. Е. Соколовскаго, и мы приносимъ ему глубокую благодарность за изъявленное имъ на это согласіе.

А. Вормсъ.
І. Вульфертъ.

Москва.
Мартъ 1911 г.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Обязательственное право.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.

Общія начала

Раздѣлъ первый. Юридическое существо обязательствъ.

Стр.

§ 1. Понятіе обязательства 1
§ 2. Обязанность исполненія и ея цѣль 4
§ 3. Обязательство и искъ 5
§ 4. Obligationes naturales. Общія понятія 8
§ 5. Отдѣльные случаи натуральныхъ обязательствъ 10

Раздѣлъ второй. Основанія возникновенія обязательствъ.

§ 6. Основанія возникновенія обязательствъ вообще 14

Глава первая. Форма обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 7. Римская контрактная система 15
§ 8. Юридическая сила неформальныхъ обязательственныхъ договоровъ по общегерманскому праву 19

Глава вторая. Заключеніе обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 9. Обязательственные договоры и одностороннія обѣщанія . . . 20
§ 10. Переговоры о заключеніи договора. Предварительныя соглашенія. Culpa in contrahendo 23
§ 11. Заключеніе договора. Договоры между отсутствующими . . . 26
§ 12. Arra (задатокъ) 30

Глава третья. Отвѣтственность по чужимъ сдѣлкамъ.

§ 13. Общія правила. Actio exercitoria и institoria 32
§ 14. Три иска къ домовладыкѣ изъ сдѣлокъ подвластныхъ лицъ . 35

www.naukaprava.ru

Глава четвертая. Условія обязательственныхъ сдѣлокъ.

Стр.

§ 15. Опредѣлимость дѣйствія. 39
§ 16. Невозможныя, безнравственныя обѣщанія 41
§ 16a. Ростовщическія сдѣлки. 45
§ 17. Интересъ, имущественная цѣнность дѣйствія. 47
§ 18. Договоры въ пользу третьихъ лицъ 49

Глава пятая. Виды обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 19. Сдѣлки, налагающія обязанности на одну и на обѣ стороны . 52
§ 20. О синаллагматическихъ сдѣлкахъ въ частности. 53
§ 21. Exceptio non adimpleti contractus. 57
§ 22. Абстрактныя обязательства. 59

Раздѣлъ третій. Содержаніе и предметъ обязательства.

Глава первая. Сущность обязательственнаго дѣйствія.

§ 23. Содержаніе и предметъ обязательства вообще. 63
§ 24. Дѣлимыя и недѣлимыя обязательства. 66

Глава вторая. Различныя категоріи предметовъ обязательства.

§ 25. Species и genus, какъ предметы обязательства. 69
§ 26. Деньги и денежныя обязательства. 72
§ 27. Альтернативныя обязательства 76

Глава третья. Особые предметы обязательства.

I. Проценты.

§ 28. Обязанность платить проценты вообще 80
§ 29. Договорные и законные проценты. 82
§ 30. Размѣръ процентовъ. 86

II. Обязанность содержанія (alimenta).

§ 31. Непосредственныя и косвенныя alimenta. 88

Глава четвертая. Мѣсто и время исполненія.

§ 32. Мѣсто исполненія. 89
§ 33. Мѣсто предъявленія иска и мѣсто исполненія обязательства. . 91
§ 34. Время исполненія. 93
§ 35. Юридическое значеніе условій о срокѣ 94

Глава пятая. Вина (culpa). Просрочка (mora). Возмѣщеніе убытковъ. Неустойка.

I. Culpa.

§ 36. Culpa въ контрактныхъ обязательствахъ. 96
§ 37. Степень вины въ отдѣльныхъ договорныхъ отношеніяхъ. . . 98
§ 38. Отвѣтственность за чужую вину. 101
§ 39. Отвѣтственность, простирающаяся до предѣловъ vis major . . 104

II. Мора.

Стр.
§ 40. Просрочка должника. Предположенія. 106
§ 41. Послѣдствія просрочки должника 110
§ 42. Прекращеніе просрочки. 113
§ 43. Просрочка вѣрителя 114

III. Возмѣщеніе ущерба.

§ 44. Ущербъ и его возмѣщеніе вообще. 117
§ 45. Размѣръ возмѣщенія интереса 120

IV. Неустойка.

§ 46. Понятіе неустойки. Основныя положенія. 124

Раздѣлъ четвертый. Переносъ обязательствъ.

§ 47. Введеніе. Измѣненіе обязательствъ. 127

I. Цессія (cessio).

§ 48. Cessio и denuntiatio 129
§ 49. Актъ цессіи и ея основаніе 132
§ 50. Предметъ цессіи 134
§ 51. Права цессіонарія по отношенію къ debitor cessus 135
§ 52. Правоотношенія между цессіонаріемъ и цедентомъ. 139

II. Принятіе на себя чужого долга.

§ 53. Понятіе и послѣдствія принятія на себя чужого долга . . . 140

Раздѣлъ пятый. Прекращеніе обязательствъ.

§ 54. Основанія прекращенія обязательствъ вообще. Acceptilatio . . 142

I. Платежъ, конкурсъ, beneficium competentiae.

§ 55. Платежъ 144
§ 56. Конкурсъ. 150
§ 57. Beneficium competentiae. 153

II. Суррогаты исполненія.

§ 58. Datio in solutum. 155
§ 59. Novatio и delegatio 157
§ 60. Условія и дѣйствіе новаціи 159
§ 61. Передача предмета обязательства на храненіе въ присутственное мѣсто (depositio). 162
§ 62. Компенсація. Историческое развитіе 164
§ 63. Условія компенсаціи. 167
§ 64. Осуществленіе и послѣдствія компенсаціи. 170

III. Договоры о прощеніи долга.

§ 65. Добровольное соглашеніе о прощеніи долга 173
§ 66. Принудительное прощеніе долга и принудительная мировая сдѣлка. 174

www.naukaprava.ru

IV. Остальныя основанія погашенія обязательствъ.

Стр.
§ 67. Отпаденіе субъекта обязательства 175
§ 68. Послѣдующая невозможность исполненія. 176

Раздѣлъ шестой. Нѣсколько обязательствъ, направленныхъ на одну и ту же цѣль.

Солидарныя обязательства, поручительство, intercessio.

§ 69. Общія понятія. Constitutum. 179

Глава первая. Солидарныя обязательства.

§ 70. Участіе нѣсколькихъ лицъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ вообще. 181
§ 71. Корреальныя и солидарныя обязательства. 182
§ 72. Теорія единства корреальныхъ обязательствъ. 185
§ 73. Пассивныя корреальныя обязательства 190
§ 74. Активныя корреальныя обязательства. 195
§ 75. Правила о солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ. 196

Глава вторая. Поручительство.

I. Историческое введеніе.

§ 76. Поручительство въ формѣ стипуляціи. 197
§ 77. Сдѣлки, вызывающія одинаковыя съ поручительствомъ послѣдствія. 199

II. Дѣйствующее право.

§ 78. Сущность поручительства. 202
§ 79. Права вѣрителя по отношенію къ поручителю 204
§ 80. Права поручителя по отношенію къ главному должнику. . . 208
§ 81. Отношенія между сопоручителями. 211
§ 82. Прекращеніе поручительства. 214

Глава третья. Интерцессія.

§ 83. Понятіе и виды интерцессіи. 216
§ 84. Привилегіи женщинъ. 217

ЧАСТЬ ВТОРАЯ.

Отдѣльные виды обязательствъ.

Раздѣлъ первый. Обязательства, вытекающія изъ договоровъ.

Глава первая. Реальные договоры.

I. Заемъ.

Стр.
§ 85. Общія понятія. Возникновеніе займа. 221
§ 86. Валюта займа. 223
§ 87. Обязанности, вытекающія изъ договора займа 226

Стр.
§ 88. Денежный заемъ подвластныхъ 227
§ 89. Морской заемъ 229

II. Commodatum и Precarium.

§ 90. Commodatum 231
§ 91. Precarium 234

III. Depositum.

§ 92. Понятіе depositum и вытекающія изъ него обязанности . . . 236
§ 93. Особые виды поклажи 239

Глава вторая. Консенсуальные договоры.

I. Купля-продажа и мѣна.

§ 94. Общія понятія. Заключеніе договора купли-продажи 242
§ 95. Отдѣльные виды купли-продажи. Добавочныя соглашенія . . 247
§ 96. Совершеніе купли-продажи. Переходъ риска 251
§ 97. Обязанности покупателя 254
§ 98. Обязанности продавца. Общія начала 255
§ 99. Отвѣтственность продавца за эвикцію 257
§ 100. Отвѣтственность за недостатки вещи и за отсутствіе въ ней обѣщанныхъ качествъ 263
§ 101. Отдѣльные эдильскіе иски 265
§ 102. Расторженіе купли-продажи 270
§ 103. Договоръ мѣны 272

II. Игра и пари.

§ 104. Игра 273
§ 105. Пари 275

III. Дареніе. Мировая сдѣлка.

§ 106. Понятіе дарения 276
§ 107. Обязанности, вытекающія изъ дарения 279
§ 108. Ограниченія дареній 281
§ 109. Мировая сдѣлка 285

IV. Договоры найма.

§ 110. Виды договоровъ найма. Предварительныя историческія замѣчанія 288
§ 111. a) Имущественный наемъ 290
§ 112. b) Наемъ услугъ 297
§ 113. c) Подрядъ—locatio conductio operis 299
§ 114. Lex Rhodia de jactu 302

V. Порученіе. Сходныя съ нимъ сдѣлки. Negotiorum gestio.

a) Порученіе (mandatum).

§ 115. Понятіе порученія 304
§ 116. Обязанности, вытекающія изъ порученія 307
§ 117. Прекращеніе порученія 310

www.naukaprava.ru

в) Особенные виды порученія и сходныя съ нимъ сдѣлки.

Стр.
§ 118. Договоры о гарантіи. 311
§ 119. Переводъ 312
§ 120. Оцѣночный договоръ—contractus aestimatorius (Trödelvertrag) 315

с) Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія — negotiorum gestio.

§ 121. Общія понятія. 317
§ 122. Веденіе чужихъ дѣлъ за чужой счетъ. 318
§ 123. Веденіе чужихъ дѣлъ за свой счетъ. 324

VI. Договоръ товарищества.

§ 124. Понятіе и виды договора товарищества. 326
§ 125. Развитіе товарищества по римскому праву. 327
§ 126. Вклады, участіе въ прибыляхъ и убыткахъ, взаимныя обязанности товарищей. 329
§ 127. Отношенія товарищей къ третьимъ лицамъ. 332
§ 128. Прекращеніе товарищества 334

Раздѣлъ второй. Внѣдоговорныя обязательства.

Глава первая. Деликтныя обязательства.

§ 129. A. Общія понятія. 336
§ 130. B. Furtum. 339

C. Искъ о поврежденіи вещей и другіе родственные иски.

§ 131. Виновное поврежденіе вещей. 342
§ 132. Виновное причиненіе тѣлеснаго поврежденія и лишеніе жизни свободнаго человѣка. 347
§ 133. Поврежденія, причиненныя животными. 348
§ 134. Actio de dejectis et effusis. 350

D. Отвѣтственность за причиненіе вреда помимо поврежденія тѣлесныхъ вещей.

§ 135. Вознагражденіе за виновныя дѣйствія вообще. 351
§ 136. Actio doli. 352

E. Actio injuriarum.

§ 137. Понятіе и основныя положенія. 354

Глава вторая. Кондикціи.

§ 138. A. Общія понятія 356

B. Кондикція при недобросовѣстномъ пріобрѣтеніи.

§ 139. Condictio furtiva 359
§ 140. Condictio ob turpem vel injustam causam. 360

С. Кондикціи, вытекающія изъ объективно необоснованнаго пріобрѣтенія.

Стр.

§ 141. Condictio indebiti. 361
§ 142. Condictio ob causam. 367
§ 143. Condictiones sine causa. 369

Глава третья. Оспариваніе дѣйствій, совершенныхъ во вредъ кредиторамъ.

А. Римское право.

§ 144. Историческое развитіе actio Pauliana. 371
§ 145. Основныя положенія actio Pauliana. 373

В. Право оспариванія по германскимъ имперскимъ законамъ.

§ 146. Общія начала. 376
§ 147. Отдѣльныя положенія относительно права оспариванія. . . 379
Русскій предметный указатель. 382
Латинскій предметный указатель. 391

Paroemiae juris.

Ab heredibus obligationem incipere non posse 49 прим. 6 (18).
Aliud pro alio invito creditori solvi non potest 145 прим. 4 (55).
Casum sentit dominus 118 прим. 3 (44).
Casus a nullo praestantur 118 (44).
Cujus periculum, ejus est commodum 65 (23).
Dies interpellat pro homine 108 (40).
Dolo facit, qui petit, quod redditurus est 164 прим. 5 (62).
Fur semper moram facere videtur 106 прим. 11 (40).
Genus perire non censetur 70 прим. 2 (25).
Impossibilium nulla obligatio est 41 прим. 2 (16).
In praeteritum non vivitur 89 (31).
Ipso jure compensari 165 (62).
Kauf bricht Miete 295 (111).
Lata culpa dolus est 97 прим. 6 (36).
Noxa caput sequitur 350 прим. 9 (133).
Переводъ не есть платежъ 315 прим. 11 (119).
Periculum est emptoris 55 (20), 314 (96).
Periculum est locatoris 290 (110).
Prioris periculum ad venditorem posterioris ad emptorem respicit 77 прим. 6 (27).
Qui delegat solvit 314 прим. 11 (119).
Qui ex causa judicati solvit repetere non potest 364 прим. 22 (141).
Quid debeat esse in ejus arbitrio, an debeat non esse 76 прим. 3 (27).
Species perit ei cui debetur 70 прим. 2 (25).
Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies 93 прим. 2 (34).

СОКРАЩЕНІЯ.

C.P.O. = Deutsche Civilprozessordnung vom 30 Januar 1877, in der Fassung vom 20 Mai 1898. = Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства, 30 января 1877 г., въ редакціи 20 мая 1898 г.

H.G.B. = Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897. = Германскій торговый уставъ, 10 мая 1897 г.

www.naukaprava.ru

K.O. = Deutsche Konkursordnung vom 10 Februar 1877, in der Fassung vom 20 Mai 1898. = Германскій конкурсный уставъ, 10 февраля 1877 г., въ редакціи 20 мая 1898 г.

Not.O. = Notariatsordnung von 1512. = Положеніе о нотаріальной части, 1512 г.

R.G.E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. = Рѣшенія имперскаго суда по гражданскимъ дѣламъ.

R.G.E. in Strafsachen. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. = = Рѣшенія имперскаго суда по уголовнымъ дѣламъ.

R.O.H.G.E. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. = Рѣшенія высшаго имперскаго коммерческаго суда.

R.Pol.O. = Reichspolizeiordnung von 1530, 1548, 1577. = Имперскій полицейскій уставъ 1530, 1548, 1577 гг.

Vangerow = Lehrbuch der Pandekten von Vangerow.
Windscheid = Lehrbuch des Pandektenrechts von Windscheid.
Brinz = Lehrbuch der Pandekten von Brinz.

Приведенныя въ текстѣ русскія сочиненія указаны переводчиками.

Часть первая.

ОБЩІЯ НАЧАЛА.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Юридическое существо обязательствъ [1]).

§ 1. Понятіе обязательства [2]).

I. Обязательствами называются такія правоотношенія, которыя состоятъ въ обязанности должника исполнить въ пользу кредитора опредѣленное дѣйствіе, обладающее имущественной цѣнностью [3]) [4]).

Обязательства призваны осуществлять извѣстныя экономическія послѣдствія. Они имѣютъ въ виду то перенесеніе права собственности на тѣлесныя вещи, то передачу такихъ вещей въ пользованіе, то

---

[1]) Ясное изложеніе обязательственнаго права вообще находимъ въ цѣнномъ, въ особенности для французскаго права, трудѣ Pothier: Traité des obligations въ полномъ собраніи его сочиненій, т. I, стр. 1 и слѣд. Ср. далѣе: Unterholzner: Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, 2 тома, посмертное изданіе Huschke, 1840 г.; Savigny: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechtes, томъ 1 и 2, 1851—53 г., къ сожалѣнію, не окончено. Слѣдуетъ еще упомянуть о трудѣ Molitor'a: Les obligations en droit romain, 3 тома, 1851 (составленъ послѣ смерти автора по его лекціямъ), и Koch'a: Das Recht der Forderungen nach gemeinem und preussischem Recht, 3 тома, 2 изданіе, 1859. Преимущественно общегерманское право излагается въ трудѣ Hasenöhrl: Oesterreichisches Obligationenrecht; до сихъ поръ вышли т. 1, изданіе 2, 1892 и т. 2, отд. 1, 1886, съ многочисленными литературными указаніями. Общей части посвященъ трудъ Ryck'a: Die Lehre von den Schuldverhältnissen, 1889. Гражд. улож. для герман. имперіи содержитъ обязательственное право во второй книгѣ §§ 241 и слѣд. Въ русской литературѣ см. Голевинскій: О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ, 1872.

[2]) См. также выше вып. I, § 22, подъ 1. b.

[3]) Источники даютъ слѣдующія опредѣленія: pr. I. de obl. 3. 13: Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura; затѣмъ l. 3. pr. D. de obl. et act. 44. 7. Paulus libro 2 institutionum: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum. Ryck: Die obligatio, 1878, сообщаетъ цѣлый рядъ попытокъ опредѣлить понятіе обязательства, начиная со временъ глоссаторовъ.

[4]) Терминъ obligatio имѣетъ нѣсколько значеній. Онъ означаетъ: 1) актъ заключенія обязательства (l. 19. D. de V. S. 50. 16), 2) состояніе связанности должника (pr. I. de obl. 3. 13), 3) соотвѣтствующее обязанности право требованія (l. 3, pr. D. de obl. et act. 44. 7), и наконецъ, 4) все правоотношеніе съ той и другой стороны. См. Windscheid: Pandekten, т. 2, § 251 и приведенныя тамъ сочиненія о значеніи слова obligatio.

www.naukaprava.ru

оказаніе услугъ физическихъ или духовныхъ, то, наконецъ, предоставленіе иныхъ выгодъ. Съ этою цѣлью они обязываютъ должника къ совершенію, допущенію или несовершенію чего-либо, напр., въ случаѣ запрещенія конкуренціи, въ силу котораго не разрѣшается заниматься опредѣленнаго рода промысломъ. Для общаго обозначенія возможнаго содержанія обязательства употребляется выраженіе: „дѣйствіе“ (Leistung) [5]).

Дѣйствіе должно обладать имущественною цѣнностью. Этимъ устанавливаются точные предѣлы[6]) области обязательствъ, и поэтому обязательства, какъ и вещныя права, относятся къ *имущественному праву*. Но различіе этихъ двухъ главныхъ категорій имущественныхъ правъ весьма существенно. Вещныя права предоставляютъ намъ *непосредственное господство надъ тѣлесными вещами*; обязательства же не даютъ никакого господства надъ предметами физическаго міра,—они устанавливаютъ только *отношеніе одного лица къ другому* въ области имущественныхъ интересовъ. Обязательства создаютъ обязанность и тѣмъ самымъ оказываютъ свое воздѣйствіе на невидимый міръ волевыхъ актовъ, вызывая ихъ психическими средствами. Должника побуждаетъ къ исполненію отчасти правосознаніе и чувство долга, отчасти намѣреніе получить обѣщанный эквивалентъ, отчасти стремленіе къ охраненію своего кредита; крайнимъ средствомъ, наконецъ, является принужденіе со стороны государства.

Самымъ наглядным и дѣйствительнымъ средствомъ вынудить исполненіе обязательства является принудительное взысканіе, направленное на личность должника или на его имущество. Именно это обстоятельство и послужило исходной точкой для выдвинутой въ новѣйшее время теоріи, которая приписываетъ кредитору осязательное господство надъ личностью должника. Согласно этому взгляду, существо обязательства состоитъ въ подчиненіи должника этому принудительному взысканію, т. е. въ той личной и имущественной отвѣтственности, которой онъ подвергается въ случаѣ *неисполненія обязательства* [7]). Но здѣсь, очевидно, смѣшиваются причина и слѣд-

---

[5]) Schey: Struktur der Forderungsrechte въ Grünhuts Zeitschrift, т. 9, стр. 361. Stintzing въ Archiv für civ. Praxis, т. 81, стр. 449. § 241. Гражд. улож. для герман. имперіи гласитъ: На основаніи обязательственнаго отношенія кредиторъ имѣетъ право требовать отъ должника совершенія условленнаго дѣйствія. Послѣднее можетъ заключаться и въ воздержаніи отъ дѣйствія.

[6]) См. § 17.

[7]) Brinz въ Grünhuts Zeitschrift, т. 1, статья 2 защищаетъ воззрѣніе, что „понятіе обязательства и его сила заключаются въ отвѣтственности“; этотъ же взглядъ онъ проводитъ и въ своихъ Pandekten, т. 2, стр. 1 и сл. Противъ него выступилъ Rümelin въ своемъ подробномъ изслѣдованіи, помѣщенномъ въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, статья 8, на что Brinz возражалъ въ томъ же журналѣ, т. 70, статья 12.—Sohm въ Grünhuts Zeitschrift, т. 4, статья 7, утверждаетъ, что принудительныя дѣйствія, направленныя противъ личности или имущества должника, совершенно чужды содержанію права требованія. Въ принудительномъ исполненіи проявляются лишь превосходство и энергія *публичнаго* права. Существо вещнаго права есть власть, выражающаяся во владѣніи, отличительный же признакъ права требованія—безсиліе, такъ какъ оно не опирается на владѣніе. См., однако, выше, вып. I, § 126; ср. также Kuntze: Die Obligationen und das jus extraordinarium, 1886, въ особен. стр. 90, и Kohler въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 3, онъ же въ Archiv für civ. Praxis, т. 91, стр. 172.

ствіе. Право принудительнаго взысканія существуетъ ради обязательства и является его слѣдствіемъ; но оно не есть самое обязательство.

II. Обязательство имѣетъ въ виду будущее. Что-то должно произойти, совершиться или не совершиться. Въ этомъ смыслѣ *каждое обязательство* заставляетъ насъ, иногда даже противъ собственной воли, *кредитовать*, т. е. *вѣрить* въ будущее исполненіе и ожидать его. Этимъ и объясняется обычный при всѣхъ, даже не договорныхъ обязательствахъ терминъ: „кредиторъ“, „вѣритель“ [8]).

Уже понятіе *кредитныхъ сдѣлокъ*. Подъ ними римляне разумѣли такіе договоры, въ которыхъ кредиторъ *добровольно* ввѣряетъ должнику извѣстную *цѣнность*, подъ условіемъ возвращенія ея въ будущемъ [9]). Но кредитной сдѣлкой въ строгомъ смыслѣ этого слова будетъ такая сдѣлка, при которой должникъ получаетъ *въ собственность* деньги или другія цѣнности гражданскаго оборота, напр., процентныя бумаги или товары, съ обязанностью возвратить такого же рода цѣнности, при чемъ безразлично, имѣется ли въ виду денежный заемъ, вексельный долгъ или другое правоотношеніе [10]).

III. Въ каждомъ обязательствѣ можно говорить о долгѣ, т. е. о наличной или могущей возникнуть въ будущемъ обязанности исполнить что-либо. Поэтому каждый, на комъ лежитъ такая обязанность, называется должникомъ, debitor. Но въ болѣе тѣсномъ смыслѣ употребляютъ выраженіе „долгъ“ только тогда, когда обязанность эта состоитъ *въ передачѣ имущественной цѣнности* [11]). Напримѣръ, мандатарій, взявши на себя порученіе, долженъ посвятить свои силы и дѣятельность его исполненію; но должникомъ манданта мы назовемъ его только въ томъ случаѣ, если онъ, вслѣдствіе этого порученія, обязанъ будетъ предоставить манданту какую-либо цѣнность, напр., возвратить полученныя имъ для послѣдняго деньги.

IV. Изложеніе обязательственнаго права распадается на двѣ части: общую и особенную. Въ первой разсматривается *обязательство, какъ таковое*, т. е. излагаются *общія положенія*, касающіяся

---

[8]) См. ниже §§ 129 и слѣд.

[9]) Это понятіе кредита положено преторомъ въ основаніе его эдиктовъ, озаглавленныхъ: „de rebus creditis“ и „de commodato et de pignore“. l. 1, § 1. D. de rebus cred. 12. 1. Ср. Paulus libro 28 ad edictum, l. 2, § 3. D. de rebus cred. 12. 1. Иначе, однако, говоритъ l. 2, § 1 D. eod. tit. О самомъ понятіи кредита см. Georg Cohn въ Endemanns Handbuch des Handelsrechtes, т. 2, отд. 6. Тамъ же находятся ссылки на литературу. См. также Schey: Oblig. Verhältnisse, т. 1, стр. 30.

[10]) Ср. Petrazycki: Einkommen, т. 2, § 25. По имперскому закону 19 іюня 1893 г. лицо, профессіонально занимающееся „денежными и кредитными сдѣлками“, подъ страхомъ уголовнаго наказанія обязано посылать ежегодно своему должнику письменные счета. Неясно, что въ данномъ случаѣ подразумѣвается подъ терминомъ „кредитныя сдѣлки“. Слѣдуетъ поэтому руководствоваться высказаннымъ въ текстѣ взглядомъ.

[11]) Въ этомъ смыслѣ термины „долгъ“ и „обязанность“ различаются въ частности въ источникахъ германскаго права. На это различіе указываетъ въ особенности Brinz: Pandekten, т. 2, стр. 33 и слѣд. Онъ называетъ долгомъ лишь такое обязательство, которое исполняется изъ имущества должника или исполненіе котораго во всякомъ случаѣ невозможно безъ имущественной затраты со стороны должника, такъ что имущество его подвергается уменьшенію. Windscheid, т. 2, § 251, прим. 2 предлагаетъ, соотвѣтственно разговорному языку, называть долгомъ только „денежный долгъ“. См. впрочемъ Rümelin въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, стр. 183.

www.naukaprava.ru

всѣхъ обязательствъ или какой-либо значительной ихъ группы. Вторая же разсматриваетъ *отдѣльные виды обязательствъ* [12]) [13]) [14]).

§ 2. Обязанность исполненія и ея цѣль.

I. Обязательство предоставляетъ намъ *средство* для достиженія извѣстной *цѣли*. Средствомъ является обязанность должника исполнить что-либо, а цѣлью—та имущественная выгода, которая должна быть предоставлена вѣрителю [1]).

Содержаніемъ обязательства является обязанность должника совершить дѣйствіе, т. е. дѣятельность его, соотвѣтствующая цѣли обязательства. Но все же для вѣрителя въ концѣ концовъ важенъ лишь тотъ результатъ, который долженъ быть достигнутъ исполненіемъ.

Этимъ объясняются нѣкоторыя существенныя особенности.

Слѣдуетъ строго различать: *что составляетъ содержаніе обязательства* и *что достаточно для его исполненія?*

На первый взглядъ кажется, что оба эти понятія совпадаютъ. Такова, въ самомъ дѣлѣ, и была точка зрѣнія древнѣйшаго права. Но она оказалась несостоятельною, что, между прочимъ, становится очевиднымъ при рѣшеніи вопроса, кто можетъ платить долгъ. Обязательство принуждаетъ къ дѣйствію *только должника* и его наслѣдника; въ этомъ и заключается содержаніе обязательства. Между тѣмъ, платежъ долга, въ большинствѣ случаевъ, *можетъ произвести всякій*, даже лицо, не состоящее должникомъ, потому что его дѣйствіе обыкновенно приводитъ къ требуемому результату ничуть не хуже исполненія со стороны самого должника и должно, такимъ образомъ, быть вполнѣ достаточнымъ для погашенія обязательства.

---

[12]) Значительная часть притязаній, вытекающихъ изъ вещныхъ правъ, подлежитъ такимъ нормамъ, которыя развились собственно въ обязательственномъ правѣ; сюда относятся правила цессіи, а также, какъ полагаютъ нѣкоторые, принципы mora. Но неосновательно расширять это явленіе до такой степени, чтобы относить всѣ вещныя притязанія къ обязательствамъ, какъ это предлагаетъ Rümelin въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, стр. 192 и сл. Обязательства—„правоотношенія особаго рода“ „между двумя лицами“—Ryck; Schuldverhältnisse, стр. 1; вещныя же притязанія являются составною частью другого правоотношенія—вещнаго права. Въ этомъ заключается принципіальное и практически важное различіе. Вотъ почему римлянамъ и было чуждо причисленіе вещныхъ притязаній къ обязательствамъ (§ 1. I. de act. 4. 6), съ чѣмъ, впрочемъ, соглашается и самъ Rümelin. Систематика должна опираться на выработанныя исторически правовыя понятія, иначе она рискуетъ потерять всякую почву. Ср. также Dernburg, Bürg. Recht, т. 2 § 1 стр. 3.

[13]) Обязательства являются часто послѣдствіями вещныхъ, семейственныхъ и наслѣдственныхъ правоотношеній. Такія обязательства разсматриваются въ вещномъ, семейственномъ и наслѣдственномъ правѣ.

[14]) Гражд. улож. для герман. имперіи дѣлитъ обязательственное право на 7 раздѣловъ: первые шесть содержатъ общую часть обязательственнаго права, послѣдній касается отдѣльныхъ обязательствъ.

[1]) Hartmann: Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, 1875, рѣзко отмѣчаетъ, что въ понятіи обязательства заключаются два существенныхъ момента: опредѣленная цѣль и юридическое средство для ея достиженія; см. въ особенности стр. 31 и сл. Но Hartmann, желая устранить изъ понятія обязательства право на „дѣйствіе“, становится одностороннимъ и поэтому—на стр. 161—приходитъ къ слѣдующей формулировкѣ: „Существо обязательства состоитъ только въ конкретно обоснованномъ и обезпеченномъ правомъ долженствованіи (Soll), направленномъ на достиженіе предопредѣленной цѣли“.

Такъ какъ обязательства являются лишь средствами для достиженія опредѣленной цѣли, то можетъ быть заключено *ради одной и той же цѣли нѣсколько обязательствъ.*

При этомъ ради одной такой цѣли даже *одинъ и тотъ же должникъ* можетъ принять на себя различныя обязательства. Напр., покупатель долженъ уплатить продавцу покупную цѣну на основаніи сдѣлки купли-продажи; но ту же сумму онъ, кромѣ того, можетъ обѣщать своему кредитору еще въ иной формѣ; въ Римѣ для этой цѣли служила stipulatio accessoria, а у насъ—обыкновенно вексель. Несомнѣнно, здѣсь нѣсколько обязательствъ одного и того же должника, но всѣ они имѣютъ въ виду лишь однократную уплату, а слѣдовательно, всѣ они направлены къ одной и той же цѣли.—То же самое бываетъ и въ томъ случаѣ, когда *нѣсколько лицъ* обѣщаютъ одно и то же. Здѣсь также *нѣсколько обязательствъ* и только *одна цѣль.* Въ этомъ и заключается отличительная черта корреальнаго обязательства, которое вызвало въ наукѣ столько неудачныхъ конструкцій [2]).

II. Обязательство, юридически обезпечивая достиженіе матеріальной выгоды, представляетъ для насъ въ силу этого извѣстную цѣнность *уже тотчасъ послѣ своего возникновенія* и образуетъ поэтому часть имущества вѣрителя, по отношенію къ которой онъ имѣетъ право распоряженія, въ частности, по общему правилу, право залога и отчужденія [3]).

Если нѣсколько обязательствъ направлены къ одной общей цѣли—предоставить вѣрителю одну и ту же выгоду, то всѣ они вмѣстѣ являются для него только *одной* экономической цѣнностью, составляютъ только *одну статью его имущественнаго баланса.*

§ 3. Обязательство и искъ.

I. При осуществленіи своихъ правъ вѣритель не можетъ опираться на владѣніе, подобно субъекту вещныхъ правъ. Главнымъ орудіемъ противъ неисправнаго должника служитъ искъ. Поэтому *только снабженныя исками обязательства* считаются *таковыми въ полномъ смыслѣ слова* [1]). Они называются obligationes civiles, такъ какъ защищаются государствомъ (civitas), безразлично, относятся ли они исторически къ древне-римскому jus civile—obligationes civiles въ тѣсномъ смыслѣ—или къ jus gentium [2]).

Такимъ образомъ, вѣритель, чтобы добиться осуществленія своего права, вынужденъ прибѣгать къ иску, а этимъ можетъ воспользо-

---

[2]) См. ниже § 70 и сл.
[3]) См. выше вып. I, § 292.
[1]) 1. 10, 1. 108. D. de V. S. 50. 16.
[2]) Въ смыслѣ обязательствъ римскаго jus civile терминъ встрѣчается въ § 1. I. de obl. 3. 13., 1. 5, pr. D. de pign. 20. 1, 1. 1, § 1. D. de nov. 46. 2. Но obligatio civilis обозначаетъ и всякое снабженное искомъ обязательство вообще, независимо отъ его историческаго происхожденія, 1. 16, §§ 3 и 4. D. de fidej. 46. 1, 1. 7, § 2. D. de pactis. 2. 14. Иначе Scheurl въ Heidelberger krit. Zeitschrift, т. 1, стр. 504.

www.naukaprava.ru

ваться должникъ, чтобы затянуть исполненіе обязательства. Вслѣдствіе этого вѣритель временно не получитъ того, что ему слѣдуетъ, хотя бы онъ въ этомъ и крайне нуждался, а послѣ окончательнаго судебнаго рѣшенія онъ легко можетъ не найти у должника того имущества, которое было у него въ моментъ предъявленія иска. Поэтому идеалъ процесса заключается не только въ *полной справедливости* рѣшенія, но и въ *возможной быстротѣ* производства. Однако, на практикѣ оба эти требованія примирить не легко.

Древне-римское право стремилось преимущественно къ скорѣйшему окончанію процесса. Этимъ и объясняется, главнымъ образомъ, односторонность и суровость древне-римскаго обязательственнаго права и соотвѣтствующихъ ему judicia stricti juris. Позднѣе римляне стали больше считаться съ матеріальною справедливостью. Въ этомъ направленіи съ конца республики и развивалось все обязательственное право, а въ особенности такъ наз. bonae fidei negotia и соотвѣтственные имъ иски. Но слабыя стороны и здѣсь не замедлили обнаружиться: быстрое производство въ духѣ древняго права трудно было совмѣстить съ этими bonae fidei judicia.

По современному праву, bonae fidei judicia являются основаніемъ всего процесса: римскія stricti juris judicia ими поглощены [3]). Однако, необходимость добиться для извѣстныхъ требованій скорѣйшаго судебнаго признанія породила новыя формальныя сдѣлки, въ частности вексель [4]).

II. Для того, чтобы противодѣйствовать стремленію должника процессомъ замедлить исполненіе по обязательству, въ древнемъ Римѣ налагались строгіе *процессуальные штрафы* [5]). Бо́льшая часть изъ нихъ падала на всякаго, проигравшаго процессъ, безъ различія, довелъ ли онъ дѣло до суда злонамѣренно или въ твердомъ убѣжденіи въ своей правотѣ. Хотя примѣненіе такого различія было бы справедливо, но оно едва ли практично, такъ какъ ведетъ къ необходимости, послѣ производства о главномъ предметѣ иска, начинать еще сложное добавочное разбирательство для рѣшенія вопроса о недобросовѣстности стороны, проигравшей дѣло. Поэтому цѣлесообразность

---

[3]) См. выше вып. I, § 131.

[4]) Относительно абстрактныхъ обязательствъ см. ниже § 22. Впрочемъ, современное право знаетъ, помимо этого, много средствъ для возможно скораго приведенія требованій къ исполненію. Такъ напр., по Civilprocessordnung, § 794, Lit. 5, обязательственныя требованія, основанныя на документахъ, составленныхъ въ законной формѣ какимъ-либо германскимъ судомъ или нотаріусомъ въ предѣлахъ его компетенціи и направленныхъ по своему содержанію на уплату опредѣленной суммы денегъ или другихъ замѣнимыхъ вещей, подлежатъ принудительному исполненію со дня наступленія срока, безъ предварительнаго судебнаго разбирательства, если должникъ въ самомъ документѣ подчинился такому немедленному принудительному взысканію. Далѣе, можетъ быть постановлено частичное рѣшеніе, какъ окончательное, для одного изъ нѣсколькихъ подлежащихъ совмѣстному судебному разбирательству притязаній, § 301. Наконецъ, во многихъ случаяхъ рѣшенія первой инстанціи могутъ быть судомъ по собственной иниціативѣ или по ходатайству вѣрителя признаны подлежащими предварительному исполненію, которое не пріостанавливается подачей апелляціонной или кассаціонной жалобъ. См. тамъ же §§ 708 и слѣд.

[5]) Ученіе о poenae temere litigantium классическаго времени излагаетъ Gajus Inst. IV. § 171 и сл.

процессуальныхъ штрафовъ вообще является сомнительной. Уже въ юстиніановомъ правѣ значеніе ихъ уменьшилось [6]) [7]). Гражд. улож. для герман. имперіи совершенно ихъ устранило.

Однако, *проигравшая дѣло сторона,* по общему правилу, *платитъ судебныя издержки* [8]).

III. Обязательство даетъ право иска только *противъ должника* и его наслѣдниковъ—actio in personam. Другія лица не могутъ быть на основаніи его привлечены къ отвѣтственности. Поэтому даже вѣритель, который имѣетъ право *требовать выдачи опредѣленной вещи,* не пользуется правомъ иска противъ того, *кто пріобрѣлъ эту вещь,* хотя бы послѣдній при пріобрѣтеніи и зналъ о существованіи на нее притязанія другого. Такой вѣритель долженъ ограничиться лишь взысканіемъ вознагражденія за вредъ, причиненный нарушеніемъ договора, съ *должника,* не выполнившаго своего обязательства о предоставленіи вещи [9]).

Впрочемъ, прежняя теорія общегерманскаго права не признавала этого принципа. Кредитору, имѣющему право на выдачу индивидуально опредѣленной вещи, въ частности покупщику, приписывали такъ наз. jus ad rem (*право къ вещи*), которое было дѣйствительно даже *противъ другихъ пріобрѣтателей,* если они при пріобрѣтеніи вещи *знали* о существованіи такого права [10]) [11]).

Безъ сомнѣнія, это правило соотвѣтствуетъ требованіямъ нравственности и германскимъ народнымъ воззрѣніямъ; но на практикѣ

---

[6]) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ должникъ подвергался также штрафу *за споръ противъ искового требованія.* Такъ, напр. въ случаѣ, если отвѣтчикъ по actio legis Aquiliae—о поврежденіи вещей—прямо отрицалъ свое обязательство, а не оспаривалъ лишь размѣръ искового требованія, примѣнялось правило: „infitiatione actio duplicatur, in confitentem in simplum datur", l. 2, § 1. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. ср. §§ 19, 23, 26, I. de act. 4. 6. Далѣе, искъ о возвратѣ вещей, отданныхъ на сохраненіе въ случаѣ крайней необходимости—такъ наз. depositum miserabile,—былъ направленъ на двойное, если депозитарій злонамѣренно отрицалъ depositum. Не рѣдки были также и штрафы *за неисполненіе* обязательствъ. Въ частности отвѣтчикъ по actio quod metus causa, если онъ не подчинялся рѣшенію суда о реституціи, присуждался къ четверному; далѣе, лицо, обязанное по завѣщанію выдать отказъ въ пользу церкви или какой-нибудь pia causa, платитъ вдвойнѣ, если оно, несмотря на напоминаніе со стороны епископа, доводитъ дѣло до суда, §§ 19, 23, 26, I, de act. 4. 6. Всѣ эти и нѣкоторые другіе штрафы—poenae temere litigantium—Юстиніанова права чужды современной практикѣ; новое процессуальное законодательство лишило ихъ всякой почвы, если они, вообще, таковую когда-либо имѣли. Ср. Seuffert въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, статья 9. Иного взгляда Windscheid, т. 2, § 263, прим. 15; но ср. также R. G. E., т. 11, стр. 419, т. 26, стр. 211.

[7]) Указанія на невыгодныя послѣдствія отрицанія обязательства, удержанныя въ Юстиніановомъ правѣ и признававшіяся еще въ общегерманскомъ правѣ, встрѣчаются въ l. 10. § 1 D. de fidej. 46. 1; см. далѣе l. 67. § 3 D. pro socio. 17. 2, l. 25. pr. D. de prob. 22. 3.

[8]) § 1 in fine I. de poena temere litigantium. 4. 16. C. P. O. §§ 91 и слѣд. Ср. въ особенности Waldner: Die Lehre von den Prozesskosten, 1883.

[9]) I. 6. C. de hereditate vendita, 4. 39. Alexander. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quod tua interest praestare cogitur. Ср. l. 15, pr. C. de rei vind. 3. 32.

[10]) Ziebarth: Realexecution und Obligation, 1866, стр. 203 и сл., v. Brünneck: Ueber den Ursprung des s. g. jus ad rem, 1869.

[11]) Гражд. улож. для герман. имперіи также не упоминаетъ о jus ad rem. Ср. однако Dernburg, Bürg. R. т. 3, § 63.

www.naukaprava.ru

оно трудно осуществимо: часто является невозможнымъ доказать, что другой пріобрѣтатель дѣйствительно зналъ о существованіи обязательственныхъ отношеній между первыми лицами.

Теорія и практика новѣйшаго времени вернулись къ основнымъ положеніямъ чисто римскаго права и отвергаютъ jus ad rem.

§ 4. Obligationes naturales [1]). Общія понятія.

На ряду съ обязательствами, снабженными исками—obligationes civiles—существуютъ еще обязательства безъ иска, obligationes naturales.

Obligationes naturales лишены иска и вслѣдствіе этого не представляютъ собою настоящихъ обязательствъ въ полномъ смыслѣ этого слова; но онѣ всетаки обязательства, такъ какъ съ ними связаны извѣстныя *правовыя послѣдствія*.

Чѣмъ объясняется появленіе obligationes naturales? Господствующее воззрѣніе разсматриваетъ ихъ съ давнихъ поръ, какъ обязательства juris gentium [2]). Но этимъ не объясняется ихъ характерная черта, т. е. отсутствіе иска, такъ какъ вообще обязательственныя требованія juris gentium были снабжены исковой защитой. Другіе видятъ ихъ источникъ въ „естественномъ правѣ“ [3]), въ „справедливости“ [4]), въ „естественныхъ воззрѣніяхъ“ [5]) [6]); но и эти объясненія не даютъ

---

[1]) Важнѣйшій трудъ по этому вопросу принадлежитъ Schwanert: Die Naturalobligation des röm. Rechtes, 1861. Во введеніи (стр. 7 и сл.) находится изложеніе и критика всѣхъ сочиненій со временъ глоссаторовъ и, такимъ образомъ, обзоръ всей литературы. См. также Scheurl въ Jherings Jahrb., т. 7, статья 6 и Brinz, Pandekten, т. 2, §§ 219 и сл., а также Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 371. Kuntze: Die Obligation, стр. 192; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 253. Гражданское уложеніе для германской имперіи признаетъ существованіе obligationes naturales, хотя этотъ терминъ въ немъ не встрѣчается. Ср. Dernburg, Bürg. R. т. 2, § 3. Въ русской литературѣ: Хвостовъ, Натуральныя обязательства по римскому праву. М. 1898 г.

[2]) Для защиты этого мнѣнія съ давнихъ поръ приводится одно отрывочное изреченіе Павла: lib. 3 quaestionum l. 84, § 1. D. de R. J. 50. 17. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Однако, это значитъ лишь то, что обязательства juris gentium считаются вмѣстѣ съ тѣмъ и за obligationes naturales; но чтобы всѣ obligationes naturales, а именно, всѣ обязательства, „лишенныя иска“, коренились въ jus gentium, тутъ вовсе не говорится: это было бы прямо невозможно. Въ новѣйшее время взглядъ, выводящій obligationes naturales изъ jus gentium, защищаютъ, главнымъ образомъ, Puchta: Pand. § 237 и Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 22 и сл. Противъ нихъ Schwanert въ привед. соч., стр. 33 и сл.

[3]) Таковъ былъ взглядъ A. D. Weber'a: Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 1784, въ 5 изданіи 1825 г.

[4]) Scheurl въ Heidelberger krit. Zeitschrift. т. 1, стр. 501 и сл. Позднѣе, однако, онъ отказался отъ этого взгляда въ статьѣ, помѣщенной въ Jherings Jahrb., т. 7. статья 6.

[5]) По Windscheid'y—т. 2, § 287, прим. 5—„естественное воззрѣніе“ является корнемъ obligatio naturalis. Но и тутъ остается открытымъ вопросъ, почему же право не усвоило во всей полнотѣ этого „естественнаго воззрѣнія?“

[6]) Brinz—привед. сочин.—требуетъ для obligationes naturales въ собственномъ смыслѣ слова наличности контракта, quasi-контракта или деликта, являющихся какъ бы субстратомъ настоящаго обязательства, съ тѣмъ, однако, чтобы существовало какое-либо обстоятельство, исключающее возможность дѣйствія этого обязательства въ качествѣ obligatio civilis. Отъ такихъ obligationes naturales Brinz отличаетъ обязанности, вытекающія изъ принадлежности лица къ семьѣ и государству (Officialansprüche); хотя ихъ также обозначаютъ, какъ obligationes naturales, однако онѣ существенно отличаются отъ натуральныхъ обязательствъ въ собственномъ смыслѣ. Сюда присоединяются еще и другія „естественныя обязанности“, возникающія помимо „Officialansprüche“.—

намъ возможности глубже проникнуть въ сущность obligationes naturales.

Ихъ возникновеніе объясняется противоположностью между *гражданскимъ обществомъ* и *государствомъ*. Первое признаетъ нѣкоторыя обязательства, какъ во вниманіе къ торговому кредиту и общественному мнѣнію, такъ и въ силу требованій нравственности и приличія, между тѣмъ какъ государство не даетъ имъ исковой защиты въ силу особыхъ соображеній политики права. Эти такъ наз. натуральныя обязательства являются, такимъ образомъ, чуждыми положительному праву государства, которое всетаки не можетъ не признать извѣстнаго ихъ вліянія на свой строй.

За исключеніемъ иска, они могутъ вызывать такія же юридическія послѣдствія, какъ и obligationes civiles. Но главнѣйшимъ свойствомъ obligationes naturales является то, что *произведенное для ихъ погашенія дѣйствіе* разсматривается, какъ *платежъ долга* [7]). Въ частности же, здѣсь встрѣчаются слѣдующія послѣдствія:

1. Исполненіе, произведенное завѣдомо, т. е. при знаніи, что обязательство лишено исковой защиты, разсматривается, какъ платежъ долга, а не какъ дареніе [8]).

2. Исполненіе, произведенное по ошибкѣ, т. е. въ невѣдѣніи того, что обязательство лишено исковой защиты, не можетъ быть оспорено уплатившимъ посредствомъ condictio indebiti [9]).

3. Натуральное обязательство можетъ служить основаніемъ для novatio и constitutum [10]).

4. Допускается обезпеченіе натуральнаго обязательства поручительствомъ и залогомъ [11]).

Сходнаго мнѣнія держится и Schwanert, привед. соч., стр. 53 и сл.—Эти теоріи заходятъ слишкомъ далеко въ своемъ анализѣ. Какъ ни справедливо въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ подобное раздѣленіе obligationes naturales, тѣмъ не менѣе между всѣми ими очевидно существуютъ и могутъ быть доказаны общія черты.

[7]) По Brinz'y-krit Blätter, III—юридическое значеніе натуральнаго обязательства должно быть выражено слѣдующею формулой: „оно можетъ быть исполнено (zahlbar), хотя оно и лишено иска". Съ этимъ соглашается и Schwanert, привед. сочин., стр. 222.—Windscheid, т. 2. § 288, прим. 5, считаетъ такую формулировку неудачной, такъ какъ не всѣ послѣдствія naturalis obligatio могутъ быть разсматриваемы, какъ акты исполненія. Это справедливо, но не исключаетъ того, что *главнымъ юридическимъ послѣдствіемъ* натуральнаго обязательства является *возможность его исполнить*.

[8]) l. 19, § 4. D. de donat. 39. 5, l. 28. D. de cond. indebiti. 12. 6.

[9]) Julianus libro 53 Digestorum, l. 16, § 4. D. de fidej. 46. 1. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. См. относительно этого мѣста также Windscheid, т. 2, § 288, прим. 11. Древняя терминологія разумѣла подъ obligationes naturales лишь тѣ обязательства, которыя были снабжены искомъ и вытекали изъ jus gentium. Въ императорскомъ періодѣ этимъ терминомъ обозначали также и обязательства, лишенныя иска, но допускающія исполненіе (zahlbar); они разсматривались, какъ debita, такъ какъ къ нимъ не примѣнялась condictio indebiti. Ср. впрочемъ l. 41. D. de cond. indebiti. 12. 6, гдѣ уже Neratius исходитъ изъ той же мысли, которую формулируетъ Юліанъ.

[10]) l. 1, § 1. D. de novationibus. 46. 2, l. 1, § 7. D. de pecunia constituta. 13. 5.

[11]) l. 60, l. 16, § 3. D. de fidejussoribus. 46. 1, l. 5, pr. D. de pignoribus. 20. 1.

www.naukaprava.ru

5. Возможна компенсація натуральныхъ встрѣчныхъ требованій[12]), и притомъ не только добровольная, возможная всегда, но иногда и принудительная.

Всѣ вообще возможныя послѣдствія obligationes naturales отнюдь не возникаютъ неизбѣжно и постоянно въ каждомъ ихъ отдѣльномъ случаѣ[13]). Источники исходятъ лишь изъ того общаго положенія, что обыкновенно *не допускается обратное требованіе уплаченнаго* по obligatio naturalis, хотя бы эта уплата произошла по ошибкѣ[14]). Но и это правило не безъ исключеній.

§ 5. Отдѣльные случаи натуральныхъ обязательствъ.

1. На ряду съ дѣловыми сношеніями гражданъ между собою, въ Римѣ постоянно происходили дѣловыя и торговыя сношенія гражданъ съ рабами и рабовъ между собой. Правда, рабы по заключеннымъ ими сдѣлкамъ не обязывались civiliter; но naturaliter они считались связанными[1]).

2. Домъ римскаго paterfamilias представлялъ собою замкнутый міръ. Каждый домочадецъ могъ фактически имѣть свое имущество и свой промыселъ и вступать въ сдѣлки какъ съ домовладыкой, такъ и съ лицами, находящимися подъ властью послѣдняго. Но такія обязательства, заключенныя въ предѣлахъ дома, не были защищены искомъ и существовали лишь naturaliter[2]).

3. Договоры, заключенные несовершеннолѣтними безъ участія ихъ опекуна, обязываютъ ихъ civiliter лишь постольку, поскольку они *обогащаютъ* опекаемаго[3]); за исключеніемъ этого случая, они не

---

[12]) l. 6. D. de compensationibus. 16. 2. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.

[13]) Windscheid—т. 2, § 288, прим. 4—справедливо замѣчаетъ: „Юридическое содержаніе каждаго натуральнаго обязательства должно быть установлено отдѣльно. Эту точку зрѣнія проводитъ въ особенности Schwanert, и въ этомъ я вижу главную заслугу его книги".

[14]) См. выше прим. 9.

[1]) l. 13, pr. D. de cond. indebiti. 12. 6, l. 50, § 2. D. de peculio. 15. 1, l. 14. D. de obl. et act. 44. 7, Ulpianus libro 7 disputationum: Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. Возникаетъ вопросъ, не пріобрѣтаетъ ли рабъ своими контрактами civiliter господину и вмѣстѣ съ тѣмъ naturaliter для себя? См. Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 94, о словахъ „et obligant".

[2]) Von der Pfordten: Civ. Abhandlungen, 1840, Abh. 2: Ueber Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Porsonen. Подобныя obligationes naturales разсматриваетъ знаменитая l. 38. D. de cond. indebiti. 12. 6, получившая по своимъ начальнымъ словамъ названіе „frater a fratre". Нѣкоторые требуютъ для naturalis obligatio лицъ, находящихся подъ отеческою властью, чтобы у обязавшагося было peculium. См. Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 157. Но Brinz—т. 2, стр. 46—справедливо замѣчаетъ: „То обстоятельство, что лица, подчиненныя отеческой власти, могли имѣть peculium, конечно, не мало способствовало развитію этого вида obligationes naturales, и наиболѣе частое дѣйствіе послѣднихъ мы дѣйствительно встрѣчаемъ въ пекуліарномъ правѣ; но изъ этого вовсе не слѣдуетъ, что для возникновенія obligatio naturalis непремѣнно должно быть налицо peculium". Противъ зависимости такихъ обязательствъ отъ peculium'a, по мнѣнію Brinz'a, говоритъ l. 50, § 2. D. de pec. 15. 1.

[3]) l. 5, pr., § 1. D. de auctoritate tutorum. 26. 8. Ulpianus libro 40 ad Sabinum... in pupillum... cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam divus Pius rescripsit.

связываютъ несовершеннолѣтняго даже naturaliter, какъ это неоднократно высказывается источниками [4]). Поэтому, если даже pupillus и погаситъ такой недѣйствительный долгъ, то онъ, безъ сомнѣнія, можетъ требовать возвращенія уплаченнаго.

Тѣмъ не менѣе и такіе договоры содержатъ въ себѣ зачатки обязательства. Они разрастаются въ полное обязательство, если самъ опекаемый съ согласія опекуна или по достиженіи совершеннолѣтія, или его дѣеспособный наслѣдникъ, зная положеніе дѣла, совершитъ платежъ или expromissio [5]). Они могутъ, далѣе, служить для третьихъ лицъ основаніемъ дѣйствительнаго платежа, поручительства, новаціи, обезпеченія залогомъ [6]). Обязательство лица, находящагося подъ опекою, такимъ образомъ, все же существуетъ naturaliter постольку, поскольку *лица дѣеспособныя* могутъ на основаніи его добровольно *совершить или обѣщать уплату* [7]).

Сказанное относительно обязательствъ несовершеннолѣтнихъ распространяется и на обязательства состоящихъ подъ опекой расточителей [8]), а по общегерманскому праву также на обязательства неполнолѣтнихъ.

4. S. C. Macedonianum лишило иска денежный заемъ подвластныхъ дѣтей; но naturalis obligatio продолжала существовать [9]) [10]).

---

[4]) l. 41. D. de cond. indebiti. 12. 6. Neratius libro 6 membranarum: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet. l. 58. D. de obl. et act. 44. 7. Licinius Rufinus libro 8 regularum: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.

[5]) l. 19, § 4. D. de donat. 39. 5, ср. l. 20, § 1. D. de novat. 46. 2.

[6]) l. 127. D. de verb. obl. 45. 1, l. 2. D. de fidej. 46. 1, l. 95, § 4. D. de solutionibus. 46. 3, l. 1, § 1. D. de novat. 46. 2, § 3. I. quibus modis tollitur obl. 3. 29.

[7]) И въ самомъ дѣлѣ, обязательства опекаемыхъ въ нѣкоторыхъ мѣстахъ источниковъ опредѣляются, какъ obligationes naturales, l. 42, pr. D. de jurejurando. 12. 2, l. 21, pr. D. ad legem Falcidiam. 35. 2, l. 25, § 1. D. quando dies legator. 36. 2, l. 95. § 4. D. de solutionibus. 46. 3. Въ томъ, какъ согласить это съ приведенными выше въ прим. 4 фрагментами, мнѣнія сильно расходятся. Все дѣло заключается въ различіи точекъ зрѣнія. Neratius и Licinius Rufinus занимались вопросомъ, связываетъ ли обязательство самого несовершеннолѣтняго, и отвѣтили отрицательно, отвергая всякое, хотя бы только натуральное обязательство по отношенію къ опекаемому. Другіе авторы, которые имѣли въ виду болѣе сложные случаи подтвержденія этого обязательства дѣеспособными лицами, признали при такихъ, именно, условіяхъ существованіе obligatio naturalis. На самомъ дѣлѣ, по существу вопроса не было различія мнѣній: послѣднія только выражены односторонне. См. Brinz, т. 2, стр. 47. Pernice: Labeo, т. 3, стр. 255. Тѣмъ не менѣе воззрѣнія новѣйшихъ писателей сильно расходятся. Такъ, нѣкоторые просто отрицаютъ obligatio naturalis опекаемаго и относятъ, правда съ большой натяжкой, признающіе такія обязательства фрагменты къ случаямъ обогащенія пупилла. Таково мнѣніе Puchta, § 237, прим. 1. Другіе приписываютъ такимъ обязательствамъ всѣ свойственныя obligatio naturalis послѣдствія, см. Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 61. Въ новѣйшее время пріобрѣлъ господство только что нами изложенный взглядъ, не безъ нѣкоторыхъ, однако, отступленій въ частностяхъ. См. въ особенности Keller въ Bekkers Jahrbuch. т. 4, статья 12. Krückmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 85, статья 11.

[8]) Иначе Audibert: Etudes sur l'histoire du droit romain, т. 1, 1892 г., стр. 263 и сл. Steiniger: Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Entmündigung, 1890, стр. 28.

[9]) l. 9, § 4 и сл., l. 10. D. de S. C. Maced. 14. 6, l. 26, § 9, l. 40, pr. D. de cond. indebiti. 12. 6. См. ниже § 88.

[10]) Подвластный сынъ не можетъ даже требовать обратно того, что уплачено имъ самимъ во время существованія patria potestas, l. 9, § 4. D. de S. C. Maced. 14. 6. Напротивъ, expromissio и другія обѣщанія, путемъ которыхъ онъ обязуется уплатить долгъ, подлежатъ exceptio senatus consult'a, иначе весь законъ могъ бы лишиться своего значенія: см. l. 2. C. ad. S. C. Maced., 4. 28. Едва ли можно отнестись одобрительно къ предоставленію exceptio въ случаѣ, о которомъ говоритъ l. 20. D. h. t. Сообразно цѣли

www.naukaprava.ru

Римскіе юристы вывели отсюда общій принципъ, что при требованіяхъ, обезсиленныхъ эксцепціями, натуральное обязательство остается лишь въ томъ случаѣ, если эксцепція клонится „in odium creditoris“, но не „in favorem debitoris“ [11]). Однако, такое положеніе не имѣетъ силы закона, а является лишь выводомъ изъ наблюденій юристовъ надъ ограниченнымъ числомъ фактовъ дѣйствительной жизни. Въ вѣрности сказаннаго нами можно убѣдиться на примѣрѣ завѣщательныхъ отказовъ, которые подлежатъ вычету, если наслѣднику не остается quarta Falcidia. Безъ сомнѣнія, это было установлено лишь in favorem debitoris, т. е. наслѣдника. Тѣмъ не менѣе послѣдній не можетъ вытребовать обратно того, что онъ сознательно уплатилъ сверхъ quarta: слѣдовательно, существуетъ naturalis obligatio относительно выдачи полнаго отказа.

5. Въ тѣхъ случаяхъ, когда требованіе теряетъ исковую силу, а вѣритель все еще неудовлетворенъ, остается obligatio naturalis, поскольку признаніе послѣдней согласуется съ общимъ правовымъ порядкомъ и съ тѣми соображеніями, которыя привели къ лишенію обязательства его исковой силы.

Въ частности, обязательственное требованіе сохраняется въ видѣ obligatio naturalis, несмотря на истеченіе исковой давности [12]). Однако, компенсація подобныхъ требованій съ такими, которыя возникли уже по истеченіи давности, не можетъ быть допускаема [13]).

Точно такъ же продолжаетъ существовать, какъ obligatio naturalis, требованіе, въ которомъ было отказано по неправильному рѣшенію суда [14]). По отношенію къ нему вполнѣ дѣйствительны: со-

---

senatus consult'a, заимодавецъ не могъ предъявить къ зачету требованіе противъ подвластнаго сына. Dernburg: Kompensation, стр. 471, Windscheid, т. 2, § 289, прим. 21: иного взгляда, между прочимъ, Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 522 и сл.—Третьи лица вполнѣ законно могутъ принять на себя долгъ подвластнаго, поручиться за него или какимъ-нибудь другимъ способомъ придать обязательству законную силу. О подробностяхъ дѣйствія obligatio naturalis подвластныхъ дѣтей см. Mandry, loc. cit, стр. 502 и сл., Huschke: Darlehen, стр. 91.

[11]) l. 40, pr. D. de cond. indebiti. 12. 6, l. 19, pr. D. eod. Объ этомъ правилѣ ср. Savigny: System, т. 5, стр. 375 и сл. Windscheid, т. 2, § 289, прим. 22.

[12]) Относительно obligatio naturalis, остающейся по истеченіи исковой давности, было уже сказано выше въ выпускѣ I, § 150, прим. 5. Тамъ же, въ прим. 3 и 4, цитированы различныя мнѣнія ученыхъ. Дальнѣйшая литература приводится у Arnds'a § 277, прим. 1.

[13]) Такъ же гражд. улож. для герман. имперіи § 390: истеченіе давности не исключаетъ возможности зачета, если требованіе не было еще погашено въ то время, когда оно могло уже быть компенсировано съ другимъ требованіемъ.

[14]) Въ источникахъ встрѣчаются противорѣчія. За obligatio naturalis рѣшительно высказывается l. 60, pr. D. de cond. indebiti. 12. 6. Paulus libro 3 quaestionum: Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. Этотъ взглядъ примѣняетъ l. 28, loc. cit. 12. 6. Paulus libro 32 ad edictum: Judex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. Итакъ, требованіе допускаетъ погашеніе платежемъ. Tryphoninus libro 8 disputationum l. 13. D. quibus modis pignus solvitur. 20. 6 стоитъ, напротивъ, на другой точкѣ зрѣнія... si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. См. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 585. Въ Юстиніановомъ правѣ можно примирить всѣ эти противорѣчія способомъ, предлагаемымъ Schwanert'омъ, loc. cit.: „obligatio продолжаетъ существовать, какъ naturalis, но только въ объемѣ, допускаемомъ значеніемъ res judicata“. Поэтому само собой не можетъ быть никакой ком-

знательная уплата, constitutum, поручительство и обезпеченіе иного рода. Но, конечно, поскольку вопросъ касается соблюденія законной силы рѣшенія, не можетъ быть рѣчи о дѣйствіи obligatio naturalis.

6. Обязательственные договоры, совершенные безъ соблюденія предписанной закономъ формы, порождаютъ obligatio naturalis, если только ими удостовѣряется намѣреніе должника принять на себя обязательство [15]) [16]).

7. Требованія нравовъ составляютъ obligationes naturales по крайней мѣрѣ въ томъ смыслѣ, что уплаченное согласно имъ не можетъ быть взыскано обратно. Сюда, именно, относится тотъ случай, когда тесть зятю или жена мужу устанавливаютъ приданое, ошибочно думая, что они обязаны къ тому по закону [17]) [18]).

Obligationes naturales коренятся въ воззрѣніяхъ гражданскаго общества. Поэтому ихъ число не ограничивается приведенными въ источникахъ случаями. Напримѣръ, если должникъ, надъ имуществомъ котораго открытъ конкурсъ, добился по соглашенію съ большинствомъ конкурсныхъ вѣрителей скидки части своего долга, то онъ всетаки naturaliter обязанъ къ полному платежу [19]). Поэтому, если онъ впослѣдствіи уплатитъ сложенную часть, то это будетъ съ его стороны погашеніемъ долга, а не актомъ щедрости; точно такъ же вполнѣ законную силу имѣютъ установленныя впослѣдствіи обез-

---

пенсаціи съ подобными требованіями; должникъ въ правѣ вытребовать уплаченное послѣ судебнаго рѣшенія, если только онъ не зналъ объ этомъ рѣшеніи. Гражд. улож. для герман. имперіи оставляетъ этотъ вопросъ открытымъ.

15) Примѣромъ только натуральнаго обязательства будетъ тотъ случай, если согласно § 17 закона о судоустройствѣ (Gerichtsverfassungsgesetz) устанавливается особая инстанція для разрѣшенія споровъ о подсудности и эта инстанція изъ политическихъ соображеній высказывается противъ дарованія судебной защиты требованію, обращенному къ государству, какъ это напр. имѣло мѣсто въ отношеніи требованій аллодіальныхъ наслѣдниковъ Курфюрста Гессенскаго къ Прусскому государству, см. по поводу этихъ притязаній заключеніе Dernburg-а 1893 г.

16) Источники признаютъ obligatio naturalis и въ случаѣ обѣщанія процентовъ безъ требуемой по римскому праву стипуляціонной формы, l. 5. § 2. D. de solutionibus. 46. 3, l. 11. § 3. D. de pign. act. 13. 7. Вѣроятность предположенія, что римляне и на другія неформальныя долговыя обѣщанія смотрѣли, какъ на obligationes naturales, показалъ Hellmann въ Zeitschrift der Savignystift, röm Abth. т. 12, статья 14. Относительно l. 1, § 2. D. de verb. obl. 45. 1. см. тамъ же, стр. 352. Противъ признанія obligationes naturales въ этомъ случаѣ высказываются Holtius: Abhandlungen, übersetzt von Sutro, т. 1, стр. 7, и Brinz въ Kritische Blätter, т. 3, стр. 16. Ср. также Hofmann: Entstehungsgründe der Obligation, стр. 31. Законъ, естественно, можетъ предписать извѣстную форму для договора и въ томъ смыслѣ, чтобы *при несоблюденіи этой формы всякое, даже натуральное дѣйствіе, было отрицаемо.* Это, наприм., бываетъ въ томъ случаѣ, когда для дареній выше извѣстной нормы требуется заявленіе передъ судомъ. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 125: Сдѣлка, не облеченная въ форму, предписанную для нея закономъ, ничтожна.

17) L. 32, § 2. D. de cond. indebiti. 12. 6, далѣе также l. 26, § 12. D. eod.—Подарки могутъ при извѣстныхъ обстоятельствахъ вызвать естественную обязанность „отдарить", l. 25, § 11. D. de her. pet, 5. 3; но было бы слишкомъ смѣло на основаніи этого говорить объ „естественной обязанности къ благодарности".

18) § 814 гражд. улож. для герман. имперіи опредѣляетъ: то, что уплачено въ цѣляхъ исполненія обязательства, не можетъ быть потребовано обратно,... если платежъ соотвѣтствовалъ нравственной обязанности или вѣскимъ соображеніямъ приличія. Ср. по этому поводу Dernburg. Bürg. R., т. 2 § 3 стр. 11.

19) Такъ же смотритъ и германскій имперскій судъ. R. G. E. т. 42 стр. 118. Иначе Seufferts Archiv, т. 45, каз. 7, а также и т. 53, каз. 135.—Ср. еще Seufferts Archiv т. 18, каз. 140 относительно случая векселя, запущеннаго вслѣдствіе запоздалаго протеста.

www.naukaprava.ru

печенія полнаго платежа. Однако, сложенныя по соглашенію требованія не могутъ служить основаніемъ для exceptio compensationis.

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Основанія возникновенія обязательствъ.

§ 6. Основанія возникновенія обязательствъ вообще.

Римляне дѣлили обязательства по основаніямъ ихъ возникновенія на двѣ главныя группы: obligationes ex contractu и ex delicto [1]). Такое дѣленіе основывалось на принципіальной противоположности этихъ двухъ категорій обязательствъ.

Контрактами называются снабженные исковой защитой договоры, являющіеся орудіями оборота [2]), деликтами же — виновныя дѣянія, запрещаемыя закономъ и караемыя наложеніемъ частныхъ штрафовъ. Обязательства, возникавшія изъ деликтовъ, преслѣдовали въ Римѣ преимущественно карательныя цѣли, хотя и были отнесены къ частному праву [3]).

Противоположность этихъ двухъ категорій обязательствъ обнаруживалась во многихъ важныхъ положеніяхъ. Во-первыхъ, *obligationes ex contractu*, по общему правилу, подлежали *переходу по наслѣдству, а obligationes ex delicto — нѣтъ* [4]). Далѣе, домовладыка, давшій подвластному сыну peculium, отвѣчалъ въ размѣрѣ послѣдняго по контрактамъ сына, но не по его деликтамъ; за проступки сына онъ отвѣчалъ только въ силу actio noxalis [5]).

Не всѣ обязательства возникаютъ изъ контрактовъ или деликтовъ, но всѣ они на первомъ планѣ преслѣдуютъ или имущественныя, или карательныя цѣли. Поэтому всѣ обязательства, которыя не возникали ни изъ контрактовъ, ни изъ деликтовъ, римляне называли или quasi ex contractu или quasi ex delicto [6]). Первыя подлежали

---

[1]) Gajus Inst. III § 88. Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Ср. Gajus Inst. IV, § 1, § 1. 1. de act. 4. 6.

[2]) Слово „contrahere“—въ первоначальномъ значеніи „стягивать“—равно какъ и „contractus“ употребляются римлянами въ широкомъ смыслѣ для обозначенія всякаго установленія правовыхъ отношеній между отдѣльными лицами. См. Schlossmann: Vertrag, стр. 23 и сл. Но впослѣдствіи, въ виду раздѣленія обязательствъ на контрактныя и деликтныя, выработалось болѣе узкое употребленіе этого термина, по которому контрактомъ называется *снабженный искомъ договоръ*. Изъ такого, именно, представленія исходитъ Гай, отстаивая свое дѣленіе обязательствъ. См. Cajus Inst. III, § 91, l. 5. D. de obl. et act. 44. 7. Поэтому всякая снабженная искомъ conventio называется „contractus“, лишенная иска—простымъ „pactum“. Ср. l. 7, pr. §§ 1 и 2. D. de pactis. 2. 14. Нерѣдко римляне называли контрактами только *возмездные договоры*, снабженные исковой силой, l. 25, § 1. D. de obl. et act. 44. 7, verb. „sui lucri causa“.

[3]) См. выше вып. 1, § 130.

[4]) l. 111, § 1. D. de R. J. 50. 17. Gajus Inst. IV. § 122, l. 49. D. de obl. et act. 44. 7.

[5]) l. 1. D. de nox. act. 9. 4.

[6]) Уже Gajus libro 2 aureorum l. 1, pr. D. de obl. et act. 44. 7. расширяетъ свое прежнее дѣленіе:—ср. выше прим. 1—obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex

правиламъ, установленнымъ для контрактовъ, вторыя — для деликтовъ [7]).

Въ современномъ правѣ деликтные иски не преслѣдуютъ болѣе карательныхъ цѣлей, а направлены только на возмѣщеніе убытковъ, и потому они ни въ принципѣ, ни въ отдѣльныхъ положеніяхъ не стоятъ въ такомъ рѣзкомъ противорѣчіи съ остальными имущественно-правовыми обязательствами; къ тому же и кругъ ихъ теперь не такъ обширенъ, какъ въ Римѣ [8]).

Наиболѣе естественнымъ основаніемъ раздѣленія обязательствъ является тотъ фактъ, что значительная часть ихъ возникаетъ изъ *юридическихъ сдѣлокъ*, возникновеніе же другой не менѣе значительной группы связано съ *иными событіями* [9]).

Фактическія основанія этой второй группы въ высшей степени разнообразны. Проступки, неправомѣрное обогащеніе, родственныя и общественныя отношенія, — все это служитъ основаніемъ возникновенія такихъ обязательствъ.

Общія положенія будутъ развиты только относительно тѣхъ обязательствъ, которыя возникаютъ изъ юридическихъ сдѣлокъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Форма обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 7. Римская контрактная система [1]).

Достаточно ли для обоснованія обязательства любого соглашенія воли вѣрителя и должника, какъ бы это соглашеніе ни было изъявлено, или же для такого изъявленія необходимъ опредѣленный способъ—форма, которая давала бы безспорныя указанія на возникновеніе и предметъ долга?

Этотъ вопросъ съ древнѣйшихъ временъ разрѣшался неодинаково у различныхъ народовъ.

---

maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Въ дальнѣйшемъ изложеніи онъ приходитъ—libro 3 aureorum l. 5. D. eod.—къ подраздѣленію обязательствъ на quasi ex contractu и quasi ex delicto. Поэтому § 2. I. de obl. 3. 13, даетъ уже четырехчленное дѣленіе обязательствъ, aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, ant quasi ex maleficio.

[7]) Ср. l. 1, §§ 7 и сл., и l. 5, § 5. D. de his qui effuderint. 9. 3.

[8]) См. ниже § 129. Нельзя также удержать выдѣленіе особой группы quasi контрактовъ. Она обнимаетъ самые разнообразные случаи. Справедливо то, что *нѣкоторыя* обязательства, которыя римлянами причислялись къ quasi контрактамъ, имѣютъ внутреннюю родственную связь съ опредѣленными контрактными обязательствами, такъ что можно воспользоваться аналогіею между ними; таково, въ особенности, соотношеніе между mandatum и negotiorum gestio. Но это вовсе не составляетъ необходимаго свойства всѣхъ римскихъ quasi контрактовъ. См. Ramm: Der Quasikontract, 1882.

[9]) Иначе Brinz, т. 2, § 247.

[1]) Gneist: Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts, 1845. Pernice въ Zeitschrift der Savignystift. rom. Abth. т. 9, стр. 195. Seuffert. Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, 1881. Здѣсь, конечно, изложено лишь то, что̀ существенно необходимо для пониманія римскаго права въ болѣе позднюю эпоху; полное же изложеніе значенія римской контрактной системы и ея развитія здѣсь не имѣется въ виду.

www.naukaprava.ru

При заключеніи контрактовъ римляне требовали опредѣленной *формы* для того, чтобы заключеніе договора ясно отличалось отъ простыхъ предварительныхъ переговоровъ. Для этого имъ преимущественно служила *стипуляція* [2]).

Стипуляція являлась *словеснымъ договоромъ* между присутствующими сторонами, при заключеніи котораго обмѣнивались вопросомъ и непосредственнымъ отвѣтомъ. Вѣритель — стипулянтъ — предлагалъ вопросъ, формулируя въ немъ условія договора такъ, что должнику — промиттенту — оставалось только дать утвердительный отвѣтъ. Въ простѣйшемъ видѣ стипуляція гласила: „centum dare spondes? spondeo“ [3]).

О совершеніи стипуляціи обыкновенно составлялись документы, которые закрѣпляли на бумагѣ поддающееся скорому забвенію слово. Законъ не требовалъ для стипуляціи составленія письменнаго акта; тѣмъ не менѣе, уже ко времени Цицерона, такіе акты вошли въ обычай [4]).

Греческимъ народностямъ, которыя и до, и послѣ своего покоренія находились въ оживленныхъ сношеніяхъ съ римлянами, стипуляціонная форма осталась чуждою. По общему правилу, сдѣлки заключались у грековъ въ письменной формѣ; но и договоры, не облеченные въ установленную форму, не были лишены значенія, если могли быть подтверждены свидѣтельскими показаніями [5]). Мало-по-малу такой взглядъ значительно повліялъ и на римское право [6]).

Постепенно въ Римъ проникло воззрѣніе, что честный гражданинъ обязанъ исполнять данное слово даже и въ томъ случаѣ, когда такое обѣщаніе не было облечено въ установленную форму, по крайней мѣрѣ, въ извѣстныхъ сдѣлкахъ, основанныхъ на довѣріи—fides. Въ первое время, правда, такой взглядъ опирался лишь на уваженіе къ собственному кредиту и общественному мнѣнію; нѣкоторое вліяніе оказывала и угроза безчестіемъ (infamia). Однако, впослѣдствіи были установлены иски, которые уже прямо вынуждали исполненіе и въ томъ случаѣ, если такіе договоры были заключены внѣ установленной формы [7]).

---

[2]) Pauli sententiae II. 14, § 1. ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.

[3]) Ср. l. 1, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Объ исторіи происхожденія стипуляціи см. Danz: Der sakrale Schutz, 1857, Kuntze: Exkurse zu den Institutionen, стр. 157.

[4]) Cicero Topica, cap. 25, 26.

[5]) Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht, 1891, стр. 459, 514.

[6]) Это одно лишь предположеніе. Оно находитъ свою, правда, не совсѣмъ твердую опору въ традиціонныхъ изреченіяхъ римскихъ юристовъ, что „ex jure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio-venditio, locatio-conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles“ § 2, in fine I. de jure naturali 1, 2. Дальнѣйшимъ подтвержденіемъ служатъ многочисленныя аналогичныя явленія, между прочимъ и заимствованіе изъ греческаго права „неформальной гипотеки“.

[7]) l. 11, § 1, D. de a. e. v. 19, 1.—Pernice: Labeo, т. 1, стр. 408 и слѣд., доказалъ, что „fides“ имѣла рѣшающее значеніе для развитія исковой защиты неформальныхъ договоровъ, а именно mandatum и societas. Однако, по нашему мнѣнію, въ этомъ вліяніи заключалась одна лишь переходная ступень. Когда сама жизнь выдвинула потребность въ строгомъ соблюденіи нѣкоторыхъ неформальныхъ договоровъ, тогда прежде

Стипуляція и теперь еще составляла общее правило при заключеніи обязательствъ; но это правило все болѣе и болѣе ослаблялось многочисленными весьма важными исключеніями.

Въ императорскую эпоху всѣ договоры распадались на 4 категоріи, именно: реальные (contractus reales), вербальные (contractus verbales), литтеральные (contractus litterales) и консенсуальные (contractus consensuales)[8]).

1. Къ contractus reales принадлежатъ договоры: займа, ссуды, поклажи и залога.

Реальные договоры являются сложными сдѣлками[9]). Одна сторона отдаетъ вещь въ собственность, или во владѣніе, или, по крайней мѣрѣ, въ фактическое обладаніе (detentio) другой, а послѣдняя обязывается возвратить ее.

2. Contractus verbales были преимущественно стипуляціи.

Однако, на практикѣ въ императорскую эпоху стипуляціонные документы почти получили характеръ contractus litterales. Дѣло въ томъ, что обѣщаніе промиттента, выраженное письменно, считалось достаточнымъ для признанія стипуляціи дѣйствительной, доказательство же противной стороны, что устный актъ не состоялся, не принималось во вниманіе. Допускалось только одно возраженіе, что въ день выдачи документа одинъ изъ контрагентовъ не присутствовалъ въ томъ мѣстѣ, которымъ помѣченъ актъ[10]).

3. По классическому праву contractus litterales заключались путемъ занесенія ихъ съ согласія должника въ домовую приходо-расходную книгу—codex accepti et expensi—вѣрителя. Въ Юстиніановомъ правѣ такой порядокъ болѣе не существуетъ. То, что встрѣчается здѣсь подъ именемъ contractus litteralis, является институтомъ весьма неопредѣленнымъ[11]).

4. Въ качествѣ contractus consensuales, пользовались исковой защитой въ силу одного лишь неформальнаго соглашенія сторонъ четыре контракта съ типичнымъ, точно опредѣленнымъ содержаніемъ, именно: договоръ купли-продажи (emptio-venditio), найма (locatio-conductio), порученія (mandatum) и товарищества (societas).

Сюда же присоединились нѣкоторыя сдѣлки, снабженныя исковою защитою преторами[12]) и позднѣйшими императорами[13]), такъ наз. pacta praetoria и legitima.

всего образовалось воззрѣніе, что „fides“ требуетъ ихъ вѣрнаго выполненія; а когда такое убѣжденіе укоренилось въ обществѣ, то стали давать уже искъ противъ нарушителя.

[8]) Gajus Inst. III, § 89.

[9]) Ср. Brinz, т. 2, § 228.

[10]) Paulus sent. V. 7. § 2, l. 134. D. de verb. o. 45, 1, l. 1. C. de contr. stip. 8. 37, затѣмъ l. 14. C. eod. Gneist въ привед. мѣстѣ, стр. 253, Mitteis: Reichsrecht, стр. 459. Относительно предполагаемаго Wendt-омъ (Jherings Jahrb. т. 28 ст. 1) реально-вербальнаго контракта см. Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., röm. Abth. т. 13, стр. 246.

[11]) См. ниже § 87, прим. 10.

[12]) Главнымъ случаемъ былъ constitutum. Ср. ниже § 69.

[13]) Сюда, именно, относилось неформальное обѣщаніе дара l. 35, § 5 и слѣд. C. de donat. 8. 54.

www.naukaprava.ru

Консенсуальные двусторонніе договоры, снабженные исковой защитой, составляли замкнутый кругъ. Поэтому, *неформальныя двусторонніе сдѣлки, не подходившія подъ типъ купли-продажи, найма, порученія или товарищества—безымянные договоры, contractus innominati*—не пользовались исковой защитой. Но здѣсь нельзя было оставить безъ вниманія новое, весьма важное обстоятельство—исполненіе. Кто въ подобнаго рода сдѣлкахъ исполнилъ свое обязательство, тому уже издавна принадлежало право на condictio sine causa для *обратнаго требованія имъ исполненнаго* въ томъ случаѣ, если со стороны другого контрагента не послѣдовало ожидаемаго исполненія; императорская эпоха присоединила сюда также право требовать исполненія *обѣщаннаго контрагентомъ дѣйствія*.

Толчкомъ къ этому послужилъ такъ наз. contractus aestimatorius. Сущность этой сдѣлки состоитъ въ томъ, что одно лицо получаетъ для продажи вещь, съ условіемъ возвратить другому контрагенту или ту же вещь, или заранѣе опредѣленную цѣну ея[14]). Договоръ такого рода не подходитъ подъ понятіе ни купли-продажи, ни найма, ни порученія. Поэтому для подобныхъ случаевъ преторъ установилъ самостоятельный искъ ex fide bona — actio aestimatoria praescriptis verbis, съ помощью котораго лицо, давшее вещь, могло потребовать отъ своего контрагента либо вещь, либо цѣну[15]).

Позднѣе преторъ, основываясь на авторитетѣ великихъ юристовъ, особенно Лабеона, сталъ, по аналогіи съ указаннымъ искомъ, давать actio praescriptis verbis контрагенту, исполнившему свое обязательство, и при другихъ безымянныхъ договорахъ, съ цѣлью дать ему возможность принудить другую сторону къ совершенію обѣщаннаго дѣйствія. Конечно, такое положеніе основывалось не на законѣ и не на эдиктѣ, а на болѣе или менѣе спорныхъ мнѣніяхъ юристовъ и на преторской практикѣ. Тѣмъ болѣе понятно, что сторона, исполнившая свое обязательство, кромѣ указаннаго новаго средства, продолжала также пользоваться издавна принадлежавшей ей condictio sine causa для возвращенія ею исполненнаго. У контрагента, слѣдовательно, оставалось право *отступиться* отъ сдѣлки (Reuerecht), пока противная сторона не исполнила своего обязательства[16]).

---

[14]) Ср. ниже § 120.

[15]) Karlowa: Rechtsgeschäft, стр. 254 впервые замѣтилъ, что actio aestimatoria была исходной точкой для развитія contractus innominati, и что въ преторскомъ эдиктѣ не было установлено одного общаго иска—actio praescriptis verbis—для всѣхъ относящихся сюда случаевъ. Lenel: Edictum, стр. 237, доказалъ это вполнѣ убѣдительно. Ср. l. 1, pr. D. de aestimatoria. 19. 3. l. 1, § 1. D. de rerum permutatione. 19. 4. l. 2. D. de praescriptis verbis. 19. 5. Ср. впрочемъ по поводу выраженія „actio“ praescriptis verbis Gradenwitz: Interpolationen, стр. 123, Lenel въ Zeitschrift der Savignystift. röm. Abth. т. 9, стр. 181.

[16]) Безъ сомнѣнія, контрагенту, исполнившему свое обязательство, предоставлялась condictio sine causa, а слѣдовательно, и право отступленія въ томъ случаѣ, когда противная сторона, принявшая исполненіе, допустила просрочку, l. 1, § 4. D. de rer. permut. 19. 4. Но спрашивается, имѣлъ ли онъ право на отступленіе и на такъ наз. condictio ex poenitentia даже раньше промедленія противной стороны, въ частности до истеченія срока, назначеннаго для исполненія? Въ Юстиніановомъ правѣ дѣло обстояло

§ 8. Юридическая сила неформальныхъ обязательственныхъ договоровъ по общегерманскому праву[1]).

1. Римская система договоровъ была непригодна для рецепціи въ Германіи. Ей недоставало внутренней гармоніи и правильной послѣдовательности. Хотя въ ней и не былъ вытѣсненъ принципъ обязательной формы, но онъ былъ разрушенъ произвольными исключеніями, которыя покоились, большею частью, на историческихъ случайностяхъ. Къ тому же стипуляціонная форма не нашла себѣ точекъ опоры въ современной жизни[2]).

Несмотря на это, цивилисты среднихъ вѣковъ еще продолжали отрицать исковую силу pacta nuda. Однако, канонисты рѣшительно высказались въ пользу принужденія къ ихъ исполненію[3]). Благодаря этому, *исковая сила неформальныхъ обязательственныхъ договоровъ* утвердилась *въ теоріи общегерманскаго права* и сдѣлалась безспорнымъ обычнымъ правомъ[4]).

2. Въ силу этого и римскіе *contractus innominati* стали пользоваться исковой защитой на сторонѣ обоихъ контрагентовъ немедленно съ момента ихъ заключенія. Такимъ образомъ, для того, чтобы получить право на искъ съ цѣлью принудить контрагента къ исполненію, уже не требовалось болѣе предварительнаго исполненія со стороны самого истца. Отсюда послѣдовательно было лишить сторону, исполнившую свое обязательство, права отступленія въ томъ случаѣ, если противная сторона не исполнитъ своего обѣщанія; ибо предоставленіемъ обѣщаннаго контрагентъ выполнилъ только свой долгъ и поэтому въ правѣ искать съ противника только исполненія обѣщаннаго имъ дѣйствія[5]).

во всякомъ случаѣ такъ, см. l. 3, §§ 1 и 2, l. 5, pr., § 1. D. de cond. causa data. 12. 4. Gradenwitz доказываетъ, что эти мѣста вставлены кодификаціонной коммиссіей Юстиніана, см. Interpolationen, стр. 146. То же самое утверждаетъ Pernice: Labeo, т. 3, стр. 262.

[1]) Lothar Seuffert: Geschichte der obligatorischen Verträge. 1881, Stintzing: рецензія этого сочиненія въ kritiche Vierteljahrschrift., т. 23, стр. 489.

[2]) По древнему германскому праву для дѣйствительности договора требовалась опредѣленная, доступная для уха и глаза форма, въ частности передача жезла или стебля или другого символа—wadia—или обѣщаніе при помощи руки и губъ—ударъ по рукамъ—или обѣщаніе при помощи пальцевъ и языка—движеніе пальцевъ, въ франкскую эпоху также передача долгового документа: см. Brunner, Grundriss d. deutschen Rechtsgeschichte, стр. 189. Но уже въ болѣе позднюю эпоху среднихъ вѣковъ получило значительное распространеніе воззрѣніе, что нужно держать данное слово, даже если оно и не облечено въ установленную форму.

[3]) Ср. писателей, приведенныхъ у Seuffert, прив. соч., стр. 45.

[4]) Неформальность обязательственныхъ договоровъ имѣетъ свои слабыя стороны. Она влечетъ за собою опасность, что изъ недостаточно обдуманныхъ словъ могутъ возникнуть иски, а для опредѣленія содержанія и значенія неформальныхъ соглашеній поднимутся путанные и затруднительные процессы. Въ этомъ случаѣ дѣло сведется къ колеблющимся показаніямъ свидѣтелей и къ судебной присягѣ—къ этимъ двумъ нежелательнымъ средствамъ процессуальнаго права. Тѣмъ не менѣе, гражд. улож. для герман. имперіи стоитъ за принципъ свободы формъ, хотя и со значительными исключеніями. Dernb., Bürg. R., т. 1, §§ 134 и слѣд.

[5]) Эти выводы получили признаніе лишь постепенно и не безъ сопротивленія. Seuffert въ привед. сочин., стр. 144, перечисляетъ писателей нашего столѣтія, защищающихъ римскую теорію contractus innominati, какъ дѣйствующую и понынѣ.

www.naukapraya.ru

3. Относительно *римскихъ реальныхъ договоровъ* долженъ возникнуть вопросъ: сохранили ли они свой прежній реальный характеръ или слились съ общей массой консенсуальныхъ договоровъ? Представляетъ ли, напримѣръ, простой заемъ еще и въ настоящее время contractus realis, такъ что полученіе валюты отъ заимодавца нужно понимать, какъ дѣйствіе, совершенное „obligandi causa“, или же заемъ носитъ теперь характеръ contractus consensualis, такъ что передачу валюты слѣдуетъ разсматривать, какъ совершенную „solvendi causa“, т. е. какъ исполненіе заимодавцемъ обязательства, принятаго имъ на себя по договору займа[6])? Правильнымъ слѣдуетъ считать первое положеніе. Пріуроченіе связующей силы договоровъ займа, поклажи, ссуды лишь къ моменту врученія вещи вполнѣ соотвѣтствуетъ ясному пониманію цѣлей гражданскаго оборота и потребностямъ жизни. Въ виду этого подобныя сдѣлки все еще образуютъ особую самостоятельную группу. Впрочемъ, онѣ являются въ настоящее время реальными въ иномъ смыслѣ, нежели въ Римѣ: тамъ врученіе вещи было положительнымъ и необходимымъ *условіемъ для возникновенія исковой силы* договора, въ настоящее же время это врученіе служитъ лишь *внѣшнимъ признакомъ состоявшейся сдѣлки,* который, по воззрѣніямъ оборота, нужно предполагать соотвѣтствующимъ волѣ сторонъ. Это вѣрно какъ для общегерманскаго права, такъ и съ точки зрѣнія новаго германскаго уложенія[7]).

4. Хотя стипуляціи уже болѣе не въ ходу, однако и теперь еще говорятъ о „стипулянтахъ“ и „промиттентахъ“. Стипулянтомъ, въ какомъ бы то ни было договорѣ, называютъ вѣрителя, промиттентомъ—должника.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Заключеніе обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 9. Обязательственные договоры и односторонніе обѣщанія.

I. Обязательства возникаютъ обыкновенно изъ *договоровъ*, когда вѣритель принимаетъ обѣщаніе, связывающее должника[1]). При этомъ,

---

[6]) Вопросъ этотъ весьма споренъ. Ср. Demelius: Realkontrakt im heutigen Rechte въ Jherings Jahrb., т. 3, статья 5; Unger, тамъ же, т. 8, статья 1; Schey: Oblig. Verh., т. 1, стр. 36.

[7]) Ср. Dernb., Bürg. R., т. 1 § 78, лит. 5.

[1]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи § 305. Обѣщаніе представляется германскому правовому воззрѣнію, какъ главная составная часть договора, а принятіе его, являвшееся первоначально въ видѣ конкретнаго дѣйствія, именно, въ видѣ взятія какого-нибудь предложеннаго должникомъ *вещественнаго знака* договора,—какъ нѣчто добавочное. Ср. Siegel: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, стр. 7 и слѣд.; также Hofmann: Die Entstehungsgründe der Obligation, стр. 64 и слѣд. Неправильно утвержденіе Siegel'я, стр. 49, будто по германскому праву *вообще* достаточно *односторонняго* обѣщанія должника для возникновенія обязательства, а принятіе со стороны вѣрителя требуется лишь въ томъ случаѣ, если должникъ желалъ обязаться только при соблюденіи этого условія. См. также Jacobi въ Jherings Jahrb., т. 35, статья 1.

съ точки зрѣнія права все равно, исходитъ ли первое предложеніе условій сдѣлки отъ вѣрителя, какъ это было при римскихъ стипуляціяхъ, или такое предложеніе дѣлается сначала должникомъ, а вѣритель даетъ лишь свое согласіе.

Римляне считали возможнымъ заключеніе договора только между извѣстнымъ, *опредѣленнымъ* вѣрителемъ и *опредѣленнымъ* должникомъ[2]). Въ настоящее же время, согласно съ общераспространеннымъ правовымъ воззрѣніемъ[3]), допускаются и договоры съ вѣрителемъ неопредѣленнымъ, гдѣ личность его остается неизвѣстной для должника, при чемъ вмѣсто вѣрителя обѣщаніе принимается третьимъ лицомъ[4]).

II. Въ извѣстныхъ случаяхъ обязательства возникаютъ изъ *односторонняго обѣщанія должника*[5]). Хотя при этомъ для *возникновенія обязательства* и не требуется принятія обѣщанія, но само собой понятно, что отъ усмотрѣнія вѣрителя зависитъ, воспользоваться ли возникшимъ для него правомъ или нѣтъ.

Уже римское право знаетъ подобные случаи. Общимъ ихъ признакомъ служитъ то, что здѣсь рѣчь идетъ объ обѣщаніяхъ, стоящихъ внѣ дѣловыхъ сношеній. Обычныя формы поэтому считались излишними.

Главнымъ случаемъ является одностороннее обѣщаніе дара — pollicitatio[6])—въ пользу какой-нибудь *городской общины*[7]) за ока-

---

[2]) Большинство романистовъ отвергаетъ существованіе въ римскомъ правѣ договоровъ съ неопредѣленнымъ вѣрителемъ, ср. именно l. 10 и l. 21. D. de stipulatione servorum. 45. 3. См. писателей, приведенныхъ Sohm'омъ въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 17, стр. 56, прим. 34. Впрочемъ, самъ Sohm держится иного взгляда.

[3]) Ср. относительно болѣе древняго германскаго права Gareis въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 21, стр. 349 и слѣд. Тамъ же, Brunner, т. 22, стр. 85.

[4]) Въ качествѣ сдѣлокъ съ неопредѣленными контрагентами спеціально признаны договоры морского страхованія „за чужой счетъ“, т. е. когда коммиссіонеръ, или отправитель, или иной представитель страхуетъ товаръ для третьяго лица, котораго онъ не называетъ; такое же значеніе имѣетъ морское страхованіе за счетъ того, „кого это касается“, при чемъ остается открытымъ, страхуетъ ли страхователь для себя или для третьяго лица. Однако, этими особыми случаями не исчерпывается возможность договоровъ съ неопредѣленными лицами. Поэтому имперскій судъ—см. R. G. E., т. 11, стр. 249—признаетъ юридическую силу долгового документа, по которому подписавшійся ручается передъ *будущимъ* вѣрителемъ по ипотекѣ, имѣющей быть записанной на земельномъ участкѣ третьяго лица. См. также Strempel: Die Blankocession nach gemeinem Rechte, 1893. Гражд. улож. для герман. имперіи оставляетъ этотъ вопросъ открытымъ. Ср. Dernburg: Bürgerliches Recht, т. 2, § 81, стр. 177.

[5]) Такія обязательства, возникшія изъ одностороннихъ обѣщаній, должны разсматриваться въ общемъ, какъ договорныя.

[6]) Выраженіе „pollicitatio“ имѣетъ много значеній и нерѣдко обозначаетъ „неформальный договоръ“. Ср. Schlossmann: Vertrag, стр. 153. Но что оно можетъ обозначать—съ чѣмъ Schlossmann не соглашается—и простое одностороннее обѣщаніе и имѣетъ такое значеніе какъ разъ въ ученіи объ обѣщаніяхъ въ пользу городскихъ общинъ, это ясно видно изъ l. 3, pr. D. de pollicitationibus. 50. 12. Ulpianus libro 4 disputationum: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum; et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur; sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum. Ср. Karlowa: Rechtsgeschäft, стр. 273. Regelsberger: Streifzüge im Gebiet des Civilrechts, 1892, II.

[7]) Германскій имперскій судъ придаетъ подобное же значеніе обѣщаніямъ въ пользу *государства*. R. G. E., т. 15, стр. 213. Противъ этого Regelsberger, въ привед. сочин. стр. 27. Pollicitationes подлежали особымъ правовымъ нормамъ: обѣднѣвшій даритель могъ освободиться отъ исполненія обѣщаннаго, предоставивъ городу пятую часть

www.naukaprava.ru

занную почесть или по какимъ-либо инымъ уважительнымъ основаніямъ. Гражд. улож. для герман. имперіи устранило этотъ институтъ.

Сюда же принадлежитъ и обѣтъ — votum, т. е. одностороннее обѣщаніе имущественнаго предоставленія въ пользу какой-либо богоугодной цѣли [8]).

Общегерманское право въ значительной степени расширяетъ обязательную силу одностороннихъ обѣщаній. Оно признаетъ ее во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ подобный способъ возникновенія обязательства оказывается полезнымъ для гражданскаго оборота [9]). Главные случаи слѣдующіе:

1. Публичный вызовъ, т. е. одностороннее, публично объявленное обѣщаніе награды за извѣстное полезное дѣйствіе; подобное обѣщаніе обязываетъ вызывающаго [10]), который сохраняетъ право отмѣнить или измѣнить свое обѣщаніе только въ томъ случаѣ, если оставилъ это право за собою. Но толкованіе смысла такого обѣщанія въ сомнительныхъ случаяхъ должно предоставить обѣщавшему.

Совершившій указанное дѣйствіе пріобрѣтаетъ для себя и для своихъ наслѣдниковъ право на обѣщанное вознагражденіе, хотя бы онъ совершилъ это дѣйствіе, не только не расчитывая прямо на награду, но даже не зная о вызовѣ [11]) [12]).

своего имущества. Далѣе, если наслѣдство умершаго поллицитанта было недостаточно для выполненія даннаго обѣщанія въ полномъ объемѣ, то наслѣдники его имѣли право откупиться, исходящіе—десятой частью всего имущества, другіе—пятою. Впрочемъ, мнѣнія римскихъ юристовъ сходятся не во всѣхъ частностяхъ этого вопроса. См. l. 6, pr. l. 9, l. 11, l. 14, l. 15. D. h. t. 50. 12; см. далѣе Windscheid, т. 2, § 304, прим. 7 и 8.

[8]) l. 2 D. de pollicitationibus. 50. 12, cap. 18. X. de censibus 3. 39.

[9]) См. Ehrlich: Stillschweigende Willenserklärung, стр. 225. Dernburg: Bürg. R. т. 2, разд. 1, § 79.

[10]) Обычное право придало обязательную силу публичнымъ вызовамъ, направленнымъ къ *полезнымъ* цѣлямъ. Въ самомъ дѣлѣ, было бы нецѣлесообразнымъ и преувеличеннымъ признавать обязательную силу за всѣми серьезно сдѣланными вызовами. Напр., кто-либо въ ресторанѣ публично обѣщаетъ 100 марокъ тому, кто быстрѣе всѣхъ осушитъ свой стаканъ. Гражд. улож. для герман. имперіи не дѣлаетъ различія между этими случаями (§ 657); но и при его дѣйствіи ни одинъ судъ не присудитъ на основаніи смѣхотворныхъ обѣщаній. Подобныя обѣщанія будутъ признаны „несерьезными“, хотя бы обѣщающій и увѣрялъ въ противномъ.

[11]) Римлянамъ публичные вызовы были хорошо извѣстны. Оригинальнымъ примѣромъ служитъ у нихъ ошейникъ раба съ надписью: fugi, tene me, cum revocaveris me domino meo Zonino, accipis solidum. Bruns, fontes, изд. 6, стр. 320. Однако, изъ этого возникалъ одинъ лишь долгъ приличія, но не исковое обязательство. Иначе въ общегерманскомъ правѣ. Впрочемъ, многіе, напр., Windscheid, т. 2. § 308, прим. 3, утверждаютъ, что публичный вызовъ заключаетъ въ себѣ только сдѣланное неопредѣленному лицу *предложеніе*, нуждающееся въ *принятіи*. Далѣе, Windscheid, т. 2, § 308, прим. 7, отрицаетъ всякое обязательство изъ публичнаго вызова, если послѣдній былъ взятъ обратно, хотя бы это случилось въ то время, когда вызванная имъ дѣятельность уже была начата, но еще не окончена. По его мнѣнію, въ этомъ случаѣ недостаетъ еще принятія. Однако—продолжаетъ онъ—если кто-либо произвелъ для совершенія даннаго дѣйствія затрату, то сдѣлавшій вызовъ долженъ возмѣстить эту затрату вслѣдствіе „culpa in contrahendo“. Относительно публичнаго вызова см. Siegel, loc. cit., стр. 91, Hofmann, loc. cit., стр. 38. Hasenöhrl: Oesterreichisches Obligationenrecht, т. 2. § 67. Brinz, т. 4, изд. 2, стр. 254. Lichtenstein: Die Auslobung, геттингенская диссертація. 1893. Arnaldo Lucci: Delle promesse per publici proclami. Napoli, 1893. Oertel, die Lehre von der Auslobung. 1895. По новому гражданскому уложенію для германской имперіи публичный вызовъ до совершенія на его основаніи какихъ-либо дѣйствій можетъ быть отмѣненъ; но въ сомнительнымъ случаяхъ назначеніе срока для совершенія дѣйствія разсматривается, какъ отказъ отъ права взять вызовъ обратно. Публичный вызовъ, имѣющій сво-

2. *Бумаги на предъявителя и по приказу* пріобрѣтаютъ силу съ момента ихъ выдачи, такъ что по нимъ вѣрителемъ является тотъ, кто добросовѣстно пріобрѣлъ документъ, содержаніе котораго внѣшнимъ образомъ легитимируетъ его, какъ вѣрителя [13]).

3. Уже въ общегерманскомъ правѣ допускаются обязывающія *оффферты,* т. е. такія предложенія о заключеніи договора, при которыхъ предлагающій заранѣе отказывается отъ права отступленія, если тотъ, кому адресовано предложеніе, приметъ его въ теченіе опредѣленнаго срока [14]).

§ 10. Переговоры о заключеніи договора. Предварительныя соглашенія [1]). Culpa in contrahendo.

1. До самаго заключенія договора часто происходятъ продолжительные переговоры, имѣющіе цѣлью привести къ соглашенію противоположныя желанія сторонъ. Такое соглашеніе достигается нерѣдко лишь шагъ за шагомъ, пунктъ за пунктомъ. Договоръ же считается состоявшимся только въ томъ случаѣ, если достигнуто соглашеніе по *всѣмъ* существеннымъ пунктамъ, — существеннымъ и по природѣ данной сдѣлки, и по намѣренію сторонъ. Даже послѣ установленія матеріальнаго содержанія договора, тѣмъ не менѣе пока еще все остается открытымъ, если стороны ставятъ возникновеніе сдѣлки въ зависимость отъ воли третьяго лица или же отъ опредѣленной формы ея совершенія, напр., отъ письменной или нотаріальной.

Спрашивается, какую силу имѣетъ *предварительное соглашеніе о письменной формѣ,* состоявшееся до заключенія самаго договора? Можетъ ли оно считаться *условіемъ* договора или лишь средствомъ для его *обезпеченія,* съ цѣлью закрѣпить надолго словесное содержаніе сдѣлки? Юстиніанъ признаетъ письменную форму условіемъ договора, если она была оговорена предъ его заключеніемъ [2]).

имъ предметомъ соисканіе преміи, дѣйствителенъ лишь въ томъ случаѣ, если въ публикаціи былъ назначенъ срокъ соисканія, ср. §§ 658, 661. Публичный вызовъ есть несомнѣнно одностороннее обѣщаніе. Лицо, предпринявшее дѣйствіе, требуемое публичнымъ вызовомъ, получаетъ премію даже въ томъ случаѣ, если дѣйствовало, не расчитывая на нее. Ср. § 657. Ср. Dernb., Bürg. R. т. 2, § 335, 2 разд., стр. 476.

[12]) По поводу случая, когда результатъ былъ достигнутъ совмѣстною дѣятельностью нѣсколькихъ лицъ, ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 660; относительно случая, когда нѣсколько лицъ самостоятельно выполнили требуемое дѣйствіе, тамъ же § 659.

[13]) Вопросъ, основываются ли бумаги на предъявителя и по приказу на договорѣ или на одностороннемъ актѣ ихъ составленія (kreation), былъ до сихъ поръ спорнымъ. Гражд. улож. для герман. имперіи приняло второй взглядъ, ср. § 793 и слѣд.

[14]) По новому германскому уложенію § 145 предложеніе заключить договоръ in dubio связываетъ предложившаго.

[1]) См. Regelsberger: Civilrechtliche Erörterungen, I, 1868. Degenkolb: Der Begriff der Vorverträge, 1871, съ дополненіями въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, статья 1, Adler: Realkontrakt und Vorvertrag въ Jherings Jahrb., т. 31, статья 4.

[2]) L. 17. C. de fide instrumentorum. 4. 21. Ср. pr. I. de empt. et vend. 3. 23. Относительно введенныхъ этими законами формъ письменныхъ актовъ см. Brunner: Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde, 1880, особенно стр. 63 и слѣд. Толкованіе. l. 17. C. de fide instrumentorum. 4. 21. спорно. Setzer: Abhandlungen aus dem Civilrecht, I, über die Verabredung der Schrift, 1860—видитъ въ этомъ постановленіи одни лишь предписанія о порядкѣ составленія соотвѣтствующихъ документовъ.

www.naukaprava.ru

Однако же, общегерманская практика не подчинилась этому принципу. Она возлагаетъ на судью обязанность изслѣдовать свободно намѣреніе сторонъ и, согласно съ этимъ, опредѣлять значеніе такого уговора [3]) [4]).

2. Окончательному заключенію договора могутъ предшествовать *предварительныя соглашенія,* которыя, хотя уже связываютъ контрагентовъ, но должны быть еще подробнѣе формулированы и дополнены дальнѣйшими уговорами.

а) Сюда можетъ быть отнесена *пунктація.* Такъ называется сдѣланная сторонами во время переговоровъ замѣтка по поводу тѣхъ вопросовъ, относительно которыхъ между ними уже состоялось соглашеніе. Пунктація можетъ имѣть различное значеніе [5]). Часто она служитъ просто для памяти при составленіи будущаго договора и въ такомъ случаѣ не имѣетъ обязательной силы; но иногда она представляетъ изъ себя настоящій договоръ. Въ послѣднемъ случаѣ требуется, чтобы пунктація содержала всѣ пункты договора, существенные по его природѣ, и чтобы стороны *твердо рѣшили связать себя содержаніемъ документа,* хотя бы даже у нихъ и имѣлось въ виду продолжать еще переговоры [6]). — Но какъ поступить, если стороны послѣ пунктаціи не придутъ къ *окончательному* соглашенію? Тогда, въ случаѣ спора, судья долженъ сдѣлать свои выводы изъ того, что установлено въ пунктаціи, принимая, сверхъ того, въ соображеніе такъ наз. naturalia negotii.

Regelsberger, loc. cit., стр. 14, напротивъ, доказываетъ, что Юстиніанъ такому соглашенію о письменной формѣ хотѣлъ придать значеніе *условія* договора, исключая при этомъ доказательства иного намѣренія контрагентовъ.

[3]) Таково обычное толкованіе фрагмента l. 17. C. de fide instrum. См. Regelsberger, loc. cit. стр. 154 Bekker, т. 2, стр. 83, съ чѣмъ соглашается и R. G. E. т. 4, стр. 199. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи, § 154: если стороны согласились облечь предполагаемый договоръ въ письменную форму, то въ сомнительныхъ случаяхъ договоръ не считается заключеннымъ, пока не составленъ письменный актъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 1, § 139.

[4]) Если, послѣ заключенія словеснаго договора, контрагентами будетъ составленъ письменный актъ о содержаніи сдѣлки, то послѣдній является отнюдь не простымъ средствомъ доказательства, но новымъ письменнымъ соглашеніемъ, такъ сказать, воспроизведеніемъ договора. См. Degenkolb въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, статья 5. Иного мнѣнія Paul Meyer въ Archiv für civ. Praxis, т. 87, статья 3. Поэтому, чтобы обезсилить подобный письменный документъ, недостаточно только доказать, что содержаніе его не согласно съ содержаніемъ раньше заключеннаго словеснаго договора. Для этого необходимо доказать, что измѣненіе акта или выпускъ въ немъ чего-либо произошли вслѣдствіе заблужденія, симуляціи или другихъ недостатковъ воли.

[5]) Degenkolb, loc. cit. требуетъ, чтобы ученіе о пунктаціи, какъ о понятіи уродливомъ, было исключено изъ нашихъ учебниковъ; оно де обнимаетъ весьма различныя явленія и, какъ юридическая категорія, не имѣетъ никакого значенія. Всюду встрѣчаются только два противоположныхъ другъ другу момента: договоръ и предварительные переговоры. Всѣ же такъ наз. среднія стадіи не существуютъ: это понятія невозможныя. Съ чисто отвлеченной точки зрѣнія, это замѣчаніе вполнѣ справедливо, но пунктація тѣмъ не менѣе—вполнѣ *реальное явленіе,* которое играетъ въ жизни извѣстную роль. Поэтому мы не можемъ ее игнорировать, а должны опредѣлить ея правовое значеніе. При этомъ, правда, мы придемъ къ тому заключенію, что она является или договоромъ, или соглашеніемъ, не имѣющимъ юридически обязательной силы.

[6]) Согласно новому германскому уложенію in dubio это не предполагается. § 154 опредѣляетъ: до тѣхъ поръ, пока стороны не пришли къ соглашенію по всѣмъ тѣмъ пунктамъ договора, по которымъ, согласно заявленію хотя бы одной изъ нихъ, должно послѣдовать соглашеніе, договоръ не считается заключеннымъ... Ср. Dernb., Bürg. R., т. 1, § 128, стр. 385.

b) Предварительными соглашеніями иного рода являются *pacta de contrahendo* [7]), т. е. такіе договоры, въ силу которыхъ одна сторона обязывается предъ другой заключить договоръ опредѣленнаго рода, такъ наз. главный договоръ. Подобныя pacta могутъ заключаться и обоюдно, напримѣръ, относительно выдачи и принятія займа.

Pacta de contrahendo чаще всего имѣютъ въ виду подготовленіе реальныхъ контрактовъ (напр. займа) или письменныхъ обязательствъ (напр. векселя). Но не рѣдки также и договоры, направленные на заключеніе консенсуальныхъ контрактовъ, въ особенности, если контрагенты въ будущемъ намѣреваются заключить цѣлый рядъ сдѣлокъ, точное опредѣленіе которыхъ пока еще невозможно: напр., фабрикантъ обязуется доставлять купцу въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ всѣ произведенія своего завода по рыночной цѣнѣ, если только своевременно послѣдуютъ заказы.

Само собою разумѣется, что pactum обязательно лишь при томъ условіи, если судъ, въ случаѣ спора, можетъ на основаніи его опредѣлить содержаніе самой сдѣлки, которую стороны намѣревались заключить.

Изъ pactum de contrahendo вытекаетъ искъ, направленный на заключеніе главной сдѣлки. Но контрагентъ, въ случаѣ неисправности другой стороны, въ правѣ и непосредственно требовать возмѣщенія интереса, такъ какъ установленный судомъ договоръ не можетъ быть приравненъ къ договору, заключенному добровольно, а легко вызываетъ новые споры [8]).

Распространяются ли правила о формѣ главнаго договора также и на предварительное соглашеніе? Рѣшеніе этого вопроса зависитъ всякій разъ отъ опредѣленія содержанія и цѣли этихъ правилъ, т. е. отъ ихъ толкованія [9]).

---

[7]) О pactum de contrahendo обстоятельно трактуетъ Degenkolb, loc. cit. См. далѣе Regelsberger, loc. cit., стр. 129. Неправильно примѣнять выраженіе „предварительное соглашеніе“ исключительно къ pactum de contrahendo, такъ какъ этотъ терминъ не обрисовываетъ характерныхъ чертъ названнаго договора. Судья, разсматривающій обстоятельства дѣла и опредѣляющій ихъ значеніе съ правовой точки зрѣнія, не установилъ бы ничего точно опредѣленнаго, признавъ существованіе „предварительнаго соглашенія“.

[8]) Въ Римѣ для pactum de contrahendo требовалась обыкновенно форма стипуляціи. Присуждался одинъ только интересъ, l. 68. D. de verb. obl, 45, 1. Paulus libro 2 ad edictum... quod si ita stipulatus fuero „pecuniam te mihi crediturum spondes?“ incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem quod mea interest. Присужденіе интереса является нынѣ не исключительнымъ результатомъ несоблюденія pactum'a, какъ въ римскомъ правѣ, но тѣмъ не менѣе въ большинствѣ случаевъ,—результатомъ, вполнѣ практичнымъ и цѣлесообразнымъ. Поэтому не слѣдуетъ отказывать истцу въ подобномъ требованіи. Гражданское уложеніе для германской имперіи оставляетъ этотъ вопросъ открытымъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, § 83, стр. 183.

[9]) Обязательство заключить сдѣлку можетъ быть установлено и распоряженіемъ на случай смерти. Кромѣ того, оно не рѣдко возникаетъ изъ предписанія закона. Такъ наприм., публичныя желѣзныя дороги по закону обязаны вступать въ фрахтовыя сдѣлки, а почта—принимать на себя отправку посылокъ и перевозку пассажировъ. Слѣдуетъ признать за общее правило, что всякій, пользующійся на основаніи закона монополіей, а также и учрежденія, преслѣдующія общественныя цѣли, обязаны вступать въ извѣстныя сдѣлки. Къ этому, по крайней мѣрѣ, стремится въ своемъ развитіи современное

www.naukaprava.ru

3. Вслѣдствіе нашей вины при переговорахъ—culpa in contrahendo — можетъ пострадать тотъ, кто началъ вести ихъ съ нами. Такая вина влечетъ за собою отвѣтственность, впрочемъ, не по римскому, а по современному праву. Въ частности отвѣчаетъ тотъ, кто по неосторожности дѣлалъ такія заявленія, которыя должны были у другой стороны вызвать ошибочное представленіе, что она заключаетъ дѣйствительный договоръ [10]). Потерпѣвшему слѣдуетъ возмѣстить по меньшей мѣрѣ то, что онъ имѣлъ бы, если бы о договорѣ вообще не было никакой рѣчи—такъ наз. *отрицательный договорный интересъ* [11]) [12]).

Сюда въ частности относится тотъ случай, когда кто-либо выдалъ себя за уполномоченнаго третьимъ лицомъ на заключеніе договора, не имѣя на самомъ дѣлѣ полномочія, хотя бы онъ самъ объ отсутствіи такого полномочія и не зналъ [13]).

§ 11. Заключеніе договора. Договоры между отсутствующими [1]).

Обыкновенно [2]) договоры заключаются такимъ образомъ, что одна сторона дѣлаетъ другой *предложеніе—оферту*—и эта *его при-*

право. Ср. Biermann въ Jherings Jahrb., т. 32, стр. 267. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, § 83, стр. 184.

[10]) Jhering впервые попытался дать отвѣтственности за culpa in contrahendo научное обоснованіе въ своихъ Jahrbücher, т. 4, статья 1. Противъ него выступилъ въ особенности Mommsen: Die Haftung der Kontrahenten bei Abschliessung von Schuldverträgen—Erörterungen Heft 2. Можно согласиться съ тѣмъ, что подобная отвѣтственность чужда римскому праву, и что развѣ только при продажѣ несуществующаго наслѣдства (l. 18 и 19. D. de her. vel act. vend. 18. 4) или res extra commercium (l. 62, § 1. D. de contr. empt. 18. 1.) можно найти нѣкоторые отголоски подобной отвѣтственности у Римлянъ. Но *древняя теорія общегерманскаго права* по аналогіи съ lex Aquilia принимаетъ отвѣтственность и за причиненіе такого вреда, который *не* относится къ порчѣ вещей. Новѣйшее ученіе, конечно, оставило эту теорію, какъ шаткую и несогласную съ источниками. Но вмѣстѣ съ тѣмъ все-таки удержалось положеніе, что совершившій *правовыя дѣйствія*, которыми неосторожно причиненъ вредъ другому лицу, долженъ отвѣчать за убытки. Это соблюдается, наприм., въ случаѣ неосторожнаго наложенія ареста, которое причинило ущербъ противной сторонѣ, а также, по правильному воззрѣнію, и въ случаѣ вины, допущенной въ предварительныхъ переговорахъ. Впрочемъ, искъ здѣсь возникаетъ помимо договора, такъ какъ послѣдній не состоялся; поэтому такой искъ не можетъ считаться контрактнымъ, какъ думаетъ Jhering. Вслѣдствіе этого искъ дѣйствителенъ и противъ того, кто, вступая въ сдѣлку отъ чужого имени или въ качествѣ нунція и помощника самого контрагента, ложно передалъ волю послѣдняго, чего не хочетъ признать Jhering. Нѣтъ никакой culpa in contrahendo, если кто-либо заводитъ переговоры о заключеніи договора и затѣмъ произвольно прерываетъ ихъ; это право всякаго, и противная сторона заранѣе должна знать, что подобное можетъ съ ней всегда случиться. Правильнаго мнѣнія держится Thon: Haftpflicht des Offerenten beim Widerruf seiner Offerte въ Archiv für civ. Praxis, т. 80, стр. 96 и сл.; Windscheid—т. 2, § 307, прим. 5—напротивъ слишкомъ преувеличиваетъ отвѣтственность за мнимую culpa in contrahendo. Melliger: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen Verträgen 1898.

[11]) Противъ понятія „негативнаго интереса“ высказывается Bähr: Irrungen im Kontrahiren въ Jherings Jahrb., т. 14, особенно стр. 422; см. однако Mommsen: loc. cit., стр. 52. Enneccerus: Rechtsgeschäfte, стр. 501. Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 678.

[12]) Согласно гражд. улож. для герман. имперіи контрагентъ отвѣчаетъ вслѣдствіе culpa in contrahendo за отрицательный договорный интересъ въ случаѣ, упоминаемомъ въ § 307; ср. также §§ 122 и 179. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 1, § 130, стр. 391.

[13]) Германскій имперскій судъ—R. G. E. т. 35, стр. 135—признаетъ отвѣтственность и въ томъ случаѣ, если falsus procurator не зналъ объ отсутствіи полномочія, и даже въ размѣрѣ положительнаго договорнаго интереса. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи § 179, по крайней мѣрѣ, въ послѣднемъ отношеніи.

нимаетъ. Тотъ, кто дѣлаетъ предложеніе, называется offerens, а тотъ, кто его получаетъ,—oblatus, адрессатъ [3]).

Переговоры ведутся или между присутствующими и бываютъ въ такомъ случаѣ, по большей части, словесными, или между отсутствующими—письменно, путемъ письма или телеграммы, или устно, при помощи посыльнаго или телефона.

Не всякое приглашеніе заключить сдѣлку является оффертою: можно имѣть въ виду лишь *положить начало* дальнѣйшимъ переговорамъ, какъ это бываетъ часто при обращенныхъ къ *публикѣ* приглашеніяхъ къ заключенію извѣстныхъ сдѣлокъ, а также и при извѣщеніяхъ *отдѣльныхъ* лицъ. Подобныя приглашенія не имѣется въ виду непосредственно сдѣлать составною частью самаго договора [4]). Приглашеніе заключить сдѣлку является оффертою лишь

---

[1]) Литература о договорахъ между отсутствующими чрезвычайно богата: ср. главнымъ образомъ Scheurl: Beiträge, т. 1, статья 12, а также въ Jherings Jahrb., т. 2, статья 5. Bekker въ своихъ Jahrbücher., т. 2, статья 11 и т. 3, статья 4, Regelsberger: Erörterungen стр. 1 и сл.; затѣмъ Köppen: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden въ Jherings Jahrb., т. 11, статья 2; Sohm въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 17, статья 2, über Vertragsschluss unter Abwesenden, Schott: Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden, 1873, Kühn: Vertragsschluss unter Abwesenden въ Jherings Jahrb., т. 16, статья 1, Marsson: Die Natur der Vertragsofferte, 1879, Gardeike: Der Vertrag unter Abwesenden, 1882, Oemler: Der Vertrag unter Abwesenden, 1885, Kohler въ Archiv für bürg. Recht, т. 1, стр. 283, Maas: Der Vertragsschluss auf elektrischem Wege, 1889. Krückmann: Ueber den Vertragsschluss. Göttinger Jnauguraldissertation, 1892. Fritze: In welcher Weise wirkt bei unvollendeten Willenserklärungen Wiederruf, Kieler Diss. 1896. См. также Siegel: Das Versprechen als Verpflichtungsgrund, Hofmann: Die Entstehungsgründe der Obligation, а также Schlossmann: Der Vertrag, 1876 и въ Grünhuts Zeitschrift, т. 7, стр. 565. Jacobi въ Jherings Jahrb. т. 35, статья 1. Dernb., Bürg. R., т. 1. § 129.

[2]) Обоюдная воля можетъ быть выражена одновременно, безъ того, чтобы одна сторона играла роль оферента, а другая—принимателя офферты. Между *присутствующими* подобный случай бываетъ, когда, наприм., пассажиръ и носильщикъ подступаютъ другъ къ другу для передачи чемодана, при чемъ нельзя узнать, кому принадлежитъ иниціатива при заключеніи транспортнаго договора. Подобнымъ же образомъ заключается договоръ между *отсутствующими*, когда, наприм. встрѣчаются двѣ одинаковыя офферты. См. Bekker—привед. сочин., т. 3 статья 4, lit. 1; иного взгляда Leonhard: Irrthum, стр. 71.

[3]) Справедливо замѣчаетъ Regelsberger, привед. сочин., стр. 4: „При договорѣ имѣетъ обязательную силу лишь такое волеизъявленіе, которое объявлено другой сторонѣ или ея представителю“, Windscheid, т. 2, § 309, sub. 3, напротивъ, утверждаетъ, что волеизъявленіе дѣйствительно и въ томъ случаѣ, когда оно было высказано третьему лицу, которое не является ни контрагентомъ, ни представителемъ его. Если только видно, что подобное изъявленіе выражаетъ дѣйствительную волю, то оно имѣетъ такое же юридическое значеніе, какъ если бы оно было непосредственно обращено къ тому, кто вслѣдствіе его долженъ стать вѣрителемъ или должникомъ. Windscheid признаетъ, что изъ источниковъ нельзя привести доказательства этого принципа. Онъ могъ бы, сверхъ того, еще прибавить, что его принципъ противорѣчитъ общепринятому мнѣнію и всѣмъ юридическимъ традиціямъ. Онъ ссылается на природу вещей, говоря, что „изъявленное рѣшеніе не перестаетъ быть таковымъ только въ силу того, что оно было изъявлено не тому, для кого изъ него должны возникнуть права или обязанности“. Нельзя, конечно, не согласиться съ правильностью этого положенія! Но оно нисколько не разрѣшаетъ вопроса, достаточно ли для заключенія договора всякаго выраженія воли, или воля должна быть высказана контрагентами *другъ другу*. Если два лица имѣютъ соотвѣтствующую волю и выражаютъ ее, но не другъ другу, то они произносятъ лишь монологи, а вовсе не заключаютъ договора. См. также Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 548, прим. 5 а. По гражд. улож. для герман. имперіи предложеніе заключить договоръ и его принятіе составляютъ волеизъявленія, которыя должны быть восприняты другой стороною.

[4]) См. H. G. B. art. 337. Biermann доказываетъ, что встрѣчаются также офферты, дѣлаемыя публикѣ, см. Jherings Jahrb., т. 32, стр. 292. Ср. также Brinz, Pand. т. 4 стр. 312. Zschimmer: Die Offerte an das Publikum, Rost. Diss. 1897, Dernburg: Bürg. R., т. 1, § 130. Такое значеніе, напр., имѣетъ выставленіе автоматовъ. См. объ этомъ диссерта-

www.naukaprava.ru

тогда, когда оно *изъявлено съ тѣмъ намѣреніемъ и въ такой формѣ, чтобы сдѣлка могла состояться непосредственно путемъ принятія предложенія со стороны адрессата*[5]). Каждая офферта ограничена срокомъ. Ея смыслъ—даже если это особо не оговорено—въ томъ, что дѣлающій предложеніе готовъ заключить сдѣлку тотчасъ, т. е. въ теченіе соотвѣтственнаго срока[6]).

Офферта считается сдѣланною, когда доходитъ до адрессата. Она теряетъ всякое значеніе, если еще до этого момента офферентомъ посланъ адрессату отказъ въ видѣ, напр., телеграммы, отмѣняющей предложеніе.

Принятіе офферты происходитъ обыкновенно словесно: устно или письменно. Существуетъ споръ, достаточно ли для такого принятія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и для возникновенія договора, чтобы согласіе на предложеніе было изъявлено,—такъ наз *теорія изъявленія*—или для заключенія сдѣлки необходимо, чтобы до офферента дошло извѣстіе о принятіи его предложенія—такъ наз. *теорія воспріятія*. Послѣдняя теорія согласна съ общими принципами; сообщенію офферты должно соотвѣтствовать и сообщеніе о ея принятіи.

Уже римскіе источники признаютъ это въ случаѣ сдѣлокъ между присутствующими, отрицая дѣйствительность стипуляціи, при которой промиттентъ утвердительно отвѣчаетъ на вопросъ глухого[7]). Здѣсь, очевидно, имѣется въ виду, что сдѣланное глухому обѣщаніе не можетъ быть воспринято послѣднимъ.

Аналогично слѣдуетъ обсуждать и разсматривать сдѣлки между отсутствующими. Простое изложеніе утвердительнаго отвѣта на письмѣ никакъ не можетъ быть разсматриваемо, какъ заключеніе договора. Это лишь приготовленіе, проектъ сдѣлки. Написавшій, безъ всякаго сомнѣнія, можетъ разорвать записку, ничуть не нарушая правъ другой стороны.

Но развѣ въ этомъ происходитъ какая-нибудь перемѣна, когда письмо было запечатано и сдано на почту, лежитъ въ почтовомъ ящикѣ или, наконецъ, даже было отослано?[8]). Во всей цѣпи моментовъ, служащихъ для доставки письма, пока послѣднее не до-

---

цію Auwers'a: Der Rechtsschutz der automatischen Wage, 1891. Neumond: Arch. f. civ. Pr. т. 89, стр. 166.

[5]) Офферта должна быть такого рода, чтобы простого ея принятія было достаточно для установленія полнаго соглашенія между контрагентами. Но слишкомъ узко будетъ утверждать, что офферта должна имѣть такое свойство, чтобы договоръ могъ состояться произношеніемъ одного лишь „да“ лицомъ, принимающимъ предложеніе. Оффертами являются и такія предложенія, которыя предоставляютъ болѣе подробное опредѣленіе содержанія договора справедливому усмотрѣнію другой стороны. См. Regelsberger: Erörterungen, стр. 50.

[6]) См. гражданское уложеніе для германской имперіи, §§ 147 и сл.

[7]) L. 1, § 15. D. de obl. et act. 44. 7. Gajus libro 2 aureorum. Sed et de surdo idem dicitur, quia, etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur, debet exaudire verba promittentis.

[8]) Сторонники теоріи изъявленія не сходятся въ своихъ мнѣніяхъ. Thöl: Handelsrecht, т. 1, изд. 6, § 237—находитъ достаточнымъ, если будетъ написано слово „да“, Scheurl въ Jherings Jahrb., т. 3, стр. 258, считаетъ принятіе предложенія совершившимся „съ перваго шага, предпринимаемаго съ цѣлью сообщенія отвѣта оференту“.

стигло рукъ адрессата, нѣтъ опредѣленнаго момента, съ котораго можно было бы считать договоръ заключеннымъ. До этого времени авторъ можетъ воротить письмо и отмѣнить свое распоряженіе. Во всякомъ случаѣ оно еще находится въ его власти [9]). Вслѣдствіе этого и оффернтъ еще не связанъ. Но какъ только извѣщеніе о принятіи *достигло оффернта*, то этого уже достаточно. Считается безразличнымъ, *узналъ* ли оффернтъ фактически о принятіи его предложенія; ибо, кто посылаетъ оффсрты, обязанъ слѣдить за поступающими отвѣтами. Право, которое должно устанавливать подходящія нормы для практики, предполагаетъ, что оффернтъ узналъ о полученномъ имъ отвѣтѣ, хотя бы этого на самомъ дѣлѣ и не было [10]). Гражд. улож. для герман. имперіи [11]) примкнуло къ высказанному здѣсь взгляду.

Не рѣдко оффсрта дѣлается съ тѣмъ намѣреніемъ, чтобы ея непосредственное исполненіе адрессатомъ разсматривалось, какъ ея принятіе. Въ такомъ случаѣ, согласно волѣ оффернта, сдѣлка заключается самымъ *исполненіемъ* дѣйствія, и нѣтъ никакой надобности въ извѣщеніи со стороны принявшаго предложеніе; точно такъ же не требуется, чтобы такого рода принятіе дошло до свѣдѣнія оффернта [12]).

Пока договоръ еще не заключенъ послѣдовавшимъ заявленіемъ о принятіи предложенія, каждая сторона можетъ произвольно отказаться отъ своего рѣшенія; но при этомъ требуется, чтобы такой отказъ былъ не только задуманъ контрагентомъ, но и сообщенъ противной сторонѣ еще до полученія извѣщенія о принятіи предложенія [13]). По общегерманскому праву оффернтъ можетъ заранѣе отказаться отъ взятія обратно своего предложенія, на случай, если имъ своевременно будетъ получено извѣщеніе о принятіи оффсрты [14]);

---

[9]) Попытка Windscheid'a, т. 2, § 306, прим. 5 и 6 примирить теоріи изъявленія и воспріятія не удалась, ср. по этому поводу прежнія изданія Дернбурга, Regelsberger, прив. соч., стр. 40.

[10]) Поэтому говорятъ обыкновенно о *„теоріи полученія“*, которая, однако, есть не что иное, какъ разумное дальнѣйшее развитіе на практикѣ теоріи воспріятія.

[11]) § 146 опредѣляетъ, что предложеніе должно быть принято и это принятіе заявлено предложившему. § 130, Abs. 1 гласитъ: Изъявленіе воли, выраженное по отношенію къ другому лицу въ его отсутствіи, становится дѣйствительнымъ съ того момента, когда оно до него доходитъ. Оно не становится дѣйствительнымъ, если одновременно съ нимъ или до полученія изъявленія получено заявленіе объ отказѣ отъ него.

[12]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 151: Договоръ заключается черезъ принятіе предложенія; при этомъ извѣщеніе предложившаго о принятіи не требуется, если такого извѣщенія по заведенному въ гражданскомъ оборотѣ порядку нельзя ожидать или же предложившій самъ отъ него отказался.

[13]) Въ пользу того мнѣнія, что посланный, но еще не полученный отказъ имѣетъ все-таки силу, нерѣдко приводится l. 4, pr. D. de manumissis vindicta. 40. 2. Однако, въ этомъ фрагментѣ имѣется въ виду одностороннее волеизъявленіе и притомъ отношеніе совершенно особаго рода. См. напротивъ, l. 1, § 2. D. quod jussu. 15. 4. Fritze, привед. соч., стр. 10.

[14]) См. выше § 9 въ концѣ. Körren—привед. сочин., т. 11, особенно стр. 324—того мнѣнія, что уже по римскому праву предложеніе заключить договоръ обязываетъ оффсрента подъ условіемъ его принятія и что оно поэтому не можетъ быть отмѣнено. См. противъ этого Windscheid, т. 2, § 307, прим. 7а и приведенныхъ тамъ авторовъ.

www.naukaprava.ru

по гражд. улож. для герман. имперіи оффереитъ до этого момента считается связаннымъ даже по общему правилу [15]).

Смерть одного изъ контрагентовъ до заключенія договора не допускаетъ возникновенія послѣдняго, такъ какъ здѣсь устраняется возможность соглашенія договаривающихся [16]). На противоположной точкѣ зрѣнія стоитъ гражд. улож. для герман. имперіи [17]). Возникновенію договора не препятствуетъ, если лицо, сдѣлавшее предложеніе, до его принятія умираетъ или теряетъ дѣеспособность, развѣ только нужно предположить съ его стороны иное намѣреніе [18]).

§ 12. Arra [1]) (задатокъ).

Предварительные переговоры, въ особенности, если они направлены на заключеніе купли-продажи или найма, оканчиваются нерѣдко тѣмъ, что одна сторона вручаетъ другой деньги или какую-либо иную цѣнность—задатокъ (arra).

1. Такой задатокъ *въ сомнительныхъ случаяхъ* разсматривается, какъ *доказательство заключенія договора* [2]); здѣсь говорятъ объ arra confirmatoria. По нѣкоторымъ партикулярнымъ законодательствамъ задатокъ считается даже необходимою формой извѣстныхъ контрактовъ, напр., договора найма прислуги; но общегерманское право этого не требуетъ.

2. Часто arra преслѣдуетъ *штрафную* цѣль,—такъ называемая arra poenalis. При этомъ, по римскому праву, штрафная функція arra была двухстороннею: съ одной стороны, давшій задатокъ терялъ его, если сдѣлка разстраивалась по его винѣ, съ другой же стороны, получившій задатокъ долженъ былъ уплатить arra въ двой-

---

15) Гражд. улож. для герман. имперіи § 145.

16) Это вопросъ спорный. См. впрочемъ l. 2, § 6. D. de donat. 39. 5, Windscheid, т. 2, § 307, прим. 9. Иного взгляда Regelsberger въ Endemanns Handb. des Handelsr., т. 2, стр. 442, Pandekten, т. 1, стр. 551.

17) § 153.

18) Спорной являлась юридическая конструкція *публичнаго торга*. Относительно этой сдѣлки см. Puchta: Pandekten und Vorl., § 252, Kindervater въ Jherings Jahrb., т. 7, статьи 1 и 7; Jhering, ibid. т. 7, статьи 4 и 8; Unger, ibid. т. 8, статья 5; Reuling, ibid. т. 10, статья 6; Siegel, привед. сочин., стр. 82; Brinz: Pandekten, т. 4, стр. 329. § 156 гражд. улож. для герман. имперіи опредѣляетъ: При публичномъ торгѣ сдѣлка заключается только послѣ удара молоткомъ. Предложеніе торгующагося теряетъ свою силу, если будетъ предложена высшая цѣна или торги окончатся безъ результата. Это соотвѣтствуетъ изложенному здѣсь для общегерманскаго права взгляду. Такимъ образомъ, въ самомъ фактѣ устройства публичнаго торга заключается лишь *всеобщее приглашеніе вступить въ сдѣлку. Предложеніе лица, принявшаго участіе въ торгѣ, слѣдуетъ разсматривать, какъ офферту съ его стороны.* Онъ этимъ предложеніемъ связанъ, пока не будетъ предложена высшая цѣна. Принятіе предложенія и заключеніе сдѣлки происходитъ путемъ удара молоткомъ со стороны лица, производящаго торгъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 82, стр. 179.

1) Ср. Bechmann: Kauf, т. 2, стр. 415. Vallentin, Berl. Diss. 1900. О задаткѣ по гражд. улож. для герман. имперіи см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 99, стр. 216.

2) Pr. I. de empt. et vend. 3. 23; l. 35, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Gajus libro 10 ad edictum provinciale. Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи § 336. Arra надо отличать отъ уплаты части покупной цѣны, см. l. 2. C. quando liceat ab emptione. 4. 45. Bechmann—привед. сочин., стр. 416.

номъ размѣрѣ, если вина была на его сторонѣ [3]). Современному праву, однако, извѣстенъ лишь штрафъ, заключающійся въ потерѣ задатка *давшимъ* его, между тѣмъ какъ обязанность получившаго уплатить вдвойнѣ не признается.

a) Штрафная arra можетъ преслѣдовать *исключительно* штрафную цѣль. Это бываетъ въ томъ случаѣ, если *установлено*, что стороны пока еще не желаютъ заключенія обязующаго договора, а именно, если онѣ условились, что ихъ уговоръ долженъ получить окончательную силу только послѣ облеченія въ письменную форму. Если давшій arra выговорилъ себѣ право, поступившись задаткомъ, произвольно отказаться отъ сдѣлки, то задатокъ получаетъ въ то же время значеніе и отступного—arra poenitentialis [4]).

b) Но arra, преслѣдуя *штрафныя цѣли*, можетъ *въ то же время* служить и доказательствомъ заключенія договора [5]). Такое соединеніе этихъ двухъ функцій сдѣлалось даже *общимъ правиломъ*, чего, впрочемъ, многіе не признаютъ [6]). Въ силу этого лицо, принимающее задатокъ, имѣетъ право удержать его за собою вмѣсто того, чтобы требовать исполненія сдѣлки или уплаты вознагражденія [7]), если контрагентъ уклоняется отъ исполненія своихъ обязанностей по договору.

3. Въ сомнительныхъ случаяхъ arra *не* составляетъ *приплаты* къ условленному дѣйствію [8]).

---

[3]) L. 17. C. de fide instrumentorum. 4. 21.

[4]) По гражд. улож. для герман. имперіи § 336 Abs. 2 задатокъ in dubio не имѣетъ значенія отступного.

[5]) Общепризнано теперь, что arra, даже и независимо отъ особаго уговора, должна оставаться въ пользу продавца въ томъ случаѣ, если онъ совершитъ продажу, включивъ lex commissoria, и воспользуется этой оговоркой противъ неисправнаго покупателя, l. 6, pr., l. 8. D. de lege commissoria 18. 3.

[6]) Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи § 338.

[7]) По нашему мнѣнію, pr. I de empt. et vend. 3. 23 ясно доказываетъ, что въ Юстиніановомъ правѣ arra въ сомнительномъ случаѣ не только служитъ доказательствомъ заключенія сдѣлки, но имѣетъ, сверхъ того, и штрафную функцію. Объяснивъ, что можно отказаться отъ договора купли, если, несмотря на уговоръ, не была соблюдена письменная форма (см. выше § 10), упомянутый фрагментъ продолжаетъ: ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est. Уже Savigny-Obligationenrecht, т. 2, стр. 271—нашелъ на основаніи этого мѣста, что arra confirmatoria имѣетъ также и штрафной характеръ. Такого взгляда, однако, не раздѣляютъ многіе новѣйшіе писатели, въ особенности Bechmann loc. cit. Правда, судя по приведенному мѣсту, Юстиніанъ въ институціяхъ смѣшиваетъ нѣсколько различныхъ случаевъ, о которыхъ l. 17. C. de fide instrument. 4. 21, лежащая въ основаніи всего ученія, ничего не упоминаетъ. Но подобныя явленія у Юстиніана не рѣдки. Мы должны имѣть въ виду, что здѣсь вырабатывается новый взглядъ, хотя и не особенно ловко. Съ этимъ согласно разсужденіе римско-сирійскаго свода (см. Bruns: Commentar стр. 216), по которому покупатель, давшій arra, не можетъ еще въ силу этого отступиться отъ сдѣлки; но если онъ все же отступается, то теряетъ задатокъ. Bruns толкуетъ приведенныя положенія совершенно правильно такъ, что продавцу предоставляется выборъ: либо требовать исполненія договора, либо допустить отказъ и тогда присвоить себѣ arra. Этотъ принципъ признавался практикою и выработался, надо полагать, въ гражданскомъ оборотѣ, какъ обычай. Вышеприведенное правило было впослѣдствіи вставлено въ институціи компиляторами, тогда какъ въ источникахъ классическаго періода оно еще не было признано, какъ общая норма.

[8]) Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи § 337.

www.naukaprava.ru

4. Получившій задатокъ становится его *собственникомъ*, а не только хранителемъ чужой собственности. Поэтому не считается растратою чужого имущества, если онъ употребитъ задатокъ въ свою пользу [9]). Но на немъ лежитъ обязанность *возвратить* arra, если другой контрагентъ исполнитъ въ точности *свое* обязательство, и если при этомъ задатокъ не можетъ быть зачтенъ. Онъ долженъ также возвратить его, если сдѣлка будетъ отмѣнена по обоюдному соглашенію или по его винѣ.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Отвѣтственность по чужимъ сдѣлкамъ.

§ 13. Общее понятіе. Actio exercitoria и institoria.

Actiones adjecticiae qualitatis называются такіе иски, по которымъ домовладыка или хозяинъ предпріятія отвѣчаютъ на ряду съ подвластнымъ домочадцемъ, рабомъ и повѣреннымъ на основаніи заключенныхъ послѣдними контрактовъ [1]) [2]). Иски эти отчасти коренились въ своеобразной организаціи римской семейной власти и въ институтѣ рабства, отчасти же они замѣняли прямое представительство, котораго римляне, по общему правилу, не признавали.

Нѣкоторые изъ этихъ исковъ простирались на всю сумму долга— in solidum. Такъ было при actio institoria, exercitoria и quod jussu. Въ другихъ случаяхъ требованіе ограничивалось болѣе тѣсными пре-

---

[9]) Въ пользу такого взгляда говоритъ то обстоятельство, что arra взыскивается путемъ „condictio“, и что нигдѣ не упоминается о „vindicatio“ arrae. Послѣдній искъ былъ бы, несомнѣнно, самымъ подходящимъ, напр., въ томъ случаѣ, если въ задатокъ было отдано кольцо, и если бы давшій его оставался собственникомъ, l, 11. § 6. D. de act. empt. 19. 1. Bechmann, прив. сочин., стр. 417, тѣмъ не менѣе считаетъ нужнымъ оспаривать переходъ права собственности. Конечно, нельзя утверждать, что „право собственности переходитъ неизбѣжно“. Но и не объ этомъ идетъ рѣчь. Спрашивается только, каково въ сомнительныхъ случаяхъ намѣреніе сторонъ при оставленіи задатка, и что соотвѣтствуетъ цѣлямъ гражданскаго оборота? Отвѣтъ римлянъ—переходъ права собственности. По гражд. улож. для герман. имперіи вопросъ о переходѣ права собственности есть вопросъ толкованія.

[1]) Относительно actiones adjecticiae qualitatis см. Buchka: Stellvertretung, §§ 3 и сл., Savigny: Obligationenrecht, т. 2, § 54, Baron: Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess II die adjekticischen Klagen, 1882 и въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 19, статья 2, Frese: Die Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung, книжка 1, 1889, стр. 181. Названіе этихъ исковъ создано новѣйшими писателями на основаніи опредѣленія Павла: „hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur“ libro 29 ad edictum l. 5, § 1. D. de exercit. actione 14. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи уничтожило эти иски.

[2]) Исковая формула actio adjecticia была составлена такимъ образомъ, что „intentio“ иска была направлена на лицо, завѣдующее дѣломъ, а „condemnatio“ на лицо самого хозяина. Сообразно съ этимъ, Lenel проектируетъ слѣдующую формулу actio institoria: Quod A^sA^s de Lucio Titio, cum is a N^oN^o tabernae praepositus esset, X pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a N^oN^o praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium A^oA^o dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N^mN^m A^oA^o c. s. n. p. a. Первый эту редакцію предложилъ Keller: Litiscontestation und Urtheil, стр. 432. Хотя противъ этой формулы встрѣчаются возраженія, напр., недавно Mandry: Familiengüterrecht, т. 2, стр. 259, Brinz, т. 2, стр. 204, Baron, привед. сочин., тѣмъ не менѣе, правильность проекта Keller'a убѣдительно доказана Lenel'емъ: Edictum, стр. 206. См. также Krüger въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 4, статья 7.

дѣлами, которые опредѣлялись особыми обстоятельствами. Таковы— actio de peculio и actio de in rem verso.

По современному праву европейскихъ государствъ рабства не существуетъ, отцовская власть приняла иной видъ, чѣмъ въ Римѣ, и прямое представительство признается безусловно; а потому непосредственное примѣненіе римскихъ actiones adjecticiae qualitatis въ значительной степени сократилось.

1. На основаніи actio exercitoria *судохозяинъ*—exercitor navis—, *поручившій шкиперу*—magister navis — *корабль для судоходнаго промысла*, отвѣчаетъ *на ряду* съ послѣднимъ по заключеннымъ имъ сдѣлкамъ [3]).

Сюда надо отнести какъ тѣ сдѣлки, къ совершенію которыхъ шкиперъ прямо уполномоченъ хозяиномъ, такъ и тѣ, относительно которыхъ онъ только *предполагается* уполномоченнымъ, въ виду того, что эти сдѣлки обычны при судоходномъ промыслѣ [4]). Контрагентъ шкипера, далѣе, долженъ имѣть намѣреніе кредитовать его, именно, въ интересахъ тѣхъ *цѣлей*, для которыхъ шкиперъ назначенъ [5]). При наличности *этихъ* условій, и если при томъ у контрагента не было никакихъ основаній заподозрить намѣренія шкипера, искъ не можетъ быть устраненъ возраженіемъ, что шкиперъ, злоупотребляя довѣріемъ, впослѣдствіи истратилъ полученное имъ на *иныя* цѣли [6]).

2. *Institor'*омъ называется *лицо, завѣдующее въ чужомъ промышленномъ предпріятіи извѣстною отраслью, къ которой относится заключеніе гражданскихъ сдѣлокъ* [7]) [8]). Институторомъ признается какъ тотъ, кому поручено руководство *всѣмъ* предпріятіемъ, такъ и лицо, завѣдующее отдѣльною его *частью*.

По сдѣлкамъ, заключеннымъ институторомъ въ предѣлахъ его полномочій, преторъ давалъ actio institoria противъ хозяина. Этотъ искъ присоединялся къ иску противъ самого института, который, какъ контрагентъ, являлся лично отвѣтственнымъ.

Надо отличать *внутреннія отношенія института къ хозяину дѣла* отъ его *внѣшнихъ* отношеній—къ добросовѣстнымъ третьимъ лицамъ. Институтъ обязанъ *исполнять указанія хозяина* и отвѣчаетъ передъ нимъ въ случаѣ ихъ неисполненія. Однако, хозяинъ

---

[3]) Tit. D. de exercitoria actione. 14. 1.

[4]) См. l. 1, § 5. D. h. t. 14. 1.

[5]) Напротивъ, Brinz—т. 2, стр. 225—того мнѣнія, что для дѣйствія полномочія знаніе и намѣреніе контрагента не имѣютъ значенія, лишь бы получился тотъ результатъ, что сдѣлка соотвѣтствуетъ предѣламъ полномочія. Нельзя признать это мнѣніе правильнымъ. См. ниже прим. 13.

[6]) См. l. 1, § 9, D. h. t. 14. 1.

[7]) Tit. D. de institoria actione. 14. 3. Tit. C. de exercitoria et institoria actione. 4. 25; Thöl: Handelsrecht, издан. 6, т. 1, §§ 55 и сл.: „Институторомъ называется не только тотъ, кто стоитъ во главѣ коммерческаго дѣла, но и завѣдующій всякимъ другимъ промысломъ".

[8]) L. 5, § 10. D. de inst. act. 14. 3, относительно которой много спорили, см. Jhering въ его Jahrb., т. 2, стр. 78. Thöl: Handelsrecht, изд. 6, т. 1, стр. 301. Дальнѣйшія указанія литературы см. у Виндшейда, т. 2, § 482, прим. 15.

www.naukaprava.ru

отвѣчаетъ передъ третьими лицами и за сдѣлки институра, несогласныя съ данными ему указаніями, поскольку институръ даннаго рода *обыкновенно* уполномочивается на ихъ заключеніе [9]). Въ частности, завѣдующій магазиномъ считается уполномоченнымъ на всѣ сдѣлки, обычныя въ такомъ предпріятіи [10]). Для третьихъ лицъ имѣютъ значеніе только такія ограниченія полномочія, которыя вытекаютъ изъ самаго существа предпріятія, или о которыхъ было объявлено публично, такъ что при нѣкоторомъ вниманіи нельзя было о нихъ не знать [11]).

3. Наконецъ, такъ наз. actio *quasi* institoria давалась противъ хозяина дѣла въ тѣхъ случаяхъ, когда его уполномоченный, *не будучи институромъ*, заключалъ отъ его имени какую-либо сдѣлку [12]).

Всѣ эти иски, а именно actio exercitoria, institoria и quasi institoria чужды современному праву. Нынѣ шкиперъ корабля, лицо, завѣдующее торговымъ предпріятіемъ, или любой другой представитель дѣйствуютъ въ качествѣ уполномоченныхъ отъ имени своего хозяина, и въ такомъ случаѣ *послѣдній* является на основаніи *прямого* представительства истиннымъ контрагентомъ, обязаннымъ исключительно и непосредственно. Въ другихъ случаяхъ уполномоченный вступаетъ въ сдѣлки отъ своего собственнаго имени, но за чужой счетъ; здѣсь всѣ права и обязанности, вытекающія изъ контрактовъ, касаются исключительно представителя; контрагенты при такихъ условіяхъ кредитуютъ только уполномоченнаго и не могутъ искать съ хозяина [13]).

---

[9]) L. 11, §§ 2 и слѣд. D. h. t. 14. 3. Ulpianus libro 28 ad edictum. De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat; ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti.

[10]) См. Thöl: Handelsrecht, т. 1, изд. 6, стр. 205, а также напечатанное въ прим. 9 мѣсто. См. H. G. B. § 56.

[11]) L. 7, § 1. D. de exercit. act. 14. 1... et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare. Такимъ образомъ опредѣляется, поскольку третій контрагентъ обязанъ справляться объ этомъ. См. Thöl: Handelsrecht. т. 1, стр. 216, но также и Baron въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 27, стр. 139.

[12]) Actio quasi institoria признана благодаря авторитету Папиніана, см. l. 30, pr. D. de neg. gest. 3. 5; l. 19, pr. D. de inst. act. 14. 3, l. 10, § 5. D. mandati 17. 1. l. 13, § 25. D. de act. empt. vend. 19. 1, l. 16. D. de inst. act. 14. 3, l. 5 и l. 6. C. de exercit. et inst. act. 4. 25. Baron въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 27, стр. 131. Сюда относится также l. 30, pr. D. de neg. gest. 3. 5, объ этомъ см. Schlossmann въ Jherings Jahrb., т. 28, стр. 287. См. Windscheid, т. 2, § 482, прим. 8.

[13]) По правильному воззрѣнію, для возникновенія actio exercitoria и institoria требовалось, чтобы служащій дѣйствовалъ по открытому полномочію и чтобы контрагентъ, такимъ образомъ, зналъ, что за представителемъ стоитъ хозяинъ и поэтому, вступая въ сдѣлку, имѣлъ въ виду заключить ее за счетъ самого хозяина. Въ такомъ смыслѣ выражается Gajus Inst. IV, § 70 и §§ 1 и 2. I. quod cum eo 4. 7. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. См. l. 1, pr. D. quod jussu. 15. 4. См. также l. 5, § 17. D. de inst. act. 14. 3 и о томъ же Mitteis: Stellvertretung, стр. 29 Указанный взглядъ соотвѣтствуетъ существу дѣла. Кто принимаетъ служащаго за хозяина и вступаетъ съ нимъ въ сдѣлку, тотъ *его же* и кредитуетъ. Какъ можетъ онъ послѣ этого искать съ другого, на отвѣтственность котораго онъ даже не расчитывалъ при заключеніи сдѣлки? См. Mitteis loc. cit., стр. 25,

Напротивъ, римскіе принципы относительно *объема полномочія шкиперовъ* кораблей и *институторовъ* имѣютъ значеніе и въ современномъ правѣ для рѣшенія вопроса, поскольку служащій обязываетъ своими сдѣлками принципала [14]).

§ 14. Три иска къ домовладыкѣ изъ сдѣлокъ подвластныхъ лицъ.

Такъ называемое edictum triplex, т. е. эдиктъ, состоящій изъ трехъ частей, устанавливаетъ три вида исковъ къ домовладыкѣ на основаніи контрактовъ, заключенныхъ лицами, находящимися подъ его властью, а именно: actio quod jussu, de peculio и de in rem verso [1]).

1. Всякій, кто вступалъ въ сдѣлку съ подвластнымъ лицомъ съ согласія домовладыки и по дѣлу, касающемуся послѣдняго, могъ предъявить противъ него actio quod jussu in solidum [2]) [3]). Для этого иска необходимо было, чтобы третье лицо, заключая сдѣлку съ подвластнымъ, имѣло въ виду полномочіе домовладыки [4]).

По римскому ученію, являлся связаннымъ civiliter или naturaliter, прежде всего, самъ подвластный, какъ контрагентъ, отвѣтственность же домовладыки была лишь добавочною. Нынѣ же, напротивъ, вслѣдствіе признанія прямого представительства, слѣдуетъ домовладыку во всѣхъ подобныхъ случаяхъ разсматривать, какъ настоящаго и единственно обязаннаго контрагента.

2. Actio de peculio давалась въ предѣлахъ peculium'a противъ домовладыки на основаніи контрактныхъ обязательствъ, заключенныхъ подвластнымъ ему лицомъ. Peculium profectitium являлось особымъ

гдѣ приведены ссылки и изъ новѣйшей литературы. Согласно съ этимъ взглядомъ, теперь не существуетъ болѣе actio exercitoria и institoria, такъ какъ третье лицо имѣетъ всегда непосредственный, а не добавочный искъ уже противъ самого хозяина предпріятія, представителемъ котораго является его служащій. Другіе полагаютъ, что actio exercitoria и institoria примѣнялись и въ тѣхъ случаяхъ, когда служащій дѣйствовалъ безъ явнаго полномочія. Они же стоятъ за то, чтобы въ подобныхъ случаяхъ оба иска были допущены и понынѣ. Такого взгляда держится и Schlossmann: Kontrahieren mit offener Vollmacht, 1892. Однако, практика справедливо съ этимъ не соглашается. R. G. E., т. 2, стр. 167. Ср. противъ Schlossmann-a Lenel въ Jherings Jahrb, т. 36, ст. 2; противъ него снова Schlossmann тамъ же, т. 38, стр. 138.

[14]) Ср. H. G. B. § 54.

[1]) L. 1. § 1, D. de peculio. 15. 1. Ulpianus libro 29 ad edictum. Est enim triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod jussu hinc oritur actio.

[2]) Tit. D. quod jussu. 15. 4; Drechsler: Die actio quod jussu, 1877; Mandry: Familiengüterrecht, т. 2, стр. 543 и приведенныя тамъ цитаты.

[3]) Спорятъ о томъ, чьихъ интересовъ должна касаться сдѣлка для того, чтобы можно было предъявить этотъ искъ: интересовъ ли домовладыки, или подвластнаго лица, или же искъ простирается на оба эти случая. По правильному мнѣнію, сдѣлка должна касаться интересовъ домовладыки. См. l. 1, §§ 1 и 5. D. quod jussu. 15. 4; l. 5, § 2. D. de in rem verso. 15. 3.

[4]) Jussus въ actio quod jussu не есть „приказаніе", что видно изъ формулы jussus'a въ l. 1, § 1. D. h. t. 15. 4 „quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo". Формула эта указываетъ на „полномочіе" вступить въ сдѣлку за счетъ лица, дающаго jussus. Поэтому *домовладыка обыкновенно прямо извѣщалъ объ jussus третье лицо*. Впрочемъ, было достаточно *надѣлить подвластнаго полномочіемъ, лишь бы объ этомъ знало третье лицо*. По поводу различныхъ воззрѣній на этотъ вопросъ см. Vangerow, т. 1, § 240, стр. 446 и Mandry, привед. сочин. Одобреніе сдѣлки послѣ ея совершенія считается равносильнымъ предварительному полномочію. L. 1, § 6. D. h. t. 15. 4. Sokolowski: Die Mandatsbürgschaft, стр. 15 и слѣд.

www.naukaprava.ru

имуществомъ, предоставленнымъ домовладыкой своему подвластному. Оно *фактически* находилось *въ распоряженіи* и *управленіи послѣдняго, de jure же оставалось собственностью домовладыки* [5]) [6]). Actio de peculio не нашла себѣ практическаго примѣненія въ современномъ правѣ, такъ какъ здѣсь peculium въ римскомъ смыслѣ не встрѣчается.

3 Третій искъ—actio de in rem verso—удержался и въ современномъ правѣ [7]). Онъ основывается на обогащеніи домовладыки вслѣдствіе сдѣлокъ, заключенныхъ подвластными лицами [8]), и предъявляется къ домовладыкѣ въ размѣрахъ этого обогащенія. Необходимыя условія этого иска слѣдующія:

a) Наличность сдѣлки между истцомъ и подвластнымъ лицомъ [9]).

b) Обогащеніе домовладыки. Оно можетъ заключаться или въ положительномъ увеличеніи его имущества, или въ томъ, что домовладыка избавился отъ издержекъ, которыя онъ произвелъ бы для необходимыхъ, полезныхъ или, вообще, имъ одобренныхъ цѣлей [10]).

Но если выгода сдѣлки поступала въ peculium подвластнаго, то actio de in rem verso не имѣла мѣста [11]).

c) Требуется, чтобы обогащеніе было *послѣдствіемъ сдѣлки подвластнаго лица*. Это бываетъ въ особенности въ томъ случаѣ,

---

[5]) Относительно peculium'а, къ которому мы вернемся въ семейственномъ правѣ, см. главнымъ образомъ Mandry: Ueber Begriff und Wesen des Peculium, 1869 и Mandry: Familiengüterrecht, т. 2, стр. 1 и слѣд. Тамъ же указана литература.

[6]) Actio de peculio налагала на домовладыку отвѣтственность въ предѣлахъ peculium'а, за вычетомъ, однако, того, что pater familias могъ требовать naturaliter отъ своего подвластнаго, l. 9, l. 11. pr. и сл., l. 52. D. de peculio. 15. 1. Домовладыка долженъ былъ платить, пока не истощится peculium. Если же вслѣдствіе удовлетворенія нѣсколькихъ вѣрителей peculium истощилось, то остальные вѣрители должны были этому покориться. Домовладыка отвѣчалъ за всякое злостное уменьшеніе peculium'а, если только искъ противъ него былъ предъявленъ до истеченія annus utilis послѣ такого уменьшенія. L. 30, § 6. D. h. t. 15. 1. Даже послѣ прекращенія отцовской власти можно было предъявить actio de peculio „annalis“ противъ прежняго домовладыки или его наслѣдника, если только послѣдній владѣлъ peculium'омъ. Tit. D. Quando de peculio actio annalis est. 15. 2. Если peculium съ вѣдома домовладыки было употреблено на *торговое предпріятіе*, то вѣрители имѣли *actio tributoria*, въ силу которой они могли требовать условленнаго по договору удовлетворенія, не допуская зачета домовладыкой того, чего онъ съ своей стороны naturaliter могъ требовать съ подвластнаго. Tit. D. 14. 4. de tributoria actione.

[7]) См. Tit. D. de in rem verso. 15. 3. Подробное изложеніе этого вопроса даетъ Mandry: Familiengüterrecht, т. 2, стр. 454. Тамъ указана прежняя литература. Слѣдуетъ еще упомянуть Brinz'а, т. 2, стр. 218, и особенно Thur: Actio de in rem verso, 1895; противъ него Schlossmann въ Iherings Jahrb. т. 34, ст. II; противъ этого снова Thur, тамъ же, ст. VI.

[8]) Такова точка зрѣнія источниковъ: l. 10, § 7 D. h. t. 15. 3, l. 17, § 4. D. de inst. act. 14. 3. Brinz—привед. сочин.—противъ этого указываетъ на слова l. 17, pr. D. h. t. 15. 3. Africanus libro 8 quaestionum: Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavit. Nam etsi procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum. Дѣйствительно, это мѣсто возбуждаетъ сомнѣнія, но главнымъ образомъ потому, что здѣсь versum „non durat“. Ср. однако Thur: Actio de in rem verso, стр. 209 и сл.

[9]) Actio de in rem verso относится къ actiones adjecticiae qualitatis. Поэтому она не имѣетъ мѣста, если истецъ *непосредственно* истратитъ что-нибудь на имущество отвѣтчика, или если изъ имущества истца что-нибудь случайно перейдетъ къ отвѣтчику. Подобные случаи относятся къ области condictiones.

[10]) L. 3, §§ 4 и 6, l. 5, § 2. D. h. t. 15. 3.

[11]) L. 5, § 3, l. 6. D. h. t. 15. 3.

когда подвластный дѣйствовалъ съ самаго начала въ интересахъ домовладыки, такъ что послѣдній имѣлъ бы противъ него actio mandati или negotiorum gestorum, если бы ихъ не связывали отношенія отеческой власти [12]). Впрочемъ, это не слѣдуетъ считать необходимымъ условіемъ иска; достаточно, если обогащеніе обращено въ имущество домовладыки впослѣдствіи, распоряженіемъ ли подвластнаго лица, или какимъ-нибудь инымъ способомъ, лишь бы только между обогащеніемъ и той сдѣлкой, на основаніи которой предъявляется искъ, существовала причинная связь [13]).

d) Искъ не имѣетъ мѣста, если домовладыка уже вознаградилъ подвластное лицо за полученное отъ его сдѣлки обогащеніе. Требуется, чтобы обогащеніе продолжалось [14]). Но тамъ, гдѣ оно заключается въ избавленіи отъ издержекъ, уже никакія позднѣйшія событія его отмѣнить не могутъ.

Actio de in rem verso *utilis* дается тому, кто натурой или деньгами предоставилъ подвластному лицу содержаніе въ кредитъ, поскольку предоставленіе содержанія лежало на обязанности домовладыки, избавившагося, такимъ образомъ, отъ необходимыхъ для этого издержекъ [15]).

Actio de in rem verso была, наконецъ, распространена utiliter и на тѣ случаи, когда сдѣлка заключалась вмѣсто подвластныхъ со *свободными лицами* [16]).

---

[12]) L. 3, § 2. D. h. t. 15. 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem. Многіе писатели полагаютъ, что здѣсь указывается на настоящее основаніе actio de in rem verso. Они поэтому выводятъ actio de in rem verso прямо изъ фиктивной уступки naturalis actio negotiorum gestorum или mandati, принадлежащей подвластному противъ домовладыки, при чемъ эта actio naturalis, вслѣдствіе уступки, превращается въ civilis. Такого взгляда держатся Witte: Bereicherungsklage, стр. 256; главнымъ образомъ Thur: Actio de in rem verso, стр. 142 и до извѣстной степени Brinz, привед. сочин. Но это воззрѣніе несостоятельно и сбивчиво. Дѣло здѣсь идетъ не о самомъ основаніи иска, но объ отдѣльномъ, существенномъ его моментѣ. Причинная связь между сдѣлкой и обогащеніемъ встрѣчается прежде всего въ томъ случаѣ, когда посредникъ имѣлъ намѣреніе путемъ контракта вести дѣло самого домовладыки. Но та же причинная связь можетъ установиться и другими способами. Примѣры намъ показываютъ l. 7, § 4 и l. 19. D. h. t. 15. 3.

[13]) L. 5, § 3. D. h. t. 15. 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Конечно, если подвластный даритъ своему домовладыкѣ вещь, которую онъ купилъ для своего peculium'a, то продавецъ не можетъ воспользоваться actio de in rem verso, такъ какъ домовладыка пріобрѣлъ вещь не въ силу данной сдѣлки, а вслѣдствіе даренія. Напротивъ, искъ вполнѣ обоснованъ, если подвластный заключитъ заемъ въ *интересахъ* домовладыки и тотчасъ передастъ послѣднему занятую сумму donandi animo, не желая сдѣлать его должникомъ peculium'a и отказываясь, такимъ образомъ, отъ регресса. Въ этомъ смыслѣ можно, пожалуй, толковать l. 7, pr. и § 1. D. h. t.; но ни въ коемъ случаѣ нельзя поправлять слова „actio est“ въ „actio cessat“, какъ дѣлаетъ Windscheid, т. 2, § 483, прим. 4. Для подобной замѣны нѣтъ основанія въ текстѣ рукописей, сверхъ того она не согласуется со всѣмъ ходомъ разсужденія Ульпіана. Ср. и Thur: Actio de in rem verso, стр. 199.

[14]) L. 10, § 6. D. h. t. 15. 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Versum autem sic accipimus, ut *duret versum:* et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio.

[15]) L. 3, § 3. D. h t. 15. 3. Ср. l. 21. D. eod. in fine verb „dandam de in rem verso utilem actionem“.

[16]) Actio de in rem verso utilis изъ сдѣлокъ лицъ, не находящихся подъ отцовской властью, находитъ себѣ прочное основаніе въ l. 7, § 3. C. Quod cum eo qui in aliena

www.naukaprava.ru

Для этого требуется наличность сдѣлки между *истцомъ* и *посредникомъ, не находящимся подъ отцовскою властью;* затѣмъ, *обогащеніе отвѣтчика* и, наконецъ, *причинная связь* между этимъ обогащеніемъ и сдѣлкой.

Подобная причинная связь признается лишь тамъ, гдѣ договоръ, изъ котораго вытекаетъ искъ, съ самаго начала заключенъ посредникомъ *въ интересахъ отвѣтчика.* Но нѣтъ надобности, чтобы *истецъ,* какъ этого требуютъ многіе изъ новѣйшихъ писателей, *зналъ* о такомъ интересѣ и въ виду этого, именно, заключилъ сдѣлку. Вѣдь искъ имѣетъ свое основаніе не въ томъ, что истецъ кредитовалъ отвѣтчика, а въ томъ, что онъ обогатилъ его.

Необходимо далѣе, чтобы обогащеніе отвѣтчика было результатомъ данной сдѣлки; этого не бываетъ, когда *обогащеніе получено отвѣтчикомъ отъ посредника вслѣдствіе другой, новой сдѣлки* или когда онъ уже вознаградилъ посредника. Только при этомъ условіи можно признать его обогатившимся на основаніи данной сдѣлки [17]) [18]).

---

est potestate 4. 26. Diocletianus et Maximianus. Alioquin si cum libero rem agente ejus, cuius precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit. Иное толкованіе предложилъ недавно Schlossmann въ Jherings Jahrb., т. 28, стр. 331. Противнаго мнѣнія Lenel въ Archiv für civ. Praxis., т. 78, статья 11. Противъ него снова Schlossmann, въ Iherings Jahrb., т. 36, стр. 316.

[17]) Воззрѣнія новѣйшихъ писателей на actio de in rem verso utilis чрезвычайно разнорѣчивы. Одни стоятъ за самое широкое, другіе же за самое ограниченное примѣненіе и даже вообще отрицаютъ этотъ искъ. Прежде нѣкоторые авторы совершенно не принимали во вниманіе требованія, чтобы сдѣлка была заключена третьимъ лицомъ въ интересахъ отвѣтчика, и распространяли этотъ искъ и на тѣ случаи, когда отвѣтчикъ извлекалъ выгоды изъ сдѣлки третьяго лица совершенно случайно и неожиданно. Въ силу такого взгляда, напр., считали рабочихъ и поставщиковъ матеріала, кредитовавшихъ лицо, строющее зданіе, въ правѣ искать даже съ позднѣйшаго пріобрѣтателя дома путемъ actio de in rem verso. Противъ этого высказался Kämmerer въ Lindes Zeitschrift, т. 8, статьи 3, 4 и 8. Этотъ неопредѣленный и отнюдь не всегда справедливый искъ не встрѣчаетъ уже теперь защитниковъ въ литературѣ. Противоположное ученіе, вообще, не допускаетъ возникновенія actio de in rem verso utilis на основаніи договоровъ и утверждаетъ, что въ l. 7. C. cit. рѣчь идетъ лишь объ actio negotiorum gestorum contraria лица, вступившаго въ сдѣлку съ посредникомъ. Притомъ, по мнѣнію нѣкоторыхъ, упомянутый искъ имѣетъ характеръ actio negotiorum gestorum, возникшей лично для истца потому, что при заключеніи сдѣлки съ третьимъ лицомъ онъ имѣлъ въ виду интересы отвѣтчика. Другіе разсматриваютъ тотъ же искъ, какъ actio negotiorum gestorum противъ отвѣтчика, уступленную молчаливо, въ силу закона, посредникомъ истцу. Savigny: Obligationenrecht, т. 2, стр. 32. Arndts, § 248, прим. 3. И тотъ и другой взглядъ могутъ въ свою защиту представить лишь искусственное перетолковываніе l. 7 cit., для котораго нѣтъ ни внутреннихъ, ни внѣшнихъ основаній. Многіе, признавая actio de in rem verso utilis, ограничиваютъ его лишь тѣмъ случаемъ, когда заключающій сдѣлку выступаетъ при этомъ въ качествѣ negotiorum gestor'a. Jhering въ Jahrb., т. 1, стр. 339 и сл., и Windscheid, т. 2, § 483, прим. 5. Но и эта точка зрѣнія не имѣетъ ни внутренняго основанія, ни опоры въ источникахъ. Литературу этого вопроса сопоставили Kämmerer, loc. cit. и недавно Ude въ Archiv für civ. Praxis, т. 50, статья 18. См. кромѣ того Mandry: Familiengüterrecht, т. 2, стр. 460 и Rocholl: Rechtsfälle des Reichsger., т. 1, стр. 83. Mori: Dell'actio de in rem verso, Firenze 1891. Германскій имперскій судъ въ своихъ рѣшеніяхъ, т. 1, стр. 143, 159; т. 21, стр. 238, держится защищаемой нами точки зрѣнія, по крайней мѣрѣ, въ области прусскаго права; но затѣмъ (т. 43, стр. 161) онъ примкнулъ ко взгляду Виндшейда и Іеринга.

[18]) Гражд. улож. для герм. имперіи не упоминаетъ этого иска. Но согласно § 812 въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онъ примѣнялся, онъ можетъ быть замѣненъ искомъ объ обогащеніи. Dernb., Bürg. R., т. 2. разд. 2, стр. 380.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Условія обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 15. Опредѣлимость дѣйствія.

Пока существованіе и объемъ предполагаемой обязанности еще всецѣло зависятъ отъ произвола лица, желающаго принять ее на себя, изъ переговоровъ не возникаетъ никакого обязательства [1]). Подобные переговоры еще не закончены. Но для возникновенія обязательства не требуется непремѣнно опредѣленность дѣйствія (obligationes certae),—обязательства по своему содержанію могутъ быть и неопредѣленными—incertae.

Опредѣленными обязательствами называются такія, *содержаніе и объемъ которыхъ ясно, точно и полностью установлены въ договорѣ* [2]); къ *неопредѣленнымъ* же относятся всѣ тѣ, которыя, хотя и не вполнѣ точно установлены при заключеніи договора, но могутъ быть *дополнены въ этомъ отношеніи безъ необходимости въ новомъ соглашеніи*. Такимъ образомъ, они хотя и неопредѣленны, но все же допускаютъ опредѣленіе [3]).

Неопредѣленность можетъ заключаться въ томъ, что, при точномъ установленіи сторонами содержанія договора, самое его *изложеніе* осталось неяснымъ и неоконченнымъ; но, кромѣ того, и *самое содержаніе* договора можетъ быть не вполнѣ точно установлено.

а) Простая неясность или неполнота *изложенія* устраняется толкованіемъ. Конечно, для этого нужно, чтобы налицо находились такія заявленія сторонъ или обстоятельства, на основаніи которыхъ можно было бы выяснить истинный смыслъ договора [4]).

b) *Восполненіе* соглашеній безъ новаго договора мыслимо лишь тамъ, гдѣ самыя соглашенія указываютъ намъ необходимыя для этого средства.

---

[1]) См. выше выпускъ I, § 108; см. далѣе l. 115. D. de verb. obl. 45. 1; l. 85, § 1. D. de contrahenda empt. 18. 1.

[2]) l. 74. D. de verb. obl. 45. 1. Gajus libro 8 ad edictum provinciale: Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. Certum est quod *ex ipsa pronuntiatione* apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus... Объ incertum трактуетъ преимущественно l. 75. D. eod., см. далѣе l. 68. D. eod.

[3]) Различіе между certum и incertum получаетъ особую важность въ процессуальномъ отношеніи; производство по obligationes certae можетъ быть значительно быстрѣе, чѣмъ по obligationes incertae. О примѣненіи этого правила въ римскомъ процессѣ см. выше выпускъ I, § 131. По современному праву, для примѣненія упрощеннаго производства по документамъ, такъ-назыв. Urkundenprocess, непремѣнно требуется, чтобы предметъ долга состоялъ въ „*опредѣленномъ* количествѣ“, C. P. O., § 592; то же предполагается и при производствѣ съ предварительнымъ судебнымъ напоминаніемъ (Mahnverfahren), C. P. O., § 688.

[4]) l. 94. D. de verb. obl. 45. 1. Marcellus libro 3 digestorum: Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non juris. Igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium. См. l. 95. D. eod.

www.naukaprava.ru

Съ этою цѣлью въ договорѣ можетъ содержаться ссылка на будущія обстоятельства. Такъ, напр., кто-либо обѣщаетъ фабриканту поставлять въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ по сходной цѣнѣ столько угля, сколько его потребуется для эксплоатаціи фабрики. Въ случаѣ спора, судья опредѣляетъ количество товара, которое должно быть поставлено по этому указанію.

Нерѣдко при заключеніи договоровъ стороны предоставляютъ рѣшеніе отдѣльныхъ вопросовъ третьимъ лицамъ, такъ наз. *арбитраторамъ*. Послѣдніе не являются *третейскими судьями*, разбирающими споръ о правѣ, а просто *помогаютъ* участникамъ сдѣлки при окончательномъ сформированіи обязательства[5]). Существуетъ двѣ категоріи арбитраторовъ. Значеніе однихъ заключается въ томъ, что *личнымъ ихъ рѣшеніемъ обусловливается* возникновеніе договора; обязательство поэтому не возникаетъ, если арбитраторы не пожелаютъ дать своего рѣшенія или же не смогутъ этого сдѣлать вовсе или въ опредѣленный срокъ вслѣдствіе смерти, болѣзни или отсутствія. Въ другихъ случаяхъ, въ договорѣ ссылаются на арбитратора лишь, какъ на *свѣдущее лицо*, и тогда сдѣлка не считается заключенной *подъ условіемъ*. Хотя и при этомъ желательно рѣшеніе по возможности опредѣленнаго лица, но все-таки, если этого достичь невозможно, судъ въ правѣ опредѣлить *отъ себя* содержаніе обязательства, предварительно выслушавъ, въ случаѣ необходимости, свѣдущихъ лицъ[6]).

Въ современномъ оборотѣ нерѣдко въ силу договора *одному изъ контрагентовъ* предоставляется полномочіе болѣе точно опредѣлить содержаніе и объемъ обязательственнаго дѣйствія[7]). Подобные договоры имѣютъ силу обязательства только въ томъ случаѣ, если какія-нибудь достовѣрныя обстоятельства даютъ извѣстный масштабъ для опредѣленія содержанія сдѣлки. Къ такимъ обстоятель-

[5]) Weismann: Das Schiedsgutachten въ Archiv für civ. Praxis, т. 72, стр. 269, Triani: Nota sull'arbitrium boni viri, въ studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini, стр. 163 и сл. Schirmer: Arbitrium merum и arbitrium boni viri, въ Arch. für civ. Prax. т. 91, стр. 136. R. O. H. G. E., т. 16, стр. 427.

[6]) Римляне различали эти два вида arbitrator'овъ, преимущественно при договорѣ товарищества, l. 76, l. 78. D. pro socio 17. 2. Proculus libro 5 epistolarum: Arbitrorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus—quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est—alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat. In proposita autem quaestione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod judicium pro socio bonae fidei est.—Отсюда видно, что, хотя возможны обѣ формы „arbitratus", но въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ предполагать, что имѣлось въ виду arbitrium boni viri. То же опредѣляетъ и новое германское уложеніе, § 317, Abs. 1. Если опредѣленіе дѣйствія предоставлено третьему лицу, то въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ предполагать, что оно должно послѣдовать по его справедливому усмотрѣнію.

[7]) Римляне не признавали такихъ сдѣлокъ купли-продажи, при которыхъ назначеніе цѣны предоставлялось покупщику, см. l. 35, § 1. D. de contr. empt. 18. 1. То же самое соблюдалось и при наймѣ. Rümelin: Selbstkontrahieren, стр. 49. Допускались только actiones praescriptis verbis, конечно лишь послѣ предварительнаго исполненія со стороны истца. Напротивъ, опредѣленіе долей въ societas уже по римскому праву могло быть предоставлено справедливому усмотрѣнію одного изъ товарищей, l. 6. D. pro socio. 17. 2. По современному же праву нельзя сомнѣваться въ дѣйствительности такихъ сдѣлокъ купли и найма, въ которыхъ одному изъ контрагентовъ предоставлено право назначенія цѣны. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 315; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 86, стр. 188.

ствамъ относятся въ особенности установившіяся въ оборотѣ дѣловыя обыкновенія или положеніе дѣлъ одного изъ контрагентовъ. При этихъ условіяхъ одна сторона уже не подчиняется неограниченному произволу другой [8]).

Разъ рѣшеніе арбитратора объявлено одному изъ контрагентовъ, или же рѣшеніе одной изъ сторонъ сообщено другой, то этимъ самымъ право опредѣленія считается исчерпаннымъ [9]).

Само собою разумѣется, что въ случаѣ обмана, принужденія или же существеннаго заблужденія допускаются измѣненія и поправки [10]).

При явной недобросовѣстности рѣшенія можно обращаться къ помощи суда, такъ какъ право протеста всегда считается выговореннымъ на случай злого умысла. Рѣшеніе арбитраторовъ въ качествѣ свѣдущихъ лицъ можетъ быть опротестовано и на томъ основаніи, что оно противорѣчитъ настоящему положенію дѣла [11]). Доказывать это долженъ оспаривающій [12]).

§ 16. Невозможныя, безнравственныя обѣщанія.

I. Невозможное неисполнимо, а потому оно и не можетъ быть предметомъ обязательства [1]). Таково неопровержимое правило логики. Поэтому обѣщаніе выполнить что-либо невозможное непремѣнно будетъ ничтожно [2]).

Случаи невозможности различаются по ея основаніямъ.

Невозможность *абсолютна*, если она основана на самомъ свойствѣ обѣщаннаго дѣйствія, напр., обѣщаніе вызвать духовъ; она *относительна*, если исполненіе, само по себѣ возможное, только въ данномъ случаѣ невозможно, напр., обѣщаніе дать лошадь, которая уже пала [3]).

Далѣе, невозможность обусловливается или *законами природы*, или *правовымъ порядкомъ* [4]). Къ послѣднему виду относится, напр.,

---

[8]) См. Wiener въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 24, стр. 42. R. O. H. G. E., т. 16, стр. 427. При такихъ условіяхъ подобные договоры нерѣдко заключаются молчаливо, т. е. въ нихъ устанавливается только обязанность одной стороны, напр., мастера, но безъ опредѣленія вознагражденія за трудъ.

[9]) R. O. H. G. E., т. 11, стр. 247. Гражд. улож. для герман. имперіи § 318, Abs. 1.

[10]) Согласно гражд. улож. для герм. имп. § 318. Abs. 2 такое рѣшеніе можетъ быть оспорено.

[11]) См. приведенную въ прим. 6 l. 76. D. pro socio. 17. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи §§ 319 и 315.

[12]) См. R. G. E., т. 1, стр. 343.

[1]) Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 381, т. 2, стр. 284. Ude въ Archiv für civ. Praxis, т. 48, статьи 10 и 14. Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht, т. 1, стр. 1 и сл., Zimmermann въ Jherings Jahrb., т. 13, статья 8. Hartmann: Obligation, стр. 166. Hesse въ Archiv für civ. Praxis, т. 61, стр. 258. Brinz, т. 2, §§ 245 и 246. О точкѣ зрѣнія новаго германскаго уложенія см. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, §§ 60 и 61, стр. 128.

[2]) l. 185. D. de R. J. 50. 17. Celsus libro 8 Digestorum: Impossibilium nulla est obligatio. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 306 гласитъ: Договоръ, направленный на невозможное дѣйствіе, ничтоженъ.

[3]) § 1. I. de inut. stip. 3. 19.

[4]) § 2. I. de inut. stip. 3. 19.

www.naukaprava.ru

обѣщаніе res extra commercium, а также передачи права собственности на вещь ея же собственнику; напротивъ, передача *владѣнія* собственнику, конечно, возможна[5]).

Невозможность бываетъ или *объективная*, для всѣхъ безъ изъятія, или же *субъективная*, зависящая отъ личныхъ свойствъ вѣрителя или должника[5a]).

Отъ *невозможности*, хотя бы и субъективной, нужно отличать *затруднительность* исполненія. Сюда относится недостатокъ денегъ у должника. Подобный недостатокъ нисколько не мѣшаетъ возникновенію денежнаго обязательства, хотя бы даже кредиторъ зналъ о положеніи должника. Поэтому, если нищій купитъ за милліонъ домъ, то такая сдѣлка будетъ вполнѣ дѣйствительной: онъ можетъ найти кредитъ или получить наслѣдство[6]).

Обыкновенно не дѣлаютъ никакого различія между невозможностью *постоянной* и невозможностью *временной, устранимой въ будущемъ:* ибо обѣщаніе, недѣйствительное *въ моментъ самаго заключенія* сдѣлки, считается недѣйствительнымъ уже навсегда[7]).

Впрочемъ, если *исполненіе отложено на будущее время въ силу самаго договора,* то достаточно, чтобы оно было возможно, когда *требованіе станетъ годнымъ ко взысканію,* хотя бы оно было невозможно при заключеніи договора[8]).

Это правило въ Римѣ не примѣнялось при обѣщаніи предоставить res extra commercium[9]). Подобные договоры прямо запрещались, даже въ случаѣ ихъ заключенія *подъ условіемъ,* какъ носящіе въ себѣ дурное предзнаменованіе. Они разсматривались, какъ договоры безнравственные. Въ наше-же время сдѣлки, имѣющія своимъ предметомъ публичныя вещи, признаются дѣйствительными; онѣ заключаются подъ условіемъ, хотя бы и молчаливымъ, вступленія въ буду-

---

5) L. 82, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 78 ad edictum: Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: sane rem meam mihi *restitui* recte stipulari videor.

5a) Послѣднюю гражд. улож. для герман. имперіи называетъ „неспособностью должника къ исполненію".

6) L. 137, § 4. D. de verb. obl. 45. 1. Venulejus libro 1 stipulationum: Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habeat, neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi... Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. Подобныя „препятствія къ исполненію" нужно строго отличать отъ субъективной невозможности. Это видно уже изъ того, что обязательство считается правильно обоснованнымъ даже въ томъ случаѣ, когда вѣритель еще до заключенія договора зналъ о существованіи извѣстныхъ затрудненій. Напротивъ того, онъ не имѣетъ никакихъ притязаній, если онъ еще при заключеніи договора зналъ о невозможности исполненія, заключающейся въ лицѣ должника, какъ, напр., въ томъ случаѣ, если онъ приглашаетъ въ качествѣ учителя французскаго языка лицо, которое завѣдомо не знаетъ по-французски ни слова.

7) См. выше выпускъ I, § 122, прим. 1.

8) См. l. 31. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius libro 24 ad Sabinum: Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit, l. 98, pr. D. eod. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи § 308.

9) L. 83, § 5, l. 137, § 6. D. de verb. obl. 45. 1, l. 34, § 2. D. de contr. empt. 18. 1... nec enim fas est ejusmodi casus exspectare.

щемъ такихъ вещей въ гражданскій оборотъ. Во всякомъ случаѣ, въ этомъ мы теперь не усматриваемъ ничего предосудительнаго[10]).

Особое значеніе имѣетъ вопросъ, обязываетъ ли должника обѣщаніе невозможнаго дѣйствія *къ возмѣщенію убытковъ*, на томъ основаніи, что онъ обѣщалъ то, чего не можетъ исполнить? Здѣсь надо различать два случая:

а) Невозможность заключается въ *лицѣ вѣрителя*. Тогда должникъ свободенъ отъ обязательства, если только съ его стороны не было никакого злого умысла (dolus)[11]).

б) Иначе обстоитъ дѣло, когда невозможность зависитъ отъ *личности должника* или отъ какихъ-либо *объективныхъ причинъ*.

Въ этомъ случаѣ, согласно позднѣйшему римскому праву, на должника обыкновенно возлагается обязанность возмѣстить кредитору убытки. Исключается лишь тотъ случай, когда кредиторъ еще во время заключенія договора зналъ о невозможности исполненія или, по крайней мѣрѣ, долженъ былъ имѣть въ виду, что уже могла наступить невозможность безъ вѣдома другого контрагента[12]).

Въ частности, такая обязанность возмѣстить убытки имѣетъ мѣсто при куплѣ продажѣ и другихъ сдѣлкахъ, направленныхъ на пріобрѣтеніе вещей, даже если должникъ дѣйствовалъ добросовѣстно и безъ всякой вины[13]). Спорятъ о томъ, какой интересъ возмѣщается кредиторомъ.

---

[10]) Wächter: Pandekten, т. 2, стр. 277, говоритъ: „Развѣ можно по нашимъ воззрѣніямъ считать за incivile и non fas сдѣлку, которую я заключаю съ городомъ о покупкѣ городского театра или участка кладбища, или же съ третьимъ лицомъ относительно тѣхъ же объектовъ на томъ основаніи, что мы имѣемъ свѣдѣнія о намѣреніи города отчудить эти имущества". То же правило имѣетъ силу, напр., и при покупкѣ земельнаго участка подъ постройки съ условіемъ, что городъ упразднитъ пролегающую по немъ общественную дорогу и разрѣшитъ передачу мѣста покупщику. Такой договоръ получаетъ силу, если передача будетъ разрѣшена компетентнымъ присутственнымъ мѣстомъ до истеченія того срока, который былъ обусловленъ въ договорѣ для передачи права собственности на этотъ земельный участокъ.

[11]) L. 34. D. de verb. oblig. 45. 1, l. 1, § 10. D. de obl. et act. 44. 7.

[12]) Новѣйшіе ученые почти единогласно признаютъ обязанность должника къ возмѣщенію убытковъ, если невозможность заключается *въ лицѣ обязавшагося*, см. Windscheid, т. 2, § 315, прим. 3, Hartmann: Obligation, стр. 222. См. однако же Mommsen: Beiträge, т. 3, стр. 407.

[13]) Весьма споренъ вопросъ, при какихъ условіяхъ должникъ обязанъ возмѣстить кредитору убытки, если обѣщанное дѣйствіе уже во время заключенія договора является объективно невозможнымъ. Mommsen—loc. cit., т. 1, стр. 109—признаетъ эту обязанность лишь въ случаѣ dolus или culpa lata со стороны должника. Savigny—Obligationenrecht, т. 2, стр. 290—напротивъ, предоставляетъ покупателю, не знавшему о томъ, что исполненіе невозможно, *безусловное* право требовать возмѣщенія убытковъ. Windscheid, т. 2, § 315, прим. 5, упрекаетъ этотъ взглядъ въ явномъ противорѣчіи источникамъ, стараясь при помощи разныхъ подраздѣленій устранить такое же противорѣчіе въ собственномъ толкованіи. Тѣмъ не менѣе, если считаться съ ходомъ историческаго развитія, слѣдуетъ присоединиться къ мнѣнію Savigny. Первоначально обязательство считалось просто недѣйствительнымъ, если оно имѣло содержаніемъ какое-либо невозможное предоставленіе. Такъ было раньше и осталось такъ же и позднѣе при стипуляціи, кромѣ случая злого умысла, когда къ стипуляціи была прибавлена clausula doli. То же правило первоначально примѣнялось и при куплѣ-продажѣ. Разъ нѣтъ предмета купли, то не существуетъ и самой сдѣлки. Поэтому преторъ былъ вынужденъ въ тѣхъ случаяхъ, когда продавался fundus religiosus, какъ частная собственность, установить въ интересахъ покупателя особый искъ—actio in factum, l. 8, § 1. D. de religiosis. 11. 7. Но свободнѣе взглянула на дѣло позднѣйшая юриспруденція и установила actio ex empto въ случаяхъ продажи свободнаго человѣка, какъ раба, или res extra commercium, какъ вещи, находящейся въ гражданскомъ оборотѣ. Нѣкоторые юристы полагали, что въ подобныхъ случаяхъ, хотя и нѣтъ налицо „emptio", но тѣмъ не менѣе существуетъ

www.naukaprava.ru

тору въ подобныхъ случаяхъ: положительный или отрицательный[14]). Правильнымъ представляется первый взглядъ; ибо справедливость требуетъ, чтобы кредиторъ получилъ хотя бы деньгами то, что̀ ему было обѣщано[15]).

II. Ничтожными являются также и сдѣлки безнравственныя—contra bonos mores[16]).

Къ этому роду сдѣлокъ относятся такія, въ которыхъ непосредственно обѣщается безнравственное дѣйствіе, напр., поврежденіе вещей третьихъ лицъ, равно и такія, которыя косвенно заключаютъ въ себѣ что-нибудь безнравственное, какъ напр., обѣщаніе денегъ или другой цѣнности съ цѣлью вызвать безнравственный поступокъ или способствовать ему.

Въ частности, безнравственными считаются сдѣлки, направленныя на чрезмѣрное стѣсненіе свободы личности должника или имѣющія цѣлью *принудить* его къ принятію такого рѣшенія, которое должно быть выраженіемъ лишь собственнаго свободнаго убѣжденія[17]) [18]).

---

actio ex empto; таково мнѣніе Модестина, см. l. 62, § 1. D. de contr. empt. 18. 1. Другіе, напротивъ, дѣлали тотъ выводъ, что купля-продажа существуетъ, разъ покупателю дается actio ex empto, направленный на возмѣщеніе убытковъ, l. 4. D. de contr. empt. 18. 1. Далѣе, въ источникахъ встрѣчаются противорѣчія относительно продажи *несуществующей вещи* незнающему покупателю. Эти противорѣчія должны быть объяснены съ точки зрѣнія различныхъ мнѣній древнѣйшей и новѣйшей юриспруденціи. На обязанность продавца при подобныхъ сдѣлкахъ возмѣстить убытки указываетъ l. 21, pr. D. de a. e. v. 19. 1 и l. 8 и 9, D. de her. vel act. vend. 18. 4. О случайной гибели предмета купли передъ заключеніемъ сдѣлки трактуетъ l. 57, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Ср. также l. 15, pr. l. 34, § 1 Dig. eod. Здѣсь примѣняется положеніе, высказанное въ нашемъ текстѣ. Если было обѣщано невозможное *дѣйствіе*, то обязавшійся отвѣчаетъ по общему правилу лишь за culpa, такъ какъ при подобныхъ сдѣлкахъ обѣщается не безусловное ручательство за исполненіе, а лишь добросовѣстное стараніе о достиженіи этого исполненія. По поводу затронутыхъ здѣсь вопросовъ см. Bechmann: Kauf, т. 2, стр. 429, гдѣ указана и литература.

[14]) Windscheid допускаетъ здѣсь одинъ только отрицательный интересъ—т. 2, § 315, прим. 7. Источники не приходятъ ни къ какому опредѣленному результату, см. l. 7. и сл. D. her. vel act. vend. 18. 4.

[15]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 307 гласитъ: Кто при заключеніи договора, предметомъ котораго является невозможное дѣйствіе, зналъ или долженъ былъ знать о такой невозможности, тогда какъ контрагентъ о ней не зналъ и не долженъ былъ знать, тотъ обязанъ возмѣстить другой сторонѣ отрицательный договорный интересъ, впрочемъ въ размѣрѣ, не превышающемъ интереса положительнаго. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 61, стр. 130.

[16]) L. 4. C. de inutilibus stipulationibus. 8. 38. Diocletianus et Maximianus... cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint. l. 26. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. Ср. l. 27, pr. l. 35. § 1, l. 123. D. eod. Lotmar: Der unmoralische Vertrag, 1897. § 138, Abs. 1 гражд. улож. для герман. имперіи опредѣляетъ: Сдѣлка ничтожна, если она противорѣчитъ добрымъ нравамъ. Abs. 2 примѣняетъ это положеніе къ ростовщическимъ сдѣлкамъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 1, § 125, стр. 373; тамъ же содержатся указанія на дальнѣйшую литературу.

[17]) Такъ, напр., недѣйствительно обѣщаніе „никогда не открывать самостоятельнаго торговаго или промышленнаго заведенія, никогда не заниматься конкурренціей въ области извѣстной профессіи“, R. O. H. G. E., т. 21, стр. 262 и R. G. E., т. 31, стр. 97, или навсегда предоставить кому-либо всю прибыль отъ своей хозяйственной дѣятельности. R. O. H. G. E., т. 18, стр. 107. См. Kohler: Abhandlungen, стр. 62, Lemberg: Beschränkungen d. Handels- und Gewerbefreiheit, 1888, также R. G. E., т. 48, стр. 251. Недѣйствительно обѣщаніе вознагражденія за недонесеніе. R. O. H. G. E., т. 23, стр. 226. Это правило слѣдуетъ распространить даже на такіе проступки, которые преслѣдуются лишь по требованію потерпѣвшихъ. Только въ томъ случаѣ договоръ не считается недѣйствительнымъ, когда онъ содержитъ *возмѣщеніе* вреда отъ совершеннаго проступка. Ср. впрочемъ R. G. E., т. 42, стр. 60. Впрочемъ, не всякая сдѣлка, заключен-

§ 16a. Ростовщическія сдѣлки.

1. Свобода при заключеніи договоровъ является основаніемъ обязательственнаго права. Предоставляя каждому отстаивать, безъ всякихъ стѣсненій, свои собственные интересы, она способствуетъ напряженію силъ и развитію гражданскаго оборота.

Но такая свобода скрываетъ въ себѣ опасность въ тѣхъ случаяхъ, когда положеніе лицъ, вступающихъ въ сдѣлку, является неравнымъ. Извлеченіе выгоды изъ нужды, неопытности или легкомыслія контрагента, экономическія или психическія силы котораго значительно уступаютъ силамъ эксплоататора, является *ростовщичествомъ*, противнымъ нравственности и пагубнымъ въ соціальномъ и политическомъ отношеніяхъ.

2. Вопросъ о томъ, насколько слѣдуетъ ограничить свободу при заключеніи договора, чтобы избѣжать ростовщичества, составляетъ трудную задачу для законодателя.

Римляне съ древнѣйшихъ временъ ограничивали *размѣръ процентовъ* закономъ[1]). Далѣе, по праву позднѣйшему, могла быть оспариваема продажа, при которой покупная цѣна не равнялась даже *половинѣ стоимости* вещи[2]). Противъ ростовщиковъ же была направлена и lex Anastasiana[3]), въ силу которой лицо, купившее обязательственное требованіе, не имѣло права взыскивать съ должника болѣе покупной цѣны съ процентами.

Каноническое право поступило радикальнѣе, запретивъ вообще всякіе договорные проценты[4]). Но это запрещеніе не укоренилось въ Германіи на практикѣ.

Въ серединѣ 19-го столѣтія мы встрѣчаемся со стремленіемъ провести абсолютную свободу договора, основаннымъ на томъ соображеніи, что всѣ сопряженныя съ нею опасности будутъ устранены въ силу свободной конкурренціи. Согласно съ этимъ законъ сѣверо-

---

ная съ такимъ намѣреніемъ или при такихъ обстоятельствахъ, которыя влекутъ за собою для контрагента наказаніе, является ничтожной. R. G. E., т. 6, стр. 170, см. также т. 18, стр. 242; намѣренію уголовнаго закона можетъ соотвѣтствовать оставленіе сдѣлки въ силѣ, несмотря на то, что заключившій ее подвергается наказанію.

[18]) При разрѣшеніи вопроса о безнравственности сдѣлки необходимо принимать во вниманіе также руководящіе и явные мотивы послѣдней. Именно эти мотивы, главнымъ образомъ, и разрѣшаютъ вопросъ о нравственности или безнравственности самой сдѣлки. Впрочемъ, подобныя толкованія должны допускаться лишь съ осторожностью, иначе поколебалась бы вѣра въ договоры и твердость правового порядка. Поэтому обыкновенно слѣдуетъ оставлять безъ вниманія отдаленныя, лишь возможныя и преходящія цѣли. Вообще едва ли здѣсь можно установить твердые предѣлы. Дѣло юридическаго такта предохранить насъ отъ крайностей. Такъ, напр., продавецъ не будетъ въ состояніи оспаривать продажи мебели на томъ основаніи, что покупатель предназначилъ ее для обстановки квартиры своей содержанки. См. Ravit: Ueber unsittliche Bedingungen und Verträge въ Archiv für civ. Praxis, т. 58, особенно стр. 66. Kohler въ Archiv für bürg. Recht, т. 1, стр. 359, т. 5, стр. 161. Schey: Obligationsverhältnisse, т. 1, стр. 149.

[1]) См. ниже § 30 A.

[2]) См. ниже § 102, пунктъ 2.

[3]) См. ниже § 51, пунктъ 1.

[4]) Neumann: Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865, Stobbe—Lehmann: Deutsches Privatrecht, т. 3., стр. 348.

www.naukaprava.ru

германскаго союза отъ 14 ноября 1867 г. предоставилъ сторонамъ полную свободу въ опредѣленіи размѣра процентовъ[5]). Германское торговое уложеніе, кромѣ того, отмѣнило при торговыхъ сдѣлкахъ lex Anastasiana, а равнымъ образомъ право оспаривать куплю-продажу на томъ основаніи, что цѣна не достигала половинной стоимости проданной вещи.

Правда, это способствовало развитію торговли въ Германіи, но въ то же время давало безпрепятственный ходъ эксплоатаціи болѣе слабыхъ въ экономическомъ отношеніи, въ особенности мелкихъ крестьянъ, усиливая соціальные недуги, неравенство и вражду между отдѣльными классами населенія.

3. Поэтому имперскіе законы отъ 24 мая 1880 г. и 19 іюня 1893 г. выступили противъ ростовщичества съ уголовными *наказаніями* и объявили ростовщическія сдѣлки *недѣйствительными:*

а) Законъ отъ 24 мая 1880 года касается однѣхъ только *процентныхъ сдѣлокъ*. Онъ былъ пополненъ и въ этомъ отношеніи еще болѣе строгимъ закономъ 19 іюня 1893 года.

По этимъ законамъ заемъ и всякаго рода сдѣлки, имѣющія цѣлью доставить одному контрагенту заимообразно деньги—напр., продажа вещи съ правомъ выкупа для продавца, служащая этой цѣли[6]) — влекутъ за собой наказаніе и считаются недѣйствительными, если заимодавецъ, пользуясь нуждою, легкомысліемъ или неопытностью контрагента, выговариваетъ для себя или для третьяго лица такія имущественныя выгоды, которыя, превышая обычный размѣръ процентовъ, находятся въ явномъ несоотвѣтствіи съ оказанною имъ услугою[7]).

b) Законъ 19 іюня 1893 г. направленъ и противъ ростовщичества не путемъ отдачи въ ростъ денегъ, а посредствомъ сдѣлокъ относительно движимыхъ вещей (такъ наз. Sachwucher). Законъ этотъ предполагаетъ не простую эксплоатацію нужды, легкомыслія или неопытности ради полученія имущественныхъ выгодъ, находящихся въ явномъ несоотвѣтствіи съ дѣйствіемъ, составляющимъ содержаніе обязательства, но требуетъ еще, сверхъ того, чтобы такая эксплоатація практиковалась *по привычкѣ или въ видѣ промысла.*

Ближайшій поводъ для возникновенія этого закона создали договоры объ отдачѣ на прокатъ скота (Viehverleihverträge) и о про-

---

[5]) Подобное опредѣленіе содержалось еще ранѣе въ Handelsgesetzbuch, art. 292 относительно долговъ лицъ торговаго состоянія. Законъ сѣв.-германск. союза былъ распространенъ съ 1 января 1871 г. и на южно-германскія государства, за исключеніемъ Баваріи, гдѣ дѣйствуетъ особый, хотя весьма сходный съ нимъ законъ. Законъ о введеніи новаго герм. уложенія, ст. 39, отмѣняетъ законъ 14 ноября 1867 года, но не возстановляетъ ограниченія размѣра процентовъ.

[6]) Ср. R. G. E., т. 43, стр. 116.

[7]) Подъ нуждою, „безвыходнымъ положеніемъ“ въ смыслѣ закона слѣдуетъ разумѣть, главнымъ образомъ, тотъ случай, когда пользующееся кредитомъ лицо беретъ въ долгъ деньги для поддержанія своей жизни, спасенія отъ гибели своего семейства, своей чести или своего промысла; легкомысліе и неопытность имѣютъ мѣсто тогда, когда деньги понадобились для игры и другихъ непроизводительныхъ цѣлей или для рискованныхъ спекуляцій. Во всякомъ случаѣ требуется, чтобы заимодавцу было извѣстно, что именно нужда, легкомысліе или неопытность заставляютъ контрагента заключить заемъ на тяжелыхъ условіяхъ.

дажѣ скота, а также и договоры о продажѣ сельскихъ участковъ. Но смыслъ закона значительно шире; подъ его дѣйствіе можетъ быть подведена даже эксплоатація рабочихъ со стороны работодателя.

Еще болѣе общее опредѣленіе содержитъ гражд. улож. для герман. имперіи, § 138, Abs. 2. Здѣсь *каждая* ростовщическая сдѣлка ничтожна, хотя бы она была заключена и не по привычкѣ или въ видѣ промысла. Соотвѣтствующія опредѣленія уголовнаго права остались безъ измѣненія[8]).

4. Близокъ по своему содержанію къ германскимъ узаконеніямъ русскій законъ о преслѣдованіи ростовщическихъ дѣйствій отъ 24 мая 1893 года.

§ 17. Интересъ, имущественная цѣнность дѣйствія.

Ежедневно даемъ мы безчисленное множество обѣщаній, которыя, однако, не должны имѣть исковой силы. Таково, напр., обѣщаніе побывать у кого-либо въ гостяхъ, пообѣдать съ кѣмъ-либо, подать за кого-либо голосъ на выборахъ. Въ чемъ же заключается критерій настоящаго обязательства?

1. *Вѣритель долженъ имѣть въ обѣщанномъ дѣйствіи интересъ.* Римская юриспруденція требовала первоначально *собственнаго* имущественнаго *интереса самого вѣрителя.* Это требованіе она удержала и позднѣе при стипуляціи[1]). Но при judicia bonae fidei она пошла значительно дальше. Какъ достойный защиты интересъ вѣрителя, разсматривалось также и благо другихъ лицъ, если кредиторъ выговорилъ что-либо въ ихъ пользу въ виду родственныхъ или общественныхъ отношеній или по соображеніямъ человѣколюбія[2]). Въ настоящее время этотъ взглядъ принятъ для всѣхъ обязательствъ[3]).

2. *Дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, должно относиться къ области имущества*[4]). И здѣсь юриспруденція не осталась въ своихъ прежнихъ узкихъ рамкахъ. Она не требуетъ, какъ было прежде, чтобы исполненіе *непосредственно* увеличивало иму-

---

[8]) По поводу современнаго германскаго права см. Dernb., Bürg. R., т. 1 §§ 126 и 127, стр. 378.

[1]) L. 38, § 17. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 49 ad Sabinum: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil interest mea.

[2]) L. 54, pr. D. mandati 17. 1. Papinianus libro 27 quaestionum... placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam. l. 6, pr., l. 7. D. de servis exportandis. 18. 7. Въ частности римляне признавали силу обязательства за mandatum aliena gratia, т. е. за порученіемъ, даннымъ только въ интересахъ третьяго лица, l. 2, § 2. D. mandati 17. 1. См. Jhering въ его Jahrb., т. 18, стр. 61.

[3]) Наличность интереса обнаруживается обыкновенно сама собою изъ содержанія договора. Особаго доказательства ея отъ вѣрителя по общему правилу не требуютъ, развѣ бы конкретныя обстоятельства указывали на отсутствіе интереса.

[4]) L. 9. § 2. D. de statuliberis. 40. 7... ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. Такимъ образомъ, основныя положенія *обязательственнаго права* не распространяются ни на обѣщанія, которыя относятся къ области обыденныхъ общественныхъ отношеній, каково, напр., обѣщаніе явиться на обѣдъ, ни на такія, которыя касаются личнаго-семейственнаго права или осуществленія политическихъ правъ.

www.naukaprava.ru

щество того, въ чью пользу оно производится. Достаточно, чтобы дѣло шло вообще о предметахъ, которые въ *гражданскомъ оборотѣ получаются за деньги.* Имущественный интересъ заключается тогда въ томъ, что вѣритель избавляется отъ издержекъ, которыя онъ произвелъ бы для полученія обѣщаннаго, если бы послѣднее не было ему доставлено исполненіемъ даннаго обязательства[5]).

Многіе идутъ далѣе и утверждаютъ, что въ настоящее время всякое обѣщаніе извѣстнаго дѣйствія, безотносительно къ его имущественной цѣнности, порождаетъ обязательство, связывающее стороны и снабженное искомъ, поскольку въ немъ дѣло идетъ не о простой прихоти. Но этотъ взглядъ не считается съ необходимостью имѣть критерій для разграниченія того, что заключается въ рамкахъ обязательства, пользующагося исковою защитою, и что составляетъ лишь нравственную обязанность или долгъ простой вѣжливости. Точное разграниченіе этихъ областей имѣетъ особенно важное значеніе въ современномъ правѣ, гдѣ для заключенія обязательствъ не требуется особой формы[6]).

Такъ же смотритъ на дѣло и гражд. улож. для герман. имперіи[7]).

---

[5]) Если продавецъ или кто-либо инымъ образомъ принимающій на себя обязательства за деньги обѣщаетъ, на ряду съ главнымъ договоромъ, извѣстныя дѣйствія, не допускающія денежной оцѣнки, то, въ случаѣ ихъ неисполненія, покупатель можетъ при помощи иска добиваться уменьшенія покупной платы; и наоборотъ, покупатель обязанъ уплатить цѣну высшую, чѣмъ было обѣщано, если онъ, кромѣ взноса покупной платы, взялъ на себя еще исполненіе побочныхъ обязательствъ, не поддающихся денежной оцѣнкѣ, и ихъ не исполнилъ. Ибо предполагается, что въ подобныхъ случаяхъ покупная цѣна увеличивается или уменьшается въ зависимости отъ этихъ побочныхъ обязательствъ. Изъ этой точки зрѣнія исходитъ Папиніанъ—libro 27 quaestionum—, обсуждая обѣщаніе, данное покупателемъ продавцу подвергнуть купленнаго раба наказанію: l. 6, § 1. D. de servis exportandis. 18. 7. Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur, см. l. 10. D. eod., l. 79. D. de contr. empt. 18. 1.

[6]) Момента имущественной цѣнности обязательства не хотятъ признать: Windscheid, т. 2, § 250, прим. 3, Jhering въ его Jahrb., т. 18, стр. 43, Regelsberger въ Endemanns Handb. des Handelsr., т. 2, стр. 472, Pernice: Labeo, т. 3. стр. 172 и слѣд.; въ русской литературѣ см. Пассекъ: Неимущественный интересъ въ обязательствѣ, Юрьевъ, 1893. Что римское право и въ своемъ позднѣйшемъ видѣ твердо держалось момента имущественной цѣнности обязательствъ, видно, главнымъ образомъ, изъ приведенной выше въ прим. 5 l. 6, § 1. D. de serv. exp. 18. 7, которой Jhering пользуется какъ разъ для доказательства противнаго. Ибо аргументація Папиніана сосредоточивается исключительно на томъ: не существуетъ ли въ данномъ договорѣ по крайней мѣрѣ *косвенный* имущественный интересъ. Изъ того, что римскіе юристы позднѣйшаго времени, говоря о требованіи имущественнаго интереса, прибѣгаютъ къ болѣе тонкимъ толкованіямъ, прямо явствуетъ, что этотъ моментъ ими никогда не былъ отвергнутъ.— Римская теорія обязательствъ, безъ сомнѣнія, рецепирована, а вмѣстѣ съ нею—и требованіе имущественнаго интереса; нѣтъ ни закона, ни судебнаго обычая, которыми бы оно было отмѣнено. Нельзя усматривать измѣненія самого понятія обязательства въ томъ обстоятельствѣ, что при современной организаціи принудительнаго исполненія могутъ быть подвергнуты послѣднему и такія обѣщанія, которыя не имѣютъ денежнаго характера. Лишенъ основанія также упрекъ, что наше воззрѣніе считаетъ достойными правовой защиты только тѣ блага, которыя допускаютъ денежную оцѣнку, а не иные, пожалуй, болѣе важные интересы. Не подлежитъ сомнѣнію, что существуютъ требованія *необязательственнаго* характера, которыя защищаются искомъ, хотя и не имѣютъ имущественной цѣнности, какъ, напр., обрученіе или требованіе о выдачѣ жены или дѣтей, удерживаемыхъ третьими лицами. Мы отрицаемъ только существованіе *обязательствъ* безъ имущественнаго интереса. Допустимъ, напр., что женихъ вполнѣ серь-

§ 18. Договоры въ пользу третьихъ лицъ[1]).

Подъ договоромъ *„въ пользу третьяго лица“* мы разумѣемъ тотъ случай, когда стипулянтъ выговариваетъ извѣстное дѣйствіе въ пользу третьяго лица, такъ чтобы и послѣднее могло судебнымъ порядкомъ требовать исполненія этого дѣйствія[2]).

Древне-римское право признавало подобные договоры только въ видѣ рѣдкихъ исключеній. *Стипулянту* на основаніи такого соглашенія отказывали въ искѣ за отсутствіемъ его собственнаго денежнаго интереса, который считался необходимымъ для обоснованія обязательства; отказывали въ искѣ и *третьему лицу*, такъ какъ оно *не участвовало въ договорѣ* въ качествѣ контрагента[3]).

Еще въ позднѣйшемъ римскомъ правѣ, однако, это существенно измѣнилось, а современное право установило совершенно иной принципъ.

1. Уже въ Римѣ за *стипулянтомъ* признавали право иска о дѣйствіи въ пользу третьяго лица въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ имѣлъ *косвенный* денежный интересъ въ этомъ исполненіи, напр.,

---

езно обѣщаетъ своей невѣстѣ не посѣщать болѣе извѣстнаго клуба, или кто-либо, не обладающій крѣпкимъ здоровьемъ, самымъ торжественнымъ образомъ обѣщаетъ своему брату не курить больше сигаръ. Неужели подобныя обѣщанія должны повлечь за собою искъ и исполненіе ихъ можетъ быть вынуждено путемъ наложенія штрафа въ судебномъ порядкѣ? См. Laband въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 171, Pothier: Traité des obligations, p. 1, ch. 1, § 138 и авторовъ, указанныхъ у Hasenöhrl, стр. 22, прим. 79. См. также Kuntze: Obligationen, 1886, стр. 122, Wendt: Pandekten, § 186, Hartmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 370, Hellwig, тамъ же, т. 86, ст. 4; съ другой стороны Kohler въ Archiv für bürg. Recht. т. 12, стр. 1.

7) См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 84, стр. 185.

[1]) Подробную исторію ученія о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ излагаетъ Gareis: Die Verträge zu Gunsten Dritter, 1873, стр. 51 и слѣд. Позднѣйшую обработку этого ученія мы находимъ у Stobbe-Lehman: Privatrecht, т. 3. стр. 223; Regelsberger въ Endemanns Handb. des Handelsr., т. 2, стр. 473; Bähr: Urtheile des Reichsgerichts, стр. 70; Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, статья 1; Bähr тамъ же, статья 5; Danz: Forderungsüberweisung, стр. 120; Luigi Tartufari: Dei contratti a favore di terzi, 1889, о германской теоріи и практикѣ трактуетъ четвертый отдѣлъ; Leonhard: Die Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, 1892; Pacchioni: I contratti a favore di terzi, Jnsbr. 1898. Главнымъ образомъ право новаго германскаго уложенія излагаетъ Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.

[2]) Отъ договоровъ въ пользу третьихъ лицъ надо отличать такіе, которые заключены черезъ *представителя*. Въ самомъ дѣлѣ, при прямомъ представительствѣ правами, вытекающими изъ обязательства, обладаетъ лишь представляемый, а не представитель, при косвенномъ—лишь представитель, а не представляемый. Это, какъ выражается Zimmerman—Negotiorum gestio, стр. 84—сдѣлки въ одинъ слой, *„однослойныя“* (einschichtige), а не въ два слоя, *„двуслойныя“* (zweischichtige), какъ договоры въ пользу третьихъ лицъ.

[3]) L. 11. D. de obl. et act. 44. 7. Paulus libro 12 ad Sabinum: Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus. l. 38, § 17. D. de verb. obl. 45. 1, ср. выше § 17, прим. 1. Исключеніе составляетъ fideicommissum a debitore relictum, при которомъ наслѣдодатель уговаривался со своимъ должникомъ, чтобы уплата всего долга или части его была произведена третьему лицу, см. въ особенности l. 26. pr. D. dep. 16, 3. Hellwig, прив. соч., стр. 1 и слѣд. Здѣсь уже во времена классическихъ юристовъ третье лицо имѣло actio ex fideicommisso. Далѣе, еще въ до-Юстиніановомъ правѣ была признана дѣйствительность такихъ договоровъ въ пользу третьяго лица, при которыхъ стипулянтъ имѣлъ въ виду сдѣлать третьему лицу безвозмездное предоставленіе inter vivos, l, 3. C. de donat. quae sub m. 8. 54. Но принципъ остался безъ измѣненія, еще Діоклетіанъ и Максиміанъ отвергаютъ въ l. 26. C. de jure dot. 5. 12. договоры въ пользу третьихъ лицъ.

www.naukaprava.ru

когда онъ выговорилъ уплату своего долга своему кредитору[4]). Еще шире становится это право иска при bonae fidei judicia. Въ современномъ правѣ, чтобы предоставить стипулянту право на искъ, въ общемъ достаточно и неденежнаго интереса; таковъ, напр., случай, когда хозяинъ фабрики выговариваетъ извѣстныя денежныя выдачи въ пользу бѣдныхъ.

2. Уже въ Юстиніановомъ правѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предоставляли *третьему лицу* actio utilis, посредствомъ которой оно могло добиться исполненія въ свою пользу[5]).

Точно такъ же при Юстиніанѣ получили исковую защиту договоры, направленные на дѣйствіе въ пользу всѣхъ наслѣдниковъ стипулянта или одного изъ нихъ; между тѣмъ по классическому праву такой защиты не существовало[6]).

Несмотря на всѣ эти исключенія, общій принципъ сохранилъ свою силу въ римскомъ правѣ. Наоборотъ, по обще-германскому праву *третье лицо* всегда можетъ на основаніи договора въ его пользу самостоятельно предъявить искъ, *если такова* была *цѣль договора*[7]).

---

[4]) L. 38, §§ 20 и слѣд. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio commitetur. Et ait Marcellus stipulationem valere... § 20. I. de inut. stipulat. 3. 19. Ср. также выше § 17, прим. 3.

[5]) Actio utilis на основаніи договора, заключеннаго третьимъ лицомъ, предоставлялась: a) женѣ и ея дѣтямъ, если ихъ родственникъ по восходящей линіи при установленіи приданаго выговорилъ его возвращеніе въ ихъ пользу, l. 45. D. sol. matr. 24. 3. l. 7. C. de pact. convent. 5. 14; b) собственнику вещи, которую третье лицо отдало на храненіе или въ ссуду съ условіемъ, чтобы вещь эта была возвращена ея собственнику, l. 8. C. ad exhibendum. 3. 42; c) залогодателю, въ пользу котораго залогопринимать при продажѣ вещи выговорилъ у покупщика право выкупа, l. 13. pr. D. de pigneraticia actione. 13. 7.

[6]) Древнее формальное правило предписывало: „ab heredibus incipere obligationes non posse“. Но такое положеніе шло въ разрѣзъ съ вполнѣ справедливыми жизненными требованіями и потому уже давнымъ давно потеряло подъ собой почву и обходилось на практикѣ, ср. Gajus, Inst. III., § 100, пока, наконецъ, Юстиніанъ не отмѣнилъ его окончательно въ l. un. C. ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant. 4. 11. Ср. Scheurl: Beiträge, т. 1. № 3.

[7]) Весьма споренъ вопросъ, при какихъ условіяхъ третье лицо пользуется правомъ на искъ; споренъ также и характеръ этого права. Прежде весьма распространенъ былъ взглядъ, что третье лицо получаетъ право на искъ лишь въ томъ случаѣ, если оно по приглашенію стипулянта *присоединяется* къ договору. Эта теорія перешла и въ новѣйшія законодательства. Конечно, нѣтъ сомнѣнія, что третье лицо имѣетъ право на искъ, разъ оно подобнымъ образомъ присоединилось къ сдѣлкѣ. Но на практикѣ такое приглашеніе и самое вступленіе третьяго лица въ сдѣлку встрѣчаются весьма рѣдко; и тѣмъ не менѣе во многихъ случаяхъ право третьяго лица на искъ является несомнѣннымъ. Гдѣ же поэтому критерій для рѣшенія даннаго вопроса? Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis, loc. cit., стр. 4 полагаетъ, что *отъ намѣренія контрагентовъ* зависитъ предоставить на основаніи ихъ сдѣлки третьему лицу право требовать исполненія отъ обязавшагося. Ср. R. G. E., т. 2, стр. 54, т. 7, стр. 131. Впрочемъ, продолжаетъ онъ, нѣтъ необходимости, чтобы это намѣреніе нашло себѣ особое выраженіе при составленіи договора; достаточно, если оно можетъ быть обнаружено изъ обстоятельствъ дѣла. Противъ этого высказывается Bähr въ Archiv für civ. Praxis, loc. cit., стр. 163. „Никогда не бываетъ, говоритъ онъ, чтобы при обѣщаніи дѣйствія въ пользу третьяго лица стороны высказались, имѣютъ или не имѣютъ онѣ подобное намѣреніе; точно такъ же обыкновенно не встрѣчается особыхъ „обстоятельствъ“, изъ которыхъ можно было бы сдѣлать заключеніе о наличности такого намѣренія“. Можно согласиться, что Regelsberger въ своей формулировкѣ черезчуръ напираетъ на особую волю контрагентовъ, между тѣмъ какъ для правосудія важенъ, главнымъ образомъ, типъ сдѣлки и ея цѣли. Но различіе между сдѣлками, при которыхъ третье лицо управомочено лишь *получить исполненіе*, и такими, при которыхъ оно имѣетъ право *добиваться этого исполненія путемъ иска*, соотвѣтствуетъ существующему разнообразію фактическихъ обстоятельствъ. Опредѣленіе такого различія можетъ быть подчасъ весьма труд-

a) Но за симъ возникаетъ сложный вопросъ: въ какихъ, именно, случаяхъ третье лицо *управомочено* только *получить* исполненіе обязательства, безъ права иска, и когда оно имѣетъ въ свою очередь самостоятельное *исковое право?* Контрагенты почти никогда не дѣлаютъ особаго уговора относительно этого вопроса. Такимъ образомъ, судья долженъ сдѣлать оцѣнку цѣли данной сдѣлки и опредѣлить вытекающее отсюда намѣреніе контрагентовъ. Эта задача облегчается тѣмъ, что уже путемъ обычая установилось право третьяго лица на искъ при договорахъ извѣстнаго рода. Сюда относятся договоры объ *отчужденіи имѣнія,* въ которыхъ отчуждающій выговариваетъ извѣстныя выдачи въ пользу своихъ дѣтей, жены или другихъ близкихъ ему лицъ [8]). Такой же характеръ имѣетъ *страхованіе жизни* въ пользу третьяго лица [9]).

Точно такъ же *адресатъ, обозначенный въ накладной,* имѣетъ по закону право иска о выдачѣ клади, коль скоро перевозчикъ прибылъ на мѣсто доставки и передалъ адресату накладную [10]). Напротивъ, *адресатъ почтовой посылки не* имѣетъ права иска о ея выдачѣ [11]).

b) Затѣмъ является сомнительнымъ вопросъ, можетъ ли уговоръ въ пользу третьяго лица быть *отмѣненъ* безъ его участія и, если да, то до какого момента? И въ этомъ случаѣ слѣдуетъ обращать вниманіе на характеръ данной сдѣлки [12]). Застраховавшій въ пользу третьяго лица свою жизнь можетъ, пока живъ, уничтожить договоръ или обратить его въ пользу другихъ лицъ; то же самое можно сказать и по отношенію къ выдачамъ изъ отчужденнаго имѣнія. Но право лица, обозначеннаго въ накладной, на кладь становится неотъемлемымъ съ того момента, какъ перевозчикъ передалъ ему накладную послѣ привоза имущества на мѣсто доставки.

c) Право иска третьяго лица имѣетъ свое основаніе въ договорѣ, зависитъ отъ его дѣйствительности и подлежитъ всѣмъ тѣмъ измѣненіямъ, которыя контрагенты произведутъ въ условіяхъ договора до того момента, когда право третьяго лица станетъ неотъемлемымъ.

Но это право все же считается самостоятельнымъ; это не требованіе стипулянта, уступленное имъ третьему лицу. Поэтому, между

нымъ, но оно тѣмъ не менѣе существуетъ. Гражд. улож. для герман. имперіи стоитъ на защищаемой здѣсь точкѣ зрѣнія. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, §§ 105 и 106, стр. 233.

[8]) Это твердо установлено теоріей и практикой. Ср. Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, стр. 239, R. G. E., т. 2, стр. 277, т. 29, стр. 173. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 330.

[9]) Ср. R. G. E., т. 1, стр. 379 и указанные тамъ труды. Тамъ же, т. 11, стр. 174, т. 16, стр. 126; Windscheid, т. 2, § 316, прим. 15, Pfizner въ Archiv für civ. Praxis, т. 72, стр. 49; Heck: Die Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter, 1890, Reuscher: Die rechtliche Natur des Vertrages über die Versicheruug des eigenen Lebens. Berliner Inaug. Diss., 1890, § 12 и сл. Гражд. улож. для герм. имперіи § 330.

[10]) H. G. B. art. 433, 435. R. O. H. G. E., т. 4, стр. 359 и сл. Hellwig, прив. соч., стр. 477 и слѣд. Ср. однако Goldschmidt, Handelsrecht, т. 2, стр. 749.

[11]) R. G. E., т. 43, стр. 98. Иначе Hellwig, стр. 520, по крайней мѣрѣ на основаніи принциповъ новаго германскаго уложенія, далѣе Paul Schmidt, Tüb. Diss. 1898.

[12]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 328.

www.naukaprava.ru

прочимъ, адресатъ накладной въ случаѣ недоставки товара можетъ включить въ интересъ не только убытки отправителя, но и свои собственные [13]).

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Виды обязательственныхъ сдѣлокъ.

§ 19. Сдѣлки, налагающія обязанности на одну и на обѣ стороны.

1. Простѣйшія кредитныя отношенія, въ частности заемъ, служатъ основаніемъ для *односторонних*ъ обязательствъ, такъ что въ силу такой сдѣлки лишь одна сторона становится вѣрителемъ, другая же должникомъ.

Подобную форму римляне старались по возможности придавать и тѣмъ обязательствамъ, которыя въ сущности представляли собою соединеніе взаимныхъ требованій. Для этой цѣли служили у нихъ стипуляціи. Нынѣ для подобныхъ цѣлей выдается вексель, который точно такъ же обосновываетъ лишь строго-одностороннее обязательство.

2. Но, сверхъ того, получили признаніе и *двусторонніе* обязательства, въ которыхъ *каждый* контрагентъ является одновременно и *вѣрителемъ* и *должникомъ*.

Существуетъ двѣ категоріи подобныхъ сдѣлокъ:

a) Такъ-называемые *синаллагматическіе договоры* устанавливаютъ *обмѣнъ* взаимныхъ обязанностей, одинаково существенныхъ для сдѣлки [1]). Сюда относятся купля-продажа, наемъ, договоръ товарищества.

b) Въ другой категоріи взаимно обязывающихъ сдѣлокъ надо различать *главную* и *побочную обязанности*. Первая служитъ для осуществленія главной цѣли сдѣлки, вторая же имѣетъ для нея второстепенное значеніе. Къ этой категоріи договоровъ относятся, напр., mandatum (порученіе), depositum (поклажа). Для осуществленія главной обязанности дается actio directa, а для побочной — actio contraria [2]).

---

13) Нѣкоторые полагаютъ, что третье лицо только управомочено осуществить *требованіе стипулянта*. Его искъ—только actio utilis, т. е., на самомъ дѣлѣ, искъ стипулянта, ср. Bähr, loc. cit. Истина-же въ слѣдующемъ: третье лицо осуществляетъ на основаніи договора *свое собственное право*. Поэтому противъ него не имѣютъ силы компенсаціонныя возраженія изъ другихъ сдѣлокъ, которыя могли бы быть противопоставлены стипулянту. Но вмѣстѣ съ тѣмъ третье лицо предъявляетъ свой искъ на основаніи той-же сдѣлки, а потому противъ него дѣйствительны всѣ возраженія, вытекающія *изъ самаго договора*, напр., exceptio non adimpleti contractus. Съ этимъ согласно опредѣленіе гражд. улож. для герман. имперіи, § 334. Возраженія, вытекающія изъ самаго договора, сторона, давшая обѣщаніе, можетъ приводить также и противъ третьяго лица.

1) Ср. l. 7. § 2. D. de pactis. 2, 14. l. 19. D. de V. S. 50, 16. Гражд. улож. для герман. имперіи § 320 и сл. называетъ синаллагматическіе договоры „взаимными“.

2) Нѣкоторые, напр., Puchta: Pandekten, § 232 и Windscheid, т. 2, § 320, считаютъ обязательства, снабженныя actiones contrariae, за „односторонніе“ обязательства лица, взявшаго на себя главную обязанность, обязанности же, возлагаемыя на другую

§ 20. О синаллагматическихъ сдѣлкахъ въ частности.

Существенной чертой *синаллагматическихъ* сдѣлокъ является *обмѣнъ обѣщанія на обѣщаніе.*

Между вытекающими изъ нихъ взаимными обязательствами существуетъ извѣстная *взаимная зависимость.* Спрашивается, какъ далеко простирается такая зависимость? Это—весьма важный и тонкій вопросъ: при его рѣшеніи приходится считаться съ различными соображеніями.

Чѣмъ самостоятельнѣе обязательство каждой стороны, тѣмъ выше его цѣнность въ отдѣльности, тѣмъ легче его реализація и процессуальное осуществленіе; но, съ другой стороны, и тѣмъ больше опасность, что одна сторона можетъ обогатиться на счетъ другой.

Римское право, въ своемъ развитомъ видѣ, сумѣло избѣгнуть обѣихъ крайностей, установивъ — если исключить договоры найма, подлежавшіе особымъ основаніямъ—слѣдующія основныя положенія:

a) Съ *момента заключенія синаллагматическаго договора*, въ частности купли-продажи, каждый изъ контрагентовъ пріобрѣтаетъ *самостоятельное и снабженное искомъ* право требовать обѣщаннаго ему исполненія.

b) Если же одинъ изъ контрагентовъ, *не исполнившій, вопреки договору,* своей собственной обязанности изъ данной сдѣлки, вздумаетъ путемъ иска потребовать исполненія отъ противной стороны, то получаетъ отказъ въ своемъ требованіи на основаніи *эксцепціи.*

Многіе изъ новѣйшихъ писателей идутъ дальше и признаютъ за правило, что каждый изъ контрагентовъ можетъ добиваться путемъ иска лишь *обмѣна* исполненій. Его исковое право, такимъ образомъ, *обусловлено* исполненіемъ обязательства и съ его стороны.

Однако, такое черезчуръ рѣзкое оттѣненіе взаимной зависимости требованій противорѣчитъ исторіи римскихъ синаллагматическихъ договоровъ и затрудняетъ уразумѣніе весьма важныхъ положеній общегерманскаго права [1]).

сторону, разсматриваютъ лишь, какъ нѣчто возможное, добавочное. Но этотъ взглядъ невѣренъ. Договоръ устанавливаетъ одинаковую *отвѣтственность* для *стороны, взявшей на себя встрѣчную обязанность*, какъ и для главнаго должника; неизвѣстно пока только, возникнутъ ли изъ нея *исковыя требованія.* Ср. Brinz, т. 2, стр. 57; противъ него Rümelin въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, стр. 163. Другіе писатели говорятъ о contractus inaequales bilaterales, а у новѣйшихъ авторовъ иногда встрѣчается выраженіе „неполные" двусторонніе договоры. Относительно judicia contraria см. Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, разд. II, 1, стр. 222.

[1]) Нѣкоторые авторы утверждаютъ, что изъ синаллагматическихъ договоровъ вытекаетъ лишь *одно* обязательство, состоящее изъ соединенія требованій съ встрѣчными требованіями, и что поэтому содержаніемъ процесса является не отдѣльное исполненіе, на которое направлено требованіе истца, а вся сдѣлка въ своей совокупности. Такого именно мнѣнія держится Gans: Obligationenrecht: über bonae fidei und stricti juris actiones, стр. 108, и Liebe: Stipulation, стр. 284. Ср. также Scheurl: Beiträge, т. 1, стр. 151: „требованія и встрѣчныя требованія срослись, какъ члены тѣла; это—части одного цѣлаго". Болѣе умѣреннаго взгляда держится Keller въ Bekkers Jahrbuch, т. 4, статья 11. По его мнѣнію, изъ синаллагматическаго договора возникаютъ хотя односторонніе и самостоятельныя, но обусловливающія другъ друга требованія, такъ что каждая сторона

www.naukaprava.ru

Римское право не только съ исторической, но и съ догматической точки зрѣнія исходитъ изъ принципа полной самостоятельности взаимныхъ обязательствъ.

Мы имѣемъ вѣрное указаніе на то, что еще въ послѣднее время республики продавецъ могъ предъявить искъ о полученіи покупной платы, а покупатель — о полученіи товара, нисколько не опасаясь возраженія, что они сами еще не выполнили своего обязательства [2]). Это было согласно съ общимъ характеромъ древняго права, которое придавало большее значеніе скорѣйшему удовлетворенію притязаній, нежели огражденію отъ возможной эксплоатаціи одной стороны другою.

Тѣмъ не менѣе, преторъ давалъ exceptio mercis non traditae, когда argentarii, производившіе аукціонъ, требовали платы съ лица, предложившаго наибольшую цѣну, не передавъ ему проданнаго товара. Это было особое постановленіе, касающееся однихъ только мѣнялъ, противъ злоупотребленій которыхъ римляне вообще старались защищаться всякими мѣрами [3]). Но юриспруденція императорскаго періода, согласно требованію справедливости, предоставила въ подобныхъ случаяхъ *всякому покупателю* exceptio mercis non traditae или exceptio doli, снабдивъ и продавца соотвѣтствующимъ правомочіемъ.

При этомъ здѣсь имѣлось въ виду вовсе не наказаніе за предъявленіе иска безъ достаточнаго основанія. Весьма характерно римляне называли такое возраженіе „exceptio“—т. е. встрѣчнымъ правомъ [4]).

можетъ требовать исполненія, только предлагая при этомъ исполненіе и съ своей стороны. Вскорѣ противъ Keller'a выступилъ Puchta въ Bekkers Jahrbuch т. 5, статья 5, затѣмъ тамъ же Bekker, статья 6, ср. также Bekker: Aktionen, т. 1, стр. 368. См. далѣе Dernburg: Kompensation, стр. 63 и Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 540. Bechmann отмѣчаетъ „генетическую“ двусторонность купли-продажи, по которой этотъ договоръ является обмѣномъ двухъ взаимныхъ *обѣщаній* и покоится на взаимныхъ требованіяхъ, связанныхъ между собой *при самомъ возникновеніи договора*. Отъ этой двусторонности онъ отличаетъ такъ наз. „функціональную“ двусторонность, по которой взаимныя обязательства зависятъ другъ отъ друга въ *своемъ дѣйствіи*. Онъ справедливо замѣчаетъ: „нѣтъ сомнѣнія, что въ этомъ послѣднемъ смыслѣ купля-продажа и наемъ первоначально не были двусторонними сдѣлками“. Точно такъ же Bechmann вполнѣ основательно опровергаетъ, доказывая его невозможность, неоднократно высказанное утвержденіе, что купля-продажа когда то въ процессѣ приводила къ formula duplex: „quidquid alterum alteri dare facere oportet“. Lenel, Edictum perpetuum, также основательно не упоминаетъ о подобной actio empti venditi. Совершенно невѣроятно, чтобы такой искъ существовалъ до Адріана, а потомъ уже больше не примѣнялся. Вѣдь все развитіе права стремилось къ тому, чтобы смягчить прежнюю строгую односторонность, а не къ тому, чтобъ уничтожить якобы прежде существовавшую двусторонность.

[2]) Varro: De re rustica II, 2, § 6, изложивъ вопросъ о заключеніи купли-продажи съ гарантирующимъ обѣщаніемъ продавца, продолжаетъ: „Quum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili judicio si non reddit pretium.

[3]) Gaius Inst. IV, § 126 a: Item si argentarius pretium rei, quae in auctionem venerit, persequatur. obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, „si ei res, quae emitur, tradita est“; et est justa exceptio. Lenel—Edictum perpetuum, стр. 402—особенно подчеркиваетъ, что эта exceptio была установлена противъ исковъ argentari'евъ.

[4]) И противники нашего взгляда вполнѣ признаютъ значеніе того обстоятельства, что необходима была особая exceptio для защиты покупателя, съ котораго продавецъ взыскивалъ плату, не доставивъ еще товара. Они пытаются устранить это затрудненіе,

Основное воззрѣніе римлянъ на синаллагматическіе договоры проявляется въ слѣдующихъ положеніяхъ римскаго права:

1. Существуетъ юридическое положеніе „periculum est emptoris". Въ силу этого положенія покупатель обязанъ *внести плату и въ томъ случаѣ*, когда *вещь послѣ заключенія договора*, еще до ея передачи, *погибла* по какому-либо *несчастному случаю* (casus), такъ что нѣтъ возможности предоставить ее покупателю [5]).

Это правило несовмѣстимо съ теоріей, по которой на основаніи синаллагматическихъ договоровъ каждый контрагентъ обязанъ произвести исполненіе только при предложеніи исполненія и со стороны другого контрагента, такъ что обязательство направлено на обмѣнъ взаимно обѣщанныхъ дѣйствій. Всѣ попытки объяснить на основаніи этой теоріи переходъ риска съ момента заключенія купли-продажи на покупателя неизбѣжно должны были оказаться напрасными. Противорѣчіе очевидно и можетъ быть устранено развѣ натяжкой или искусственнымъ образомъ [6]).

Если же принять нашу точку зрѣнія, то римское правило разъясняется само собою. Покупатель обязался внести плату. Онъ и долженъ это сдѣлать. Онъ могъ бы противопоставить иску возраженіе, если бы продавецъ *вопреки договору* не доставилъ ему товара. Но объ этомъ не можетъ быть и рѣчи. Товаръ уничтоженъ и притомъ вслѣдствіе несчастнаго случая. Въ силу этого продавецъ освободился отъ своей обязанности; но ничто не можетъ ему препятствовать взыскать за товаръ покупную плату. Такимъ образомъ, рискъ несетъ уже покупатель [7]).

утверждая, что въ большинствѣ относящихся сюда мѣстъ источниковъ покупная плата взыскивается не на основаніи договора купли, а въ силу стипуляціи или литтеральнаго контракта, заключенныхъ по поводу этой платы; въ такихъ случаяхъ, конечно, exceptio была необходима. Но въ упомянутыхъ мѣстахъ именно объ этомъ ничего не сказано. Наличность стипуляціи можно, пожалуй, предполагать въ l. 25. D. de a. e. v. 19. 1. и даже утверждать въ l. 5, § 4. D. de doli mali exceptione. 44. 4, хотя оба эти мѣста наводятъ на сомнѣніе; но во всякомъ случаѣ такое объясненіе не примѣнимо къ l. 5. C. de evictionibus. 8. 44. Antoninus: Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: idem fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris. Какъ видно изъ этого, искъ продавца на основаніи купли-продажи направленъ не на обмѣнъ исполненій, а прямо на обѣщанную плату. Покупатель же пріобрѣтаетъ вслѣдствіе неисправности истца только возраженіе, опирающееся на принципъ справедливости. Правда, противники нашего взгляда ссылаются на Ulpianus libro 32 ad edictum l. 13, § 8. D. de a. e. v. 19 l. Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. Но и это мѣсто указываетъ на то, что дѣло идетъ о встрѣчномъ правѣ отвѣтчика. См. Heerwart въ Archiv für civ. Praxis, т. 7, стр. 314. Относительно исторіи этой exceptio ср. Dernburg: Kompensation, стр. 68 и Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 568, а также André: Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, 1890, § 5. Stintzing: Nondum est ex empto actio, 1893.

[5]) См. ниже § 96. Относительно найма ср. ниже §§ 110 и 111.

[6]) Правило „periculum est emptoris" подробно разсматривается въ ученіи о куплѣ-продажѣ. Различные взгляды на основаніе этого правила лучше всѣхъ сопоставилъ Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, 1885, стр. 5 и сл.

[7]) Защищаемый нами взглядъ нисколько не опровергаетъ l. 50. D. de a. e. v. 19. 1. Labeo libro 4 posteriorum; напротивъ, это мѣсто скорѣе подтверждаетъ его. Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere

www.naukaprava.ru

2. Вслѣдствіе того, что синаллагматическіе договоры основываются на *обмѣнѣ взаимныхъ обѣщаній*, а *не* взаимныхъ *обязательствъ*, могутъ возникнуть такъ называемые *„хромающіе договоры“* — negotia claudicantia, въ которыхъ на основаніи *двусторонней* сдѣлки только *одна сторона пріобрѣтаетъ право* и лишь *на одного изъ контрагентовъ возлагается обязанность*. Если, напр., несовершеннолѣтній заключаетъ синаллагматическій договоръ безъ согласія своего опекуна, то онъ получаетъ въ силу этого договора права, потому что ему дозволено самостоятельно пріобрѣтать права путемъ сдѣлокъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ не обязанъ произвести исполненіе, такъ какъ онъ не можетъ самостоятельно принимать на себя обязательства [8]). Правда, онъ можетъ *принудить* противную сторону исполнить обѣщаніе лишь въ томъ случаѣ, если *самъ предложитъ исполненіе:* онъ поступилъ бы недобросовѣстно, осуществляя свои требованія изъ сдѣлки, которой онъ не признаетъ дѣйствительной, поскольку она на него налагаетъ обязанности [9]). Но предъявить искъ на основаніи такого договора можетъ только онъ: его контрагентъ поэтому долженъ быть во всякое время готовъ къ исполненію, не имѣя возможности предъявить искъ съ своей стороны. Конечно, его положеніе въ силу этого весьма невыгодно.

Болѣе подчеркиваетъ обоюдную зависимость взаимныхъ требованій гражд. улож. для герм. имперіи. При невозможности исполненія съ одной стороны погашается обязательство и другого контрагента. Принципа periculum est emptoris и negotia claudicantia болѣе не существуетъ. Но и теперь право иска каждаго изъ контрагентовъ является самостоятельнымъ и не обусловлено исполненіемъ обязательства съ его стороны. Только по соображеніямъ справедливости противъ иска дается exceptio non adimpleti contractus [10]).

---

desiisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua careret. Labeo имѣетъ въ виду законы о прощеніи долговъ—novae tabulae—, каковые нерѣдко издавались въ республиканскій періодъ. Продавецъ не можетъ быть принужденъ къ передачѣ вещи, пока ему не была предложена полностью покупная цѣна. Это оправдывается тѣмъ, что покупатель *нарушаетъ договоръ купли-продажи*, желая воспользоваться льготой закона о долгахъ. Ср. Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 589.

[8]) 1. 13, § 29. D. de a. e. v. 19. 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. Ср. pr. I. de auctoritate tutorum. 1, 21. Другой случай negotium claudicans мы имѣемъ при продажѣ краденой вещи, когда только покупатель, а не продавецъ зналъ о кражѣ. Здѣсь возникаетъ одно лишь исковое право продавца на уплату цѣны, а покупатель, поступившій недобросовѣстно, не имѣетъ никакого права иска, l. 34, § 3. D. de contr. empt. 18. 1. Относительно negotia claudicantia ср. Brandis въ Lindes Zeitschrift, т. 7, стр. 149 и сл. Dernburg: Kompensation, стр. 71 и сл. Ср. далѣе писателей, приведенныхъ у Arndts'a, § 234, прим. 4.

[9]) Главнымъ образомъ Павелъ защищаетъ тотъ взглядъ, что лицу, на которое по синаллагматическому договору возлагается обязательство *безусловно*, принадлежитъ jus retentionis до тѣхъ поръ, пока его контрагентъ, хотя онъ самъ по себѣ договоромъ не связанъ, не предложитъ съ своей стороны исполненія. Ср. l. 7, § 1. D. de resc. vend. 18. 5. и другія мѣста, приведенныя у Dernburg'a: Kompensation, стр. 74, прим. 2. Ульпіанъ, очевидно, еще не придерживался такого взгляда, иначе онъ не могъ бы пройти молчаніемъ въ выше (прим. 8) приведенномъ мѣстѣ столь существенное измѣненіе въ прежнихъ воззрѣніяхъ.

[10]) Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 92, стр. 200 и слѣд.

§ 21. Exceptio non adimpleti contractus [1]).

Exceptio non adimpleti contractus имѣетъ громадное практическое значеніе. Она можетъ имѣть мѣсто при всѣхъ синаллагматическихъ договорахъ [2]) и отличается нѣкоторыми особенностями [3]).

1. По общему правилу, обязанность представить *доказательства возлагается на истца*, желающаго устранить это возраженіе, а *не на отвѣтчика*, пользующагося имъ — какъ при другихъ эксцепціяхъ. Если поэтому истецъ утверждаетъ, что эксцепція не можетъ быть допущена потому, что отвѣтчикъ долженъ исполнить обязательство *прежде него*, то именно онъ обязанъ это доказать, такъ какъ совершеніе обоюдныхъ дѣйствій одновременно (Zug um Zug) при всѣхъ синаллагматическихъ договорахъ—за исключеніемъ найма—составляетъ общее правило. Если же истецъ отвергаетъ эксцепцію на томъ основаніи, *что уже исполнилъ свое обязательство*, то онъ точно такъ же долженъ доказать свое заявленіе. Ибо вообще дѣло должника, въ случаѣ спора, доказать, что онъ исполнилъ свое обязательство [4]).

2. Второю особенностью этой эксцепціи является то, что она не влечетъ за собой непремѣнно *отказа въ искѣ*, ни даже отказа по преждевременности. Вѣдь было бы нецѣлесообразно послѣ того, какъ рѣшеніе вопроса относительно иска и возраженія уже было вполнѣ подготовлено, отказать истцу съ тѣмъ, чтобы онъ потомъ, предлагая исполненіе возложеннаго на него обязательства, снова предъявилъ искъ. Поэтому, въ случаѣ основательности эксцепціи, должно, *по ходатайству истца, послѣдовать присужденіе отвѣтчика подъ условіемъ одновременнаго исполненія со стороны истца* [5]) [6]).

При всемъ томъ надо имѣть въ виду, что здѣсь дѣло идетъ объ эксцепціи отлагательной (dilatoria). Поэтому, если кто-либо, *оши-*

---

[1]) О развитіи exceptio non adimpleti contractus ср. выше § 20; относительно ея характера, какъ эксцепціи, см. главнымъ образомъ Heerwart въ Archiv für civ. Praxis, т. 7, статья 18, т. 14, ст. 9, т. 18, ст. 15; сверхъ того, и сочиненія, приведенныя у Windscheid'a, т. 2, § 321, прим. 2, André, loc. cit., § 5 и къ этому Saleilles въ Annales de droit commercial. т. 6, стр. 287, т. 7, стр. 24, 97, 175. Относительно современнаго права см. Dernb., Bürg. R., т. 2, §§ 93 и 94, стр. 203.

[2]) Ср. Zimmermann, Ueber die Statthaftigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der actio pro socio въ Archiv für civ. Praxis, т. 54, ст. 12.

[3]) Bruck: Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. 1874.

[4]) Ср. выше, выпускъ I, § 159. Съ этимъ согласно гражд. улож. для герм. имперіи, хотя вопросъ въ немъ прямо и не разрѣшенъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, § 93, стр. 204, прим. 5.

[5]) См. выше, выпускъ I, § 154. Такъ же и граж. улож. для герм. имперіи, § 322, Abs. 1.

[6]) На ходатайство истца отвѣтчикъ можетъ возразить, что онъ не желаетъ принять его исполненіе, такъ какъ оно было просрочено, и требовать окончательнаго отказа въ искѣ. Въ подобномъ случаѣ судья долженъ сперва рѣшить вопросъ, подлежитъ ли удовлетворенію требованіе истца о безусловномъ присужденіи отвѣтчика, а уже потомъ, если требованіе это удовлетворенію не подлежитъ (что можетъ быть опредѣлено и въ частичномъ рѣшеніи), разсмотрѣть вопросъ о допущеніи послѣдующаго исполненія истца; если, наконецъ, такое исполненіе будетъ допущено, онъ можетъ постановить условное присужденіе отвѣтчика. Ср. заслуживающее вниманія изложеніе André, loc. cit., стр. 129.

www.naukaprava.ru

бочно полагая, что его контрагентъ уже исполнилъ свое обязательство, произведетъ исполненіе съ своей стороны, онъ не можетъ вытребовать его обратно путемъ condictio indebiti. Вѣдь онъ исполнилъ то, къ чему былъ обязанъ [7]). Поэтому ему остается лишь предъявить искъ противъ контрагента объ исполненіи обязательства согласно договору. Точно такъ же совершенно ясно, что исполнившій обязательство, *въ ожиданіи исполненія со стороны своего контрагента,* не можетъ требовать возврата предоставленнаго, если его предположеніе не оправдается. Исполняя свое обязательство и не требуя при этомъ исполненія со стороны контрагента, онъ кредитовалъ послѣдняго. Лишь въ томъ случаѣ, когда онъ произвелъ исполненіе, будучи введенъ въ заблужденіе ложными указаніями, онъ можетъ предъявить требованіе на основаніи обмана [8]).

II. На ряду съ exceptio non adimpleti contractus встрѣчается и такъ наз. exc. non rite adimpleti contractus. Однако, практика съ этимъ терминомъ связываетъ весьма различныя понятія [9]).

а) Эта эксцепція можетъ являться лишь разновидностью exceptio non adimpleti contractus. Сюда относится тотъ случай, когда отвѣтчикъ *медлитъ совершеніемъ* возложеннаго на него обязательствомъ дѣйствія, утверждая, что исполненіе или предложеніе исполненія со стороны истца не могутъ разсматриваться, какъ *настоящее исполненіе,* такъ какъ произведены не вполнѣ или съ извѣстными недостатками или же заключаются въ чемъ-либо отличномъ отъ объекта обязательства.

Впрочемъ, *обязанность представить доказательства* распредѣляется въ данномъ случаѣ особымъ образомъ. Правда, *истецъ* долженъ съ своей стороны доказать, что произведенное имъ исполненіе или предложеніе исполненія *вполнѣ соотвѣтствуютъ* его обязательству. Но для этого достаточно доказать, что все произведено *съ внѣшней стороны* надлежащимъ образомъ и *повидимому* соотвѣтствуетъ договору; ибо нормальный порядокъ явленій долженъ предполагаться. Относительно исполненія нужно предположить, что оно послѣдовало надлежащимъ образомъ, разъ контрагентъ *принялъ* его безъ возраженія, хотя бы при большемъ вниманіи ему и должны были броситься въ глаза недостатки, на которые онъ ссылается только теперь.

---

[7]) Römer въ Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, т. 19, статья 4, l. 51, D. de condictione indebiti. 12, 6. Противъ этого Windscheid, т. 2, § 321, прим. 10.

[8]) Противнаго взгляда держится Windscheid, loc. cit. Онъ допускаетъ обратное требованіе въ томъ случаѣ, если исполненіе произошло „въ надеждѣ, что исполненіе со стороны контрагента будетъ произведено *безъ вмѣшательства суда*". „Исполнившій", продолжаетъ Windscheid, „сдѣлалъ это въ данномъ случаѣ не въ силу своего обязательства, которое, какъ ему было извѣстно, онъ могъ бы пока еще оставить неисполненнымъ; въ дѣйствительности же онъ отказался отъ эксцепціи въ ожиданіи исполненія отъ контрагента". Подобныя тонкости не имѣютъ подъ собой почвы въ житейской практикѣ. Какимъ способомъ должна быть изъявлена надежда, что исполненіе со стороны контрагента послѣдуетъ безъ вмѣшательства суда? См. также Hanausek: Haftung des Verkäufers, т. 2, стр. 218.

[9]) Ср. André, прив. соч. Относительно современнаго права см. Dernburg: Bürg. R., т. 2, § 94, стр. 205.

Если же отвѣтчикъ утверждаетъ, что повидимому правильное исполненіе или предложеніе исполненія на самомъ дѣлѣ неправильны, то уже *онъ* долженъ это доказать.

Отвѣтчикъ можетъ совершенно воздержаться отъ исполненія, даже если указанные имъ недостатки весьма незначительны, ибо онъ обязанъ произвести исполненіе лишь тогда, когда и его контрагентъ вполнѣ выполнитъ свое обязательство. Но разъ онъ *принялъ* исполненіе, *какъ надлежащее*, и недостаетъ лишь какихъ-либо *незначительныхъ* или второстепенныхъ дѣйствій, то онъ можетъ требовать только, чтобы недостатки были пополнены впослѣдствіи, или чтобъ ему были возмѣщены убытки; исполненіе же своего обязательства онъ можетъ задержать лишь въ соотвѣтствующей пропорціи и то только въ томъ случаѣ, если оно дѣлимо. Это само собою вытекаетъ изъ требованій справедливости и цѣлесообразности [10]).

b) Нерѣдко отвѣтчикъ въ формѣ разсматриваемой нами эксцепціи осуществляетъ *самостоятельное встрѣчное право*, направленное, напр., на измѣненіе и уменьшеніе покупной цѣны или на возмѣщеніе убытковъ. Это право, смотря по обстоятельствамъ, ведетъ то къ окончательному отказу въ искѣ, то къ уменьшенію цѣны иска. Отвѣтчикъ, согласно общимъ положеніямъ, долженъ доказать всѣ факты, лежащіе въ основаніи такого встрѣчнаго права.

§ 22. **Абстрактныя обязательства.**

Различіе между сдѣлками *абстрактными* и *каузальными* [1]) имѣетъ въ обязательственномъ правѣ особенно важное значеніе.

Обязательства возникаютъ въ силу извѣстныхъ хозяйственныхъ соображеній. Ихъ существованіе и объемъ обыкновенно—въ такъ наз. каузальныхъ или матеріальныхъ сдѣлкахъ—зависятъ отъ ихъ causa. Разъ кто-либо на основаніи займа обязался уплатить 1000 р., то онъ ихъ въ дѣйствительности долженъ лишь въ томъ случаѣ, если они ему были выданы, а кто обѣщалъ заплатить 100 р. въ качествѣ покупной платы, никоимъ образомъ не можетъ быть принужденъ ко взносу ихъ, пока ему не будетъ доставленъ проданный товаръ.

Такой порядокъ, конечно, возлагаетъ на кредитора, при взысканіи слѣдуемыхъ ему суммъ, доказательства, часто сопряженныя съ большими затрудненіями. Вслѣдствіе этого можетъ произойти задержка въ своевременномъ поступленіи прихода, отчего, быть можетъ, пріостановится и дальнѣйшее веденіе его предпріятія.

---

[10]) Ср. рѣшенія имперскаго суда въ Seuff. Arch., т. 54, № 214. Гражд. улож. для герман. имперіи § 320 опредѣляетъ: Если одною стороною удовлетвореніе учинено въ части, то во встрѣчномъ удовлетвореніи не можетъ быть отказано, поскольку такой отказъ, по обстоятельствамъ дѣла, въ особенности въ виду сравнительной ничтожности недоимки, представлялся бы недобросовѣстнымъ.

[1]) См. выше, выпускъ I, § 95. Въ русской литературѣ—Кривцовъ: Абстрактныя обязательства въ римскомъ и современномъ правѣ, 1899.

www.naukaprava.ru

Абстрактныя обязательства находятъ себѣ главное оправданіе въ необходимости своевременнаго поступленія задолженныхъ суммъ, столь важнаго въ гражданскомъ оборотѣ.

I. Абстрактныя обязательства заключались въ Римѣ посредствомъ *стипуляціи* въ ея простѣйшемъ видѣ: decem dare spondes? spondeo[2]). Послѣдняя содержитъ въ себѣ обѣщаніе долга, безъ указанія на его основаніе. Поэтому, если дѣло доходило до процесса, то судья долженъ былъ разсмотрѣть только, правильно-ли было дано обѣщаніе, не обращая вниманія на основаніе стипуляціи. Но такой порядокъ удержался не долго.

а) Взаимная связь между обѣщаніемъ долга и его основаніемъ до извѣстной степени неразрывна. Поэтому были неизбѣжны затрудненія.

Должникъ можетъ обѣщать уплату долга, имѣющаго свое основаніе въ прошломъ, предполагая, напр., существованіе обязательства изъ купли-продажи, найма, порученія или товарищества — такъ наз. stipulatio debiti; но потомъ оказывается, что произошло извинительное заблужденіе, и что предполагаемаго обязательства въ дѣйствительности не существуетъ. Или, что еще хуже, обѣщаніе было дано въ ожиданіи какого-либо событія въ будущемъ, напр., выдачи валюты — такъ наз. stipulatio ob causam — и это ожиданіе не оправдалось [3]).

Необходимымъ оказалось предоставить въ подобныхъ случаяхъ лицу, давшему обѣщаніе, condictio, направленную на освобожденіе отъ долга изъ стипуляціи[4]), лишеннаго всякаго основанія. Допущена была также exceptio doli противъ иска, предъявленнаго на основаніи подобной стипуляціи. Такимъ образомъ, стипуляція утратила свой первоначальный рѣшительный, но часто суровый характеръ. Тѣмъ не менѣе она продолжала сохранять и теперь еще существенныя преимущества, пока, какъ это практиковалось сначала, *давшій обѣщаніе*, возражая противъ стипуляціи, обязанъ былъ съ своей стороны доказать *отсутствіе causa*[5]).

---

[2]) Liebe—die Stipulation—, изслѣдовавъ абстрактный характеръ стипуляціи, воспользовался полученными результатами для разъясненія теоріи векселя. Однако, Salpius—Novation. стр. 212—справедливо указываетъ на то, что стипуляція, какъ общепринятая форма договора, *могла* воспринимать въ себя и матеріальныя сдѣлки, 1. 5, pr. D. de verb. oblig. 45, 1. Paulus sent. II. 22 § 2. Ср. впрочемъ Wendt въ Jherings Jahrb., т. 28, стр. 31 и противоположный взглядъ Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 13, стр. 264. См. также Mitteis: Reichsrecht, стр. 496.

[3]) Относительно stipulatio debiti и stipulatio ob causam см. Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855. 3-е изд., 1895, особенно §§ 14 и сл., ср. также толковый обзоръ воззрѣній Bähr'a у Rocholl: Rechtsfälle des Reichsgerichts, т. 1, стр. 256.

[4]) Относительно этой condictio, направленной на освобожденіе отъ стипуляціи, ср. l. 1 и 3. D. de condictione sine causa. 12. 7. Salpius, loc. cit., стр. 289.

[5]) Quintilian: Inst. orat. IV, 2, 6, Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione: diversae partis expositio est, cur ea nondum debeantur.

[6]) Если отвѣтчикъ возражалъ противъ стипуляціи, что валюта была обѣщана, но не выдана, то истецъ, безъ сомнѣнія, долженъ былъ доказать ея выдачу, 1. 3. C. de non numerata pecunia 4. 30. Antoninus: Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numaratae pecuniae, compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur. a. 215.

b) Но и этотъ порядокъ былъ измѣненъ въ позднѣйшій классическій періодъ. Если отвѣтчикъ указывалъ на отсутствіе causa, то ея осуществленіе долженъ былъ доказать уже кредиторъ, предъявившій искъ на основаніи стипуляціи[6]). Хотя такой пріемъ устранялъ различныя злоупотребленія, однако онъ вмѣстѣ съ тѣмъ лишилъ стипуляцію свойственныхъ ей полезныхъ качествъ.

Она, строго говоря, утратила свой абстрактный характеръ. Послѣднее обстоятельство получило громадное значеніе для *стипуляціонныхъ документовъ*. Разъ они свидѣтельствовали объ одномъ только *объщаніи долга*, а не объ его *основаніи*—такъ наз. cautio indiscreta—, то уже не могли болѣе служить достаточнымъ доказательствомъ существованія обязательства.

На этомъ основаніи и *первоначальная теорія общегерманскаго права* признавала лишь *матеріальныя сдѣлки*, и никакая расписка не имѣла силы доказательства, если въ ней, кромѣ долгового обѣщанія, не было упомянуто и самое основаніе долга. Подобная расписка отвергалась, какъ cautio indiscreta.

II. Въ *новѣйшемъ общегерманскомъ правѣ* снова возрождается институтъ абстрактныхъ обязательствъ[7]). Онъ прежде всего появился въ практикѣ торговаго права; но на этомъ развитіе не остановилось.

1. *Вексель* порождаетъ безусловно абстрактное обязательство; онъ *не можетъ* содержать въ себѣ указанія на основаніе долга, *разъ онъ долженъ считаться векселемъ*. Являясь первоначально орудіемъ для однѣхъ только сдѣлокъ купцовъ, вексель въ настоящее время доступенъ для всякаго.

2. Законъ признаетъ, кромѣ того, обязательную силу за переводами и письменными обязательствами купцовъ, направленными на полученіе замѣнимыхъ вещей (res fungibiles), хотя бы они и не заключали въ себѣ указанія на основаніе долга[8]).

Это должно было повести къ дальнѣйшимъ выводамъ, развиваемымъ въ l. 25, § 4. D. de probat. 22. 3.—Paulus libro 3 quaestionum: Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse. Ср. l. 13. C. de non numerata pecunia 4, 30. Что именно въ l. 25, § 4, принадлежитъ самому Павлу, рѣшить трудно. Во всякомъ случаѣ, оба приведенныя опредѣленія согласны другъ съ другомъ. Разъ истецъ, предъявившій искъ на основаніи cautio indiscreta, послѣ возраженія отвѣтчика, долженъ доказать приводимую имъ въ качествѣ causa стипуляціи выдачу валюты, то, естественно, на него возлагается доказательство и тѣхъ раньше заключенныхъ обязательствъ, на которыя онъ ссылается, какъ на causa стипуляціи. Въ противномъ случаѣ онъ могъ бы весьма легко путемъ простой невѣрной ссылки отдѣлаться отъ затруднительнаго и, пожалуй, невозможнаго доказательства. Впрочемъ, толкованія „пресловутой“ l. 25, § 4 D. de probat. весьма разнообразны. Ср. Windscheid, т. 2, § 318, прим. 4 и приведенныхъ тамъ писателей. По нашему-же мнѣнію, упомянутыя опредѣленія являются какъ бы погребальнымъ звономъ абстрактныхъ стипуляцій въ римскомъ правѣ; Gneist: Formelle Verträge. стр. 198. Ср. также Pernice loc. cit., стр. 264.

7) Древне-германское право не требовало доказательства основанія долга при предъявленіи иска, ср. Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, § 220, прим. 3 и сл.

8) H. G. B. § 363. R. O. H. G. E., т. 7, стр. 204, т. 8, стр. 431, т. 19, стр. 277.

www.naukaprava.ru

Такое же значеніе абстрактныхъ обязательствъ имѣютъ, по общему правилу, и бумаги на предъявителя.

3. Но и помимо этихъ, указанныхъ нами, особыхъ случаевъ можно заключать *обязательства, имѣющія своимъ предметомъ опредѣленное дѣйствіе, внѣ всякой зависимости отъ ихъ основанія*[9]). Должна быть на лицо лишь воля контрагентовъ, направленная на установленіе такого обязательства. Это бываетъ, именно, въ томъ случаѣ, когда кто-либо заявляетъ, что онъ долженъ извѣстную сумму, согласно произведенному съ контрагентомъ *расчету*. Въ подобномъ случаѣ ясно выражена воля не обращать вниманія на отдѣльныя статьи расчета и считаться лишь съ окончательнымъ его результатомъ. Такой же характеръ имѣетъ и *признаніе раньше существовавшаго долга* на извѣстную сумму[10]).

Итакъ, все прежнее ученіе о cautio indiscreta должно было подвергнуться существеннымъ измѣненіямъ. *Долговая расписка, не указывающая основанія долга, считается вполнѣ достаточнымъ доказательствомъ, если только ясно, что стороны желали установленія, именно, абстрактнаго обязательства.* Но если изъ самой расписки наличность такого намѣренія не можетъ быть усмотрѣна, то подобная расписка и понынѣ является однимъ лишь фрагментомъ договора, значеніе котораго можетъ опредѣлиться вполнѣ только въ томъ случаѣ, если будетъ доказано основаніе долга[11]).

И гражд. улож. для герм. имперіи знаетъ абстрактное обѣщаніе и абстрактное признаніе существующаго долга. Для дѣйствительности этихъ договоровъ требуется *письменная* форма. Исключеніе составляютъ тѣ случаи, когда подобныя обѣщанія и признанія происходятъ въ силу общаго расчета или на основаніи мировой сдѣлки: тутъ они дѣйствительны помимо всякой формы[12]).

Допускается возраженіе, что вступленіе въ абстрактное обязательство вызвано ошибкой, обманомъ или насиліемъ, а также, что въ основѣ его лежитъ запрещенная закономъ и потому недѣйстви-

---

[9]) Съ тѣхъ поръ, какъ Bähr, loc. cit. выступилъ съ защитою этого взгляда, послѣдній пріобрѣтаетъ постоянно новыхъ приверженцевъ. Признаніе абстрактныхъ обязательствъ, конечно, не вяжется съ Юстиніановымъ правомъ (ср. выше прим. 6). Но разъ общегерманское право снабжаетъ исками всякіе обязательственные договоры вообще, то почему-же не можетъ имѣть силы соглашеніе контрагентовъ заключить *абстрактное* обязательство? Ср. Windscheid, т. 2, § 318. Если даже не придавать рѣшающаго значенія только что сказанному, мы все таки должны признать, что существуетъ этотъ, вытекающій изъ правовой жизни и ея потребностей институтъ, который, несомнѣнно, коренится въ житейскихъ воззрѣніяхъ и свободно развился благодаря изслѣдованіямъ Bähr'a и ихъ вліянію на теорію и практику.

[10]) Въ пользу этого см. R. G. E. т. 2, стр. 337 и далѣе, т. 3, стр. 264. Требуемая въ этихъ рѣшеніяхъ письменная форма основывается на предписаніи прусскаго права о формѣ договоровъ вообще.

[11]) Было бы рискованно разсматривать всякую выдачу расписки безъ обозначенія causa, какъ вступленіе въ абстрактное обязательство. Такой взглядъ основывался бы на предположеніи, что отсутствіе causa въ распискѣ служитъ само по себѣ вѣрнымъ признакомъ намѣренія взять на себя подобнаго рода обязательство. Но съ этимъ нельзя согласиться, и практика не заходитъ такъ далеко. Ср. R. O. H. G. E., т. 21, стр. 179 Rocholl, loc, cit., стр. 332 и сл. Seuffert: Archiv. т. 48, казусъ 23.

[12]) Ср. §§ 780—782 и къ этому Dernb., Bürg. R., т. 2, §§ 88 и слѣд., стр. 193.

тельная сдѣлка[13]). Но всѣ подобные факты должны быть доказаны *должникомъ*[14]).

РАЗДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Содержаніе и предметъ обязательства.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Сущность обязательственнаго дѣйствія.

§ 23. Содержаніе и предметъ обязательства вообще.

I. Новѣйшіе писатели обозначаютъ содержаніе обязательствъ наиболѣе общимъ терминомъ, какой только можно было найти — „дѣйствіемъ".

Римляне спеціализировали это понятіе и употребляли термины: „dare", „facere" и „praestare"[1]). Подъ „dare" они разумѣли *передачу собственности* на тѣлесныя вещи, равно какъ и *установленіе другихъ вещныхъ правъ;* „facere" обнимаетъ собой всѣ прочія дѣйствія, относящіяся къ тѣлеснымъ вещамъ, напр., передачу владѣнія земельнымъ участкомъ, застройку и обработку послѣдняго; наконецъ, подъ „praestare" разумѣли, главнымъ образомъ, личныя *услуги,* физическія или духовныя[2]). Однако, строгое различіе между „facere" и „praestare" выдержано не было. Въ силу этого facere, въ широкомъ смыслѣ, означаетъ всякое дѣйствіе, исключая „dare".

Весьма важное юридическое значеніе имѣетъ разница между обязательствами, направленными на *совершеніе чего-либо* — такъ наз. *положительныя* обязательства — и *на несовершеніе чего-либо* — *отрицательныя* обязательства[3]).

---

[13]) R. G. E., т. 5, стр. 124.

[14]) Подобныя возраженія не всегда могутъ быть выставлены противъ третьяго лица, добросовѣстно пріобрѣтшаго требованіе, и въ особенности они не допускаются при векселѣ. Для подробнаго изложенія этого вопроса здѣсь, конечно, нѣтъ мѣста.

[1]) Выраженіе „dare, facere, praestare" встрѣчалось въ исковыхъ формулахъ, Gajus, Inst. IV, 2, оно перешло затѣмъ и въ опредѣленіе обязательства, l. 3, pr. D. de obl. et. act. 44. 7. Ср. выше, § 1, прим. 3.

[2]) Что слѣдуетъ разумѣть подъ „praestare"—вопросъ спорный. Литературу см. у Hasenöhrl: Oesterreichisches Obligationenrecht, т. 1, § 161, прим. 2. Въ защиту нашего толкованія мы можемъ указать на то обстоятельство, что выраженіе „praestare" преимущественно употребляется по поводу operae вольноотпущенниковъ въ пользу ихъ патрона, и что въ lex Julia et Papia, въ которой идетъ рѣчь объ обязанностяхъ вольноотпущенниковъ, говорится о „dare, facere, praestare", l. 37, pr. D. de operis libert. 38. 1. Кромѣ того, съ нашимъ взглядомъ согласуется тотъ фактъ, что формула *actio mandati* упоминаетъ о dare, facere, praestare, Gajus, Inst. III, 155, Lenel: Edictum, стр. 236; вѣроятно, это выраженіе встрѣчается и въ actio pro socio, Lenel, loc. cit., стр. 237. и въ actio communi dividundo, Lenel, loc. cit., стр. 164.

[3]) Rümelin въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, стр. 166. Въ частности, при отрицательномъ обязательствѣ не можетъ быть рѣчи объ *уплатѣ* долга; право на искъ возникаетъ лишь съ момента нарушенія обязанности; поэтому только съ этого момента начинаетъ свое теченіе исковая давность, гр. ул. для герм. имп. § 198. Объ отрицательныхъ обязательствахъ по этому уложенію см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 7, стр. 18.

www.naukaprava.ru

II. Какъ предметъ обязательства, разсматриваютъ, смотря по различнымъ точкамъ зрѣнія, либо дѣйствіе, которое должно совершиться на основаніи обязательства, либо личность должника, либо его волю или имущество, либо, наконецъ, объектъ, который долженъ быть предоставленъ въ силу обязательства[4]). Жизнь и практика оставляютъ безъ вниманія всѣ остальныя опредѣленія и, какъ предметъ обязательства, разсматриваютъ единственно то, что должно быть предоставлено въ силу обязательства. Того же взгляда придерживались и римскіе юристы. По ихъ мнѣнію, обѣщанный предметъ находится „in obligatione“[5]). Большинство новѣйшихъ писателей обозначаетъ вещь, на которую направлено обязательство, какъ косвенный, а самое дѣйствіе, какъ прямой предметъ обязательства. Впрочемъ, они въ своихъ дальнѣйшихъ выводахъ не придерживаются этого различія. Въ самомъ дѣлѣ, подобная терминологія крайне неудобна и едва ли можетъ быть одобрена.

III. Нерѣдко должникъ *одною* сдѣлкою беретъ на себя обязанность предоставить *нѣсколько* предметовъ. Въ такомъ случаѣ спрашивается: представляютъ ли изъ себя эти предметы по отношенію къ договору нѣчто *единое*, или между ними существуетъ лишь случайная *связь?* Въ первомъ случаѣ мы имѣли бы дѣло съ *однимъ*, во второмъ съ *нѣсколькими* обязательствами. Если мы въ такой сдѣлкѣ усматриваемъ только одно обязательство, то кредиторъ вправѣ отказаться отъ принятія каждаго изъ этихъ предметовъ въ отдѣльности, такъ какъ онъ можетъ требовать, чтобы предложенное должникомъ дѣйствіе обнимало *все* содержаніе обязательства. Но если въ данномъ случаѣ надо усматривать лишь соединеніе нѣсколькихъ обязательствъ, то кредиторъ обязанъ принимать и *отдѣльные* предметы, которые ему будутъ предложены, несмотря на то, что должникъ еще не представилъ остальныхъ, обѣщанныхъ имъ одновременно. Рѣшающее значеніе здѣсь имѣетъ намѣреніе сторонъ при заключеніи договора. Такое намѣреніе слѣдуетъ опредѣлять на основаніи особыхъ обстоятельствъ даннаго случая и изъ совокупности статей договора. Во всякомъ случаѣ, по общему правилу, извѣстное количество однородныхъ предметовъ, которые должны быть предоставлены въ одно время и которые обозначены *однимъ общимъ числомъ*, разсматривается, какъ единый предметъ обязательства, будь то вещи замѣнимыя (fungibiles) или незамѣнимыя (non fungibiles). Единство цѣны рѣшающаго значенія не имѣетъ[6]).

---

[4]) Ср. Windscheid, т. 2. § 252. прим. 1, Hartmann: Obligationen, стр. 162. Hartmann желаетъ, вообще, избѣжать выраженія „предметъ обязательства“. Но безъ этого термина обойтись нельзя.

[5]) Римляне употребляли слѣдующія выраженія: species или genera „in stipulationibus deducuntur“, l. 54. D. de verb. obl. 45. 1; вещь находится или остается „in obligatione“, l. 9, § 1. D. de solut. 46, 3.

[6]) l. 29, pr. D. de verb. obl. 45. 1, l. 16, § 1, l. 75, § 9, l. 86, l. 140, pr. § 1. D. eod. tit. Windscheid, § 252, прим. 9, Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 24, Bürg. R., т. 2, § 46, стр. 104.

IV. Предметъ обязательства можетъ расшириться, принести плоды или иныя приращенія, измѣниться. Спрашивается: имѣетъ ли *вѣритель* право на *подобныя приращенія?*

При разрѣшеніи этого вопроса слѣдуетъ различать притязанія о возвращеніи (Restitutionsansprüche) и о предоставленіи чего-либо впервые (Leistungsansprüche)[7]).

а) Подъ *притязаніями о возвращеніи* слѣдуетъ разумѣть требованія выдачи такихъ предметовъ, *которые принадлежатъ кредитору*, напр., вещей, находящихся на рукахъ у депозитарія, повѣреннаго, опекуна, управляющаго дѣлами безъ полномочія; сюда относится точно такъ же требованіе выдачи того, что *должно было бы оставаться собственностью кредитора,* какъ напр., всего, что перешло къ другому контрагенту путемъ насилія, обмана или, вообще, безъ надлежащаго правового основанія.

Требованія этого рода распространяются на всю прибыль, которую предметъ обязательства принесъ во время своего нахожденія у должника, а именно на плоды и проценты, *которые послѣдній пріобрѣлъ*. Въ какой мѣрѣ онъ обязанъ возмѣстить плоды и проценты, которые вообще *можно было* получить, зависитъ отъ обстоятельствъ каждаго даннаго случая, въ особенности отъ добросовѣстности или недобросовѣстности должника. Но, во всякомъ случаѣ, послѣдній, по общему правилу, обязанъ возмѣстить т.-н. фиктивный доходъ, т.-е. уплатить обычную въ данномъ *мѣстѣ* и данное *время* наемную плату или обычные проценты, какъ выгоду отъ собственнаго пользованія или потребленія цѣнности, подлежащей возвращенію[8]).

б) Вторая категорія требованій направлена на доставленіе управомоченному лицу того, *что до сихъ поръ ему не принадлежало*. Въ этомъ случаѣ вѣритель получаетъ право на плоды и проценты лишь въ силу просрочки должника или вслѣдствіе иного событія, равносильнаго просрочкѣ. Однако, покупатель, неся съ момента заключенія сдѣлки рискъ, пріобрѣтаетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и право на прибыль, а въ частности на плоды купленной вещи. Сообразно этому римляне установили общее положеніе: „cujus periculum, eius est commodum“[9]). Но это положеніе не всегда оказывается вѣрнымъ[10]).

---

[7]) Развитіе этой мысли см. у Petrazycki: Lehre vom Einkommen, т. 2, § 3, ср. l. 38. D. de usuris. 22. 1.

[8]) Обстоятельное изложеніе у Petrazycki, loc. cit. т. 2, § 6, § 13. Ср. въ особенности l. 19. D. de usuris. 22. 1, l. 9 pr. D. de don. 39. 5, l. 64, D. de R. V. 6. 1.

[9]) § 3. I. de empt. et vend. 3, 23... commodum ejus esse debet, cujus periculum est, l. 10, D. de R. J. 50. 17. Paulus libro 3 ad Sabinum: Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda. Большое число рѣшеній, ссылающихся на это правило, приводитъ Mommsen, Erörterungen, книжка 1, стр. 1.—Ср. Jhering: Abhandlungen, стр. 1 и сл., Windscheid, т. 2, § 327, прим. 9, Petrazycki, loc. cit., т. 2 § 3 въ концѣ.

[10]) Правильно другое положеніе, которое излагаетъ Mommsen, loc. cit. „Если вслѣдствіе одного и того же событія исполненіе обязательства дѣлается невозможнымъ вполнѣ или отчасти и въ то же время появляется какое-либо commodum, то право на commodum принадлежитъ тому, кто несетъ въ отношеніи этого событія рискъ“. Но это правило имѣетъ болѣе широкую область примѣненія.

www.naukaprava.ru

V. При всѣхъ обязательствахъ *эвентуальнымъ* (возможнымъ въ будущемъ) предметомъ ихъ является *денежное вознагражденіе*[11]). Послѣднее должно быть предоставлено кредитору всегда въ томъ случаѣ, если не исполнено то, что слѣдуетъ по обязательству, и если этого исполненія нельзя или неудобно вынудить[12]).

§ 24. Дѣлимыя и недѣлимыя обязательства[1]).

Обязательства дѣлимы, когда ихъ дѣленіе возможно безъ измѣненія ихъ сущности и уменьшенія ихъ цѣнности; въ противномъ случаѣ, они недѣлимы.—Изъ дѣлимости обязательства вовсе не слѣдуетъ, что вѣритель по такому обязательству всегда можетъ быть принужденъ къ принятію *уплаты по частямъ*. Подобнаго рода уплата допускается лишь тогда, когда о ней былъ особый уговоръ. Дѣлимость обязательствъ имѣетъ совершенно иное значеніе. Она играетъ важную роль, прежде всего, въ *наслѣдственномъ правѣ*. Съ древнихъ временъ существуетъ правило, что обязательственныя требованія и долги наслѣдодателя, оставившаго послѣ своей смерти нѣсколькихъ наслѣдниковъ, должны быть раздѣлены между послѣдними. Само собою разумѣется, что это правило распространяется *лишь на дѣлимыя обязательства*.

При рѣшеніи вопроса о дѣлимости римляне дѣлали различіе между обязательствами, направленными на „dare“, „facere“ или „non facere“.

1. Обязательства, направленныя на „dare“, *обыкновенно дѣлимы*[2]). Это подходитъ особенно къ тѣмъ случаямъ, когда обязательство состоитъ въ предоставленіи извѣстнаго *количества* вещей, напр., суммы денегъ, 10 лошадей одной породы. Здѣсь дѣленіе производится соотвѣтственно числу предметовъ — numero.

Но и обязательство, направленное на „dare“ *индивидуально опредѣленной вещи*, считается также дѣлимымъ и притомъ на идеальныя части—partibus. Впрочемъ, такое дѣленіе вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія. Вѣдь идеальная половина, напр., лошади, относительно своей

---

[11]) l. 68, l. 112, § 1 D. de verb. obl. 45. 1.

[12]) Выше, т. 1, § 133.

[1]) Особаго вниманія заслуживаетъ трудъ Ubbelohde: Die Lehre von den untheilbaren Obligationen, 1862. Тамъ можно найти указанія на старую литературу, p. XXIII; ср., кромѣ того, Steinlechner: juris communio, т. I. §§ 19 и 20, Rümelin: Die Theilung der Rechte, §§ 19 и сл. и въ Iherings Jahrb, т. 28, стр. 434, Scheurl: Theilbarkeit, стр. 81 и сочиненія, указанныя у Windscheid, т. 2, § 253, кромѣ того Alf. Terrana: studio sulle obligazioni divisibili ed indivisibili, 1891. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, стр. 105, § 47.

[2]) l. 2, pr. § 1. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 12 ad Sabinum: Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. eiusdem condicionis est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari? Ср. также l. 2, §§ 2 и сл., l. 3, l. 4, l. 54, l. 72 и l. 85. D. de verb. obl. 45, 1.

цѣнности и полезности, не является вполнѣ половиной цѣлой лошади. Положимъ, что одинъ изъ наслѣдниковъ должника готовъ предоставить кредитору идеальную половину подлежащей выдачѣ вещи, въ то время какъ другой уклоняется отъ исполненія и въ силу этого присуждается къ уплатѣ денежнаго вознагражденія за причитающуюся на его долю часть долга; каково тогда положеніе кредитора? Однако, право всѣ эти затрудненія оставляетъ безъ вниманія.

Въ противоположность этому, была установлена *недѣлимость* обязательствъ, имѣющихъ своимъ предметомъ *опредѣленную родовыми признаками вещь — genus*. Допустимъ, напримѣръ, что по данному обязательству должна быть предоставлена хорошая рабочая лошадь; вѣдь было бы насмѣшкой надъ кредиторомъ, если бы одинъ наслѣдникъ должника, въ силу дѣлимости обязательства, могъ предложить идеальную половину одной, а его сонаслѣдникъ — другой лошади! Несмотря на то, что въ данномъ случаѣ оба наслѣдника точно исполнили свои обязательства, кредиторъ все-таки не получилъ бы того, на что онъ имѣлъ право, т.-е. *цѣлой* лошади.

Точно такъ же безусловно *недѣлимы* обязательства, имѣющія своимъ предметомъ установленіе *servitutes praediorum*, такъ какъ установленіе послѣднихъ по частямъ невозможно и, слѣдовательно, не даетъ ни одной доли настоящаго сервитутнаго права.

2. Обязательства, направленныя на „facere“ или „non facere“, обыкновенно *недѣлимы*. Но и это правило не безъ исключеній. Слѣдуетъ рѣшать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, возможно ли дѣленіе обязательства безъ вреда для его сущности и цѣнности.

Въ частности, недѣлимо обязательство, направленное на производство какой-либо вещи, напр. на постройку дома.

Точно такъ же источники признаютъ недѣлимымъ обязательство, имѣющее своимъ содержаніемъ *передачу опредѣленнаго земельнаго участка* [3]); послѣдовательно должно примѣнить то же правило къ передачѣ всякой species вообще, въ частности и движимой вещи. Внутреннее противорѣчіе этого взгляда съ признаніемъ дѣлимости обязательствъ, направленныхъ на „dare“ опредѣленной species, очевидно. Но спрашивается, не здраво ли само по себѣ такое воззрѣ-

---

[3]) l. 72. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 20 ad edictum: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus ceterarumque servitutium; idem puto et si quis *faciendum* aliquid stipulatus sit, *ut puta fundum tradi* vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Уже издавна прилагали всякія старанія, чтобы устранить путемъ толкованія упоминаніе о „fundum tradi“. Конечно, нельзя не согласиться, что оно не гармонируетъ съ господствующимъ взглядомъ на дѣлимость обязательствъ, направленныхъ на „dare“ опредѣленной species, который признаетъ и самъ Ульпіанъ—напр., въ l. 9, § 1. D. de solutionibus. 46. 3. Но развѣ эта теорія была настолько раціональна и безспорна, что Ульпіанъ непремѣнно долженъ былъ придерживаться аналогичнаго взгляда по поводу обязательствъ, направленныхъ на „facere“? Ubbelohde, loc cit., стр. 40, прим. 7 мелькнула мысль читать fundum „radi“ вмѣсто „tradi“, но онъ самъ вполнѣ основательно не придерживается такого толкованія. Ср. впрочемъ Brinz: Pandekten, т. 2, стр. 66, прим. 7.

www.naukaprava.ru

ніе? Кто съ этимъ соглашается и въ немъ усматриваетъ болѣе передовой и раціональный принципъ, тотъ, конечно, долженъ для современнаго права *признать недѣлимымъ всякое вообще обязательство, имѣющее своимъ содержаніемъ предоставленіе species.*

Изъ обязательствъ, направленныхъ на „facere", какъ дѣлимыя, разсматриваются, напр., обязательства посадить 100 яблонь, перевезти 100 возовъ навозу и т. п.

Юридическое значеніе недѣлимыхъ обязательствъ опредѣляется слѣдующими положеніями:

а) *При участіи нѣсколькихъ вѣрителей каждый изъ нихъ имѣетъ право требовать исполненія всего обязательства и на основаніи его предъявить искъ.* Но при этомъ слѣдуетъ различать, является ли исполненіе въ пользу истца одинаково полезнымъ непосредственно для всѣхъ кредиторовъ (таковъ, напр., случай, когда обязательство направлено на ремонтъ общаго дома) или же нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ должникъ имѣетъ право и даже обязанъ, въ интересахъ прочихъ кредиторовъ, потребовать отъ истца обезпеченія въ томъ, что предоставленное ему исполненіе будетъ распредѣлено между всѣми остальными вѣрителями [4]).

Если не послѣдовало исполненія обязательства въ его первоначально установленномъ видѣ, и должникъ въ силу этого присуждается къ уплатѣ денежной суммы, то истецъ получаетъ лишь такую часть денежной стоимости иска, которая соотвѣтствуетъ его наслѣдственной долѣ или, вообще, его участію въ данномъ обязательствѣ, такъ какъ его интересъ дальше этого не простирается [5]).

Цѣлесообразнѣе опредѣленіе гражд. улож. для герм. имперіи [6]). Здѣсь должникъ можетъ совершить исполненіе только всѣмъ кредиторамъ вмѣстѣ, и каждый кредиторъ можетъ требовать только такого исполненія. Каждый кредиторъ въ правѣ требовать, чтобы должникъ отдалъ вещь въ присутственное мѣсто на имя всѣхъ кредиторовъ или, если это неудобно, передалъ ее хранителю, который долженъ быть назначенъ судомъ.

б) *При участіи нѣсколькихъ должниковъ въ недѣлимомъ обязательствѣ вѣритель въ правѣ требовать отъ любого изъ нихъ исполненія всего обязательства и взыскивать съ него весь предметъ судебнымъ порядкомъ.* Такимъ образомъ, мы здѣсь имѣемъ случай солидарнаго обязательства.

Аналогичное опредѣленіе содержитъ и гражд. улож. для герм. имперіи [7]).

---

[4]) Ср. Ubbelohde, loc. cit., стр. 233. Римскіе юристы разрѣшаютъ этотъ вопросъ не совсѣмъ одинаково. Ср. l. 1, § 36, l. 14, pr. D. depositi 16. 3. l. 81, § 1. D. de solut. 46. 3.

[5]) l. 25, § 9. D. fam. erc. 10. 2. Paulus libro 23 ad edictum... omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet, ср. l. 4, § 3. D. si serv. vind. 8. 5 и l. 54, § 1. D. de verb. obl. 45. 1.

[6]) § 432. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 166, стр. 384.

[7]) § 431.

Впрочемъ, весьма спорно, какъ поступить въ томъ случаѣ, когда, вслѣдствіе неисполненія обязательства, въ пользу кредитора будетъ присуждена *денежная сумма* (litis aestimatio). *Распредѣляется* ли эта сумма между наслѣдниками должника или нѣтъ? Вопросъ этотъ слѣдуетъ рѣшить утвердительно [8]).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Различныя категоріи предметовъ обязательства.

§ 25. Species и genus, какъ предметы обязательства.

Предметъ обязательства можетъ быть опредѣленъ *индивидуально—species*—или по *роду* и *свойствамъ—genus* [1]).

Объектомъ обязательства, направленнаго на species, является извѣстный предметъ, опредѣленный индивидуальными признаками.

---

[8]) Римскіе юристы первоначально исходили изъ того положенія, что каждый должникъ, который обязанъ произвести *все* исполненіе, можетъ быть принужденъ и къ уплатѣ *всей* суммы, въ какую будетъ оцѣненъ искъ въ случаѣ неисполненія обязательства. Но такое воззрѣніе могло иногда приводить къ крайне суровымъ послѣдствіямъ. Представимъ себѣ, напр., что наслѣдникъ въ незначительной долѣ, уже послѣ раздѣла наслѣдства, принуждается выплатить полную стоимость большой постройки, которую взялся выполнить наслѣдодатель. Павелъ пытался устранить могущую отсюда возникнуть несправедливость путемъ обезпеченій—cautiones, которыя наслѣдники должны предоставлять другъ другу по поводу judicium familiae erciscundae, l. 25. § 10. D. fam. erc. 10. 2, и, сверхъ того, предоставилъ наслѣднику, уплатившему полностью по оцѣнкѣ недѣлимаго обязательства, регрессное требованіе (actio familiae erciscundae) къ сонаслѣдникамъ, освобожденнымъ его уплатою отъ обязательства, l. 2, § 2. D. de verb. obl. 45. 1. Но подобное притязаніе по отношенію къ сонаслѣдникамъ, которые, быть можетъ, уже давнымъ-давно оставили прежнее мѣсто жительства или сдѣлались несостоятельными, едва ли могло быть достаточнымъ. Поэтому возникла иная теорія, признающая раздѣлъ между сонаслѣдниками денежной стоимости обязательства, какъ дѣлимаго долга, l. 72, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 20 ad edictum... Celsus libro 38 digestorum refert: Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, *pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem:* secundum quem Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem. Изъ всѣхъ приведенныхъ нами опредѣленій Юстиніанова законодательства это мѣсто заслуживаетъ, по нашему мнѣнію, предпочтенія, во-первыхъ, потому, что оно приводитъ къ результатамъ, болѣе согласнымъ съ требованіями справедливости, а затѣмъ потому, что оно прямо рѣшаетъ вопросъ, между тѣмъ, какъ другія мѣста только *предполагаютъ* присужденіе сонаслѣдника къ уплатѣ полной стоимости иска, не высказываясь, однако, прямо за это. Съ точки зрѣнія Юстиніанова права, эти мѣста безъ всякой натяжки могутъ быть отнесены къ случаю, гдѣ одинъ изъ наслѣдниковъ, чтобы предупредить иски къ своимъ сонаслѣдникамъ, добровольно принимаетъ на себя уплату полностью денежной стоимости обязательства. Впрочемъ, то, что вся тенденція римскаго права была направлена на раздѣлъ денежной оцѣнки иска, доказываютъ также l. 11, § 3, l. 6, § 1 D. de aqua 39. 3.—Новѣйшіе изслѣдователи пытаются, главнымъ образомъ, устранить вышеприведенную l. 72. Savigny—Obligationenrecht, т. 1, стр. 358 и сл.—полагаетъ, что Celsus привелъ мнѣніе Туберона просто, какъ „литературный курьезъ“, какъ „почти забытую странность“; Ubbelohde, стр. 90, того мнѣнія, что юристы въ l. 72 имѣли въ виду совершенно исключительный случай—именно, что исполненіе обязательства сдѣлалось невозможнымъ еще при жизни наслѣдодателя и по его винѣ. Но на это въ данномъ мѣстѣ нѣтъ даже намека. Тѣмъ не менѣе и Windscheid—т. 2, § 299, прим. 7—находитъ вполнѣ возможнымъ согласиться съ этимъ объясненіемъ. Наконецъ, Vangerow, т. 3, § 567, прим. 2, дѣлаетъ различіе между обязательствами, направленными на „dare“ и на „facere“. За раздѣлъ денежной стоимости иска высказываются преимущественно прежніе писатели въ области общегерманскаго права; этотъ взглядъ считается „господствующимъ“. Того же мнѣнія Terrana, loc. cit., стр. 77. См. тамъ же указанія на литературу.

[1]) l. 54, pr. D. de verb. obl. 45. 1.

www.naukaprava.ru

Только онъ долженъ и можетъ быть предоставленъ. Поэтому обязательство прекращается, если этотъ предметъ погибнетъ вслѣдствіе несчастнаго случая. Другими словами: *при обязательствѣ, направленномъ на species, рискъ падаетъ на вѣрителя*[2]).

Предметомъ обязательствъ, направленныхъ на genus, обыкновенно бываютъ замѣнимыя вещи—res fungibiles; но это не считается необходимымъ. Напротивъ того, какъ предметъ такого обязательства, могутъ быть допущены и вещи незамѣнимыя, если онѣ опредѣлены родовыми признаками, напр., количество лошадей извѣстной породы. Съ другой стороны, и вещи, сами по себѣ замѣнимыя, могутъ быть обѣщаны въ качествѣ индивидуальныхъ[3]).

Обязательство, направленное на genus, устанавливаетъ рамки, въ предѣлахъ которыхъ должно произойти исполненіе. Но *предметъ обязательства и предметъ исполненія*—не одно и то же. Предметомъ *обязательства* является *родъ*, порода, а предметомъ *исполненія*—всегда *опредѣленный индивидуумъ*. Поэтому должникъ можетъ предложить кредитору и такую вещь, которая принадлежала послѣднему во время заключенія договора, а впослѣдствіи перестала быть его собственностью. Этому нисколько не препятствуетъ правило, что обѣщаніе кредитору его собственной вещи недѣйствительно. Напр., лицо А заключаетъ съ барышникомъ договоръ о покупкѣ лошади, не опредѣливъ ея индивидуально. Вслѣдъ за тѣмъ оно продаетъ какую-либо свою лошадь третьему лицу, которое въ свою очередь перепродаетъ ее барышнику. Послѣдній, во исполненіе первоначальнаго договора съ А, представляетъ ему эту лошадь. Отъ принятія ея А не можетъ отказаться, если только она принадлежитъ къ указаннымъ въ договорѣ роду и породѣ. Вѣдь была продана не данная лошадь, а „лошадь“ вообще[4]).

Изъ указаннаго въ обязательствѣ рода вещей могутъ быть представлены къ исполненію и низшіе сорта[5]), лишь бы они не имѣли недостатковъ[6]).

Несчастный случай, постигшій вещь, которую предполагалось предоставить, *не освобождаетъ должника отъ обязательства,*

---

[2]) Отсюда поговорка: „species perit ei cui debetur“, къ которой прибавляется другая: „genus perire non censetur“.

[3]) Ср. выше, выпускъ I, § 75. Berndorff: Die Gattungsschuld, 1900.

[4]) Такого взгляда Marcellus въ l. 67 и l. 72, § 4. D. de solut. 46. 3. Иного, впрочемъ, мнѣнія Papinianus libro 17 quaestionum, l. 66, § 3. Dig. de leg. II. Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non potest: eademque ratio stipulationis est. hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cujus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit. Преимущество принадлежитъ теоріи Марцелла, взглядъ Папиніана неестественъ.

[5]) l. 72, § 5. D. de solut. 46. 3. Согласно § 243 гражд. улож. для герм. имперіи, должникъ долженъ представить вещь средняго сорта и качества. Относительно условія tel quel ср. R. G. E., т. 19, стр. 30, и Strodtmann въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 38, стр. 253.

[6]) Относительно исковъ, установленныхъ эдильскими эдиктами при покупкѣ вещей, опредѣленныхъ родовыми признаками, см. ниже § 101, пунктъ 3.

если предметомъ послѣдняго является genus[7]). Это правило примѣняется и тогда, когда погибнутъ магазинъ или фабрика, изъ которыхъ купецъ или фабрикантъ намѣревались доставить обѣщанный въ договорѣ товаръ, такъ какъ, несмотря на несчастный случай, должникъ можетъ добыть товаръ изъ другого источника и исполнить свое обязательство. Исключеніе допускается лишь тамъ, гдѣ договоръ былъ направленъ на товаръ *именно* погибшаго склада или завода.

Впрочемъ, если исчезнетъ весь родъ вещей, указанныхъ въ обязательствѣ, то должникъ освобождается вслѣдствіе невозможности исполненія. Но подобные случаи, конечно, весьма рѣдки[8]).

При обязательствѣ, направленномъ на genus, рискъ слагается съ должника, какъ только онъ *исполнитъ* все, къ чему былъ обязанъ по договору[9]), напр., отошлетъ проданный товаръ изъ мѣста исполненія къ покупателю, или безуспѣшно предложитъ исполненіе, и, такимъ образомъ, окажется *просрочка* на сторонѣ вѣрителя[10]).

Предметъ обязательства не имѣетъ характера genus, а является лишь *особымъ видомъ species,* если обѣщана *часть извѣстной массы* или какой-нибудь *предметъ* изъ *числа* вещей, опредѣленныхъ по мѣстонахожденію, по принадлежности къ одному наслѣдству или по инымъ подобнымъ признакамъ[11]). Вѣдь понятіе рода опредѣляется внутренними качествами товара, а не подобными случайными и преходящими отношеніями предметовъ между собою. Согласно съ этимъ, обязательства указаннаго вида подчиняются инымъ правиламъ, чѣмъ обязательства, имѣющія своимъ предметомъ genus. Должникъ здѣсь отвѣчаетъ за всякую неосторожность, напр., при охранѣ вещей, что не соблюдается при обязательствахъ, направленныхъ на genus. Случайное уничтоженіе всей массы освобождаетъ должника отъ обязательства.

---

[7]) Такой же смыслъ имѣетъ и § 279 гражд.. улож. для герм. имперіи. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 12, стр. 31, § 62, стр. 132.

[8]) Весь родъ вещей, указанныхъ договоромъ, считается исчезнувшимъ, напр., въ томъ случаѣ, если предметъ обязательства составляютъ акціи общества, которое уже не существуетъ, или билеты государственнаго займа, который уже погашенъ.

[9]) Граж. улож. для герм. имперіи формулируетъ это слѣдующимъ образомъ. „Если должникъ сдѣлалъ все съ его стороны необходимое для предоставленія подобной вещи, то долговое отношеніе ограничивается этой вещью". См. объ этомъ Dernb., Bürg. R., т. 2, § 12, стр. 29.

[10]) Ср. ниже § 43.—Если кредиторъ и должникъ приходятъ къ обоюдному соглашенію, что во исполненіе обязательства должна быть предоставлена извѣстная индивидуально-опредѣленная вещь, то предметъ обязательства изъ genus превращается въ species. Если же должникъ *лишь со своей стороны* заявитъ, что онъ желаетъ предоставить извѣстный индивидуально-опредѣленный предметъ, то обязательство не измѣняетъ своего характера, пока вѣритель не изъявитъ согласія на указанное заявленіе.

[11]) Многіе разсматриваютъ подобныя отношенія, какъ обязательства, имѣющія своимъ предметомъ genus. Такого мнѣнія держится, напр., Windscheid, т. 2, § 255. Къ обязательствамъ, направленнымъ на genus, онъ относитъ вообще всякое обязательство выдать вещь, опредѣленную лишь „признаками". Согласно этому опредѣленію, продажу той изъ принадлежащихъ мнѣ коровъ, у которой бѣлое пятно на шеѣ, надо разсматривать, какъ обязательство, направленное на genus. Противнаго мнѣнія держится, напр., Brinz, т. 2, § 100, который въ прим. 6 приводитъ относящуюся къ этому вопросу литературу. Въ 7 изданіи своего учебника Windscheid прибавляетъ: „признаками, которые не являются индивидуальными". Ср. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. 2, § 11, стр. 27.

www.naukaprava.ru

§ 26. Деньги и денежныя обязательства[1]).

1. *Подъ деньгами мы разумѣемъ такіе предметы, которые находятся въ общемъ употребленіи для оцѣнки имущественныхъ объектовъ и въ качествѣ ихъ эквивалента.* Назначеніе денегъ—быть орудіемъ обмѣна.

Такое значеніе онѣ получаютъ, главнымъ образомъ, въ силу той цѣны, которую имъ придаетъ *гражданскій оборотъ*. Однако, на помощь обороту приходитъ и *государство* со своими постановленіями[2]). Оно предписываетъ, что извѣстные предметы должны признаваться деньгами и, какъ таковыя, *должны быть принимаемы при платежахъ*[3]). Оно этимъ создаетъ *деньги въ тѣсномъ смыслѣ слова—государственныя деньги,* или *валюту*. Вполнѣ и въ совершенствѣ государство достигаетъ своей цѣли, конечно, только тогда, когда его оцѣнка, по крайней мѣрѣ, въ общихъ чертахъ, согласуется съ общественнымъ мнѣніемъ. Въ такомъ случаѣ и гражданскій оборотъ охотно подчиняется его регламентаціи, со всѣми ея частностями, и въ твердо установленной государствомъ монетной системѣ видитъ существенное удобство. Но если оцѣнка государства стоитъ въ явномъ противорѣчіи съ оцѣнкой дѣйствительной жизни, то это влечетъ за собой ненормальныя явленія. Ибо предписаніе закона можетъ принудительно повысить цѣнность денегъ лишь до извѣстной степени; и тогда гражданскій оборотъ, требованія котораго не приняты во вниманіе государствомъ, будетъ искать своего собственнаго, неурегулированнаго закономъ пути.

---

[1]) Относительно денежныхъ обязательствъ ср., главнымъ образомъ, Pfeiffer: Praktische Ausführungen, т. 1, статья 7, Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 403 и сл., Hartmann: Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes, 1868, его же въ Archiv für civ. Praxis, т. 65, статья 6 „Internationale Geldschulden", Goldschmidt: Handelsrecht, 1 изд., т. 1, разд. 2, стр. 1061. Тамъ же находятся и указанія на литературу. Кромѣ того, интересныя догматически-историческія свѣдѣнія сообщаетъ Hartmann, loc. cit., стр. 117 и сл. Изъ трудовъ послѣдняго времени слѣдуетъ упомянуть Hasner: Zur Lehre vom Gelde въ Grünhuts Zeitschrift, т. 7, статья 1, и Bekker: Ueber die Couponsprocesse, 1881; Bekker: Pandekten., т. 1, § 75; Schey: Obligationsverhältnisse, т. 1, стр. 108; Regelsberger: Pandekten, т. 1, §§ 104—106; Leidler: Die Schwankungen des Geldwertes и Die juristische Lehre von dem Inhalte der Geldschulden въ Conrads Jahrb., т. 62, ст. 7.

[2]) О государственныхъ деньгахъ говоритъ только одно замѣчательное изслѣдованіе Павла: libro 33 ad edictum—l. 1, pr. D. de contr. empt. 18, 1: Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. По этому поводу Erman въ Zeitschrift der Sav. Stift., rom. Abt., т. 22, стр. 161. Относительно исторіи римской монетной системы ср. Gajus Inst. I, § 122 и, главнымъ образомъ, Mommsen: Geschichte des römischen Münzwesens, 1860.

[3]) Hartmann, въ привед. сочин., опредѣляетъ деньги прямо, какъ такія замѣнимыя вещи, которыя признаются правомъ за крайнее и притомъ принудительное средство для исполненія (solutio) обязательствъ. Нѣтъ сомнѣнія, что въ этомъ и заключается важнѣйшее спеціально-юридическое свойство *государственныхъ денегъ*.

2. Въ качествѣ денегъ употребляются преимущественно куски благородныхъ металловъ. Они пригодны для этого въ силу своей высокой и сравнительно устойчивой цѣнности, прочности, дѣлимости и способности легко перемѣщаться.

Прежде въ Германіи существовала *серебряная валюта*[4]). Изъ кёльнской „марки", впослѣдствіи фунта серебра чеканили въ извѣстномъ соотношеніи (Münzfuss) талеры и гульдены. Въ настоящее время германская имперія обладаетъ *золотою валютою*[5]). Изъ фунта золота чеканится опредѣленное число кронъ, т. е. монетъ въ 10 марокъ, а также и двойныхъ кронъ; полукроны съ недавняго времени болѣе не выдѣлываются. Однако, принципъ золотой валюты проведенъ не вполнѣ. А именно, существующіе еще талеры цѣнятся въ 3 марки и по этой оцѣнкѣ должны быть принимаемы, какъ деньги, въ уплату по обязательствамъ на любую сумму. Однако, новые талеры болѣе не чеканятся.

На опредѣленныя меньшія суммы должны быть принимаемы въ уплату имперскія серебряныя, мѣдныя и никкелевыя монеты[6]). Подобныя мелкія монеты—Scheidemünzen—являются деньгами мелкаго оборота.

3. Обыкновенно денежный долгъ, подлежащій погашенію въ извѣстной странѣ, долженъ быть уплаченъ въ *мѣстной валютѣ*. Это правило распространяется и на такія денежныя обязательства, которыя заключены за границей и по валютѣ заграничной, если они подлежатъ исполненію въ отечественномъ государствѣ; ихъ приходится переводить на деньги этого послѣдняго по курсу, соотвѣтствующему мѣстности и времени исполненія[7]).

При платежѣ обыкновенно не дѣлаютъ различія между отдѣльными *видами* признанныхъ государствомъ денегъ. Такимъ образомъ, лицо, задолжавшее 100 кронъ, можетъ уплатить свой долгъ и талерами, и наоборотъ.

Государство, создавая свои государственныя деньги, не запрещаетъ, однако, обращеніе и другихъ, такъ наз. „*вольныхъ*" денегъ, *установленныхъ оборотомъ и обычаемъ*. Таковыми являются, напр., въ Германіи билеты государственнаго казначейства, которые по закону при платежахъ частнымъ лицамъ не могутъ быть навязаны имъ противъ воли[8]); сюда же, далѣе, относятся банковые билеты, а въ пограничныхъ мѣстностяхъ и иностранныя монеты.

---

[4]) Относительно исторіи германской валюты см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 14, стр. 34.

[5]) Ср. имперскіе законы отъ 4 декабря 1871 г. относительно чеканки золотыхъ монетъ, и монетный законъ отъ 9 іюля 1873 г. Послѣдній вступилъ въ силу 1 января 1876 г.

[6]) Частныя лица не обязаны принимать въ уплату имперскія серебряныя монеты на сумму болѣе 20 марокъ, никкелевыя и мѣдныя—болѣе 1 марки; но казначейства германской имперіи и отдѣльныхъ союзныхъ государствъ къ этому обязаны. Законъ 9 іюля 1873 г., ст. 9. Талеры не являются „имперскими серебряными монетами".

[7]) Такъ и гражд. улож. для герм. имперіи, § 244.

[8]) Государственныхъ бумажныхъ денегъ въ собственномъ смыслѣ, которыя бы частныя лица были обязаны принимать въ уплату, въ Германіи нѣтъ. Но билеты государственнаго казначейства должны приниматься въ уплату по номинальной стоимости

www.naukaprava.ru

Вольныя деньги фактически встрѣчаются въ обращеніи, разсматриваются и принимаются, какъ деньги; но обязательнымъ средствомъ платежа онѣ являются лишь въ томъ случаѣ, когда это было особо условлено[9]).

4. Возникаютъ весьма трудные вопросы, если обнаруживается разница между цѣнностью, которую признаетъ за монетой государство, и той, которую ей придаетъ оборотъ.

Различаются три вида стоимости денегъ:

a) *Номинальная* или внѣшняя цѣна, которую *придаетъ государство монетѣ* путемъ ея чеканки или опредѣленіемъ закона;

b) *Металлическая* или внутренняя цѣна, т.-е. стоимость *благороднаго металла, содержащагося въ монетѣ*;

c) *Курсовая* цѣна, т.-е. *рыночная стоимость* данной монеты въ оборотѣ. Разница между номинальной и курсовой цѣной называется лажемъ или ажіо. Если эта разница не въ пользу номинальной цѣны, то она называется также disagio.

Если разница существуетъ лишь между номинальной и *металлической* цѣной, не оказывая вліянія на курсъ, то это обстоятельство съ правовой точки зрѣнія не имѣетъ значенія. Ибо въ этомъ случаѣ деньги, несмотря на меньшую металлическую стоимость, исполняютъ всѣ свои функціи по отношенію къ праву и обороту по номинальной цѣнѣ.

Гораздо бо̀льшее значеніе имѣетъ disagio между номинальной и *курсовой* цѣной. Вслѣдствіе такой разницы, *мѣновая сила* данной монеты становится меньше, чѣмъ она должна быть по волѣ государства. Такъ, напр., когда бумажныя деньги первой французской республики—ассигнаціи—внезапно упали по курсу, едва можно было купить за стофранковую ассигнацію то, что продавалось за нѣсколько серебряныхъ франковъ. Но уменьшается ли, вмѣстѣ съ пониженіемъ курсовой цѣнности денегъ, и ихъ *способность быть орудіемъ платежа?* Многіе рѣшаютъ этотъ вопросъ утвердительно. И на первый взглядъ, дѣйствительно, кажется крайне несправедливымъ, чтобы долгъ, полученный полноцѣнной монетой, былъ уплаченъ деньгами, курсовая цѣна которыхъ пала и покупная способность уменьшилась. Тѣмъ не менѣе, съ этимъ слѣдуетъ примириться. Вѣдь прямое назначеніе государственныхъ денегъ—быть въ интересахъ оборота ору-

---

всѣми казначействами германской имперіи и отдѣльныхъ союзныхъ государствъ. Ср. законъ о выпускѣ билетовъ государственнаго казначейства отъ 30 апр. 1874 г. Точно такъ же и билеты государственнаго банка не считаются государственными бумажными деньгами (законъ 14 марта 1875 г.).

[9]) Windscheid, т. 2, § 256 подъ лит. b. *β.* утверждалъ: „За отсутствіемъ противоположныхъ постановленій закона или обычая, должна приниматься всякая монета, имѣющая обращеніе въ мѣстѣ платежа, безъ различія между мѣстной и иностранной монетой". Но это не предписывается никакимъ закономъ, а въ спорныхъ случаяхъ не можетъ быть признано и за намѣреніе сторонъ при заключеніи денежнаго обязательства. Кредиторъ обыкновенно выговариваетъ для себя устойчивыя деньги, а не такія, цѣнность которыхъ колеблется по днямъ и даже по часамъ. Со времени своего 6 изданія Windscheid существенно измѣнилъ свое мнѣніе. Относительно юридическаго значенія вольныхъ денегъ см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 13, стр. 32.

діемъ платежа, не зависящимъ отъ временныхъ колебаній. Въ этомъ смыслѣ имъ свойственъ принудительный курсъ. Отсюда вытекаютъ существенныя выгоды для оборота. Что же касается нѣкоторыхъ неудобствъ, возможныхъ при исключительныхъ условіяхъ, то съ ними приходится мириться, коль скоро государственныя деньги должны вполнѣ соотвѣтствовать своему назначенію [10]).

Если же должнику предоставлено совершить платежъ *вольными* деньгами, то въ основаніе расчета должна быть положена *курсовая цѣна,* такъ какъ въ отношеніи вольныхъ денегъ гражданскій оборотъ является единственнымъ законодателемъ.

5. Контрагентамъ предоставляется дѣлать условія относительно платежа той или другой монетой (Geldsortenschuld). Такое намѣреніе должно быть изъявлено особо, напр., выраженіемъ: „effectiv".

Подобныя обязательства имѣютъ двоякое значеніе: они являются или видоизмѣненіемъ обыкновенныхъ денежныхъ обязательствъ, или обязательствами, исключительно направленными на уплату извѣстнаго вида денегъ [11]).

a) Первая категорія представляетъ изъ себя обыкновенное *денежное обязательство,* по которому уплата должна быть произведена опредѣленнымъ видомъ денегъ. Изъ этого вытекаетъ, что, если обусловленный обязательствомъ видъ денегъ исчезнетъ изъ обращенія, то долгъ не считается прекратившимся и долженъ быть уплаченъ другимъ видомъ денегъ [12]).

b) Напротивъ, при обязательствахъ, направленныхъ *исключительно на опредѣленный видъ денегъ,* для кредитора важенъ *только тотъ видъ,* который обусловленъ договоромъ, напр., вслѣдствіе дѣловыхъ сношеній кредитора въ иностранныхъ государствахъ. Если такого вида денегъ нѣтъ болѣе въ обращеніи, то долгъ считается прекратившимся вслѣдствіе невозможности исполненія.

---

[10]) Savigny, loc. cit., исходитъ изъ того, что отъ всеобщаго признанія зависитъ, что именно считать деньгами и въ какой степени, т.-е. какъ высоко должна простираться ихъ цѣнность. Поэтому признаніе *курсовой цѣны,* въ качествѣ настоящаго мѣрила содержанія денежнаго обязательства, непосредственно вытекаетъ изъ общей природы денегъ. Но взглядъ Savigny одностороненъ. Одни только курсовыя деньги не могли бы удовлетворить практическимъ нуждамъ, требующимъ „publica ac perpetua aestimatio", l. 1, pr, D. de contr. empt.—см. выше, пр. 2; чеканкой монеты государство задаетъ себѣ высшую задачу—установить твердую и постоянную цѣнность денегъ. Это подробно выяснено Hartmann'омъ и Goldschmidt'омъ, loc. cit. Совсѣмъ иное дѣло, когда, безъ измѣненія названія, уменьшена цѣна монеты при переходѣ къ новой валютѣ. Въ такомъ случаѣ, при уплатѣ долга, полученнаго при существованіи прежней валюты, съ момента введенія новой, должны быть приняты въ соображеніе происшедшія измѣненія. Вѣдь новая монета, несмотря на то, что она сохранила старое названіе, является совсѣмъ иною, чѣмъ прежняя.

[11]) Deutsche Wechselordnung, art. 37. Обязательствъ, направленныхъ исключительно на опредѣленный видъ денегъ, касается, очевидно, l. 99. D. de solut. 46. 3. Paulus libro 4 responsorum: Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. Ср. также Dernb., Bürg. R., т. 2, § 16, стр. 40.

[12]) Такъ же и гражд. улож. для герм. имперіи, § 245.—Должна быть уплачена та стоимость, какую данная монета имѣла въ то время, когда она по предписанію закона прекратила свое существованіе, см. Windscheid, т. 2, § 256, прим. 31.

www.naukaprava.ru

Наконецъ, предметомъ обязательства могутъ быть *опредѣленныя отдѣльныя монеты*. Въ такомъ случаѣ обязательство направлено на *species* и оно уже не будетъ денежнымъ въ собственномъ смыслѣ этого слова.

§ 27. Альтернативныя обязательства[1]).

Обязательства бываютъ или простыя, или альтернативныя.

Сущность альтернативнаго обязательства заключается въ томъ, что для его исполненія можетъ быть предоставленъ одинъ изъ указанныхъ въ договорѣ предметовъ, напр., сѣрая или вороная лошадь[2]). Предметы альтернативнаго обязательства могутъ быть опредѣлены индивидуальными или родовыми признаками; это могутъ быть вещи или права.

Хотя должникъ по альтернативному обязательству является уже связаннымъ, но относительно предмета исполненія ему предоставленъ еще извѣстный просторъ[3]). Оба объекта, хотя альтернативно, являются предметами обязательства. Этимъ объясняется то, что должникъ можетъ оказаться отвѣтственнымъ передъ кредиторомъ за вину въ обращеніи съ каждымъ изъ этихъ предметовъ. Но предоставленъ долженъ быть лишь одинъ изъ нихъ[4]).

Нѣтъ необходимости, чтобы въ альтернативномъ обязательствѣ содержались указанія относительно выбора предмета исполненія; но оно можетъ ближайшимъ образомъ урегулировать и этотъ вопросъ.

1. Если въ договорѣ *ничего не сказано по поводу выбора*, то отъ должника зависитъ, какой предметъ онъ представитъ во исполненіе обязательства[5]) [6]).

---

[1]) Ср. Bernstein: Zur Lehre von dem alternativen Willen, разд. I, 1878, а также: Die alternative Obligation im röm. und im modernen Rechte въ Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft, т. 2, статья 10; Pescatore: Die s. g. alternative Obligation, 1880. Въ этомъ сочиненіи указана прежняя литература (стр. 1); кромѣ того, Karlowa въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 431, Ryck: Schuldverh., стр. 206. Въ русской литературѣ— Макшеевъ: Ученіе о раздѣлительныхъ или двойственныхъ обязательствахъ по римскому праву, 1895.

[2]) Относительно вопроса, называть ли данныя обязательства „альтернативными“ или, какъ предлагаютъ нѣкоторые, „дисъюнктивными“, см. Pescatore, loc. cit., стр. 1.

[3]) l. 2, § 3. D. de eo quod certo loco. 13. 4. Ulpianus libro 27 ad edictum... quid debeat esse in ejus arbitrio, an debeat non esse. et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet.

[4]) Ср. ниже, прим. 12. Bernstein—alternativer Wille—предлагаетъ слѣдующій вопросъ: какая *нерѣшительность* имѣетъ мѣсто при альтернативномъ обязательствѣ: *суспенсивная* или *резолютивная*? Другими словами, находится ли въ неизвѣстности, что *сдѣлается*, или что *останется* предметомъ обязательства? По нашему мнѣнію, ни одна изъ этихъ альтернативъ не вѣрна. Съ самаго момента заключенія договора обязательство уже налицо и обнимаетъ, хотя альтернативно, оба предмета. При нормальномъ положеніи оно сохраняетъ этотъ характеръ до момента исполненія, которое происходитъ путемъ предоставленія одного изъ указанныхъ предметовъ. Такъ разрѣшаетъ этотъ вопросъ и Павелъ—libro 10 quaestionum, l. 128. D. de verb. obl. 45. 1... utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem. Ср. выше § 2, гдѣ доказывается, что предметъ обязательства и предметъ исполненія отнюдь не всегда тождественны.

[5]) l. 138, § 1 D. de verb. obl. 45. 1. Такъ же и гражд. улож. для герм. имперіи, § 262.

[6]) Указанное правило распространяется и на сдѣлки купли-продажи. l. 34 § 6. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 33 ad edictum: Si emptio ita facta fuerit: „est mihi

Альтернативныя обязательства такого рода могутъ превратиться въ простыя:

а) путемъ *договора*[7]). Одностороннее заявленіе должника кредитору о желаніи предоставить одинъ изъ предметовъ обязательства его еще не связываетъ; но если подобное заявленіе имѣетъ характеръ предложенія заключить договоръ, то оно, естественно, въ случаѣ принятія кредиторомъ, получаетъ обязательную силу. И такое взаимное намѣреніе сторонъ должно, по общему правилу, предполагать въ томъ случаѣ, если должникъ представляетъ *часть* одного изъ предметовъ обязательства, а вѣритель принимаетъ это, какъ часть исполненія[8]).

b) Вслѣдствіе одной *просрочки* въ исполненіи должникъ еще не теряетъ права выбора между различными предметами обязательства. Поэтому вѣритель долженъ предъявить искъ, а судья постановить рѣшеніе альтернативно. Но если и *судебное рѣшеніе, присуждающее должника, останется безъ результата,* то *кредиторъ* можетъ, съ своей стороны, выбрать одинъ изъ предметовъ обязательства и, такимъ образомъ, сосредоточить на немъ свое требованіе[9]). Это вытекаетъ изъ самаго понятія альтернативнаго обязательства и поэтому должно быть признано косвенно выраженнымъ намѣреніемъ сторонъ. Въ самомъ дѣлѣ, нельзя же предоставить должнику возможность парализовать своимъ бездѣйствіемъ приведеніе судебнаго рѣшенія въ исполненіе; а послѣднее невозможно, пока неизвѣстно, что именно кредиторъ въ правѣ взыскивать.

c) Наконецъ, альтернативное обязательство превращается въ простое вслѣдствіе *гибели* одного изъ предметовъ или вслѣдствіе *невозможности* предоставленія его по какой-либо иной причинѣ. Поэтому должникъ теперь обязанъ выдать предметъ, оставшійся налицо.

Но если и послѣдній погибнетъ вслѣдствіе несчастнаго случая, то должникъ освобождается отъ обязательства. Такимъ образомъ,

---

emptus Stichus aut Pamphilus", in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est; et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Ср. l. 25, pr. D. eod.

[7]) Въ римскомъ правѣ этого можно было достигнуть лишь съ помощью exceptio pacti de non petendo, путемъ отказа отъ требованія, направленнаго на одинъ изъ предметовъ обязательства. L. 27. § 6. D. de pactis 2. 14.

[8]) Въ этихъ предѣлахъ нельзя согласиться съ рѣшеніемъ вопроса въ l. 26, § 13. D. de cond. indeb. 12. 6, l. 2, § 1. D. de verb. obl. 45. 1. Правда, взгляды на данный вопросъ крайне разнообразны. См., съ одной стороны, Jhering'a въ его Jahrbücher, т. 1, стр. 31, съ другой стороны Windscheid'a, т. 2, § 255, прим. 9. Относительно литературы по этому спорному вопросу см. указанія Arndts'a: Pandekten, § 240, прим. 3. Franz Leonhard въ Jherings Jahrb. т. 41, стр. 8. Согласно § 263 гражд. улож. для герм. имперіи, выборъ происходитъ путемъ заявленія, сдѣланнаго другой сторонѣ.

[9]) Ср. l. 11, § 1. D. de leg. II, кромѣ того R. G. E., т. 12, стр. 184; тамъ указана и литература по данному вопросу. Съ этимъ согласно и гражд. улож. для герм. имперіи, § 264, п. 1; только до тѣхъ поръ, пока кредиторъ не принялъ вполнѣ или частично избраннаго дѣйствія, должникъ можетъ освободиться отъ своего обязательства совершеніемъ одного изъ остальныхъ дѣйствій, составляющихъ содержаніе альтернативнаго обязательства. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 43, стр. 99.

www.naukaprava.ru

рискъ гибели одного изъ предметовъ падаетъ на должника, а другого—на кредитора[10]).

Однако, должникъ можетъ избавиться отъ предоставленія оставшагося цѣлымъ предмета путемъ возмѣщенія *стоимости погибшаго*, если только гибель послѣдняго произошла не по его винѣ. Иначе несчастный случай, уничтожившій менѣе цѣнный предметъ, доставилъ бы даже выгоду кредитору, что было бы крайне несправедливо и противорѣчило бы смыслу сдѣлки[11]).

Гибель одного изъ предметовъ обязательства по винѣ должника имѣетъ своимъ ближайшимъ послѣдствіемъ лишь то, что обязательство сосредоточивается на другомъ предметѣ. Но если и послѣдній погибнетъ впослѣдствіи отъ несчастнаго случая, то должникъ обязанъ уплатить денежную стоимость предмета, погибшаго по его винѣ; ибо своей виной онъ, вопреки договору, ухудшилъ положеніе кредитора, перенеся на него рискъ[12]) [13]).

---

[10]) Ср. помѣщенную выше въ прим. 6. l. 34, § 6. D. de contr. empt. 18. 1. Если предоставленіе одного изъ указанныхъ въ обязательствѣ предметовъ было невозможно уже при заключеніи сдѣлки, то обязательство съ самаго начала было простымъ, а не альтернативнымъ, l. 128. D. de verb. obl. 45. 1.

[11]) l. 47, § 3. D. de leg. I. ср. l. 95, § 1. D. de sol. 46. 3. Иного мнѣнія Pescatore, стр. 201 и сл.; Ryck: Schuldverh. стр. 239.

[12]) l. 95, § 1. D. de sol. 46. 3. Papinianus libro 28 quaestionum: Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti poterit. enimvero si facto deditoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem, sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. Это мѣсто двусмысленно. Благодаря этому, имъ пользовались, какъ доказательствомъ для обѣихъ противоположныхъ теорій альтернативныхъ обязательствъ. Bernstein: Zur Lehre vom alternativen Willen, изъ отказа въ искѣ ex stipulatu выводитъ заключеніе, что „вещь, погибшая по винѣ должника, не была предметомъ обязательства, а другая вещь, на которую дѣйствительно было направлено обязательство, погибла случайно". Онъ видитъ въ этомъ самый убѣдительный аргументъ въ пользу того, что въ альтернативномъ обязательствѣ не оба предмета находятся in obligatione, а только одинъ и притомъ еще неизвѣстно—который. Но спрашивается, какъ объясняетъ онъ допущеніе actio doli? „Папиніанъ", говоритъ онъ, „пытается удовлетворить справедливости на счетъ послѣдовательности, прибѣгая къ actio doli, какъ къ крайнему средству, которое къ тому же въ большинствѣ случаевъ не можетъ привести ни къ какимъ результатамъ". Такой взглядъ Папиніану приписывается неправильно. Допускаемая имъ actio doli объясняется только тѣмъ, что, по его предположенію, должникъ нарушилъ свою обязанность, вытекающую изъ договора, несмотря на то, что она по буквѣ закона (jus strictum) уже больше не признается. Если бы, *по смыслу договора*, должникъ не *былъ ничѣмъ связанъ по отношенію къ уничтоженному по его винѣ предмету*, то не было бы никакого основанія дѣлать его отвѣтственнымъ предъ кредиторомъ за дурное съ этимъ предметомъ обращеніе. Поэтому слѣдуетъ согласиться съ Windscheid, § 255, прим. 14 и Pescatore, привед. сочин., стр. 231, которые признанную современнымъ правомъ обязанность возмѣщенія убытковъ выводятъ изъ самаго договора. Такой взглядъ находитъ себѣ оправданіе лишь въ основной мысли, что in obligatione находятся оба предмета, а in solutione—одинъ. Ср. еще Schirmer въ Savigny—Zeitschr., т. 19, стр. 362.

[13]) Опредѣленіе § 265 гражд. улож. для герм. имперіи въ общемъ соотвѣтствуетъ принципамъ общегерманскаго права. „Если одно изъ обѣщанныхъ дѣйствій было съ самаго начала невозможно или становится невозможнымъ впослѣдствіи, то обязательство сосредоточивается на остальныхъ обѣщанныхъ дѣйствіяхъ". Къ этому добавлено: „Это послѣдствіе не наступаетъ, если дѣйствіе становится невозможнымъ въ силу такого обстоятельства, за которое сторона, не имѣющая права выбора, подлежитъ отвѣтственности". Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 44, стр. 101.

2. Если альтернативное обязательство содержитъ *указанія относительно выбора*, то они, конечно, имѣютъ рѣшающее значеніе. Подобными указаніями выборъ можетъ быть предоставленъ должнику, вѣрителю или третьему лицу. Право выбора, предоставленное кредитору, разсматривается обыкновенно, какъ существенная часть самаго требованія, переходящая, вмѣстѣ съ обязательствомъ, къ каждому его преемнику въ правѣ, а, слѣдовательно, и къ цессіонарію[14]). Въ случаѣ предоставленія выбора третьему лицу считается обыкновенно необходимымъ его личное рѣшеніе, которое имѣетъ значеніе условія самаго договора[15]).

Обыкновенно, *установленное договоромъ право выбора* исчерпывается *однократнымъ одностороннимъ заявленіемъ*, сдѣланнымъ контрагенту той стороной, которой это право принадлежитъ[16]). Но въ договорѣ можетъ быть установлено и право *измѣнять* выборъ до исполненія обязательства[17]).

Если кредиторъ, имѣя право выбора, допускаетъ въ этомъ отношеніи просрочку, то должникъ, какъ правильно полагаютъ, можетъ предложить любой изъ предметовъ альтернативнаго обязательства и, сдавъ его въ присутственное мѣсто, освободиться отъ своей отвѣтственности. Вѣдь нельзя допустить, да это было бы и несправедливо, чтобы кредиторъ могъ препятствовать должнику избавиться отъ своего долга[18]).

Отъ альтернативныхъ обязательствъ слѣдуетъ отличать такія сдѣлки, въ силу которыхъ должникъ можетъ освободиться отъ обязанности предоставить *единственный* предметъ обязательства путемъ предложенія другого предмета; равно и такія, въ силу которыхъ кредиторъ, вмѣсто указаннаго въ обязательствѣ предмета, можетъ тре-

---

14) Ср. по этому поводу Pescatore, l. c., стр. 239, съ которымъ слѣдуетъ только согласиться.

15) l. 141, § 1. D. de verb. obl. 45. 1. Ср. Pescatore, loc. cit. стр. 69.

16) Ср. гражд. улож. для герм. имперіи, § 263, п. 1. Иного мнѣнія Pescatore, loc. cit., стр. 251. Но предоставленное въ силу договора правомочіе можетъ, по общему правилу, осуществляться всего только одинъ разъ. Windscheid—т. 2, § 255, прим. 9—, полемизируя противъ меня, упускаетъ изъ виду, что я отличаю одинъ случай, когда *въ договорѣ нѣтъ никакихъ указаній* на выборъ, отъ другого, когда *право выбора опредѣлено договоромъ*. Ср. однако Franz Leonhard въ Iherings Jahrb., т. 41, стр. 22.

17) У римлянъ примѣнялись различныя формулы, смотря по тому, долженъ ли кредиторъ пользоваться jus variandi или нѣтъ. l. 112, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius libro 15 ad Quintum Mucium... respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit „quem voluero“ an „quem volam“: nam si talis fuerit quem voluero cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo illius et sit talis „quem volam“, donec judicium dictet, mutandi potestatem habebit. Для современнаго права это не имѣетъ значенія.

18) Противоположный взглядъ защищаютъ Windscheid, т. 2, § 346, прим. 10 и Pescatore, стр. 256, гдѣ указана и литература вопроса. Иного мнѣнія и R. G. E. т. 30, стр. 99 и Hirsch: Zur Revision der L. v. Gläubigerverzuge, 1895, стр. 155. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 264, п. 2, высказывается въ духѣ нашего текста. „Если кредиторъ, имѣющій право выбора, допускаетъ просрочку, то должникъ можетъ предложить ему произвести этотъ выборъ, назначивъ для этого соотвѣтствующій срокъ. Съ истеченіемъ этого срока право выбора переходитъ къ должнику, если кредиторъ своевременно не выскажется“. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 43, стр. 100.

www.naukaprava.ru

бовать что-либо другое—т. н. *альтернативное правомочіе, facultas alternativa*, должника или кредитора[19]).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Особые предметы обязательства.

I. Проценты.

§ 28. Обязанность платить проценты вообще[1]).

I. *Подъ процентами*[2]) *разумѣютъ извѣстный взносъ деньгами или иными замѣнимыми вещами, уплачиваемый лицомъ, которое задолжало капиталъ*[3]), *состоящій изъ денегъ или другихъ предметовъ, находящихся въ оборотѣ; проценты являются долгомъ на ряду съ капиталомъ и, продолжая нарастать за все время существованія капитальнаго долга, представляютъ изъ себя доходъ отъ капитала*[4]).

Проценты исчисляются за извѣстные періоды времени, въ размѣрѣ опредѣленнаго количества съ каждой сотни капитала. За единицу времени при исчисленіи процентовъ римляне принимали мѣсяцъ, а не годъ, какъ это дѣлается теперь[5]).

---

[19]) Ср. Regelsberger въ Jherings Jahrb., т. 16, статья 3; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 45, стр. 103, тамъ же смотри указанія на другія долговыя отношенія, родственныя альтернативнымъ обязательствамъ.

[1]) Tit. D. de usuris 22, 1. Cod. 4, 32.—Glück, т. 21, стр. 1 и сл.; Vangerow, т. 1, стр. 111 и сл.; Randa: Die Lehre v. d. Zinsen, 1869; Schey: Obligationsverhältnisse, т. 1, стр. 129; Petrazycky: Einkommen, т. 2, §§ 10 и сл.

[2]) Противъ общепринятаго опредѣленія, по которому проценты составляютъ „вознагражденіе“ за пользованіе капиталомъ, состоящимъ въ деньгахъ или другихъ замѣнимыхъ вещахъ, ср. Petrazycki, т. 2, § 25.

[3]) Господствующее мнѣніе признаетъ проценты лишь въ томъ случаѣ, если предметомъ капитальнаго долга являются „деньги“ или „другія замѣнимыя вещи“. Однако, Petrazycki, loc. cit., § 20 справедливо указываетъ на l. 3, § 4. D. de usuris, 22. 1. Papinianus libro 20 quaestionum. Si auro vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum aestimatio facienda sit, tractari solet. plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque refecta fideicommissa solverentur aut alimenta praestarentur, non oportere frustrationem impunitam esse responderi oportet: quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usurae, ideoque non exigentur. Такимъ образомъ, предметомъ долга могутъ быть проценты съ денежной стоимости золотого сосуда, отказаннаго по завѣщанію. Значитъ, нѣтъ ничего страннаго и въ l. 25 C. h. t. 4. 32. Constantinus ad populum: Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras jussimus. Нѣтъ необходимости, вмѣсто „et veste“, читать „recte“, какъ это дѣлаетъ Jhering въ своихъ Jahrb., т. 12. стр. 334. Ростовщикъ далъ нуждающемуся не „деньги“, а „платье“, но съ тѣмъ условіемъ, что по прошествіи года онъ долженъ получить „такое же платье“ и еще 100 р. деньгами. Если эта сумма превышаетъ законный размѣръ процентовъ со стоимости даннаго платья, то обѣщаніе въ этихъ предѣлахъ будетъ недѣйствительно. Нѣтъ никакой необходимости, чтобы платье спеціально было предоставлено должнику для продажи съ цѣлью получить валюту. Точно такъ же нѣтъ надобности, чтобы платье это, какъ полагаетъ глосса, было оцѣнено. Относительно распространенности подобныхъ сдѣлокъ см. Mitteis: Trapezitika, въ Savigny-Zeitschr., т. 19, стр. 205.

[4]) О процентахъ, состоящихъ въ предоставленіи хлѣба, упоминаютъ l. 11 и l. 16. C. h. t. 4. 32.

[5]) Единицей при исчисленіи процентовъ въ Римѣ служилъ *одинъ* процентъ *въ мѣсяцъ*—usurae centesimae=12% въ годъ. Меньшій размѣръ процентовъ обозначался дроб-

Съ процентами не слѣдуетъ смѣшивать *ренту*, которая является предметомъ долга *не наряду* съ капиталомъ. Съ другой стороны, *дивидендъ*, напр., съ акцій, отличается тѣмъ, что онъ является долей въ чистой прибыли, такъ что требовать дивиденда можно лишь въ томъ случаѣ, если эта прибыль окажется; напротивъ, проценты являются такимъ взносомъ, который должникъ обязанъ выплачивать независимо отъ того, приноситъ ли ему прибыль чужой капиталъ или нѣтъ[6]).

Такъ наз. *амортизаціонные взносы* нельзя признать за проценты, такъ какъ они имѣютъ цѣлью постепенное погашеніе капитальнаго долга.

Конечно, кредиторъ, за предоставленіе капитала, можетъ выговорить себѣ, вмѣсто процентовъ или наряду съ ними, и другія выгоды. Сюда относятся, напр., приплаты къ капиталу при его возвращеніи. Точно такъ же встрѣчается вознагражденіе въ видѣ услугъ или предоставленія должникомъ своихъ вещей въ пользованіе кредитору. Подобныя выгоды не считаются процентами. Но онѣ въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ приближаются къ процентамъ. Въ частности, это имѣетъ значеніе по вопросу о ростовщической эксплоатаціи должника.

II. Проценты вмѣстѣ съ капиталомъ образуютъ *одинъ и тотъ же* долгъ, благодаря чему кредиторъ можетъ не принять уплаты капитала, если ему въ то же время не предлагаются наросшіе проценты[7]). Далѣе, теченіе процентовъ зависитъ отъ существованія капитальнаго долга, такъ что они перестаютъ наростать, когда главнаго долга уже нѣтъ[8]). Поэтому обязанность платить проценты называютъ *добавочной*. Но проценты, срокъ платежа которыхъ уже наступилъ, являются самостоятельнымъ обязательствомъ. Поэтому обязанность уплатить ихъ не прекращается съ уничтоженіемъ главнаго долга[9]) [10]); ихъ уплаты можно добиваться путемъ особаго иска[11]).

ными частями usurae centesimae, при чемъ, по принятому въ Римѣ способу исчисленія, единицей являлся „as“, а 12 „unciae“—долями его. Такъ, римскіе usurae semisses соотвѣтствуютъ нашимъ 6% годовымъ, quincunces—5%, trientes—4%, besses—8% и т. д. Такъ какъ проценты въ Римѣ обыкновенно уплачивались перваго числа (calendae) каждаго мѣсяца, то книги, въ которыя записывались процентные долги, назывались calendaria. Ср. Hecht: Röm. Kalendarienbücher, 1868.

6) Проценты за время устройства акціонернаго общества представляютъ изъ себя уплату изъ самаго капитала, которая полагается акціонерамъ взамѣнъ процентовъ во время подготовки предпріятія. Обыкновенно юридически они обсуждаются, какъ проценты; но, если до наступленія имъ срока надъ обществомъ открытъ конкурсъ, они не могутъ быть заявлены въ послѣднемъ въ качествѣ требованій къ акціонерной компаніи.

7) l. 41, § 1. D. h. t. 22. 1, R. O. H. G. E., т. 25, стр. 256.

8) l. 7. D. h. t. 22. 1. l. 16, l 19. C. h. t. 4. 32.

9) Если главный долгъ погашенъ давностью, то уже нельзя путемъ иска добиваться исполненія добавочныхъ требованій, въ частности относительно процентовъ и плодовъ. Это не допускается даже въ томъ случаѣ, если эти требованія, благодаря тому, что они возникли позже требованія по главному долгу, сами по себѣ еще не погашены давностью. Такой принципъ основывается на соображеніяхъ цѣлесообразности, которыя въ данномъ случаѣ имѣютъ существенное значеніе. Иначе пришлось бы, ради процентовъ и иныхъ подобныхъ доходовъ, снова поднимать вопросъ о капитальномъ долгѣ, несмотря на то, что послѣдній уже погашенъ давностью. l. 26, pr. C. h. t. 4. 32. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 224.

www.naukaprava.ru

§ 29. Договорные и законные проценты.

I. Одно существованіе главнаго долга само по себѣ еще не устанавливаетъ обязанности платить проценты. Для этого необходимо особое основаніе.

Въ Римѣ проценты присуждались отчасти на основаніи особой *стипуляціи о процентахъ*, отчасти вслѣдствіе *распоряженія судьи*—officio judicis, какъ принадлежность главнаго долга.

Новѣйшіе юристы, взамѣнъ этого, различаютъ проценты *на основаніи договора* и *на основаніи предписанія закона* — раздѣленіе, опирающееся на римскую классификацію, но отнюдь не совпадающее съ ней.

1. *Договоры о процентахъ* снабжались въ Римѣ самостоятельнымъ искомъ лишь въ случаѣ заключенія ихъ въ формѣ стипуляціи [1]), по современному же праву они заключаются и неформально [2]).

Необходимо соглашеніе, какъ вообще относительно всѣхъ существенныхъ пунктовъ, такъ и относительно размѣра процентовъ. Но, согласно общимъ положеніямъ, достаточно, чтобы установлены были договоромъ лишь нѣкоторыя начала для точнаго опредѣленія этого размѣра, напр., путемъ указанія на общепринятый въ оборотѣ размѣръ процентовъ [3]).

Нѣтъ необходимости, чтобы былъ непремѣнно установленъ срокъ платежа процентовъ. При отсутствіи особаго соглашенія само собой разумѣется, что проценты должны уплачиваться *ежегодно въ день* возникновенія главнаго долга [4]). Проценты должны выплачиваться лишь по истеченіи установленнаго для нихъ срока, если не послѣдовало иного соглашенія.

---

[10]) Если должникъ предлагаетъ уплатить наросшіе проценты, задерживая капиталъ, срокъ возвращенія котораго также наступилъ, то кредиторъ не въ правѣ уклониться отъ принятія процентовъ.

[11]) См. § 29.

[1]) l. 24. D. de praescriptis verbis, 19, 5, l. 40. D. de rebus creditis. 12. 1—*lex lecta est*, l. 5, § 2. D. de solut. 46. 3.

[2]) Проценты могутъ быть установлены и односторонними обѣщаніями, поскольку таковыя, вообще, допускаются правомъ, l. 10. D. de pollic. 50. 12; точно такъ же обязанность платить проценты можетъ быть установлена предсмертнымъ отказомъ, l. 3, § 6. D. de annuis legatis. 33. 1. Такимъ образомъ, если говорятъ о договорныхъ или конвенціональныхъ процентахъ, то дѣлаютъ это лишь a fortiori.

[3]) l. 41, § 2. D. de usuris. 22. 1. Если нѣтъ опредѣленія о размѣрѣ процентовъ, то возникаетъ вопросъ, значитъ ли это, что стороны молчаливо имѣли въ виду принятую въ данной мѣстности среднюю высоту процентовъ, или же договоръ является еще неполнымъ. Въ послѣднемъ случаѣ не возникаетъ обязанность платить проценты. Иного взгляда Windscheid, т. 2, § 260, прим. 5. Ср., однако, Petrazycki, привед. сочин., т. 2, § 24.

[4]) Ср. также выше, § 28, прим. 5 въ концѣ.—Уплата процентовъ въ теченіе продолжительнаго времени можетъ повести къ такому выводу, что между сторонами состоялось соглашеніе относительно процентности обязательства, l. 6, pr. D. h. t. 22. 1. Но едва ли можно въ этомъ усматривать пріобрѣтеніе права на проценты путемъ давности, какъ полагали прежде. Вѣдь римскому праву было совершенно чуждо владѣніе правомъ на проценты, которое было бы первымъ условіемъ для подобной давности. Ср. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. 2, § 19, стр. 47.

2. Что касается процентовъ по закону, то здѣсь слѣдуетъ различать требованія, направленныя на возвращеніе чего-либо, и требованія, имѣющія своей цѣлью предоставленіе чего-либо впервые [5]) [6]).

а) При требованіяхъ, направленныхъ на *возвращеніе чего-либо*, напр., вслѣдствіе negotiorum gestio или неправильнаго обогащенія, обязанность платить проценты уже *съ самаго начала* относится къ *содержанію обязательства.*

Здѣсь должнику, для полнаго исполненія самаго обязательства, предписывается, прежде всего, уплатить проценты, которые онъ получилъ съ чужого капитала [7]), затѣмъ тѣ, которые онъ, въ соотвѣтствіи со своей обязанностью, долженъ былъ бы извлечь изъ этого капитала въ пользу кредитора [8]), и, наконецъ, такъ наз. фиктивные проценты, за собственное пользованіе чужимъ капиталомъ [9]).

Точно такъ же всякій, сдѣлавшій въ интересахъ другого лица издержки изъ своего имущества, которыя должны быть ему возмѣщены, имѣетъ право на проценты съ издержанныхъ имъ денегъ или съ денежной стоимости затраченныхъ матеріаловъ, такъ наз. „проценты съ затратъ"; въ противномъ случаѣ онъ не получилъ бы полнаго возмѣщенія [10]).

b) Напротивъ, при требованіяхъ, направленныхъ на *предоставленіе чего-либо впервые,* обязанность платить проценты, поскольку она не была установлена въ самомъ договорѣ, *присоединяется лишь впослѣдствіи,* если наступятъ особыя обстоятельства, увеличивающія размѣръ первоначальнаго долга.

Однимъ изъ такихъ обстоятельствъ является, прежде всего, *просрочка* должника. Въ этомъ случаѣ кредиторъ пріобрѣтаетъ право искать вознагражденія своего интереса, въ частности, возмѣщенія того дохода, котораго онъ лишился вслѣдствіе промедленія; въ силу этого онъ можетъ требовать уплаты обычныхъ въ данной мѣстности процентовъ [11]).

---

[5]) См. выше, § 23, пунктъ IV.

[6]) Господствующее мнѣніе исходитъ изъ того, что такъ наз. законные проценты могутъ имѣть мѣсто лишь при денежныхъ обязательствахъ, что совершенно неправильно, какъ это доказалъ Petrażycki, привед. сочин. Ср. вышеприведенный въ § 28, прим. 3, l. 3, § 4. D. de usuris. 22. 1. Иначе гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 288 и 291.

[7]) l. 27, § 1. D. de minoribus. 4. 4; l. 18, § 4, D. de neg. gest. 3. 5, l. 6, § 1. D. de pign. actione, 13, 7, l. 10, § 3. D. mandati. 17. 1; Petrażycky, привед. сочин., § 12.

[8]) l. 24. C. de usuris. 4. 32, l. 58, § 1. D. de adm. tut. 26. 7, l. 27, § 1. D. de minoribus 4. 4, Petrażycki, привед. сочин., § 14.

[9]) l. 10, § 3. D. mandati. 17. 1, l. 28. D. depositi. 16. 3, Petrażycki, привед. сочин., § 13.

[10]) l. 12, § 9. D. mandati. 17. 1, l. 67, § 2. D. pro socio. 17. 2; l. 18, § 4. D. de neg. gest. 3. 5, l. 3, § 1. D. de contr. tut. act. 27. 4, Petrażycki, прив. сочин., § 16. Гражд. улож. для германск. имперіи, § 256.

[11]) Petrażycki, прив. сочин., § 15. Проценты вслѣдствіе промедленія получили начало при bonae fidei judicia, l. 2 C. depositi. 4. 34; далѣе, они были признаны при отказахъ, l. 34. D. h. t. 22. 1; Gaj. Inst. II, § 280. По современному праву проценты вслѣдствіе просрочки начисляются при займѣ и другихъ сдѣлкахъ, которыя въ Римѣ влекли за собой лишь иски stricti juris, но не при дарственныхъ обѣщаніяхъ, l. 22. D. de donationibus. 39. 5, штрафныхъ требованіяхъ, l. 9. D. de mag. conv. 27. 8, l. 1. C. de fisc. usuris. 10. 8 и требованіяхъ процентовъ, такъ какъ не допускаются проценты на проценты. Ср. § 30 въ концѣ. Гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 288 и 289.

www.naukaprava.ru

Практика предоставляетъ кредитору также право взыскивать съ должника такъ наз. процессуальные проценты, съ момента подачи иска, какъ будто бы должникъ допустилъ просрочку [12]).

Особой привилегіей пользуются несовершеннолѣтніе: проценты въ ихъ пользу начинаютъ течь уже съ наступленіемъ срока требованія, хотя бы по упущенію опекуна напоминаніе должнику не было сдѣлано [13]). Такая же привилегія принадлежитъ и казнѣ [14]) [15]).

c) На основаніи особыхъ соображеній покупатель, съ момента передачи ему купленной вещи, долженъ платить проценты на покупную цѣну, если она еще не уплачена, несмотря на наступленіе срока. Онъ не долженъ безвозмездно пользоваться купленной вещью и въ то же время извлекать для себя выгоды изъ покупной цѣны [16]).

II. Въ римскомъ правѣ различіе между процентами, установленными особой стипуляціей, и процентами иного рода оказывало существенное вліяніе на взысканіе ихъ судебнымъ порядкомъ.

1. Для процентовъ, основанныхъ на *особой стипуляціи,* существовали *отдѣльные иски.* Послѣдніе могли предъявляться раньше иска о главномъ долгѣ, или же вмѣстѣ съ нимъ, или, наконецъ, послѣ него. Поэтому, на взысканіе просроченныхъ договорныхъ процентовъ нисколько не вліяло принятіе платежа по главному долгу или иное его погашеніе.

2. Для процентовъ иного рода *не существовало отдѣльныхъ исковъ;* такіе проценты присуждались судьей лишь попутно, при предъявленіи иска по главному обязательству. Поэтому, ихъ уже нельзя было взыскать, когда главный долгъ былъ совершенно погашенъ, въ частности принятіемъ платежа [17]).

---

[12]) Относительно обязанности платить процессуальные проценты см. выше, выпускъ I, § 154, прим. 19.—§ 291 гражд. улож. для герм. имперіи опредѣляетъ: „Съ денежнаго обязательства должникъ обязанъ платить проценты съ момента предъявленія его ко взысканію, хотя бы съ его стороны и не было просрочки; если же срокъ обязательства наступаетъ лишь позже, то проценты начисляются съ наступленіемъ этого срока". Это положеніе достойно вниманія, между прочимъ, потому, что германское уложеніе, для опредѣленія обязанностей должника, во многихъ случаяхъ прибѣгаетъ къ фикціи, что требованіе предъявлено ко взысканію. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 20, стр. 48.— По юстиніанову праву теченіе процентовъ прекращалось съ момента вступленія въ законную силу судебнаго рѣшенія; но, по прошествіи 4 мѣсяцевъ, оно снова начиналось уже въ размѣрѣ 12%, l. 1. и сл. C. de usuris rei judicatae. 7. 54. Такой порядокъ не удержался въ общегерманскомъ правѣ. Savigny, т. 6, стр. 412 и приведенные тамъ авторы. Законъ о введеніи Civilprocessordnung, § 14, пунктъ 4.

[13]) l. 87, § 1. D. de leg. II., 1. 3. C. in quibus causis 2, 40. Существуетъ споръ, слѣдуетъ ли считать, что должникъ несовершеннолѣтняго, съ момента наступленія срока платежа, находится въ состояніи настоящей просрочки „ex re". Ср. ниже, § 41, прим. 7. Гражд. улож. для герман. имперіи отмѣнило эту привилегію несовершеннолѣтнихъ.

[14]) Ср. выше, выпускъ I, § 60, прим. 5. И этой привилегіи гражд. ул. для герм. имперіи не знаетъ.

[15]) Согласно Handelsgesetzbuch, § 353, купцы при двусторонникъ коммерческихъ сдѣлкахъ могутъ начислять другъ на друга проценты съ момента наступленія срока платежа, безъ предварительнаго соглашенія или напоминанія.

[16]) l. 13, §§ 20 и 21. D. de a. e. v. 19. 1., l. 18, § 1. D. h. t. 22. 1, l. 2. C. h. t. 4. 32. Ср. также Petrażycki, прив. соч., стр. 152. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 452.

[17]) l. 24. D. depositi. 16. 3. Papinianus libro 9 quaestionum... est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri

Представляется спорнымъ, сохранилось ли это различіе и въ современномъ правѣ. Господствующая теорія отвѣчаетъ на этотъ вопросъ утвердительно. По ея мнѣнію, недопустимость особаго иска о законныхъ процентахъ вытекаетъ изъ самой ихъ природы: такіе проценты составляютъ лишь особое *свойство* главнаго долга, такъ что не могутъ оставаться въ силѣ послѣ его прекращенія. Но даже приверженцы господствующей теоріи соглашаются съ тѣмъ, что кредиторъ, принимая платежъ по главному обязательству, можетъ путемъ *односторонней оговорки* сохранить за собой право на проценты, которые ему слѣдуютъ по закону [18]). Однако, этимъ они сами себѣ противорѣчатъ. Вѣдь то, что по самому существу должно погаситься вмѣстѣ съ погашеніемъ главнаго долга, не можетъ быть сохранено путемъ односторонней оговорки.

На нашъ взглядъ, то обстоятельство, что въ Римѣ законные проценты могли быть присуждены лишь officio judicis, при разсмотрѣніи иска по главному долгу, объясняется не внутренними основаніями, а случайными историческими причинами. Впослѣдствіи законные проценты пережили эту историческую стадію своего развитія. Установился общій принципъ, что *всякое* право защищается искомъ; исключенія допускаются лишь по особымъ соображеніямъ, которыхъ никакъ нельзя подыскать по отношенію къ праву на законные проценты [19]).

Приписывать рѣшающее значеніе особой оговоркѣ кредитора при погашеніи главнаго долга—значило бы дать кредитору, хорошо знакомому со всѣми способами обезпеченія права, ничѣмъ не оправдываемое преимущество передъ менѣе опытнымъ.

По гражд. улож. для герман. имперіи не подлежитъ никакому сомнѣнію, что законные проценты могутъ быть взысканы самостоятельными исками.

---

quantum stipulatio. l. 6. D. de neg. gest 3. 5. Въ такомъ же смыслѣ говоритъ Paulus libro 5 responsorum, l. 54, pr. D. locati. 19 2... usurae in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur. Для взысканія такихъ процентовъ не существовало отдѣльнаго иска. l. 4. C. depositi 4. 34, Imp. Gordianus... non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum: sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei judicatae exceptione repellitur. Ср. l. 3. C. de usuris. 4. 32. Большое смягченіе проявляется въ l. 23. D. de exc. rei jud. 44. 2. Но l. 49, § 1. D. de a. e. v. 19. 1 дѣлаетъ опять самые строгіе выводы: Hermogenianus libro 2 juris epitomarum: Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur. Ср. Petrażycki, прив. сочин., стр. 244 и сл.

[18]) Дѣйствительность подобной оговорки признаетъ, между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 259.

[19]) Того же мнѣнія держится, между прочимъ, Carus: Die Klagbarkeit gesetzlicher Zinsen, 1876, а также Ruhstrat въ Archiv für civ. Praxis, т. 65, статья 9. Тамъ указана и литература. Оба писателя пытаются, однако, перетолковать римскія опредѣленія, чтобы, такимъ образомъ, проложить свободный путь тѣмъ положеніямъ, которыя соотвѣтствуютъ современному правосознанію и цѣлесообразности. Такой пріемъ я считаю неправильнымъ. Защищаемый нами взглядъ раздѣляютъ въ конечномъ итогѣ и имперскіе суды: R. O. H. G. E., т. 9, стр. 231 и R. G. E., т. 1, стр. 351, т. 42, стр. 121. Можно указать по этому поводу и на законъ о введеніи Civilprocessordnung, § 14 п. 5.

www.naukaprava.ru

§ 30. Размѣръ процентовъ.

I. Законные проценты опредѣляются примѣнительно къ средней высотѣ обычнаго въ данной мѣстности процента; при этомъ, однако, можно доказывать, что въ конкретномъ случаѣ, въ виду особыхъ обстоятельствъ, слѣдуетъ платить проценты ниже или выше обычныхъ [1]).

По общегерманскому праву обычной нормой процента является 5% въ годъ [2]), по новому германскому уложенію—4% [3]).

II. Размѣръ договорныхъ процентовъ опредѣляется самымъ договоромъ; при этомъ, однако, контрагентамъ не предоставлено безграничной свободы.

A. Уже съ давнихъ поръ римлянамъ была извѣстна *высшая норма процентовъ*. Въ классическій періодъ она достигала 12%, а кодификація Юстиніана признаетъ 6%, какъ общее правило, допуская 8% для лицъ, занимающихся торговлею [4]).

Каноническое право *вообще запретило взиманіе процентовъ* [5]). Въ средніе вѣка приходилось этому подчиняться; но подобныя запрещенія привели лишь къ тому, что кредитныя сдѣлки принимали иныя формы, въ частности, форму покупки рентъ. Послѣ рецепціи римскаго права взиманіе процентовъ допускалось въ Германіи, при чемъ высшій размѣръ былъ опредѣленъ въ 5% [6]).

Договоры о процентахъ, не соблюдавшіе этого установленнаго максимума, были дѣйствительны лишь въ предѣлахъ дозволеннаго размѣра: свыше этого они считались недѣйствительными.

Союзный законъ 14 ноября 1867 г. устранилъ законный предѣлъ процентовъ, но въ то же время предоставилъ должнику, обязавшемуся платить болѣе 6%, право, по прошествіи полугода съ момента заключенія сдѣлки, предупредить кредитора за 6 мѣсяцевъ о намѣреніи погасить долгъ до срока. Это положеніе перешло въ гражд. улож. для герм. имперіи, § 247 [7]).

B. Впрочемъ, законодатель, отказавшись отъ установленія высшаго размѣра процентовъ, былъ поставленъ въ необходимость про-

---

[1]) Ср. мѣста, приведенныя выше, § 29, прим. 7—11; Petrażycki, loc. cit., §§ 12—16.

[2]) Рѣшеніе имперскаго сейма, 1600 г., § 139. Иного мнѣнія Windscheid, т. 2, § 260, прим. 5. Ср., однако, Behrend въ Zeitschrift der Savignystift., germ. Abth., т. 1, стр. 85.

[3]) При двусторонннхъ коммерческихъ сдѣлкахъ размѣръ законнаго процента равняется 5%, H. G. B., ст. 352. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, § 22, стр. 51. Казна въ Римѣ взыскивала въ свою пользу 6%, l. 17, § 6. D. h. t. 22. 1. Petrażycki, loc. cit., стр. 258. Согласно l. 37. D. de neg. gest. 3. 5 дѣйствуетъ правило „ubi quis ejus pecuniam cujus tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat", слѣдовательно, первоначально 12%, а по юстиніанову праву 6%. Ср. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 221.

[4]) l. 26, §§ 1 и сл. C. h. t. 4. 32, 528 года.

[5]) Tit. X. de usuris 5. 19; in 6-to. 5. 5; Clem. 5. 5. Funk: Geschichte des Kirchlichen Zinsverbotes, 1876.

[6]) Neumann: Geschichte des Wuchers in Deutschland, 1865. Stobbe-Lehmann: Deutsches Privatrecht, т. 3, стр. 350. Позднѣйшее рѣшеніе имперскаго сейма, 1654 г., § 174.

[7]) Законъ о введеніи новаго германскаго уложенія, ст. 39, отмѣняетъ законъ 14 ноября 1867 года. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 23, стр. 54.

тиводѣйствовать ростовщичеству въ отдѣльныхъ случаяхъ его проявленія. Къ этой цѣли направлены имперскіе законы отъ 24 мая 1880 г. и 19 іюня 1893 г., а также и § 138, п. 2 гражд. улож. для герм. имперіи [8]).

С. Особая опасность, какъ для частнаго, такъ и для народнаго хозяйства заключается въ томъ, что *просроченные проценты накопляются* и, наконецъ, достигаютъ такихъ размѣровъ, что должникъ уже не въ силахъ выплатить ихъ. Противъ этого были направлены слѣдующія положенія римскаго права:

1. *Договорные проценты перестаютъ нарастать, когда недоимки по ихъ уплатѣ достигли размѣра главнаго долга* [9]).

Гражд. улож. для герм. имперіи устранило это ограниченіе.

2. *Начисленіе процентовъ на неуплаченные проценты* — anatocismus — не допускается [10]). Это запрещеніе распространяется и на законные проценты. Поэтому договоры, устанавливающіе проценты на проценты — недѣйствительны [11]).

По новому германскому уложенію, соглашеніе, что просроченные проценты въ свою очередь должны приносить проценты, недѣйствительно въ томъ случаѣ, если оно послѣдовало заранѣе. Исключеніе дѣлается для сберегательныхъ кассъ, кредитныхъ установленій и банковыхъ сдѣлокъ. Проценты за просрочку и процессуальные съ процентовъ не взыскиваются [12]).

Сумма, уплаченная въ видѣ процентовъ, запрещенныхъ закономъ, уменьшаетъ долгъ лица обязаннаго. Поскольку же эта сумма превышаетъ объемъ главнаго долга, она подлежитъ возврату [13]) [14]).

---

[8]) Ср. выше, § 16а.

[9]) l. 26, § 1. D. de cond. indebiti. 12. 6, l. 10, l. 27, § 1. C. h. t. 4. 32.—Nov. 121, гл. 2, nov. 130, а также 160 опредѣлили, что и *уплаченные* уже проценты засчитываются въ duplum—предписаніе, нелѣпость котораго очевидна. Эти новеллы оставлены безъ глоссъ. Приводимые обыкновенно рядомъ съ ними l. 29 и l. 30. C. h. t. 4 32 не имѣютъ значенія законовъ. Они представляютъ собою не что иное, какъ изложеніе содержанія новеллъ, включенное редакторами въ кодексъ, ср. Krüger и Mommsen, corpus juris, vol. II, p. V. Кромѣ того, относительно запрещенія см. W. Sell въ его Jahrbücher, т. 1, статья 2, и Pfeiffer: Praktische Ausführungen, т. 7, стр. 42.

[10]) l. 26, § 1. D. de cond. indebiti. 12. 6. l. 27. D. de re jud. 42. 1. Даже въ томъ случаѣ, когда путемъ договора проценты превращаются въ капитальный долгъ, проценты на нихъ по юстиніанову законодательству не могутъ быть допущены, l. 28. C. h. t. 4. 32. На практикѣ это неосуществимо, такъ какъ всегда можно, получивъ проценты, выдать ихъ тотчасъ же въ видѣ займа. Вслѣдствіе этого, противъ предписанія Юстиніана сдѣлано много возраженій. Ср. Glück, т. 21, стр. 123, Windscheid, § 261, прим. 2 и приведенныхъ тамъ авторовъ. Однако, повѣренный, взыскавшій проценты, слѣдующіе его довѣрителю, долженъ уплатить и проценты на нихъ, коль скоро онъ употребилъ ихъ въ свою пользу, l, 10, § 3. D. mandati. 17, 1... denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere. Такіе проценты, въ отношеніяхъ повѣреннаго къ довѣрителю, составляютъ капиталъ, l. 58, §§ 1 и 4. D. de adm. tut. 26. 7.

[11]) l. 29. D. h. t. 22. 1. Marcianus libro 14 institutionum: Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras: quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi et licitas peti posse.

[12]) Гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 248, 289, 291. Ср. также H. G. B., § 355, въ силу котораго допускаются проценты на проценты, записанные на текущій счетъ при его заключеніи. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 23, стр. 55.

[13]) l. 26, pr. D. de condictione indebiti. 12. 6, l. 18. C. h. t. 4. 32. Ср. Pauli sent. II, 14, 2: usurae supra centesimam solutae sortem minuunt: consumpta sorte repeti possunt, затѣмъ загадочный § 4 eod.

www.naukaprava.ru

II. *Обязанность содержанія (alimenta)*[1]).

§ 31. Непосредственныя и косвенныя alimenta.

I. Право требовать alimenta—содержанія—направлено на доставленіе управомоченному лицу средствъ, нужныхъ для жизни. Право это можетъ быть ограничено однимъ только *необходимымъ для поддержанія голаго существованія*, такъ наз. *alimenta naturalia*. Но если такое ограниченіе не было заранѣе предусмотрѣно, управомоченный можетъ требовать всего, что необходимо для образа жизни, *соотвѣтствующаго его общественному положенію*, такъ наз. *alimenta civilia*. Что именно сюда относится, слѣдуетъ опредѣлять всякій разъ, смотря по обстоятельствамъ. Поэтому, прежде всего, должно быть доставлено все, что требуется для поддержанія физическаго существованія: пища, одежда, жилище и отопленіе, а въ случаѣ надобности и врачебныя средства; но, далѣе, сюда же надо присоединить и все, что необходимо для духовнаго развитія и воспитанія[2]).

Право на alimenta можетъ быть установлено путемъ договора, завѣщанія, закона или судебнаго рѣшенія.

II. Слѣдуетъ различать непосредственныя и косвенныя права на alimenta[3]).

1. *Непосредственное право на alimenta обязываетъ прямо къ содержанію управомоченнаго.* Такова, между прочимъ, законная обязанность восходящихъ и нисходящихъ доставлять alimenta другъ другу[4]). Выполненіе непосредственной обязанности содержанія

---

[14]) Купоны, выпускаемые вмѣстѣ съ бумагами на предъявителя, сохраняютъ характеръ процентныхъ росписокъ, хотя и являются сами бумагами на предъявителя. Въ силу послѣдняго свойства, деньги по нимъ выплачиваются добросовѣстному предъявителю даже тогда, когда главный долгъ не существуетъ или уже погашенъ. Но такъ какъ купоны все-таки являются процентами, то нельзя требовать процентовъ на нихъ въ случаѣ просрочки. R. O. H. G. E., т. 10, стр. 213, т. 24, стр. 389. Ср., однако, гражд. улож. для герм. имперіи, § 248, п. 2.

[1]) Büngner: Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht, 1876, Schanze: Zur Lehre vom Alimentationsanspruch въ Archiv für civ. Praxis, т. 69, статья 5.

[2]) Въ l. 6 D. de alimentis legatis. 34. 1 Iavolenus libro 2 ex Cassio говоритъ: Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur. Неудивительно, что римлянинъ не упоминаетъ объ отопленіи; но странно, что повсюду въ Германіи, слѣпо подражая древнимъ, при перечисленіи отдѣльныхъ потребностей, обыкновенно вовсе не упоминаютъ объ отопленіи. Далѣе, изъ того, что въ Римѣ издержки на воспитаніе не причисляются къ alimenta—l. 6, § 5. D. de Carb. edicto. 37. 10, l. 4. D. ubi pupillus. 27. 2, вовсе не слѣдуетъ, что то же самое должно имѣть мѣсто и въ Германіи, при совершенно иныхъ условіяхъ жизни. У насъ скорѣе должно быть примѣняемо правило: „не о единомъ хлѣбѣ живъ будетъ человѣкъ“. См. Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 258. Ср. также гражд. улож. для герм. имперіи, § 1610: Объемъ содержанія, подлежащаго доставленію, опредѣляется сообразно житейскому положенію нуждающагося (содержаніе, соотвѣтствующее общественному положенію). Содержаніе охватываетъ всѣ жизненныя потребности; въ отношеніи лица, нуждающагося въ воспитаніи,—также и издержки на это воспитаніе и на начальную подготовку къ опредѣленной профессіи. Ср. также § 1708.

[3]) Это различіе удачно проведено у Schanze, l. c. Впрочемъ, онъ выражается иначе, говоря объ alimentatio въ „собственномъ“ и „не собственномъ“ смыслѣ. Первая направлена на „facere“, а вторая на „dare“.

[4]) Ср., впрочемъ, гражд. улож. для герм. имперіи, § 1612.

можетъ, правда, послѣдовать и при помощи денежной выдачи, но лишь подъ тѣмъ условіемъ, что цѣль содержанія будетъ этимъ дѣйствительно достигнута. Поэтому, если, напримѣръ, деньги, высланныя отцомъ сыну на его содержаніе, пропадутъ у послѣдняго безъ вины (dolus или culpa lata) съ его стороны, то сынъ получаетъ право на новыя alimenta. Съ другой стороны, нельзя требовать выдачи alimenta за истекшее время, такъ какъ о прошедшемъ уже нечего заботиться—in praeteritum non vivitur, гласитъ древняя поговорка. Но лицо, обязанное доставлять alimenta, можетъ быть привлечено къ возмѣщенію убытковъ, происшедшихъ вслѣдствіе недоставленія слѣдуемаго содержанія; точно такъ же его можно принудить, путемъ actio negotiorum gestorum, вознаградить третье лицо, которое доставляло alimenta или средства для нихъ[5]).

2. Косвенныя *alimenta заключаются въ точно опредѣленныхъ выдачахъ*, по большей части денежныхъ, для содержанія лица, имѣющаго на это право. Доставляющій alimenta здѣсь не обязанъ ни къ чему иному сверхъ того, что *назначено* для содержанія. Но недоплаченная по такому обязательству сумма должна быть внесена послѣ.

III. Права на alimenta обѣихъ категорій пользуются особымъ покровительствомъ:

a) Мировыя сдѣлки относительно alimenta, которымъ еще не наступилъ срокъ, нуждаются въ утвержденіи суда[6]).

b) Требованія alimenta, основанныя на законѣ, не могутъ быть арестованы третьими лицами съ цѣлью обращенія на нихъ взысканія[7]).

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Мѣсто и время исполненія.

§ 32. Мѣсто исполненія[1]).

Мѣстомъ исполненія обязательства называется то мѣсто, гдѣ должно быть исполнено слѣдуемое по обязательству дѣй-

---

[5]) Ср. гражд. улож. для герм. имперіи, § 1613; иначе § 1711.

[6]) Маркъ Аврелій установилъ въ своей oratio необходимость преторскаго утвержденія для договоровъ объ alimenta, оставленныхъ по завѣщанію, срокъ которымъ еще не наступилъ. Это правило не распространялось на прочія alimenta, въ частности на тѣ, которыя возникали вслѣдствіе акта щедрости, совершеннаго еще при жизни дарителя. Ср. l. 8, pr., § 2. D. de transact. 2. 15. Но Гордіанъ въ l. 8. C. de transact. 2. 4 объявляетъ недѣйствительными безъ преторскаго утвержденія соглашенія о будущихъ alimenta вообще. На основаніи этого, общегерманская практика распространяетъ это правило на всѣ вообще, по крайней мѣрѣ также и на законныя alimenta. См. R. G. E., т. 4, стр. 209. Oertmann: Der Vergleich, 1895, § 30. Гражд. ул. для герман. имперіи, § 1714.

[7]) C. P. O., § 850, п. 2. О другихъ особенностяхъ долговъ по alimenta см. Schanze, loc. cit., стр. 241.

[1]) Reatz: Die Lehre vom Erfüllungsorte, 1862, Schulin: Zur Lehre vom Erfüllungsorte und vom Gerichtsstande der Obligation, 1879, Iohannes Burchard: Zur Lehre vom

www.naukaprava.ru

ствіе, и гдѣ это исполненіе должно быть принято вѣрителемъ.

Мѣсто исполненія можетъ быть *опредѣлено* или *не опредѣлено.*

1. Оно можетъ быть точно обозначено въ договорѣ, напр. „уплатить 1000 р. въ Москвѣ“ [2] [3]).

Нерѣдко самый предметъ сдѣлки *съ неизбѣжностью* указываетъ на опредѣленное мѣсто исполненія; таково, напр., обязательство передать или обработать извѣстный земельный участокъ. Въ другихъ случаяхъ мѣсто исполненія наглядным образомъ обнаруживается изъ обстоятельствъ, принятаго въ оборотѣ обычая или природы самаго обязательства. Въ частности, обязательство *доставить* или *передать* опредѣленную движимость обыкновенно должно быть исполнено тамъ, гдѣ эта вещь находится, если только она попала въ это мѣсто безъ вины должника [4] [5]).

2. Если же мѣсто исполненія *не опредѣлено*, то должникъ можетъ исполнить обязательство во *всякомъ удобномъ мѣстѣ*, прежде всего, конечно, въ мѣстѣ своего жительства. Если вѣритель не явится по приглашенію должника на избранное имъ и пригодное для исполненія мѣсто, то онъ считается виновнымъ въ просрочкѣ.

Вѣритель, въ свою очередь, можетъ опредѣлить мѣсто исполненія *въ случаѣ неисправности должника, предъявляя искъ* въ мѣстѣ подсудности послѣдняго. Тамъ же должно произойти и исполненіе [6]).

Erfüllungsorte, 1880, G. Melchior: Ueber den Erfüllungsort bei Obligationsverhältnissen, insbes. bei Distanzeverkäufen, Gött. Inaug. Diss., 1892.

[2]) При двусторонних сдѣлкахъ мѣсто исполненія можетъ быть различное для обѣихъ сторонъ, ср. R. G. E., т. 9, стр. 353. Относительно случая альтернативнаго мѣста исполненія см. l. 2. § 3. D. de eo quod certo loco. 13. 4. Относительно мѣста исполненія для поручителя см. R. G. E., т. 10, стр. 284.

[3]) Относительно того, что уплата должна быть произведена въ опредѣленномъ мѣстѣ, и что предложеніе исполненія въ другомъ мѣстѣ можетъ быть отвергнуто вѣрителемъ, см. l. 9. D. de eo quod certo loco. 13, 4, l. 122. pr. D. de verb. obl. 45. 1, l. 9. C. de solutionibus. 8. 42.

[4]) Также и гражд. улож. для герм. имперіи, § 269, придаетъ всему этому главное значеніе.—Въ частности, лицо, обязанное возмѣстить убытки, должно сдѣлать это и въ отношеніи мѣста исполненія такимъ образомъ, чтобы убытки дѣйствительно были вполнѣ возмѣщены, напр., у путешественника пропадаетъ сундукъ,—его нужно переслать въ мѣсто назначенія.—См. далѣе R. G. E., т. 10, стр. 93.

[5]) l. 12, § 1. D. depositi. 16. 3. Pomponius libro 22 ad Sabinum: Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei judiciis, sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit. См. l. 11, § 1. D. ad exhibendum. 10. 4. 1. 26, § 1, l. 47, pr., § 1, l. 108. D. de leg. I.

[6]) Оба положенія, формулированныя нами въ текстѣ, находятъ подтвержденіе въ l. 2, § 3. D. de eo quod certo loco. 13. 4... et generaliter definit Scaevola: petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. Правда, Ульпіанъ приводитъ опредѣленіе Сцеволы по поводу совершенно особаго отношенія, но оно прямо называется „generalis“; а подъ этимъ римляне разумѣли всѣ вообще основныя правила. Съ указаннымъ опредѣленіемъ согласуются и всѣ прочія свидѣтельства источниковъ. Всякимъ предложеніемъ исполненія, которое происходитъ не „inopportuno loco“, должникъ ставитъ въ просрочку кредитора, l. 39. D. de solutionibus. 46. 3; изъ этого вытекаетъ, что онъ *въ правѣ* исполнить обязательство во всякомъ удобномъ мѣстѣ. Кромѣ

Гражд. улож. для герм. имперіи[7]) устанавливаетъ, въ общемъ согласно съ дѣйствовавшимъ до сихъ поръ торговымъ правомъ, слѣдующее правило: Исполненіе должно послѣдовать въ томъ мѣстѣ, гдѣ должникъ во время установленія обязательства имѣлъ свое мѣстожительство, при торговыхъ обязательствахъ—свое торговое заведеніе.

Далѣе, согласно тому же уложенію[8]), въ сомнительныхъ случаяхъ должникъ обязанъ переслать денежныя суммы за свой рискъ и счетъ вѣрителю туда, гдѣ послѣдній во время установленія обязательства имѣлъ свое мѣстожительство, при торговыхъ обязательствахъ—свое торговое заведеніе. Такимъ образомъ, денежный долгъ исполняется *доставкою* (это Bringschuld, а не Holschuld). При перемѣнѣ мѣста жительства или торговаго заведенія послѣ возникновенія обязательственнаго отношенія, вѣритель долженъ нести возникающіе отсюда лишніе расходы и рискъ.

3. Отъ мѣста исполненія въ современномъ правѣ нужно отличать *мѣсто доставки вещи*, т. е. то мѣсто, куда должникъ обязанъ отправить извѣстную вещь.

А именно, при сдѣлкахъ купцовъ съ иногородними покупателями само собой предполагается, что продавецъ обязанъ доставить проданный товаръ покупателю и притомъ на рискъ и за счетъ послѣдняго. Этимъ нисколько не мѣняется установленное мѣсто исполненія; но наряду съ нимъ при подобныхъ сдѣлкахъ принимается въ расчетъ и *мѣсто доставки вещи*.

§ 33. Мѣсто предъявленія иска и мѣсто исполненія обязательства.

I. По древне-римскому праву искъ на основаніи требованія, которое *должно было быть исполнено въ опредѣленномъ мѣстѣ*, могъ быть предъявленъ *только въ этомъ же мѣстѣ*, и ни въ какомъ иномъ[1]).

того, неоднократно указывается, что должникъ обязанъ произвести исполненіе въ мѣстѣ предъявленія иска, если мѣсто уплаты не опредѣлено въ самомъ обязательствѣ. Такъ, въ l. 1. D. de annuis legatis, 33. 1. Pomponius libro 5 ad Sabinum: Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur: quocunque loco petetur dari debet, sicuti ex stipulatu aut nomine facto petatur. См. также l. 22. D. de rebus creditis. 12. 1, l. 4. D. de condictione triticaria. 13. 3. Съ этимъ соглашается Cohn: Die actio de eo quod certo loco, стр. 103. Впрочемъ, взгляды позднѣйшихъ писателей крайне расходятся. Многіе подразумѣваютъ подъ словомъ „petere“ не „предъявлять искъ“, а „требовать“. Но подобное толкованіе является натяжкой; это относится въ особенности къ упомянутой l. 2, § 3, D. de eo quod certo loco. 13. 4. Результатъ, къ которому приводитъ такое толкованіе, вообще нецѣлесообразенъ. Windscheid—особенно т. 2, § 282, прим. 5—утверждаетъ, что вѣритель и безъ суда можетъ требовать исполненія въ каждомъ мѣстѣ подсудности должника. Но въ такомъ случаѣ вѣритель имѣлъ бы право выбора между различными округами подсудности противной стороны (см. Civilprocessordnung, §§ 12 и сл.) и это право онъ могъ бы осуществить даже *до наступленія* срока требованія. Въ этомъ заключалась бы большая тягость для должника. Иного мнѣнія Puchta: Pandecten, § 246, прим. 1, Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 513 и Brinz, Pandecten, т. 2, стр. 453.

[7]) § 269, ср Dernb., Bürg. R., т. 2, § 52, стр. 113.

[8]) § 270, ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 52, стр. 115.

[1]) l. 1. D. de eo quod certo loco. 13. 3.

www.naukaprava.ru

Это вовсе не такъ странно, какъ можетъ показаться на первый взглядъ. Допустимъ, напримѣръ, что на основаніи требованія, направленнаго на поставку вина, масла или даже на уплату денегъ, которое должно было быть исполнено въ Ефесѣ, искъ предъявленъ былъ въ Римѣ; допустимъ, далѣе, что все дѣло свелось къ присужденію денегъ, чѣмъ вообще оканчивались римскіе иски; тогда было бы, очевидно, невозможно положить въ основаніе оцѣнки ту стоимость предметовъ иска, какую они имѣли бы, еслибы должны были быть доставлены въ Римъ. Подобнымъ рѣшеніемъ присуждено было бы нѣчто иное, чѣмъ обѣщано въ самомъ договорѣ. Вотъ почему необходимо было опредѣлить, какую стоимость имѣло въ мѣстѣ предъявленія иска, т. е. въ Римѣ, требованіе, направленное на исполненіе въ Ефесѣ. Это могло быть опредѣлено съ точностью лишь послѣ того, какъ сдѣлки подобнаго рода сдѣлались столь многочисленными, что вслѣдствіе этого установилась извѣстная рыночная цѣна обязательственныхъ требованій—курсъ на Ефесъ. Въ древнѣйшее время въ Римѣ этого еще не было, и потому не считалось возможнымъ предъявленіе иска гдѣ бы то ни было, кромѣ мѣста, назначеннаго для исполненія.

Указанный порядокъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ значительныя неудобства. Правила римскаго судопроизводства требовали при открытіи процесса личнаго присутствія должника въ мѣстѣ разбирательства дѣла. Поэтому должнику стоило только удалиться изъ мѣста, назначеннаго для исполненія, чтобы устранить всякую возможность предъявленія иска.

Но съ тѣхъ поръ, какъ стали довольно часто заключаться сдѣлки, направленныя на доставку товаровъ на иногородніе рынки, и въ Римѣ установился различный курсъ на различные рынки, преторъ создалъ такъ наз. „actio de eo quod certo loco dari oportet“, которая могла быть предъявлена во всякомъ мѣстѣ подсудности отвѣтчика, при чемъ присужденіе денежной суммы производилось на основаніи упомянутаго курса или особаго интереса, доказаннаго какимъ-либо инымъ способомъ [2]).

II. Современный процессъ знаетъ особую подсудность—по мѣсту исполненія [3]); но искъ можетъ быть предъявленъ и въ другомъ мѣстѣ подсудности должника.

Но гдѣ бы ни былъ предъявленъ искъ, всегда по принципамъ современнаго права, прежде всего, слѣдуетъ требовать *исполненія въ*

---

[2]) Ср. Tit. D. de eo quod certo loco. 13. 4; l. un. C. h. t. 3. 18. Max Cohn — Die actio de eo, стр. 5 и слѣд. — сопоставляетъ различныя мнѣнія о причинахъ своеобразнаго отношенія древняго права къ этому вопросу и необходимости особаго иска. Что этотъ искъ существовалъ уже во времена Лабеона, видно изъ l. 2, § 8. D. h. t. 13. 4. Неизвѣстно, когда онъ былъ впервые установленъ. Относительно формулы его см. Lenel: Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes, 1878, стр. 5 и слѣд. и Edictum, стр. 191. Искъ этотъ характеризуется, какъ actio arbitraria, ср. выше, вып. I, § 133, прим. 2; Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, § 171, стр. 1367. При bonae fidei judicia не требовалось особой исковой формулы.

[3]) C. P. O., § 29.

мѣстѣ, опредѣленномъ въ обязательствѣ, и на это исполненіе долженъ быть направленъ приговоръ [4]). Присужденіе же къ уплатѣ денежной суммы происходитъ обыкновенно лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель, вслѣдствіе несоблюденія срока исполненія, имѣетъ право требовать денежнаго вознагражденія, а также, если принужденіе къ исполненію въ указанномъ мѣстѣ встрѣчаетъ препятствія. При такомъ присужденіи къ уплатѣ денежной суммы надо принимать въ соображеніе *курсъ мѣста, назначеннаго первоначально для исполненія,* считаясь съ разницей курса, какъ въ выгодѣ, такъ и къ невыгодѣ для вѣрителя [5])

§ 34. Время исполненія.

1. *Срокъ* требованія *наступаетъ* въ тотъ моментъ, когда *можетъ быть потребовано обѣщанное исполненіе* [1]).

Обыкновенно, наступленіе срока *совпадаетъ* съ самымъ *возникновеніемъ обязательства* [2]). Но исполненіе послѣдняго иногда бываетъ отложено; подобная отсрочка можетъ вытекать изъ самой природы обѣщаннаго дѣйствія, или молчаливо подразумѣваться вслѣдствіе существующихъ обычаевъ или другихъ обстоятельствъ, или, наконецъ, быть спеціально установленной въ договорѣ [3]).

2. Въ сдѣлкахъ часто встрѣчается особая оговорка объ *увѣдомленіи* (Kündigung), съ установленіемъ особаго срока послѣ него или безъ этого [4]).

Увѣдомленіе есть одностороннее заявленіе. Оно можетъ произойти помимо суда или при его содѣйствіи; наконецъ, оно заключается и въ самомъ предъявленіи иска. По общему правилу, увѣдомленіе не должно соединяться съ какимъ-либо условіемъ [5]). Оно производится вѣрителемъ, должникомъ или ихъ повѣренными, и совершается доставкою сообщенія контрагенту или лицу, уполномоченному на принятіе увѣдомленія [6]) [7]). Тотъ, кто уклоняется отъ приня-

---

[4]) Wächter: Erörterungen, книжка 2, стр. 123. Cohn, привед. сочин., стр. 205.

[5]) l. 2, § 8. D. h. t. 13. 4; l. un. C. h. t. 3. 18.

[1]) Римляне обозначали наступленіе срока словами: dies venit. Относительно этого выраженія см. выше, вып. I, § 114, прим. 7.

[2]) l. 213. D. de V. S. 50. 16... ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; l. 41, § 1 D. de verb. obl. 45. 1; l. 14. D. de R. J. 50. 17. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 271, п. 1; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 54, стр. 117.

[3]) l. 73. D. de verb. obl. 45. l. Paulus libro 24 ad edictum: Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit; см. l. 14, l. 60, l. 73, l. 98, § 1, l. 137, § 2. D. eod.

[4]) См. Dernburg, Bürg. R., т. 2, § 55; W. Immerwahr: Die Kündigung, 1898.

[5]) R. O. H. G. E., т. 4, стр. 341. Immerwahr, loc. cit., стр. 80.

[6]) Для извѣщаемаго лица обязательно только такое увѣдомленіе, на которое онъ можетъ положиться. Поэтому гражд. улож. для герм. имперіи, § 174 опредѣляетъ: Односторонняя юридическая сдѣлка, которую повѣренный совершаетъ по отношенію къ другому лицу, недѣйствительна, если онъ не представляетъ акта довѣренности, и другое лицо немедленно отклоняетъ сдѣлку по этой причинѣ. Такое отклоненіе не допускается, если довѣритель сообщилъ этому лицу о данномъ имъ полномочіи.

[7]) Относительно случая увѣдомленія со стороны неуполномоченнаго представителя см. гражд. улож. для герм. имперіи, § 180.

www.naukaprava.ru

тія увѣдомленія, долженъ разсматриваться, какъ получившій его; это вполнѣ соотвѣтствуетъ духу института и законнымъ требованіямъ оборота [8]). Увѣдомленіе имѣетъ своей задачей прекращеніе извѣстнаго длительнаго отношенія, напримѣръ, найма, товарищества; или же оно имѣетъ цѣлью, о которой здѣсь и идетъ рѣчь, вызвать наступленіе срока требованія.

3. Въ сомнительныхъ случаяхъ *установленіе срока* считается сдѣланнымъ исключительно *въ интересахъ должника* [9]). Поэтому онъ можетъ принудить вѣрителя принять уплату и до наступленія срока [10]). Право на вычетъ процентовъ за не истекшее еще до срока время— Rabatt или дисконтъ — принадлежитъ должнику, однако, только въ томъ случаѣ, если это было обусловлено въ договорѣ или практикуется на основаніи обычая [11]). Но опредѣленіе срока можетъ послѣдовать и въ интересахъ *обѣихъ сторонъ*; въ подобныхъ случаяхъ вѣритель въ правѣ не принять досрочнаго исполненія, но и лишенъ права его требовать. При требованіяхъ процентныхъ и въ особенности обезпеченныхъ залогомъ въ настоящее время должно предполагать, что контрагенты, при заключеніи договора, имѣли въ виду, именно, такое опредѣленіе срока. Наконецъ, встрѣчается установленіе срока и въ однихъ только интересахъ *вѣрителя*. Такъ слѣдуетъ, напр., разсматривать отдачу вещи на храненіе до извѣстнаго срока. Въ силу этого договора, депозитарій обязуется хранить вещь для депонента до истеченія опредѣленнаго времени, развѣ только наступятъ особыя основанія, оправдывающія возвращеніе вещи до срока; но депонентъ имѣетъ право потребовать ея выдачи во всякое время [12]).

4. Исполненіе можетъ быть потребовано и предложено только въ удобное время, при торговыхъ сдѣлкахъ—только въ то время, когда производится торговля; исключеніе бываетъ лишь въ томъ случаѣ, если другая сторона не возражаетъ противъ необычнаго времени [13]).

§ 35. Юридическое значеніе условій о срокѣ.

Время исполненія обязательства устанавливается или съ тѣмъ намѣреніемъ, чтобы вѣритель могъ съ наступленіемъ срока *требовать* исполненія обѣщаннаго, или съ тѣмъ, чтобы должникъ обязанъ былъ *предложить* предметъ обязательства въ назначенный срокъ. *Первое* считается общимъ правиломъ [1]).

---

[8]) Ср. l. 161. D. de R. J. 50. 17—см. выше, выпускъ I, § 109, прим. 8. Immerwahr, loc. cit., стр. 83.

[9]) l. 41, § 1. D. de verb. obl. 45. 1... apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore, l. 38, § 16. D. eod., l. 70. D. de solutionibus, 46. 3, l. 17. D. de R. J. 50. 17. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 271, п. 2.

[10]) l. 15. D. de annuis legatis. 33. 1, l. 43, § 2. D. de leg. II.

[11]) Такъ же и гражд. улож. для герм. имперіи, § 272.

[12]) l. 1, §§ 45 и 46. D. depositi. 16. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 695 и 696.

[13]) l. 39. D. de solut. 46. 3 verb. „opportuno tempore". H. G. B., § 358.

[1]) По современному праву это правило, однако, не соблюдается въ случаѣ прибавленія dies certus. См. ниже, § 40.

Соблюденіе срока, опредѣленнаго договоромъ, имѣетъ различное значеніе.

1. Оно является обыкновенно *простою обязанностью* сторонъ. Должникъ обязанъ своевременно исполнить. Тѣмъ не менѣе, вѣритель долженъ принять предметъ обязательства даже по истеченіи срока, если только вмѣстѣ съ тѣмъ ему предлагается и вознагражденіе за причиненные промедленіемъ убытки.

2. Но соблюденіе срока можетъ являться также и *условіемъ* исполненія. Тогда вѣритель въ правѣ, въ случаѣ несоблюденія срока, вмѣсто того, чтобы требовать исполненія договора, отказаться отъ послѣдняго.

Если соблюденіе срока должно быть условіемъ исполненія, то срокъ обыкновенно *опредѣляется точно*. При этомъ должнику иногда предоставляется извѣстная свобода, напр., когда онъ обязуется исполнить „при открытіи навигаціи“ или „съ наступленіемъ осенняго сезона“ [2]); въ другихъ же случаяхъ точно устанавливается день и даже часъ исполненія. Сдѣлками послѣдняго рода являются въ области торговаго оборота такъ наз. „срочныя“ сдѣлки (Fixgeschäfte), т. е. срочныя покупки (Zeitkäufe), при которыхъ время доставленія товара точно установлено [3]).

Иногда въ договорѣ прямо опредѣляется, что соблюденіе срока должно быть условіемъ исполненія, напримѣръ, присоединеніемъ такъ наз. *clausula cassatoria*, въ силу которой продавецъ или покупатель является связаннымъ договоромъ лишь въ томъ случаѣ, если другой контрагентъ исполнитъ со своей стороны обязательство къ назначенному времени. Но подобное намѣреніе контрагентовъ можетъ обнаружиться уже изъ самаго характера договора и тѣхъ обстоятельствъ, при которыхъ онъ былъ заключенъ [4]).

Нерѣдко представляется необходимымъ опредѣлить *стоимость въ данное время безпроцентнаго* требованія, *срокъ* которому *наступитъ еще въ будущемъ*. Это бываетъ, между прочимъ, при конкурсныхъ требованіяхъ, заявляемыхъ въ конкурсѣ надъ несостоятельнымъ должникомъ. Эта стоимость равняется *суммѣ, которая, будучи отдана подъ проценты, вмѣстѣ съ процентами за время, остающееся до срока, возросла бы до номинальной стоимости самаго требованія*. Разница между этой суммой и номинальной стоимостью требованія называется *дисконтомъ—interusurium* [5]).

---

[2]) Въ договорѣ найма допускается промедленіе въ нѣсколько дней при очисткѣ квартиры будущему нанимателю. Дальнѣйшая просрочка даетъ право на отступленіе отъ договора, l. 24, § 4. D. locati. 19. 2. См. также R. O. H. G. E., т. 7, стр. 386, т. 9, стр. 407. R. G. E., т. 1, стр. 62. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 542, п. 2.

[3]) H. G. B., § 376. См. также R. O. H. G. E., т. 24, стр. 194.

[4]) Согласно § 361 гражд. улож. для герм. имперіи, при двусторонніхъ договорахъ каждая сторона in dubio въ правѣ отступиться отъ сдѣлки, если исполненіе со стороны другого контрагента не послѣдуетъ къ „точно опредѣленному времени“ или въ „точно установленный срокъ“. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 56, стр. 120.

[5]) Предлагались различные способы вычисленія дисконта. а) Такъ наз. *Карпцовскій*, котораго придерживались и римскіе юристы — l. 88. § 3. D. ad legem Falcidiam.

www.naukaprava.ru

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Вина (culpa). Просрочка (mora). Возмѣщеніе убытковъ. Неустойка.

I. Culpa [1]).

§ 36. Culpa въ контрактныхъ обязательствахъ.

Строгая отвѣтственность должниковъ за неисполненіе договора побуждаетъ къ точному его исполненію и способствуетъ, такимъ образомъ, правильному развитію и надежности оборота.

Уже въ древнѣйшія времена римляне чутко относились къ этому вопросу. Законъ и позднѣе магистраты установили во многихъ случаяхъ штрафные иски противъ недобросовѣстныхъ контрагентовъ. Независимо отъ этого, вѣрители должны были сами обезпечивать себя противъ неисполненія или неудовлетворительнаго исполненія обязательства особыми штрафными стипуляціями при заключеніи самаго контракта. Такія стипуляціи сдѣлались обычными [2]).

Впрочемъ, отвѣтственность контрагентовъ была въ древнѣйшемъ правѣ далеко не совершенна и не достаточна.

Мало-по-малу, подъ вліяніемъ столкновенія интересовъ во время соціальной борьбы, слѣды которой еще не совсѣмъ изгладились у

35, 2, довольно простъ, но не точенъ. По этой системѣ высчитываются проценты *со стоимости самаго требованія* отъ настоящаго времени до наступленія срока, при чемъ полученный дисконтъ вычитается изъ номинальной суммы долга. Такимъ образомъ, требованіе, срокъ котораго наступитъ черезъ 20 лѣтъ, свелось бы къ нулю, если принять за среднюю высоту обычнаго процента 5% въ годъ. Изъ этого ясно видна неточность Карпцовской системы. b) Безъ сомнѣнія—и это въ настоящее время признано всѣми—скорѣе слѣдуетъ опредѣлить ту сумму, которая, будучи отдана въ ростъ, достигла бы ко дню наступленія срока номинальной стоимости даннаго требованія. Изъ этой основной мысли выработались двѣ системы. Первая изъ нихъ принадлежитъ *Лейбницу:* Meditatio iuridico-mathematica: de interusurio simplici. Онъ высчитываетъ сумму, которая вмѣстѣ со *сложными процентами* возросла бы ко времени наступленія срока платежа до номинальной стоимости обязательства. Математическую точность этой системы старается доказать Oettinger въ Archiv für civ. Praxis, т. 29, статья 2. Ср. также Keil: Das Interusurium, 1854. Но кто же въ ней сомнѣвался? Тѣмъ не менѣе, эта система является несправедливой по отношенію къ вѣрителю, который не всегда имѣетъ возможность, получивъ данную сумму и отдавъ ее въ ростъ, взыскивать проценты немедленно въ назначенные для нихъ сроки и тотчасъ же пускать ихъ въ дальнѣйшее обращеніе. c) Поэтому болѣе соотвѣтствуетъ справедливости такъ наз. *Гофманская система*, которую предложилъ Hoffmann: Die Klugheit Haus zu halten, 1731. Эта система кладетъ въ основаніе ту сумму, которая вмѣстѣ съ процентами достигнетъ ко времени наступленія срока номинальной стоимости требованія. Такой способъ вычисленія примѣняетъ при конкурсѣ и германскій конкурсный уставъ, § 65. Гражд. улож. для герм. имперіи вводитъ его во всеобщее употребленіе, §§ 1133 и 1217.

[1]) О culpa вообще см. выше, выпускъ I, § 86. Тамъ—въ прим. 3—указана важнѣйшая литература. Слѣдуетъ упомянуть еще Jhering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, его Verm. Schriften, 1879, стр. 155 и сл.

[2]) Штрафныя стипуляціи употреблялись, въ частности, когда обязательство касалось „dare“ извѣстнаго объекта, см. l. 69. D. de verb. oblig. 45. 1. А именно, обычна была стипуляція двойной цѣны проданной вещи на случай ея эвикціи. Рѣдко случалось, чтобы выговаривали какое-либо дѣйствіе, напр., постройку корабля, не присоединивъ къ договору штрафной стипуляціи на случай его неисполненія, § 7. I. de verb. obl. 3. 15; l. 44, § 6. D. de obl. et act. 44. 7.

классическихъ юристовъ [3]), складывались нормы, устанавливающія, какъ общее правило, отвѣтственность должниковъ *за всякую вину* при исполненіи договора.

Эти нормы, въ общемъ, не считаются принудительными. Поэтому контрагенты могутъ, путемъ особыхъ соглашеній, уменьшить или увеличить свою отвѣтственность. Однако, два правила были признаны въ гражданскомъ оборотѣ за основныя положенія, не подлежащія никакому измѣненію:

1. Во всякомъ договорѣ должникъ отвѣчаетъ, по меньшей мѣрѣ, за *dolus*. Соглашенія, въ силу которыхъ устраняется отвѣтственность за dolus, недѣйствительны; этотъ принципъ установленъ авторитетомъ Цельза [4]). Поэтому нельзя выманить у кредитора никакого разрѣшительнаго письма относительно *будущаго dolus*; но вѣритель можетъ простить то, что̀ ему слѣдуетъ въ силу *совершившагося уже dolus*.

2. *Грубая небрежность приравнивается къ dolus*. Это положеніе, по правильному воззрѣнію, соблюдается обыкновенно какъ въ контрактныхъ, такъ и во внѣконтрактныхъ отношеніяхъ [5]) [6]) [7]). Но при чисто штрафныхъ искахъ, какъ, напримѣръ, actio furti, оно не примѣнялось.

---

[3]) Намекъ на это содержитъ, напр., еще l. 13, § 1. D. de pign. act. 13. 7. Ulpianus libro 38 ad edictum. Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. Подчеркиванье того, что вѣритель долженъ отвѣчать за culpa, какъ и при commodatum, указываетъ на претензію капиталистовъ отвѣчать лишь за dolus, если данныя имъ въ залогъ вещи будутъ повреждены; съ другой стороны, отрицаніе всякой отвѣтственности вѣрителя за несчастный случай указываетъ на то, что должники, требуя послѣ уплаты долга возвращенія заложенныхъ предметовъ, не хотѣли принимать во вниманіе ссылку на случайное ихъ уничтоженіе. Въ концѣ концовъ на вѣрителя возложили отвѣтственность не только за culpa, но и за custodia, такъ что возникъ правовой принципъ: ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur: Paulus libro 29 ad edictum, l. 14. D. h. t. 13. 7.

[4]) l. 23. D. de R. J. 50. 17... haec ita, nisi si quid nominatim convenit—vel plus vel minus — in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit — legem enim contractus dedit—excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est. l. 27, § 3. D. de pactis. 2. 14, l. 17, pr. D. commodati. 13. 6, l. 1, § 7. D. depositi. 16. 3, l. 6, § 9. D. de a. e. v. 19. l. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 276, п. 2. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 65, стр. 140.

[5]) Приравниваніе lata culpa къ dolus, какъ общее правило, было признано еще древней доктриной со временъ глоссаторовъ. Въ новѣйшее время этотъ взглядъ нашелъ себѣ основательную защиту со стороны F. Mommsen'a: Erörterungen, книжка 2, стр. 175 и сл. Къ нему присоединяется Windscheid, т. 1, § 101, прим. 10. Но многіе изъ новѣйшихъ писателей признаютъ за этимъ правиломъ лишь ограниченное дѣйствіе. Такъ, Jhering въ его Jahrbücher, т. 4, стр. 12, Pernice: Labeo, т. 2, стр. 425, и въ особенности недавно Burckhardt: Gleichstellung von dolus und lata culpa, 1885. Тамъ же, на стр. 31, находятся указанія на литературу.

[6]) Въ пользу приравниванія culpa lata къ dolus въ сферѣ гражданскаго права, какъ общаго правила, говоритъ тотъ фактъ, что во многихъ случаяхъ его примѣненія оно признается вовсе не по основаніямъ, выведеннымъ изъ особенной природы данныхъ отношеній, а въ силу общаго принципа, что „dissoluta neglegentia prope dolum est", l. 29. pr. D. mandati. 17. 1, „lata culpa plane dolo comparabitur", l. 1, § 1. D. si mensor 11. 6. Уже Нерва, который, насколько намъ извѣстно, былъ первымъ защитникомъ этого взгляда, прямо заявляетъ, что „latiorem culpam *dolum esse*", l. 32. D. depositi. 16. 3, а Павелъ libro 1 manualium говоритъ: „magna culpa dolus est", l. 226. D. de V. S. 50. 16. Поэтому римскіе юристы примѣняли это правило къ случаямъ грубой неосторожности даже тамъ, гдѣ не предшествовалъ договоръ. Такъ въ особенности l. 1, § 2. D. si is, qui testamento 47. 4. См. также l. 1, § 1. D. si mensor 11. 6; l. 8, § 3. D. de precario. 43. 26. Правда, сомнѣнія вызываетъ l. 3, pr. D. de servo corrupto. 11. 3. Кромѣ того, въ пользу

www.naukaprava.ru

Въ силу этого нельзя заранѣе, путемъ договора, устранить отвѣтственность и за грубую небрежность.

Эти положенія имѣютъ важное экономическое значеніе. Они способствуютъ сохраненію народныхъ богатствъ, такъ какъ строгая отвѣтственность всегда побуждаетъ къ большей внимательности въ обращеніи съ ними.

§ 37. Степень вины въ отдѣльныхъ договорныхъ отношеніяхъ.

1. Въ своемъ развитомъ состояніи право устанавливаетъ, какъ общее правило, отвѣтственность *должника при исполненіи договора за всякую*, даже *незначительную вину*. И притомъ правило это примѣняется въ самыхъ разнообразныхъ случаяхъ проявленія послѣдней[1]).

Древнее право подъ culpa разумѣло лишь *положительное дѣйствіе*, наносящее вредъ вѣрителю, а не простое *упущеніе*. Этотъ взглядъ сохранился и въ позднѣйшее время при стипуляціяхъ о предоставленіи опредѣленной вещи[2]).

Но при bonae fidei judicia установилось положеніе, что всякій, кто отвѣчаетъ за виновныя дѣйствія—culpa, долженъ отвѣчать и за недостатокъ заботливости, свойственной хорошему хозяину—diligentia, а слѣдовательно, и за убытки, причиненные простымъ *упущеніемъ*[3])[4]).

принципіальнаго приравниванія lata culpa къ dolus говоритъ и тотъ пріемъ римскихъ юристовъ, въ силу котораго они разъ принятый аѳоризмъ обыкновенно послѣдовательно примѣняли вездѣ. Этотъ пріемъ соотвѣтствуетъ и потребностямъ практики, которая отъ большого числа тонкихъ различій лишается всякой твердости. Да, наконецъ, это приравниваніе соотвѣтствовало, какъ было нами показано выше, и общимъ интересамъ гражданскаго оборота. Ср., впрочемъ, R. G. E., т. 21, стр. 165.

[7]) Того же взгляда R. O. H. G. E., т. 2, стр. 293. Противоположнаго мнѣнія держится, между прочимъ, Burckhardt, привед. сочин., стр. 104. См. у него и литературу по данному вопросу. Гражд. улож. для герм. имперіи не приравниваетъ грубой неосторожности къ злому умыслу.

[1]) Должникъ отвѣчаетъ, если договоръ по его винѣ не былъ исполненъ или былъ исполненъ ненадлежащимъ образомъ или если вслѣдствіе его вины при исполненіи договора вообще произошли убытки.

[2]) l. 91, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Pernice: Labeo, 2 изд., т. 2, разд. II, 1, стр. 112.

[3]) Если исходить изъ того положенія, что „culpa“ въ источникахъ служитъ техническимъ обозначеніемъ „небрежности“—какъ полагаетъ, между прочимъ, Windscheid, т. 1, § 101, и т. 2, § 265, прим. 2—, то становится непонятнымъ, почему римскіе юристы доискивались, обязанъ ли къ „diligentia“, тотъ, кто отвѣчаетъ за „culpa“, и почему они оба эти термина, „culpa“ и „diligentia“, такъ часто употребляли рядомъ. Очевидно, что лишь постепенно стали простому упущенію придавать значеніе, одинаковое съ причиненіемъ вреда положительнымъ дѣйствіемъ. Юриспруденція должна была долго трудиться, пока ей удалось ввести этотъ принципъ въ практику. Кажется, что впервые это положеніе въ примѣненіи къ ссудѣ нашло себѣ признаніе въ лицѣ Квинта Муція Сцеволы: l. 5, § 3. D. commodati. 13. 6: Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam esse praestandam et diligentiam. Согласно свидѣтельству Альфена Вара—l. 11. D. de periculo et commodo. 18. 6—Servius Sulpicius требовалъ diligentia также и отъ продавца. Далѣе, она вмѣняется въ обязанность залогопринимателю, какъ и ссудопринимателю, см. приведенные выше въ § 36, прим. 3, l. 13 и l. 14. D. de pigneraticia actione. 13. 7. Въ концѣ концовъ было признано, что отвѣтственность за diligentia должна имѣть мѣсто во всѣхъ сдѣлкахъ, которыя основываются на bona fides и требуютъ отвѣтственности за culpa levis. Такимъ образомъ, становится понятнымъ все, сказанное въ l. 23. D. de R. J. 50. 17. Ulpianus libro 29 ad Sabinum: Contractus quidam dolum malum dum-

Это положеніе въ обще-германскомъ правѣ сдѣлалось принципомъ, не допускающимъ никакихъ исключеній. Оно признано и гражданскимъ уложеніемъ для германской имперіи[5])[6]).

Обязанность заботливости можетъ заключать въ себѣ и обязанность *охраны* вещи—custodia. Въ этомъ случаѣ отъ должника требуется, чтобы онъ держалъ вещь подъ хорошимъ замкомъ, или приставилъ къ ней сторожа, или же, наконецъ, принялъ всякія другія мѣры для ея охраны. Главнымъ образомъ, онъ долженъ беречь ее отъ пожара и воровъ[7])[8]).

Но охрана вещи на этомъ основаніи является обязанностью лишь въ томъ случаѣ, если обстоятельства дѣла требовали бы ея отъ хорошаго хозяина. Поэтому, въ случаѣ, напримѣръ, продажи хлѣба на полѣ, отъ продавца обыкновенно не требуется особой охраны.

Такимъ образомъ, обязанность охраны, *вытекающая изъ diligentia*, имѣетъ совсѣмъ иные размѣры, чѣмъ та, которая *основывается на особомъ договорѣ*.

Для первой критеріемъ служитъ то, что установлено обычаемъ, вторая же основывается на точныхъ опредѣленіяхъ договора. Если должникъ не исполнитъ статей договора, касающихся охраны вещи, то не можетъ уже оправдываться передъ потерпѣвшимъ тѣмъ, что эта охрана не предписывается обычною diligentia. Онъ виновенъ, такъ какъ не исполнилъ даннаго имъ обѣщанія.

---

taxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium. dolum et culpam mandatum et commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Ср. Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, стр. 146 и слѣд. и 221.

[4]) Иногда diligentia обозначается, какъ „exacta“ или „exactissima“. Изъ l. 1, § 4. D. de obl. et act. 44. 7 и l. 72. D. pro socio. 17. 2. вытекаетъ, что этими выраженіями желали оттѣнить разницу между diligentia вообще и diligentia, quam in suis rebus, т. е. такъ наз. culpa in concreto. Иного мнѣнія Baron: Diligentia exactissima oder Haftung für custodia въ Archiv für civ. Praxis, т. 52, статья 2; Die Haftung bis zur höheren Gewalt, ibid., т. 78, статья 7.

[5]) § 276, п. 1 гражд. улож. для герм. имперіи также опредѣляетъ: Должникъ, за отсутствіемъ противоположнаго соглашенія, отвѣчаетъ за умыселъ и неосторожность.

[6]) Объ иномъ расширеніи отвѣтственности должника, а именно за профессіональныя ошибки въ тѣхъ случаяхъ, когда необходимы спеціальныя познанія, сказано выше, выпускъ I, § 86, прим. 10.

[7]) Brinz, т. 2, стр. 361, подводитъ подъ понятіе „custodire“ цѣлый рядъ точно опредѣленныхъ дѣйствій, напримѣръ: нарядъ караула, огораживаніе, устройство загражденій, храненіе подъ замкомъ, требованіе cautio damni, лѣченіе, починка. Съ этой точки зрѣнія и должно разъясниться данное ученіе, которое было въ высшей степени затемнено отвлеченными выводами и лишь схематическимъ изложеніемъ многихъ прежнихъ изслѣдователей. Отвѣтственность за custodia можетъ основываться: а) на самостоятельномъ договорѣ, въ силу котораго обязываются хранить извѣстную вещь, l. 1, § 12. D. depositi. 16. 3; b) на добавочномъ соглашеніи при какой либо сдѣлкѣ, напр., при куплѣ-продажѣ; c) наконецъ, она можетъ являться прямымъ послѣдствіемъ diligentia, вытекающей изъ договора. См. Engelmann: Custodiae praestatio, 1887; Bruckner: Die custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior, 1889; Biermann: Custodia und vis maior въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 12, статья 3; Baron, loc. cit.; Stammler въ sächs. Archiv für bürg. Recht, т. 3, стр. 65. Перечень различныхъ взглядовъ на данный вопросъ даетъ намъ Simoncelli въ Rivista ital. per le scienze giuridiche, т. 14, стр. 6.

[8]) Кто отвѣчаетъ, какъ депозитарій, лишь за dolus и culpa lata, тотъ не обязанъ принимать *особыхъ мѣръ охраны*. Поэтому и говорятъ прямо, что депозитарій не отвѣчаетъ за custodia, § 17. I. de obl. quae ex delicto 4. 1. Но, очевидно, это слѣдуетъ понимать cum grano salis.

www.naukaprava.ru

На непониманіи такого различія основанъ взглядъ, что тотъ, кто обязался къ „custodia“, отвѣчаетъ и за „casus“[9]).

2. Кто принимаетъ на себя долгъ *лишь въ интересахъ вѣрителя*, тотъ отвѣчаетъ только за „*dolus*“ *и* „*culpa lata*“[10]). Это положеніе римская юриспруденція вывела по аналогіи съ отвѣтственностью *депозитарія*, сохраняющаго вещь безъ всякаго вознагражденія и отвѣчающаго лишь за dolus и culpa lata[11]).

Но это положеніе не было удержано ею безусловно.

Кто самъ вызывается принять вещь на храненіе, тотъ отвѣчаетъ за всякую вину[12]). Далѣе, за всякую culpa отвѣчаетъ *мандатарій*, несмотря на то, что принимаетъ на себя порученіе безвозмездно. Такимъ образомъ, для пользы оборота, въ важнѣйшемъ именно случаѣ, приведенное выше правило было устранено.

И по гражд. улож. для герм. имперіи на мѣру отвѣтственности должника оказываетъ вліяніе то обстоятельство, что долгъ былъ имъ принятъ на себя исключительно въ интересахъ вѣрителя. Но общее положеніе римскаго права въ немъ не сохранилось[13]).

3. Когда подъ чьимъ-либо управленіемъ находится чужое имущество вмѣстѣ съ собственнымъ, отвѣтственность ограничивается соблюденіемъ одной лишь *относительной заботливости*—„diligentia quam suis“, „culpa in concreto“. Это бываетъ при общей собственности и товариществѣ, при управленіи имуществомъ супруги

---

[9]) § 3 a. I. de empt. et vend. 3. 23. Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit, sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Рабы въ Римѣ обыкновенно не подлежали особой охранѣ; иначе они не могли бы заниматься никакими самостоятельными заработками. Поэтому продавецъ не обязанъ заботиться объ охранѣ проданнаго раба, такъ какъ она не практикуется даже у хорошаго хозяина. Если же рабъ тѣмъ не менѣе убѣжитъ, то это разсматривается, какъ несчастный случай, послѣдствія котораго падаютъ на покупателя. Совсѣмъ иное дѣло, если продавецъ *обѣщалъ* охрану. Здѣсь онъ отвѣчаетъ за этотъ случай, такъ какъ не соблюдалъ обѣщаннаго надзора. Но это еще не значитъ, что обѣщаніе custodia налагаетъ на него отвѣтственность за всякій casus. Что мастеръ, которому заказчикъ передаетъ вещи для переработки, отвѣчаетъ обыкновенно за ихъ custodia, само собою вытекаетъ изъ l. 5, pr. D. nautae 4, 9, l. 14, § 17. D. de furtis. 47. 2. Однако, и здѣсь, несомнѣнно, принимаются во вниманіе обстоятельства каждаго отдѣльнаго случая: см., впрочемъ, Lehmann въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 110. То же самое признается и по отношенію къ commodatari'ю, l. 5, §§ 5 и 6. D. commodati. 13. 6; l. 19. D. eod.

[10]) l. 5, § 2. D. commodati. 13. 6; l. 108, § 12. D. de leg. I.—Africanus. См. Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, стр. 149.

[11]) l. 17 § 2. D. de praescr. verb. 19. 5. Что депозитарій отвѣчалъ лишь за dolus, объясняется исторически тѣмъ, что первоначально изъ depositum возникалъ не контрактный, а деликтный искъ, ср. Dernburg: Kompensation, стр. 53, Pernice: Labeo, т. 1, стр. 435. Точно такъ же и прекаристъ отвѣчалъ лишь за dolus и culpa lata, такъ какъ онъ не считался должникомъ ex contractu, l. 8. §§ 2, 3 и 6. D. de precario. 43. 26. Не иначе смотрѣли и на отвѣтственность землемѣра—mensor'a, l. 1. D. si mensor falsum modum dixerit. 11. 6, такъ какъ и противъ него былъ установленъ только деликтный искъ. Этотъ взглядъ удержался и въ позднѣйшее время на томъ основаніи, что каждое изъ упомянутыхъ лицъ „civiliter obligatus non est“. Ср. Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, стр. 173.

[12]) l. 1. § 35. D. depositi. 16. 3. Гражд. улож. для герм. имперіи не признаетъ этого принципа, см. § 690.

[13]) См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 65, стр. 140.

или опекаемаго[14]). Во всѣхъ этихъ случаяхъ требуется лишь такая заботливость, какую данное лицо обыкновенно примѣняетъ къ своимъ собственнымъ дѣламъ[15]).

4. Вопросъ о *представленіи доказательствъ* имѣетъ не меньшее значеніе, чѣмъ опредѣленіе степени отвѣтственности.

Если возникаетъ вопросъ о томъ, соблюдалъ ли должникъ надлежащимъ образомъ *заботливость, возложенную на него договоромъ, то тяжесть доказательства ложится на него.* Кредиторъ предъявляетъ свое требованіе на основаніи договора, и поэтому должникъ, чтобы освободиться отъ отвѣтственности, обязанъ доказать, что онъ примѣнилъ всю ту заботливость которая отъ него требовалась. Такимъ образомъ, если онъ въ силу договора обязанъ возвратить ввѣренную, напр., отданную ему въ наемъ вещь, то онъ, для своего освобожденія отъ обязательства, долженъ доказать не только гибель или пропажу этой вещи, но и отсутствіе всякой вины съ своей стороны[16]).

Кто, отвѣчая лишь за culpa in concreto, извиняется указаніемъ на небрежное веденіе своихъ собственныхъ дѣлъ, также долженъ доказать этотъ фактъ[17]).

Если же истецъ основываетъ свое притязаніе на ущербѣ, наступившемъ *по поводу исполненія договора или въ связи съ нимъ*, то *онъ* долженъ доказать вину отвѣтчика.

§ 38. Отвѣтственность за чужую вину[1]).

I. По общему правилу, *отвѣчаютъ лишь за свою собственную вину.* Поэтому принципіально домовладыка и хозяинъ какого-либо предпріятія отвѣчаютъ за убытки, причиненные ихъ домочадцами, служащими и помощниками лишь постольку, поскольку они сами, хотя бы косвенно, виновны въ этомъ. Вина ихъ, между про-

---

[14]) l. 25. § 16. D. fam. erc. 10. 2, l. 72. D. pro socio. 17. 2, l. 17. pr. D. de jure dotium. 23. 3.

[15]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 276 опредѣляетъ: Кто отвѣчаетъ лишь за ту мѣру заботливости, которую онъ обычно примѣняетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ, тотъ не освобождается отъ отвѣтственности за грубую небрежность. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 65, стр. 140.

[16]) l. 9, § 4. D. locati. 19. 2, l. 5. C. de actione pigneraticia. 4. 24. Ср. H. G. B., § 390. Вопросъ о доказательствахъ возбуждаетъ, однако, сомнѣніе, если вѣритель требуетъ вознагражденія вслѣдствіе неисполненія договора. Въ такомъ случаѣ онъ долженъ доказать существованіе обязанности должника и мотивировать свое требованіе вознагражденія *утвержденіемъ*, что исполненіе договора невозможно и что эта невозможность произошла по винѣ должника. Дѣло отвѣтчика, несмотря на это, доказать, что онъ или исполнилъ свое обязательство, или готовъ и въ состояніи его исполнить, или же, что невозможность исполненія произошла не по его винѣ. Но недобросовѣстность—dolus—отвѣтчика долженъ доказать кредиторъ, если онъ на ней основываетъ свое требованіе. Впрочемъ, и этотъ вопросъ споренъ, ср. Windscheid, т. 2, § 265, прим. 17. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 282 опредѣляетъ: Если споренъ вопросъ о томъ, обусловлена ли невозможность исполненія обстоятельствомъ, за которое должникъ отвѣчаетъ, то тяжесть доказательства лежитъ на должникѣ.

[17]) Всѣ разграниченія Windscheid'a—т. 2, § 265, прим. 19—разрѣшаются сами собою, если присоединиться къ взгляду, высказанному выше, выпускъ I, § 86, прим. 12.

[1]) Ubbelohde въ Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, т. 7, стр. 199; Goldschmidt, ibid., т. 16, стр. 284; Burchardt: Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine

www.naukaprava.ru

чимъ, можетъ заключаться въ недостаточной осмотрительности при выборѣ лицъ—culpa in eligendo—или въ небрежности при надзорѣ за ними—culpa in custodiendo—или же въ снабженіи ихъ неудовлетворительными орудіями и въ непринятіи другихъ необходимыхъ мѣръ[2]).

II. Принципъ, по которому хозяинъ не отвѣчаетъ за своихъ людей, нельзя было провести безусловно. Интересы общественной безопасности и польза гражданскаго оборота требовали нѣкоторыхъ ограниченій, извѣстнаго компромисса съ практикой.

1. Это мы замѣчаемъ, прежде всего, по отношенію къ убыткамъ, причиненнымъ *внѣ договорныхъ отношеній*. По jus civile домовладыка отвѣчалъ за деликты своихъ подвластныхъ лишь въ силу actio noxalis. На основаніи этого иска, онъ долженъ былъ или возмѣстить послѣдствія проступка, или выдать потерпѣвшему виновнаго для искупленія его вины—noxa[3]). Римскіе магистраты во многихъ случаяхъ усиливали эту отвѣтственность, дѣлая домовладыку непосредственно и лично отвѣтственнымъ за извѣстные проступки такъ называемой „familia“[4]). Затѣмъ, хозяинъ корабля и содержатель гостинницы лично отвѣчали за кражу и поврежденіе вещей, причиненныя ихъ людьми[5])[6]).

2. Только что указанныя отступленія отъ первоначальнаго принципа не остались безъ вліянія и на нѣкоторые существенные *договоры*.

а) Предприниматель, въ силу actio institoria, отвѣчалъ за вину своего *institor'a*, какъ при заключеніи, такъ и при исполненіи сдѣлокъ, входящихъ въ кругъ его полномочій[7]). Это вытекало изъ осо-

---

Gehülfen, 1861; Wyss: Die Haftung für fremde culpa, 1867; ср еще Oetker: Kriminelle und civile Haftung Dritter nach hessischen Rechtsquellen, 1892, § 7.

[2]) l. 27, § 9. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Ulpianus libro 18 ad edictum: Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit, l. 11, pr. D. locati. 19. 2, l. 10, § 1, l. 11. D. commodati. 13. 6, l, 20, D. eod. l. 20, § 3. D. de neg. gest. 3. 5.

[3]) Относительно actiones noxales ср. tit. Inst. de noxalibus actionibus. 4. 8; D. 9. 4. Cod. 3. 41, затѣмъ Wyss, loc. cit., стр. 8 и указанную тамъ литературу.

[4]) Между прочимъ, преторъ давалъ interdictum de vi противъ домовладыки, если его „familia“ насильно выгоняла посторонняго владѣльца изъ его участка, l. 1, § 11. D. de vi. 43. 16. Далѣе, publicani отвѣчали за насилія, воровство и поврежденія вещей, причиненныя ихъ „familia“, l. 1, pr., § 5. D. de publicanis. 39. 4. Ср. Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, стр. 55. Слѣдуетъ упомянуть также объ отвѣтственности, согласно эдильскому эдикту, покупателя за поврежденіе купленной вещи, причиненное его прокураторомъ или familia, если вещь за негодностью будетъ возвращена продавцу, l. 25, § 1. D. de aedilicio edicto. 21. 1.

[5]) l. 6 и 7. D. nautae caupones 4. 9, l. un. D. furti adversus nautas 47. 5; Pernice, loc. cit., стр. 53.

[6]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 831 обязываетъ того, кто поручитъ другому лицу исполненіе опредѣленнаго дѣла, возмѣстить вредъ, причиненный этимъ послѣднимъ; но оно разрѣшаетъ ему доказать, что самъ онъ примѣнилъ требуемую въ гражданскомъ оборотѣ заботливость или что вредъ все равно произошелъ бы, несмотря на соблюденіе этой заботливости. Въ этихъ случаяхъ на немъ не лежитъ обязанности возмѣщенія ущерба. См. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 387, стр. 623.

[7]) l. 1, § 2. D. de exercitoria actione. 14. 1, l. 5, § 8. D. de institoria actione. 14. 3, l. 5, § 3. D. de doli mali exc. 44. 4. Относящаяся къ этому вопросу l. 5, § 10. D. de institoria actione. 14. 3 вызываетъ сомнѣнія. Объ этомъ см. Schlossmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 63, статья 9; см. также Arndts, § 250, прим. 7 и указанную тамъ литературу.

баго свойства даннаго иска, въ силу котораго предприниматель отвѣчалъ на подобіе поручителя *за обязательства institor'a* по этимъ сдѣлкамъ.

b) Далѣе, при подрядѣ—*locatio-conductio operis*—предприниматель отвѣчаетъ за вину своихъ помощниковъ и служащихъ во время выполненія подряда даже въ томъ случаѣ, если самъ онъ ни въ чемъ не повиненъ[8]). Практика распространила это на всѣ тѣ случаи, когда кто-либо по договору беретъ на себя обязательство выполнить опредѣленный намѣченный результатъ[9]).

Напротивъ, наемщикъ и судопринимать въ отношеніи нанятыхъ и ссуженныхъ вещей, продавецъ въ отношеніи товара и, наконецъ, мандатарій и negotiorum gestor, по обще-германскому праву, отвѣчаютъ за вину своихъ служащихъ только тогда, когда къ этому присоединяется ихъ собственная вина[10]).

III. На иной точкѣ зрѣнія стоитъ гражданское уложеніе для германской имперіи по отношенію къ договорнымъ обязательствамъ. Здѣсь должникъ отвѣчаетъ за вину своего законнаго представителя—родителя и опекуна, а также и тѣхъ лицъ, услугами которыхъ онъ пользуется для выполненія своего обязательства, въ томъ же размѣрѣ, какъ и за свою собственную вину[11]).

---

[8]) l. 25, § 7, D. locati conducti. 19. 2. Gaius libro 10 ad edictum provinciale: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest. Слѣдовательно, предприниматель отвѣчаетъ не только за свою вину, но и за вину своихъ помощниковъ. Нельзя согласиться съ толкованіемъ Goldschmidt'a—loc. cit., стр. 355, который пытается доказать, что въ данномъ мѣстѣ отвѣтственность признается лишь въ томъ случаѣ, если убытки произошли по винѣ предпринимателя *и* его людей. Такимъ образомъ предприниматель не отвѣчалъ бы даже за свою собственную вину, если бы къ ней не присоединилась вина его помощниковъ. Очевидно, соединительную частицу que слѣдуетъ понимать въ смыслѣ: „какъ въ одномъ, такъ и въ другомъ случаѣ". Что юристъ хотѣлъ здѣсь высказать особенное положеніе, а не само собой понятный принципъ отвѣтственности предпринимателя за свою собственную вину, видно уже изъ того, что онъ такъ подчеркиваетъ возможность примѣненія рѣшенія казуса съ колонной и къ другимъ случаямъ.—Взглядъ Гольдшмидта раздѣляетъ и Windscheid, т. 2, § 401, прим. 5. „Но если даже съ этимъ не согласиться", разсуждаетъ Виндшейдъ, „то во всякомъ случаѣ можно допустить, что Гай въ приведенномъ мѣстѣ разсматриваетъ culpa ipsius, какъ culpa in eligendo. Такое пониманіе этого мѣста не болѣе рискованно, чѣмъ подобное же толкованіе другихъ фрагментовъ, гдѣ мы необходимо должны принять его". Однако, нужно дѣлать различіе между случайными неточными оборотами и положеніемъ, которому самъ авторъ явно придаетъ общее значеніе. И развѣ высказанное Гаемъ положеніе относительно отвѣтственности хозяина за ошибки своихъ служащихъ не является самымъ благоразумнымъ съ практической точки зрѣнія, развѣ оно не соотвѣтствуетъ той тенденціи, которая всюду замѣчается у классическихъ юристовъ—расширить отвѣтственность за culpa! Къ чему, спрашивается, всѣ эти старанія придать ему путемъ различныхъ толкованій иное значеніе ради какого-то принципа, который все же нельзя провести послѣдовательно и который сами римляне во многихъ случаяхъ нарушали допущеніемъ исключеній. Ср. Lehmann въ Zeitschrift der Savignystift., tom Abtheilung, т. 9, стр. 118; R. O. H. G. E., т. 13, стр. 76; R. G. E., т. 10, стр. 165, т. 23, стр. 91; Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 649, W. Abicht: Haftung des Unternehmers bei einer Werkverdingung für die Handlungen seiner Gewerbegehilfen, Göttinger Inaug. Diss., 1891.

[9]) R. G. E., т. 33, стр. 169.

[10]) Ср. указанныя выше въ прим. 2 мѣста источниковъ, см. также R. G. E., т. 21, стр. 170.

[11]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 278; ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 68, стр. 144.

www.naukaprava.ru

§ 39. Отвѣтственность, простирающаяся до предѣловъ vis major[1]).

I. Нѣкоторые предприниматели отвѣчаютъ при эксплоатаціи своего предпріятія за несчастные случаи „до предѣловъ vis major".

1. Преторскій эдиктъ относительно receptum nautarum cauponum возложилъ на *корабельщиковъ и содержателей гостинницъ безусловную отвѣтственность* за возвращеніе въ цѣлости вещей, принятыхъ ими при эксплоатаціи ихъ промысла[2]). Это предписаніе было вызвано необходимостью, а именно небезопасностью дорогъ и транспортовъ въ послѣднія времена республики[3]); изъ него первоначально не допускалось ни одного исключенія.

Но право императорскаго періода освобождало корабельщиковъ и содержателей гостинницъ отъ отвѣтственности, если они могли доказать, что принятыя ими вещи погибли дѣйствіемъ *непреодолимой силы*—vis major, damnum fatale—или же по винѣ самого путешественника.

Они не освобождались отъ отвѣтственности, если могли доказать только, что съ ихъ стороны лично не было никакой вины[4]).

2. Владѣльцы желѣзнодорожныхъ предпріятій обязаны вознаграждать за убытки, происходящіе отъ смерти или поврежденія въ здо-

---

[1]) Goldschmidt въ своей Zeitschrift für Handelsrecht, т. 3, стр. 79 и сл., стр. 331 и сл.; ibid., т. 16, стр. 328; Exner: Begriff der höheren Gewalt въ Grünhuts Zeitschrift, т. 10, стр. 495; Dernburg, ibid., т. 11. стр. 334; Huber: Die höhere Gewalt—Inaug-Diss. безъ означенія года—Bern, 1885; Hafner: Begriff der höheren Gewalt, Zürich, 1887; Stucki: Begriff der höheren Gewalt, Berner Inaug-Diss., 1888; Gerth: Begriff der vis major, 1890; Ude въ Zeitschrift der Savignystift, rom. Abtheilung, т. 12. статья 4; v. Hollander: Die vis major als Schranke der Haftung, 1892; H. Schneider въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 44, стр. 75, 341; H. A. Fischer въ Jherings Jahrb., т. 37, стр. 199; Volkmar: Vis major und Betriebsgefahr, 1900. См. также писателей, указаныхъ выше, § 37, прим. 7.

[2]) l. 1, pr. D. nautae caupones. 4, 9. Ulpianus libro 14 ad edictum. Ait praetor: „nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo".

[3]) Ср. l. 1, § 1. D. h. t. in fine. Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechtes, 3 изд., т. 1, стр. 93, высказываетъ слѣдующее предположеніе: „Первоначально въ Римѣ путешественникъ, прежде чѣмъ остановиться въ гостинницѣ, заключалъ обыкновенно съ ея содержателемъ *формальный словесный договоръ* относительно сохранности дорожной клади; такой порядокъ, превратившись въ обычай, былъ, наконецъ, санкціонированъ преторскимъ эдиктомъ". Это предположеніе мало правдоподобно. Представимъ себѣ, что голодный и жаждущій путникъ-квиритъ, утомленный долгой ѣздой, пріѣзжаетъ, наконецъ, поздно вечеромъ и, можетъ быть, въ бурную и ненастную погоду на постоялый дворъ. Онъ не можетъ отвести промокшую лошадь въ стойло, высушить свое платье, наѣсться и напиться, прежде чѣмъ услужливый хозяинъ не приметъ подъ свое покровительство дорожныя вещи, произнеся торжественно „salvum fore recipio" или другія подобныя слова. А что, если грубый содержатель гостинницы не согласится произнести слова договора? Долженъ ли былъ тогда римскій путешественникъ ночевать на дворѣ подъ открытымъ небомъ? Противъ предположенія Goldschmidt'a высказывается и Baron въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, стр. 239.—Lenel въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 13, стр. 403 предполагаетъ, что въ Римѣ хозяева гостинницъ принимали обыкновенно на себя отвѣтственность за вещи постояльцевъ, дѣлая соотвѣтствующую надпись на самомъ зданіи, напр. „sarcinae salvae erunt". Это предположеніе весьма правдоподобно. Ср. еще Pernice: Parerga X въ Savigny-Zeitschr., т. 20, стр. 132.

[4]) l. 3, § 1, D. h. t. 4. 9. Ulpianus libro 14 ad edictum... hoc edicto omni modo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit. § 2. Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur.

ровьи, причиненныхъ *пассажирамъ при эксплоатаціи желѣзныхъ дорогъ*. Освобожденіе отъ этой отвѣтственности допускается лишь въ случаѣ vis major или собственной вины потерпѣвшаго[5]).

3. Желѣзныя дороги отвѣчаютъ за пропажу или поврежденіе клади со времени принятія до сдачи адресату, но освобождаются отъ отвѣтственности доказательствомъ vis major[6]). Почта, въ случаѣ причиненія тѣлеснаго поврежденія пассажиру, выплачиваетъ издержки на лѣченіе и продовольствіе, поскольку причиною не послужила vis major[7]).

4. По гражд. улож. для герм. имперіи хозяинъ гостинницы отвѣчаетъ за цѣлость принятыхъ вещей путешественника, развѣ только поврежденіе ихъ произойдетъ по винѣ самого путешественника, вслѣдствіе свойства самыхъ вещей или дѣйствіемъ непреодолимой силы[8]).

II. Спрашивается, что, именно, слѣдуетъ разумѣть подъ „vis major“? По наиболѣе правильному взгляду, такіе необычные случаи, которые въ оборотѣ не могутъ быть заранѣе предусмотрѣны и вслѣдствіе этого, при обычныхъ условіяхъ, вовсе не принимаются въ расчетъ.

Въ приведенныхъ примѣрахъ содержатели гостинницъ и лица, занимающіяся извозомъ или желѣзнодорожнымъ дѣломъ, не освобождаются еще отъ отвѣтственности въ силу того, что *въ данномъ случаѣ* обнаружили заботливость, свойственную хорошему хозяину. Наоборотъ, они должны *разъ навсегда* примѣнить всѣ необходимыя приспособленія и вообще принять всѣ мѣры къ тому, чтобы оградить безопасность публики. Если этого не сдѣлано, то они отвѣчаютъ за несовершенство своихъ приспособленій, хотя бы въ данномъ случаѣ они и не заслуживали никакого упрека. Въ этомъ смыслѣ, такія предпріятія являются для публики какъ бы страховыми учрежденіями.

Но подобная отвѣтственность не распространяется на vis major, т. е. на событія настолько необыкновенныя, изъ ряду выходящія, что возможность ихъ наступленія не принято учитывать въ гражданскомъ оборотѣ[9]).

---

[5]) Имперскій законъ объ отвѣтственности за смерть и увѣчья, причиненныя въ промышленныхъ заведеніяхъ, отъ 7 іюля 1871 г., § 1.

[6]) H. G. B., § 456.

[7]) Законъ о почтѣ, § 11, ст. 2.

[8]) § 701, п. 1. См. далѣе §§ 203 и 1996. Dernb., Bürg. R., т. II, 1, § 69, стр. 148, § 353, стр. 525.

[9]) Со временъ глоссаторовъ относительно понятія vis major существуетъ два противоположныхъ взгляда. Согласно одному изъ нихъ, подъ vis major подразумѣваются *извѣстные разъ навсегда опредѣленные случаи*—напр., землетрясеніе, наводненіе, нашествіе непріятелей, т. н. внѣшнія событія. Это воззрѣніе своеобразно и остроумно формулировалъ недавно Exner. По его словамъ, къ vis major относятся такія событія, которыя, проникнувъ извнѣ въ сферу извѣстнаго предпріятія, своимъ воздѣйствіемъ на послѣднее, причинили тѣлесныя или имущественныя поврежденія, и которыя по роду и силѣ своего наступленія, очевидно, выходятъ за предѣлы тѣхъ случайностей, которыхъ, вообще, можно ожидать въ обычномъ порядкѣ вещей. Съ этимъ опредѣленіемъ соглашается Unger въ Jherings Jahrb., т. 30, стр. 417, равно какъ и Baron въ civ. Archiv, т. 78,

www.naukaprava.ru

II. Mora[1]).

§ 40. Просрочка должника. Предположенія.

Если должникъ *по собственной винѣ не исполнитъ своего обязательства въ надлежащее время,* то онъ считается *промедлившимъ—in mora*[2]).

Для наличности просрочки необходимо:

1. *Наступленіе срока требованія.*

Такимъ образомъ, необходимо, чтобы наступилъ надлежащій срокъ уплаты, или чтобы послѣдовало со стороны кредитора увѣдомленіе о намѣреніи осуществить свое требованіе, если это было условлено въ договорѣ, или чтобы исполнилось включенное въ договоръ условіе.

Просрочка не наступаетъ для того, кто можетъ защищаться при помощи *эксцепціи*[3]) или состоитъ должникомъ *по одному лишь натуральному обязательству*[4]).

2. Далѣе, для возникновенія mora должника, по общему правилу, необходимо *напоминаніе ему объ исполненіи* (interpellatio) *со стороны вѣрителя*[5]).

Эта interpellatio должна произойти въ надлежащее время и въ надлежащемъ мѣстѣ[6]). Вѣритель имѣетъ право напоминанія лишь въ

стр. 284. Cosack: Handelsrecht, § 90 II. Согласно другому воззрѣнію, не существуетъ объективнаго, разъ навсегда установленнаго критерія для опредѣленія vis major. Скорѣе дѣло идетъ здѣсь о событіяхъ, которыя *при данномъ положеніи вещей* выходятъ за предѣлы человѣческой предусмотрительности—damnum quod imprudentibus accidit. Ср. Dernburg, loc. cit. и Stintzing въ Archiv für civ. Praxis, т. 81, стр. 427; см. также R. G. E., т. 21, стр. 13.

[1]) Tit. D. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora. 22. 1; литература: Madai: Die Lehre von der Mora, 1837; Wolff: Zur Lehre von der Mora, 1841; Fr. Mommsen: Die Lehre von der Mora въ его Beiträge zum Obligationenrecht, вып. 3, 1855; Kniep: Die Mora des Schuldners, два тома, 1871.

[2]) Терминъ mora имѣетъ двоякое значеніе: 1) просрочка въ исполненіи обѣщаннаго дѣйствія вообще, съ объективной точки зрѣнія, и 2) просрочка по винѣ должника. Оба значенія сопоставляетъ, въ видѣ игры словъ, Павелъ libro 37 ad edictum, l. 24, pr. D. h. t. 22. 1: Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si juste ad judicium provocavit. См. Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1. 2. A., стр. 18.

[3]) l. 54. D. de pactis. 2. 14, l. 40. D. de rebus cred. 12. 1.

[4]) l. 88. D. de R. J. 50. 17.

[5]) l. 32. D. h. t. 22. 1. Marcianus libro 4 regularum: Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit. Требованіе, предъявленное вѣрителемъ на сумму, превышающую размѣръ настоящаго долга, само по себѣ еще не препятствуетъ наступленію mora относительно *дѣйствительнаго* размѣра долга. Послѣдствія просрочки не наступаютъ здѣсь лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель *отказался* отъ принятія долга въ его настоящемъ размѣрѣ. См. R. G. E., т. 9, стр. 141; Dernb., Burg. R., т. 2, § 71, стр. 153. Само собою разумѣется, что въ предъявленіи иска объ исполненіи, равно какъ и въ представленіи судебнаго приказа объ уплатѣ при производствѣ съ предварительнымъ судебнымъ напоминаніемъ—Mahnverfahren—заключается уже напоминаніе. Точно такъ же само собою разумѣется, что въ предъявленіи преюдиціальнаго иска такого напоминанія не содержится.

[6]) l. 32. D. h. t. 22. 1, l. 49, § 3. D. de verb. obl. 45. 1. Однако, достаточно напоминанія, произведеннаго и до наступленія срока, если оно направлено на то, чтобы должникъ уплатилъ по наступленіи срока. Windscheid, т. 2, § 279, прим. 4. Иначе,

томъ случаѣ, если онъ вмѣстѣ съ тѣмъ и управомоченъ къ принятію уплаты[7]). Его мѣсто могутъ заступить уполномоченные и законные представители, но отнюдь не лица, ведущія его дѣла безъ полномочія[8]). Напоминаніе должно быть произведено или самому должнику[9]), или же его повѣренному, уполномоченному на принятіе подобныхъ заявленій[10]).

Но иногда просрочка должника возможна и безъ предварительнаго напоминанія, а именно въ слѣдующихъ случаяхъ:

a) если долгъ возникъ вслѣдствіе *похищенія* чужой вещи или иного злостнаго ея присвоенія[11]);

b) если должникъ *уклоняется отъ напоминанія*[12]); это бываетъ тогда, когда, напр., его невозможно найти ни въ мѣстѣ жительства или торговой осѣдлости, ни въ мѣстѣ, гдѣ по договору назначено исполненіе, а въ то же время онъ не оставилъ нигдѣ

однако, гражд. улож. для герман. имперіи, § 284. Во всякомъ увѣдомленіи должника о намѣреніи вѣрителя осуществить свое требованіе заключается напоминаніе объ уплатѣ по истеченіи срока, остающагося послѣ увѣдомленія.

7) Kniep, loc. cit., т. 1, стр. 166, утверждаетъ, что несовершеннолѣтніе и другія лица, неспособныя ко вступленію въ обязательства, поскольку они могутъ пріобрѣтать права, имѣютъ и право производить напоминаніе, хотя они и не управомочены къ принятію уплаты. Напр., несовершеннолѣтній мальчикъ можетъ напомнить, чтобы ему доставили его куртку, возвратили его книгу. Это положеніе вѣрно, но такой несовершеннолѣтній вмѣстѣ съ тѣмъ считается уполномоченнымъ родителями или опекунами *и къ принятію соотвѣтствующихъ объектовъ*. Напротивъ, если бы несовершеннолѣтній имѣлъ право напоминать продавцу о доставкѣ купленной его опекуномъ для хозяйства лошади, то это могло бы привести къ совершенно нецѣлесообразнымъ послѣдствіямъ. Вѣдь исполненіе обязательства до поры до времени можетъ оказаться вовсе нежелательнымъ. Напоминаніе есть актъ, связанный съ управленіемъ имуществомъ; право производить напоминаніе вслѣдствіе этого и должно, по общему правилу, принадлежать одному только управляющему. См. гражд. улож. для герман. имперіи, § 111: Односторонняя сдѣлка, предпринятая несовершеннолѣтнимъ безъ необходимаго согласія законнаго представителя, недѣйствительна.

8) Paulus libro 37 ad edictum, l. 24. § 2. D. h. t. 22. 1, повидимому, высказываетъ противоположное мнѣніе: Mora videtur creditori fieri, sive ipsi sive *ei cui mandaverat*, sive *ei, qui negotia ejus gerebat*, mora facta sit. Однако, здѣсь лишь противопоставляется спеціальное порученіе *общему полномочію*. Вѣдь при напоминаніи лицомъ, которое вмѣшалось въ управленіе безъ всякаго порученія, не можетъ быть увѣренности въ томъ, что вѣритель, дѣйствительно, желаетъ прекращенія долгового отношенія. Положимъ, кто-нибудь при своемъ отъѣздѣ отдаетъ на храненіе извѣстную сумму денегъ; третье лицо берется за управленіе его имуществомъ. Развѣ долженъ считаться промедлившимъ депозитарій, получившій напоминаніе отъ такого negotiorum gestor'a во время отсутствія депонента, если даже уплата напомнившему не можетъ привести къ освобожденію его отъ обязательства? Гражд. улож. для герм. имперіи, § 180, разрѣшило вопросъ въ духѣ нашего текста. См. также выше, § 34, прим. 6 и 7.

9) Требуется, чтобы должникъ былъ дѣеспособенъ, l. 24. D. de verb. obl. 45. 1. См. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 131, п. 1.

10) Не подлежитъ никакому сомнѣнію и никто противъ этого не споритъ, что напоминаніе можетъ быть сдѣлано не только самому должнику, но и его законному представителю, въ частности опекуну, l. 24. D. de verb. obl. 45. 1. Это правило примѣняется въ наше время и къ представителямъ юридическихъ лицъ. Споренъ вопросъ относительно договорнаго представительства. См. Brinz, т. 2, стр. 294, прим. 18. Просрочка главнаго должника, хотя и не влечетъ за собою непосредственно просрочки поручителя, тѣмъ не менѣе обыкновенно вредитъ ему, такъ какъ онъ отвѣчаетъ за обязательства главнаго должника въ томъ видѣ, какой они въ концѣ концовъ принимаютъ, l. 91, § 4. D. de verb. obl. 45. 1, Brinz, т. 2, стр. 295, прим. 22. Просрочка поручителя не вредитъ главному должнику. См., впрочемъ, Brinz, т. 2, стр. 295, прим. 24.

11) l. 8. § 1. D. de cond. furt. 13. 1: Semper enim moram fur facere videtur, см. далѣе l. 1, § 35. D. de vi. 43. 16. Гражд. улож. для герм. имперіи не знаетъ этого положенія.

12) l. 23. D. h. t. 22. 1. Ulpianus libro 34 ad edictum: Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat qui conveniatur.

www.naukaprava.ru

своихъ уполномоченныхъ, такъ что попытки вѣрителя сдѣлать напоминаніе остаются напрасными[13]);

c) если *соглашеніемъ установленъ опредѣленный срокъ уплаты* и ея въ этотъ срокъ не послѣдовало. Это правило принято обще-германской судебной практикой; она держится поговорки: „dies interpellat pro homine“[14]).

---

[13]) Нѣтъ необходимости, чтобы вѣритель сдѣлалъ заявленіе передъ судомъ, какъ этого требуетъ Mommsen, loc. cit., стр. 74. Вѣритель долженъ только опредѣленно выразить свою волю, чтобъ обязательство было исполнено. Поэтому, между прочимъ, достаточно, чтобы вѣритель лично или отъ его имени нотаріусъ явились въ квартиру должника и составили тамъ актъ о неуспѣшности попытки добиться уплаты; см. Brinz, т. 2, стр. 297, прим. 28. См. теперь также Windscheid, т. 2, § 278, прим. 12.

[14]) Это одинъ изъ самыхъ знаменитыхъ спорныхъ вопросовъ обще-германскаго права. Уже глосса „committitur“ къ l. 9. D. h. t. 22. 1 учила, что „interpellari videtur ab ipsa die constituta“; будучи всѣми усвоенъ, такой взглядъ получилъ и въ Германіи общее признаніе и примѣненіе, пока Savigny въ своихъ Vorlesungen и затѣмъ Neustetel въ Archiv für civ. Praxis, т. 5, статья 8 не выступили противъ него. Съ тѣхъ поръ мнѣнія раздѣлились; см. писателей, приведенныхъ у Windscheid'a, § 278. прим. 4. Что римлянамъ было неизвѣстно положеніе „dies interpellat pro homine“, видно изъ слѣдующаго. a) Правило, что mora возникаетъ вслѣдствіе напоминанія—non ex re, sed ex persona—, выражено, какъ безусловно общій принципъ, l. 32 pr. D. h. t. 22. 1; оно требовало бы ограниченія, если бы не примѣнялось ко всѣмъ долгамъ съ опредѣленнымъ срокомъ уплаты, т. е. въ весьма нерѣдкихъ случаяхъ. b) Юристы упоминаютъ въ различныхъ мѣстахъ о существованіи исключеній изъ этого общаго правила. Такъ, mora возникаетъ „aliquando“ ex re, именно, если нельзя отыскать должника. Развѣ не было бы естественнѣе упомянуть здѣсь о срочномъ обязательствѣ? Чѣмъ можно объяснить, что такое важное въ практическомъ отношеніи положеніе, разъ оно дѣйствительно существовало, нигдѣ ясно не выражено? Молчаніе источниковъ по этому поводу является, по нашему мнѣнію, полнымъ доказательствомъ отсутствія такого положенія. c) Въ l. 17, § 4. D. h. t. 22. 1 Paulus libro singulari de usuris говоритъ: Ex locato qui convenitur, nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet. При договорѣ найма, конечно, *часто* происходятъ соглашенія о времени взноса наемной платы, и все-таки здѣсь установлено *общее* правило, что въ случаѣ запоздалаго исполненія проценты взимаются не тотчасъ, но только съ момента просрочки. Изъ этого видно, что требуется принятіе особыхъ мѣръ къ тому, чтобы наступила просрочка.—Тѣ мѣста, на которыя ссылаются представители противоположнаго мнѣнія, не могутъ поколебать сдѣланнаго нами вывода. Преимущественно указываютъ на слѣдующія 2 мѣста. a) Въ l. 10. C. de act. empt. vend. 4. 49 Діоклетіанъ и Максиміанъ рѣшаютъ путемъ рескрипта: Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes. При сдѣлкахъ относительно доставленія мяса въ опредѣленный срокъ, своевременное исполненіе составляетъ обыкновенно условіе договора, а потому запоздавшее предложеніе исполненія не соотвѣтствуетъ договору. Поэтому долженъ быть возмѣщенъ интересъ своевременной доставки; вопросъ же о mora въ техническомъ смыслѣ не играетъ здѣсь никакой роли. Это не значитъ, какъ полагаетъ Windscheid, loc. cit., вносить въ источники то, чего въ нихъ нѣтъ; напротивъ, это только развитіе того, что они содержатъ. b) Въ l. 114. D. de verb. obl. 45. 1 Ульпіанъ libro 17 ad Sabinum говоритъ: Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit moram facti non esse. Здѣсь на разрѣшеніе представленъ вопросъ о *послѣдствіяхъ* просрочки, а именно: принимаются ли при condictio fundi въ соображеніе убытки, вытекающіе изъ промедленія, или же только стоимость участка въ моментъ litis contestatio; см. l. 3 и l. 4. D. de cond. trit. 13. 3. По этому мѣсту едва ли можно судить о томъ, каковы были *предположенія* просрочки, такъ какъ слова „si per promissorem steterit“ допускаютъ самыя различныя толкованія.—Во всякомъ случаѣ, по данному вопросу было рецепировано не чисто римское право, практика же усвоила и удержала положеніе „dies interpellat“. См. въ особенности Mommsen, loc. cit., стр. 84 и сл. Иной вопросъ, не является ли римскій принципъ болѣе гуманнымъ и цѣлесообразнымъ, чѣмъ выработанное обычаемъ положеніе, и не былъ ли бы онъ въ частности предпочтительнѣе для современнаго права. Заказное письмо могло бы всегда служить вѣрителю доказательствомъ напоминанія. Развѣ такъ трудно отослать такое письмо? Гражд. улож. для герман. имперіи, § 284, п. 2, тѣмъ не менѣе, опредѣляетъ: Когда для исполненія назначенъ календарный срокъ, должникъ считается просрочившимъ помимо напоминанія, если не исполнитъ обязательства въ указанный срокъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 71, стр. 155.

3. Промедленіе должно произойти *по винѣ должника*[15])[16]).

Такимъ образомъ, существуетъ разница между злостнымъ и добросовѣстнымъ должникомъ, подобно тому, какъ въ области вещнаго права—между добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ владѣльцемъ. Впрочемъ, это положеніе не должно служить прикрытіемъ лицемѣрія и злостной проволочки и вести къ подрыву кредита. *Кто не уплатилъ своевременно своего долга, тотъ уже въ силу этого предполагается виновнымъ*[17]).

Поэтому, если должникъ желаетъ опровергнуть признаніе за нимъ вины, то онъ съ своей стороны долженъ указать на *оправдывающія его обстоятельства.*

Послѣднія могутъ заключаться во *внѣшнихъ препятствіяхъ*, мѣшающихъ исполненію, напр., наводненіи, войнѣ или революціи, прерывающихъ сообщеніе[18]).

Должникъ можетъ оправдываться также и тѣмъ, что *не зналъ* о существованіи требованія. Впрочемъ, къ такому заявленію слѣдуетъ относиться съ большою осторожностью. Должникъ обязанъ по возможности удостовѣриться относительно существованія и объема направленнаго противъ него требованія[19]). Онъ можетъ быть извиненъ только въ томъ случаѣ, если докажетъ, что его убѣжденіе въ отсутствіи долга было вполнѣ обосновано.

Недостатокъ средствъ для уплаты никогда не считается обстоятельствомъ, оправдывающимъ неисполненіе обязательства[20]).

---

[15]) Вопросъ о томъ, требуется ли для наличности mora debitoris еще culpa, очень споренъ. Къ противникамъ подобнаго взгляда принадлежитъ Kniep, loc. cit., т. 1, стр. 326; см. тамъ же, на стр. 406, литературу по этому вопросу. Что римляне mora сводили къ culpa, видно изъ l. 91, § 3. D. de verb. obl. 45. 1. Поэтому l. 9, § 1. D. h. t. 22. 1 говоритъ о „mora inculpata“. Далѣе, существованіе особыхъ основаній, устраняющихъ виновность въ просрочкѣ, объясняется съ научной точки зрѣнія лучше всего тѣмъ, что mora принципіально требовала вины должника. Справедливо замѣчаетъ Kniep, loc. cit., что писатели, носящіе на своемъ знамени требованіе culpa, вслѣдствіе этого вовсе еще не придерживаются одного и того же взгляда; точно такъ же и ихъ противники. Такъ напр., Windscheid, т. 2, § 277, который, какъ и мы, требуетъ culpa, всетаки въ практическомъ выводѣ стоитъ на совершенно иной точкѣ зрѣнія, чѣмъ защищаемая нами.

[16]) И гражд. улож. для герм. имперіи, § 285 опредѣляетъ: Должникъ не считается просрочившимъ, пока исполненіе обязательства не можетъ послѣдовать вслѣдствіе обстоятельства, за которое онъ не отвѣчаетъ.

[17]) Поэтому, для доказательства просрочки, истецъ долженъ доказать только наступленіе срока требованія и послѣдовавшее напоминаніе. Pauli sent., III, 8, § 4... mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur; ср. Mommsen, loc. cit., стр. 23, Brinz, стр. 289. Изъ l. 5. D. de reb. cred. 12. 1 никакъ нельзя сдѣлать заключеніе, что истецъ, для доказательства просрочки, долженъ, сверхъ того, установить, что отвѣтчикъ зналъ о своемъ обязательствѣ. Не требуетъ этого и гражд. улож. для герм. имперіи.

[18]) l. 23, pr. D. h. t. 22. 1, ср. l. 21. D. eod.

[19]) Предполагается, что должникъ, доведшій дѣло до процесса вмѣсто того, чтобы платить, допускаетъ просрочку. См. выше, вып. I, § 154, прим. 11.

[20]) Windscheid, напротивъ, утверждаетъ, что „даже несостоятельность можетъ служить оправданіемъ, если она вызвана несчастнымъ случаемъ, помимо вины должника“. Это противорѣчитъ l. 137, § 4. D. de verb. obl. 45. 1: et *generaliter* causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Сверхъ того, это воззрѣніе несовмѣстимо съ нормальнымъ положеніемъ кредита. Вѣрителю незачѣмъ вдаваться въ разсмотрѣніе того, изъ за чего должникъ сдѣлался несостоятельнымъ. См. Brinz, т. 2, стр. 291.

www.naukaprava.ru

§ 41. Послѣдствія просрочки должника.

Промедлившій должникъ обязанъ возмѣстить вѣрителю *интересъ своевременнаго исполненія*[1]).

Однако, право не довольствуется такимъ общимъ принципомъ. При трудности опредѣленія и доказательства интереса, подобное положеніе не давало бы вѣрителю достаточной гарантіи въ томъ, что онъ получитъ полное возмѣщеніе своей дѣйствительной потери. Поэтому были установлены болѣе конкретныя правила, которыя до извѣстной степени избавляютъ вѣрителя отъ доказательства своего интереса во всѣхъ подробностяхъ.

1. Съ момента просрочки должникъ *несетъ рискъ гибели и ухудшенія предмета обязательства.* Древне-римская юриспруденція выразила это въ формѣ правила: *mora obligatio perpetuatur.* Вслѣдствіе этого, вѣритель, которому слѣдовало получить раба Стиха, въ случаѣ смерти послѣдняго послѣ просрочки должника, могъ все-таки предъявить искъ съ формулой „Stichum dare oportere". На основаніи подобнаго иска судья долженъ былъ присудить вѣрителю цѣну умершаго раба, все равно, какъ если бы онъ былъ еще живъ.

Юриспруденція императорскаго періода оправдывала это присужденіе тѣмъ, что *при своевременномъ исполненіи вѣритель могъ бы посредствомъ продажи превратить объектъ долга въ деньги и такимъ образомъ избѣгнуть убытковъ.*

Съ этой точки зрѣнія вполнѣ послѣдовательно предоставляется должнику, въ свою очередь, доказывать, что даже при своевременномъ исполненіи несчастный случай постигъ бы вещь и у вѣрителя. Но для этого онъ долженъ доказать, что *вѣритель оставилъ бы полученный объектъ за собою и не продалъ бы его.* А доказать это, конечно, удастся лишь въ рѣдкихъ случаяхъ[2]).

---

[1]) l. 36, § 2. D. de usu fructu. 7. 1, l. 114. D. de verb. obl. 45. 1. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 286, п. 1.

[2]) Со временъ глоссаторовъ существуетъ споръ о томъ, несетъ ли должникъ рискъ въ силу „perpetuatio" обязательства съ момента просрочки *безусловно*, или же онъ освобождается, если гибель постигла бы вещь и въ случаѣ своевременнаго предоставленія ея вѣрителю. Относительно исторіи этой контроверзы см. Madai, loc. cit., стр. 289. Самъ Madai защищаетъ болѣе строгій взглядъ, между тѣмъ какъ современные юристы склоняются преимущественно въ сторону болѣе мягкаго воззрѣнія. Послѣдняго и нужно придерживаться. Слѣдуетъ только принять въ соображеніе историческое развитіе этого вопроса, чего обыкновенно не дѣлаютъ; ср. по этому поводу Pernice: Labeo, 2 изд., т. 2, разд. II, 1, стр. 132 и сл. Положеніе о „perpetuatio" было установлено юристами республиканскаго періода, какъ самостоятельное и безусловное. Оно является constitutio juris. l. 91, § 3. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 17 ad Plautium: Sequitur videre de eo, quod *veteres constituerunt*, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem quemadmodum intellegendum sit; см. l. 82, § 1. D. eod., l. 24. D. h. t. 22. 1. Но при императорахъ это опредѣленіе древней юриспруденціи стало вызывать недоумѣніе. Ульпіанъ—libro 22 ad Sabinum, l. 47, § 6. D. de leg. I—приводитъ одно изреченіе Лабеона въ его оправданіе: Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: *potuit enim eum acceptum legatarius vendere.* Взглядъ Лабеона подзадорилъ остальныхъ. Доводы, приведенные имъ для оправданія древняго правила, разсматривались теперь, какъ руководящая юридическая идея. Ulpianus libro 16 ad edictum, l. 15, § 3. D. de rei vind. 6. 1, дѣлаетъ отсюда такіе выводы: Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa posses-

2. Далѣе, должникъ отвѣчаетъ *за уменьшеніе стоимости* вещи, происшедшее послѣ промедленія[3]).

И это было вызвано тѣмъ соображеніемъ, что вѣритель долженъ получить все то, что онъ могъ бы выручить отъ продажи предмета долга, если бы послѣдній былъ доставленъ ему своевременно.

Наивысшая цѣна, которую предметъ долга имѣлъ въ *промежуточное время* между наступленіемъ просрочки и дѣйствительнымъ исполненіемъ или присужденіемъ, предоставляется вѣрителю только въ томъ случаѣ, если онъ докажетъ, что при своевременномъ исполненіи онъ воспользовался бы именно этимъ благопріятнымъ моментомъ для продажи вещи.

Только *воръ* во всякомъ случаѣ обязанъ возмѣстить *высшую стоимость вещи за это промежуточное время*. Онъ не можетъ возражать, если вѣритель по отношенію къ нему сошлется даже на такіе барыши, на которые онъ имѣлъ лишь отдаленные шансы[4]).

3. Съ момента просрочки вѣритель получаетъ право на *плоды* и другіе доходы съ предмета обязательства, которые извлекъ или долженъ былъ извлечь должникъ послѣ промедленія, а также и на ту прибыль, которую могъ бы извлечь самъ вѣритель изъ предмета долга при своевременномъ его предоставленіи. Въ частности, ему принадлежатъ такъ наз. проценты за промедленіе, обыкновенно, въ размѣрѣ, опредѣляемомъ мѣстными обычаями[5])[6]).

---

soris, pretium non esse praestandum plerique ajunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. Ср. l. 14, § 1. D. depositi. 16. 3. Видоизмѣненіе древняго правила Ульпіаномъ надо разсматривать, какъ руководящій принципъ. Онъ вполнѣ соотвѣтствуетъ справедливости. Однако, не вѣритель, какъ думаютъ нѣкоторые ученые, долженъ доказывать, что онъ при своевременномъ исполненіи продалъ бы предметъ обязательства: наоборотъ, должникъ обязанъ доказать, что вѣритель не совершилъ бы отчужденія. За обязанность вѣрителя доказывать, поскольку дѣло касается купли-продажи, стоитъ, между прочимъ, Кніер, loc. cit., т. 2, стр. 45. Относительно этого вопроса см. Windscheid, т. 2, § 280, прим. 14, и указанныхъ имъ писателей. Впрочемъ, для доказательства должнику совершенно достаточно указать на такія обстоятельства, изъ которыхъ съ полною вѣроятностью можно заключить, что вѣритель не совершилъ бы отчужденія. При подобныхъ шаткихъ предположеніяхъ нельзя вообще добиться полной увѣренности. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 287 должникъ несетъ отвѣтственность за случайно наступившую во время просрочки невозможность исполненія, развѣ только ущербъ наступилъ бы и при своевременномъ удовлетвореніи вѣрителя. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 72, стр. 157.

[3]) l. 3, § 3. D. de a. e. v. 19. 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur... Правда, въ этомъ мѣстѣ нужно предположить, что просрочка наступила немедленно послѣ продажи, такъ какъ продавецъ раскаялся въ заключеніи сдѣлки.

[4]) l. 8. § 1. D. de cond. furt. 13. 1. Ulpianus libro 27 ad edictum: Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur. Изъ этого мѣста многіе ученые безъ всякаго основанія выводятъ общее правило относительно просрочки, см. Windscheid, т. 2, § 280, прим. 19.

[5]) l. 39, § 1. D. de leg. I, Pauli sent., II, 12, § 7, l. 17, § 1. D. de rei vind. 6. 1, Petrażycki: Einkommen, т. 2, §§ 7 и 15.Въ то время, какъ perpetuatio и вытекающія изъ нея положенія обязаны своимъ возникновеніемъ stricti juris judicia и правилу, выставленному юристами, притязанія о плодахъ и процентахъ за просрочку развились въ связи съ bonae fidei judicia: l. 32, § 3. D. h. t. 22. 1, l. 24. D. depositi. 16. 3. Какимъ образомъ это было распространено впослѣдствіи и на предсмертные отказы, объ этомъ

www.naukaprava.ru

Въ случаѣ *несовершеннолѣтія* вѣрителя, эти проценты должны ему уплачиваться уже съ момента *наступленія срока требованія*[7]).

4. Если осуществленіе требованія ограничено извѣстнымъ *конечнымъ срокомъ*, то это ограниченіе отпадаетъ, коль скоро должникъ, до наступленія конечнаго срока, допустилъ просрочку[8]).

Вѣритель не лишается права доказывать и требовать возмѣщенія своего интереса въ своевременномъ исполненіи и въ бо̀льшемъ размѣрѣ, чѣмъ тотъ, который гарантируется ему по вышеизложеннымъ правиламъ. Въ частности, для этой цѣли онъ можетъ доказывать, что своевременная уплата денежнаго долга принесла бы ему бо̀льшую прибыль или оградила бы его отъ бо̀льшихъ убытковъ, которые не могутъ быть покрыты присуждаемыми ему обычными процентами[9]).

По обще-германскому праву, промедленіе одной стороны не даетъ еще другому контрагенту *права отступиться* отъ заключеннаго договора; исключеніе допускается лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда это обусловлено самимъ договоромъ, вытекаетъ изъ природы сдѣлки или же можетъ быть оправдано требованіями справедливости, въ виду особаго положенія вещей[10])[11]).

Иначе гражд. улож. для герм. имперіи. Здѣсь вѣритель въ томъ случаѣ, если исполненіе, вслѣдствіе просрочки должника, не представляетъ для него уже никакого интереса, можетъ отклонить

см. Gajus, Inst. II, § 280, Pauli sent., III, 8, § 4, l. 24. D. de usufructu legato. 33. 2, l. 34. D. h. t. 22. 1. Постановленіе имперскаго сейма отъ 1600 года, § 139, признало право на проценты за просрочку за всѣми кредиторами безъ различія.

[6]) Исключенія см. выше, § 29, прим. 11. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 288, п. 1 опредѣляетъ: На денежный долгъ начисляются за время просрочки четыре процента годовыхъ. Если кредиторъ на какомъ-либо иномъ основаніи можетъ требовать болѣе высокихъ процентовъ, то ростъ продолжаетъ начисляться въ этомъ высшемъ размѣрѣ.

[7]) См. выше, § 29. Споренъ вопросъ, обязаны ли должники несовершеннолѣтнихъ кредиторовъ только *платить проценты* съ момента наступленія срока обязательства, или же дѣйствуютъ *всѣ послѣдствія просрочки* во все продолженіе несовершеннолѣтія. Предписаніе Севера, на которомъ основывается данный принципъ, говоритъ только объ обязанности платить проценты, l. 87, § 1. D. de leg. II. Paulus libro 14 responsorum... quamvis enim constitutum sit, ut minoribus XXV annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. Такъ же и l. 5. C. de a. e. v. 4. 49. Правда, это обозначалось, какъ послѣдствіе просрочки въ объективномъ смыслѣ, l, 26. D. de fideicommissariis lib. 40. 5, l. 3. C. in quibus causis i. i. r. 2. 40. Иногда даже возникали попытки распространить указанное правило на аналогичные случаи. Но этому не должно придавать особаго значенія, въ виду непризнанія настоящей просрочки въ вышеприведенныхъ мѣстахъ. Иначе само по себѣ цѣлесообразное предписаніе Севера получило бы несправедливый и неестественный характеръ. Въ этомъ отношеніи не должна вводить насъ въ заблужденіе и l. 3, § 2. D. de adimend. leg. 34. 4, на которой Windscheid основываетъ противоположный взглядъ. Здѣсь дѣло идетъ объ исправленіи двусмысленнаго распоряженія наслѣдодателя согласно предполагаемой его волѣ. См. Brinz. т. 2, стр. 298, прим. 39, Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 13 (O. L. G. Oldenburg). Граж. улож. для герм. имперіи не знаетъ этой привилегіи несовершеннолѣтнихъ.

[8]) l. 3. §§ 1 и 2. D. de adimend. leg. 34. 4; Windscheid, т. 2, § 280, прим. 21.

[9]) Въ этомъ смыслѣ ясно высказывается постановленіе имперскаго сейма отъ 1600 года, § 139. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 288, п. 2: Не исключается притязаніе о возмѣщеніи и болѣе высокаго ущерба.

[10]) См. Gustav Lehmann: Die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge, 1891. Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 101 (O. L. G. Kassel).

[11]) Относительно arra см. выше, § 12.

это исполненіе и потребовать возмѣщенія убытковъ вслѣдствіе неисполненія. При двустороннемъ договорѣ, однако, исправный контрагентъ можетъ назначить другой сторонѣ для исполненія подходящій срокъ и заявить, что по истеченіи этого срока онъ уже не приметъ исполненія. Съ истеченіемъ срока онъ въ правѣ требовать возмѣщенія убытковъ вслѣдствіе неисполненія или отступиться отъ договора; притязанія объ исполненіи болѣе не существуетъ. Если исполненіе, вслѣдствіе просрочки, не представляетъ уже для исправной стороны никакого интереса, то предварительное назначеніе срока исполненія не является необходимымъ[12]).

§ 42. Прекращеніе просрочки.

Просрочка должника прекращается—mora purgatur[1]):

1. *Предложеніемъ полной уплаты* въ удобное время и въ удобномъ мѣстѣ.

Безразлично, предлагаетъ ли уплату самъ должникъ или же третье лицо[2]).

Только такое предложеніе влечетъ за собою прекращеніе mora, которое обнимаетъ долгъ *со всѣми приращеніями, вызванными просрочкою*. При этомъ обыкновеннымъ условіемъ является *дѣйствительное, реальное* предложеніе исполненія. Простого словеснаго заявленія должника для этого недостаточно. Его готовность къ исполненію должна выразиться въ дѣйствіяхъ, изъ которыхъ ясно было бы видно серьезное намѣреніе немедленно уплатить свой долгъ.

2. Далѣе, *согласіе кредитора на продолженіе обязательственныхъ отношеній* обыкновенно прекращаетъ просрочку. Такое значеніе имѣютъ, напр., договоръ объ отсрочкѣ долга, новація подъ условіемъ[3]), принятіе векселя, срокъ которому наступаетъ въ будущемъ, или, наконецъ, принятіе обезпеченія[4])[5]).

---

[12]) Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 286, п. 2, 326; ср. также § 361, привед. выше, § 35, прим. 4. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 72, стр. 160; §§ 97 и 98, стр. 211.

[1]) Древнѣйшіе римскіе юристы держались того мнѣнія, что разъ наступившая вслѣдствіе mora perpetuatio долга оканчивается не въ силу позднѣйшаго предложенія исполненія, но лишь вслѣдствіе *дѣйствительнаго* исполненія или присужденія должника. Противъ этого высказался Celsus, l. 91, § 3. D. de verb. obl. 45. 1... Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. Къ этому мнѣнію присоединились Юліанъ и позднѣйшіе римскіе юристы.

[2]) l. 72, § 2. D. de solutionibus. 46. 3.

[3]) l. 54. D. de pactis. 2. 14. Вслѣдствіе условной новаціи просрочка прекращается даже на тотъ случай, если бы новое обязательство не состоялось. Таково мнѣніе Марцелла, libro 20 digestorum, l. 72, § 1. D. de solutionibus. 46. 3: „debitorem, cum stipulanti creditori sub condicione promisit, non videri in solutione hominis cessasse"; см. l. 14, pr. D. de novationibus. 46. 2. Правда, иного взгляда придерживался Venulejus—l. 31, pr. D. de novationibus. 46. 2. Онъ исходилъ еще изъ древнѣйшаго принципа—см. прим. 1, что разъ возникшая perpetuatio долга можетъ быть устранена только исполненіемъ. Его взглядъ поэтому является однимъ лишь историческимъ воспоминаніемъ. Впрочемъ, мнѣнія по этому вопросу сильно расходятся. См. въ особенности Kniep: Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche obligatio, 1860, стр. 49 и Römer: Die bedingte Novation, 1863, стр. 142.

[4]) Нельзя согласиться съ мнѣніемъ, что просрочка, наступившая на сторонѣ отсутствующаго помимо напоминанія, прекращается съ момента его возвращенія. Это

www.naukaprava.ru

Хотя въ этихъ случаяхъ сама просрочка прекращается, но всѣ приращенія и измѣненія требованія, которыя были вызваны ею, остаются въ силѣ. Само собою разумѣется, что кредиторъ можетъ отказаться и отъ всѣхъ притязаній, которыя онъ пріобрѣлъ вслѣдствіе промедленія[6]).

§ 43. Просрочка вѣрителя [1]).

Непринятіе безъ уважительной причины надлежащимъ образомъ предложеннаго исполненія вызываетъ просрочку кредитора. Эта mora creditoris или mora accipiendi является аналогичной съ просрочкой должника.

Во всякомъ случаѣ, принятіе предложеннаго исполненія само по себѣ есть право, а не обязанность кредитора[2]); онъ можетъ, по-

---

утверждаетъ, между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 281, прим. 6, опираясь на то, что и просрочка, наступившая по отношенію къ несовершеннолѣтнему вѣрителю, прекращается сама собою въ моментъ достиженія совершеннолѣтія. Но если даже признать настоящую просрочку въ случаѣ несовершеннолѣтія вѣрителя, что, впрочемъ, неправильно—см. выше, § 41, прим. 7, то все-таки аналогіи здѣсь нѣтъ. Право малолѣтняго вѣрителя на проценты есть особая привилегія; просрочка же, возникающая въ случаѣ отсутствія должника, основывается на самой сути дѣла. Какимъ образомъ можно заставить вѣрителя быть постоянно на сторожѣ относительно присутствія или отсутствія должника!

[3]) Сомнительно по своимъ послѣдствіямъ часто приводимое—напр., Виндшейдомъ, т. 2, § 281, прим. 8—положеніе: „уничтоженіе права требованія влечетъ за собою не только прекращеніе просрочки должника, но и освобожденіе его отъ тѣхъ расширеній обязательства, которыя были уже вызваны ею". Это, конечно, не можетъ имѣть тотъ смыслъ, что разъ погашено требованіе въ томъ видѣ, въ какомъ оно было къ моменту уплаты, то этимъ самымъ уничтожаются и всѣ послѣдствія просрочки: это было бы простою тавтологіей. Мысль здѣсь скорѣе такова: если первоначальный объектъ долга, напр., обѣщанное количество хлѣба, послѣ просрочки должника будетъ представленъ и принятъ, то вѣритель не можетъ уже больше осуществлять тѣ притязанія, которыя возникли у него вслѣдствіе просрочки, напр., относительно разницы въ цѣнѣ, которую онъ могъ бы требовать отъ промедлившаго должника въ случаѣ пониженія цѣнъ на хлѣбъ. Но это мнѣніе лишено всякаго основанія. Неправильно требовать отъ вѣрителя особой *оговорки* для того, чтобы сохранилось право на послѣдствія просрочки; еще болѣе, конечно, неправильно утвержденіе Mommsen'a, loc. cit., что благодаря такой оговоркѣ продолжаетъ существовать одно только натуральное обязательство. Вѣрнѣе слѣдуетъ сказать, что въ такомъ случаѣ долгъ въ томъ видѣ, какъ онъ существовалъ въ моментъ уплаты, погашенъ только *отчасти*, и ничто не препятствуетъ поэтому требовать его исполненія, поскольку онъ еще не погашенъ. Иначе обстояло бы дѣло лишь въ томъ случаѣ, если бы при принятіи уплаты самъ вѣритель явно или молчаливо *отказался* отъ этого притязанія.

[6]) Brinz, т. 2, § 274 различаетъ „окончаніе mora" и „уничтоженіе ея", послѣ котораго она прекращается со всѣми своими послѣдствіями, наступившими съ момента ея возникновенія. Такое уничтоженіе заключается, по его мнѣнію, въ прощеніи mora, погашающемъ не только послѣдствія вины должника, но и самую вину. Такое „погашеніе" мы считаемъ невозможнымъ: просрочка есть фактъ совершившійся; уничтожить его, сдѣлать его несуществовавшимъ нѣтъ никакой возможности.

[1]) Kohler: Annahme und Annahmeverzug въ Jherings Jahrb, т. 17, статья 8; Schey: Begriff und Wesen der mora creditoris, 1884; Schmidt-Scharff: Die Mora accipiendi des Käufers, Frankfurt, 1891; Hirsch: Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge, 1895; Rosenberg въ Jherings Jahrb., т. 43, стр. 141; Боуффалъ: Опытъ юридической конструкціи просрочки вѣрителя въ римскомъ правѣ, 1895 г.

[2]) Это особенно подчеркиваетъ Kohler, loc. cit., главнымъ образомъ стр. 267, и, надо сказать, не безъ основанія. Вѣдь даже имперскій главный коммерческій судъ въ своемъ рѣшеніи, т. 11, стр. 155, соглашаясь съ низшими инстанціями, присудилъ фабриканта, заключившаго съ мастеромъ договоръ относительно передѣлки печей для обжиганія извести, „передать мастеру печи, еще не измѣненныя по его системѣ, для этой передѣлки". Но здѣсь фабрикантъ былъ обязанъ вовсе не къ этой передачѣ, а только къ уплатѣ условленнаго за исполненіе работы вознагражденія; принять или не принять эту работу зависѣло цѣликомъ отъ его усмотрѣнія, такъ какъ она была обѣ-

этому, быть привлеченъ къ отвѣтственности и присужденъ къ принятію исполненія только тогда, когда по буквальному или внутреннему смыслу опредѣленной сдѣлки взялъ на себя соотвѣтствующую обязанность, какъ долгъ[3]). Но все же кредиторъ никоимъ образомъ не долженъ *задерживать* должника и тѣмъ самымъ увеличивать лежащую на немъ обязанность. Если поэтому онъ уклоняется отъ содѣйствія разрѣшенію обязательственнаго отношенія, то послѣдствіемъ является соотвѣтствующее уменьшеніе отвѣтственности должника[4]).

При просрочкѣ вѣрителя предполагается[5]):

1. *Предложеніе* со стороны должника[6]) *исполненія полностью,* въ надлежащее время и въ удобномъ мѣстѣ.

Даже предложеніе уплаты *до наступленія срока* не можетъ быть отклонено, если время исполненія отсрочено только въ интересахъ должника, что́ въ сомнительныхъ случаяхъ всегда предполагается[7]).

Обыкновенно для возникновенія просрочки кредитора требуется *дѣйствительное, реальное предложеніе.* Впрочемъ, иногда для этого достаточно простого заявленія должника о желаніи исполнить свое обязательство. Это бываетъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ силу самаго договора вѣритель обязанъ дать болѣе подробныя указанія относительно исполненія, но этого не дѣлаетъ; далѣе, когда вѣритель не находится на мѣстѣ исполненія, а посылка къ нему предмета обязательства за его счетъ и рискъ не выполнима или же не принята при сдѣлкахъ даннаго рода; наконецъ, когда вѣритель заранѣе опредѣленно заявилъ, что онъ не приметъ исполненія или же не исполнитъ въ свою очередь возложеннаго на него обязательства[8]).

2. Промедленіе вѣрителя заключается преимущественно въ томъ, *что онъ отказывается принять* предложенное исполненіе, а также въ невыполненіи условленныхъ по договору дѣйствій, которыя должны

щана исключительно въ его интересахъ. Такъ же и Seufferts Archiv, т. 46, казусъ 256 (O. L. G. Braunschweig).

[3]) Относительно обязанности покупщика принять проданную вещь см. ниже, § 97, прим. 9.

[4]) См. Ulrich: Deposition und Dereliction, стр. 2; противъ этого, правда, Kohler, loc. cit., стр. 270. См. также Schey, loc. cit., стр. 93.

[5]) См. l. 72, pr. D. de solutionibus. 46. 3. Marcellus libro 20 digestorum: Qui decem debet, si ea obtulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.

[6]) Допускаетъ ли вѣритель просрочку, если третье лицо, не будучи уполномочено должникомъ, предлагаетъ уплату? По обще-германскому праву вопросъ этотъ возбуждалъ сомнѣнія. Согласно гражд. улож. для герм. имперіи, § 267, п. 2, вѣритель можетъ отклонить исполненіе со стороны третьяго лица только тогда, когда должникъ противъ него возражаетъ. Такимъ образомъ, внѣ этого случая, онъ допускаетъ просрочку.

[7]) Цѣлесообразное ограниченіе содержитъ гражд. улож. для герм. имперіи, § 299; см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 75, стр. 166.

[8]) R. O. H. G. E., т. 10, стр. 238, т. 13, стр. 59; R. G. E., т. 1, стр. 311; Windscheid, т. 2, § 345, прим. 5. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 294, требуетъ, чтобы исполненіе было предложено вѣрителю на дѣлѣ, довольствуется, однако, въ случаяхъ, перечисляемыхъ въ § 295, и простымъ словеснымъ предложеніемъ. См. также § 296, который и здѣсь примѣняетъ правило: dies interpellat pro homine.

www.naukaprava.ru

предшествовать исполненію сдѣлки, коль скоро должникомъ сдѣлано соотвѣтствующее напоминаніе[9]).

3. Промедленіе должно произойти безъ уважительной причины, т. е. по *винѣ вѣрителя*[10]). Но нѣтъ необходимости особо доказывать такую вину: она должна предполагаться при всякомъ отказѣ отъ предложеннаго исполненія. Поэтому вѣритель, желающій избѣгнуть упрека въ промедленіи, долженъ съ своей стороны *доказать основанія, оправдывающія* его. Гражд. улож. для герман. имперіи не требуетъ вины кредитора.

Несмотря на просрочку вѣрителя, обязательство должника остается въ силѣ, даже теченіе процентовъ не прекращается[11]); но все-таки отвѣтственность его ослабляется:

a) Должникъ отвѣчаетъ теперь только за *dolus* и *culpa lata*. Послѣ предложенія исполненія *рискъ* гибели или порчи вещи переходитъ *на вѣрителя*. Это правило примѣняется и въ томъ случаѣ, когда объектомъ обязательства является genus, поскольку предложенный предметъ исполненія хранится отдѣльно[12]).

b) Послѣ предварительнаго предупрежденія должникъ можетъ отдѣлаться отъ объекта долга. По древнему праву онъ могъ его просто *выбросить* или вообще оставить и, такимъ образомъ, освободиться отъ обязательства путемъ derelictio. По праву болѣе развитому это допускается лишь въ томъ случаѣ, если должникъ не располагаетъ болѣе мягкими средствами, чтобы отвязаться отъ вещи: право не

---

[9]) См. l. 4. C. de usuris pupillaribus. 5. 56. Недавно этотъ вопросъ обсуждался особенно по поводу сдѣлокъ, весьма распространенныхъ при торговлѣ желѣзомъ. Здѣсь продается извѣстное количество желѣза по такъ наз. основной цѣнѣ, съ особымъ уговоромъ, что подробное опредѣленіе формъ и размѣра товара по предложенному прейскуранту возлагается на покупателя. Покупатель, не производящій такого опредѣленія, несмотря на напоминаніе со стороны продавца, допускаетъ просрочку. R. G. E., т. 10, стр. 95, см. тамъ рѣшенія имперскаго главнаго коммерческаго суда и литературу. Oertmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 85, ст. 10. Теперь германское торговое уложеніе, § 375, урегулировало эту важную сдѣлку. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 45, стр. 102.

[10]) Вины вѣрителя требуетъ, между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 345, прим. 8; противъ этого Kohler, loc. cit., стр. 409, Brinz, т. 2, стр. 308 и Hirsch, loc. cit., стр. 215. Но кто обусловливаетъ просрочку *должника* его виною, тотъ долженъ требовать наличности вины и для просрочки *вѣрителя*, такъ какъ оба института идутъ параллельно. См. Schey, loc. cit., стр. 80, ср. также стр. 105; l. 37. D. mandati. 17. 1. Africanus libro 8 quaestionum... nisi forte aut per promissorem steterit, quominus sua die solveret aut per creditorem, quominus acciperet: etenim neutri eorum *frustratio* sua prodesse debet. — Вѣдь если слово „frustratio“ при mora debitoris означаетъ промедленіе по винѣ должника, то при mora creditoris оно, очевидно, не можетъ имѣть иного смысла. Не лишена также значенія и приведенная выше въ прим. 5 l. 72, pr. D. de solutionibus. 46. 3, которая послѣдствія просрочки ставитъ въ зависимость отъ отказа принять уплату „sine justa causa“. Очевидно, отказъ, при которомъ вѣрителю невозможно сдѣлать никакого упрека, является уважительнымъ. См., однако, недавно вышедшую статью Kohler'a въ Archiv für Bürg. R., т. 13, стр. 149; Rosenberg, loc. cit., стр. 201.

[11]) Это объясняется тѣмъ, что должникъ еще имѣетъ предметъ обязательства въ своемъ распоряженіи и можетъ пользоваться имъ. Только въ случаѣ depositio теченіе процентовъ прекращается, l. 28, § 1. D. de admin. tut. 26. 7, l. 9, l. 19. C. de usuris. 4. 32, Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 175 (O. L. G. Stuttgart). Конечно, *проценты за просрочку* болѣе не наростаютъ, такъ какъ, съ момента допущенія просрочки вѣрителемъ, прекращается просрочка должника. § 301 гражд. улож. для герм. имперіи опредѣляетъ: Съ процентнаго денежнаго долга должникъ во время просрочки кредитора не обязанъ платить процентовъ. См. также § 302. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 76, стр. 167.

[12]) l. 5. D. de per. et. comm. 18. 6, l. 72, pr. D. de solutionibus. 46. 3—выше, прим. 5, l. 84, § 3. D. de leg. I. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 300.

терпитъ легкомысленнаго или злостнаго разрушенія имущественныхъ благъ[13]).

Къ такимъ болѣе мягкимъ средствамъ относится передача объекта долга за счетъ и страхъ вѣрителя въ присутственное мѣсто[14]) или частному лицу—такъ наз. *depositio*. Равнымъ образомъ, должникъ въ правѣ продать предметъ долга за счетъ и страхъ вѣрителя—т. н. *продажа съ цѣлью самозащиты* (Selbsthilfeverkauf)[15]). Въ этомъ случаѣ, вмѣсто вещи, онъ долженъ представить полученную за нее покупную плату.

Должникъ имѣетъ право на возмѣщеніе издержекъ и убытковъ, причиненныхъ ему промедленіемъ вѣрителя. Онъ можетъ осуществить свое притязаніе путемъ удержанія предмета долга, какъ и путемъ предъявленія иска[16]).

Просрочка вѣрителя *оканчивается*, если онъ изъявляетъ готовность принять объектъ долга. Но подобное заявленіе имѣетъ силу лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель въ то же время предлагаетъ съ своей стороны исполненіе лежащаго на немъ обязательства, а равно возмѣщеніе ущерба, вызваннаго его просрочкой[17]). Кромѣ того, просрочка вѣрителя прекращается въ силу соглашенія о продолженіи долгового отношенія.

III. Возмѣщеніе ущерба.

§ 44. Ущербъ и его возмѣщеніе вообще[1]).

Постигающія насъ *потери* носятъ техническое названіе *ущерба*—damnum, *если при обыкновенномъ ходѣ вещей ихъ вообще нельзя было ожидать или, по крайней мѣрѣ, нельзя было ожидать еще въ данное время*. Такія потери могутъ касаться, какъ нашего имущества[2]), такъ и другихъ благъ.

---

[13]) l. 1, § 3. D. de per. et comm. 18. 6. Ulpianus libro 28 ad Sabinum: Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere... commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide. Еще яснѣе видно изъ l. 8. D. de tritico. 33. 6, что выбрасываніе является послѣднимъ средствомъ, допустимымъ лишь въ случаяхъ крайней необходимости. Ср. также Hirsch, прив. соч., стр. 18; иначе Rosenberg, прив. соч., стр. 215. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 303, должникъ, обязанный сдать недвижимость, можетъ, съ наступленіемъ просрочки кредитора, отказаться отъ владѣнія, если сдѣлаетъ предварительно соотвѣтствующее предупрежденіе.

[14]) См. ниже, § 61. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 372.

[15]) См. гражд. улож. для герман. имперіи, § 383 и слѣд.

[16]) l. 8. D. de tritico. 33. 6, l, 38, § 1. D. de a. e. v. 19. l. Согласно § 304 гражд. улож. для герм. имперіи, должникъ можетъ требовать возмѣщенія излишнихъ расходовъ, сопряженныхъ съ безуспѣшнымъ предложеніемъ исполненія, равно какъ съ храненіемъ и поддержаніемъ въ цѣлости объекта обязательства. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 77, стр. 168.

[17]) l. 18. D. de per. et comm. 18. 6.

[1]) Fr. Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht: т. 2, zur Lehre vom Interesse, 1855; Nussbaumer: Ueber das Mass des Schadensersatzes, 1855; Cohnfeldt—позднѣе Ryck: Die Lehre vom Interesse, 1865.

www.naukaprava.ru

Для того, чтобы покрыть свои убытки и добиться вознагражденія отъ третьихъ лицъ, потерпѣвшій долженъ имѣть особыя основанія. Разъ такихъ основаній нѣтъ, то примѣняется правило: „casus a nullo praestantur“ [3]).

Эти основанія многочисленны и разнообразны. Можно взять на себя возмѣщеніе ущерба посредствомъ *договора*, какъ это бываетъ при заключеніи страховыхъ сдѣлокъ. Далѣе, возмѣщеніе вреда можетъ быть непосредственно связано *закономъ* съ другими фактами; сюда относится обязанность вознагражденія за принудительное отчужденіе частной собственности для общественной пользы.

Въ частности же обязанъ къ возмѣщенію тотъ, кто *причинилъ намъ вредъ* своими дѣйствіями или упущеніями, если только они могутъ быть *вмѣнены ему въ вину* [4]). Такой вредъ можетъ произойти отъ неисполненія *договора*, либо отъ его неполнаго или запоздалаго исполненія; но ущербъ можетъ быть также причиненъ и *внѣ всякихъ договорныхъ отношеній*.

Отсюда слѣдуетъ, что обязанность возмѣщенія вреда или *возникаетъ съ самаго начала*, напр., тамъ, гдѣ право на вознагражденіе основывается на внѣдоговорномъ причиненіи ущерба либо вытекаетъ изъ страховой сдѣлки, или же *является только возможною въ будущемъ*, а именно, если она вытекаетъ изъ нарушенія договорной обязанности и обезпечиваетъ возмѣщеніе вреда отъ неисполненія договора.

Въ послѣднемъ случаѣ эта обязанность или просто заступаетъ мѣсто обѣщаннаго по договору дѣйствія и представляетъ собою, такимъ образомъ, *главный интересъ* потерпѣвшаго, или же подлежитъ исполненію наряду съ обѣщаннымъ дѣйствіемъ, въ виду того, что послѣднее, вслѣдствіе несовершенства или промедленія въ исполненіи, не вполнѣ соотвѣтствуетъ договору, — и представляетъ собою *добавочный интересъ* потерпѣвшаго.

Возмѣщеніе имущественнаго ущерба происходитъ различнымъ образомъ, въ болѣе или менѣе полномъ видѣ.

Самая полная форма его—*возстановленіе первоначальнаго состоянія* въ томъ видѣ, въ какомъ оно было бы при отсутствіи причинившихъ ущербъ обстоятельствъ [5]).

---

[2]) Paulus libro 47 ad edictum, l. 3. D. de damno infecto. 39. 2, ограничиваетъ этотъ терминъ понятіемъ имущественнаго вреда: damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

[3]) L. 23 in fine. D. de R. J. 50. 17. Wächter въ Archiv für civ. Praxis, т. 15, стр. 117. Относительно правила, которое часто приводили прежніе юристы: „casum sentit dominus“, см. Wächter, прив. соч. Его непригодность въ настоящее время трудно оспаривать.

[4]) Позднѣйшее, болѣе развитое римское право связывало обязанность возмѣщенія ущерба преимущественно съ виною; см. Jhering: Das Schuldmoment im röm. Privatrecht, 1867. Но по германскому правовому воззрѣнію, которое еще не исчезло окончательно изъ народнаго убѣжденія, лицо, *причинившее*, хотя бы и безъ вины, убытки, *обязано ихъ возмѣстить*. Таковъ, напр., случай, когда вредъ произошелъ вслѣдствіе предпріятія, выходящаго за предѣлы обыкновеннаго. Даже имущественное положеніе виновнаго справедливо принимается во вниманіе. Относительно этого взгляда, совершенно чуждаго римскому праву, см. Steinbach: Ersatz von Vermögensschäden, Wien, 1888; гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 829, 833, 835. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 25, стр. 60.

Но такое возстановленіе не всегда бываетъ выполнимо и не всегда его можно требовать. Въ такомъ случаѣ должно прибѣгнуть къ денежному вознагражденію [6]).

При этомъ принимается въ соображеніе или просто объективный, или субъективный масштабъ:

1. Иногда возмѣщеніе ущерба ограничивается *одной лишь уплатой объективной цѣны отнятаго имущества.* Это такъ наз. *рыночная цѣна* вещи, vera rei aestimatio, т. е. *та цѣна, которую вещь имѣетъ на рынкѣ* [7]) [8]).

2. Но въ большинствѣ случаевъ потерпѣвшій имѣетъ право выйти изъ этихъ предѣловъ. Онъ можетъ требовать не только ту стоимость, которую вещь имѣла бы для всѣхъ, но и ту, которую она представляла *для него лично.*

Это такъ наз. *интересъ*, т. е. *цѣнность предмета для опредѣленнаго лица, разница для его имущественнаго положенія между обладаніемъ и необладаніемъ этимъ предметомъ.*

Впрочемъ, не принимаются въ соображеніе исключительно субъективные взгляды и чувства [9]). Подобный *интересъ личнаго расположенія* зависитъ отъ неподдающихся контролю внутреннихъ чувствъ потерпѣвшаго и потому съ правовой точки зрѣнія не имѣетъ никакого значенія [10]).

Можетъ подлежать возмѣщенію и тотъ вредъ, который не касается имущественной сферы. Конечно, при этомъ дѣло идетъ не о возстановленіи прежняго имущественнаго состоянія, но о нравственномъ удовлетвореніи [11]).

---

[5]) Windscheid, т. 2, § 257, прим. 6; см. также l. 9, pr. D. locati. 19. 2; R. G. E. т. 17, стр. 112. Такого принципа придерживается и гражд. улож. для герм. имперіи, см. §§ 249 и 250.

[6]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 251. Должникъ, который не отдалъ вѣрителю принадлежащей послѣднему вещи, напр. нанятой или взятой у него въ ссуду, вслѣдствіе того, что онъ ее потерялъ, и который поэтому долженъ былъ уплатить денежное вознагражденіе, въ правѣ, если потомъ эта вещь найдется, требовать уступки самой вещи или направленнаго на ея выдачу иска, или же возвращенія уплаченныхъ имъ въ видѣ вознагражденія денегъ, l. 17, § 5. D. commodati. 13. 6; l. 2. D. de cond. sine causa. 12. 7.

[7]) Между прочимъ, на „verum rei pretium", какъ на противоположность ejus „quod interest", указываетъ l. 2, § 13. D. vi bonorum raptorum. 47. 8. Слова формулы „quanti ea res est" первоначально означали только vera rei aestimatio, см. l. 179. D. de V. S. 50. 16; l. 193. D. eod. Но впослѣдствіи они неоднократно толковались въ болѣе широкомъ смыслѣ, такъ что нерѣдко заключали въ себѣ и понятіе интереса, l. 68. D. de rei vind. 6. 1; l. 3, § 11. D. uti possidetis. 43. 17; l. 4, § 7. D. de damno infecto. 39. 2; l. 8, § 2. D. ratam rem. 46. 8. См. Brinz, т. 2, § 281.

[8]) Только рыночная цѣна должна быть выплачена, между прочимъ, легатарію въ томъ случаѣ, если наслѣдодатель завѣдомо отказалъ ему чужую вещь, а наслѣдникъ не могъ пріобрѣсти ее за умѣренную цѣну, l. 14, § 2. D. de leg. III. См. далѣе H. G. B., §§ 430, п. 1, и 611, п. 1.

[9]) l. 33, pr. D. ad. legem Aquiliam. 9. 2; l. 6. D. de operis servorum. 7. 7; l. 63, pr. D. ad. leg. Falc. 35. 2.

[10]) Относительно осуществленія чужого интереса см. v. Tuhr: Eigenes und fremdes Interesse bei Schadensersatz aus Verträgen, въ Grünhuts Zeitschr., т. 25, стр. 529; Regelsberger въ Jherings Jahrb., т. 41, стр. 250; R. G. E., т. 40, стр. 189.

[11]) См. Jhering въ его Jahrb., т. 18, стр. 59; Unger: Zur Lehre vom Schadensersatz nach östr. Rechte въ Grünhuts Zeitschrift, т. 8, статья 4; Pfaff, въ томъ же журналѣ, т. 8, статья 12 и указанные тамъ писатели. См. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 253: „По поводу ущерба, который не касается имущества, можетъ быть по-

www.naukaprava.ru

§ 45. Размѣръ возмѣщенія интереса.

Основаніе, которое обязываетъ къ возмѣщенію интереса, опредѣляетъ и его размѣръ.

Самою обширною является отвѣтственность за вину. *Возмѣщенію подлежитъ весь тотъ вредъ, который является слѣдствіемъ вины причинившаго его лица.*

1. При этомъ вредъ понимается въ широкомъ смыслѣ[1]) [2]).

Онъ можетъ представлять собою *лишеніе наличнаго имущества*, т. е. уничтоженіе или отнятіе у потерпѣвшаго такихъ цѣнностей, которыя ему уже принадлежали—такъ наз. damnum emergens.

Но вредъ можетъ заключаться также въ *лишеніи прибыли*, которая только имѣлась въ виду—такъ наз. lucrum cessans. Конечно, размѣръ этой прибыли является болѣе или менѣе проблематичнымъ. Полной достовѣрности требовать при этомъ нельзя: она обыкновенно недостижима; но и однѣ только мечты о прибыли не должны приниматься во вниманіе: *право не считается съ фантазіями.*

Вѣритель можетъ требовать, прежде всего, той прибыли, для полученія которой онъ *принялъ особыя мѣры*, которыя давали ему основательныя надежды на успѣхъ, но значеніе которыхъ было обезсилено дѣйствіемъ, причинившимъ ущербъ; напр., онъ перепродалъ уже со значительной выгодой товаръ, который еще долженъ былъ получить[3]). Независимо отъ этого, онъ можетъ требовать возмѣщенія

требовано денежное вознагражденіе только въ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ". Ср., главнымъ образомъ, § 847. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 33, стр. 79.

[1]) l. 13, pr. D. ratam rem. 46. 8... competit in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui; l. 33. D. locati. 19. 2.

[2]) Согласно l. 40, pr. D. de damno infecto. 39. 2 лицо, предоставившее cautio damni infecti, обязано, въ случаѣ обвала своего дома, уплатить только умѣренное вознагражденіе, хотя бы этотъ обвалъ уничтожилъ цѣнныя „tectoria" и „picturae" сосѣда, „quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda". Часто—см., напр., Windscheid, т. 2, § 258, прим. 2—этому рѣшенію придаютъ значеніе общаго принципа и поэтому отрицаютъ вообще право потерпѣвшаго на полученіе вознагражденія за тотъ вредъ, который возникаетъ вслѣдствіе „чрезмѣрной роскоши". Мы усматриваемъ здѣсь одну только особенность такъ наз. cautio damni infecti, которая вполнѣ понятна при исключительномъ характерѣ этого института. Неужели лицо, уничтожившее умышленно или по своей неосторожности цѣнную картину, обязано возмѣстить лишь стоимость заурядной живописи только потому, что право не должно защищать чрезмѣрной роскоши?

[3]) Вѣритель не можетъ прямо требовать ту прибыль, которую онъ могъ бы получить по обычному ходу своего дѣла; напр., акціонерное общество, дающее 20% дивиденда, не можетъ требовать 20% со своихъ должниковъ, допустившихъ просрочку. Это немыслимо уже потому, что общество всегда могло бы добыть соотвѣтствующую сумму за обычные проценты и въ другомъ мѣстѣ. Paulus libro 33 ad edictum, l. 21, § 3. D. de a. e. v. 19. 1: Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationen venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Въ такомъ же смыслѣ высказывается Hermogenianus libro 2 juris epitomarum, l. 20. D. de per. et comm. 18. 6: Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit. Впрочемъ, относительно оцѣнки суммы денежнаго долга, который долженъ быть уплаченъ въ опредѣленномъ третьемъ мѣстѣ, Ульпіанъ libro 27 ad edictum, l. 2, § 8 in fine. D. de eo quod certo loco. 13. 4, рѣшаетъ: quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri

той *прибыли, которую при нормальномъ ходѣ вещей могъ бы извлечь каждый изъ объекта обязательства*[4]), въ частности *обычные въ странѣ проценты* съ денежной суммы или какого-либо иного орудія обмѣна и *обычную въ данной мѣстности наемную плату* съ другихъ вещей; не принимается въ соображеніе, отдалъ ли бы самъ вѣритель этотъ предметъ взаймы или въ наемъ, или нѣтъ—такъ наз. фиктивный доходъ[5]).

2. Обязанность возмѣщенія обусловливается, далѣе, *причинною связью* между виною и вредомъ.

Эта связь не должна быть непремѣнно непосредственною—т. н. *непосредственный* ущербъ. Достаточно, если виновное дѣйствіе или упущеніе послужило причиной ущерба лишь вслѣдствіе привхожденія еще другихъ событій—такъ наз. *косвенный ущербъ*[6]) [7]).

Но подобную причинную связь нельзя признать безпредѣльной, она должна имѣть свои границы[8]). Разъ, по житейскому понятію,

---

habendam rationem. Здѣсь имѣется въ виду, что сдѣланы были особыя приготовленія, почему и уплата денегъ была выговорена въ третьемъ мѣстѣ. Иначе первыя изданія этого учебника. Взгляды новѣйшихъ писателей на этотъ вопросъ очень разнообразны. Сопоставленіе ихъ см. у Arndts'a, § 206, прим. 4; недавно Hass въ Jherings Jahrb., т. 37, стр. 460.

[4]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 252: „Подъ ущербомъ, подлежащимъ возмѣщенію, разумѣется также неполученная прибыль. Неполученной считается та прибыль, которую съ вѣроятностью можно было ожидать по обычному ходу вещей или сообразно съ особыми обстоятельствами, въ частности, сообразно съ принятыми мѣрами и сдѣланными приготовленіями". См. также Dernb., Bürg. R., т. 2, § 29, стр. 70.

[5]) l. 19, pr. D. de usuris. 22. 1: praeterea Gallus Aquilius putat, si vestimenta aut scyphus petita sint, in fructu haec numeranda esse, quod locata ea re mercedis nomine capi potuerit. Petrazycki: Einkommen, т. 2, § 13.

[6]) Примѣры возмѣщенія косвеннаго ущерба мы встрѣчаемъ въ l. 6, § 4, l. 13, pr. § 2. D. de a. e. v. 19. 1; l. 19, § 1. D. locati. 19. 2.

[7]) Не требуется, чтобы дѣло шло о событіяхъ, которыя *непремѣнно* должны были наступить вслѣдствіе факта, приносящаго вредъ. Не требуется также, чтобы можно было ихъ *заранѣе предвидѣть*. R. G. E., т. 13, стр. 65. Вѣдь лицо, допустившее просрочку, отвѣчаетъ, несомнѣнно, и за случайную гибель объекта долга, хотя бы даже эта гибель была вызвана событіемъ, лежащимъ внѣ человѣческаго ожиданія, напр., землетрясеніемъ. Иного мнѣнія Jhering: Schuldmoment, стр. 55. Однако, приведенная имъ l. 43. D. de a. e. v. 19. 1 говоритъ вовсе не о событіи, которое не могло быть предусмотрѣно, но о чрезвычайно высокой денежной суммѣ, о которой не думали при заключеніи купли-продажи, и требованіе которой, поэтому, не соотвѣтствовало бы намѣреніямъ сторонъ при заключеніи договора.

[8]) О причинной связи см. Bar: Die Lehre vom Kausalzusammenhang, 1871, и въ Grünhuts Zeitschrift, т. 4, стр. 35; далѣе, авторовъ, приведенныхъ у Windscheid'a, т. 2, § 258, прим. 15; Hass въ Jherings Jahrb., т. 37, стр. 327; Rümelin; Die Verwendung der Kausalbegriffe въ Archiv für civ. Praxis, т. 90, стр. 171—344. Вознагражденіе за правонарушеніе *отнюдь не* распространяется *на всякій вредъ, который не возникъ бы, не будь этого правонарушенія*, какъ полагаютъ нѣкоторые. Развѣ можно требовать, чтобы лицо, повредившее домъ, отвѣчало за кражу, совершенную рабочими, нанятыми для починки этого дома, или же привлечь къ отвѣтственности нанесшаго рану за то, что врачъ, пользующій раненаго, занесъ въ его семью заразительную болѣзнь? Vangerow, т. 3, § 571, стр. 39, прим. 3; l. 52, pr. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Трудно только установить границы. И едва ли здѣсь примѣнимы абстрактные принципы. Дѣло идетъ о разумной оцѣнкѣ фактовъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Различіе между *„причиной"* и *„поводомъ"* даетъ соотвѣтствующее внѣшнее указаніе; но и оно оставляетъ широкій просторъ разнымъ недоразумѣніямъ. Такъ, напр., по дѣлу, разрѣшенному имперскимъ судомъ—R. G. E., т. 6, стр. 1—экспертомъ было дано заключеніе въ томъ смыслѣ, что паденіе рабочаго, вызвавшее грыжу, не есть „причина", а только „поводъ" болѣзни, если признать, что у него уже раньше было предрасположеніе къ такой болѣзни, т. е. какой-либо изъянъ въ мускулатурѣ брюшной стѣнки. Но если бы экспертъ правильно поставилъ вопросъ, именно, какая собственно причина вызвала вредъ въ данный моментъ, то таковою, несомнѣнно, оказалось бы паденіе рабочаго. См. также R. G. E., т. 29, стр. 120.

www.naukaprava.ru

вина является уже не *причиной*, а только отдаленнымъ *поводомъ* вреда, то отвѣтственность за послѣдній не возникаетъ. Весьма естественно и справедливо, при проступкахъ умышленныхъ или вызванныхъ грубою неосторожностью опредѣлять отвѣтственность шире, нежели при наличности легкой небрежности[9]) [10]).

3. Однако, потерпѣвшій самъ является *главнымъ виновникомъ* своихъ потерь и не въ правѣ привлекать третье лицо къ отвѣтственности, если онъ *во-время не принялъ явно подсказывавшихся обстоятельствами* и *находившихся въ его власти мѣръ къ отвращенію вреда* или даже намѣренно *содѣйствовалъ его увеличенію*[11]).

4. Событія, влекущія за собою отвѣтственность, нерѣдко приносятъ наряду съ вредомъ и выгоду. Въ такомъ случаѣ возникаетъ вопросъ, *долженъ ли потерпѣвшій допустить зачетъ выгоды за вредъ*, такъ наз. compensatio lucri cum damno[12])?

Это имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если между ущербомъ и выгодою существуетъ *взаимная внутренняя связь*, въ особенности,

---

[9]) См. объ этомъ Hartmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 359. Примѣръ этого представляетъ l. 13, § 14. D. de a. e. v. 19. 1. См. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. 2, § 28, стр. 69.

[10]) Ни въ какомъ случаѣ нельзя требовать вознагражденія за противозаконное дѣйствіе, если оно не имѣло никакихъ вредныхъ послѣдствій. Это правило примѣняется даже тогда, когда вредъ непремѣнно долженъ былъ бы возникнуть при обыкновенномъ ходѣ вещей, но не возникъ только благодаря тому, что этому помѣшало какое-либо другое событіе. Поэтому, напр., нельзя требовать, чтобы мужъ, не сдѣлавшій необходимыхъ починокъ предоставленнаго ему въ приданое дома, отвѣчалъ въ томъ случаѣ, если домъ, который рано или поздно долженъ былъ бы развалиться вслѣдствіе такой непредусмотрительности, случайно сгорѣлъ раньше, l. 4 in fine. D. de impensis. 25, 1; см. далѣе l. 11, § 3, l. 15, § 1. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Въ l. 10, § 1. D. de lege Rhodia. 14. 2 Павелъ предполагаетъ, что вредъ въ дѣйствительности не явился слѣдствіемъ перегрузки. Совсѣмъ иное дѣло, если *вредъ уже былъ причиненъ* правонарушеніемъ, но затѣмъ непредвидѣнно наступили событія, которыя *вызвали бы ущербъ даже въ томъ случаѣ, если бы этого правонарушенія не было.* Разъ возникшее право на возмѣщеніе ущерба вслѣдствіе этого не прекращается. Напр., совершенно загнанная лошадь передъ самой смертью была убита молніей, l. 27. § 2. D. de rei vind. 6. 1, l. 11, § 3. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Но не всегда эти правила формулируются удачно. Такъ. Mommsen говоритъ: „интересъ не долженъ быть возмѣщаемъ, если вредъ и безъ того наступилъ бы непремѣнно“; см. также Windscheid, т. 2, § 258. Противъ этого см. Vangerow, т. 3, § 571, стр. 40, прим. 2; Brinz, т. 2, стр. 351.

[11]) Многіе утверждаютъ, что причинившій ущербъ не долженъ нести никакой отвѣтственности, „если вредъ могъ быть устраненъ потерпѣвшимъ при надлежащей съ его стороны заботливости, за исключеніемъ вреда, причиненнаго со злымъ умысломъ“. Таково мнѣніе Mommsen'a, loc. cit., стр. 157 и 257 и Windscheid'a, т. 2, § 258, прим. 17 и 18. Но это положеніе заходитъ слишкомъ далеко и не можетъ быть оправдано указаніемъ на l. 9, § 4, l. 52, pr. D. ad. legem Aquiliam. 9. 2. Справедливо замѣчаетъ Ryck: Schuldverhältnisse, стр. 408: „Какимъ образомъ шалость или неосторожность лица, причиняющаго вредъ, могли бы вынуждать потерпѣвшаго, ради отвращенія ущерба, къ напряженію силъ и къ принятію, быть можетъ, дорого стоющихъ мѣръ предосторожности?“ Напротивъ, слѣдуетъ по обстоятельствамъ каждаго отдѣльнаго случая рѣшать, гдѣ скрывается главная причина вреда. См. появившуюся недавно статью Wendt'a въ Jherings Jahrb., т. 31, стр. 153; Heinrich Levison: Ueber Compensation der culpa, Bonner Inaug.-Dissert., 1891; Jakubezky: Bemerkungen zum Entwurfe, стр. 54; Pernice: Labeo, т. 2, изд. 2, стр. 89; Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 184, т. 48, казусъ 30; R. G. E., т. 46, стр. 207. Въ общемъ съ этимъ согласно и гражд. улож. для герм. имперіи, § 254; см. объ этомъ Dernb., Bürg. R., т. 2, § 32, стр. 75. Относительно вопроса, обязанъ ли получившій тѣлесное поврежденіе подвергнуться операціи, см. Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 189; Endemann: Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation, 1893, и по этому же вопросу Eck въ jur. Literaturbl., т. 6, стр. 8.

[12]) Oertmann: Die Vortheilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, 1901; Lorenz: Compensatio lucri cum damno, Gött. Diss., 1896; Eichhoff, Kieler Diss., 1898; Walsmann, Rostocker Diss., 1900.

если выгода *сопряжена* съ ущербомъ, за который причинившій его является отвѣтственнымъ. Если нѣтъ такой внутренней связи, то зачетъ не можетъ быть допущенъ[13]). Не допускается онъ и въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій понесъ ущербъ и получилъ выгоду, хотя и по поводу одного и того же правоотношенія, но въ результатѣ *различныхъ* дѣйствій[14]).

5. Для опредѣленія размѣровъ вреда, по общему правилу, принимается во вниманіе уменьшеніе имущества потерпѣвшаго *ко времени постановленія судебнаго рѣшенія.*

Тѣмъ не менѣе, часто слѣдуетъ обращаться и къ предшествовавшему времени, когда произошло уменьшеніе имущества, дѣйствіе котораго *продолжается.* Въ частности, если должникъ допустилъ *просрочку*, вѣритель можетъ требовать *болѣе высокой стоимости*, которую имѣлъ предметъ обязательства *въ моментъ наступленія просрочки*: вѣдь при своевременномъ исполненіи онъ могъ бы продать его и, такимъ образомъ, сохранить себѣ эту высшую цѣну[15]). Если же вещь ко времени постановленія рѣшенія пріобрѣтаетъ стоимость выше той, какую она имѣла при наступленіи просрочки, то вѣритель можетъ требовать и этой высшей стоимости, такъ какъ вещь все еще составляетъ объектъ долга.

6. По правиламъ прежде дѣйствовавшаго обще-германскаго судопроизводства, на потерпѣвшаго возлагалась обязанность во всѣхъ подробностяхъ установить и доказать причинную связь между тѣмъ событіемъ, за которое отвѣчало обвиняемое имъ лицо, и самымъ вредомъ. Если недоставало хотъ одного звена въ этой цѣпи, доказательство не имѣло силы. Такимъ образомъ, несмотря на основательность требованія, возмѣщеніе убытковъ часто оказывалось невозможнымъ вслѣдствіе трудности подобнаго доказательства, и грубое правонарушеніе, въ ущербъ чувству справедливости, оставалось безъ возмездія[16]).

Нынѣ судья рѣшаетъ вопросъ о наличности вреда и о его размѣрѣ по своему свободному убѣжденію, при чемъ должны быть приняты во вниманіе всѣ обстоятельства дѣла[17]).

---

[13]) Напр., притязанія вдовы по поводу случайной гибели ея мужа, принадлежащія ей на основаніи закона объ отвѣтственности за смерть и увѣчья, причиненныя въ промышленныхъ заведеніяхъ, не могутъ быть покрыты вдовьей пенсіей, которую должно ей выплатить страховое общество, хотя право на эту пенсію явилось послѣдствіемъ того же несчастнаго случая. R. G. E., т. 10, стр. 50; ср. также рѣшеніе имперскаго суда у Seuffert: Archiv, т. 55, каз. 74.

[14]) Такъ рѣшаетъ l. 23. § 1. D. pro socio. 17. 2; если же въ l. 10. D. de neg. gest. 3. 5 мы встрѣчаемъ, повидимому, противоположное опредѣленіе, то это вызвано особыми соображеніями, которыя будутъ разсмотрѣны въ ученіи о negotiorum gestio.

[15]) См. выше, § 41. При убыткахъ, возникающихъ внѣ договорныхъ отношеній, слѣдуетъ, прежде всего, обращать вниманіе на время ихъ причиненія. Въ общемъ см. Büff въ Archiv für civ. Praxis, т. 33, статьи 5 и 10, также Dernb., Bürg. R., т. 2, § 30, стр. 72.

[16]) Lehmann: Der Nothstand des Schadensprozesses, 1865, его же: Die Schutzlosigkeit der materiellen Lebensgüter, 1884.

[17]) C. P. O., § 287, п. 1. Конечно, однимъ только закономъ дѣлу не поможешь. Если судьи, какъ это часто бываетъ, пользуются неправильно предоставленными имъ широкими правомочіями, то прежнія неудобства не устраняются. См. Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 233; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 26, стр. 62.

www.naukaprava.ru

7. Въ Римѣ истецъ, выступая противъ злостнаго отвѣтчика, могъ требовать, чтобы ему разрѣшили *самому* опредѣлить размѣры своихъ потерь *подъ присягою*—juramentum in litem[18]). Согласно германскому уставу гражданскаго судопроизводства[19]), истецъ такого права болѣе не имѣетъ. Однако, судья, по своему усмотрѣнію, можетъ предоставить ему право указать подъ присягой размѣръ своихъ убытковъ, даже въ случаѣ отсутствія всякой вины на сторонѣ отвѣтчика. Въ такомъ случаѣ онъ долженъ установить максимумъ, который обязателенъ для принимающаго присягу.

8. Юстиніанъ постановилъ, что судья не въ правѣ опредѣлить *интересъ выше двойной стоимости вещи*, составляющей предметъ разбирательства, коль скоро она имѣетъ опредѣленную цѣну[20]).

Это предписаніе въ настоящее время устранено.

IV. Неустойка.

§ 46. Понятіе неустойки. Основныя положенія[1]).

Неустойкой называется опредѣленный договоромъ штрафъ за неисполненіе или же за неполное или несвоевременное исполненіе обязательства.

1. Неустойка принадлежитъ къ группѣ тѣхъ clausulae conventionales, которыя имѣютъ въ виду обезпечить правильное исполненіе договора, угрожая неисправному должнику имущественными убытками. Она имѣетъ сходство съ оговоркою lex commissoria на случай неуплаты покупной цѣны, съ условіемъ о выселеніи нанимателя при неисполненіи имъ обязательствъ изъ договора найма, равно какъ съ соглашеніемъ о правѣ востребованія займа при неисправномъ платежѣ процентовъ. Но между этими оговорками и неустойкой существуетъ одно важное различіе. Всѣ онѣ имѣютъ въ виду *прекращеніе* правоотношенія во вредъ должнику; неустойка же обосновываетъ *новое обязательство* на случай неисполненія главнаго обѣщанія[2]).

---

[18]) Относительно juramentum in litem см. Schröter въ Lindes Zeitschrift, т. 7, ст. 11, т. 8, стр. 159. l. 5. D. de in litem jurando. 12. 3. Marcianus libro 4 regularum: In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur, sed judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur: licuit enim ei a primo nec deferre. sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec enim judex aestimat. plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est.

[19]) С. Р. О., § 287, п. 1 въ концѣ и п. 2.

[20]) l. un. C. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur. 7. 47. Justinianus... Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur. Относительно вопроса, отмѣнила ли С. Р. О. данное опредѣленіе, см. прежнія изданія этого учебника.

[1]) Neuenfeldt: Ist die Konventionalstrafe Strafe oder Ersatzleistung? 1885; Nettelbladt: Der Strafvertrag, 1886; Seeler: Zur Lehre von der Konventionalstrafe, 1891; Pergament: Konventionalstrafe und Interesse, 1896; Sjögrem: Ueber die Konventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden, 1896; Specka: Konventionalstrafe, Berliner Inaug.-Dissert., 1896; въ русской литературѣ см. Пергаментъ: Договорная неустойка и интересъ въ римск. и совр. гражданскомъ правѣ, 1899.

[2]) l. 13, § 26. D. de a. e. v. 19. 1.

Не требуется, чтобы это главное обѣщаніе непремѣнно было снабжено искомъ[3]). Но оно не должно заключать въ себѣ ничего противнаго общественному порядку и добрымъ нравамъ[4]).

2. Неустойка имѣетъ форму обязательственнаго договора, заключеннаго подъ условіемъ. Кто-либо обѣщаетъ, напр., 100 р. за каждый просроченный день, если обѣщанныя машины не будутъ доставлены въ срокъ. Такимъ образомъ, по буквальному своему смыслу, неустойка должна была бы вступать въ силу при неисполненіи главнаго обязательства вообще. Но ея цѣль состоитъ только въ томъ, чтобы побудить должника къ исполненію. Съ этимъ было бы несогласно подобное строго буквальное толкованіе. Поэтому неустойка не вступаетъ въ силу, если неисполненіе обязательства, ею обезпеченнаго, происходитъ *отъ обстоятельствъ, не зависящихъ отъ должника и его личности*[5]). Впрочемъ, теорія не зашла еще такъ далеко, чтобы поставить обязанность платить неустойку въ зависимость отъ *вины* должника. Вслѣдствіе этого, если должникъ умираетъ до наступленія срока уплаты, а наслѣдниковъ у него нѣтъ, то неустойка вступаетъ въ силу, хотя о винѣ должника въ неисполненіи здѣсь не можетъ быть и рѣчи[6]). Помимо этого, надо различать слѣдующіе случаи:

а) Если обезпеченное неустойкой обязательство направлено на дѣйствія, которыя *должны быть выполнены къ опредѣленному сроку*, то неустойка вступаетъ въ силу съ безрезультатнымъ наступленіемъ этого срока[7]).

---

[3]) Сюда въ особенности относится тотъ случай, когда главное обязательство не имѣетъ иска вслѣдствіе отсутствія денежнаго интереса. Ср. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. 2, § 101, стр. 223.

[4]) l. 61. D. de verb. obl. 45. 1; l. 134, pr. D. eod. См. также гражд. улож. для герм. имперіи, § 344; Dernb., Bürg. R., loc. cit., стр. 223.

[5]) l. 69. D. de verb. obl. 45. 1. Ulpianus libro 6 ad edictum: Si homo mortuus sit, sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur. Свое освобожденіе отъ обязательства по такимъ причинамъ долженъ доказать отвѣтчикъ. R. G. E., т. 20, стр. 33. Ср. Mann: Gehört zur Verwirkung der Konventionalstrafe ein Verschulden des Verpflichteten? Goettinger Inaug-Dissert., 1890.

[6]) l. 77. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 58 ad edictum: Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Ср. l. 9. D. de nautico foenore. 22. 2. Неустойка вступаетъ въ силу и въ томъ случаѣ, если обязательство не исполнено вслѣдствіе открытія конкурса надъ имуществомъ должника, R. G. E., т. 21, стр. 51. Windscheid—т. 2, § 285, прим. 10—утверждаетъ, что отъ неустойки освобождаетъ только извинительная невозможность исполненія вообще, но не извинительная невозможность своевременнаго исполненія. По его мнѣнію, въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ держаться того взгляда, что цѣль неустойки заключалась въ обезпеченіи вѣрителя во что бы то ни стало отъ убытковъ вслѣдствіе запоздалаго исполненія. Но такой взглядъ неоснователенъ. Если неисполненіе въ срокъ вызвано вліяніемъ непреодолимой силы, напр., отрѣзаны военными дѣйствіями или возстаніемъ всѣ пути сообщенія, по которымъ фабрикантъ могъ бы доставить заказанныя къ извѣстному сроку машины, то въ такомъ случаѣ взысканіе съ должника неустойки противорѣчило бы и самой ея идеѣ, и предполагаемой волѣ сторонъ. Согласно гражд. улож. для герм. имперіи, § 339, неустойка вступаетъ въ силу, если должникъ допускаетъ просрочку. Этимъ принципіально устанавливается требованіе вины должника, ср .§ 285. Иначе, если обѣщанное дѣйствіе состоитъ въ упущеніи.

[7]) l. 23. D. de obl. et act. 44. 7; l. 12. C. de contr. et committ. stip. 8. 37.

www.naukaprava.ru

b) Если для исполненія былъ установленъ *срокъ* въ видѣ извѣстнаго промежутка времени, то неустойка вступаетъ въ силу съ истеченіемъ этого промежутка[8]).

c) Разъ *нѣтъ* подобнаго *установленія срока*, то обыкновенно неустойка вступаетъ въ силу лишь съ того момента, когда должникъ оставляетъ *напоминаніе* вѣрителя безъ вниманія[9]).

d) Если при назначеніи неустойки имѣлось въ виду обезпечить *несовершеніе извѣстнаго дѣйствія*, то неустойка вступаетъ въ силу съ момента совершенія этого дѣйствія[10]).

Обыкновенно неустойка должна быть уплачена *въ полномъ объемѣ*, хотя бы *главное обязательство* не было исполнено только *отчасти*. Конечно, можетъ быть обусловлено и иное[11]).

3. При помощи неустойки вѣритель не долженъ получать двойного исполненія. Въ этомъ отношеніи нужно различать слѣдующіе случаи:

a) Цѣль неустойки—обезпечить отъ *несвоевременнаго* исполненія или отъ возможныхъ *недостатковъ* исполненія. Въ этомъ случаѣ неустойки можно требовать наряду съ главнымъ обязательствомъ[12]); но здѣсь вѣритель не въ правѣ, сверхъ неустойки, взыскивать еще возмѣщеніе интереса за промедленіе или же за недостатки исполненія[13]).

b) Неустойка назначена на случай *неисполненія* главнаго обязательства; тогда нельзя требовать того и другого: уплаты неустойки и исполненія обѣщаннаго дѣйствія[14]). Впрочемъ, послѣ предъявленія

---

[8]) Среди римскихъ юристовъ былъ споренъ вопросъ, возникаетъ ли обязанность платить неустойку уже съ того момента, когда съ достовѣрностью можно сказать, что обѣщанное исполненіе, напр., постройка дома, не можетъ быть произведено къ условленному времени; за это высказывается l. 113. pr. D. de verb. obl. 45. 1, противъ этого—l. 124. D. eod. и l. 10, § 1. D. si quis caut. 2. 11. Послѣдній взглядъ принадлежитъ позднѣйшимъ юристамъ и болѣе соотвѣтствуетъ существу договора. См. Kohler въ Archiv für civ. Praxis, т. 84. стр. 29. Гражд. улож. для герман. имперіи оставляетъ этотъ вопросъ открытымъ.

[9]) При заключеніи договора стороны могли имѣть и такое намѣреніе, чтобы неустойка вступила въ силу, если должникъ не представитъ исполненія въ теченіе соотвѣтствующаго характеру договора—средняго—срока. Римскіе юристы относительно толкованія подобныхъ договорныхъ опредѣленій высказываются различно, см. l. 24. D. quando dies leg. 36. 2, но также и l. 19, pr. D. eod., l. 1. D. de penu leg. 33. 9, l. 115, § 2. D. de verb. obl. 45. 1.

[10]) l. 122, § 6. D. de verb. obl. 45. 1. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 339. Но, согласно понятію неустойки, совершеніе дѣйствія, противнаго обязательству, должно быть сознательнымъ, вызваннымъ свободною волею.

[11]) l. 47. D. de a. e. v. 19. 1; см., однако, и l. 9, § 1. D. si quis caut. 2. 11; l. 85. § 6. D. de verb. obl. 45. 1. Paulus libro 75 ad edictum: Item si ita stipulatio facta sit: „si fundus Titianus datus non erit, centum dari?“, nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno...

[12]) Согласно гражд. улож. для герм. имперіи, § 341, п. 3, вѣритель, принявшій впослѣдствіи исполненіе, можетъ взыскивать неустойку только въ томъ случаѣ, если, принимая исполненіе, сохранилъ это право за собою. По поводу общегерманскаго права вопросъ былъ споренъ, см. прежнія изданія этого учебника.

[13]) По гражд. улож. для герм. имперіи, § 341, неустойка представляетъ собою минимумъ понесеннаго ущерба. Взысканіе болѣе обширныхъ убытковъ не исключается.

[14]) l. 28. D. de a. e. v. 19. 1; l. 4, § 7. D. de exc. doli. 44. 4. R. G. E., т. 33, стр. 141. Разрѣшается предъявить искъ объ исполненіи главнаго обязательства и въ то же время, на случай его неисполненія, взыскивать неустойку, а также, послѣ предъявленія иска объ исполненіи главнаго обязательства, пока послѣднее еще не исполнено, предъявить искъ о неустойкѣ. Ср. Pergament, привед. сочин., стр. 20.

или удовлетворенія одного изъ упомянутыхъ требованій, вѣритель можетъ взыскать еще *разницу* между ними[15]).

4. Если неустойка своимъ размѣромъ значительно превышаетъ всякій интересъ вѣрителя въ исполненіи главнаго обязательства, то результатомъ ея является эксплоатація должника по поводу сравнительно маловажнаго упущенія. Въ такомъ случаѣ неустойка противорѣчитъ добрымъ нравамъ, и судьѣ, какъ правильно полагаютъ, принадлежитъ право уменьшить ея размѣръ. Но такъ какъ относительно этого вопроса не существовало положительныхъ предписаній закона, то практика обще-германскаго права неохотно рѣшалась на такое уменьшеніе. Отсюда вытекали большія неудобства. Гражд. улож. для герм. имперіи признало подобное право судьи[16]).

РАЗДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Переносъ обязательствъ [1]).

§ 47. Введеніе. Измѣненіе обязательствъ.

Что касается способности къ измѣненіямъ, то римское обязательство отличается отъ современнаго. Римское обязательство представляло изъ себя типъ неизмѣняемый; актъ обоснованія разъ навсегда давалъ ему опредѣленный характеръ, и искъ долженъ былъ вполнѣ соотвѣтствовать ему. Напротивъ, современное обязательство есть явленіе подвижное, способное къ постоянному развитію и преобразованію; несмотря на различныя измѣненія, оно остается однимъ и тѣмъ же правоотношеніемъ, такъ какъ все же происходитъ изъ первоначальнаго акта обоснованія. Это относится, какъ къ содержанію обязательства, такъ и къ его субъектамъ.

1. Римляне не признавали добавочныхъ соглашеній—pacta adjecta, возникающихъ послѣ заключенія договора, кромѣ такихъ, которыми уменьшался объемъ обязательства[2]). Поэтому каждое измѣ-

---

[15]) l. 41, l. 42, l. 71, pr. D. pro socio. 17. 2; Pergament, привед. сочин., стр. 26 и 83. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 340, но ср. также § 342.

[16]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 343; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 102, стр. 227. При сдѣлкахъ купли—продажи съ разсрочкой платежа—см. ниже, § 95, п. 1—имперскій законъ отъ 16 мая 1894 года, § 4, п. 1, уже раньше предоставилъ судьѣ право на такое уменьшеніе.

[1]) Главный трудъ по этому вопросу принадлежитъ Mühlenbruch: Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 1817, 3-е изд. 1836; см. далѣе Puchta: Kleine Schriften, ст. 27; Windscheid: Die Actio, 1856; Kuntze: Die Obligation, 1856, стр. 267, стр. 119 и слѣд.; Albert Schmidt: Die Grundlehre der Cession, два тома, 1863 и сл.; Bähr: Zur Cessionslehre въ Jherings Jahrb., 1857, т. 1, статья 8; Saleilles: De la cession des dettes, Paris, 1890.

[2]) Это правило примѣнялось даже при judicia bonae fidei, какъ видно изъ словъ Ульпіана libro 4 ad edictum, l. 7, § 5. D. de pactis. 2. 14... solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ср. l. 13. C. de pactis. 2. 3; Bechmann: Kauf, т. 2, стр. 480; Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 212.

www.naukaprava.ru

неніе правъ кредитора не обходилось безъ преобразованія и новаго обоснованія обязательства посредствомъ новаціи. Напротивъ, современное обязательство можетъ быть измѣняемо посредствомъ *добавочныхъ соглашеній*, при чемъ оно не теряетъ своей тождественности; эти измѣненія могутъ касаться мѣста или времени исполненія или даже самаго объекта обязательства[3]).

Даже вина и просрочка приводили въ древне-римскомъ правѣ только къ *perpetuatio обязательства*, т. е. *съ формальной точки зрѣнія* не къ измѣненію его содержанія, а только къ *устраненію основаній, влекущихъ за собой погашеніе обязательства*. Въ болѣе позднее время, впрочемъ, онѣ и въ Римѣ приводили къ существеннымъ измѣненіямъ самыхъ обязательствъ[4]).

2. Еще упорнѣе римское право отрицало возможность *перемѣны субъектовъ обязательства*. Только контрагентъ имѣлъ, на основаніи договора, искъ противъ контрагента, только потерпѣвшій—actio ex delicto противъ обидчика. Но уже съ древнихъ временъ требованія и долги переходили обыкновенно *на наслѣдниковъ*, въ которыхъ какъ бы воплощались и продолжали жить первоначальные участники обязательства.

Во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, когда по распоряженію вѣрителя другое лицо должно было вступить на его мѣсто, необходимо было новое обоснованіе обязательства посредствомъ *новаціи*; послѣдняя совершалась черезъ обѣщаніе—promissio, данное новому вѣрителю. Равнымъ образомъ, и вступленіе новаго должника на мѣсто прежняго могло произойти только путемъ новаціи[5]).

Въ позднѣйшемъ развитомъ правѣ обязательства стали представлять собою весьма важную составную часть имущества, и поэтому явилась настоятельная потребность въ отчужденіи обязательствъ и безъ содѣйствія должника. Но такъ какъ для достиженія этой цѣли прямыхъ средствъ не существовало, то пришлось обратиться къ окольнымъ путямъ. Лицо, которому желали передать требованіе, назначалось *уполномоченнымъ для веденія процесса, съ правомъ удержать въ свою пользу взысканное по суду*,—procurator in rem suam. Послѣдній получалъ всѣ права вѣрителя, если возбуждалъ искъ противъ должника *и доводилъ дѣло до litis contestatio*: заключающаяся въ этомъ *новація* доставляла ему такъ наз. dominium litis[6]).

---

[3]) Такъ же и Bechmann: Kauf, loc. cit. Всецѣло на точкѣ зрѣнія римской юриспруденціи стоитъ Römer: Abhandlungen, стр. 5.

[4]) См. выше, § 41.

[5]) Gajus, Inst. II, § 38... quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. См. l. 25, § 2. D. de usufructu. 7. 1.

[6]) Gajus, Inst., IV, § 86 сообщаетъ формулу иска: Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia L. Titius pro P. Maevio agat, ita formula concipitur: Si paret Num. Negidium P. Maevio sestertium X milia dare oportere, judex Num. Negidium

Но для того, чтобы передача требованія получала немедленное значеніе для гражданскаго оборота и надлежащую силу, нужно было обезпечить пріобрѣтателя и до времени процесса. Эта задача была разрѣшена слѣдующимъ образомъ:

a) Пріобрѣтателю дано было право сообщить должнику объ уступкѣ требованія—denuntiatio. Съ этого момента должникъ уже больше не имѣлъ права платить первоначальному вѣрителю[7]).

b) Пріобрѣтатель получилъ actiones utiles, въ силу которыхъ онъ предъявлялъ искъ уже не какъ уполномоченный, но отъ своего имени. Этимъ уступка требованія обезпечивалась отъ возможности прекращенія полномочія, всегда грозившей procurator'y in rem suam[8]).

Согласно римскимъ воззрѣніямъ, все это было установлено по соображеніямъ „utilitas", т. е. по исключительному отступленію отъ общаго принципа, вслѣдствіе потребностей оборота. Современное же право вывело отсюда новый принципъ—право уступки требованій. Совершенно аналогично въ наше время возможно и вступленіе въ обязательство новаго должника, безъ всякаго нарушенія правъ вѣрителя и безъ ущерба для тождественности самаго обязательства.

I. Цессія (cessio).

§ 48. Cessio и denuntiatio.

1. По обще-германскому праву допускается переносъ *обязательственныхъ требованій*[1]). Послѣдствіемъ цессіи является, такимъ

L. Titio sestertium X milia condemna, si non paret absolve. См. Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. 2, § 170, стр. 1358.

[7]) Относительно denuntiatio см. ниже, § 48, прим. 4.

[8]) Actio utilis дана была первоначально Антониномъ Піемъ покупщику наслѣдства, l. 16, pr.D. de pactis. 2. 14. Далѣе, въ теченіе позднѣйшей языческой эпохи имперіи, она была предоставлена каждому покупателю, лицу, получившему требованіе въ залогъ, а также и другимъ лицамъ, пріобрѣтшимъ на основаніи titulus onerosus, l. 1, l. 2. C. de obl. 4. 10; l. 7. C. de her. vel act. 4. 39, приведенная выше, вып. I, § 292, прим. 12.— Только Юстиніанъ далъ actio utilis также и получившему обязательственное требованіе въ подарокъ, l. 4. C. de don. 8. 53. Изъ этого нововведенія Юстиніанъ дѣлаетъ еще выводъ, котораго, какъ онъ самъ замѣчаетъ, прежде не допускали. Именно, подаренное требованіе должно переходить на наслѣдниковъ одареннаго, хотя бы litis contestatio еще и не послѣдовало. Отсюда вытекаетъ, что mandatum in rem suam, по крайней мѣрѣ въ принципѣ, до litis contestatio прекращался по тѣмъ же правиламъ, какъ и обыкновенный mandatum, и что, такимъ образомъ, пріобрѣтенія требованія procurator'омъ in rem suam до litis contestatio еще не происходило; здѣсь пока существовала одна лишь возможность пріобрѣтенія. О формулѣ actio utilis мы не имѣемъ опредѣленныхъ свѣдѣній, хотя существуетъ не мало попытокъ возстановить ее. L. 5. C. quando fiscus. 4. 15 даетъ лишь отрицательныя указанія: Diocletianus et Maximianus: In solutum nomine dato, non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest. suo autem nomine utili actione recte utetur. Ср. l. 55. D. de proc. 3. 3; Eisele: Die actio utilis des Cessionars, юбилейный трудъ, 1887. Неясное соотношеніе между actio mandata и actio utilis служитъ уже съ давнихъ поръ исходной точкой для многихъ весьма запутанныхъ теорій; объ этомъ см. Mühlenbruch, loc. cit., стр. 201.

[1]) Mühlenbruch училъ: цессіонарій предъявляетъ чужое требованіе; путемъ цессіи переходитъ *не самое право требованія*, а только его *осуществленіе*. Въ общемъ, онъ смотрѣлъ на цессію еще съ первоначальной римской точки зрѣнія, т. е. какъ на mandatum in rem suam. Нѣкоторое время этотъ взглядъ былъ общепринятымъ. Его упорно придерживался, между прочимъ, Vangerow, т. 3, § 574, прим. 1, стр. 105. Но большин-

www.naukaprava.ru

образомъ, *переходъ права*. Уступающій—*цедентъ*—перестаетъ быть вѣрителемъ, на его мѣсто вступаетъ пріобрѣтатель—*цессіонарій*.

2. Каково отношеніе между *уступкой*—cessio—и *увѣдомленіемъ* должника объ уступкѣ—denuntiatio? Правильный отвѣтъ таковъ: *cessio производитъ переходъ требованія*, задача же *denuntiatio—обезпечить этотъ переходъ*[2]).

Несмотря на это, должникъ—*cessus*—не можетъ *непосредственно, въ силу цессіи*, лишиться права уплатить первоначальному вѣрителю или инымъ способомъ освободиться отъ своего обязательства по отношенію къ нему: актъ уступки совершается обыкновенно безъ участія, а иногда и безъ вѣдома должника. Вслѣдствіе этого, наступаетъ *промежуточная стадія*, во время которой *цедентъ, хотя на самомъ дѣлѣ не состоитъ больше вѣрителемъ, тѣмъ не менѣе, по отношенію къ должнику, является управомоченнымъ, какъ вѣритель*. — Возникаетъ вопросъ, когда же это положеніе кончается? По мнѣнію однихъ, въ тотъ моментъ, когда должникъ *достовѣрно узнаетъ* о цессіи[3]). Такое рѣшеніе дѣла представляется послѣдовательнымъ, но вызываетъ на практикѣ значительныя затрудненія. Вѣдь „достовѣрное знаніе“ равносильно *убѣжденію* въ томъ, что извѣстный фактъ случился. Благодаря

ство новѣйшихъ писателей, наоборотъ, смотритъ на цессію, какъ на сингулярное преемство въ требованіи. Въ пользу этого ссылаются на то, что позднѣйшее римское право дало цессіонарію actio utilis, при которой онъ предъявлялъ искъ не „alieno nomine“, а „suo nomine“; указываютъ, далѣе, и на то, что уже Юстиніанъ говоритъ о „transferre debitum“, l. 23. C. mandati. 4. 35. Лучшей же опорой этого взгляда является тотъ фактъ, что въ общегерманскомъ правѣ цессія практически приняла видъ преемства въ требованіи, и что всѣ ея отдѣльныя положенія сводятся къ этой мысли. См. Gürgens: Die Singularsuccession in die Schuld въ Jherings Jahrb., т. 8, статья 8.—Относительно залога требованій и заключающейся въ немъ ограниченной цессіи см. выше, вып. I, § 292.

[2]) Взгляды новѣйшихъ ученыхъ на отношеніе между cessio и denuntiatio очень разнообразны. Windscheid—die Actio—защищаетъ слѣдующее мнѣніе: благодаря одной уступкѣ, actio не переходитъ на цессіонарія; для этого необходимъ еще *актъ завладѣнія*—denuntiatio. Въ Римѣ для пріобрѣтенія сервитутовъ требовалось завладѣніе; аналогично поступали будто бы при уступкѣ требованія, чтобы придать ей, такъ сказать, „осязательный видъ“. Но вѣдь самой характерной чертой обязательства является именно то, что вѣритель не имѣетъ надъ нимъ никакого владѣнія. Развѣ можно пріобрѣсти владѣніе надъ такимъ объектомъ, при которомъ оно немыслимо по существу? Въ Pandekten, т. 2, § 331, прим. 8, Windscheid, правда, не отказывается еще отъ прежней мысли, что „denuntiatio представляетъ собою завладѣніе требованіемъ“; но въ остальномъ онъ все-таки подвергаетъ свой взглядъ существеннымъ измѣненіямъ. Теперь онъ соглашается съ тѣмъ, что цессіонарій уже до denuntiatio имѣетъ право требованія, но въ то же время и цедентъ остается еще вѣрителемъ; возникаетъ, такимъ образомъ, „корреальное обязательство“. Въ противоположность этому, Bähr, loc. cit., стр. 369, доказываетъ, что послѣ уступки требованія цессіонарій является единственнымъ вѣрителемъ. Такой взглядъ, несомнѣнно, правиленъ. Мнѣніе, что цессіонарій становится вѣрителемъ лишь въ моментъ denuntiatio, или что цессіонарій и цедентъ — корреальные вѣрители, при строгой послѣдовательности, могло бы привести къ результатамъ, прямо противорѣчащимъ идеѣ цессіи и преслѣдуемымъ ею практическимъ цѣлямъ. Тотъ же взглядъ у Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 266.

[3]) Между прочимъ, Bähr защищалъ тотъ взглядъ, что достаточно „достовѣрнаго“ знанія должника о совершившейся уступкѣ требованія—loc. cit., стр. 369; съ нимъ соглашается Regelsberger въ Endemanns Handbuch des Handelsr., т. 2, стр. 528. Однако, R. O. H. G. E., т. 23, стр. 314 и R. G. E., т. 4, стр. 114 отнюдь не раздѣляютъ этого мнѣнія, но оставляютъ весь вопросъ открытымъ. См. вообще Mühlenbruch, loc. cit., стр. 492, и авторовъ, указанныхъ у Windscheid'а, т. 2, § 331, прим. 8. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 407, довольствуется знаніемъ должника объ уступкѣ обязательства; исключеніе дѣлаетъ § 411. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 139, стр. 315.

этому, вопросъ о томъ, можетъ и долженъ ли еще debitor cessus платить своему первоначальному вѣрителю, ставится въ зависимость отъ *внутренняго психологическаго процесса,* который не обнаруживается во внѣ и часто остается подъ сомнѣніемъ.

При этихъ условіяхъ казалось болѣе цѣлесообразнымъ *опредѣлять* указанный критическій моментъ извѣстнымъ *внѣшнимъ событіемъ.* Такова и была, какъ признаетъ господствующее мнѣніе, точка зрѣнія римскаго права: только вслѣдствіе увѣдомленія—denuntiatio, сдѣланнаго цессіонаріемъ должнику, прекращается правомочіе цедента на принятіе уплаты[4]). Одинаковое значеніе имѣетъ, конечно, и увѣдомленіе со стороны *цедента*[5])[6]). Достаточно также признанія цессіи должникомъ передъ цессіонаріемъ.

Иначе смотрѣли на *продажу наслѣдства.* Эта сдѣлка имѣетъ свое самостоятельное значеніе, оказывая вліяніе на болѣе или менѣе обширный кругъ правъ и обязанностей; къ тому же должники наслѣдства иногда бываютъ не всѣ извѣстны покупщику, а часто ихъ трудно розыскать. Вслѣдствіе всего этого, не требовалось спеціальнаго ихъ увѣдомленія; достаточно было, если они знали о продажѣ наслѣдства[7]).

Такъ какъ цедентъ до denuntiatio сохраняетъ еще правомочія вѣрителя, то онъ можетъ въ это время даже предъявить искъ противъ должника. Къ чему бы это повело, если бы каждому вѣрителю со стороны его должника могло быть противопоставлено заявленіе, что онъ слышалъ объ уступкѣ обязательства? Это служило бы самой благодарной почвой для вздорныхъ возраженій и затягиванія процесса[8]).

Тѣмъ не менѣе, цедентъ уже не является болѣе вѣрителемъ по уступленному имъ требованію. Поэтому, *его собственные вѣрители,* съ момента цессіи, уже не въ правѣ наложить арестъ на уступленное требованіе, хотя бы denuntiatio еще и не послѣдовала; цессіонарій можетъ вступить въ дѣло и заявить о своемъ правѣ на это

---

[4]) l. 4. C. quae res pignori 8. 16, приведенная выше, вып. I, § 292, прим. 9. См. также l. 3, pr. C. de novationibus. 8. 41. Gordianus: Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

[5]) R. O. H. G. E., т. 23, стр. 314. Windscheid, конечно, исходитъ изъ того взгляда, что извѣщенія со стороны цедента недостаточно. Здѣсь, по его мнѣнію, недостаетъ „захвата со стороны пріобрѣтателя"; ср. Pandecten, т. 2, § 331, прим. 9. Тамъ же указана литература по этому спорному вопросу.

[6]) Wendt — Pandecten, § 216 — вѣрно замѣчаетъ, что должникъ въ правѣ оставить безъ всякаго вниманія свѣдѣнія, сообщаемыя ему третьими лицами, справедливо полагая, что извѣстіе о совершившейся цессіи будетъ уже доставлено ему непосредственно участвующими лицами.

[7]) l. 17. D. de transactionibus. 2. 15. Papinianus libro 2 quaestionum: Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

[8]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 407, п. 2. Иначе Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 177 (O. L. G. Hamburg).

www.naukaprava.ru

требованіе[9]). Точно такъ же уступленное требованіе не поступаетъ уже въ конкурсную массу цедента, хотя бы ко времени открытія конкурса denuntiatio еще не была произведена; напротивъ, цессіонарій можетъ осуществить требованіе въ свою пользу.

Наконецъ, если вѣритель *уступилъ* свое требованіе сначала *одному*, затѣмъ *другому* лицу, то, хотя бы второй цессіонарій *совершилъ denuntiatio* раньше перваго, всетаки первый имѣетъ преимущество передъ вторымъ, какъ prior tempore[10]). И даже, если второй цессіонарій уже получилъ уплату по уступленному требованію, первый можетъ предъявить къ нему искъ о выдачѣ полученнаго, такъ какъ второму достался активъ перваго безъ правового основанія[11])[12]).

§ 49. Актъ цессіи и ея основаніе[1]).

Цессія въ собственномъ смыслѣ слова производится *вѣрителемъ*. Но, кромѣ того, требованія переходятъ, какъ и путемъ цессіи, еще въ силу *судебнаго рѣшенія* и даже *непосредственно на основаніи закона*.

1. Цессія въ собственномъ смыслѣ слова называется обыкновенно *добровольной*—voluntaria, такъ какъ она совершается *волеизъявленіемъ цедента*, посредствомъ договора или завѣщанія. Съ этой точки зрѣнія она и тогда добровольна, когда происходитъ во исполненіе законной обязанности.

Актъ цессіи, т. е. самое перенесеніе требованія, нужно строго отличать отъ *основанія цессіи*, напр., продажи, совершенно аналогично передачѣ—traditio—тѣлесныхъ вещей. Правда, въ большинствѣ случаевъ, оба эти момента и по времени, и по внѣшнему виду совпадаютъ; въ частности, съ момента продажи, требованіе обычно считается непосредственно уступленнымъ. Тѣмъ не менѣе, цессія есть сдѣлка абстрактная и поэтому, въ отношеніи своей дѣйствительности, совершенно не зависитъ отъ своего основанія[2]). Это обстоятельство очень важно для *должника*—debitor cessus, которому, та-

---

[9]) Такъ и R. G. E., т. 4, стр. 111.

[10]) Вопросъ этотъ очень споренъ. За предпочтеніе того цессіонарія, который совершилъ denuntiatio раньше, высказались, между прочимъ, Müsset въ Lindes Zeitschrift, n. F., т. 12, статья 12, Knorr въ Archiv für civ. Praxis, т. 42, статья 15 и Wendt, Pandecten, § 216. Того же мнѣнія раньше держался Windscheid: Die Actio, стр. 190; въ Pandecten, т. 2, § 331, прим. 10, онъ перемѣнилъ свой взглядъ. Но возраженія, пріобрѣтенныя должникомъ bona fide противъ цессіонарія, совершившаго denuntiatio первымъ, еще до denuntiatio со стороны перваго цессіонарія, все же дѣйствительны и противъ этого послѣдняго. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 408.

[11]) Bähr, loc. cit., т. 1, стр. 439.

[12]) Можетъ ли должникъ на искъ цессіонарія возразить, что цедентъ уже раньше уступилъ данное требованіе другому лицу, которое, впрочемъ, еще не совершило denuntiatio? Этотъ вопросъ рѣшается въ утвердительномъ смыслѣ имперскимъ судомъ, см. у Gruchot'a, т. 35, стр. 976, такъ же Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 20 (O. L. G. Rostock).

[1]) Regelsberger: Beiträge zur Lehre von der Cession въ Archiv für civ. Praxis, т. 63, статья 8.

[2]) Вопросъ этотъ споренъ. Иного мнѣнія Strohal въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 392. См. писателей, приведенныхъ у Regelsberger'a, loc. cit., стр. 164, прим. 5. Съ нашимъ взглядомъ согласно и гражд. улож. для герман. имперіи, § 398; см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 134, стр. 301.

кимъ образомъ, прежде чѣмъ удовлетворить цессіонарія, надлежитъ удостовѣриться только въ дѣйствительности акта цессіи, но не ея основанія. Если актъ цессіи ничтоженъ, напр., по причинѣ несовершеннолѣтія цедента, то debitor cessus остается должникомъ послѣдняго и, слѣдовательно, не можетъ платить мнимому цессіонарію. Оспоримость же акта цессіи его не касается[3]).

Очень споренъ вопросъ, когда допускается возраженіе о притворности цессіи. Согласно практикѣ, оно допустимо только въ томъ случаѣ, если должникъ можетъ доказать свой особенный и личный интересъ въ томъ, чтобы цессія не состоялась. Ибо, каково бы ни было отношеніе *въ дѣйствительности, съ внѣшней стороны* вѣритель все же *уполномочилъ* мнимаго цессіонарія ко взысканію долга, и этого достаточно для управомоченности послѣдняго[4]).

2. Требованія переходятъ также на основаніи *постановленій суда*. Въ частности, судъ, при исполненіи рѣшенія и въ цѣляхъ принудительнаго взысканія, можетъ передать вѣрителю, по его ходатайству, вмѣсто уплаты, денежное требованіе, принадлежащее его должнику[5]).

3. Наконецъ, въ нѣкоторыхъ случаяхъ требованія переходятъ къ новому вѣрителю и *непосредственно на основаніи закона*[6]).

Въ этомъ заключается не настоящая цессія, а законное преемство; тѣмъ не менѣе, говорятъ о *необходимой* или *фиктивной* цессіи— cessio necessaria, такъ какъ правила цессіи, по крайней мѣрѣ въ существенныхъ чертахъ, находятъ здѣсь аналогичное примѣненіе [7]).

---

[3]) Regelsberger, loc. cit., стр. 163.

[4]) Что должникъ не можетъ ссылаться на притворность цессіи, и что въ этомъ заключается недозволенная exceptio de jure tertii,—это является положеніемъ, господствующимъ въ практикѣ. См., однако, остроумныя изслѣдованія Regelsberger'a, loc. cit., стр. 167; см. также R. O. H. G. E., т. 24, стр. 322; Windscheid, т. 2, § 334, прим. 1; рѣшеніе имперскаго суда у Gruchot'a, т. 36, стр. 990. О точкѣ зрѣнія гражд. улож. для герм. имперіи см. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, § 135, стр. 304.

[5]) По C. P. O., § 835, вѣритель имѣетъ двоякое право на арестованное имъ въ порядкѣ принудительнаго исполненія требованіе своего должника. a) Онъ можетъ, вмѣсто уплаты, потребовать уступки требованія по номинальной цѣнѣ. Въ такомъ случаѣ его требованіе погашается, поскольку оно покрывается стоимостью уступленнаго ему обязательства, но въ томъ предположеніи, что послѣднее вообще „существуетъ", т. е. что оно дѣйствительно; этого достаточно, даже если должникъ—debitor cessus — несостоятеленъ. b) Вѣритель можетъ ограничиться однимъ лишь *правомъ залога* на арестованное требованіе. Но для того, чтобы осуществить свое залоговое право, онъ долженъ получить отъ суда особое разрѣшеніе на взысканіе, такъ наз. передача для взысканія. Тогда его требованіе погашается въ томъ размѣрѣ, въ которомъ онъ получитъ уплату отъ должника—debitor cessus, или поскольку онъ отвѣчаетъ передъ цедентомъ за оплошность при взысканіи по требованію—culpa in exigendo. См. Hellwig: Die Verpfändung von Forderungen, стр. 115.

[6]) Многіе учатъ, что переходъ требованія всегда совершается *непосредственно*— ipso jure—тамъ, гдѣ *можно требовать* цессіи на основаніи закона. Puchta: Pandecten, § 281, и Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 243. Правда, въ нѣкоторыхъ случаяхъ слѣдуетъ признать наличность такого перехода, а именно, когда особый актъ цессіи былъ бы безцѣльной формальностью, см. ниже, § 81, прим. 13; но едва ли это можно установить, какъ общее правило. Признаніе такого принципа не можетъ быть оправдано уже потому, что благодаря ему исчезла бы всякая увѣренность въ личности вѣрителя. См. Mühlenbruch, стр. 470; Bähr, loc. cit., т. 1, стр. 400; Windscheid, т. 2, стр. 330, прим. 12; наконецъ, R. G. E., т. 1, стр. 314. Если же вѣритель *присужденъ* къ уступкѣ требованія, то цессія считается состоявшейся *съ момента вступленія рѣшенія въ законную силу*. См. C. P. O., § 894.

www.naukaprava.ru

§ 50. Предметъ цессіи.

Цессія распространяется на всю область имущественныхъ правъ. Поэтому и вещныя исковыя права могутъ быть предметомъ цессіи[1]). Но главную область ея примѣненія составляютъ обязательства. Она возможна, какъ при требованіяхъ, срокъ которымъ наступилъ, такъ и при требованіяхъ съ ненаступившимъ срокомъ; она допускается при обязательствахъ условныхъ[2]), будущихъ и даже лишенныхъ иска. Возможна также цессія требованій, вытекающихъ изъ двусторонихъ договоровъ; но при этомъ остается въ силѣ право должника — debitor cessus — исполнить только въ случаѣ предшествующаго или одновременнаго исполненія со стороны контрагента[3]).

Впрочемъ, бываютъ требованія, которыя не подлежатъ цессіи или вслѣдствіе своей особенной природы, или же въ силу положительнаго запрещенія.

1. Невозможна цессія такихъ обязательствъ, которыя имѣютъ *особое отношеніе къ личности вѣрителя*, такъ что при передачѣ самая цѣль ихъ не была бы достигнута. Сюда относятся требованія, направленныя на непосредственныя alimenta[4]).

2. Залоговыя права, jura retentionis, права по отношенію къ поручителямъ[5]) и вообще всѣ тѣ права, которыя существуютъ только ради другихъ притязаній, могутъ быть переданы лишь вмѣстѣ съ главнымъ и основнымъ правомъ, но никакъ не отдѣльно отъ него.

3. Соглашенія о непередаваемости требованій — pacta de non cedendo—признаются дѣйствительными и могутъ быть противопоставлены происшедшей вопреки имъ цессіи[6]).

---

[1]) Regelsberger, loc. cit., стр. 158, желаетъ устранить понятіе „фиктивной“ или „законной“ *цессіи* и говоритъ лишь о законномъ *переходѣ требованія*. Но въ этихъ выраженіяхъ заключается удобная и пріобрѣтшая уже права гражданства формула, означающая, что принципы настоящей цессіи примѣняются по аналогіи и при законномъ переходѣ требованій. Ср. гражд. улож. для герм. имперіи, § 412.

[1]) См. выше, вып. I, § 225, прим. 1 и 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 931.

[2]) Даже предсмертные отказы, оставленные подъ условіемъ, могутъ быть уступлены, несмотря на l. 41. D. de cond. et dem. 35. 1. R. G. E., т. 8, стр. 189; Wolff: Rechtswirkungen der Cession bedingter Vermächtnisse, Bonner Inaug.-Dissert., 1887; Enneccerus: Rechtsgeschäfte, стр. 248; Windscheid, т. 1, § 89, прим. 10.

[3]) R. O. H. G. E., т. 12, стр. 74; R. G. E., т. 13, стр. 12. Если дѣло идетъ о встрѣчномъ дѣйствіи цедента, которое, по смыслу договора, не должно быть произведено непремѣнно имъ лично, то цессіонарій въ правѣ совершить его въ качествѣ представителя цедента, дѣйствующаго въ собственномъ интересѣ. Этимъ устраняется exceptio non adimpleti contractus со стороны должника—debitor cessus.

[4]) Относительно уступки требованій алиментовъ, въ частности вдовьихъ пенсій, см. R. G. E., т. 4. стр. 143. Къ неподлежащимъ цессіи требованіямъ относятъ также actiones vindictam spirantes, цѣль которыхъ заключается въ личномъ удовлетвореніи, напр., actio injuriarum, см. Mühlenbruch, § 26; далѣе, требованія изъ pacta de contrahendo, см. Degenkolb въ Archiv fur civ. Praxis, т. 71, стр. 77; Seuffert: Archiv, т. 53, каз. 99. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 399, запрещаетъ уступку такихъ требованій, по которымъ исполненіе не первоначальному, а другому кредитору не можетъ быть учинено безъ измѣненія ихъ содержанія. § 400 не допускаетъ цессіи требованій, на которыя не можетъ быть обращено взысканіе съ наложеніемъ ареста.

[5]) Иначе Seuffert: Archiv, т. 53, каз. 149 (O. L. G. für Bayern).

[6]) Stegemann: Das pactum de non cedendo въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 315. Иного взгляда Schlesinger: Die Wirksamkeit des pactum de non cedendo, Erlanger Inaug.-Dissert., 1892; но имперскій судъ—R. G. E., т. 31, стр. 164 — высказывается за

4. Римскія законныя запрещенія цессіи уже въ обще-германскомъ правѣ не имѣли большого практическаго значенія. Въ частности, цессія *требованій, предъявленныхъ уже къ судебному взысканію,* недѣйствительная по римскому праву[7]), допускается по германскому уставу гражданскаго судопроизводства. Но процессъ долженъ продолжаться между первоначальными сторонами, и возникшія уже на основаніи процесса права остаются неприкосновенными[8]).

Подъ страхомъ потери самаго требованія, еще по обще-германскому праву запрещена была цессія potentioribus, т. е. лицамъ, занимающимъ такое высокое общественное положеніе, что должникъ едва ли можетъ отважиться на продолженіе процесса противъ нихъ[9]).

То же правило примѣняется къ уступкѣ опекуну требованія на его опекаемаго[10]) [11]).

§ 51. Права цессіонарія по отношенію къ debitor cessus.

Требованіе переходитъ къ цессіонарію въ томъ состояніи, *въ какомъ оно находилось во время цессіи.*

Такъ какъ, однако, отъ момента цессіи до увѣдомленія должника, цедентъ сохраняетъ еще правомочія вѣрителя, то противъ цессіонарія дѣйствительны всѣ тѣ *возраженія*, которыя можетъ пріобрѣсти должникъ за это *промежуточное время* противъ цедента.

Въ частности, права цессіонарія представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1. Объемъ, въ которомъ переуступается требованіе, опредѣляется актомъ цессіи[1]).

дѣйствительность pactum de non cedendo. См. далѣе Eck въ Jherings Jahrb., т. 35, стр. 304 и гражд. улож. для герман. имперіи, § 399, ср., однако, и § 405; объ этомъ см. Dernb., Bürg R., т. 2, § 137, стр. 308. Установленныя въ завѣщаніи запрещенія цессіи, напр., до извѣстнаго возраста цедента, также дѣйствительны.—Обращеніе взысканія на требованіе не устраняется подобнымъ pactum de non cedendo; но арестованное требованіе можетъ быть передано вѣрителю лишь „для взысканія", C. P. O., § 835. Ср. Seuffert: Archiv, т. 54, каз. 211.

7) l. 5. C. de litigiosis. 8. 36.

8) C. P. O., § 265, п. 1.

9) l. 2. C. ne liceat potentioribus. 2. 13. Относительно многочисленныхъ спорныхъ вопросовъ см. Vangerow, т. 3, § 574, прим. 1, стр. 109. Гражд. улож. для герман. имперіи подобнаго запрещенія цессіи не знаетъ. Этотъ пробѣлъ, до извѣстной степени, пополняетъ § 826.

10) Nov. 72, cap. 5.

11) По постановленію имперскаго сейма отъ 1551 г., § 79, и по имперскому судебному уставу отъ 1577 г., tit. 20, § 4, еврею было запрещено передавать свое требованіе на христіанина другому христіанину; цѣль этого закона состояла въ томъ, чтобы преградить возможность христіанамъ пользоваться окольнымъ путемъ процентными договорами, разрѣшенными для однихъ только евреевъ.

1) См. l. 34, pr. D. de leg. III. Поскольку актъ цессіи не содержитъ въ себѣ ясныхъ опредѣленій, весь вопросъ сводится къ толкованію сдѣлки. Обыкновенно цессія распространяется на проценты за просрочку, требованія интереса, договорные проценты, имѣющіе нарасти въ будущемъ, а также и на невступившую еще въ силу неустойку. Наоборотъ, наросшіе и неуплаченные еще договорные проценты и вступившая уже въ силу неустойка не считаются уступленными вмѣстѣ съ главнымъ обязательствомъ. Гражд. улож. для герм. имперіи оставляетъ этотъ вопросъ открытымъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 138, стр. 312.

www.naukaprava.ru

Размѣръ полученнаго цедентомъ отъ цессіонарія вознагражденія въ принципѣ не имѣетъ никакого значенія для права цессіонарія противъ должника. Но, чтобы противодѣйствовать безнравственнымъ спекуляціямъ черезъ покупку сомнительныхъ требованій за ничтожную цѣну, такъ наз. lex Anastasiana постановила, что *купившій* требованіе не можетъ взыскивать съ должника *больше уплаченной имъ покупной цѣны*. Излишекъ противъ этой суммы слагается съ debitor cessus. Lex Anastasiana *не касается* передачи требованія вѣрителю вмѣсто уплаты, уступки требованія третьему владѣльцу залога послѣ предъявленія къ нему иска, съ цѣлью освобожденія заложенной вещи, наконецъ, уступки требованія соучастнику при раздѣлѣ общей собственности[2]).

Гражд. улож. для герм. имперіи не приняло lex Anastasiana.

2. Къ цессіонарію, вмѣстѣ съ главнымъ требованіемъ, переходятъ и принадлежности послѣдняго, въ частности, права противъ поручителей и залоговыя права[3]). Споренъ вопросъ, въ какой мѣрѣ переходятъ на него *привилегіи* цедента? Цессіонарій не имѣетъ никакого права на тѣ привилегіи, которыя принадлежали бы цеденту лично *при взысканіи* по обязательству въ судебномъ порядкѣ. Сюда относится, напр., свобода фиска отъ судебныхъ пошлинъ, если онъ уступитъ свое требованіе частному лицу. Напротивъ, привилегіи, *связанныя съ самымъ обязательствомъ*, переходятъ къ цессіонарію даже въ томъ случаѣ, если онѣ установлены лично ради даннаго цедента. Таково, именно, свойство конкурсныхъ привилегій[4]) [5]).

---

[2]) l. 22. C. mandati. 4. 35. Anastasius отъ 506 г.: Per hanc itaque legem jubemus in posterum hujusmodi conamen inhiberi... ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascumque vel creditor vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Относительно многочисленныхъ спорныхъ вопросовъ, вызванныхъ lex Anastasiana, см. Vangerow, т. 3, § 576. Само собой разумѣется, что цессіонарій можетъ требовать отъ должника не только то, что̀ самъ онъ „далъ“ за требованіе, но и то, что̀ онъ „обѣщалъ“ за него, какъ покупную плату, R. G. E., т. 14, стр. 240. Особенно споренъ былъ съ давнихъ поръ вопросъ относительно распредѣленія доказательствъ. По господствующему мнѣнію, въ случаѣ спора, отвѣтчикъ долженъ доказать, что цессія основана на продажѣ; разъ этотъ фактъ удостовѣренъ, то уже цессіонарій долженъ установить размѣръ уплаченной имъ суммы. Такой взглядъ вполнѣ соотвѣтствуетъ и буквальному тексту, и внутреннему смыслу lex Anastasiana. Тѣмъ не менѣе, нѣкоторые полагаютъ, что для обоснованія своего возраженія *должникъ* обязанъ доказать, *насколько уплаченная цессіонаріемъ сумма меньше суммы самаго требованія*. Таково, между прочимъ, мнѣніе Windscheid'a, т. 2, § 333, прим. 7.—Тотчасъ послѣ изданія lex Anastasiana, его уже начали обходить. Чаще всего прибѣгали къ продажѣ цессіонарію требованія только въ объемѣ покупной суммы, между тѣмъ какъ остатокъ дарился. Въ l. 23. C. mandati. 4. 35 Юстиніанъ объявилъ подобныя даренія ничтожными, а требованія на подаренную сумму—погашенными.

[3]) l. 6, l. 23. pr. D. de her. vel act. vend. 18, 4; l. 14, pr. D. eod.; l. 6, l. 7. C. de obl. et act. 4. 10; l. 14. C. de fidejussoribus. 8. 40. Гражд. улож. для германской имперіи, § 401, п. 1.

[4]) Споренъ вопросъ, въ какомъ объемѣ переходятъ на цессіонарія привилегіи цедента, относящіяся къ требованію; см. Mühlenbruch, loc. cit., § 56; Vangerow, т. 3, § 575, прим. 2; Windscheid, т. 2, § 332, прим. 10. Въ отношеніи *перехода по наслѣдству* римляне различали privilegia „causae“ и „personae“. Первыя, возникавшія въ виду

3. Далѣе, спрашивается, какія *возраженія, обоснованныя въ лицѣ цедента*, дѣйствительны и противъ цессіонарія? По общему правилу—*всѣ*, т. е. не только направленныя in rem, но даже и тѣ, которыя въ другомъ отношеніи дѣйствовали бы лишь in personam. Достаточно, чтобы фактическое основаніе возраженія существовало еще до увѣдомленія должника о цессіи [6]). Но если должникъ, по отно-

---

особыхъ свойствъ самаго требованія, переходили къ наслѣдникамъ вѣрителя; послѣднія же, установленныя спеціально во вниманіе къ личности даннаго вѣрителя, наслѣдниковъ не касались. Нѣкоторые утверждаютъ, что, соотвѣтственно этому, и при *цессіи* на цессіонарія переходятъ только privilegia causae, но не privilegia personae. Въ пользу такой аналогіи какъ будто говоритъ l. 42. D. de administratione tut. 26. 7. Papinianus libro I definitionum: Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit, in rem suam judicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur: non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. Но рѣшеніе Папиніана имѣетъ въ виду случай *вынужденной цессіи*, примѣняемой *взамѣнъ недостающаго опекунамъ права на искъ* о пропорціональномъ распредѣленіи между ними вознагражденія, взысканнаго за причиненные опекою убытки. Дѣйствительно, конкурсная привилегія для этого требованія не имѣла бы никакого внутренняго смысла. Если Папиніанъ говоритъ далѣе, что эта привилегія не распространяется и на наслѣдниковъ, такъ какъ она не является privilegium causae, то это не оправдываетъ еще того заключенія, что она прекращается и при обыкновенной цессіи. Вѣдь при такомъ положеніи цессія обезцѣнивала бы требованіе до такой степени, что его уступка часто становилась бы для вѣрителя фактически невозможной. Нашъ выводъ подкрѣпляется еще тѣмъ, что въ другихъ случаяхъ переходъ личныхъ привилегій на цессіонарія признается безусловно допустимымъ; см. l. 7. C. de privil. fisci. 7. 73, l. 2. C. qui potiores. 8. 18. Многіе новѣйшіе ученые, впрочемъ, не допускаютъ перехода на цессіонарія привилегій, которыя основываются на личныхъ свойствахъ вѣрителя, по крайней мѣрѣ, въ тѣхъ случаяхъ, когда онѣ не столько „даютъ непосредственно“, сколько „обѣщаютъ въ будущемъ“ извѣстныя преимущества. Къ послѣдней категоріи причисляются конкурсныя привилегіи. См. Windscheid, loc. cit. Но подобныя попытки толковать цитированную l. 42 не затрагиваютъ самаго существа дѣла, такъ какъ слова Папиніана не содержатъ и намека на такое различіе. Нельзя согласиться и съ тѣмъ, что конкурсныя привилегіи даютъ лишь „надежду“ на выгоды; наоборотъ, онѣ являются очень важными свойствами нѣкоторыхъ требованій, получающими дѣйствительное значеніе, конечно, лишь въ случаѣ конкурса надъ имуществомъ должника. См. R. G. E., т. 3, стр. 34. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 401, п. 2 опредѣляетъ: Новый вѣритель пользуется привилегіями, связанными съ требованіемъ на случай принудительнаго его исполненія или конкурса.

[5]) Въ высшей степени спорно, можетъ ли цессіонарій воспользоваться относительно *„переданнаго“* ему требованія тѣми привилегіями, которыя даются для *его „собственныхъ“* требованій, въ силу *его личнаго положенія?* Можетъ ли, напр., опекаемый или подвластный пользоваться принадлежащими ему въ конкурсѣ надъ имуществомъ опекуна или отца привилегіями противъ послѣднихъ также и въ отношеніи уступленныхъ требованій? Казалось бы, можно отвѣтить утвердительно, такъ какъ уступленное требованіе *перешло* въ имущество цессіонарія и стало теперь его собственнымъ требованіемъ. Но это чисто формальное основаніе мало убѣдительно. Вслѣдствіе цессіи, положеніе debitor cessus не должно существеннымъ образомъ ухудшаться, а положеніе вѣрителя улучшаться. Все это говоритъ за то, что на данный вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно. См. Windscheid, т. 2, § 332, прим. 12.

[6]) Windscheid, т. 2, § 332, прим. 2, выставляетъ, какъ принципъ, слѣдующее положеніе: возраженія, направленныя не столько *„противъ самаго требованія“*, сколько *„противъ опредѣленной личности даннаго вѣрителя“*, прекращаются съ перемѣной вѣрителя. Противъ этого можно возразить слѣдующее. Въ данномъ случаѣ важно не то, идетъ ли дѣло о такихъ возраженіяхъ, которыя не распространяются на *наслѣдниковъ* вѣрителя, а настолько ли они личнаго свойства, что не могутъ уже имѣть силы противъ *цессіонарія?* Но ничѣмъ не доказано, что возраженія такого рода вообще существуютъ. Что exceptio doli, хотя она направлена и in personam, отъ лица цедента можетъ быть выставлена также противъ цессіонарія, въ этомъ въ настоящее время никто не сомнѣвается. Главнымъ образомъ, указываютъ на exceptio beneficii competentiae. Она, дѣйствительно, была „personae cohaerens“ и поэтому принадлежала только самому должнику, но не его поручителямъ, l. 7. D. de exceptionibus. 44. 1; однако, нигдѣ не сказано, что она является „in personam“ и въ томъ смыслѣ, что не можетъ имѣть силы противъ цессіонарія, если была обоснована противъ цедента. Съ этимъ нельзя согласиться и по внутреннимъ причинамъ. Вѣдь, въ сущности, нѣтъ никакой разницы, взы-

www.naukaprava.ru

шенію къ цессіонарію, призналъ свой долгъ, какъ вполнѣ дѣйствительный, то онъ, согласно правильному взгляду, уже не можетъ воспользоваться тѣми возраженіями, которыя принадлежали ему противъ цедента лично [7]).

Затѣмъ, debitor cessus можетъ пріобрѣтать право на всякаго рода возраженія, обоснованныя въ лицѣ цессіонарія [8]).

4. Необходимо обезпечить должника — debitor cessus — отъ возможности быть вынужденнымъ платить по одному и тому же обязательству два раза. Такая опасность грозитъ ему въ томъ случаѣ, если первоначальный вѣритель не признаетъ мнимой цессіи и требуетъ уплаты вторично, послѣ того какъ должникъ уже уплатилъ свой долгъ сполна (добровольно или же по вступившему въ законную силу судебному рѣшенію) лицу, выступающему въ качествѣ цессіонарія. Для предотвращенія такихъ случаевъ, должникъ, прежде чѣмъ платить, можетъ потребовать отъ цессіонарія *выдачи документа о цессіи* или иныхъ доказательствъ цессіи: это обезпечиваетъ ему возможность, въ случаѣ процесса съ первоначальнымъ вѣрителемъ, въ свою очередь, представить доказательство того, что цессія состоялась. Если цессіонарій не въ состояніи этого сдѣлать, то онъ можетъ требовать только передачи предмета обязательства въ судъ; исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если онъ представитъ должнику реальное обезпеченіе на случай возможности какихъ-либо притязаній со стороны цедента [9]).

Если на одно и то же требованіе выступаетъ нѣсколько претендентовъ, то должникъ можетъ внести сумму долга въ судъ, предоставивъ имъ разобраться между собою [10]).

скиваетъ ли вѣритель свой долгъ съ должника непосредственно, или же окольнымъ путемъ, посредствомъ цессіи. Далѣе, указываютъ на договоръ объ отсрочкѣ. Однако, соглашеніе, посредствомъ котораго вѣритель за себя лично отказывается отъ осуществленія требованія, сохраняя это право для своихъ наслѣдниковъ—l. 57, § 1. D. de pactis. 2. 14, несомнѣнно, можетъ быть противопоставлено цессіонарію вѣрителя, пока послѣдній находится въ живыхъ; это соотвѣтствуетъ предполагаемымъ намѣреніямъ вѣрителя при разрѣшеніи отсрочки. Но такое соглашеніе, въ силу котораго вѣритель, отказываясь за себя лично отъ осуществленія права требованія, сохраняетъ это право для своего будущаго цессіонарія, едва ли можетъ вообще имѣть мѣсто; для должника подобное обѣщаніе не имѣло бы почти никакой цѣны. Ради этого чрезвычайно рѣдкаго случая врядъ ли стоитъ признавать установленное Виндшейдомъ различіе. Поэтому, вполнѣ основательно утвержденіе многихъ новѣйшихъ ученыхъ, что всѣ вообще возраженія, возникшія противъ цедента до увѣдомленія должника о цессіи, сохраняютъ свою силу и противъ цессіонарія; см. Francke въ Archiv für civ. Praxis, т. 16, статья 15, Vangerow, т. 3, § 575, прим. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, вмѣсто denuntiatio, выдвигаетъ *знаніе* должника о состоявшейся цессіи; ср. § 407.

[7]) Признаніе должникомъ *самаго требованія*, т. е. не простое признаніе *акта цессіи*, даетъ всему обязательству новое основаніе. См. Glück, т. 16, стр. 426. Иного взгляда Mühlenbruch, § 50. Если признаніе произошло по ошибкѣ, и если при этомъ въ основаніи цессіи лежитъ titulus onerosus, то должникъ arg. l. 12. D. de novationibus. 46. 2 можетъ предъявить condictio противъ цедента, обогатившагося sine causa; противъ цессіонарія онъ никакихъ притязаній не имѣетъ.

[8]) Для должника не возникаетъ никакихъ возраженій изъ соглашенія между *цедентомъ и цессіонаріемъ* о способѣ взысканія по требованію, уступленному *безусловно*, въ частности, при такъ наз. cessio in securitatem, R. G. E., т. 24, стр. 162.

[9]) См., главнымъ образомъ, Bähr, loc. cit., стр. 445; l. 11, § 21. D. de leg. III. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 410; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 135, стр. 305.

[10]) С. Р. О., § 75.

§ 52. Правоотношенія между цессіонаріемъ и цедентомъ.

Обыкновенно между *цессіонаріемъ* и *цедентомъ* устанавливаются взаимныя притязанія. Они вытекаютъ не столько изъ самой цессіи, сколько изъ ея *правового основанія*. Послѣднее опредѣляетъ поэтому ихъ содержаніе и объемъ. Но все же встрѣчаются извѣстныя обязанности, которыя сопутствуютъ всякой цессіи, такъ какъ вытекаютъ изъ самой природы передаточной сдѣлки.

1. Цедентъ во всякомъ случаѣ обязанъ вознаградить цессіонарія, если онъ *послѣ цессіи* приметъ уплату или какъ-нибудь иначе распорядится требованіемъ во вредъ цессіонарію, пользуясь формальнымъ правомочіемъ вѣрителя [1]).

2. Далѣе, цедентъ долженъ оказать цессіонарію *обычное въ гражданскомъ оборотѣ содѣйствіе* для реализаціи обязательства; въ силу этого, по требованію цессіонарія, онъ обязанъ *составить письменный документъ о цессіи* [2]) и сдѣлать доступными для цессіонарія всѣ средства доказательства самаго требованія.

3. Онъ долженъ передать цессіонарію средства обезпеченія уступленнаго требованія, напр., выдать ему заложенную движимость, поскольку этимъ не нарушается его обязанность передъ залогодателемъ.

4. *Продавцы* требованій отвѣчаютъ за *дѣйствительность* послѣднихъ—nomen verum esse, т. е. за то, что эти требованія сами по себѣ юридически обоснованы и не являются, вслѣдствіе exceptiones peremptoriae или dilatoriae, которыя не были извѣстны покупателю при пріобрѣтеніи, вообще или временно неосуществимыми.

Напротивъ, за *фактическую осуществимость* требованія — nomen bonum esse—они, помимо особаго соглашенія, не отвѣчаютъ. Въ случаѣ такого соглашенія, продавецъ отвѣтственъ только въ томъ предположеніи, что покупатель приступитъ ко взысканію немедленно послѣ цессіи или по наступленіи срока обязательства и будетъ продолжать его безъ всякаго перерыва [3]) [4]).

---

[1]) l. 23, § 1. D. de her. vel act. vend. 18. 4. Hermogenianus libro 2 juris epitomarum: Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur. Очевидно, что все, полученное цедентомъ послѣ цессіи, безъ различія ея основанія, должно быть возмѣщено цессіонарію,—въ крайнемъ случаѣ, на основаніи правилъ о неправомѣрномъ обогащеніи изъ чужого актива.

[2]) Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 402 и 403. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 142, стр. 324. Ср. Bähr, loc. cit., стр. 481: „Само собою разумѣется, что всѣ издержки по составленію документа о цессіи ложатся на цессіонарія, если только нѣтъ особыхъ основаній для признанія противнаго". См. также гражд. улож. для герм. имперіи, § 403 въ концѣ.

[3]) l. 4. D. de her. vel act. vend. 18. 4. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit; l. 5. D. eod. Paulus libro 33 ad edictum: et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris; l. 74, § 3. D. de evictionibus. 21. 2. Съ этимъ согласно и гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 437 и 438: Если продавецъ требованія принялъ на себя отвѣтственность за состоятельность должника, то in dubio отвѣтственность эта

www.naukaprava.ru

Сказанное о продажѣ требованія относится и ко всѣмъ остальнымъ способамъ возмезднаго отчужденія.

Подарившій требованіе отвѣчаетъ лишь въ случаѣ dolus [5]). Такія же послѣдствія имѣетъ цессія, совершенная въ порядкѣ принудительнаго исполненія, а также и законная цессія.

II. Принятіе на себя чужого долга [1]).

§ 53. Понятіе и послѣдствія принятія на себя чужого долга.

Принятіемъ долга называется обыкновенно вступленіе новаго должника въ обязательство, которое въ остальныхъ отношеніяхъ продолжаетъ существовать попрежнему. Это вступленіе можетъ быть или *привативнымъ*, если новый должникъ становится *на мѣсто прежняго*,—или же *кумулятивнымъ*, если онъ обязывается *вмѣстѣ и наряду* съ послѣднимъ. Обыкновенно подъ принятіемъ долга разумѣется принятіе привативное. Оно является *преемствомъ*: требованіе остается въ прежнемъ видѣ, мѣняется лишь должникъ. Искъ предъявляется изъ первоначальной сдѣлки, принятіе долга устанавливаетъ только личность отвѣтчика.

Принятіе долга можетъ произойти:

а) посредствомъ договора между *лицомъ, принимающимъ на себя долгъ*, и *вѣрителемъ*.

b) Больше затрудненій представляетъ тотъ случай, когда соглашеніе о принятіи происходитъ только между *первоначальнымъ* и *новымъ должникомъ*.

Подобный договоръ обязываетъ принимающаго на себя долгъ передъ *контрагентомъ* — достигнуть его освобожденія. Но пріобрѣ-

---

пріурочивается только ко времени *уступки* требованія. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 182, стр. 45.

[4]) Спрашивается, что именно долженъ возмѣстить продавецъ, если проданное требованіе вообще не существуетъ или же существуетъ, но не въ указанномъ имъ объемѣ? Какъ доказываютъ и R. G. E., т. 8, стр. 109, онъ обязанъ возмѣстить добросовѣстному покупателю весь его интересъ, безъ различія, вовсе ли никогда не существовало это требованіе, или оно прекратилось ipso jure, напр., вслѣдствіе уплаты, или же, наконецъ, оно обезсилено эксцепціей. Продающій требованіе удостовѣряетъ его существованіе и долженъ отвѣчать за вѣрность такого удостовѣренія, а слѣдовательно, и за тотъ ущербъ, который постигъ покупателя отъ того, что тотъ повѣрилъ заявленію продавца, которое не соотвѣтствовало дѣйствительному положенію дѣла. Впрочемъ, размѣръ интереса отнюдь не всегда совпадаетъ съ указанной продавцомъ номинальной стоимостью требованія и также не всегда соотвѣтствуетъ уплаченной покупателемъ суммѣ. Смотря по обстоятельствамъ, онъ можетъ быть весьма различенъ. Литература по этому вопросу сопоставлена въ R. G. E., т. 8, стр. 110. § 440 гражд. улож. для герман. имперіи ссылается на §§ 320—327, трактующіе о двустороннемъ договорѣ, и, благодаря этому, оставляетъ вопросъ безъ яснаго разрѣшенія. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 181, стр. 42.

[5]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 523.

[1]) Delbrück: Die Uebernahme fremder Schulden, 1853, и объ этомъ сочиненіи Hinrichs въ Kieler allgemeine Monatschrift, за 1853 г., стр. 685; Gürgens въ Jherings Jahrb., т. 8, статья 8; Regelsberger въ Endemanns Handbuch des Handelsr., т. 2, стр. 532, и въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 24; Bähr, тамъ же, стр. 176; Unger: Schuldübernahme, 1889; Adler въ Archiv für bürgerliches Recht, т. 3, стр. 1; Blume: Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895, стр. 39 и слѣд.; Kipp въ Jherings Jahrb., т. 36, стр. 336; ср., кромѣ того, писателей, указанныхъ у Blume въ Jherings Jahrb., т. 39, стр. 390.

таетъ ли и *вѣритель* право требованія противъ новаго должника, если онъ не участвовалъ при заключеніи договора и не былъ даже приглашенъ присоединиться къ нему впослѣдствіи [2])?

Такое право возникаетъ въ томъ случаѣ, когда принятіе долга *составляетъ часть сдѣлки, доставляющей новому должнику, вмѣстѣ съ тѣмъ, и тѣ цѣнности, изъ которыхъ онъ, по правиламъ оборота, главнымъ образомъ, долженъ уплатить принятый долгъ;* въ частности, когда къ нему переходитъ имущество, къ которому относятся принятыя имъ на себя обязательства [3]), или же, если онъ пріобрѣтаетъ заложенную вещь и вмѣстѣ съ тѣмъ беретъ на себя личное обязательство, которое она обезпечиваетъ [4]). Правда, и въ этихъ случаяхъ вѣритель сохраняетъ свое первоначальное право требованія къ прежнему должнику. Но онъ отказывается отъ него, если осуществляетъ противъ вступившаго въ долгъ права, вытекающія изъ новаго соглашенія, въ частности, предъявляетъ къ нему искъ, при условіи, что принятіе было приватившое. Пользуясь выгодами, которыя вытекаютъ для него изъ вступленія новаго должника въ обязательство, онъ тѣмъ самымъ соглашается на сдѣлку, такъ какъ не можетъ разбить ея на части [5]) [6]).

Все это зависитъ, однако, отъ того, что сдѣлка о вступленіи въ долгъ имѣетъ юридическую силу противъ того лица, съ которымъ она была заключена [7]).

---

[2]) По римскому праву, изъ соглашенія между первоначальнымъ должникомъ и лицомъ, вступающимъ въ долгъ, возникали только права должника на освобожденіе отъ долга, но отнюдь не права въ пользу вѣрителя по обязательству, которое переводится, l. 2. C. de her. vel act. vend. 4. 49. Antoninus: Ratio juris postulat, ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine... quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest Впрочемъ, если вѣритель предъявлялъ искъ противъ новаго должника и доводилъ дѣло, съ согласія послѣдняго, до litis contestatio, то первоначальный должникъ освобождался, l. 2. C. de pactis. 2. 3. Severus et Antoninus: Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

[3]) Главный случай—пріобрѣтеніе торговаго дѣла вмѣстѣ съ его фирмой, H. G. B., § 22. Ср. R. G. E., т. 2, стр. 55 и у Gruchot'a: Beiträge, т. 37, стр. 1148; но см. также Simon: Haftung des Uebernehmers für Handelsschulden въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 24, стр. 91.

[4]) R. G. E., т. 7, стр. 131; гражд. улож. для герман. имперіи, § 416; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 159, стр. 361.

[5]) Иного взгляда держался авторъ въ двухъ первыхъ изданіяхъ этого учебника; см. R. G. E., т. 19, стр. 253; противоположный выводъ въ другомъ рѣшеніи, т. 32, стр. 156; противъ этого Eck въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 294.

[6]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 415 ставитъ дѣйствительность принятія на себя чужого долга въ зависимость отъ согласія вѣрителя. Изъявленіе согласія можетъ послѣдовать только тогда, когда прежній или новый должникъ увѣдомятъ кредитора о переводѣ долга. До изъявленія согласія стороны имѣютъ право измѣнить или отмѣнить договоръ. См. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. 2, § 156, стр. 356.

[7]) Споренъ вопросъ, зависятъ ли права вѣрителя отъ дѣйствительности договора между первоначальнымъ и новымъ должникомъ? Regelsberger, loc. cit., полагаетъ, что ничтожность этого договора лишаетъ право вѣрителя всякой почвы, между тѣмъ какъ одна только его оспоримость этихъ послѣдствій не имѣетъ; такимъ образомъ, напр., exceptio doli или non adimpleti contractus кредитору вредить не могутъ. Однако, это едва ли соотвѣтствуетъ тому намѣренію, съ которымъ совершается вступленіе въ долгъ. Я покупаю новый домъ и принимаю на себя лежащія на немъ ипотеки; домъ переводится на мое имя, но вскорѣ обрушивается вслѣдствіе плохой стройки. Обязанъ ли я лично

www.naukaprava.ru

Новый должникъ принимаетъ долгъ въ такомъ состояніи, въ какомъ онъ находился во время заключенія договора о принятіи. Поэтому онъ можетъ, по общему правилу, выставить противъ вѣрителя всѣ тѣ возраженія, которыя принадлежали первоначальному должнику къ моменту принятія долга [8]) [9]). Но вступленіе въ долгъ можетъ произойти и съ такимъ условіемъ, что вступающій отказывается отъ всѣхъ возраженій [10]).

РАЗДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Прекращеніе обязательствъ.

§ 54. Основанія прекращенія обязательствъ вообще. Acceptilatio [1]).

Назначеніе обязательствъ состоитъ въ томъ, чтобы рано или поздно прекратиться вслѣдствіе исполненія — платежа. Но они могутъ прекращаться и посредствомъ суррогатовъ исполненія; это происходитъ или по волѣ вѣрителя, напр., посредствомъ datio in solutum, новаціи, или помимо его воли, путемъ компенсаціи. Независимо отъ этого, существуетъ еще много другихъ основаній, погашающихъ обязательство, напр., отреченіе вѣрителя отъ своего права требованія, confusio, невозможность исполненія [2]).

Нѣкоторыя основанія прекращаютъ обязательство *непосредственно;* здѣсь употребляютъ преимущественно терминъ „погашеніе ipso jure", встрѣчающійся, впрочемъ, во многихъ различныхъ значеніяхъ. Другія имѣютъ своимъ слѣдствіемъ лишь возникно-

---

къ уплатѣ по обезпеченнымъ залогомъ этого дома обязательствамъ, хотя бы и возвратилъ домъ продавцу? Еще дальше Regelsberger'a идетъ Gürgens, loc. cit., стр. 283. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 417, п. 2 опредѣляетъ: Лицо, принявшее на себя долгъ, не можетъ дѣлать возраженій кредитору, ссылаясь на правоотношеніе между нимъ и первоначальнымъ должникомъ, лежащее въ основаніи *принятія долга*. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 157, стр. 358.

[8]) Исключеніе признается при exceptiones personae cohaerentes. Относительно beneficium competentiae оно должно быть допущено потому, что эта льгота имѣетъ чисто личную связь съ должникомъ, которому должно быть оставлено все, необходимое для поддержанія его существованія.

[9]) И по гражд. улож. для герман. имперіи, § 417, п. 1, лицо, принявшее на себя долгъ, можетъ предъявлять противъ кредитора возраженія, принадлежащія прежнему должнику. Оно не можетъ, однако, предъявить къ зачету требованіе прежняго должника.

[10]) Привилегіи и установленныя должникомъ залоговыя права остаются въ силѣ. Не прекращаются также и притязанія противъ поручителей, вступившихъ въ обязательство въ качествѣ „самостоятельныхъ должниковъ" и лишенныхъ поэтому права требовать предварительнаго предъявленія иска къ главному должнику. Конечно, такіе поручители, въ случаѣ принужденія ихъ къ уплатѣ, сохраняютъ регрессный искъ противъ первоначальнаго должника, за котораго они поручились. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 418, наоборотъ, права противъ поручителей, залоговыя права и конкурсныя привилегіи считаются погашенными.

[1]) Въ обширномъ смыслѣ слова всякое прекращеніе обязательства называется „solutio", т. е. освобожденіе—liberatio—должника, l. 54. D. de solutionibus. 46. 3; въ болѣе тѣсномъ смыслѣ подъ solutio подразумѣвается только „исполненіе" обязательства, l. 176. D. de V. S. 50. 16.

[2]) См. Hartmann: Obligation, стр. 62.

веніе *exceptiones peremptoriae*, и только выставленіе этихъ exceptiones производитъ полное прекращеніе обязательства [3]).

Наряду со спеціальными основаніями погашенія обязательствъ, римское право знало еще чисто *абстрактное заявленіе* вѣрителя *о погашеніи его требованія;* оно прекращало обязательство, при чемъ основанія подобнаго заявленія не принимались въ соображеніе.

Это была такъ наз. *acceptilatio* [4]), т. е. формальная сдѣлка, при заключеніи которой должникъ предлагалъ вѣрителю вопросъ „quod ego tibi promisi, habesne acceptum?“, а вѣритель утвердительно отвѣчалъ „habeo“ [5]) [6]). Цѣль acceptilatio состояла въ окончательномъ прекращеніи обязательственной связи; поэтому она не допускала никакихъ условій и другихъ ограниченій [7]). По возможности, старались обезпечить ее и противъ оспариванія [8]).

Acceptilatio, какъ погашеніе „verbis“, имѣла силу только при обязательствахъ, которыя были заключены „verbis“, т. е. при стипуляціяхъ [9]), согласно древне-римскому правилу, что форма уничтоженія сдѣлки должна соотвѣтствовать формѣ ея возникновенія [10]). Впрочемъ, возможно было превращеніе всякаго рода обязательствъ въ obligationes verbales посредствомъ новаціи и затѣмъ погашеніе ихъ путемъ acceptilatio. Такимъ образомъ, посредствомъ acceptilatio можно было упразднить всѣ притязанія, на какомъ бы основаніи они ни были заявлены, новируя ихъ по формулѣ, составленной Аквиліемъ

---

[3]) l. 112. D. de R. J. 50. 17. Paulus libro 8 ad edictum: Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur; l. 66. D. eod.; l. 20, § 3. D. de liberali causa. 40. 12; l. 55. D. de V. S. 50. 16.

[4]) Относительно acceptilatio см. Baron: Gesamtrechtsverhältnisse, стр. 309; Fitting: Korrealobligationen, § 8; Erman: Zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsacte, 1883.

[5]) § 1. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29. Другія формулы и цитаты см. у Erman'a, loc. cit., стр. 32.

[6]) Baron, loc. cit., справедливо указываетъ на абстрактный характеръ acceptilatio. Она съ равнымъ успѣхомъ допускалась послѣ полнаго платежа по обязательству, какъ и въ случаѣ намѣренія простить долгъ безъ удовлетворенія, а также и послѣ принятія частичной уплаты, l. 19, § 1. D. de acceptilatione. 46. 4. Поэтому, нельзя отождествлять acceptilatio съ соглашеніемъ о прощеніи долга, какъ это дѣлаетъ, между прочимъ, Arndts, § 267, прим. 1; см. ниже, § 65.

[7]) l. 4, l. 5. D. de acceptilatione. 46. 4.

[8]) Въ l. 2 и l. 3. C. de acceptilationibus. 8. 43 Діоклетіанъ и Максиміанъ указываютъ на то, что послѣ acceptilatio „ei, qui ex nulla causa restitui potest, omnis agendi via praecluditur“. Впрочемъ, если acceptilatio произошла съ оговоркой, въ ожиданіи извѣстнаго будущаго событія, а послѣднее не совершилось, то допускалась condictio, l. 4, l. 10. D. de condict. causa data causa non secuta. 12. 4; l. 9. D. de praescriptis verbis. 19. 5.

[9]) l. 19, pr. D. de acceptilatione. 46. 4.

[10]) l. 80. D. de solutionibus. 46. 3. Pomponius libro 4 ad Quintum Mucium: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet; ср. цитаты у Erman'a, loc. cit., стр. 50. См. также Leist: Ueber die Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsacte, 1876. Согласно этому, въ древнемъ правѣ долги, заключенные въ формѣ nexum, а также подобные имъ, подлежавшіе непосредственному взысканію, безъ предварительнаго судебнаго разбирательства, погашались особымъ актомъ „solutio per aes et libram“; далѣе, obligationes litteris contractae погашались письменными акцептиляціями, obligationes verbis contractae — словесными. Наконецъ, консенсуальные контракты могли быть отмѣнены посредствомъ contrarius consensus, пока никто изъ участниковъ не приступилъ еще къ исполненію. Gajus, Inst., III, § 169; § 4. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29. Впрочемъ, по преторскому праву, неформальное pactum de non petendo должника съ вѣрителемъ при всякаго рода обязательствахъ порождало exceptio.

www.naukaprava.ru

Галломъ — stipulatio Aquiliana — и погашая затѣмъ черезъ acceptilatio [11]).

Acceptilatio считалась „воображаемой уплатой“ [12]); по отношенію къ вѣрителю должникъ занималъ такое же положеніе, какъ если бы онъ уплатилъ ему. Но совершенно приравнять acceptilatio къ уплатѣ всетаки было невозможно [13]).

Въ обще-германскомъ правѣ форма acceptilatio не привилась, но она отчасти была замѣнена *квитанціями*.

Въ современномъ оборотѣ квитанціи отнюдь не составляютъ простого средства доказательства *уплаты* [14]). Обыкновенно онѣ имѣютъ мѣсто и при другого рода прекращеніи обязательствъ, въ частности также при сложеніи долга. Онѣ представляютъ собою, такимъ образомъ, *признаніе вѣрителя, что должникъ освободился отъ обязательства* [15]). Слѣдовательно, для уничтоженія силы квитанціи, вѣрителю не достаточно привести доказательство того, что долгъ не былъ уплаченъ (напр., предложеніемъ должнику принять присягу по данному вопросу). Наоборотъ, *это* доказательство можетъ лишить квитанцію силы только въ томъ случаѣ, если установлено, что она была выдана *въ виду предполагаемой уплаты* [16]) [17]).

I. Платежъ, конкурсъ, beneficium competentiae.

§ 55. Платежъ [1]).

И цѣлью, и нормальнымъ способомъ прекращенія обязательствъ является ихъ *исполненіе*, т. е. *предоставленіе объекта долга*.

---

[11]) Формула встрѣчается въ l. 18, § 1. D. de acceptilatione. 46. 4; § 2. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29.

[12]) Gajus, Inst., III, § 169 называетъ acceptilatio „imaginaria solutio“; ср. § 1. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29.

[13]) О сходствѣ acceptilatio съ уплатой см. Erman, loc. cit., стр. 67.

[14]) Въ Римѣ квитанціи—apochae, securitates—имѣли значеніе лишь удостовѣренія въ принятіи платежа, l. 19, § 1. D. de acceptilatione. 46. 4; ср., однако, Frese въ Savigny—Zeitschr., т. 18, стр. 250. По постановленію Юстиніана, l. 14. C. de non numerata pecunia. 4. 30, квитанціи получаютъ силу доказательства только послѣ того, какъ не будутъ оспорены въ теченіе 30 дней съ момента ихъ выдачи. Закономъ о введеніи С. Р. О., § 17, это правило было отмѣнено.

[15]) Bähr: Anerkennung, стр. 255; Urteile des R. G., стр. 27; Brinz, т. 2, стр. 291, прим. 9. См., впрочемъ, Arndts, § 267, прим. 1 въ концѣ и приведенныхъ тамъ авторовъ. Основательный обзоръ различныхъ мнѣній мы находимъ у Dilloo: Die Quittung, Berliner Diss., 1895. О квитанціяхъ по гражд. улож. для герм. имперіи см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 115, стр. 257.

[16]) Равнымъ образомъ, возвращеніе долговой росписки должнику, а также умышленное уничтоженіе или прочеркиваніе документа вызываютъ предположеніе объ „освобожденіи“ должника вообще, но отнюдь не объ уплатѣ или другомъ какомъ-либо спеціальномъ видѣ погашенія долга. См. l. 24. D. de probationibus. 22. 3; l. 14, l. 15. C. de solutionibus. 8. 42. См., однако, R. G. E., т. 14, стр. 242.

[17]) По общему правилу, квитанція служитъ доказательствомъ погашенія долга лишь въ томъ случаѣ, если она была выдана должнику. Но должникъ, въ рукахъ котораго она находится, отнюдь не обязанъ доказывать эту выдачу; напротивъ, дѣло вѣрителя установить, что квитанція попала къ должнику помимо его, вѣрителя, воли, если онъ это утверждаетъ. Вѣдь по обыкновенному ходу вещей этого нельзя предполагать.

[1]) Tit. D. de solutionibus. 46. 3; Cod. de solutionibus. 8. 42. См. Gruchot: Die Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871; Römer: Beiträge zur Lehre von der Erfüllung der Obligationen, юбилейный трудъ Römer-a и Meibom-a по случаю празднованія 400-лѣтія

Правильное съ научной точки зрѣнія, но нѣсколько отвлеченное выраженіе „исполненіе“ рѣдко встрѣчается въ жизни. Въ частности, *при денежныхъ долгахъ*, говорятъ обыкновенно о „*платежѣ*“ или „*уплатѣ*“ [2]). Поэтому, при научномъ изложеніи даннаго вопроса, наряду съ техническимъ терминомъ „исполненіе“, неизбѣжно приходится употреблять и выраженіе обыденной терминологіи—платежъ.

Исполненіе — дѣло должника. Нерѣдко онъ можетъ произвести его *односторонне*, напр., совершая извѣстное дѣйствіе по порученію. Но въ большинствѣ случаевъ для этого необходимо *принятіе* исполненія вѣрителемъ, т. е. содѣйствіе послѣдняго.

Правильное исполненіе предполагаетъ:

1. Предоставленіе объекта долга *съ цѣлью погасить послѣдній* [3]). *Ничего другого*, кромѣ объекта долга, вѣритель *принимать не обязанъ* [4]). Поэтому, *неденежное обязательство* нельзя погасить предложеніемъ его *денежной стоимости*, если вѣритель добровольно не согласится принять ее.

Если предметомъ долга является вещь, то одной простой передачи ея недостаточно; вѣритель можетъ, по общему правилу, сверхъ того, требовать предоставленія ему неограниченнаго и неподлежащаго отмѣнѣ права собственности и, не получивъ этого, имѣетъ притязанія къ должнику о возмѣщеніи своего ущерба [5]).

Но нѣтъ необходимости, чтобы вѣритель пріобрѣлъ право собственности *непосредственно* путемъ уплаты; вполнѣ достаточно, чтобы это право досталось ему *вслѣдствіе уплаты*. Поэтому, должникъ, уплатившій деньгами третьяго лица, освобождается отъ своей обязанности, если вѣритель, не зная объ этомъ, смѣшалъ ихъ со своими; ибо, вслѣдствіе уплаты, деньги перешли къ нему безповоротно [6]).

Къ *исполненію по частямъ* должникъ управомоченъ только въ томъ случаѣ, если это было заранѣе предусмотрѣно договоромъ;

существованія Тюбингенскаго унив., 1877; Cohn въ Endemanns Handbuch, т. 3, стр. 998, стр. 1003; Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 529.

[2]) Платежъ можетъ преслѣдовать различныя цѣли; въ данномъ случаѣ дѣло идетъ о платежѣ, погашающемъ долгъ; Unger, loc. cit., стр. 532.

[3]) Поэтому, должникъ, ссылающійся для своего освобожденія на денежный платежъ, обязанъ доказать не только фактъ платежа, но и то, что послѣдній былъ произведенъ съ цѣлью погашенія долга. R. O. H. G. E., т. 18, стр. 260.

[4]) l. 2, § 1. D. de reb. cred. 12. 1: „aliud pro alio invito creditori solvi non potest“.

[5]) l. 45, § 1. D. de leg. I; l. 27. D. h. t. 46. 3; l. 20, l. 38, § 3, l. 98. D. eod. Обыкновенно учатъ, что, если при obligatio generis вѣритель не получитъ права собственности или же права неограниченной собственности, то онъ можетъ требовать предоставленія ему *другой вещи* того же рода и качества; однако, Windscheid—т. 2, § 342, прим. 6*a*—прибавляетъ еще, что вѣритель можетъ требовать и возмѣщенія интереса, который онъ имѣетъ въ предоставленіи ему права собственности на данную вещь. По нашему мнѣнію, нужно идти еще дальше. Разъ исполненіе послѣдовало и было принято, то *новаго исполненія* требовать уже *нельзя*: оно произошло разъ навсегда. Правда, должникъ этимъ еще не освобожденъ: съ формальной точки зрѣнія, искъ въ Римѣ все еще долженъ былъ быть направленъ на „dare oportere“; но въ матеріальномъ отношеніи этотъ искъ теперь уже имѣетъ своей цѣлью денежное вознагражденіе вслѣдствіе недостаточнаго исполненія. l. 38, § 3, l. 72, § 5. D. h. t. 46. 3, l. 29, § 3. D. de leg. III вполнѣ примиримы съ подобнымъ взглядомъ.

[6]) l. 19, § 1. D. de reb. cred. 12. 1; l. 14, § 8, l. 17. D. h. t. 46. 3; l. 60. D. eod.

www.naukaprava.ru

помимо этого, вѣритель всегда въ правѣ отклонить такое исполненіе [7]). Но въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ оно всетаки допускается [8]).

2. Обыкновенно не только должникъ, но и всякое третье лицо можетъ произвести исполненіе и погасить долгъ [9]) [10]). Часто третьи лица совершаютъ уплату по порученію должника [11]). Но это можетъ произойти и безъ вѣдома должника и даже противъ его воли [12]).

Вѣритель можетъ настаивать на *личномъ исполненіи* самимъ должникомъ въ томъ случаѣ, когда предметомъ обязательства явля-

---

[7]) l. 41, § 1. D. de usuris. 22. 1. Modestinus libro 3 responsorum: Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat obsignavit: quaero, an Titius pecuniae quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere, non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit. То же правило примѣняется и при неденежныхъ обязательствахъ, напр., относительно доставки купленнаго товара. По поводу этого принципа см., впрочемъ, Brinz, т. 2, стр. 290, прим. 31. Исключеніе дѣлаетъ l. 21. D. de reb. cred. 12. 1. Julianus libro 48 Digestorum: Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere. Итакъ, въ силу требованій справедливости, преторъ долженъ былъ отказать—denegare—въ искѣ, направленномъ на исполненіе всего обязательства, и допустить искъ только на спорную часть. Такъ какъ въ наше время судебное разрѣшеніе или запрещеніе исковъ не имѣетъ мѣста, то это правило болѣе не примѣнимо. Несмотря на это, многіе утверждаютъ, что теперь, если отъ должника требуютъ исполненія всего долга, и онъ соглашается на представленіе части, оспаривая другую часть, то въ такомъ случаѣ вѣритель по закону обязанъ принять частичную уплату. Mommsen: Beiträge. т. 3, стр. 148; Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 176. Но это правило значительно разнится съ римскимъ принципомъ и не находитъ себѣ внутренняго оправданія. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 266, опредѣляетъ: Должникъ не имѣетъ права чинить удовлетвореніе по частямъ.

[8]) Въ силу beneficium divisionis, нѣсколько сопоручителей управомочены платить долгъ каждый въ своей части. Точно такъ же и при конкурсѣ вѣрители обязаны принимать частичную уплату. Наконецъ, по ст. 38 германскаго вексельнаго устава, акцептантъ векселя въ правѣ платить по частямъ. Впрочемъ, такія уплаты по частямъ обнаруживаютъ послѣдствія настоящей уплаты только съ момента окончательнаго погашенія всего долга. Объ этомъ см. Goldschmidt въ Jherings Jahrb., т. 26, стр. 379.

[9]) Oertmann: Die Zahlung fremder Schulden въ Archiv für civ. Praxis, т. 82, стр. 367. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 267.

[10]) Конечно, долгъ не погашается, если третье лицо имѣетъ право требовать возвращенія уплаченнаго, въ частности, въ томъ случаѣ, если оно уплатило, ошибочно считая себя должникомъ, l. 38, § 2. D. h. t. 46. 3; ср. l. 31, § 1. D. de her. pet. 5. 3. Francke: Kommentar zum Titel de hereditatis petitione, стр. 322; Windscheid, т. 2 § 342, прим. 22; Ruhstrat въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 417; Oertmann, loc. cit., стр. 457.

[11]) Нерѣдко вѣритель принимаетъ отъ своего должника переводы или векселя *вмѣсто уплаты*, расчитывая, такимъ образомъ, получить настоящую сумму долга отъ третьяго лица. Этимъ онъ молчаливо обязывается къ немедленному и тщательному взысканію по обязательству и отказывается отъ востребованія долга съ самого должника до тѣхъ поръ, пока не попытается раньше добиться исполненія отъ третьяго лица. Съ своей стороны, должникъ ручается за то, что этимъ путемъ вѣритель достигнетъ удовлетворенія, и отвѣчаетъ за тотъ ущербъ, которому можетъ подвергнуться вѣритель вслѣдствіе тщетной попытки получить долгъ съ третьяго лица. Въ современномъ оборотѣ особенно важное значеніе пріобрѣлъ *чекъ*, т. е. *ассигновка на текущій счетъ, который ассигнующій имѣетъ у банкира*, сдѣланная въ особой формѣ чека. Главная цѣль чековъ—погашеніе долговъ; но они служатъ также къ полученію денегъ для самыхъ разнообразныхъ цѣлей. Относительно чека см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 239, стр. 217, и приведенныхъ тамъ авторовъ. См. также ниже, § 119, прим. 13.

[12]) l. 38. D. de neg. gest. 3. 5. Gajus libro 3 de verb. obl.: Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum, l. 23, l. 40, l. 53. D. h. t. 46. 3. См., впрочемъ, выше, § 43, прим. 6.

ются такія дѣйствія, при которыхъ, по особому соглашенію сторонъ или по воззрѣніямъ, принятымъ въ гражданскомъ оборотѣ, личныя качества должника имѣютъ особое значеніе: таковъ, напр., случай написанія портрета, договоръ о преподаваніи, наемъ прислуги [13]).

3. Исполненіе должно быть произведено *вѣрителю* [14]). Но лично принять исполненіе онъ управомоченъ лишь въ томъ случаѣ, если имѣетъ право производить отчужденіе имущества [15]); точно такъ же на требованіе его не долженъ быть наложенъ и арестъ.

Вмѣсто вѣрителя, къ принятію уплаты управомочены слѣдующія лица [16]):

а) уполномоченные — такъ наз. incassomandatarii — и законные представители вѣрителя [17]);

---

[13]) По гражд. улож. для герман. имперіи, § 267, п. 2, кредиторъ можетъ отклонить исполненіе со стороны третьяго лица и въ томъ случаѣ, если должникъ противъ него возражаетъ.

[14]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 362. Если кто-нибудь, вслѣдствіе извинительнаго заблужденія, принимаетъ постороннее лицо за вѣрителя и производитъ ему уплату, то онъ этимъ не освобождается отъ своего долга. По отношенію къ настоящему вѣрителю такая уплата не имѣетъ никакого значенія. Но при такъ наз. „легитимаціонныхъ“ документахъ обусловливается, что должникъ имѣетъ право платить ихъ предъявителю, не подвергая провѣркѣ его дѣйствительное правомочіе. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 808.

[15]) Если вѣритель, получившій уплату въ то время, когда онъ не имѣлъ еще права на отчужденіе имущества, потребуетъ отъ должника вторичнаго исполненія, то ему можетъ быть противопоставлена exceptio doli, поскольку онъ еще обогащенъ произведенной уплатой въ моментъ предъявленія имъ иска. l. 4, § 4 D. de doli mali exc. 44. 4; l. 66. D. h. t. 46. 3.

[16]) Если предметъ исполненія, предоставленный лицу, которое само по себѣ не было управомочено къ принятію платежа, дойдетъ въ концѣ концовъ до вѣрителя, то этимъ должникъ освобождается отъ своего долга, l. 61. D. h. t. 46. 3. Paulus libro 5 ad Plautium: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio, ср. l. 28. D. h. t. 46. 3. Поэтому долгъ считается погашеннымъ, если принявшій уплату сдѣлается впослѣдствіи вѣрителемъ, l. 96, § 4. D. h. t., а также, если вѣритель сдѣлается наслѣдникомъ принявшаго уплату, l. 11, § 5. D. de pigneraticia act. 13. 7. См. гражд. улож. для герм. имперіи, § 185.—Споренъ вопросъ, освобождаетъ ли должника уплата, произведенная имъ кредитору своего кредитора, см. l. 6. D. de doli mali exc. 44. 4; Müller въ Archiv für civ. Praxis, т. 15, статья 12; Vangerow, т. 3, § 582, прим. 1 и приведенныхъ тамъ авторовъ. О непосредственномъ освобожденіи, по правильному взгляду, здѣсь не можетъ быть рѣчи, а только о посредственномъ, путемъ компенсаціи, въ томъ случаѣ, когда, въ силу уплаты кредитору своего кредитора, у должника возникаетъ противъ послѣдняго actio negotiorum gestorum или иной какой искъ. Относительно l. 11, § 5. D. de pigneraticia act. 13. 7 см. Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 306.

[17]) l. 12, pr. D. h. t. 46. 3. Для гражданскаго оборота имѣетъ важное значеніе вопросъ, кто уполномоченъ къ принятію уплаты? Согласно гражд. улож. для герм. имперіи, § 370, предъявитель платежной росписки считается уполномоченнымъ къ принятію платежа, поскольку извѣстныя плательщику обстоятельства не препятствуютъ подобному выводу. Иныя предположенія устанавливаетъ германское торговое уложеніе. Кто приставленъ къ лавкѣ, магазину или складу товаровъ, тотъ считается уполномоченнымъ къ принятію тѣхъ платежей, которые въ этихъ заведеніяхъ обыкновенно производятся, H. G. B., § 56. Приказчики, состоящіе на службѣ у купцовъ и разъѣзжающіе по дѣламъ послѣднихъ, въ правѣ получать деньги по заключеннымъ ими же сдѣлкамъ продажи, H. G. B., § 55. Наоборотъ, торговые агенты сами по себѣ еще не уполномочены къ принятію платежей для своего принципала, H. G. B., § 86. Одинаковую съ полномочіемъ силу имѣетъ *послѣдующее признаніе* кредиторомъ уплаты дѣйствительной, если ее приняло лицо, не имѣвшее полномочія. Уполномоченный на полученіе уплаты пріобрѣтаетъ право собственности на полученное непосредственно вѣрителю, а потому, въ случаѣ израсходованія на собственныя нужды, совершаетъ растрату. Впрочемъ, иногда, въ силу соглашенія или обычая, онъ можетъ являться только должникомъ довѣрителя въ извѣстной суммѣ денегъ. Unger, loc. cit. стр. 534.—Лицо, уплатившее прежнему уполномоченному, не зная объ уничтоженіи довѣренности, освобождается вслѣдствіе своего платежа, l. 12,

www.naukaprava.ru

b) *принимательъ уплаты, указанный въ самомъ договорѣ*— solutionis causa adjectus, которому должникъ въ правѣ платить на основаніи своего соглашенія съ вѣрителемъ [18]). Послѣдній обыкновенно не имѣетъ права лишить такое лицо его полномочія [19]). Но это допускается при такихъ перемѣнахъ обстоятельствъ, вслѣдствіе которыхъ уполномоченный явно не заслуживаетъ болѣе довѣрія [20]). Полномочіе solutionis causa adjectus'a не переходитъ на его наслѣдниковъ [21]).

4. Если, при наличности *нѣсколькихъ* однородныхъ *долговъ*, въ частности денежныхъ, произведенная должникомъ уплата *недостаточна для погашенія всѣхъ ихъ*, то возникаетъ вопросъ, какой именно долгъ этой уплатой погашается [22])? Здѣсь соблюдаются слѣдующія правила [23]):

a) Прежде всего, этотъ вопросъ разрѣшается *самимъ должникомъ при совершеніи уплаты*. Его намѣреніе не должно быть непремѣнно выражено прямо: оно можетъ быть установлено и внѣшними данными, напр., совпаденіемъ уплаченной суммы по размѣру съ однимъ изъ требованій.

Опредѣленіе должника имѣетъ рѣшающее значеніе, разъ вѣритель принялъ уплату, хотя бы послѣдній и заявилъ о своемъ желаніи засчитать эту уплату за другой долгъ [24]).

b) За отсутствіемъ опредѣленія должника, *вѣритель* можетъ, *при взносѣ уплаты*, предложить ему погашеніе извѣстнаго требо-

---

§ 2, l. 18, l. 32, l. 34, § 3, l. 35, l. 38, § 1, l. 51. D. h. t. 46. 3. По гражд. улож. для герм. имперіи это правило признается не безусловно.

[18]) Римская формула гласила: *„mihi aut Sejo* dare spondes?"—§ 4. I. de inut. stip. 3. 19. Такъ какъ въ пользу третьяго лица *нельзя было совершить стипуляцію*, то Sejus считался не вѣрителемъ, а лишь solutionis causa adjectus. См. Brandis въ Rheinisches Museum für Jurispr., т. 5, статья 11.

[19]) l. 106. D. h. t. 46. 3. Какъ остатокъ отъ древняго воззрѣнія, по которому въ litis contestatio заключалась новація требованія, въ источникахъ сохранилось правило, что послѣ совершенія litis contestatio между вѣрителемъ и должникомъ уплата solutionis causa adjecto больше не допускается, l. 57, § 1. D. h. t. 46. 3, l. 16, pr. D. de fidejussoribus. 46. 1.

[20]) l. 38, pr. D. h. t. 46. 3.

[21]) l. 81, pr. D. h. t. 46. 3; l. 55. D. de verb. obl. 45. 1.

[22]) Henrici въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 10 и т. 32, статья 2; Struckmann тамъ же, т. 15, статья 5; Cohn, loc. cit., стр. 1013; Otto Berner: Verrechnung von Zahlungen, Göttinger Inaug.-Dissert., 1892, гдѣ встрѣчается также обзоръ иностранныхъ законодательствъ; R. G. E., т. 29, стр. 110.

[23]) l. 1. C. de solutionibus. 8. 42. Antoninus: In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit. si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur. См. далѣе l. 97. D. h. t. 46. 3; l, 1, l. 2 и l. 3. D. eod. Иные принципы гражд. улож. для герм. имперіи содержатся въ §§ 366 и 367, см. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 117, стр. 264.

[24]) Windscheid, т. 2, § 343, прим. 2[4], утверждаетъ: „Если, принимая уплату, вѣритель заявитъ, что онъ желаетъ принять ее не въ погашеніе указаннаго должникомъ требованія, а за другое, то въ такомъ случаѣ ни одно изъ этихъ требованій—ни указанное вѣрителемъ, ни указанное должникомъ—не погашается, и уплаченная сумма должна быть возвращена вѣрителемъ". Вмѣстѣ съ Henrici, loc. cit., стр. 464, и Struckmann'омъ, loc. cit., я считаю это неправильнымъ. Уплата исходитъ отъ должника. Правда, для перехода права собственности необходимо содѣйствіе вѣрителя; но разъ этотъ переходъ совершился, то сдѣлка осуществляется въ томъ направленіи, какое хотѣлъ придать ей должникъ. Въ томъ же смыслѣ рѣшаетъ этотъ вопросъ l. 2. D. h. t. 46. 3.

ванія. Если должникъ не противорѣчитъ, то подобный способъ взаимнаго расчета считается *принятымъ* [25]) [26]).

c) Въ тѣхъ случаяхъ, когда уплата произведена безъ всякаго указанія сторонъ на то, какой именно долгъ ею погашается, *кредиторъ можетъ рѣшить этотъ вопросъ впослѣдствіи*, но непремѣнно въ томъ смыслѣ, какъ это сдѣлалъ бы аккуратный *должникъ*, который слѣдитъ за своими интересами.

На этомъ основаніи, проценты должны считаться уплаченными раньше капитала [27]).

Затѣмъ, требованія, срокъ которымъ уже наступилъ, должны быть покрыты раньше другихъ [28]), болѣе тяжелыя для должника обязательства—раньше болѣе легкихъ [29]).

Независимо отъ этого, болѣе старый долгъ слѣдуетъ считать погашеннымъ прежде позднѣйшаго.

Если ни одно изъ этихъ указаній не можетъ быть примѣнено, то уплатою должны погашаться всѣ долги по соразмѣрности [30]).

Разъ вѣритель самъ взыскалъ уплату, то онъ уже перечисленными правилами не стѣсненъ и можетъ преслѣдовать исключительно свой интересъ, не обращая вниманія на должника [31]).

5. Вслѣдствіе платежа, долговое отношеніе прекращается. Если вѣритель принялъ его безъ оговорокъ, то, въ случаѣ послѣдующаго спора о несовершенствѣ или недостаткахъ исполненія, тяжесть доказательства ложится *на него* [32]).

При производствѣ уплаты, должнику, по его требованію, тотчасъ должна быть выдана квитанція, конечно, за его счетъ [33]). Въ противномъ случаѣ онъ въ правѣ *задержать исполненіе*. Если же

---

[25]) Если *должникъ*, производя уплату, не сдѣлаетъ въ этомъ смыслѣ никакихъ указаній, и вѣритель *немедленно* восполнитъ этотъ пробѣлъ, то онъ *не* связанъ никакими опредѣленными постановленіями закона. Это соотвѣтствуетъ природѣ вещей, такъ какъ должникъ можетъ еще не согласиться на предложеніе вѣрителя и воспротивиться тому назначенію, которое послѣдній намѣренъ былъ дать полученной суммѣ. Отсутствіе же возраженія со стороны должника указываетъ на обоюдное согласіе сторонъ по данному предмету. Въ томъ же смыслѣ высказываются и l. 1. C. cit. и l. 97. D. h. t. 46. 3, согласно которымъ установленныя закономъ правила о погашеніи того или иного долга вступаютъ въ силу только „utriusque demonstratione cessante“. Несмотря на это, бо́льшею частью высказывается иное мнѣніе, при чемъ ссылаются на l. 1. D. h. t. 46. 3. Но это мѣсто искажено. Помѣщенныя въ заключеніе слова: dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret, какъ справедливо замѣчаетъ Ubbelohde, являются или позднѣйшей вставкой или же неискусной и необдуманной интерполяціей. Только при такомъ предположеніи возможно осмысленное согласованіе l. 1 и l. 3. Во всякомъ случаѣ, ясныя указанія другихъ фрагментовъ должны имѣть рѣшающее значеніе. Ср. Eisele въ Zeitschrift der Savignystift., т. 18, стр. 35.

[26]) Сюда относится, напр., случай, когда въ квитанціи вѣритель призналъ погашеннымъ опредѣленный долгъ, а должникъ принялъ эту квитанцію безъ оговорокъ. Иначе, конечно, обстоитъ дѣло, если должникъ при уплатѣ былъ захваченъ врасплохъ.

[27]) l. 1. C. cit.; l. 5, § 2, l. 48. D. h. t. 46. 3.

[28]) l. 3, § 1, l. 103. D. h. t. 46. 3.

[29]) l. 97, l. 4, l. 5, pr., l. 94, § 3. D. h. t. 46. 3.

[30]) l. 8. D. h. t. 46. 3.

[31]) l. 101, § 1. D. h. t. 46. 3; см. также l. 35, pr. D. de pign. act. 13. 7; l. 5, § 2, l. 96, § 3. D. h. t. 46. 3; Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 211.

[32]) Это относится, напр., къ случаямъ недочета въ выданныхъ пачкахъ денегъ. Съ этимъ согласно и гражд. улож. для герман. имперіи, § 363.

[33]) См. Unger, loc. cit., стр. 539. Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 368 и 369.

www.naukaprava.ru

уплата произошла безъ квитанціи, то должникъ можетъ требовать ея выдачи исковымъ путемъ [34]). Равнымъ образомъ, ему долженъ быть возвращенъ и актъ письменнаго обязательства [35]).

§ 56. **Конкурсъ** [1]).

Въ случаѣ конкурса надъ имуществомъ общаго должника нѣсколькихъ кредиторовъ, при удовлетвореніи послѣднихъ, соблюдаются особенныя правила.

Конкурсомъ называется открытое для совокупности вѣрителей судебное производство, благодаря которому всѣ они получаютъ удовлетвореніе изъ имущества общаго должника пропорціонально своимъ требованіямъ.

По римскому праву, главными основаніями конкурса являются *бѣгство должника* съ цѣлью уклониться отъ иска — fraudationis causa latitatio, *предоставленіе должникомъ всего своего имущества вѣрителямъ* для удовлетворенія въ конкурсномъ порядкѣ — cessio bonorum, *смерть должника безъ наслѣдниковъ*, наконецъ, *неисполненіе судебнаго рѣшенія.*

Древне-римское ординарное конкурсное производство состояло въ томъ, что вѣрители, прежде всего, вводились во владѣніе имуществомъ должника — missio in bona; затѣмъ, послѣ завладѣнія, вся имущественная масса продавалась bonorum emptor'у, который, въ видѣ *покупной платы*, обѣщалъ вѣрителямъ удовлетвореніе ихъ требованій въ опредѣленной долѣ. Удостовѣреніе этихъ требованій передъ bonorum emptor-омъ происходило уже внѣ конкурса; точно такъ же и отчужденіе купленнаго имъ съ торга имущества должника было его дѣломъ [2]). Вмѣсто bonorum emptio, съ согласія большинства кредиторовъ, должнику могло быть предоставлено право ликвидировать свои дѣла при помощи *попечителей*—curatores; послѣдніе продавали его имущество *по частямъ* и изъ вырученныхъ денегъ удовлетворяли вѣрителей пропорціонально ихъ требованіямъ. Послѣдній способъ со временемъ совершенно вытѣснилъ bonorum emptio [3]).

По обще-германскому праву, *возникновеніе конкурса вызывалось чрезмѣрною задолженностью должника*, между тѣмъ какъ герман-

---

[34]) Изъ римскихъ источниковъ нельзя вывести право должника на полученіе квитанціи; иного мнѣнія Windscheid, т. 2, § 344, прим. 8 и приведенные имъ авторы. Но право это, во всякомъ случаѣ, закрѣплено обычаемъ.

[35]) l. 2. C. de cond. ex lege. 4. 9. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 371.

[1]) Здѣсь могутъ быть указаны лишь самыя общія начала конкурснаго права. Подробности можно найти въ учебникѣ прусскаго гражданскаго права Дернбурга, т. 2, §§ 111 и слѣд. Главнымъ источникомъ въ настоящее время является германскій конкурсный уставъ, который вступилъ въ силу 1 октября 1879 г. вмѣстѣ съ другими имперскими законами, относящимися къ судопроизводству, и, согласно закону 17 мая 1898 года, былъ обнародованъ въ новой редакціи 20 мая 1898 года. Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts, 1891, и указанные имъ авторы; L. Seuffert: Deutsches Konkursprocessrecht, 1899.

[2]) Gajus, Inst., III, §§ 77 и слѣд., IV, §§ 145 и 146; Dernburg: Bonorum emptio, 1850; Keller: Civilprozess, §§ 84 и 85; Bethmann-Hollweg: Civilprozess, т. 2, стр. 667.

[3]) Tit. D. de curatore bonis dando. 42. 7.

скій конкурсный уставъ устанавливаетъ, какъ общее правило, иное основаніе—*неспособность къ платежу,* которая выражается преимущественно въ пріостановкѣ платежей [4]).

a) *Чрезмѣрная задолженность* имѣетъ мѣсто, когда пассивъ должника превышаетъ его активъ.

b) *Неспособность къ платежу* возникаетъ, когда должникъ не въ состояніи въ̀ время уплатить тѣ изъ своихъ долговъ, срокъ которымъ уже наступилъ и взысканіе по которымъ уже началось или непосредственно ожидается.

Чрезмѣрно задолжавшіе могутъ быть еще способны къ платежу, если, напр., чрезъ дальнѣйшее расширеніе кредита, они получатъ возможность выполнить свои текущія обязательства.

Пріостановкою платежей называется публичное заявленіе о неспособности къ дальнѣйшимъ платежамъ. Такое значеніе имѣетъ, напр., закрытіе торговаго заведенія за отсутствіемъ матеріальныхъ средствъ, а также неудовлетвореніе безспорныхъ текущихъ требованій, въ частности, по векселямъ.

Согласно конкурсному уставу, важнѣйшими положеніями конкурснаго права являются слѣдующія. Конкурсъ открывается опредѣленіемъ суда, по заявленію одного изъ кредиторовъ или же самого должника; далѣе слѣдуетъ *наложеніе запрещенія и ареста* въ пользу вѣрителей на имущество должника, принадлежавшее ему въ моментъ открытія конкурса; послѣ этого, въ интересахъ вѣрителей, всѣ распоряженія должника его имуществомъ считаются недѣйствительными. Съ другой стороны, послѣ открытія конкурса, ни одинъ вѣритель не имѣетъ уже права добиваться отдѣльнаго взысканія изъ имущества должника или же пріобрѣтать какія-либо преимущественныя права по отношенію къ нему [5]).

Съ момента открытія конкурса, управленіе имуществомъ переходитъ къ попечителю конкурсной массы [6]). Онъ долженъ превратить имущественную массу въ деньги.

Въ конкурсѣ различаются слѣдующія категоріи управомоченныхъ:

a) *Кредиторы, имѣющіе право требовать выдѣленія своего имущества изъ конкурсной массы,* такъ наз. *виндиканты;* посредствомъ вещныхъ или личныхъ исковъ они могутъ вытребовать изъ конкурсной массы то, что̀ составляетъ *ихъ собственность,* а также то, чѣмъ должникъ *обладалъ отъ ихъ имени.*

b) *Кредиторы-сепаратисты;* они могутъ требовать *особаго удовлетворенія* изъ того имущества, которое имъ было *заложено,* или на которое они имѣютъ права̀, аналогичныя залоговому праву [7]).

---

[4]) К. О., §§ 102 и слѣд.

[5]) К. О., §§ 6 и слѣд.

[6]) Споренъ вопросъ, является ли конкурсный попечитель законнымъ представителемъ „должника“ или „конкурсныхъ вѣрителей“, или же ему принадлежитъ „законное право распоряженія для цѣлей конкурса“, которое отнюдь не является представительствомъ отдѣльныхъ участниковъ. Въ данномъ мѣстѣ, конечно, невозможно разрѣшить этотъ вопросъ. За послѣднее мнѣніе высказался имперскій судъ: R. G. E. т. 29, стр. 29.

www.naukaprava.ru

c) *Кредиторы самой конкурсной массы;* они получаютъ изъ массы удовлетвореніе раньше другихъ. Сюда относятся отчасти требованія, вызванныя издержками по конкурсному производству и управленію — издержки по конкурсу, отчасти притязанія, возникшія вообще въ связи съ конкурснымъ управленіемъ — долги конкурсной массы въ тѣсномъ смыслѣ [8]).

d) Наконецъ, *конкурсными требованіями* называются *всѣ тѣ требованія къ общему должнику, которыя могутъ быть предъявлены въ общемъ конкурсномъ производствѣ.*

Дары и пожертвованія должника, денежные штрафы и проценты на конкурсныя требованія, наросшіе со времени открытія конкурса, не удовлетворяются изъ конкурсной массы и, вслѣдствіе этого, не являются конкурсными требованіями.

Для погашенія изъ массы, всѣ конкурсныя требованія должны быть представлены въ видѣ *подлежащихъ немедленному удовлетворенію денежныхъ требованій,* хотя бы срокъ имъ еще не наступилъ, и хотя бы они были направлены на другой предметъ, а не на деньги [9]).

Конкурсныя требованія удовлетворяются изъ массы по соразмѣрности, посредствомъ такъ наз. конкурснаго дивиденда.

Нѣкоторыя конкурсныя требованія пользуются при удовлетвореніи преимуществомъ передъ другими — privilegium exigendi — въ нижеслѣдующемъ порядкѣ [10]):

1. Требованія изъ договоровъ между хозяевами и прислугой, неоплаченныя за послѣдній годъ до открытія конкурса.

2. Государственные и общественные налоги за послѣдній годъ.

3. Равнымъ образомъ, налоги въ пользу церквей и извѣстныхъ общественныхъ союзовъ.

4. Счета врачей и аптекарей за послѣдній годъ.

5. Притязанія *дѣтей* и *опекаемыхъ* должника по имуществу, отданному въ силу *закона* въ его управленіе.

Конкурсъ прекращается или путемъ окончательнаго распредѣленія массы, или же посредствомъ мировой сдѣлки вѣрителей съ общимъ должникомъ.

---

[7]) По общегерманскому конкурсному производству, дѣйствовавшему до 1 октября 1879 г., и залогопринимателя должны были искать свое удовлетвореніе въ самомъ конкурсѣ. Вслѣдствіе этого, тогда различалось 5 классовъ конкурсныхъ вѣрителей: a) абсолютно привилегированные вѣрители, пользовавшіеся преимуществомъ даже передъ залоговыми правами, b) привилегированные залогопринимателя, c) простые залогопринимателя, d) обыкновенные вѣрители, пользовавшіеся privilegium exigendi передъ другими, непривилегированными вѣрителями и, наконецъ, e) обыкновенные непривилегированные вѣрители, получавшіе удовлетвореніе изъ массы по соразмѣрности.

[8]) Относительно вѣрителей конкурсной массы см. К. О., §§ 57 и слѣд.

[9]) К. О., § 65. О вычисленіи interusurium'a при непроцентныхъ требованіяхъ, срокъ которымъ еще не наступилъ, см. выше, § 35, прим. 5.

[10]) См. К. О., § 61. Римскія privilegia exigendi обстоятельно изложены у Vangerow'a, т. 3, § 594. Относительно привилегій вообще см. Knorr: Die Natur und Funktion der Vorzugsrechte, Erlanger Inaug.-Dissert., 1891.

§ 57. Beneficium competentiae.

I. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ должникъ пользуется *beneficium competentiae*, т. е. *при взысканіи долга ему должны быть оставлены средства къ скромному существованію, соотвѣтственно его общественному положенію* [1]).

Этотъ институтъ первоначально имѣлъ своею цѣлью защитить должника *отъ обращенія взысканія на личность*. На это указываетъ его римское названіе — condemnatio „in quantum facere potest debitor", т. е. ограниченіе присужденія суммою имущества должника. Точно такъ же и изъ разъясненій римскихъ юристовъ вытекаетъ, что только въ императорскій періодъ стали мало-по-малу допускать и удержаніе должникомъ извѣстныхъ матеріальныхъ средствъ [2]).

Раньше всего право на такое удержаніе части имущества было признано за дарителемъ, противъ котораго одаренный предъявлялъ искъ. Со времени же Юстиніана его стали разрѣшать и въ другихъ случаяхъ примѣненія этой привилегіи [3]). Съ тѣхъ поръ, какъ обращеніе

---

[1]) Altmann: Das beneficium competentiae, Berliner Inaug.-Dissert., 1888; Wünsch: Zur Lehre vom beneficium competentiae, 1897; также Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. II, 1, § 178, стр. 1410. Въ русской литературѣ см. Ефимовъ: Посильная отвѣтственность должника по римскому праву, 1888. Современное названіе этой привилегіи—„beneficium competentiae", т. е. „in id, quod competit", исполненіе по средствамъ должника, едва ли можетъ быть признано удачнымъ. Но другія названія не получили общаго примѣненія. Unterholzner—Schuldverhältnisse, т. 1, стр. 280—говоритъ о „присужденіи въ размѣрѣ возможнаго", Windscheid, т. 2, § 267,—о „привилегіи сохраненія за собою средствъ, необходимыхъ для существованія".

[2]) Что здѣсь мы имѣемъ дѣло съ двумя привилегіями, на это указали Schömann: Handbuch, II, стр. 63, и Vangerow, т. 1, § 174. Но они неправильно различаютъ привилегію при присужденіи и привилегію при взысканіи. Первая и древнѣйшая льгота, по ихъ мнѣнію, состояла въ томъ, что должникъ присуждался къ уплатѣ суммы, не превышавшей размѣра его имущества въ моментъ *присужденія*; относительно же всей остальной суммы наступало полное и окончательное освобожденіе. Въ силу второй льготы, по отношенію къ привилегированному должнику допускалось снисхожденіе и въ моментъ *исполненія рѣшенія*, выражавшееся въ томъ, что ему должны были быть оставлены средства, необходимыя для его существованія.—Но дѣло обстояло не такъ. Здѣсь имѣло мѣсто расширеніе института въ двухъ различныхъ направленіяхъ, ничѣмъ не связанныхъ между собою. Одно расширеніе состояло въ томъ, что первоначально привилегія должна была быть *оговорена* въ самомъ рѣшеніи, между тѣмъ какъ впослѣдствіи на нее можно было еще ссылаться даже при приведеніи рѣшенія въ исполненіе, l. 41, § 2. D. de re judicata. 42. 1; l. 17, § 2. D. soluto matrimonio. 24. 3; l. 5, pr. D. quod cum eo. 14. 5. Другое расширеніе льготы сводилось къ тому, что первоначально должнику оставлялась одна только личная свобода, тогда какъ все имущество переходило къ вѣрителю; съ теченіемъ же времени онъ получилъ также право удерживать средства, необходимыя для его существованія. См. ниже, прим. 3.

[3]) Первое указаніе принадлежитъ Помпонію, который разрѣшаетъ оставить дарителю „aliquid sufficiens"—l. 30. D. de re judicata. 42. 1. Ту же мысль защищаетъ Павелъ libro 6 ad Plautium, l. 19, § 1. D. eod.: Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat. Въ послѣднихъ двухъ предложеніяхъ дѣло идетъ, очевидно, о принципѣ, который не пользовался еще всеобщимъ признаніемъ и самъ по себѣ былъ чуждъ нашему институту. См. далѣе l. 6. D. de cessione bonorum. 42. 3. Что во времена классическихъ юристовъ beneficium competentiae не давало еще *общаго* права на удержаніе части имущества, ясно видно изъ того, что Юстиніанъ соотвѣтствующее положеніе включилъ въ свою кодификацію при помощи *интерполяціи*: въ l. 173, pr. D. de R. J. 50. 17 онъ распространяетъ то, что было сказано Павломъ исключительно о дареніи, на всѣ вообще случаи примѣненія этой привилегіи.

www.naukaprava.ru

взысканія на личность должника окончательно отмѣнено, въ соображеніе принимается только эта вторая сторона института, первоначально ему совершенно чуждая.

Competentia является *привилегіей при исполненіи рѣшенія* [4]; она не уменьшаетъ самаго долга, а только пріостанавливаетъ его взысканіе, чтобы оградить должника отъ нужды [5]. Поэтому, въ случаѣ полнаго удовлетворенія вѣрителя, нельзя ничего требовать обратно. Если впослѣдствіи имущественное положеніе должника улучшится, то онъ обязанъ доплатить остальное [6].

Привилегія эта можетъ служить основаніемъ для возраженія противъ иска и въ такомъ случаѣ должна быть оговорена въ рѣшеніи [7]. Но о ней можетъ быть заявлено даже еще въ исполнительной инстанціи [8]. Отказъ отъ нея на будущее время недѣйствителенъ [9] [10].

II. По обще-германскому праву, привилегіей пользовались [11]:

1. Восходящіе противъ своихъ нисходящихъ.
2. Супруги въ отношеніи другъ друга.
3. Солдаты.
4. По усмотрѣнію суда, лица, недавно вышедшія изъ подъ отеческой власти, по тѣмъ долгамъ, которые ими были сдѣланы еще въ то время, когда они находились подъ этой властью [12].
5. По усмотрѣнію суда, товарищъ, противъ котораго предъявлена actio pro socio [13].

---

[4]) l. 8. D. de condictione indebiti. 12. 6. Paulus libro 6 ad Sabinum: Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulieri solvisset, repetere non potest: adeo *debitum* esset (*est*) mulieri. Согласно этому, при обсужденіи beneficium competentiae, принимается въ соображеніе право того мѣста, гдѣ ведется процессъ, но не право, которому подлежитъ долгъ, какъ таковой. Иного, впрочемъ, мнѣнія Kohler въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 24.

[5]) Большею частью смотрятъ, что должникъ имѣетъ право удержать только „насущно необходимое“. Но приведенныя въ прим. 3 цитаты даютъ ему болѣе широкое право—„aliquid sufficiens“, „ne egeat“.

[6]) l. 63. D. pro socio. 17. 2; l. 8. C. soluto matrimonio. 5. 18; l. un. C. de rei uxoriae act. 5. 13. Однако, въ Римѣ, вслѣдствіе наступавшей процессуальной консумпціи иска, для этого необходимо было представленіе особой cautio—nuda repromissio, въ силу которой должникъ, присужденный къ уплатѣ долга съ примѣненіемъ beneficium competentiae, обѣщалъ произвести доплату въ случаѣ улучшенія своего имущественнаго положенія. Въ современномъ правѣ этого нѣтъ.

[7]) При опредѣленіи размѣра льготы принимается въ соображеніе время постановленія рѣшенія, l. 15, pr. D. soluto matr. 24. 3, l. 53. D. eod. Это имѣетъ то значеніе, что должникъ отвѣчаетъ за всѣ послѣдствія, если онъ не уплачиваетъ сразу всего, что онъ долженъ, а имущество его потомъ случайно уменьшается.

[8]) См. выше, прим. 2. C. P. O., § 767, не распространяется на привилегіи при исполненіи судебныхъ рѣшеній. Иного взгляда Windscheid, т. 2. § 268, прим. 6[a]; R. G. E., т. 33, стр. 378; Fischer въ Jherings Jahrb., т. 34, стр. 459.

[9]) Многіе ученые держатся иного мнѣнія. Но отказъ отъ привилегій при исполненіи судебныхъ рѣшеній, которыя дарованы въ общественныхъ интересахъ, вообще не допускается. Кромѣ того, за недопустимость отказа отъ beneficium competentiae въ отдѣльномъ частномъ случаѣ высказывается и l. 14, § 1. D. soluto matrimonio. 24. 3.

[10]) Противъ притязаній по поводу dolus привилегія эта недѣйствительна, l. 4, § 2. D. quod cum eo. 14. 5; l. 52. D. de re judicata. 42. 1; l. 21, § 6. D. de act. rer. amotar. 25. 2.

[11]) Главные случаи приведены въ l. 16—l. 25. D. de re judicata. 42. 1; см. также § 38. I. de act. 4, 6.

[12]) l. 2. D. quod cum eo. 14. 5.

[13]) l. 22, § 1. D. de re judicata. 42. 1. Эдиктъ былъ изданъ только для socii omnium bonorum, l. 16. D. eod. Вообще, societas omnium bonorum представляла собою ту форму

6. Во многихъ случаяхъ лица, отъ которыхъ требуется выдача приданаго (dos).

7. Отвѣтчикъ по дарственному обѣщанію [14]).

Въ то время, какъ всѣмъ вышеупомянутымъ лицамъ эта привилегія дается такимъ образомъ, что принимается въ соображеніе общая масса ихъ имущества (Brutto), даритель можетъ удержать необходимыя для существованія средства изъ чистаго имущества (Netto), т. е. имущества, остающагося у него за вычетомъ всѣхъ его долговъ.

III. Гражд. улож. для германской имперіи въ нѣкоторыхъ случаяхъ признаетъ beneficium competentiae [15]).

II. Суррогаты исполненія.

§ 58. **Datio in solutum** [1]).

I. Съ согласія вѣрителя, обязательство можетъ быть *исполнено предоставленіемъ, вмѣсто настоящаго объекта долга, иной цѣнности.* Такого рода случай называется datio in solutum — *замѣной исполненія* [2]).

Подобно платежу, она погашаетъ обязательство ipso jure: вѣритель удовлетворенъ и, слѣдовательно, цѣль обязательства достигнута [3]) [4]).

товарищества, для которой раньше всего преторъ предназначилъ свой эдиктъ, см. Lenel: Edictum, стр. 237. По аналогіи льгота давалась, смотря по обстоятельствамъ, и при другихъ видахъ товарищества. Именно это, повидимому, выражаетъ l. 63, pr. D. pro socio. 17. 2. См. Altmann, стр. 31.

[14]) Beneficium competentiae давалась въ Римѣ и тому должнику нѣсколькихъ кредиторовъ, который совершилъ cessio bonorum. Относительно l. ult. C. de revocand. his quae per fraud. 7. 75 слѣдуетъ обратить вниманіе на объясненіе Lenel'я: Edictum, стр. 348.

[15]) См. § 519, въ силу котораго даритель въ правѣ уклониться отъ исполненія своего обѣщанія, поскольку онъ не въ состояніи исполнить его иначе, какъ лишая себя возможности вести соотвѣтствующій его общественному положенію образъ жизни, или въ ущербъ исполненію лежащихъ на немъ по закону обязанностей доставлять содержаніе другимъ лицамъ. См. далѣе §§ 529, п. 2, 829 и 1620. Dernb., Rürg. R., т. 2, разд. 2, § 208, стр. 127.

[1]) Römer: Die Leistung an Zahlungs Statt, 1866; Cohn въ Endemanns Handb., т. 3, стр. 1075; Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 540; Ernst: Die mangelhafte Beschaffenheit der Leistung an Erfüllungs Statt, Zürich, 1890; Maur. de Combes: De la dation en paiement, thèse, Toulon, 1892.—Гражд. улож. для герм. имперіи говоритъ о „предоставленіи вмѣсто исполненія".

[2]) Дѣйствіе служитъ „замѣною исполненія" лишь въ томъ случаѣ, если оно вызвано *намѣреніемъ погасить долгъ.* Иначе обстоитъ дѣло, если должникъ продастъ вѣрителю какую-нибудь вещь, съ цѣлью превратить товаръ въ деньги, и въ то же время согласится съ нимъ относительно зачета покупной цѣны за свой долгъ. Въ подобномъ случаѣ, если впослѣдствіи окажется, что никакого обязательства не было, мнимый должникъ не имѣетъ права обратнаго требованія товара путемъ кондикціи, которая имѣла бы мѣсто при datio in solutum; здѣсь ему принадлежитъ только право требовать уплаты покупной цѣны. См. Ernst, loc. cit.

[3]) Между Сабиніанцами и Прокуліанцами существовалъ споръ: первые при datio in solutum признавали обязательство погашеннымъ ipso jure, послѣдніе же допускали освобожденіе должника лишь при помощи excerpio doli; Gajus, Inst., III, § 168. Взглядъ Сабиніанцевъ сдѣлался господствующимъ еще въ языческій періодъ имперіи—см. Römer, loc. cit., стр. 64; впослѣдствіи онъ былъ принятъ и Юстиніаномъ, pr. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29.

[4]) Предметы, переданные взамѣнъ исполненія для погашенія несуществующаго долга, подлежатъ возвращенію на основаніи condictio indebiti. То же самое соблюдается

www.naukaprava.ru

Но какъ поступить въ томъ случаѣ, если у кредитора, вслѣдствіе болѣе сильнаго права третьяго лица, будетъ *отнятъ* предметъ, полученный имъ вмѣсто уплаты (evictio)? Источники даютъ на это два отвѣта.

Согласно одному изъ нихъ, кредитору, по аналогіи съ покупателемъ, долженъ быть возмѣщенъ *весь интересъ, который представлялъ для него предметъ, полученный вмѣсто уплаты* [5]).

Согласно другому, въ случаѣ эвикціи, *первоначальное требованіе* не считается прекратившимся и можетъ быть снова предъявлено, какъ противъ должника, такъ и противъ его поручителей; остаются въ силѣ и залоговыя права [6]).

Эти рѣшенія принципіально несовмѣстимы: послѣднее предполагаетъ, что погашеніе обязательства путемъ datio in solutum *обусловлено* тѣмъ, что вѣритель можетъ удержать данную ему вмѣсто уплаты вещь; первое же исходитъ изъ того, что обязательство *безусловно* погашено, и что на случай эвикціи эквивалентомъ его является притязаніе о возмѣщеніи интереса. Но, въ виду того, что оба эти рѣшенія встрѣчаются въ кодификаціи Юстиніана, ихъ обыкновенно объединяютъ тѣмъ, что предоставляютъ вѣрителю на выборъ осуществленіе того или другого права [7]).

Должникъ отвѣчаетъ передъ вѣрителемъ, какъ продавецъ передъ покупателемъ, за обѣщанныя достоинства и скрытые недостатки предоставленной вмѣсто уплаты вещи [8]).

II. По гражд. улож. для герм. имперіи, должникъ отвѣчаетъ за недостатки права или вещи подобно продавцу [9]) [10]).

и въ томъ случаѣ, если опредѣленный предметъ—species—былъ представленъ для погашенія такого долга, размѣры котораго въ дѣйствительности оказались меньше предполагаемыхъ. Эта species цѣликомъ можетъ быть вытребована обратно, но лишь подъ условіемъ предложенія уплаты долга, l. 26, § 4. D. de condictione indebiti. 12. 6.

5) l. 4. C. de evictionibus. 8. 44. Antoninus: Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. *nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* anno 212. Въ этомъ мѣстѣ нѣтъ никакихъ указаній на то, что потерпѣвшій отъ эвикціи можетъ вновь предъявить первоначальное требованіе. Это не соотвѣтствовало бы и приведенному сопоставленію datio in solutum съ куплей-продажей. См. l. 24, pr. D. de pigneraticia act. 13. 7.

6) l. 46, pr. D. de solutionibus. 46. 3. Marcianus libro 3 regularum: Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret. См. l. 60. D. eod. Весьма возможно, что l. 8. C. de sententiis et interlocutionibus. 7. 45 имѣетъ въ виду, сверхъ того, еще третій путь, какъ это утверждаетъ Brinz, т. 2, стр. 336.

7) О попыткахъ примирить это противорѣчіе см. Römer, loc. cit., стр. 387 и слѣд. Господствующій взглядъ представляетъ собою чисто внѣшній и мало удовлетворительный компромиссъ. Болѣе правильно давать вѣрителю *только* притязаніе о вознагражденіи за *эвикцію*, такъ какъ онъ, вслѣдствіе datio in solutum, отказался отъ первоначальнаго требованія окончательно, а вовсе не условно. Возстановленіе обязательственныхъ отношеній, уничтоженныхъ сторонами безъ всякой оговорки, конечно, не можетъ основываться на ихъ волѣ, да оно и не цѣлесообразно. Вѣдь этимъ обусловливалось бы возстановленіе правъ противъ поручителей и на залоги, что совершенно не соотвѣтствуетъ потребностямъ гражданскаго оборота. См. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 247; Unger, loc. cit., стр. 543; Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. 2, § 173, стр. 1382, согласно убѣдительному предположенію котораго l. 46. pr. cit. есть только выводъ изъ вытѣсненнаго взгляда Прокуліанцевъ (см. прим. 3).

8) Ernst, loc. cit.

§ 59. Novatio и delegatio [1]).

I. *Новаціей называется прекращеніе одного обязательственнаго требованія черезъ установленіе новаго, направленнаго на ту же цѣль.*

Споренъ вопросъ, должна ли новація разсматриваться, какъ *видоизмѣненіе* прежняго обязательства, или какъ *заключеніе новаго?* Съ точки зрѣнія хозяйственной, дѣло идетъ объ одномъ лишь видоизмѣненіи: разъ возникшее обязательственное отношеніе продолжаетъ существовать, хотя и въ новой, измѣненной формѣ; статья пассива остается та же самая. Но съ точки зрѣнія юридической мы имѣемъ здѣсь погашеніе прежняго обязательства другимъ, заступающимъ его мѣсто [2]) [3]).

Измѣненія могутъ быть самыя разнообразныя. Новое обязательство, въ сравненіи съ прежнимъ, можетъ быть иного рода; въ част-

---

[9]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 365.

[10]) Въ nov. 4, cap. 3 Юстиніанъ ввелъ такъ наз. beneficium dationis in solutum. Въ силу этой привилегіи, неспособный къ платежу должникъ по денежному обязательству, если не найдетъ подходящихъ покупателей на свое недвижимое имущество, можетъ требовать отъ вѣрителей принятія въ уплату земельныхъ участковъ по опредѣленной цѣнѣ. Вѣритель имѣетъ при этомъ право выбора между различными участками должника. Ср. еще nov. 120, cap. 6, § 2. Этотъ законъ утратилъ всякое практическое значеніе съ тѣхъ поръ, какъ вѣритель, по германскому конкурсному уставу, можетъ требовать открытія конкурса надъ имуществомъ должника въ случаѣ его *несостоятельности*, такъ какъ въ конкурсѣ продается и вся недвижимость должника для покрытія его долговъ. Этимъ вѣритель освобождается отъ принудительной datio in solutum. См. законъ о введеніи конкурснаго устава, § 4.

[1]) Tit. D. de novationibus et delegationibus. 46. 2. Cod. 8. 41. Важнѣйшія работы по этому вопросу: Fein: Beiträge zur Lehre von der Novation und Delegation, 1850; Salpius: Novation und Delegation, 1864; Salkowski: Zur Lehre von der Novation, 1866; Gide: Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain, 1879. См. также Hruza: Die Lehre v. d. Novation, 1881, гдѣ указана обширная литература; см. далѣе Kuntze: Die Obligation, 1886, стр. 125; Unger, loc. cit., стр. 554; Rud. Merkel: Der röm.-rechtliche Begriff der Novation, Strassb. Inaug.—Dissert., 1892; Blume: Novation, Delegation und Schuldübertragung, 1895. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ спеціально о новаціи; см., однако, § 607, п. 2 и Dernb., Bürg. Recht, т. 2, § 119, стр. 268.

[2]) При опредѣленіи новаціи римляне главное значеніе придавали измѣненію обязательства. Такъ l. 1, pr. D. h. t. 46. 2. Ulpianus libro 46 ad Sabinum: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio. См. также цитаты у Hruza, стр. 8, въ которыхъ говорится о „transferre“ и „transire“. И въ самомъ дѣлѣ, существенной чертой новаціи является то, что при ней *продолжаетъ существовать разъ обоснованное обязательственное отношеніе.* Поэтому, неполно опредѣленіе новаціи, какъ „уничтоженіе обязательственнаго требованія посредствомъ обоснованія новаго“; неправильно также утвержденіе Windscheid'a—т. 2, § 353, прим. 3[a], что возникшее въ результатѣ новаціи требованіе, въ сравненіи съ прежнимъ обязательствомъ, является другимъ не только по своей внѣшней оболочкѣ, но и *по существу.* Съ этой точки зрѣнія пришлось бы признать новаціей продажу имѣнія, которое раньше было отдано въ аренду, или обращеніе договора поклажи въ договоръ ссуды. А между тѣмъ здѣсь, конечно, никакой новаціи нѣтъ, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ матеріальное содержаніе прежняго и новаго правоотношенія различны.

[3]) Между novatio и datio in solutum замѣчается та общая черта, что въ обоихъ случаяхъ дѣло идетъ о погашеніи обязательства, съ согласія вѣрителя, посредствомъ эквивалентовъ. Но datio in solutum, по своему назначенію, окончательно уничтожаетъ обязательственное отношеніе, новація же имѣетъ въ виду продолженіе его, только въ иной формѣ. Изъ этого вытекаютъ важныя практическія послѣдствія. Напр., если карточный долгъ былъ погашенъ путемъ datio in solutum, то его нельзя больше оспаривать, какъ и послѣ платежа. Но если въ отношеніи его была совершена новація, хотя бы и посредствомъ выдачи векселя, то новое требованіе можно оспаривать, какъ возникшее изъ игры. См. также Merkel, loc. cit., стр. 90 и слѣд.

www.naukaprava.ru

ности, оно можетъ быть надѣлено болѣе строгой связующей силой, какъ это бываетъ при замѣнѣ долга изъ купли-продажи стипуляціей или, въ наше время, векселемъ. Затѣмъ, возможна замѣна одного объекта обязательства другимъ, считающимся равноцѣннымъ, напр., въ случаѣ обѣщанія денегъ вмѣсто товара [4]). Можетъ, наконецъ, произойти перемѣна субъектовъ обязательства, кредитора или должника [5]).

II. Новація съ *перемѣною субъектовъ обязательства* основывается преимущественно на *переводѣ — delegatio* [6]).

Этимъ путемъ переводятся на другое лицо, какъ *требованія*, такъ и *долги* [7]).

а) Новація въ пользу новаго *вѣрителя*—такъ наз. *переводъ требованія*, активная делегація, delegatio nominis—совершается слѣдующимъ образомъ: первоначальный вѣритель—делегантъ—передаетъ новому—делегатарію—свои права въ отношеніи должника—делегата, и послѣдній, на основаніи такой делегаціи, обѣщаетъ новому вѣрителю все то, что́ онъ до сихъ поръ былъ долженъ прежнему.

Нерѣдко основаніемъ делегаціи является то, что самъ *делегантъ* состоитъ *должникомъ делегатарія* и переводитъ на него свое требованіе въ цѣляхъ погашенія этого долга.

Права *делегатарія* по отношенію къ *делегату*, однако, нисколько не зависятъ отъ того, было ли *основаніе*, побудившее *делеганта* къ переводу своего требованія, само по себѣ дѣйствительно или нѣтъ; безразлично, напр., считалъ ли онъ себя правильно должникомъ делегатарія или по ошибкѣ [8]).

Наоборотъ, *делегатъ*, противъ притязанія делегатарія, можетъ ссылаться на то, что *онъ ничего не былъ долженъ делеганту*,

---

[4]) Древнѣйшее римское право требовало для новаціи совершеннаго тождества объектовъ обоихъ обязательствъ, Gide, loc. cit., стр. 117; Hruza, стр. 9. Позднѣйшая юриспруденція относилась къ этому уже менѣе строго, l. 28. D. h. t. 46. 2, l. 10. C. si certum pet. 4. 2.

[5]) Windscheid, § 353, прим. 6[a], признаетъ новацію даже въ томъ случаѣ, когда новое обязательство рѣшительно „ничѣмъ“ не отличается отъ прежняго. Ср. противъ этого Gajus, Inst., III, § 177; § 3. I. quibus mod. obl. tollit. 3. 29; Salpius, loc. cit., стр. 176; Gide, стр. 81.

[6]) См. Erich Danz: Die delegatio nominis und debiti въ Jherings Jahrb., т. 20, статья 3, и Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung, 1886; см. далѣе Eisele въ Festschrift für Planck, 1887; Unger въ Jherings Jahrb., т. 26, статья 8 и Danz въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, статья 7. Противъ Danz'a Windscheid: Die indirekte Vermögensleistung, 1892, стр. 24.

[7]) О послѣднемъ случаѣ говоритъ l. 11, pr. D. h. t. Ulpianus libro 27 ad edictum: Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. Goldschmidt въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 10, стр. 387, толкуетъ это такъ: „Делегаціей называется тотъ случай, когда кто-либо выставляетъ, вмѣсто себя, другого должника, въ пользу своего кредитора *или того, на кого послѣдній укажетъ*“; по его толкованію, къ слову „jusserit“ въ приведенномъ мѣстѣ слѣдуетъ мысленно добавить „creditor“. Иного мнѣнія Danz, loc. cit., стр. 256. Какъ бы то ни было, Goldschmidt заходитъ слишкомъ далеко, предполагая на этомъ основаніи, что уже въ римскомъ правѣ встрѣчались „долговыя обязательства по приказу или на предъявителя, съ альтернативнымъ указаніемъ послѣдняго“. Выводить съ подобной натяжкой явленія, свойственныя германскому и современному праву, изъ римскихъ источниковъ, значитъ—не считаться съ особенностями римскаго духа и съ прогрессомъ въ исторіи человѣчества. См. также Lenel въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 13, стр. 403.

[8]) l. 21, § 1. D. de donationibus. 39. 5.

если онъ, вообразивъ себя по ошибкѣ должникомъ, обѣщалъ новому вѣрителю то, что́ онъ будто бы долженъ былъ первому [9]).

b) Новація *черезъ вступленіе въ обязательство новаго должника* называется обыкновенно *expromissio* [10]).

Она можетъ совершиться безъ вѣдома, даже противъ воли первоначальнаго должника [11]). Но чаще всего она основывается *на переводѣ долга со стороны послѣдняго,*—такъ наз. пассивная делегація, delegatio debiti.

Въ этомъ случаѣ делегантомъ является прежній должникъ, делегатаріемъ—вѣритель, а новый должникъ — делегатомъ. Обыкновенно *делегатъ* состоитъ *должникомъ делеганта*, и, какъ таковой, освобождается принятіемъ на себя его долга.

Въ случаѣ перевода долга, *делегатъ* не можетъ выставить противъ делегатарія *никакихъ* возраженій, основанныхъ на его отношеніяхъ къ *делеганту* [12]).

Возраженіями, принадлежавшими *делеганту* по отношенію къ *делегатарію,* можетъ пользоваться и делегатъ, поскольку онъ долженъ былъ только заступить мѣсто делеганта въ отношеніи его долга, а не заключилъ обязательство абстрактно, въ качествѣ безусловнаго обѣщанія.

§ 60. Условія и дѣйствіе новаціи.

I. Новація предполагаетъ:

1. *Первоначальное обязательство,* подлежащее отмѣнѣ. Не требуется непремѣнно, чтобы оно было снабжено искомъ: достаточно и натуральнаго обязательства [1]); точно такъ же могутъ быть нови-

---

[9]) Вмѣстѣ съ Salpius, loc. cit., нужно различать *простую* делегацію и делегацію *съ указаніемъ на ея основаніе*. a) Въ случаѣ послѣдней, делегатъ обѣщаетъ делегатарію *то, что́ онъ былъ долженъ делеганту*. Форма подобной делегаціи обнаруживается, между прочимъ, изъ l. 27. D. h. t. 46, 2: Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: „quidquid ex vendito dare facere oportet". Само собой понятно, что здѣсь делегатъ можетъ пользоваться противъ делегатарія всѣми тѣми возраженіями, которыя вытекаютъ изъ прежняго правоотношенія съ делегантомъ. Вѣдь здѣсь перемѣна касается только личности вѣрителя, содержаніе же обязательства остается то же самое. b) *Простая делегація* имѣетъ мѣсто, когда делегатъ обѣщаетъ делегатарію *опредѣленную сумму*, а вовсе не то только, что́ онъ былъ долженъ делеганту. Въ наше время это можетъ произойти, напр., такимъ путемъ, что делегатъ, который долженъ былъ делеганту извѣстную сумму денегъ по договору купли-продажи, обязывается делегатарію по векселю; при подобной делегаціи, должникъ не можетъ дѣлать делагатарію никакихъ возраженій изъ своего долгового отношенія съ делегантомъ. Какъ и многіе другіе, Salpius исходилъ изъ того, что уже въ римскомъ правѣ встрѣчались простыя делегаціи. Къ нимъ онъ относитъ l. 19. D. h. t. 46. 2. Но Danz, loc. cit., совершенно основательно доказываетъ, что въ Римѣ подобныя делегаціи еще не были извѣстны. Что же касается упомянутой l. 19, то Danz правильно относитъ ее къ delegatio debiti. Конечно, этимъ нисколько не предрѣшается вопросъ, существуютъ ли „простыя делегаціи" въ современномъ правѣ; на это слѣдуетъ отвѣтить утвердительно. Противъ Danz'a—Fritz Caesar: Reine und titulierte Delegationen, Hall. Diss., 1896.

[10]) Терминъ „expromissio" встрѣчается у римлянъ еще въ болѣе широкомъ смыслѣ; см. Windscheid. § 353, прим. 8 и приведенныя тамъ цитаты.

[11]) l. 8, § 5. D. h. t. 46. 2.

[12]) l. 19. D. h. t. 46. 2, см. выше, прим. 9, въ концѣ; l. 4, § 20. D. de doli mali exceptione. 44. 4; l. 12. D. h. t. 46. 2.

[1]) l. 1, § 1. D. h. t. 46. 2. Ulpianus libro 46 ad Sabinum: Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an con-

www.naukaprava.ru

рованы обязательства, подверженныя эксцепціи или оспоримыя въ иной формѣ.

2. *Новое обязательство* [2]). Для цѣлей новаціи пригодны лишь односторонніе договоры; поэтому новація не можетъ состояться, напр., при помощи купли-продажи.

Въ Римѣ новація производилась посредствомъ *стипуляцій*, которыя, наряду со всякими другими цѣлями, служили и этой [3]).

Въ современномъ правѣ для новаціи употребляются преимущественно абстрактные договоры, а именно, *расчетныя сдѣлки* и другіе *договоры о признаніи долга*. Нерѣдко новація облекается и въ ту форму, что должникъ удерживаетъ объектъ долга, напр., неуплаченную имъ покупную цѣну, въ видѣ *займа*. Наконецъ, и *векселя могутъ* служить цѣли новаціи.

Возникаетъ вопросъ, имѣетъ ли новое обязательство силу, если предполагаемое первоначальное обязательство въ дѣйствительности не существовало?

Въ Римѣ стипуляція, заключенная съ цѣлью новаціи, по общему правилу, считалась *обусловленной* существованіемъ прежняго обязательства, которое служило ей основаніемъ [4]).

---

sensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. l. 2. D. eod.

[2]) Погашеніе первоначальнаго обязательства обусловливается возникновеніемъ новаго на основаніи стипуляціи, заключенной съ цѣлью новаціи; такимъ образомъ, требуется, чтобы новое обязательство не было ipso jure ничтожнымъ. Но для этой цѣли достаточно одного *натуральнаго* обязательства и даже такого, которое *можетъ быть обезсилено* предъявленіемъ exceptio peremptoria. См. l. 91. D. de solutionibus. 46. 3; Redlich: Zur Lehre von der Schuldaufhebung durch Novation, Breslauer Inaug.—Dissert., 1893. Впрочемъ, отъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая зависитъ, сохраняетъ ли вѣритель, потерявшій при подобной новаціи свое требованіе, право на возмѣщеніе убытковъ или на возстановленіе прежняго положенія и, если сохраняетъ, то въ какомъ именно размѣрѣ. Новое *срочное* обязательство отмѣняетъ прежнее немедленно, а *условное* — лишь въ случаѣ наступленія условія, l. 8, § 1. D. h. t. 46. 2; тѣмъ не менѣе, до разрѣшенія условія новаго обязательства, осуществленіе первоначальнаго требованія не можетъ быть допущено: вѣдь противъ подобнаго требованія можно возразить указаніемъ на соглашеніе, въ силу котораго вопросъ объ осуществленіи прежняго обязательства долженъ до поры до времени оставаться открытымъ. Такъ рѣшаютъ l. 36. D. de rebus creditis. 12. 1; l. 80 и l. 83. D. de jure dotium. 23. 3. Вслѣдствіе этого, по существу дѣла, прежнее обязательство *уподобляется условному:* его нужно разсматривать такъ, какъ будто оно поставлено въ зависимость отъ факта, противоположнаго условію новаго обязательства. Въ конкурсѣ должника, напр., слѣдуетъ обсуждать его, какъ условное. Отсюда исходитъ вопросъ, обращенный къ юристу Яволену въ цитированной l. 36. D. de rebus creditis. 12. 1: „cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, *tamquam* sub contrariam condicionem eam mihi spopondisti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum"? Нѣкоторые ученые заходятъ слишкомъ далеко, утверждая, что первое обязательство прямо „становится" условнымъ, а не только „уподобляется" условному. Это различіе служило даже поводомъ къ научной полемикѣ; но практическое значеніе оно едва ли имѣетъ.—Въ случаѣ неисполненія условія новаго обязательства, прежнее остается въ силѣ, такъ какъ заключенный съ цѣлью новаціи договоръ не состоялся. Впрочемъ, контрагенты могутъ иногда имѣть намѣреніе во всякомъ случаѣ уничтожить прежнее обязательство. Тогда мы имѣемъ дѣло съ условнымъ освобожденіемъ отъ долга — pactum de non petendo, которое, конечно, должно быть соблюдено, l. 8, § 1, l. 14, pr., l. 24. D. h. t. 46. 2; Gajus, Inst., III, § 179. См. Kniep: Der Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation, 1860; Römer: Die bedingte Novation, 1863; Ray: Der Einfluss der bedingten Novation, München, 1891.

[3]) Въ до-юстиніановскій періодъ цѣлямъ новаціи могли служить и contractus litterales. Gajus, Inst., III, § 128 и § 130; иного мнѣнія Gide, loc. cit., стр. 216.

[4]) Что въ Римѣ существованіе погашеннаго требованія обыкновенно являлось

Но для абстрактныхъ новирующихъ договоровъ *современнаго права* это не имѣетъ *никакого значенія*. Они могутъ быть только *оспариваемы* въ томъ случаѣ, когда при ихъ заключеніи существованіе первоначальнаго требованія ошибочно предполагалось [5]).

3. Наконецъ, требуется *намѣреніе совершить новацію*—animus novandi, т. е. намѣреніе погасить прежнее обязательство установленіемъ новаго. Такое намѣреніе не предполагается само собою, какъ это было въ до-юстиніановомъ правѣ, въ случаѣ заключенія второго обязательства, направленнаго на тотъ же объектъ [6]). Оно должно *особо обнаружиться* изъ новирующаго договора [7]). Иначе продол-

---

условіемъ возникновенія новирующаго обязательства,—на это указываютъ уже общія замѣчанія римскихъ юристовъ, см. l. 1 и l. 2. D. h. t. 46. 2. Но особенно ясно это видно изъ ихъ отношенія къ новаціи *условныхъ* договоровъ: они отрицаютъ возможность возникновенія новаго обязательства, если не исполнится условіе прежняго,—очевидно, потому, что въ данномъ случаѣ нѣтъ обязательства, которое подлежало бы новаціи. Попытки нѣкоторыхъ ученыхъ, напр., Bähr'a: Anerkennung, стр. 49, и Römer'a: Die bedingte Novation, стр. 34, разсматривать это, какъ явленіе исключительное, безъ сомнѣнія, не удались. Вѣдь если принять во вниманіе, что всякое, даже самое незначительное измѣненіе обязательства требовало въ Римѣ новаціи, то становится ясно, что нельзя было допустить измѣненія тамъ, гдѣ нечего было измѣнять. Впрочемъ, и въ Римѣ допускалось заключеніе новаго обязательства съ тѣмъ, чтобъ оно совершенно не зависѣло отъ существованія прежняго; но для этого было необходимо, чтобы подобное намѣреніе спеціально обнаружилось изъ самаго договора, l. 21 и l. 25. D. de verb. obl. 45. 1.

[5]) Цѣлью новаціи въ современномъ правѣ является всегда стремленіе дать долговому отношенію новое основаніе. Поэтому, возникновеніе новаго обязательства совершенно не зависитъ отъ наличности прежняго; въ крайнемъ случаѣ, если прежняго обязательства не было, то новое можетъ быть оспорено ссылкою на заблужденіе, обманъ или по какимъ-либо инымъ подобнымъ основаніямъ. Это особенно очевидно въ томъ случаѣ, когда новація происходитъ на основаніи произведеннаго взаимнаго расчета, и совершенно несомнѣнно, если она осуществляется черезъ принятіе на себя обязательства по векселю.

[6]) Въ Римѣ новація первоначально вступала въ силу безъ того, чтобы возбуждался вопросъ объ особомъ „animus novandi" участниковъ сдѣлки; было совершенно достаточно, чтобы дѣло шло объ одной и той же имущественной статьѣ. Salpius, loc. cit., стр. 131, и Gide, стр. 163, правильно доказываютъ, что новація представляла собою внѣ-процессуальную консумпцію, съ цѣлью сдѣлать невозможнымъ двукратное взысканіе по одному долгу. См. l. 18. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius libro 10 ad Sabinum: Qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur. Поэтому, еще Gajus въ своихъ институціяхъ, III, § 176, которыя здѣсь, какъ часто и въ другихъ мѣстахъ, приводятъ древнѣйшія правовыя воззрѣнія, ни словомъ не упоминаетъ объ animus novandi. Только въ императорское время впервые установилось правило, въ силу котораго для новаціи требуется animus novandi, т. е. намѣреніе сторонъ погасить прежнее обязательство. Это намѣреніе, впрочемъ, подразумѣвалось само собою, если въ обоихъ обязательствахъ дѣло шло объ одномъ и томъ же долговомъ отношеніи. Древнее право противополагало „duplari" и „fieri novationem"; къ этому теперь присоединилась третья возможность: „uterque tenetur, sed altero solvente alter liberatur." См. l. 8, § 5. D. h. t. 46. 2. О значеніи animus novandi въ классическое время говоритъ, между прочимъ, l. 31. D. h. t. 46. 2—Venulejus, l. 2, l. 8, §§ 1 и 5, l. 28, l. 30. D. h. t. 46. 2; l. 58. D. de verb. obl. 45. 1. См. также Salkowski, loc. cit., стр. 224; Merkel, loc. cit., стр. 10 и слѣд. Противоположныхъ взглядовъ держится Windscheid, т. 2, § 354, прим. 12.

[7]) Юстиніанъ постановилъ въ l. 8. C. h. t. 8. 41 pr. Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes sancimus, si quis... aliquid fecerit, ex quo veteris juris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. § 1. Et generaliter definimus *voluntate* solum esse, *non lege* novandum, etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo *ἀνοβατεύτως* dicunt, causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire.— Смыслъ этого предписанія въ высшей степени споренъ. Многіе утверждаютъ, что намѣреніе совершить новацію должно быть выражено *особыми словами;* но на практикѣ, конечно, это встрѣчается очень рѣдко. По правильному взгляду, Юстиніанъ хотѣлъ лишь уничтожить предположенія въ пользу новаціи, свойственныя древнему праву.

www.naukaprava.ru

жаютъ существовать оба обязательства, одно наряду съ другимъ, направленныя на ту же цѣль. Но не требуется, чтобы подобное намѣреніе было *прямо* заявлено сторонами [8]).

II. Новація прекращаетъ первоначальное обязательство ipso jure [9]).

§ 61. Передача предмета обязательства на храненіе въ присутственное мѣсто (depositio) [1]).

I. Если исполненіе обязательства, лежащее на обязанности должника, *встрѣчаетъ препятствія со стороны вѣрителя*, то должникъ можетъ освободиться отъ долга, *сдавъ предметъ обязательства на храненіе въ присутственное мѣсто (depositio)*. Препятствія эти сводятся, главнымъ образомъ, къ слѣдующему:

a) Вѣритель *не желаетъ* принять исполненіе, просто ли безъ всякой причины [2]), или по какимъ-нибудь мнимымъ основаніямъ, либо *не можетъ* принять его вслѣдствіе отсутствія [3]), недѣеспособности и неимѣнія представителя или же потому, что обязательство было подвергнуто аресту.

b) Вѣритель *неизвѣстенъ* [4]), потому ли, что еще *не опредѣлилось*, кому собственно принадлежитъ требованіе, или же потому, что у должника есть основаніе *сомнѣваться* относительно личности управомоченнаго [5]).

Animus novandi долженъ *обнаружиться:* такова основная мысль его предписанія. Если Юстиніанъ здѣсь нѣкоторыми оборотами выражаетъ ее слишкомъ рѣзко, то этому не слѣдуетъ придавать особаго значенія. Подробный обзоръ различныхъ мнѣній объ этомъ спорномъ вопросѣ составилъ Vangerow, т. 3, § 619, стр. 367; см. также R. G. E., т. 14, стр. 210.

[8]) Относительно новаціи посредствомъ векселя см. Hellmann: Die novatorischen Funktionen der Wechselbegebung, 1874; Römer: Abhandlungen, стр. 78. Обыкновенно должникъ передаетъ вѣрителю векселя *въ цѣляхъ уплаты долга*, см. выше, § 55, прим. 11. Тогда первоначальное требованіе погашается не передачей самаго векселя, а лишь взысканіемъ его валюты, и вѣритель можетъ поэтому, *въ случаѣ надобности, ссылаться* на прежнее требованіе, напр., если онъ не получитъ удовлетворенія по векселю и притомъ помимо собственной вины. Ср. Seuffert: Archiv, т. 54, казусъ 9.—*Новація* посредствомъ принятія на себя обязательства по векселю имѣетъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если векселъ былъ принятъ съ намѣреніемъ немедленнаго и окончательнаго погашенія прежняго долга. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 364, п. 2.

[9]) Въ l. 10. D. h. t. 46. 2 Paulus libro 11 ad Sabinum высказываетъ слѣдующее правило: „cui recte solvitur, is etiam novare potest“. Но, какъ онъ самъ замѣчаетъ, это не распространяется на solutionis causa adjectus; сюда же надо прибавить вообще всѣхъ тѣхъ, которые уполномочены вѣрителемъ только къ принятію *платежа*.

[1]) Ulrich: Die Deposition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners, 1877; Czyhlarz: Die gerichtliche Deposition въ Grünhuts Zeitschrift, т. 6, стр. 657. Гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 372 и слѣд., говоритъ объ „отдачѣ на храненіе“.

[2]) Изъ случая просрочки вѣрителя исходитъ l. 19. C. de usuris. 4. 32,—такъ наз. lex depositionis.

[3]) Ср. l. 47, § 2. D. de fideicommissariis libertatibus. 40. 5; l. 4, pr. D. de statuliberis. 40. 7; Ulrich, loc. cit., стр. 14.

[4]) l. 18, § 1. D. de usuris. 22. 1; l. 1, § 36. D. depositi. 16. 3; ср. l. 11, § 3. D. locati. 19. 2.

[5]) Вниманіе къ преувеличенной осмотрительности должника, которое обнаружилъ высшій коммерческій судъ въ своемъ рѣшеніи — R. O. H. G. E., т. 10, стр. 431, является несправедливостью по отношенію къ кредитору, чего основательно не одобряетъ Kühne въ Jherings Jahrb., т. 17, стр. 1 и слѣд.; ср. также Jess, тамъ же, т. 17, стр. 158. Но Kühne, въ свою очередь, заходитъ слишкомъ далеко, не считая заслуживающимъ вниманія простое субъективное колебаніе должника вслѣдствіе сомнительности случая съ юридической точки зрѣнія. Гражд. улож. для герман. имперіи,

Деньги и другія движимыя вещи могутъ быть въ подобныхъ случаяхъ сданы въ присутственное мѣсто, недвижимости—секвестрованы [6]) [7]).

Depositio должна быть произведена въ особо предназначенномъ для этого мѣстѣ того округа, къ которому относится мѣсто исполненія [8]).

II. Вѣритель имѣетъ право получить оставленную въ его пользу вещь изъ мѣста храненія, если его правомочіе будетъ признано лицомъ, котораго это касается [9]), или же будетъ установлено по отношенію къ этому лицу посредствомъ вступившаго въ законную силу судебнаго рѣшенія [10]).

Пока вѣритель не изъявилъ готовности удовлетвориться полученіемъ внесеннаго въ присутственное мѣсто предмета, должникъ имѣетъ еще право взять его обратно [11]). Въ послѣднемъ случаѣ требованіе противъ него снова получаетъ силу. Оно было, такимъ образомъ, лишь обезсилено эксцепціей, пока продолжалась depositio [12]).

---

§ 372, допускаетъ сдачу предмета долга на храненіе, кромѣ случая просрочки вѣрителя въ принятіи, еще и тогда, когда должникъ по другой причинѣ, связанной съ личностью кредитора, или же вслѣдствіе неувѣренности въ личности послѣдняго, не обусловленной однимъ невниманіемъ со стороны должника, вообще не имѣетъ возможности исполнить обязательство или не можетъ исполнить его съ увѣренностью.

6) По гражд. улож. для герман. имперіи, § 372, depositio допускается лишь по отношенію къ деньгамъ, цѣннымъ бумагамъ, всякаго рода документамъ и драгоцѣнностямъ; однако, согласно § 146 закона о введеніи этого уложенія, неприкосновенными остаются мѣстные законы, идущіе въ этомъ отношеніи дальше. Относительно публичной продажи движимыхъ вещей, составляющихъ предметъ долга, и сдачи на храненіе вырученной отъ этого суммы см. гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 383 и слѣд.

7) Depositio происходила въ Римѣ „in publico“, а именно, въ храмахъ, общественныхъ хранилищахъ—horrea—или же у мѣнялъ. Ulrich, loc. cit., стр. 33. Въ Германіи она производилась первоначально исключительно *въ судахъ*. Нынѣ же деньги вносятся на храненіе обыкновенно въ *предназначенныя для этого административныя учрежденія государства*. Къ послѣднему переходитъ право собственности и устанавливается, такимъ образомъ, depositum irregulare; но при этомъ выплачиваются особые проценты, большею частью, правда, незначительныхъ размѣровъ. Законъ о введеніи гражд улож. для герм. имперіи, §§ 144 и 145, оставляетъ неприкосновенными соотвѣтствующія опредѣленія мѣстнаго права.

8) См. гражд. улож. для герм. имперіи, § 374, п. 1.

9) Обыкновенно достаточно признанія вѣрителя со стороны *должника*. Если должникъ совершаетъ depositio вслѣдствіе просрочки вѣрителя, на котораго онъ тутъ же указываетъ, то тѣмъ самымъ онъ признаетъ за нимъ правомочіе получить сданныя на храненіе вещи. Совсѣмъ иное дѣло, когда должникъ, согласно С. Р. О., § 75, дѣлаетъ взносъ, имѣя въ виду нѣсколькихъ вѣрителей, претендующихъ на одно и то же требованіе; тогда необходимо признаніе со стороны *конкурирующихъ претендентовъ*. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 380.

10) l. 19. C. de usuris. 4. 32, изданная Діоклетіаномъ и Максиміаномъ, опредѣляетъ въ § 4. Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias. О различныхъ толкованіяхъ этой actio utilis см. Ulrich, loc. cit., стр. 41. Искъ основанъ на томъ, что должникъ сдѣлалъ взносъ въ пользу вѣрителя,—см. выше, § 18; этому нисколько не противорѣчитъ то, что онъ отстаивалъ вмѣстѣ съ тѣмъ и свои собственные интересы.

11) Право должника взять обратно отданную на храненіе вещь, если она была оставлена для вѣрителя, который не желаетъ ея принять, основывается на сути дѣла и подтверждается вышеприведенной l. 19. Это право, послѣдовательно, переходитъ и къ конкурсной массѣ депонента. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 376, п. 1, должникъ принципіально имѣетъ право требовать возвращенія ему внесеннаго въ присутственное мѣсто имущества; исключенія указаны въ той же статьѣ, п. 2. Но это право должника не подлежитъ аресту, и во время существованія конкурса ни должникъ, ни конкурсная масса его не имѣютъ, см. § 377.

www.naukaprava.ru

§ 62. **Компенсація** [1]. **Историческое развитіе.**

I. *Подъ компенсаціей разумѣется взаимное погашеніе встрѣчныхъ требованій путемъ зачета* [2].

Компенсація совершается или на основаніи *договора*, когда обѣ стороны заявляютъ себя удовлетворенными зачетомъ [3], или же на основаніи *односторонняго заявленія* одного изъ участниковъ.

Компенсація вовсе не является, какъ это часто думаютъ, особымъ видомъ платежа [4]: путемъ компенсаціи кредиторъ не получаетъ предмета обязательства. Но она замѣняетъ *результатъ взаимнаго платежа* и соотвѣтствуетъ поэтому соображеніямъ цѣлесообразности и требованіямъ справедливости [5].

II. Древнему праву компенсація на основаніи односторонняго заявленія была въ общемъ неизвѣстна [6]. Лишь въ нѣкоторыхъ особо важныхъ случаяхъ она имѣла мѣсто въ процессѣ по ходатайству одной изъ сторонъ:

а) Банкиры— argentarii—имѣли право предъявлять къ своимъ кліентамъ иски не иначе, какъ cum compensatione, т. е. лишь въ

---

12) l, 9. C. de solutionibus 8. 42 говоритъ о „liberatio“ въ случаѣ „obsignatio“ должной суммы. На основаніи этого, большинство ученыхъ придаетъ depositio значеніе факта, погашающаго долгъ ipso jure. См., однако, Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 581; Ulrich, loc. cit., стр. 64. Подобное погашеніе обязательства ipso jure несовмѣстимо съ правомъ должника взять обратно отданную на храненіе вещь; подъ „liberatio“ же можно разумѣть и освобожденіе отъ обязательства путемъ exceptio. Ср. также гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 378 и 379; Dernb, Bürg. R., т. 2, § 123, стр. 277.

1) Tit. D. de compensationibus. 16. 2. Cod. 4. 31. Brinz: Die Lehre von der Kompensation, 1849, и въ Bekkers Jahrbuch, т. 1, статья 2, 1857; Dernburg: Geschichte und Theorie der Kompensation, 1 изд., 1854 г., 2 изд. 1868 г.; тамъ же, на стр. 5, указана литература до 1868 г. Съ тѣхъ поръ появились: Schwanert: Die Kompensation nach römischem Rechte, 1870 и Eisele: Die Kompensation, 1876, затѣмъ Stampe: Das Kompensationsverfahren im vorjustinianischen stricti juris judicium, 1886; Lippmann: Zur Lehre von der Kompensation въ Jherings Jahrb., т. 32, статья 4; Franz Leonhard: Die Aufrechnung, 1896; Liebknecht: Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Rechte, Würzburger Diss., 1897; Otto Geib: Theorie der gerichtlichen Kompensation, 1897; Siber: Kompensation und Aufrechnung, 1899.

2) Modestinus libro 6 pandectarum, l. 1. D. h. t. 16. 2: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

3) Объ этомъ договорѣ см. Dernburg, loc. cit., § 71; Eisele, стр. 229; Römer: Abhandlungen, стр. 92; Siber, loc. cit., § 6. Важнѣйшіе изъ фрагментовъ, относящихся къ данному вопросу,—l. 4. D. qui potiores. 20. 4, l. 47, § 1. D. de pactis. 2. 14. Иначе Leonhard, loc. cit., стр. 12, по мнѣнію котораго источники не знаютъ договора о зачетѣ; см., однако, противъ него Liebknecht, стр. 2. При договорѣ о компенсаціи прекращеніе одного требованія обусловливается погашеніемъ другого, встрѣчнаго требованія. Поэтому, если одно изъ требованій не существуетъ или не погашено договоромъ о компенсаціи, такъ какъ вѣритель не обладалъ правомъ распорядиться имъ, то другое, представленное къ зачету требованіе продолжаетъ существовать попрежнему.

4) Нерѣдко, по примѣру Noodt ad Dig h. t. — opera Tom. II, опредѣляютъ компенсацію прямо, какъ „mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta“. См. объ этомъ Dernburg, loc. cit., § 42.

5) l. 8, pr. D. de doli mali exceptione. 44. 4. Paulus libro 6 ad Plautium: Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

6) Объ исторіи компенсаціи до Марка Авреліа см. Gajus, Inst., IV, §§ 61 и слѣд.; затѣмъ Dernburg, loc. cit., § 5; Paul Chenevière: Histoire de la compensation jusques et y compris le rescrit de Marc-Aurèle, thèse, Lyon, 1892; Appleton: Histoire de la compensation, 1895; Leonhard, loc. cit., стр. 9; Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. 2, § 176, стр. 1392; также Brassloff въ Zeitschr. der Savignystift., roman. Abt., т. 21, стр. 362. Относительно Eisele, стр. 3 и слѣд., см. ниже, прим. 7.

размѣрѣ разницы между ихъ требованіями и долгами по заключеннымъ съ кліентами сдѣлкамъ. Мѣняла, не сдѣлавшій полнаго вычета своего собственнаго долга изъ предъявленнаго имъ требованія, проигрывалъ процессъ и терялъ свое притязаніе.

b) Emptor bonorum, при взысканіи долговъ, принадлежащихъ къ купленной имъ конкурсной массѣ, долженъ былъ производить вычетъ—deductio—встрѣчныхъ требованій конкурсныхъ вѣрителей къ несостоятельному должнику, и при томъ независимо отъ того, были ли эти требованія однородны и наступилъ ли имъ срокъ. Конкурсные вѣрители, такимъ образомъ, не обязаны были платить свой долгъ полностью и довольствоваться, со своей стороны, обѣщанною имъ emptor'омъ bonorum частью ихъ требованій къ общему должнику.

Къ концу республиканскаго періода стала допускаться компенсація *по усмотрѣнію судьи* и въ другихъ случаяхъ. Сначала это имѣло мѣсто при bonae fidei judicia, если взаимныя требованія вытекали изъ одной и той же сдѣлки, а впослѣдствіи и при stricti juris judicia, въ случаѣ предъявленія exceptio doli.

Такая компенсація цѣликомъ зависѣла отъ *усмотрѣнія судьи*, который могъ ее допустить или нѣтъ [7]).

Но Маркъ Аврелій постановилъ, что судья in strictis judiciis, въ случаѣ предъявленія exceptio doli, обязанъ компенсировать требованіе, на которое ссылается отвѣтчикъ [8]).

Съ тѣхъ поръ компенсація основывается уже не на „усмотрѣніи" судьи, а на *„правовой нормѣ"*. Это выражаетъ установившаяся поговорка „ipso jure compensari" [9]).

---

[7]) Въ основѣ историческаго очерка Дернбурга, loc. cit., стр. 67 и слѣд., лежитъ та мысль, что первоначально компенсація, за исключеніемъ особыхъ случаевъ argentarius'a и bonorum emptor'a, зависѣла отъ *свободнаго усмотрѣнія судьи*, такъ что она только въ теченіе классическаго императорскаго періода превратилась въ *институтъ положительнаго права*. Эта основная мысль получила важное подтвержденіе въ возстановленномъ Studemund'омъ и неясномъ до тѣхъ поръ § 63 Gai Inst., IV: *Liberum est tamen judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere*; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judiciis conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur. Правда, Eisele—loc. cit., стр. 144—заявляетъ: „Мнѣніе, что, за исключеніемъ спеціальныхъ случаевъ компенсаціи для argentarius'a и bonorum emptor'a, компенсація сдѣлалась институтомъ положительнаго права лишь при Маркѣ Аврелiи, и что до этого времени все зависѣло отъ усмотрѣнія судьи, въ самомъ своемъ основаніи весьма неправдоподобно и достаточно опровергнуто выводами изъ тѣхъ изслѣдованій, которыя приведены нами въ первой главѣ". Тѣмъ не менѣе, повѣствованіямъ Гая о положеніи современнаго ему права слѣдуетъ придавать болѣе значенія, нежели изслѣдованіямъ Eisele. Ср., впрочемъ, недавно Leonhard, loc cit., стр. 26.

[8]) § 30. I. de actionibus. 4. 6, упомянувъ о компенсаціи при bonae fidei judicia, продолжаетъ: sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli exceptione compensatio inducebatur. Съ тѣхъ поръ компенсація производилась и при stricta judicia такимъ образомъ, что судья вычиталъ изъ исковой суммы встрѣчныя требованія и разницу присуждалъ истцу. Ср., между прочимъ, l. 22, pr. D. de exceptionibus. 44. 1 и, сверхъ того, Dernburg: Kompensation, §§ 23 и слѣд. Eisele, loc. cit., по нашему мнѣнію, вовсе не удалось опровергнуть доводы Дернбурга. Впрочемъ, нѣтъ надобности больше касаться его возраженій; укажемъ лишь, въ особенности по поводу Pauli sent. II, 5, § 3, играющаго столь важную роль у Eisele, на изслѣдованіе Stampe, loc. cit., стр. 74 и, главнымъ образомъ, стр. 94.

[9]) Въ слѣдующихъ мѣстахъ источниковъ встрѣчается выраженіе „ipso jure compensari": § 30. I. de actionibus. 4.6; l. 4, l. 10. pr., l. 21. D. de compensationibus. 16. 2; l. 4, l. 14. C. eod. 4. 31.

www.naukaprava.ru

III. Ссылка на компенсацію заключаетъ въ себѣ по римскому праву *exceptio*, ибо дѣло идетъ о *встрѣчномъ правѣ*, которое принадлежитъ отвѣтчику, и осуществленіе котораго обусловлено тѣмъ, что онъ, со своей стороны, на него ссылается [10]).

Однако, многіе утверждали, что встрѣчныя требованія прекращаются ipso jure въ томъ смыслѣ, что они съ того времени, когда установятся въ качествѣ взаимныхъ, погашаются сами собой, т. е. sine facto hominis [11]). Другіе, по примѣру глоссатора Azo, учили, по крайней мѣрѣ, что встрѣчныя требованія, хотя и погашаютъ другъ друга съ того момента, *когда они установятся въ качествѣ взаимныхъ*, но только *по заявленію одной изъ сторонъ;* такимъ образомъ, они погашаются „сами собой“, хотя лишь вслѣдствіе „ходатайства“ заинтересованнаго лица [12]). На самомъ дѣлѣ, слова „ipso jure compensari“ означали лишь слѣдующее: судья производитъ компенсацію въ силу предписанія закона, а не по собственному усмотрѣнію [13]) [14]). Тѣмъ не менѣе, гражд. улож. для герм. имперіи стоитъ

---

[10]) l. 2. D. h. t. 16. 2. Julianus libro 90 digestorum: Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

[11]) Глоссаторъ Martinus отрицалъ, что для погашенія встрѣчныхъ требованій необходима дѣятельность человѣка. „Подобно тому, какъ обязательства погашаются сами собой путемъ confusio, когда одно и то же лицо становится и должникомъ, и кредиторомъ, такъ и встрѣчныя требованія погашаются тѣмъ самымъ, что должникъ становится вѣрителемъ своего кредитора“. Ср. Dernburg: Kompensation, стр. 284. Тамъ же см. указанія на то, какъ ученіе Martinus'a находило себѣ приверженцевъ даже до послѣдняго времени.

[12]) Глоссаторъ Azo держался того мнѣнія, что требованіе компенсаціи должно быть предъявлено одной изъ сторонъ, но послѣ этого ее слѣдуетъ разсматривать, какъ наступившую сама собою въ силу существованія встрѣчныхъ требованій. Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 284. Современная германская наука продолжаетъ, въ сущности, все еще придерживаться преимущественно точки зрѣнія Azo. См. Dernburg, loc. cit., стр. 288, прим. 1. Въ источникахъ, однако, нѣтъ и рѣчи о фиктивномъ „ipso jure compensari“. Это положеніе высказано здѣсь безусловно и безъ ограниченій; превращеніе его въ фиктивное ipso jure является произвольнымъ. Dernburg, loc. cit., стр. 299; Vangerow, т. 3, § 618, прим. 1, стр. 361.

[13]) Dernburg: Kompensation, стр. 310. Къ такому взгляду присоединяется и Vangerow, loc. cit., прим. 1, стр. 362; ср. также Lenel: Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, стр. 139.

[14]) Brinz въ Bekkers Jahrbuch, т. 1, статья 2, объясняетъ выраженіе „ipso jure compensari“ слѣдующимъ образомъ: требованія сами собой, т. е. sine facto hominis, „покрываютъ другъ друга“; но это еще не значитъ, что они „погашаются“ сами собой. Такимъ образомъ, онъ приходитъ къ слѣдующему заключенію: „когда возникаетъ два взаимныхъ требованія, то само собою наступаетъ *право* на компенсацію“. Аналогично Liebknecht, loc. cit., стр. 10. Windscheid, т. 2, § 349, также толкуетъ терминъ ipso jure compensari въ томъ смыслѣ, что *exceptio* compensationis возникаетъ непосредственно въ силу *правовой нормы*, а не *создается* только дѣятельностью должника, ссылающагося на нее. Но таковъ характеръ каждой эксепціи, и нѣтъ, поэтому, никакого повода особенно подчеркивать его при компенсаціи. Windscheid, правда, на это возражаетъ, что „поводъ къ такому выдѣленію exceptio compensationis заключается въ томъ, что при ней рѣшеніе должника осуществить ее играетъ гораздо большую роль, чѣмъ при другихъ exceptiones; вѣдь осуществленіе ея связано для должника съ извѣстными имущественными жертвами, такъ что можетъ казаться, будто возраженіе возникло исключительно благодаря этимъ жертвамъ, принесеннымъ должникомъ“. Но такое объясненіе врядъ ли кого можетъ удовлетворить. Многія другія exceptiones требуютъ также извѣстныхъ жертвъ; такъ, напр., покупатель отказывается отъ своего права на товаръ, если онъ противъ иска о взысканіи покупной платы возражаетъ указаніемъ на недостатки товара и предлагаетъ его возвращеніе. Тѣмъ не менѣе, никто не считаетъ необходимымъ подчеркивать, что право на это возраженіе существуетъ ipso jure прежде, чѣмъ на него сошлются. Само собою разумѣется, что отвѣтчикъ, ссылаясь на exceptio, всегда опирается на нее, какъ на существующее уже право, но не создаетъ ея въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ заново.

на точкѣ зрѣнія Azo. Возникновеніе взаимныхъ требованій, годныхъ къ зачету, имѣетъ здѣсь погашающее дѣйствіе, если на него сошлется одна изъ сторонъ [15]).

§ 63. Условія компенсаціи.

I. Встрѣчныя требованія могутъ подлежать компенсаціи лишь при наличности слѣдующихъ условій:

1. Они должны быть *взаимны*, такъ чтобы вѣритель по одному обязательству являлся вмѣстѣ съ тѣмъ должникомъ по другому — встрѣчному [1]).

2. Зачету подлежатъ лишь такія требованія, которыя *дѣйствительны* и *не могутъ быть оспариваемы путемъ exceptio peremptoria* [2]). Къ зачету допускаются, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, и натуральныя обязательства [3]).

3. Взаимныя требованія должны быть *однородны*. Поэтому, наиболѣе пригодны для компенсаціи обязательства, предметомъ которыхъ являются деньги или другія замѣнимыя вещи [4]). Требованія, которыя первоначально были разнородными, но впослѣдствіи стали однородными, пріобрѣтаютъ тѣмъ самымъ способность къ компенсаціи [5]).

4. Наконецъ, необходимо, чтобы *наступилъ срокъ* требованій, подлежащихъ зачету [6]).

Различныя воззрѣнія относительно ipso jure compensari собраны у Windscheid'a, loc. cit., прим. 10; Leonhard, loc. cit., стр. 94.

[15]) Dernb., Bürg. R., т. 2, § 127, стр. 288.

[1]) l. 9. C. h. t. Gordianus: Ejus, quod non ei debetur qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 387; ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 126, стр. 286. Въ l. 18, § 1. D. h. t. 16. 2 Папиніанъ говоритъ libro 3 responsorum: Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare. Но такой взглядъ находится въ связи съ недостаточнымъ развитіемъ *цессіи* при Папиніанѣ. Въ современномъ правѣ, для передачи требованія, достаточно одной лишь направленной на это воли сторонъ, которая должна быть усмотрѣна, между прочимъ, и въ предоставленіи требованія для компенсаціи. См. Dernburg, loc. cit., стр. 388 и приведенныхъ тамъ авторовъ. Напротивъ, Eisele отвергаетъ, ссылаясь на рѣшеніе Папиніана, даже спеціальное соглашеніе о цессіи, если она имѣетъ цѣлью доставить цессіонарію возможность компенсировать уступленное требованіе съ требованіемъ должника — debitor cessus. Онъ утверждаетъ, что подобная цессія можетъ быть оспорена, какъ сдѣлка, основанная на „притворствѣ"—simulatio. Но въ данномъ случаѣ о simulatio не можетъ быть и рѣчи; праву неизвѣстно ограниченіе цессіи въ такомъ объемѣ. Германскій конкурсный уставъ, § 55, п. 3, запрещаетъ лишь предъявленіе къ зачету такихъ требованій, которыя пріобрѣлъ должникъ *несостоятельнаго должника*, зная, что послѣдній прекратилъ платежи или что подано заявленіе объ учрежденіи конкурса. Предполагается, сверхъ того, что открытіе конкурса произошло не позже 6 мѣсяцевъ послѣ пріобрѣтенія требованія.

[2]) l. 14. D. h. t. 16. 2. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 390: Требованіе, противъ котораго можетъ быть заявлено возраженіе, не подлежитъ зачету. См. Dernb., Bürg. R., loc. cit.

[3]) Ср. выше, § 4, прим. 12. Примѣняется это положеніе въ l. 20, § 2. D. de statuliberis. 40. 7, касающейся обязательства между рабомъ и наслѣдникомъ его господина. Относительно современнаго права см. Dernb., loc. cit., стр. 472.

[4]) Dernb., стр. 483; Eisele, стр. 315; гражд. улож. для герман. имперіи, § 387.

[5]) И вещныя притязанія могутъ быть компенсированы при наличности этого условія, l. 14, pr. C. h. t.; § 30. I. de actionibus. 4. 6; Dernb., loc. cit., стр. 352.

[6]) l. 7, pr. D. h. t. 16. 2. Ulpianus libro 28 ad edictum: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat. Это правило распространяется и на договоръ объ отсрочкѣ, если только дѣло идетъ не о простой *льготѣ*,

www.naukaprava.ru

Съ того момента, какъ требованія сдѣлались способными къ компенсаціи, обѣ стороны получаютъ право на ихъ зачетъ, т. е. exceptio compensationis.

Встрѣчаются случаи, когда лицо можетъ предъявить такую exceptio compensationis, которая первоначально пріобрѣтена была *другимъ* лицомъ, а также, когда эта exceptio можетъ имѣть силу не по отношенію къ тому вѣрителю, противъ котораго она была обоснована при своемъ возникновеніи, а противъ *другого* лица.

a) *Поручитель* можетъ пользоваться для компенсаціи требованіями главнаго должника, такъ какъ онъ вообще имѣетъ право защищаться при помощи возраженій, принадлежащихъ тому, за кого онъ поручился [7]).

b) *Корреальный должникъ* также можетъ употребить для компенсаціи требованіе, принадлежащее содолжнику, если только послѣдній состоитъ съ нимъ въ товариществѣ и въ силу этого обязанъ принимать участіе въ уплатѣ корреальнаго долга [8]).

c) Наконецъ, *debitor cessus* можетъ противопоставить цессіонарію требованіе, которое онъ имѣлъ *противъ цедента ко времени увѣдомленія о цессіи—denuntiatio.*

По болѣе строгому взгляду, здѣсь допустимъ зачетъ лишь такихъ требованій, которыя ко времени denuntiatio *уже удовлетворяли всѣмъ необходимымъ для компенсаціи условіямъ.* Но, исходя изъ того соображенія, что одностороннее дѣйствіе кредитора не должно ухудшать положеніе должника, слѣдуетъ пойти дальше.

Въ виду этого, противъ цессіонарія возможно предъявленіе всѣхъ требованій, которыя принадлежали должнику противъ цедента въ моментъ denuntiatio, *хотя бы срокъ имъ наступилъ позже.* Наоборотъ, не допускается зачетъ такихъ требованій противъ цедента, *срокъ которыхъ наступаетъ позже срока того требованія, которое было предметомъ цессіи.* Это ограниченіе необходимо. Было бы поощреніемъ вѣроломства, еслибы debitor cessus могъ лишить всякаго значенія уступленное цессіонарію требованіе, затягивая его исполненіе до тѣхъ поръ, пока не наступитъ срокъ его собственнаго

данной должнику для изысканія средствъ къ платежу, ср. l. 16, § 1. D. h. t. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 387, опредѣляетъ, что каждая сторона можетъ произвести зачетъ, коль скоро она въ правѣ требовать слѣдующаго ей исполненія и въ правѣ исполнить лежащее на ея обязанности дѣйствіе.

[7]) l. 5. D. h. t. 16. 2. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 770, п. 2, поручитель можетъ отказать кредитору въ удовлетвореніи, пока послѣдній имѣетъ возможность получить это удовлетвореніе путемъ зачета своего требованія съ требованіемъ главнаго должника, срокъ которому уже наступилъ.

[8]) l. 10. D. de duobus reis. 45. 2. Papinianus libro 37 quaestionum: Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Ср. ниже, § 73, прим. 10. По аналогіи слѣдуетъ допустить, что должникъ можетъ предъявить къ корреальному вѣрителю для компенсаціи требованіе, которое онъ имѣетъ къ другому корреальному вѣрителю, если тотъ и другой состоятъ въ товариществѣ. Dernburg, loc. cit., § 463. Однако, по этому вопросу мнѣнія расходятся; см. авторовъ, приведенныхъ у Windscheid'a, § 350, прим. 20. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 422, п. 2, гласитъ: Требованіе, принадлежащее одному изъ совокупныхъ должниковъ, не можетъ быть предъявлено къ зачету остальными должниками. Ср. также § 429, п. 3.

требованія къ цеденту, и представляя затѣмъ послѣднее къ зачету противъ цессіонарія [9])[10]).

II. Компенсація не допускается:

1. въ случаѣ отреченія должника отъ своего права на компенсацію [11]);

2. по отношенію къ требованію возврата того, что̀ должникъ присвоилъ себѣ путемъ незаконнаго произвола [12]);

3. по отношенію къ требованіямъ о возвратѣ поклажи; это распространяется и на depositum irregulare, при которомъ должникъ обязанъ возвратить лишь вещи однородныя съ отданными на храненіе [13]);

4. по отношенію къ требованіямъ, направленнымъ на доставленіе содержанія—alimenta [14]).

5. Въ силу особой привилегіи казны, не допускается зачетъ требованія одного вѣдомства съ требованіемъ къ казнѣ по другому вѣдомству [15]). Точно такъ же нѣкоторыя требованія казны и городскихъ общинъ вообще не подлежатъ компенсаціи [16]).

---

[9]) Относительно компенсаціи въ случаѣ цессіи см. Dernburg, loc. cit., стр. 402, и, кромѣ приведенныхъ тамъ писателей, еще Eisele, стр. 305. R. G. E., т. 4, стр. 255, и т. 11, стр. 301, стоятъ на защищаемой здѣсь точкѣ зрѣнія, по крайней мѣрѣ, по отношенію къ прусскому праву; въ такомъ же смыслѣ имперскій судъ толкуетъ, повидимому, и обще-германское право, ср. Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1, стр. 97. См., впрочемъ, также Ohnsorge въ Jherings Jahrb., т. 20, стр. 295. Того же взгляда, по существу, держится и гражд. улож. для герман. имперіи, § 406, см. еще § 392.

[10]) Бываютъ случаи, когда по синаллагматическому договору правомъ требованія обладаетъ не то лицо, на которое возложены вытекающія изъ сдѣлки обязанности. Однако, это обстоятельство не лишаетъ отвѣтчика права сослаться на exceptio non adimpleti contractus такъ, какъ будто самъ истецъ долженъ выполнить соотвѣтствующее дѣйствіе. Въ свою очередь, exceptio non adimpleti contractus сводится къ простой компенсаціи, если оба требованія заключаются въ деньгахъ, напр., когда притязаніе покупателя на вещь превращается въ требованіе интереса. Такимъ образомъ, здѣсь также происходитъ компенсація, несмотря на то, что вѣритель по одному требованію не является должникомъ по другому, l. 19. D. h. t. 16. 2; Dernburg, loc. cit., стр. 372. Аналогичное можетъ произойти и въ другихъ случаяхъ осуществленія jus retentionis.

[11]) Заключается ли такой отказъ въ обѣщаніи заплатить „наличными“, напр., автору сочиненія тотчасъ по доставленіи рукописи, — этотъ вопросъ слѣдуетъ рѣшать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, смотря по обстоятельствамъ дѣла.

[12]) l. 14, § 2. C. h. t. 4. 31. При этомъ не требуется непремѣнно умышленная неправомѣрность дѣйствія; достаточно всякаго противозаконнаго самоуправства съ объективной точки зрѣнія. Dernburg, loc. cit., стр. 511. Ср. R. G. E., т. 19, стр. 237; Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 19. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 393, опредѣляетъ: Зачетъ не допускается по отношенію къ такому требованію, которое возникло изъ умышленно недозволеннаго дѣйствія. Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 128, стр. 291.

[13]) l. 11. C. depositi. 4. 34; l. 14, § 1 in fine. C. h. t. 4. 31; § 30. I. de actionibus. 4. 6. См. ниже, § 93; Dernburg, loc. cit., стр. 514. Eisele, стр. 351, безъ достаточнаго основанія, не признаетъ за этимъ исключеніемъ значенія для общегерманскаго права. Ср. противъ этого R. G. E., т. 12, стр. 89. Имперскій судъ призналъ недопустимость компенсаціи и при depositum irregulare. По гражд. улож. для герман. имперіи депозитарій можетъ производить зачетъ.

[14]) Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 519. Компенсація не допускается и противъ косвенныхъ требованій алиментаціи; что касается просроченныхъ алиментовъ, то здѣсь она не примѣнима лишь въ томъ случаѣ, если недополученная сумма можетъ еще служить цѣлямъ алиментаціи. Относительно притязаній на пенсію см. R. G. E., т. 21, стр. 186. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 394, устанавливаетъ болѣе общее правило: Поскольку на извѣстное требованіе не можетъ быть обращено взысканіе, оно не можетъ быть и погашено зачетомъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 128, стр. 292.

[15]) l. 1. C. h. t. 4. 31. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 395.

[16]) l. 20. D. h. t. 16. 2; l. 3, l. 7. C. h. t. 4. 31; l. 46, § 5. D. de jure fisci. 49. 14; Dernburg, loc. cit., стр. 524; Eisele, стр. 349.

www.naukaprava.ru

III. Справедливость института компенсаціи особенно наглядно обнаруживается въ *конкурсѣ*. Тотъ изъ вѣрителей общаго должника, который въ то же время является его должникомъ, естественно, расчитываетъ покрыть свое требованіе своимъ же долгомъ. Поэтому, вполнѣ справедливо, чтобы онъ не вносилъ долга въ конкурсную массу для распредѣленія между всѣми кредиторами, а зачелъ его за свое требованіе, какъ бы выдѣливъ изъ общей массы. Вслѣдствіе этого, при конкурсѣ основныя начала компенсаціи были значительно расширены и получили особую конструкцію, аналогично съ тѣмъ, что мы видимъ въ до-юстиніановомъ конкурсномъ правѣ [17]). Для компенсаціи достаточно, чтобы у конкурснаго вѣрителя и несостоятельнаго должника еще *до открытія конкурса имѣлись взаимныя требованія*. Она не исключается, если срокъ этихъ требованій ко времени открытія конкурса еще не наступилъ, и если требованіе конкурснаго вѣрителя направлено не на денежную сумму. Даже условныя встрѣчныя требованія даютъ право на компенсацію; хотя въ этомъ случаѣ долгъ, съ наступленіемъ срока, и уплачивается въ конкурсную массу, однако, только подъ обезпеченіемъ, что онъ будетъ возвращенъ, если условіе исполнится.

§ 64. Осуществленіе и послѣдствія компенсаціи.

I. Компенсація совершается съ момента заявленія, которое одна сторона дѣлаетъ другой [1]). Чаще всего это заявленіе дѣлается во время процесса отвѣтчикомъ въ видѣ возраженія. Обращаетъ на себя вниманіе слѣдующее:

1. Если должникъ пріобрѣлъ годное для компенсаціи встрѣчное требованіе, то онъ можетъ воспользоваться имъ для зачета даже въ томъ случаѣ, если вѣрителемъ былъ предъявленъ искъ въ то время, когда это требованіе было уже *погашено давностью:* разъ возникшее право на зачетъ не можетъ быть уничтожено дѣйствіемъ исковой давности [2]).

2. Отвѣтчикъ, имѣющій нѣсколько встрѣчныхъ требованій, можетъ, по общему правилу, употребить для компенсаціи любое изъ нихъ, по собственному усмотрѣнію. Когда *вѣрителю* принадлежитъ нѣсколько

---

17) К. О., §§ 46 и слѣд.; Schrutka-Rechtenstamm: Die Kompensation im Konkurse, 1881; Kohler: Konkursrecht, стр. 123; Lothar Seuffert: Konkursprozessrecht, стр. 229.

1) Спрашивается, производится ли компенсація *судьей* по ходатайству одной изъ тяжущихся сторонъ — таковъ былъ исходный пунктъ развитія римскаго права — или она происходитъ уже въ силу *односторонняго заявленія одного изъ участниковъ процесса* своему противнику? Послѣднее болѣе соотвѣтствуетъ тому направленію, въ которомъ шло развитіе современнаго права. См. R. G. E., т. 11, стр. 119; Ohnsorge въ Jherings Jahrb., т. 20, стр. 285; уже для римскаго права отстаиваетъ этотъ взглядъ Leonhard въ сочиненіи, указанномъ въ § 62, прим. 1; противъ него Liebknecht, loc. cit., стр. 31. Ср., однако, также Lippmann въ Jherings Jahrb., т. 32, стр. 157 и, главнымъ образомъ, Geib: Theorie der gerichtlichen Kompensation, 1897. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 388, гласитъ: Зачетъ совершается черезъ заявленіе, обращенное къ другой сторонѣ.

2) Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 472. Таковъ господствующій взглядъ, который раздѣляетъ и имперскій судъ, см. Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1, стр. 88. Такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи, § 390.

требованій, онъ въ правѣ заявить должнику, какое изъ нихъ предназначается имъ для компенсаціи [3]). Это имѣетъ рѣшающее значеніе. Если же вѣритель предъявляетъ искъ по одному изъ своихъ требованій, не сдѣлавъ ни въ самомъ искѣ, ни до его предъявленія упомянутаго заявленія, то въ такомъ случаѣ должникъ имѣетъ право погасить посредствомъ компенсаціи именно то требованіе, на основаніи котораго предъявленъ искъ. Вчиная искъ по одному изъ своихъ требованій, истецъ тѣмъ самымъ даетъ понять, что онъ желаетъ его удовлетворенія раньше всѣхъ другихъ, а потому онъ и долженъ мириться съ тѣмъ, что это удовлетвореніе произойдетъ путемъ компенсаціи. Поэтому, такъ наз. реплика компенсаціи, при помощи которой вѣритель зачитываетъ требованіе, представленное должникомъ для компенсаціи, съ другимъ своимъ требованіемъ, допускается лишь въ томъ случаѣ, если онъ заранѣе заявилъ о таковомъ своемъ желаніи. Тѣмъ не менѣе, каждая сторона можетъ требовать, чтобы связанныя между собою требованія, особенно вытекающія изъ одной и той же сдѣлки, зачитывались другъ съ другомъ преимущественно передъ требованіями вполнѣ самостоятельными [4]).

3. Несмотря на свои справедливыя основанія, компенсація, однако, въ процессуальномъ отношеніи имѣетъ огромныя неудобства. Она даетъ должнику возможность оттянуть приговоръ, основанный на вполнѣ достовѣрномъ искѣ, представленіемъ для зачета какого-либо сомнительнаго или даже мнимаго встрѣчнаго требованія.

Поэтому, Юстиніанъ предоставилъ судьямъ право, если дѣло уже подготовлено для окончательнаго рѣшенія, отложить недостовѣрныя—illiquidae—встрѣчныя требованія до особаго разбирательства, а отвѣтчика присудить теперь же къ исполненію, согласно съ ходатайствомъ истца. Подъ *liquidae* слѣдуетъ разумѣть такія требованія, наличность которыхъ установлена получившимъ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ, сдѣланнымъ на судѣ признаніемъ или засвидѣтельствованными документами. Наряду съ ними стоятъ такія требованія, которыя, повидимому, въ непродолжительномъ времени или, по меньшей мѣрѣ, до окончательнаго выясненія главнаго дѣла *могутъ превратиться* въ liquidae [5]).

---

[3]) Ср. l. 5. D. h. t. 16. 2.

[4]) Этотъ вопросъ принадлежитъ къ числу наиболѣе спорныхъ. Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 549; Eisele, стр. 365; Windscheid, т. 2, § 349, прим. 21 и слѣд. Въ источникахъ мы не находимъ никакой опоры для его разрѣшенія. Принципіальныя соображенія, которыя приводятся въ пользу того или иного воззрѣнія, не имѣютъ достаточно убѣдительной силы. Въ виду этого, представляется наиболѣе цѣлесообразнымъ примкнуть къ практикѣ имперскаго суда, которая приходитъ къ тѣмъ же положеніямъ, какія выше формулированы въ нашемъ текстѣ. Ср. R. O. H. G. E., т. 7, стр. 367, т. 12, стр. 389, т. 19, стр. 76 и приведенныя тамъ рѣшенія; Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1, стр. 89, казусъ 413. Ср. также рѣшеніе имперскаго суда у Seuffert'a: Archiv, т. 48, казусъ 253; Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg, т. 19, стр. 208; Leonhard, привед. сочин., стр. 166.—Относительно § 396 гражд. улож. для герман. имперіи см. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, § 129, стр. 294.

[5]) l. 14, § 1. C. h. t. 4. 31: Ita tamen compensationes obici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum

www.naukaprava.ru

Взамѣнъ этихъ опредѣленій Юстиніана, германскій уставъ гражданскаго судопроизводства установилъ другія правила [6]), въ силу которыхъ допускается:

а) Раздѣленіе разбирательства по предъявленному иску и по вопросу о компенсаціи, если встрѣчное требованіе не связано юридически съ исковымъ притязаніемъ, и

b) *судебное рѣшеніе* относительно искового требованія, съ отсрочкою рѣшенія вопроса о зачетѣ, если встрѣчное требованіе не связано съ притязаніемъ истца.

Законъ оставляетъ примѣненіе указанныхъ мѣръ на усмотрѣніе суда. Но само собой разумѣется, что послѣдній прибѣгаетъ къ нимъ лишь въ томъ случаѣ, если соединеніе производства по тому и другому требованію вмѣстѣ породило бы путаницу или повело бы къ нежелательной волокитѣ.

Въ отношеніи зачета, по вопросу о которомъ рѣшеніе отложено, судебный споръ остается неразрѣшеннымъ. Если въ дальнѣйшемъ производствѣ требованіе его окажется основательнымъ, то первый приговоръ долженъ быть отмѣненъ и истцу отказано въ искѣ. Въ то же время истецъ обязанъ возмѣстить ущербъ, понесенный отвѣтчикомъ вслѣдствіе перваго приговора. Послѣднее притязаніе можетъ быть заявлено въ томъ же производствѣ [7]).

II. Exceptio compensationis, какъ и всякая другая эксцепція, освобождаетъ отъ обязательства каждаго, ссылающагося на нее, съ того момента, когда *наступили всѣ ея необходимыя объективныя условія*. Поэтому, если судъ уважитъ заявленное отвѣтчикомъ ходатайство о компенсаціи, то, при опредѣленіи ея послѣдствій, въ основаніе должно быть положено не время судебнаго рѣшенія, а *тотъ моментъ, когда оба встрѣчныя требованія сдѣлались годными для зачета* [8]).

Изъ вышесказаннаго слѣдуетъ:

1. Въ случаѣ зачета, съ упомянутаго момента прекращается теченіе процентовъ по обоимъ встрѣчнымъ требованіямъ [9]).

---

res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque judices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant. Относительно разнообразныхъ толкованій этого закона и развитія его въ обще-германскомъ правѣ см. Dernburg, loc. cit., стр. 554; Hasse въ Archiv für civ. Praxis, т. 7, статья 9. Hasse доказывалъ, что для требованій, вытекающихъ ex eadem causa, не считается необходимымъ, чтобы они были liquidae. Хотя такой взглядъ не находитъ никакихъ оправданій въ Юстиніановомъ правѣ, онъ, тѣмъ не менѣе, оказалъ вліяніе на современное законодательство.

[6]) С. Р. О., §§ 145 и 302.

[7]) Такъ опредѣляетъ § 302, п. 4 новаго устава гражд. судопроизводства. По поводу значенія постановленій прежняго устава существовалъ споръ; объ этомъ см. прежнія изданія учебника.

[8]) Тотъ же принципъ, по существу, высказываетъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 389: Зачетъ влечетъ за собою признаніе требованій, насколько они покрываютъ другъ друга, погашенными съ того момента, когда наступили условія для ихъ зачета.

[9]) l. 11. D. h. t. 16. 2; l. 4. C. h. t. 4. 31; l. 7. C. de solutionibus. 8. 42.

2. Если должникъ чинитъ платежъ, не зная, что у него имѣется встрѣчное требованіе, дающее ему право на компенсацію, то притязаніе его не ограничивается возможностью предъявить это требованіе ко взысканію. Ему, сверхъ того, принадлежитъ еще право вытребовать уплаченную имъ сумму путемъ condictio indebiti [10]), такъ какъ онъ заплатилъ то, чего платить вовсе не былъ обязанъ; вѣдь у него тогда имѣлась эксцепція, при помощи которой онъ могъ парализовать направленное противъ него требованіе.

3. Въ силу тѣхъ же соображеній, съ возникновеніемъ встрѣчнаго требованія, прекращается и просрочка должника, со всѣми ея невыгодными послѣдствіями [11]).

III. Договоры о прощеніи долга.

§ 65. **Добровольное соглашеніе о прощеніи долга** [1]).

1. Обязательство прекращается, если вѣритель *освобождаетъ* должника отъ исполненія, изъявляя волю отказаться отъ требованія, а должникъ соглашается на такое освобожденіе [2]).

2. Въ Римѣ прощеніе долга происходило обыкновенно въ формѣ acceptilatio [3]). Однако, послѣдняя могла быть замѣнена и неформальнымъ pactum de non petendo, такъ какъ, на основаніи такого соглашенія, должникъ, въ случаѣ предъявленія къ нему иска, получалъ exceptio pacti de non petendo.

3. По обще-германскому праву, для прекращенія обязательства такъ же, какъ и для его возникновенія, достаточно простого неформальнаго заявленія [4]).

Прощеніе долга обыкновенно погашаетъ обязательство вполнѣ. Но оно можетъ, конечно, быть ограничено и опредѣленными лицами или быть поставлено въ зависимость отъ извѣстныхъ условій.

Если вѣритель *лишь на время* отказывается отъ осуществленія своего требованія, то это не есть прощеніе долга, а *отсрочка*.

Цѣль прощенія долга можетъ заключаться въ дареніи. Но это отнюдь не является обязательнымъ условіемъ. Можно, напр., прос-

---

[10]) l. 10, § 1. D. h. t. 16. 2.

[11]) Ср. Dernburg, loc. cit., стр. 589; Windscheid, т. 2, § 349, прим. 7. Тамъ приведены и противоположныя мнѣнія.

[1]) Völderndorff: Zur Lehre vom Erlass, 1850; Scheurl: Beiträge, т. 2, ст. 14; Unger, loc. cit., стр. 560; Altmann: Der Erlassvertrag, 1891; Meissels: Zur Lehre vom Verzichte въ Grünhuts Zeitschrift, т. 18, ст. 9.

[2]) l. 91. D. de solutionibus. 46. 3. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 397; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 130, стр. 295.

[3]) Выше, § 54.

[4]) Прощеніе долга нынѣ не представляетъ изъ себя acceptilatio, подобно тому, какъ неформальный обязательственный договоръ, по обще-германскому праву порождающій право требованія, не считается стипуляціей, ср. выше, § 54, прим. 6. Соглашеніе о прощеніи долга является институтомъ обще-германскаго права, аналогичнымъ неформальному способу заключенія обязательствъ. Ни въ коемъ случаѣ его нельзя отождествлять съ римскимъ pactum de non petendo, которое порождало лишь exceptio и могло служить для отсрочки долга такъ же, какъ и для его прощенія. Ср., однако, Vangerow, т. 3, § 621, прим. 1, но также Windscheid, т. 2, § 357, прим. 9.

www.naukaprava.ru

тить часть долга, въ видѣ „уступки въ интересахъ дѣловыхъ отношеній“, или съ тѣмъ, чтобы этимъ вѣрнѣе обезпечить себѣ уплату остальной части. Въ подобныхъ случаяхъ нѣтъ требуемаго для даренія animus donandi, т. е. намѣренія оказать щедрость [5]).

§ 66. Принудительное прощеніе долга и принудительная мировая сдѣлка.

1. Подъ принудительнымъ прощеніемъ долга разумѣютъ тотъ случай, когда большинство вѣрителей общаго должника соглашается, при содѣйствіи судебной власти, отказаться отъ своихъ требованій, при чемъ это соглашеніе является обязательнымъ и для меньшинства.

2. Такое принудительное прощеніе практиковалось въ Римѣ лишь съ цѣлью дать возможность наслѣдникамъ принять обремененное долгами наслѣдство [1])[2]). По обще-германскому праву оно допускалось во всѣхъ случаяхъ несостоятельности должника, для предотвращенія конкурса [3]).

3. Германскій конкурсный уставъ [4]) не знаетъ принудительнаго прощенія долга до открытія конкурса въ цѣляхъ *устраненія* послѣдняго, но знаетъ *принудительную мировую сдѣлку—Akkord*, которая происходитъ уже по открытіи конкурса и послѣ общаго засѣданія, назначеннаго для разсмотрѣнія конкурсныхъ требованій. Эта мировая сдѣлка имѣетъ своей цѣлью *окончаніе* конкурса и состоитъ обыкновенно въ томъ, что прощается часть долга; иногда, впрочемъ, должнику дается только отсрочка. Въ случаѣ злостнаго банкротства такая сдѣлка вообще не допускается.

Какъ предварительные переговоры, такъ и самое заключеніе мировой сдѣлки происходятъ между несостоятельнымъ должникомъ и тѣми изъ его конкурсныхъ кредиторовъ, которые не пользуются особыми привилегіями. Для того, чтобы сдѣлка состоялась, необходимо:

a) согласіе большинства кредиторовъ, присутствующихъ въ засѣданіи при ея заключеніи;

b) чтобы требованія этого большинства составляли, по крайней мѣрѣ, $^3/_4$ всей суммы требованій, дающихъ право на голосъ.

Для дѣйствительности сдѣлки, сверхъ того, необходимо утвержденіе суда, въ которомъ должно быть отказано по ходатайству даже одного изъ участвовавшихъ въ конкурсѣ кредиторовъ, если мировая состоялась незаконнымъ порядкомъ или же не согласуется съ общими интересами кредиторовъ. Но и помимо особаго ходатайства сдѣлка не должна быть утверждена, если она, вслѣдствіе недобросовѣстнаго

---

[5]) Относительно „causa“ договора о прощеніи долга см. Hartmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 85, ст. 1.

[1]) l. 7. § 17, l. 10. D. de pactis. 2. 14. Ср. l. 54, § 1. D. de man. test. 40. 4; l, 58, § 1. D. mandati. 17. 1.

[2]) Сверхъ того, Юстиніанову праву извѣстна принудительная отсрочка долга—такъ наз. moratorium—въ силу постановленія большинства кредиторовъ, обязательнаго для меньшинства, l. 8. C. qui bonis cedere possunt. 7. 71.

[3]) По поводу исторіи соотвѣтствующихъ нормъ обычнаго права см. Fuchs: Das Konkursverfahren, 1863, стр. 83 и слѣд.

[4]) К. О., §§ 173 и слѣд.

поведенія должника, не обезпечиваетъ вѣрителямъ и пятой доли ихъ требованій; если это является послѣдствіемъ одного только легкомысленнаго поведенія должника, то неутвержденіе сдѣлки зависитъ отъ усмотрѣнія суда.

Мировая сдѣлка обязательна, какъ для присутствовавшаго при голосованіи меньшинства, такъ и для отсутствовавшихъ кредиторовъ; во всякомъ случаѣ, она всѣмъ должна доставить одинаковыя права.

IV. Остальныя основанія погашенія обязательствъ.

§ 67. **Отпаденіе субъекта обязательства.**

1. По общему правилу, обязательства переходятъ на наслѣдниковъ какъ кредитора, такъ и должника [1]).

Даже въ томъ случаѣ, когда кредиторъ или должникъ умираютъ, не оставивъ наслѣдниковъ, всетаки обязательства не исчезаютъ безслѣдно. Наоборотъ, они остаются активомъ и пассивомъ наслѣдства или же конкурсной массы, если надъ наслѣдственнымъ имуществомъ открытъ конкурсъ.

2. Однако, есть и такія требованія, которыя, по предписанію закона или по особому соглашенію, такъ тѣсно *связаны съ личностью участниковъ*, что прекращаются со смертью кредитора или должника. Такіе случаи являются исключительными [2]).

3. Кромѣ того, обязательства прекращаются вслѣдствіе такъ наз. *confusio*, состоящей въ томъ, что *право требованія и обязанность исполненія сливаются въ одномъ лицѣ* [3]). Обязательство прекращается въ данномъ случаѣ потому, что никто не можетъ быть своимъ собственнымъ должникомъ [4]). Наиболѣе частымъ случаемъ

---

[1]) l. 37. D. de adquir. vel omittenda hered. 29. 2... et ea quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

[2]) Объ отдѣльныхъ случаяхъ неперехода обязательствъ по наслѣдству удобнѣе говорить при изложеніи наслѣдственнаго права, чѣмъ въ данномъ мѣстѣ, см. вып. III, § 169.

[3]) Modestinus libro 8 regularum—l. 75. D. de solutionibus. 46. 3—довольно высокопарно замѣчаетъ: Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio: nam si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem. Ср. Girtanner: Bürgschaft, стр. 504; Kuntze: Die Obligation, стр. 217; Fitting: Die Korrealobligation, стр. 103; Baron: Gesamtrechtsverhältnisse, стр. 335; Friedmann: Die Wirkungen der confusio, Greifswalder Dissert., 1884; Mosler: Zur Lehre von der Konfusion, Berliner Dissert., 1897; въ особенности же Paul Kretschmar: Die Theorie der Konfusion, 1899. Относительно l. 21, § 5. D. de fidejussoribus. 46. 1 см. Brunetti въ Archiv. giurid., т. 48, стр. 135; противъ него Kretschmar, прив. соч., стр. 162.

[4]) Легко понять, какъ нѣкоторые—напр., Baron, loc. cit.—приходятъ къ объясненію процесса confusio тѣмъ, что должникъ не можетъ перейти на положеніе вѣрителя, а вѣритель—на положеніе должника, и что обязательство погашается по этой причинѣ. Однако, римскіе юристы понимали дѣло иначе. По ихъ мнѣнію, вѣритель вступаетъ въ долгъ самому себѣ, а должникъ пріобрѣтаетъ требованіе противъ самого себя; но все это совершается лишь на одинъ моментъ, такъ какъ, вслѣдствіе соединенія роли вѣрителя и должника въ одномъ лицѣ, обязательство тотчасъ погашается. Что римляне именно такъ представляли себѣ суть дѣла, доказываетъ самое выраженіе „confusio“; за это же говоритъ и l. 7, § 1. D. de stipulatione servorum. 45. 3; ср. Windscheid, т. 2, § 352. Лишь при такомъ пониманіи мы можемъ прійти къ практически цѣлесообразнымъ выводамъ. Съ точки зрѣнія противоположнаго ученія, *уступка* требованія *должнику* была бы невозможна и самое требованіе оставалось бы, такимъ образомъ, у це-

www.naukaprava.ru

такого сліянія является *наслѣдованіе* кредиторомъ должнику и наоборотъ [5]). Но это отнюдь не единственный случай confusio; она происходитъ, между прочимъ, и вслѣдствіе *уступки* требованія должнику [6]).

Въ случаѣ confusio вѣритель пріобрѣтаетъ цѣнность, соотвѣтствующую стоимости его требованія. Поэтому источники нерѣдко приравниваютъ confusio къ платежу. Такое приравниваніе не лишено даже нѣкоторыхъ практическихъ послѣдствій; но оно не можетъ быть проведено безусловно [7]).

§ 68. Послѣдующая невозможность исполненія [1]).

1. Обязательство прекращается, если исполненіе его становится *объективно* невозможнымъ, будь то невозможность фактическая или юридическая [2]).

Но и въ этомъ случаѣ обязательство сохраняетъ свое значеніе въ видѣ притязанія на денежное вознагражденіе, если невозможность исполненія произошла вслѣдствіе такихъ дѣйствій должника, за ко-

---

дента, что едва ли цѣлесообразно. По правильному воззрѣнію, подобная цессія вполнѣ дѣйствительна; осуществляясь въ лицѣ цессіонарія, она ведетъ къ погашенію обязательства путемъ confusio.

[5]) Если вѣритель или должникъ лишь отчасти наслѣдуютъ другъ другу, то confusio происходитъ пропорціонально унаслѣдованнымъ долямъ, l. 1 C. de actionibus hereditariis. 4. 16. Gordianus: Pecuniam, quam tibi a matre debitam fuisse dicis, ab heredibus ejus coheredibus tuis pro parte tibi competenti petere debes.

[6]) Если пріобрѣтеніе права требованія впослѣдствіи будетъ отмѣнено, то изъ этого вытекаетъ, что confusio была только мнимой, и обязательство продолжаетъ существовать. Таковъ, напр., случай, когда завѣщаніе оспорено, и въ наслѣдство вступаетъ другое лицо, въ результатѣ такъ наз. querella inofficiosi testamenti, l. 21. § 2. D. de inofficioso testamento. 5. 2. Совсѣмъ иное дѣло, если наслѣдникъ уже послѣ confusio продастъ наслѣдство. Тогда прекратившееся путемъ confusio требованіе не можетъ само собою возродиться вновь. Разумѣется, наслѣдникъ въ правѣ путемъ actio venditi требовать отъ покупателя уплаты стоимости своего прекратившагося требованія къ наслѣдодателю, и, наоборотъ, покупатель можетъ поставить ему въ счетъ стоимость требованія наслѣдодателя къ нему, прекратившагося вслѣдствіе confusio. Ибо, при продажѣ наслѣдства, по смыслу договора, дѣло должно быть поставлено въ такое положеніе, какъ будто настоящимъ наслѣдникомъ сдѣлался не продавецъ, а покупатель. Ср. l. 2, § 18. D. de her. vel. act. vend. 18. 4, l. 20. D. eod., а также и гражд. улож. для герм. имперіи, § 2377.

[7]) Особенно опредѣленно выражается Папиніанъ libro 37 quaestionum, l. 50. D. de fidejussoribus. 46. 1: Debitori creditor pro parte heres extitit accepto coherede fidejussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius) solutionis potestate: sed pro parte coheredis obligatio salva est non fidejussoria, sed hereditaria, quoniam major tollit minorem. Въ другихъ мѣстахъ, однако, confusio только уподобляется solutio, l. 21, § 1. D. de liberatione legata. 34. 3... confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione, и также l. 71, pr. D. de fidejussoribus. 46. 1. Именно послѣднее мѣсто, къ которому мы еще вернемся, показываетъ, что приравниваніе confusio къ solutio отнюдь не проводится безусловно. Поэтому и неправильно разсматривать confusio, по примѣру Girtanner'a: Bürgschaft, стр. 504, какъ фингированное правомъ исполненіе обязательства должникомъ самому себѣ. Изъ l. 41, § 2. D. de evictionibus. 21. 2 тоже нельзя сдѣлать подобнаго вывода. Ср. Windscheid, т. 2, § 352, прим. 4.

[1]) Mommsen: Beiträge, т. 1, стр. 228; Hartmann: Obligation, стр. 222; Brinz, т. 2, стр. 312.

[2]) Ср. выше, § 16, и гражд. улож. для герман. имперіи, § 275. Одна лишь временная невозможность исполненія имѣетъ значеніе простой отсрочки. Но она становится равносильною окончательной невозможности, если благодаря ей дѣлается совершенно немыслимымъ достиженіе цѣли обязательства. Точно такъ же обязательство прекращается вслѣдствіе невозможности исполнить хоть часть его, если этимъ окончательно разстраивается та цѣль, на которую оно было направлено.

торыя онъ отвѣчаетъ [3]), или если онъ находился in mora. Кромѣ того, должникъ обязанъ выдать всякое обогащеніе, которое получено имъ благодаря событію, сдѣлавшему исполненіе обязательства невозможнымъ [4]).

Точно такъ же обязательство прекращается и тогда, когда невозможность его исполненія происходитъ вслѣдствіе препятствій, заключающихся въ лицѣ *вѣрителя*.

Освобождается ли должникъ вообще отъ обязательства и въ какой именно степени, если невозможность исполненія наступила помимо его вины, но *связана съ его личностью или положеніемъ его дѣлъ*—это вопросъ, который не можетъ быть рѣшенъ одинаково для всѣхъ обязательствъ. Все зависитъ отъ того, отвѣчаетъ ли должникъ въ данномъ отношеніи только за culpa или же отвѣтственность его простирается дальше. Кто, напр., продалъ вещь *третьяго лица*, надѣясь достать ее, тотъ не освобождается отъ обязательства въ силу того, что потомъ не имѣетъ возможности ее *пріобрѣсти* [5]).

2. Главные случаи такой невозможности исполненія, которая освобождаетъ отъ обязательства, слѣдующіе:

a) *Уничтоженіе* индивидуально—опредѣленнаго предмета обязательства (species) [6]) или изъятіе его изъ гражданскаго оборота. Если вещь уничтожена не совсѣмъ и можетъ быть возстановлена, то обязательство не прекращается [7]).

b) Передача права собственности на индивидуально—опредѣленную вещь—species—становится также невозможной послѣ того, какъ вѣритель *другимъ путемъ сдѣлался ея собственникомъ* [8]).

Если, однако, вѣритель, для пріобрѣтенія вещи, произвелъ какія-либо издержки, то онъ можетъ требовать ихъ возмѣщенія отъ должника,

---

[3]) Ср. Bolze въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, стр. 102. Гражд. улож. для германск. имперіи, § 280, п. 1.

[4]) l. 35, § 4. D. de contr. empt. 18. 1; l. 14. D. de per. et comm. 18. 6. Ср. Mommsen, loc. cit., стр. 297. Гражд. улож. для германск. имперіи, § 291; Dernb., Bürg. R., т. 2, § 62, стр. 134. Это правило, само по себѣ, не распространяется на страховую сумму.

[5]) Ср. l. 9, pr. D. locati. 19. 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere.

[6]) Для обозначенія случайно приключившагося и постигшаго вещь „несчастія" римляне употребляли, главнымъ образомъ, терминъ *casus*, ср. l. 23. D. de R. J. 50. 17. См. въ особенности Brinz, loc. cit., стр. 312. Casus можетъ заключаться, какъ въ уничтоженіи предмета обязательства, такъ и въ его порчѣ. Но освобожденіе отъ обязательства вслѣдствіе невозможности исполненія не ограничивается однимъ casus'омъ, какъ это нѣкоторые полагаютъ, напр., Brinz, loc. cit. См. ниже, прим. 8.

[7]) l. 98, § 8. D. de solutionibus. 46. 3. Ср. Mommsen, loc. cit., стр. 294, и приведенныхъ тамъ авторовъ; но см. также Hartmann, loc. cit., стр. 225, прим. 2.

[8]) Hartmann, loc. cit., стр. 7 и слѣд., отрицаетъ, что мы здѣсь имѣемъ дѣло съ однимъ изъ случаевъ прекращенія обязательства вслѣдствіе невозможности его исполненія. Въ пользу этого, однако, говоритъ, по нашему мнѣнію, l. 16, pr. D. de verb. obl. 45. 1. Pomponius libro 6 ad Sabinum: Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquus debetur mihi a te. Юристъ, очевидно, полагаетъ, что обязательство прекращается по отношенію къ тому предмету, который становится собственностью вѣрителя. На какомъ же иномъ основаніи, кромѣ невозможности исполненія, оно могло бы прекратиться?

www.naukaprava.ru

по крайней мѣрѣ, въ томъ объемѣ, въ какомъ послѣдній отъ этого обогатился [9]).

Наоборотъ, должникъ освобождается отъ обязательства безусловно въ случаѣ такъ наз. „concursus duarum causarum lucrativarum“, когда вѣритель долженъ былъ получить отъ него вещь на основаніи какого-либо безвозмезднаго акта и пріобрѣтаетъ тотъ же предметъ инымъ, но тоже безвозмезднымъ путемъ [10])[11]). Здѣсь самая вещь не можетъ уже быть передана въ собственность вѣрителю на томъ основаніи, что онъ и безъ того является ея собственникомъ; на вознагражденіе же вѣритель не имѣетъ права, такъ какъ онъ на пріобрѣтеніе вещи ничего не истратилъ.

3. Что касается *двусторонних* договоровъ, то для нихъ не существуетъ общаго правила. Въ частности, при договорѣ найма, если наймодавецъ не имѣетъ возможности исполнить обязательство, то и наниматель освобождается отъ своей обязанности. Въ другихъ случаяхъ, напротивъ, сторона, лишенная безъ всякой своей вины возможности исполнить обязательство, сохраняетъ право требованія къ своему контрагенту. Таково, по крайней мѣрѣ, общее правило при куплѣ-продажѣ [12]).

---

[9]) l. 61. D. de solutionibus. 46. 3. Paulus libro 5 ad Plautium: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio. Ср. Pauli sent., II, 17, § 8: Fundum alienum mihi vendidisti: postea idem ex causa lucrativa meus factus est; si pars pretii numerata sit, competet mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto. l. 84, § 5. D. de leg. I. Mommsen, loc. cit., т. 1, стр. 260.

[10]) Относительно прекращенія обязательства въ силу такъ наз. „concursus duarum causarum lucrativarum“ см. Mommsen, loc. cit., стр. 252; Hartmann, loc. cit., стр. 3; Karl Schmidt: Erklärung der Rechtsregel über das Zusammentreffen zweier causae lucrativae въ Jherings Jahrb., т. 20, статья 9. Тамъ, на стр. 411, прим. 2, приведена прежняя литература. Ср. также Salkowski: Fortsetzung von Glücks Commentar, т. 49, стр. 122; Tigges: Ueber den concursus duarum causarum lucrativarum, Göttinger Dissert., 1895.

[11]) Общее правило формулировано въ l. 17. D. de obl. et act. 44. 7. Julianus libro 33 digestorum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. Ср. l. 108, § 4. D. de leg. I. Africanus libro 5 quaestionum: Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit: si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat, sin e duabus, tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam nec bis eadem res praestari possit. Windscheid, т. 2, § 343a, прим. 6, доказываетъ, что предположеніе, по которому прекращеніе обязательства въ случаѣ concursus causarum lucrativarum основывается на невозможности исполненія, противорѣчитъ источникамъ; послѣдніе скорѣе видятъ основаніе прекращенія обязательства въ томъ, что вѣритель уже получилъ то, что ему слѣдовало, что у него „nihil abest“. Съ этимъ нельзя согласиться. На самомъ дѣлѣ, основаніе прекращенія обязательства, на которое указываютъ источники, состоитъ изъ нѣсколькихъ элементовъ. Оно опирается, во-первыхъ, на правило, что „bis eadem res praestari non potest“, и, кромѣ того, на то обстоятельство, что у вѣрителя „nihil abest“; это значитъ, что, въ противоположность другимъ случаямъ, здѣсь должникъ, вмѣсто предоставленія самой вещи, которое сдѣлалось невозможнымъ, не обязанъ платить денежнаго вознагражденія за то, что было израсходовано на ея пріобрѣтеніе, такъ какъ именно никакихъ расходовъ сдѣлано не было.—Windscheid, со своей стороны, объясняетъ это правило тѣмъ, что „воля, установившая требованіе, установила его лишь съ тою цѣлью, чтобы вѣритель получилъ то, что онъ теперь уже имѣетъ, и что, такимъ образомъ, въ намѣреніе сторонъ не входило установленіе права требованія на тотъ случай, который здѣсь имѣетъ мѣсто“. Однако, это ничѣмъ не доказано. На точкѣ зрѣнія Windcheid'a, по существу, стоитъ Schmidt, loc. cit., стр. 440. Нашего взгляда держится Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 837. Ср. также Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 268, прим. 3.

[12]) Подробнѣе это будетъ изложено при обозрѣніи отдѣльныхъ договоровъ. По гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 323 и сл., принципъ, установленный для найма,

4. Обязательство прекращается еще въ томъ случаѣ, если *вѣритель теряетъ всякій интересъ* въ его исполненіи [13]).

РАЗДѢЛЪ ШЕСТОЙ.

Нѣсколько обязательствъ, направленныхъ на одну и ту же цѣль. Солидарныя обязательства, поручительство, intercessio.

§ 69. Общія понятія [1]). Constitutum.

I. Основному назначенію обязательства—вызвать въ пользу вѣрителя извѣстный результатъ—не противорѣчитъ возможность установленія нѣсколькихъ обязательствъ, направленныхъ на *одинъ и тотъ же* результатъ. Такимъ образомъ, получается нѣсколько конкурирующихъ требованій, но лишь *одно* исполненіе. Подобное стеченіе обязательствъ можетъ имѣть мѣсто, какъ между *одними и тѣми же*, такъ и между *различными* субъектами.

Первоначально, впрочемъ, римская юриспруденція не была расположена допускать свободное развитіе конкурирующихъ обязательствъ. Основаніемъ этому служило опасеніе, что по *каждому* отдѣльному обязательству можетъ послѣдовать взысканіе и, такимъ образомъ, произойдетъ *двойная расплата* тамъ, гдѣ имѣлась въ виду лишь *однократная*. Поэтому, древняя юриспруденція, при вторичномъ обѣщаніи того же самаго объекта, предполагала новацію [2]), если только въ этомъ обѣщаніи заключалось что-нибудь новое; за отсутствіемъ этого условія, второе обѣщаніе считалось необязательнымъ [3]). Въ другихъ случаяхъ, при погашеніи одного изъ конкурирующихъ требованій даже вслѣдствіе одной litis contestatio, и другое считалось погашеннымъ.

Однако, въ позднѣйшемъ правѣ всѣ эти препятствія и осложненія, мѣшавшія стеченію нѣсколькихъ обязательствъ, направленныхъ на одну и ту же цѣль, болѣе не удержались. Было нецѣлесообразно ограничивать для вѣрителя средства, при помощи которыхъ онъ могъ бы получить то, что ему слѣдуетъ.

Что касается, прежде всего, нѣсколькихъ обязательствъ *одного и того же должника* по поводу одного и того же объекта, то римское право, въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи, признало допусти-

распространяется на всѣ двусторонніе договоры. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 95, стр. 206.

[13]) l. 32. D. locati. 19. 2. Julianus libro 4 ex Minicio: Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit: Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Ср. l. 97, § 1. D. de verb. obl. 45. 1. Иные взгляды выказываетъ Windscheid, т. 2, § 361, прим. 2; Krückmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 90, стр. 88.

[1]) Трудъ Mitteis'a: Die Individualisierung der Obligation, 1886, во многомъ сходится съ нашимъ изложеніемъ.

[2]) Выше, § 60, прим. 6.

[3]) l. 18. D. de verb. obl. 45. 1; l. 58. D. eod.; 1. 9. § 2. D. de novationibus. 46. 2. Ср. Mitteis, loc. cit., стр. 6.

www.naukaprava.ru

мость, наряду съ первоначальнымъ обязательствомъ, и добавочныхъ стипуляцій. Въ современномъ правѣ подобные случаи встрѣчаются весьма часто: таково, напр., значеніе векселя, выданнаго безъ намѣренія новаціи на покупную плату.

II. Сюда относится одинъ институтъ, который игралъ большую роль въ римскомъ оборотѣ, но въ этомъ видѣ утратилъ всякое значеніе уже въ обще-германскомъ правѣ. Это—constitutum [4]), т. е. обѣщаніе уплатить въ опредѣленный срокъ существующій долгъ въ томъ видѣ, какой онъ имѣлъ въ моментъ обѣщанія. Отсюда возникалъ особый искъ—такъ наз. actio de pecunia constituta [5]).

Чаще всего должники прибѣгали къ constitutum для того, чтобы получить отсрочку долга, срокъ уплаты котораго уже наступилъ [6]). Поэтому, неисполненіе конститута считалось поступкомъ особенно вѣроломнымъ; этимъ и объясняется sponsio dimidiae partis до-юстиніанова права, въ силу которой должникъ, кромѣ суммы долга, присуждался еще къ уплатѣ, въ видѣ штрафа, половины этой суммы [7]). Необходимымъ условіемъ дѣйствительности обѣщанія было существованіе долга во время заключенія constitutum [8]). Послѣдній обязывалъ конституэнта къ платежу даже въ томъ случаѣ, если лежащій въ основаніи конститута долгъ впослѣдствіи прекращался, напр., ко времени предъявленія иска, основаннаго на constitutum, былъ погашенъ давностью. Но произведенный *однажды* платежъ, конечно, погашалъ какъ главный долгъ, такъ и constitutum [9]).

Первоначально существенно необходимымъ для конститута условіемъ было установленіе опредѣленнаго срока уплаты. Однако, позднѣйшая юриспруденція допускала constitutum и безъ этого условія, предоставляя, впрочемъ, въ такомъ случаѣ конституэнту умѣренный срокъ для исполненія [10]).

---

[4]) Относительно constitutum ср. Tit. Dig. de pecunia constituta. 13. 5, Cod. 4. 18; Lenel: Edictum perpetuum, стр. 196; Bruns: Das Constitutum debiti въ его Kleine Schriften, т. 1, стр. 221, и въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 1, стр. 28. Исторія этого института изложена у Kappeyne van de Coppello: Abhandlungen, книжка 2, стр. 230; Karlowa въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 448, röm. Rechtsgesch., т. 2, § 172, стр. 1371.

[5]) Actio de pecunia constituta, какъ это видно изъ самаго названія, допускалась первоначально лишь при обѣщаніи уплаты денежнаго долга; позднѣе, однако, искъ этотъ имѣлъ мѣсто и при долгахъ, касающихся res fungibiles всякаго рода. Юстиніанъ въ l. 2. C. h. t. 4. 18 снабжаетъ искомъ constitutum любого долга.

[6]) Такъ Theophilus къ § 8. I. de actionibus. 4. 6; ср., впрочемъ, l. 3, § 2. D. h. t. 13. 5; Bruns: Kleine Schriften, т. 1, стр. 245.

[7]) Gajus, Inst., IV, § 171.

[8]) l. 18, § 1. D. h. t. 13. 5. Ulpianus libro 27 ad edictum... si quid tunc debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Ср. l. 1. § 8, l. 2, l. 3. pr. D. h. t. 13. 5.

[9]) Согласно древнимъ воззрѣніямъ, litis contestatio по иску, основанному на конститутѣ, погашала и искъ изъ главнаго обязательства; иначе смотрѣли на это позднѣе, l. 18, § 3. D. h. t. 13. 5.

[10]) l. 21, § 1. D. h. t. 13. 5. Paulus libro 29 ad edictum: Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri, licet verba edicti late pateant: alioquin et confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas: sed modicum tempus statuendum est, non minus X dierum, ut exactio celebretur.

Содержаніе конститута должно было въ существенныхъ чертахъ согласоваться съ содержаніемъ главнаго долга. Тѣмъ не менѣе, стали допускать и такіе конституты, которые устанавливали обязанность уплатить иной предметъ или вызывали другія измѣненія въ способѣ исполненія [11]). Если объемъ конститута превышалъ объемъ главнаго долга, то конститутъ имѣлъ силу въ размѣрѣ послѣдняго [12]).

Заключить constitutum могъ, какъ должникъ по главному обязательству, такъ и *третье лицо* [13]).

Конститутъ въ римскомъ смыслѣ былъ чуждъ уже обще-германскому праву [14]). Гражд. улож. для герм. имперіи о немъ не упоминаетъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Солидарныя обязательства.

§ 70. Участіе нѣсколькихъ лицъ въ обязательственныхъ отношеніяхъ вообще.

Нѣсколько лицъ могутъ различными способами и съ различными послѣдствіями участвовать въ одномъ обязательственномъ отношеніи. Здѣсь бываютъ слѣдующіе случаи:

1. *Дѣленіе обязательства* между нѣсколькими вѣрителями или должниками.

Въ большинствѣ случаевъ, это дѣленіе происходитъ *по числу участниковъ*, т. е. на равныя части. Но, вслѣдствіе особыхъ причинъ, оно можетъ быть произведено и на другомъ основаніи, напр., соотвѣтственно товарищескимъ паямъ.

2. *Умноженіе числа обязательствъ*, такъ что каждый изъ должниковъ обязанъ произвести исполненіе въ полномъ объемѣ, напр., возмѣстить всѣ убытки сполна, когда они причинены по винѣ всѣхъ содолжниковъ; при этомъ исполненіе обязательства однимъ должникомъ не освобождаетъ другихъ.

3. Наконецъ, *солидарное правомочіе* или *солидарная обязанность*. Въ этомъ случаѣ каждый изъ вѣрителей имѣетъ право требовать исполненія всего обязательства, и каждый изъ должниковъ обязанъ исполнить обязательство въ полномъ объемѣ. Но однократное исполненіе погашаетъ всѣ притязанія.

Солидарность называется:

а) *активною*, когда нѣсколько лицъ облечены солидарнымъ *правомочіемъ*, и

---

[11]) l. 1, § 5. D. h. t. 13. 5; l. 5, pr. D. eod.
[12]) l. 11, § 1. D. h. t. 13. 5.
[13]) l. 5, §§ 2 и 3. D. h. t. 13. 5; l. 2, l. 26—28. D. eod. Ср. ниже, § 77.
[14]) Ср. по вопросу о дѣйствіи конститута въ обще-германскомъ правѣ прежнія изданія этого учебника.

www.naukaprava.ru

b) *пассивною*, когда нѣсколько лицъ являются солидарно *обязанными*.

Солидарныя обязательства дѣлятся, далѣе, на

а) *самостоятельныя* и имѣющія одинаковую силу, такъ что всѣ они являются *главными обязательствами*, и

b) *добавочныя* (акцессорныя), такъ что *одинъ* долгъ является *главнымъ*, а другіе лишь побочными, обезпечивающими главное обязательство и прекращающимися съ уничтоженіемъ послѣдняго.

Самостоятельныя солидарныя обязательства распадаются, далѣе, на *корреальныя* и *просто солидарныя* обязательства или солидарныя въ *тѣсномъ смыслѣ*.

§ 71. Корреальныя и солидарныя обязательства[1]).

Слѣдуетъ различать корреальныя и просто солидарныя обязательства. Это не подлежитъ никакому сомнѣнію.[2]). Но относительно критерія для такого раздѣленія взгляды сильно расходятся.

Истина заключается въ слѣдующемъ. Корреальныя обязательства суть такія солидарныя правомочія или обязанности, которыя создаются *волею сторонъ;* напротивъ, при просто солидарныхъ обязательствахъ солидарность вытекаетъ *непосредственно изъ природы самаго правоотношенія* и не является слѣдствіемъ особой, спеціально направленной на нее воли[3]).

Корреальныя обязательства, такимъ образомъ, стремятся къ *одной и той же* цѣли, имѣя *одинъ* общій исходный пунктъ; *солидарныя* же *обязательства* стремятся къ *одной и той же* цѣли, имѣя каждое свой *самостоятельный* исходный пунктъ.

---

[1]) Tit. Inst. de duobus reis. 3. 16. Dig. 45. 2. Cod. 8. 39. Литература о корреальныхъ обязательствахъ чрезвычайно богата. Главнымъ образомъ, слѣдуетъ упомянуть Keller: Litiskontestation, стр. 413; Ribbentrop: Zur Lehre von den Korrealobligationen, 1831; Fitting: Die Natur der Korrealobligationen, 1859; Samhaber: Zur Lehre von der Korrealobligation, 1861; Czyhlarz въ Grünhuts Zeitschrift, т. 3, статья 2; Brinz: Zur Lehre von den Korrealobligationen, 1873; Unger: Passive Korrealität und Solidarität въ Jherings Jahrb., т. 22, статья 2, и т. 23, статья 3; Hölder въ Festschrift von Brinz und Hölder, 1884, и въ Archiv für civ. Praxis, т. 69, стр. 203; Mitteis: Passive Gesamtschuld въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 419. Дальнѣйшую литературу см. у Hasenöhrl: Oesterreichisches Obligationenrecht, стр. 84. Къ этому нужно добавить Eisele въ Archiv für civ. Praxis, т. 77, стр. 374, и къ нему Ascoli: Sulle obligazioni solidali, въ bulletino dell' istituto di dirritto romano, т. 4, стр. 287; Hruza: Korrealobligation und Verwandtes in der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches, 1895; Binder: Korrealobligationen im röm. und im heutigen Recht, 1899. Ср. также Hartmann: Solidar—und Korrealobligationen nach schweizerischem Obligationenrecht, 1886, Zeitschrift für schweizer. Recht, n. F, т. 6, стр. 113. Въ русской литературѣ см. Дювернуа: Основная форма корреальнаго обязательства, 1874.

[2]) По мнѣнію Binder'a, loc. cit., пассивное солидарное обязательство въ классическомъ правѣ есть всегда корреальное, въ Юстиніановомъ правѣ—всегда солидарное въ тѣсномъ смыслѣ, см. стр. 403; активное же солидарное обязательство навсегда сохранило характеръ корреальнаго, см. стр. 481.

[3]) Такого же взгляда держится Maur. Genin: Du fondement de la distinction des obligations corréales et des obligations in solidum, thèse, Lyon, 1893, опирающійся на изслѣдованія Gérardin; см. въ особенности стр. 76 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи не подчеркиваетъ этой разницы; ср., однако, § 420 съ § 427; Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 1, § 160, стр. 368.

1. Поэтому, корреальное обязательство можно опредѣлить, какъ *нѣсколько обязательствъ, происходящихъ изъ одной и той же сдѣлки и направленныхъ на одинъ и тотъ же предметъ*. Они объединены въ одно правоотношеніе, почему римляне и говорятъ объ „una“ и „tota“ obligatio [4]).

Корреальность обязательства можетъ быть установлена:

a) *договоромъ*. Первоначально въ Римѣ для этого требовалась стипуляція [5]) [6]); отсюда выраженія „correi stipulandi“ и „correi promittendi“, изъ которыхъ образовалась терминологія новѣйшихъ юристовъ: „корреальное обязательство“. Но уже въ Римѣ стало возможнымъ установленіе корреальности обязательства путемъ неформальныхъ добавочныхъ соглашеній, а именно, при реальныхъ и консенсуальныхъ контрактахъ. Въ современномъ правѣ, конечно, для этой цѣли достаточно любого уговора. Обычными формулами являются слова: „каждый за всѣхъ и всѣ за каждаго“, „нераздѣльно“, „солидарно“, а также „корреально“ [7]).

b) Далѣе, корреальность можетъ быть установлена по волѣ наслѣдодателя при *предсмертныхъ отказахъ* [8]).

---

[4]) Unger, loc. cit., говоритъ о „коллективномъ единствѣ обязательства“. Это согласуется до извѣстной степени и съ нашимъ воззрѣніемъ. Но Unger заходитъ слишкомъ далеко, говоря о единствѣ *лица корреальныхъ должниковъ*, loc. cit., т. 22, стр. 225. По его словамъ, римское право признало, что въ корреальномъ обязательствѣ нѣсколько субъектовъ составляютъ одно цѣлое, какъ бы одно лицо, которое, впрочемъ, конечно, не можетъ разсматриваться, какъ новый субъектъ права, отличный отъ отдѣльныхъ лицъ и царящій надъ ними. Изъ такого опредѣленія мы не можемъ вывести никакого яснаго представленія. Ср. Mitteis: Die Individualisierung der Obligation, стр. 49.

[5]) Pr. I. h. t. 3. 16: Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat „spondeo“. ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat „utrique vestrum dare spondeo“: nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?“ respondeant singuli separatim „spondeo“. Требовалось, чтобы обязанность вытекала изъ одного договора—„uno eodemque contractu“, l. 4. C. h. t. 8. 39. Въ l. 9, § 2. D. h. t. 45. 2 имѣются въ виду лица, которыя живутъ въ различныхъ мѣстностяхъ, но даютъ обѣщаніе въ одномъ и томъ же мѣстѣ; Czyhlarz, стр. 67, прим. 29. Что корреальность развивалась въ связи со стипуляціей, видно изъ того, что она обсуждается римскими юристами вмѣстѣ съ послѣдней; ср. мѣста, приведенныя Mitteis'омъ въ его Individualisierung der Obligation, стр. 59. Mitteis справедливо замѣчаетъ, что во времена Марцелла, какъ это видно изъ l. 47. D. locati. 19. 2, корреальность при bonae fidei negotia не пользовалась еще общимъ признаніемъ. Даже Папиніанъ считаетъ нужнымъ въ l. 9, pr. D. h. t. 45. 2 указать на то, что корреальныя обязательства могутъ быть установлены не только „verbis“, но и „ceteris contractibus“.

[6]) Въ практикѣ императорскаго періода указанная въ pr. l. h. t. 3. 16—выше, прим. 5—простая форма уже не употреблялась для принятія на себя корреальнаго долга; взамѣнъ ея, общее распространеніе получила слѣдующая формула: „Spondemus invicem nos obligantes atque fide dicentes“. Это доказываютъ документы, приведенные Mitteis'омъ въ его Reichsrecht und Volksrecht, 1891, стр. 184. Насколько была распространена эта формула, видно изъ того, что Папиніанъ въ l. 11, pr. D. h. t. 45. 2 можетъ говорить объ общемъ мнѣніи юристовъ—convenit—относительно значенія подобной оговорки. На то же указываетъ и новелла 99. Относительно l. 11 ср. ниже, § 73, прим. 19.

[7]) Для корреальныхъ обязательствъ римляне первоначально требовали совершеннаго тождества ихъ предмета. Позднѣе этотъ принципъ не соблюдался со всей строгостью. Ср. l. 5, l. 9. § 1, l. 15. D. h. t. 45. 2. Для современнаго права тѣмъ болѣе нельзя требовать абсолютнаго тождества предмета обязательствъ.

[8]) l. 9, pr. D. h. t. 45. 2.

www.naukaprava.ru

Если нѣсколько лицъ заключаютъ *вмѣстѣ* обязательственную сдѣлку, то этого еще не достаточно для установленія корреальнаго правомочія или обязанности. Наоборотъ, *въ сомнительныхъ случаяхъ* производится *дѣленіе* обязательства *между нѣсколькими участниками, по числу ихъ*, если только исполненіе дѣлимо [9]). Нѣсколько лицъ, напр., вмѣстѣ продали, купили или наняли одну и ту же вещь, или заключили заемъ; въ такомъ случаѣ каждый обязанъ лишь въ размѣрѣ своей доли, и если одинъ изъ нихъ дѣлается несостоятельнымъ, то это не увеличиваетъ отвѣтственности остальныхъ: въ убыткѣ одинъ лишь вѣритель.

Корреальность, какъ мы видимъ, должна быть *особо обусловлена* [10])[11]). При ея помощи достигаются, главнымъ образомъ, слѣдующія цѣли. Активное корреальное обязательство облегчаетъ вѣрителямъ осуществленіе ихъ права, потому что каждый изъ нихъ можетъ требовать исполненія всего обязательства; для должника же оно дѣлаетъ исполненіе болѣе удобнымъ, такъ какъ можно любому изъ вѣрителей уплатить все. Пассивная корреальность обезпечиваетъ вѣрителя отъ риска не получить удовлетворенія, пока хоть одинъ изъ должниковъ является способнымъ къ платежу, и облегчаетъ ему осуществленіе своего права, такъ какъ отъ каждаго должника можетъ быть потребовано исполненіе всего обязательства [12]).

2. *Солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ*, подобно корреальнымъ, могутъ быть активными, и тогда нѣсколько вѣрителей имѣютъ одинаковое право требовать исполненія обязательства во всемъ объемѣ [13]), или пассивными, и тогда каждый изъ должниковъ отвѣчаетъ за исполненіе всего обязательства. Послѣдній видъ солидарныхъ обязательствъ встрѣчается значительно чаще.

a) Главный ихъ случай мы имѣемъ тогда, когда нѣсколько лицъ, совершивъ *деликтъ*, обязаны возмѣстить одинъ и тотъ же ущербъ [14]).

b) Точно такъ же возникаетъ солидарное обязательство, когда нѣсколько опекуновъ [15]) или повѣренныхъ [16]) отвѣчаютъ за одни и

---

[9]) l. 11, § 1. D. h. t. 45. 2: Cum tabulis esset comprehensum „illum et illum centum aureos stipulatos“ neque adjectum „ita ut duo rei stipulandi essent“, virilem partem singuli stipulati videbantur. § 2. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: „tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius“, partes viriles deberi, quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

[10]) Правда, это не должно быть спеціально выражено: достаточно видимаго намѣренія сторонъ. R. G. E., т. 15, стр. 175.

[11]) Наоборотъ, гражд. улож. для герм. имперіи, § 427, опредѣляетъ: Если нѣсколько лицъ по договору совмѣстно обязались совершить дѣлимое дѣйствіе, то въ сомнительныхъ случаяхъ они отвѣчаютъ, какъ совокупные должники. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 161, стр. 372.

[12]) Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 215.

[13]) Нѣсколько случаевъ активныхъ солидарныхъ обязательствъ приводитъ Jhering въ своихъ Jahrb., т. 24, статья 3.

[14]) l. 14. § 15, l. 15. D. quod metus causa. 4. 2; l. 17, pr. D. de dolo. 4. 3; l. 1, § 10, l. 2 и сл. D. de his qui effuderint vel dejecerint. 9. 3. Crome въ Jherings Jahrb., т. 35, стр. 100. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 830.

[15]) l, 38, pr. D. de administratione tut. 26. 7.

[16]) l. 60, § 2. D. mandati. 17. 1.

тѣ же убытки вслѣдствіе *вины*, которая можетъ быть вмѣнена каждому изъ нихъ.

c) Наконецъ, солидарная отвѣтственность имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, если нѣсколько лицъ обѣщаютъ, но *каждый отдѣльно*, совершить одно и то же дѣйствіе. Напр., вексельные должники, которые независимо другъ отъ друга обѣщаютъ уплатить по векселю въ качествѣ трассантовъ, индоссантовъ или акцептантовъ, являются просто солидарными должниками [17]). Таковыми же слѣдуетъ считать и нѣсколькихъ страховщиковъ, которые отдѣльно и самостоятельно принимаютъ на себя отвѣтственность за одинъ и тотъ же ущербъ [18]).

§ 72. Теорія единства корреальныхъ обязательствъ.

1. Одно явленіе, которое наблюдается въ римскомъ правѣ до Юстиніана, дало Keller'у и Bibbentrop'у поводъ къ установленію различія между корреальными и просто солидарными обязательствами. Дѣло въ томъ, что до Юстиніана, въ случаѣ предъявленія иска къ одному изъ *корреальныхъ должниковъ* и *совершенія съ нимъ litis contestatio, всѣ* должники освобождались отъ обязательства вслѣдствіе *процессуальной консумпціи иска* [1]). Litis contestatio *уничтожала всѣ обязательства*. Если, такимъ образомъ, искъ противъ одного изъ должниковъ оставался безъ результата, напр., вслѣдствіе несостоятельности отвѣтчика, то вѣритель всетаки не могъ уже ничего требовать отъ прочихъ корреальныхъ должниковъ. Напротивъ, *просто солидарныя обязательства* погашались только въ силу *удовлетворенія* кредитора, а отнюдь не вслѣдствіе одной litis contestatio съ однимъ изъ должниковъ.

Все это привело Keller'а къ предположенію, что при *корреальныхъ долгахъ* существуетъ лишь *одно* обязательство, *солидарные* же, наоборотъ, представляютъ собою *нѣсколько* отдѣльныхъ обязательствъ. Но въ то же время Keller не могъ не замѣтить, что единство корреальныхъ обязательствъ всетаки не можетъ быть проведено во всѣхъ отношеніяхъ. Поэтому, онъ пришелъ къ тому заключенію, что съ точки зрѣнія римскихъ юристовъ необходимо сдѣлать слѣдующее разграниченіе: корреальное обязательство едино въ своемъ „объективномъ составѣ", имѣя при этомъ „различныя субъективныя отношенія".

Однако, подобное ученіе нисколько не разъясняетъ того, что оно должно разъяснить, такъ какъ, по общему правилу, litis contestatio дѣйствуетъ только *между тѣми же тяжущимися сторонами*. То обстоятельство, что при корреальныхъ обязательствахъ она вызывала послѣдствія, идущія *дальше интересовъ участниковъ*

---

17) См. Binder, loc. cit., стр. 538.

18) R. G. E., т. 6, стр. 177.

1) l. 2. D. h. t. 45. 2; l. 31, § 1. D. de novationibus. 46. 2; l. 5 in fine. D. de fidejussoribus. 46. 1. См. этотъ фрагментъ въ прим. 3.

2) Ср. въ особенности Fitting, loc. cit., стр. 62.

www.naukaprava.ru

процесса, едва ли становится понятнымъ отъ того, что обязательство едино [2]). Вѣдь отдѣльные корреальные должники, несмотря на это, все же остаются различными субъектами.

Поэтому, римскіе юристы ни прямо, ни косвенно не выводили факта погашенія иска изъ мнимаго единства обязательства [3]). Положеніе, что litis contestatio уничтожаетъ всѣ обязательства, было установлено не въ силу подобныхъ схоластическихъ соображеній, а просто по необходимости, вслѣдствіе узкихъ началъ и неподвижности древняго процесса. При корреальномъ обязательствѣ возникаетъ опасеніе, что можетъ произойти *двойное взысканіе* того же объекта, вмѣсто одной уплаты со стороны того или другого должника.

Подобное опасеніе имѣло особыя основанія при древне-римскомъ процессѣ. Если бы были допущены иски на весь предметъ обязательства противъ *каждаго* изъ корреальныхъ должниковъ, то необходимымъ слѣдствіемъ этого являлось бы двойное присужденіе къ платежу [4]). А послѣднее въ древне-римскомъ процессѣ, въ свою очередь, давало бы право на двойное взысканіе, такъ какъ въ прежнемъ правѣ *каждое судебное рѣшеніе порождало самостоятельное, не допускающее возраженій обязательство,* которое нельзя было оспаривать, опираясь на правоотношеніе, лежащее въ его осно-

---

[3]) l. 5. D. de fidejussoribus. 46, 1. Ulpianus libro 46 ad Sabinum... si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi, duas species obligationis sustinebit. plane si ex altera earum egerit *utramque consumet,* videlicet quia natura *obligationum* duarum, quas haberet, ea esset, ut, cum *altera* earum in judicium deduceretur, *altera* consumeretur. Справедливо замѣчаетъ Unger, loc. cit., стр. 257: „Этимъ ясно выражено, что существуетъ *два* обязательства и что одно, перенесенное in judicium, погашаетъ и другое. Слѣдовательно, всестороннее дѣйствіе litis contestatio *не* сводится римлянами къ единству корреальныхъ обязательствъ".

[4]) Если бы, во время господства jus strictum, были допущены иски послѣдовательно къ каждому должнику, то вѣритель неизбѣжно могъ бы добиться нѣсколькихъ судебныхъ рѣшеній, потому что судья долженъ былъ лишь задаваться вопросомъ, существовалъ ли долгъ *litis contestatae tempore,* и въ то время judicia не были absolutoria—см. выше, вып. I, § 154; а такъ какъ приговоръ подлежалъ безусловному исполненію, то существованіе нѣсколькихъ судебныхъ рѣшеній давало бы вѣрителю право произвести и двойное взысканіе. Ср. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 47, прим. 7. Тенденція древне-римскаго права—допускать по поводу одной и той же „имущественной статьи" лишь одинъ искъ—сказывается также и въ прежней конструкціи новаціи, ср. сказанное выше, § 60, прим. 6.—Съ нашимъ объясненіемъ согласны: Hartmann, loc. cit., стр. 7, Kohler въ Krit. Vierteljahrsschrift, n. F., т. 11, стр. 212; противъ него высказывается Unger, loc. cit., т. 22, стр. 258. Онъ находитъ, что такое „внѣшнее", основанное на механизмѣ древняго процесса объясненіе стоитъ будто бы въ противорѣчіи съ изреченіями римскихъ юристовъ, которые, наоборотъ, выводятъ указанное дѣйствіе litis contestatio изъ внутренней природы корреальнаго обязательства. Но источники нигдѣ не говорятъ объ этой „внутренней" природѣ. Вѣдь и тѣ особенности, которыми внѣшнія обстоятельства надѣляютъ какой-нибудь институтъ, точно такъ же относятся къ его природѣ. Unger; loc. cit., видитъ основаніе поглощающаго дѣйствія litis contestatio въ томъ, что „содолжники образуютъ вмѣстѣ коллективное единство лицъ"; „тотъ, къ кому предъявлено требованіе, ведетъ своихъ товарищей по долгу за собой"; „въ его лицѣ требованіе косвенно предъявлено и ко всѣмъ остальнымъ, почему ихъ и освобождаетъ отъ обязательства разъ состоявшаяся съ нимъ litis contestatio". Намъ кажется, что едва ли возможно болѣе рѣзкое противорѣчіе настоящему положенію вещей. Eisele, loc. cit., стр. 403, со своей стороны, старается объяснить разрушительное дѣйствіе litis contestatio древнимъ принципомъ: „ne bis de eadem re sit actio", въ которомъ точно такъ же, какъ и въ формулѣ exceptio rei judicatae, не было указано на тождество участвующихъ въ процессѣ лицъ. Приведенный имъ принципъ, пожалуй, и могъ послужить въ глазахъ древнихъ юристовъ *точкой опоры* для признанія указаннаго дѣйствія litis contestatio; однако, въ немъ не заключается истинное основаніе этого явленія.

ваніи. Такимъ образомъ, лицу, присужденному къ уплатѣ, нисколько не могло помочь то обстоятельство, что его корреальный содолжникъ уже уплатилъ въ силу направленнаго противъ *него* приговора.

Единственной *альтернативой*, передъ которою остановилось древне-римское право, было: или *уничтоженіе всего правоотношенія* путемъ одной litis contestatio, или *умноженіе числа притязаній*.

Отвѣтъ, безъ сомнѣнія, могъ быть только одинъ.

Уничтоженіе всѣхъ обязательствъ путемъ одной litis contestatio представляло изъ себя меньшее зло, чѣмъ умноженіе числа судебныхъ рѣшеній; послѣднее явилось бы даже отрицаніемъ основной идеи этой формы кредита.

2. Въ классическій императорскій періодъ, положимъ, уже не существовало болѣе тѣхъ условій, которыя раньше дѣлали необходимымъ столь радикальное дѣйствіе litis contestatio. Теперь уже представлялось возможнымъ оградить лицъ, присужденныхъ къ уплатѣ, отъ двойного взысканія, несмотря на наличность нѣсколькихъ рѣшеній. Но погашающее дѣйствіе litis contestatio сдѣлалось какъ бы второй природой института. Въ расчетѣ на него корреальные должники принимали на себя свои обязанности; если они желали его устранить, то для этого должны были заключить особый договоръ. Наука же права едва ли ставила себѣ задачу измѣнять что-либо въ этомъ порядкѣ вещей.

3. Иное положеніе заняла юриспруденція императорскаго періода въ отношеніи *солидарныхъ обязательствъ*. Главнымъ случаемъ ихъ было причиненіе ущерба вслѣдствіе деликта или иного проступка нѣсколькихъ лицъ.

Если нѣсколько лицъ участвовало въ одномъ и томъ же деликтѣ, то каждый изъ нихъ подвергался штрафу и долженъ былъ платить, наряду съ прочими, въ видѣ наказанія, полное возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ; отсюда естественнымъ выводомъ было *умноженіе* числа исковъ объ убыткахъ [5]). Въ видѣ исключенія, тамъ, гдѣ подобный порядокъ казался уже слишкомъ строгимъ, а однократное возмѣщеніе убытковъ—болѣе справедливымъ, единственнымъ исходомъ представлялось первоначально погашеніе *всѣхъ исковъ* путемъ *однократной litis contestatio*. На этой точкѣ зрѣнія стоялъ еще *Лабеонъ* [6]).

---

[5]) Въ частности, въ случаѣ виновнаго поврежденія вещей со стороны нѣсколькихъ лицъ, еще позднѣйшее римское право признавало, что возмѣщеніе ущерба однимъ изъ виновныхъ не освобождаетъ отъ обязательства остальныхъ, l. 11. §§ 2 и 4, l. 51. § 1. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. Это не было особенностью одной только lex Aquilia, а являлось остаткомъ тѣхъ понятій, которыя господствовали первоначально въ отношеніи всѣхъ исковъ о возмѣщеніи убытковъ, происшедшихъ отъ деликта.

[6]) l. 15, § 2. D. quod vi aut clam. 43. 24. Ulpianus libro 71 ad edictum: Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit jussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit. et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri: opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. (si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum): itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab

www.naukaprava.ru

Сабинъ же установилъ новый принципъ. Если нѣсколько лицъ, совершивъ деликтъ, причинили убытки, однократное возмѣщеніе которыхъ казалось достаточнымъ искупленіемъ ихъ вины, то всѣ виновные освобождались отъ обязательства, но не въ силу litis contestatio, а вслѣдствіе *удовлетворенія*, произведеннаго однимъ изъ нихъ [7]).

Гибкій механизмъ гражданскаго процесса императорскаго періода сдѣлалъ возможнымъ проведеніе принципа Сабина.

4. Наконецъ, Юстиніанъ [8]) опредѣлилъ, что долги по поручительству, пассивныя корреальныя и просто солидарныя обязательства должны погашаться не въ силу litis contestatio, а лишь вслѣдствіе платежа, произведеннаго однимъ изъ должниковъ

5. Пытались обосновать теорію единства корреальныхъ обязательствъ еще другими способами [9]); но всѣ эти попытки не выдерживаютъ строгой критики.

---

altero: superiore etenim casu alterius *conventio* alterum liberat. Слова, заключенныя въ скобки, мы, слѣдуя мнѣнію Gradenwiz'a, не считаемъ подлинными. Впрочемъ, они не являются *вставкой кодификаторовъ Юстиніана*, такъ какъ у послѣднихъ для подобной интерполяціи не было никакого основанія; это—*толкованіе* какого-либо малосвѣдущаго правовѣда до-юстиніановыхъ временъ, попавшее въ текстъ Ульпіана въ качествѣ глоссы. Ср. также Lenel: Palingenesia, vol. II, p. 840. Если мы будемъ исходить изъ этого предположенія, которое достаточно подтверждается жалкой редакціей упомянутой фразы и ея страннымъ смысломъ, то толкованія Eisele—loc. cit., стр. 427—устраняются сами собой. Лабеонъ, если только читать приведенный текстъ въ исправленномъ видѣ, различаетъ два случая: первый, когда нѣсколько лицъ дѣйствовали „communi consilio“,—здѣсь даже исполненіе обязательства однимъ виновнымъ не освобождаетъ отъ него остальныхъ,—и другой, „superior casus“, когда виновный дѣйствовалъ „jussu meo“; въ послѣднемъ случаѣ уже „conventio“ одного освобождаетъ отъ обязательства другого. Такимъ образомъ, Лабеону приходилось выбирать между „умноженіемъ“ требованій и ихъ „уничтоженіемъ“. Ульпіанъ сдѣлалъ выписку изъ сочиненій Лабеона безъ надлежащаго вниманія. Въ этомъ-то и заключается историческій интересъ приведеннаго мѣста. Всякій, кто желаетъ истолковать его на основаніи позднѣйшаго права императорскаго періода, невольно долженъ прибѣгнуть къ натяжкѣ, какъ это дѣлаютъ Ribbentrop, loc. cit., стр. 105, и Mommsen въ своемъ примѣчаніи къ указанному мѣсту, которое онъ предлагаетъ читать слѣдующимъ образомъ: „conventio immo perceptio“; это рискованный способъ согласованія противорѣчій въ пандектахъ.

7) Что именно *Сабинъ* связывалъ освобожденіе отъ обязательства всѣхъ должниковъ, солидарно отвѣчающихъ за общій деликтъ, съ удовлетвореніемъ потерпѣвшаго, видно изъ l. 8. D. quod falso tutore. 27. 6. Paulus libro 12 ad edictum говоритъ объ отвѣтственности нѣсколькихъ самозванныхъ опекуновъ: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest *Sabinus* scribit. Съ этимъ согласуется l. 1, §§ 13 и 14. D. de vi. 43. 16. Quotiens verus procurator dejecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore, agi posse *Sabinus* ait et alterius nomine alteri (Ribbentrop: Korrealobligation, стр. 94, читаетъ: conventione alterum) eximi, sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita. Невѣрно утвержденіе Eisele, loc. cit., стр. 433, что подобныя оговорки, содержащія ограниченіе того, что излагалось ранѣе, во фрагментахъ римскихъ юристовъ съ достовѣрностью указываютъ на свое происхожденіе отъ компиляторовъ. Напротивъ, римскіе юристы часто сначала просто приводили мнѣнія своихъ предшественниковъ, какъ переданное имъ право юристовъ, и лишь потомъ присоединяли къ этому тѣ измѣненія, которыя казались имъ необходимыми. Впрочемъ, мнѣніе Сабина получило признаніе никакъ не сразу; поэтому вполнѣ возможно, что взглядъ такихъ классическихъ юристовъ, которые связывали еще освобожденіе отъ обязательства солидарныхъ должниковъ, совершившихъ общій деликтъ, съ „conventio“ одного изъ нихъ, былъ согласованъ съ мнѣніемъ Сабина только компиляторами при помощи интерполяцій.

8) l. 28, §§ 2 и 3. C. de fidejussoribus. 8. 40. Justinianus: Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praejudicium creditori adversus alium fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur?

Правда, сами римскіе юристы иногда говорятъ объ „одномъ“ обязательствѣ; но наравнѣ съ этимъ и, пожалуй, еще чаще встрѣчается у нихъ указаніе на *нѣсколько обязательствъ;* нерѣдко одно смѣняетъ другое въ томъ же самомъ фрагментѣ. Поэтому, невозможно согласиться съ тѣмъ, что „единство обязательства“ было принципомъ римскаго права и служило основою римскихъ корреальныхъ обязательствъ. Слова „una obligatio“ не могутъ имѣть здѣсь иного значенія, какъ только „одно обязательственное отношеніе“, „одна имущественная статья“ [10]). Дѣло идетъ объ „одномъ объектѣ долга“, но о „нѣсколькихъ обязательствахъ“ [11]).

Сверхъ того, одно изъ этихъ обязательствъ можетъ быть соединено съ какимъ-либо *условіемъ* или *срокомъ*, а другое *нѣтъ* [12]). Это никакъ уже не согласуется съ теоріей единства.

Если же мы признаемъ, что при корреальности существуетъ лишь одно обязательство въ его объективномъ составѣ и множественность обязательствъ въ субъективныхъ отношеніяхъ, то какъ объяснить тотъ фактъ, что, въ случаѣ *наслѣдованія одного корреальнаго должника другому,* наслѣдникъ отвѣчаетъ по *обоимъ* обязательствамъ [13])? Вѣдь тутъ налицо только одинъ должникъ, только одно субъективное отношеніе. Слѣдовательно, эту множественность, по необходимости, надо искать въ объективномъ составѣ обязательства [14]).

Итакъ, корреальныя отношенія, подобно солидарнымъ, образуютъ нѣсколько обязательствъ. Только въ первыхъ соучастники связаны между собою тѣснѣе, чѣмъ при просто солидарныхъ обязательствахъ.

---

[9]) Единство корреальныхъ обязательствъ все еще отстаивается въ учебникахъ пандектнаго права. Такъ, напр., по словамъ Windscheid'a, т. 2, § 293, корреальное обязательство есть „единое обязательство съ нѣсколькими субъективными отношеніями“; того же мнѣнія держатся Arndts, § 214, и Wendt: Pandekten, § 209. Brinz, т. 2, стр. 235, признаетъ единство обязательства, какъ при солидарныхъ, такъ и при корреальныхъ отношеніяхъ. Противъ теоріи единства высказались недавно, главнымъ образомъ, Czyhlarz, loc. cit., Eisele, loc. cit., до извѣстной степени и Unger, loc. cit., затѣмъ Mitteis, loc. cit., стр. 48 и 49, и Kuntze: Obligationen, 1886, стр. 141. Противникомъ этой теоріи является и Fitting, loc. cit. Онъ усматриваетъ сущность корреальнаго обязательства въ томъ, что личность должника или кредитора пока еще *не опредѣлилась*, а опредѣлится только впослѣдствіи путемъ *выбора*. Противъ этого см. писателей, приведенныхъ у Windscheid'a, т. 2, § 293. Brinz высказываетъ мнѣніе, что корреальные должники и кредиторы являются взаимными *представителями;* Waldner, loc. cit., пытается провести этотъ взглядъ еще дальше. Mitteis, loc. cit., стр. 53, справедливо замѣчаетъ, что такое представленіе надо признать „уклоненіемъ съ правильнаго пути“. Hölder, loc. cit., защищаетъ фиктивное тождество отдѣльныхъ притязаній, противъ чего высказывается Unger, loc. cit., въ Jherings Jahrb., т. 23, стр. 106.

[10]) Ср. выше, § 1, прим. 4.

[11]) § 1. I. h. t. 3. 16: Ex hujusmodi *obligationibus* et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque tamen obligatione *una res vertitur:* et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo *omnium* peremit obligationem et omnes liberat. Титулъ de duobus reis въ институціяхъ Юстиніана заимствованъ изъ институцій *Флорентина*, какъ это видно изъ сравненія § 2. I. h. t. съ l. 7. D. h. t. 45. 2. Florentinus libro 8 institutionum.

[12]) § 2. I. h. t. 3. 16; l. 7. D. h. t. 45. 2; ср. l. 9, § 2. D. h. t.

[13]) l. 5. D. de fidejussoribus. 46. 1, приведенная выше, прим. 3.

[14]) Относительно вопроса, можетъ ли вѣритель уступить свое требованіе противъ одного изъ должниковъ, сохранивъ за собою требованіе противъ другого, см. Schott: Ueber Cession von Korrealobligationen, Bresl. Diss., 1897; противъ него Binder, прив. соч., стр. 243.

www.naukaprava.ru

§ 73. Пассивныя корреальныя обязательства.

Хотя, по своей юридической конструкціи, пассивныя и активныя корреальныя обязательства имѣютъ много общаго, однако, назначеніе ихъ весьма различное. Поэтому цѣлесообразнѣе разсматривать ихъ въ отдѣльности, а не вмѣстѣ, какъ это дѣлается въ большинствѣ случаевъ. Что касается, прежде всего, пассивныхъ корреальныхъ обязательствъ, то здѣсь соблюдаются слѣдующія правила:

1. Вѣритель вправѣ взыскивать съ любого изъ корреальныхъ должниковъ исполненіе всего обязательства или части его [1]).

Точно такъ же онъ имѣетъ право предъявить искъ относительно всего обязательства ко всѣмъ должникамъ, путемъ отдѣльныхъ процессовъ или же въ одномъ общемъ производствѣ [2]).

Новелла 99 предоставила корреальнымъ должникамъ, по примѣру нѣсколькихъ поручителей, такъ наз. *beneficium divisionis*. На основаніи этой льготы, судья, *по собственной иниціативѣ*, долженъ былъ вызвать въ судъ всѣхъ находящихся налицо и не привлеченныхъ къ отвѣтственности должниковъ, разобрать дѣло въ ихъ общемъ присутствіи и постановить приговоръ въ отношеніи всѣхъ, соразмѣрно части каждаго. Но подобное производство по иниціативѣ суда оказалось въ противорѣчіи съ принципами германскаго устава гражданскаго судопроизводства. Взамѣнъ этого, нѣкоторые предоставляли должнику, противъ котораго былъ предъявленъ искъ, особую exceptio divisionis. Другіе принимали за правило, что ко всѣмъ корреальнымъ должникамъ искъ можетъ быть предъявленъ лишь сообща; въ противномъ случаѣ истцу грозитъ такъ наз. exceptio plurium litiscorsortium. Однако, имперскій судъ призналъ недопустимымъ, вмѣсто непримѣнимаго болѣе вспомогательнаго средства Юстиніанова права, вводить другія, еще болѣе ограничивающія права вѣрителя Поэтому онъ объявилъ новеллу 99 лишенною практическаго значенія [3]). Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ beneficium divisionis.

---

[1]) l. 3, § 1. D. h. t. 45. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 421.

[2]) Въ классическую эпоху искъ, направленный на исполненіе всего обязательства ко всѣмъ должникамъ сообща, не допускался. И это основывалось на традиціяхъ древняго права. *Корреальное присужденіе* къ уплатѣ не соотвѣтствовало бы тому, чего прежде требовали отъ судебнаго рѣшенія. Послѣднее въ то время должно было быть вполнѣ опредѣленнымъ и служить твердымъ основаніемъ для принудительнаго взысканія. Поэтому l. 1. C. de fidejussoribus tutorum. 5. 57 говоритъ о поручителяхъ: in solidum et cum reo et cum fidejussoribus agi jure non potest. Что подобное же правило распространялось и на корреальныхъ должниковъ, видно изъ l. 3, § 1. D. h. t. 45. 2. Иного мнѣнія, правда, Unger, loc. cit., т. 22, стр. 230, прим. 55. Но приведенныя имъ мѣста источниковъ не подтверждаютъ его взгляда.

[3]) Смыслъ новеллы 99 былъ всегда въ высшей степени споренъ. Основательное историческое и догматическое изложеніе и толкованіе ея содержится у Wieding'a: Novella XCIX, 1857. a) По общепринятому и защищавшемуся еще глоссою мнѣнію, новелла предоставляетъ beneficium всѣмъ вообще *солидарнымъ должникамъ*. b) Напротивъ, начиная съ эпохи Возрожденія, нерѣдко высказывался взглядъ, что она относится лишь къ тому случаю, когда *нѣсколько корреальныхъ должниковъ взаимно поручились другъ за друга*. Таково, именно, было воззрѣніе Haloander'a. Въ прошломъ столѣтіи его защищалъ, главнымъ образомъ, Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 279. Но упоминаніе о взаимномъ поручительствѣ, какъ было указано выше, § 71, прим. 6, служило

2. Каждый корреальный должникъ обязывается самостоятельно. Такимъ образомъ, взаимная отвѣтственность содолжниковъ за *вину* одного изъ нихъ не вытекаетъ логически изъ самаго понятія корреальнаго обязательства. Тѣмъ не менѣе, она согласуется съ интересами оборота, а потому соотвѣтствуетъ обыкновенно и намѣреніямъ контрагентовъ. Подобная отвѣтственность является особенно цѣлесообразною тогда, когда нѣсколько лицъ сообща берутся за какую-нибудь работу, напр., постройку дома [4]). Но она казалась умѣстною и въ другихъ случаяхъ, напр., при обѣщаніи доставки опредѣленныхъ вещей. Поэтому, *господствующимъ ученіемъ* признано за правило, *что должники взаимно отвѣчаютъ каждый за вину другого* [5]).

Отсюда послѣдовательно возлагать на каждаго корреальнаго должника отвѣтственность и за *просрочку* содолжника [6]).

3. Юстиніанъ установилъ, что *перерывъ давности*, произведенный однимъ изъ корреальныхъ вѣрителей или по отношенію къ одному изъ корреальныхъ должниковъ, дѣйствуетъ въ пользу и во вредъ остальнымъ [7]). Это имѣетъ свое основаніе въ принципахъ давности. Вѣритель здѣсь не считается безпечнымъ.

только терминомъ, которымъ нотаріусы обыкновенно обозначали корреальный долгъ. Несомнѣнно, Юстиніанъ, употребляя этотъ терминъ въ новеллѣ 99, имѣетъ въ виду корреальный долгъ, какъ таковой. Было бы непонятно, почему кредиторъ долженъ имѣть менѣе правъ по отношенію къ своимъ должникамъ, когда они обязались вдвойнѣ, а именно, какъ корреальные должники и, сверхъ того, еще какъ поручители, чѣмъ когда они приняли на себя обязательство только въ качествѣ корреальныхъ должниковъ. c) Нѣкоторые распространяютъ beneficium лишь на тотъ случай, когда въ корреальномъ долгѣ, по существу, заключается взаимная интерцессія. Такъ смотрятъ Vangerow, т. 3, § 573, прим. 4, и Windscheid, т. 2, § 293, прим. 10. Но вносить обсужденіе этого подчасъ сложнаго вопроса въ процессъ между кредиторомъ и однимъ изъ корреальныхъ должниковъ было бы такою ошибкою со стороны Юстиніана, которой мы не въ правѣ предположить за нимъ безъ достаточно вѣскихъ данныхъ. Имперскій судъ—R. G. E., т. 12, стр. 219—лишилъ этотъ споръ всякаго практическаго значенія, признавъ новеллу 99 отмѣненной вслѣдствіе измѣненія порядка судопроизводства. Противъ этого возражаетъ Hellmann въ Archiv für. civ. Praxis, т. 78, стр. 386 и слѣд.

[4]) l. 5. D. h. t. 45. 2.

[5]) l. 18. D. h. t. 45. 2. Pomponius libro 5 ex Plautio: Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Ср. l. 5, § 15. D. commodati. 13. 6. Помпоній здѣсь не могъ имѣть въ виду, какъ это думаетъ Unger, loc. cit., стр. 250, тотъ случай, когда отвѣтчикъ подвергается отвѣтственности за собственную culpa вслѣдствіе того, что онъ не уберегъ предмета обязательства отъ поврежденія со стороны содолжника: вѣдь должники, обязавшіеся стипуляціей, вообще *не* отвѣчали за виновныя упущенія, l. 91, pr. D. de verb. obl. 45. 1. По поводу различныхъ попытокъ объяснить рѣшеніе Помпонія см. Hölder: Festschrift, стр. 58, и Mitteis въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 465, а также Longo въ studi giuridici per il XXXV anno d'insegnamento di Fil. Serafini, 1892, стр. 341. Вполнѣ правиленъ взглядъ Hartmann'a въ Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 395. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 425, не признаетъ взаимной отвѣтственности за вину содолжниковъ, развѣ бы изъ обязательственнаго отношенія вытекало иное.

[6]) Marcianus libro 4 regularum, l. 32, § 4. D. de usuris. 22. 1, однако, говоритъ: Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. По нашему мнѣнію, это несовмѣстимо съ основною мыслью Помпонія, по которой содолжники отвѣчаютъ другъ за друга. Во всякомъ случаѣ, взгляду Помпонія надо отдать преимущество, такъ какъ онъ болѣе соотвѣтствуетъ намѣреніямъ контрагентовъ. Unger, loc. cit., стр. 248, прим. 88, называетъ указаніе на противорѣчіе между Помпоніемъ и Марціаномъ „неудовлетворительнымъ средствомъ для устраненія даннаго затрудненія". Но почему въ подобныхъ вопросахъ римскіе юристы должны были рѣже высказывать противорѣчивыя мнѣнія, чѣмъ это дѣлаютъ современные ученые? По гражд. улож. для герман. имперіи, § 425, п. 2, совокупные должники не отвѣчаютъ за просрочку содолжника.

[7]) l. 4. C. h. t. 8. 39. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи, § 425, п. 2.

www.naukaprava.ru

4. Спрашивается, какія основанія погашаютъ требованія противъ всѣхъ корреальныхъ должниковъ и какія касаются обязательства лишь одного изъ нихъ?

a) *Платежъ* освобождаетъ отъ долга всѣхъ корреальныхъ должниковъ [8]).

b) Равносильное дѣйствіе имѣютъ, конечно, и *суррогаты платежа*, какъ-то in solutum datio и законная depositio. Далѣе, *новація* съ однимъ изъ корреальныхъ должниковъ погашаетъ обязательства всѣхъ, если только animus novandi простирается такъ далеко [9]). То же значеніе имѣетъ, безъ сомнѣнія, и тотъ случай, когда одинъ изъ должниковъ, имѣя *свое* собственное требованіе къ общему вѣрителю, совершитъ съ нимъ *компенсацію* путемъ простого заявленія или процессульнымъ порядкомъ и *тѣмъ самымъ погаситъ корреальный долгъ*. Но можетъ ли корреальный должникъ воспользоваться для компенсаціи требованіемъ, принадлежащимъ содолжнику? Это значило бы, по просту говоря, платить свой собственный долгъ изъ чужого кармана. Подобное распоряженіе чужимъ требованіемъ допускается лишь въ томъ случаѣ, если должникъ управомоченъ на это своимъ содолжникомъ на основаніи договора товарищества или иного соглашенія [10]).

c) Что касается *прощенія долга*, то съ точки зрѣнія римскаго права подобное соглашеніе дѣйствовало различно, смотря по тому, было ли оно облечено въ форму acceptilatio или pactum de non petendo.

Acceptilatio съ однимъ изъ должниковъ погашала всѣ обязательства, подобно платежу [11]).

Относительно pactum de non petendo нужно было различать два случая. Оно могло быть направлено исключительно въ пользу лица, его заключившаго, т. е. in personam, и тогда *распространялось лишь на это лицо*. Если же оно происходило безъ особаго отношенія къ опредѣленному лицу, т. е. in rem, то оно распространялось и на другихъ корреальныхъ должниковъ, при томъ, однако, условіи, чтобы въ освобожденіи ихъ отъ обязательства было заинтересовано лицо, заключившее pactum, въ виду возможности съ ихъ стороны регрессныхъ требованій [12]).

Для современнаго права мы должны руководствоваться слѣдующими принципами. Договоръ о прощеніи, по общему правилу, распространяется на всѣхъ тѣхъ, чье освобожденіе отъ обязательства имѣетъ интересъ для лица, заключившаго подобное соглашеніе. Но, согласно

---

[8]) l. 3. § 1. D. h. t. 45, 2; § 1. I. h. t. 3. 16. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 422, п. 1.

[9]) Ср. l. 31, § 1. D. de novationibus. 46. 2. Иного мнѣнія Binder, loc. cit., стр. 212.

[10]) l. 10. D. h. t. 45. 2, приведенная выше, § 63, прим. 8. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 422, п. 2.

[11]) l. 2. D. h. t. 45. 2, l. 16. D. de acceptilatione. 46. 4.

[12]) l. 21, § 5. D. de pactis. 2. 14. По поводу нѣкоторыхъ спорныхъ вопросовъ см. Vangerow, т. 2, § 573, стр. 94.

намѣренію контрагентовъ, долгъ можетъ быть прощенъ и только тому, кто участвовалъ въ самомъ соглашеніи. Возможно, наконецъ, что вѣритель признаетъ себя удовлетвореннымъ равносильно платежу, такъ что погашается все правоотношеніе. Въ частности, такое намѣреніе нужно предполагать въ томъ случаѣ, когда вѣритель даетъ росписку въ полученіи всего долга безъ всякой оговорки [13]).

d) Если вѣритель наслѣдуетъ одному изъ корреальныхъ должниковъ, то происшедшая вслѣдствіе этого *confusio*, сама по себѣ, еще не освобождаетъ другого должника отъ обязательства. Но если должники состояли между собою въ отношеніяхъ товарищества, то вѣритель уже не можетъ требовать той части долга, которую онъ, какъ наслѣдникъ, все равно долженъ былъ бы возмѣстить пережившему товарищу, если бы послѣдній уплатилъ все [14]).

e) По господствовавшему прежде мнѣнію, *судебное рѣшеніе*, которымъ *отказано* въ искѣ противъ одного изъ корреальныхъ должниковъ, *освобождаетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, и остальныхъ* въ томъ случаѣ, если оно отвергаетъ самое существованіе корреальнаго долга, а не только обязанность даннаго отвѣтчика. Но этотъ взглядъ былъ неправиленъ. Согласно общимъ принципамъ, рѣшеніе суда имѣетъ силу лишь по отношенію къ тяжущимся сторонамъ, и въ источникахъ мы нигдѣ не найдемъ исключенія изъ этого правила въ пользу корреальныхъ должниковъ. Правда, встрѣчается исключеніе въ пользу поручителей [15]); но поручительство и корреальныя обязательства отождествлять нельзя.

Нашъ взглядъ соотвѣтствуетъ германскому уставу гражданскаго судопроизводства. Здѣсь приговоръ можетъ имѣть законную силу лишь постольку, поскольку рѣшеніе касается возбужденнаго искомъ притязанія. Но притязаніе противъ одного изъ корреальныхъ должниковъ не тождественно съ притязаніемъ противъ другого [16]). И по

---

[13]) Того же мнѣнія [Mitteis] въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 445. Ср. гражд. улож. для герм. имперіи, § 423. Присяга, которая была предложена одному изъ корреальныхъ должниковъ и которую онъ принесъ въ отрицаніе долга, служила на пользу и остальнымъ, l. 28, § 3. D. de jurejurando. 12. 2. Это было выводомъ изъ римской аксіомы—l. 27. D. de jurejurando, 12. 2, Gajus libro 5 ad edictum provinciale—„jusjurandum loco solutionis cedit"; послѣдняя была установлена на основѣ преторскаго эдикта—l. 34, § 6. D. eod.—„solvere aut jurare cogam". Однако, Mitteis: Die Individualisierung, стр. 90, справедливо замѣчаетъ, что здѣсь не осталось безъ вліянія и стремленіе устранить возможность принесенія противорѣчивыхъ присягъ. Поэтому то присяга—l. 2. D. eod.—и имѣетъ „majorem auctoritatem quam res judicata".

[14]) l. 71. pr. D. de fidejussoribus. 46. 1; Kretschmar: Konfusion, стр. 156, 168. Если одинъ изъ должниковъ освобождался отъ долга вслѣдствіе capitis deminutio, то для другого обязательство, тѣмъ не менѣе, оставалось въ силѣ, l. 19. D. h. t. 45. 2. Точно такъ же, если одинъ изъ содолжниковъ, по поводу принятія на себя обязательства, добьется in integrum restitutio, то это не освобождаетъ другого.

[15]) l. 42, § 3. D. de jurejurando. 12. 2. Pomponius libro 18 epistolarum. Item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret. Послѣднія слова, вѣроятно, вставлены кодификаторами Юстиніана, такъ какъ во времена Помпонія уже *litis contestatio* противъ одного изъ должниковъ освобождала отъ обязательства остальныхъ. Какъ бы то ни было, нѣтъ основанія распространять это правило за предѣлы поручительства. Того же мнѣнія Binder, прив. соч., стр. 251.

[16]) С. P. O., § 301. Такъ же смотритъ и Mitteis въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 456; противъ этого высказывается Hartmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 50, стр. 133, и въ Archiv für schweizer. Recht, n. F., т. 6, стр. 124.

www.naukaprava.ru

гражд. улож. для герман. имперіи [17]), вступившій въ законную силу приговоръ суда дѣйствуетъ только въ пользу того изъ совокупныхъ должниковъ, въ отношеніи котораго онъ постановленъ.

5) Спрашивается, предоставляется ли должнику, заплатившему весь долгъ или, во всякомъ случаѣ, болѣе своей части, право регресса къ содолжникамъ, которыхъ онъ освободилъ такимъ путемъ отъ обязательства [18])?

Платежъ всего долга, самъ по себѣ, еще не даетъ уплатившему права регресса къ остальнымъ должникамъ: уплатившій погасилъ лишь свой собственный долгъ и не дѣйствовалъ въ качествѣ представителя другихъ лицъ. Такимъ образомъ, право регресса логически можетъ вытекать только изъ того взаимнаго *отношенія*, которое побудило участниковъ сдѣлки принять на себя корреальную отвѣтственность.

Впрочемъ, слишкомъ строгое подчиненіе этой точкѣ зрѣнія приводитъ къ неутѣшительнымъ результатамъ. Выясненіе отношенія между корреальными содолжниками для разрѣшенія вопроса о регрессѣ нерѣдко зависитъ отъ крайне запутанныхъ доказательствъ, часто же бываетъ и совсѣмъ невозможно. А между тѣмъ содолжникъ освободился отъ обязательства на счетъ лица, уплатившаго долгъ, такъ что справедливость регресса, въ большинствѣ случаевъ, не подлежитъ никакому сомнѣнію. Вотъ почему право регресса *предполагается* обоснованнымъ, если одинъ изъ должниковъ уплатитъ свыше своей части; но содолжникъ, противъ котораго направленъ регрессъ, въ опроверженіе его, можетъ установить, какое отношеніе лежитъ въ основаніи всего обязательства, и доказать, что это отношеніе *исключаетъ* всякое право регресса [19]) [20]).

---

[17]) § 425, п. 2.

[18]) Этотъ вопросъ издавна считается спорнымъ, ср. еще глоссу „juvare“ къ l. 2. C. h. t. Въ пользу того мнѣнія, что *уплата*, произведенная однимъ изъ корреальныхъ должниковъ, даетъ ему право регресса, высказался W. Sell въ Lindes Zeitschrift, т. 3, статья 21, т. 4, статья 2; Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 240; ср. также Kohler въ Jherings Jahrb., т. 25, стр. 118. Противъ этого выступилъ Schröter въ Lindes Zeitschrift, т. 6, стр. 415; Vangerow, т. 3, § 573, стр. 75; Windscheid, т. 2, § 294. прим. 2.

[19]) Изъ разсужденій Ульпіана или Юліана, высказанныхъ въ l. 62, pr. D. ad legem Falcidiam. 35. 2, безспорно слѣдуетъ, что право регресса *принципіально* вытекаетъ не изъ самаго корреальнаго обязательства, а изъ лежащаго въ его основаніи договора товарищества или иного правоотношенія. Но, во всякомъ случаѣ, уже римскіе юристы старались, по возможности, облегчить возникновеніе регресса. Этимъ объясняется l. 11, pr. D. h. t. 45. 2 Папиніана—libro 11 responsorum, смыслъ которой не удалось еще уяснить до сихъ поръ, даже Mitteis'y: Individualisierung der Obligation, стр. 69. Въ основаніе своего изслѣдованія Папиніанъ кладетъ употреблявшуюся обыкновенно корреальными должниками формулу обѣщанія: „invicem nos obligantes atque fide dicentes“, ср. выше, § 71, прим. 6; онъ говоритъ, что, согласно общему мнѣнію юристовъ, вѣритель могъ, основываясь на подобной формулѣ, раздѣлить свой искъ къ одному и тому же должнику объ исполненіи всего обязательства на двѣ части такимъ образомъ, чтобы одна часть долга взыскивалась съ отвѣтчика, какъ съ *главнаго должника*, а другая—какъ съ *поручителя*. Спрашивается, въ чемъ состоялъ смыслъ и цѣль такого раздѣленія? Несомнѣнно, этимъ путемъ хотѣли обезпечить за должникомъ, который въ такомъ случаѣ приговаривался къ уплатѣ половины долга въ качествѣ поручителя, право регресса къ содолжнику. Правда, Папиніанъ добавляетъ, что вѣритель не могъ быть принужденъ къ такому раздѣленію иска; но отсюда то и видно, что подобный способъ предъявленія иска считался, по крайней мѣрѣ, долгомъ порядочности, и что дѣло, повидимому, не обходилось даже безъ нѣкотораго давленія со стороны магистрата—„douce violence“.

§ 74. Активныя корреальныя обязательства.

1. Характерной чертой активныхъ корреальныхъ обязательствъ является самостоятельность и безусловность права каждаго изъ вѣрителей.

Каждый вѣритель можетъ предъявить искъ объ исполненіи обязательства въ полномъ объемѣ. Для этого нѣтъ надобности въ согласіи остальныхъ вѣрителей. Каждый можетъ требовать уплаты всего долга, и каждому можетъ быть предложено должникомъ исполненіе полностью. Обязательство, предъявленное ко взысканію однимъ изъ вѣрителей, становится предметомъ процесса въ полномъ объемѣ, и если истецъ выиграетъ дѣло, то этимъ для остальныхъ вѣрителей право иска прекращается [1]).

Каждый изъ вѣрителей можетъ, далѣе, простить долгъ съ такимъ результатомъ, что этимъ устраняются и притязанія остальныхъ; сюда относится, въ частности, тотъ случай, когда онъ безъ всякой оговорки выдаетъ росписку въ полученіи долга [2]). Наконецъ, онъ можетъ даже, путемъ новаціи, превратить корреальное обязательство въ свое исключительное требованіе, такъ что права остальныхъ вѣрителей тѣмъ самымъ погашаются [3]) [4]).

Впрочемъ, и тамъ, гдѣ подобныя средства не имѣли на истца надлежащаго вліянія, онъ всетаки могъ согласиться на раздѣленіе иска, получивъ за это обѣщаніе извѣстныхъ взаимныхъ выгодъ со стороны отвѣтчика.—Какъ бы то ни было, а „Diocletianus et Maximianus“—l. 1. C. h. t. 8. 39—прямо установили соотвѣтствующее справедливости и требованіямъ жизни правило, которое прежніе юристы старались провести лишь окольными путями: Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae, a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur. Такимъ образомъ, correus, уплатившій долгъ, для того, чтобы обезпечить за собою право регресса, долженъ только доказать, что онъ дѣйствительно выплатилъ всю сумму долга.

20) По гражд. улож. для герман. имперіи, § 426, уплата по обязательству однимъ изъ совокупныхъ должниковъ обосновываетъ право регресса. Корреальные должники въ отношеніи другъ друга обязаны въ равныхъ частяхъ, если не было постановлено иначе. Доля, падающая на одного изъ совокупныхъ должниковъ, оказавшагося несостоятельнымъ, должна быть пополнена остальными. Если одинъ изъ должниковъ удовлетворитъ кредитора и при томъ имѣетъ право требовать отъ прочихъ должниковъ возмѣщенія переплаченнаго, то къ нему переходитъ требованіе кредитора противъ этихъ послѣднихъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 163, стр. 377.

1) По обще-германскому праву спорнымъ считался вопросъ, какія послѣдствія влечетъ за собой предъявленіе иска однимъ изъ корреальныхъ вѣрителей? Въ классическій періодъ litis contestatio съ однимъ изъ вѣрителей уничтожала все правоотношеніе, l. 2. D. h. t. 45. 2. Юстиніанъ не отмѣнилъ этого дѣйствія litis contestatio закономъ, который содержится въ l. 28. C. de fidejussoribus. 8. 40, такъ какъ послѣдній касается лишь пассивныхъ корреальныхъ обязательствъ. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 428, общій должникъ въ правѣ уплатить каждому изъ корреальныхъ вѣрителей, по своему усмотрѣнію, даже въ томъ случаѣ, если одинъ изъ нихъ уже предъявилъ искъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, § 165, стр. 381.

2) По римскому праву всѣ корреальные вѣрители теряли свои требованія къ должнику, если одинъ изъ нихъ производилъ акцептиляцію, l. 13, § 12. D. de acceptilatione. 46. 4. Напротивъ, pactum de non petendo, заключенное однимъ изъ вѣрителей, нисколько не вредило другимъ, Paulus libro 3 ad edictum, l 27. pr. D. de pactis. 2. 14, l. 93. D. de solutionibus. 46. 3. Но и этотъ вопросъ очень спорный; ср. Vangerow, т. 3, § 373, стр. 95. Относительно точки зрѣнія гражд. улож. для герман. имперіи см. § 429, п. 3.

3) l. 31, § 1. D. de novationibus. 46. 2. Правда, очень спорно, какъ относится къ этому мѣсту l. 27, pr. D. de pactis. 2. 14. Вѣроятнѣе всего, Павелъ послѣдними, возбуждающими сомнѣніе словами „idemque in duobus reis stipulandi dicendum est“ хотѣлъ

www.naukaprava.ru

2. Корреальныя требованія, въ большинствѣ случаевъ, возникаютъ на почвѣ договора товарищества. Далѣе, можетъ случиться, что одинъ изъ вѣрителей является мандатаріемъ другого и лишь по отношенію къ третьимъ лицамъ пользуется всѣми правомочіями кредитора. Наконецъ, возможно, что между вѣрителями вовсе нѣтъ никакого правового отношенія, когда, напр., завѣщана извѣстная сумма „церкви въ городѣ А или Б“, такъ что эту сумму получитъ та изъ нихъ, которая первая ее взыщетъ или первая предъявитъ искъ.

3. Отъ этого такъ наз. внутренняго отношенія между кредиторами зависитъ, обязанъ ли удовлетворить остальныхъ и въ какой степени тотъ изъ нихъ, который полностью взыщетъ долгъ, или получитъ взамѣнъ платежа какую-либо иную цѣнность, или, наконецъ, признаетъ себя удовлетвореннымъ, имѣя въ виду окончательно отказаться отъ своего права требованія [5]).

4. Если одному изъ корреальныхъ вѣрителей вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ было отказано въ искѣ, то уже по общегерманскому праву это нисколько не мѣшало другимъ кредиторамъ, въ свою очередь, предъявить искъ, такъ какъ рѣшеніе суда имѣетъ силу лишь по отношенію къ тяжущимся сторонамъ. По гражд. улож. для герман. имперіи это не подлежитъ никакому сомнѣнію [6]).

§ 75. Правила о солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ.

Солидарныя обязательства въ тѣсномъ смыслѣ настолько разнообразны, что общія начала по отношенію къ нимъ могутъ быть установлены лишь по поводу нѣкоторыхъ отдѣльныхъ пунктовъ.

Что касается, въ частности, пассивныхъ солидарныхъ обязательствъ, то всѣ они уничтожаются путемъ платежа, in solutum datio, надлежащей depositio и осуществленной компенсаціи [1]). Совсѣмъ иное дѣло, если вѣритель съ однимъ изъ должниковъ производитъ новацію [2]), такъ какъ послѣдняя влечетъ за собою *продолженіе* прежняго правоотношенія въ новой формѣ, но отнюдь не окончательное удовлетво-

---

выразить лишь ту мысль, что и договоръ о прощеніи долга, заключенный однимъ изъ вѣрителей, не вредитъ остальнымъ; такимъ образомъ, эти слова должны быть отнесены только къ главному вопросу, а не къ побочному, возбужденному лишь мимоходомъ,—можетъ ли argentarius совершить новацію. Ср. Vangerow, т. 3, § 573. Иного мнѣнія Binder, loc. cit., стр. 225.

[4]) Constitutum въ пользу одного изъ корреальныхъ вѣрителей уничтожалъ по римскому праву требованія остальныхъ кредиторовъ, „quia loco ejus cui jam solutum est haberi debet is cui constituitur“, l. 10, D. de pec. const. 13. 5. По современному праву этотъ принципъ можетъ быть примѣненъ не ко всякому обѣщанію уплатить долгъ, а лишь при наличности намѣренія совершить новацію.

[5]) l. 62, pr. D. ad legem Falcidiam. 35. 2. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 430, напротивъ, совокупные кредиторы въ отношеніи другъ друга считаются управомоченными въ равныхъ частяхъ, если не было постановлено иначе.

[6]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 429, п. 3.

[1]) Право пользоваться для компенсаціи требованіемъ своего содолжника, которое l. 10. D. h. t. 45. 2 предоставляетъ корреальнымъ должникамъ—см. выше, § 73, прим. 10, не должно быть признаваемо за солидарными должниками въ тѣсномъ смыслѣ. Съ этимъ соглашается теперь и Mitteis въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 468.

[2]) Относительно этого вопроса въ источникахъ не встрѣчается опредѣленныхъ указаній. Ср., впрочемъ, Mitteis въ Grünhuts Zeitschrift, т. 14, стр. 455.

реніе. Точно такъ же и прощеніе долга одному изъ солидарныхъ должниковъ, по общему правилу, не освобождаетъ отъ обязательства остальныхъ [3]).

Перерывъ давности по отношенію къ одному изъ солидарныхъ должниковъ не имѣетъ никакого значенія для остальныхъ [4]) [5]).

Нельзя установить для различныхъ случаевъ солидарныхъ обязательствъ одного общаго правила, допустимъ ли и въ какомъ размѣрѣ регрессъ одного изъ должниковъ, принужденнаго уплатить весь долгъ, къ остальнымъ. Если, напр., въ нѣсколькихъ страховыхъ обществахъ самостоятельно застраховано одно и то же имущество въ отношеніи одного и того же риска, и одно изъ этихъ обществъ уплатило всю страховую сумму сполна, то оно ничего не можетъ требовать отъ остальныхъ [6]).

Точно такъ же, по римскому праву, лицо, отвѣтственное вмѣстѣ съ другими за какой-либо проступокъ, въ случаѣ полнаго возмѣщенія убытковъ, не имѣетъ права регресса къ остальнымъ виновнымъ лицамъ. Вопросъ о томъ, сохранилъ ли этотъ принципъ свою силу и въ современномъ правѣ, будетъ разсмотрѣнъ впослѣдствіи [7]).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Поручительство.

I. Историческое введеніе.

§ 76. Поручительство въ формѣ стипуляціи.

1. *Поручительствомъ называется такой договоръ, въ силу котораго третье лицо, для обезпеченія кредитора, принимаетъ на себя обязательство наряду съ должникомъ* [1]). Этой цѣли въ

---

[3]) Ограниченное дѣйствіе прощенія долга, которое признается, по общему правилу, при солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ, имѣетъ свое основаніе въ томъ, что при такихъ долговыхъ отношеніяхъ управомоченное лицо обыкновенно желаетъ простить долгъ лишь тому, съ кѣмъ оно вступаетъ въ соглашеніе, а отнюдь не всѣмъ должникамъ. Ср., однако, Binder, loc. cit., стр. 184.

[4]) Иное соблюдается при пассивныхъ корреальныхъ обязательствахъ, см. выше, § 73, прим. 7.

[5]) Дальнѣйшее различіе между корреальными и просто солидарными обязательствами заключается въ томъ, что при первыхъ, согласно правильному воззрѣнію, существуетъ взаимная отвѣтственность содолжниковъ за вину каждаго изъ нихъ—см. выше, § 73, прим. 5, чего мы не замѣчаемъ при солидарныхъ обязательствахъ въ тѣсномъ смыслѣ. Нѣкоторые писатели усматриваютъ главное различіе между указанными видами долговыхъ отношеній въ томъ, что res judicata при солидарныхъ обязательствахъ jus facit inter partes, при корреальныхъ же—inter omnes; но такой взглядъ лишенъ всякаго основанія. Ср. выше, § 73, прим. 16.

[6]) Что въ этомъ случаѣ § 426 гражд. улож. для герм. имперіи не можетъ имѣть примѣненія, представляется очевиднымъ.

[7]) Объ этомъ подробнѣе см. ниже, § 129.

[1]) Tit Inst. de fidejussoribus 3. 20. Dig. de fidejussoribus et mandatoribus. 46. 1. Cod. 8. 40. Литература: Girtanner: Die Bürgschaft, 1851; Hasenbalg: Die Bürgschaft, 1870. Вторая часть книги Girtanner'а содержитъ въ себѣ историко-догматическій очеркъ поручительства въ средніе и новые вѣка и множество литературныхъ указаній, стр.

www.naukaprava.ru

Римѣ служила стипуляція. До Юстиніана, для установленія поручительства, допускались одновременно три формы стипуляціи [2]):

а) Древнѣйшей была „sponsio“ съ формулой „idem spondes?“ Она была доступна только римскимъ гражданамъ.

b) Позднѣйшей формой, доступной и для перегриновъ, была „fidepromissio“ съ формулой „idem fidepromittis?“

Оба эти вида поручительства могли примѣняться лишь къ *вербальнымъ обязательствамъ*. Кромѣ того, они считались *строго личными* въ томъ смыслѣ, что не переходили на наслѣдниковъ поручителя.

с) Послѣднимъ видомъ поручительства была „fidejussio“ съ формулой „idem fide tua jubes?“ Такое поручительство было доступно и перегринамъ и, кромѣ того, переходило на наслѣдниковъ поручителя. Fidejussio могла сопровождать обязательства всякаго рода, даже будущія, на случай ихъ возникновенія.

2. Для Римлянъ поручительство являлось институтомъ съ большимъ соціальнымъ и даже политическимъ значеніемъ. Выступать въ качествѣ поручителей за своихъ кліентовъ считалось у высшихъ классовъ почетной обязанностью. Этимъ путемъ привилегированное сословіе доставляло своимъ кліентамъ кредитъ и въ то же время привязывало ихъ къ себѣ [3]). Хотя, благодаря такимъ отношеніямъ, вліяніе аристократіи и росло, но вытекающія отсюда обязанности, вмѣстѣ съ тѣмъ, являлись тяжелымъ, а иногда даже разорительнымъ бременемъ, для облегченія котораго во время республики народными собраніями были изданы многочисленные спеціальные законы.

Между ними особаго вниманія заслуживаетъ lex Furia относительно sponsores и fidepromissores [4]). Законъ этотъ состоялъ изъ двухъ частей. Во-первыхъ, упомянутые поручители освобождались отъ своего обязательства *по истеченіи двухъ лѣтъ;* во-вторыхъ, *обязательство ipso jure дѣлилось* между нѣсколькими поручителями по одному и тому же долгу. Fidejussores, однако, не подлежали дѣйствію lex Furia, очевидно, на томъ основаніи, что весь институтъ fidejussio возникъ лишь послѣ обнародованія этого закона, и послѣдній, по своему буквальному смыслу, не могъ имѣть его въ виду.

3. Въ юстиніановомъ правѣ древнѣйшія формы поручительства вышли изъ употребленія; *сохранилась одна только fidejussio*. Но и этотъ институтъ подлежалъ нормамъ jus strictum. Въ частности, fidejussio считалась недѣйствительной, когда она была направлена на

---

147 и слѣд. O. Geib: Zur Dogmatik des röm. Bürgschaftsrechts, 1894. Ср. также Corsi: La fidejussione, 3 ed., Bologna, 1893. Въ русской литературѣ см. Нолькенъ: Ученіе о поручительствѣ по римскому праву, 1884.

[2]) Подробности см. у Гая, Inst., III, § 115.

[3]) Ср. выше, вып. I, § 261; Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 1 и слѣд.

[4]) По поводу этихъ законовъ см. Gajus, Inst., III, §§ 121 и слѣд., а также Lenel: Edictum perpetuum, стр. 168. Кстати, можно еще упомянуть о lex Cornelia, которую, по справедливости, слѣдуетъ приписать Сулѣ, „qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia“. Gajus, Inst., III, § 124.

бо́льшую сумму или на иной предметъ, въ сравненіи съ главнымъ обязательствомъ.

4. Каково было отношеніе fidejussio къ корреальному обязательству?

Большинство новѣйшихъ писателей разсматриваетъ ее, какъ одинъ изъ видовъ послѣдняго [5]). Указывая на широкое дѣйствіе litis constestatio съ однимъ изъ должниковъ, которая уничтожала одинаково, какъ главный долгъ, такъ и обязанность поручителя, они находятъ, что оба эти правоотношенія являются „единымъ обязательствомъ“ [6]). Но изъ предыдущаго изложенія видно, что этотъ доводъ не можетъ имѣть рѣшающаго значенія. Нигдѣ римскіе юристы не называютъ fidejussio корреальнымъ долгомъ. Несмотря на нѣкоторыя сходства, это два совершенно различныхъ понятія. *Корреальные должники являются главными должниками, а поручители— лишь добавочными.*

§ 77. Сдѣлки, вызывающія одинаковыя съ поручительствомъ послѣдствія.

Существуютъ извѣстныя сдѣлки, которыя, не будучи сами по себѣ предназначены для поручительства, тѣмъ не менѣе, могутъ быть

---

[5]) См. писателей, приведенныхъ у Samhaber'a: Korrealschuld, стр. 170. Противнаго взгляда держится, между прочимъ, Arndts, § 350, прим. 4; Czyhlarz въ Grünhuts Zeitschrift, т. 3, стр. 102.

[6]) Въ настоящее время часто высказывается мнѣніе, что договоръ поручительства можетъ имѣть различное содержаніе. 1) Съ одной стороны, возможно, что поручитель, принимая на себя обязательство главнаго должника, *не* создаетъ этимъ *для себя новой самостоятельной обязанности*, а лишь *распространяетъ на себя обязательство главнаго должника*, становясь, наряду съ послѣднимъ, корреальнымъ должникомъ. Таково будто бы было значеніе римской fidejussio. 2) Съ другой стороны, поручитель можетъ принять на себя и вполнѣ *самостоятельное* обязательство, содержаніемъ котораго является исполненіе обязанности главнаго должника; такимъ образомъ, поручитель становится, наряду съ нимъ, просто солидарнымъ должникомъ. Такой характеръ будто бы имѣетъ римскій конститутъ. См., между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 476. Впрочемъ, самъ Windscheid прибавляетъ, что въ настоящее время контрагенты обыкновенно не сознаютъ этого различія въ содержаніи поручительства. „Участники сдѣлки“, продолжаетъ онъ, „въ большинствѣ случаевъ, вѣроятно, затруднились бы отвѣтить на вопросъ, желаютъ ли они, чтобы главное обязательство распространилось на поручителя, или чтобы для послѣдняго возникло самостоятельное обязательство, содержаніе котораго должно заключаться въ исполненіи обязанности главнаго должника“. Мы думаемъ такъ же; но мы идемъ еще дальше и утверждаемъ, что упомянутое различіе вообще не существуетъ и опирается на схоластику, чуждую, какъ римлянамъ, такъ и современному обороту. Формула стипуляціи „idem dare spondes?“, которая примѣнялась при поручительствѣ, ясно показываетъ, что именно составляетъ содержаніе послѣдняго. Поручитель обѣщаетъ то же самое, что и главный должникъ, какъ добавочное отвѣтственное лицо. Нигдѣ нѣтъ и рѣчи о томъ, что онъ только распространяетъ на себя обязательство главнаго должника, а не принимаетъ самостоятельнаго долга. Его обязательство совсѣмъ иного характера, чѣмъ главный долгъ: это обязательство добавочное. Какимъ же образомъ оно можетъ быть обязательствомъ главнаго должника? Что мы имѣемъ дѣло съ самостоятельнымъ обязательствомъ, съ собственнымъ долгомъ поручителя,—это достаточно подтверждаетъ Gajus, Inst, III, § 126: „horum obligatio accessio est principalis obligationis“. Единственной точкой опоры для господствующей теоріи является, насколько мы знаемъ, l. 1, § 8. D. de obligationibus et actionibus. 44. 7. Gajus libro 2 aureorum: Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur fidejussor vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur. По главному обязательству отвѣчаетъ и поручитель! Но это весьма естественно, такъ какъ главное обязательство является основаніемъ и необходимымъ условіемъ добавочной обязанности, которую беретъ на себя поручитель. Вотъ все, что можно вывести изъ приведеннаго изреченія Гая, который ни въ какомъ случаѣ не хотѣлъ формулировать здѣсь новаго ученія.

www.naukaprava.ru

использованы для этой цѣли. Въ настоящее время, напр., нерѣдко принимаютъ на себя долгъ по векселю ради поручительства [1]). У римлянъ для этого употреблялся конститутъ; той же цѣли можетъ служить, какъ по современному, такъ и по римскому праву, порученіе—mandatum.

1. Подъ конститутомъ римскіе юристы разумѣли, прежде всего, обѣщаніе уплатить свой собственный долгъ. Но въ императорскій періодъ actio de pecunia constituta стала даваться и въ случаѣ обѣщанія уплатить чужой долгъ—такъ наз. constitutum debiti alieni [2]).

Такого рода обѣщаніе употреблялось не только для обезпеченія обязательства; оно могло служить и другимъ цѣлямъ, напр., принятію на себя чужого долга. Безъ сомнѣнія, въ классическій періодъ поручительство въ видѣ конститута встрѣчалось рѣдко [3]), главнымъ образомъ, потому, что, въ случаѣ неисправности, приходилось платить штрафъ въ размѣрѣ половинной стоимости спорной суммы, а, сверхъ того, обязанность къ платежу существовала даже въ томъ случаѣ, если главный долгъ ко времени предъявленія иска болѣе не существовалъ, лишь бы только онъ существовалъ во время совершенія конститута.

Напротивъ, часто встрѣчался въ то время другой видъ поручительства—посредствомъ recepтum.

Такъ называлось *обѣщаніе мѣнялы уплатить извѣстную сумму* третьему лицу—recepтus'у—*за своего кліента*, обыкновенно, конечно, на основаніи сдѣланнаго послѣднимъ *перевода*. Поводомъ къ recepтum, чаще всего, служило то обстоятельство, что лицо, переводящее деньги, было должникомъ recepтus'а, и тогда сдѣлка имѣла характеръ поручительства; но наличность долга вовсе не являлась непремѣннымъ условіемъ для возникновенія обязательства изъ recepтum. Поэтому послѣднее могло служить и другимъ цѣлямъ, кромѣ поручительства.

При Юстиніанѣ recepтum исчезло, слившись съ конститутомъ [4]).

Въ современномъ правѣ уже не встрѣчается поручительство въ видѣ конститута. Хотя въ сочиненіяхъ и теоретическихъ изслѣдова-

---

[1]) Если поручительство облечено въ форму векселя—индоссаментъ или акцептъ—и основывается на одномъ лишь векселѣ, то, при недѣйствительности обязательства по векселю, отпадаетъ и поручительство. Впрочемъ, контрагенты могли имѣть въ виду и двойное поручительство: въ формѣ векселя и, на всякій случай, еще обыкновенное. Кредиторъ обязанъ доказать, что поручительство имѣло подобное, болѣе широкое значеніе. R. O. H. G. E., т. 2, стр. 366, и R. G. E., т. 4. стр. 11.

[2]) По поводу constitutum и recepтum см. Lenel въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 15, стр. 62; Bekker, ibid., т. 16, стр. 1; Rosello въ Archivio giuridico, т. 45, стр. 1; Serafini, ibid., стр. 553. См. также Lenel: Edictum perpetuum, стр. 104 и 197; относительно конститута вообще см. выше, § 69.

[3]) Constitutum debiti alieni имѣютъ въ виду l. 5, §§ 2 и 3, а также l. 2. D. de pecunia constituta. 13. 5. Большинство же мѣстъ въ пандектахъ гдѣ говорится о constitutum debiti alieni, относилось первоначально къ recepтum, что вполнѣ доказано Ленелемъ на основаніи inscriptiones. Это относится, напр., къ l. 27, l. 28 и l. 12. D. de pecunia constituta. 13. 5.

[4]) Это сліяніе произошло на основаніи l. 2. C. de constituta pecunia. 4. 18. Ср. по поводу этой „непростительной ошибки Юстиніана“ Lenel: Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 2, стр. 62.

ніяхъ новѣйшихъ ученыхъ эта форма поручительства упоминается часто, тѣмъ не менѣе, это одни лишь слова, безъ надлежащаго реальнаго основанія. Всякій, обѣщающій *уплатить* долгъ третьяго лица наряду съ послѣднимъ, чтобы обезпечить вѣрителя, является поручителемъ, но не конституэнтомъ въ римскомъ смыслѣ. Къ такому поручителю, въ частности, не можетъ быть предъявленъ искъ, если долгъ, существовавшій во время обѣщанія уплаты, впослѣдствіи прекратился [5]). Гражданскому уложенію для герман. имперіи конститутъ также неизвѣстенъ.

2. Часто встрѣчается на практикѣ такъ наз. *кредитное порученіе* [6])—mandatum qualificatum, т. е. порученіе лицу, занимающемуся денежными ссудами, оказать кому-нибудь кредитъ, при чемъ безразлично, возникаетъ ли для этой цѣли новое обязательство [7]), или только отсрочивается уже существующее [8]).

Такого рода порученіе подчиняется правиламъ, установленнымъ для мандата.

Подобно всякому другому мандату, оно прекращается, если лицо, давшее порученіе, беретъ его обратно, прежде чѣмъ оно было исполнено, или если тотъ, кому дано порученіе, увѣдомляетъ своего контрагента о намѣреніи отказаться отъ обязательства до его исполненія, при чемъ, однако, онъ отвѣчаетъ за всѣ послѣдствія несвоевременнаго отказа. Наконецъ, такое же дѣйствіе имѣетъ смерть манданта или мандатарія до исполненія порученія.

Всѣ только что упомянутыя правила чужды настоящему пору-

---

[5]) Каковы могутъ быть послѣдствія подведенія обѣщанія уплатить чужой долгъ подъ понятіе римскаго конститута, ясно показываетъ случай, приведенный въ R. G. E., т. 10, стр. 186. Судъ первой инстанціи, разсматривая такое обѣщаніе, „какъ обѣщаніе поручителя въ формѣ конститута“, тѣмъ не менѣе, призналъ основательнымъ возраженіе, что главный долгъ послѣ заключенія конститута погасился истеченіемъ давности. При пересмотрѣ дѣла во второй инстанціи, наоборотъ, было указано на то, что первая инстанція не приняла во вниманіе l. 18, § 1, D. de pecunia constituta. 13. 5, въ силу которой конституэнтъ не освобождается отъ обязательства, „licet post constitutum dies temporalis actionis exierit“. Этотъ выводъ былъ бы вполнѣ основателенъ, *если бы* данное обѣщаніе было дѣйствительно конститутомъ. Тѣмъ не менѣе, имперскій судъ отмѣнилъ рѣшеніе второй инстанціи, считая указаніе суда первой инстанціи на то, что поручительство было заключено въ формѣ конститута, безразличнымъ замѣчаніемъ, не допускающимъ никакихъ выводовъ. Этотъ случай показываетъ, насколько опасно всякое подчиненіе такимъ юридическимъ понятіямъ, къ которымъ серьезно относиться никто не желаетъ, да и не можетъ. Ср. также Geib., loc. cit., стр. 183.

[6]) Rothenberg: Kreditauftrag въ Archiv für civ. Praxis, т. 77, статья 12; Sokolowski: Die Mandatsbürgschaft, Halle, 1891; Geib, loc. cit., стр. 149 и слѣд.; Unger: Handeln auf fremde Gefahr въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 6.

[7]) L. 6. § 4. D. mandati. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro 7 digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus. § 6. l. de mandato. 3. 26... adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

[8]) L. 12, § 14. D. mandati. 17. 1: Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si, ut exspectares nec urgueres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere.

www.naukaprava.ru

чительству. Поэтому новѣйшіе писатели дѣлаютъ ошибку, желая слить воедино mandatum qualificatum и поручительство [9]).

Только *послѣ исполненія кредитнаго порученія* отношеніе между контрагентами пріобрѣтаетъ сходство съ поручительствомъ. Только тогда мы имѣемъ основаніе говорить о *поручительствѣ въ видѣ мандата* — Mandatsbürgschaft, такъ какъ съ этого времени, кромѣ главнаго должника, займодавецъ имѣетъ еще добавочнаго—въ лицѣ давшаго порученіе. Послѣдній отвѣчаетъ по actio mandati contraria за всѣ убытки, которые потерпитъ займодавецъ вслѣдствіе исполненія порученія, а, слѣдовательно, въ частности, и за исправную уплату по займу, состоявшемуся или продолженному благодаря этому порученію [10]).

Этимъ объясняется то, что важныя предписанія положительнаго права, касающіяся поручительства, были распространены и на mandatum qualificatum [11]).

II. Дѣйствующее право.

§ 78. **Сущность поручительства.**

Мѣсто римской fidejussio въ обще-германскомъ правѣ занялъ *неформальный договоръ поручительства* [1]). Послѣдній не только по формѣ, но и по существу утратилъ строгій характеръ римскаго образца и *всецѣло покоится на принципахъ справедливости*. Въ силу неформальности договора, для его возникновенія достаточно соглашенія въ любой формѣ. Безразлично, были ли при этомъ упо-

---

[9]) Изъ новѣйшихъ писателей, главнымъ образомъ, Arndts, § 353, прим. 3, старается доказать, что въ современномъ правѣ кредитное порученіе слилось съ поручительствомъ. Противоположный взглядъ защищаетъ, между прочимъ, Girtanner, стр. 540; тамъ же, на стр. 197, приведены прежнія воззрѣнія на этотъ предметъ; см., далѣе, писателей, указанныхъ у Arndts'a.

[10]) Въ томъ же духѣ высказывается и гражд. улож. для герман. имперіи, § 778: Кто поручаетъ кому-нибудь оказать кредитъ отъ своего имени и за свой счетъ третьему лицу, тотъ отвѣчаетъ передъ повѣреннымъ, какъ поручитель, по тому обязательству третьяго лица, которое возникнетъ вслѣдствіе оказанія ему кредита. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 237, стр. 215.

[11]) На сходство между поручительствомъ и mandatum qualificatum указываетъ уже Юліанъ libro 3 ad Ursejum Ferocem, l. 32. D. mandati. 17. 1... neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fidejubeat an absens vel praesens mandet. Ср. Sokolowski, loc. cit., стр. 77.

[1]) Часто встрѣчается мнѣніе, что обще-германскій договоръ поручительства покоится на „сліяніи" constitutum и fidejussio, при чемъ главную роль должны играть принципы fidejussio. Ср. Girtanner, loc. cit., стр. 372, и Windscheid, т. 2, § 476, прим. 6. Напротивъ, Vangerow, т. 3, § 579, пунктъ 4, желаетъ сохранить различіе между упомянутыми институтами и для обще-германскаго права. „Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ", говоритъ онъ, „когда поручительство имѣетъ въ виду одно лишь обезпеченіе вѣрителя, слѣдуетъ руководствоваться правилами fidejussio; если же путемъ поручительства для вѣрителя достигаются еще другія выгоды, то договоръ долженъ быть признанъ за constitutum, со всѣми его особенностями". Мы, напротивъ, утверждаемъ, что настоящимъ поручительствомъ въ Римѣ считалось лишь поручительство въ формѣ стипуляціи, и что римскій конституть чуждъ нашему обороту. Поэтому, существующее нынѣ поручительство является лишь свободно развившейся римской fidejussio.

треблены выраженія „поручиться“, „ручаться“, „обязаться уплатить чужой долгъ“ или иныя [2]).

1. Поручительство, какъ простое обезпеченіе договора, является *добавочнымъ элементомъ* главнаго долга. Такой добавочный характеръ оно имѣетъ даже въ томъ случаѣ, если кто-либо ручается, *„какъ самостоятельный должникъ“*, такъ какъ это выраженіе означаетъ лишь то, *что поручитель отказывается отъ beneficium excussionis и divisionis* [3]).

Являясь простой accessio, обязательство изъ поручительства не возникаетъ, если главный долгъ во время совершенія поручительства уже былъ недѣйствителенъ или подлежалъ exceptio peremptoria [4]); оно прекращается вслѣдствіе погашенія главнаго долга ipso jure или путемъ exceptio. Но основаніемъ поручительства можетъ служить и натуральное обязательство [5]). Далѣе, можно ручаться и за *будущія обязательства*, даже если они опредѣлены въ договорѣ лишь общими чертами (Kreditbürgschaft), напр., за всѣ обязательства, которыя въ будущемъ возникнутъ изъ опредѣленнаго предпріятія [6]).

Римляне считали несовмѣстимымъ съ добавочнымъ характеромъ стипуляціоннаго поручительства несоотвѣтствіе его содержанія содержанію главнаго долга. Правда, допускалось поручительство и въ меньшей суммѣ. Напротивъ, fidejussio считалась недѣйствительной, если она была направлена на что-либо иное [7]) или на бо̀льшую сумму, чѣмъ главный долгъ, или если она была заключена на болѣе тяжелыхъ условіяхъ [8]).

---

[2]) Согласно § 766 гражд. улож. для герман. имперіи, договоръ поручительства дѣйствителенъ только въ томъ случаѣ, если заявленіе объ установленіи поручительства было облечено въ письменную форму. Но недостатокъ формы перестаетъ служить препятствіемъ съ момента исполненія поручителемъ главнаго обязательства. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 285, стр. 345.

[3]) Ср. также R. G. E., т. 34, стр. 153.

[4]) L. 29, l. 47. pr., l. 56. pr., l. 70. § 4. D. h. t. 46. 1; см. далѣе о случаѣ основаннаго на ошибкѣ поручительства по требованію, которое уже погашено давностью, l. 37. D. h. t. Въ высшей степени спорно толкованіе l. 25. D. h. t. 46. 1. Ulpianus libro 11 ad edictum: Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. Тотъ же Ульпіанъ говоритъ libro 1 ad Sabinum, l. 6. D. de verb. obl. 45. 1: Is, cui bonis interdictum est, non potest promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. Различныя, иногда довольно рискованныя попытки согласовать эти мѣста см. у Girtanner'a, стр. 21; Hasenbalg, стр. 93; Brinz, т. 2, § 255, прим. 24. По нашему мнѣнію, l. 25 относилась первоначально къ „receptum“,—см. выше, § 77, прим. 3, для дѣйствительности котораго не требовалось существованіе главнаго долга; вслѣдствіе необдуманной интерполяціи, поставившей „fidejusserit“ вмѣсто „recesserit“, возникло это противорѣчіе. Ср. недавно Audibert: Etudes sur l'histoire du droit romain, т. 1, стр. 263 и слѣд., который считаетъ l. 25 также искаженной, хотя и въ иномъ отношеніи. Упомянутое противорѣчіе, по его мнѣнію, разрѣшается, однако, тѣмъ, что l. 6 cit. трактуетъ объ иномъ видѣ попечительства надъ расточителемъ, чѣмъ l. 25. Въ русской литературѣ этотъ вопросъ разсматриваетъ Хвостовъ: Натуральныя обязательства, 1898, стр. 308 и слѣд.

[5]) L. 6. § 2, l. 7, l. 16. § 3, l. 60. D. h. t. 46. 1.

[6]) L. 6, § 2. D. h. t. 46. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 765, п. 2. Должникъ по такому поручительству, заключенному на неопредѣленное время, въ правѣ отказаться отъ него по истеченіи извѣстнаго, соотвѣтствующаго обстоятельствамъ дѣла срока. R. O. H. G. E., т. 19, стр. 110.

[7]) L. 42. D. h. t. Впрочемъ, этотъ принципъ смягчается въ l. 70. § 2. D. eod.

[8]) L. 8. § 7. D. h. t. Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod,

www.naukaprava.ru

Современное право относится къ поручительству свободнѣе[9]). Достаточно, чтобы главное обязательство и поручительство были направлены на одну и ту же имущественную статью; отдѣльные же предметы этихъ двухъ обязательствъ могутъ быть различны, напр., предметомъ одного могутъ быть деньги, другого—товаръ. По отношенію къ поручителю допустимы и болѣе тяжелыя условія, чѣмъ по отношенію къ главному должнику. Наконецъ, поручитель можетъ обязаться уплатить больше, чѣмъ главный должникъ, если только такой излишекъ имѣетъ значеніе вознагражденія за убытки[10]). Поручитель, обѣщавшій болѣе, чѣмъ главный должникъ, отвѣчаетъ, по меньшей мѣрѣ, въ объемѣ главнаго долга.

2. Не слѣдуетъ отождествлять добавочный характеръ поручительства съ его *субсидіарностью*, въ силу которой предъявить требованіе къ поручителю можно лишь въ томъ случаѣ, если вѣрителю уже нечего взыскать съ главнаго должника. Такая субсидіарность была совершенно неизвѣстна древне-римскому праву и сдѣлалась общимъ правиломъ при поручительствѣ лишь впослѣдствіи, благодаря такъ наз. beneficium excussionis, установленному Юстиніаномъ.

3. Поручительству свойственны важныя привилегіи, облегчающія положеніе поручителей. Сюда относятся по юстиніанову праву:

a) beneficium *excussionis*, т. е. право требовать отъ вѣрителя предварительнаго предъявленія иска къ главному должнику;

b) beneficium *cedendarum actionum*, т. е. право, въ случаѣ уплаты долга, требовать отъ вѣрителя уступки иска къ главному должнику и къ остальнымъ поручителямъ;

c) beneficium *divisionis*, т. е. право поручителя на раздѣлъ иска между нѣсколькими сопоручителями[11]).

§ 79. Права вѣрителя по отношенію къ поручителю.

1. Объемъ отвѣтственности поручителя опредѣляется, прежде всего, самымъ договоромъ поручительства. Но, въ *сомнительныхъ случаяхъ*, предполагается *полное поручительство*—in omnem causam [1]), т. е. отвѣтственность за все, что въ моментъ предъявленія требованія къ поручителю обязанъ исполнить главный должникъ на

si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt. См. далѣе § 8. D. eod. и слѣдующіе §§.

[9]) Относительно историческаго развитія этого положенія со временъ среднихъ вѣковъ см. Girtanner, стр. 171.

[10]) Ср. Windscheid, т. 2, § 477, прим. 23.

[11]) Римское право запрещаетъ солдатамъ быть поручителями по арендным договорамъ, l. 31. C. de locato. 4. 65, лицамъ духовнаго званія—по требованіямъ казны, арендным договорамъ и по веденію процессовъ, nov. 123, cap. 6; ср. Girtanner, стр. 143. 283, 368; Hasenbalg, стр. 224. Эти постановленія не были приняты обще-германскимъ правомъ и чужды гражданскому уложенію для германской имперіи. Относительно интерцессіи женщинъ см. ниже, § 83.

[1]) O fidejussio in omnem causam см. l. 54, pr. D. locati. 19. 2. Paulus libro 5 responsorum, гдѣ по поводу процентовъ за просрочку говорится... cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fidejussisset: „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?“ vel ita; „indemnem me praestabis?“

основаніи сдѣлки, обезпеченной поручительствомъ[2]). Въ силу этого, поручитель отвѣчаетъ за послѣдствія mora и culpa главнаго должника, а также и за законные проценты [3]). Напротивъ, договорные проценты, неустойка и другія обязательства, основанныя на *особыхъ соглашеніяхъ*, считаются обезпеченными поручительствомъ лишь въ томъ случаѣ, если оно спеціально распространено на нихъ [4]).

Поручитель отвѣчаетъ за главнаго должника, а потому можетъ пользоваться *возраженіями* послѣдняго, независимо отъ того, возникли ли они прежде или послѣ установленія поручительства. Даже запрещеніе со стороны главнаго должника не можетъ лишить поручителя этого права. Здѣсь, однако, допускаются исключенія:

а) Нѣкоторыя возраженія могутъ быть предъявлены лишь тѣми поручителями, которые, въ случаѣ уплаты долга, имѣли бы *право регресса* къ главному должнику. Такимъ возраженіемъ считается, напр., exceptio S. C. Macedoniani [5]).

---

[2]) Правило, что при поручительствѣ, въ сомнительныхъ случаяхъ, предполагается отвѣтственность in omnem causam, вполнѣ согласуется съ тѣми цѣлями, ради которыхъ оно возникаетъ. Лицо, открывающее на основаніи поручительства кредитъ, обыкновенно желаетъ, чтобы ему было обезпечено полученіе всего того, чего оно въ правѣ будетъ требовать въ будущемъ. Такую точку зрѣнія выработалъ, главнымъ образомъ, Павелъ, который особенно много занимался этимъ вопросомъ. Въ частности, онъ объясняетъ— libro 17 ad Plautium, l. 91. § 4. D. de verb. obl. 45. 1—отвѣтственность поручителей за mora и culpa главнаго должника именно тѣмъ, „*quia* in totam causam sponderunt". Въ такомъ же смыслѣ онъ высказывается и въ l. 56, § 2. D. de fidejussoribus. 46. 1, приведенной ниже, прим. 3; см., впрочемъ, также l. 68, § 1. D. de fidejussoribus. 46. 1.— Взгляды новѣйшихъ писателей на этотъ предметъ значительно расходятся. Многіе полагаютъ, что поручитель, по общему правилу, не отвѣчаетъ за проценты, которые нарасли на долгъ вслѣдствіе просрочки, допущенной главнымъ должникомъ. Такого мнѣнія Hasenbalg, loc. cit., стр. 267. Напротивъ, Windscheid соглашается съ нашимъ взглядомъ— т. 2, § 477, прим. 26; ср. Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 180 (O. L. G. für Bayern). Поручитель обыкновенно отвѣчаетъ и за всѣ судебныя издержки, вызванныя процессомъ съ главнымъ должникомъ, если вѣритель, съ наступленіемъ срока обязательства, тщетно требовалъ отъ поручителя уплаты долга, онъ же воспользовался beneficium excussionis. Ср. еще Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 188. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 767, для опредѣленія обязанности поручителя, въ сомнительныхъ случаяхъ, рѣшающее значеніе имѣетъ размѣръ обязанности главнаго должника въ моментъ предъявленія требованія къ поручителю. Поручитель отвѣчаетъ передъ кредиторомъ за послѣдствія вины и просрочки главнаго должника, равно и за издержки по увѣдомленію послѣдняго о прекращеніи правоотношенія и по взысканію, поскольку онѣ должны быть возмѣщены кредитору главнымъ должникомъ. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 286, стр. 347.

[3]) Отвѣчаетъ ли поручитель, если изъ сдѣлки, за которую онъ поручился, вытекаетъ обязательство иного рода, чѣмъ предполагалось сначала? Павелъ рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно libro 15 quaestionum, l. 56. § 2. D. de fidejussoribus. 46. 1: Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fidejussorem teneri Pomponius ait. quid ergo, si consumptis nummis nascatur condictio? puto fidejussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest. Ср. l. 54, l. 60. D. de fidejussoribus. 46. 1; Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 550.

[4]) Это доказывается болѣе самой природой вещей, чѣмъ относящимися сюда мѣстами источниковъ: l. 10, pr. C. h. t. 8. 40; l. 9. C. quod cum eo 4. 26, l. 68. pr. D. h. t. 46. 1. Но ср. также Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 177.

[5]) Въ новѣйшей литературѣ преобладаетъ взглядъ, что возраженіями главнаго должника можетъ пользоваться, по общему правилу, всякій поручитель, а не только тотъ, который имѣетъ право регресса, и что такое право вытекаетъ изъ добавочнаго характера поручительства. Ср. Vangerow, т. 3, § 578, прим. 2; Windscheid, т. 2, § 477, прим. 6; Brinz, т. 2, стр. 187. Однако, существуютъ и другія мнѣнія, см. Vangerow, loc. cit. Что касается источниковъ, то, повидимому, *древнѣйшая римская доктрина* давала возраженія главнаго должника только тѣмъ поручителямъ, которые имѣли *право регресса*. На этомъ основаніи Кассій предоставлялъ поручителю exceptio S. C. Vellejani лишь въ томъ случаѣ, „si a muliere rogatus esset", т.-е. когда онъ имѣлъ actio mandati противъ нея, какъ главнаго должника. Юліанъ же давалъ это возраженіе всякому поручителю,

www.naukaprava.ru

b) Существуютъ чисто *личныя* возраженія, которыми можетъ пользоваться только самъ должникъ, но не его поручитель. Сюда относится exceptio beneficii competentiae[6]). Точно такъ же поручители несостоятельнаго должника не могутъ ссылаться на мировую сдѣлку, заключенную въ его пользу по большинству голосовъ кредиторовъ[7]).

2. По классическому римскому праву, въ случаѣ неисполненія обязательства, вѣрителю предоставлялся выборъ, къ кому предъявить искъ: къ поручителю или къ главному должнику. Но разъ съ *кѣмъ-либо* изъ этихъ лицъ состоялась litis contestatio, то вѣритель терялъ право иска *ко всѣмъ остальнымъ должникамъ*, даже если бы ему не удалось ничего получить съ отвѣтчика. Такой порядокъ подвергалъ вѣрителя значительному риску, а потому его старались обходить окольными путями. Для этого прибѣгали къ *поручительству въ видѣ мандата*, не допускавшему такого дѣйствія litis contestatio, или къ такъ наз. *fidejussio indemnitatis*, которая *обусловлена* тѣмъ, что вѣритель *не получитъ удовлетворенія* при взысканіи съ главнаго должника; такимъ образомъ, послѣдняя даже *предполагаетъ* предварительное производство противъ главнаго должника[8]).

Но со времени Юстиніана *litis contestatio при поручительствѣ, какъ и при корреальныхъ отношеніяхъ, потеряла способность погашать обязательства всѣхъ должниковъ*[9]). Кромѣ того, Юстиніанъ въ Nov. 4, cap. 1 предоставилъ поручителю *beneficium excussionis, въ силу котораго отъ вѣрителя требовалось, до предъ-*

даже если онъ и не имѣлъ права регресса, „quia totam obligationem improbat senatus“ l. 16, § 1. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1. Еще § 4. I. de replicationibus. 4. 14 признаетъ основаніемъ права поручителя пользоваться возраженіями, принадлежащими главному должнику, то обстоятельство, что онъ имѣетъ противъ него регрессъ. Въ другихъ мѣстахъ источниковъ, наоборотъ, exceptiones предоставляются безъ ограниченій всякому поручителю. Такое опредѣленіе встрѣчается, напр., относительно exceptio compensationis въ l. 4 и l. 5. D. de compensationibus. 16. 2. Въ качествѣ общаго принципа это положеніе высказываетъ Павелъ въ l. 7, § 1. D. de exceptionibus. 44. 1: rei cohaerentes exceptiones etiam *fidejussoribus* competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Это нужно разсматривать, какъ норму позднѣйшаго права. Тѣмъ не менѣе, и впослѣдствіи право регресса оставалось необходимымъ условіемъ для перехода нѣкоторыхъ возраженій главнаго должника къ поручителю. Такъ, Ульпіанъ считаетъ регрессъ необходимымъ для перехода exceptio S. C. Macedoniani, l. 9, § 3. D. de S. C. Macedoniano. 14. 6, и exceptio pacti, l. 32. D. de pactis. 2. 14; l. 5, pr. D. de liberatione legata. 34. 3. И по гражд. улож. для герман. имперіи, § 768, поручитель можетъ предъявлять возраженія, принадлежащія главному должнику; онъ не теряетъ права на опредѣленное возраженіе потому только, что главный должникъ отъ него отказывается. Но, въ случаѣ смерти главнаго должника, поручитель не можетъ ссылаться на ограниченную отвѣтственность его наслѣдника. Согласно § 770, поручитель можетъ отказывать кредитору въ удовлетвореніи до тѣхъ поръ, пока главный должникъ въ правѣ оспаривать сдѣлку, лежащую въ основаніи его обязательства. Такое же правомочіе признается за поручителемъ и въ томъ случаѣ, если кредиторъ имѣетъ возможность получить удовлетвореніе черезъ зачетъ своего требованія съ годнымъ ко взысканію требованіемъ главнаго должника. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 287, стр. 349.

[6]) L. 7, pr. D. de exceptionibus. 44. 1.

[7]) K. O., § 193 in fine; ср. l. 58, § 1. D. mandati. 17. 1; § 4. I. de replicationibus. 4. 14.

[8]) L. 116. D. de verb. obl. 45. 1, l. 41. D. h. t. 46. 1. Ср. Geib., loc. cit., стр. 18 и слѣд.

[9]) L. 28. C. de fidejussoribus. 8. 40.

явленія иска къ поручителю, предварительное производство по взысканію долга съ главнаго должника[10]).

Такое право поручителя является его *привилегіей*, но отнюдь не необходимой особенностью самаго поручительства. Оно служитъ, поэтому, основаніемъ для *возраженія*—exceptio—противъ иска кредитора къ поручителю; но предварительное производство по взысканію долга съ главнаго должника не является условіемъ этого иска. Во всякомъ случаѣ, чтобы опровергнуть подобную эксцепцію, *вѣритель* обязанъ *доказать*, что имъ было уже произведено надлежащее взысканіе противъ главнаго должника, ибо всѣ необходимыя средства для такого доказательства должны находиться въ его рукахъ.

Какъ ни справедлива эта привилегія, но все же ею можно злоупотреблять съ цѣлью затянуть процессъ. Для устраненія подобныхъ злоупотребленій, она подлежитъ нѣкоторымъ *ограниченіямъ*. Beneficium excussionis не примѣняется:

a) въ случаѣ *отсутствія главнаго должника*, которое значительнымъ образомъ затрудняетъ предъявленіе къ нему иска прежде, чѣмъ къ поручителю[11]);

b) въ случаѣ *отрицанія поручителемъ своего обязательства*[12]);

c) въ случаѣ *открытія конкурса* надъ имуществомъ главнаго должника[13]);

d) въ случаѣ *несомнѣнной въ будущемъ безуспѣшности взысканія съ главнаго должника, въ особенности, когда несостоятельность его общеизвѣстна*[14]);

e) въ случаѣ *отреченія поручителя* отъ упомянутой привилегіи; такое отреченіе заключается въ ручательствѣ въ качествѣ *самостоятельнаго должника*[15]).

---

[10]) Ср. Unger въ Jherings Jahrb., т. 29, статья 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 771, опредѣляетъ: Поручитель можетъ отказать кредитору въ удовлетвореніи, пока послѣдній не обратитъ безуспѣшно принудительнаго взысканія на имущество главнаго должника (возраженіе о предварительномъ взысканіи съ главнаго должника). Далѣе, § 772 опредѣляетъ объемъ этого принудительнаго взысканія. См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 288, стр. 351.

[11]) Мнѣнія юристовъ расходятся по вопросу о томъ, что упомянутая новелла разумѣетъ подъ отсутствіемъ. Имперскій судъ, R. G. E., т. 6, стр. 156, полагаетъ, что должникъ долженъ считаться присутствующимъ, если *живетъ въ предѣлахъ германской имперіи*. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 773, п. 2, требуетъ, чтобы обращеніе взысканія на имущество главнаго должника было значительно затруднено вслѣдствіе перемѣны, послѣ установленія поручительства, его мѣстожительства, промышленнаго обзаведенія или мѣста пребыванія.

[12]) Это основывается на обычномъ расширительномъ толкованіи l. 10. § 1. D. h. t. 46. 1. Гражд. улож. для герм. имперіи устранило этотъ поводъ.

[13]) Вопросъ этотъ споренъ. Ср., между прочимъ, Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 385; Windscheid, т. 2, § 478, прим. 4 и указанную тамъ литературу. Того же взгляда держатся R. G. E., т. 4, стр. 123, и гражд. улож. для герман. имперіи, § 773, п. 3.

[14]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 773, п. 4.

[15]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 773, п. 1. О различіи между поручительствомъ въ качествѣ самостоятельнаго должника и корреальнымъ долгомъ см. R. O. H. G. E., т. 20, стр. 47.

www.naukaprava.ru

f) Exceptio excussionis не имѣетъ мѣста, когда поручительство является для поручителя торговой сдѣлкой[16]) [17]).

Болѣе строгій субсидіарный характеръ имѣетъ поручительство, заключенное „на случай *неудовлетворенія* при взысканіи съ главнаго должника". Здѣсь субсидіарная отвѣтственность является условіемъ договора, а не одной только привилегіей. Въ частности, подобный поручитель не можетъ еще быть привлеченъ къ отвѣтственности, если надъ имуществомъ главнаго должника открытъ конкурсъ; напротивъ, для этого нужно ожидать окончанія послѣдняго.

3. Самый долгъ изъ поручительства можетъ быть обезпеченъ *вторымъ поручительствомъ*, а также залогомъ. Такое вторичное поручительство является, прежде всего, *добавочнымъ элементомъ первой поруки* и съ главнымъ обязательствомъ связано лишь *косвенно*[18]). Поэтому оно не имѣетъ силы, если первое поручительство недѣйствительно, даже если бы главное обязательство было вполнѣ дѣйствительно и еще не погашено. Но второй поручитель можетъ требовать, чтобы до него былъ предъявленъ искъ не только къ *первому поручителю*, но, прежде всего, и къ *главному должнику*; это объясняется тѣмъ, что второй поручитель можетъ пользоваться тѣми же возраженіями, какъ и первый. Точно такъ же второй поручитель имѣетъ право регресса не только къ первому поручителю, за котораго онъ непосредственно ручался, но и къ главному должнику, коль скоро онъ за него заплатилъ.

§ 80. Права поручителя по отношенію къ главному должнику.

I. По древне-римскому праву, sponsor, заплатившій долгъ по обязательству, за которое онъ поручился, могъ предъявить особый привилегированный искъ — actio depensi — къ главному должнику, если тотъ своевременно не возвращалъ ему уплаченной суммы [1]).

II. Позднѣйшее право не знало такого регресснаго иска поручителя къ главному должнику, который вытекалъ бы непосредственно изъ факта уплаты долга.

1. Здѣсь поручителямъ предоставлялись лишь такіе иски, которые вытекали изъ *правоотношеній, лежащихъ въ основаніи договора поручительства.*

Обыкновенно поручитель ручается по просьбѣ или, во всякомъ случаѣ, согласно желанію главнаго должника. Онъ является,

---

16) H. G. B., § 349.

17) О поручительствѣ въ обезпеченіе принудительной мировой сдѣлки см. K. O., § 194.

18) L. 8. § 12. D. h. t. 46. 1; l. 27. § 4. D. eod. Ulpianus libro 22 ad edictum: Si fidejussor fuerit principalis et fidejussor fidejussoris, non poterit desiderare fidejussor, ut inter se et eum fidejussorem, pro quo fidejussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est nec potest reus desiderare, ut inter se et fidejussorem dividatur obligatio. Goldschmidt: Haupt-und Nachbürge въ Jherings Jahrb., т. 26, стр. 345.

1) Actio depensi, на основаніи lex Publilia, предоставлялась sponsor'у, если онъ въ теченіе 6 мѣсяцевъ не получалъ удовлетворенія отъ главнаго должника. Gajus, Inst., III, § 127; IV, § 22.

такимъ образомъ, по отношенію къ послѣднему мандатаріемъ[2]) и можетъ, съ цѣлью регресса, предъявить къ нему actio mandati contraria.

Впрочемъ, поручительство можетъ быть установлено и помимо всякой просьбы должника. Въ такомъ случаѣ поручителю предоставляется actio negotiorum gestorum, поскольку имѣются на лицо всѣ необходимыя условія этого иска. О negotiorum gestio не можетъ быть рѣчи, когда поручитель вмѣшался въ сдѣлку вопреки запрещенію должника [3]).

Наконецъ, правомъ регресса не пользуется тотъ, кто поручился donandi animo, т. е. съ намѣреніемъ, въ случаѣ уплаты, не требовать отъ главнаго должника возмѣщенія. Само собой разумѣется, что права регресса не имѣетъ также и тотъ, кто лишь по формѣ и съ внѣшней стороны выступилъ въ качествѣ поручителя, въ дѣйствительности же былъ главнымъ участникомъ сдѣлки.

Предоставляемыя поручителю actiones mandati и negotiorum gestorum contrariae имѣютъ слѣдующее содержаніе:

a) Поручитель, удовлетворившій вѣрителя изъ своихъ средствъ путемъ платежа, in solutum datio, компенсаціи или новаціи, можетъ требовать съ главнаго должника возмѣщенія своихъ издержекъ. Далѣе, если вѣритель простилъ долгъ *съ намѣреніемъ сдѣлать этимъ подарокъ поручителю*, то послѣдній въ правѣ требовать съ должника прощенную сумму, несмотря на то, что самъ ничего не затратилъ [4]).

b) Еще *до платежа* поручитель можетъ предъявить къ главному должнику искъ *объ освобожденіи его отъ обязательства* въ томъ случаѣ, если онъ уже присужденъ къ уплатѣ, а также, если главный должникъ слишкомъ затягиваетъ исполненіе или начинаетъ расточать свое имущество [5]).

Требованія регресса, принадлежащія поручителямъ, могутъ, въ свою очередь, быть имъ обезпечены такъ наз. *обратнымъ поручительствомъ*.

---

[2]) l. 6, § 2. D. mandati. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si passus sim aliquem pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio. R. O. H. G. E., т. 11, стр. 3.

[3]) l. 20, § 1. D. mandati. 17. 1, l. 40. D. eod. Paulus libro 9 ad edictum: Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

[4]) l. 10, § 13. D. mandati. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fidejussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem; ср. далѣе l. 11 и l. 12, pr., §§ 1 и 2. D. eod. — Если должнику принадлежало какое-либо право на освобожденіе отъ обязательства, а поручитель заплатилъ, *не зная объ этомъ*, то ему все-таки дается право регресса, разъ съ его стороны не было никакой вины, l. 10. § 12, l. 29. pr. и слѣд. D. eod. О послѣдствіяхъ присужденія поручителя injuria judicis см. l. 67. D. h. t. 46. 1 и l. 10. C. mandati. 4. 35.

[5]) l. 38. § 1. D. mandati. 17. 1, l. 10. C. eod. 4. 35, l. 45. D. de fidejussoribus. 46. 1. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 775; Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 289, стр. 357.

www.naukaprava.ru

2. Поручителю предоставлено такъ наз. beneficium cedendarum actionum [6]), въ силу котораго онъ можетъ задержать исполненіе обязательства до тѣхъ поръ, пока вѣритель не передастъ ему своихъ притязаній къ должнику, со всѣми ихъ принадлежностями. Этой льготой поручитель можетъ воспользоваться даже послѣ того, какъ онъ уже *погасилъ долгъ* [7]) [8]).

Такимъ образомъ, если поручитель былъ привлеченъ къ отвѣтственности, и *уплата* имъ была произведена, то послѣдняя разсматривается, какъ *покупная цѣна* за уступленное требованіе.

По гражд. улож. для герм. имперіи, § 774, требованіе вѣрителя противъ главнаго должника переходитъ къ поручителю непосред-

---

6) Friedrich Keil: Zur Lehre v. d. beneficium cedendarum actionum, Halle, 1880, хорошая диссертація.

7) При *mandatum qualificatum* обязанность заимодавца уступить манданту свое требованіе къ главному должнику вытекаетъ сама собой изъ общихъ принциповъ мандата, l. 27, § 5. D mandati. 17. 1, l. 28. D. eod., такъ какъ мандатарій обязанъ передать манданту все, что ему досталось въ результатѣ даннаго порученія. Но и при поручительствѣ въ формѣ fidejussio необходимость правильной постановки взаимныхъ отношеній сторонъ привела къ созданію beneficium cedendarum actionum, несмотря на то, что этимъ нарушалась юридическая конструкція самаго правоотношенія. Дальше всѣхъ идетъ въ этомъ направленіи Paulus libro 14 ad Plautium, l. 36. D. de fidejussoribus. 46. 1: Cum is qui et reum et fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. Какъ видно изъ этого, Павелъ предоставляетъ поручителю право на уступку требованія даже въ томъ случаѣ, если онъ заплатилъ уже безъ всякой оговорки; между тѣмъ, Модестинъ требуетъ особой оговорки до совершенія платежа, l. 76. D. de solutionibus. 46. 3. По нашему мнѣнію, слѣдуетъ присоединиться къ взгляду Павла, какъ болѣе цѣлесообразному. Къ тому же склоняется, въ большинствѣ случаевъ, и практика, при чемъ, однако, мнѣнія расходятся. Прежняя литература указана у Girtanner'a, стр. 217; см. далѣе Hasenbalg, стр. 414, и R. G. E., т. 18, стр. 235.

8) Windscheid, т. 2, § 481, прим. 7, утверждаетъ, что поручитель пользуется beneficium cedendarum actionum лишь постольку, „поскольку ему принадлежитъ право регресса къ главному должнику". Признавая, что для такого ограниченія нѣтъ указаній въ источникахъ, онъ выводитъ его необходимость изъ внутреннихъ основаній. Но этотъ взглядъ неправиленъ, въ особенности для того случая, когда поручитель вступился вопреки *запрету* главнаго должника. Хотя ему въ такомъ случаѣ и не принадлежитъ actio negotiorum gestorum contraria, однако, это не можетъ помѣшать ему требовать уступки иска отъ вѣрителя. Послѣдній вообще обязанъ уступить поручителю свое требованіе къ главному должнику. Онъ не въ правѣ возражать, что для поручителя его искъ противъ главнаго должника не можетъ имѣть силы, такъ какъ онъ ручался donandi animo или самъ является по существу главнымъ участникомъ обязательства. Всѣ эти обстоятельства касаются одного лишь поручителя и главнаго должника, и только послѣдній можетъ воспользоваться противъ уступленнаго поручителю иска соотвѣтствующими возраженіями. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 774, п. 1. Другой вопросъ, можетъ ли поручитель, удовлетворившій вѣрителя меньшею суммой вслѣдствіе прощенія части долга или мировой сдѣлки, послѣ уступки ему всего требованія къ главному должнику, предъявить къ послѣднему искъ въ полномъ объемѣ? Преимущественно этому вопросу посвящено изслѣдованіе Keil'a, см. выше, прим. 6. Правильно здѣсь допустить со стороны главнаго должника возраженіе противъ actio cessa, такъ какъ поручитель не долженъ обогащаться на его счетъ; исключеніе можетъ быть признано лишь въ томъ случаѣ, если вѣритель имѣлъ намѣреніе сдѣлать подарокъ поручителю.—Вслѣдствіе уступки иска, къ поручителю переходятъ и всѣ привилегіи и обезпеченія, которыми снабжено требованіе къ главному должнику; ср., впрочемъ, выше, § 51, прим. 6. Однако, это правило примѣняется лишь постольку, поскольку вѣритель не терпитъ отъ него ущерба. Поэтому, если къ одному изъ нѣсколькихъ требованій вѣрителя, обезпеченныхъ залогомъ, присоединяется еще поручительство, то вѣритель обязанъ передать поручителю, уплатившему долгъ, свое залоговое право лишь въ томъ случаѣ, если всѣ его требованія, обезпеченныя этимъ залогомъ, будутъ удовлетворены. l. 2, § 1. C. h. t. 8. 40; см. также R. G. E., т. 3, стр. 183. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 774, п. 1.

ственно силою закона постольку, поскольку онъ удовлетворилъ вѣрителя [9]).

§ 81. Отношенія между сопоручителями.

I. Если *нѣсколько лицъ поручились за одинъ и тотъ же долгъ*, то каждый изъ нихъ отвѣчаетъ *in solidum*, т. е. за *всю сумму* [1]).

Первоначально поручитель, уплатившій долгъ и освободившій, такимъ образомъ, отъ обязательства своихъ сопоручителей, не имѣлъ по отношенію къ нимъ права обратнаго требованія; это положеніе въ принципѣ сохранилось и въ позднѣйшее время [2]).

II. Однако, были установлены двѣ привилегіи, которыя вели къ распредѣленію отвѣтственности между сопоручителями.

1. Въ силу *beneficium divisionis*, предоставленнаго Адріаномъ „fidejussoribus et mandatoribus", поручитель, къ которому вѣритель предъявилъ искъ, можетъ требовать распредѣленія отвѣтственности между всѣми поручителями, которые окажутся состоятельными въ моментъ предъявленія иска [3]) [4]).

Эта привилегія принадлежитъ поручителямъ, не взирая на то, ручались ли они всѣ вмѣстѣ, или отдѣльно и независимо другъ отъ друга [5]).

Если обязательство одного изъ сопоручителей оказывается недѣйствительнымъ или можетъ быть оспорено, то другой поручитель уже не имѣетъ права требовать распредѣленія отвѣтственности по иску, несмотря на то, что они ручались вмѣстѣ. Субъективное мнѣніе или увѣренность поручителя въ томъ, что онъ состоитъ въ сопоручительствѣ съ другими и, вслѣдствіе этого, имѣетъ право на beneficium divisionis, не можетъ замѣнить объективнаго основанія данной привилегіи [6]).

---

[9]) Ср. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 289, стр. 354.

[1]) l. 3. § 2. C. h. t. 8. 40. § 4. I. de fidejussoribus. 3. 20, ниже, прим. 3. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 769.

[2]) § 4. I. h. t. 3. 20, l. 39. D. eod. 46. 1, l. 11, pr. C. h. t.

[3]) § 4. I. de fidejussoribus. 3. 20: Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere. sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere.

[4]) О beneficium divisionis ср. Hasenbalg, loc. cit., стр. 466, тамъ указана прежняя литература; затѣмъ Brinz, т. 2, стр. 256, п. 1; Carl Knoll: Das beneficium divisionis des Bürgen, Bresl. Diss., 1895. Относительно lex Furia, которая преслѣдовала подобную же цѣль, см. выше, § 76.

[5]) Нерѣдко высказывается мнѣніе, что beneficium divisionis предоставляется поручителямъ лишь въ томъ случаѣ, если они ручались вмѣстѣ, по одному и тому же договору. Такой взглядъ не соотвѣтствуетъ источникамъ, см., напр., приведенный выше, въ прим. 3, § 4. I. h. t. 3. 20. Противъ подобнаго ограниченія высказываются Girtanner въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, статья 12, Hasenbalg, loc. cit., стр. 477, и Goldschmidt въ Jherings Jahrb., стр. 351.

[6]) Windscheid, т. 2, § 479, прим. 7, правда, утверждаетъ, что право на распредѣленіе отвѣтственности остается за поручителемъ, несмотря на недѣйствительность обязательства сопоручителя, если только первый имѣлъ полное основаніе расчитывать, что ему придется отвѣчать лишь за свою часть. Такого же взгляда держатся Brinz, т. 2. стр. 109, прим. 7, и Goldschmidt, loc. cit., стр. 354. По нашему мнѣнію, это противорѣчитъ

www.naukaprava.ru

Beneficium divisionis, по римскому праву, не допускалось и въ томъ случаѣ, если вѣритель еще до наступленія срока требованія прощалъ долгъ одному изъ сопоручителей [7]). Но, по современнымъ воззрѣніямъ, вѣрителю едва ли можетъ быть предоставлено право произвольно ухудшать положеніе поручителя [8]).

Можетъ случиться, что кредиторъ, предъявивъ искъ въ полномъ объемѣ къ одному поручителю, оспариваетъ состоятельность другого. Тогда отвѣтчикъ, чтобы добиться распредѣленія отвѣтственности по иску, долженъ взять на себя соотвѣтствующій рискъ и представить обезпеченіе на случай, если, вслѣдствіе распредѣленія, кредиторъ потерпитъ убытки [9]) [10]).

тому основанію, на которомъ покоилось римское beneficium divisionis. Такъ какъ эта привилегія устранялась даже вслѣдствіе отсутствія и несостоятельности сопоручителя, то она, конечно, не могла быть допущена въ томъ случаѣ, когда обязательство сопоручителя оказывалось недѣйствительнымъ. Оспариваемый нами взглядъ не находитъ оправданія въ l. 48. D. h. t. 46. 1. Ср. относительно этого мѣста Girtanner: Die Bürgschaft, стр. 462, и въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, стр. 286, также Hasenbalg, стр. 507.

[7]) Въ l. 15. D. h. t. 46. 1 Julianus libro 51 digestorum говоритъ: Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres, quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur et, si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris. Мы не имѣемъ никакого права относить слова „*nulla*“ exceptione къ одному только виду exceptio, а именно, къ exceptio pacti, какъ это дѣлаютъ Girtanner въ Archiv für civ. Praxis, т. 43, стр. 281, и Goldschmidt, loc. cit., стр. 367; точно такъ же не слѣдуетъ, по указанію Dedekind'a, стр. 123, читать, вмѣсто quindecim, „decem“. Это значило бы не толковать источники, а устранять затрудненія произвольнымъ искаженіемъ текста. См., впрочемъ, Windscheid, т. 2, § 479, прим. 7. Противъ такого способа справедливо высказывается Hasenbalg, стр. 488. Съ однимъ только можно согласиться, что это мѣсто относится къ случаю прощенія долга до наступленія срока требованія.

[8]) Ср. ниже, § 82, прим. 7.

[9]) Что касается процессуальнаго осуществленія beneficium divisionis, то представленіе доказательствъ состоятельности сопоручителей отвѣтчика, понятно, сопряжено съ большими неудобствами. Оно осложняетъ все производство, вводя въ него изслѣдованіе вопроса, нерѣдко весьма сомнительнаго, который, впрочемъ, разрѣшается самъ собою при принудительномъ исполненіи рѣшенія. Поэтому римляне едва ли занимались вообще подробнымъ его разсмотрѣніемъ. У нихъ, напротивъ, соблюдался слѣдующій порядокъ: a) Преторъ устанавливалъ actio divisa, которою кредиторъ долженъ былъ ограничиться, если онъ во время производства in jure не оспаривалъ состоятельности сопоручителей, или если послѣдній фактъ былъ общеизвѣстенъ. См. Pauli sent., I, 20, и l. 10, § 1. C. h. t. 8. 40, гдѣ, очевидно, слово „condemnationem“ интерполировано вмѣсто „litiscontestationem“; Lenel: Edictum perpetuum, стр. 171. Разъ actio divisa была допущена, то отвѣтчику не могло больше вредить то обстоятельство, что его сопоручитель впослѣдствіи оказывался несостоятельнымъ, l. 51. § 4, l. 52. § 1. D. h. t. 46. 1, l. 16. C. h. t. 8. 40. b) Кредиторъ могъ уже in jure оспаривать состоятельность сопоручителей; тогда поручитель, къ которому былъ предъявленъ искъ въ полномъ объемѣ, имѣлъ право требовать дѣленія иска лишь въ томъ случаѣ, если *бралъ на себя отвѣтственность* за то, что кредиторъ не потерпитъ отъ этого ущерба, и представлялъ ему въ этомъ обезпеченіе, l. 10. pr. D. h. t. 46. 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si dubitet creditor, an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerat et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint; ср. l. 16. C. h. t. 8. 40. c) Кромѣ того, въ l. 28. D. h. t. Paulus libro 25 ad edictum говоритъ: Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi solvendo sint“. Уже изъ этого отрывка видно, что предоставленіе подобной эксцепціи не составляло обычнаго явленія. Такой особый порядокъ былъ установленъ, очевидно, лишь на случай, когда вѣритель прямо настаивалъ на предъявленіи иска противъ избраннаго имъ поручителя въ полномъ объемѣ—in solidum—и, будучи увѣренъ въ несостоятельности сопоручителей, соглашался на то, чтобы этотъ вопросъ былъ разсмотрѣнъ при производствѣ in judicio. Практика обще-германскаго права разрѣшала обыкновенно привлеченному къ отвѣтственности поручителю доказывать состоятельность сопоручителей, или даже возлагала на вѣрителя обязанность доказать ихъ несо-

Beneficium divisionis отпадаетъ:

a) если привлеченный къ отвѣтственности поручитель отрицаетъ свое поручительство [11]);

b) если сопоручитель отсутствуетъ, или вообще привлеченію его мѣшаютъ какія-либо особыя препятствія [12]);

c) въ случаѣ отказа отъ льготы, въ частности, въ случаѣ принятія поручительства съ обязательствомъ отвѣчать, какъ самостоятельный должникъ.

Гражд. улож. для герман. имперіи вообще отмѣнило эту привилегію.

2. Если одинъ изъ нѣсколькихъ поручителей уплатитъ *весь* долгъ или часть, *превышающую долю, которая падаетъ на него по расчету*, то, по справедливости, ему не можетъ быть отказано въ *регрессѣ* къ сопоручителямъ. *Древне-римское право* не знало, правда, для этого *никакого средства*, такъ какъ между сопоручителями не было заключено договора, а, слѣдовательно, и не могло быть иска. Развившаяся юриспруденція нашла исходъ въ *цессіи иска*: кредитора вынуждали уступать поручителю, производящему уплату, свое притязаніе къ сопоручителямъ, при самой уплатѣ или послѣ нея [13]). Но это была только *посредствующая историческая стадія*. Нынѣ слѣдуетъ признать, что требованіе кредитора къ сопоручителямъ, въ цѣляхъ регресса, переходитъ къ поручителю, производящему уплату, *непосредственно въ силу закона. Особый актъ цессіи излишенъ*, такъ какъ онъ для участвующихъ лицъ не имѣетъ никакого значенія.

Этому соотвѣтствуетъ также гражд. улож. для герман. имперіи [14]).

стоятельность. Все это не безъ основанія дискредитировало институтъ beneficium divisionis, такъ какъ время и деньги, потраченныя на такія доказательства, не окупаются выгодой, которая при этомъ можетъ быть достигнута. Ср. Sokolowski въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 11, стр. 278.

[10]) Практика обще-германскаго права предоставила поручителю такъ наз. provocatio ex lege „si contendat“, воспользовавшись для этого приведенною выше, въ прим. 9, подъ lit. c. l. 28. D. h. t. Посредствомъ этой provocatio, поручитель, чтобы обезпечить за собой beneficium divisionis, вызываетъ вѣрителя на немедленное предъявленіе иска. Рѣшеніе противъ вѣрителя постановляется въ томъ смыслѣ, что, если онъ предъявитъ искъ позднѣе, то въ этомъ послѣдующемъ производствѣ ему все равно, какъ и теперь, будетъ противопоставлена exceptio divisionis, не взирая на то, окажутся ли состоятельные въ настоящее время сопоручители таковыми и впослѣдствіи. Аналогичныя provocationes были установлены для обезпеченія и другихъ привилегій поручителей, ср. Hasenbalg, стр. 627. Германскій уставъ гражданскаго судопроизводства не признаетъ никакихъ provocationes, исходя изъ того, что онѣ стали излишними при существованіи „преюдиціальныхъ исковъ“, C. P. O., §§ 256 и 280; ср. выше, вып. I, § 134. Но это соображеніе едва ли оправдывается относительно provocatio ex lege „si contendat“.

[11]) l. 10, § 1. D. h. t. 46. 1.

[12]) l. 10, pr. D. h. t. 46. 1.

[13]) l. 17, l. 36, l. 41. D. h. t. 46. 1; l. 11. § 1. C. h. t. 8. 40; l. 12. D. rem pupilli salvam fore. 46. 6. Hasenbalg, стр. 428. R. G. E., т. 18, стр. 275. Иного мнѣнія Savigny: Obligationenrecht, т. 1, стр. 273.

[14]) Здѣсь требованіе вѣрителя переходитъ къ уплатившему долгъ поручителю постольку, поскольку онъ удовлетворилъ вѣрителя и имѣетъ регрессъ къ остальнымъ поручителямъ. Ср. § 774, п. 2, въ связи съ § 426; Dernb., Bürg. R , т. 2, разд. 2, § 289, стр. 358.

www.naukaprava.ru

§ 82. Прекращеніе поручительства.

Поручительство прекращается вслѣдствіе тѣхъ-же причинъ, которыя отражаются на всѣхъ видахъ обязательствъ; но оно прекращается, кромѣ того, по особымъ основаніямъ, въ связи съ той цѣлью, которую оно преслѣдуетъ—служить средствомъ обезпеченія.

1. Съ *погашеніемъ главнаго долга* прекращается и поручительство [1]).

Это положеніе примѣняется, однако, безъ ограниченій только при полномъ погашеніи, напр., черезъ платежъ или иной способъ удовлетворенія, или черезъ сліяніе требованія и обязанности исполненія въ одномъ лицѣ—confusio. Если же остается натуральное обязательство [2]), или если обязательство прекращается только путемъ эксцепціи [3]), то поручительство можетъ сохраниться въ полной силѣ.

Если поручитель виновнымъ образомъ уничтожилъ индивидуально-опредѣленный предметъ долга, то главный должникъ освобождается отъ обязательства: по отношенію къ нему это считается „случаемъ“, за который онъ не отвѣчаетъ. Но поручитель на это ссылаться не можетъ; онъ остается обязаннымъ на основаніи поручительства, хотя, конечно, лишь къ соотвѣтствующему денежному вознагражденію [4]).

2. Поручительство, далѣе, прекращается, если *главный долгъ и долгъ по поручительству сольются* въ одномъ лицѣ, напр., въ случаѣ перехода по наслѣдству. Оно, однако, сохраняетъ свою силу, если долгъ по поручительству предоставляетъ вѣрителю больше вы-

---

[1]) l. 43. D. de solutionibus. 46. 3, напечатанная выше, вып. I, § 261, прим. 7. Этому не противорѣчитъ то, что поручительство остается въ силѣ, если послѣ смерти главнаго должника у него не окажется наслѣдниковъ, l. 95. § 1. D. de solutionibus. 46. 3, l. 1, § 14. D. depositi. 16. 3, такъ какъ наслѣдство представляетъ лицо умершаго. Что поручительство, въ отличіе отъ корреальнаго обязательства, прекращается также въ случаѣ погашенія главнаго обязательства путемъ сліянія,—на это указываетъ l. 71. pr. D. h. t. 46. 1. Ср. Kretschmar: Confusion, стр. 118 и слѣд.—Противъ прекращенія поручительства вслѣдствіе погашенія главнаго долга высказывается Girtanner, стр. 495. Поручительство, по его мнѣнію, представляетъ собою „расширеніе“ главнаго долга, и эта добавочная часть юридическаго отношенія можетъ сохраниться, несмотря на то, что первоначальная его основа, главный долгъ, устранена. Но такое пониманіе поручительства ошибочно—см. выше, § 76, прим. 6, а въ своихъ послѣдствіяхъ несогласно съ источниками. См. Hasenbalg, loc. cit., стр. 295.

[2]) l. 60. D. h. t. 46. 1.

[3]) Относительно права поручителя пользоваться эксцепціями, принадлежащими главному должнику, см. выше, § 79, прим. 5.

[4]) Первоначально въ такихъ случаяхъ давалась только actio doli. Объ этомъ повѣствуетъ Папиніанъ libro 37 quaestionum, l. 19. D. de dolo malo. 4. 3: Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. Ср. также l. 38, § 4. D. de solutionibus 46. 3. Самъ Папиніанъ, однако, не стоялъ болѣе на этой точкѣ зрѣнія, а допускалъ уже искъ, основанный на поручительствѣ—libro 28 quaestionum, l. 95, § 1. D. de solutionibus. 46, 3, см. выше, § 27, прим. 12. Разсмотрѣвъ отношеніе по альтернативному обязательству, онъ продолжаетъ: aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum teneatur, si debitor sine herede decessisset. Въ томъ же смыслѣ высказывается Павелъ въ l. 88. D. de verb. obl. 45. 1. Ср. Vangerow, т. 3, § 578, прим. 2. Сомнительное рѣшеніе предлагаетъ Huschke: Gajus, стр. 80. Гражд. улож. для герман. имперіи не высказывается по этому вопросу.

годъ, чѣмъ главный долгъ[5]), въ частности, если главный долгъ лишенъ иска, а долгъ по поручительству снабженъ искомъ, или если поручительство обезпечено залогомъ[6]).

3. Поручитель освобождается, если вѣритель, вслѣдствіе отказа отъ своихъ правъ или по небрежности при взысканіи долга, *лишитъ* его тѣхъ *законныхъ средствъ*, которыя могли оградить его отъ ущерба, или же *сдѣлаетъ примѣненіе ихъ менѣе успѣшнымъ*.

Это положеніе, правда, чуждо римскому праву, но оно соотвѣтствуетъ тѣмъ намѣреніямъ, съ которыми, по современнымъ воззрѣніямъ, поручители принимаютъ на себя свои обязанности, и, сверхъ того, согласно съ развитіемъ института поручительства, начиная съ среднихъ вѣковъ[7]) [8]).

---

[5]) l. 95, § 3. D. de solutionibus. 46. 3. Papinianus libro 28 quaestionum: Quod volgo jactatur fidejussorem, qui debitori heres exstitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur.

[6]) l. 38, § 5. D. de solutionibus. 46. 3. Africanus libro 7 quaestionum: Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilo minus tamen pignus obligatum manebit. At si idem alium fidejussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari. См. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 592. Африканъ считаетъ поручительство за поручителя—въ отличіе отъ залога—погашеннымъ, потому что главное поручительство прекратилось черезъ confusio. Папиніанъ же не признаетъ болѣе такого сліянія въ томъ случаѣ, если поручительство предоставляетъ вѣрителю больше выгодъ, чѣмъ главное обязательство. Таковъ случай, когда поручительство, въ свою очередь, обезпечено поручительствомъ. Согласно его воззрѣнію, здѣсь должно сохранить силу главное и, вмѣстѣ съ тѣмъ, обезпечивающее его второе поручительство. Рѣшеніе, которое предлагаетъ Африканъ, представляется устарѣвшимъ. Правда, Goldschmidt въ Jherings Jahrb., т. 26, стр. 353, заявляетъ, что въ примѣненіи этого рѣшенія на практикѣ „невозможно сомнѣваться“, и совѣтуетъ намъ „быть осторожнѣе въ признаніи юридическихъ положеній устарѣвшими“. Но онъ не уяснилъ себѣ сути контроверзы. Согласно съ нами, опираясь на позднѣйшее развитіе, рѣшаетъ этотъ вопросъ и Kretschmar: Confusion, стр. 70 и слѣд.

[7]) Уже со времени глоссаторовъ высказывался взглядъ, что exceptio cedendarum actionum становится *перемпторной*, если вѣритель не можетъ уступить иска вовсе или съ тѣмъ, чтобы онъ могъ имѣть практическіе результаты. Того же мнѣнія держался Bartolus, и оно стало впослѣдствіи communis opinio, см. Girtanner, стр. 212. Самъ Girtanner вполнѣ основательно оспариваетъ его съ римской точки зрѣнія. По его мнѣнію, поручитель могъ требовать уступки себѣ исковъ, какъ противъ главнаго должника, такъ и противъ сопоручителей только въ томъ предположеніи, что самъ вѣритель еще располагалъ подобными исками. Въ свою очередь, Girtanner утверждаетъ на стр. 483, что exceptio *excussionis* становится перемпторной, если вѣритель упуститъ время для взысканія съ главнаго должника, такъ что искъ къ нему не можетъ быть болѣе предъявленъ съ успѣхомъ. Но и этого нельзя вывести изъ Nov. 4, cap. 1. Правильное воззрѣніе излагаетъ Arndts, § 357, прим. 2. „Рѣшающее значеніе для современнаго права“, говоритъ онъ, „имѣетъ то обстоятельство, что всякое поручительство должно разсматриваться съ точки зрѣнія bona fides. Вѣритель дѣйствуетъ вопреки этому принципу, лишая поручителя, умышленно или хотя бы по своей небрежности, предоставленныхъ ему закономъ способовъ защиты, но привлекая его, тѣмъ не менѣе, къ отвѣтственности. Не слѣдуетъ, однако, признавать виною по отношенію къ поручителю всякое, допущенное по снисхожденію промедленіе въ предъявленіи иска къ главному должнику“. Ср. также R. G. E. въ Seuff. Arch., т. 52, каз. 154.

[8]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 776, опредѣляетъ: Если вѣритель отказывается отъ права преимущественнаго удовлетворенія, установленнаго въ пользу его требованія, отъ ипотеки или закладного права, обезпечивающихъ его требованіе, или же отъ своего права противъ сопоручителя, то поручитель освобождается въ той мѣрѣ, въ какой онъ въ силу § 774—см. выше, § 80, прим. 9—могъ бы возмѣстить свои убытки на основаніи того права, отъ котораго вѣритель отказался. Это положеніе примѣняется, хотя бы право, отъ котораго отказался вѣритель, возникло уже послѣ установленія поручительства. См. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 290, стр. 359.

www.naukaprava.ru

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Интерцессія.

§ 83. Понятіе и виды интерцессіи [1]).

1. *Подъ интерцессіей разумѣется принятіе на себя долга, матеріально чуждаго лицу, которое приняло его на себя.*

Интерцессія можетъ заключаться въ принятіи на себя *личнаго долга* или также въ представленіи *залога* за чужой долгъ [2]).

Различаютъ два вида интерцессіи: кумулятивную и приративную.

a) При intercessio *cumulativa* третье лицо вступаетъ въ обязательство *наряду* съ тѣмъ, кого долгъ касается матеріально. Третье лицо можетъ здѣсь выступить поручителемъ или обязаться въ качествѣ корреальнаго должника вмѣстѣ съ лицомъ, матеріально заинтересованнымъ въ сдѣлкѣ [3]); наконецъ, оно можетъ представить залогъ за чужой долгъ.

b) При intercessio *privativa* третье лицо вступаетъ *на мѣсто* настоящаго участника обязательства. Такое вступленіе въ долгъ за другого допускается *непосредственно при самомъ возникновеніи обязательства*, напр., путемъ выдачи векселя, валюту котораго получаетъ другой [4]). Кромѣ того, можно вступить на мѣсто *уже раньше обязавшагося* должника, путемъ expromissio или принятія на себя его долга [5]).

Тотъ, кто матеріально заинтересованъ въ сдѣлкѣ, не является интерцедентомъ; напр., кто-либо покупаетъ для меня вещь въ качествѣ косвеннаго представителя, а я ручаюсь за уплату имъ покупной цѣны [6]).

2. Интерцессіей является и тотъ случай, когда кто-либо вступаетъ въ обязательство за чужой долгъ, *предполагая, что это его собственный*. Напр., если кто-либо, считая себя наслѣдникомъ, закладываетъ свой земельный участокъ въ обезпеченіе наслѣдственнаго долга, тогда какъ наслѣдникомъ, а, слѣдовательно, и истиннымъ должникомъ является другой, то въ этомъ—съ объективной точки зрѣнія—заключается интерцессія [7]).

---

[1]) Sintenis: Von Intercessionen und einigen Arten derselben въ Lindes Zeitschrift, т. 10, статья 2; Deurer: Ueber den Begriff der Intercession въ Archiv für civ. Praxis, т. 28, статья 15; Hasenbalg: Beiträge zur Lehre von der Intercession, 1856; Brinz, т. 2, стр. 230; Tuhr: Die Actio de in rem verso, стр. 46.

[2]) Выше, вып. I, § 266, прим. 16.

[3]) l. 17. § 2, l. 18. D. ad. S. C. Vellejanum. 16. 1.

[4]) Подобныя интерцессіи нерѣдко называются „tacitae". Примѣры даетъ l. 8. § 14, l. 29. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1.

[5]) По римскимъ взглядамъ сюда же относилось и принятіе на себя личной *защиты*—defensio—должника въ гражданскомъ процессѣ путемъ вступленія въ роль стороны при litis contestatio, l. 2. § 5. D. ad S. C. Vellejanum, а также стипуляція за должника въ обезпеченіе того, что онъ подчинится рѣшенію третейскаго суда, l. 32, § 2. D. de receptis. 4. 8, ср. выше, вып. I, § 165.

[6]) l. 3, l. 13. pr., l. 22, l. 24. pr. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1.

[7]) l. 23. D. ad S. C. Vellejanum. 16. 1, приведенная ниже, § 84, прим. 6.

Но, по большей части, интерцессія происходитъ съ сознательною цѣлью помочь кому-либо, т. е. доставить или продлить ему кредитъ. *Настоящей интерцессіей*, поэтому, слѣдуетъ называть лишь такія сдѣлки, которыя *совершаются именно съ намѣреніемъ интерцедировать.*

Интерцедентъ обыкновенно вовсе не желаетъ жертвовать что-либо изъ своихъ средствъ, хотя бы временно. Поэтому, ему принадлежитъ, по общему правилу, противъ того, за кого онъ интерцедировалъ, въ случаѣ грозящей послѣднему несостоятельности, притязаніе на обезпеченіе, а въ случаѣ неблагопріятнаго для него рѣшенія суда—право требовать обезпеченія или освобожденія отъ обязательства[8]); наконецъ, въ случаѣ уплаты долга, онъ имѣетъ искъ о возмѣщеніи сдѣланныхъ затратъ.

Для этой цѣли интерцеденту служитъ actio mandati contraria, если интерцессія произошла съ вѣдома и по волѣ истиннаго должника. Если же она состоялась безъ его вѣдома, но не вопреки его запрету и съ пользою для него, то допускается противъ должника actio negotiorum gestorum. Эти притязанія, конечно, не имѣютъ мѣста въ томъ случаѣ, если у интерцедента было намѣреніе подарить уплаченныя деньги тому, за кого онъ интерцедировалъ—animus donandi.

§ 84. **Привилегіи женщинъ**[1]).

По общепринятымъ въ Римѣ воззрѣніямъ, интерцессія считалась дѣломъ исключительно мужскимъ, а не женскимъ. Этотъ взглядъ узаконило S. C. Vellejanum, запретивъ женщинамъ интерцессію. Юстиніанъ еще болѣе расширилъ привилегіи женщинъ. Обще-германская практика, наоборотъ, значительно ослабила ихъ въ виду измѣнившихся экономическихъ отношеній и понятій. Новыя законодательства отмѣнили ихъ въ большинствѣ германскихъ государствъ, а гражд. улож. для герм. имперіи совсѣмъ упразднило ихъ.

1. S. C. Vellejanum запрещаетъ женщинамъ вступать въ поручительства и принимать на себя за другихъ долги по займу[2]). Отсюда вывели

---

[8]) Выше, § 80, прим. 5.

[1]) Tit. Dig. ad S. C. Vellejanum. 16. 1; Cod. 4. 29; Kattenhorn: Ueber Intercessionen der Frauen. 1840; Bachofen: Das Vellejanische Senatusconsult въ его ausgewählte Lehren des Civilrechtes, 1848, статья 1; Windscheid: Ueber das Prinzip des S. C. Vellejanum въ Archiv für civ. Praxis, т. 32, статьи 12 и 13; Gradenwitz: Ungültigkeit, стр. 69. См. далѣе авторовъ, указанныхъ выше, § 83, прим. 1.

[2]) Текстъ этого закона приводитъ l. 2, § 1, D. h. t. 16. 1: Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. S. C. относится къ 46 г. послѣ P. X. Впрочемъ, консуломъ въ этомъ году былъ Vellaeus; такимъ образомъ, въ названіи S. C. Vellejanum имя инціатора закона нѣсколько искажено. Чтобы осуществлять волю сената, не нужно было дѣлать измѣненій въ преторскомъ эдиктѣ; для этой цѣли достаточно было содержавшейся въ эдиктѣ общей оговорки: „si in ea re nihil contra legem senatusve consultum factum sit“; въ эту формулу, въ случаѣ процесса, вставлялось лишь слово „Vellejanum“. Наоборотъ,

www.naukaprava.ru

общее *запрещеніе женщинамъ принимать на себя обязательства за чужіе долги* [3]).

Женщинъ считали достаточно легкомысленными, чтобы принять на себя чужое обязательство, не представляя себѣ того, что имъ придется его исполнить, если главный должникъ окажется неисправнымъ. Поэтому имъ было запрещено *обязываться* за другихъ. Напротивъ, имъ, безъ колебаній, было дозволено *платить* чужіе долги, или погашать ихъ представленіемъ, вмѣсто платежа, какой-нибудь цѣнности—datio in solutum, или вообще прекращать ихъ путемъ иныхъ *непосредственныхъ взносовъ:* во всѣхъ этихъ случаяхъ тяжесть жертвы ощущается непосредственно и поддается точному учету [4]) [5]).

S. C. касается интерцессій вообще, а, слѣдовательно, распространяется и на тѣ случаи, когда женщина вступаетъ въ сдѣлку не съ намѣреніемъ интерцедировать, а ошибочно полагая, что она сама является контрагентомъ [6]). Существовало, впрочемъ, иное мнѣніе, что S. C. относится лишь къ интерцессіямъ въ собственномъ смыслѣ, т. е. къ такимъ, которыя состоялись съ намѣреніемъ доставить кредитъ другому лицу [7]). Это мнѣніе согласуется и съ новѣйшимъ правовоззрѣніемъ.

Запрещеніе интерцессіи не примѣняется, конечно, въ тѣхъ случаяхъ, когда интерцессія является таковой лишь по внѣшнему виду (напр., поручительство), на самомъ же дѣлѣ лицо заключило сдѣлку въ собственномъ интересѣ.

Нѣкоторые утверждаютъ, что S. C. не имѣетъ мѣста и тогда, когда интерцессія произошла donandi animo; но это ничѣмъ не доказано [8]).

Запретъ интерцессіи по S. C. Vellejanum теряетъ свою силу:

a) въ интересахъ гражданскаго оборота, если вѣритель, вслѣдствіе извинительнаго заблужденія, не зналъ, что интерцедируетъ женщина [9]);

b) когда вѣритель несовершеннолѣтенъ и не можетъ получить удовлетворенія отъ главнаго должника, за котораго поручилась женщина [10]);

c) когда женщина дѣйствовала обманнымъ образомъ [11]);

преторы установили два иска въ пользу кредитора, лишившагося, вслѣдствіе недѣйствительной интерцессіи женщины, притязанія противъ своего должника. См. Lenel: Edictum perpetuum, стр. 229.

[3]) l. 2. § 4. D. h. t. 16. 1.

[4]) l. 4. § 1, l. 5. D. h. t. 16. 1.

[5]) Относительно отказа отъ залогового права и отъ первенства по залогу ср. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 544.

[6]) Какъ широко толковался этотъ законъ, видно изъ l. 23. D. h. t. 16. 1. Paulus libro singulari ad S. C. Vellejanum: Si mulier in jure interrogata responderit se heredem esse, si sciens se heredem non esse responderit, minime intercessisse videri, quia decepit. quod si existimavit se heredem et eo nomine decepta responderit, in eam actionem quidem dari plerique existimaverunt, sed exceptione senatusconsulti adjuvari. Впрочемъ, этотъ вопросъ среди римскихъ юристовъ считался спорнымъ, какъ видно изъ l. 8, § 2. D. h. t. 16. 1. См. Brinz, т. 2, стр. 32, прим. 7.

[7]) Windscheid, loc. cit., выдаетъ за основную мысль S. C. Vellejanum, „что онъ приходитъ на помощь женщинѣ лишь на тотъ случай, если она принимаетъ на себя чужое обязательство въ надеждѣ, что ей вовсе не придется платить“. Такъ же Hasenbalg: Beiträge zur Lehre von der Intercession, статья 1. Противъ этого Brinz, loc. cit., стр. 233. Если бы точка зрѣнія Windscheid'a была руководящею, то такія рѣшенія, какъ въ l. 23 cit., были бы совершенно непонятны. Ср., впрочемъ, Windscheid, т. 2, § 485, прим. 3.

[8]) Большинство новѣйшихъ юристовъ не распространяетъ дѣйствія S. C. Vellejanum на интерцессіи, происшедшія animo donandi. Но и подобныя сдѣлки являются, прежде всего, интерцессіями и могутъ только въ будущемъ, сверхъ того, оказаться и дареніями. Поэтому, онѣ сами по себѣ подходятъ подъ дѣйствіе этого закона. Нигдѣ нѣтъ указаній на исключеніе въ ихъ пользу. Нельзя ссылаться и на то, что женщинамъ дозволено совершать дарения—l. 4. § 1, l. 21. § 1. D. h. t. 16. 1. Такъ Seuffert: Archiv, т. 15, казусъ 224.

[9]) l. 4. pr., l. 6, l. 11, l. 12, l. 27. pr., l, 28. § 1. D. h. t. 16. 1.

[10]) l. 12. D. de minoribus. 4. 4.

[11]) l. 2, § 3. D. h. t. 16. 1.

d) когда женщина принимаетъ на себя интерцессію за плату [12]) или имѣетъ въ рукахъ средства покрыть расходы, происшедшіе вслѣдствіе интерцессіи, или вообще не терпитъ отъ этой сдѣлки имущественнаго ущерба [13]).

e) Женщинамъ разрѣшается интерцессія по поводу обѣщанія приданаго; подобная интерцессія считается подходящею [14]).

f) Интерцессія становится дѣйствительной черезъ подтвержденіе ея по истеченіи 2 лѣтъ [15]).

Сдѣлки, заключенныя вопреки S. C., могутъ быть оспорены путемъ exceptio S. C. Vellejani[16]); тогда онѣ не имѣютъ силы даже натуральныхъ обязательствъ и уплаченное въ ошибочномъ предположеніи ихъ дѣйствительности можетъ быть, поэтому, вытребовано обратно посредствомъ condictio indebiti [17]). Но если женщина совершаетъ платежъ, зная, что она не обязана этого дѣлать, то уплаченное уже не можетъ быть вытребовано обратно, такъ какъ S. C. не запрещаетъ непосредственной уплаты по чужимъ долгамъ [18]).

Въ случаяхъ запрещенной intercessio privativa дается особый искъ противъ того, кто, вслѣдствіе ея, освободился отъ обязательства [19]). Этотъ искъ *возстановляетъ обязательство* — actio restitutoria, если путемъ интерцессіи прекратилась существовавшая прежде обязанность главнаго должника [20]), и *обосновываетъ новое обязательство*—actio institutoria, если тотъ, кого сдѣлка касается непосредственно, вообще не сдѣлался должникомъ, такъ какъ интерцедирующая женщина съ самаго начала вступила на его мѣсто [21]).

2. Юстиніанъ усилилъ дѣйствіе S. C. слѣдующими мѣрами:

a) Онъ *предписалъ извѣстную форму* для интерцессіи. Требовался публичный документъ, подписанный тремя свидѣтелями; обще-германская практика ограничивалась требованіемъ *либо* публичнаго, *либо* подписаннаго тремя свидѣтелями документа [22]).

При несоблюденіи этой формы интерцессія была *ничтожна;* такимъ образомъ, не было даже надобности въ особой exceptio: разъ только изъ самаго искового прошенія обнаруживался характеръ интерцессіи, требованіе, за ничтожностью своего основанія, должно было быть отвергнуто судьей ex officio. Если же предписанная закономъ форма была соблюдена, то S. C. примѣнялось лишь въ томъ случаѣ, если сама женщина ссылалась на него.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда интерцессія не запрещалась, не требовалось и соблюденія формы [23]).

b) На основаніи authentica: „si qua mulier“ ничтожны интерцессіи женъ за своихъ мужей [24]).

---

[12]) l. 23. pr. C. h. t. 4. 29.

[13]) l. 16. pr., l. 21. pr., l. 22. D. h. t. 16. 1.

[14]) l. 12. C. h. t. 4. 29; ср. далѣе l. 24. C. eod.

[15]) l. 22. C. h. t. 4. 29.

[16]) l. 25, § 1. D. h. t. 16. 1. Въ Римѣ на exceptio S. C. Vellejani можно было ссылаться еще во время приведенія рѣшенія въ исполненіе, l. 11. D. de S. C. Macedoniano. 14. 6. По C. P. O., § 767, п. 2, это правило болѣе не соблюдается. См. далѣе l. 39. § 1, l. 40. D. de rei vind. 6. 1.

[17]) l. 40. D. de condictione indebiti. 12. 6, l. 8. § 3. D. h. t. 16. 1.

[18]) l. 9. C. h. t. 4. 29.

[19]) l. 1, § 2. D. h. t. 16. 1. Мы удержали здѣсь римское представленіе, вытекающее изъ противоположности преторскаго и цивильнаго права. Съ современной точки зрѣнія нужно было бы сказать, что тамъ, гдѣ римляне говорили объ actio restitutoria, долгъ первоначальнаго должника вообще не прекращается, а гдѣ они допускали actio institutoria—тамъ долгъ существуетъ съ самаго начала.

[20]) l. 8. §§ 7—13, l. 9, l. 13. § 2, l. 14. D. h. t. 16. 1.

[21]) l. 8. §§ 14 и 15. D. h. t. 16. 1.

[22]) l. 23. C. h. t. 4. 29; ср. выше, вып. I, § 137, прим. 12.

[23]) Вопросъ этотъ очень споренъ. Ср. Vangerow, т. 3, § 581, прим. 2; Girtanner, стр. 351.

[24]) Nov. 134, cap. 8. Отсюда взята такъ наз. authentica „si qua mulier“, включенная въ codex, судя по l. 22. C. h. t. 4. 29. Новелла опредѣляетъ также, что, если су-

www.naukaprava.ru

3. Въ обще-германскомъ правѣ всѣ эти положенія существенно измѣнились. Такъ строго запрещавшіяся римлянами интерцессіи женъ за мужей сдѣлались во многихъ случаяхъ необходимымъ условіемъ успѣшнаго веденія хозяйства. Да и германская женщина не такъ уже легковѣрна и совсѣмъ не расположена рисковать изъ за другихъ своимъ имуществомъ.

Преобразованіе произошло путемъ допущенія возможности отреченія въ извѣстной формѣ отъ льготы S. C. Въ Римѣ подобный отказъ, по общему правилу, считался недѣйствительнымъ [25]).

Это объясняется тѣмъ, что, хотя запрещеніе интерцессіи и имѣло характеръ особой привилегіи женщинъ, тѣмъ не менѣе, оно являлось, въ сущности, ограниченіемъ ихъ *дѣеспособности*, и поэтому относящіяся сюда нормы имѣли принудительный характеръ.

Но, по обще-германскому праву, допускалось отреченіе отъ этой привилегіи подъ присягой.

Далѣе, практика установила общее положеніе, что женщина *можетъ отказаться отъ своей привилегіи, если ей предварительно будутъ разъяснены судьей всѣ могущія отъ этого произойти послѣдствія* [26]).

Такимъ образомъ, вмѣсто *запрещенія*, для женщинъ была установлена лишь опредѣленная *форма интерцессіи*.

пруги являются должниками по одному и тому же документу, то кредиторъ въ правѣ требовать отъ жены лишь то, чѣмъ она лично воспользовалась вслѣдствіе данной сдѣлки, поскольку это можетъ быть доказано.

[25]) Въ римскомъ правѣ отреченіе отъ привилегіи допускалось лишь въ томъ случаѣ, когда мать или бабка брали на себя опеку надъ ребенкомъ. l. 3. pr. C. quando mulier tutelae. 5. 35; nov. 118, cap. 5. Кромѣ того, можетъ быть указано на стипуляцію въ случаѣ, упомянутомъ въ l. 32. § 4. D. h. t. 16. 1.

[26]) Girtanner, стр. 268 и 365.

Часть вторая.

ОТДѢЛЬНЫЕ ВИДЫ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЪ.

РАЗДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Обязательства, вытекающія изъ договоровъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Реальные договоры.

I. Заемъ.

§ 85. Общія понятія. Возникновеніе займа [1]).

I. Характеристику отдѣльныхъ видовъ договорныхъ обязательствъ по обще-германскому праву слѣдуетъ пріурочить къ римской системѣ контрактовъ; только тогда намъ удастся дать вѣрное изображеніе положительнаго права. Мы начинаемъ, поэтому, наше изложеніе съ римскихъ реальныхъ договоровъ, но будемъ говорить лишь о договорахъ займа, ссуды и поклажи, такъ какъ залоговой договоръ, который римляне причисляли также къ реальнымъ, разсмотрѣнъ нами уже выше въ связи съ залоговымъ правомъ.

II. *Заемъ*—mutuum—*есть отдача въ долгъ капитала, т. е. предоставленіе извѣстнаго количества денегъ или иныхъ замѣнимыхъ вещей въ цѣляхъ ссуды, подъ условіемъ возвращенія такого же количества вещей того же качества* [2]) [3]).

1. Нерѣдко самому договору предшествуютъ соглашенія о предоставленіи займа — pacta de mutuo dando — и о принятіи займа—

---

[1]) Tit. Dig. de rebus creditis si certum petetur et de condictione. 12. 1; Cod. de rebus creditis et jurejurando. 4, 1; si certum petatur. 4. 2. Huschke: Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen, 1882; Schey: Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Privatrechts, т. 1, стр. 1; Lammfromm: Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, 1897, въ особенности стр. 66, 173. Чрезвычайно пространной книгой является трудъ Heimbach'a: Die Lehre von dem Creditum, 1849.

[2]) l. 1. § 2. D. de obligationibus. 44. 7. Gaius libro 2 aureorum: Re contrahitur obligatio mutui datione. mutui autem datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensurave constant, veluti vino oleo frumento pecunia numerata, quae res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis et qualitatis; pr. I. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 607.

[3]) Римскіе юристы объясняютъ, что названіе сдѣлки „mutuum“ произошло отъ словъ „quod ex meo tuum fit“. Gaius, Inst., III, § 90; l. 2, § 2, D. h. t. 12. 1. Такое объясненіе придумано на пользу изучающаго правовѣдѣніе юношества, чтобы, при помощи игры словъ, легче можно было запомнить юридическую сущность сдѣлки.

www.naukaprava.ru

pacta de mutuo accipiendo [4]). Часто оба эти вида соглашеній соединяются даже вмѣстѣ; тѣмъ не менѣе, каждое изъ нихъ имѣетъ свои особенности.

Соглашеніе о *предоставленіи займа* находится обыкновенно въ зависимости отъ молчаливо подразумѣваемаго условія, что ко времени выдачи валюты заемщикъ не долженъ оказаться некредитоспособнымъ. Предполагается, что это имѣлось въ виду контрагентомъ, обѣщавшимъ дать взаймы: онъ хотѣлъ ссудить капиталъ, а не завѣдомо потерять его [5]).

Конечно, контрагентъ, обязавшійся выдать валюту, долженъ привести, съ своей стороны, доказательства, изъ которыхъ было бы видно, что предполагавшаяся въ моментъ обѣщанія кредитоспособность другой стороны не существовала уже ко времени заключенія сдѣлки или прекратилась впослѣдствіи. Такими доказательствами служатъ, напр., фактъ безуспѣшнаго обращенія взысканія по судебному рѣшенію, принесеніе присяги о неимѣніи средствъ къ удовлетворенію вѣрителей, прекращеніе платежей. По гражд. улож. для герм. имперіи, необходимо доказать, что *послѣ* заключенія соглашенія наступило существенное ухудшеніе въ имущественномъ положеніи противной стороны.

Контрагентъ, обязавшійся *взять деньги взаймы* и не исполнившій своего обѣщанія, можетъ быть, по правильному взгляду, принужденъ не къ *принятію предложенной суммы*, а лишь къ возмѣщенію того *интереса*, который заключался для другого контрагента въ помѣщеніи капитала на предполагавшихся условіяхъ. Таково не могло не быть, очевидно, и намѣреніе сторонъ при заключеніи договора; не имѣло бы смысла принуждать кого-либо къ принятію денегъ, которыхъ ему не на что производительно затратить [6]).

2. Для наличности *займа* необходимы:

a) *Передача валюты*, т. е. предоставленіе заимодавцемъ заемщику извѣстнаго количества замѣнимыхъ вещей.

b) Цѣлью такой передачи должна быть *ссуда*, т. е. предоставленіе вещей для ихъ употребленія или, вѣрнѣе, потребленія [7]). Не явля-

---

[4]) Относительно подобныхъ предварительныхъ соглашеній вообще см. выше, § 10; въ частности, по поводу pactum de mutuo dando, тамъ же, прим. 9. Schey, loc. cit., т. 1, стр. 43 и 172. Ср. также Suffrian: Das pactum de mutuo dando, 1866; Storch: Der heutige Darlehensvertrag, 1878.

[5]) Ср. l. 38, pr. D. de solut. 46. 3. Высшій коммерческій судъ—R. O. H. G. E., т. 23, стр. 137—признаетъ это правило обязательнымъ для всякаго обѣщанія кредита, по крайней мѣрѣ, въ торговомъ оборотѣ. Иного мнѣнія держится, между прочимъ, Suffrian, loc. cit., стр. 6. Съ нашимъ взглядомъ согласно и гражд. улож. для герм. имперіи, § 610; см. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 236, стр. 210.

[6]) Вопросъ этотъ споренъ, см. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 179, прим. 7. Гражд. улож. для герм. имперіи оставляетъ его открытымъ.

[7]) Заимодавцу нѣтъ дѣла, какъ должникъ думаетъ воспользоваться занятою суммою,—хочетъ ли онъ употребить ее на разумныя и полезныя цѣли, или тратить ее расточительнымъ и безнравственнымъ образомъ. Однако, если заемъ предназначенъ очевидно и исключительно для безнравственной цѣли, напр., для запрещенной игры, то онъ недѣйствителенъ, какъ заключенный contra bonos mores. Ср. выше, § 16, прим. 18. Этому соотвѣтствуетъ l. 12. § 11. D. mandati. 17. 1, гдѣ предполагается, что заемъ сдѣ-

ется займомъ данное кредитору *обезпеченіе въ видѣ наличныхъ денегъ*, а также depositum irregulare. Въ этихъ случаяхъ передача денегъ является лишь *средствомъ* для достиженія совершенно иныхъ цѣлей: въ первомъ случаѣ—обезпеченія, а во второмъ—сохраненія извѣстной суммы [8]).

c) Наконецъ, необходимъ *юридически дѣйствительный договоръ* относительно возвращенія занятой суммы [9]). Договоръ этотъ содержится уже въ простой передачѣ и принятіи валюты съ цѣлью совершить „заемъ“. Конечно, при этомъ могутъ быть сдѣланы особыя оговорки относительно способовъ уплаты.

Если принявшій заемъ *не имѣетъ права обязываться*, то налицо одинъ лишь реальный моментъ, но нѣтъ момента соглашенія. Займа въ этотъ случаѣ не возникаетъ; стипуляціи, напр., относительно срока, процентовъ—недѣйствительны, искъ на основаніи договора займа не допускается. Но такъ какъ заемщикъ получилъ занятую сумму безъ всякаго правового основанія, то она можетъ быть у него вытребована путемъ condictio sine causa. Если заемщикъ былъ несовершеннолѣтенъ, то требованіе ограничивается суммой, оставшейся у него отъ займа ко времени предъявленія иска [10]).

§ 86. Валюта займа [1]).

1. Въ своемъ простѣйшемъ и, безъ сомнѣнія, первоначальномъ видѣ заемъ заключается въ томъ, что заимодавецъ *переноситъ принадлежащія ему res fungibiles черезъ передачу* — traditio — *въ собственность заемщику*. Такимъ образомъ, заемъ имѣетъ мѣсто лишь въ томъ случаѣ, если заимодавецъ даетъ взаймы вещи, *принадлежащія ему на правѣ собственности* [2]). Далѣе, онъ долженъ обладать *способностью къ отчужденію*. Поэтому, деньги, данныя взаймы несовершеннолѣтнимъ безъ согласія опекуна, могутъ быть виндицированы или вытребованы черезъ condictio, если заемщикъ ихъ уже истратилъ; но иска изъ займа не возникаетъ [3]).

ланъ расточительнымъ юношей, съ цѣлью непосредственно передать занятую сумму своей содержанкѣ.

[8]) Ср. выше, вып. I, § 272, и ниже, § 93. См. также Schey, loc. cit., т. 1, стр. 46. Тамъ изслѣдовано отношеніе займа и къ quasi-ususfructus.

[9]) Этотъ принципъ особенно ясно выраженъ въ l. 32. D. h. t. 12. 1, приведенной выше, вып. I, § 102, прим. 6. Примѣненіе, которое тамъ дѣлаетъ изъ него Celsus, правда, чрезвычайно рѣзкое. См. далѣе l. 18, pr. D. eod.

[10]) l. 5, pr. и § 1. D. de auctoritate tut. 26. 8, приведенныя выше, § 5, прим. 2.

[1]) Schey: Obligationsverhältnisse, стр. 71.

[2]) l. 2, § 4. D. de reb. creditis. 12. 1. Paulus libro 28 ad edictum: In mutui datione oportet dominum esse dantem. Относительно того случая, когда данныя взаймы деньги лишь отчасти принадлежатъ заимодавцу, ср. l. 94, § 1. D. de solutionibus. 46. 3; см. также l. 13. § 2, l. 16. D. h. t. 12. 1.

[3]) § 2. I. quibus alienare licet vel non. 2. 8. Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. ideoque vindicare nummos possunt, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

www.naukaprava.ru

2. По позднѣйшему праву, развившемуся на болѣе свободныхъ началахъ, считается достаточнымъ, *чтобы заимодавецъ доставилъ заемщику валюту безповоротно.* Вслѣдствіе этого, если заимодавецъ передастъ *чужія деньги* или иныя res fungibiles, то заемъ становится дѣйствительнымъ послѣ того, какъ *собственникъ денегъ лишится права требовать ихъ возвращенія посредствомъ vindicatio или condictio* [4]).

Само собою разумѣется, что заемъ возникаетъ и въ томъ случаѣ, если третье лицо передастъ *свои* res fungibiles отъ имени заимодавца [5]), а также, когда валюта, по указанію заемщика, будетъ выплачена третьему лицу.

Наконецъ, заемъ можетъ быть совершенъ и *безъ передачи res fungibiles* слѣдующимъ образомъ:

а) Лицу, нуждающемуся въ деньгахъ, даютъ *товаръ* для *продажи* съ тѣмъ, чтобы выручку оно оставило у себя въ качествѣ валюты по займу [6]) [7]). Обыкновенно, вмѣстѣ съ передачей товара, на

---

[4]) Римскіе юристы излагаютъ этотъ вопросъ въ l. 13. § 1, l. 19, § 1. D. h. t. 12. 1; l. 24, § 2. D. de obl. et act. 44. 7. Въ подробности, однако, они не входятъ. Надо различать слѣдующіе случаи: a) Въ заемъ даны чужія деньги открыто, какъ чужія, въ ожиданіи согласія на это собственника. Въ такомъ случаѣ заемъ дѣйствителенъ *лишь* при наличности такого согласія. Если же собственникъ согласія не изъявитъ, то онъ въ правѣ виндицировать свои деньги или, если онѣ уже смѣшались съ деньгами заемщика, вытребовать ихъ путемъ кондикціи; такимъ образомъ, заемщикъ не получаетъ ихъ еще безповоротно. b) Въ заемъ даны чужія деньги мошеннически, съ вѣдома заемщика. Тогда собственникъ денегъ имѣетъ право на vindicatio или condictio, и заемъ не возникаетъ. c) Въ заемъ даны чужія деньги подъ видомъ собственныхъ, такъ что заемщикъ не знаетъ о принадлежности ихъ третьему лицу. Въ такомъ случаѣ собственникъ можетъ—что бываетъ, однако, рѣдко—осуществить свое право собственности, напр., виндицировать свои деньги, если, конечно, еще можно установить ихъ индивидуальность по отношенію къ другимъ деньгамъ. Тогда заемщикъ ничего уже не долженъ мнимому заимодавцу. d) Если же въ данномъ примѣрѣ должникъ *добросовѣстно потребитъ* занятыя деньги, напр., истратитъ ихъ или смѣшаетъ со своими деньгами, такъ что нельзя ихъ отдѣлить, то собственникъ теряетъ право виндицировать ихъ и не можетъ вытребовать ихъ путемъ condictio отъ заемщика, такъ какъ послѣдній не считается обогатившимся именно вслѣдствіе этого лежащаго на немъ prima facie долга изъ займа, ср. вып. I, § 225, прим. 28. Поэтому, въ подобномъ случаѣ, заимодавецъ имѣетъ къ нему право требованія изъ займа, въ качествѣ т. н. actio de bene dependis. Напротивъ, прежній собственникъ можетъ предъявить къ виновному передъ нимъ заимодавцу condictio furtiva или actio ad exhibendum. Гражд. улож. для герм. имперіи не содержитъ никакихъ постановленій по поводу всѣхъ этихъ случаевъ; ср., однако, §§ 932 и 935, п. 2.—Впрочемъ, указаніе на то, что заемъ состоялся при помощи чужихъ денегъ, какъ и вполнѣ понятно, является обыкновенно такимъ *возраженіемъ*, которое можетъ быть заявлено лишь на основаніи притязанія прежняго собственника денегъ.

[5]) Римскіе юристы неоднократно подчеркиваютъ, что можно сдѣлаться кредиторомъ по займу и въ томъ случаѣ, если третье лицо выплатитъ валюту изъ собственныхъ средствъ отъ нашего имени. Это подтверждаютъ въ особенности: l. 9. § 8. D. h. t. 12. 1; l. 126, § 2. D. de verb. obl. 45. 1; l. 35, § 2. D. de donationibus. 39, 5; l. 4. C. si certum petatur. 4. 2; l. 3. C. per quas personas. 4. 27. Чрезвычайно спорно, необходимо ли въ данномъ случаѣ, сверхъ того, еще полномочіе или согласіе на сдѣлку со стороны того лица, которое должно пріобрѣсти обязательственное требованіе. За это говорятъ l. 2, § 4. D. h. t. 12. 1; l. 34, pr. D. de donationibus. 39. 5. Большинство новѣйшихъ писателей, однако, полагаетъ, что, въ видѣ исключенія, при займѣ въ подобномъ случаѣ согласіе представляемаго не играло роли. Такъ, напр., Jhering въ своихъ Jahrb., т. 2, стр. 101, и Schlossman: Das Darlehen auf fremden Namen въ Grünhuts Zeitschrift, т. 9, стр. 505. Противоположное мнѣніе защищаетъ, какъ намъ кажется, вполнѣ убѣдительно Huschke, loc. cit., стр. 29. Иначе Mitteis: Stellvertretung, стр. 67; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 222.

[6]) Подобный же характеръ имѣетъ тотъ случай, когда лицо, нуждающееся въ деньгахъ, уполномочивается на полученіе по векселю или другому обязательству съ тѣмъ, чтобы удержать полученное въ качествѣ займа.

должника переходитъ и рискъ, такъ что, въ случаѣ гибели или порчи товара, занятой суммой признается стоимость послѣдняго [8]).

b) Вѣритель вступаетъ въ соглашеніе съ должникомъ, чтобы та сумма денегъ или иныхъ res fungibiles, которую послѣдній *долженъ на какомъ-либо другомъ основаніи*, напр., по договору *поклажи, порученія, купли-продажи,* осталась за нимъ въ качествѣ валюты по займу [9]). При этомъ не требуется, чтобы должникъ, въ моментъ соглашенія, *дѣйствительно обладалъ* той суммой, которую онъ долженъ.

c) Наконецъ, для наличности займа достаточно даже, чтобы заемщику были переданы какія-либо вещи по извѣстной *оцѣнкѣ,* которая и представляетъ изъ себя валюту [10]). Эти вещи считаются какъ бы проданными заемщику, и причитающаяся за нихъ плата какъ бы превращенною въ валюту займа.

Римляне, очевидно, полагали, что заемъ можетъ состояться, когда въ подобныхъ случаяхъ должникъ выплатитъ своему кредитору должную сумму, а послѣдній возвратитъ ее обратно въ качествѣ валюты займа; безцѣльная передача денегъ изъ рукъ въ руки, по ихъ мнѣнію, съ большимъ удобствомъ можетъ быть замѣнена мысленной операціей.

Только что упомянутая форма займа, однако, легко можетъ служить ростовщическимъ цѣлямъ. Поэтому, врядъ ли было цѣлесообразно признавать ее, допуская столь широкую абстракцію.

---

[7]) Такую сдѣлку нѣкоторые называютъ contractus „mohatrae" — средневѣковое выраженіе, взятое изъ арабскаго языка. Schey, loc. cit., стр. 83, подъ contractus mohatrae разумѣетъ продажу вещи въ кредитъ съ тѣмъ, чтобы она сейчасъ же была куплена обратно тѣмъ же продавцомъ за наличную, но меньшую сумму. Напр., для того, чтобы достать денегъ, студентъ покупаетъ у А. стараго платья на 100 р. въ кредитъ, съ уплатой черезъ полгода, и тотчасъ же продаетъ купленное платье за 50 р. наличными лицу В., которое дѣйствуетъ за-одно съ А. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ особо о подобномъ случаѣ.

[8]) l. 4. D. h. t. 12. 1; l. 11, pr. D. eod. 12. 1. Ulpianus libro 26 ad edictum: Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime si sine usuris credidi.

[9]) l. 15. D. h. t. 12. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Изъ словъ Африкана, l. 34, pr. D. mandati. 17, 1, видно, что это болѣе свободное отношеніе къ вопросу во время Юліана еще не было обычнымъ. Впрочемъ, многіе изъ новѣйшихъ писателей толкуютъ цитату Ульпіана въ болѣе узкомъ смыслѣ, чѣмъ это дѣлаемъ мы. См. Windscheid, т. 2, § 370, прим. 11; Schey, loc. cit., стр. 84. Въ пользу нашего взгляда особенно говоритъ приведенная въ слѣдующемъ примѣчаніи l. 8. C. si certum pet. 4. 2. Въ томъ же смыслѣ высказывается гражд. улож. для герман. имперіи, § 607, п. 2; см. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 234, стр. 206.

[10]) l. 8. C. si certum pet. 4. 2. Хотя совершенно очевидно, что приведенный здѣсь случай существенно отличается отъ упомянутаго въ прим. 6, тѣмъ не менѣе, это нерѣдко оставляютъ безъ вниманія. Гражд. улож. для герм. имперіи ничего не постановляетъ и по этому поводу.

www.naukaprava.ru

§ 87. Обязанности, вытекающія изъ договора займа.

1. Заемщикъ обязанъ, взамѣнъ занятаго имъ количества res fungibiles, возвратить [1]) такое же количество вещей того же рода и качества [2]). Деньги онъ можетъ возвратить той же самой валютой, какая имъ была получена, хотя бы и монетою другого сорта [3]), если только относительно этого не было особой оговорки. Допускается соглашеніе объ уплатѣ меньшей суммы, чѣмъ та, которая была занята [4]), или же бо́льшей, что́ бываетъ гораздо чаще.

При отсутствіи особаго соглашенія, заемъ считается безпроцентнымъ—gratuitum [5]). Въ Римѣ договоръ о процентахъ долженъ былъ быть заключенъ въ формѣ стипуляціи, нынѣ же онъ совершается неформально.

Римляне не присчитывали процентовъ за просрочку при займѣ, какъ сдѣлкѣ stricti juris [6]); по обще-германскому праву проценты за просрочку наростаютъ и при займѣ.

Часто встрѣчаются соглашенія относительно срока уплаты; нерѣдко они заключаются молчаливо, напр., путемъ принятія процентовъ за будущее время [7]). При отсутствіи же такихъ соглашеній занятая сумма можетъ быть потребована обратно во всякое время, даже тотчасъ послѣ передачи валюты [8]).

Такъ какъ предметъ долга при займѣ опредѣляется лишь родовыми признаками—genus, то рискъ его гибели переходитъ на заемщика съ момента полученія валюты [9]).

Въ случаѣ спора, кредиторъ, предъявившій искъ, обязанъ доказать выдачу валюты въ качествѣ займа. Доказательствомъ служатъ

---

[1]) Преторскимъ эдиктомъ не было установлено особаго иска для займа. При займѣ денегъ предъявлялась actio certae pecuniae creditae, а при займѣ другихъ вещей—condictio triticaria. Ср. выше, вып. I, § 131; Lenel: Edictum, стр. 184 и слѣд.; Brinz, т. 2, стр. 479. Если и встрѣчается выраженіе „mutui actio“, какъ, напр., въ l. 5. C. quibus non objiciatur longi temp. praescr. 7. 35, то оно относится не къ формѣ, а къ содержанію иска.

[2]) l. 3. D. h. t. 12. 1.

[3]) Относительно l. 99. D. de solutionibus. 46. 3 ср. выше, § 26, прим. 11.

[4]) l. 11, § 1. D. h. t. 12. 1.

[5]) Ср. выше, § 29. И по гражданскому уложенію для герман. имперіи, § 608, проценты должны быть выговорены особо. При отсутствіи иныхъ соглашеній, ихъ слѣдуетъ вносить по истеченіи каждаго года, а если уплата по займу должна послѣдовать ранѣе, то при уплатѣ.

[6]) Ср. выше, § 41, прим. 5. Взамѣнъ этого, въ классическій періодъ существовала sponsio poenalis, въ силу которой проигравшій процессъ при производствѣ по actio pecuniae certae creditae уплачивалъ побѣдителю треть исковой суммы въ видѣ штрафа. Gajus, Inst., IV, § 171.

[7]) l. 57. pr. D. de pactis. 2. 14.

[8]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 609, опредѣляетъ: Если срокъ уплаты по займу не установленъ, то время исполненія опредѣляется увѣдомленіемъ о прекращеніи правоотношенія со стороны кредитора или должника. Увѣдомленіе о прекращеніи займа должно быть заявлено: при займѣ свыше 300 марокъ—за три мѣсяца, а при займахъ на меньшую сумму—за одинъ мѣсяцъ впередъ. Если заемъ безпроцентный, то должникъ въ правѣ вернуть капиталъ и безъ предварительнаго увѣдомленія.

[9]) § 2. I. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14. Ср. также Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, разд. II, 1, стр. 94.

преимущественно росписки должника въ ея полученіи [10]). Въ свою очередь, отвѣтчикъ можетъ доказывать, что онъ выдалъ росписку въ тщетномъ ожиданіи уплаты ему денегъ, которой не послѣдовало.

2. Мыслимы случаи, когда по договору займа можетъ оказаться отвѣтственнымъ и *заимодавецъ*. Такъ, напр., онъ отвѣчаетъ за всѣ убытки, которые понесъ его должникъ, какъ обладатель фальшивыхъ денегъ, выданныхъ ему по неосторожности заимодавцемъ; вѣдь должникъ могъ быть привлеченъ къ суду и осужденъ за поддѣлку денежныхъ знаковъ. Но такіе случаи, конечно, сравнительно съ огромной массой заемныхъ сдѣлокъ, крайне рѣдки. Поэтому, Римляне упускали ихъ изъ виду и разсматривали обязательство изъ займа, какъ строго одностороннее, всецѣло падающее на заемщика; и этотъ взглядъ, въ видѣ общаго правила, конечно, вполнѣ обоснованъ.

§ 88. Денежный заемъ подвластныхъ [1]).

На основаніи S. C. Macedonianum, заемъ, совершенный лицомъ, находящимся подъ отеческою властью, недѣйствителенъ, если только онъ произ-

[10]) Съ третьяго вѣка послѣ Р. Х. въ Римѣ установилось правило, что письменное признаніе въ полученіи валюты, сдѣланное въ формѣ долговой росписки, можетъ быть опротестовано въ теченіе извѣстнаго срока путемъ простого заявленія лица, выдавшаго эту росписку—exceptio или querella non numeratae pecuniae. Тогда кредиторъ обязанъ былъ представить другія доказательства того, что валюта имъ была выдана. По постановленію Юстиніана, такая exceptio или querella могла быть заявлена въ продолженіе двухъ лѣтъ послѣ выдачи росписки, l. 14, pr. C. h. t. 4. 30. Если же въ продолженіе этого времени заявленія не было сдѣлано, то уже не допускалось представленіе доказательствъ противъ долгового документа, такъ что послѣдній обязывалъ къ платежу безусловно, несмотря даже на то, что валюта въ дѣйствительности не была выдана. Вотъ почему Юстиніанъ прямо называетъ такія обезпеченныя истеченіемъ времени росписки литтеральными контрактами, Tit. Inst. de litterarum obligatione. 3. 21. Эти нормы можно объяснить только тѣмъ, что въ Римѣ было распространено обыкновеніе сначала вручать заимодавцу долговой документъ съ распиской въ полученіи валюты, а потомъ уже, по его ассигновкѣ, получать валюту либо отъ мѣнялы, ведущаго денежныя дѣла капиталиста, либо отъ прокуратора или раба, завѣдующаго его кассою. Выдача валюты доказывалась тогда книгами этихъ представителей заимодавца, выданными имъ расписками или же ихъ свидѣтельскими показаніями. Послѣ истеченія болѣе или менѣе продолжительнаго времени, конечно, часто невозможно было уже представить доказательства того, что выдача валюты дѣйствительно послѣдовала. Именно съ этого момента формальные долговые документы являлись безспорными доказательствами.—Какъ бы то ни было, въ Германіи, гдѣ никогда не было упомянутыхъ обычаевъ, такая querella казалась въ высшей степени несправедливой и нераціональной. На какомъ основаніи должникъ простымъ заявленіемъ можетъ лишить всякаго значенія выданную имъ росписку? Исходя изъ этой точки зрѣнія, Köster въ свое время, въ Defect. juris communis, p. 151, называлъ такую querella „совершенно непонятнымъ для здраваго разсудка mysterium juris“, а Ludwig: Gelehrte Anzeigen, т. I, стр. 238,—„страннымъ недоразумѣніемъ, явная несправедливость котораго бросается въ глаза каждому, не лишенному отъ природы извѣстной доли здраваго смысла“. То же говоритъ и Kreittmayr въ своихъ примѣчаніяхъ къ codex Maximilianus Bavaricus, IV, cap. 11, § 3. Тѣмъ не менѣе, эти положенія вошли въ составъ общегерманскаго права, и съ ними волей-неволей приходилось считаться. Лучшую характеристику exceptio non numeratae pecuniae даетъ Gneist: Die formellen Verträge, 1845, стр. 7 и слѣд.; ср. позднѣйшую литературу у Windscheid'a, т. 2, § 372, прим.; см. далѣе Huschke, loc. cit., стр. 91; Mitteis: Reichsrecht, стр. 497; Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 13, стр. 277.—Законъ о введеніи въ дѣйствіе С. Р. О., § 17, п. 1, гласитъ: „Доказательная сила долговой или платежной росписки не связана съ истеченіемъ извѣстнаго времени“. Этимъ querella отмѣнена. Ср. Ludwig Goldschmidt въ Jherings Jahrb., т. 24, статья 2.

[1]) Tit. Dig. de S. C. Macedoniano. 14. 6; Cod. 4. 28. Mandry: Familiengüterrecht, т. 1, стр. 431; тамъ находятся указанія на „пожалуй слишкомъ обильную“ литературу; ср. также Brinz, т. 2, стр. 481; Huschke, loc. cit., стр. 149. Въ русской литературѣ Хвостовъ: Натуральныя обязательства, стр. 214 и слѣд.

www.naukaprava.ru

веденъ безъ согласія или послѣдующаго одобренія отца и не служилъ интересамъ послѣдняго.

Этотъ законъ имѣлъ исключительный характеръ, такъ какъ въ Римѣ лица, состоящія подъ отеческою властью, принципіально могли обязываться договорами точно такъ же, какъ и лица самостоятельныя [2]). Не имѣли, конечно, этого права несовершеннолѣтніе, а по обще-германскому праву—и неполнолѣтніе [3]).

Для римскаго гражданскаго оборота право совершеннолѣтнихъ лицъ, находящихся подъ отеческою властью, вступать въ обязательства являлось необходимостью. Въ Римѣ, гдѣ отеческая власть прекращалась обыкновенно лишь со смертью домовладыки, огромная часть взрослаго населенія принадлежала къ лицамъ подвластнымъ. Но денежные займы послѣднихъ нерѣдко вели къ большимъ злоупотребленіямъ. Вопіющій случай—отцеубійство, совершенное нѣкимъ Macedo, притѣсняемымъ ростовщиками—вызвалъ запретительный законъ—S. C. Macedonianum [4]) [5]). Его содержаніе слѣдующее:

a) Запрещается *денежный заемъ*, равно какъ и иныя *кредитныя сдѣлки, направленныя на то, чтобы достать денегъ* [6]) [7]).

Прочія сдѣлки, возлагающія на подвластныхъ лицъ какія-либо обязательства, въ частности, договоры продажи и поручительства, допускаются, если только не явствуетъ, что онѣ совершены для обхода S. C. Macedonianum [8]).

b) Денежная сдѣлка должна быть совершена *во время существованія отеческой власти* [9]).

Но подвластное лицо, обладающее peculium castrense или quasi castrense, можетъ, въ объемѣ послѣдняго, принимать на себя всякаго рода обязательства, наравнѣ съ pater familias [10]).

c) Допускаются всякія денежныя сдѣлки, на которыя домовладыка заранѣе изъявилъ свое *согласіе* [11]); но и послѣдующее *одобреніе* сдѣлки подвластнаго его домовладыкой дѣлаетъ ее дѣйствительной [12]); имѣетъ силу заемная сдѣлка и въ томъ случаѣ, когда все, полученное по займу, поступаетъ въ имущество домовладыки [13]).

---

[2]) См. выше, вып. I, § 52.

[3]) См. выше, вып. I, § 52.

[4]) l. 1, pr. D. h. t. 14. 6. Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: „Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri. Ср. толкованіе словъ S. C. у Keller'a: Institutionen, стр. 112.

[5]) S. C. былъ изданъ при императорѣ *Веспасіанѣ*. Sueton: Vespasian., cap. 11; Tacitus: Annales 11, cap. 13, говоритъ еще о Клавдіи: „et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filis familiarum fenori darent". Изъ этого, впрочемъ, еще не слѣдуетъ, что уже Клавдій запретилъ подвластнымъ лицамъ совершать заемъ: онъ ввелъ только нѣкоторыя ограниченія. Во всякомъ случаѣ, изъ приведеннаго мѣста не видно точнаго содержанія самаго закона.

[6]) По римскому праву сюда относилось принятіе долга по стипуляціи, въ цѣляхъ полученія денегъ, l. 3, § 4, l. 4, l. 6. D. h. t. 14. 6. Нынѣ для этой же цѣли служатъ векселя.

[7]) S. C. не касается займа, при которомъ должникъ не получаетъ наличныхъ денегъ. Сюда относится, напр., тотъ случай, когда кредиторъ оставляетъ у подвластнаго лица, въ качествѣ валюты, деньги, которыя тотъ уже *долженъ* ему на другомъ основаніи, l. 3, § 3. D. h. t. 14. 6.

[8]) l. 3. § 3, l. 7. pr. D. h. t. 14. 6.

[9]) Ср. l. 6. D. h. t. 14. 6.

[10]) l. 1. § 3, l. 2. D. h. t. 14. 6.

[11]) l. 7, § 11. D. h. t. 14. 6.

[12]) l. 7, pr. C. h. t. 4. 28.

[13]) l. 7, §§ 12 и слѣд., l. 17. D. h. t. 14. 6; l. 2, l. 5. C. h. t. 4. 28. Необходима „versio in rem patris", хотя бы стороны и не имѣли ея въ виду при самомъ заключе-

d) Запретъ S. C.—въ интересахъ обезпеченія оборота—не имѣетъ мѣста, когда заимодавецъ, *по извинительнымъ причинамъ, не зналъ*, что тотъ, кому онъ оказываетъ кредитъ,—подвластное лицо [14]).

Денежная сдѣлка, заключенная вопреки S. C. Macedonianum, сама по себѣ, не считается ничтожной; она только можетъ быть *оспорена* путемъ exceptio [15]). Право оспариванія принадлежитъ подвластному сыну, какъ до, такъ и послѣ прекращенія отеческой власти. Тѣмъ же возраженіемъ, по римскому праву, можетъ воспользоваться и домовладыка противъ actio de peculio, предъявленной къ нему на основаніи долга его подвластнаго [16]), и, само собою разумѣется, его наслѣдники. Наконецъ, то же право принадлежитъ поручителямъ и прочимъ интерцедентамъ, которые имѣли бы право регресса къ подвластному лицу [17]).

S. C. не касается натуральнаго обязательства, возникающаго изъ договора займа [18]).

Подтвержденіе сдѣлки подвластнымъ лицомъ во время существованія patria potestas не имѣетъ силы; наоборотъ, заемъ становится дѣйствительнымъ въ томъ случаѣ, если подтвержденіе послѣдовало по достиженіи подвластнымъ самостоятельности [19]).

Гражд. улож. для герман. имперіи упразднило постановленія S. C. Macedonianum.

§ 89. **Морской заемъ** [1]).

Для гражданскаго оборота въ древнемъ мірѣ большое значеніе имѣлъ такъ наз. морской заемъ—foenus nauticum, pecunia trajectitia.

ніи сдѣлки. Какъ видно изъ сопоставленія съ предшествующими фразами, это положеніе примѣняется въ l. 7, § 14. D. h. t. 14. 6. Ulpianus libro 29 ad edictum: Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summoveretur, senatus consulti cessabit exceptio. Въ данномъ случаѣ, въ результатѣ займа, освобожденъ отъ обязательства *домовладыка;* по этой причинѣ exceptio S. C. Macedoniani не имѣетъ мѣста. Такъ понимаютъ этотъ фрагментъ Windscheid, т. 2, § 373, прим. 11, и Huschke, loc. cit., стр. 168. Послѣдній вставляетъ послѣ „liberaret" слова „ab eo". Другіе, напр., Vangerow, т. I, § 245. lit. d, толкуютъ приведенное мѣсто въ томъ смыслѣ, что подвластный сынъ взялъ деньги взаймы для того, чтобы освободиться отъ своего собственнаго долга. Нѣкоторые дѣлаютъ отсюда дальнѣйшій выводъ, что дѣйствителенъ всякій денежный заемъ, вызванный потребностью подвластнаго лица. Такого взгляда держится Arndts, § 282, прим. 2, lit. d, ссылаясь на l. 47, § 1. D. de solutionibus. 46. 3. Римская юриспруденція, однако, не признавала такого обширнаго исключенія: оно ослабило бы значеніе самаго закона. Ср. Mandry, loc. cit., стр. 454.

[14]) l. 3. pr., l. 19. D. h. t. 14. 6. Ср., впрочемъ, l. 7, § 7. D. h. t. 14. 6. Ulpianus libro 29 ad edictum: Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum est utrique nocere. idem est et in duobus reis stipulandi.

[15]) Эксцепція могла быть предъявлена не только въ продолженіе процесса до постановленія рѣшенія, но и во время приведенія послѣдняго въ исполненіе, l. 11. D. h. t. 14. 6. Этотъ порядокъ отмѣненъ въ C. P. O., § 767. Отвѣтчикъ, ссылаясь на exceptio S. C. Macedoniani, долженъ доказать, что онъ во время заключенія займа состоялъ подъ отеческою властью. Для этого, впрочемъ, достаточно удостовѣренія, что въ это время его отецъ былъ еще живъ. Если же истецъ утверждаетъ, что отеческая власть къ тому времени уже прекратилась, то онъ же и долженъ это доказать. R. O. H. G. E., т. 7, стр. 26.

[16]) l. 6, pr. C. h. t. 4. 28.

[17]) l. 9, § 3. D. h. t. 14. 6, см. выше, § 79, прим. 5.

[18]) Ср. выше, § 5, lit. 4, особенно прим. 10.

[19]) И этотъ пунктъ весьма споренъ. Ср. Mandry, loc. cit., стр. 490. Обезпеченіе займа залогомъ устраняетъ exceptio S. C. Macedoniani въ размѣрахъ стоимости залога, l. 9, pr. D. h. t. Что касается частичной уплаты долга изъ займа подвластнаго, то здѣсь надо различать, послѣдовала ли она „въ счетъ погашенія всего долга", или же уплатившій такой цѣли не обнаружилъ: въ первомъ случаѣ частичная уплата содержитъ признаніе всего долга, во второмъ же нѣтъ никакого основанія разсматривать оставшуюся часть долга, какъ признанную должникомъ. Въ l. 7, § 16. D. h. t. пред-

www.naukaprava.ru

Развившись въ Греціи, этотъ институтъ перешелъ и въ римское право.

При этомъ видѣ займа обязанность должника уплатить занятую сумму и обѣщанные проценты является условной: она *зависитъ отъ благополучнаго морского перехода* [2]).

Подобная сдѣлка первоначально, какъ кажется, заключалась слѣдующимъ образомъ: *занятыя деньги пересылались въ портъ назначенія*, для закупки тамъ товаровъ, подлежащихъ ввозу въ отечественный портъ, откуда вышелъ корабль. Здѣсь обязательство должника ставилось въ зависимость отъ благополучнаго прибытія денегъ въ заморскій портъ. Позднѣе морской заемъ совершался также съ цѣлью *закупки товара для вывоза*, такъ что обязанность должника ставилась въ зависимость отъ доставки этого товара въ опредѣленную гавань [3]). Наконецъ, морской заемъ сталъ заключаться для ремонта корабля или выдачи вознагражденія экипажу, съ тѣмъ условіемъ, что деньги будутъ возвращены лишь въ случаѣ прибытія корабля въ портъ назначенія.

Обыкновенно рейсъ корабля точно обозначался, и, въ случаѣ произвольнаго его измѣненія, вѣритель освобождался отъ риска за свой капиталъ. Подобныя оговорки касались, какъ направленія пути, такъ и времени совершенія рейса [4]).

Само собой подразумѣвалось, что вѣритель несетъ только морской рискъ: неисправность самого должника [5]) или экипажа, а также внутренняя порча товара его не касались.

Вслѣдствіе большого риска, лежащаго на кредиторѣ, размѣръ процентовъ при этой сдѣлкѣ могъ превышать законный maximum. Однако, Юстиніанъ ограничилъ этотъ размѣръ до 12% [6]). Нерѣдко

полагается такая частичная уплата „въ счетъ погашенія всего долга“. Ср. Dernburg Pfandrecht, т. I, стр. 548.

[1]) Tit. Dig. de nautico foenore. 22. 2, Cod. 4, 33. Matthiass: Das foenus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei, 1881; Schröder въ Endemanns Handb. des Handelsrechtes, т. 4, стр. 235; Voigt: Röm. Rechtsgeschichte, § 55, стр. 618; Sieveking: Das Seedarlehen im Altertum, Leipziger Inaug-Dissert., 1893; Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. II, 1, § 155. Интересный документъ относительно морского займа содержитъ l. 122, § 1. D. de. verb. obl. 45. 1. Ср. по этому поводу Goldschmidt: Untersuchungen zu l. 122, § 1. D. de verb. obl., 1855.

[2]) Расходящееся съ этимъ мнѣніе Savigny: System, т. 6, стр. 131, прим. m, какъ и слѣдовало ожидать, не нашло сторонниковъ.

[3]) l. 1. D. h. t. 22. 2.

[4]) l. 6. D. h. t. 22. 2. Matthiass, loc. cit., стр. 18.

[5]) l. 4. C. h. t. 4. 33.

[6]) l. 2. C. h. t. 4. 33; l. 26, § 2, C. de usuris. 4. 32. Jhering въ своихъ Jahrb., т. 19, стр. 1, утверждаетъ, что Юстиніанъ установилъ maximum въ 12% не для процентовъ, взимаемыхъ за рискъ морского перехода, а для *обыкновенныхъ процентовъ*, которые, наряду съ вышеупомянутыми морскими, высчитывались за все время до отплытія корабля и потомъ, со времени его прибытія въ портъ назначенія, до момента погашенія займа. Matthiass, loc. cit., стр. 29, также раздѣляетъ этотъ взглядъ. Но такое толкованіе не согласно съ подлинными словами Юстиніана. Возможно, что установленіе высшаго законнаго предѣла для процентовъ при морскомъ займѣ было мѣрой нецѣлесообразной, но изъ этого еще не слѣдуетъ, что подобнаго ограниченія не существовало на самомъ дѣлѣ. Кредитное законодательство Юстиніана страдаетъ недостатками и во многихъ другихъ отношеніяхъ. Ср. Büchel: Das gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum, 1883.

вещи, пріобрѣтенныя на занятыя деньги, предоставлялись въ обезпеченіе платежа [7]). Но залогъ ихъ не считался необходимымъ для самой сдѣлки и не вытекалъ самъ собою изъ существа послѣдней.

2. Древнему foenus nauticum въ современномъ морскомъ правѣ, до извѣстной степени, соотвѣтствуетъ *бодмерея*. При этой сдѣлкѣ, однако, должникъ не отвѣчаетъ *лично*, а заимодавецъ можетъ обратить взысканіе лишь на заложенные предметы—корабль, фрахтъ, грузъ. Поэтому, кредиторъ непосредственно теряетъ свое право требованія, если заложенныя вещи погибнутъ на морѣ вслѣдствіе несчастнаго случая [8]).

Морской заемъ въ томъ видѣ, какъ онъ существовалъ въ римскомъ правѣ, чуждъ современному обороту.

3. Заимодавецъ, конечно, можетъ взять на себя рискъ и въ другихъ отношеніяхъ и за это выговорить себѣ особыя преимущества [9]).

II. Commodatum и Precarium.

§ 90. **Commodatum** [1]).

Commodatum—ссуда въ тѣсномъ смыслѣ—*есть предоставленіе вещи ссудодателемъ—коммодантомъ—ссудопринимателю—коммодатарію—въ безвозмездное пользованіе, съ обязательствомъ возвратить ее по окончаніи этого пользованія* [2]).

Какъ договоръ займа, такъ и commodatum имѣютъ своей цѣлью полученіе чужого имущества въ ссуду; тѣмъ не менѣе, юридическое значеніе этихъ сдѣлокъ весьма различно. Заемщикъ становится собственникомъ занятыхъ вещей, коммодатарій же является лишь детенторомъ отъ имени коммоданта, за которымъ остается юридическое владѣніе и право собственности на вещь [3]). Далѣе, заемщикъ обязанъ возвратить такое же количество вещей, какое онъ взялъ, а коммодатарій—ту индивидуально-опредѣленную вещь, которая ему была дана. Поэтому, заемщикъ несетъ рискъ за взятую сумму, коммода-

---

[7]) l. 4. pr., l. 6. D. h. t. 22. 2. Matthiass, loc. cit., стр. 42.

[8]) Различаютъ бодмерею въ „собственномъ“ смыслѣ, т. е. заключенную *капитаномъ* въ случаѣ крайней необходимости,—она одна только регулируется торговымъ уложеніемъ, §§ 679 и слѣд.,—и бодмерею въ „широкомъ“ смыслѣ, которую заключаетъ *судохозяинъ* и которая регулируется сухопутнымъ правомъ. Только первая — бодмерея капитана—сохранила въ Германіи „нѣкоторое практическое значеніе“. Beseler: Deutsches Privatrecht, стр. 1212.

[9]) l. 5. pr. D. h. t. 22. 2.

[1]) Tit. Dig. commodati vel contra. 13. 6, Cod. de commodato. 4. 23. Ferrini: Storia e teoria del contratto di commodato въ Archivio giuridico, т. 52, стр. 469.

[2]) Ссуда — договоръ реальный, § 2, I. quibus modis re contrahitur obligatio. 3. 14; l. 1, § 3. D. de obl. et act. 44. 7. Ей могутъ, конечно, предшествовать соглашенія, которыя налагаютъ на контрагента обязанность ссудить извѣстную вещь. Но часто, при обѣщаніи одолжить что-нибудь, напр., книгу, по ея прочтеніи, сторона *не* имѣетъ въ виду связать себя юридически. Изъ обстоятельствъ дѣла выясняется, каково было намѣреніе сторонъ при такомъ соглашеніи.

[3]) l. 8. D. h. t. 13. 6. Pomponius libro 5 ad Sabinum: Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. l. 9. D. eod., l. 3, § 20. D. de adquir. vel amit. poss. 41. 2. По гражд. улож. для герман. имперіи, ссудопринимать является владѣльцемъ, а ссудодатель сохраняетъ „посредственное“ (косвенное) владѣніе.

www.naukaprava.ru

тарій же отвѣтственъ лишь за свою вину, такъ что рискъ случайной гибели или порчи вещи падаетъ на коммоданта. Наконецъ, заемъ возможенъ лишь по отношенію къ res fungibiles; ссуда же можетъ имѣть своимъ предметомъ любую вещь, не только движимую, но и недвижимую [4]). Даже замѣнимыя вещи, между прочимъ бумаги на предъявителя, могутъ быть даны въ ссуду, напр., съ тою цѣлью, чтобы коммодатарій ихъ заложилъ [5]).

Существеннымъ признакомъ ссуды является ея безвозмездность; этимъ она отличается отъ найма вещи [6]). Поэтому, пользованіе книгами изъ библіотеки за абонементную плату является наймомъ, а не ссудой.

Предметомъ ссуды можетъ быть и такая вещь, которая не принадлежитъ коммоданту и не находится въ его владѣніи, которая, напр., была имъ нанята или даже украдена [7]). Въ послѣднемъ случаѣ коммодатарій долженъ возвратить вещь вору, пока собственникъ не заявилъ на нее притязанія.

1. *Главное обязательство,* вытекающее изъ ссуды, лежитъ на *ссудопринимателѣ.* Онъ отвѣчаетъ передъ своимъ контрагентомъ по actio commodati directa. Его обязанности сводятся къ слѣдующему:

а) Онъ долженъ хранить предметъ ссуды [8]), можетъ имъ пользоваться лишь въ предѣлахъ, предусмотрѣнныхъ договоромъ, и отвѣчаетъ за всякую вину. *Случайная* порча или гибель предмета падаютъ на ссудопринимателя лишь въ томъ случаѣ, если онъ, съ цѣлью извлечь выгоду, пользовался вещью вопреки договору, такъ какъ это составляетъ furtum usus [9]). Точно такъ же онъ несетъ рискъ и

---

[4]) Лабеонъ полагалъ, что предметомъ ссуды могутъ быть однѣ лишь движимыя вещи; но классическая юриспруденція допускала ссуду и земельныхъ участковъ, главнымъ образомъ, жилыхъ помѣщеній, l. 1, § 1. D. h. t. 13. 6. Тѣмъ не менѣе, считалось болѣе удобнымъ вчинать искъ „praescriptis verbis", такъ какъ нельзя было съ достовѣрностью сказать, признаетъ ли судья подобную ссуду, l. 17. pr. D. de praescriptis verbis. 19. 5. По гражд. улож. для герман. имперіи, предметомъ ссуды могутъ быть любыя вещи.

[5]) Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 1, стр. 207; l. 3, § 6. D. h. t. 13. 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. l. 4. D. eod.; l. 18, § 1. D. de rebus cred. 12. 1. Ссудой является также и временное безвозмездное предоставленіе какого-нибудь права.

[6]) § 2. I. quibus mod. re contr. obligatio. 3. 14; l. 5, § 12. D. h. t. Ulpianus libro 28 ad edictum: Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere; quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit. Съ этимъ согласуется и § 598 гражд. улож. для герман. имперіи.

[7]) l. 15, l. 16. D. h. t. 13. 6.—Ссуда недѣйствительна, если ссуженная вещь принадлежитъ ссудопринимателю. l. 15. D. depositi. 16. 3. Это правило, однако, не распространяется на тотъ случай, когда собственникъ лишенъ права пользоваться вещью, напр., когда онъ беретъ въ ссуду свою вещь отъ лица, имѣющаго на нее право узуфрукта.

[8]) l. 5. § 2, l. 10. D. h. t. 13. 6; l. 18. pr. D. eod. Само собой разумѣется, что ссудопринимать отвѣчаетъ и за „custodia" взятой имъ вещи, поскольку это требуется заботливостью хорошаго хозяина, l. 5, § 6. D. h. t. Мнѣніе Baron'a въ Archiv für civ. Praxis, т. 52, стр. 65, что коммодатарій отвѣчаетъ за custodia въ большемъ размѣрѣ, чѣмъ это требуется отъ хорошаго хозяина, лишено всякаго основанія. Ср. также Windscheid, т. 2, § 375, прим. 8.

[9]) Въ признаніи furtum usus римскіе юристы заходили очень далеко, l. 5. § 8. D. h. t. Ulpianus libro 28 ad edictum: Quin immo et qui alias re commodata utitur, non olum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Julianus libro 11 digestorum scripsit.

послѣ растраты вещи или просрочки при ея возвращеніи. Въ тѣхъ рѣдкихъ случаяхъ, когда ссуда имѣла мѣсто исключительно въ интересахъ *ссудодателя,* ссудопринимать отвѣчаетъ лишь за dolus и culpa lata [10]).

b) По минованіи надобности, равно какъ и по истеченіи срока, установленнаго для пользованія вещью, ссудопринимать обязанъ ее возвратить и притомъ *доставить* коммоданту [11]) [12]).

Продолжительность пользованія вещью опредѣляется взаимнымъ соглашеніемъ, или той цѣлью ссуды, которая была заявлена коммоданту при заключеніи сдѣлки, или, наконецъ, существующимъ обычаемъ [13]).

Ссудопринимать долженъ возвратить всѣ принадлежности вещи и всѣ тѣ выгоды, которыя онъ получилъ вслѣдствіе ссуды [14]).

2. Но и для ссудопринимателя могутъ возникнуть изъ договора ссуды извѣстныя притязанія къ коммоданту, для осуществленія которыхъ служитъ actio commodati contraria. Ссудопринимать можетъ требовать:

а) возмѣщенія значительныхъ *издержекъ,* которыя были необходимы, или сдѣланы съ согласія коммоданта, или подлежатъ возмѣщенію на началахъ negotiorum gestio. Періодически повторяющіеся— такъ наз. текущіе—расходы, напр., на прокормъ лошади, обыкновенно

---

denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio: si minus, neque me certiorasti ibi chirographum esse scriptum: etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est utitur, furti tenetur. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 603, гласитъ: Ссудопринимать не можетъ употреблять ссуженную вещь для другой цѣли, кромѣ указанной въ договорѣ. Безъ разрѣшенія ссудодателя онъ не имѣетъ права передать вещь въ пользованіе третьему лицу. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 231, стр. 199.

[10]) l. 5, § 10. D. h. t. 13. 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta, si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae fortae suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit. Другой примѣръ: кто-нибудь ссужаетъ своему другу книгу съ тѣмъ, чтобы тотъ познакомилъ его потомъ съ ея содержаніемъ. Гражд. улож. для герман. имперіи не выдвигаетъ этого положенія.

[11]) Windscheid, т. 2, § 282, прим. 4, справедливо полагаетъ, что намѣреніе контрагентовъ направлено на то, чтобы ссудопринимать, при возвращеніи вещи, *доставилъ* ее ссудодателю. За это говоритъ, повидимому, и приведенная имъ l. 12, § 1. D. h. t. 13. 6.

[12]) Относительно права удержанія должны примѣняться тѣ же правила, какъ и при наймѣ, ср. ниже, § 111, прим. 27. См. далѣе l. 4. C. h. t. 4. 23. Согласно l. 15. D. depositi. 16. 3, со стороны ссудопринимателя допускается возраженіе, что онъ самъ является собственникомъ ссуженной вещи.

[13]) См. гражд. улож. для герман. имперіи, § 604 и—о правѣ коммоданта прекратить ссуду до срока — § 605. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 232, стр. 202. Нѣкоторые писатели утверждаютъ, что характерной чертой ссуды является *спеціальное соглашеніе* относительно употребленія вещи, между тѣмъ какъ при precarium'ѣ этого не требуется; но подобный выводъ не соотвѣтствуетъ ни природѣ вещей, ни источникамъ. Ср. Vangerow, т. 3, § 691, п. VI, стр. 613.

[14]) l. 38, § 10. D. de usuris, 22. 1. Вопросъ, долженъ ли ссудопринимать, у котораго ссуженная вещь была украдена, возвратить коммоданту взысканный имъ съ похитителя штрафъ, былъ споренъ среди римскихъ юристовъ. Юстиніанъ разрѣшилъ его въ l. 22. C. de furtis. 6. 2. По этому поводу см. Dernburg: Pfandrecht, т. 1, стр. 147 и слѣд.

www.naukaprava.ru

идутъ за счетъ пользованія вещью и не возмѣщаются коммодатарію [15]), если только послѣдній воспользовался вещью или, по крайней мѣрѣ, могъ ею воспользоваться.

b) Коммодантъ долженъ также вознаградить ссудопринимателя за *убытки*, причиненные имъ вслѣдствіе dolus или culpa lata. Главнымъ случаемъ такихъ убытковъ является *несвоевременное требованіе возврата вещи*, напр., подпертый балками домъ рушится вслѣдствіе того, что данныя въ ссуду подпорки были преждевременно отобраны [16]) [17]).

§ 91. Precarium [1]).

Подъ precarium'омъ [2]) *разумѣется безвозмездное предоставленіе вещи или права* [3]) *до востребованія.*

1. Precarium съ древнѣйшихъ временъ являлось для Римлянъ важнымъ соціальнымъ, но притомъ чисто фактическимъ отношеніемъ, при помощи котораго патронъ своему кліенту, а затѣмъ вообще знатные или богатые люди зависящему отъ нихъ скромному человѣку оказывали изъ снисхожденія и безвозмездно различныя милости [4]). Отношеніе къ принявшему эту милость—прекаристу—*не было юридическимъ*, а основывалось на *довѣріи*. Право, по древне-римскимъ воззрѣніямъ, являлось рѣзко ограниченной областью, гдѣ господствовали строгія правила и форма. Характерной же чертой precarium'а было отсутствіе этихъ условій.

---

[15]) l. 18, § 2. D. h. t. 13. 6. Для обезпеченія этихъ требованій, ссудопринимать имѣетъ право удержанія предмета ссуды до удовлетворенія. l. 15. § 2, l. 60. D. de furtis. 47. 2. См. гражд. улож. для герман. имперіи, § 601; относительно краткой давности для этихъ притязаній см. § 606.

[16]) l. 17, § 3. D. h. t. 13. 6. Paulus libro 29 ad edictum: Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus est qui beneficium tribuit, cum autem id fecit..., tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ср. далѣе l. 18. § 3, l. 22. D. eod.

[17]) Коммодантъ отвѣчаетъ также за убытки, когда ему были извѣстны недостатки отданной въ ссуду вещи, и онъ не указалъ ихъ ссудопринимателю. Исключеніе допускается лишь въ томъ случаѣ, если онъ имѣлъ основаніе думать, что послѣдній ихъ знаетъ, или что они не имѣютъ для него значенія. l. 18. § 3, l. 22. D. h. t. 13. 6. Согласно гражд. улож. для герман. имперіи, § 600, ссудодатель подлежитъ отвѣтственности, если онъ умышленно умолчитъ о недостаткѣ вещи.

[1]) Tit. Dig. de precario. 43. 26; Cod. 8. 9; G. E. Schmidt: Das Kommodat und Prekarium, 1841; Dankwardt: Das Prekarium und die Emphyteuse въ Jherings Jahrb., т. 14, стр. 290; Lenel, ibidem, т. 19, стр. 208; Bekker: Besitz, стр. 122 и слѣд. Наглядное и правильное изложеніе римскаго precarium'а находится у Fustel de Coulanges: Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, les origines du système féodal, Paris, 1880, стр. 63. Ср. Max Weber: Römische Agrargeschichte, 1891; Jhering: Besitzwille, стр. 389; Ubbelohde y Glück, Serie der Bücher 43, 44, ч. 5, стр. 198 и слѣд. Гражд. улож. для германской имперіи не упоминаетъ о precarium'ѣ.

[2]) l. 1, pr. D. h. t. 43. 26. Ulpianus libro 1 institutionum: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.

[3]) l. 2. § 3, l. 3, l. 8. § 5, l. 15. § 2. D. h. t. 43. 26. Многочисленныя упоминанія о предоставленіи права доказываютъ, что въ первоначальное понятіе precarium'а оно не входило.

[4]) Ср. выше, вып. I, § 263, а также § 171.

Такимъ образомъ, по римскимъ понятіямъ, precarium не основывалось на договорѣ. Договорное соглашеніе относительно возвращенія вещи, данной въ безвозмездное пользованіе до востребованія, не разсматривалось, какъ precarium [5]). Изъ precarium'а не возникала actio commodati, такъ какъ этотъ искъ вытекалъ изъ договора, котораго при установленіи precarium'а не имѣлось въ виду заключить.

Въ силу этого, precario dans могъ потребовать вещь обратно во всякое время, даже въ томъ случаѣ, если онъ подалъ прекаристу надежду, что еще оставитъ ее у него. Отказъ отъ права обратнаго требованія при precarium'ѣ не имѣлъ юридическаго значенія [6]).

Точно такъ же и прекаристъ не былъ связанъ договоромъ. Интердиктъ de precario, установленный преторскимъ эдиктомъ въ пользу precario dans противъ прекариста [7]), имѣлъ сходство съ rei vindicatio. Онъ основывался на фактическомъ обстоятельствѣ — precario ab illo habere, иногда—на зломъ умыслѣ отвѣтчика [8]).

Въ императорскій періодъ отвѣтственность прекариста увеличилась. Culpa lata и въ этомъ случаѣ была приравнена къ dolus; затѣмъ, съ момента предъявленія иска, на прекариста была возложена отвѣтственность за случайную гибель и порчу вещи, въ соотвѣтствіи съ тѣми началами, которыя были установлены для mora debitoris [9]); наконецъ, давшему вещь precario, на основаніи общихъ соображеній, была предоставлена condictio sine causa, направленная на возвращеніе владѣнія, которое, послѣ востребованія вещи, оказывалось у прекариста лишеннымъ всякаго юридическаго основанія [10]). Выведенная изъ контрактныхъ отношеній actio praescriptis verbis, которая также встрѣчается въ пандектахъ Юстиніана, относится къ позднѣйшему періоду, когда уже утратилось ясное представленіе о значеніи и характерѣ всего института [11]).

---

[5]) l. 15, § 3. D. h. t. 43. 26. Pomponius libro 29 ad Sabinum: Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit.

[6]) l. 12, pr. D. h. t. 43. 26. Celsus libro 25 digestorum: Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

[7]) Формулу интердикта приводитъ l. 2. pr. D. h. t. 43. 26. Ср. Lenel: Edictum perpetuum, стр. 389.

[8]) Согласно Bekker'y: Bezitz, стр. 130. Ср. также Ubbelohde, прив. соч., стр. 320.

[9]) l. 8, §§ 4 и 6. D. h. t. 43. 26.

[10]) l. 19, § 2 D. h. t. 43. 26, приведенная въ прим. 11.

[11]) Объ actio praescriptis verbis говорится въ двухъ мѣстахъ пандектъ. Во-первыхъ, въ l. 19, § 2. D. h. t. Julianus libro 49 digestorum: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione, id est praescriptis verbis*. Очевидно, что послѣднія слова не принадлежатъ Юліану; онъ никоимъ образомъ не могъ condictio, т. е. actio stricti juris по поводу возврата вещи, отождествить съ actio praescriptis verbis, т. е. actio bonae fidei, направленной на исполненіе обѣщаннаго. Затѣмъ, объ actio praescriptis verbis говоритъ l. 2. § 2. D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum... itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. Разъ намъ удалось доказать передѣлку текста въ l. 19, § 2 cit., то, очевидно, мы должны сдѣлать то же предположеніе и относительно только что приведенной l. 2, § 2, тѣмъ болѣе, что слова „quae ex bona fide oritur" звучатъ прямо наивно. Правда, и въ Pauli sent., V, 6, § 10, встрѣчаются слова: „tamen et civilis actio hujus rei, sicut commodati competit". Изъ сопоставленія всѣхъ этихъ мѣстъ можно прійти къ тому заключенію, что мы имѣемъ

www.naukaprava.ru

Обыкновенно прекаристу принадлежитъ юридическое владѣніе [12]).

2. И нынѣ встрѣчается предоставленіе въ пользованіе вещей и правъ въ качествѣ precarium'а; но отъ римскаго характера этой сдѣлки сохранились лишь немногія черты.

Совершенно понятно, что и нынѣ отдаются вещи въ пользованіе на болѣе или менѣе продолжительное время, безъ намѣренія, однако, юридически связать извѣстнымъ срокомъ лицо, отдающее вещь; это—простое одолженіе, не налагающее на дающаго никакой обязанности. Въ этомъ смыслѣ precarium встрѣчается и въ настоящее время [13]).

Прекаристъ и теперь, какъ по римскому праву, обладаетъ юридическимъ владѣніемъ.

Но намъ совершенно чуждъ римскій взглядъ, по которому и прекаристъ *не долженъ быть связанъ* юридически; наоборотъ, по современнымъ воззрѣніямъ, на немъ лежитъ договорная обязанность возвратить вещь и обращаться съ ней заботливо. Онъ отвѣчаетъ, поэтому, за всякую вину. Съ этой стороны различіе между ссудой и precarium'омъ не можетъ быть сохранено.

Въ силу такихъ соображеній, precarium сдѣлалось *однимъ изъ видовъ ссуды* и отличается отъ послѣдней, главнымъ образомъ, тѣмъ, что вещь при немъ можетъ быть потребована обратно во всякое время. Въ этомъ смыслѣ прекарій встрѣчается и послѣ введенія въ дѣйствіе гражданскаго уложенія для германской имперіи.

III. Depositum [1]).

§ 92. **Понятіе depositum и вытекающія изъ него обязанности.**

Depositum—поклажа—есть отдача вещи на безвозмездное храненіе [2]).

Depositum—договоръ реальный. Конечно, возможны, сверхъ того, и предварительныя соглашенія, направленныя на принятіе поклажи—pacta de deponendo.

здѣсь дѣло *со вставками позднѣйшихъ юристовъ послѣ-классическаго періода*, а не съ самостоятельными измышленіями самихъ компиляторовъ. Какъ бы то ни было, несомнѣнно, что всѣ упомянутые тексты не могутъ считаться подлинными словами тѣхъ юристовъ-классиковъ, которымъ они приписываются. Ср. Gradenwitz: Interpolationen, стр. 128; иного взгляда Windscheid, т. 2, § 376, прим. 3. Ср. также Ubbelohde, прив. соч., стр. 344.

[12]) Ср. выше, вып. I, § 173.

[13]) Если вещь дана precario, но дающій отказался на извѣстный срокъ отъ своего права обратнаго требованія, то подобный *отказъ* не считается, какъ въ Римѣ, необязательнымъ, ср. выше, прим. 6. Онъ дѣйствителенъ, но самая сдѣлка *не есть precarium*, а лишь неточно обозначенная ссуда.

[1]) Tit. Dig. depositi. 16. 3; Cod. 4. 34. Niemeyer: Fiducia cum amico und depositum въ Zeitschrift der Savignystift., томъ 12, ст. 13. Объ эдиктѣ и формулахъ см. Lenel: Edictum perpetuum, стр. 230; см. также Dernburg: Kompensation, 2 изд., стр. 51. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 688 и слѣд., говоритъ о „договорѣ храненія".

[2]) Названіе, которое дается договору, не является единственно рѣшающимъ моментомъ. Въ оборотѣ иногда говорятъ о передачѣ „въ депозитъ", когда въ дѣйствительности рѣчь идетъ о закладѣ. Но все же въ первую очередь приходится считаться съ названіемъ договора.

Договоръ поклажи имѣетъ своей цѣлью храненіе вещи; если же договоромъ установлена обязанность особенно тщательной охраны, выходящей за предѣлы обыкновеннаго, то такая сдѣлка считается мандатомъ [3]). Изъ этого нѣкоторые ошибочно заключаютъ, что depositum вообще не обязываетъ къ храненію, а лишь къ предоставленію извѣстнаго помѣщенія съ тою цѣлью, чтобы вещь въ немъ хранилась [4]).

Существенной чертой depositum является его безвозмездность; храненіе за плату есть наемъ [5]) [6]).

Depositum не ограничивается движимыми вещами, хотя это и наиболѣе частый случай; встрѣчается поклажа и въ отношеніи недвижимостей, особенно въ формѣ секвестраціи. Гражд. улож. для герман. имперіи ограничиваетъ поклажу однѣми движимыми вещами [7]).

Не требуется, чтобы лицо, отдающее вещь въ поклажу, было ея собственникомъ; поэтому, даже похищенные предметы, будучи отданы на храненіе, должны быть возвращены вору, пока на нихъ не наложенъ арестъ въ пользу потерпѣвшаго [8]).

Депозитарій не становится юридическимъ владѣльцемъ ввѣренной ему вещи, а является лишь детенторомъ на имя депонента [9]).

1. *Главное обязательство*, вытекающее изъ поклажи, падаетъ на *депозитарія;* онъ отвѣчаетъ передъ своимъ контрагентомъ по actio depositi directa. На него возлагается:

а) *Храненіе отданной ему вещи.* Депозитарій долженъ хранить вещь такъ, какъ это предписываютъ обычай и условія договора, и

---

[3]) l. 1, pr. D. h. t. 16. 3. Ulpianus libro 30 ad edictum: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Такъ же и l. 1. § 9, l. 6. D. eod. Съ этимъ опредѣленіемъ, повидимому, не согласуется то, что заявляетъ далѣе Ulpianus въ l. 1, § 12 cit.: Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu *custodires*, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit, et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem; то же нужно сказать и о § 17. 1 de obl. ex delicto. 4. 1, въ силу котораго депозитарій „custodiam non praestat". Но въ дѣйствительности никакого противорѣчія нѣтъ. Обязанность *особенно тщательнаго храненія*, которая присуща самому заботливому хозяину или которая обусловливается спеціальнымъ договоромъ, дѣйствительно, чужда поклажѣ; обыкновенныя же мѣры сбереженія вещи, которыми нельзя пренебречь, не подвергая себя отвѣтственности за culpa lata, во всякомъ случаѣ, входятъ въ понятіе depositum.

[4]) Windscheid т. 2, § 378, прим. 1. Правильнѣе смотрѣлъ на дѣло одинъ старинный практикъ: si studiosus vel scholaris in alterius scholaris museo librum collocet scientis et patientis, non est depositum. Ср. Brinz, т. 2, § 317, прим. 3.

[5]) l. 1, §§ 8 и 9 D. h. t. 16. 3. Этому не противорѣчитъ l. 2, § 23. D. vi bon. raptorum. 47. 8: „pretium depositionis, non quasi mercedem accepi". Дѣло идетъ здѣсь о вознагражденіи за издержки и гонорарѣ. Unterholzner: Obligationenrecht, т. 2, стр. 661. Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 380. Согласно гражд. улож. для герман. имперіи, § 688, храненіе за вознагражденіе тоже составляетъ поклажу; на основаніи § 689, въ извѣстныхъ случаяхъ, такое вознагражденіе считается молчаливо обусловленнымъ, ср. также § 699.

[6]) Нѣтъ поклажи, если вещь была передана на храненіе при заключеніи какого-либо иного договора, напр., мандата: „uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam, l. 8. pr. D. mandati. 17. 1.

[7]) Такъ и многіе писатели по обще-германскому праву, напр., Windscheid, т. 2, § 377, прим. 4, который основываетъ свой взглядъ на опредѣленіи поклажи, какъ „предоставленія извѣстнаго помѣщенія".

[8]) l. 1, § 39. D. h. t. 16. 3; l. 31, § 1. D. eod.

[9]) l. 3, § 20. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2, l. 7. § 1. D. h. t. 16. 3. Съ точки рѣнія гражд. улож. для герман. имперіи, поклажепринимать является владѣльцемъ.

www.naukaprava.ru

притомъ обыкновенно лично. Но, въ силу особыхъ основаній, могутъ потребоваться и иные способы храненія [10]).

b) *Возвращеніе вещи* съ ея принадлежностями [11]) и всѣми доходами, принесенными ею за время храненія [12]). Предметъ поклажи подлежитъ возвращенію въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ въ данный моментъ находится [13]); но, по требованію депонента, онъ долженъ быть высланъ ему за его счетъ и страхъ. Если же депозитарій произвольно—dolo или culpa lata—перевезъ вещь въ другое мѣсто, то долженъ доставить ее туда, гдѣ она была отдана ему на храненіе [14]).

c) *Отвѣтственность за dolus и culpa lata* [15]) [16]). Въ случаѣ растраты — furtum rei, противозаконнаго пользованія съ корыстной цѣлью—furtum usus, а также просрочки при возвращеніи предмета, депозитарій отвѣчаетъ и за casus [17]).

При просрочкѣ или употребленіи вещи въ свою пользу онъ, сверхъ того, обязанъ уплатить проценты [18]).

Депонентъ долженъ быть, по возможности, гарантированъ отъ убытковъ. Съ этой цѣлью ему давались особыя привилегіи въ конкурсѣ надъ депозитаріемъ [19]); поклажепринимателю, присужденный къ возврату вещи, подвергался умаленію гражданской чести—infamia [20]); если договоръ поклажи былъ заключенъ во время угрожавшей депоненту особой опасности, то, въ случаѣ невозвращенія вещи, депозитарій присуждался къ уплатѣ двойной ея стоимости [21]). Впрочемъ, всѣ эти постановленія утратили въ современномъ правѣ всякое значеніе.

---

[10]) Изъ l. 16. D. h. t. 16. 3 вовсе не слѣдуетъ, что depositarius можетъ свободно передать вещь на храненіе третьему лицу; здѣсь говорится, что онъ долженъ только уступить депоненту свой искъ противъ третьяго лица въ томъ случаѣ, если онъ въ уравѣ былъ передать вещь этому послѣднему. Согласно съ этимъ, и гражд. улож. для герман. имперіи, § 691, опредѣляетъ: При сомнѣніи, поклажепринимателъ не въ правѣ передать принятую вещь на храненіе третьему лицу. На основаніи § 692, онъ въ правѣ лишь измѣнить условленный способъ храненія, если, по обстоятельствамъ, можно предположить, что поклажедатель, зная положеніе дѣла, одобрилъ бы подобное измѣненіе. О предположенномъ измѣненіи поклажепринимателъ долженъ предварительно извѣстить поклажедателя и выждать его разрѣшенія, развѣ только съ отсрочкою была бы сопряжена опасность. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 350, стр. 516.

[11]) l. 1, § 5. D. h. t. 16. 3 имѣла, очевидно, въ виду устранить лишь отдѣльные иски о возвращеніи принадлежностей; но и съ этимъ ограниченіемъ она въ настоящее время едва ли имѣетъ практическое значеніе. См. далѣе l. 1, § 41. D. h. t.

[12]) l. 1, § 24. D. h. t. 16. 3. Относительно времени требованія возвращенія см. выше, § 34, прим. 12.

[13]) l. 12. pr., § 1. D. h. t. 16. 3. Согласно съ этимъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 697.

[14]) Ср. выше, § 32, прим. 4.

[15]) Ср. выше, § 36, пунктъ 2. Наслѣдники поклажепринимателя отвѣчаютъ за вину наслѣдодателя въ размѣрѣ ихъ наслѣдственной доли, за собственную—in solidum: l. 7. § 1, l. 9, l. 18. D. h. t. 16. 3. Ср. выше, § 37, пунктъ 2, прим. 11.

[16]) По гражд. улож. для герман. имперіи, поклажепринимателъ отвѣчаетъ при возмездной поклажѣ за culpa levis, при безвозмездной — за culpa in concreto, см. § 690.

[17]) l. 1. § 25, l. 12. § 3. D. h. t. 16. 3; l. 3. C. h. t.

[18]) l. 3, l. 4. C. h. t. 4. 34. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 689.

[19]) l. 7. §§ 2 и 3, l. 8. D. h. t. 16. 3; l. 24, § 2. D. de rebus auctoritate judicis possidendis. 42. 5.

[20]) l. 6, §§ 6 и 7. D. de his qui not. inf. 3. 2.

[21]) l. 1, § 1. D. h. t. 16. 3.

Но сохранилось и понынѣ правило, что противъ требованія, основаннаго на поклажѣ, не допускаются ни *компенсація*, ни *удержаніе вещи* по поводу встрѣчныхъ требованій [22]). Это распространяется даже на тотъ случай, когда встрѣчное требованіе возникло изъ той же поклажи [23]). Гражданскому уложенію для германской имперіи чужды и эти постановленія.

2. При помощи actio depositi contraria, депозитарій можетъ предъявить требованіе къ депоненту на слѣдующихъ основаніяхъ:

a) Отдавшій вещь на храненіе отвѣчаетъ за всякую *вину*. Поэтому, онъ обязанъ возмѣстить депозитарію тѣ убытки, которые были причинены отданнымъ на храненіе предметомъ, если только депонентъ зналъ о такой опасности или могъ ее предвидѣть и не предупредилъ о ней депозитарія [24]).

b) Далѣе, депонентъ обязанъ вознаградить депозитарія съ процентами, какъ за *необходимыя издержки*, такъ и за тѣ, которыя были произведены по его, депонента, указаніямъ [25]) [26]).

§ 93. Особые виды поклажи.

1. Можно отдать на храненіе деньги или иныя замѣнимыя вещи, напр., процентныя бумаги, подъ условіемъ, чтобы было воз-

---

[22]) l. 11. C. h. t. 4. 34.

[23]) Если отданная на храненіе вещь принадлежитъ самому *депозитарію*, то договоръ считается *недѣйствительнымъ*, l. 15. D. h. t. 16. 3. Спрашивается, исключается ли, несмотря на это, предъявленіе противъ actio depositi возраженія, что вещь не составляетъ собственности депозитарія? Такъ думаетъ Windscheid, т. 2, § 378, прим. 3, ссылаясь на l. 11. C. h. t., гдѣ говорится, что противъ actio depositi не могутъ быть даже допущены никакіе встрѣчные иски „in rem". Но такой выводъ неправиленъ. Депозитарій вовсе не думаетъ предъявлять какой-либо вещный искъ, онъ только *отрицаетъ* дѣйствительность поклажи своей собственной вещи. См. рѣшеніе апелляціоннаго суда въ Іенѣ въ Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, n. F., т. 17, стр. 157. Если же депозитарій, послѣ заключенія договора, пріобрѣтетъ данную ему на храненіе вещь отъ депонента, то онъ, защищаясь противъ actio depositi, можетъ, безъ сомнѣнія, указать на это обстоятельство, такъ какъ оно прекращаетъ поклажу. Такого же мнѣнія и R. G. E., т. 15, стр. 208, и Windscheid, loc. cit. Можетъ ли депозитарій наложить арестъ на отданную въ поклажу вещь для обезпеченія принадлежащаго ему требованія къ депоненту? Вопросъ слѣдуетъ рѣшить утвердительно, такъ какъ депозитарій могъ бы наложить арестъ на этотъ предметъ и въ томъ случаѣ, если бы онъ былъ возвращенъ должнику.

[24]) l. 62, § 5. D. de furtis. 47. 2. Unger въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 321, возлагаетъ на депонента отвѣтственность за вредъ, причиненный отданной на храненіе вещью, во всякомъ случаѣ, даже если онъ не могъ его предвидѣть; напр., отданная на храненіе лошадь, заразившая лошадей депозитарія, уже въ то время носила въ себѣ зачатки какой-нибудь трудно распознаваемой болѣзни или даже заразилась впослѣдствіи. Такое рѣшеніе было бы неправильно и несправедливо. Если въ постигшемъ бѣдствіи главную роль играетъ случай, то вся тяжесть его падаетъ на собственника заразившихся лошадей: онъ долженъ знать, что его собственность можетъ подвергнуться несчастной случайности. Противъ Унгера и Seuffert: Archiv, т. 50, казусъ 242 (O. L. G. Stuttgart). Высказаннаго въ текстѣ взгляда держится и гражд. улож. для герман. имперіи, § 694.

[25]) Поклажепринимать долженъ быть вознагражденъ за расходы по содержанію поставленныхъ у него чужихъ животныхъ, такъ какъ онъ не въ правѣ ими пользоваться, l. 23. D. h. t. 16. 3. Споренъ вопросъ, можетъ ли депозитарій требовать возмѣщенія полезныхъ расходовъ — impensae utiles — на началахъ negotiorum gestio? Petrazycki: Einkommen, т. 1, стр. 309, высказывается противъ этого.

[26]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 693, опредѣляетъ: Поклажедатель обязанъ возмѣстить издержки по храненію, если поклажепринимать дѣлаетъ такія затраты, которыя онъ, по обстоятельствамъ, можетъ считать необходимыми.

www.naukaprava.ru

вращено *такое же количество вещей*, хотя бы и не тѣ же самыя вещи [1]).

Эта сдѣлка—depositum irregulare—напоминаетъ, по внѣшнему виду, заемъ [2]). Какъ и при займѣ, лицо, получившее деньги, становится ихъ собственникомъ и принимаетъ на себя весь рискъ. Часто оно даже платитъ проценты. Но цѣли этихъ сдѣлокъ и ихъ юридическая конструкція весьма различны. При depositum irregulare взявшій деньги не беретъ у депонента взаймы, а самъ оказываетъ ему услугу; напр., хозяинъ, по просьбѣ прислуги, хранитъ ея деньги въ своей кассѣ, банкъ беретъ вклады на храненіе, наконецъ общественныя установленія принимаютъ денежные депозиты [3]).

---

[1]) Литературу см. у Niemeyer'a: Depositum irregulare, 1889. Ср. затѣмъ Reatz: Gutachten aus dem Anwaltsstand zum Entwurf, стр. 542; Schey: Obligationsverhältnisse, т. 1, стр. 55.

[2]) Раньше нѣкоторые писатели отрицали практическое значеніе depositum irregulare для современнаго права; къ нимъ присоединяется Niemeyer въ привед. сочин. Въ этой сдѣлкѣ онъ усматриваетъ не что иное, какъ заемъ. Но едва ли можно отрицать, что уже Alfenus считалъ этотъ договоръ сдѣлкою особаго рода, l. 31. D. locati. 19. 2. Во всякомъ случаѣ, ее признаетъ Папиніанъ въ l. 24. D. h. t. 16. 3, libro 9 quaestionum. Правда, въ словахъ этого мѣста, отъ „quod ita verum est“ до „et est quidem constitutum“, содержится противорѣчіе съ остальнымъ изложеніемъ; но послѣднее едва ли этимъ устраняется. Въ указанныхъ словахъ заключается глосса, быть можетъ, критическое замѣчаніе Ульпіана, оставшееся по недосмотру въ текстѣ Папиніана. Точно такъ же и въ l. 25 D. eod., libro 3 responsorum, Папиніанъ высказывается за дѣйствительность поклажи, при которой предметомъ обязательства является „tantundem“, а не „idem“; то же самое говоритъ Павелъ въ l. 26. § 1, l. 29. § 1. D. h. t. 16. 3, между тѣмъ какъ Ульпіанъ въ l. 7, § 2. D. h. t. 16. 3 и l. 24, § 2. D. de rebus auctoritate judicis. 42. 5, повидимому, отрицаетъ подобную сдѣлку. Взгляды Папиніана и Павла сдѣлались господствующими и, во всякомъ случаѣ, вошли въ право Юстиніана. — Niemeyer слѣдующимъ образомъ толкуетъ слова Папиніана. Онъ думаетъ, что Папиніанъ, опираясь на употребленныя контрагентами безъ достаточнаго пониманія выраженія „commendare“, „deponere“, разсматриваетъ соотвѣтствующій искъ, какъ actio depositi, чтобы избѣжать строго формальныхъ послѣдствій condictio ex mutuo и, согласно желанію сторонъ и справедливости, дать возможность судьѣ принять во вниманіе проценты, установленные неформальнымъ договоромъ, а также проценты за просрочку. Папиніанъ будто бы въ интересахъ заимодавца предлагалъ вчинать искъ на основаніи поклажи, тогда какъ, на самомъ дѣлѣ, былъ совершенъ заемъ. Но нужно помнить, что во времена Папиніана condictio ex mutuo еще была связана съ такъ наз. sponsio tertiae partis, въ силу которой проигравшій дѣло заемщикъ обязанъ былъ уплатить третью часть суммы займа въ видѣ штрафа за то, что онъ довелъ дѣло до процесса. Безъ сомнѣнія, этотъ искъ былъ для заимодавца гораздо выгоднѣе, чѣмъ искусственное подведеніе сдѣлки подъ понятіе поклажи. По ошибочному мнѣнію Niemeyer'a, со временъ Папиніана, всякій заимодавецъ могъ бы предъявить actio depositi; это привело бы къ страшному смѣшенію понятій. Подобными аргументами не опровергается тотъ фактъ, что римляне считали depositum irregulare за особый видъ сдѣлки. Такъ же смотритъ на depositum irregulare и германскій имперскій судъ, R. G. E., т. 12, стр. 85. Ср. еще Schirmer въ Archiv für. civ. Praxis, т. 78, стр. 34, и Brückner въ Krit. Vierteljahrschrift, т. 34, стр. 56. Посредствующій взглядъ высказываетъ Mitteis, Savigny-Zeitschr., rom. Abthlg., т. 19, стр. 209. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 700, подчиняетъ depositum irregulare правиламъ о займѣ. Но время и мѣсто возвращенія предмета, въ сомнительныхъ случаяхъ, опредѣляются на основаніи постановленій о договорѣ поклажи. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 351, стр. 519.

[3]) Внутреннее различіе между займомъ и depositum irregulare опредѣлялось въ римскомъ правѣ отчасти иными положеніями, чѣмъ теперь: a) Проценты, установленные неформальнымъ соглашеніемъ, равно какъ и проценты за просрочку могли взыскиваться въ Римѣ лишь при depositum irregulare, но не при займѣ, l. 25. § 1, l. 26. § 1, l. 28, l. 29. § 1. D. h. t. 16. 3; l. 4. C. h. t. 4. 34. b) Проигрышъ процесса сопровождался при depositum irregulare безчестіемъ; при займѣ этого не было, но взамѣнъ примѣнялась sponsio tertiae partis. c) Обще-германская практика не допускаетъ компенсаціи и jus retentionis при depositum irregulare; впрочемъ, банки, принимающіе денежные вклады, обыкновенно устраняютъ это ограниченіе особымъ соглашеніемъ. Иного взгляда и Mitteis, прив. соч., стр. 211, въ отношеніи процентнаго depositum. d) При

Если деньги отдаются на храненіе незапечатанными, то такая сдѣлка, въ видѣ общаго правила, считается за depositum irregulare [4] [5] [6].

2. *Секвестрація* [7] заключается въ томъ, что *нѣсколько лицъ* отдаютъ вещь на храненіе съ тѣмъ условіемъ, чтобы она была возвращена *тому или другому* изъ нихъ, въ зависимости отъ того, какъ сложатся обстоятельства въ будущемъ [8]. Здѣсь, кромѣ храненія, преслѣдуется еще другая цѣль: изъять вещь изъ распоряженія заинтересованныхъ сторонъ до разрѣшенія вопроса объ исходѣ извѣстныхъ событій.

Поэтому секвестру принадлежитъ юридическое владѣніе [9].

Секвестрація происходитъ или по добровольному соглашенію сторонъ, или по опредѣленію суда.

Нерѣдко секвестръ пользуется правомъ управленія вещью; въ такомъ случаѣ онъ является не только депозитаріемъ, но, сверхъ того, и повѣреннымъ—мандатаріемъ [10].

денежныхъ вкладахъ поклажепринимать обязанъ къ отчетности, чего, конечно, нельзя требовать отъ должника по займу. e) Востребованіе займа допускается, по нѣкоторымъ современнымъ законодательствамъ, лишь послѣ истеченія извѣстнаго срока по увѣдомленіи должника, что при денежныхъ вкладахъ не соблюдается, ср. Reatz, loc. cit., стр. 542. f) Проценты по займу, въ современномъ правѣ, должны быть доставлены должникомъ кредитору; при денежныхъ вкладахъ депонентъ самъ является за ними къ депозитарію.

[4]) На это указываетъ уже Alfenus въ l. 31. D. locati. 19. 2. Здѣсь нѣтъ противорѣчія съ l. 34. pr. D. de auro. 34. 2. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 52, каз. 231. Указанное въ текстѣ правило оправдывается легкостью обращенія денегъ и отнюдь *не* касается прочихъ замѣнимыхъ вещей, въ частности, *бумагъ на предъявителя*. Если, поэтому, банкиръ обязывается „хранить“ у себя купленныя по порученію кліента процентныя или иныя цѣнныя бумаги, то вытекающія отсюда отношенія, in dubio, слѣдуетъ разсматривать, какъ „обыкновенную поклажу“. Въ случаѣ невыполненія соотвѣтствующей обязанности, онъ признается виновнымъ въ мошенничествѣ. Несущественно, чтобы банкиръ сообщилъ кліенту *номера* купленныхъ для него бумагъ и тѣмъ самымъ спеціально далъ ему знать, что онъ обязуется хранить ихъ въ качествѣ индивидуально-опредѣленныхъ предметовъ. Высшій коммерческій судъ—R. O. H. G. E., т. 19, стр. 78 — неправильно приписываетъ такому заявленію рѣшающее значеніе; см. тамъ же, т. 16, стр. 207. Иначе R. G. E., т. 5, стр. 1. Ср. имперскій законъ отъ 5 іюля 1896 года относительно обязанностей купцовъ при храненіи цѣнныхъ бумагъ. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 700, п. 2, требуетъ при отдачѣ на храненіе цѣнныхъ бумагъ *особаго* соглашенія, если стороны имѣютъ въ виду depositum irregulare.

[5]) По вопросу о превращеніи обыкновенной поклажи въ depositum irregulare см. l. 29, § 1. D. h. t. 16. 3; правда, ср. еще l. 9. § 9, l. 10. D. de rebus creditis. 12. 1. См. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 700.

[6]) Относительно особаго вида поклажи, такъ наз. Sammeldepot, см. выше, вып. II, § 210, прим. 5; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 351, стр. 520.

[7]) Muther: Die Sequestration und der Arrest, 1856, разсматриваетъ этотъ вопросъ, главнымъ образомъ, съ точки зрѣнія процессуальной и исторической. Voigt: Besitz des Sequesters, 1885; Serg. v. Nikonoff: Die Lehre von der Sequestration, 1894. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ о секвестраціи.

[8]) l. 6. D. h. t. 16. 3. Paulus libro 2 ad edictum: Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur. Главный случай секвестраціи составляетъ „controversia“, l. 17, pr. D. h. t. 16. 3. О другомъ случаѣ упоминаетъ l. 39. D. de solutionibus. 46. 3, затѣмъ l. 5. D. familiae erciscundae. 10. 2. Существовалъ особый искъ — „sequestraria depositi actio“; подробности о немъ см. у Lenel: Edictum perpetuum, стр. 231.

[9]) Выше, вып. I, § 173, прим. 5.

[10]) Ср. l. 9, § 3. D. de dolo malo. 4. 3.

www.naukaprava.ru

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Консенсуальные договоры.

I. Купля-продажа и мѣна.

§ 94. Общія понятія. Заключеніе договора купли-продажи [1].

I. Обращеніе имущественныхъ благъ въ человѣческомъ обществѣ происходитъ, главнымъ образомъ, путемъ *купли-продажи*, т. е. *обмѣна товаровъ на деньги*. *Мѣна*, т. е. *обмѣнъ товара на товаръ*, имѣетъ лишь второстепенное значеніе [2].

При посредствѣ купли-продажи безпрерывно переходятъ изъ рукъ въ руки предметы первой необходимости, разныя полезныя вещи и, наконецъ, предметы роскоши, отчасти для непосредственнаго потребленія, отчасти для дальнѣйшей перепродажи; этотъ послѣдній случай составляетъ основную торговую сдѣлку. Предметомъ продажи могутъ быть вообще всякія блага, имѣющія цѣнность для людей и способныя къ передачѣ изъ рукъ въ руки. Тѣмъ не менѣе, преобладающее значеніе имѣетъ продажа вещей тѣлесныхъ; отсюда и должна исходить общая теорія купли-продажи.

Въ древнѣйшія времена довольствовались *ручной продажей*, т. е. передачей товара за деньги изъ рукъ въ руки. И нынѣ подобныя сдѣлки встрѣчаются весьма часто, особенно въ розничной торговлѣ [3]. Но при сдѣлкахъ по поводу болѣе цѣнныхъ предметовъ обыкновенно заключается *договоръ купли-продажи*, т. е. устанавливаются взаимныя обязательства относительно товара и покупной цѣны [4]. Терминомъ „emptio-venditio“ римляне обозначаютъ преимущественно такой договоръ. Его же нормамъ объ отвѣтственности продавца подчиняются отношенія и по ручной продажѣ.

---

[1]) Treitschke: Der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel, 1838, 2 изд. Wingler'a — 1865. Гораздо полнѣе и глубже изслѣдованіе Bechmann'a: Der Kauf nach gemeinem Recht, т. 1, 1876, т. 2, разд. 1, 1884.

[2]) См. объ этомъ ниже, прим. 20.

[3]) Brinz, т. 2, § 325, называетъ такую сдѣлку реальной куплей (Realkauf), а Bechmann, loc. cit., т. 1, посвящающій ей, начиная со стр. 47, обширное изслѣдованіе,— куплей вещей въ натурѣ (Naturalkauf). Мы предпочитаемъ терминъ „ручная продажа“. Послѣдняя составляетъ сдѣлку иного рода, чѣмъ договоръ купли-продажи. Если, поэтому, продавецъ исковымъ порядкомъ требуетъ уплаты покупной цѣны за доставленный товаръ, основывая свое требованіе на договорѣ купли-продажи, а покупатель, напротивъ, утверждаетъ, что имѣла мѣсто ручная продажа, и что товаръ былъ непосредственно обмѣненъ на деньги, то въ такомъ заявленіи отвѣтчика заключается отрицаніе самаго основанія иска. Здѣсь нѣтъ еще почвы для рѣшенія дѣла въ пользу истца и нельзя сказать, что покупатель сознается въ полученіи товара, не представляя при этомъ доказательствъ платежа денегъ. Иначе покупателямъ при каждой ручной продажѣ слѣдовало бы брать росписку въ полученіи цѣны, чего обыкновенно не дѣлается, и что было бы крайне неудобно. Наоборотъ, истецъ долженъ доказать, что дѣйствительно состоялся *договоръ купли-продажи*, и потомъ уже требовать отъ противника доказательства уплаты покупной цѣны. Такого мнѣнія Bähr: Urtheile des Reichsgerichts, стр. 35. Ср. R. O. H. G. E., т. 16, стр. 158.

[4]) Pernice: Labeo, т. 1, стр. 457, полагаетъ, что договоръ купли-продажи развился изъ ручной прадажи (Realkauf) и „что въ немъ замѣтны еще слѣды пройденнаго развитія“. Ср. Petrazycki: Einkommen, т. 2, стр. 42.

II. Договоръ купли-продажи тѣлесныхъ вещей возлагаетъ на *продавца обязанность передать проданную вещь въ постоянное обладаніе покупателя*, который, въ свою очередь, *обязанъ внести покупную цѣну* [5]).

Такимъ образомъ, договоръ купли-продажи является *первой ступенью* въ пріобрѣтеніи вещи покупателемъ. Но не слѣдуетъ видѣть *въ немъ отчужденія* вещи [6]). Послѣднее происходитъ лишь путемъ *традиціи*.

Существенными элементами купли-продажи являются *товаръ* и *цѣна* [7]). Если стороны *пришли къ соглашенію о томъ и другомъ*, то *договоръ* считается *заключеннымъ;* предполагается, конечно, что это соглашеніе, сверхъ того, не поставлено въ зависимость отъ другихъ условій.

1. Товаромъ въ тѣсномъ смыслѣ называются только движимыя вещи [8]); въ болѣе широкомъ смыслѣ подъ терминъ „товаръ“ подходятъ вообще всѣ цѣнности, подлежащія продажѣ [9]).

Предметомъ продажи могутъ быть тѣлесныя вещи, какъ недвижимыя, такъ и движимыя, а затѣмъ и права. Такъ, напр., могутъ быть проданы обязательственныя требованія. Точно такъ же установленіе правъ на чужую вещь—jura in re aliena—и переносъ этихъ правъ, поскольку они вообще способны къ отчужденію, можетъ происходить на основаніи купли-продажи. Промышленныя права, въ частности, право на патентъ, затѣмъ авторское право, также

---

[5]) l. 11, § 2. D. de a. e. v. 19. 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur. Договоръ, въ силу котораго пріобрѣтающій вещь *не долженъ стать ея собственникомъ*, не признается куплей-продажей, l. 80, § 3. D. de contr. empt. 18. 1. Но римляне не считали куплей-продажей и такую сдѣлку, при которой платились деньги съ тѣмъ, чтобы уплатившій сдѣлался собственникомъ вещи, „ut mihi Stichum dares“, l. 16. D. de cond. causa data. 12. 4. Впрочемъ, этотъ взглядъ не примѣняется въ общегерманскомъ правѣ, см. Bechmann, loc. cit., стр. 72; Eck: Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, 1874. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 433, опредѣляетъ: По договору купли-продажи продавецъ обязуется передать вещь покупателю и доставить ему право собственности на нее. Покупатель обязанъ уплатить продавцу условленную цѣну и взять у него купленную вещь. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 167.

[6]) Многіе изъ новѣйшихъ писателей разсматриваютъ соглашеніе о продажѣ вещи, какъ отчужденіе ея „между участниками договора“. Такъ, напр., Windscheid, т. 2, § 390, прим. 3; Bernhöft въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 3. Windscheid, т. 2, § 389, прим. 2, полагаетъ, что „*ближайшею цѣлью* договора купли-продажи является не *намѣреніе создать обязательство*, а то, что покупатель *долженъ получить вещь въ свое обладаніе*; обязательство же изъ купли-продажи возникаетъ лишь благодаря разладу между этимъ намѣреніемъ и дѣйствительнымъ положеніемъ дѣла“. Но чѣмъ объяснить то, что покупатель, самовольно завладѣвшій купленною вещью, признается похитителемъ чужой собственности — praedo? Ср. l. 5. D. de adquir. vel. amitt. poss. 41. 2, привед. выше, вып. II, § 216, прим. 4. Плохо согласуется съ этой теоріей, далѣе, то обстоятельство, что можно продавать чужія вещи точно такъ же, какъ и собственныя. Противъ взгляда Windscheid'a говоритъ и l. 67, pr. D. de V. S. 50. 16. См. Köppen въ Jherings Jahrb., т. 11, стр. 391, прим. 497; Karlowa: Rechtsgeschäft, стр. 212; Bechmann, т. 1, стр. 613; Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, стр. 14.

[7]) pr. I. h. t. 3. 23; l. 9. D. de contr. empt. 18. 1.

[8]) l. 66. D. de V. S. 50. 16; ср. Bechmann, т. 1, стр. 35.

[9]) Относительно предмета продажи см. Bechmann, т. 2, стр. 117.

www.naukaprava.ru

могутъ быть проданы. Возможна продажа и такихъ цѣнностей, которыя не являются самостоятельными правами, напр., торговаго предпріятія, кліентелы, секретовъ. Мы не видимъ основаній, почему, въ предѣлахъ возможнаго, не разсматривать подобныя соглашенія съ точки зрѣнія купли-продажи, разъ этого желаютъ участники договора [10]).

Имущественныя массы, напр., наслѣдство [11]), совокупность предметовъ, напр., библіотека, а также вещи, произвольно объединенныя въ силу распоряженія сторонъ, могутъ быть проданы, какъ единое цѣлое.

Допускается также продажа *будущихъ вещей*, въ частности, ожидаемыхъ плодовъ [12]). Плата за нихъ должна быть произведена лишь въ томъ случаѣ, если онѣ получатся въ дѣйствительности [13]).

Совсѣмъ иное представляетъ изъ себя *продажа надежды* на что-либо — emptio spei, напр., улова рыбы. Здѣсь эквивалентомъ покупной платы является *шансъ на полученіе вещи* — alea. Эта сдѣлка не поставлена въ зависимость отъ какого-либо условія, и поэтому цѣна должна быть уплачена даже въ томъ случаѣ, если надежда на добычу совершенно не оправдается [14]).

Если въ моментъ продажи вещь уже не существуетъ, или если истреблена существенная часть ея, то сдѣлка считается *несостоявшейся*. При одной лишь *порчѣ* вещи покупная цѣна подлежитъ соотвѣтственному *уменьшенію* [15]). Однако, эти правила

---

[10]) Иного взгляда на предметъ купли-продажи держится Bechmann, loc, cit.

[11]) l. 7 и слѣд., D. de hered. vel act. vend. 18. 4.

[12]) О такой куплѣ говоритъ l. 8, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. Какъ продажа будущей вещи, дѣйствительна, между прочимъ, продажа еще не отрѣзанной косы. Но нельзя насильно заставить отрѣзать ее, такъ какъ юридически нельзя принять на себя обязанность терпѣть подобное вторженіе въ сферу своей личности.

[13]) Обыкновенно въ подобныхъ сдѣлкахъ покупная цѣна подлежитъ уплатѣ полностью даже въ томъ случаѣ, если появится необычайно малое количество ожидаемыхъ вещей; но точно такъ же цѣна не увеличивается, если этихъ вещей окажется чрезвычайно много. Впрочемъ, слова и смыслъ договора могутъ привести къ иному выводу. Другого взгляда держится Friedrich Endemann: Die Lehre von der emptio spei und rei speratae въ Grünhuts Zeitschrift, т. 12, статья 6. См. о томъ же Braun: Finden die Grundsätze des Kaufs auf die emptio spei Anwendung? 1896.

[14]) Въ l. 8, § 1. D. de contr. empt. 18. 1 Помпоній—см. выше, прим. 12—продолжаетъ: Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia *spei emptio* est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. Говоря объ emptio „sine re", Помпоній такимъ неопредѣленнымъ выраженіемъ обозначаетъ „продажу безъ *осязательнаго* тѣлеснаго объекта". Въ его глазахъ разумѣется само собою, что для купли-продажи необходимъ объектъ; въ данномъ случаѣ таковымъ онъ считаетъ „шансъ на добычу" — alea. Bechmann, loc. cit., стр. 143, напротивъ, разсматриваетъ подобныя сдѣлки, какъ продажу вещи, считая объектомъ договора тѣ предметы, которые могутъ быть добыты. А между тѣмъ купля-продажа считается дѣйствительнной, даже если ничего не будетъ получено! Воззрѣніе Bechmann'a раздѣляетъ Friedrich Endemann, привед. сочин. Тамъ см. историко-догматическое развитіе этого вопроса. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ особо ни объ emptio rei speratae, ни объ emptio spei.

видоизмѣняются въ случаѣ злого умысла или виновной неисправности одного изъ контрагентовъ [16]).

Безъ сомнѣнія, вполнѣ дѣйствительна продажа *чужой вещи*. Продавецъ обязуется ее достать; если же онъ не въ состояніи этого сдѣлать, то долженъ вознаградить покупателя за ущербъ [17]).

Особенное значеніе для современнаго оборота имѣетъ во многихъ отношеніяхъ своеобразная продажа родовыхъ вещей (genus), напр., извѣстнаго количества кофе, сахару, табаку. Римляне не знали продажи родовыхъ вещей въ ея чистомъ видѣ. Предметомъ сдѣлки у нихъ являлись только индивидуально-опредѣленныя вещи или извѣстное количество вещей, которое должно было быть выдѣлено изъ опредѣленной массы. Вмѣсто продажи родовыхъ вещей они прибѣгали къ стипуляціи [18]).

Услуги и рабочій трудъ составляютъ предметъ найма, но не купли-продажи [19]).

---

15) l. 15, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 5 ad Sabinum: Et si consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. l. 57, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 5 ad Plautium: Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse ajunt. sed si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta (sit, quanta) permaneat, ut, si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem.... sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitratu habita. Заключительныя слова, въ силу которыхъ сдѣлка во всякомъ случаѣ считается дѣйствительной, если осталась хоть *половина* дома, врядъ ли можно приписать самому Павлу.

16) Ср. относительно римскаго права l. 57, §§ 1 и слѣд. D. h. t. Въ современномъ правѣ слѣдуетъ принимать во вниманіе также тѣ правила, которыя регулируютъ отвѣтственность за culpa in contrahendo. Однако, покупатель ничего не въ правѣ требовать, если вещь была истреблена еще до ея продажи при такихъ обстоятельствахъ, о которыхъ продавецъ не зналъ и не долженъ былъ знать.

17) l. 28. D. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro 41 ad Sabinum: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. Kohler: Abhandlungen, т. 1, стр. 224; Seuffert: Archiv, т. 49, казусъ 12. Впрочемъ, купля-продажа считается недѣйствительной, если оба контрагента знаютъ, что проданная вещь была похищена—„furtiva", l. 34, § 3. D. de contr. empt. 18. 1. Относительно продажи вещи, составляющей собственность *покупателя*, см. l. 16, pr. D. de contr. empt. 18. 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi, и l. 34, § 4. D. eod. Paulus libro 33 ad edictum: Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in judicio possessionis potior esset, и, наконецъ, l. 61. D. eod. См. Bechmann, loc. cit., т. 2, стр. 74. Ср. также г-жа Kempin: Die Haftung des Verkäufers einer fremden Sache, Züricher Inaug-Dissert., 1887. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 433, продавецъ обязанъ доставить покупщику право *собственности* на проданную вещь. Этимъ не исключается также продажа чужой вещи.

18) Многіе изъ новѣйшихъ писателей правильно утверждаютъ, что Римляне не знали продажи родовыхъ вещей въ ея чистомъ видѣ; см. Brinz, т. 2, §§ 242 и 327 b; Bechmann, т. 2, стр. 331; Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 615, и приведенныхъ тамъ писателей. Bechmann и въ современномъ договорѣ поставки — такъ называетъ онъ продажу родовыхъ вещей—не усматриваетъ договора купли-продажи. Но въ теоріи и практикѣ общегерманскаго права эта сдѣлка развивалась, какъ купля-продажа, и подлежала всѣмъ правиламъ послѣдней; противъ этого стали возражать только въ послѣднее время. Вѣрно лишь то, что положенія, касающіяся продажи индивидуальныхъ вещей, не могутъ быть примѣнены къ продажѣ вещей родовыхъ безъ нѣкоторыхъ измѣненій; тѣмъ не менѣе, принципъ сведенія обоихъ видовъ къ одному понятію остается въ силѣ. По гражд. улож. для герм. имперіи въ этомъ нѣтъ никакого сомнѣнія.

19) Относительно границы между куплей-продажей и locatio-conductio operis см. ниже, § 113, прим. 9.

www.naukaprava.ru

2. *Цѣна* должна быта выражена въ *деньгахъ* [20]). Прежде обыкновенно учили, что цѣна должна быть опредѣленной—certum, дѣйствительной — verum, и что она должна соотвѣтствовать цѣнности вещи—pretium justum. Однако, такое требованіе и неправильно, и ничего не объясняетъ.

а) Въ Римѣ, по древнему обычаю, предъявленіе иска на основаніи купли-продажи допускалось, правда, лишь въ томъ случаѣ, если цѣна была точно обозначена. Но это правило уже въ классическій періодъ, въ интересахъ гражданскаго оборота, толковалось широко и свободно. По обще-германскому праву, точное опредѣленіе цѣны уже не является необходимымъ [21]), лишь бы она, какъ и при

---

[20]) Сабиніанцы пытались подвести подъ понятіе купли-продажи и обмѣнъ товара на товаръ; но восторжествовалъ противоположный взглядъ Прокуліанцевъ, l. 1, § 1. D. de contr. empt. 18. 1. Paulus libro 33 ad edictum: Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse... sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit. Ср. l. 1, pr. D. de rer. perm. 19. 4; Gajus, Inst., III, § 141; § 2. I. de empt. 3. 23; Bechmann, т. 1, стр. 4. Предметомъ продажи могутъ быть и деньги, напр., деньги, не признаваемыя валютою въ странѣ, какъ то иностранныя монеты и бумажныя деньги. Ср. Flesch въ Jherings Jahrb., т. 19, статья 7; Riesser, тамъ же, т. 20, статья 5.

[21]) Ср. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 135; Fels: Das pretium certum, 1878; Bechmann, привед. сочин., т. 2, стр. 338; R. G. E. in Strafsachen, т. 23, стр. 399. Въ вышеприведенномъ сочиненіи Dernburg пытается объяснить это требованіе римскаго права исторически. Онъ исходитъ изъ того, что снабженіе искомъ неформальныхъ договоровъ, какъ купля-продажа, было исключеніемъ, которое прививалось въ Римѣ не легко и не безъ препятствій. По его мнѣнію, требованіе pretium certum было нѣкоторой уступкой старому направленію, вовсе отрицавшему исковую силу неформальныхъ соглашеній. Bechmann, loc. cit., находитъ, что подобное объясненіе нельзя ничѣмъ доказать. Пожалуй, что такъ, если требовать показаній свидѣтелей-современниковъ. Но заключеніе Дернбурга опирается на логическій выводъ. Въ классическій періодъ pretium certum понимали съ чисто внѣшней стороны. На это указываетъ аргументація Ульпіана libro 28 ad Sabinum, l. 7, § 1. D. h. t. 18. 1. Hujusmodi emptio: „quanti tu eum emisti“, „quantum pretii in arca habeo“, valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim *ignoratur*, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. Здѣсь, очевидно, правильное положеніе защищается весьма слабыми аргументами. Вѣдь то обстоятельство, что одно *объективное* опредѣленіе цѣны считается достаточнымъ, превращаетъ требованіе „опредѣленной“ цѣны въ непонятную странность. Затѣмъ, Ульпіанъ — въ § 2 — продолжаетъ: Si quis ita emerit: „est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero“, valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit. Въ данномъ случаѣ цѣна не опредѣлена даже объективно; размѣръ ея является неопредѣленнымъ и въ объективномъ, и въ субъективномъ отношеніяхъ, и, тѣмъ не менѣе, при помощи различныхъ софизмовъ, хотя и вполнѣ цѣлесообразно, договоръ признается дѣйствительнымъ. Такъ поступаютъ лишь въ томъ случаѣ, когда встрѣчаются съ положеніями, унаслѣдованными отъ историческаго прошлаго, первоначальное значеніе которыхъ исчезло изъ народнаго правосознанія. Если мысленно перенестись въ то время, когда впервые былъ поставленъ вопросъ о снабженіи исковой силой неформальнаго договора купли-продажи, то легко понять, что главныя возраженія противъ попытокъ въ этомъ направленіи неизбѣжно сводились къ той неопредѣленности момента дѣйствительнаго заключенія договора, которая всегда возможна при подобныхъ соглашеніяхъ, лишенныхъ опредѣленной формы. Компромиссъ съ такими возраженіями стремились найти на почвѣ требованія, чтобы, по крайней мѣрѣ, предметъ купли-продажи и, главнымъ образомъ, цѣна были точно опредѣлены.—Какъ бы то ни было, важно лишь сознаніе, что указанныя рѣшенія римскихъ юристовъ не основаны на сущности купли-продажи, а обусловлены историческими случайностями, и что они потеряли всякое практическое значеніе вслѣдствіе того, что теперь всѣ вообще договоры снабжены исковой защитой.

другихъ обязательственныхъ сдѣлкахъ, вообще *поддавалась опредѣленію* [22]).

b) Цѣна не должна непремѣнно равняться дѣйствительной стоимости вещи—pretium justum. Сплошь и рядомъ продаютъ дороже, а покупаютъ дешевле. Участникамъ договора должна быть предоставлена свобода соглашенія [23]) [24]).

c) Обѣщаніе уплаты покупной цѣны должно быть серьезно; иначе нѣтъ и купли-продажи [25]). Это требованіе покоится не на какихъ-либо особенностяхъ даннаго договора, а соотвѣтствуетъ общимъ положеніямъ о симулированныхъ сдѣлкахъ.

§ 95. Отдѣльные виды купли-продажи. Добавочныя соглашенія.

1. Слѣдуетъ различать продажу на наличныя деньги, въ кредитъ и съ платежомъ впередъ.

При *продажѣ на наличныя* товаръ и деньги передаются непосредственно другъ за другомъ. Этотъ видъ продажи составляетъ общее правило. При *продажѣ въ кредитъ* продавецъ оказываетъ покупателю довѣріе и долженъ доставить товаръ еще до полученія денегъ. Наконецъ, при *продажѣ съ платежомъ впередъ* уплата денегъ, по договору, происходитъ прежде полученія товара.

Особой формой продажи въ кредитъ является *продажа въ разсрочку, т. е. продажа движимыхъ вещей, при которой товаръ передается тотчасъ же по заключеніи сдѣлки, а платежъ денегъ производится по частямъ*. Подобныя сдѣлки являются весьма распространенными въ современномъ оборотѣ и служатъ для облегченія покупки движимостей неимущими классами населенія; но онѣ легко ведутъ къ эксплоатаціи покупателей. Въ Германіи противъ нея направленъ имперскій законъ 16 мая 1894 г. [1]).

2. *Срочной продажей* (Zeitkauf) называется тотъ случай, когда, на основаніи договора, товаръ долженъ быть доставленъ черезъ извѣстный промежутокъ времени или въ назначенный срокъ. Такая продажа можетъ быть произведена на наличныя деньги или въ кредитъ. Если же время доставки товара не опредѣлено, то сдѣлка называется несрочной.

---

[22]) Ср. выше, § 15. Относительно опредѣленія цѣны третьимъ лицомъ см. тамъ же, прим. 6; относительно предоставленія одному изъ контрагентовъ права опредѣлить цѣну—прим. 7.

[23]) l. 22, § 3. D. locati. 19. 2. Paulus libro 34 ad edictum: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est. Объ ограниченіи этого правила въ случаѣ laesio enormis см. ниже, § 102.

[24]) Согласно Reichspolizeiordnung отъ 1548 г. и 1571 г., tit. 19, продажа хлѣба на корню допускалась лишь по рыночной цѣнѣ, какая установилась во время заключенія сдѣлки или черезъ двѣ недѣли послѣ жатвы.

[25]) l. 36, l. 38. D. de contr. empt. 18. 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est.

[1]) Ср. ниже, прим. 22.

www.naukaprava.ru

3. Современному обороту извѣстна такъ наз. *купля-продажа съ доставкою или на разстояніе*—Versendungskauf, Distanceverkauf [2]). Обыкновенно эта сдѣлка предполагается, когда иногородній покупатель дѣлаетъ заказъ торговой фирмѣ.

Въ данномъ случаѣ *мѣсто исполненія обязательства* не тождественно съ *мѣстомъ доставки товара*. Мѣсто исполненія обыкновенно опредѣляется положеніемъ продавца, т. е. совпадаетъ съ тѣмъ мѣстомъ, гдѣ находится его торговое предпріятіе, или его мѣстожительство, или же, наконецъ, съ тѣмъ мѣстомъ, гдѣ сложенъ товаръ. Но продавецъ при такого рода сдѣлкахъ обязанъ доставить товаръ *за счетъ и страхъ покупателя* въ другое мѣсто назначенія, напр., въ мѣстожительство контрагента.

Иной характеръ получаетъ купля-продажа на разстояніе, если товаръ присылается покупателю изъ другой мѣстности, но съ тѣмъ, чтобы мѣстомъ исполненія сдѣлки признавалось мѣстожительство *покупателя* (Fernverkauf).

4. Слѣдующія сдѣлки, хотя и сходны по названію, тѣмъ не менѣе, по существу, отличаются другъ отъ друга.

а) Продажа *на пробу* или съ предварительнымъ осмотромъ (Kauf auf Probe) ставится въ зависимость отъ того, одобритъ ли покупатель товаръ или нѣтъ [3]). Это условіе можетъ быть и суспензивнымъ, и резолютивнымъ [4]); но, въ сомнительныхъ случаяхъ, оно считается суспензивнымъ [5]). Рѣшеніе покупателя обыкновенно ничѣмъ не связано и зависитъ отъ его *усмотрѣнія* [6]); впрочемъ, стороны могутъ имѣть въ виду, чтобы это рѣшеніе соотвѣтствовало заключенію свѣдущаго лица [7]); тогда оно, въ случаѣ спора, можетъ подлежать обсужденію суда. Путемъ соглашенія или на основаніи мѣстнаго обычая можетъ быть установленъ срокъ, въ который покупатель долженъ объявить свое рѣшеніе; если же нѣтъ указаній на срокъ, то покупатель, по требованію продавца, обязанъ высказаться немедленно по истеченіи необходимаго для осмотра товара времени [8]). Молчаніе покупателя по истеченіи срока принимается за согласіе,

---

[2]) См. Dernb., Bürg. R., т. 2, разд. 2, § 172, стр. 19.

[3]) Ср. выше, вып. I, § 108. Тамъ, въ прим. 1, приведена и главнѣйшая литература о продажѣ на пробу.

[4]) § 4. I. de empt. vend. 3. 23, приведенный выше, вып. I, § 108, прим. 3; l. 20, § 1. D. de praescript. verbis. 19. 5; l. 6. D. de resc. vend. 18. 5.

[5]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 495, п. 1. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 193, стр. 82.

[6]) Иного взгляда держится Unger въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 3, стр. 407, но безъ всякаго основанія; см. теперь также Unger въ Jherings Jahrb., т. 25, статья 6. Ср. Fitting въ Archiv für civ. Praxis, т. 46, стр. 254; гражд. улож. для герман. имперіи, § 495, п. 1.

[7]) Такое значеніе имѣла обычная въ римской виноторговлѣ оговорка относительно „degustatio“; при помощи послѣдней опредѣлялась доброкачественность вина. Cato: De re rustica, cap. 148; l. 1. pr., l. 4. pr. § 1, l. 16. D. de per. et comm. 18. 6; l. 34, § 5. D. de contr. empt. 18. 1. Ср. Goldschmidt: Zeitschrift für Handelsrecht, т. 1, стр. 73; Windscheid, т. 2, § 387, прим. 6, и приведенныхъ тамъ авторовъ.

[8]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 496.

если товаръ былъ уже переданъ покупателю; оно считается отказомъ отъ сдѣлки, если передача товара еще не состоялась [9] [10]).

b) Продажа *по образцамъ* (Kauf nach Probe) [11]) не связана ни съ какимъ условіемъ. Продавецъ обязуется здѣсь доставить товаръ одинаковаго съ образцами свойства.

Покупатель, оспаривающій качество товара, долженъ представить указанные въ договорѣ образцы. Если же онъ, по собственной винѣ, не можетъ этого сдѣлать, то отъ него требуются иныя доказательства того, что товаръ не соотвѣтствуетъ образцамъ [12]).

c) При продажѣ *для пробы* (Kauf zur Probe) имѣется въ виду, что покупатель сдѣлаетъ новый заказъ, если товаръ ему понравится. Подобная цѣль продажи не имѣетъ юридическаго значенія [13]).

5. Слѣдующія добавочныя соглашенія порождаютъ между контрагентами *личныя обязательства:*

a) Условіе относительно *обратной покупки* вещи продавцомъ у покупателя или обратной продажи вещи покупателемъ продавцу [14]). За отсутствіемъ иного соглашенія, обратная купля-продажа заключается по той же цѣнѣ, какъ и первая.

b) Условіе относительно *права преимущественной покупки,* въ силу котораго продавецъ можетъ требовать, чтобы покупатель,

---

[9]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 496. — Господствующая среди романистовъ теорія установила при резолютивномъ условіи для пробы товара срокъ въ 60 дней. Эта теорія опирается на l. 31, §§ 22 и слѣд. D. de aedilicio edicto. 21. 1. Windscheid, т. 2, § 387, прим. 7, относитъ эти рѣшенія къ тѣмъ случаямъ, когда стороны установили право отказа отъ сдѣлки согласно съ принципами эдильскаго эдикта, что, по его мнѣнію, видно изъ выраженія „redhibeatur". Съ этимъ слѣдуетъ согласиться.

[10]) Что касается риска случайной гибели вещи, то при суспензивномъ условіи онъ падаетъ, конечно, на продавца, такъ какъ заключенная подъ условіемъ сдѣлка не можетъ уже состояться послѣ уничтоженія вещи; то же самое имѣетъ мѣсто и при случайной порчѣ вещи, такъ какъ покупатель, несмотря на порчу, въ правѣ еще отказаться отъ сдѣлки. Въ промежутокъ времени, пока условіе не исполнилось, покупатель отвѣчаетъ за всякую вину. Весьма споренъ вопросъ о рискѣ, когда условіе является резолютивнымъ. Наиболѣе правильнымъ намъ кажется взглядъ, что резолютивное условіе вообще не можетъ осуществиться, если вещь уже не существуетъ. Это вытекаетъ изъ общихъ положеній объ условіяхъ. Впрочемъ, Windscheid, т. 2, § 387, прим. 10, держится иного мнѣнія.

[11]) Cropp въ сборникѣ Heise und Cropp: Abhandlungen, т. 1, статья 13. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 494; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 194, стр. 84.

[12]) R. O. H. G. E., т. 12, стр. 118, т. 20, стр. 62.

[13]) Была ли совершена продажа „на пробу" или „для пробы" — это вопросъ толкованія, который не можетъ быть разрѣшенъ на основаніи однихъ только словъ, употребленныхъ контрагентами. R. O. H. G. E., т. 2, стр. 186.

[14]) l. 12. D. de praescriptis verbis. 19. 5; l. 2. C. de pactis inter empt. et vend. 4. 54; l. 7. C. eod. W. Schütze: Über die Bedeutung, Wirksamkeit und das gegenseitige Verhältniss des pactum de retrovendendo, des pactum de retroemendo und des pactum displicentiae beim Kauf, Rostocker Diss., 1899. Условіе объ обратной покупкѣ заключается, большею частью, на томъ основаніи, что продавецъ, находясь въ стѣсненномъ положеніи, желаетъ добыть денегъ путемъ продажи, но надѣется пріобрѣсти впослѣдствіи средства для выкупа проданной вещи. Продающій вещь обратно можетъ требовать возмѣщенія impensae necessariae, но никакъ не impensae utiles. Ср. l. 25. D. de pign. act. 13. 7. „nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad reciperandum"; ср. Petrazycki: Einkommen, т. 1. стр. 311, 318 и слѣд. Подробныя опредѣленія содержитъ гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 497—503; ср. Dernb., Bürg. R., т. II, , стр. 98.

www.naukaprava.ru

если самъ будетъ продавать вещь, продалъ ему ее на такихъ же условіяхъ, на какихъ онъ согласится продать ее третьему лицу [15]).

6. Вещное дѣйствіе имѣютъ слѣдующія добавочныя условія:

а) *Lex commissoria* даетъ продавцу право *отказаться отъ сдѣлки, если цѣна не будетъ уплачена полностью и своевременно* [16]). Заключающееся въ этомъ условіе, въ сомнительныхъ случаяхъ, считается резолютивнымъ [17]). Продавецъ можетъ выбрать одно изъ двухъ: или требовать исполненія договора, или отказаться отъ сдѣлки. Разъ, съ наступленіемъ срока, выборъ сдѣланъ, онъ считается уже окончательнымъ. Такимъ образомъ, требованіе покупной цѣны составляетъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, отказъ отъ права расторженія сдѣлки [18]).

Въ результатѣ расторженія купли-продажи, право собственности на вещь возвращается къ продавцу, но безъ тѣхъ обремененій, которыя могъ установить на нее покупатель. Продавецъ можетъ также заявить притязаніе на плоды [19]) за промежуточное время и потребовать вознагражденія за причиненный по винѣ покупателя вредъ. Покупатель же имѣетъ право удержанія вещи—jus retentionis—до возмѣщенія произведенныхъ имъ необходимыхъ издержекъ [20]); но *задатка* или *внесенныхъ имъ въ счетъ платы денегъ* онъ обратно *не* получаетъ [21]) [22]). Въ размѣрѣ этихъ послѣднихъ убытковъ онъ сохраняетъ, однако, плоды вещи за промежуточное время [23]).

---

[15]) Это право не слѣдуетъ смѣшивать съ правомъ выкупа въ германскомъ правѣ, имѣющимъ вещный характеръ. Jäger: Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht, 1893. Подробно излагаетъ вопросъ гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 504—514; относительно вещнаго права преимущественной покупки см. §§ 1094 и слѣд. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, §§ 196 и 197, стр. 88.

[16]) Tit. Dig. de lege commissoria. 18. 3. Burckhard въ Archiv für civ. Praxis, т. 51, статьи 12 и 17.

[17]) Выше, вып. I, § 112. Продавецъ имѣетъ право расторгнуть сдѣлку, при чемъ не требуется ни предварительнаго предупрежденія покупателя, l. 4. § 4. D. h. t. 18. 3. ни даже вины послѣдняго. Но продавецъ не можетъ расторгнуть сдѣлку, если онъ самъ является причиной того, что деньги не были уплачены, l. 4. § 4, l. 8. D. h. t. 18. 3. Ср. l. 51. § 1. D. de a. e. v. 19. I; l. 8. D. h. t. 18. 3.

[18]) l. 7. D. h. t. 18. 3. Согласно рѣшенію имперскаго суда — Seufferts Archiv, т. 52, каз. 240—простого напоминанія для этого недостаточно.

[19]) l. 4, pr. D. h. t. 18. 3; l. 5. D. eod.

[20]) См. l. 16. D. de in diem addictione. 18. 2.

[21]) Споренъ вопросъ, пропадаютъ ли для покупателя деньги, внесенныя въ счетъ платы. Утвердительное рѣшеніе является суровымъ для покупателя; но римляне, тѣмъ не менѣе, держались такого взгляда. Это видно изъ l. 6, pr. D. de lege commissoria. 18. 3. Scaevola libro 2 responsorum... et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel *alio nomine datum esset*, apud venditorem remansurum. Если бы продавецъ для того, чтобы осуществить lex commissoria, долженъ былъ возвращать деньги, внесенныя ему въ счетъ платы, то это „responsum“ Сцеволы,—юриста, который обыкновенно строго взвѣшиваетъ свои слова, было бы явною несообразностью. Въ томъ же смыслѣ высказывается въ l. 4, § 1. D. h. t. 18. 3 Ulpianus libro 32 ad edictum: Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit. Windscheid, т. 2, § 323, прим. 12, полагаетъ, что это мѣсто „допускаетъ“ толкованіе въ смыслѣ наличности *особаго* соглашенія по поводу возможной потери внесенной части покупной цѣны; такъ же Burckhard, loc. cit., стр. 289; ср. Seuffert: Arhiv, т. 49, казусъ 11 (O. L. G. Kiel). Но нельзя сказать, чтобы подобное толкованіе было естественно и лишено натяжки. Ср. также Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 188, прим. 1.

[22]) Если, при продажѣ въ разсрочку, продавецъ выговорилъ себѣ право, въ случаѣ неисполненія покупателемъ возложенныхъ на него обязанностей, отказаться отъ сдѣлки, то при ея расторженіи, согласно предписанію имперскаго закона отъ 16 мая

b) *Addictio in diem* даетъ продавцу право отказаться отъ сдѣлки, если кто-либо, въ теченіе извѣстнаго времени, *предложитъ ему болѣе выгодныя условія* [24]). Но покупатель имѣетъ право преимущественной покупки, если самъ согласится купить вещь на этихъ новыхъ условіяхъ [25]).

§ 96. Совершеніе купли-продажи. Переходъ риска [1]).

Съ момента совершенія купли-продажи, рискъ случайной гибели или ухудшенія товара переходитъ *на покупателя*—periculum est emptoris [2]). Это значитъ: покупатель *обязанъ уплатить деньги,*

1894 г., каждая сторона обязана возвратить все, что она получила отъ своего контрагента. Издержки продавца и порча вещи, за которую покупатель отвѣчаетъ, должны быть возмѣщены продавцу. Точно такъ же покупатель *вознаграждаетъ продавца за пользованіе вещью, въ размѣрѣ стоимости этого пользованія,* при чемъ принимается въ расчетъ и уменьшеніе цѣнности вещи. Законъ не примѣняется, если покупатель занесенъ, какъ купецъ, въ торговый реестръ.

[23]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 347, въ случаѣ расторженія сдѣлки, разсматриваетъ владѣльца, начиная со времени полученія имъ товара, такъ, какъ будто въ это время былъ къ нему предъявленъ искъ о правѣ собственности, т.-е. какъ завѣдующаго чужимъ имуществомъ.

[24]) Tit. Dig. de in diem addictione. 18. 2. Paul Gerber: L. 41, pr. de R. V., Göttinger Inaug.-Dissert., 1893. Подобныя сдѣлки въ современномъ оборотѣ встрѣчаются рѣдко. Гражд. улож. для герман. имперіи особо о нихъ не упоминаетъ.

[25]) l. 7, l. 8. D. h. t. 18. 2.

[1]) Tit. Dig. de periculo et commodo. 18. 6; Cod. 4. 48. Hofmann: Ueber das Periculum beim Kauf, 1870; Puntschart: Die fundamentalen Rechtsverhältnisse, стр. 1 и слѣд., и приведенные тамъ авторы. Затѣмъ Eck въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 33, стр. 141, и въ Holtzendorffs Rechtslexikon, слово „Kauf". W. von Praun: Zur Lehre von der Gefahr beim Kauf, Erlanger Inaug.-Dissert., 1891. Petrazycki: Einkommen, т. 2, стр. 42.

[2]) Римскіе юристы чрезвычайно часто высказываютъ правило: „periculum est emptoris", вѣроятно, потому, что уже въ Римѣ оно возбуждало сомнѣнія. Въ качествѣ научнаго положенія его приводитъ § 3. I. de empt. et. vend. 3. 23: Cum autem emptio et venditio contracta sit... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel ex aliqua parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Ср. затѣмъ l. 5, § 2. D. de resc. vend. 18. 5; l. 11, § 12. D. quod vi. 43. 24; l. 14, pr. D. de furtis. 47. 2; l. 1, l. 4, l. 6. C. h. t. 4. 48. Cujacius: ad Africanum, по поводу l. 33. D. locati, сначала отвергалъ это правило, но позже снова возвратился къ нему, recit. ad. Cod. 4. 48. Недавно его подробно оспаривалъ Puntschart, loc. cit., главнымъ образомъ, стр. 215 и слѣд. Тѣмъ не менѣе, въ римскомъ правѣ существованіе его установлено, хотя нѣкоторыя мѣста источниковъ и вызываютъ сомнѣнія. Къ нимъ относится, прежде всего, l. 13. D. h. t. 18. 6. Paulus libro 3 Alfeni epitomarum: Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet; затѣмъ, l. 15, pr. D. eod. Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. Справедливо ли эдилъ распорядился уничтожить купленныя вещи или нѣтъ — вопросъ открытый, ср. l. 14. D. eod. Но не въ этомъ дѣло. *Продавецъ, во всякомъ случаѣ, поступилъ вопреки лежавшей на немъ обязанности къ custodia,* оставивъ проданныя имъ кровати на улицѣ; поэтому рискъ и падаетъ на него. Не столь ясна l. 15. § 1. D. eod: Materia empta si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. Очевидно, Алфенъ и здѣсь хочетъ выразить лишь ту мысль, что до момента передачи вещи продавецъ обязанъ къ custodia; поэтому, отвѣтственность за кражу вещи обычно падаетъ на него, разъ онъ не въ состояніи доказать, что съ его стороны не было допущено никакой неисправности. Что юристъ, въ общемъ, признаетъ правило „periculum est emptoris", ясно видно изъ заключительныхъ словъ l. 12. D. h. t. 18. 6. Труднѣе всего объяснить l. 33. D. locati. 19. 2. Africanus libro 8 quaestionum... si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium

www.naukaprava.ru

несмотря на то, что товаръ, вслѣдствіе несчастнаго случая, *совсѣмъ не* можетъ быть ему переданъ или можетъ быть переданъ только *въ испорченномъ видѣ* [3] [4] [5].

Для *совершенія*—perfectio—купли-продажи требуется *заключеніе договора*. Но *этого не всегда бываетъ достаточно* [6].

а) Купля-продажа, заключенная подъ суспензивнымъ условіемъ,

---

restituas. Но и Африканъ, въ общемъ, полагалъ, что рискъ переходитъ на покупателя; это видно изъ l. 39. D. de solutionibus. 46. 3, заимствованной изъ той же книги quaestionum, „et nummi emptoris periculo sint... et nihilo minus merx quoque, quia emptio perfecta sit". Исключительнымъ основаніемъ особаго мнѣнія Африкана, выраженнаго въ l. 33 cit., служила, очевидно, чрезвычайность факта „захвата земли государствомъ". Ср. Hartmann въ Jherings Jahrb., т. 22, стр. 417. Въ случаѣ vis major—см. выше, § 39, прим. 7 — Африканъ, повидимому, не признавалъ правила: „periculum est emptoris"; но ср. также приведенное ниже — § 99, прим. 15 — рѣшеніе Павла, l. 11, pr. D. de evict. 21. 2.

[3]) Объ основаніяхъ, которыя привели къ установленію правила „periculum est emptoris", см. выше, § 20. Оно развилось *исторически* изъ первоначальнаго построенія синаллагматическихъ договоровъ и, разъ проникнувъ въ гражданскій оборотъ, удержалось въ немъ и впослѣдствіи. Правда, при договорѣ найма примѣнялось иное начало; но это не имѣло вліянія на куплю-продажу. Среди различныхъ толкованій римскаго правила представляютъ интересъ слѣдующія: a) Windscheid объясняетъ этотъ принципъ тѣмъ, что „характерной чертой купли-продажи является отчужденіе вещи, благодаря чему, между контрагентами, предметъ сдѣлки признавался исключеннымъ изъ имущественной сферы продавца и перешедшимъ въ имущественную сферу покупателя". Съ этимъ взглядомъ нельзя согласиться: см. доводы, приведенные нами выше, § 94, прим. 6. b) Jhering въ своихъ Jahrb., т. 3, стр. 464, объясняетъ переходъ риска на покупателя общею нормою права, въ силу которой „покупатель признается виновнымъ въ томъ, что исполненіе послѣдовало не тотчасъ послѣ заключенія сдѣлки"; „поэтому, рискъ и лежитъ на немъ до тѣхъ поръ, пока продавецъ, допустивъ просрочку, самъ не окажется виновнымъ въ дальнѣйшей проволочкѣ". Но подобная вина покупателя является чистой фикціей. Римскіе юристы нигдѣ не указываютъ на то, чтобы такое предположеніе было основаніемъ правила „periculum est emptoris". И какъ рѣшить дѣло, если въ самомъ договорѣ купли-продажи—можетъ быть, даже въ интересахъ продавца — установлено, чтобы товаръ былъ доставленъ позже? Какъ тутъ примѣнить фикцію вины покупателя въ томъ, что не послѣдовало немедленнаго исполненія, когда онъ даже не имѣлъ права его требовать? Въ оправданіе правила „periculum est emptoris" можно привести еще соображеніе, что продавецъ, съ того момента, какъ обязался доставить вещь покупателю, лишенъ возможности продать ее третьему лицу и тѣмъ отвратить отъ себя рискъ ея уничтоженія и порчи. Въ этомъ Hartmann, Archiv für civ. Praxis, т. 73, стр. 386, видитъ даже главное основаніе упомянутаго правила. Но такое объясненіе неточно: при продажѣ подъ суспензивнымъ условіемъ продавецъ находится въ такомъ же положеніи и даже на болѣе продолжительное время, чѣмъ при простой продажѣ; тѣмъ не менѣе, рискъ и здѣсь лежитъ на немъ.

[4]) Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ правила „periculum est emptoris". § 446 опредѣляетъ: Съ *передачей* проданной вещи, рискъ случайной ея гибели или ухудшенія переходитъ на покупателя. Со времени передачи, покупателю принадлежатъ всѣ выгоды отъ вещи и на него ложатся связанныя съ нею повинности. Если покупатель земельнаго участка, до передачи его, заносится въ вотчинную книгу, какъ собственникъ, то указанныя послѣдствія наступаютъ со времени записи. Ср. еще § 447 о переходѣ риска при продажѣ на разстояніе. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 174, стр. 24.

[5]) Крайне спорнымъ является тотъ случай, когда продавецъ одну и ту же вещь продалъ различнымъ лицамъ порознь, и вещь эта, до момента передачи, случайно была уничтожена или испорчена. См. объ этомъ Jhering въ его Jahrb., т. 3, статья 7; Martinius: Der mehrfache Verkauf derselben Sache, 1873; Oesterlein: Der mehrfache Verkauf, 1883; Windscheid, т. 2, § 390, прим. 17. По нашему мнѣнію, необходимо различать слѣдующіе случаи: a) Обѣ продажи произошли bona fide, напр., собственникъ и его повѣренный продали одну и ту же вещь—можетъ быть, даже одновременно, не зная одинъ о дѣйствіяхъ другого. Въ такомъ случаѣ можно, безъ колебанія, предоставить продавцу, согласно общему правилу, право требовать уплаты покупной цѣны отъ обоихъ покупателей. b) Вторая продажа совершена злоумышленно. Тогда, по римскимъ понятіямъ, въ ней заключается обманъ—„falsum", l. 21. D. de falsis. 48. 10; со стороны продавца она является сдѣлкой contra bonos mores, и онъ не долженъ извлечь изъ нея какой-либо выгоды.

[6]) О значеніи слова „perfectio" см. Puntschart, loc. cit., стр. 41.

считается состоявшейся лишь *послѣ наступленія этого условія*. Необходимо, чтобы проданная вещь существовала еще въ моментъ исполненія условія. Поэтому за время, пока условіе не наступило, рискъ *уничтоженія* вещи падаетъ на *продавца*, а рискъ ея *ухудшенія*—на *покупателя* [7]).

b) Купля-продажа, далѣе, не признается окончательно состоявшейся, если *покупная цѣна* за извѣстную массу вещей должна еще опредѣлиться согласно съ ихъ *мѣрой, вѣсомъ* или *числомъ*, такъ наз. emptio ad mensuram. Подобныя сдѣлки разсматриваются, какъ условныя, до тѣхъ поръ, пока измѣреніе не произведено и общая стоимость проданныхъ вещей не установлена. Поэтому, на продавцѣ лежитъ рискъ уничтоженія товара, а на покупателѣ — рискъ его ухудшенія [8]).

c) Наконецъ, купля-продажа не считается окончательно состоявшейся, если продано извѣстное количество единицъ *изъ опредѣленной массы вещей*, но онѣ еще не выдѣлены изъ этой массы [9]). Только путемъ такого выдѣленія точно устанавливается предметъ продажи. До тѣхъ поръ продавецъ несетъ рискъ *уничтоженія* и *ухудшенія* товара.

Если продана извѣстная масса вещей гуртомъ—per aversionem, то рискъ переходитъ на покупателя тотчасъ по заключеніи сдѣлки.

При продажѣ вещей, опредѣленныхъ только родовыми признаками, продавецъ принципіально несетъ рискъ вплоть до исполненія обязательства, т. е., по общему правилу, до сдачи товара покупателю или до тѣхъ поръ, пока послѣдній не допуститъ просрочки въ его принятіи. При *продажѣ на разстояніе* достаточно отправки товара или передачи его возчику для доставленія покупателю [10]).

---

[7]) l. 8. pr., l. 10. D. h t. 18. 6; l. 10, § 5. D. de jure dotium. 23. 3.

[8]) l. 35, § 5. D. de contr. empt. 18. 1. Gajus libro 10 ad edictum provinciale... Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris; l. 35, § 6. D. eod.

[9]) l. 2. C. de per. et comm. 4. 48. Alexander: Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Mommsen: Beiträge, т. 1, стр. 342, разсматривая и этотъ видъ продажи, какъ сдѣлку подъ условіемъ, переноситъ рискъ *порчи* товара на *покупателя;* противъ этого взгляда ср. Windscheid, т. 2, § 390, прим. 9, и приведенныхъ тамъ авторовъ.

[10]) Относительно литературы см. Puntschart, loc. cit., стр. 264. Господствующей слѣдуетъ считать теорію „выдѣленія“ Thöl'я: Handelsrecht, 5 изд., §§ 262 и слѣд. Согласно этой теоріи, при продажѣ родовыхъ вещей, рискъ переходитъ на покупателя послѣ *выдѣленія* продавцомъ индивидуально-опредѣленнаго предмета и сообщенія объ этомъ фактѣ покупателю. Требуется *актъ изъявленія воли* со стороны продавца и *актъ воспріятія* со стороны покупателя. Thöl пытается такимъ образомъ распространить норму римскаго права о переходѣ риска при продажѣ извѣстнаго количества предметовъ изъ общей массы—ср. выше, прим. 9—на продажу родовыхъ вещей въ собственномъ смыслѣ. Но это не соотвѣтствуетъ ни римскому праву, ни потребностямъ современнаго оборота. См. Jhering въ его Jahrb., т. 4, статья 5. Объ основанныхъ на теоріи Thöl'я рѣшеніяхъ высшаго коммерческаго суда, R. O. H. G. E., т. 22, стр. 285, и т. 23, стр. 145, см. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 138, прим. 7. Правильнѣе теорія Jhering'a, loc. cit., въ силу которой, при продажѣ родовыхъ вещей, рискъ переходитъ на покупателя съ момента доставленія товара. Самъ Jhering называетъ свою теорію *теоріей доставленія* (Lieferungstheorie). Точнѣе было бы назвать ее *теоріей исполненія* (Erfüllungs-

www.naukaprava.ru

§ 97. Обязанности покупателя.

Продавецъ, путемъ actio venditi, можетъ требовать отъ покупателя:

1. Платежа [1]), т. е. передачи въ собственность [2]) *условленной покупной цѣны*. Покупателю можетъ быть дозволено или даже вмѣнено въ обязанность удовлетвореніе продавца и другими цѣнностями, напр., векселями, акціями или переводомъ на себя ипотеки [3]).

Кромѣ взноса денегъ, на покупателя могутъ быть возложены и другія обязательства, напр., не нарушать договора съ нанимателями проданной вещи [4]).

2. Съ *момента передачи товара,* на тѣ деньги, которыя еще не уплачены, наростаютъ проценты [5]), если не состоялось противоположнаго соглашенія. При продажѣ въ кредитъ, когда платежъ отсрочивается на извѣстное время, такое соглашеніе должно подразумѣваться, такъ какъ въ подобныхъ случаяхъ проценты за промежуточное время до взноса денегъ обыкновенно заранѣе включаются въ самую цѣну [6]).

3. *Затраты,* произведенныя продавцомъ послѣ заключенія сдѣлки, должны быть возмѣщены ему съ процентами, если только онѣ были необходимы—impensae necessariae. Издержки на улучшеніе вещи—impensae utiles—возмѣщаются лишь въ томъ случаѣ, если онѣ были сдѣланы съ согласія покупателя или очевидно соотвѣтствовали предполагаемому его желанію [7]) [8]).

4. Покупатель, съ одной стороны, имѣетъ *право требовать передачи* товара; но, съ другой стороны, на него возлагается и *обя-*

---

theorie). Дѣйствительно, при продажѣ родовыхъ вещей, рискъ переходитъ на покупателя—за исключеніемъ случая просрочки—лишь съ момента исполненія. При продажѣ на разстояніе—см. выше, § 95, п. 3—исполненіе считается состоявшимся съ момента передачи товара возчику для покупателя; въ подобныхъ случаяхъ съ этимъ моментомъ и связанъ переходъ риска. Въ томъ, чтобы товаръ былъ „выдѣленъ", нѣтъ безусловной необходимости, иногда же этого, наоборотъ, недостаточно. Ср. Karlowa въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 442. Ср. также гражд. улож. для герм. имперіи, § 243, п. 2.

[1]) l. 13, § 20. D. de a. e. v. 19. 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit, item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.

[2]) l. 11, § 2 in fine. D. de a. e. v. 19. 1; l. 1, pr. D. de permutatione. 19. 4.

[3]) Если переводъ ипотеки, предложенный „in partem pretii", окажется невыполнимымъ, напр., потому, что обезпеченный ипотекою долгъ уже погашенъ, то платежъ соотвѣтственной части цѣны долженъ быть произведенъ деньгами.

[4]) l. 13, § 30. D. de a. e. v. 19. 1. Различные виды подобныхъ добавочныхъ обязательствъ, упоминаемые въ источникахъ, сопоставлены у Unterholzner'a, т. 2, стр. 296, прим. g. Конечно, сдѣлка признается куплей-продажей лишь въ томъ случаѣ, если ея главною цѣлью является обмѣнъ товара на деньги. При этомъ слѣдуетъ принимать во вниманіе обстоятельства дѣла. Многое зависитъ и отъ отношенія стоимости вещи къ покупной цѣнѣ; но одно оно не имѣетъ еще рѣшающаго значенія.

[5]) l. 13, § 20. D. de a. e. v. 19. 1, приведенная въ прим. 1; l. 18, § 1. D. de usuris. 22. 1; l. 2. C. de usuris. 4. 32; l. 5. C. de act. empti. 4. 49. Ср., впрочемъ, также Fragm. Vatic., § 2.

[6]) Ср. гражд. улож. для германск. имперіи, § 452; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 176, стр. 31. Послѣдующая отсрочка платежа не имѣетъ одинаковаго значенія.

[7]) l. 13, § 22. D. de a. e. v. 19. 1. Petrazycki: Einkommen, т. 1, стр. 312. Ср. гражд. улож. для герм. имперіи, § 450; Dernb., Bürg. R., loc. cit., стр. 32.

[8]) Эти затраты должны быть возмѣщены покупателемъ даже въ томъ случаѣ, если проданная вещь случайно погибла до передачи.

занность принять его. Если же онъ этого не сдѣлаетъ, то на него падаютъ всѣ необходимыя издержки, произведенныя продавцомъ для того, чтобы освободиться отъ товара. Исключеніе составляетъ тотъ случай, когда во время заключенія сдѣлки нельзя было предвидѣть для продавца особаго интереса въ томъ, чтобы сбыть проданный товаръ [9]).

5. Покупатель отвѣчаетъ за всякую *вину* [10]); при продажѣ на разстояніе онъ обязанъ заботливо оберегать товаръ даже въ томъ случаѣ, если онъ въ правѣ отказаться отъ принятія купленной вещи вслѣдствіе ея недостатковъ или по инымъ основаніямъ [11]).

Противъ требованій продавца покупатель можетъ возразить, что договоръ или совсѣмъ не исполненъ продавцомъ или исполненъ ненадлежащимъ образомъ [12]). Сверхъ того, онъ имѣетъ т. н. exceptio evictionis imminentis, если исполненіе послѣдовало, но покупателю *угрожаетъ эвикція*. Когда предвидится частичная эвикція, покупатель въ правѣ удержать часть платы въ соотвѣтствующемъ размѣрѣ. Подобная exceptio можетъ быть устранена продавцомъ путемъ представленія обезпеченія—cautio [13]).

§ 98. Обязанности продавца. Общія начала.

Покупатель, путемъ actio ex empto, можетъ требовать отъ продавца:

1. *передачи проданной вещи* и всего, что составляло ея принадлежность во время заключенія сдѣлки [1]). *Пополненія принадлежностей* онъ можетъ требовать постольку, поскольку соотвѣтствующія pertinentia обычно передаются вмѣстѣ съ проданной вещью [2]) [3]).

---

[9]) Споренъ вопросъ, безусловно ли обязанъ покупатель принять товаръ, или такая обязанность существуетъ лишь при наличности извѣстныхъ условій. Ср. Barkhausen въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 30, стр. 30. Въ l. 9. D. de a. e. v. 19. 1 Pomponius libro 20 ad Sabinum рѣшаетъ особый случай: Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. Изъ этого нельзя еще вывести безусловнаго характера упомянутой обязанности. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 433, п. 2, устанавливаетъ общее правило: Покупатель обязанъ... взять у продавца купленную вещь. Ср., однако, Kohler въ Arch. für bürg. R., т. 13, стр. 174.

[10]) Покупатель отвѣчаетъ, въ частности, за убытки, причиненные по его винѣ продавцу при пріемѣ товара.

[11]) H. G. B., § 379; ср. R. O. H. G. E., т. 20, стр. 202.

[12]) См. выше, § 21.

[13]) Согласно одному „responsum“ Папиніана—fragm. Vat., § 12—покупатель, противъ котораго предъявленъ искъ о собственности, можетъ, въ продолженіе процесса, удерживать плату даже въ томъ случаѣ, если ему было предложено поручительство на случай эвикціи. При краткой процессуальной давности классическаго періода, обезпечивавшей быстрое окончаніе процесса, такое правило было допустимо; съ ея исчезновеніемъ оно не могло болѣе удержаться. Поэтому, Діоклетіанъ въ l. 24. C. de evictionibus. 8. 44 даетъ продавцу право, до окончанія процесса, требовать взноса платы, если онъ готовъ представить *обезпеченіе;* съ другой стороны, покупателю дозволяется удерживать плату даже въ томъ случаѣ, если эвикція ему только угрожаетъ. Такимъ образомъ, „responsum“ Папиніана могло быть принято въ пандекты Юстиніана—l. 19, § 1. D. de per. et comm. 18. 6—не иначе, какъ въ измѣненномъ видѣ. Ср. Puggè въ Rhein. Museum für Jurisprudenz, т. 3, стр. 438. Иные взгляды высказываетъ Bekker въ Bekkers und Muthers Jahrb., т. 6, стр. 323.

[1]) l. 13. § 31, l. 18. D. de a. e. v. 19. 1, см. выше, вып. 1, § 77. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 314. Такъ наз. „придача“ разсматривается также, какъ часть проданной вещи, l. 31, § 25. D. de aedil. edicto. 21. 1. Ср. Bauer: Die Dreingabe beim Kauf, 1887.

www.naukaprava.ru

Прибыль, которую принесла проданная вещь *послѣ заключенія договора*, принадлежитъ покупателю, такъ какъ на него переходитъ и рискъ [4]). Покупателю должна быть передана вся прибыль, возникшая сама собой, напр., наносъ земли—alluvio—или слѣдующая собственнику половина клада, найденнаго въ проданной вещи; ему предоставляется также обычный доходъ съ вещи, напр., арендная и наемная плата [5]). Выгода, которую продавецъ извлекъ *при помощи* вещи благодаря своей личной предпріимчивости, счастливой случайности или даже незаконнымъ способомъ, не разсматривается, какъ *доходъ отъ вещи*, а считается *личной выгодой* и потому не подлежитъ выдачѣ покупателю [6]).

Мѣсто, гдѣ долженъ быть представленъ товаръ, опредѣляется на общихъ основаніяхъ [7]). *Индивидуально-опредѣленная вещь* обыкновенно передается покупателю тамъ, гдѣ она находилась *въ моментъ заключенія договора* [8]).

2. Всякая *вина*, въ частности при *заключеніи* сдѣлки [9]), а так-

---

[2]) Это вытекаетъ изъ общихъ положеній. Напр., проданный домъ долженъ быть переданъ съ ключами или даже, согласно мѣстному обычаю, и со ставнями.

[3]) Въ случаѣ продажи недвижимостей, покупатель можетъ требовать отъ продавца содѣйствія при занесеніи акта въ поземельную книгу. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 444.

[4]) Ср. выше, § 23, прим. 9. Jhering: Abhandlungen, ст. I, 1843; Mommsen: Erörterungen aus dem Obligationenrecht, книжка 1, 1859; § 3. I. de empt. et vend. 3. 23; l. 7, pr. D. de per. et comm. 18. 6.

[5]) Вопросъ о судьбѣ арендной и наемной платы издавна считается спорнымъ; ср. Mommsen, loc. cit., стр. 124. Обыкновенно теперь различаютъ два случая. Если договоръ аренды или найма былъ заключенъ еще *до* продажи вещи, то покупатель не имѣетъ права на арендную или наемную плату даже за время послѣ продажи. Напротивъ, если продавецъ заключилъ арендный или наемный договоръ *послѣ* продажи вещи, то арендная или наемная плата идетъ въ пользу покупателя, такъ какъ продавецъ въ этомъ случаѣ долженъ разсматриваться, какъ его negotiorum gestor. Но взглядъ на продавца, какъ на negotiorum gestor'а покупателя, искусственъ, и самое разграниченіе упомянутыхъ двухъ случаевъ едва ли справедливо и практически цѣлесообразно. Надо помнить, что Ульпіанъ—libro 32 ad edictum, l. 13, § 13. D. de a. e. v. 19. 1—выражается въ слишкомъ общей формѣ: Item si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur. Неужели покупатель корабля не имѣетъ права на фрахтъ, если договоръ съ хозяиномъ груза былъ заключенъ до продажи, нагрузка же и плаваніе произошли лишь послѣ продажи? Изъ словъ Ульпіана этого не видно. Правда, тотъ же юристъ въ томъ же мѣстѣ—l. 13. § 11. D. eod.—говоритъ: Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent qui locaverat: idem et in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Но противорѣчіе исчезаетъ, если § 11 разсматривать въ связи съ предыдущимъ § 10. Въ послѣднемъ мѣстѣ покупателю, въ случаѣ продажи поля съ *созрѣвшими* плодами, присуждаются эти плоды, если только они были сняты уже послѣ продажи. Въ противоположность этому, Ульпіанъ въ § 11 подчеркиваетъ, что продавцу предоставляется право на *невнесенную* наемную плату, *срокъ которой наступилъ* еще до совершенія продажи. Довольно понятно, что юристъ въ данномъ случаѣ разумѣлъ подъ „pensiones" только просроченную наемную плату. Весьма возможно также, что неясность этого мѣста произошла лишь вслѣдствіе обычныхъ у компиляторовъ сокращеній въ текстѣ Ульпіана. Согласно гражд. улож. для герман. имперіи, § 101, п. 2, наемная и арендная плата дѣлятся пропорціонально времени, въ теченіе котораго управомочены продавецъ и покупатель. Ср. еще § 446.

[6]) Такъ, напр., не подлежитъ выдачѣ покупателю та половина клада, которая, по закону, принадлежитъ продавцу, *нашедшему* его въ проданной вещи; лицо, продавшее ружье, конечно, не обязано отдать покупателю убитую изъ этого ружья дичь, см. также l. 21. D. de her. vel act. vend. 18. 4. Ср. Petrazycki: Einkommen, т. 1, § 6, т. 2, § 18.

[7]) Ср. выше, § 32.

[8]) l. 3, § 4. D. de a. e. v. 19. 1.

[9]) Franz Leonhard: Die Haftung des Verkäufers für Verschuldung, 1896.

же при *храненіи* проданной вещи, обязываетъ продавца къ возмѣщенію убытковъ[10]) [11]).

3. Наконецъ, продавецъ отвѣчаетъ за *эвикцію* проданной вещи, за *скрытые недостатки* ея и за *отсутствіе* въ ней тѣхъ *свойствъ*, которыя были *обѣщаны* по договору.

Эти обязанности продавца будутъ разсмотрѣны отдѣльно.

§ 99. Отвѣтственность продавца за эвикцію[1]).

Продавецъ исполнилъ свое обязательство передачей покупателю купленной вещи[2]). Но впослѣдствіи можетъ оказаться, что самъ онъ не обладалъ необходимымъ правомъ для того, чтобы доставить покупателю прочное юридическое господство надъ вещью; тогда для него возникаютъ новыя обязанности.

Главнымъ случаемъ является *эвикція*, т. е. *отобраніе купленной вещи на основаніи рѣшенія суда, вошедшаго въ законную силу*. Этотъ случай стоялъ въ гражданскомъ оборотѣ на первомъ планѣ; съ нимъ, главнымъ образомъ, и считалась теорія римскаго права[3]).

Въ Римѣ обыкновенно, по крайней мѣрѣ при продажѣ болѣе цѣнныхъ вещей, прибѣгали къ особымъ *штрафнымъ стипуляціямъ* объ уплатѣ, въ случаѣ эвикціи, *двойной суммы покупной цѣны*. Эти ступуляціи были такъ тѣсно связаны съ самой сдѣлкой купли-продажи, что покупатель, въ случаѣ отказа продавца, судебнымъ порядкомъ, посредствомъ actio ex empto, могъ требовать ихъ заключенія [4]).

---

[10]) l. 35, § 4. D. de contr. empt. 18. 1; l. 1. § 1, l. 2. § 1, l. 3. D. de per. et comm. 18. 6.

[11]) О покрытіи издержекъ, вызванныхъ совершеніемъ сдѣлки, см. гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 448 и 449.

[1]) Tit. Dig. de evictionibus et duplae stipulatione. 21. 2; Cod. 8. 44; K. O. Müller: Die Lehre von der Evictionsleistung, т. 1, 1851, — сочиненіе не окончено; Bekker въ своемъ Jahrb., т. 6, статья 8; Kempin, см. выше, § 94, прим. 17; P. F. Girard: Etudes historiques sur la formation du système d'eviction, 1884.

[2]) Bekker, loc. cit., стр. 233 и 301, утверждаетъ, что „въ случаѣ эвикціи обязательство считается вовсе неисполненнымъ“, и что „эвикція уничтожаетъ *внѣшнюю видимость исполненія*“. Но едва ли у римскихъ юристовъ было подобное представленіе, такъ какъ они сопоставляютъ рядомъ двѣ обязанности: „tradere“ и „ob evictionem se obligare“, ср. l. 1, pr. D. de perm. 19. 4. Воззрѣніе Bekker'а не соотвѣтствуетъ и потребностямъ практики; оно привело бы къ тому, что покупатель, послѣ эвикціи, сначала долженъ былъ бы путемъ иска добиваться болѣе точнаго исполненія и только въ случаѣ невозможности послѣдняго — возмѣщенія денежнаго интереса. Между тѣмъ, на дѣлѣ, покупатель, пострадавшій вслѣдствіе эвикціи, можетъ требовать непосредственно возмѣщенія своего интереса. Въ приведенной Bekker'омъ въ пользу своего взгляда l. 3. pr. D. de a. e. v. 19. 1 вещь была отнята у покупателя при помощи иска о владѣніи; слѣдовательно, на самомъ дѣлѣ, передача ея вообще не состоялась.

[3]) По гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 440 и слѣд., покупатель, которому вещь была передана, можетъ, вслѣдствіе „недостатка въ правѣ“, еще до эвикціи требовать вознагражденія или, при извѣстныхъ условіяхъ, отказаться отъ сдѣлки. Но покупатель обязанъ доказать наличность такого недостатка въ правѣ. Въ силу этого, на практикѣ, иски все же будутъ предъявляться, бо́льшею частью, лишь послѣ эвикціи, такъ что, въ общемъ, сохранятъ свою силу основныя начала обще-германскаго права.

[4]) l. 31, § 20. D. de aed. edicto. 21. 1. Обыкновенно, продавецъ не былъ обязанъ представлять *satisdatio*, l. 37. pr., l. 56. pr. D. h. t. 21. 2; l. 1, § 8. D. de stip. praet.

www.naukaprava.ru

Современному обороту и обще-германскому праву такой порядокъ неизвѣстенъ. Здѣсь, въ случаѣ эвикціи, покупатель можетъ непосредственно, путемъ actio ex empto, требовать возмѣщенія своего интереса[5]).

1. Подобное притязаніе допускается при слѣдующихъ условіяхъ:

a) Необходимо, чтобы проданная вещь была *передана* покупателю[6]). До этого момента покупатель можетъ требовать лишь передачи вещи, а при просрочкѣ со стороны продавца — возмѣщенія убытковъ.

b) Необходимо, далѣе, чтобы вещь была *отсуждена окончательнымъ судебнымъ рѣшеніемъ* и чтобы она, на основаніи этого рѣшенія, была *дѣйствительно отнята* у покупателя[7]).

Рѣшеніе суда, неблагопріятное для покупателя, налагаетъ на продавца отвѣтственность за эвикцію лишь въ томъ случаѣ, если ему своевременно *было предложено вступить въ дѣло*[8])[9]), т. е. въ такой стадіи процесса, когда защита покупателя была еще вполнѣ возможна[10]).

Продавецъ, своевременно привлеченный къ участію въ процессѣ, отвѣчаетъ передъ потерпѣвшимъ отъ эвикціи покупателемъ, все

---

46. 5. Однако, въ этомъ отношеніи руководствовались мѣстнымъ обычаемъ, l. 6. D. h. t, 21. 2. О продажѣ незначительныхъ предметовъ см. l. 37, § 1. D. h. t. 21. 2. Ср. вообще Brinz, т. 2, стр. 734; Bechmann, loc. cit., стр. 669; Lenel: Edictum perpetuum, стр. 443, 446. Штрафная ступуляція имѣла своимъ предметомъ уплату двойной покупной цѣны, а не интереса; ср., между прочимъ, документъ о манципаціи, найденный въ Семиградіи и перепечатанный у Bruns'a: Fontes, стр. 289: tum quanti ea puella empta est, tantam pecuniam et alterum tantum dari и т. д.

[5]) l. 8. D. h. t. 21. 2.

[6]) l. 61 и l. 62, pr. D. h. t. 21. 2; Müller, loc. cit., стр. 108.

[7]) Эвикція считается совершившейся лишь съ того момента, когда окончательное рѣшеніе суда уже приведено въ исполненіе. Это имѣетъ мѣсто, прежде всего, въ томъ случаѣ, если покупатель, подчиняясь рѣшенію суда, отдалъ вещь истцу, или если она была отобрана у него въ порядкѣ принудительнаго исполненія. Эвикція признается также состоявшейся, если покупатель принужденъ былъ выступить на судѣ въ качествѣ истца, и ему было отказано въ искѣ, такъ какъ тѣмъ самымъ онъ окончательно лишается владѣнія вещью. Наконецъ, достаточно, чтобы покупатель, не выдавшій вещи истцу вопреки судебному рѣшенію, былъ присужденъ къ уплатѣ ея стоимости по оцѣнкѣ. При этомъ не требуется, чтобы онъ уже въ дѣйствительности уплатилъ эту стоимость. Ибо, въ силу присужденія къ уплатѣ litis aestimatio, вещь считается какъ бы купленной у истца, и съ этихъ поръ покупатель владѣетъ ею на основаніи этого новаго титула, а не въ силу первоначальной купли-продажи, l. 16. § 1, l. 29. § 1, l. 57. pr., § 1. D. h. t. 21. 2.

[8]) Litis denuntiatio требовалась юриспруденціей, во-первыхъ, потому, что продавецъ обыкновенно лучше освѣдомленъ о правовомъ положеніи проданной вещи, чѣмъ покупатель, а, кромѣ того, потому, что въ исходѣ процесса болѣе заинтересованъ продавецъ, обязанный возмѣстить убытки отъ эвикціи, чѣмъ самъ покупатель. Формулы штрафныхъ стипуляцій еще не содержали требованія относительно litis denuntiatio; ср. стипуляціи на вощеныхъ дощечкахъ, найденныхъ въ Семиградіи, у Bruns'a: Fontes juris, изд. 6, стр. 288 и слѣд.

[9]) Въ Римѣ предложеніе третьему лицу вступить въ дѣло происходило помимо суда; по современному праву оно производится судебнымъ порядкомъ, C. P. O., § 73. Если третье лицо вступаетъ въ дѣло, то оно является пособникомъ — socius litis, C. P. O., § 74.

[10]) l. 29, § 2. D. h. t. По современному процессуальному праву достаточно, чтобы предложеніе третьему лицу вступить въ дѣло послѣдовало хотя бы въ апелляціонной инстанціи, такъ какъ и въ этой стадіи процесса стороны ничѣмъ не ограничены въ представленіи новыхъ заявленій.

равно, вступилъ ли онъ въ дѣло или нѣтъ. Точно такъ же безразлично, справедливо ли рѣшеніе суда или нѣтъ[11]).

Привлеченіе продавца къ участію въ процессѣ считается излишнимъ: 1) когда продавецъ и помимо того вступилъ въ дѣло въ качествѣ третьяго лица, какъ пособникъ; 2) когда онъ заранѣе отказался отъ права требовать привлеченія[12]); 3) когда онъ отсутствуетъ, т. е. находится внѣ предѣловъ государства, или мѣстопребываніе его неизвѣстно, и наконецъ, 4) когда онъ умышленно уклонился отъ привлеченія[13]). Если привлеченіе не состоялось помимо вышеуказанныхъ причинъ, то судебное рѣшеніе ни къ чему не обязываетъ продавца. Впрочемъ, если покупатель въ состояніи доказать, что ему было передано лишь мнимое и непрочное право, то онъ на этомъ основаніи можетъ требовать возмѣщенія своего ущерба[14]).

c) Наконецъ, необходимо, чтобы то право, на основаніи котораго покупатель подвергся эвикціи, существовало уже *въ моментъ передачи проданной вещи*[15]).

Совершенно безразлично, произошла ли эвикція на основаніи иска о правѣ собственности, actio Publiciana, actio hypothecaria[16]) или

---

[11]) C. P. O., § 68. Согласно l. 51, pr. D. h. t. 21. 2 — ср. l. 8. C. h. t. 8. 44 — продавецъ могъ ссылаться на то, что покупатель проигралъ процессъ „sordibus judicis aut stultitia".

[12]) l. 63, pr. D. h. t. 21. 2.

[13]) l. 56, § 5. D. h. t. 21. 2.

[14]) Что покупатель только тогда имѣетъ регрессъ по поводу эвикціи, когда привлекъ продавца къ участію въ дѣлѣ, съ полной очевидностью явствуетъ изъ l. 7. C. h. t. 8. 44 и l. 8. C. eod., изданныхъ императоромъ Александромъ: Emptor fundi, nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussores ejus habet. Этимъ закономъ императорская власть утвердила правило, которое уже раньше защищалось юристами по внутреннимъ соображеніямъ, ср. l. 53, § 1. D. h. t. 21. 2. Однако, существуетъ и менѣе строгій взглядъ, въ силу котораго непривлеченіе продавца къ участію въ процессѣ остается безъ послѣдствій, „если покупатель можетъ доказать, что продавецъ все равно не могъ бы предотвратить проигрыша процесса". Windscheid, т. 2, § 391, прим. 12, считаетъ даже отказъ покупателю въ регрессѣ по поводу эвикціи возможнымъ лишь въ томъ случаѣ, „если *продавецъ* въ состояніи доказать, что онъ далъ бы процессу другое направленіе". Подобное доказательство было бы сопряжено съ большими трудностями и ставило бы продавца въ невыгодное положеніе по отношенію къ покупателю, который не привлекъ его къ участію въ дѣлѣ. По нашему мнѣнію, изъ приведенныхъ постановленій слѣдуетъ сдѣлать, по меньшей мѣрѣ, тотъ выводъ, что покупатель, не совершившій litis denuntiatio, не можетъ ссылаться на *рѣшеніе суда, которое привело къ эвикціи*. Такому покупателю можетъ быть предоставлено лишь самостоятельное право доказывать, что, вслѣдствіе недостатковъ переданнаго ему продавцомъ права, онъ оказался въ положеніи, не соотвѣтствующемъ условіямъ договора. Въ данномъ спорномъ вопросѣ врядъ ли можно ссылаться на l. 11, § 12. D. de a. e. v. 19. 1, такъ какъ это мѣсто, строго говоря, трактуетъ не объ эвикціи, а о недостаткѣ товара, предусмотрѣнномъ эдильскимъ эдиктомъ. Ср. Dernburg-старшій въ Lindes Zeitschrift, n. F., т. 2, статья 1; Bekker, loc. cit., стр. 288.

[15]) l. 11, pr. D. h. t. 21. 2. Paulus libro 6 responsorum: Lucius Titius praedia in Germania trans Rhenum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas: quaero, an hujus rei periculum ad venditorem pertinere possit? Paulus respondit: futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse; l. 1. C. de periculo et commodo. 4. 48.

[16]) l. 34. § 2, l. 35, l. 63. § 1. D. h. t. 21. 2; l. 4, l. 5, l. 19. C. h. t. 8. 44. Въ настоящее время, впрочемъ, стороны обыкновенно условливаются, чтобы покупатель перевелъ на себя опредѣленныя залоговыя обязательства, лежащія на проданномъ участкѣ, которыя и зачитываются въ покупную цѣну; въ свою очередь, продавецъ можетъ обязаться освободить участокъ отъ другихъ закладныхъ, которыя покупатель на

www.naukaprava.ru

какого-нибудь личнаго иска, который можетъ быть предъявленъ и къ третьему лицу[17]) [18]).

Частичная эвикція проданной вещи даетъ право на соотвѣтствующее вознагражденіе. Такая частичная эвикція заключается въ лишеніи покупателя физической или идеальной части купленнаго предмета, а также, косвенно, въ эвикціи плодовъ и другихъ произведеній, принесенныхъ купленной вещью уже послѣ ея передачи, и, наконецъ, въ присужденіи третьему лицу права узуфрукта на эту вещь [19]).

Напротивъ, признаніе по суду *прédіальнаго сервитута*, обременяющаго проданный участокъ, не считается частичной эвикціей[20]). Вслѣдствіе этого, продавецъ отвѣчаетъ здѣсь лишь въ томъ случаѣ, если онъ по договору *спеціально обѣщалъ*, что проданный участокъ *свободенъ* отъ всякихъ сервитутовъ или, по крайней мѣрѣ, отъ тѣхъ, на которые заявлено притязаніе. Онъ отвѣчаетъ также, если *умышленно умолчалъ* о существованіи сервитута[21]).

Это правило нельзя распространять на земельныя повинности(Reallasten). Продавецъ, правда, не отвѣчаетъ за тѣ повинности, которыя,

---

себя не переводитъ. Конечно, въ подобномъ случаѣ притязанія покупателя къ продавцу ограничиваются погашеніемъ этихъ послѣднихъ. При этомъ покупатель можетъ требовать исковымъ порядкомъ очистки имѣнія отъ залога, не дожидаясь эвикціи вслѣдствіе реализаціи закладныхъ. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 252. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 439, п. 2, гласитъ: Ипотеку, вотчинный долгъ, рентный долгъ и закладное право продавецъ обязанъ погасить, хотя бы покупатель зналъ объ обремененіи. То же правило распространяется на предварительныя отмѣтки, внесенныя въ вотчинную книгу въ обезпеченіе притязанія на установленіе такихъ правъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 180, стр. 41.

[17]) Въ l. 34, § 1. D. h. t. 21. 2 имѣется въ виду искъ о раздѣлѣ, въ l. 39. pr., l. 66, § 1. D. eod.—in integrum restitutio.

[18]) Возможенъ случай, когда пріобрѣтеніе владѣнія покупателемъ оспаривается путемъ поссессорнаго иска. Проигрышъ такого процесса не считается эвикціей; здѣсь, на самомъ дѣлѣ, владѣніе еще не было передано покупателю, l. 11, § 13. D. de a. e. v. 19. 1; поэтому, онъ можетъ требовать исковымъ порядкомъ лишь передачи ему владѣнія и только на случай неудовлетворенія этой претензіи—возмѣщенія денежнаго интереса. Ср., впрочемъ, также l. 38, § 3. D. de verb. obl. 45. 1.

[19]) l. 66, pr. D. de contr. empt. 18. 1; l. 15. § 1, l. 39. § 5. D. h. t. 21. 2. Точно такъ же и гражд. улож. для герман. имперіи.

[20]) Таково господствующее мнѣніе; оно опирается на l. 59. D. de contr. empt. 18. 1. Celsus libro 8 Digestorum: Cum venderes fundum, non dixisti „ita ut optimus maximusque“: verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. idem et in urbanis praediis dicendum est. Точно такъ же l. 75. D. h. t. 21. 2 говоритъ, что продавецъ отвѣчаетъ за сервитуты, которыми обремененъ проданный участокъ, лишь въ томъ случаѣ, если онъ передавалъ его, какъ „optimus maximus“, т.-е. свободнымъ отъ всякихъ сервитутовъ. Приводимыя противъ этого l. 61. D. de aedilicio edicto. 21. 1 и l. 15, § 1. D. h. t. 21. 2 опредѣляютъ лишь размѣръ отвѣтственности продавца въ случаѣ возникновенія регресса по поводу того, что проданный участокъ оказался обремененнымъ сервитутами, но не касаются условій подобнаго регресса. Того же мнѣнія Windscheid, т. 2, § 391, прим. 28. Почти всѣ новѣйшіе писатели придерживаются защищаемаго нами взгляда: Müller, стр. 185; Vangerow, т. 3, § 610; Bekker, стр. 268, и учебники. Затѣмъ R. G. E., т. 4, стр. 194, т. 7, стр. 174; Jurist. Wochenschrift, 1892, стр. 319. Противоположнаго мнѣнія Neustetel въ его и Zimmerns Untersuchungen, стр. 216. По гражд. улож. для герман. имперіи, продавецъ отвѣчаетъ и за то, что проданный участокъ не обремененъ реальными сервитутами.

[21]) Умолчаніе объ извѣстныхъ продавцу сервитутахъ не всегда является злоумышленнымъ—R. G. E., т. 7, стр. 174; Seuffert: Archiv, т. 48, каз. 83, а лишь тогда, когда продавецъ зналъ, что они несовмѣстимы съ той цѣлью, для которой земля была куплена, напр., въ случаѣ пріобрѣтенія участка подъ постройку.

по мѣстному обычаю, всегда обременяютъ участки извѣстнаго рода. Но его отвѣтственность распространяется на тѣ повинности, которыя не являются обычными по мѣстнымъ условіямъ, и о которыхъ покупатель не зналъ вслѣдствіе того, что продавецъ о нихъ умолчалъ[22]).

d) Продавецъ не отвѣчаетъ за эвикцію, если покупатель, въ моментъ заключенія купли-продажи, зналъ уже о существованіи права того лица, которое впослѣдствіи добилось эвикціи[23]). Онъ не отвѣчаетъ также, если продалъ вещь „безъ всякихъ обязательствъ“ или сложилъ съ себя, по крайней мѣрѣ, отвѣтственность за эвикцію. При подобныхъ условіяхъ, въ случаѣ эвикціи, онъ даже не обязанъ возвратить полученную за вещь покупную цѣну. Но если продавецъ зналъ, что онъ не имѣетъ никакого права на предметъ сдѣлки, и обманнымъ путемъ добился согласія контрагента на отказъ отъ регресса, то онъ все же отвѣчаетъ передъ покупателемъ за послѣдствія своего обмана[24]).

2. *Предметомъ* требованія покупателя, потерпѣвшаго эвикцію, является его *интересъ*[25]).

Согласно общимъ принципамъ, интересъ этотъ опредѣляется примѣнительно къ тому времени, когда состоялось *рѣшеніе суда по регрессному иску покупателя къ продавцу*[26]). При оцѣнкѣ принимается въ соображеніе та цѣнность вещи, которую она имѣла бы для покупателя. Покупная же цѣна не принимается въ расчетъ[27]).

Если вещь прошла черезъ нѣсколько рукъ—отъ A къ B, отъ B къ C, и C подвергся эвикціи, то B можетъ предъявить требова-

---

[22]) По поводу повинностей ср. l. 9. C. de a. e. v. 4. 49 и l. 21. § 1, l. 41. D. de a. e. v. 19. 1; правда, эти мѣста не приводятъ къ безспорнымъ выводамъ. См. Bekker, loc. cit., стр. 277. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 436, продавецъ земельнаго участка не отвѣчаетъ за то, что послѣдній свободенъ отъ такихъ налоговъ или иныхъ государственныхъ повинностей, которые не подлежатъ внесенію въ вотчинную книгу.— За недоимки въ податяхъ и повинностяхъ продавецъ отвѣчаетъ, если покупатель не перевелъ ихъ на себя.

[23]) l. 27. C. h. t. 8. 44. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 439, п. 1. Конечно, это не распространяется на тотъ случай, когда продавецъ обязался устранить право третьяго лица.

[24]) l. 6, § 9. D. de a. e. v. 19. 1; l. 69, § 5. D. h. t. 21. 2; l. 11, § 18. D. de a. e. v. 19. 1. По поводу послѣдняго мѣста см. авторовъ, приведенныхъ у Arndts'a, § 303. Scharff: Die Lehre vom Gewährerlass, Greifswald, 1888. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 443.

[25]) Своеобразно рѣшаетъ этотъ вопросъ гражд. улож. для герман. имперіи, § 440, п. 1. Примѣняются общія правила о синаллагматическихъ договорахъ; ср. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 181, стр. 42.

[26]) l. 8. D. h. t. 21. 2; l. 25, l. 29. C. h. t. 8. 44. „Время эвикціи“ не имѣетъ рѣшающаго значенія, какъ это полагаетъ Windscheid, т. 2, § 391, прим., 34. Издержки должны быть возмѣщены въ томъ случаѣ, если предметъ, на который онѣ были сдѣланы, еще существуетъ, если онѣ увеличиваютъ цѣнность вещи и если притомъ покупатель не могъ потребовать ихъ возмѣщенія отъ лица, добившагося эвикціи, l. 43, l. 45, pr. § 1. D. de a. e, v. 19. 1; l. 9, l. 16. C. h. t. 8. 44. Относительно возмѣщенія судебныхъ издержекъ см. Bekker, стр. 310. Если, вслѣдствіе эвикціи, покупатель лишился части вещи, то въ оцѣнку интереса слѣдуетъ включить не только стоимость отнятой части, но и сумму, на которую уменьшилась для покупателя цѣнность оставшейся у него части. Въ источникахъ указываются особыя правила относительно частичной эвикціи въ случаѣ „duplae stipulatio“; такъ, въ l. 64. D. h. t. 21. 2; по поводу этого мѣста ср. Brinz, т. 2, стр. 738. Впрочемъ, упомянутыя рѣшенія источниковъ не имѣютъ больше практическаго значенія.

[27]) l. 70. D. h. t. 21. 2; l. 66, § 3. D. eod. Интересъ — при пониженія стоимости купленной вещи—можетъ быть ниже покупной цѣны.

www.naukaprava.ru

ніе къ A на основаніи эвикціи, постигшей его преемника, а C—къ B на основаніи своей собственной эвикціи. C противъ A не имѣетъ прямого притязанія: право регресса не переходитъ вмѣстѣ съ вещью. Но B обязанъ уступить своему преемнику C то притязаніе, которое онъ имѣетъ къ своему предшественнику A[28]).

3. Притязаніе покупателя къ продавцу *не* ограничивается одной *эвикціей*.

Покупатель можетъ требовать возмѣщенія интереса во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда онъ терпитъ имущественный ущербъ вслѣдствіе того, что права продавца на предметъ сдѣлки не были достаточно полны. Сюда относится, напр., тотъ случай, когда покупатель становится наслѣдникомъ собственника вещи: здѣсь онъ напрасно уплатилъ за нее покупную цѣну; затѣмъ—если вещь завѣщана или подарена покупателю[29]), или если онъ купилъ ее вторично у настоящаго собственника для того, чтобы устранить возможность эвикціи со стороны послѣдняго[30]). Покупателю не можетъ быть отказано въ искѣ о возмѣщеніи убытковъ даже въ томъ случаѣ, если онъ впослѣдствіи узнаетъ, что вещь принадлежитъ третьему лицу, и онъ, вслѣдствіе этого, лишится положенія добросовѣстнаго владѣльца[31])[32]). Конечно, во всѣхъ подобныхъ случаяхъ покупатель долженъ доказать, что третье лицо имѣло болѣе сильное право на вещь, чѣмъ продавецъ.

Гражд. улож. для герман. имперіи идетъ еще дальше[33]). Продавецъ обязанъ предоставить вещь покупателю въ собственность и притомъ свободной отъ правъ третьихъ лицъ.

4. Регрессъ къ лицу, отчуждающему вещь, наступаетъ не только при продажѣ, но и при мѣнѣ, раздѣлѣ имущества, мировой сдѣлкѣ и вообще во всѣхъ случаяхъ возмезднаго отчужденія[34]).

---

[28]) l. 61, l. 39. § 1, l. 71. D. h. t. 21. 2.

[29]) l. 41. pr., § 1. D. h. t. 21. 2; l. 13, § 15. D. de a. e. v. 19. 1. Pauli sent., II, 17, § 8. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 440, п. 3.

[30]) l. 29, pr. D. h. t. 21. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 440, п. 3.

[31]) Такова, въ общемъ, точка зрѣнія Eck'a: Die Verpflichtung zur Gewährung des Eigentumes, 1874. Во всякомъ случаѣ, въ принципѣ, римляне твердо держались правила, которое формулировалъ Africanus libro 8 quaestionum, l. 30, § 1. D. de a. e. v. 19. 1: „venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat". Однако, какъ доказалъ Eck, loc. cit., стр. 25, римскіе юристы во многихъ своихъ рѣшеніяхъ пошли дальше этого. Въ частности, продавецъ отвѣчаетъ за dolus, если онъ продалъ завѣдомо чужую вещь; здѣсь онъ долженъ возмѣстить тотъ интересъ, который имѣлъ покупатель въ пріобрѣтеніи права собственности, l. 30. § 1, l. 45. § 1. D. de a. e. v. 19. 1. Подобныя отдѣльныя рѣшенія, однако, не были еще сведены римлянами къ общему принципу. Но, согласно ихъ тенденціи и воззрѣніямъ современной жизни, слѣдуетъ, вмѣстѣ съ Eck-омъ, предоставить покупателю искъ къ продавцу во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда его интересъ страдаетъ отъ того, что ему не было предоставлено право собственности.

[32]) Если вещь, которой грозитъ эвикція, случайно погибнетъ еще до окончанія процесса, то покупатель ничего не можетъ требовать отъ продавца; послѣдній подлежитъ здѣсь отвѣтственности лишь въ случаѣ dolus, l. 21. pr. D. h. t. 21. 2; l. 26. C. h. t. 8. 44. Ср., однако, гражд. улож. для герман. имперіи, § 440, п. 2 въ концѣ.

[33]) Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 433 и 434; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 180, стр. 30.

[34]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 445. При такихъ договорахъ, которые не отличаются строго дѣловымъ характеромъ, какъ, напр., случайная мѣна вещей,

§ 100. Отвѣтственность за недостатки вещи и за отсутствіе въ ней обѣщанныхъ качествъ[1]).

Согласно общимъ принципамъ, продавецъ обязанъ возмѣстить покупателю *интересъ* въ томъ случаѣ, если онъ *обѣщалъ*, что вещь имѣетъ такія свойства, какихъ на самомъ дѣлѣ не оказалось, а затѣмъ тогда, когда онъ *зналъ*, при заключеніи сдѣлки, о недостаткахъ товара и виновнымъ образомъ *умолчалъ* о нихъ[2]) [3]).

Гораздо дальше идетъ въ этомъ отношеніи *эдильское* право. Подъ нимъ разумѣется рядъ особыхъ положеній, которыя были развиты на основѣ эдикта курульныхъ эдиловъ.

Въ силу своего права разбирать споры, возникающіе изъ рыночныхъ сдѣлокъ, эдилы издавали особые эдикты сначала по поводу продажи рабовъ, а затѣмъ и по поводу продажи рабочаго скота[4]). Юриспруденція императорскаго періода распространила эти правила на всѣ виды продажи[5]).

Такимъ образомъ установились слѣдующія нормы отвѣтственности продавца за отсутствіе въ проданной вещи *обѣщанныхъ качествъ* и за *скрытые* ея *недостатки*[6]):

обязанность къ возмѣщенію полнаго интереса вслѣдствіе эвикціи часто лежитъ внѣ намѣреній сторонъ, заключающихъ договоръ, и потому не должна предполагаться. Ср. Bernhöft у Bekker und Fischer: Beiträge zum Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, книжка 12, стр. 10.

[1]) Tit. Dig. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris. 21. 1; Cod. de aediliciis actionibus. 4. 58. Neustetel въ его и Zimmerns Untersuchungen, статья 9; Unterholzner въ Archiv für civ. Praxis, т. 6, статья 3; Hermann Keller въ Sells Jahrbücher, т. 3, стр. 86; Bechmann: Kauf, т. 1, стр. 391; Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare, 1883—1887.

[2]) Это практиковалось при продажѣ земельныхъ участковъ еще во времена Цицерона: De officiis, III, cap. 16, § 65. Ср. относительно древнѣйшаго права Bechmann, т. 1, стр. 192; Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, изд. 2, стр. 239. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 463, гласитъ: Если проданная вещь, во время совершенія купли, не обладаетъ качествомъ, за которое продавецъ ручался, то покупатель можетъ... потребовать возмѣщенія ущерба отъ неисполненія договора. То же правило примѣняется, если продавецъ умышленно умолчалъ о какомъ-либо недостаткѣ вещи.

[3]) Необходимо указать, прежде всего, на слѣдующее основное положеніе: l. 13. pr. D. de a. e. v. 19. 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Julianus libro 15 inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse sciissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

[4]) l. 1, § 1. D. h. t. 21. 1 — эдиктъ о рабахъ, l. 38. pr. D. eod. — эдиктъ о рабочемъ скотѣ (какъ ихъ называетъ Bechmann, loc. cit.).

[5]) l. 1. pr., l. 63. D. h. t. 21. 1; l. 11, § 3. D. de a. e. v. 19. 1. Wlassak: Zur Geschichte der negotiorum gestio, стр. 169; Hanausek, loc. cit., стр. 55.

[6]) Многочисленныя постановленія эдикта связаны со спеціальными обычаями римскаго оборота и не рецепированы: а) Продавецъ былъ обязанъ, въ теченіе 2 мѣсяцевъ послѣ продажи, дать покупателю категорическое обѣщаніе, что вещь не имѣетъ недостатковъ, l. 28. D. h. t. 21. 1; l. 11, § 4. D. de a. e. v. 19. 1; ср. также l. 62. D. h. t. Соотвѣтствующая стипуляція, гарантирующая отсутствіе недостатковъ, соединялась обыкновенно со stipulatio duplae по поводу эвикціи; но предметъ ея составляла, по общему правилу, не двойная сумма покупной цѣны, а интересъ покупателя, ср. l. 31. D. de evict. 21. 2. Примѣры можно найти у Bruns'a: Fontes juris, изд. 6, стр. 288; см. также

www.naukaprava.ru

a) Продавецъ, по эдильскому праву, отвѣчаетъ не только за тѣ качества вещи, которыя имъ были спеціально обѣщаны, но и за всѣ тѣ, которыя были *указаны* имъ при предварительныхъ переговорахъ и подготовленіи сдѣлки—за dicta, какъ и за promissa; при этомъ, однако, предполагается, что покупатель не зналъ о ложности заявленій продавца[7]). *Общія неопредѣленныя указанія* на достоинства товара, которыя въ оборотѣ принято считать пустыми фразами, не имѣютъ юридическаго значенія[8]).

b) Кромѣ того, продавецъ отвѣчаетъ за неуказанные имъ недостатки товара, т. е. за такія уклоненія *отъ обыкновеннаго качества*, которыя уменьшаютъ его пригодность къ употребленію или продажѣ[9]) [10]). Покупатель не можетъ предъявлять притязаній по по-

---

Hermes, т. 19, стр. 419. Въ случаѣ уклоненія отъ совершенія этой стипуляціи, покупатель могъ, путемъ actio redhibitoria, расторгнуть сдѣлку купли-продажи. Современному праву подобный искъ совершенно неизвѣстенъ, Hanausek, т. 1, стр. 79. Windscheid, т. 2, § 394, п. 4 и прим. 17, однако, находитъ, что „наличность такого обычая, который отмѣнилъ бы это положеніе римскаго права, не доказана". b) Покупатель могъ въ теченіе 2 мѣсяцевъ предъявить actio redhibitoria, если вмѣстѣ съ проданнымъ скотомъ ему не были доставлены извѣстныя украшенія животныхъ—ornamenta, l. 38. pr, § 11. D. h. t. 21. 1. И это положеніе Windscheid, т. 2, § 395, прим. 5, считалъ дѣйствующимъ правомъ. Но въ Германіи на скотѣ, выведенномъ на продажу, обыкновенно не бываетъ никакихъ украшеній, а если и бываетъ, то они не продаются вмѣстѣ съ нимъ. c) Въ нѣкоторыхъ случаяхъ продавецъ, нарушившій предписанія эдикта, присуждался къ уплатѣ двойной стоимости проданной вещи. Таковъ былъ случай, когда онъ, не подчиняясь предложенію судьи при actio redhibitoria возвратить покупную цѣну, доводилъ дѣло до денежнаго присужденія; но подчиненіе arbitrium de restituendo избавляло его отъ всякой дальнѣйшей отвѣтственности. Такъ слѣдуетъ понимать l. 45, D. h. t. См. Eck въ Festgaben für Beseler, стр. 187. Windscheid, т. 2, § 263, прим. 15, § 394, прим. 11, считаетъ и присужденіе продавца къ платежу двойной суммы свойственнымъ общегерманскому праву, „если продавецъ не исполнитъ обязательства до постановленія судебнаго рѣшенія". Ср. по поводу этихъ постановленій Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. II, 1, § 151.

[7]) l. 19, § 2. D. h. t. 21. 1; l. 17. § 20, l. 18. D. eod.; ср. Bechmann, loc. cit., стр. 408. Показанія продавца относительно величины площади продаваемаго земельнаго участка считаются обыкновенно *заявленіемъ объ извѣстномъ его качествѣ*. Ср. l. 2. pr., l. 4. § 1, l. 6. pr., l. 13. § 14, l. 22, l. 42. D. de a. e. v. 19. 1; l. 65, § 6. D. de evict. 21. 2. Однако, подобныя заявленія могутъ иногда служить лишь той цѣли, чтобы въ общихъ чертахъ охарактеризовать участокъ; въ такомъ случаѣ они не обязываютъ. Смыслъ такихъ заявленій опредѣляется существующими въ данной мѣстности обычаями. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 468.

[8]) l. 19. pr. D. h. t. 21. 1. Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Sciendum tamen est quaedam et si dixerit praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit frugi probum dicto audientem. ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit; l. 19, § 3. D. eod. Hanausek, loc. cit., т. 1, стр. 76, прим. 4.

[9]) l. 1, § 8. D. h. t. 21. 1 говоритъ лишь о непригодности вещи къ употребленію—Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Однако, недостаткомъ товара считается также то обстоятельство, что онъ лишился своей „пригодности для торговли". Ср., впрочемъ, Hanausek, loc. cit., т. 1, стр. 69. Относительно гражд. улож. для герман. имперіи, § 459, см. прим. 10.

[10]) Windscheid: Voraussetzung, п. 73, и Pandekten, т. 2, § 395, пытается вывести эдильскіе иски изъ общей юридической категоріи „предположенія". Противъ этого справедливо высказался Crome въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, статья 4. Допустимъ, что словоохотливый покупатель пріобрѣтаетъ верховую лошадь, замѣчая при этомъ, что онъ намѣренъ пользоваться ею и въ упряжи. Неужели онъ въ правѣ потомъ вернуть продавцу эту лошадь на томъ основаніи, что она не можетъ пріучиться ходить въ упряжи, между тѣмъ какъ другихъ недостатковъ въ ней нѣтъ? Разъ товаръ пригоденъ съ объективной точки зрѣнія, и разъ онъ соотвѣтствуетъ даннымъ продавцомъ обѣща-

воду такихъ недостатковъ, которые *бросаются въ глаза,* если товаръ былъ налицо при заключеніи сдѣлки или заранѣе былъ имъ осмотрѣнъ[11]).

Притязанія, возникающія изъ эдильскаго эдикта, не зависятъ отъ того, имѣлъ ли продавецъ свѣдѣнія о недостаткахъ товара и могъ ли онъ получить эти свѣдѣнія[12]). Они допускаются и въ томъ случаѣ, если, напр., проданный скотъ былъ боленъ уже во время продажи, но болѣзнь еще невозможно было распознать. Впрочемъ, эти притязанія направлены лишь на расторженіе сдѣлки или уменьшеніе цѣны, но отнюдь не на возмѣщеніе всего интереса покупателя; послѣдній не можетъ, поэтому, требовать вознагражденія за вредъ, причиненный ему, напр., тѣмъ, что купленный скотъ заразилъ его стадо[13]).

Такимъ образомъ, эдильскій эдиктъ стремится къ тому, чтобы извѣстнымъ образомъ примирить притязанія обѣихъ сторонъ[14]).

§ 101. **Отдѣльные эдильскіе иски.**

Въ случаѣ обнаруженія ложныхъ увѣреній относительно товара или скрытыхъ его недостатковъ, покупатель можетъ, согласно эдиль-

---

ніямъ, то послѣдній исполнилъ свое обязательство. Ему нѣтъ дѣла до чего-либо иного, что предполагаетъ и ожидаетъ покупатель. Такъ относилось къ этому вопросу, по крайней мѣрѣ, общегерманское право. Впрочемъ, гражд. улож. для герман. имперіи, § 459, опредѣляетъ: Продавецъ вещи отвѣчаетъ передъ покупателемъ за то, что, ко времени перехода на него риска, вещь свободна отъ такихъ недостатковъ, которые уничтожили или умалили бы ея цѣнность либо пригодность къ обычному употребленію или къ такому употребленію, которое *имѣлось въ виду при заключеніи договора.* Ср. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 184, стр. 49.

[11]) l. 14, § 10 in fine. D. h. t. 21. 1. Ulpianus libro I ad edictum aedilium curulium... ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit; l. 1, § 6. D. eod. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 460; ср. также § 464.

[12]) l. 1, § 2. D. h. t. 21. 1.

[13]) Ср. приведенную выше, въ прим. 3, l. 13, pr. D. de a. e. v. 19. 1.

[14]) Иногда продавецъ *добросовѣстно* указываетъ покупателю на существованіе извѣстныхъ качествъ вещи или на отсутствіе недостатка, не ручаясь, впрочемъ, особымъ обѣщаніемъ за вѣрность этихъ указаній. Спрашивается, отвѣчаетъ ли онъ въ такомъ случаѣ, если его заявленія впослѣдствіи не оправдаются, за *весь интересъ?* Утвердительно рѣшаетъ этотъ вопросъ Hanausek, loc. cit., стр. 48 и слѣд., и, повидимому, Windscheid, т. 2, § 395, прим. 3. Такой взглядъ, однако, противорѣчитъ положеніямъ, развиваемымъ Юліаномъ въ l. 13, pr. D. de a. e. v. 19. 1 — выше, прим. 3. Онъ былъ бы, сверхъ того, слишкомъ суровъ и непослѣдователенъ. Если продается скотъ, который, повидимому, здоровъ, но, хотя продавецъ и не можетъ знать объ этомъ, зараженъ уже какой-нибудь болѣзнью, то полагаютъ, что продавецъ не отвѣчаетъ передъ покупателемъ за убытки, происшедшіе отъ зараженія его стада. Развѣ измѣняется положеніе вещей, когда, безъ всякаго умысла и не принимая на себя особой гарантіи, продавецъ замѣчаетъ, что предлагаемый на продажу скотъ совершенно здоровъ? Противъ этого говоритъ и l. 45. D. de contr. empt. 18. 1; см. Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, изд. 2, стр. 246. Правда, l. 6, § 4. D. de a. e. v. 19. 1 и l. 21, § 2. D. eod. не согласуются съ различіемъ, установленнымъ Юліаномъ, такъ что послѣднее, повидимому, не было усвоено позднѣйшими юристами; возможно и то, что въ вышеприведенныхъ фрагментахъ предполагается непростительное заблужденіе продавца: судя по приведеннымъ примѣрамъ, такое предположеніе является весьма вѣроятнымъ, ср. Pernice, loc. cit., стр. 248. Того же мнѣнія Crome, loc. cit., стр. 140. Иначе Franz Leonhard: Die Haftung des Verkäufers für sein Verschulden bei Vertragsschlüssen, Gött. Diss., 1896. Ср. еще гражд. улож. для герман. имперіи, § 463, а также выше, § 99, прим. 34.

www.naukaprava.ru

скому праву, предъявить, по выбору, либо actio redhibitoria, либо actio quanti minoris[1]).

1. *Actio redhibitoria* имѣетъ своей цѣлью *расторженіе сдѣлки* между покупателемъ и продавцомъ[2]).

a) Этотъ искъ направленъ, главнымъ образомъ, на возвращеніе уплаченной покупной цѣны[3]) съ обычными въ данной мѣстности процентами, исчисляемыми съ момента платежа[4]).

b) Покупатель, въ свою очередь, въ видѣ общаго правила, обязанъ возвратить купленную вещь съ ея принадлежностями, а также съ плодами и всѣми вообще выгодами, которыя она ему доставила[5]); кромѣ того, онъ долженъ вознаградить продавца за уменьшеніе цѣнности вещи, происшедшее по его винѣ или по винѣ его людей[6]). Безъ соблюденія этихъ обязанностей покупатель не можетъ осуществить свое притязаніе. Онъ можетъ, однако, несмотря на возвращеніе ему покупной цѣны, удерживать у себя проданную вещь до тѣхъ поръ, пока ему не будутъ уплачены *издержки*, которыя онъ на нее произвелъ[7]) [8]).

---

[1]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 462, также предоставляетъ покупателю выборъ между обоими исками. Однако, при продажѣ скота (ср. § 481), покупатель можетъ требовать только расторженія договора, но не сбавки цѣны, § 487. Особыя правила объ отвѣтственности за недостатки проданнаго скота изложены въ §§ 481 и слѣд. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 196, стр. 76.

[2]) l. 23, § 7. D. h. t. 21. 1. Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Julianus ait judicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere; l. 23. § 1, l. 60. D. eod. Но этимъ, конечно, не устраняются всѣ, даже отдаленныя послѣдствія продажи; наоборотъ, римскіе юристы придерживались извѣстныхъ границъ, что вполнѣ соотвѣтствовало основной мысли примиренія притязаній сторонъ, l. 17, § 2. D. de furtis. 47. 2. Само собою разумѣется, что рѣчь идетъ только о *личныхъ* требованіяхъ, а не о вещныхъ притязаніяхъ противъ третьихъ лицъ. Ср. еще Dehn: Die actio redhibitoria in ihrer Funktion als Schadensersatzklage, 1896.

[3]) l. 27. D. h. t. 21. 1. Если цѣна еще не уплачена, то покупатель долженъ быть освобожденъ отъ долга, „sive ipsi venditori obligatus est, sive etiam alii“, l. 29. § 1. D. h. t. 21. 1.

[4]) l. 29, § 2. D. h. t. 21. 1; см. l. 27, § 1. D. de minoribus. 4. 4 и выше, § 30, прим. 1. Такъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 347, заключительное предложеніе.

[5]) l. 23. § 9, l. 24, l. 31. §§ 2—4, l. 33. D. h. t. 21. 1.

[6]) l. 31, §§ 11 и 12. D. h. t. 21. 1. Эдиктъ говоритъ лишь о поврежденіи вещи, причиненномъ „opera familiae procuratorisve ejus“, т.-е. дѣятельностью людей покупателя—Hanausek, loc. cit., стр. 144; но толкованіе юристовъ распространило это на всякое виновное поврежденіе, l. 48. pr. D. h. t. 21. 1. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 54, каз. 13.

[7]) l. 29. § 3, l. 30. § 1. D. h. t. 21. 1. Текущіе расходы компенсируются съ выгодами отъ пользованія вещью. Поэтому, расходы на прокормъ не возмѣщаются покупателю, если онъ имѣлъ возможность пользоваться купленнымъ животнымъ. R. O. H. G. E., т. 3, стр. 100; но ср. Seuffert: Archiv, т. 52, каз. 229. — Windscheid, т. 2, § 394, прим. 8, и Hanausek, loc. cit., предоставляютъ покупателю право требовать возмѣщенія издержекъ на вещь лишь въ томъ случаѣ, „*если ихъ произвелъ бы и самъ продавецъ*“. Но какое дѣло покупателю до продавца! Положимъ, кто-либо купилъ молодой скотъ для откармливанія; неужели онъ не долженъ быть вознагражденъ за расходы на кормъ на томъ только основаніи, что продавецъ не сдѣлалъ бы подобной затраты? Такой выводъ былъ бы весьма страннымъ. Нельзя ссылаться и на l. 27. D. h. t., такъ какъ подъ „quod emptionis causa erogatum est“ разумѣются расходы по заключенію сдѣлки, а вовсе не на купленную вещь.

[8]) Согласно гражд. улож. для герман. имперіи, § 347, въ случаѣ расторженія договора, начиная со времени полученія покупателемъ товара, вступаютъ въ силу правила, опредѣляющія отношенія между собственникомъ и владѣльцемъ при предъявленіи

Если покупатель впослѣдствіи откажется отъ расторженія сдѣлки, то продавецъ, съ своей стороны, настаивать на немъ не можетъ, хотя бы въ этомъ смыслѣ состоялось уже окончательное рѣшеніе суда[9]): расторженіе сдѣлки является правомъ, но не обязанностью покупателя.

c) Въ отношеніи случайной гибели или поврежденія вещи въ то время, пока она находилась у покупателя, рискъ лежитъ на продавцѣ. Послѣдній обязанъ, поэтому, возвратить покупную цѣну даже въ томъ случаѣ, если онъ, вслѣдствіе случайнаго уничтоженія проданной вещи, ничего не получитъ взамѣнъ. Римляне употребляли по этому поводу своеобразное выраженіе „mortuus redhibetur"—возвращается мертвый рабъ, т. е. ничего не возвращается[10]) [11]).

d) Наслѣдники покупателя могутъ предъявить actio redhibitoria только съ общаго всѣхъ ихъ согласія[12]). Что касается наслѣдниковъ продавца, то actio redhibitoria можетъ быть предъявлена къ каждому изъ нихъ въ отдѣльности; тогда каждый изъ нихъ обязанъ возвратить причитающуюся на его долю часть цѣны, получая, въ свою очередь, право на уступку соотвѣтствующей идеальной доли проданной вещи[13]).

e) Если *продано нѣсколько предметовъ вмѣстѣ,* и въ одномъ изъ нихъ обнаружатся недостатки, то actio redhibitoria неизбѣжно распространяется на всѣ предметы, поскольку они, по воззрѣніямъ

иска о правѣ собственности. Это значитъ, что покупатель отвѣчаетъ, какъ управляющій чужимъ имуществомъ.

[9]) l. 29, pr. D. h. t. 21. 1; ср. l. 25. § 10, l. 26. D. h. t. 21. 1. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 465, сдѣлка признается расторгнутой лишь послѣ того, какъ продавецъ, по требованію покупателя, изъявитъ согласіе на такое расторженіе. Значеніе этого предписанія, правда, спорно. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 185, стр. 57.

[10]) l. 31. § 11, l. 38. § 3. D. h. t. 21. 1. Даже уничтоженіе товара по винѣ покупателя не лишаетъ его права на предъявленіе actio redhibitoria. Онъ обязанъ только вычесть изъ покупной цѣны стоимость товара, имѣвшаго недостатки и затѣмъ уничтоженнаго. См. Eck, привед. въ прим. 11 сочин. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 350, гласитъ: Расторженіе договора не исключается, если предметъ, полученный управомоченной стороной, случайно погибнетъ. Согласно § 351, оно не можетъ имѣть мѣста, если покупатель самъ окажется *виновнымъ* въ существенномъ ухудшеніи или гибели полученнаго предмета, или вообще въ невозможности возвратить его.

[11]) Споренъ вопросъ, теряетъ ли покупатель право на actio redhibitoria вслѣдствіе отчужденія или переработки купленной вещи. Высшій коммерческій судъ—R. O. H. G. E., т. 11, стр. 202—рѣшаетъ вопросъ утвердительно. Противъ этого высказался Eck въ Festgaben für Beseler, стр. 161, гдѣ приведена и относящаяся сюда литература. Онъ справедливо доказываетъ, что покупатель не можетъ лишиться права на actio redhibitoria на томъ основаніи, что онъ, въ свою очередь, продалъ купленную имъ вещь, не зная о ея недостаткахъ; ему нельзя отказать въ этомъ правѣ, напр., въ томъ случаѣ, если онъ пріобрѣтетъ проданную вещь обратно или изъявитъ готовность, при предъявленіи actio redhibitoria, зачесть стоимость вещи въ покупную цѣну. Право на actio redhibitoria прекращается лишь въ томъ случаѣ, если покупатель, безъ особыхъ основаній и зная о недостаткахъ купленнаго предмета, продастъ его третьему лицу и, вслѣдствіе этого, лишится возможности предоставить его продавцу in natura. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 352, расторженіе договора исключается, если управомоченная сторона, путемъ переработки или измѣненія, превратитъ полученный предметъ въ вещь другого рода. Оно не исключается, если недостатокъ будетъ обнаруженъ только при переработкѣ вещи (§ 467). Ср. еще § 353.

[12]) l. 31, §§ 5—7. D. h. t. 21. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 356.

[13]) l. 31, § 10. D. h. t. 21. 1; ср. Hanausek, loc. cit., стр. 149. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи, § 356.

www.naukaprava.ru

гражданскаго оборота или въ силу заявленія сторонъ при самой продажѣ, были куплены, какъ *одно цѣлое*[14]). Единство цѣны въ данномъ случаѣ не имѣетъ еще рѣшающаго значенія[15]).

f) Actio redhibitoria погашается 6-мѣсячной давностью. Этотъ срокъ исчисляется съ момента продажи и притомъ utiliter. Поэтому, незнаніе покупателя о недостаткахъ вещи препятствуетъ началу давности, если только такое незнаніе не является слѣдствіемъ грубой небрежности[16]).

g) При куплѣ-продажѣ малоцѣнныхъ вещей actio redhibitoria не допускается[17]).

2. Покупатель можетъ предъявить также *actio quanti minoris*, направленную на *уменьшеніе покупной цѣны* въ томъ размѣрѣ, въ какомъ купленная вещь, вслѣдствіе извѣстнаго недостатка, уменьшилась въ своей цѣнности[18]) [19]), сравнительно съ той цѣнностью, которая предполагалась.

a) Если вещь имѣетъ нѣсколько различныхъ недостатковъ, то можно предъявить actio quanti minoris нѣсколько разъ по поводу каждаго недостатка въ отдѣльности[20]).

---

[14]) l. 35. D. h. t. 21. 1; гражд. улож. для герман. имперіи, § 469.

[15]) Древніе римскіе юристы, при единствѣ цѣны—unitas pretii, предполагали всегда и единство купленныхъ предметовъ. Такъ поступаютъ еще Африканъ въ l. 34, pr. D. h. t. и Помпоній въ l. 64. pr., § 1. D. eod., опираясь на авторитетъ Лабеона. Но позднѣйшая классическая юриспруденція и, прежде всего, Ульпіанъ въ l. 38. § 14, l. 59. § 1. D. h. t. 21. 1 вполнѣ правильно не придаютъ уже единству цѣны рѣшающаго значенія. Иного мнѣнія Fick въ Archiv für Wechselrecht, т. 8, § 129. Онъ полагаетъ, что единство цѣны даетъ покупателю право *выбора* между расторженіемъ сдѣлки лишь по отношенію къ тѣмъ предметамъ, которые страдаютъ недостатками, и возвращеніемъ всего проданнаго товара. Высказанной въ нашемъ текстѣ точки зрѣнія держится гражд. улож. для герман. имперіи, § 469; ср. съ этимъ § 471.

[16]) l. 19. § 6, l. 55. D. h. t. 21. 1; R. G. E., т. 21, стр. 162. Ср., впрочемъ, Bruns und Sachau: Syrisch-römisches Rechtsbuch, стр. 206. Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 477 и слѣд., высказываетъ иныя положенія. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 190, стр. 73.

[17]) l. 48, § 8. D. h. t. 21. 1. Pomponius libro 23 ad Sabinum: Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. „Simplaria venditio“ называлась такая продажа, при которой нельзя было требовать заключенія stipulatio duplae по поводу эвикціи, т. е., какъ это видно изъ l. 37, § 1. D. de evict. 21. 2, продажа малоцѣнныхъ предметовъ. Ср. Bruns, loc. cit., стр. 207. Это правило не признается гражданскимъ уложеніемъ для герман. имперіи; однако, согласно § 459, п. 1, незначительные *недостатки* вещи не принимаются во вниманіе.

[18]) Относительно способа исчисленія цѣны при actio quanti minoris источники не даютъ подробныхъ указаній, вслѣдствіе чего мнѣнія по этому вопросу сильно расходятся, ср. Hellweg въ Archiv für civ. Praxis, т. 59, статья 2; Hanausek, loc. cit., т. 1, стр. 128. Согласно § 472, п. 1, гражд. улож. для герман. имперіи, покупная цѣна должна быть понижена пропорціонально той разницѣ, которая въ моментъ заключенія договора существовала бы между цѣнностью вещи, еслибы она не имѣла недостатковъ, и той стоимостью, которую она имѣла въ дѣйствительности. Положимъ, кто-либо, для расширенія своего участка, покупаетъ сосѣдній домъ, стоющій, повидимому, 10000 р., за 20000, такъ какъ сосѣдъ вообще не желалъ его продать и согласился на продажу, лишь соблазнившись чрезвычайно выгоднымъ предложеніемъ. Послѣ продажи въ домѣ оказывается сырость, вслѣдствіе чего настоящая его стоимость понижается до 8000. Тогда получится слѣдующее уравненіе: $\frac{8000}{10000}=\frac{x}{20000}$; $x=16000$. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 472, п. 2, и § 473.

[19]) То обстоятельство, что покупатель продалъ купленную вещь за ту же цѣну, которую онъ самъ заплатилъ, или даже дороже, не имѣетъ вліянія на actio quanti minoris и не лишаетъ, какъ многіе полагаютъ, покупателя уже пріобрѣтеннаго имъ притязанія на уменьшеніе цѣны. R. G. E., т. 17, стр. 65.

[20]) l. 31, § 16. D. h. t. 21. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 475.

b) Въ тѣхъ случаяхъ, когда проданная вещь не имѣетъ никакой цѣнности, actio quanti minoris влечетъ за собою такія же послѣдствія, какъ и actio redhibitoria. Здѣсь цѣнность вещи, при опредѣленіи ея дѣйствительнаго размѣра, сводилась бы къ нулю; поэтому, вся покупная цѣна подлежитъ возвращенію; но, взамѣнъ ея, должна быть отдана и самая вещь[21]).

c) Для actio quanti minoris установлена *годичная* давность. Начало ея исчисляется съ того же момента, какъ и при actio redhibitoria [22]).

d) Покупатель имѣетъ право выбора между actio redhibitoria и actio quanti minoris.

Предъявленіе actio redhibitoria еще не лишаетъ покупателя права замѣнить ее посредствомъ actio quanti minoris [23]). Наоборотъ, покупатель, предъявившій actio quanti minoris, не можетъ уже, по поводу того же самаго недостатка, требовать расторженія сдѣлки, такъ какъ предъявленіемъ иска объ уменьшеніи цѣны онъ высказался за сохраненіе договора въ силѣ.

3. Нормы эдильскаго права примѣняются и при продажѣ вещей, опредѣленныхъ только родовыми признаками—genus, если товаръ вообще соотвѣтствуетъ условленному по договору роду, но въ немъ окажутся недостатки[24]) [25]).

---

[21]) l. 43, § 6. D. h. t. 21. 1.

[22]) l. 19. § 6, l. 38. pr., l. 48. § 2. D. h. t. 21. 1. R. G. E., т. 21, стр. 162, привед. выше, прим. 16. Иныхъ началъ придерживается гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 477 и слѣд.

[23]) Иначе R. G. E., т. 39, стр. 174.

[24]) Вопросъ, примѣняются ли эдильскіе иски къ продажѣ вещей, опредѣленныхъ только родовыми признаками, весьма споренъ. Противъ этого возстаютъ, главнымъ образомъ, Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 275, прим. 17, и Windscheid, т. 2, § 394, п. 5. Thöl, конечно, правъ, замѣчая, что титулъ пандектъ de aedilicio edicto трактуетъ лишь о продажѣ индивидуально-опредѣленныхъ вещей, такъ какъ особый видъ продажи родовыхъ вещей римлянамъ былъ неизвѣстенъ. Но вопросъ стоитъ иначе. Спрашивается, слѣдуетъ ли распространить эдильскіе иски на продажу вещей, опредѣленныхъ родовыми признаками, разъ такая сдѣлка получила право гражданства въ обще-германскомъ правѣ? Противъ этого возражаютъ, что при ней, въ силу молчаливаго предположенія, все, доставленное покупателю во исполненіе договора, должно быть *безукоризненно;* если, поэтому, въ доставленномъ товарѣ окажутся недостатки, то обязательство считается еще неисполненнымъ, хотя бы вещь была принята покупателемъ; предполагается, конечно, что покупатель принялъ товаръ, не зная о его недостаткахъ. Въ силу этого, онъ можетъ требовать заново исполненія и возмѣщенія своего интереса. Однако, такой выводъ справедливъ лишь въ томъ случаѣ, если доставлено нѣчто „другое", чѣмъ было условлено по договору; послѣднее можно было предположить въ разсмотрѣнномъ германскимъ имперскимъ судомъ дѣлѣ — R. G. E., т. 4, стр. 195. Если же была доставлена и принята вещь, по роду и свойствамъ соотвѣтствующая условленному предмету, то обязательство считается все-таки исполненнымъ, хотя и съ недостатками. Едва ли можно сказать, что всякій недостатокъ товара превращаетъ его въ иной предметъ, чѣмъ было условлено; подобный выводъ ничѣмъ не доказывается. См. Goldschmidt: Zeitschrift für Handelsrecht, т. 19, стр. 98; Hanausek, т. 1, стр. 113; R. O. H. G. E., т. 5, стр. 399. Согласно R. G. E., т. 6, стр. 189, при продажѣ родовыхъ вещей, покупатель, если ему доставленъ товаръ съ недостатками, пользуется тѣми же правами, какъ и при продажѣ индивидуально-опредѣленной вещи. Такъ же и R. G. E., т. 12, стр. 84; Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 84 (O. L. G. Braunschweig), и т. 49, казусъ 243. Ср. также Bötzow: Sind nach gemeinem Recht die ädilicischen Rechtsmittel auch bei einem Genuskaufe zulässig? Greifswalder Inaug.-Dissert., 1891. Однако, гражд. улож. для герман. имперіи, § 480, п. 1, опредѣляетъ: Покупатель вещи, опредѣленной только ея родомъ, можетъ, вмѣсто сбавки цѣны или отмѣны сдѣлки, потребовать, чтобы, взамѣнъ бракованной вещи, ему была предоставлена вещь безъ недостатковъ.

www.naukaprava.ru

4. Если купля-продажа для обѣихъ сторонъ составляетъ торговую сдѣлку, то покупатель обязанъ немедленно послѣ доставки товара осмотрѣть его и, если въ немъ окажутся недостатки, немедленно послать извѣщеніе о томъ продавцу. Въ противномъ случаѣ, товаръ считается одобреннымъ, развѣ бы дѣло шло о недостаткѣ, который не могъ быть обнаруженъ при осмотрѣ. Если подобный недостатокъ выяснится впослѣдствіи, то извѣщеніе должно быть послано немедленно послѣ его открытія; въ противномъ случаѣ, товаръ считается одобреннымъ и съ этой стороны. Если продавецъ умышленно умолчалъ о недостаткѣ, то онъ не можетъ ссылаться въ свою пользу на эти постановленія[26]).

§ 102. Расторженіе купли-продажи.

1. Расторженіе купли-продажи, т. е. уничтоженіе всѣхъ ея послѣдствій, можетъ произойти во всякое время по соглашенію контрагентовъ [1]).

2. Вслѣдствіе заключенія купли-продажи, интересы одной изъ сторонъ могутъ быть нарушены настолько, что она въ правѣ, *помимо согласія своего контрагента*, отступиться отъ сдѣлки и требовать по суду окончательнаго расторженія договора. Поводомъ къ такому одностороннему расторженію сдѣлки служатъ принужденіе, обманъ [2]), недостатки проданной вещи [3]), наконецъ, такъ наз. *laesio enormis*.

Согласно предписанію императора *Діоклетіана, продавецъ, получившій за товаръ менѣе половины его обыкновенной стоимости*, имѣетъ право *расторгнуть куплю-продажу*; покупатель, однако же, можетъ, до вступленія судебнаго рѣшенія о расторженіи сдѣлки въ законную силу, *предложить надлежащую цѣну* за купленную вещь и сохранить, такимъ образомъ, дѣйствительность

---

25) Аналогичныя правила могутъ имѣть примѣненіе и при другихъ сдѣлкахъ; направленныхъ на возмездное отчужденіе вещей. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 493.

26) H. G. B., § 377. Ср. также § 378 (доставка другого товара, а не того, который былъ заказанъ).

1) По римскому праву, консенсуальные договоры могли быть расторгнуты по обоюдному соглашенію контрагентовъ—contrarius consensus—лишь въ томъ случаѣ, если ни съ одной стороны еще не послѣдовало исполненія, или переданное съ цѣлью исполненія было возвращено. l. 5, § 1. D. de rescind. vend. 18. 5; l. 2, l. 3, l. 5. pr. D. eod.; l. 2. C. quando liceat. 4. 45. Этотъ принципъ объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что въ римскомъ правѣ неформальныя соглашенія не были снабжены исковою защитою; ибо изъ соглашенія о расторженіи сдѣлки не вытекало никакого иска, посредствомъ котораго можно было бы вытребовать обратно то, что было передано во исполненіе обязательства. Такимъ образомъ, расторженіе договора при подобныхъ условіяхъ было практически невыполнимо. Нынѣ этотъ вопросъ стоитъ иначе. Если соглашеніе о расторженіи сдѣлки состоится уже послѣ того, какъ одна или обѣ стороны исполнили свое обязательство, то, по современному праву, изъ этого соглашенія самъ собою вытекаетъ искъ, направленный на возвращеніе того, что было передано во исполненіе обязательства. Ср. Bechmann: Kauf, т. 2, стр. 469 и слѣд.

2) l. 1, l. 5. pr., l. 10. C. de rescind. vend. 4. 44.

3) Ср. § 101.

сдѣлки[4]). Діоклетіанъ имѣлъ въ виду продажу вещей за безцѣнокъ лицомъ, находящимся въ стѣсненномъ положеніи[5]). Но въ средніе вѣка стали усматривать основаніе этого закона въ предполагаемомъ обманѣ со стороны покупателя или, по крайней мѣрѣ, въ заблужденіи относительно стоимости предмета со стороны продавца[6]). Отсюда былъ сдѣланъ тотъ выводъ, что и *покупатель*, обѣщавшій за товаръ *болѣе двойной его стоимости*[7]), можетъ воспользоваться тѣмъ же предположеніемъ и оспорить сдѣлку. Такой же порядокъ соблюдался и *при другихъ двусторонннихъ договорахъ*, которыми обѣ стороны обязываются ко взаимнымъ предоставленіямъ. Это правило получило силу общаго обычая.

Впрочемъ, лица, купившія что-либо съ цѣлью *спекуляціи*, не могли ссылаться на laesio enormis, если ихъ ожиданія не оправдывались[8]). Сверхъ того, среди практиковъ всегда оставался спорнымъ вопросъ, можно ли, на основаніи laesio enormis, оспаривать куплю-продажу *съ публичнаго торга?* Такъ какъ въ этомъ отношеніи не установился еще опредѣленный обычай, то это считалось недопустимымъ[9]). Отреченіе отъ права оспариванія признавалось дѣйствительнымъ, если оно не было вызвано крайней нуждой, обманомъ или заблужденіемъ[10]).

Гражд. улож. для герман. имперіи, какъ уже раньше старое торговое уложеніе, отмѣнило расторженіе сдѣлки на основаніи laesio enormis[11]).

3. *Промедленіе* продавца въ доставкѣ товара, а покупателя въ его пріемѣ или уплатѣ денегъ, согласно общимъ принципамъ, не даетъ еще противной сторонѣ права расторгнуть сдѣлку. Одностороннее отступленіе вслѣдствіе просрочки допускается лишь въ томъ случаѣ, если оно было обусловлено по договору или можетъ быть оправдано требованіями справедливости, въ силу особыхъ условій[12]).

---

[4]) l. 2. C. de rescind. vend. 4. 44. Imp. Diocletianus et Maximianus: Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente judicis, vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. anno 285. l. 8. C. eod. Ср. Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht, 1851, стр. 111 и слѣд.; Sandstein: Laesio enormis, Berliner Inaug.-Dissert., 1887.—Классическое римское право держалось начала полной свободы договора, l. 22. § 3. l. 23. D. locati. 19. 2, а потому неправильно мнѣніе Chambon'a, что предписаніе Діоклетіана было основано на принципахъ прежняго права.

[5]) За это говоритъ мотивировка закона: „humanum est". Кромѣ того, такое предположеніе согласуется съ общей хозяйственной политикой Діоклетіана, который, какъ извѣстно, пытался установить путемъ эдикта, сохранившагося въ надписяхъ, максимальную цѣну на всѣ вообще вещи.

[6]) Исторію догмы этого вопроса см. у Chambon'a, loc. cit., стр. 117.

[7]) Споренъ вопросъ, что слѣдуетъ принять за основаніе: двойную „обычную стоимость" или двойной „интересъ"; въ R. G. E., т. 10, стр. 126, вопросъ этотъ оставленъ открытымъ.

[8]) R. G. E., т. 10, стр. 126.

[9]) R. G. E., т. 6, стр. 152.

[10]) Обыкновенно такой отказъ признается безусловно дѣйствительнымъ.

[11]) Ср., однако, гражд. улож. для герман. имперіи, § 138, п. 2.

[12]) Ср. выше, § 41, прим. 10 и слѣд.; Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis, т. 50, статья 2.

www.naukaprava.ru

По гражд. улож. для герман. имперіи въ этомъ отношеніи примѣняются общія начала о синаллагматическихъ договорахъ[13]).

§ 103. Договоръ мѣны[1])

Инымъ экономическимъ характеромъ, чѣмъ купля-продажа, т.-е. обмѣнъ товара на деньги, отличается *мѣна* — обмѣнъ *товара* на *товаръ*. Купля-продажа имѣетъ строго дѣловой характеръ и является наиболѣе важной и распространенной сдѣлкой въ гражданскомъ оборотѣ; мѣна же есть явленіе болѣе или менѣе случайное и часто не имѣетъ строго дѣлового характера.

Поэтому, римская юриспруденція, въ періодъ своего высшаго развитія, — въ противоположность болѣе древнему ученію Сабиніанцевъ—рѣзко отличала мѣну отъ купли-продажи. Одно соглашеніе о мѣнѣ не давало еще права на искъ, и мѣна имѣла характеръ безымяннаго договора — contractus innominatus[2]). Въ силу этого, только тотъ контрагентъ, который уже исполнилъ свое обязательство, могъ посредствомъ actio praescriptis verbis требовать предоставленія вымѣненнаго товара. Онъ имѣлъ также право потребовать путемъ condictio возвращенія переданнаго имъ предмета.

Такъ какъ, по современному праву, всѣ договоры снабжены исковою защитою, то эти положенія болѣе не примѣняются. Нынѣ можно непосредственно на основаніи договора мѣны предъявить искъ объ исполненіи. Если же самъ истецъ еще не исполнилъ своего обязательства или не предлагаетъ исполненія, то ему можетъ быть противопоставлена exceptio non adimpleti contractus.

На этомъ основаніи, требованіе о возвращеніи отданнаго въ обмѣнъ допускается лишь при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ можно отступиться и отъ купли-продажи[3]).

Далѣе, послѣдствіемъ измѣнившагося понятія о мѣнѣ является то, что, съ момента заключенія договора, каждая сторона несетъ рискъ въ отношеніи той вещи, которая ей была обѣщана, и что ей съ того же момента принадлежитъ вся прибыль отъ этой вещи.

При мѣнѣ обѣ стороны пользуются правами и несутъ обязанности продавца. Это относится, главнымъ образомъ, къ эвикціи[4]), къ отвѣтственности за отсутствіе обѣщанныхъ качествъ и за недостатки вещи[5]) и къ laesio enormis.

---

[13]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 326, см. выше.

[1]) Tit. Dig. de rerum permutatione. 19. 4; Cod. 4. 64. Bernhöft у Bekker und Fischer: Beiträge zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, книжка 12. — Damm de Seydewitz: De permutatione, Hallesche Inaug.-Dissert., 1868; Lucas: Ueber den Tausch, Freiburg. Dissert., 1899.

[2]) l. 1, § 2. D. h. t. 19. 4; ср. выше, §§ 7 и 8.

[3]) Ср. выше, § 8, прим. 5.

[4]) Ср., однако, выше, § 99, прим. 34.

[5]) l. 2. D. h. t. 19. 4. Но, такъ какъ при мѣнѣ нѣтъ „покупной цѣны“, то нельзя и требовать ея „уменьшенія“; возможно лишь притязаніе о расторженіи сдѣлки и, сверхъ того, о возмѣщеніи убытковъ въ тѣхъ случаяхъ, когда это было бы допустимо и при куплѣ-продажѣ. Bernhöft, loc. cit., стр. 30.

Уже римляне установили, что при мѣнѣ каждая сторона обязана предоставить своему контрагенту *право собственности* на предметъ договора[6]). Въ этомъ также заключалось отличіе мѣны отъ купли-продажи; нынѣ же этотъ принципъ примѣняется одинаково и къ куплѣ-продажѣ[7]) [8]).

II. Игра и пари.

§ 104. **Игра**[1]).

Игрой называется соглашеніе о выигрышѣ и проигрышѣ подъ противоположными условіями, ради удовлетворенія страсти участниковъ къ игрѣ, т. е. *въ цѣляхъ, рискуя, получить прибыль и провести въ такомъ занятіи время.*

Игра представляетъ противоположность серьезнымъ занятіямъ, приносящимъ пользу культурной жизни общества. Она не только безполезна, но часто приноситъ даже положительный вредъ, такъ какъ при игрѣ безъ удержу подрывается благосостояніе отдѣльныхъ личностей, а иногда и цѣлаго круга лицъ.

Вслѣдствіе этого, всѣ сдѣлки, заключенныя ради игры на деньги или на денежныя цѣнности, считались въ Римѣ ничтожными и были даже наказуемы,—по крайней мѣрѣ, до Юстиніана[2]). Онѣ не могли служить основаніемъ для иска, и уплаченное по нимъ можно было потребовать обратно: для этого требованія была установлена особая давность въ 50 лѣтъ[3]). Законъ разрѣшалъ, однако, и даже поощрялъ нѣкоторыя физическія состязанія; здѣсь допускались и иски,—впрочемъ, лишь до извѣстной незначительной суммы.

Въ настоящее время законъ караетъ игру уголовными наказаніями при наличности опредѣленныхъ предположеній, главнымъ образомъ въ случаѣ профессіональнаго занятія азартными играми[4]). Сдѣлки по такой игрѣ, какъ противныя добрымъ нравамъ, ничтожны, а потому уплаченное по нимъ можетъ быть потребовано обратно[5]).

Но и тѣ игры, которыя не влекутъ за собою наказанія, стоятъ внѣ области права. Поэтому нельзя предъявить *иска* о выигрышѣ, нельзя совершить принудительнаго его зачета[6]). Однако, уплачен-

---

[6]) l. 1, pr. D. h. t. 19. 4.

[7]) См. выше, § 99, прим. 31.

[8]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 515, содержитъ лишь слѣдующее опредѣленіе: Къ мѣнѣ соотвѣтственно примѣняются постановленія о куплѣ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 199, стр. 103.

[1]) Tit. D. de aleatoribus 11. 5 и Cod. de aleae lusu 3. 43, несомнѣнно, составляютъ leges restitutae; Wilda въ Zeitschrift für deutsches Recht, т. 8, статья 8; Bruck: Ueber Spiel und Wette, 1868; Krügelstein: Ueber den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette, 1869; Schuster: Das Spiel im deutschen Rechte, 1878; Schönhardt—Alea: Ueber die Bestrafung des Glücksspieles im älteren römischen Rechte, 1885.

[2]) l. 2, § 1. D. h. t.

[3]) l. 1, § 2. C. h. t. 3. 43.

[4]) Strafgesetzbuch, §§ 284 и 360, п. 14.

[5]) Такъ и Seuffert: Archiv, т. 50, казусъ 164.

[6]) Windscheid, т. 2, § 419, считаетъ не только дозволенными, но даже снабженными *исковой защитой* „всѣ тѣ игры, которыя имѣютъ цѣлью развлеченіе общества,

www.naukaprava.ru

ное по такой игрѣ не можетъ быть *потребовано обратно*[7]). Это положеніе одинаково свойственно, какъ обще-германскому праву, такъ и гражданскому уложенію для герман. имперіи.

Отсутствіе исковой силы влечетъ за собою необходимость провести точную границу между игрой и другими сдѣлками, болѣе или менѣе сходными съ нею.

Наибо́льшее сходство наблюдается между игрой и *пари*. По мнѣнію многихъ ученыхъ, отличительнымъ признакомъ игры слѣдуетъ считать то обстоятельство, что исходъ ея, до извѣстной степени, обусловливается *дѣятельностью* участвующихъ; въ тѣхъ же случаяхъ, гдѣ подобная дѣятельность не играетъ никакой роли, мы имѣемъ дѣло съ пари. Но съ этимъ невозможно согласиться, такъ какъ азартныя игры происходятъ нерѣдко безъ активнаго участія игроковъ. Напротивъ, рѣшающее значеніе имѣетъ намѣреніе сторонъ—вести игру или заключить пари[8]).

Необходимо, конечно, чтобы намѣреніе это обнаружилось также объективно — въ условіяхъ и правилахъ относительно выигрыша и проигрыша. То обстоятельство, что стороны субъективно имѣли намѣреніе предаваться игрѣ, не считается еще достаточнымъ основаніемъ для оспариванія, указаніемъ на игру, такой сдѣлки, которая по своему назначенію является совершенно серьезной. Это могло бы сильно колебать прочность гражданскаго оборота. Поэтому, напр., биржевая покупка на срокъ обладаетъ исковой силой. Хотя такая сдѣлка можетъ служить и часто дѣйствительно служитъ цѣлямъ

поскольку онѣ не преступаютъ предѣловъ этой цѣли". Въ подтвержденіе этого, Windscheid ссылается на то, что и по римскому праву нѣкоторыя игры, неизвѣстныя, впрочемъ, нашему времени, считались дозволенными и служили основаніемъ для иска. Но исковая сила этихъ игръ объясняется тѣмъ, что онѣ признавались желательными и заслуживающими поощренія. Единственная дозволенная въ Римѣ игра для развлеченія общества — quod in convivio vescendi causa ponitur — требовала „ставокъ" и едва ли могла служить основаніемъ для иска, l. 4, pr. D. h. t. 11. 5. Развлеченіе общества, какъ цѣль игры, не требуетъ, чтобы послѣдняя была снабжена исковой защитой. Кромѣ того, это противорѣчило бы историческому развитію взгляда на игру со времени среднихъ вѣковъ. Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, § 245. Нашего взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи, § 762, п. 1. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 212, стр. 141.

7) Такова, по крайней мѣрѣ, точка зрѣнія германскаго права. Ср. R. G. E., т. 39, стр. 163. Она раздѣляется и гражд. уложеніемъ для герман. имперіи. Само собою разумѣется, что, въ случаѣ обмана, обратное требованіе не исключается. Не допускается также обратное требованіе вещей, предоставленныхъ выигравшему вмѣсто денежнаго платежа. Что же касается *обязательствъ*, напр., векселей, выданныхъ по случаю игры, то они могутъ быть оспорены указаніемъ на основаніе ихъ выдачи. То же самое опредѣляетъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 762, п. 2.

8) Въ частности, Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 304, защищаетъ положеніе, что „безъ дѣятельности игроковъ нѣтъ игры". Онъ усматриваетъ *пари* тамъ, гдѣ контрагенты, случайно замѣтивъ двухъ ползущихъ рядомъ улитокъ, побились объ закладъ, которая изъ нихъ раньше достигнетъ цѣли; если же участники нарочно помѣстили этихъ улитокъ рядомъ на столъ, то, по его мнѣнію, это является уже *игрой*. Такого же взгляда держится и Stobbe: Privatrecht, изд. 2, т. 3, § 193, I. Противъ этого высказываются Wilda, loc. cit., стр. 208; Windscheid, т. 2, § 419, прим. 3; Lehmann у Stobbe, § 243, и R. G. E. in Strafsachen, т. 7, стр. 21. Согласно съ этимъ, имперскій судъ разсматриваетъ какъ азартную игру участіе въ тотализаторѣ на конскихъ состязаніяхъ, гдѣ ставится на всѣхъ бѣгущихъ лошадей, сумму же ставокъ выигрываетъ тотъ, кто поставилъ на лошадь, пришедшую первой. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 211, стр. 139, прим. 2.

игры, она въ то же время можетъ имѣть и серьезное дѣловое значеніе[9]) [10]).

По обще-германскому праву не имѣетъ особаго значенія категорія такъ наз. *алеаторныхъ сдѣлокъ* или *сдѣлокъ на рискъ*. Сюда относятъ, между прочимъ, пари, emptio spei[11]), даже договоры о страхованіи. Въ нихъ есть одна черта, общая съ игрой,—рискъ, такъ какъ самое существованіе притязанія одной стороны или объемъ его зависятъ отъ неизвѣстныхъ случайностей, при чемъ эквивалентъ остается неизмѣннымъ. Поскольку же эти сдѣлки преслѣдуютъ серьезныя цѣли, онѣ не могутъ быть разсматриваемы какъ игра.

§ 105. **Пари**[1]).

Хотя игра была запрещена въ Римѣ, однако, пари—sponsio въ спеціальномъ смыслѣ — допускалось, обладало исковой силой и съ древнѣйшихъ временъ очень часто встрѣчалось на практикѣ[2]).

Какъ при игрѣ, такъ и въ случаѣ пари дѣло идетъ о рискѣ и выигрышѣ подъ противоположными условіями. Но различіе сводится къ цѣлямъ. Пари заключается при столкновеніи противоположныхъ мнѣній; цѣль его направлена на *удостовѣреніе серьезности обоюдныхъ утвержденій спорящихъ*, а также на окончательное разрѣшеніе спора.

Конечно, пари не должно прикрывать своимъ *названіемъ* игру; подобное фиктивное пари подлежитъ нормамъ, установленнымъ для игры[3]) [4]).

При чрезмѣрности суммы, на которую заключено пари, судъ имѣетъ право понизить ее[5]), такъ какъ подобное пари переходитъ въ игру и, во всякомъ случаѣ, противорѣчитъ добрымъ нравамъ[6]).

---

[9]) Напротивъ, игрой считаются „чистыя сдѣлки на разницу“, при которыхъ имѣется въ виду лишь платежъ разницы между курсами опредѣленнаго дня, напр., послѣдняго числа мѣсяца, и дня заключенія сдѣлки. Иногда изъ обстоятельствъ дѣла выясняется, что сдѣлка, *названная* куплей, по существу является настоящей сдѣлкой на разницу. См. Dreyer въ sächs. Archiv für bürg. Recht und Prozess, т. 2, стр. 401; Wiener: Das Differenzgeschäft vom Standpunkt der jetzigen Rechtsprechung, 1893; Simon: Klagbarkeit der Differenzgeschäfte въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 41, стр. 455; Leist въ Archiv für civ. Praxis, т. 83, статья 2. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 764, и въ особенности герман. законъ о биржахъ отъ 22 Іюня 1896 г., §§ 66 и 69. См. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 213, стр. 143.

[10]) Если одно лицо оказываетъ другому кредитъ, зная о томъ, что сдѣлка заключается лишь съ цѣлью получить средства для игры, то на основаніи такой сдѣлки не предоставляется иска, l. 2, § 1. D. quarum rerum actio. 44. 5. Иного взгляда Windscheid, т. 2, § 420, прим. 7. Впрочемъ, это положеніе упразднено гражд. уложеніемъ для герман. имперіи.

[11]) l. 8, § 1. D. de contr. empt. 18. 1, привед. выше, § 94, прим. 14.

[1]) l. 17, § 5. D. de praescr. verb. 19. 5; Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, § 244, прим. 10.

[2]) Въ римскомъ правѣ sponsiones отчасти замѣняли собою современные иски о признаніи правоотношеній — Anerkennungsklagen.

[3]) См. выше, § 104, прим. 8.

[4]) Ничтожно было также пари, заключенное по поводу игры. l. 3. D. de aleatoribus. 11. 5. Въ Римѣ при поощряемыхъ состязаніяхъ это правило не примѣнялось; но подобное исключеніе едва ли распространяется на современныя „дозволенныя“ игры.

[5]) Пари à coup sûr, при которомъ одинъ изъ участниковъ имѣетъ *особенно надежныя свѣдѣнія* о справедливости своего утвержденія и скрываетъ это отъ другого,

www.naukaprava.ru

Гражд. улож. для германской имперіи приравниваетъ пари къ игрѣ. Но это правило ограничивается областью гражданскаго права[7]).

III. Дареніе. Мировая сдѣлка.

§ 106. **Понятіе дарения**[1]) [2]).

Очень многія сдѣлки являются, въ сущности, *актами щедрости*, т. е. безвозмезднымъ предоставленіемъ имущественныхъ выгодъ; сюда относятся, напр., безвозмездная ссуда, принятіе поклажи[3]), завѣщательные отказы. Но особенное значеніе имѣетъ *дареніе*—donatio, т. е. *безвозмездное предоставленіе имущества посредствомъ договора*.

Дареніе не всегда соотвѣтствуетъ требованіямъ нравственности и хозяйственнымъ соображеніямъ. Нерѣдко оно производится опрометчиво, подъ вліяніемъ минутнаго увлеченія, а иногда даже подъ нравственнымъ давленіемъ лица, эксплоатирующаго слабость дарителя. Часто, вслѣдъ за тѣмъ, даритель испытываетъ раскаяніе, въ

который о нихъ не знаетъ, является обманомъ и потому должно считаться ничтожнымъ. Впрочемъ, многіе новѣйшіе ученые не раздѣляютъ этого взгляда. Въ частности, Keller: Pandekten, § 229, признаетъ наличность злого умысла только въ томъ случаѣ, когда участникъ притворяется незнающимъ какой-либо вполнѣ установленный фактъ. Но, кажется, нѣтъ рѣшительно никакихъ основаній поощрять снабженіе исковой силой подобныхъ сомнительныхъ пари.

[6]) За это Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 305, стр. 102; противъ этого Stobbe-Lehmann, т. 3, § 244, стр. 427, и Windscheid, т. 2, § 420, прим. 1.

[7]) Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 212, стр. 141.

[1]) Tit. Inst. de donationibus. 2. 7; D. 39. 5; C. 8. 53. Meyerfeld: Die Lehre von den Schenkungen, т. 1, 1835, т. 2, отд. 1, 1837; Savigny: System, т. 4, стр. 1—297; Bekker: Pandekten, т. 2, §§ 102 и слѣд.; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 87. Burckhard: Zum Begriff der Schenkung, 1899, Burckhard zu Fr. Vaticana 269, Beitrag zur Lehre von Schenkung und Dos in den Festgaben für Dernburg, 1900. — Заслуживаетъ вниманія также Realz: Die Schenkung, въ Gutachten aus dem Anwaltstand über den Entwurf eines bürgerl Gesetzbuches, книжка 3, стр. 163. Въ русской литературѣ см. Умовъ: Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права, 1876.

[2]) Мѣсто, занимаемое дареніемъ въ системѣ гражданскаго права, твердо не установилось. Институціи Юстиніана причисляютъ его къ способамъ пріобрѣтенія права собственности и ставятъ наряду съ пріобрѣтательною давностью; того же порядка держались раньше всѣ систематики. Многіе новѣйшіе ученые включаютъ дареніе въ обязательственное право, такъ какъ особенно важное значеніе имѣютъ возникающія изъ него обязанности; этотъ порядокъ принятъ и Дернбургомъ. Наконецъ, нѣкоторые авторы, какъ, напр., Puchta: Pandekten, § 53, и Savigny, loc. cit., стр. 3, разсматриваютъ дареніе въ общей части на томъ основаніи, что оно будто бы отличается общимъ характеромъ, который можетъ быть усвоенъ самыми разнородными юридическими сдѣлками; такимъ образомъ, по ихъ мнѣнію, дареніе не представляетъ собою „отдѣльной юридической сдѣлки“. Все затрудненіе заключается въ свойствѣ самаго вопроса. И римская, и современная систематика распредѣляютъ права по ихъ *юридическому облику* и говорятъ въ этомъ смыслѣ о собственности, сервитутахъ, правахъ требованія и т. п. Особенность же дарения заключается не въ его юридическомъ обликѣ, который, дѣйствительно, можетъ быть самый разнообразный, но въ его особой экономической цѣли. Такимъ образомъ, оно характеризуется такимъ свойствомъ, которое чуждо принципу, лежащему въ основѣ системы права. Здѣсь именно скрещиваются разнородныя основанія классификаціи. Но такъ какъ система можетъ быть построена лишь на одномъ принципѣ, то отклоненіе отъ строгаго проведенія системы въ данномъ случаѣ неизбѣжно. См. Burckhard: Die Stellung der Schenkung im Rechtssystem, 1891, и указанныхъ тамъ авторовъ.

[3]) И подобные акты щедрости называются дареніями въ болѣе широкомъ смыслѣ. См. Savigny, loc. cit., стр. 13, и приведенныя имъ цитаты изъ источниковъ.

особенности, если одаренный отплатитъ ему неблагодарностью, или если имущественное положеніе дарителя измѣнится. Нерѣдко также дареніе вызывается неблаговидными расчетами. Поэтому оно и подлежитъ различнымъ ограниченіямъ[4]).

Въ понятіе даренія входятъ слѣдующіе моменты:

1. *Предоставленіе одаряемому извѣстной цѣнности за счетъ имущества дарителя*[5]).

Способы даренія могутъ быть самые разнообразные: передача въ собственность тѣлесныхъ вещей, предоставленіе владѣнія, установленіе вещнаго права пользованія, уступка обязательственнаго требованія, отказъ отъ какого-нибудь права, дарственное обѣщаніе[6]).

Допускается также дареніе *всего имущества*, какъ настоящаго, такъ и будущаго[7]). Такая сдѣлка не создаетъ универсальнаго преемства, а осуществляется путемъ передачи каждой отдѣльной вещи, входящей въ составъ имущества. Поэтому, несмотря на дареніе, дарителъ продолжаетъ отвѣчать лично за свои долги; отвѣтственность передъ кредиторами дарителя переходитъ на одареннаго лишь въ томъ случаѣ, если онъ самъ возьметъ ее на себя по отношенію къ нимъ. Но дарителъ въ правѣ или потребовать отъ одареннаго освобожденія его отъ долговъ, или заранѣе вычесть и удержать сумму, необходимую для ихъ погашенія[8]) [9]).

---

[4]) Savigny, loc. cit., стр. 1 и слѣд., видитъ въ дареніи въ тѣсномъ смыслѣ *только институтъ положительнаго права*. Для него дареніе представляетъ собою ту юридическую сдѣлку, на которую распространяются спеціальныя ограниченія, установленныя закономъ для даренія. Такого же мнѣнія Windscheid, § 367, прим. 5 a; Arndts, § 80, прим. 4. Но это опредѣленіе намъ кажется неправильнымъ. Даренія, вызывающія уменьшеніе имущества дарителя, имѣютъ особенное значеніе для него самого, его семьи, его вѣрителей. Съ экономической и соціальной точки зрѣнія они являются своеобразными сдѣлками и, благодаря этому, подчиняются особымъ правиламъ.

[5]) Болѣе узкое опредѣленіе даютъ источники при запрещеніи дареній между супругами. См. ниже, § 108, п. 2. l. 5, § 8. D. de don. inter vir. et uxor. 24. 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum... definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem; см. l. 5. § 16, l. 25. D. eod. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 516, п. 1, опредѣляетъ: Актъ предоставленія, которымъ одно лицо обогащаетъ другое за счетъ своего имущества, признается дареніемъ, если обѣ стороны согласны въ томъ, что предоставленіе совершается безвозмездно. Такое опредѣленіе едва ли правильно. Если кто-либо, напр., желая очистить мѣсто для постройки, разрѣшаетъ сосѣду увезти изъ своего сада землю, то онъ этимъ не совершаетъ даренія, несмотря на то, что предоставленіе является безвозмезднымъ, и что сосѣдъ вслѣдствіе этого обогатился. Ср. Dernb., Bürg R., т. II, 2, § 205, стр. 116.

[6]) См. Meyerfeld, loc. cit., т. 1, стр. 93; Savigny, loc. cit., стр. 105. Говорятъ, что даренія совершаются „dando“, „promittendo“, „liberando“. — Относительно отказа отъ требованія см. выше, § 65 in fine.

[7]) Savigny, loc. cit., стр. 14, утверждаетъ, что дареніе всего будущаго имущества, по римскому праву, считалось недѣйствительнымъ, такъ какъ подъ нимъ могъ скрываться договоръ о будущемъ наслѣдствѣ; по современному же праву онъ признаетъ подобную сдѣлку вполнѣ возможной. Это второе положеніе принимается всѣми безъ возраженія—ср. R. G. E., т. 18, стр. 180; относительно же перваго существуетъ споръ, см. Windscheid, т. 2, § 368, прим. 9. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 310, договоръ, въ силу котораго одинъ изъ участниковъ обязуется передать все свое будущее имущество или часть будущаго имущества или обременить его правомъ пользовладѣнія, недѣйствителенъ. Договоръ же, по которому одинъ изъ участниковъ обязуется передать свое наличное имущество, дѣйствителенъ, но подобное соглашеніе должно быть облечено въ форму судебнаго или нотаріальнаго акта; гражд. улож. для герман. имперіи, § 311.

[8]) l. 28. D. de donationibus, 39. 5; l. 72, pr. D. de jure dotium. 23. 3. Ср. гражд. улож. для герм. имперіи, § 419.

www.naukaprava.ru

Безвозмездное предоставленіе пользованія вещью, само по себѣ, не составляетъ дареніа, такъ какъ не является уменьшеніемъ имущества дарителя. Впрочемъ, если оно имѣетъ характеръ отказа отъ постояннаго и обыкновеннаго источника доходовъ, напр., въ случаѣ предоставленія доходнаго дома съ квартирами въ безвозмездное пользованіе на продолжительный срокъ, то мы, дѣйствительно, имѣемъ дѣло съ дареніемъ[10]) [11]).

2. Требуется, чтобы дареніе исходило изъ желанія *оказать щедрость*—animus donandi[12]). При этомъ безразлично, что́ является мотивомъ такого желанія: симпатія ли къ одаренному и благородство, или хвастовство и даже безнравственныя побужденія, напр., желаніе снискать расположеніе вліятельнаго и нужнаго лица.

Animus donandi основывается на рѣшеніи дарителя, которое должно быть выражено. Если же оно не было выражено съ достаточною опредѣленностью, то наличность дареніа не должна предполагаться; въ этомъ случаѣ обыкновенно допускается condictio sine causa, а при извѣстныхъ обстоятельствахъ — actio negotiorum gestorum [13]).

3. Для дареніа требуется договоръ между дарителемъ и одаряемымъ[14]).

---

[9]) Запрещеніе дареній между супругами не распространяется на отреченіе одного супруга въ пользу другого отъ представляющейся выгоды, въ частности отъ наслѣдства или завѣщательнаго отказа — l. 5. §§ 13 и 14, l. 31. § 7. D. de donat. inter vir. et uxor. 24. 1, такъ какъ отъ этого даритель не становится бѣднѣе, чѣмъ онъ былъ. Съ другихъ точекъ зрѣнія и подобное отреченіе имѣетъ характеръ дареніа, Reatz, loc. cit. Иного мнѣнія держался Дернбургъ въ 1 изданіи этого учебника; Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 612; Hölder: Pandekten, § 55. Иначе также гражд. улож. для герман. имперіи, § 517; ср. по этому поводу Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 205, стр. 118.

[10]) l. 9, pr. D. h. t. 39. 5; Savigny, loc. cit., стр. 32.

[11]) Согласно l. 23. pr. D. h. t. 39. 5, прощеніе или пониженіе будущихъ процентовъ не считается дареніемъ.

[12]) l. 1. pr. D. h. t. 39. 5. Julianus libro 17 digestorum... propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. Reatz, loc. cit., справедливо выступаетъ противъ господствующаго взгляда, по которому animus donandi отождествляется съ желаніемъ *обогатить* одареннаго. Если, напр., кто-нибудь даетъ извѣстную сумму въ пользу лѣтнихъ колоній для больныхъ дѣтей, то это будетъ дареніемъ, хотя оно, въ сущности, никого не обогащаетъ. Относительно causa donandi см. Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, стр. 230. См. также R. G. E., т. 14, стр. 193.

[13]) Въ этомъ смыслѣ не лишено справедливости положеніе: „дареніа не предполагаются“. См. l. 33, l. 44. D. de neg. gest. 3. 5. Тѣмъ не менѣе, при извѣстныхъ обстоятельствахъ, часто придется предполагать дареніе тамъ, гдѣ кто-нибудь совершаетъ опредѣленное дѣйствіе, не будучи къ тому обязанъ. Въ такомъ смыслѣ высказывается Папиніанъ libro 10 responsorum, l. 29. pr. D. h. t. 39. 5: Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. Windscheid, т. 2, § 365, прим. 4, полагаетъ, что приведенное мѣсто даетъ „крайне неточное опредѣленіе: вѣдь при такомъ взглядѣ пришлось бы, напр., и предоставленіе займа признать за дареніе“. Но Папиніанъ здѣсь вовсе не имѣлъ въ виду дать точное опредѣленіе института дареніа. Ср. также гражд. улож. для герм. имперіи, § 685, п. 2.

[14]) l. 19, § 2. D. h. t. 39. 5. Ulpianus libro 76 ad edictum: Non potest liberalitas nolenti adquiri. См. затѣмъ приведенную въ выпускѣ II, § 213, прим. 9, l. 18. D. de reb. cred. 12. 1; см. также Cicero: Topica, cap. 8, „neque donationem sine acceptatione intelligi posse“. Burckhard: Ueber Schenkungsannahme, 1892. Впрочемъ, нельзя не признать, что относительно даннаго вопроса римская юриспруденція не установила общаго, всѣми принятаго принципа. Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 215; Bekker, т. 2, стр. 182. Гражд. улож. для герман. имперіи также признаетъ дареніе договоромъ; ср. § 516, п. 2; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 206, стр. 121.

Правда, въ цѣляхъ дареніа, можетъ совершиться *предоставленіе имущественной выгоды* и безъ согласія одаряемаго, напр., посредствомъ *уплаты* долга его вѣрителю. Но дареніе состоится только въ томъ случаѣ, если одаряемый впослѣдствіи изъявитъ согласіе на оказанный ему актъ щедрости, что́, впрочемъ, можетъ произойти и молчаливо. Если же одаряемый отклонитъ дареніе, то онъ въ соотвѣтствующей суммѣ становится должникомъ дарителя, которому предоставляется condictio sine causa.

4. Обыкновенно указываютъ на слѣдующіе особые виды дареній:

a) *Donatio remuneratoria*, въ *награду* за *услуги*, оказанныя одаряемымъ дарителю, третьимъ лицамъ или обществу[15]). Но такія дареніа, большею частью, ничѣмъ не отличаются отъ обыкновенныхъ.

b) Особую категорію составляютъ лишь дареніа *на случай смерти*—mortis causa donationes, совершаемыя *подъ условіемъ, что одаряемый переживетъ дарителя*. Они имѣютъ большое сходство съ завѣщательными отказами и во многихъ частностяхъ обсуждаются по общимъ съ ними правиламъ[16]).

§ 107. Обязанности, вытекающія изъ дареніа.

1. Вмѣсто непосредственной передачи права собственности, дареніа часто совершаются путемъ *дарственнаго обѣщанія*.

Въ классическомъ римскомъ правѣ, для совершенія подобныхъ дареній, необходима была стипуляція. Но Юстиніанъ призналъ достаточнымъ простой неформальный договоръ[1]); впрочемъ, эта реформа не коснулась болѣе крупныхъ дареній, относительно которыхъ дѣйствовали особыя правила.

Исполненіе дарственнаго обѣщанія разсматривается какъ *погашеніе долга*, но отнюдь не какъ самостоятельное дареніе.

Къ обязательствамъ, вытекающимъ изъ дарственнаго обѣщанія, право относится съ особымъ снисхожденіемъ:

---

[15]) Harburger: Die remuneratorische Schenkung, 1875. Это сочиненіе содержитъ историко-догматическій обзоръ вопроса. G. Blume: Die remuneratorische Schenkung, Freiburger Inaug-Dissert., 1890. Подробности относительно этихъ дареній см. ниже, § 108 in fine.

[16]) Многіе разсматриваютъ, какъ особый „видъ“ дареніа, и такъ наз. donatio sub modo. Но это такъ же неправильно, какъ если бы кто считалъ за особые виды дареніа отсроченныя или подъ условіемъ. Относительно donatio sub modo, см. Pernice: Labeo, т. 3, стр. 196; Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 79, стр. 75. Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 525—527; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 210, стр. 135. Особымъ видомъ дареніа являются „общепринятыя“ дареніа прислугѣ, третьимъ лицамъ и роднымъ по случаю праздниковъ. Ихъ слѣдовало бы разсматривать совершенно отдѣльно. Но въ римскомъ правѣ они не выдѣляются въ особую категорію. См. Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 621. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи, § 534: Даръ, совершенный во исполненіе нравственной обязанности или ради соблюденія требованій приличія, не можетъ быть потребованъ обратно и не подлежитъ отмѣнѣ. Относительно такъ наз. negotium mixtum cum donatione ср. Lammfromm: Theilung, Darlehen, Auflage und Umsatzvertrag, 1897, стр. 132; W. Koeppen: Das negotium mixtum cum donatione, 1901.

[1]) l. 35, §§ 5b и слѣд. C. h. t. 8. 53; § 2. I. h. t. 2. 7.

www.naukaprava.ru

a) Въ случаѣ промедленія въ исполненіи обѣщанія, даритель не платитъ процентовъ[2]).

b) Онъ пользуется beneficium competentiae, и притомъ такъ, что сначала изъ его активнаго имущества вычитаются всѣ его остальные долги, послѣ чего ему еще оставляются необходимыя средства для существованія[3]).

2. Дареніе обязываетъ дарителя отвѣчать предъ одареннымъ за dolus и culpa lata[4]). Въ частности, онъ долженъ возмѣстить ему всѣ убытки, если онъ умышленно или по грубой небрежности подарилъ *чужую* вещь или же вещь *съ недостатками*, а одаренный сдѣлалъ на нее затраты, выполнилъ возложенныя на него дарственнымъ актомъ обязательства, или уплатилъ судебныя издержки, вызванныя эвикціей; наконецъ, даритель отвѣчаетъ, если, вслѣдствіе недостатковъ подаренной вещи, пострадало имущество одареннаго.

При отсутствіи указанныхъ видовъ вины, даритель *не отвѣчаетъ ни за эвикцію, ни за недостатки вещи*, при чемъ безразлично, была ли вещь подарена непосредственно, или же предоставлена одаренному во исполненіе дарственнаго обѣщанія[5]) [6]).

---

[2]) l. 22. D. h. t. 39. 5. Windscheid, т. 2, § 366, прим. 4. Процессуальные проценты не считаются процентами ex mora, а потому ихъ долженъ платить и даритель. Непризнаніе процентовъ ex mora при дареніяхъ объясняется исторически тѣмъ, что искъ изъ дарственной стипуляціи считался искомъ stricti juris. Но это не было единственнымъ основаніемъ. Такой порядокъ оправдывается, сверхъ того, и требованіями справедливости. Вслѣдствіе этого, онъ дѣйствуетъ и теперь, хотя искъ утратилъ свой прежній характеръ stricti juris. Того же взгляда держится и гражд. улож. для герман. имперіи, § 522.

[3]) См. выше, § 57. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 519, гласитъ: Даритель въ правѣ уклониться отъ исполненія дарственнаго обѣщанія, поскольку онъ, принимая въ расчетъ остальныя его обязательства, не можетъ исполнить обѣщаннаго иначе, какъ лишая себя возможности вести соотвѣтствующій своему общественному положенію образъ жизни, или въ ущербъ исполненію лежащихъ на немъ по закону обязанностей доставлять содержаніе другимъ лицамъ. При столкновеніи притязаній нѣсколькихъ одаренныхъ лицъ предпочтеніе отдается тому притязанію, которое возникло раньше. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 208, стр. 127.

[4]) Съ этимъ согласно и гражд. улож. для герман. имперіи, § 521.

[5]) Относительно эвикціи при дареніяхъ см. Thibaut: Die Verpflichtung des Schenkers zur Evictionsleistung въ его civ. Abhandlungen, т. 6, статья 4; Bekker въ его и Muthers Jahrb., т. 6, стр. 245.

[6]) l. 18, § 3. D. h. t. 39. 5. Ulpianus libro 71 ad edictum: Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. l. 2. C. de evictionibus. 8. 44; Pauli sent., V, 11, § 5. Правда, очень споренъ вопросъ, имѣетъ ли устраненіе отвѣтственности дарителя за эвикцію общее значеніе или нѣтъ. Многіе новѣйшіе ученые признаютъ такую отвѣтственность при обѣщаніи подарить вещи, опредѣленныя лишь родовыми признаками (genus). Въ частности, Vangerow, т. 3, § 610, прим. 2, утверждаетъ, что, въ случаѣ эвикціи вещи у одареннаго, исполненіе обѣщанія должно считаться несостоявшимся, такъ что даритель обязанъ представить *другой предметъ* того же рода. Windscheid, т. 2, § 366, прим. 8, признаетъ даже обязанность дарителя, *по выбору одареннаго*, или представить ему другую вещь, или же возмѣстить его интересъ въ сохраненіи полученнаго. Но въ источникахъ не встрѣчается указаній на отвѣтственность подобнаго рода, ибо, вопреки Vangerow'y, loc. cit., отношеніе l. 46. D. de leg. I къ дарепію остается недоказаннымъ. Нѣтъ также внутреннихъ логическихъ основаній для такой отвѣтственности. Противники нашего взгляда приходятъ къ своимъ заключеніямъ чисто формально, на основаніи общаго характера обязательствъ, направленныхъ на genus, не обращая вниманія на особенности дарепія. Допустимъ, напр., что кто-либо обѣщаетъ подарить верховую лошадь, покупаетъ ее bona fide и передаетъ одаряемому. Было бы слишкомъ сурово обязать его представить другую лошадь или же вознаградить одареннаго за весь

§ 108. Ограниченія дареній.

Правила, ограничивающія даренія, касаются отчасти формы ихъ совершенія, отчасти матеріальнаго ихъ содержанія: нѣкоторыя даренія запрещены совершенно, въ отношеніи другихъ признается право оспаривать ихъ или требовать возврата подареннаго.

1. *Для дареній свыше 500 solidi Юстиніанъ требовалъ ихъ судебнаго засвидѣтельствованія* [1]), частью съ той цѣлью, чтобы дать дарителю время еще обдумать предположенное дареніе, частью—чтобы обезпечить публичное доказательство на случай возникновенія споровъ [2]) [3]).

Во время рецепціи римскаго права solidi были замѣнены имперскими дукатами, стоимость которыхъ равнялась 4 гульденамъ,

---

интересъ, если впослѣдствіи, къ несчастію, окажется, что эта лошадь принадлежитъ третьему лицу, которое ее эвинцируетъ. Само собою разумѣется, что дарителъ будетъ ссылаться на то, что онъ отвѣчаетъ лишь за dolus и culpa lata, и что нельзя же предполагать у него намѣренія взять на себя болѣе строгую отвѣтственность. Рѣшеніе суда покажется ему окончательно непонятнымъ, когда онъ услышитъ, что былъ бы свободенъ отъ всякой отвѣтственности, если бы раньше купилъ лошадь, а затѣмъ уже подарилъ ее, какъ species! Противъ господствующаго мнѣнія высказывается и Bekker, loc. cit., стр. 245; но съ его собственными разграниченіями согласиться невозможно. По гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 523 и 524, даритель вообще обязанъ возмѣстить одаренному причиненный ему ущербъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ *умышленно умолчалъ* о порокахъ права или о недостаткахъ подаренной вещи. Однако, существуютъ особыя постановленія на тотъ случай, если даритель обѣщалъ представить предметъ, который ему самому еще предстояло пріобрѣсти, въ частности такой, который опредѣленъ лишь родовыми признаками. Но и въ подобныхъ случаяхъ даритель отвѣчаетъ, самое бо́льшее, за грубую небрежность. Ср. §§ 523, п. 2, и 524, п. 2; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 208, стр. 126.

[1]) Marezoll въ Löhrs Magazin, т. 4, стр. 175, и въ Lindes Zeitschrift, т. 1, статья 1, 1828; Bremer: Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen въ Jherings Jahrb., т. 13, статья 3; Herbert Pernice: Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen, Greifswalder Inaug-Dissert., 1882.

[2]) Въ древнѣйшемъ правѣ, согласно lex Cincia отъ 550 г. ab urbe cond., были запрещены всѣ болѣе или менѣе *крупныя* даренія въ пользу лицъ, спеціально *закономъ не изъятыхъ* отъ дѣйствія этого правила. Правда, подобныя запрещенныя даренія не считались совершенно ничтожными; но они могли быть оспорены до момента, какъ юридическаго, такъ и фактическаго ихъ исполненія. Поэтому, въ частности, при дареніи res mancipi, кромѣ совершенія акта mancipatio, необходима была еще фактическая передача владѣнія; если же вещь была движимая, то, сверхъ того, требовалось еще, чтобы одаренный могъ выйти побѣдителемъ въ случаѣ предъявленія къ нему interdictum utrubi, т. е. чтобы онъ провладѣлъ majore parte anni. См. Fragm. Vat., §§ 248 и слѣд.; Rudorff: Röm. Rechtsgeschichte, т. 1, стр. 53, и приведенныхъ тамъ авторовъ; Pollack: Schenkungswiderruf, 1886, стр. 17. При христіанскихъ императорахъ эти постановленія считались уже устарѣвшими, а взамѣнъ стали примѣнять судебное засвидѣтельствованіе, которое впервые Константіи Хлоръ призналъ обязательной формой на территоріи своей части имперіи. См. Brunner: Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde, стр. 128. Юстиніанъ освободилъ отъ этой формы сначала даренія до 300 solidi, l. 34, C. h. t. 8, 53, а затѣмъ и до 500, l. 36, § 3. C. h. t. Законодательство Юстиніана вообще стремилось къ облегченію дареній. Поощрялись, главнымъ образомъ, пожертвованія на богоугодныя дѣла.

[3]) Изъ даримой суммы должны быть вычтены, по оцѣнкѣ, обязательства, возложенныя на одареннаго, R. G. E., т. 18, стр. 180.—Нѣсколько дареній въ пользу одного и того же лица, совершенныя въ разное время, считаются отдѣльно, l. 34. § 3. C. h. t. 8. 53, при чемъ не принимается въ соображеніе, произошло ли это раздѣленіе „in fraudem legis“, въ обходъ закона о засвидѣтельствованіи, или же нѣтъ; Pernice, loc. cit., стр. 38. Иного мнѣнія Pfaff: Zur Lehre vom so gen. in fraudem legis agere, стр. 85. При оцѣнкѣ принимается во вниманіе моментъ совершенія дареній.

www.naukaprava.ru

считая гульденъ въ $2^1/_3$ марки. Такимъ образомъ, на современныя деньги, 500 solidi составятъ приблизительно 4666 марокъ 67 пфенниговъ или 2160 рублей 50 копѣекъ[4]).

Въ Римѣ засвидѣтельствованіе происходило тѣмъ путемъ, что высказанное дарителемъ передъ судьей устное заявленіе заносилось дословно въ судебныя книги—acta[5]). По обще-германскому праву оно совершалось или путемъ устнаго заявленія суду, о чемъ составлялся протоколъ, или черезъ представленіе въ судъ документа о дареніи, содержаніе котораго, въ присутствіи суда, даритель признавалъ правильнымъ, что́ также заносилось въ протоколъ[6]). Участіе одаряемаго въ тѣхъ дѣйствіяхъ, которыя происходили на судѣ, не требовалось; самое принятіе даренія могло произойти внѣ суда и безъ особыхъ формальностей.

Дареніе, не засвидѣтельствованное на судѣ, было недѣйствительно, поскольку оно превышало 500 дукатовъ, и сохраняло силу лишь въ предѣлахъ этой суммы[7]). Поэтому, незасвидѣтельствованное дареніе вещи бо́льшей стоимости влекло за собою установленіе общей собственности дарителя и одареннаго; впрочемъ, собственникъ бо́льшей доли могъ, вознаградивъ сособственника, потребовать передачи ему права собственности на всю вещь[8]). Недѣйствительность дареній признавалась судомъ ex officio.

Предоставленіе ренты не требовало засвидѣтельствованія, если каждый отдѣльный платежъ не превышалъ 500 дукатовъ, и если она была ограничена срокомъ *либо* смерти дарителя, *либо* смерти одареннаго. Но если рента назначалась на болѣе продолжительное, неопредѣленное время, то она должна была быть засвидѣтельствована, въ противномъ же случаѣ считалась вполнѣ ничтожной. При предоставленіи ренты на опредѣленное время вопросъ о томъ, необходимо

---

[4]) Savigny, т. 4, стр. 210, считалъ solidus равнымъ 4 гульденамъ, полагая послѣдніе въ $2^1/_{10}$ марки, такъ что понятіе крупнаго даренія начиналось бы съ 4200 марокъ. Практика, бо́льшею частью, останавливалась на этомъ расчетѣ, тѣмъ болѣе, что такимъ образомъ получалась круглая сумма. Однако, подъ вліяніемъ статьи Francke въ Archiv für civ. Praxis, т. 47, № 18, вопреки установившемуся было обычаю, возобладалъ исторически болѣе правильный, но практически неудобный расчетъ, по которому гульденъ долженъ быть принятъ въ $2^1/_3$ марки. Согласно съ этимъ рѣшилъ вопросъ имперскій судъ—R. G. E., т. 1, стр. 313, т. 8, стр. 145, т. 18, стр. 180; ср. Bähr: Praxis des Reichsgerichts, XX.—На самомъ же дѣлѣ, для solidus оба расчета слишкомъ низки, ср. Savigny: Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss., т. 6, стр. 391; Pinder и Friedländer, тамъ же, т. 12, стр. 9.

[5]) l. 25, § 1. C. h. t. 8. 53.

[6]) Относительно формы засвидѣтельствованія см. R. G. E., т. 5, стр. 130, т. 6, стр. 181.

[7]) l. 34, § 1. C. h. t. 8. 53.

[8]) Подробности см. въ l. 34, § 2. C. h. t. 8. 53.—Самое предоставленіе подаренаго можетъ быть осуществлено путемъ различныхъ сдѣлокъ, въ частности и съ третьими лицами, при чемъ сдѣлки эти дѣйствительны, несмотря на отсутствіе засвидѣтельствованія. Въ подобныхъ случаяхъ, вслѣдствіе несоблюденія формы, дарителю предоставляется противъ одареннаго только condictio sine causa, направленная на возвращеніе всего того, на что́ одаренный обогатился ко времени предъявленія иска. См. Windscheid, т. 2, § 367, прим. 7. Тотъ же искъ предоставлялся дарителю и въ томъ случаѣ, если онъ почему-либо не могъ воспользоваться принадлежавшей ему первоначально rei vindicatio.

ли засвидѣтельствованіе или нѣтъ, рѣшался въ зависимости отъ суммы всѣхъ отдѣльныхъ платежей[9]) [10]).

Согласно гражд. улож. для герман. имперіи, для дѣйствительности договора, по которому дается обѣщаніе предоставить кому-либо даръ, необходимо судебное или нотаріальное его засвидѣтельствованіе. Несоблюденіе формы восполняется осуществленіемъ обѣщаннаго предоставленія[11]).

2. *Даренія* inter vivos *между супругами* ничтожны, если они дѣлаютъ дарителя бѣднѣе, а одареннаго обогащаютъ. Но они пріобрѣтаютъ силу, если даритель умретъ, состоя въ бракѣ, раньше одареннаго. Гражданскому уложенію для герм. имперіи это правило неизвѣстно.

3. Даритель имѣетъ право *потребовать возврата дара*[12]) [13]):

а) въ извѣстныхъ, опредѣленныхъ закономъ случаяхъ грубой *неблагодарности* одареннаго[14]). Это требованіе возврата является

---

[9]) l. 34, § 4a. C. h. t. 8. 53. Юстиніанъ постановляетъ, что дареніе ренты „intra vitam personarum vel dantis vel accipientis“ не требуетъ засвидѣтельствованія, коль скоро отдѣльные платежи не превышаютъ законнаго максимума; затѣмъ онъ продолжаетъ: засвидѣтельствованіе всетаки необходимо, „sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio, vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel qui donationem accipiet“. Briegleb въ Archiv für civ. Praxis, т. 38, статья 6, справедливо утверждаетъ, что въ приведеной цитатѣ слово „vitae“ стоитъ въ дательномъ падежѣ и зависитъ отъ adiciatur, а не въ родительномъ, въ зависимости отъ tempus. Засвидѣтельствованіе необходимо,— таковъ смыслъ—если рента распространена или на наслѣдниковъ обоихъ участниковъ, или, по крайней мѣрѣ, на наслѣдниковъ одного изъ нихъ, но при этомъ на срокъ, который лежитъ за предѣлами жизни другого. Возраженіе Windscheid'a, т. 2, § 367, прим. 6, что въ такомъ случаѣ дареніе ренты должно быть засвидѣтельствовано даже при самомъ незначительномъ продленіи ея за предѣлы жизни участниковъ, не опровергаетъ этого вывода. Вѣдь дѣло идетъ здѣсь о положительныхъ предписаніяхъ, гдѣ подобныя явленія не представляютъ собою ничего страннаго. Поэтому, здѣсь нѣтъ никакой надобности въ измѣненіи текста, напр., посредствомъ вставки слова „non“, какъ предлагалъ Куяцій, ссылаясь на текстъ Базиликъ. Ошибочно также толкованіе Zoll'a въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 8, и Pernice, loc. cit., стр. 59. Ихъ предположеніе, будто слова „vel dantis vel accipientis“ должны означать „et“ dantis „et“ accipientis, по нашему мнѣнію, невозможно. См. еще Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 616, прим. 10. При одновременномъ дареніи нѣсколькимъ лицамъ рѣшающее значеніе имѣетъ не сумма всѣхъ дареній въ совокупности, но размѣръ дарепія каждому отдѣльному лицу. Иного мнѣнія Regelsberger, loc. cit., прим. 9.

[10]) Необходимость засвидѣтельствованія исключалась при дареніяхъ: a) со стороны правителя государства или въ его пользу; b) на возстановленіе разрушеннаго зданія; c) для выкупа плѣнныхъ; d) при дареніи, сдѣланномъ женщинѣ посредствомъ установленія приданаго въ ея пользу.

[11]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 518; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 206, стр. 123.

[12]) Pollack: Der Schenkungswiderruf, 1886. См. также Bothmer: Die rechtliche Konstruktion des Widerrufs въ Archiv für civ. Praxis, т. 61, стр. 335.

[13]) По классическому праву, патронъ могъ произвольно отмѣнить дареніе, сдѣланное въ пользу вольноотпущенника. Fragm. Vat., § 272. Впослѣдствіи право это было ограничено случаями неблагодарности вольноотпущенника, l. 1. C. de revocandis donationibus. 8. 55, и, кромѣ того, послѣдующаго рожденія дѣтей у патрона—дарителя, l. 8, C. eod. Юстиніанъ же въ l 10. C. eod. возвелъ отмѣну дарепія по неблагодарности одареннаго въ общее правило.

[14]) Сюда относились слѣдующіе случаи: a) грубое оскорбленіе словомъ, ср. Seuffert: Archiv, т. 54, каз. 222; b) оскорбленіе дарителя дѣйствіемъ; c) причиненіе значительныхъ имущественныхъ убытковъ; d) причиненіе опасности для жизни дарителя; наконецъ, e) неисполненіе обязанностей, возложенныхъ на одареннаго. Само собою разумѣется, что во всѣхъ этихъ случаяхъ предполагается умыселъ одареннаго, такъ какъ помимо него не можетъ быть и рѣчи о „неблагодарности“. Сверхъ того, существуютъ спеціальныя опредѣленія для матери, вступающей во второй бракъ, относительно отмѣны дареній, сдѣланныхъ ею въ пользу дѣтей отъ перваго брака, l. 7. C. h. t. 8. 55; nov. 22, cap. 35. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 530, п. 1, опредѣляетъ: Дареніе

www.naukaprava.ru

строго личнымъ правомъ дарителя и должно быть осуществлено непосредственно противъ самого одареннаго. Отсюда возникаетъ искъ противъ одареннаго и его наслѣдниковъ о возвращеніи всего того, что̀ еще осталось у нихъ отъ дара къ тому времени, когда было заявлено требованіе о возвратѣ[15]).

b) По правиламъ, выработаннымъ судебной практикой, лицо, бывшее во время совершенія дара бездѣтнымъ, можетъ отмѣнить дареніе, *если у него впослѣдствіи родятся законныя дѣти.* Это право также считается строго личнымъ и вообще должно разсматриваться по аналогіи съ требованіемъ возврата по неблагодарности[16]).

4. Дарения могутъ быть оспорены:

a) со стороны *кредиторовъ* дарителя, которымъ дареніе причинило убытки, согласно нормамъ объ оспариваніи сдѣлокъ, заключенныхъ въ ущербъ кредиторамъ;

b) со стороны *необходимыхъ наслѣдниковъ*, въ случаѣ уменьшенія дареніемъ *неотъемлемой ихъ доли.*

Всѣ эти положенія распространяются и на *donationes remuneratoriae*[17]) [18]), такъ какъ это, въ сущности, тѣ же дарения.

можетъ быть отмѣнено, если одаренный, тяжкою виною по отношенію къ дарителю или близкому родственнику дарителя, выкажетъ грубую неблагодарность.

[15]) Ср. l. 7, pr. C. de revocandis donationibus. 8. 55. Petrazycki: Fruchtvertheilung, стр. 190. Заявленіе объ отмѣнѣ должно исходить лично отъ дарителя и можетъ быть внѣсудебнымъ. Оно обосновываетъ искъ о возвращеніи—condictio causa finita, который переходитъ къ наслѣдникамъ дарителя и можетъ быть предъявленъ также къ наслѣдникамъ одареннаго. Pollack, loc. cit., стр. 50. И по гражд. улож. для герман. имперіи право требовать возвращенія дара является строго личнымъ правомъ дарителя—ср., впрочемъ, также § 530, п. 2; послѣ смерти одареннаго это право прекращается (ср. § 532). Если дареніе отмѣнено, то требованіе о возвращеніи дара можетъ быть предъявлено согласно постановленіямъ о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія (§ 531, п. 2). Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 209, стр. 132.

[16]) По юстиніановому праву, *патронъ*, не имѣвшій дѣтей во время совершенія дарения въ пользу *вольноотпущенника*, въ случаѣ послѣдующаго ихъ рожденія, имѣлъ право требовать возвращенія дара, l. 8. C. de revocandis donationibus. 8. 55. Это положеніе являлось остаткомъ принадлежавшаго первоначально патрону неограниченнаго права отмѣны дареній, Fragm. Vat., § 272. Правда, по правильному взгляду, отсюда нельзя выводить общаго положенія относительно возвращенія дара въ случаѣ послѣдующаго рожденія дѣтей; тѣмъ не менѣе, практика, благодаря широкому толкованію этого мѣста, въ теченіе цѣлыхъ столѣтій держалась такого принципа—см. цитаты у Pollack'a, loc. cit., стр. 67, который въ концѣ концовъ обратился въ обычное право, вполнѣ гуманное и цѣлесообразное. Съ этимъ необходимо считаться; такъ и Regelsberger: Pandekten, т. 1, § 169, прим. 16; иначе Windscheid, т. 2, § 367, прим. 22; Seuffert: Archiv, т. 52, каз. 80 (O. L. G. für Bayern). На незначительныя дарения право отмѣны распространять не слѣдуетъ. Нельзя также согласиться съ мнѣніемъ авторовъ, приведенныхъ у Pollack'a, loc. cit., стр. 67, что рожденіе дѣтей уничтожаетъ совершенное до этого дареніе *непосредственно въ силу самаго закона.* Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ этого основанія для отмѣны дарения; за то въ §§ 528 и 529 оно ближайшимъ образомъ устанавливаетъ право дарителя требовать возвращенія дара согласно постановленіямъ о возвратѣ неправомѣрнаго обогащенія, если онъ, по осуществленіи дарения, лишенъ возможности вести соотвѣтствующій своему общественному положенію образъ жизни и исполнять лежащую на немъ по закону обязанность содержать своихъ родственниковъ, супруга или бывшаго супруга. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 208, стр. 129.

[17]) См. R. G. E., т. 4, стр. 121; но ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 534, привед. выше, § 106, прим. 16.

[18]) Нерѣдко donatio remuneratoria называютъ то, что̀, по существу дѣла, является „вознагражденіемъ"; конечно, въ подобныхъ случаяхъ правила, ограничивающія дареніе, не могутъ имѣть примѣненія. О такомъ именно случаѣ говоритъ Папиніанъ libro 29 quaestionum, l. 27. D. h. t. 39. 5: Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: „quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua me-

Исключается, однако, дареніе въ благодарность за спасеніе жизни [19]).

§ 109. **Мировая сдѣлка** [1]).

Мировой сдѣлкой — transactio — называется такое соглашеніе, *цѣлью котораго является устраненіе, посредствомъ взаимныхъ уступокъ сторонъ, неопредѣленности какого-либо права или сомнѣній въ его осуществимости* [2]).

1. Подобно дарепію, и мировая сдѣлка характеризуется преимущественно своей цѣлью. Сдѣлки же, посредствомъ которыхъ она осуществляется, могутъ быть самыя разнообразныя, какъ то имѣетъ мѣсто и при дареніи [3]). Мировая сдѣлка совершается, главнымъ образомъ, черезъ признаніе или немедленное осуществленіе части спор-

---

liorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cenaculo eoque uti". defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse. Рѣшеніе Папиніана предполагаетъ существованіе правила, въ силу котораго предоставленіе безплатной квартиры въ видѣ дара признавалось сдѣланнымъ только на срокъ жизни дарителя. На это указываетъ также l. 32. D. h. t. 39. 5; см. Harburger, loc. cit., стр. 6. При такихъ условіяхъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли въ данномъ случаѣ мѣсто дареніе или вознагражденіе, сразу пріобрѣтаетъ практическое значеніе; Папиніанъ справедливо высказывается въ пользу вознагражденія; см. l. 1, pr. D. de extraordinar. cogn. 50. 13; Harburger, loc. cit., стр. 15. Въ силу этого, вышеприведенное рѣшеніе Папиніана ничего не говоритъ въ пользу изъятія donationes remuneratoriae изъ общихъ правилъ о дареніи, такъ какъ это вовсе не былъ случай настоящаго дарепія. См., впрочемъ, Windscheid, т. 2, § 368, прим. 11; иначе Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 620; Hölder: Pandekten, § 55, прим. 3, стр. 290.

[19]) l. 34, § 1. D. h. t. 39. 5 изъ Pauli sent., V, 11, § 6. Дареніе здѣсь признается „irrevocabilis". По смыслу словъ Павла это означало, что дареніе не подлежитъ ограниченіямъ legis Cinciae; въ смыслѣ же Юстиніана подъ этимъ нужно понимать освобожденіе отъ необходимости судебнаго засвидѣтельствованія дарепія, заступившаго мѣсто lex Cincia. Исключается, какъ видно изъ самаго текста, также отмѣна въ случаѣ неблагодарности и послѣдующаго рожденія дѣтей. См., впрочемъ, Regelsberger, loc. cit., § 170, прим. 8.

[1]) Tit. Dig. de transactionibus. 2. 15, Cod. 2. 4; Risch: Die Lehre vom Vergleich, 1855; Sturm: Die Lehre vom Vergleich, 1889; объ этомъ сочиненіи см. Sokolowski: Kritische Vierteljahresschrift, т. 35 (N. F. 16), стр. 76 и слѣд.; Bekker, т. 2, § 110; Oumé Kendjiro: De la transaction, Paris, 1889; Bülow: Absolute Rechtskraft des Urtheils въ Archiv für civ. Praxis, т. 83, стр. 83; Oertmann: Der Vergleich im gemeinen Civilrecht, 1895; Bertolini: Della transazione secondo il diritto Romano, 1900.

[2]) l. 1. D. h. t. 2. 15. Ulpianus libro 50 ad edictum: Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Bülow, loc. cit., стр. 83, прим. 89, стр. 89, прим. 97 a, высказывается противъ этого опредѣленія. Онъ называетъ мировой сдѣлкой лишь такой договоръ, цѣль котораго заключается въ установленіи *спорнаго* правоотношенія. Сдѣлки же, видоизмѣняющія безспорное требованіе, какъ, напр., принудительныя мировыя при конкурсѣ, онъ называетъ „сдѣлками, направленными на удовлетвореніе". Противъ этого высказывается Oertmann, loc. cit., стр. 53; Bertolini, loc. cit., стр. 54. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 779, рѣшаетъ вопросъ въ нашемъ смыслѣ. Впрочемъ, Римляне часто употребляли слово transactio въ гораздо болѣе обширномъ значеніи и понимали подъ этимъ самыя разнородныя соглашенія, направленныя на окончательное установленіе правовыхъ отношеній, напр., въ l. 8, § 6. D. h. t. 2. 15; см. Buhl: Anerkennungsvertrag, стр. 79. Относительно опредѣленій, предложенныхъ Buhl'емъ, см. Windscheid, т. 2, § 413, прим. 6a.

[3]) Поэтому положеніе мировой сдѣлки въ системѣ права столь же неопредѣленно, какъ и дарепія. См. Risch, loc. cit., стр. 12. Bülow, loc. cit., стр. 85 и слѣд., предлагаетъ помѣстить ее въ общую часть, рядомъ съ ученіемъ о судебномъ рѣшеніи. Такого порядка уже давно держался Дернбургъ въ своемъ Preuss. Privatrecht; въ настоящемъ же трудѣ онъ не соблюденъ по чисто дидактическимъ соображеніямъ.

www.naukaprava.ru

наго права, одновременно съ отказомъ отъ дальнѣйшихъ претензій[4]); иногда—путемъ отказа отъ извѣстнаго притязанія за опредѣленное вознагражденіе въ деньгахъ или иныхъ цѣнностяхъ[5]). За эвикцію, равно какъ и за недостатки предоставленныхъ по мировой сдѣлкѣ вещей, уступившее ихъ лицо отвѣчаетъ, какъ продавецъ[6]).

2. Мировая сдѣлка можетъ касаться всякаго рода правъ, поскольку ими въ правѣ распоряжаться лица, ее заключающія.

Въ Римѣ мировая сдѣлка, совершенная посредствомъ простого соглашенія—pactum, не могла обезсилить судебнаго рѣшенія, вступившаго въ законную силу. Для того, чтобы сдѣлать мировую сдѣлку возможною и послѣ постановленія такого рѣшенія, необходимо было формально уничтожить возникшій изъ него долгъ посредствомъ acceptilatio. Въ настоящее время и неформальная мировая сдѣлка можетъ отмѣнить послѣдствія судебнаго рѣшенія, вступившаго въ законную силу[7]).

---

[4]) Мировая сдѣлка относительно спорнаго притязанія можетъ свестись и къ тому, что стороны признаютъ одну часть его безспорной и подлежащей немедленному исполненію, а рѣшеніе спора относительно другой части предоставляютъ суду. R. O. H. G. E., т. 8, стр. 143. Уступка вѣрителя заключается здѣсь въ томъ, что онъ соглашается принять частичную уплату по своему, какъ онъ утверждаетъ, все же болѣе обширному требованію.

[5]) l. 6, pr. C. h. t. 2. 4; l. 33. pr. C. eod; Oertmann, стр. 189. Если это вознагражденіе было только обѣщано и при томъ безъ соблюденія формы stipulatio, то, по римскому праву, для его взысканія, контрагенту могла быть предоставлена лишь actio praescriptis verbis, если онъ, съ своей стороны, исполнилъ обязательство, возложенное на него мировой сдѣлкой. См. Buhl, loc. cit., стр. 112. По обще-германскому праву и по гражд. улож. для герман. имперіи, само собою разумѣется, изъ мировой сдѣлки возникаютъ непосредственно иски объ исполненіи.

[6]) l. 33. pr., § 1. C. h. t. 2. 4. Bertolini, loc. cit., стр. 284. Эвикція вещи, данной въ видѣ вознагражденія, не можетъ послужить основаніемъ для оспариванія самой мировой сдѣлки. Если же послѣдняя состоитъ въ отказѣ одной стороны отъ предмета, на который предъявляетъ претензію другая, то на отказавшуюся сторону не возлагается отвѣтственность за недостатки этого предмета или за наличность какихъ-нибудь правъ третьихъ лицъ даже въ томъ случаѣ, если она получила за этотъ отказъ извѣстное вознагражденіе. См. Becker въ его и Muthers Jahrb., т. 6, стр. 238.

[7]) Принято говорить: „гдѣ нѣтъ ничего неизвѣстнаго, тамъ не можетъ быть и мировой сдѣлки", а отсюда дѣлается выводъ, что „мировая недѣйствительна тамъ, гдѣ дѣло окончательно рѣшено судомъ". Arndts, § 269. Но здѣсь возможны два случая: или рѣшеніе было *извѣстно* участникамъ, и тогда, очевидно, что-нибудь осталось для нихъ сомнительнымъ, изъ-за чего была заключена мировая сдѣлка, хотя бы это и былъ только вопросъ объ исполненіи рѣшенія; или же самое рѣшеніе было *неизвѣстно* сторонамъ, и въ такомъ случаѣ налицо субъективная неизвѣстность, которая одна имѣетъ значеніе при заключеніи мировой сдѣлки. Windscheid, т. 2, § 414, приходитъ къ слѣдующему выводу: мировая задается цѣлью рѣшить споръ, а, вслѣдствіе этого, „она заключается въ томъ *предположеніи*, что по данному дѣлу еще не послѣдовало рѣшенія, имѣющаго законную силу". Это предположеніе онъ понимаетъ очень широко, такъ какъ подводитъ сюда не только судебное рѣшеніе, но и происшедшую раньше *мировую сдѣлку*, присягу и рѣшеніе третейскаго суда. Такой выводъ слишкомъ произволенъ; вѣдь если сторонамъ ничего не извѣстно о раньше состоявшемся судебномъ рѣшеніи или мировой сдѣлкѣ, то строить по этому поводу гадательныя предположенія онѣ, конечно, не станутъ. На самомъ же дѣлѣ объясненіе можетъ быть только историческое. Неформальная мировая сдѣлка—*pactum* transactionis—противъ окончательнаго судебнаго рѣшенія—res judicata—никакой силы не имѣла: const. 4, Cod. Gregor. l. 11: „de re judicata pacisci nemo potest"; Pauli sent., I, 1, § 5; const. 3. Cod. Hermog. Tit. IV. Правда, l. 7. pr., l. 11. D. h. t. 2. 15 и l. 23, § 1. D. de cond. indeb. 12. 6 выражаются болѣе обще, но сдѣланные отсюда слишкомъ смѣлые выводы опровергаются постановленіемъ l. 32. C. de transactionibus. 2. 4. Diocletianus et Maximianus: Si causa cognita prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis sollemnitate suspensa non est, super judicato frustra transigi non est opinionis incertae. proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato

Мировыя сдѣлки относительно содержанія документовъ, въ частности завѣщаній, цѣлесообразны лишь послѣ ознакомленія съ ними. Впрочемъ, прямого запрета заключать подобныя сдѣлки и до разсмотрѣнія содержанія документовъ не установлено[8]).

Мировыя сдѣлки *относительно будущихъ алиментовъ* требуютъ *судебнаго утвержденія*[9]).

3. Мировыя сдѣлки имѣютъ ту общую черту съ судебными рѣшеніями, что цѣль, какъ тѣхъ, такъ и другихъ, направлена на окончаніе спора[10]). По герм. уставу гражд. судопр., мировыя соглашенія, заключенныя передъ германскимъ судомъ относительно находящагося въ его производствѣ дѣла, подлежатъ даже принудительному исполненію наравнѣ съ судебными рѣшеніями[11]).

Противъ поручителей и другихъ придаточныхъ контрагентовъ мировая сдѣлка дѣйствительна только въ томъ случаѣ, если эти лица или съ самаго начала приняли участіе въ ея заключеніи, или одобрили ее впослѣдствіи. Съ другой стороны, они могутъ всегда воспользоваться выгодами мировой сдѣлки, сославшись на нее; но этимъ самымъ они подчиняются и всѣмъ невыгоднымъ для нихъ послѣдствіямъ, которыя изъ нея вытекаютъ.

4. Нерѣдко, по свойственной людямъ привычкѣ, относительно мировой сдѣлки и ея послѣдствій возникаютъ между сторонами новые споры: имъ кажется, что онѣ поспѣшили при ея заключеніи и потому потерпѣли убытки.

Конечно, мировыя сдѣлки могутъ быть оспорены по общимъ правиламъ въ виду *принужденія, обмана* и *существеннаго заблужденія* при ихъ заключеніи.

---

more legum rebus pridem judicatis effectum adhibere curabit. Какъ видно отсюда, мировыя сдѣлки считались дѣйствительными послѣ постановленія судебнаго рѣшенія, если послѣднее было устранено акцептиляціей послѣ предварительной новаціи.—Иначе толкуетъ это мѣсто Vangerow, т. 3, § 668. По его мнѣнію, въ приведенномъ случаѣ *обязательство, основанное на судебномъ рѣшеніи, было уничтожено* „вслѣдствіе непредусмотрительнаго примѣненія stipulatio Aquiliana и acceptilatio“. Хотя черезъ это участникъ въ мировой сдѣлкѣ потерялъ свою actio judicati, тѣмъ не менѣе, самая *мировая сдѣлка* считается *ничтожною* и всякія вытекающія изъ нея обѣщанія не имѣютъ никакой силы. Но эти выводы Vangerow'a совершенно неправильны и ничѣмъ не доказаны. Такъ какъ въ обще-германскомъ правѣ неформальное прощеніе долга имѣетъ силу римской acceptilatio, то въ наше время могутъ быть заключаемы мировыя сдѣлки и по такимъ спорнымъ притязаніямъ, по которымъ состоялось уже судебное рѣшеніе, вступившее въ законную силу. Таковъ былъ взглядъ прежнихъ практиковъ. Съ нимъ соглашается и Bekker, т. 2, стр. 266. Противъ него Regelsberger, т. 1, стр. 623, прим. 6, и особенно Bülow, loc. cit., стр. 83. См. объ этомъ вопросѣ также Oertmann, loc. cit., стр. 206 и слѣд.; Bertolini, loc cit., стр. 345.

[8]) Gajus libro 17 ad edictum provinciale, l. 6. D. h. t. 2. 15 – ср. l. 1, § 1. D. test. quemadmodum aper 29. 3—говоритъ лишь о фактической невозможности заключить мировую сдѣлку относительно завѣщанія, котораго стороны еще не читали. Нѣкоторые авторы, какъ, напр., Brinz, т. 1, стр. 384, утверждаютъ, однако, что компиляторы, выдѣливъ цитату Гая изъ общаго его текста, установили и юридическую невозможность, подобнаго соглашенія. Но мировыя сдѣлки такого рода едва ли встрѣчаются часто и если случаются, то навѣрное вызваны чрезвычайными основаніями. Къ чему же здѣсь запрещеніе? Его не слѣдуетъ предполагать. См. Windscheid, т. 2, § 414, прим. 12; Regelsberger, loc cit., прим. 8; Oertmann, loc. cit., стр. 228 и слѣд.

[9]) Выше, § 31, прим. 6; Bertolini, loc. cit., стр. 150.

[10]) l. 20. C. h. t. 2. 4: „non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse“. Oertmann, loc. cit., стр. 192 и слѣд.

[11]) C. P. O., § 794, п. 1 и 2.

www.naukaprava.ru

Напротивъ, не допускается опроверженіе мировой сдѣлки, когда тѣ обстоятельства дѣла, вслѣдствіе неизвѣстности которыхъ она была заключена, выяснятся впослѣдствіи благодаря *открытію новыхъ документовъ;* исключается лишь тотъ случай, если противная сторона умышленно скроетъ эти документы[12]).

Мировая сдѣлка устраняетъ *лишь тѣ спорные пункты*, относительно которыхъ стороны хотѣли прійти къ соглашенію. Въ чемъ заключаются эти пункты, выясняется не только изъ содержанія сдѣлки, но также изъ всей совокупности фактовъ, лежавшихъ въ основаніи заявленныхъ притязаній[13]) [14]).

IV. Договоры найма[1]).

§ 110. **Виды договоровъ найма. Предварительныя историческія замѣчанія.**

По договорамъ найма къ нашимъ услугамъ предоставляются на извѣстный срокъ тѣлесныя вещи или рабочія силы за денежное вознагражденіе. Существуетъ три вида такихъ договоровъ:

a) *имущественный наемъ*—locatio conductio rei,

b) *наемъ услугъ*—locatio conductio operarum,

c) *подрядъ*—locatio conductio operis.

Эти столь важные для общежитія институты развились изъ незначительнаго зародыша[2]).

---

[12]) l. 19. C. h. t. 2. 4.

[13]) l. 12. D. h. t. 2. 15. Celsus libro 3 Digestorum: Non est ferendus qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti ac non etiam quod posteriore legatum sit. si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur. См. l. 36. D. fam. erc. 10. 2 и l. 42. C. h t. 2 4. Windscheid, т. 2, § 414, выставляетъ слѣдующій принципъ: „При заключеніи мировой сдѣлки относительно спорнаго требованія предполагается, что факты, которые принимались за истину и невѣрность которыхъ исключила бы всякій споръ, дѣйствительно существуютъ, и, наоборотъ, что не имѣютъ мѣста другіе факты, наличность которыхъ не допускала бы никакого спора, еслибы она была извѣстна". См. также Windscheid въ Archiv für. civ. Praxis, т. 78, стр. 186 и слѣд. Но, вопреки мнѣнію Windscheid'a, стороны заключаютъ мировыя сдѣлки независимо отъ столь многочисленныхъ невысказанныхъ предположеній. Онѣ стремятся положить конецъ спору, поставить все дѣло на твердое основаніе и отнюдь не желаютъ попасть на подрытую всякими предположеніями почву. См Brinz, т. 1, стр. 383. Важенъ лишь одинъ вопросъ, какъ это указываетъ и Celsus: относительно чего контрагенты желали заключить мировую сдѣлку, и что находилось внѣ области ихъ соображеній? См. Regelsberger въ Archiv für civ. Praxis, т. 47, стр. 160; Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 1, § 82, прим. 14; Herold въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 694; Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 79, стр. 80 и слѣд.; Regelsberger: Pandekten, т. 1, стр. 626; Oertmann, loc. cit., стр. 234. Съ мнѣніемъ, высказаннымъ въ нашемъ текстѣ, согласуется въ общемъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 779; ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 204, стр. 115.

[14]) Въ Римѣ нерѣдки были соглашенія, въ силу которыхъ споръ долженъ быть рѣшенъ внѣсудебной присягой одной изъ сторонъ—l. 17, pr. D. h. t. de jurejurando. 12. 2. Подобныя сдѣлки по обще-германскому праву не имѣютъ болѣе силы. Вѣдь, благодаря такому соглашенію, сторона, на которую возлагается присяга, сдѣлалась бы судьею въ собственномъ дѣлѣ. Наказанія, которыя были установлены въ Римѣ за завѣдомо ложную присягу—l. 13, § 6. D. h. t. 12. 2, въ настоящее время не налагаются при частной, внѣсудебной присягѣ. См. R. G. E. für Strafsachen, т. 5, стр. 94. Того же взгляда Savigny: System, т. 7, стр. 85; противъ этого Windscheid, т. 2, § 418, прим. 7.

[1]) Tit. Inst. de locatione et conductione. 3. 24; Dig. locati conducti. 19. 2; Cod. 4. 65.

[2]) См. Carl Christoph Burckhard: Zur Geschichte der locatio conductio, 1889.

1) Имущественный наемъ установился сначала по отношенію къ *вещамъ движимымъ*. Отдача въ наемъ *рабочаго скота* извѣстна уже закону XII таблицъ[3]); вѣроятно, издавна встрѣчалась также отдача въ наемъ рабовъ, напр., для уборки хлѣба[4]). Именно при подобныхъ сдѣлкахъ должна была сложиться и укорениться терминологія „locatio-conductio“ — „помѣщеніе“ и „уводъ“, такъ какъ къ другимъ предметамъ найма она не подходитъ. Отдача же въ наемъ недвижимостей, очевидно, стала практиковаться уже послѣ того, какъ эти выраженія вошли въ употребленіе, какъ термины для обозначенія найма вещей движимыхъ, въ частности res sese moventes. На самомъ дѣлѣ, вѣдь землевладѣльцы и жители древняго Лаціума были либо собственниками, либо прекаристами, но не арендаторами и нанимателями[5]).

Если мы будемъ исходить изъ того, что *въ основаніи* римскаго имущественнаго найма лежитъ наемъ вещей движимыхъ, и что въ связи съ этимъ сложились основныя черты договора, которыя лишь *впослѣдствіи были распространены на наемъ недвижимостей*, то мы поймемъ нѣкоторыя, на первый взглядъ странныя явленія римскаго права въ области договора найма.

Такъ, напр., при наймѣ въ Римѣ не существовало никакихъ законныхъ сроковъ для предварительнаго увѣдомленія контрагента объ отказѣ отъ договора, такъ что, за отсутствіемъ особыхъ соглашеній, каждая сторона могла въ любой моментъ прекратить обязательственное отношеніе. Это вполнѣ естественно при наймѣ вещей движимыхъ, между тѣмъ какъ при наймѣ недвижимостей, а въ особенности при арендномъ договорѣ, такое правило поражаетъ своею странностью.

Равнымъ образомъ, римское правило, что покупатель отданнаго внаймы предмета не связанъ договоромъ найма, заключеннымъ продавцомъ, не представляетъ ничего страннаго при вещахъ движимыхъ. Но трудно понять, какъ подобный принципъ могъ бы установиться при наймѣ недвижимостей, особенно же при арендѣ[6]).

---

[3]) Gajus, Inst., IV, § 28. Lege autem introducta est pignoris capio, veluti lege XII tabularum... adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium impenderet. См. объ этомъ Burckhard, loc. cit., стр. 15.

[4]) Изъ цитатъ, приведенныхъ Brinz'омъ, т. 2, стр. 752, прим. 4, видно, что у Плавта „conducere“ постоянно означаетъ „уводить“ рабочихъ. На то же указываетъ и Burckhard, loc. cit., стр. 28. Не должно вводить насъ въ заблужденіе то обстоятельство, что у римскихъ юристовъ, цитируемыхъ въ Дигестахъ, главное мѣсто занимаетъ все-таки наемъ недвижимостей. Оно объясняется тѣмъ, что именно этотъ видъ найма стоялъ на первомъ планѣ въ послѣднія столѣтія республики. Приспособить къ этому виду найма исторически унаслѣдованныя правила locatio conductio и было особенно трудной задачей, которую надлежало разрѣшить юристамъ. По мнѣнію Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 636, наоборотъ, древнѣйшимъ видомъ найма былъ наемъ недвижимостей.

[5]) Ср. Mommsen: Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 6, стр. 260; объ этомъ сочиненіи см. Burckhard, loc. cit., стр. 16.

[6]) Этому не противорѣчатъ выводы, сдѣланные Дернбургомъ въ его Pfandrecht, т. 2, стр. 65, и въ Begriff und Entwickelung des juristischen Besitzes, стр. 69, а также Перни-

www.naukaprava.ru

Вслѣдствіе того, что движимыя вещи отдаются въ наемъ преимущественно на короткіе и болѣе или менѣе неопредѣленные сроки, естественно установился обычай вносить наемную плату лишь по окончаніи найма—postnumerando—*соотвѣтственно времени пользованія вещью*. Если вещь погибала отъ несчастнаго случая, то дальнѣйшее начисленіе платы прекращалось. Такимъ-то образомъ могло сложиться правило „periculum est locatoris", опредѣляющее рискъ иначе, чѣмъ при другихъ двусторонніхъ договорахъ, въ частности при куплѣ-продажѣ.

2. Locatio conductio operarum, при которой свободный человѣкъ отдавалъ въ наемъ свои услуги, фактически очень близко подходила къ отдачѣ въ наемъ домовладыкою рабовъ или домочадцевъ. *Работникъ*, находившійся на рынкѣ и предлагавшій свои услуги, назывался *locator'омъ*, а *хозяинъ*, „уводившій" его на работу,—*conductor'омъ*.

3. При locatio conductio operis *хозяинъ, работодатель*, называется *locator'омъ*, а *лицо, берущее на себя работу,—conductor'омъ*.

Чѣмъ объясняется такая перестановка названій? Если допустить, что услуги первоначально состояли въ обязанности пасти чужой скотъ, то эта терминологія сразу становится понятной[7]). Впослѣдствіи, когда и другія работы стали разсматриваться по аналогіи съ этимъ случаемъ, за предпринимателемъ вообще осталось названіе conductor.

Locator'y принадлежитъ *actio locati*, а *conductor'y—actio conducti*.

§ 111. а) **Имущественный наемъ.**

1. Область *имущественнаго найма, т. е. договора о предоставленіи извѣстной вещи въ пользованіе на опредѣленный срокъ за условленное денежное вознагражденіе*[1]), очень обширна.

Предметомъ такого найма могутъ быть движимости, городскія и сельскія недвижимости, права на пользованіе вещью и даже промышленныя предпріятія.

сомъ: Labeo, т. 1, стр. 467. По замѣчанію Перниса, „въ наемныхъ квартирахъ въ Римѣ жили люди низшихъ классовъ—вольноотпущенники, кліенты, поэты; давать имъ особую правовую защиту въ ущербъ интересамъ капитала не входило въ расчетъ римскихъ юристовъ". Хотя это замѣчаніе совершенно справедливо, но было же гораздо легче провести соотвѣтствующія правила для найма квартиръ и аренды, ссылаясь на историческое прошлое найма, чѣмъ открыто опираясь только на классовый эгоизмъ. Ср. по этому поводу теперь Pernice, Parerga VIII, Sav. Ztschr., т. 19, стр. 89.

7) См. l. 9, § 5. D. h. t. 19. 2: „si quis vitulos pascendos conduxit". То же говоритъ Brinz, т. 2, стр. 752, прим. 4. Мало-по-малу терминъ „locare" принялъ значеніе „отдавать", а „conducere"—„обезпечить себѣ какія-либо выгоды", Pernice въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, n. F., т. 3, стр. 55; см. тамъ же, т. 9, стр. 239. Исходя изъ подряда на производство работъ, едва ли можно было бы прійти къ подобнымъ выраженіямъ.

1) l. 2, pr. D. h. t. 19. 2. Gajus libro 2 rerum cottidianarum говоритъ: „locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit". Но, конечно, между контрагентами должно состояться соглашеніе и относительно объекта, а также срока найма, именно, заключается ли онъ на неопредѣленный или опредѣленный срокъ и, если на опредѣленный, то на какой именно. Въ русской литературѣ см. Умовъ: „Договоръ найма имущества по римскому праву и иностраннымъ законодательствамъ", 1872.

Locatio conductio rei можетъ состоять или въ разрѣшеніи *одного только пользованія — наемъ въ тѣсномъ смыслѣ слова*, или же въ *предоставленіи доходовъ*, въ частности естественныхъ плодовъ—*аренда*. Объ эти сдѣлки разнятся въ римскомъ правѣ лишь въ немногихъ частностяхъ[2]).

Отличительнымъ признакомъ договора считается вознагражденіе деньгами[3]) или натурой. Особымъ видомъ найма является *аренда изъ доли*, при которой арендаторомъ періодически должна быть предоставляема хозяину земельнаго участка извѣстная *доля плодовъ*[4]).

Предоставленіе пользованія за другіе эквиваленты, напр., за услуги, строго говоря, не является наймомъ[5]); но оно, по существу, аналогично съ нимъ.

Для дѣйствительности договора не требуется, чтобы отдающій вещь въ наемъ былъ ея собственникомъ или имѣлъ на нее право пользованія. Взаимныя обязательства наймодавца и нанимателя возникаютъ даже въ томъ случаѣ, когда первый не имѣетъ никакого права на предоставленную второму вещь[6]).

2. Наниматель имѣетъ право:

a) на *своевременное предоставленіе* нанятой вещи для пользованія ею въ теченіе срока найма и при томъ въ такомъ состояніи, какое установлено по договору, а также со всѣми выговоренными и обычными ея принадлежностями[7]);

b) на возмѣщеніе убытковъ, причиненныхъ *всякою виною* хозяина[8]).

Если объектъ найма не былъ ему предоставленъ своевременно или же былъ у него отобранъ, хотя бы только на время, наниматель можетъ

---

[2]) См., впрочемъ, Pfizer: Pacht und Miethe въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, стр. 445 Римляне не имѣли спеціальнаго термина для аренды. Все же арендаторъ обыкновенно назывался colonus, а наниматель квартиры часто—inquilinus. Гражд. улож. для герман. имперіи устанавливаетъ болѣе рѣзкое различіе между арендою и наймомъ.

[3]) § 2. I. h. t. 3. 24. Иначе гражд. улож. для герман. имперіи.

[4]) l. 25, § 6. D. h. t. 19. 2. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: Partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Въ большинствѣ случаевъ, аренда изъ доли не является товариществомъ, какъ это утверждаетъ Waaser: Die Colonia partiaria des römischen Rechtes, 1885. Чертою сходства съ договоромъ товарищества является лишь раздѣленіе плодовъ между контрагентами. Во всемъ же остальномъ это соглашеніе имѣетъ характеръ аренды, и такое значеніе ему придаетъ самая воля сторонъ: нормы товарищества едва ли соотвѣтствовали бы тѣмъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются въ данномъ провоотношеніи. См. ниже, § 124, прим. 6; Pernice: Parerga въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, n. F., т. 3, стр. 57; Zachariä v. Lingenthal въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 12, стр. 80; Ferrini въ Archiv für civ. Praxis, т. 81, стр. 1; Zobkow: Die Theilpacht, 1895; Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, 1897, стр 37 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ объ арендѣ изъ доли. Допускается установленіе арендной платы и въ опредѣленномъ количествѣ плодовъ, l. 8, l. 21. C. h. t. 4. 65.

[5]) l. 5, § 2. D. de praescriptis verbis. 19. 5; § 2. I. h. t. 3. 24. Ср. прим. 3.

[6]) l. 7, l. 9. pr., § 6. D. h. t. 19. 2. Наемъ собственной вещи недѣйствителенъ, за исключеніемъ того случая, когда нанимателю юридически или, по крайней мѣрѣ, фактически не принадлежитъ пользованіе этой вещью, l. 28. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2.

[7]) l. 15. § 1, l. 19. § 2. D. h. t. 19. 2; l. 19, § 5. D. eod. Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 536, 581.

[8]) l. 19, § 5. D. h. t. 19. 2; l. 28. C. h. t. 4. 65. См., впрочемъ, Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, изд. 2, стр. 251.

www.naukaprava.ru

отступиться отъ договора[9]). Но незначительныя промедленія при передачѣ, а также позднѣйшія преходящія препятствія къ пользованію наниматель долженъ терпѣть, если дѣло идетъ о простой непріятности, которую въ жизни вообще не легко устранить и которую принято переносить[10]).

Кромѣ того, наниматель имѣетъ право на *вознагражденіе* за полное, либо частичное *непредоставленіе* или послѣдующее *отнятіе* вещи, по винѣ хозяина[11]) или же, хотя и помимо его вины, но на основаніи болѣе сильнаго права третьяго лица, которое существовало во время заключенія договора и не было извѣстно нанимателю[12]).

Хотя эдильскій эдиктъ не касается *недостатковъ нанятой вещи*[13]), тѣмъ не менѣе, наниматель можетъ или отказаться отъ договора, или же потребовать соотвѣтственнаго уменьшенія наемной платы, если подобные недостатки препятствуютъ предусмотрѣнному въ договорѣ пользованію. Право на возмѣщеніе ущерба отъ недостатковъ наниматель имѣетъ только тогда, когда наймодавецъ виновенъ въ томъ, что эти недостатки или вовсе не были указаны, или же были указаны невѣрно, или, наконецъ, если они по его винѣ не были устранены надлежащимъ образомъ[14]). Эти правила примѣняются, какъ къ тѣмъ недостаткамъ, которые были налицо ко времени заключенія договора найма, такъ и къ тѣмъ, которые возникли уже во время его дѣйствія[15]).

c) Всѣ необходимыя затраты, произведенныя нанимателемъ въ интересахъ наймодавца, должны быть возмѣщены ему съ процентами[16]).

---

[9]) См. знаменитое изреченіе Павла: l. 24, § 4. D. h. t. 19. 2. Paulus libro 34 ad edictum ... sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. Ср. выше, § 35, прим. 2. Pfizer въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, стр. 457. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 542.

[10]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 542, п. 2.

[11]) l. 33 in fine. D. h. t. 19. 2. Africanus libro 8 quaestionum: Si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis. Ср. R. G. E., т. 41, стр. 147.

[12]) l. 9, pr. D. h. t. 19. 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait nihlo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licre. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 541.

[13]) . 63. D. de aedil. edicto. 21. 1. Ср., однако, гражд. улож. для герман. имперіи, § 537; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 217, стр. 159.

[14]) См. гражд. улож. для герман. имперіи, § 538.

[15]) l. 19. § 1, l. 25. § 2. D. h. t. 19. 2. Наниматель не можетъ предъявлять притязаній по поводу тѣхъ недостатковъ вещи, которые ему были извѣстны при заключеніи договора, или которые онъ долженъ былъ замѣтить. Исключеніе составляетъ лишь тотъ случай, когда наймодавецъ обѣщалъ ему устранить ихъ, l. 13, § 6. D. de damno infecto. 39. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 539, но также § 544.

[16]) l. 19. § 4, l. 61. pr. D. locati. 19 2. Согласно l. 55, § 1. D. eod., должны быть возмѣщены и полезныя затраты; но см. Petrazycki: Einkommen, т. 1, стр. 307. Текущіе расходы, напр., издержки на прокормъ нанятой лошади, не возмѣщаются. Гражд. улож.

d) Если въ договорѣ не предусмотрѣно противное, то наниматель имѣетъ право *отдать имущество* въ *поднаемъ* или *субаренду*—sublocatio[17]).

Подати и *повинности*, лежащія на вещи, падаютъ на *наймодавца*[18]).

3. Права *наймодавца* (хозяина) составляютъ:

а) право на условленную по договору *наемную плату*. Обыкновенно ее вносятъ postnumerando, т. е. по окончаніи найма или по истеченіи условленныхъ или обычныхъ сроковъ платежа[19]). *Наймодавецъ несетъ весь рискъ*. Это значитъ, что обязанность вносить наемную плату прекращается съ момента уничтоженія вещи[20]), или въ случаѣ невозможности для нанимателя осуществлять далѣе наемъ по *независящему отъ него обстоятельству*[21])[22]). Въ случаѣ существенныхъ частичныхъ препятствій къ пользованію нанятою вещью, наниматель можетъ требовать соотвѣтствующаго вычета изъ наемной платы[23]).

Въ связи съ этимъ стоитъ право арендатора на *сбавку арендной платы* —remissio mercedis—въ случаѣ совершеннаго уничтоженія или значительнаго поврежденія урожая (плодовъ) еще до его уборки вслѣдствіе *чрезвычайнаго несчастія*. При долгосрочной

для герман. имперіи, § 547, постановляетъ: Наймодавецъ обязанъ возмѣстить нанимателю произведенныя имъ необходимыя затраты на нанятую вещь. Наниматель животнаго несетъ, однако, издержки на прокормъ. Обязанность наймодавца возмѣстить остальныя издержки опредѣляется согласно постановленіямъ о веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія. Наниматель въ правѣ отдѣлить отъ вещи тѣ приспособленія, которыми онъ снабдилъ ее. Согласно § 556, п. 2, наниматель земельнаго участка не имѣетъ права удержанія въ обезпеченіе своихъ притязаній къ наймодавцу.

17) l. 6. C. h. t. 4. 65. Само собою разумѣется, что наниматель отвѣчаетъ за осторожный выборъ поднанимателя и субарендатора. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 549, наниматель не въ правѣ, безъ разрѣшенія наймодавца, отъ себя отдавать вещь въ поднаемъ. Но, въ случаѣ отказа хозяина въ подобномъ разрѣшеніи безъ основанія, наниматель можетъ досрочно отказаться отъ найма.

18) l. un., § 3. D. de via publica. 43. 10.

19) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 551 и 584.

20) Этотъ важный принципъ установилъ, повидимому, Алфенъ, преимущественно для найма жилищъ, l. 30, § 1. D. h. t. 19. 2. Alfenus libro 3 digestorum a Paulo epitomatorum: Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret. См. выше, § 110, отд. 1 въ концѣ.

21) Сюда можно отнести также *страхъ* передъ опасностью. Напр., кто-нибудь нанимаетъ лѣтнюю дачу, а затѣмъ по близости появляется холера. Если въ такомъ случаѣ наниматель откажется отъ дачи, то нельзя отъ него требовать наемной платы, хотя бы эпидемія этой дачи и не коснулась. l. 27, § 1. D. h. t. 19. 2. Alfenus libro 2 digestorum: Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris justa non fuisset, nihilo minus debere.

22) Отказъ отъ договора найма не исключается и въ томъ случаѣ, если заранѣе *можно было* предвидѣть возможность наступленія препятствій къ пользованію. Напр., для мебельной фабрики нанято помѣщеніе въ мѣстности, подлежащей особымъ таможеннымъ правиламъ. Если впослѣдствіи для той же мѣстности выходятъ новыя распоряженія таможеннаго вѣдомства, которыя или дѣлаютъ совершенно невозможнымъ, или значительно стѣсняютъ данное фабричное производство, то наниматель имѣетъ право отказаться отъ договора, R. G. E., т. 4, стр. 169.

23) l. 27. pr. D. h. t. 19. 2.

www.naukaprava.ru

арендѣ арендаторъ долженъ, однако, покрыть сбавку изъ доходовъ особенно благопріятныхъ годовъ[24]).

b) Наниматель долженъ *заботливо обращаться* съ нанятою вещью[25]) и отвѣчаетъ за всякую вину, все равно, было ли послѣдствіемъ вины ухудшеніе вещи или ея гибель[26]). Онъ долженъ воздерживаться отъ существенныхъ измѣненій вещи.

c) По окончаніи договора, наниматель обязанъ *возвратить* предметъ найма[27]) со всѣми принадлежностями въ томъ видѣ, въ какомъ онъ былъ полученъ[28]) [29]).

4. Право нанимателя не вещное, а личное. Онъ является лишь детенторомъ отъ лица наймодавца, но не юридическимъ владѣльцемъ[30]) [31]).

Въ силу этого, въ Римѣ наймодавецъ всегда могъ отобрать вещь у нанимателя; онъ только былъ обязанъ вознаградить послѣдняго, если дѣлалъ это преждевременно и съ нарушеніемъ договора. Тѣмъ менѣе *новый пріобрѣтатель*, въ частности покупщикъ на-

---

[24]) l. 15 §§ 2—4, l. 25. § 6. D. h. t. 19. 2; l. 8, C. h. t. 4. 65; W. Sell въ Archiv für civ. Praxis, т. 20, статья 8; Jacobi: Remission des Pachtzinses, 1856; Vangerow, т. 3, § 641, прим. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи не признаетъ права арендатора на сбавку арендной платы.

[25]) Сюда могутъ быть отнесены издержки на поддержаніе вещи. См. выше, прим. 16; Petrazycki: Einkommen, т. 1, стр. 165; гражд. улож. для герм. имперіи, § 582—относительно аренды. Объ обязанности нанимателя извѣщать хозяина см. тамъ же, § 545. На арендатора возлагается обязанность *пополненія убыли* арендованнаго имущества (summissio); см. выше, вып. II, § 247, прим. 7; l. 45, § 13. D. de jure fisci. 49. 14; Petrazycki, loc. cit., стр. 117. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 586, п. 2.

[26]) Наниматель отвѣчаетъ за вину своихъ людей и гостей лишь постольку, поскольку самъ онъ виноватъ, напр., тѣмъ, что принялъ ихъ у себя, l. 11, pr. D. h. t. См. далѣе l. 11, §§ 1 и слѣд., l. 12, l. 25. §§ 3 и 4. D. h. t. По гражд. улож. для герм. имперіи примѣняется принципъ, установленный въ § 278; ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 1, § 68, стр. 146. Умышленный поступокъ вопреки яснымъ запретамъ договора влечетъ за собою отвѣтственность и за случайный вредъ, возникшій вслѣдствіе такого нарушенія, l. 11. § 1. D. h. t. Объ обязанностяхъ арендатора промышленнаго заведенія см. Kohler въ Archiv für civ. Praxis, т. 71, статья 9.

[27]) Нерѣдко случается, что наниматель и, въ особенности, арендаторъ, несмотря на истеченіе срока, медлятъ возвращеніемъ вещи и оттягиваютъ удовлетвореніе предъявившаго искъ хозяина подъ разными неосновательными предлогами. Для устраненія подобной волокиты, l. 25. C. h. t. 4. 65 запрещаетъ нанимателю выставлять возраженіе, что онъ самъ собственникъ вещи. Вопросъ о правѣ собственности долженъ быть разсмотрѣнъ въ особомъ процессѣ. Thon въ Lindes Zeitschrift, т. 1, статья 24, считаетъ упомянутое запрещеніе совершенно непримѣнимымъ, если отвѣтчикъ утверждаетъ, что онъ былъ собственникомъ уже ко времени заключенія договора, такъ какъ въ такомъ случаѣ, строго говоря, никакого найма и не было. Но это замѣчаніе едва ли справедливо. Вышеприведенный законъ всегда исключаетъ возраженіе, основанное на правѣ собственности, если кто „agrum conductionis titulo accepit"; поэтому безразлично, былъ ли заключенъ дѣйствительный наемъ или нѣтъ. Windscheid, т. 2, § 400, прим. 18.

[28]) Относительно порядка возвращенія арендованнаго участка см. гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 591—594; относительно передачи арендатору инвентаря по оцѣнкѣ—тамъ же, §§ 587—589. Ср. Dernb., Bürg R., т. II, 2, § 228, стр. 188.

[29]) О законныхъ залоговыхъ правахъ, принадлежащихъ хозяину, отдающему вещь въ аренду или въ наемъ, см. выше, вып. II, § 268.

[30]) l. 10. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2, см. выше, вып. II, § 174, прим. 4. О точкѣ зрѣнія гражд. улож. для герм. имперіи см. тамъ же, прим. 6.

[31]) О дальнѣйшемъ см. Dernburg (старшій): Abhandlungen, статья 1, и Ziebarth: Die Realexecution und die Obligation mit Rücksicht auf die Miethe, 1866; затѣмъ Degenkolb: Platzrecht und Miethe, 1867; Geller въ Grünhuts Zeitschrift, т. 5, стр. 313; Jacobi: Miethe und Pacht, 1889, стр. 21. Относительно исторіи найма и аренды въ германскомъ средневѣковомъ правѣ см. Brünneck въ Zeitschrift der Savignystift., german. Abtheilung, т. 1, стр. 138.

нятой вещи, былъ связанъ договоромъ найма, заключеннымъ его предшественникомъ[32]) [33]). Этотъ принципъ обыкновенно выражается поговоркой: „купля-продажа прекращаетъ наемъ (Kauf bricht Miethe)". Но, конечно, наймодавецъ обязанъ былъ *вознаградить* нанимателя, если, вслѣдствіе отчужденія объекта найма, договоръ по отношенію къ нему не былъ соблюденъ до конца.

Обще-германское право менѣе сурово по отношенію къ нанимателю. Оно, прежде всего, не допускаетъ, чтобы самъ *наймодавецъ* до окончанія срока могъ нарушить договоръ и лишить нанимателя пользованія вещью, хотя бы даже съ обязательствомъ вознаградить его[34]). Принципъ „купля прекращаетъ наемъ", хотя и признается, но въ значительно смягченной формѣ. Наниматель можетъ требовать, чтобы его предупредили о прекращеніи договора въ обычные въ данномъ мѣстѣ сроки, иногда—чтобы ему былъ предоставленъ соотвѣтствующій срокъ на возвращеніе нанятой вещи[35]).

Гражд. улож. для герман. имперіи проводитъ по отношенію къ недвижимостямъ принципъ: „купля-продажа *не* прекращаетъ найма"[36]).

5. Относительно окончанія найма существуютъ различныя правила, смотря по тому, былъ ли договоръ заключенъ на опредѣленный срокъ, или нѣтъ.

Безсрочный наемъ можетъ быть прекращенъ непосредственно во всякое время заявленіемъ одной изъ сторонъ. Но при наймѣ квартиръ въ Германіи почти повсюду существуютъ мѣстные сроки для предупрежденія о прекращеніи найма, которые должны соблюдаться[37]).

---

[32]) l. 12, l. 18. pr. D. de vi. 43. 16; l. 20. D. de adquir. vel amitt. poss. 41. 2. Ziebarth, loc. cit., стр. 126 и слѣд.

[33]) Ни покупатель по отношенію къ нанимателю—l. 25, § 1. D. h. t. 19. 2 и цитаты, привед. выше въ прим. 32, ни наниматель по отношенію къ покупателю не были обязаны къ продолженію договора послѣ продажи предмета найма, l. 32. D. h. t. 19. 2; l. 9. C. h. t. 4. 65.

[34]) Нанимателю, противъ котораго хозяинъ возбуждаетъ споръ о нарушеніи владѣнія, практика безъ всякаго колебанія предоставляетъ „право защищаться возраженіемъ о существованіи договора найма". Mühlenbruch: Cession, стр. 279, прим. 75. Согласно практикѣ германскаго имперскаго суда, хозяинъ квартиры, собственною властью принудившій нанимателя оставить нанятое помѣщеніе, подвергается наказанію за самоуправство, см. выше, вып. I, § 125, прим. 3; а наниматель, удаленный изъ занимаемой квартиры, можетъ предъявить actio spolii—см. выше, вып. II, § 189, прим. 7. Равнымъ образомъ, и противъ исковъ о правѣ собственности, предъявленныхъ хозяиномъ, наниматель можетъ съ успѣхомъ защищаться ссылкою на договоръ найма. См. также Fischer: Soll Kauf Pacht und Miethe brechen? 1888.

[35]) Въ пользу этого можно сослаться на текстъ l. 12. D. de vi. 43. 16: „nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset". Далѣе, практика держится того правила, что *наниматель* можетъ опираться на соглашеніе между продавцомъ и *покупателемъ*, по которому послѣдній обязуется сохранить въ силѣ заключенный продавцомъ договоръ найма. Ср. l. 9. C. h. t. 4. 65; Seuffert: Archiv, т. 32, казусъ 318, и т. 50, казусъ 243. Положеніе, что наниматель, въ случаѣ согласія покупателя на продолженіе найма, въ свою очередь связанъ договоромъ, не возбуждаетъ сомнѣнія въ практикѣ судовъ.

[36]) §§ 571—581; ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, §§ 222—224, стр. 171. Относительно движимыхъ вещей см. гражд. улож. для герм. имперіи, § 986, п. 2.

[37]) О срокахъ предупрежденія по гражд. улож. для герм. имперіи см. § 565, относительно арендныхъ отношеній—§ 595.

www.naukaprava.ru

Срочный наемъ прекращается съ истеченіемъ срока[38]). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ оканчивается раньше, а именно:

a) при гибели предмета найма;

b) вслѣдствіе *отказа нанимателя*, когда ему не предоставляется *обусловленное по договору пользованіе*[39]);

c) вслѣдствіе выселенія нанимателя *наймодавцемъ*: за невнесеніе наемной платы въ теченіе 2 лѣтъ[40]), за значительное ухудшеніе нанятой вещи[41]), въ случаѣ необходимаго ремонта[42]), и, наконецъ, если непредвидѣнно выяснится потребность самого хозяина въ пользованіи вещью[43])[44]).

d) Открытіе конкурса надъ имуществомъ нанимателя послѣ перехода нанятой вещи въ его руки даетъ, какъ *наймодавцу*, такъ и *попечителю конкурсной массы*, право отказаться отъ найма, но съ соблюденіемъ установленныхъ договоромъ или закономъ сроковъ для предупрежденія объ отказѣ[45]).

Фактическое продолженіе найма послѣ прекращенія договора разсматривается какъ его *возобновленіе*, и притомъ, въ случаѣ аренды,—на срокъ одного года, а въ другихъ случаяхъ найма—на время до извѣщенія объ отказѣ[46]); при этомъ, однако, по герман-

---

[38]) Ср., однако, гражд. улож. для герман. имперіи, § 567.

[39]) См. выше, прим. 22. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 544, гласитъ: Если жилище или другое помѣщеніе, предназначенное для пребыванія въ немъ людей, таково, что пользованіе имъ сопряжено со значительною опасностью для здоровья, то наниматель имѣетъ право отступиться отъ договора во всякое время.—О переводѣ лицъ, состоящихъ на государственной службѣ, на службу въ другую мѣстность говоритъ § 570.

[40]) l. 54. § 1, l. 56. D. h. t. 19. 2. По гражд. улож. для герм. имперіи, § 544, достаточно неуплаты за 2 срока. Въ случаѣ взноса наемной платы, право нанимателя остается въ силѣ, если платежъ послѣдовалъ до его увѣдомленія о прекращеніи найма. См. выше, вып. II, § 260, прим. 24.

[41]) l. 54, § 1. D. h. t. 19. 2; l 3. C. h. t. 4. 65. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 553.

[42]) l. 3. C. h. t. 4. 65; l. 30. pr., l. 35. pr. D. h. t. 19. 2. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 323.

[43]) l. 3. C. h. t. 4. 65. Впрочемъ, здѣсь идетъ рѣчь лишь о наймѣ квартиръ. Samter: Benutzungsrecht des Vermieters bei eigenem Gebrauch, Jenaer Inaug.-Dissert., 1890. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ объ этомъ поводѣ къ досрочному отказу.

[44]) Въ Римѣ договоръ найма сохранялъ свою силу и послѣ смерти нанимателя, § 6. l. de locatione et conductione. 3. 24, l. 10. C. eod. Иначе постановляетъ гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 569 и 596, п. 2; ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 221, стр. 170.

[45]) K. O., § 19.

[46]) l. 13. § 11, l. 14. D. h. t. 19. 2. Röder: Abhandlungen, статья 1; Vangerow, т. 3, § 644. За положеніемъ, содержащимся въ l. 13. § 11 cit. — Ulpianus libro 32 ad edictum — „in urbanis autem praediis alio jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur“, слѣдуетъ очень спорное добавленіе, очевидно, вставленное компиляторами: „nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est“. Многіе ученые, въ частности, Vangerow, loc. cit., и Windscheid, т. 2, § 402, прим. 13, выводятъ отсюда правило, что *первоначальный* срокъ, установленный въ письменномъ договорѣ, сохраняетъ силу и для молчаливо продолженнаго найма. Отсюда слѣдовало бы, что лицо, нанявшее квартиру на 5 лѣтъ и оставшееся въ ней на нѣкоторое время по окончаніи этого срока безъ всякаго возраженія со стороны хозяина, тѣмъ самымъ возобновляетъ договоръ еще на дальнѣйшія 5 лѣтъ. Странное правило! Оно, конечно, не вытекаетъ изъ предполагаемаго намѣренія сторонъ, а для произвольныхъ опредѣленій закона въ этой области нѣтъ никакого основанія. Въ дѣйствительности, въ заключительныхъ словахъ вышеприведенной цитаты ничего подобнаго и не сказано. По нашему мнѣнію, слова эти содержатъ лишь плохо выраженную, но, въ сущности, само собою понятную оговорку. Смыслъ ея таковъ: если въ первоначальномъ письменномъ договорѣ найма—in scriptis, въ противоположность позднѣйшему его *молчаливому* возобновленію—особо предусмотрѣнъ

скимъ воззрѣніямъ должны быть соблюдены обычные сроки для предупрежденія о такомъ отказѣ.

§ 112. b) **Наемъ услугъ**[1]).

Наймомъ услугъ—locatio conductio operarum—называется *предоставленіе услугъ на срокъ за денежное вознагражденіе.* Институтъ этотъ разсматривается по аналогіи съ наймомъ вещей, поскольку тому не препятствуютъ особенности въ его природѣ.

Locatio conductio operarum обнимаетъ лишь такія работы, которыя должны производиться по указаніямъ и приказу работодателя[2]). Впрочемъ, отсюда отнюдь не слѣдуетъ, что трудъ этотъ долженъ быть чисто механическимъ, ручнымъ—такъ наз. operae illiberales. Въ Римѣ, гдѣ преобладалъ трудъ рабовъ, наемъ услугъ имѣлъ лишь второстепенное значеніе[3]) [4]). Но послѣ уничтоженія рабства и другихъ отношеній личной подчиненности, связанныхъ съ рожденіемъ, этотъ институтъ получилъ громадное общественное значеніе. Какъ отдѣльные виды locatio conductio operarum разсматриваются: наемъ прислуги, договоръ ремесленника съ подмастерьемъ, договоры съ фабричными рабочими, съ матросами, наемъ приказчиковъ[5]).

Наемъ услугъ заключается или на опредѣленный[6]), или на неопредѣленный срокъ. Въ послѣднемъ случаѣ въ Римѣ каждая сторона имѣла право въ любой моментъ отказаться отъ договора. По современному же праву для предупрежденія о подобномъ отказѣ существуютъ извѣстные сроки, продолжительность которыхъ опредѣляется

срокъ, на который наемъ можетъ быть продолженъ, то рѣшающее значеніе имѣетъ этотъ срокъ, а не время фактическаго занятія квартиры. Ср. Röder, loc. cit., стр. 40, и авторовъ, приведенныхъ у Vangerow'a, loc. cit.; кромѣ того, Pernice: Parerga VIII, Savignyzeitschr., т. 19, стр. 92, прим. 3. Behn въ Archiv für civ. Praxis, т. 68, статья 4, путемъ иного толкованія источниковъ приходитъ, однако, къ тому же самому выводу, какъ и мы. Согласно гражд. улож. для герм. имперіи, § 568, въ случаѣ продолженія пользованія по истеченіи срока, наемъ считается возобновленнымъ на неопредѣленный срокъ.

[1]) Dankwardt въ Jherings Jahrb., т. 14, статья 5; Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 242; Jean Adnet: Le louage de services, thèse, Paris, 1892. Въ русской литературѣ см. диссертацію Гуляева: Наемъ услугъ, 1894.

[2]) Brinz, т. 2, стр. 762.

[3]) Pauli sent. II, 18, § 1: homo liber, qui statum suum in potestate habet et pejorem eum et meliorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat; ср. l. 91. D. de furtis. 47. 2.

[4]) Въ предоставленіи услугъ землемѣромъ римляне не усматривали случая найма. Землемѣры получали не плату, а гонораръ, и отвѣчали лишь за dolus, l. 1. pr. D. si mensor falsum modum dixerit. 11. 6. Но эти положенія основаны на древне-римскихъ воззрѣніяхъ и не имѣютъ значенія для современнаго права. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 611, п. 2.

[5]) Относительно этихъ разнообразныхъ договоровъ см. Dankwardt, loc. cit.; Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, §§ 192 и слѣд.; Bürg. R., т. II, 2, §§ 309 и слѣд. Частноправовыя нормы о договорѣ найма услугъ должны быть распространены даже на отношенія, вытекающія изъ государственной службы, поскольку это не будетъ противорѣчить тѣмъ публичнымъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются этой службой; R. G. E., т. 18, стр. 173.

[6]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 624: Если наемъ заключенъ на время жизни служащаго или на срокъ свыше пяти лѣтъ, то, по истеченіи пяти лѣтъ, нанявшійся имѣетъ право заявить о прекращеніи имъ договора.

www.naukaprava.ru

закономъ или обычаемъ, а при отсутствіи того и другого — справедливымъ усмотрѣніемъ суда[7]).

a) Нанявшійся обязанъ лично исполнить свою работу, такъ какъ именно *личныя услуги* являются объектомъ найма. Поэтому хозяинъ имѣетъ право не допускать замѣстительства[8]).

b) За услуги должно быть уплачено вознагражденіе, при сомнѣніи — *послѣ* исполненія работы[9]). Вознагражденіе это можетъ исчисляться или по времени работы, напр., при поденной платѣ, или по количеству труда—при сдѣльной платѣ. Вознагражденіе должно быть уплачено даже въ томъ случаѣ, если хозяинъ произвольно откажется отъ услугъ или не будетъ имѣть возможности ими воспользоваться или принять ихъ по причинамъ, зависящимъ лично отъ него. Даже смерть нанимателя, сама по себѣ, не является достаточнымъ основаніемъ для прекращенія личнаго найма, заключеннаго на опредѣленный срокъ; прекращеніе наступаетъ здѣсь лишь въ томъ случаѣ, если услуги должны были быть оказаны именно лично хозяину[10]).

Если наниматель не пользуется услугами нанявшагося, и у послѣдняго, вслѣдствіе этого, остается свободное время, то въ его вознагражденіе можетъ быть зачтено и то, что̀ онъ заработалъ за это свободное время. Предполагается, однако, что этотъ заработокъ не былъ сопряженъ съ бо́льшимъ напряженіемъ силъ и съ бо́льшими лишеніями, чѣмъ предусмотрѣнныя по договору услуги. То, что нанявшійся, несомнѣнно, могъ бы заработать при желаніи, приравнивается къ дѣйствительному заработку[11]) [12]).

Хозяинъ въ правѣ отказаться отъ договора, по аналогіи съ наймомъ вещей, въ томъ случаѣ, если не можетъ воспользоваться услугами *по независящимъ отъ него обстоятельствамъ*[13]). Въ особенности ему принадлежитъ это право, если его увѣренность въ способности и готовности нанявшагося поколеблена уважительными причинами[14]). Открытіе конкурса надъ имуществомъ нанимателя даетъ обѣимъ сторонамъ право отказаться отъ договора, но съ соблюде-

[7]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 621—623.

[8]) Съ этимъ согласно гражд. улож. для герман. имперіи, § 613.

[9]) Такъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 614.

[10]) l. 19, § 9. D. h. t., приведенная въ прим. 11; l. 19, § 10. eod.; l. 4. D. de off. adsess. l. 22. Ср. гражд. улож. для герм. имперіи, § 620.

[11]) l. 19, § 9. D. h. t. 19. 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: „Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est".

[12]) См. правило, разсмотрѣнное выше, § 45, п. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 615.

[13]) Правда, въ l. 38, pr. D. h. t. Павелъ libro singulari regularum говоритъ: Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Но это не слѣдуетъ распространять на случаи такой невозможности оказать данную услугу, которая не зависитъ отъ нанимателя. R. G. E., т. 3, стр. 182, и приведенныя тамъ ссылки. Ср. Haeselich: Wer trägt die Gefahr des Zufalls bei Verträgen über zu leistende Dienste, Rostocker Diss., 1898. Относительно досрочнаго отказа отъ личнаго найма по гражд. улож. для герман. имперіи см. §§ 626—628; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 308, стр. 398.

[14]) R. G. E., т. 23, стр. 167.

ніемъ условленныхъ или обычныхъ сроковъ для предупрежденія объ отказѣ[15]).

§ 113. c) Подрядъ—locatio conductio operis.

Договоръ, въ силу котораго одно лицо—подрядчикъ, conductor—*обязуется исполнить въ пользу* другого лица—подрядившаго, locator'a—*извѣстную работу за денежное вознагражденіе*, называется *подрядомъ*, *locatio conductio operis*[1]) [2]).

Цѣлью подряда является экономическій результатъ—opus[3]) [4]). Сюда относятся различныя манипуляціи надъ тѣлесными вещами, напр., обработка или переработка движимыхъ вещей, перевозка имущества[5]) и людей, постройка и другіе виды измѣненія недвижимостей. Тѣмъ же правиламъ должны подчиняться и различныя нематеріальныя, но допускающія денежную оцѣнку услуги дѣлового, художественнаго, техническаго или научнаго характера[6]) [7]).

Иногда conductor обязуется совершить только работу—такъ наз. чистый подрядъ; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ на немъ лежитъ обязанность доставить также и матеріалъ—заказъ въ тѣсномъ смыслѣ слова[8]).

---

[15]) К. О., § 22.

[1]) Dankwardt: Die locatio conductio operis, Jherings Jahrb., т. 13, статья 7; Pernice въ Zeitschrift der Savignystift., rom. Abtheilung, т. 9, стр. 244.

[2]) О подрядѣ по гражд. улож. для герман. имперіи см. §§ 631 и слѣд.

[3]) Неправильно мнѣніе нѣкоторыхъ ученыхъ, напр., Wächter'a, т. 2, стр. 479, въ его приложеніяхъ къ Pandekten, которые утверждаютъ, что locatio conductio operis представляетъ собою лишь „отдѣльный случай" locatio conductio operarum. При подрядѣ мы имѣемъ дѣло съ обязательствомъ достигнуть опредѣленнаго экономическаго результата, l. 5. § 1. D. de V. S. 50. 16. Paulus libro 2 ad edictum: „Opere locato conducto": his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum. Но для достиженія такого результата, конечно, необходима со стороны conductor'a извѣстная затрата труда. Эту мысль и хочетъ выразить Павелъ libro 34 ad edictum, l. 22. § 2. D. h. t. 19. 2: „locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem".

[4]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 631, п. 2, гласитъ: Предметомъ договора подряда можетъ быть изготовленіе или передѣлка какой-либо вещи и вообще достиженіе какого-либо результата посредствомъ работы или оказанія услугъ. О договорѣ съ маклеромъ оно трактуетъ особо, §§ 652 и слѣд.

[5]) Н. G. B. въ §§ 425 и слѣд. содержитъ нормы относительно „фрахтовой сдѣлки" вообще, а въ §§ 556 и слѣд. — относительно „морской фрахтовой сдѣлки".

[6]) О поступленіи въ обученіе къ мастеру см. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 315; о договорѣ съ артистами см. Opet въ Archiv für civ. Praxis, т. 86, статья 3.

[7]) Особенно важной сдѣлкой такого рода является *доставленіе свѣдѣній о кредитоспособности* извѣстнаго лица. Эта сдѣлка стала теперь обычнымъ основаніемъ для самыхъ разнообразныхъ отраслей современнаго кредита; ср. Hugo Jacoby: Die Krediterkundigung, Berliner Inaug.-Dissert., 1891. Обыкновенно эти свѣдѣнія доставляются „безъ отвѣтственности"—„ohne Obligo"; такая оговорка, въ силу обычая, должна быть предполагаема даже тогда, когда ее почему-либо опустили. Несомнѣнно, однако, что всякій, доставляющій такого рода свѣдѣнія, отвѣчаетъ за dolus; но спрашивается, отвѣчаетъ ли онъ также и за culpa lata? Jacoby, loc. cit., считаетъ это неправильнымъ. Намъ, напротивъ, кажется, что подобная отвѣтственность не только умѣстна, но и вполнѣ соотвѣтствуетъ общимъ интересамъ. Конечно, судья не долженъ забывать о тѣхъ весьма значительныхъ затрудненіяхъ, съ которыми сопряжено доставленіе подобныхъ свѣдѣній; поэтому необходима большая осторожность при установленіи наличности culpa lata.

[8]) Если conductor'y разрѣшено, вмѣсто предоставленнаго ему подрядившимъ матеріала, употребить при исполненіи подряда другой, а также, при перевозкѣ, вмѣсто ввѣренныхъ ему замѣнимыхъ вещей, доставить другія, то такая сдѣлка называется locatio conductio *irregularis*, l. 31. D. h. t. 19. 2; l. 34, pr. D. de auro. 34. 2; ср. Karlowa

www.naukaprava.ru

Если, впрочемъ, на подрядчика возлагается доставка *главнаго предмета*, подлежащаго обработкѣ, то такая сдѣлка разсматривается не какъ подрядъ, а какъ купля-продажа[9]); предоставленіе одного только приклада не измѣняетъ характера подряда. Поэтому, постройка зданія на землѣ, отведенной подрядившимъ, всегда считается подрядомъ, даже въ томъ случаѣ, если весь строительный матеріалъ доставленъ подрядчикомъ[10]).

а) Conductor обязанъ исполнить подрядъ согласно договору, своевременно[11]) и безъ недостатковъ[12]).

Исполненіе подряда лично самимъ conductor'омъ не является необходимымъ условіемъ. Онъ можетъ, въ свою очередь, сдать отъ

въ Grünhuts Zeitschrift, т. 16, стр. 418; P. Rossi: Locatio conductio operis irregularis въ Studi senesi, т. 7, стр. 181 и слѣд. — Сюда же относится и случай платежа денегъ посредствомъ „почтоваго перевода".

[9]) § 4. I. h. t. 3. 24: Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit. Этотъ текстъ заимствованъ у Gajus, Inst., III, § 147; ср. l. 2, § 1. D. h. t. 19. 2. Впрочемъ, не слѣдуетъ вообще подводить заказъ съ доставкой матеріала подъ понятіе купли-продажи: съ экономической точки зрѣнія это также едва ли цѣлесообразно. Ehrenberg: Kauf und Werkvertrag въ Jherings Jahrb., т. 27, статья 4. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 651, дѣлаетъ различіе между изготовленіемъ замѣнимыхъ и незамѣнимыхъ вещей. Въ первомъ случаѣ примѣняются правила о куплѣ-продажѣ, въ послѣднемъ — лишь отчасти тѣ же правила, но, главнымъ образомъ, особыя постановленія о подрядѣ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 325.

[10]) l. 20. D. de contr. empt. 18. 1: quoniam tunc a me substantia proficiscitur; l. 22, § 2. D. h. t. 19. 2. Безразлично, возводится ли постройка на *собственной* землѣ заказчика или же на чужой; см. R. G. E., т. 13, стр. 209, относительно постройки цирка на городской землѣ по заказу товарищества наѣзднивовъ. См. далѣе R. O. H. G. E., т. 23, стр. 89; Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 254. Ср. также рѣшеніе имперскаго суда въ Juristische Wochenschrift, 1893, стр. 556.

[11]) Согласно правиламъ, указаннымъ выше, § 35, промедленіе нерѣдко даетъ подрядившему право отказаться отъ договора. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 636; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 321.

[12]) Если исправленіе работы возможно безъ всякаго промедленія, то подрядившій въ правѣ его потребовать, а подрядчикъ — предложить. Промежутокъ времени, въ теченіе котораго подрядившій обязанъ ждать этого исправленія, опредѣляется обстоятельствами дѣла и цѣлями договора. Если подрядившій согласится принять не вполнѣ доброкачественное исполненіе, то онъ можетъ потребовать соотвѣтствующаго уменьшенія вознагражденія и, если недостатки вызваны виною подрядчика,—возмѣщенія убытковъ. Сверхъ того, ему предоставляется право отказаться отъ подряда, когда выполненіе работы существенно отступаетъ отъ постановленій договора; но при этомъ требуется, чтобы подрядчику могло быть возвращено все то, что онъ уже предоставилъ; это невозможно, напр., при возведеніи постройки на землѣ подрядившаго. Точно такъ же подрядившій въ правѣ отказаться отъ договора и до окончанія работы, если во время ея производства становится ясно, что выполненіе подряда согласно съ содержаніемъ и цѣлью договора невозможно; въ такомъ случаѣ онъ обязанъ вознаградить подрядчика за исполненную часть работы, l. 60. § 4. D. h. t. 19. 2. Подрядчикъ не отвѣчаетъ за ошибки тамъ, гдѣ онъ дѣйствовалъ по указаніямъ подрядившаго; исключается лишь тотъ случай, когда онъ, будучи свѣдущимъ лицомъ, должнымъ образомъ не предупредилъ о грозящемъ вредѣ, а подчинился требованіямъ подрядившаго, который не обладалъ техническими познаніями. Ср. l. 51. § 1, l. 60. § 3. D. h. t. 19. 2. По гражд. улож. для герм. имперіи, §§ 633 и слѣд., если подрядъ исполненъ съ недостатками, подрядившій въ правѣ потребовать исправленія недостатковъ и съ этой цѣлью назначить подрядчику соотвѣтствующій срокъ. По истеченіи этого срока, подрядившій можетъ потребовать расторженія договора или сбавки вознагражденія, а если подрядчикъ подлежитъ отвѣтственности за вину, то и возмѣщенія ущерба отъ неисполненія. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 320.

себя работу другому лицу[13]), конечно, поскольку это не запрещено договоромъ и не противорѣчитъ характеру самой работы. Поэтому, въ понятіе locatio conductio operis входитъ и такъ наз. антреприза[14]).

По общему правилу, подрядчику не запрещается пользоваться услугами помощниковъ даже тамъ, гдѣ на немъ лежитъ обязанность личнаго исполненія.

За вину замѣстителей и помощниковъ онъ отвѣчаетъ, какъ за свою собственную[15]).

Обязанность подрядчика обыкновенно переходитъ на его наслѣдниковъ.

b) Подрядившій—locator—обязанъ уплатить условленное вознагражденіе и притомъ, смотря по соглашенію, или цѣликомъ — по окончаніи всей работы, или же по частямъ — по мѣрѣ ея исполненія[16]). Часть платы должна быть внесена впередъ въ видѣ задатка, поскольку это выговорено сторонами или установлено обычаемъ[17]).

Вознагражденіе должно быть уплачено и въ томъ случаѣ, если подрядившій произвольно отказывается отъ договора и этимъ препятствуетъ его исполненію; но при этомъ принимаются въ соображеніе и всѣ тѣ сбереженія, которыя сдѣланы подрядчикомъ вслѣдствіе прекращенія работы[18]).

Подрядившій обязанъ своевременно доставить необходимый для работы матеріалъ[19]), а также во-время принять оконченную работу. Если послѣдняя соотвѣтствуетъ договору, то онъ обязанъ ее одобрить[20]). Одобреніе это можетъ заключаться уже въ простомъ принятіи безъ оговорокъ, или же въ томъ, что не было указано на недостатки работы вскорѣ послѣ ея исполненія. Послѣ одобренія conductor отвѣчаетъ лишь за тѣ недостатки, которые не могли быть замѣчены при надлежащемъ осмотрѣ. Доказываніе этого обстоятельства возлагается на подрядившаго. Если подрядчикъ добился одобренія путемъ обмана, то онъ не освобождается отъ отвѣтственности[21]).

Споренъ вопросъ о *рискѣ*, т. е. причитается ли подрядчику вознагражденіе при случайной гибели или порчѣ заказа[22])?

---

[13]) l. 48, pr. D. h. t. 19. 2.

[14]) Dankwardt, loc. cit., стр. 305, правда, строго разграничиваетъ „locatio conductio operis“ и „антрепризу“. Но это едва ли правильно: conductor обѣщаетъ *результатъ работы*, но вовсе не непремѣнно *собственную* работу. Это вытекаетъ и изъ l. 48, pr. D. cit.

[15]) См. выше, § 38, прим. 8.

[16]) l. 51, § 1. D. locati. 19. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 641, п. 1.

[17]) Причитаются ли проценты по неуплаченному вознагражденію съ момента принятія работы подрядившимъ? Рѣшеніе этого вопроса по аналогіи съ соотвѣтствующими, но все же исключительными правилами купли-продажи едва ли цѣлесообразно. См. Windscheid, т. 2, § 401, прим. 1a; гражд. улож. для герман. имперіи, § 641, п. 2.

[18]) См. l. 19, § 9. D. h. t. 19. 2; Bolze: Praxis des Reichsgerichts, т. 2, стр. 230; гражд. улож. для герман. имперіи, § 649; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 324.

[19]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 642 и 643.

[20]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 640, п. 1.

[21]) l. 24, pr. D. h. t. 19. 2. Изъ словъ „ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta“ нельзя — какъ это дѣлаетъ Arndts, § 315 — выводить правило, что подрядчикъ послѣ одобренія работы отвѣчаетъ *только* за dolus.

[22]) См. Bolze: Ueber den Zufall bei der Werkverdingung, въ Archiv für civ. Praxis, т. 57, статья 5; Schmauser: Zufall bei der Werkverdindung, Erlanger Inaug.-Dissert., 1891;

www.naukaprava.ru

Само собою разумѣется, что рискъ переходитъ на подрядившаго, разъ онъ принялъ работу или долженъ былъ принять ее. Но *до этого момента* вся отвѣтственность лежитъ на *подрядчикѣ*, такъ какъ вознагражденіе обѣщано ему лишь за вполнѣ законченную работу. Тѣмъ не менѣе, безусловное примѣненіе этого правила было бы сурово по отношенію къ подрядчику. Вотъ почему иногда принимается во вниманіе затраченный уже трудъ и, согласно съ этимъ, означенное общее правило подвергается слѣдующимъ измѣненіямъ:

a) Если гибель или порча заказа зависѣли отъ *матеріала, доставленнаго подрядившимъ*, то рискъ падаетъ на него, и онъ обязанъ уплатить соотвѣтствующее вознагражденіе.

Это правило должно примѣняться и тогда, когда случайный вредъ былъ вызванъ причиной, зависѣвшей отъ самого подрядившаго, а также, если онъ постигъ заказъ уже послѣ того, какъ послѣдній перешелъ въ завѣдываніе подрядившаго[23]).

b) Подрядившій несетъ рискъ и въ томъ случаѣ, когда заказъ погибъ отъ *непреодолимой силы*—vis major, которая не могла быть предупреждена техническими приспособленіями, напр., въ случаѣ землетрясенія[24]) [25]).

§ 114. Lex Rhodia de jactu[1]).

Если кораблю и его грузу угрожаетъ на морѣ общая опасность, для предотвращенія которой капитанъ вынужденъ при-

---

Adnet, loc. cit., стр. 29, см. выше, § 112, прим. 1; Oertmann: Zufall bei der Werkverdingung in Grünhuts Zeitschr., т. 24, стр. 1. См. далѣе авторовъ, приведенныхъ у Windscheid'a, т. 2, § 401, прим. 8.

[23]) Это слѣдуетъ изъ самой природы вещей, ср. Strohal въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 386.

[24]) Изъ опредѣленія locatio conductio operis, даннаго Лабеономъ, — см. выше, прим. 3—слѣдуетъ, что на подрядчика падаетъ рискъ, если работа погибнетъ до ея принятія подрядившимъ или раньше того дня, въ который послѣдній долженъ былъ принять ее. Эту мысль высказываетъ Лабеонъ libro 1 pithanorum, l. 62. D. h. t. 19. 2: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Но Павелъ дѣлаетъ справедливую оговорку: „immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum". Другое, еще болѣе существенное исключеніе принадлежитъ Сабину. Ср. l. 59. D. h. t. 19. 2. Javolenus libro 5 Labeonis posteriorum: Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum. „Vis naturalis", о которой говоритъ здѣсь Сабинъ, есть не что иное, какъ vis major, ср. выше, § 39, прим. 9. Съ этимъ согласенъ и Florentinus libro 7 institutionum, l. 36. D. h. t. 19. 2: Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur, conductoris periculo est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi majore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. Это правило дополняетъ Яволенъ въ l. 37. D. h. t. 19. 2. Javolenus libro 8 ex Cassio: Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

[25]) Строгой точки зрѣнія держится гражд. улож. для герман. имперіи, § 644, п. 1: До пріема подряда рискъ лежитъ на подрядчикѣ. Когда подрядившій просрочитъ пріемъ, рискъ переходитъ на него. Подрядчикъ не несетъ отвѣтственности за случайное уничтоженіе или ухудшеніе доставленнаго ему подрядившимъ матеріала. Ср. еще п. 2 той же статьи и §§ 645 и 646. Dernb., Bürg. Recht, т. II, 2, § 318.

нести извѣстныя жертвы, то понесенные отъ этого убытки—большая аварія[2])*—разлагаются на всѣхъ, кому угрожала эта опасность.*

Такое правило—lex Rhodia de jactu—сложилось въ родосскомъ правѣ и перешло оттуда сначала въ римское, а затѣмъ, послѣдовательно, въ средневѣковое и новѣйшее морское право. На основаніи этого правила, между судохозяиномъ и всѣми грузохозяевами, съ момента нагрузки и до выгрузки, создается извѣстная правовая общность; естественнымъ основаніемъ послѣдней служитъ та фактическая общность, которая возникаетъ вслѣдствіе совмѣстной нагрузки товара на корабль.

Убытки распредѣляются при наличности слѣдующихъ условій:

1. Непосредственная опасность, угрожавшая совмѣстно кораблю и грузу.

2. Жертва, принесенная для спасенія. Исходнымъ случаемъ было выбрасываніе товаровъ за бортъ[3]); но сюда относятся также и всѣ другія мѣры, предпринятыя для спасенія корабля, между прочимъ, перегрузка товаровъ на разгрузныя суда, на которыхъ они затѣмъ погибли, рубка мачты и иныя поврежденія судна, выкупъ, уплаченный пиратамъ[4]).

3. Требуется, чтобы всѣ эти мѣры были приняты по распоряженію капитана корабля[5]).

4. Судно, а также часть груза должны уцѣлѣть[6]).

Распредѣленіе потерь происходило въ Римѣ слѣдующимъ образомъ: хозяинъ корабля долженъ былъ произвести у грузохозяевъ, обязанныхъ участвовать въ уплатѣ убытковъ, соотвѣтствующіе вычеты и изъ нихъ вознаградить потерпѣвшихъ[7]). По современному мор-

---

[1]) Tit. D. de lege Rhodia de jactu. 14. 2; Pauli sent., II, 7; H. G. B., §§ 700 и слѣд.; Goldschmidt въ его Zeitschrift, т. 35, стр. 36 и 321; Heck: Das Recht der grossen Haverei, 1889, особенно стр. 592. Тамъ же см. литературу.

[2]) Терминъ „аварія“ (Haverei) употребляется въ строгомъ смыслѣ именно для обозначенія подобныхъ убытковъ и соотвѣтствующаго имъ института права. Нѣкоторые утверждаютъ, что слово это арабскаго происхожденія; см. Goldschmidt, loc. cit., прим. 1. Аварія въ этомъ смыслѣ имѣетъ мѣсто лишь при чрезвычайныхъ жертвахъ. „Обыкновенная“ или „малая“ аварія, т.-е. издержки, вызванныя затруднительнымъ положеніемъ, которое не является, однако, чѣмъ-либо чрезвычайнымъ, напр., необходимость въ помощи ледокола или въ услугахъ лоцмана, всецѣло ложится на судохозяина, и привлекать къ этимъ расходамъ грузохозяевъ онъ не имѣетъ права. Кромѣ того, отъ „большой“ или „общей“ аваріи нужно отличать аварію *частную*. Сюда относятся потери, постигающія отдѣльныхъ лицъ; напр., товаръ одного изъ грузохозяевъ воспламеняется и онъ сгораетъ.

[3]) l. 1. D. h. t. 14. 2. Paulus libro 2 sententiarum: Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.

[4]) Примѣры приводятся въ l. 2. § 1, l. 3, l. 5. § 1. D. h. t. 14. 2; l. 4, pr. D. eod.; l. 2, § 3. D. eod. Ср. также l. 4. § 2. D. eod. — H. G. B., § 706, перечисляетъ отдѣльные случаи общей аваріи, но безъ намѣренія исчерпать всѣ возможности; наоборотъ, по вопросу о томъ, *что* въ перечисленныхъ случаяхъ слѣдуетъ подводить подъ понятіе общей аваріи, законъ имѣетъ исчерпывающее значеніе. R. O. H. G. E., т. 13, стр. 407.

[5]) Римскіе источники нигдѣ этого опредѣленно не высказываютъ; но такое условіе понятно само собою. Иначе Heck, стр. 594. Новѣйшее же морское право не допускаетъ въ этомъ отношеніи никакого сомнѣнія, H. G. B., § 700.

[6]) Pauli sent., II, 7, § 3; l. 4, pr. D. h. t.; l. 2, pr. D. eod.; H. G. B., § 703.

[7]) Paulus libro 34 ad edictum, l. 2. pr. D. h. t. 14. 2: Si laborante nave jactus

www.naukaprava.ru

скому праву планъ распредѣленія — *диспаша*—долженъ быть установленъ оффиціально назначенными для этого лицами — диспашерами [8]) [9]); на основаніи этого плана всѣмъ, имѣющимъ право на вознагражденіе, предоставляются непосредственныя притязанія противъ лицъ, обязанныхъ къ уплатѣ; послѣднія въ принципѣ отвѣчаютъ, однако, лишь въ размѣрѣ спасеннаго имущества [10]).

Опредѣленія lex Rhodia дѣйствовали и при рѣчной перевозкѣ [11]). Нынѣ къ ней примѣняются постановленія закона о плаваніи по внутреннимъ водамъ [12]).

На другіе случаи положенія lex Rhodia распространять нельзя, такъ какъ они основаны не на общемъ принципѣ, а на особенностяхъ воднаго транспорта [13]).

V. Порученіе. Сходныя съ нимъ сдѣлки. Negotiorum gestio.

а) **Порученіе** (mandatum) [1]).

§ 115. **Понятіе порученія.**

Безвозмездное принятіе на себя порученія — mandatum — обосновываетъ взаимныя обязанности между давшимъ порученіе— мандантомъ—и принявшимъ его—мандатаріемъ [2]).

Предметъ порученія составляютъ преимущественно *юридическія дѣйствія*, будутъ ли то юридическія сдѣлки или же процессуальныя дѣйствія. Но мандатомъ является также принятіе на себя пору-

---

factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest.

[8]) H. G. B., § 729.

[9]) Согласно H. G. B., § 711, при оцѣнкѣ погибшаго и спасеннаго груза принимается въ соображеніе продажная цѣна его въ мѣстѣ назначенія. Heck, loc. cit., стр. 604, доказалъ, что такого же взгляда держались и въ Римѣ, между тѣмъ какъ принятое раньше толкованіе l. 2, § 4. D. h. t. 14. 2 утверждало, что стоимость погибшихъ товаровъ должна была опредѣляться по той цѣнѣ, за которую они были „куплены". Конечно, изъ суммы убытковъ подлежатъ вычету тѣ сбереженія въ расходахъ, которыя являются послѣдствіемъ гибели товара. — Въ Римѣ при разверсткѣ убытковъ не принимался въ расчетъ дорожный провіантъ, l. 2, § 2 in fine. D. h. t. 14. 2; немного дальше идетъ H. G. B., § 723.

[10]) H. G. B., §§ 725 и 726.

[11]) Противъ этого высказывается рѣшеніе Гамбургскаго апелляціоннаго суда у Seuffert'a: Archiv, т. 46, казусъ 22.

[12]) §§ 78 и слѣд.

[13]) Windscheid, т. 2, § 403, прим. 13, требуетъ распространенія принциповъ lex Rhodia на всѣ тѣ случаи, когда кто-либо, имѣя въ своемъ владѣніи вещи разныхъ собственниковъ, жертвуетъ вещами одного для спасенія имущества остальныхъ. Еще дальше идетъ Jhering въ своихъ Jahrb., т. 10, стр. 348. Противъ нихъ обоихъ высказывается Goldschmidt, loc. cit., стр. 61. Онъ, между прочимъ, совершенно правильно отвергаетъ примѣненіе lex Rhodia къ тому случаю, когда кондукторъ почтоваго дилижанса отдаетъ напавшимъ на него разбойникамъ слѣдующій съ почтою денежный пакетъ, съ цѣлью спасти остальныя почтовыя посылки. Такого же мнѣнія Heck, loc. cit., стр. 589.

[1]) Tit. l. de mandato. 3. 26. D. mandati vel contra. 17. 1. C. 4. 35.

[2]) Лицо, давшее порученіе, римляне называли „mandans" или „mandator"; для получившаго же порученіе у нихъ не было спеціальнаго названія, и они прибѣгали къ термину „procurator", имѣвшему, однако, и другія значенія.

ченія и чисто *фактическаго свойства,* если оно происходитъ безвозмездно[3]).

Содержаніе порученія можетъ состоять въ управленіи всѣмъ имуществомъ или опредѣленною его частью, а также въ заключеніи отдѣльныхъ сдѣлокъ[4]) [5]).

Mandatum нерѣдко заключаетъ въ себѣ *довѣренность,* т. е. полномочіе предпринимать извѣстныя юридическія дѣйствія съ такими же послѣдствіями, какъ если бы дѣйствовалъ *самъ мандантъ*[6]). Въ такомъ случаѣ мандатъ имѣетъ значеніе не только для довѣрителя и повѣреннаго, какъ *внутренняя* связь, но и для третьихъ лицъ, какъ отношеніе *во внѣ.* Однако, не всякій мандатъ содержитъ въ себѣ подобное полномочіе. Съ другой стороны, въ развитомъ правѣ часто встрѣчаются случаи полномочія безъ всякаго мандата; здѣсь уполномоченный получаетъ право совершить извѣстныя юридическія дѣйствія, но не обязанъ совершить ихъ.

Римляне различаютъ mandatum mea, aliena и tua gratia[7]).

a) Обыкновенно порученіе дается въ *интересахъ манданта*— mea gratia; впрочемъ, рука объ руку съ этимъ можетъ идти также интересъ третьяго лица или самого мандатарія.

b) Вполнѣ дѣйствительнымъ признается и порученіе, данное лишь въ интересахъ *третьяго лица* — aliena gratia, причемъ мандантъ не имѣетъ самостоятельнаго интереса въ его исполненіи.

c) Напротивъ, порученіе, данное исключительно *въ интересахъ мандатарія* — mandatum tua gratia, само по себѣ, не обладаетъ юридической силою. Подобное порученіе имѣетъ значеніе одного лишь *совѣта.* Давшій такой совѣтъ отвѣчаетъ за его послѣдствія лишь въ томъ случаѣ, если онъ особо принялъ на себя отвѣтственность въ этомъ отношеніи или же дѣйствовалъ со *злымъ умысломъ*[8]) [9]).

---

[3]) § 13. I. h. t. 3. 26 ...Si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio. Новѣйшія законодательства, въ большинствѣ случаевъ, ограничиваютъ mandatum областью юридическихъ дѣйствій. Гражд. улож. для герман. имперіи сохранило точку зрѣнія обще-германскаго права.

[4]) Ср. выше, вып. I, § 119, прим. 14.

[5]) Страннымъ представляется порученіе, въ силу котораго мандатарій долженъ отчудить манданту собственную вещь. Не лучше ли признать подобную сдѣлку прямо куплей-продажей? Тѣмъ не менѣе, она можетъ быть и порученіемъ. Если, напр., кто-либо поручаетъ сособственнику или сонаслѣднику пріобрѣсти для манданта общую вещь или все наслѣдство, то это порученіе распространяется и на часть, принадлежащую мандатарію, l. 22. § 4, l. 34. § 1, l. 35, l. 36. D. h. t. 17. 1. Но невозможно отсюда — по примѣру Goldschmidt'a: Handbuch des Handelsrechts, 3 изд., т. 1, стр. 78 — дѣлать тотъ выводъ, что уже римляне знали „право самостоятельнаго вступленія комиссіонера въ сдѣлку", въ томъ смыслѣ, въ какомъ это допускается современнымъ торговымъ правомъ. См. выше, § 59, прим. 7.

[6]) Laband въ Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, т. 10, стр. 205, см. выше, вып. I, § 119, прим. 5.

[7]) l. 2. D. h. t. 17. 1; pr., §§ 1 и слѣд. I. h. t. 3. 26.

[8]) l. 2, § 6. D. h. t. 17. 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum... magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur. То же говоритъ и § 6. I. h. t. 3. 26. Лицо, дающее совѣтъ, отвѣчаетъ: a) за неблагопріятный исходъ, если *умышленно* подало дурной совѣтъ, l. 47. pr. D. de R. J. 50. 17; ср. l. 10. § 7. D. h. t. 17. 1, или b) *обѣщало* отвѣчать за *послѣдствія* совѣта, l. 12. § 13. D. h. t. 17. 1, и c) за всякую *вину,* если *обѣщало* дать

www.naukaprava.ru

Но, конечно, мандантъ отвѣчаетъ, если мандатарій не могъ усмотрѣть изъ порученія, что оно дано ему исключительно въ его собственныхъ интересахъ, и потому исполнилъ его.

Mandatum—сдѣлка *безвозмездная*[10]), которая не предназначена служить источникомъ дохода для мандатарія. Этимъ порученіе существенно отличается отъ *найма услугъ*. Мандатарія побуждаютъ къ принятію порученія его личныя отношенія къ манданту, напр., родство, дружба, совмѣстная дѣятельность, а не желаніе заработать деньги. Тѣмъ не менѣе, мандатарію можетъ быть обѣщанъ *гонораръ*[11]). Послѣдній, однако, по цѣли своей, есть нѣчто совершенно другое, чѣмъ плата. Онъ не предназначенъ доставить денежную прибыль мандатарію, но является выраженіемъ признательности за оказанныя услуги, или же уплачивается для возмѣщенія издержекъ, которыя было бы трудно исчислить во всѣхъ мелочахъ, или, наконецъ, играетъ роль матеріальной поддержки на время занятія чужимъ порученнымъ дѣломъ[12]). Вопросъ, что̀ именно выговорено за данное порученіе—гонораръ или плата, обыкновенно можетъ быть рѣшенъ только въ зависимости отъ обстоятельствъ каждаго отдѣльнаго случая.

особенно *тщательно обдуманный* совѣтъ. Послѣднее нужно предполагать въ тѣхъ случаяхъ, когда кто-либо даетъ совѣты по профессіи и за вознагражденіе. Но Vangerow, т. 3, § 659, заходитъ слишкомъ далеко, утверждая, будто всякій, спрошенный и давшій совѣтъ въ качествѣ свѣдущаго лица, уже въ силу одного этого отвѣчаетъ въ случаѣ недостаточной diligentia. Такое лицо, спрошенное, напр., во время прогулки или на балу своимъ знакомымъ, съ которымъ раньше никакихъ дѣловыхъ отношеній не имѣло, отвѣчаетъ, конечно, только за dolus. То же правило примѣняется при торговыхъ совѣтахъ и рекомендаціяхъ. Ср. R. O. H. G. E., т. 19, стр. 197. Но если между получающимъ совѣтъ и дающимъ его уже существовали дѣловыя отношенія, то послѣдній, въ своихъ рекомендаціяхъ и объясненіяхъ, отвѣчаетъ за полную diligentia. См. R. G. E., т. 27, стр. 118; Seuffert: Archiv, т. 55, каз. 26. Ernst Wolff: Die Haftung des Ratgebers, Berliner Diss., 1899. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 676, не измѣнило этихъ положеній. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 294, стр. 366.

[9]) Весьма споренъ вопросъ, въ какомъ отношеніи къ правиламъ, изложеннымъ въ прим. 8, находится l. 6, § 5. D. h. t. 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: *aut, si non esses facturus, nisi ego mandassem*, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio. Часто отсюда выводится правило, что mandatum tua gratia и совѣтъ налагаютъ на совѣтующаго обязанности въ томъ случаѣ, если только это побудило другую сторону совершить данное дѣйствіе, но не дѣлается при этомъ никакихъ указаній на то, какъ установить подобный фактъ. Само собою разумѣется, что невысказанныя *мысли* получившаго совѣтъ не могутъ быть приняты во вниманіе. Слова Ульпіана — слѣдуетъ обратить особое вниманіе на futurum — имѣютъ въ виду исключительно тотъ случай, когда подающему совѣтъ заранѣе было *объявлено*, что „получающій его намѣренъ дѣйствовать лишь потому, что принимаетъ во вниманіе данныя ему указанія“. Если на это дающій совѣтъ ничего *не возражаетъ*, то отсюда надо заключить, *что онъ готовъ отвѣчать за послѣдствія своихъ указаній*. Такимъ образомъ, здѣсь имѣетъ мѣсто молчаливое обѣщаніе гарантіи. Иныя толкованія см. у Vangerow'a, т. 3, § 659, п. 4, Wächter'a: Pandekten, т. 2, стр. 451, и Wolff'a, loc. cit., стр. 16.

[10]) l. 1, § 4. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 32 ad edictum: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit; l. 36, § 1. D. eod. Javolenus libro 7 ex Cassio... nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet. Тотъ же взглядъ высказываетъ гражд. улож. для герман. имперіи, § 662.

[11]) l. 6, pr. D. h. t. 17. 1. Гонораръ можно было истребовать въ Римѣ не посредствомъ actio mandati, а лишь въ порядкѣ extraordinaria cognitio, l. 7. D. h. t. 17. 1; l. 1. C. h. t. 4. 35; l. 1, pr. и слѣд. D. de extraord. cogn. 50. 13.

[12]) Löwenfeld въ Gutachten des Anwaltstandes zum Entwurf des bürgerl. Gesetzbuches, стр. 884; Petrazycki: Einkommen, т. 2, § 34.

Дѣятельность *духовныхъ лицъ, преподавателей* наукъ и искусствъ, *врачей, юристовъ*—operae liberales—считается обыкновенно не подлежащей денежной оцѣнкѣ. Эта дѣятельность не оплачивается, а вознаграждается. Поэтому, договоры о подобныхъ услугахъ всегда составляютъ порученіе [13]).

§ 116. Обязанности, вытекающія изъ порученія.

1. Обязанности *мандатарія* заключаются въ слѣдующемъ:

а) Онъ долженъ *заботливо* и *точно выполнить* возложенное на него порученіе, не слѣдуя только его буквѣ, но и согласно съ его внутреннимъ смысломъ. По общему правилу, онъ обязанъ слѣдовать также позднѣйшимъ указаніямъ манданта, поскольку они не выходятъ за предѣлы даннаго порученія. Произвольныя отклоненія, хотя бы они и представлялись выгодными въ денежномъ отношеніи, мандатарію не разрѣшаются, такъ какъ онъ лишь замѣститель, а не хозяинъ дѣла [1]). Если же измѣнятся обстоятельства, въ виду которыхъ было дано порученіе, то мандатарій долженъ обратиться за разрѣшеніемъ вопроса къ манданту, а когда это невозможно,—дѣйствовать въ его смыслѣ и духѣ [2]).

Выполненіе порученія при помощи другихъ лицъ—*субститутовъ*—вообще разрѣшается мандатарію, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда личная дѣятельность его обусловлена по договору или сама собою подразумѣвается въ связи съ характеромъ сдѣлки [3]). Однако, и въ такихъ случаяхъ, при полной невозможности личнаго исполненія, замѣстительство ему не только разрѣшается, но иногда даже вмѣняется въ обязанность. Лицо, имѣвшее право пригласить субститутовъ для выполненія порученія, отвѣчаетъ только за свою вину, напр., при ихъ выборѣ или снабженіи ихъ инструкціями; кто же привлекъ замѣстителей, не имѣя на это права, тотъ отвѣчаетъ

---

[13]) См. Löwenfeld, loc. cit. и въ Münchener Festgaben für Planck, Inästimabilität und Honorierung der operae liberales, 1887, стр. 387 и слѣд. Отличіе отъ обыкновеннаго mandatum заключается здѣсь въ томъ, что священникъ, докторъ и т. п. не только не связаны указаніями поручающаго, но являются по отношенію къ нему авторитетами въ области религіи, науки и искусства. Hefke: Der Arzt, 1886. Гражд. улож. для герман. имперіи разсматриваетъ и такія отношенія, какъ наемъ услугъ, но въ существенныхъ чертахъ примѣняетъ къ нимъ постановленія о порученіи, ср. § 675; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 293, стр. 364.

[1]) l. 5, § 2. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 32 ad edictum: Itaque si mandavero tibi, ut domum Sejanam centum emeres tuque Titianam emeris longe majoris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implesse mandatum.

[2]) Съ этимъ согласно и гражд. улож. для герман. имперіи, § 665.

[3]) Ср. l. 8, § 3. D. h. t. 17. 1; cap. 1, § 2, и cap. 9 въ VI. de procuratoribus. 1. 19; Goldschmidt въ его Zeitschrift für Handelsrecht, т. 16, стр. 309. Иного мнѣнія Windscheid, т. 2, § 410, прим. 5. Если субституть ведетъ дѣла манданта, то между ними возникаютъ actiones negotiorum gestorum, l. 5, § 3. D. de neg. gest. 3. 5. Но бываетъ и такъ, что мандатарій даетъ порученіе субституту *отъ имени* и за счетъ *своего манданта*; въ такомъ случаѣ субституть является повѣреннымъ первоначальнаго манданта. Ср. также R. O. H. G. E., т. 24, стр. 198. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 664, повѣренный, въ сомнительныхъ случаяхъ, не въ правѣ возложить исполненіе порученія на третье лицо.

www.naukaprava.ru

за весь вредъ, возникшій вслѣдствіе замѣстительства, и, въ частности, за вину замѣстителей, какъ за свою собственную.

b) Мандатарій обязанъ возмѣстить всѣ убытки, причиненные имъ при выполненіи порученія или вслѣдствіе его невыполненія; онъ отвѣчаетъ здѣсь за *всякую вину*[4]).

c) Все, *полученное мандатаріемъ на основаніи порученія*, должно быть представлено довѣрителю, хотя бы послѣдній, самъ по себѣ, и не имѣлъ права на такую прибыль[5]). Поэтому, повѣренный долженъ отчитаться и въ платежахъ, внесенныхъ ему по предполагавшимся, хотя въ дѣйствительности несуществующимъ требованіямъ манданта[6]); онъ обязанъ возвратить плоды и проценты, которые онъ извлекъ или долженъ былъ извлечь изъ имущества, находившагося въ его управленіи; равнымъ образомъ, онъ долженъ уплатить проценты на принадлежащія довѣрителю деньги, если пользовался ими въ собственныхъ интересахъ[7])[8]).

На повѣреннаго возлагается также обязанность выдать документы, находящіеся у него въ связи съ порученіемъ; въ частности, онъ обязанъ, по прекращеніи порученія, возвратить выданную ему довѣренность[9]).

d) Повѣренный долженъ дать довѣрителю надлежащія свѣдѣнія и *отчетъ* по выполненію порученія, а въ случаѣ надобности—представить формальный счетъ со всѣми оправдательными документами[10]).

Искъ манданта противъ мандатарія называется actio mandati directa.

---

[4]) l. 11, l. 13, l. 21. C. h. t. 4. 35; l. 23. D. de R. J. 50. 17. Но ср. также Collatio legum Rom. et Mos. X, 2, § 3. См. выше, § 37, п. 2.

[5]) l. 20, pr. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 11 ad Sabinum: Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 667.

[6]) l. 46, § 4. D. de procuratoribus. 3. 3; l. 10. §§ 2 и 3, l. 8. D. h. t. 17. 1.

[7]) Предѣлы этой обязанности представляютъ интересный и въ практическомъ отношеніи важный вопросъ. Эгоизмъ уполномоченныхъ и склонность гражданскаго оборота къ послабленіямъ и терпимости всячески стремятся ограничить ее. Но право только выполняетъ свою высокую нравственную задачу, когда оно, несмотря на это, все же придерживается требованій щепетильной честности и полной корректности. Поэтому, уполномоченный долженъ отдать хозяину даже подарки и другія чрезвычайныя поступленія, полученныя имъ отъ третьяго контрагента въ видѣ благодарности за заключеніе порученной ему сдѣлки; это его обязанность даже въ томъ случаѣ, если все дѣло велось честно, и не можетъ быть мысли о подкупѣ. R. G. E., т. 4, стр. 290. Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, стр. 504. Конечно, этотъ принципъ примѣняется въ торговомъ правѣ и къ приказчикамъ. Напротивъ, сдѣлки, заключенныя мандатаріемъ *попутно* съ выполненіемъ порученія, манданта не касаются.

[8]) l. 10, § 3. D. h. t. 17. 1. Въ этомъ отношеніи безразлично, было ли такое пользованіе разрѣшено или нѣтъ. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 668.

[9]) R. G. E., т. 3, стр. 186. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 175.

[10]) l. 46, § 4. D. de procuratoribus. 3. 3; l. 56, § 2. D. h. t. 17. 1; ср. l. 111. D. de cond. et dem. 35. 1. R. O. H. G. E., т. 6, стр. 215. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 666. Относительно обязанности представить отчетъ см. Bähr въ Jherings Jahrb., т. 13, статья 6. Необходимымъ восполненіемъ этой обязанности, по мнѣнію прежнихъ практиковъ и Bähr'а, является требованіе, чтобы „отдающій отчетъ *подтвердилъ подъ присягой*, что онъ полностью указалъ всѣ поступленія". Безъ этого обязанность къ отчетности обратилась бы въ пустую формальность, такъ какъ мандатарій могъ бы представить любые счеты, не заслуживающіе никакого довѣрія. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 48, казусъ 26 (O. L. G. Kassel). Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 259—261; Dernb., Bürg. R., т. II, 1, § 39.

2. *Мандантъ* обязанъ, главнымъ образомъ, вознаградить мандатарія за издержки.

а) Онъ долженъ возмѣстить мандатарію всѣ добросовѣстно и разумно произведенныя издержки, хотя бы онѣ остались безъ всякаго результата, даже если самъ мандантъ въ данномъ случаѣ былъ бы бережливѣе въ расходахъ [11]). Кромѣ того, онъ долженъ уплатить проценты по этимъ издержкамъ [12]). Наконецъ, онъ обязанъ выдавать авансы на ожидаемые расходы [13]).

Мандатарій можетъ требовать возмѣщенія издержекъ даже въ случаѣ превышенія имъ своихъ полномочій; но тогда онъ долженъ ограничить свои требованія рамками данныхъ ему полномочій и, тѣмъ не менѣе, предложить манданту все то, что́ досталось бы послѣднему при точномъ соблюденіи предѣловъ порученія. Это правило примѣняется, главнымъ образомъ, въ томъ случаѣ, когда повѣренный, хотя и нарушилъ при покупкѣ предѣлы назначенной мандантомъ крайней цѣны, но въ то же время соглашается предоставить ему купленное по цѣнѣ, которую тотъ заранѣе назначилъ [14]).

b) Мандантъ отвѣчаетъ передъ мандатаріемъ за убытки, причиненные по его *винѣ*. Но за *случайный вредъ*, которому подвергся мандатарій при исполненіи порученія, мандантъ отвѣчать не долженъ [15]) [16]).

---

[11]) l. 12. §§ 7 и слѣд., l. 45, l. 12. § 9. D. h. t. 17. 1. Мандатарій можетъ требовать возмѣщенія даже такихъ расходовъ, которые онъ произвелъ вслѣдствіе извинительнаго заблужденія, l. 29. §§ 1 и слѣд., l. 51. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 670, гласитъ: Довѣритель обязанъ возмѣстить расходы, если повѣренный, ради исполненія порученія, дѣлаетъ такія затраты, которыя онъ, по обстоятельствамъ дѣла, можетъ считать необходимыми.

[12]) l. 12, § 9. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 256.

[13]) l. 12. § 17, l. 45. pr. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 669.

[14]) § 8. l. h. t. 3. 26; Gajus, Inst., III, § 161; l. 3, §§ 2 и 4. D. h. t. 17. 1. Таковъ былъ взглядъ Прокула. Сабинъ же и Кассій въ подобномъ случаѣ отказывали мандатарію въ actio mandati на томъ основаніи, что порученіе, въ сущности, не было исполнено.

[15]) l. 26, § 6. D. h. t. 17. 1. Paulus libro 32 ad edictum: Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet; l. 61, § 5. D. de furtis. 47. 2. Этотъ принципъ способенъ возбудить сомнѣнія. Еще glossa „mandato“ къ l. 26, § 6. D. mandati замѣчаетъ: „item nec hic § de curialitate debet servari“. Нѣкоторые изъ прежнихъ романистовъ стремились, поэтому, установить отвѣтственность манданта и за тѣ убытки, которые постигли мандатарія случайно при выполненіи порученія. См. также Koppel: Haftung des Auftraggebers für zufälligen Schaden, Breslauer Inaug.-Dissert., 1886. Unger: Handeln auf fremde Gefahr, въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 329, совершенно основательно различаетъ такіе несчастные случаи, которые являются *слѣдствіемъ выполненія порученія*, и за которые, поэтому, мандантъ отвѣчаетъ, и такіе, которые возникли лишь *попутно при* исполненіи мандата и никакой отвѣтственности не порождаютъ. Взглядъ Unger'a, въ общемъ, раздѣляютъ Hanau въ своей диссертаціи, Berlin, 1894, и Eisele въ Archiv für civ. Praxis, т. 84, стр. 319.

[16]) Какъ быть если порученіе передано съ ошибкой? Въ 50-тыхъ годахъ прошлаго столѣтія (см. Zeitschrift für deutsches Recht, т. 19, стр. 456 и слѣд.) подобнаго рода случай обратилъ на себя всеобщее вниманіе. Въ то время, какъ курсы на биржѣ сильно колебались, одинъ банкирскій домъ далъ порученіе „купить“ (kaufen) извѣстныя бумаги. Телеграфъ же передалъ, вмѣсто этого, „продать“ (verkaufen). Порученіе такъ и было исполнено, и въ результатѣ получились значительные убытки. Могъ ли мандатарій требовать ихъ возмѣщенія? Противъ этого говорило то обстоятельство, что договоръ между мандантомъ и мандатаріемъ относительно заключенія купли не состоялся вслѣдствіе существеннаго заблужденія. Ср. выше, вып. I, § 101. Нельзя было также усмотрѣть—какъ

www.naukaprava.ru

c) Мандантъ обязанъ, наконецъ, уплатить повѣренному *гонораръ*, если таковой ему причитается по договору, закону или мѣстному обычаю. Гонораръ выдается обыкновенно по исполненіи порученія.

Повѣренному принадлежитъ противъ манданта actio mandati contraria.

Нѣсколько повѣренныхъ обязуются солидарно къ выполненію порученія, и нѣсколько мандантовъ отвѣчаютъ солидарно передъ повѣреннымъ [17]).

§ 117. Прекращеніе порученія.

Естественный конецъ порученія наступаетъ при завершеніи возложеннаго на повѣреннаго дѣла, при истеченіи конечнаго срока, назначеннаго для порученія, при наступленіи включеннаго въ договоръ резолютивнаго условія и, наконецъ, при невозможности выполнить порученіе.

Но такъ какъ порученіе предполагаетъ строго личную связь между контрагентами, основанную на довѣріи, то, помимо этихъ общихъ случаевъ прекращенія правоотношенія, существуютъ еще *спеціальные для мандата*. Сюда относятся:

а) *Увѣдомленіе* со стороны одного изъ участниковъ о прекращеніи договора.

Въ частности, *довѣритель можетъ во всякое время взять обратно свое порученіе*. Договоръ прекращается съ момента полученія повѣреннымъ извѣстія объ отмѣнѣ порученія [1]), развѣ только при этомъ ему предоставлено довести начатое дѣло до конца. Предварительный отказъ довѣрителя отъ отмѣны порученія не лишаетъ его права все же отмѣнить его, а обязываетъ лишь къ уплатѣ гонорара полностью за все время [2]).

Повѣренный также имѣетъ право отказаться отъ договора. Но онъ обязанъ возмѣстить убытки, если отказъ произойдетъ несвоевре-

---

это склонны были нѣкоторые—culpa in contrahendo со стороны манданта въ томъ, что онъ воспользовался для своего порученія телеграфомъ. Тѣмъ не менѣе, большинство писателей признало манданта обязаннымъ вознаградить мандатарія за убытки. Ср. Jhering въ его Jahrb., т. 4, стр. 83, Windscheid, т. 2, § 309, прим. 5, и приведенныхъ тамъ авторовъ, Pernice въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 25, стр. 132. Въ пользу такого рѣшенія говоритъ чувство справедливости, но не легко обосновать его юридически. Къ тому же предлагаются самые разнообразные способы для его обоснованія. Лучше всего оно мотивируется особенностями мандата. Довѣритель приводитъ въ движеніе дѣятельность повѣреннаго для своихъ цѣлей, требуя отъ него непосредственнаго исполненія. Поэтому, согласно принципу bona fides, онъ долженъ принять на себя отвѣтственность за весь вредъ, который можетъ быть причиненъ мандатарію вслѣдствіе неправильнаго сообщенія о содержаніи порученія. Въ этомъ отношеніи довѣритель считается должникомъ изъ договора. R. G. E., т. 28, стр. 16. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 120, постановляетъ: Изъявленіе воли, невѣрно переданное лицомъ или учрежденіемъ, которымъ это было поручено, можетъ быть оспорено при тѣхъ же условіяхъ, какъ и волеизъявленіе, учиненное по ошибкѣ при обстоятельствахъ, указанныхъ въ § 119. Ср. Dernb., Bürg. R., т. I, § 145, п. V.

[17]) l. 59, § 3. D. h. t. 17. 1.

[1]) l. 15. D. h. t. 17. 1. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 671, п. 1.

[2]) R. O. H. G. E., т. 6, стр. 180, т. 23, стр. 324; R. G. E., т. 3, стр. 186.

менно, и довѣритель, вслѣдствіе этого, не успѣетъ во-время принять необходимыя мѣры. Право несвоевременнаго отказа предоставляется повѣренному только въ исключительныхъ случаяхъ [3]).

b) Далѣе, порученіе прекращается *со смертью* одного изъ участниковъ.

Порученіе прекращается, по общему правилу, со смертью *довѣрителя;* требуется, однако, чтобы повѣренный получилъ извѣстіе объ этомъ событіи [4]); при этомъ завершеніе начатаго дѣла и послѣ смерти довѣрителя является не только правомъ повѣреннаго, но и его обязанностью [5]). Впрочемъ, уже римское право допускало такія порученія, которыя должны осуществиться только послѣ смерти манданта [6]). По обще-германскому праву признается за правило, что порученіе можетъ быть спеціально распространено сторонами и на наслѣдниковъ довѣрителя. Наконецъ, гражд. улож. для герм. имперіи постановляетъ, что, при сомнѣніи, порученіе *не* прекращается смертью препоручителя или лишеніемъ его дѣеспособности [7]).

Порученіе прекращается со смертью *повѣреннаго;* наслѣдники его немедленно должны извѣстить объ этомъ довѣрителя и, въ крайнихъ случаяхъ, обязаны закончить начатое повѣреннымъ дѣло [8]). Согласно гражд. улож. для герм. имперіи, порученіе прекращается смертью повѣреннаго лишь за отсутствіемъ противоположнаго соглашенія [9]).

Прекращеніе mandatum не затрагиваетъ уже возникшихъ изъ него обязательствъ; оно препятствуетъ лишь возникновенію новыхъ обязанностей изъ порученія.

Съ прекращеніемъ порученія уничтожается и заключающаяся въ немъ довѣренность [10]).

b) Особенные виды порученія и сходныя съ нимъ сдѣлки.

§ 118. Договоры о гарантіи.

Обратной стороной мандата является обѣщаніе манданта возмѣстить мандатарію издержки по выполненію порученія. Иногда обѣщаніе обезпечить издержки играетъ главную роль при порученіи. Часто оно дается даже самостоятельно и отдѣльно.

---

[3]) l. 22, § 11. D. h. t. 17. 1; l. 23—25. D. eod.; напр., поведеніе довѣрителя вынуждаетъ повѣреннаго отказаться отъ выполненія порученія, или повѣренный пораженъ тяжкой болѣзнью. Такова точка зрѣнія и гражд. улож. для герман. имперіи, § 671, п. 2. Согласно п. 3, повѣренный можетъ отказаться отъ права отступленія отъ договора; но этимъ все же не исключается отступленіе по серьезному основанію.

[4]) l. 26, pr. D. h. t. 17. 1; l. 15. C. h. t. 4. 35. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 674.

[5]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 672.

[6]) l. 12. § 17, l. 13. D. h. t. 17. 1; см., впрочемъ, также l. 108. D. de solut. 46. 3. Ср. Zimmern: Ueber den nach dem Tode des Mandatars zu vollziehenden Auftrag, въ Archiv für civ. Praxis, т. 4, статья 19, и Vangerow, т. 3, § 662.

[7]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 672. Ср. С. Р. О., § 86, по поводу процессуальной довѣренности, Н. G. B., § 52, п. 3, относительно прокуры.

[8]) Ср. l. 1. pr. D. de fidejussor. et nominat. 27. 7, l. 40. D. pro socio. 17. 2.

[9]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 673.

[10]) Подробности см. выше, вып. I, § 119, прим. 5 и слѣд.

www.naukaprava.ru

1. Къ разряду такихъ договоровъ относится, прежде всего, кредитное порученіе—mandatum qualificatum, центръ тяжести котораго лежитъ въ принятіи на себя гарантіи. Оно состоитъ въ порученіи оказать кредитъ третьему лицу и содержитъ обѣщаніе принять на себя отвѣтственность за послѣдствія оказанія кредита. Въ результатѣ получается поручительство[1]).

2. Самостоятельный характеръ имѣетъ договоръ о гарантіи[2]), въ силу котораго лицо, желая поддержать предполагаемое предпріятіе, беретъ на себя связанный съ послѣднимъ рискъ, въ полномъ объемѣ или только въ части.

Сюда относится, въ частности, гарантія на случай неуспѣха художественныхъ или промышленныхъ выставокъ, т. е. когда доходъ отъ нихъ не покроетъ издержекъ, а также гарантія со стороны государства или общинъ извѣстнаго процента доходовъ желѣзнодорожнымъ обществамъ и другимъ предпріятіямъ.

Лицо, дающее гарантію, не является мандантомъ и не имѣетъ права требовать осуществленія предпріятія; но, принимая на себя гарантію, оно желаетъ поощрить его въ интересахъ частныхъ лицъ или всего общества.

Тщательное устройство и эксплоатація гарантированнаго предпріятія составляютъ обыкновенно молчаливое условіе договора о гарантіи.

Послѣдствія неожиданныхъ несчастныхъ случаевъ падаютъ на гаранта.

§ 119. **Переводъ** [1]) [2]).

Многіе находятъ, что переводъ на полученіе платежа отъ третьяго лица состоитъ изъ *двухъ порученій:* лицу, берущему переводъ,— принять платежъ (mandatum accipiendi, incassomandatum), и лицу,

---

[1]) См. выше, § 77.

[2]) Stammler: Der Garantievertrag въ Archiv für civ. Praxis, т. 69, статья 1. Sokolowski: Das Garantiemandat, 1891; ср. также Unger: Handeln auf fremde Gefahr, въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 300. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ объ этомъ договорѣ.

[1]) Порученіе заплатить римляне обозначаютъ также терминомъ „delegatio“, который они примѣняютъ при самыхъ разнообразныхъ дѣловыхъ операціяхъ. Теперь этотъ терминъ больше не употребляется, торговая же практика съ давнихъ поръ называетъ такія сдѣлки „ассигновками“ или „переводами“. По нашему мнѣнію, въ этомъ заключается прогрессъ, такъ какъ для спеціальныхъ правоотношеній цѣлесообразны и спеціальныя наименованія. Римскіе источники не содержатъ прямыхъ отвѣтовъ на всѣ тѣ сложные и спорные вопросы, которые встрѣчаются въ теоріи перевода. Лишь по одному пункту имѣется указаніе источниковъ; однако, оно не согласуется съ воззрѣніями современнаго оборота и не можетъ имѣть примѣненія; ср. ниже, прим. 11. Поэтому, теорія перевода можетъ быть выработана частью на основѣ общихъ принциповъ права, частью же на почвѣ тѣхъ воззрѣній, которыя усвоены гражданскимъ оборотомъ. Иного мнѣнія Wendt: Das allgemeine Anweisungsrecht, 1895.

[2]) Литература этого вопроса очень обширна. Она собрана у Cohn'a въ Endemanns Handbuch des Handelsr., т. 3, стр. 1093. Кромѣ привед. въ прим. 1 сочиненія Wendt'a, слѣдуетъ указать еще на статью Lenel'я въ Jherings Jahrb., т. 36, стр. 113 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 783 и слѣд., трактуетъ только о переводѣ денегъ, цѣнныхъ бумагъ и другихъ замѣнимыхъ вещей, притомъ посредствомъ передачи документа.

на которое сдѣланъ переводъ,—произвести платежъ (mandatum solvendi) [3]).

Но такой взглядъ неправиленъ, такъ какъ порученіе принять платежъ не составляетъ необходимаго элемента перевода.

Подъ *переводомъ* — Anweisung—слѣдуетъ, наоборотъ, понимать *полномочіе, данное однимъ лицомъ — ассигнантомъ — другому, пріобрѣтателю перевода—ассигнатарію, въ силу котораго ассигнатарій управомочивается получить за счетъ ассигнанта деньги или другія цѣнности отъ третьяго лица—ассигната.*

Такимъ образомъ, переводъ даетъ ассигнатарію *полномочіе* на полученіе платежа. Правда, полномочіе это можетъ быть предоставлено въ интересахъ ассигнанта, такъ что ассигнатарій является его мандатаріемъ; но весьма часто оно дается въ интересахъ обѣихъ сторонъ, а иногда даже — въ интересахъ одного ассигнатарія, напр., когда ассигнантъ оказываетъ ему кредитъ посредствомъ перевода или совершаетъ такимъ путемъ дареніе въ его пользу.

Наоборотъ, *на ассигната* обыкновенно дѣйствительно возлагается порученіе произвести *платежъ* [4]).

Нерѣдко ассигнантъ является должникомъ ассигнатарія, а ассигнатъ — должникомъ ассигнанта. Но и наличность подобныхъ отношеній не составляетъ существенной черты перевода.

Изъ всего этого видно, что переводъ можетъ играть роль при самыхъ разнообразныхъ сдѣлкахъ. Поэтому, и связанныя съ нимъ правовыя послѣдствія могутъ быть самыя разнообразныя.

а) Какія обязанности принимаетъ на себя по переводу *ассигнантъ* передъ *ассигнатаріемъ* въ отношеніи *дѣйствительнаго поступленія* платежа? Гарантія платежа лежитъ на немъ только въ томъ случаѣ, если онъ спеціально принялъ ее на себя, или же когда такая отвѣтственность предполагается согласно обычаямъ гражданскаго оборота. Подобное предположеніе обыкновенно имѣетъ мѣсто, если переводъ дается за особое вознагражденіе [5]).

b) Обязанъ ли *ассигнатарій* передъ *ассигнантомъ* къ немедленному *взысканію* по переводу? Такая обязанность подразумѣвается

---

[3]) Теорія двойного порученія въ теченіе долгаго времени считалась господствующей. Къ ней присоединился, между прочимъ, Thöl: Handelsrecht, т. 1, § 325. Приведенные у Cohn'a, loc. cit., стр. 1097, авторы держатся иного мнѣнія. Противъ этой теоріи высказывается также имперскій судъ—R. G. E., т. 11, стр. 138, Wendt, loc. cit., стр. 71 и слѣд., и Lenel, loc. cit., стр. 116 и слѣд.

[4]) Сомнителенъ вопросъ, составляетъ ли ассигновка *всегда* спеціальное mandatum solvendi, данное ассигнантомъ ассигнату? Противъ этого см. Dernburg: Preuss. Privatrecht, т. 2, § 52; Wendt, loc. cit., стр. 100, но также Cohn, loc. cit., стр. 1098, прим. 27. Тѣмъ не менѣе, mandatum solvendi является здѣсь до того обычнымъ, что можно не считаться съ другими комбинаціями. Согласно Lenel'ю, loc. cit., переводъ составляетъ лишь особаго рода довѣренность.

[5]) Въ современной наукѣ нѣтъ спора относительно того, что неуплата по переводу не обосновываетъ сама по себѣ права регресса ассигнатарія къ ассигнанту, см. R. O. H. G. E., т. 13, стр. 313. Однако, взгляды ученыхъ расходятся при разрѣшеніи вопроса, въ какихъ именно случаяхъ въ выдачѣ ассигновки заключается молчаливая гарантія платежа. Ср. Cohn, loc. cit., стр. 1106. Все зависитъ отъ обычаевъ гражданскаго оборота. Гражд. улож. для герман. имперіи не высказывается по этому вопросу.

www.naukaprava.ru

въ томъ случаѣ, если ассигнатарій является повѣреннымъ ассигнанта для incasso. Но и въ другихъ случаяхъ предполагается, что таково было намѣреніе сторонъ, если дѣло идетъ о взысканіи по долговому требованію ассигнанта къ ассигнату[6]) [7]).

c) Обязанъ ли *ассигнатъ* передъ *ассигнантомъ* къ *платежу* по переводу? Это не предполагается даже тогда, когда онъ состоитъ должникомъ ассигнанта. Подобная обязанность наступаетъ лишь въ томъ случаѣ, если ассигнатъ принялъ на себя передъ ассигнантомъ заключающееся въ переводѣ mandatum solvendi[8]).

d) *Ассигнатарій* не получаетъ на основаніи перевода права иска противъ *ассигната*[9]).

Онъ не пользуется этимъ правомъ даже въ томъ случаѣ, если ассигнатъ былъ обязанъ передъ ассигнантомъ къ платежу по переводу.

Но ассигнатъ можетъ обѣщать ассигнатарію произвести платежъ посредствомъ такъ наз. *акцепта* перевода. Въ такомъ случаѣ онъ несетъ соотвѣтствующую обязанность въ предѣлахъ своего обѣщанія, даннаго при акцептѣ [10]) [11]).

---

[6]) Переводя уплату на своего должника, ассигнантъ какъ бы обѣщаетъ ассигнатарію, что самъ не будетъ взыскивать долга. Съ другой стороны, вполнѣ соотвѣтствуетъ порядку вещей, а слѣдовательно и намѣренію сторонъ, чтобы, въ свою очередь, ассигнатарій немедленно приступилъ ко взысканію. Относительно обязанности ассигнатарія извѣстить ассигнанта, если ассигнатъ откажется принять переводъ или учинить удовлетвореніе, см. гражд. улож. для герм. имперіи, § 789.

[7]) Если переводъ произведенъ ради погашенія требованія — *solutionis causa*, то, согласно общепринятому мнѣнію, ассигнатарій можетъ еще предъявить это требованіе ко взысканію, но лишь въ томъ случаѣ, если, несмотря на своевременное требованіе платежа по переводу, онъ ничего не получитъ отъ ассигната. Такимъ образомъ, въ случаѣ перевода solutionis causa, осуществленіе требованія противъ должника обусловлено неуплатою ассигнатомъ по этому переводу.

[8]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 787, п. 2: Въ силу одного того, что ассигнатъ состоитъ должникомъ ассигнанта, онъ еще не обязанъ по отношенію къ нему принять переводъ или удовлетворить ассигнатарія.

[9]) Въ частности, ассигнатарій не можетъ предъявить иска противъ ассигната даже въ томъ случаѣ, если ассигнантъ имѣлъ противъ него право требованія. Для предъявленія такого иска требованіе ассигнанта должно быть уступлено ему.

[10]) Акцептъ перевода можетъ произойти различными способами: a) Ассигнатъ безусловно обѣщаетъ уплатить указанную въ ассигновкѣ сумму. Въ такомъ случаѣ онъ обязанъ передъ ассигнатаріемъ и не имѣетъ права предъявлять противъ него возраженія, основанныя на его—ассигната — отношеніяхъ къ ассигнанту; b) ассигнатъ обѣщаетъ ассигнатарію лишь то, что онъ — ассигнатъ — *долженъ* ассигнанту. Конечно, въ этомъ случаѣ, несмотря на акцептъ перевода, ассигнатъ сохраняетъ право на всѣ тѣ возраженія, которыя у него были или возникли затѣмъ противъ ассигнанта. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 784, п. 1, касается лишь перваго случая. Оно опредѣляетъ: Принявъ переводъ, ассигнатъ обязанъ удовлетворить ассигнатарія; онъ можетъ предъявлять противъ послѣдняго только возраженія, касающіяся дѣйствительности принятія, или вытекающія изъ содержанія перевода либо содержанія акцепта, или возникшія непосредственно изъ отношеній его, ассигната, къ ассигнатарію. Согласно п. 2, акцептъ совершается письменно, надписью на переводѣ. § 785 гласитъ: Ассигнатъ обязанъ чинить удовлетвореніе только по врученіи ему акта перевода. § 786 продолжаетъ: Основанное на принятіи перевода притязаніе ассигнатарія къ ассигнату погашается трехлѣтнею давностью. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 240.

[11]) Римляне установили правило: *„qui delegat solvit“*, т. е., если N, должникъ A, давалъ ему solutionis causa переводъ на X, а X, во исполненіе этого перевода, давалъ A обѣщаніе уплатить, то этимъ требованіе A къ N считалось погашеннымъ, l. 187. D. de V. S. 50. 16; l. 18. D. de fidejussoribus. 46. 1; l. 26, § 2. D. mandati. 17. 1; Salpius: Novation und Delegation, § 76; Lenel, loc. cit., стр. 127; Pernice: Parerga VIII, Savigny-Ztschr., т. 19, стр. 117, прим. 6; противъ этого Windscheid, т. 2, § 412, прим. 17. Римляне старались избѣгать стеченія двухъ требованій, направленныхъ на одну и ту же

е) *Ассигнатъ* имѣетъ противъ *ассигнанта* притязаніе на возмѣщеніе уплаченной имъ по переводу согласно порученію суммы. Подобный *регрессъ* не имѣетъ мѣста, если переводъ былъ отмѣненъ до платежа[12]) [13]) [14]).

§ 120. Оцѣночный договоръ—contractus aestimatorius (Trödelvertrag) [1]).

Мы можемъ пользоваться услугами другихъ лицъ для продажи нашихъ вещей при помощи сдѣлокъ самаго разнороднаго свойства. Если третье лицо безвозмездно принимаетъ на себя обязанность продать товаръ, то возникаетъ mandatum, если возмездно—наемъ; если же продажа разсматривается какъ общее дѣло участниковъ, то имѣетъ мѣсто товарищество[2]). Особаго рода договоръ для осуществленія продажи есть такъ наз. contractus aestimatorius[3]).

При оцѣночномъ договорѣ вещь передается посреднику для продажи по извѣстной оцѣнкѣ, съ тѣмъ, чтобы онъ возвра-

---

цѣль; вслѣдствіе этого и развилось указанное правило. Напротивъ, въ обще-германскомъ правѣ сложилась поговорка: „*переводъ не есть платежъ*“. Такъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 778. Поэтому, послѣ акцепта ассигнатарій имѣетъ два требованія: одно—безусловное—противъ акцептанта, и другое—лишь возможное въ будущемъ—противъ первоначальнаго должника; послѣднее обусловлено тѣмъ, что акцептантъ не удовлетворитъ ассигнатарія, несмотря на надлежащее взысканіе. Ср., впрочемъ, Leonhard: Anfechtbarkeit der Verträge für das Vermögen eines Dritten, стр. 42, и Wendt, loc. cit., стр. 234.

[12]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 790. Если ассигнату предъявленъ переводъ, *срокъ котораго наступитъ лишь въ будущемъ*, напр., черезъ 6 мѣсяцевъ, то спрашивается, *въ правѣ ли онъ по отношенію къ ассигнанту теперь уже* безусловно *совершить акцептъ?* Иными словами, если ассигнантъ тѣмъ временемъ возьметъ свой переводъ обратно, имѣетъ ли, несмотря на это, ассигнатъ къ нему обратное требованіе на томъ основаніи, что, въ силу своего акцепта, онъ безусловно обязанъ удовлетворить ассигнатарія? Несомнѣнно, что преждевременный акцептъ является превышеніемъ порученія, вслѣдствіе чего, въ случаѣ отмѣны ассигнантомъ перевода, ассигнатъ не имѣетъ права на регрессъ. Впрочемъ, въ торговомъ оборотѣ нерѣдко соблюдается правило, что подобные переводы могутъ быть безусловно приняты и до наступленія срока платежа, такъ что досрочный акцептъ предполагается соотвѣтствующимъ волѣ ассигнанта при выдачѣ перевода. R. O. H. G. E., т. 1, стр. 69.

[13]) Относительно вопроса, кто несетъ убытки отъ уплаты по подложному чеку,—лицо, отъ имени котораго онъ выданъ, или же банкъ, произведшій уплату, ср. Unger: Handeln auf fremde Gefahr въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 353.

[14]) Гражд. улож. для германской имперіи, § 791, опредѣляетъ: Переводъ не погашается смертью или наступленіемъ недѣеспособности кого-либо изъ участвующихъ лицъ. О передачѣ перевода ассигнатаріемъ см. Wendt, loc. cit., стр. 122, гражд. улож. для герм. имперіи, § 792.

[1]) Tit. Dig. de aestimatoria. 19. 3; Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht, ст. 1; Brinz: Kritische Blätter, статья 1; Lipp: Beitrag zur Lehre vom Trödelvertrag, 1880; Friedrichs: Trödelvertrag, Breslauer Inaug.-Dissert., 1890; Liebert: Beiträge zur Lehre vom contractus aestimatorius, Berliner Inaug.-Dissert., 1890; Coviello: Del contratto estimatorio, въ Riv. ital. p. l. scienze giur., т. 15, стр. 362, т. 16, стр. 3. Гражд. улож. для герман. имперіи не упоминаетъ объ этомъ договорѣ. При обсужденіи соотвѣтствующихъ сдѣлокъ, рѣшающее значеніе имѣютъ соглашеніе сторонъ, обычай и общіе принципы обязательственнаго права.

[2]) См. l. 1. pr., D. h. t. 19. 3.

[3]) Для contractus aestimatorius преторъ установилъ спеціальный искъ — actio de aestimato, который послужилъ образцомъ для actiones praescriptis verbis, вытекавшихъ изъ другихъ contractus innominati. См. выше, § 7, прим. 15. На это намекаютъ разсужденія Ульпіана въ l. 1, pr. D. h. t. 19. 3 (начиная со слова „quotiens“), которыя, правда, въ томъ видѣ, какъ мы ихъ теперь читаемъ, сильно искажены компиляторами. См. Lenel: Edictum, стр. 239, и приведенныхъ у него въ прим. 2 авторовъ.

www.naukaprava.ru

тилъ или вещь, или заранѣе опредѣленную стоимость ея [4]). Всякій излишекъ противъ оцѣнки поступаетъ въ пользу посредника, благодаря чему и онъ заинтересованъ въ продажѣ вещи[5]). Наряду съ этимъ ему можетъ быть также обѣщано опредѣленное вознагражденіе[6]).

Посредникъ не становится собственникомъ предмета, а получаетъ его лишь для перепродажи[7]); но онъ управомоченъ передать его въ собственность другому лицу или удержать за собою, предоставивъ хозяину опредѣленную по оцѣнкѣ сумму.

Посредникъ отвѣчаетъ за *вину. Послѣдствія же несчастнаго случая* падаютъ на него лишь въ томъ случаѣ, если онъ самъ *испросилъ* вещь для продажи въ своихъ личныхъ интересахъ[8]).

Собственникъ можетъ предъявить искъ противъ посредника по истеченіи срока, который былъ назначенъ для продажи въ самомъ договорѣ, или который соотвѣтствуетъ обстоятельствамъ, а также, какъ только посредникъ продастъ вещь.

Если посредникъ вещи не продалъ и не увѣдомилъ хозяина о томъ, что онъ оставляетъ ее за собой, то искъ носитъ альтернативный характеръ: предъявляется требованіе возвратить вещь или вы-

---

[4]) Римляне считали contractus aestimatorius безымяннымъ договоромъ, изъ котораго вытекалъ искъ лишь послѣ передачи вещи. Въ современномъ правѣ оцѣночный договоръ уже самъ по себѣ обладаетъ исковою силою. Не требуется непремѣнно, чтобы лицо, которое передаетъ вещь для продажи, было ея собственникомъ. Но, такъ какъ подобное совпаденіе въ жизни составляетъ правило, то передающаго, a fortiori, можно называть собственникомъ, какъ это и сдѣлано въ нашемъ текстѣ.

[5]) Посредникъ не обязанъ особенно хлопотать о продажѣ, если это не было установлено по договору; къ этому его достаточно побуждаетъ ожиданіе предполагаемой прибыли. Иного взгляда, между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 383.

[6]) l. 2. D. h. t. 19. 3.

[7]) Въ пользу того, что посредникъ, вслѣдствіе передачи вещи, не становится ея собственникомъ, говоритъ то обстоятельство, что вещь передается ему лишь для продажи—„vendenda“. См. также l. 5, § 18. D. de tributoria. 14. 4. Тѣмъ не менѣе, вопросъ о переходѣ права собственности споренъ.

[8]) Въ высшей степени споренъ вопросъ о *рискѣ*. Ульпіанъ libro 32 ad edictum, l. 1, § 1. D. h. t., повидимому, возлагаетъ отвѣтственность за casus на посредника: Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit. Но въ томъ же сочиненіи, libro 28 ad edictum, l. 17, § 1. D. de praescriptis verbis. 19. 5, Ульпіанъ пишетъ: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Съ этимъ выводомъ согласенъ и Paulus, Sent., II, 4, § 4. Аналогично съ нимъ и рѣшеніе Ульпіана въ l. 11. pr. D. de rebus creditis. 12. 1. Согласовать эти противорѣчія едва ли когда-нибудь удастся. Мы полагаемъ, что въ l. 1, § 1. D. h. t. Ульпіанъ высказалъ *общее правило:* въ случаѣ передачи вещи по оцѣнкѣ, рискъ переходитъ на то лицо, которому передана вещь. Дѣйствительно, это правило соблюдается въ огромномъ большинствѣ случаевъ, см., напр., l. 5, § 3. D. commodati. 13. 6. Только къ *contractus aestimatorius* оно *не* подходитъ вслѣдствіе своеобразнаго характера правоотношенія, такъ какъ посредникъ дѣйствуетъ преимущественно вмѣсто собственника и въ его интересахъ. Возможно, что на это указывалъ и самъ Ульпіанъ въ дальнѣйшемъ своемъ изложеніи; но компиляторы весьма не кстати выбросили окончаніе, сокращая вообще въ приведенномъ мѣстѣ подлинный текстъ юриста. Во всякомъ случаѣ, то разъясненіе, которое здѣсь предложено, вполнѣ соотвѣтствуетъ духу и направленію компиляціи Юстиніана.—О „rogare“ со стороны посредника, конечно, можно говорить лишь въ томъ случаѣ, если сдѣлка была имъ затѣяна въ личныхъ интересахъ. Иного мнѣнія Glum: Die Gefahr beim Trödelvertrage, Berliner Inaug-Dissert., 1893.

дать условленную сумму. Въ случаѣ же продажи вещи или оставленія ея посредникомъ за собой, искъ долженъ быть направленъ непосредственно на уплату оцѣночной суммы[9]) [10]).

c) Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія—negotiorum gestio[1]).

§ 121. Общія понятія.

Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія вызываетъ взаимныя обязательства между хозяиномъ и лицомъ, ведущимъ его дѣла; хотя эти обязательства не опираются на договоръ, они все же по своему содержанію такъ сходны съ правоотношеніями, возникающими изъ порученія, что ихъ вполнѣ цѣлесообразно сопоставляютъ съ ними.

Преторскій эдиктъ, которому эти притязанія изъ negotiorum gestio были обязаны своей исковой защитой, даетъ самую общую формулу: si quis negotia alterius gesserit, judicium eo nomine dabo[2]).

Этому тексту эдикта соотвѣтствовала также demonstratio, какъ actio negotiorum directa хозяина къ gestor'у, такъ и actio contraria gestor'а къ хозяину. Но intentio этихъ исковъ все же ставила присужденіе по нимъ въ зависимость отъ того, слѣдуетъ ли на основаніи такого веденія дѣла предоставить противной сторонѣ что-либо „ex fide bona". Этимъ судьѣ давалось полномочіе и возлагалась на него обязанность устанавливать предѣлы отвѣтственности сторонъ согласно съ конкретными обстоятельствами дѣла.

---

[9]) Эти положенія едва ли могутъ быть подтверждены источниками.

[10]) Особымъ видомъ contractus aestimatorius является „условная купля-продажа между книготорговцами". Въ силу этой сдѣлки, издатель передаетъ розничному продавцу свои изданія для продажи съ тѣмъ, чтобы тотъ или вернулъ ему полученныя книги въ надлежащемъ порядкѣ, или же уплатилъ къ опредѣленному сроку заранѣе назначенную цѣну. Эта сдѣлка содержитъ всѣ характерные признаки contractus aestimatorius, именно—передачу назначенной для продажи вещи—„res vendenda"—и обязанность или возвратить товаръ, или уплатить деньги. Конечно, она имѣетъ, сверхъ того, и свои особенныя черты, сложившіяся подъ вліяніемъ обычая. См. Buhl: Das Konditionsgeschäft въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 5, стр. 142. Weidling: Das Konditionsgeschäft, 1885, разсматриваетъ эту сдѣлку какъ „куплю-продажу, заключенную подъ суспенсивнымъ условіемъ". См. также Friedrichs, loc. cit.; Dernb, Bürg. R., т. II, 2, § 348, п. II.

[1]) Tit. D. de negotiis gestis. 3. 5, Cod. 2. 18; Wächter въ Archiv für civ. Praxis, т. 20, статья 11; Chambon: Die negotiorum gestio, 1848. Ruhstrat посвятилъ этому вопросу рядъ статей въ Archiv für civ. Praxis, т. 32, статья 7 (1849), т. 33, статьи 2 и 9, т. 34, статья 3, т. 64, статья 2; особую монографію въ 1858 г. и статьи въ Jherings Jahrb., т. 19, статья 6, и т. 27, статья 2; Dankwardt: Die negotiorum gestio, 1885; Köllner: Die Grundzüge der negotiorum gestio, 1856; Aarons: Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio, часть 1, историко-догматическое изслѣдованіе, 1860; E. Zimmermann: Echte und unechte negotiorum gestio, 1872, и Die Lehre von der stellvertretenden negotiorum gestio, 1876; Monroy: Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte, 1878; Sturm: Das negotium utiliter gestum, 1878; Wlassak: Zur Geschichte der negotiorum gestio, 1879; Kohler: Menschenhülfe въ Jherings Jahrb., т. 25, стр. 42; Thon въ Archiv für civ. Praxis, т. 80, стр. 77 и слѣд.

[2]) l. 3, pr. D. h. t. 3. 5. Положеніе этого текста въ эдиктѣ указываетъ на то, что первоначально имѣлось въ виду представительство въ процессѣ. Wlassak, loc. cit., стр. 42. Правда, дальше въ эдиктѣ встрѣчаются слова „sive quis negotia, quae cujusque cum quis moritur fuerint, gesserit"; но они, очевидно, были вставлены преторами въ эдиктъ лишь впослѣдствіи; Dernburg въ Festgaben für Hefftter, стр. 115. Ср. Wlassak, loc. cit., стр. 38.

www.naukaprava.ru

Первоначально эдиктъ, какъ видно изъ его общей формулы, охватывалъ также случаи, когда чужія дѣла велись повѣреннымъ, опекуномъ или protutor'омъ[3]). Но эти случаи рано были выдѣлены, и для нихъ установлены особые иски[4]) [5]).

Вслѣдствіе этого, понятіе negotiorum gestio стало охватывать только веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія. Различаютъ двѣ категоріи negotiorum gestio:

a) Веденіе чужихъ дѣлъ *за чужой счетъ*. Его называютъ negotiorum gestio *въ цѣляхъ представительства* или *подлинной* negotiorum gestio.

b) При извѣстныхъ условіяхъ, actiones negotiorum gestorum даются и тогда, когда лицо взялось за чужія дѣла *въ собственныхъ интересахъ*, а не въ интересахъ ихъ хозяина[6]). Въ такомъ случаѣ говорятъ о *неподлинной* negotiorum gestio[7]).

§ 122. Веденіе чужихъ дѣлъ за чужой счетъ.

Главнымъ случаемъ negotiorum gestio является такое веденіе чужихъ дѣлъ, которое предпринято *въ интересахъ* ихъ хозяина.

Въ основаніи такой дѣятельности можетъ лежать забота о чужихъ интересахъ вообще, въ частности, объ интересахъ отсутствующихъ или лицъ, не могущихъ лично вести свои дѣла вслѣдствіе какихъ-либо другихъ препятствій[1]). Но подобныя побужденія не составляютъ необходимаго условія. Забота о чужомъ дѣлѣ нерѣдко вызывается желаніемъ обезпечить свои личные интересы, когда, напр., кто-нибудь продаетъ общую вещь за свой и чужой счетъ, пользуясь

---

[3]) Если бы ко времени первоначальнаго составленія эдикта относительно negotiorum gestio существовали уже actiones mandati и tutelae, то, по нашему мнѣнію, онъ не могъ бы быть составленъ въ той формѣ, въ какой онъ намъ представляется сейчасъ; тогда слѣдовало бы ожидать указанія на тотъ признакъ, въ которомъ заключалось нѣчто новое, а именно, что рѣчь идетъ о веденіи чужого дѣла *безъ порученія*. Это правильно доказалъ Wlassak, loc. cit., стр. 24. Иного мнѣнія Brinz, т. 2, стр. 633, Ruhstrat въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 95, Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 672, прим. 1.

[4]) Actio mandati была установлена уже до Цицерона; но послѣдній самъ упоминаетъ о „введеніи“ этого иска, какъ о событіи, которое было еще у всѣхъ на памяти, Cicero: pro Roscio Amerino, cap. 38, § 111.

[5]) См. ниже, § 122, прим. 7.

[6]) Многіе утверждаютъ, что, „по смыслу“ эдикта, negotiorum gestio ограничивается лишь веденіемъ чужихъ дѣлъ въ цѣляхъ представительства или, по крайней мѣрѣ, „съ сознаніемъ того, что ведется чужое дѣло“; Brinz, т. 2, стр. 634, 640; Wlassak, loc. cit., стр. 26. Но смыслъ эдикта можно опредѣлить лишь изъ словъ его, а въ нихъ нѣтъ никакого упоминанія о такомъ ограниченіи. Подъ веденіемъ дѣлъ „безъ порученія“ нужно понимать „безъ порученія хозяина, суда или же самого закона“.

[7]) Brinz, т. 2, стр. 632, употребляетъ выраженіе „веденіе чужихъ дѣлъ въ цѣляхъ представительства“ въ томъ же смыслѣ, какъ и мы. Zimmermann говоритъ о настоящей и ненастоящей negotiorum gestio, а Monroy, loc. cit.,—объ „охранѣ чужихъ имущественныхъ интересовъ безъ порученія“ и объ „осуществленіи чужихъ имущественныхъ правъ безъ полномочія“.

[1]) Римскіе юристы, прежде всего, имѣли въ виду тотъ случай, когда negotiorum gestio вызывается крайней необходимостью, l. 1. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant. Ср. l. 2. D. eod.

возможностью получить болѣе высокую цѣну. Часто ведутся дѣла за чужой счетъ вслѣдствіе принужденія со стороны государственной власти[2]) [3]).

Существенно только то, что gestor ведетъ чужое дѣло за чужой счетъ, не будучи обязанъ къ этому передъ *хозяиномъ дѣла*.

1. Условія такой negotiorum gestio состоятъ въ слѣдующемъ:

a) Предполагается веденіе *чужихъ дѣлъ*. Сюда относятся, прежде всего, дѣла, *непосредственно* касающіяся области чужого имущества, напр., ремонтъ чужого дома[4]). Но и дѣла *нейтральнаго* характера, т. е. не имѣющія непосредственнаго отношенія къ опредѣленному имуществу, *волей gestor'a* могутъ быть связаны съ чужой имущественной сферой; это бываетъ, напр., при закупкѣ товаровъ для торговаго предпріятія третьяго лица[5]).

b) Такое веденіе чужихъ дѣлъ должно происходить *безъ порученія*, т. е. въ его основаніи не должно лежать какой-либо обязанности *gestor'a по отношенію къ хозяину*; оно, слѣдовательно, не должно основываться ни на порученіи[6]), ни на опекѣ[7]) [8]). Не при-

---

[2]) l. 3, § 10. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urgiente vel necessitatis suspicione gessit. Wlassak, loc. cit., стр. 140, думаетъ, что Ульпіанъ положилъ здѣсь въ основаніе своихъ разсужденій понятіе negotiorum gestio въ самомъ обширномъ смыслѣ, при которомъ оно обнимало также actio mandati. Едва ли это справедливо, такъ какъ mandatum и negotiorum gestio въ классическое время давно уже были строго разграничены; см. ниже, прим. 6. Ульпіанъ напротивъ, имѣетъ въ виду тѣ случаи, когда negotiorum gestor обязанъ къ веденію чужого дѣла въ силу иныхъ причинъ. На это указываетъ приведенный дальше—въ § 11 eod.—примѣръ, гдѣ gestor дѣйствуетъ вслѣдствіе порученія, полученнаго отъ третьяго лица.

[3]) Положимъ, что органы власти предписываютъ совершить извѣстное дѣйствіе въ общихъ интересахъ, напр., очистить канаву, лицу, которое на первый взглядъ обязано къ этому, и оно выполняетъ работу „за счетъ того лица, котораго это касается на самомъ дѣлѣ". См. l. un. D. de via publica. 43. 10.—Съ этимъ связанъ еще другой вопросъ: имѣютъ ли общества, которыя по закону обязаны заботиться о своихъ бѣдныхъ, actio negotiorum gestorum противъ лицъ, получившихъ отъ нихъ помощь, если положеніе этихъ лицъ впослѣдствіи улучшится, а также противъ ихъ родственниковъ, обязанныхъ доставлять имъ пропитаніе? R. G. E., т. 14, стр. 197, и Kohler, loc. cit., стр. 107, отрицаютъ это на томъ основаніи, что союзъ оказалъ помощь въ силу лежавшей на немъ общественной обязанности; по нашему мнѣнію, это противорѣчитъ тексту l. 3, § 10. D. h. t., см. выше, прим. 2. Вѣдь общественная обязанность нисколько не уничтожаетъ того факта, что помощь была оказана бѣдному въ его интересахъ. Ср. также законъ объ общественномъ призрѣніи отъ 6 іюня 1870 г., § 62. Относительно соотвѣтствующихъ постановленій гражд. улож. для герман. имперіи см. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 299, прим. 12.

[4]) l. 5, § 13. D. h. t. 3. 5... alterius re ipsa gestum negotium.

[5]) Такія сдѣлки окончательно превращаются въ чужія, когда онѣ признаны или должны быть признаны тѣмъ лицомъ, въ интересахъ котораго онѣ заключены. Эту мысль выражаетъ l. 5, § 11. D. h. t. 3. 5... ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. См., впрочемъ, Wlassak, loc. cit., стр. 74.

[6]) l. 6, § 1. D. mandati 17. 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset. § 1. I. de obl. quasi ex contractu. 3. 27; l. 20. C. h. t. 2. 18. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 677. Но лицо, предъявляющее actio negotiorum gestorum, отнюдь не должно представлять доказательствъ, что оно дѣйствовало безъ порученія. См. выше, вып. I, § 159. Поэтому, сначала можно предъявить actio mandati и, на случай невозможности доказать наличность порученія, перейти къ actio negotiorum gestorum. Ruhstrat въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 95.

[7]) По римскому праву это положеніе имѣло силу лишь для опеки. При попечительствѣ примѣнялась actio negotiorum gestorum. Впрочемъ, по меньшей мѣрѣ въ позднѣйшій періодъ классической юриспруденціи, въ demonstratio формулы иска указывался,

www.naukaprava.ru

нимается въ соображеніе, обязанъ ли gestor въ отношеніи третьихъ лицъ къ совершенію соотвѣтствующихъ дѣйствій, или нѣтъ[9]).

Такимъ образомъ, если кто-нибудь ведетъ дѣла А въ его интересахъ, но въ силу порученія, полученнаго отъ В, то онъ имѣетъ противъ В actio mandati, а противъ А actio negotiorum gestorum[10]).

c) Веденіе дѣлъ должно быть предпринято *за счетъ хозяина.*

Знаніе того, кто хозяинъ, не составляетъ необходимаго условія, а потому и заблужденіе въ этомъ отношеніи не имѣетъ значенія[11]); но, вмѣстѣ съ тѣмъ, такое заблужденіе, даже если оно извинительно, не даетъ никакихъ правъ противъ *предполагаемаго* хозяина дѣла[12]).

2. Negotiorum gestio въ извѣстныхъ случаяхъ *обязываетъ хозяина,* а въ другихъ нѣтъ.

Хозяина обязываетъ:

а) *такое веденіе его дѣлъ, которое должно быть признано полезнымъ для него*—negotium utiliter coeptum.

Многіе писатели считаютъ за „negotia utiliter coepta" только *необходимыя дѣла,* т. е. такія, которыя предназначены къ *сохраненію* имущества хозяина[13]). Дѣйствительно, можно согласиться съ тѣмъ, что подобныя дѣла являются по преимуществу полезными[14]). Но они могутъ быть признаны полезными далеко не всегда: бываетъ и такъ, что хозяинъ не желаетъ поддерживать извѣстное имущество, какъ не стóящее затратъ[15]). Съ другой стороны, можно предпринять

повидимому, фактъ попечительства, такъ что искъ получалъ характеръ actio utilis. См. цитаты, приведенныя у Brinz'a, т. 2, стр. 634, прим. 7.

[8]) Въ отношеніи дѣйствій сособственника за себя и своихъ товарищей нужно различать слѣдующіе случаи: если имъ было совершено такое дѣйствіе, которое непремѣнно или, по крайней мѣрѣ, при заботливомъ отношеніи къ общему дѣлу должно быть совершено всѣми собственниками вмѣстѣ, то ему принадлежитъ actio communi dividundo; если же этого нѣтъ, то примѣняется actio negotiorum gestorum. l. 6. § 2. D. communi dividundo. 10. 3. Ulpianus libro 19 ad edictum. Sive autem locando fundum communem sive colendo de fundo communi quid socius consecutus sit, communi dividundo judicio tenebitur... hoc autem ideo praestat communi dividundo judicio, quia videtur partem suam non potuisse expedite locare. Ceterum non alias communi dividundo judicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. См. Brinckmann: Verhältniss der actio communi dividundo und der actio negotiorum gestorum, 1855; Windscheid, т. 2, § 431, прим. 13.

[9]) См. выше, прим. 2.

[10]) l. 3. § 11, l. 4, l. 5. § 6. D. h. t. 3. 5; l. 14. C. h. t. 2. 18. Конечно, на практикѣ возможенъ и такой случай, когда мандатарій, очевидно, хотѣлъ имѣть дѣло только съ лицомъ, давшимъ порученіе, l. 53. D. mandati. 17. 1. См., впрочемъ, Thibaut: Abhandlungen, статья 20, и Windscheid, т. 2, § 431, прим. 3 и слѣд.

[11]) l. 5, § 1. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Sed et si, cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur; l. 5. § 10, l. 25. D. eod.; Brinz, т. 2, стр. 644, прим. 42. Если въ одной и той же сдѣлкѣ заинтересовано нѣсколько лицъ, то actio negotiorum gestorum возникаетъ лишь между gestor'омъ и лицомъ, въ интересахъ котораго онъ предполагалъ дѣйствовать, l. 60. § 1. D. mandati. 17. 1.

[12]) Kohler, loc. cit., стр. 52. Примѣненіе этого положенія мы находимъ въ R. O. H. G. E., т. 24, стр. 126. Такъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 686.

[13]) Wächter въ Archiv für civ. Praxis, т. 20, ст. 11, Vangerow, т. 3, § 664, стр. 506, а въ послѣднее время Brinz, т. 2, стр. 641, прим. 33, считаютъ за negotium utiliter coeptum лишь веденіе необходимыхъ дѣлъ.

[14]) Относительно понятія необходимыхъ дѣлъ см., впрочемъ, вып. II, § 227, прим. 6.

[15]) l. 9, § 1. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum... quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessariam non

„utiliter“ и такія дѣла, которыя вообще не считаются необходимыми, если они соотвѣтствуютъ желаніямъ и намѣреніямъ хозяина. Представимъ себѣ, напр., случай особенно выгодной покупки земельнаго участка для отсутствующаго, который давно уже хотѣлъ пріобрѣсти его для округленія своего владѣнія и приведенія послѣдняго въ лучшее состояніе [16]).

Такимъ образомъ, *полезнымъ* является *веденіе такихъ дѣлъ, относительно которыхъ gestor могъ и долженъ былъ предполагать, что самъ хозяинъ исполнилъ бы ихъ, если бы имѣлъ возможность ими заняться.*

Согласно съ этимъ, рѣшающее значеніе имѣетъ здѣсь не строго однообразное правило, но разумная оцѣнка конкретныхъ обстоятельствъ дѣла, не объективный только, но, главнымъ образомъ, субъективный моментъ [17]).

По гражд. улож. для герман. имперіи необходимо, чтобы веденіе дѣла соотвѣтствовало интересамъ и дѣйствительной или предполагаемой волѣ хозяина [18]).

Если хозяинъ *запретилъ* вмѣшательство въ свои дѣла вообще или, по крайней мѣрѣ, данному лицу, то negotiorum gestio не налагаетъ на него никакихъ обязанностей, даже въ томъ случаѣ, если бы результаты оказались благопріятными [19]) [20]).

Но, когда веденіе дѣлъ состояло въ погребеніи покойника, gestor имѣлъ въ Римѣ особый искъ—actio funeraria. Этотъ искъ давался

---

putavit? oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam... sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias aggreditur... quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem.

[16]) Субъективную точку зрѣнія защищаетъ преимущественно Ruhstrat, loc. cit.; см. далѣе писателей, приведенныхъ у Windscheid'a, т. 2, § 430, прим. 17. Римскій взглядъ формулируетъ очень опредѣленно Ульпіанъ, libro 32 ad edictum, l. 13. § 22. D. de a. e. v. 19. 1. Онъ предоставляетъ продавцу actio ex vendito для покрытія издержекъ на проданную вещь: si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. Строго говоря, рѣчь идетъ здѣсь не о negotiorum gestio; но данный случай сходенъ съ ней и поэтому справедливо примѣнить къ ней тѣ же принципы.

[17]) См. Ruhstrat въ Jherings Jahrb., т. 27, стр. 70. Нѣкоторые писатели фингируютъ дѣйствительную волю хозяина, такъ сказать, „общность его воли съ волей gestor'a“, и стараются на основаніи этого освѣтить и оправдать притязанія, вытекающія изъ negotiorum gestio. Но объ этомъ не можетъ быть рѣчи. Хозяинъ не могъ желать negotiorum gestio, такъ какъ не имѣлъ никакихъ свѣдѣній ни о дѣйствительномъ положеніи вещей, ни о дѣятельности gestor'a; предполагается только, что, если бы онъ былъ освѣдомленъ, то и самъ согласился бы на веденіе его дѣлъ въ томъ же направленіи. Притязанія изъ negotiorum gestio основываются, напротивъ, на томъ соображеніи, что гражданское общество заинтересовано въ благосостояніи своихъ членовъ и въ томъ, чтобы ихъ имущественная сфера поддерживалась и, по возможности, увеличивалась. См. Windscheid, т. 2, § 430, прим. 17; Kohler, loc. cit., стр. 23.

[18]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 683; ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 300.

[19]) l. 7, § 3. D. h. t. 3. 5; l. 24. C. h. t. 2. 18. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 678.

[20]) Если кому-нибудь передана вещь на храненіе или въ пользованіе — въ качествѣ узуфруктуарія, ссудопринимателя или нанимателя, либо въ обезпеченіе—въ качествѣ залогопринимателя или лица, связаннаго условіемъ обратной продажи, такъ что онъ, согласно договору, можетъ искать возмѣщенія лишь необходимыхъ издержекъ, то онъ не въ правѣ измѣнить свое юридическое положеніе и требовать, въ качествѣ negotiorum gestor'a, возмѣщенія и полезныхъ издержекъ.

www.naukaprava.ru

даже въ томъ случаѣ, если gestor дѣйствовалъ вопреки запрещенію, поскольку погребеніе было вызвано серьезнымъ чувствомъ нравственной обязанности по отношенію къ усопшему [21]).

Слѣдуетъ обобщить это положеніе и вывести отсюда правило, что negotiorum gestio признается для хозяина полезной и обязательной всякій разъ, когда она состоитъ въ соблюденіи настоятельнаго требованія морали или въ исполненіи общественнаго долга или была вызвана принужденіемъ со стороны органовъ власти [22]). На этой именно точкѣ зрѣнія стоитъ гражд. улож. для герман. имперіи.

b) Послѣдующее *одобреніе* дѣлаетъ обязательной хотя бы неполезную или даже запрещенную negotiorum gestio [23]).

Въ зависимости отъ того, обязываетъ ли negotiorum gestio хозяина или нѣтъ, измѣняется и содержаніе actiones negotiorum gestorum.

3. Относительно actio directa *хозяина* соблюдаются слѣдующія положенія:

a) Если хозяинъ призналъ или долженъ признать negotiorum gestio для себя обязательной, то его притязанія соотвѣтствуютъ притязаніямъ довѣрителя по отношенію къ повѣренному.

На этомъ основаніи gestor обязанъ передъ хозяиномъ отчетностью [24]).

Далѣе, онъ отвѣчаетъ передъ нимъ за *всякую вину* [25]). Послѣдняя можетъ иногда быть усмотрѣна даже въ томъ, что онъ,

---

[21]) l. 14, § 13. D. de religiosis. 11. 7. Относительно actio funeraria см. Brinz, т. 2, стр. 655; H. Funke: Die actio funeraria, Hallesche Inaug-Dissert., 1890; Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. II, 1, § 154, стр. 1307.

[22]) l. un. § 3. D. de via publ. 43. 10; см. Windscheid, т. 2, § 430, прим. 20, и приведенныхъ тамъ авторовъ. Сюда относится, въ частности, предоставленіе законныхъ алиментовъ. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 679, гласитъ: Нежеланіе хозяина, чтобы кто-либо вмѣшался въ его дѣло, не принимается въ расчетъ, если безъ такого вмѣшательства не была бы своевременно исполнена обязанность хозяина совершить что-либо въ общественномъ интересѣ или основанная на законѣ обязанность доставить кому-либо содержаніе. Ср. также § 683.

[23]) L. Seuffert: Ratihabition, стр. 47. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 684. Одобреніе дѣйствій gestor'а со стороны хозяина дѣла—ratihabitio—ставитъ gestor'а въ положеніе, аналогичное съ повѣреннымъ, но все же не дѣлаетъ его повѣреннымъ, l. 8. D. h. t. 3. 5: „utique mandatum non est"; l. 12, § 4. D. de solutionibus. 46. 3: „rati enim habitio mandato comparatur". Но какъ относится къ этому l. 60. D. de R. J. 50. 17? Ulpianus libro 10 disputationum: „Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione." Немыслимо, чтобы заключительныя слова этого мѣста относились къ *прошедшему времени*. То, что было negotiorum gestio, и остается таковой. Надо помнить, что Ульпіанъ обсуждаетъ здѣсь случай молчаливаго порученія. Онъ усматриваетъ его, прежде всего, въ молчаливомъ допущеніи вмѣшательства третьяго лица. Далѣе—таковъ смыслъ приведенной цитаты: кто одобряетъ повторное веденіе своихъ дѣлъ безъ порученія за прошлое время, тотъ этимъ самымъ поручаетъ его и на *будущее время*. Съ этимъ согласенъ Schlossmann въ Jherings Jahrb., т. 36, стр. 323.

[24]) См. § 1. I. de obl. quasi ex contractu. 3. 27 слова: „tenetur, ut administrationis rationem reddat". Гражд. улож. для герман. имперіи, § 681.

[25]) § 1. I. de obl. quasi ex contractu. 3. 27; l. 10. D. h. t. 3. 5. Неправиленъ взглядъ Sturm'a, loc. cit., стр. 58, что „negotiorum gestor долженъ примѣнять лишь ту заботливость, которую, по всей вѣроятности, примѣнилъ бы самъ хозяинъ". Справедливо лишь то, что онъ не долженъ браться за такія дѣла, которыми вообще хозяинъ не занимается, l. 13, § 1. D. de usuris. 22. 1. По поводу исторической оцѣнки этого мѣста см. Petrazycki: Einkommen, т. 2, стр. 186. О веденіи чужихъ дѣлъ противъ воли хозяина ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 678; объ обязанности gestor'а извѣстить хозяина говорится въ § 681.

взявшись за одно дѣло, пренебрегъ другимъ, неразрывно связаннымъ съ первымъ[26]). Кто, въ случаѣ *крайней нужды*, принялъ *необходимыя* мѣры, тотъ отвѣчаетъ лишь за *dolus* и *culpa lata*[27]).

Одобреніе веденія дѣлъ въ цѣломъ не лишаетъ хозяина права требовать вознагражденія за ошибки и упущенія въ частностяхъ[28]).

Наконецъ, gestor обязанъ *выдать* хозяину все то, что́ онъ получилъ *вслѣдствіе веденія его дѣлъ*[29]).

b) Хозяинъ можетъ отклонить неполезную и не одобренную имъ negotiorum gestio; тогда онъ въ правѣ требовать возстановленія прежняго положенія. Но отъ такого веденія дѣлъ, которое составляетъ одно цѣлое, хозяинъ долженъ или вовсе отказаться, или принять его въ цѣломъ; слѣдовательно, онъ не можетъ заявить притязанія на тѣ послѣдствія какого-либо начинанія, которыя оказались для него выгодными, и отклонить тѣ изъ нихъ, которыя принесли ему убытокъ[30]).

4. Что касается actio contraria, то права *gestor'*а заключаются въ слѣдующемъ:

a) Ему принадлежатъ тѣ же притязанія, какъ и повѣренному, если веденіе дѣлъ стало для хозяина обязательнымъ, въ частности, если оно оказалось для него полезнымъ или было имъ одобрено.

Поэтому, хозяинъ долженъ возмѣстить ему всѣ произведенныя имъ издержки съ процентами[31]) и сложить съ него всѣ принятыя имъ на себя по поводу веденія дѣлъ обязанности[32]); отсюда исключается тотъ случай, когда gestor имѣлъ намѣреніе отказаться отъ

---

[26]) l. 5, § 14. D. h t. 3. 5.

[27]) l. 3, § 9. D. h. t. 3. 5. Толкованія этого фрагмента весьма разнорѣчивы. Согласно Windscheid'y, т. 2, § 430, прим. 6, gestor отвѣчаетъ только за dolus въ томъ случаѣ, если безъ его вмѣшательства погибло бы „все“. Но что значитъ это „все“?— Интересное рѣшеніе см. у Seuffert'a: Archiv, т. 47, казусъ 269 (O. L. G. Hamburg). Гражд. улож. для герман. имперіи, § 680, постановляетъ: Ведущій чужія дѣла отвѣчаетъ только за умыселъ и грубое нерадѣніе, если онъ вмѣшался съ цѣлью предотвратить грозившую хозяину дѣла непосредственную опасность. Кто, въ качествѣ наслѣдника, долженъ окончить дѣло, начатое наслѣдодателемъ, тотъ отвѣчаетъ также лишь за dolus и culpa lata, l. 17. C. h. t. 2. 18.

[28]) l. 8. D. h. t. 3. 5.

[29]) l. 2, l. 18. § 4, l. 28. D. h. t. 3. 5. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 681. Negotiorum gestor долженъ выдать хозяину взысканныя для послѣдняго суммы, даже въ томъ случаѣ, если онѣ были „indebita“, l. 22, l. 7. § 1. D. h. t. 3. 5. Ср., кромѣ того, l. 18. § 3. D. h. t. 3. 5. Относительно процентовъ см. R. G. E., т. 18, стр. 196.

[30]) Такъ какъ хозяинъ можетъ отклонить подобное веденіе дѣла, то отсюда вытекаетъ, что gestor несетъ рискъ за всѣ тѣ предпріятія, которыя не будутъ отъ него приняты. l. 10. D. h. t. 3. 5. Pomponius libro 21 ad Quintum Mucium: Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

[31]) l. 18, § 4. D. h. t. 3. 5, и Petrazycki: Einkommen, т. 2, стр. 163. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 683.

[32]) l. 2. D. h. t. 3. 5 ...justum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est. Сюда же относится обычное вознагражденіе за услуги техническаго свойства, которыя обыкновенно предоставляются возмездно; Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 186 (O. L. G. Hamburg).

www.naukaprava.ru

права регресса и, слѣдовательно, желалъ подарить хозяину всѣ свои расходы [33]).

Издержки должны быть возмѣщены даже тогда, когда результатъ дѣла оказался для хозяина неблагопріятнымъ [34]).

Въ случаѣ вины, хозяинъ несетъ отвѣтственность; напр., онъ уничтожаетъ возведенные gestor'омъ лѣса или орудія, которые, по возвращеніи, застаетъ въ предѣлахъ своего владѣнія.

b) Если веденіе дѣлъ не оказалось полезнымъ для хозяина и не было имъ одобрено, то gestor, тѣмъ не менѣе, можетъ требовать возмѣщенія своихъ издержекъ въ томъ размѣрѣ, въ какомъ хозяинъ обогатился вслѣдствіе его дѣятельности [35]) [36]).

§ 123. Веденіе чужихъ дѣлъ за свой счетъ.

Отъ веденія чужихъ дѣлъ за чужой счетъ значительно отличается веденіе дѣлъ, въ дѣйствительности чужихъ — re ipsa aliena, *въ интересахъ самого gestor*'а.

Тѣмъ не менѣе, и тутъ были примѣнимы, какъ эдиктъ „si quis negotia alterius gesserit", такъ и actiones negotiorum gestorum.

Эти иски предоставлялись:

1. если кто-нибудь велъ дѣло, *сознавая*, что оно чужое, и желая извлечь изъ этого выгоду *для себя* [1]). Въ этомъ случаѣ хо-

---

[33]) Gestor вовсе не обязанъ спеціально утверждать и доказывать, что онъ произвелъ издержки на чужія дѣла „recipiendi animo". Напротивъ, дѣло хозяина доказать, что gestor дѣйствовалъ „donandi animo". См. l. 4. D. h. t. 3. 5. Однако, когда *родители* доставляютъ пропитаніе своимъ *дѣтямъ* или дѣлаютъ имъ иныя предоставленія, которыя въ жизни обыкновенно разсматриваются какъ безвозмездныя, то уже они обязаны доказать animus recipiendi, если потребуютъ возмѣщенія своихъ издержекъ. l. 33. D. h. t. 3. 5; l. 50. D. fam. erc. 10. 2; l. 11. C. h. t. 2. 18; ср. l. 15. C. eod.; R. G. E., т. 10, стр. 117. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 685, постановляетъ: Ведущій чужія дѣла не имѣетъ притязанія на возмѣщеніе издержекъ, если онъ дѣйствовалъ безъ намѣренія потребовать таковое отъ хозяина дѣла. Когда родители или другіе восходящіе родственники даютъ содержаніе своимъ нисходящимъ, или послѣдніе первымъ, то при сомнѣніи предполагается, что они дѣйствуютъ безъ намѣренія потребовать возмѣщенія отъ тѣхъ, кто получаетъ содержаніе. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 302.

[34]) l. 21. D. h. t. 3. 5. Gajus libro 3 ad edictum provinciale... veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit, forte incendio ruina. sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit; l. 9, § 1. D. eod.

[35]) arg. l. 5, § 5. D. h. t. 3. 5. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 684.

[36]) Если хозяинъ несовершеннолѣтній, то отъ него вообще можно требовать возмѣщенія лишь въ размѣрѣ его обогащенія, l. 5. § 2, l. 36. D. h. t. 3. 5; l. 2. C. h. t. 2. 18. Это положеніе можно разсматривать только какъ отголосокъ первоначальнаго взгляда на negotiorum gestio, какъ на quasi-контрактъ; внутреннихъ оправданій для такого правила нѣтъ. См. Kohler, loc. cit., стр. 44.

[1]) l. 5, § 5. D. h. t. 3. 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem. Впрочемъ, недобросовѣстный владѣлецъ чужихъ вещей имѣетъ, въ обезпеченіе произведенныхъ на эти вещи затратъ, только право удержанія. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 687, п. 2, опредѣляетъ: Хозяинъ можетъ осуществить вытекающія изъ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія притязанія, если кто-либо отнесется къ его дѣлу, какъ къ своему личному, хотя и знаетъ, что не управомоченъ на это. Если хозяинъ осуществитъ эти притязанія, то онъ, въ свою очередь, обязанъ возмѣстить лицу, вмѣшав-

зяинъ дѣла пользуется actio negotiorum gestorum directa, направленной на представленіе отчета и, сверхъ того, по его же выбору, либо на выдачу всего полученнаго благодаря negotiorum gestio, либо на приведеніе дѣла въ прежнее положеніе. Если хозяинъ воспользовался результатомъ дѣятельности gestor'a, то послѣдній можетъ, при помощи actio negotiorum gestorum contraria, требовать возмѣщенія своихъ издержекъ въ размѣрѣ обогащенія хозяина.

2. Кто ведетъ чужое дѣло въ увѣренности, что оно его *собственное*, того нельзя признавать всегда представителемъ настоящаго хозяина, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые писатели. Если бы принять подобный выводъ, то пришлось бы и на gestor'a, и на хозяина возложить такую отвѣтственность, для которой въ данномъ случаѣ не представляется никакихъ внутреннихъ основаній; сверхъ того, такой взглядъ рѣзко противорѣчилъ бы всѣмъ общепринятымъ правиламъ, въ частности, о положеніи добросовѣстнаго владѣльца чужого имущества.

Но столь же неосновательно вполнѣ отрицать въ данномъ случаѣ возможность примѣненія actiones negotiorum gestorum [2]). Напротивъ, источники допускаютъ ихъ и здѣсь при наличности особыхъ условій [3]):

а) Если кто-нибудь bona fide отчудилъ въ своихъ интересахъ чужую вещь и обогатился вырученной имъ цѣной, то собственнику вещи, при невозможности предъявить вслѣдствіе какихъ-либо случайныхъ обстоятельствъ rei vindicatio, предоставляется actio negotiorum gestorum directa противъ продавца въ размѣрѣ его обогащенія [4]).

шемуся въ его дѣла, все то, что онъ получилъ въ результатѣ веденія дѣла, по правиламъ о возвращеніи обогащенія, полученнаго безъ достаточнаго основанія. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 303, п. III.

[2]) Köllner, loc. cit., стр. 29; но см. также Vangerow, т. 3, § 664, стр. 504. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 687, п. 1: Постановленія о веденіи чужихъ дѣлъ безъ порученія не примѣняются, если кто-либо ведетъ чужое дѣло въ предположеніи, что оно его собственное.

[3]) Главнымъ мѣстомъ источниковъ является знаменитая l. 48. D. h. t. 3. 5. Africanus libro 8 quaestionum: Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer. См. также l. 3. C. de rei vind. 3. 32. Этому рѣшенію Африкана нерѣдко придается общее значеніе. Дальше всѣхъ идетъ въ этомъ отношеніи Dankwardt: Negotiorum gestio, § 22. Съ его точки зрѣнія, если кто-либо распоряжается чужимъ имуществомъ, зная или не зная, что оно чужое, и не считаясь съ дѣйствительнымъ хозяиномъ, то онъ, на основаніи одного этого факта, долженъ быть признанъ отвѣтственнымъ передъ послѣднимъ, на подобіе procurator'a omnium bonorum, поскольку его дѣйствія фактически затрагиваютъ имущественную сферу даннаго лица. Но такой выводъ привелъ бы къ неожиданнымъ и очень страннымъ послѣдствіямъ. См. Monroy, loc. cit., стр. 50; Windscheid, т. 2, § 431, прим. 18; R. G. E., т. 13, стр. 184. Но, какъ намъ кажется, и Monroy заходитъ слишкомъ далеко.

[4]) Въ этомъ случаѣ Африканъ и Юліанъ давали также condictio, l. 23. D. de rebus cred. 12. 1. Они изыскивали различные пути, лишь бы найти теоретическое оправданіе и практическую форму для того, что имъ казалось справедливымъ. Francke: Hereditatis petitio, стр. 325 и слѣд.; Pacchioni въ Studi giuridici per il 35 anno d'insegnamento di Filippo Serafini, 1892, стр. 99 и слѣд. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 816, п. 1: Если лицо неуправомоченное распорядилось какимъ-либо предметомъ, и это распоряженіе обязательно для лица управомоченнаго, то первое обязано возвратить второму все, полученное вслѣдствіе этого распоряженія.

www.naukaprava.ru

b) Если мнимый наслѣдникъ освободилъ дѣйствительнаго наслѣдника отъ лежавшаго на наслѣдствѣ обязательства, то ему принадлежитъ противъ дѣйствительнаго наслѣдника actio negotiorum gestorum contraria въ размѣрѣ обогащенія послѣдняго [5]).

VI. Договоръ товарищества.

§ 124. Понятіе и виды договора товарищества [1]).

Товариществомъ — societas — *называется общность имущества, основанная на договорѣ.*

a) Общность имущества не должна непремѣнно сводиться къ установленію общей собственности; совершенно достаточно, если посредствомъ взаимныхъ обязательствъ установлено употребленіе имущества на общія цѣли, въ частности, распредѣленіе между участниками прибылей и убытковъ [2]).

Цѣли товарищества бываютъ обыкновенно имущественныя: онѣ состоятъ въ пріобрѣтеніи или сохраненіи матеріальныхъ благъ; но это не считается рѣшающимъ признакомъ. Существуетъ множество товариществъ съ другими цѣлями, напр., для совмѣстнаго препровожденія времени или же для преслѣдованія научныхъ и художественныхъ задачъ. Но товарищества, преслѣдующія недозволенныя цѣли, незаконны и недѣйствительны.

b) Далѣе, необходимъ *договоръ товарищества,* который, впрочемъ, не требуя соблюденія какой-либо формы, можетъ быть заключенъ и молчаливо. Общность имущества, не опирающаяся на договоръ, а возникшая, напр., путемъ наслѣдованія, завѣщательнаго отказа или случайно, не составляетъ товарищества. Но само собой разумѣется, что на основѣ такой общности имущества можетъ затѣмъ возникнуть договоръ товарищества [3]).

Характерной чертой договора товарищества является animus contrahendae societatis, т. е. намѣреніе дѣйствовать сообща, въ качествѣ товарищей [4]). Поэтому, по общему правилу, нѣтъ товарищества въ тѣхъ случаяхъ, когда купецъ предоставляетъ своимъ приказчикамъ или фабрикантъ своимъ рабочимъ, кромѣ жалованья, еще

---

[5]) Кромѣ l. 48. D. h. t., приведенной выше, прим. 3, см. l. 14. § 11, l. 32. pr. D. de rel. 11. 7; l. 50. § 1. D. de her. pet. 5. 3. Гражд. улож. для герм. имперіи, § 2022.

[1]) Tit. Inst. de societate. 3. 25, Dig. pro socio. 17. 2, Cod. 4. 37.

[2]) l. 58. pr., l. 74. D. h. t. 17. 2.

[3]) l. 32. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 2 ad edictum: Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio communiter gestum videtur; l. 31, l. 33 и l. 34. D. h. t.

[4]) Смотря по намѣренію участниковъ, при одномъ и томъ же фактическомъ составѣ можетъ быть налицо товарищество или другой договоръ. l. 44. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis. О намѣреніи сторонъ можно судить, конечно, по обстоятельствамъ дѣла; между прочимъ, и общественное положеніе участниковъ даетъ нерѣдко извѣстныя указанія въ этомъ отношеніи; ср. Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 104 (O. L. G. Hamburg).

участіе въ прибыляхъ [5]); не имѣетъ характера товарищества также аренда изъ доли [6]). Здѣсь недостаетъ намѣренія участниковъ быть товарищами.

По объему общности имущества, товарищества распадаются на различные виды.

a) Самое обширное изъ нихъ—это общность *всего имущества*, societas omnium bonorum [7]) [8]). Такое товарищество простирается на все, что̀ товарищи имѣютъ въ моментъ заключенія договора и что̀ они пріобрѣтутъ впослѣдствіи своимъ трудомъ или другимъ способомъ, напр., путемъ наслѣдованія; оно распространяется также и на долги товарищей. Но оно не обнимаетъ пріобрѣтеній товарищей, сдѣланныхъ посредствомъ деликта; точно такъ же за долги участниковъ, возникшіе изъ деликта, товарищество не отвѣчаетъ.

b) Societas quaestus—товарищество, *преслѣдующее общія промышленныя цѣли*—обнимаетъ собою всѣ *доходы* товарищей [9]), а также, конечно, и соотвѣтствующія имъ долги; но оно не простирается на единовременное увеличеніе капитала товарищей, напр., путемъ наслѣдованія или благодаря счастливой случайности.

Оба эти товарищества, какъ *общія*, противополагаются новѣйшими учеными остальнымъ—*частичнымъ* или *спеціальнымъ* товариществамъ.

c) Къ этимъ послѣднимъ относятся союзы для веденія какого-либо промышленнаго [10]), въ частности торгово-промышленнаго предпріятія—торговыя товарищества [11]), а также *товарищества, заключенныя по какому-нибудь отдѣльному случаю*, т. е. союзы, преслѣдующіе единичныя, преходящія цѣли [12]).

§ 125. Развитіе товарищества по римскому праву.

Мнѣнія новѣйшихъ ученыхъ объ историческомъ развитіи римскаго договора товарищества расходятся [1]).

[5]) R. O. H. G. E., т. 1, стр. 194, т. 17, стр. 275, т. 18, стр. 1. Ср. Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte, §§ 23 и слѣд.

[6]) Ср. выше, § 111, прим. 4. И это отношеніе можетъ перейти въ товарищество, l. 52. § 2. D. h. t. 17. 2.

[7]) l. 1. § 1, l. 2, l. 3. pr., § 1, l. 5. pr., l. 52. §§ 16 и слѣд., l. 53, l. 65. pr., § 3, l. 73. D. h. t.

[8]) Имущество товарищей при societas omnium bonorum становится общимъ непосредственно, безъ особой передачи: см. выше, вып. II, § 211, прим. 2. Это положеніе основано, по всей вѣроятности, на древнемъ обычномъ правѣ; римскіе юристы объясняли его тѣмъ, что предполагали наличность constitutum possessorium. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 310, societas omnium bonorum „недѣйствительна".

[9]) l. 7, l. 13. D. h. t. 17. 2.

[10]) l. 52, § 5. D. h. t. 17. 2.

[11]) Постановленія о торговыхъ товариществахъ содержитъ преимущественно H. G. B., §§ 105 и слѣд. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, §§ 365 и слѣд.

[12]) l. 5, pr. D. h. t. 17. 2.

[1]) Ср. Pernice: Labeo, т. 1, стр. 443; Leist: Zur Geschichte der römischen societas, 1881; Lastig въ Goldschmidts Zeitschrift, т. 24, стр. 400; Pernice: Parerga въ Zeitschrift für Rechtgesch, n. F., т. 3, стр. 48, т. 9, стр. 232, и приведенныхъ тамъ авторовъ; Schmoller въ Jahrb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, n. F., т. 16, стр. 736 и слѣд. Въ русской литературѣ Соколовскій: Договоръ товарищества по римскому гражданскому праву, 1893, отдѣлъ первый.

www.naukaprava.ru

Въ наше время договоры товарищества встрѣчаются преимущественно въ сферѣ торговли и промышленности. Такое же положеніе занималъ договоръ товарищества въ Римѣ въ послѣдніе годы республики и въ императорскій періодъ. Поэтому, сама собою напрашивается мысль, что и въ древнемъ Римѣ главную роль играли торгово-промышленныя товарищества.

Однако, этотъ взглядъ неправиленъ. Исходныя точки римскаго товарищества были иныя.

Доказательствомъ служитъ тотъ фактъ, что actio pro socio была создана для *societas omnium bonorum*, и что постановленія преторскаго эдикта имѣли въ виду именно эту форму товарищества [2]).

Договоръ же societas omnium bonorum имѣетъ не меркантильный, а семейный и аграрный характеръ.

Этотъ видъ товарищества, какъ видно изъ многочисленныхъ указаній источниковъ, возникъ въ связи съ общностью имущества между сонаслѣдниками, въ особенности агнатами [3]); на основаніи этого договора, они сплачивались въ союзъ — consortium—для совмѣстнаго веденія хозяйства на наслѣдственномъ участкѣ и въ то же время, несомнѣнно, для вооруженной защиты отъ нападеній разбойниковъ на сушѣ и на морѣ.

Въ этомъ отношеніи римскія societates omnium bonorum можно сравнить съ германскою формою общаго владѣнія сонаслѣдниковъ— Ganerbschaft [4]). Разница между ними та, что при послѣдней общность имущества юридически не подлежала прекращенію; римскія товарищества фактически могли, правда, существовать въ продолженіе многихъ поколѣній, но за каждымъ товарищемъ признавалось право односторонняго отказа; сверхъ того, они прекращались со смертью одного изъ товарищей, хотя, въ большинствѣ случаевъ, вѣроятно, возобновлялись со вступленіемъ на мѣсто умершаго его наслѣдника.

Вслѣдствіе семейнаго характера товариществъ сложилось воззрѣніе, что среди товарищей господствуетъ jus fraternitatis, о которомъ подчасъ трудно говорить, если имѣть въ виду товарищества меркантильнаго характера [5]).

Далѣе, для socii omnium bonorum вполнѣ естественнымъ является beneficium competentiae, которое предоставилъ имъ преторъ. Насколько эта льгота подлежала распространенію на другія формы товарищества, было спорнымъ вопросомъ даже среди самихъ римлянъ [6]) [7]).

---

[2]) Lenel: Edictum, стр. 237, указываетъ, главнымъ образомъ, на то обстоятельство, что въ комментаріяхъ къ эдикту на первомъ планѣ стоитъ societas omnium bonorum, какъ у Павла (ср. l. 1. § 1, l. 3. pr., § 1. D. h. t.), такъ и у Ульпіана (ср. l. 5, pr. D. h. t.). Кромѣ того, actio pro socio относится къ „generalia judicia", l. 28. pr. D. h. t. 17. 2. Правильный взглядъ мы находимъ уже у Salkowski: De societate publicanorum, стр. 20. Противоположное мнѣніе высказываетъ Pernice: Labeo, т. 1, стр. 443.

[3]) Ср. Leist, loc. cit.; Pernice: Parerga, стр. 67, и приведенныя тамъ мѣста.

[4]) См. Edward Wippermann: Ganerbschaften, 1873. (Еще сильнѣе сходство съ „задругой" южныхъ славянъ и съ „большой семьей" у великороссовъ, см. Соколовскій, прив. соч., стр. 31 и слѣд.).

[5]) l. 63, pr. D. h. t. 17. 2.

[6]) Ср. выше, § 57, прим. 13.

Семейнымъ характеромъ древней societas объясняется и то обстоятельство, что товарищи отвѣчаютъ другъ передъ другомъ только за culpa in concreto [8]). По своему духу, это положеніе не отвѣчаетъ характеру торгово-промышленныхъ товариществъ; но, въ силу традиціи, оно было распространено и на нихъ [9]).

Еще въ императорскій періодъ societas omnium bonorum встрѣчается часто [10]); но она уже тогда утратила преобладающее значеніе. Поэтому, Сабинъ полагалъ, что, въ случаѣ образованія товарищества безъ точнаго опредѣленія его характера, возникшій союзъ слѣдуетъ разсматривать какъ societas quaestus [11]). Само собою разумѣется, что къ обще-германскому праву и это непримѣнимо, такъ какъ въ немъ товарищества, основанныя на общности всего имущества или всѣхъ доходовъ, встрѣчаются крайне рѣдко.

§ 126. Вклады, участіе въ прибыляхъ и убыткахъ, взаимныя обязанности товарищей.

Вклады товарищей, ихъ участіе въ прибыляхъ и убыткахъ и взаимныя обязанности регулируются, прежде всего, постановленіями товарищескаго договора, поскольку они не противорѣчатъ принудительнымъ нормамъ права, и затѣмъ уже—закономъ.

1. Вклады товарищей могутъ состоять частью въ *имущественныхъ взносахъ*—деньгами или предметами, имѣющими денежную цѣнность, частью въ *услугахъ*, которыя оказываются товариществу отдѣльными участниками. Допускается также, чтобы вклады товарищей заключались либо только въ имущественныхъ взносахъ, либо только въ услугахъ [1]).

Вклады становятся или *общей собственностью* всѣхъ товарищей—societas quoad sortem, или же служатъ только цѣлямъ товарищества, *оставаясь собственностью прежнихъ хозяевъ*—societas

---

[7]) Римское товарищество прекращалось еще во времена Гая, Inst., III, § 153, при всякой *capitis deminutio*, не исключая и *minima*. Объясненіе Гая, что capitis deminutio приравнивается къ смерти, едва ли удовлетворительно, такъ какъ такое уподобленіе не имѣло абсолютнаго значенія. Если же предположить, что товарищество въ древнія времена было продолженіемъ общности имущества при наслѣдованіи *агнатовъ*, то получается историческое объясненіе: съ утратою свойства агната прекращалось и главное условіе для участія въ товариществѣ, состоящемъ изъ агнатовъ. При распространеніи договора товарищества на другія отношенія, указанное правило сохранило свою силу, какъ будто оно коренилось въ общей природѣ всѣхъ видовъ товарищества. На самомъ же дѣлѣ это положеніе утратило всякое разумное основаніе. Поэтому, мы не встрѣчаемъ его болѣе въ позднѣйшемъ классическомъ правѣ, гдѣ причинами прекращенія товарищества признаются лишь capitis deminutio maxima и media, l. 63. § 10, l. 65. § 11. D. h. t. 17. 2.

[8]) Неудовлетворительно объясненіе Гая libro 2 cottidianarum rerum, l. 72. D. h. t. 17. 2: „quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet“. Это основаніе было бы примѣнимо къ *любому контракту*.

[9]) Оно перешло также въ гражд. улож. для герман. имперіи, § 708.

[10]) Это доказываютъ приведенныя выше, § 124, прим. 7, мѣста источниковъ.

[11]) l. 7. D. h. t. 17. 2. Такъ писалъ Сабинъ, мнѣніе котораго приводится здѣсь Ульпіаномъ, повидимому, въ соотвѣтствіи съ правомъ, дѣйствовавшимъ въ его время. Рѣшеніе Сабина едва ли говоритъ въ пользу *происхожденія* римскаго товарищества изъ торговаго права, какъ думаетъ Pernice: Labeo, т. I, стр. 443.

[1]) l. 1. C. h. t. 4. 37; гражд. улож. для герман. имперіи, § 706, п. 3.

www.naukaprava.ru

quoad usum. Деньги, замѣнимыя вещи и предметы, сданные товариществу послѣ предварительной оцѣнки, почитаются, если не оговорено противное, общей собственностью всѣхъ товарищей; на другого рода вклады это предположеніе не распространяется [2]).

2. Говоря о *прибыляхъ* или *убыткахъ товарищества*, нельзя ограничиваться результатами *единичныхъ* его операцій; необходимо имѣть въ виду *окончательный общій итогъ* при прекращеніи товарищества [3]) [4]).

Прибылью называется та сумма, на которую *увеличился вложенный въ предпріятіе капиталъ, убыткомъ* же—та сумма, на которую *онъ уменьшился*, съ причисленіемъ къ ней средствъ, необходимыхъ для погашенія невыполненныхъ еще обязательствъ товарищества.

3. Прибыль и убытки товарищества, при отсутствіи особыхъ соглашеній, *распредѣляются* между участниками *поровну*. Размѣръ вкладовъ не имѣетъ здѣсь рѣшающаго значенія [5]).

Впрочемъ, договоромъ могутъ быть установлены для отдѣльныхъ товарищей и неравныя доли участія въ прибыляхъ и убыткахъ товарищества [6]). Допускается также опредѣленіе участія въ прибыляхъ и въ убыткахъ въ различныхъ пропорціяхъ; но, при сомнѣніи, тѣ и другіе исчисляются на равномъ основаніи [7]).

---

[2]) Эти правила соотвѣтствуютъ общимъ принципамъ, см. Vangerow, т. 3, § 651, прим. 2. Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 706, п. 2. Другого мнѣнія придерживается, между прочимъ, Windscheid, т. 2, § 405, прим. 13.

[3]) l. 30. D. h. t. 17. 2. Paulus libro 6 ad Sabinum... neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto; ср. § 2. I. h. t. 3. 25: „quod ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse".

[4]) Въ современныхъ торговыхъ товариществахъ прибыль и убытки исчисляются, однако, ежегодно; съ этимъ связаны важныя юридическія послѣдствія. Ср. также гражд. улож. для герм. имперіи, § 721, п. 2: Если товарищество учреждено на продолжительный срокъ, то, при сомнѣніи, счеты должны сводиться и прибыль распредѣляться въ концѣ каждаго операціоннаго года.

[5]) l. 29, pr. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat; § 1. I. h. t. 3. 25. Правда, встрѣчаются писатели, которые подъ „равными частями" подразумѣваютъ части, *пропорціональныя вкладамъ* каждаго изъ *товарищей*. Но это мнѣніе не согласно съ приведенными словами. И что сталось бы съ товарищами, которые, не дѣлая денежныхъ взносовъ, участвовали въ товариществѣ однѣми только личными услугами! Конечно, надо помнить, что рѣчь идетъ лишь о распредѣленіи *прибыли* и *убытковъ*. Предположимъ, напр., что X внесъ 1000, а У обязался оказывать услуги; тогда отношеніе, смотря по исходу общаго предпріятія, будетъ такое: a) По прекращеніи товарищества, все его имущество равно 1000. Тогда X получаетъ всю эту сумму обратно; У же ничего не получаетъ и свободенъ отъ всякихъ обязательствъ, такъ какъ нѣтъ ни барыша, ни убытковъ. b) По прекращеніи товарищества, остается 1200; тутъ X беретъ 1000—свой вкладъ—и еще 100, т. е. половину барыша; У получаетъ 100, т. е. другую половину барыша. c) Въ кассѣ товарищества, вслѣдствіе неудачныхъ операцій, остается только 500; тогда X беретъ 500 (оставшуюся часть своего первоначальнаго вклада) и получаетъ еще отъ У 250, такъ какъ убытки, выразившіеся въ суммѣ 500, дѣлятся пополамъ. Ср. Vangerow, т. 3, § 651, прим. 2, гдѣ указаны и другіе взгляды. Нашей точки зрѣнія держится и гражд. улож. для герман. имперіи, § 722, п. 1.

[6]) § 1. I. h. t. 3. 25; l. 29, pr. D. h. t. 17. 2.

[7]) l. 29, § 1. D. h. t. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat. Конечно, предполагается, что имѣлось въ виду товарищество, а не дареніе подъ условіемъ; это только и выражаютъ послѣдующія оговорки юриста; ср. также § 2. I. h. t. 3. 25; гражд. улож. для герман. имперіи, § 722, п. 2.

Товарищъ можетъ, въ силу договора, участвовать только въ прибыляхъ, *безъ участія въ убыткахъ*. Но *нѣтъ договора товарищества* тамъ, гдѣ одинъ изъ участниковъ обязанъ нести одни лишь убытки, полностью или въ части, *безъ права получать прибыль отъ предпріятія* [8]).

4. Взаимныя обязанности товарищей сводятся къ слѣдующему:

a) Они обязаны вносить условленные *вклады* и оказывать товариществу обѣщанныя *услуги*. Они отвѣчаютъ, подобно продавцамъ, за эвикцію и скрытые недостатки своихъ вкладовъ [9]).

Съ момента заключенія договора, на товарищество переходитъ рискъ гибели и порчи обѣщанныхъ въ видѣ вклада индивидуально-опредѣленныхъ вещей—species [10]).

b) Товарищи отвѣчаютъ за culpa in concreto [11]).

c) Полученные ими доходы они обязаны отнести на счетъ актива товарищества согласно съ условіями договора [12]).

Товарищество вознаграждаетъ ихъ за расходы, сдѣланные для общаго дѣла, и освобождаетъ ихъ отъ обязательствъ, принятыхъ ими на себя въ общихъ интересахъ [13]).

---

[8]) l. 29, § 2. D. h. t. 17. 2. Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse. Здѣсь говорили о *львиномъ товариществѣ* въ связи съ басней Эзопа, по которой левъ отправляется съ осломъ на охоту и въ концѣ-концовъ забираетъ себѣ всю добычу — Phaedrus, I, 45. — Цѣль этого правила заключалась въ противодѣйствіи безцеремонному обогащенію на чужой счетъ. Тѣмъ не менѣе, такой договоръ можетъ быть дѣйствителенъ съ другой точки зрѣнія, не только въ качествѣ даренія, но, главнымъ образомъ, какъ договоръ о гарантіи, ср. выше, § 118. Гражд. улож. для герман. имперіи не высказывается по поводу допустимости societas leonina. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 361, п. II.

[9]) Это вытекаетъ изъ общихъ принциповъ.

[10]) Важнѣйшимъ мѣстомъ источниковъ о рискѣ по отношенію къ вкладамъ является l. 58. pr. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si id, quod quis in societatem contulit, exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit? tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. Мнѣнія чрезвычайно расходятся; ср. о нихъ рефератъ Puntschart'a: Fundamentale Rechtsverhältnisse, стр. 478. Цельзъ различаетъ два случая. Въ первомъ имѣется въ виду совмѣстная продажа, но лошади *не* должны составлять *вклада* въ товарищескій фондъ. Здѣсь только собственникъ несетъ послѣдствія гибели лошади. Во второмъ случаѣ лошадей имѣется въ виду *соединить* для составленія четверки. При такой сдѣлкѣ, въ случаѣ гибели лошади, рискъ несетъ товарищество съ момента заключенія договора, подобно тому, какъ это бываетъ при куплѣ-продажѣ. Такимъ образомъ, моментъ перехода на товарищество риска относительно обѣщаннаго вклада пріурочивался уже къ заключенію договора, а не къ самой передачѣ вклада. Иначе, конечно, обстоитъ дѣло, какъ это указываетъ и l. 58, § 1. D. eod., если вкладъ опредѣленъ только *родовыми признаками*, въ особенности, если онъ состоитъ изъ денегъ. Тогда товарищество несетъ рискъ только послѣ фактической передачи имущества. По гражд. улож. для герман. имперіи это правило имѣетъ силу по отношенію ко вкладамъ всякаго рода.

[11]) l. 72. D. h. t. 17. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 708. Ср. выше, § 125, прим. 8. Впрочемъ, см. еще l. 52. §§ 2, 3. D. h. t. 17. 2. О компенсаціи обоюдной небрежности ср. Dernburg: Kompensation, стр. 333.

[12]) l. 74. D. h. t. 17. 2.

[13]) l. 38, § 1. D. h. t. 17. 2. На издержки должны начисляться проценты, l. 67. § 2. D. h. t. 17. 2; Petrazycki: Einkommen, т. 2, стр. 165. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 713, постановляетъ: Права и обязанности товарищей-распорядителей опре-

www.naukaprava.ru

Имъ должны быть возмѣщены даже *случайные* убытки, которые они понесли по поводу веденія дѣлъ товарищества [14]).

Наконецъ, при установленіи прибыли и убытковъ и ихъ распредѣленіи между участниками, руководствуются постановленіями товарищескаго договора.

d) Каждому члену товарищества принадлежитъ право требовать отъ товарищей *выясненія* состоянія общаго дѣла и предоставленія возможности ознакомиться со всѣми счетами и документами; въ случаѣ надобности, онъ можетъ требовать особаго отчета [15]).

Искъ—actio pro socio—возникаетъ въ томъ случаѣ, если товарищъ не исполняетъ принятыхъ на себя обязательствъ; такимъ образомъ, онъ можетъ быть предъявленъ и до прекращенія товарищества [16]).

5. Относительно своей доли товарищу разрѣшается основать *подтоварищество* (Untergesellschaft). Но отсюда возникаютъ права и обязанности только между нимъ самимъ и его подтоварищемъ, а не между послѣднимъ и товарищемъ его товарища [17]).

§ 127. Отношенія товарищей къ третьимъ лицамъ.

Товарищество не признается, подобно корпораціи, самостоятельнымъ субъектомъ правъ [1]). Наоборотъ, сами *товарищи* являются и въ своихъ внутреннихъ отношеніяхъ, и въ отношеніяхъ къ третьимъ лицамъ *носителями* товарищескихъ правъ и обязанностей. Они считаются, поэтому, сособственниками товарищескаго имущества; они же являются кредиторами по требованіямъ, пріобрѣтеннымъ для товарищества, и должниками по пассиву товарищества. Впрочемъ, эти нормы не удержались въ нѣкоторыхъ современныхъ товариществахъ, снабженныхъ извѣстными корпоративными правами [2]).

дѣляются по правиламъ §§ 664—670, установленнымъ для порученія, поскольку изъ самаго договора не вытекаетъ иное. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 358, стр. 542.

[14]) l. 52, § 4. D. h. t. 17. 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi ejus vulnerati sunt resque proprias perdidit. dicit Julianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium adgnoscere debere rectissime Julianus probat... nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. Ср. l. 60, § 1. D. eod. *Мандатарій* не имѣетъ права требовать возмѣщенія случайныхъ убытковъ, понесенныхъ имъ при исполненіи принятыхъ порученій; см. выше, § 116, прим. 15.—Ср. Unger: Handeln auf fremde Gefahr, въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 339.

[15]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 716.

[16]) Сначала римляне полагали, что actio pro socio можетъ быть предъявлена только по прекращеніи товарищества. Но этотъ взглядъ впослѣдствіи былъ оставленъ, l. 65. § 15. D. h. t. 17. 2.

[17]) l. 19—l. 23. D. h. t. 17. 2.

[1]) См. выше, вып. I, § 61, п. 2.

[2]) Вып. I, § 61, п. 3. Согласно гражд. улож. для герм. имперіи, при товариществѣ „съ внѣшними отношеніями“, имущество товарищества составляетъ отдѣльное „совокупное“ имущество (zur gesamten Hand). Единичные товарищи не имѣютъ идеальныхъ долей въ отдѣльныхъ составныхъ частяхъ товарищескаго имущества. Кредиторы товарищества могутъ обратить взысканіе на имущество послѣдняго лишь на основаніи судебнаго рѣшенія, постановленнаго противъ всѣхъ товарищей, кредиторы отдѣльнаго товарища въ правѣ лишь, вмѣсто него, заявить о выходѣ его изъ товарищества и искать

Что касается правъ и обязанностей товарищей по отношенію къ третьимъ лицамъ, то слѣдуетъ различать два типа товариществъ: товарищества съ одними лишь внутренними отношеніями (Innengesellschaften), а затѣмъ товарищества и съ отношеніями внѣшними (Aussengesellschaften).

a) Въ товариществахъ *перваго* типа отдѣльный членъ, заключая договоръ, выступаетъ *отъ своего имени за счетъ союза*. По отношенію къ третьимъ контрагентамъ онъ одинъ является управомоченнымъ, а эти контрагенты, въ свою очередь, имѣютъ требованія только къ нему лично. Они могутъ предъявить къ его сотоварищамъ только actio de in rem verso utilis на общемъ основаніи, т. е. въ размѣрѣ обогащенія послѣднихъ [3]).

b) Въ товариществахъ *второго* типа члены-распорядители заключаютъ договоры *отъ имени союза*. Кто изъ товарищей является распорядителемъ, — указывается въ самомъ договорѣ товарищества. Право на веденіе общихъ дѣлъ можетъ быть признано за всѣми или только за нѣкоторыми членами. Довѣренность, данная нѣсколькимъ товарищамъ для завѣдыванія общими дѣлами, можетъ быть *коллективная*,—тогда имъ приходится дѣйствовать сообща, или же *индивидуальная*, — тогда каждый порознь можетъ выступать въ качествѣ представителя товарищества [4]).

Сдѣлки, заключенныя *товарищами-распорядителями* въ предѣлахъ данной имъ довѣренности и *отъ имени товарищества*, управомочиваютъ и обязываютъ непосредственно всѣхъ товарищей.

Поэтому, въ видѣ общаго правила, права и обязанности *распредѣляются* между товарищами и, притомъ, въ соотвѣтствіи съ *долями участія въ товариществѣ*, если онѣ были точно опредѣлены и уже имѣлись въ виду при заключеніи договора [5]), или же *поровну*, если этотъ вопросъ въ договорѣ не былъ предусмотрѣнъ [6]) [7]) [8]).

своего удовлетворенія въ той суммѣ чистаго актива, которая должна быть ему выдѣлена. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 359.

[3]) l. 82. D. h. t. 17. 2. Papinianus libro 3 responsorum: Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt. Рѣшеніе вполнѣ согласуется съ принципами, установленными для actio de in rem verso utilis, см. выше, § 14. О другомъ объясненіи Sell'a: Versuche, т. 1, стр. 48, см. Vangerow, т. 3, § 653, стр. 480.

[4]) По гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 709—712, веденіе дѣлъ товарищества предоставляется всѣмъ членамъ совмѣстно, если въ договорѣ не опредѣлено иначе, и на каждое дѣло требуется согласіе всѣхъ товарищей.

[5]) На основаніи l. 44, § 1. D. de aedilicio edicto. 21. 1 и приведенной ниже, въ прим. 6, l. 4. pr. D. de exerc. act. 14. 1, товарищи отвѣчаютъ „pro portione qua socii fuerunt". Впрочемъ, ограниченіе, указанное въ нашемъ текстѣ, разумѣется само собою. Иначе Fr. Krech: Die Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden, Greifsw. Diss., 1900, § 5, стр. 22.

[6]) Вслѣдствіе измѣненія системы представительства, римское право въ данномъ вопросѣ расходится съ обще-германскимъ. Римскіе принципы развиваетъ l. 4, pr. и § 1. D. de exerc. act. 14. 1. Ulpianus libro 29 ad edictum говоритъ по поводу товарищества судохозяевъ: Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri. Такимъ образомъ, по римскому праву различались слѣдующіе случаи: a) товарищи заключаютъ договоръ сами и совмѣстно; тогда обязательство *распредѣляется* между ними на осно-

www.naukaprava.ru

§ 128. Прекращеніе товарищества.

Само собою разумѣется, что товарищества прекращаются по достиженіи тѣхъ цѣлей, ради которыхъ они были установлены, съ наступленіемъ срока или при осуществленіи условія, съ которыми было связано прекращеніе товарищества и, наконецъ, при невозможности достиженія цѣлей товарищества [1]).

Сверхъ того, существуютъ еще слѣдующія спеціальныя основанія прекращенія товариществъ:

1. *Смерть одного изъ товарищей* [2]).

По римскому праву нельзя было включить въ договоръ товарищества условія о продленіи отношенія съ участіемъ наслѣдниковъ товарища [3]). Но это было разрѣшено германскимъ торговымъ уложеніемъ при полномъ торговомъ товариществѣ [4]) и, въ видѣ общаго правила, гражданскимъ уложеніемъ для германской имперіи [5]).

ваніи общихъ принциповъ обязательственнаго права, см. выше, § 71; или b) *третье лицо* выступаетъ за нихъ въ качествѣ *magister navis* или *institor*; тогда всѣ товарищи—хозяева предпріятія—отвѣчаютъ передъ контрагентомъ *солидарно*, по принципамъ, установленнымъ для actio exercitoria или institoria; или с) *одинъ изъ товарищей* заключаетъ договоръ, въ качествѣ *magister navis или institor*, за своихъ сотоварищей; въ такомъ случаѣ точно такъ же всѣ считаются *солидарно* отвѣтственными.—По обще-германскому праву *представительство институтора*, которое имѣло своимъ послѣдствіемъ солидарную отвѣтственность хозяевъ предпріятія, отпало; см. выше, § 13. Нынѣ представитель и, въ частности, товарищъ-распорядитель представляетъ своихъ сотоварищей, отъ имени которыхъ онъ заключилъ сдѣлку, *непосредственно*, какъ будто бы тѣ дѣйствовали *лично*. Въ виду этого, приходится послѣдовательно *распредѣлять* отвѣтственность и въ томъ случаѣ, когда завѣдующій дѣлами *товарищъ* заключаетъ обязательства отъ имени товарищества. Спорнымъ, однако, представляется вопросъ, не укоренилась ли солидарная отвѣтственность товарищей по обязательствамъ товарищества *на основаніи обычнаго права?* Ср. авторовъ, указанныхъ у Buchka: Stellvertretung, стр. 246. Этотъ вопросъ долженъ быть разрѣшенъ утвердительно для торговыхъ товариществъ, и такое рѣшеніе получило въ настоящее время законную санкцію въ германскомъ торговомъ уложеніи для товариществъ, преслѣдующихъ торговыя цѣли. Для другихъ же товариществъ нельзя указать соотвѣтствующей нормы обычнаго права. Подобное правило было бы сурово и не соотвѣтствовало бы общепринятымъ взглядамъ въ отношеніи, напр., товарищества, преслѣдующаго цѣли развлеченія. Поэтому, отвѣтственность товарищей по обязательствамъ неторговыхъ товариществъ въ обще-германскомъ правѣ обыкновенно распредѣляется между ними.

[7]) Мнѣніе Windscheid'a, т. 2, § 407, прим. 7, что товарищи могутъ требовать, чтобы кредиторы товарищества искали удовлетворенія сначала изъ имущества товарищества, въ этой общей формѣ не можетъ быть принято. Его, конечно, не подтверждаетъ и l. 65, § 14. D. h. t. 17. 2, которая трактуетъ только о взаимныхъ притязаніяхъ товарищей между собой. Тѣмъ не менѣе, такое право товарищей можетъ быть или спеціально выговорено при заключеніи договора, или же выведено изъ устава товарищества, на основаніи котораго и былъ заключенъ договоръ. Ср. Krech, loc. cit., § 3, стр. 20.

[8]) По гражд. улож. для герм. имперіи, товарищи отвѣчаютъ лично въ качествѣ „совокупныхъ должниковъ" по обязательствамъ товарищества, основаннымъ *на договорѣ;* по *обязательствамъ, возникшимъ внѣ договора*, они отвѣчаютъ лично, но раздѣльно; см. §§ 420 и 427; ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 360.

[1]) Ср. l. 63, § 10. D. h. t. 17. 2. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 726. Въ l. 1, pr. D. h. t. 17. 2 Павелъ libro 32 ad edictum высказываетъ такое положеніе: Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione; а въ l. 70. D. eod., libro 33 ad edictum, онъ утверждаетъ: Nulla societatis in aeternum coitio est. Въ этомъ нѣтъ никакого противорѣчія. Тамъ идетъ рѣчь о цѣли договора, здѣсь же о его законной силѣ.

[2]) § 5. I. h. t. 3. 25; l. 65, § 9. D. h. t. 17. 2.

[3]) l. 35, l. 52. § 9. D. h. t. 17. 2. Societas vectigalium составляла въ Римѣ единственное исключеніе, l. 59. pr. D. h. t. 17. 2.

[4]) H. G. B., § 131, п. 4.

[5]) Гражд. улож. для герм. имперіи, § 727, п. 1.

Наслѣдникъ товарища имѣетъ право и въ то же время обязанъ сдѣлать все необходимое для обезпеченія товарищескаго дѣла, начатаго его наслѣдодателемъ, и отвѣчаетъ при этомъ за dolus и culpa lata [6]).

Товарищество продолжаетъ отвѣчать за то, что̀ предприметъ его членъ, не зная еще о смерти своего сотоварища [7]).

2. Открытіе *конкурса* надъ имуществомъ одного изъ товарищей [8]).

3. *Соглашеніе* всѣхъ товарищей [9]).

4. *Односторонній отказъ* отъ товарищества [10]). Такой отказъ является основаніемъ для прекращенія товарищества даже въ томъ случаѣ, если оно, согласно договору, должно было бы еще продолжать свое существованіе. Однако, несвоевременный и злостный отказъ сопряженъ съ невыгодными послѣдствіями.

Если товарищъ выходитъ изъ товарищества до срока, опредѣленнаго договоромъ, *безъ основательныхъ причинъ* [11]), то *онъ не освобождается отъ обязанностей по отношенію къ товарищамъ, но освобождаетъ послѣднихъ отъ всякой отвѣтственности передъ собою*; другими словами, отказавшійся не участвуетъ въ прибыляхъ, а несетъ лишь убытки, которые *товарищество потерпитъ отъ дѣлъ, начатыхъ до его отказа* [12]).

Тѣ же нормы примѣняются къ товариществу, заключенному на срокъ неопредѣленный, но лишь въ случаѣ *злостнаго отказа*, въ особенности, если онъ сдѣланъ съ цѣлью вести за свой личный счетъ такое дѣло, которое, въ противномъ случаѣ, было бы совер-

---

[6]) l. 40. D. h. t. 17. 2; но ср. еще l. 35 и l. 36, l. 65. § 9. D. h. t. 17. 2; см. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 727, п. 2.

[7]) l. 65, § 10. D. h. t. 17. 2; гражд. улож. для герман. имперіи, § 729.

[8]) § 8. I. h. t. 3. 25; l. 65. § 1. D. h. t. 17. 2. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 728, но также § 736.

[9]) l. 65, § 3. D. h. t. 17. 2.

[10]) l. 14, l. 15, l. 16. pr., l. 65. § 6. D. h. t. 17. 2.

[11]) Отъ усмотрѣнія суда зависитъ опредѣлить, чѣмъ можетъ быть оправданъ отказъ до истеченія срока; ср. l. 14. D. h. t. 17. 2: Aut quid si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 723, п. 1, уважительной причиной признается, въ частности, умышленное или допущенное по грубой небрежности нарушеніе другимъ товарищемъ возложенной на него по договору существенной обязанности, или наступившая невозможность исполнить такую обязанность.

[12]) l. 65, § 6. D. h. t. 17. 2. Paulus libro 32 ad edictum: 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, aeque praestabit portionem. Новѣйшіе писатели, кажется, полагаютъ, что товарищъ, отказавшійся отъ участія въ товариществѣ безъ законной причины, не участвуетъ въ прибыли, а несетъ лишь отвѣтственность по всѣмъ *сдѣлкамъ, которыя будутъ заключены въ теченіе условленнаго по договору срока и которыя, въ случаѣ продолженія товарищества, были бы отнесены на его счетъ*. Подобное послѣдствіе было бы столь сурово, что едва ли кто-нибудь согласился бы вступить въ договоръ товарищества, заключенный на опредѣленный срокъ. При извѣстныхъ обстоятельствахъ, приходилось бы въ теченіе многихъ лѣтъ страдать отъ произвольныхъ и опасныхъ операцій бывшаго товарища. Легко можетъ случиться, что судья не признаетъ уважительной причину, которую отказавшійся считалъ основательной и достаточной. Подобныя соображенія говорятъ вообще противъ слишкомъ строгаго отношенія къ лицу, отказавшемуся до срока. Но объ этомъ не было и рѣчи. Приведенное мѣсто относится только *къ начатымъ уже дѣламъ*. Такимъ образомъ объясняется l. 17, § 1. D. h. t. 17. 2, въ силу которой установленіе опредѣленнаго срока для товарищества не имѣетъ существеннаго значенія, такъ какъ и помимо него несвоевременный отказъ влечетъ за собою отвѣтственность. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 723, п. 2, товарищъ, несвоевременно заявившій объ отказѣ безъ уважительнаго основанія, обязанъ возмѣстить остальнымъ товарищамъ причиненный этимъ ущербъ.

www.naukaprava.ru

шено за счетъ товарищества. Вышедшій при такихъ обстоятельствахъ изъ товарищества членъ его обязанъ подѣлиться съ товарищами прибылью, а могущіе возникнуть изъ дѣла убытки несетъ онъ одинъ [13])[14]).

Если товарищество состоитъ изъ *нѣсколькихъ* членовъ, то, съ выходомъ *одного* изъ нихъ, оно прекращается *для всѣхъ*. По договору можетъ быть, однако, обусловлено, что товарищество должно продолжаться и въ случаѣ выхода одного изъ членовъ [15]).

РАЗДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Внѣдоговорныя обязательства.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Деликтныя обязательства.

§ 129. А. Общія понятія [1]).

Частные штрафные иски существовали въ Римѣ съ древнѣйшихъ временъ. Нѣкоторые изъ нихъ были указаны еще въ законѣ XII таблицъ; они преслѣдовали опредѣленные грубые и, такъ сказать, осязательные проступки противъ личности и имущества, главнымъ образомъ кражи, тѣлесныя и нѣкоторыя имущественныя поврежденія. Lex Aquilia содержала болѣе общія постановленія, направленныя противъ всякаго поврежденія вещей.

Штрафными исками особенно изобиловалъ *преторскій эдиктъ*. Съ одной стороны, дѣло шло объ усиленіи уже существующихъ штрафовъ; таково было значеніе actio vi bonorum raptorum — иска, вытекавшаго изъ насильственнаго похищенія и поврежденія вещей [2]).

---

[13]) § 4. I. h. t. 3: 25. Отказъ по отношенію къ отсутствующему также считался обыкновенно за dolus. Ср. l. 17, §.2. D. h. t. 17. 2. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 723, п. 2, всякій несвоевременно заявленный безъ уважительной причины отказъ обязываетъ къ возмѣщенію ущерба.

[14]) Относительно заявленія о выходѣ одного изъ товарищей, сдѣланнаго его кредиторомъ, ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 725.

[15]) § 5. I. h. t. 3. 25; l. 65. § 9. D. h. t. 17, 2; гражд. улож. для герман. имперіи, § 736. Объ исключеніи товарища ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 737; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 362. Полномочіе представлять товарищество теряетъ свою силу съ прекращеніемъ послѣдняго; окончаніе дѣлъ товарищества — *ликвидація* — производится или товарищами сообща, или спеціально для этой цѣли назначенными лицами. О ликвидаціи см. гражд. улож. для герман. имперіи, §§ 730—735; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 364.

[1]) Savigny: Obligationenrecht, т. 2, стр. 293; Jhering: Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, въ особенности стр. 58; Binding: Die Normen, т. 1, отд. 1, стр. 213; Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 1 и слѣд.; Mommsen: Römisches Strafrecht, 1899, стр. 523 и слѣд. Въ русской литературѣ см. Гусаковъ: Деликты и договоры. Историко-юридическое изслѣдованіе, 1896.

[2]) Actio vi bonorum raptorum была установлена преторомъ Лукулломъ въ 76 г. до Р. Х. Объ этомъ искѣ ср. Keller: Semestria ad Ciceronem, lib. III, pag. 541; Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. II, 1, § 161, стр. 1337. Предполагали, что „in quadruplo inest et rei persecutio, ut poena tripli sit“, pr. I. vi bonorum raptorum. 4. 2. Actio vi bonorum raptorum конкурировала съ actio furti и actio legis Aquiliae, такъ что дѣло шло лишь объ увеличеніи штрафа въ случаяхъ насилія. Въ обще-германскомъ правѣ этотъ искъ не имѣетъ болѣе практическаго значенія.

Съ другой стороны, старались противодѣйствовать такимъ болѣе утонченнымъ проступкамъ, которые раньше не были извѣстны или не останавливали на себѣ вниманія. Сюда относилась actio de servo corrupto—искъ, который вчинался домовладыкой въ случаѣ нравственной порчи его раба и былъ направленъ на взысканіе двойного интереса[3]); тотъ же искъ, по аналогіи, давался домовладыкѣ по поводу совращенія его подвластнаго[4]). Затѣмъ, actio de calumnia — искъ, принадлежавшій лицу, противъ котораго былъ начатъ завѣдомо неправый процессъ; при помощи этого иска отвѣтчикъ взыскивалъ съ своего противника вчетверо противъ того, что̀ послѣдній получилъ отъ третьихъ лицъ за предъявленіе иска, или вчетверо противъ той суммы, которую отвѣтчикъ самъ долженъ былъ уплатить, чтобы избавиться отъ неправаго процесса[5]) [6]). Самымъ важнымъ искомъ была actio de dolo, при помощи которой преторъ каралъ всякое умышленное, злостное причиненіе убытковъ. Большинство преторскихъ деликтныхъ исковъ подлежало кратковременной давности[7]).

Такимъ образомъ, на основаніи закона и преторскаго эдикта образовался широкій кругъ *частныхъ правонарушеній*, т. е. *опредѣленныхъ умышленныхъ* или *неосторожныхъ* проступковъ, къ которымъ, въ силу нормы права, пріурочивался искъ потерпѣвшаго противъ виновнаго, направленный на наказаніе послѣдняго и на вознагражденіе потерпѣвшаго[8]).

Деликтные иски имѣли двойственную природу. Они относились къ *гражданскому праву* и осуществлялись въ порядкѣ гражданскаго процесса; поэтому, возбужденіе ихъ зависѣло всецѣло отъ потер-

---

[3]) Tit. Dig. de servo corrupto. 11. 3; Cod. de furtis et de servo corrupto. 6. 2; Keller: Institutionen, стр. 151; Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. II, 1, § 163, стр. 1345.

[4]) l. 14, § 1. D. de servo corrupto. 11. 3. Въ этой своей функціи искъ былъ рецепированъ; но съ тѣхъ поръ онъ направленъ лишь на взысканіе простого интереса. Windscheid, т. 2, § 456, прим. 18. Въ судебной практикѣ этотъ искъ предоставлялся также матери въ случаѣ совращенія дѣтей, мужу по поводу совращенія жены, хозяевамъ въ случаѣ совращенія прислуги. Glück, т. 11, стр. 319. Подобное примѣненіе иска справедливо. Ср. также Eisenberger: Ueber die actio servi corrupti directa et utilis, Erlanger Inaug.-Dissert., 1889; Entsch. des oberst. Landesgerichts für Bayern, т. 12, стр. 110.

[5]) Tit. Dig. de calumniatoribus. 3. 6; Karlowa, loc. cit., § 167, стр. 1352.

[6]) Это былъ чисто штрафной искъ. Его примѣненіе въ обще-германскомъ правѣ было невозможно. Иной взглядъ у Windscheid'a, т. 2, § 471, прим. 5, который, однако, превращаетъ этотъ искъ въ другое средство правовой защиты, принципіально отличающееся отъ римскаго образца.

[7]) Pr. I. de perpetuis et tempor. act. 4. 12. Однако, „perpetua“ была, между прочимъ, actio de servo corrupto—l. 13, pr. D. de servo corrupto. 11. 3.

[8]) Деликтные иски, подобно искамъ изъ договоровъ, точно индивидуализировались; поэтому, необходимо было указаніе опредѣленнаго фактическаго состава, съ которымъ право связало возникновеніе деликтнаго иска. Обще-германское право придерживалось того же взгляда. Правда, Windscheid, т. 2, § 326, а также Hölder: Pandekten, § 59, утверждаютъ, что „всякій проступокъ, которымъ вызванъ имущественный ущербъ, порождаетъ искъ, направленный на возмѣщеніе этого ущерба“. Кромѣ того, римское право, по ихъ мнѣнію, даетъ еще, на основаніи опредѣленныхъ проступковъ, искъ, направленный на уплату частнаго штрафа. Windscheid, однако, даже не попытался дать обоснованіе такого общаго иска объ убыткахъ. Да и едва ли возможно согласовать подобный искъ съ положеніемъ того же автора, т. 2, § 451, что „каждый обязанъ вознаградить другого за убытки, причиненные имъ со злымъ умысломъ, а не вообще за убытки, происшедшіе по его винѣ“. Относительно гражд. улож. для герман. имперіи ср. Liszt: Die Delictsobligationen im Systeme des B. G. B.; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, §§ 382 и слѣд.

www.naukaprava.ru

пѣвшаго, и все, взысканное по нимъ, принадлежало ему. Но въ то же время деликтные иски имѣли серьезное *публичное значеніе:* они преслѣдовали карательныя цѣли и тѣмъ самымъ пополняли многочисленные пробѣлы римскаго уголовнаго права.

Такимъ образомъ, въ римскихъ деликтныхъ искахъ соединены были двѣ точки зрѣнія, подъ вліяніемъ которыхъ они развивались въ различныхъ направленіяхъ. Первая сводится къ *наказанію* виновнаго, вторая—къ *вознагражденію* потерпѣвшаго. Наказаніе имѣетъ преобладающее значеніе, хотя уже въ Римѣ считались и съ цѣлью вознагражденія. Согласно съ этимъ различали [9]):

а) *Чисто штрафные иски.* Въ нихъ цѣль вознагражденія или вовсе не принималась въ соображеніе, или же имѣла едва замѣтное значеніе. Вознагражденіе потерпѣвшаго достигалось другими правовыми средствами. Главнымъ примѣромъ служитъ actio furti, поскольку рядомъ съ ней существовала condictio furtiva. Сюда же, по существу, относится и actio injuriarum.

b) *Смѣшанные штрафные иски,* которые, имѣя своимъ послѣдствіемъ присужденіе виновнаго къ уплатѣ денежнаго штрафа въ пользу потерпѣвшаго, въ то же время обезпечивали послѣднему и возмѣщеніе его ущерба. Сюда относятся actio legis Aquiliae и actio doli.

Что между идеями наказанія и вознагражденія уже въ Римѣ происходила своего рода борьба, яснѣе всего показываютъ тѣ случаи, когда нѣсколько лицъ сообща совершали одно и то же правонарушеніе. Если исходить при этомъ изъ идеи наказанія, то необходимымъ слѣдствіемъ является *умноженіе* исковъ, т. е. каждый обязанъ уплатить заслуженный имъ штрафъ, причемъ уплата штрафа однимъ изъ участниковъ правонарушенія не освобождаетъ другого отъ той же обязанности. Если же признать основнымъ началомъ вознагражденіе потерпѣвшаго, то отвѣтственность становится лишь *солидарной*, т. е. платежъ со стороны одного изъ соучастниковъ освобождаетъ другихъ, такъ какъ, благодаря этому платежу, потерпѣвшій получилъ полное удовлетвореніе.

Умноженіе требованій къ нѣсколькимъ виновникамъ сохранилось въ Римѣ при actio legis Aquiliae, несмотря на то, что она являлась смѣшаннымъ штрафнымъ искомъ; солидарная лишь отвѣтственность установилась при actio doli и многихъ другихъ смѣшанныхъ штрафныхъ искахъ [10]).

По обще-германскому праву рѣшающее значеніе пріобрѣлъ *исключительно моментъ вознагражденія* [11]). Это обнаруживается въ слѣдующихъ положеніяхъ:

а) Чисто штрафныхъ исковъ болѣе не существуетъ. Правда, actio furti и actio injuriarum отчасти сохранили свое значеніе, но лишь по-

[9]) Ср. выше, вып. I, § 130.

[10]) Выше, § 72.

[11]) Такъ же и по гражд. улож. для герман. имперіи; но, въ предѣлахъ § 847, можно требовать справедливаго возмѣщенія въ деньгахъ и такого вреда, который не сводится къ имущественному ущербу.

стольку, поскольку и въ нихъ содержится элементъ вознагражденія [12]).

b) Во всѣхъ деликтныхъ искахъ платежъ, произведенный однимъ изъ виновниковъ, освобождаетъ остальныхъ. Всѣ эти иски теперь осуществляютъ чисто солидарныя обязательства [13]).

c) Яснѣе всего обнаруживается перемѣна въ вопросѣ о переходѣ исковъ по наслѣдству.

По римскому праву штрафные иски не могли быть предъявлены къ наслѣдникамъ виновнаго лица; это правило распространялось даже на смѣшанные иски, такъ какъ и они считались штрафными. Наказаніе можетъ падать только на виновнаго лично [14]). Поэтому, на наслѣдникахъ лежала обязанность возвратить лишь *ту сумму, на которую они обогатились вслѣдствіе деликта* [15]).

Наоборотъ, по каноническому праву наслѣдникъ несъ *неограниченную* отвѣтственность передъ потерпѣвшимъ за всѣ убытки, причиненные деликтами наслѣдодателя [16]). Обще-германское право сохранило это положеніе, ограничивая, однако, отвѣтственность наслѣдника *размѣрами полученнаго наслѣдства.*

Съ момента *предъявленія иска* къ виновнику, по притязанію отвѣчаютъ и его наслѣдники: оно *переходитъ по наслѣдству,* какъ всякое иное имущественное требованіе [17]).

§ 130. B. Furtum [1]) [2]).

Римское понятіе furtum—похищенія—очень обширно. Правда, съ теченіемъ времени рѣшительно былъ отвергнутъ взглядъ, который

---

[12]) Подробности объ этомъ см. ниже, §§ 130 и 137.

[13]) Если исходить изъ того положенія, что обще-германское право отбросило штрафную функцію и сохранило лишь функцію возмѣщенія, то, будучи послѣдовательнымъ, необходимо прійти къ дальнѣйшему выводу. Нужно предоставить право регресса къ соучастникамъ тому изъ нихъ, кто полностью вознаградилъ потерпѣвшаго. Этотъ регрессъ долженъ основываться, конечно, не на общности деликта, а на платежѣ, освобождающемъ остальныхъ. Unger: Handeln auf eigene Gefahr, стр. 25. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 840, п. 1, постановляетъ: Если за вредъ, причиненный недозволеннымъ дѣйствіемъ, нѣсколько человѣкъ отвѣтственны наряду другъ съ другомъ, то они отвѣчаютъ... какъ совокупные должники.

[14]) l. 22 in fine. D. de operis novi nuntiatione. 39. 1.

[15]) l. 38. D. de R. J. 50. 17.

[16]) Cap. 5. X. de raptoribus. 5. 17. Alexander III... heredes ejus moneas et compellas, ut his quibus ille per incendium vel alio modo damna contra justitiam irrogaverat, juxta facultates suas condigne satisfaciant, ut sic a peccato valeat liberari. Правда, нѣкоторые оспаривали дѣйствительность этого постановленія, такъ какъ не раздѣляли воззрѣнія папы, будто, благодаря вознагражденію потерпѣвшаго, достигается спасеніе души виновнаго. Но такое возраженіе лишено основанія: для насъ обязательны и такія предписанія законодателя, съ мотивами которыхъ мы не согласны. Ср. Francke: Beiträge, стр. 44. Тѣмъ не менѣе, практика, ссылаясь на примѣръ комментаторовъ каноническаго права, установила ограниченіе отвѣтственности размѣрами vires hereditariae; см. объ этомъ Francke, loc. cit., стр. 48; Savigny, loc. cit., т. 5, стр. 51.

[17]) Гражд. улож. для герман. имперіи признаетъ переходъ по наслѣдству; но, на основаніи § 847, притязаніе на вознагражденіе за вредъ, который не составляетъ имущественнаго ущерба, не подлежитъ передачѣ и не переходитъ по наслѣдству, развѣ только оно было признано по договору или уже было предъявлено ко взысканію.

[1]) Tit. Inst. de obl. quae ex delicto. 4. 1; Dig. de furtis. 47. 2; Cod. 6. 2; Pauli sent., II, tit. 41. H. F. Hitzig: Beiträge zur Lehre vom furtum, Zeitschr. der Savignystift., rom. Abth., т. 23, стр. 315.

www.naukaprava.ru

раздѣлялъ еще Сабинъ, что furtum возможно и по отношенію къ недвижимостямъ, и что, такимъ образомъ, actio furti можетъ быть предъявлена, напр., къ арендатору, который продалъ арендованный имъ участокъ и этимъ лишилъ владѣнія собственника участка [3]) [4]). Но *всякое противозаконное, корыстное присвоеніе движимой вещи составляетъ furtum* [5]).

Итакъ, для состава furtum необходимы слѣдующіе признаки:

а) *Присвоеніе*—contrectatio—движимой вещи. Необходимо физическое дѣйствіе по отношенію къ объекту похищенія [6]). Поэтому, не усматривается furtum въ томъ случаѣ, если поклажепринимать просто отрицаетъ полученіе имъ вещи, съ цѣлью сохранить ее въ свою пользу.

Изъятіе вещи изъ чужой охраны не составляетъ необходимаго признака furtum, какъ это требуется для кражи по германскому уголовному уложенію [8]). Наоборотъ, подъ furtum подходитъ и *растрата* или *присвоеніе* чужой вещи, которую похититель имѣетъ въ своемъ владѣніи либо на храненіи [9]), а также присвоеніе находки, т. е. вещи потерянной или выброшенной въ виду грозившей опасности [10]). Даже сознательное принятіе платежа по мнимому долгу, который плательщикъ ошибочно считаетъ существующимъ [11]), равно и такія продѣлки съ долговымъ документомъ, которыя лишаютъ кредитора возможности осуществить свое требованіе, составляютъ furtum [12]).

Настоящій деликтъ заключается не только въ присвоеніи *самой вещи*—furtum rei, какъ это имѣетъ мѣсто при кражѣ въ смыслѣ современнаго уголовнаго права, при растратѣ и самовольномъ присвоеніи находки; подъ него одинаково подходятъ и корыстное *поль-*

---

[2]) Dollmann: Die Entwendung, 1834; Wächter въ Weiskes Rechtslexikon, т. 3, стр. 354; Keller: Institutionen, стр. 134; Mommsen: Röm. Strafrecht, стр. 733.

[3]) Gellius noctes atticae, XI, cap. 18.

[4]) Gajus, Inst., II, § 51; l. 25. pr., § 1. D. h. t. 47. 2. Mommsen, loc. cit., стр. 740, примѣч. 2. Но см. также l. 25, § 2. D. eod. Ulpianus libro 41 ad Sabinum... Eorum, quae de fundo tolluntur, ut puta arborum vel lapidum vel harenae vel fructuum, quos quis furandi animo decerpsit, furti agi posse nulla dubitatio est. Собираніе цвѣтовъ, грибовъ, ягодъ и т. п. безъ корыстнаго намѣренія не составляетъ деликта.

[5]) Извѣстно опредѣленіе Павла, libro 39 ad edictum, l. 1. § 3. D. h. t. 47. 2. Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve. Гражд. улож. для герман. имперіи не знаетъ понятія furtum; вмѣсто него мы встрѣчаемъ здѣсь—§ 848—отнятіе вещи при помощи недозволеннаго дѣйствія. Объ этомъ см. §§ 848—851; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 388 въ концѣ.

[6]) Windscheid, т. 2, § 452, прим. 3, пытается передать слово contrectatio терминомъ „обращеніе съ вещью“. Но такимъ образомъ совершенно стушевывается самое понятіе contrectatio. Врядъ ли можно считать воромъ человѣка, который умышленно обкормитъ чужую скаковую лошадь для того, чтобы обогнать ее на скачкахъ! И все-таки въ данномъ случаѣ имѣетъ мѣсто противозаконное, вызванное корыстными побужденіями „обращеніе“ съ лошадью.

[7]) l. 1, §§ 1 и 2. D. h. t. 47. 2; l. 52. § 19, l. 68. pr. D. h. t. 47, 2.

[8]) Германское уголовное уложеніе, § 242.

[9]) l. 43. § 1, l. 52. § 7, l. 68, l. 72. pr. D. h. t. 47. 2. Относительно furtum со стороны недобросовѣстнаго владѣльца см. Landsberg, 1888, противъ Pampaloni въ archivio giurid., XXVIII, 1882, и противъ Landsberg'a Ferrini, тамъ же, т. 47, стр. 423.

[10]) l. 43, §§ 4—11. D. h. t. 47. 2.

[11]) l. 18. D. de condictione furtiva. 13. 1; l. 81. §§ 5 и 6. D. de furtis. 47. 2. О другихъ взглядахъ см. Vangerow, т. 3, § 625, стр. 399.

[12]) l. 27. § 3, l. 28—32, l. 52. § 23. D. h. t. 47. 2; l. 41. § 1. D. ad legem Aquiliam. 9. 2.

зованіе[13]) вещью безъ права на это—furtum usus, а также присвоеніе одного лишь *владѣнія* со стороны собственника вещи—furtum possessionis, если, напр., онъ отниметъ у кредитора переданную въ его владѣніе заложенную вещь [14]).

b) Далѣе, необходимо *корыстное намѣреніе*—animus lucri faciendi [15]).

Не требуется намѣренія обогатиться на продолжительное время; поэтому совершаетъ furtum и тотъ, кто беретъ вещь для того, чтобы сдѣлать другому подарокъ [16]).

Но не совершаетъ furtum тотъ, кто беретъ вещь въ намѣреніи уничтожить ее [17]).

Изъ furtum возникали двоякаго рода иски:

1. *Actio furti*, деликтный искъ, основанный на законѣ XII таблицъ [18]).

Этотъ искъ былъ направленъ на уплату штрафа, размѣръ котораго исчислялся различно при furtum manifestum и nec manifestum. Furtum manifestum означало тотъ случай, когда вора *настигли* на мѣстѣ преступленія или тотчасъ послѣ похищенія, пока онъ не успѣлъ еще скрыть украденное въ ближайшемъ убѣжищѣ; furtum nec manifestum признавалось во всѣхъ остальныхъ случаяхъ. При furtum nec manifestum требованіе было направлено на возмѣщеніе двойного, при furtum manifestum—четверного интереса истца [19]).

Actio furti можетъ воспользоваться всякій, *чей интересъ нарушенъ* кражей, т. е. кто пострадалъ отъ нея; слѣдовательно, искъ этотъ принадлежитъ отнюдь не одному только собственнику похищенной вещи [20]).

---

[13]) Напр., депозитарій или закладопринимать пользуются вещью въ своихъ интересахъ, а ссудопринимать или наниматель пользуются вещью несогласнымъ съ договоромъ образомъ; § 6. I. h. t. 4. 1. См. Carl: Das furtum usus, Erlanger Inaug.-Dissert., 1891; Pampaloni: Furto di possesso e furto di uso, studi Senesi, т. 10, стр. 77, т. 11, стр. 145.

[14]) §§ 10 и 15. I. h. t. 4. 1. Такъ понимаетъ господствующее и правильное мнѣніе furtum possessionis, о которомъ говоритъ Павелъ въ приведенной выше, прим. 5, l. 1. § 3. D. h. t. 47. 2. Правда, Теофилъ — парафраза къ § 1. I. h. t.—относитъ это выраженіе ко всѣмъ случаямъ *присвоенія*. Къ нему присоединились Marezoll въ Archiv für civ. Praxis, т. 8, стр. 284, и Buchholz: Juristische Abhandlungen, стр. 323. Но Теофилъ, очевидно, ошибается: кто совершаетъ присвоеніе или растрату, тотъ похищаетъ не „possessio", а субстанцію вещи, т. е. самую „res".

[15]) l. 55, § 1. D. h. t. 47. 2: „species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere". Другого мнѣнія держится Gebauer: Ueber den strafrechtlichen Schutz wertloser Gegenstände, Breslauer Inaug.-Dissert., 1892, §§ 6 и 7. Германское уголовное уложеніе не требуетъ для понятія кражи—§ 242—и присвоенія—§ 246—наличности корыстнаго намѣренія. Такъ и гражд. улож. для герман. имперіи, § 848. Но ср. выше, вып. I, § 125, прим. 13.

[16]) l. 52, § 13. D. h. t. См. также l. 39 и l. 83, § 2. D. h. t. 47. 2.

[17]) Ср. ниже, § 131, прим. 5 и 6.

[18]) Gajus, Inst., III, §§ 184 и слѣд.; Gellius noctes atticae, XI, cap. 18.

[19]) О формулѣ actio furti nec manifesti см., главнымъ образомъ, Lenel: Edictum, стр. 259. Онъ доказываетъ, что слѣдующій текстъ формулы не подлежитъ никакому сомнѣнію: si paret A^0 A^0 a N^0 N^0 opeve consilio N^i N^i furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem N^m N^m pro fure damnum decidere oportet... Gajus, Inst., IV, § 37. Сомнѣніе возбуждаетъ текстъ кондемнаціи.

[20]) l. 10—l. 15. D. h. t. 47. 2.

www.naukaprava.ru

2. Наряду съ этимъ, собственнику похищеннаго предоставлялась противъ похитителя *condictio furtiva*, направленная на возвращеніе вещи. Этотъ искъ не носилъ штрафного характера; напротивъ, онъ имѣлъ цѣлью только возвращеніе вещи и возмѣщеніе ея стоимости.

Въ предѣлахъ дѣйствія condictio furtiva, actio furti является чисто штрафнымъ искомъ [21]). Но, помимо штрафной функціи, она преслѣдовала и цѣль возмѣщенія убытковъ *въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшій не могъ предъявить, наряду съ ней, condictio furtiva.* По обще-германскому праву actio furti утратила свой штрафной характеръ, сохранивъ лишь функцію возмѣщенія ущерба. Согласно съ этимъ, она и теперь еще предоставлялась:

a) Собственнику похищенной вещи противъ *подстрекателей* и *пособниковъ* вора [22]).

b) Всѣмъ *другимъ* лицамъ, *чьи интересы нарушены* кражей,— противъ самого вора и противъ его пособниковъ [23]).

C. Искъ о поврежденіи вещей и другіе родственные иски.

§ 131. Виновное поврежденіе вещей [1]).

Lex Aquilia—законъ, принятый народнымъ собраніемъ по иниціативѣ трибуна Аквилія ко времени третьяго удаленія плебеевъ [2]),— постановила:

a) въ первой главѣ: кто противозаконно убьетъ чужого раба или четвероногое животное, долженъ уплатить собственнику такую сумму денегъ, въ какую цѣнился убитый—рабъ или животное—по высшей оцѣнкѣ за послѣдній годъ, и

b) въ третьей главѣ: кто въ иномъ отношеніи противозаконно нанесетъ кому-либо матеріальный ущербъ посредствомъ сожженія, поломки или порчи вещи, тотъ долженъ уплатить собственнику такую сумму денегъ, въ какую цѣнилась поврежденная вещь въ теченіе 30 послѣднихъ дней [3]).

---

21) Actio furti первоначально имѣла цѣлью, кромѣ штрафа, еще и возмѣщеніе убытковъ, какъ это видно изъ интенціи исковой формулы, приведенной выше, въ прим. 19. Но, сверхъ того, потерпѣвшему, вѣроятно, никогда не отказывали въ виндикаціи похищенной вещи. Въ концѣ республиканскаго періода признали за собственникомъ право, наряду съ упомянутыми исками, пользоваться и condictio furtiva; въ предѣлахъ дѣйствія послѣдней, actio furti превратилась въ чисто штрафной искъ.

22) Ср., впрочемъ, l. 6. D. de cond. furt. 13. 1—ниже, § 139, прим. 6.

23) Ср. l. 83, § 1. D. h. t. 47. 2.

1) Tit. Inst. de lege Aquilia. 4. 3; Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2; Cod. de lege Aquilia. 3. 35. Suarez de Mendoza: Ad legem Aquiliam въ Meerman thesaurus, II, pag. 1; Noodt: Ad legem Aquiliam, opera I, pag. 137; A. 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, London, 1886; v. Tuhr: Zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia, Basel, 1892.

2) Теофилъ: Парафраза, VI, 3, § 15; ср. Pernice, loc. cit., стр. 18.

3) Pernice, loc. cit, стр. 15, возстановляетъ главу 1: Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum aes ero dare dammas esto; главу 3: Ceterarum rerum si quis alteri dam-

Расширяя и разрабатывая эти положенія, римская юриспруденція создала особый деликтъ *поврежденія чужихъ вещей* — damnum injuria datum. Расширеніе произошло при помощи такъ наз. actiones utiles, причемъ формулы этихъ исковъ составлялись преимущественно „in factum“ [4]).

Въ составъ деликта входятъ:

a) *Поврежденіе вещи* — damnum corpori datum, т. е. разрушеніе или физическое поврежденіе. Отнятіе вещи безъ ея физическаго разрушенія, напр., выбиваніемъ изъ рукъ денегъ такъ, что ихъ потомъ уже нельзя болѣе достать [5]), равно какъ порча вещи безъ ея физическаго поврежденія, напр., посредствомъ смѣшиванія зернового хлѣба съ плевелами [6]), были приравнены къ физическому поврежденію.

b) Culpa лица, причинившаго вредъ: при этомъ достаточно *легкой вины*—culpa levis [7]).

---

num faxit quod usserit fregerit ruperit injuria, quanti ea res fuerit in XXX diebus proximis, tantum aes ero dare damnas esto. Эта формула составлена на основаніи l. 2, pr. и l. 27, § 5. D. h. t. 9. 2, а также Gajus, Inst., III, §§ 210, 217 и 218.— Вторая глава закона касалась другого предмета; она устанавливала искъ къ адстипулятору, „qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit“. Быть можетъ, это было дополненіе, которое народный трибунъ оказался вынужденнымъ внести въ свой законопроектъ при его обсужденіи.

[4]) Иски, созданные въ связи съ lex Aquilia, обозначаются то какъ actiones „utiles“, то какъ actiones „in factum“, и притомъ независимо отъ различныхъ случаевъ поврежденія. Это явленіе издавна казалось страннымъ, но безъ достаточнаго основанія. Actiones utiles эти иски назывались потому, что они давались „по аналогіи“ съ lex Aquilia — выше, вып. I, § 128, прим. 7; формулы же ихъ составлялись обыкновенно не in „jus“, подобно actio directa legis Aquiliae, а in „factum“; ср. Gajus, Inst, IV, §§ 45 и слѣд. Вотъ почему, говоря объ этихъ искахъ, римскіе юристы часто употребляютъ и терминъ actiones in factum. Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что въ одномъ спеціальномъ случаѣ—Gajus, Inst., IV, § 37 — давалась actio „ficticia“ по аналогіи съ цивильной actio legis Aquiliae. Сомнѣніе возбуждаетъ лишь § 16. I. h. t. 4. 3, который противопоставляетъ actio utilis иску in factum и приписываетъ имъ различныя роли. Начало этого мѣста взято изъ Гая, Inst., III, § 219; основываясь на изложеніи Гая, оно устанавливаетъ, что actio directa требуетъ непосредственнаго поврежденія *„corpore“*, такъ что, если вредъ причиненъ другимъ способомъ, слѣдуетъ предоставить потерпѣвшему actio utilis. Затѣмъ разбираемое мѣсто институцій — не опираясь больше на изложеніе Гая — продолжаетъ: если вредъ состоитъ *не* въ поврежденіи какого-нибудь *„corpus“*, а въ *чемъ-либо иномъ*, напр., въ освобожденіи заключеннаго въ оковы раба, который вслѣдствіе этого бѣжитъ, то не поможетъ ни actio directa, ни actio utilis, и остается предъявить „actio in factum“. Это прибавленіе находится въ рѣзкомъ противорѣчіи съ изреченіями классическихъ юристовъ, которые, какъ уже сказано, давали actio in factum въ тѣхъ случаяхъ, когда предоставленіе иска оправдывалось аналогіей Аквиліева закона. Чѣмъ объяснить это прибавленіе? По всей вѣроятности, мы имѣемъ дѣло съ примѣчаніемъ къ институціямъ Гая, сдѣланнымъ въ такое время, когда утратилось уже ясное представленіе о древней системѣ исковъ. Тогда, быть можетъ, какой-нибудь ученый юристъ, которому при изученіи Аквиліева закона часто приходилось читать объ actio in factum, сдѣлалъ при толкованіи институцій Гая вышеуказанные выводы. Подобное заключеніе могло показаться и остроумнымъ, и удачнымъ, хотя, на самомъ дѣлѣ, оно было и неправильно, и невѣжественно. А впослѣдствіи вся эта премудрость была заимствована редакторами институцій Юстиніана. Другія мнѣнія высказываютъ Pernice, loc. cit., стр. 144, Lenel: Edictum, стр. 160, и Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т, II, 1, § 160, стр. 1336. Заслуживаетъ вниманія то обстоятельство, что при actio utilis legis Aquiliae и, въ частности, при искѣ съ формулой, составленной in factum, также примѣнялся особый способъ расчета убытковъ, введенный Аквиліевымъ закономъ, равно и положеніе: lis infitiando crescit in duplum, l. 12. D. h. t. 9. 2; l. 5. C. h. t. 3. 25.

[5]) l. 27, § 21. D. h. t. 9. 2. R. G. E., т. 40, стр. 205.

[6]) l. 27, §§ 14 и 20. D. h. t. 9. 2.

[7]) l. 44, pr. D. h. t. 9. 2. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: In lege Aquilia et levissima culpa venit; ср. l. 31. D. eod. Ср. R. G. E., т. 47, стр. 249.

www.naukaprava.ru

Слѣдовательно, кто причинитъ вредъ невиновнымъ образомъ, тотъ не обязанъ его возмѣщать [8]). Поэтому не порождаютъ иска имущественныя поврежденія, причиненныя безъ чьей-либо вины *въ состояніи крайней необходимости*, ради защиты законныхъ интересовъ [9]).

По болѣе древнему римскому взгляду, необходимо было *непосредственное поврежденіе* путемъ *физическаго воздѣйствія*—corpore; требовалась, такимъ образомъ, осязательная причинная связь. Согласно болѣе развитому праву, достаточно всякаго виновнаго *причиненія* вреда, напр., причиненія смерти передачею яда вмѣсто просимаго лѣкарства [10]).

Многіе изъ новыхъ писателей настаиваютъ на томъ, что поврежденіе должно быть причинено *положительнымъ дѣйствіемъ;* но это мнѣніе неосновательно. И виновное *бездѣйствіе* или *упущеніе* можетъ вызвать отвѣтственность по Аквиліеву закону. Правда, бездѣйствіе является виною лишь при наличности особыхъ предположеній [11]).

---

[8]) l. 3, l. 4, pr. D. h. t. 9. 2; см. выше, вып. I, § 125, прим. 12; ср., кромѣ того, Unger въ Jherings Jahrb., т. 30, стр. 376.

[9]) l. 29, § 3. D. h. t. 9. 2. Ulpianus libro 18 ad edictum: Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Этотъ принципъ нашелъ своеобразное примѣненіе въ случаѣ, разрѣшенномъ германскимъ имперскимъ судомъ, R. G. E., т. 5, стр. 161. Ср. Tuhr: Ueber den Nothstand im Civilrecht, Habilitationsschrift, Heidelberg, 1888; Zeitschrift für Verwaltung und Rechtspflege in Oldenburg, т. 17, стр. 357. Pernice: Labeo, т. 2, изд. 2, стр. 66. Большинство новѣйшихъ писателей рѣшаетъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что для защиты отъ особенно значительной опасности должно быть разрѣшено поврежденіе или уничтоженіе чужихъ вещей, но съ обязанностью возмѣстить ущербъ. Согласно съ этимъ принципомъ возникъ наканунѣ, такъ сказать, закрытія кодификаціонныхъ работъ § 904 гражд. улож. для герман. имперіи: „Собственникъ вещи не имѣетъ права воспрепятствовать другому лицу воздѣйствовать на вещь, если это воздѣйствіе необходимо для отвращенія наличной опасности, и угрожающіе убытки несоразмѣрно велики. Собственникъ въ правѣ потребовать возмѣщенія причиненныхъ ему убытковъ". См. Dernb., Bürg. R., т. 3, § 79. Но ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 228.

[10]) То обстоятельство, что болѣе древняя римская юриспруденція требовала для примѣненія actio legis Aquiliae „damnum *corpore* datum", не было слѣдствіемъ буквальнаго толкованія текста закона, какъ утверждаетъ господствующее мнѣніе. Дѣло въ томъ, что законъ не высказывается относительно того, *какимъ образомъ* должно совершиться противозаконное умерщвленіе или поврежденіе. Означенное явленіе имѣетъ болѣе глубокія основанія. Древній процессъ требовалъ осязательной, наглядной причинной связи, причемъ отклонялось всякое болѣе утонченное разслѣдованіе этого вопроса. Такъ и объясняется требованіе наличности damnum „corpore" datum. Болѣе развитая юриспруденція, конечно, не могла этимъ удовольствоваться. Всякая доказанная причинная связь должна была казаться ей достаточной, и поэтому уже Лабеонъ, l. 9. pr. D. h. t. 9. 2, признаетъ отвѣтственнымъ того, кто виновнымъ образомъ „mortis causam praestitit". Но все же при косвенномъ поврежденіи приходилось обращаться къ actio utilis, во вниманіе къ древнему, освященному обычаемъ правилу.—О доказательствѣ существованія причинной связи между виною и вредомъ ср. R. G. E., т. 10, стр. 141.

[11]) Въ пользу положенія, что Аквиліевъ искъ непримѣнимъ въ томъ случаѣ, если вредъ причиненъ однимъ лишь бездѣйствіемъ, ссылаются—ср. Vangerow, т. 3, § 681, стр. 582, главнымъ образомъ, на l. 13. § 2. D. de usu fructu. 7. 1. Здѣсь Ульпіанъ высказывается за необходимость cautio usufructuaria со стороны пользовладѣльца, такъ какъ, по его мнѣнію, бываютъ случаи, когда нельзя предъявить actio legis Aquiliae, „nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur". Но это мѣсто ничего не доказываетъ. Обрабатывать чужіе земельные участки и содержать ихъ въ порядкѣ, само по себѣ, конечно, не входитъ въ кругъ нашихъ обязанностей. Поэтому, въ Римѣ узуфруктуарій долженъ былъ

Относительно предъявленія иска соблюдаются слѣдующія правила:

а) На основаніи lex Aquilia искъ могъ предъявить только собственникъ поврежденной вещи [12]). Но лицамъ, пользующимся вещнымъ правомъ, въ частности узуфруктуарію и залогопринимателю [13]), а также добросовѣстному владѣльцу [14]), былъ предоставленъ искъ по аналогіи съ actio legis Aquiliae. Тѣмъ же искомъ пользовался тотъ, кто имѣлъ лишь *обязательственное* притязаніе на вещь, если онъ терпѣлъ ущербъ вслѣдствіе ея поврежденія и не могъ получить вознагражденія другимъ способомъ [15]).

b) Отвѣтчикомъ по иску является лицо, причинившее вещи поврежденіе,—безразлично, дѣйствовало ли оно непосредственно или косвенно, напр., въ качествѣ зачинщика или пособника [16]).

принимать на себя эти обязанности по особому договору. Можно ли на основаніи этого сдѣлать то заключеніе, что Аквиліевъ законъ *вообще* не возлагаетъ отвѣтственности за бездѣйствіе? Къ противоположному выводу приводятъ, главнымъ образомъ, l. 8. pr., l. 27. § 9. D. h. t. 9. 2. Здѣсь допускается Аквиліевъ искъ, если хирургъ сдѣлалъ операцію, которая сама по себѣ была необходима, и затѣмъ виновнымъ образомъ оставилъ паціента безъ дальнѣйшей медицинской помощи; далѣе, если былъ разведенъ огонь въ плавильной печи, и тотъ, кто его развелъ или былъ приставленъ къ печи, не позаботился о надлежащемъ наблюденіи за огнемъ, такъ что, вслѣдствіе этого, сгорѣло все зданіе. Windscheid, т. 2, § 455, п. 2, основываясь на приведенныхъ мѣстахъ, утверждаетъ, что „бездѣйствіе создаетъ отвѣтственность только въ томъ случаѣ, если дѣйствіе являлось необходимымъ вслѣдствіе предшествовавшей или сопровождавшей бездѣйствіе дѣятельности“. Но источники ничего не говорятъ о подобномъ ограниченіи. Отвѣтственность на основаніи Аквиліева закона наступаетъ и въ случаѣ виновнаго пренебреженія предписаніями, изданными для безопасности публики, если слѣдствіемъ такого нарушенія было поврежденіе вещей. Сказанное примѣнимо, главнымъ образомъ, къ постановленіямъ уголовнаго права о бездѣйствіи. Сюда относится, напр.. § 367, п. 12, германскаго уголовнаго уложенія, по которому ямы и отверстія должны быть огорожены въ мѣстахъ, доступныхъ для публики; нарушеніе этого предписанія влечетъ за собою отвѣтственность передъ потерпѣвшимъ за убытки. Ср. R. O. H. G. E., т. 11, стр. 426; Seuffert: Archiv, т. 46, каз. 17, т. 47, каз. 196; Blätter für Rechtsanwendung, т. 57, стр. 267; Seuffert: Archiv, т. 55, каз. 138 и 202.

[12]) l. 11, §§ 6 и 7. D. h. t. 9. 2. Ср. Pernice, loc. cit., стр. 183.

[13]) l. 11. § 10, l. 12—l. 17, l. 30. § 1. D. h. t. 9. 2. Dernburg: Pfandrecht, т. 2, стр. 402. Grueber въ Archiv für civ. Praxis, т. 75, стр. 303.

[14]) l. 11. § 8, l. 17. D. h. t. 9. 2.

[15]) Лицо, имѣвшее лишь обязательственное право по отношенію къ поврежденной вещи, согласно господствующему мнѣнію, не въ правѣ предъявить actio legis Aquiliae, см. l. 11. § 9. D. h. t. 9. 2, а также arg. l. 18. § 5. D. de dolo 4. 3 и l. 13. § 12. D. de a. e. v. 19. 1. Единственнымъ „исключеніемъ“ признаютъ положеніе, что арендаторъ имѣетъ право предъявить Аквиліевъ искъ, если причиненъ вредъ неснятымъ еще плодамъ и урожаю арендуемаго участка, l. 27. § 14. D. h. t. 9. 2. См., между прочимъ, Vangerow, т. 3, § 681, стр. 581; Windscheid, т. 2, § 455, прим. 17; R. G. E., т. 9, стр. 163. Но почему же покупщикъ, въ случаѣ порчи купленной вещи, не можетъ воспользоваться Аквиліевымъ искомъ, когда послѣдній дается арендатору въ случаѣ поврежденія плодовъ! Безъ сомнѣнія—потому, что покупщикъ въ правѣ потребовать отъ продавца уступки этого иска, какъ commodum rei—ср. выше, § 98, тогда какъ арендаторъ не имѣетъ подобнаго права. Изъ этого можно вывести общее положеніе, что лицо, имѣющее по отношенію къ поврежденной вещи лишь обязательственное притязаніе, въ правѣ предъявить actio legis Aquiliae, если инымъ путемъ не можетъ возмѣстить своего ущерба. Ср. также l. 41. pr. D. h. t. 9. 2 и по поводу послѣдней Pernice, loc. cit., стр. 211. Вѣдь признается же, въ видѣ общаго для деликтныхъ исковъ правила, что искъ принадлежитъ всякому потерпѣвшему. Это правило имѣетъ силу и для actio de pauperie, предъявляемой въ случаѣ поврежденія, причиненнаго животными, l. 2. D. si quadrupes. 9. 1. Безусловному проведенію его при damnum injuria datum мѣшало то обстоятельство, что lex Aquilia установила этотъ искъ только въ пользу *„хозяина—dominus“*. Но въ то же время потерпѣвшій никогда не долженъ былъ оставаться безъ защиты. Иное мнѣніе высказываетъ Ferrini: La legittimazione attiva nell'a. legis Aquiliae въ Rivista italiana per le scienze giurid., томъ 12, стр. 180.

[16]) l. 11, § 1. D. h. t. 9. 2. Подлежитъ ли подстрекатель отвѣтственности на основаніи Аквиліева закона? Съ точки зрѣнія древнѣйшаго римскаго права вопросъ дол-

www.naukaprava.ru

Если участниковъ было нѣсколько, то они отвѣчаютъ солидарно. Платежъ со стороны одного освобождаетъ остальныхъ [17]).

Если нѣсколько человѣкъ совмѣстно совершили деликтъ, напр., приняли активное участіе въ общей дракѣ, и при этомъ нельзя установить долю участія каждаго въ причиненіи вреда, то каждый отвѣчаетъ за всѣ послѣдствія дѣянія [18]).

c) Предметомъ иска является интересъ истца. Особый способъ оцѣнки, установленный Аквиліевымъ закономъ и заключавшійся въ томъ, что можно было искать высшую стоимость вещи, либо за послѣдній годъ, либо за послѣдній мѣсяцъ до совершенія деликта [19]), не былъ рецепированъ въ Германіи.

Привлеченный къ суду на основаніи Аквиліева закона отвѣтчикъ, неправильно отрицавшій свою вину, присуждался въ Римѣ къ уплатѣ двойного интереса [20]). Этотъ принципъ также остался чуждымъ обще-германскому праву [21]) [22]).

женъ былъ рѣшаться отрицательно: подстрекатель причинилъ вредъ не „согроге“. Вотъ почему еще Яволенъ—l. 37, pr. D. h. t. 9. 2—не всегда давалъ искъ противъ подстрекателя. Но это было лишь переходной стадіей. Принципъ болѣе развитого права тотъ, что за вредъ отвѣчаетъ лицо, его причинившее,—слѣдовательно, и подстрекатель. Ср. R. G. E., т. 10, стр. 132; Windscheid, т. 2, § 455, прим. 27. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 830, п. 2, гласитъ: Подстрекатели и пособники отвѣчаютъ наравнѣ съ соучастниками.

[17]) Иначе по римскому праву, ср. выше, § 72, прим. 5.

[18]) l. 11, §§ 2 и 4, l. 51. § 1. D. h. t. 9. 2. R. G. E., т. 1, стр. 89; Seuffert: Archiv, т. 51, каз. 263 (O. L. G. für Bayern). Гражд. улож. для герман. имперіи, § 830, п. 1, гласитъ: Если нѣсколько лицъ, сообща совершая недозволенное дѣйствіе, причинятъ какой-нибудь вредъ, то каждое изъ нихъ отвѣчаетъ за этотъ вредъ. Такое же правило примѣняется и тогда, когда нельзя установить, кто изъ нѣсколькихъ участниковъ причинилъ вредъ своимъ дѣйствіемъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 386.

[19]) Объ основаніяхъ для такого способа оцѣнки ср. Tuhr, loc. cit., стр. 3. Поскольку принимается въ соображеніе дѣйствительная стоимость вещи, см. тамъ же, стр. 8.

[20]) l. 2, § 1. D. h. t. 9. 2; § 26. I. de actionibus. 4. 6.

[21]) Windscheid, т. 2, § 455, прим. 25, „принципіально“ высказывается въ пользу возможности такого расширенія отвѣтственности и въ современномъ правѣ; тѣмъ не менѣе, онъ соглашается съ тѣмъ, что „практически оно едва ли когда-нибудь примѣняется“.

[22]) Тотъ, кто на основаніи договорнаго соглашенія владѣетъ чужою вещью и виновнымъ образомъ повредитъ ее, можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности, какъ посредствомъ иска, вытекающаго изъ даннаго контракта, такъ и посредствомъ actio legis Aquiliae. Но разъ потерпѣвшій, пользуясь однимъ изъ этихъ исковъ, добьется присужденія отвѣтчика къ возмѣщенію всѣхъ причиненныхъ имъ убытковъ, онъ уже лишается права предъявить другой искъ. Ср. выше, вып. I, § 135, прим. 15, 16; l. 18. § 1. D. commodati. 13. 6, и другія мѣста, приведенныя у Vangerow'a, т. 3, § 681, прим. 3, стр. 588. Очень спорнымъ является, однако, вопросъ, измѣняется ли отвѣтственность по Аквиліеву иску подъ вліяніемъ предшествовавшаго договорнаго соглашенія? При разрѣшеніи этого вопроса надо имѣть въ виду слѣдующія обстоятельства: a) Обязательственное отношеніе нерѣдко оправдываетъ такія дѣйствія, которыя помимо него были бы недопустимы. То, что помимо договора считалось бы правонарушеніемъ, утрачиваетъ такой характеръ благодаря тому, что предварительно былъ заключенъ договоръ. Поэтому, въ подобныхъ случаяхъ actio legis Aquiliae не можетъ быть предъявлена. Собственникъ предмета требуетъ, напр., чтобы его вещь, на его же страхъ, была подвергнута такой обработкѣ, которая не соотвѣтствуетъ техническимъ пріемамъ, и вслѣдствіе этого вещь погибаетъ, l. 27. § 29. D. h. t. 9. 2, или управленіе желѣзной дороги пересылаетъ, съ согласія грузоотправителя, товаръ на открытыхъ платформахъ, и вслѣдствіе этого товаръ загорается отъ искръ паровоза и погибаетъ. R. O. H. G. E., т. 15, стр. 83. b) Спрашивается, далѣе, слѣдуетъ ли освободить отъ отвѣтственности по Аквиліеву закону должника, который въ силу обязательственнаго отношенія отвѣчаетъ лишь за dolus и culpa lata, напр., депозитарія, если онъ повредитъ ввѣренную ему вещь, допустивъ culpa levis? Отвѣтъ долженъ быть отрицательный. Если culpa levis не была предусмотрѣна въ условіяхъ договора, то это еще не значитъ, что она была дозволена.

§ 132. Виновное причиненіе тѣлеснаго поврежденія и лишеніе жизни свободнаго человѣка [1]).

Основныя положенія о поврежденіи вещей были по аналогіи распространены и на случаи причиненія тѣлеснаго поврежденія свободному человѣку.

1. Потерпѣвшій сталъ получать — приблизительно со временъ императора Адріана — utilis Aquiliae actio противъ виновнаго [2]).

Въ Римѣ можно было искать вознагражденія лишь за *лѣченіе*, за *временное лишеніе заработка* и, наконецъ, за *уменьшеніе трудоспособности* [3]). Напротивъ, за изуродованіе и за причиненныя страданія нельзя было требовать никакого вознагражденія [4]).

По обще-германскому праву женщинѣ, шансы которой выйти замужъ уменьшились вслѣдствіе ея обезображенія, присуждалось вознагражденіе, размѣръ котораго опредѣлялся по усмотрѣнію суда [5]).

Далѣе, по обще-германскому праву безспорно признавалось право на *денежное вознагражденіе за причиненныя страданія* [6]). Подобное вознагражденіе не имѣетъ значенія штрафа, а является возмѣщеніемъ и эквивалентомъ испытанныхъ страданій [7]). Поэтому обязанность платить такое вознагражденіе переходила и на наслѣдниковъ виновнаго. Наслѣдники же потерпѣвшаго не могли воспользоваться искомъ, если онъ не былъ еще предъявленъ наслѣдодателемъ

2. Въ случаѣ *лишенія жизни, оставшіеся родственники*, по обще-германскому праву, могли требовать отъ виновнаго возмѣ-

---

Правда, въ качествѣ должника по контракту, депозитарій несетъ отвѣтственность только за dolus и culpa lata; но, въ силу своихъ обще-гражданскихъ обязанностей, онъ долженъ избѣгать поврежденія вещи хотя бы вслѣдствіе culpa levis. Такого мнѣнія держится въ особенности Vangerow, т. 3, § 681, стр. 589. См. и приведенную имъ литературу.

[1]) Weinrich: Die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tötung eines Menschen nach dem im Deutschen Reiche geltenden Rechte, 1883.

[2]) l. 13. pr. D. h. t. 9. 2; ср. l. 3. D. si quadrupes. 9. 1, l. 7. D. de his qui effuderint. 9. 3.

[3]) Ср. также гражд. улож. для герман. имперіи, § 842: Обязанность къ возмѣщенію убытковъ, причиненныхъ недозволеннымъ дѣйствіемъ, направленнымъ противъ личности, охватываетъ потери, которыя это дѣйствіе влечетъ за собою для заработка или пропитанія потерпѣвшаго. На основаніи § 843, вознагражденіе за вредъ, въ видѣ общаго правила, должно быть уплачиваемо въ формѣ денежной ренты.

[4]) l. 7. D. de his qui effuderint. 9. 3. Gajus libro 6 ad edictum provinciale: Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut carituras est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

[5]) Seuffert: Archiv, т. 18, казусъ 42; Weinrich, loc cit., стр. 63.

[6]) Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, § 260, стр 525, доказываетъ, что слѣды этого права существовали еще въ 15-мъ столѣтіи. Практика нашла себѣ точку опоры въ Carolina, ст. 20 и 21, по которымъ вознагражденіе за испытанныя страданія присуждается лицу, несправедливо подвергнутому пыткѣ.

[7]) Нѣкоторые новѣйшіе писатели старались конструировать вознагражденіе за причиненныя страданія въ качествѣ частнаго штрафа, а отсюда дѣлали заключеніе, что притязанія на вознагражденіе упразднены уголовнымъ уложеніемъ. Что дѣло идетъ здѣсь о возмѣщеніи, доказалъ, главнымъ образомъ, Wächter: Die Busse, 1874. Къ нему присоединилось большинство писателей. Ср. Hellmann Archiv für civ. Praxis, т. 78, статья 1. Гражд. улож. для герман. имперіи устранило права, указанныя въ прим. 5 и 6; ихъ мѣсто заняли притязанія, вытекающія изъ § 847.

www.naukaprava.ru

щенія понесеннаго ими имущественнаго ущерба. Въ частности, согласно твердо установившемуся обычаю, родственники и супругъ, имѣвшіе къ убитому *законныя притязанія на алименты* и лишенные вслѣдствіе его смерти матеріальной поддержки, въ правѣ были требовать отъ виновнаго возмѣщенія всѣхъ убытковъ [8]).

Далѣе, на возмѣщеніе вреда имѣлъ право отецъ, дитя котораго было убито по чьей-либо винѣ, и который, вслѣдствіе этого, лишился рабочей силы убитаго [9]); то же притязаніе по справедливости нельзя было не признать и за мужемъ, въ случаѣ виновнаго лишенія жизни его жены [10]).

Наконецъ, виновный обязанъ возмѣстить оставшимся родственникамъ расходы на погребеніе [11]).

§ 133. Поврежденія, причиненныя животными.

Кто несетъ вину за поврежденіе другого лица какимъ-либо животнымъ, тотъ отвѣчаетъ на основаніи Аквиліева закона. При этомъ виною считается и отсутствіе надзора, а также недостатокъ ловкости и вполнѣ умѣлаго обращенія съ животнымъ, которое проводятъ или проѣзжаютъ по мѣстамъ, доступнымъ для публики [1]).

Но если разъяренное животное причинитъ вредъ безъ чьей-либо посторонней вины, то потерпѣвшій можетъ воспользоваться особой actio noxalis, такъ наз. actio de pauperie [2]).

Actiones noxales были созданы по поводу *деликтовъ*, совершенныхъ подвластными лицами. Этими исками можно было прину-

---

[8]) R. G. E., т. 1, стр. 90, и, въ особенности, т. 7, стр. 139, въ которыхъ находятся указанія литературы по поводу развитія этого судебнаго обычая. Въ деталяхъ много спорнаго. Ср. R. G. E., т. 5, стр. 108, т. 10, стр. 50; см. также Dernburg: Preussisches Privatrecht, т. 2, § 297; гражд. улож. для герман. имперіи, § 844, п. 2; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 391. О томъ, что этому притязанію на вознагражденіе должны быть предоставлены всѣ привилегіи, свойственныя алиментамъ, ср. Weinrich, loc. cit., стр. 76.

[9]) Ср. l. 5. § 3, l. 6, l. 7. pr. D. h. t. 9. 2; гражд. улож. для герман. имперіи, § 845.

[10]) Противъ этого высказывается, однако, имперскій судъ—R. G. E., т. 35, стр. 142.

[11]) Это положеніе оспаривается у Seuffert'a: Archiv, т. 15, казусъ 225, на томъ основаніи, что такого рода расходы оставшихся родственниковъ съ необходимостью предстоятъ всякому человѣку. Но вѣдь расходы, *возникшіе именно въ данное время* и падающіе на данныхъ родственниковъ, вызваны фактомъ лишенія жизни. Съ изложеннымъ въ текстѣ взглядомъ согласно гражд. улож. для герман. имперіи, § 844, п. 1.

[1]) l. 8. § 1, l. 52. § 2. D. ad legem Aquiliam. 9. 2. На это обстоятельство вполнѣ правильно обратилъ вниманіе Eisele въ Jherings Jahrb., т. 24, стр. 480; но онъ неправильно отрицаетъ, что здѣсь еще можно говорить о culpa; онъ утверждаетъ, что для отвѣтственности по Аквиліеву иску достаточно, чтобы человѣкъ совмѣстно съ животнымъ былъ „причиною“ вреда. Такое рѣшеніе вопроса обозначаетъ разрывъ той внутренней связи, которая приводитъ въ соотвѣтствіе относящіяся сюда рѣшенія источниковъ съ основными принципами римскаго права. Дѣло въ томъ, что никто не долженъ проводить животное по мѣстамъ, доступнымъ для публики, если онъ не обладаетъ силой и ловкостью, необходимыми для того, чтобы управлять имъ; въ противномъ случаѣ, онъ оказывается виновнымъ, такъ какъ во вредъ другимъ взялся за дѣло, съ которымъ былъ не въ состояніи справиться. Ср. Unger въ Grünhuts Zeitschrift, т. 15, стр. 683, прим. 31; Sturm: Beiträge zum röm. Recht, 1891, стр. 75; гражд. улож. для герман. имперіи, 834.

[2]) Tit. Dig. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. 9. 1. Inst. 4. 9. Eisele въ Jherings Jahrb., т. 24, стр. 480, и приведенные тамъ на стр. 488 писатели. Sturm: Beiträge zum röm. Recht, 1891, статья 6; Jsay въ Jherings Jahrb., т. 39 V, въ особенности стр. 282.

дить, главнымъ образомъ, собственника виновнаго раба принять на себя отвѣтственность за него и возмѣстить потерпѣвшему убытки, или освободиться отъ отвѣтственности посредствомъ такъ наз. noxae datio. При этомъ отвѣтственность падала не на того, кто былъ собственникомъ раба во время совершенія деликта, а на то лицо, въ собственности котораго рабъ находился въ моментъ litis contestatio [3]).

Животныя невмѣняемы и не могутъ совершать *деликтовъ*. Для римлянъ императорскаго періода такое положеніе было совершенно ясно [4]).

Но иначе относились къ этому вопросу римскіе крестьяне за 6—7 вѣковъ до императорской эпохи; согласно ихъ наивнымъ воззрѣніямъ, поврежденія, нанесенныя четвероногими животными, считались деликтами. Поэтому законъ XII таблицъ обязывалъ собственника совершить noxae datio, т.-е. выдать животное, или же возмѣстить причиненный имъ вредъ [5]). Соотвѣтствующій искъ сохранился и впослѣдствіи, когда уже давно не существовало тѣхъ первобытныхъ воззрѣній, въ которыхъ онъ коренился [6]).

Но при этомъ требовалось, чтобы животное проявило *особую злобность* или необычное возбужденіе, и чтобы въ то же время послѣдовавшій вредъ нельзя было вмѣнить человѣку [7]).

Истцомъ является потерпѣвшій [8]).

---

[3]) О римскихъ ноксальныхъ искахъ ср. Tit. Dig. de noxalibus actionibus. 9. 4; Zimmern: System der Noxalklagen, 1818; кромѣ того, сочиненія, указанныя у Arndts'a, § 326, прим. 3, и Lenel: Edictum, стр. 154. Girard: Les actions noxales, Paris, 1888; о немъ Kipp въ Zeitschrift der Savignystift., т. 10, стр. 397.

[4]) Ulpianus libro 18 ad edictum. l. 1, § 3. D. h. t. 9. 1. Pauperies est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuria fecisse, quod sensu caret.

[5]) Такого мнѣнія Zimmern, loc. cit., стр. 79; Vangerow, т. 3, § 689. Ср. l. 1. § 11. D. h. t. 9. 1. Wächter: Pandekten, т. 2, § 495, ссылается, напротивъ, на фрагментъ Ульпіана, перепечатанный выше, въ прим. 4. Но онъ не обращаетъ при этомъ вниманія на разницу въ воззрѣніяхъ, господствовавшихъ въ отдѣльные періоды.

[6]) Мало того, этотъ искъ предоставлялся utiliter и при вредѣ, причиненномъ нечетвероногими животными, напр., обезьянами или курами, l. 4. D. h. t. 9. 1.

[7]) Принципъ иска изложенъ въ l. 1, § 4. D. h. t. Ulpianus libro 18 ad edictum: Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus justo onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique injuriae agetur. Ничего другого не содержится и въ l. 1, § 7. D. eod.: Et generaliter haec actio locum habet, quotiens *contra naturam* fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem. Это значитъ, что долженъ быть причиненъ вредъ, котораго нельзя было ожидать при *обычномъ ходѣ вещей*. Со времени глоссы къ l. 1, § 7. D. h. t. обыкновенно учатъ, что actio de pauperie можно предъявить лишь въ томъ случаѣ, если животное дѣйствовало contra naturam „sui generis"; Eisele, loc. cit., совершенно правильно высказывается противъ такого толкованія. Оно представляется страннымъ и не соотвѣтствуетъ источникамъ. Если собака кусается, быкъ бодаетъ, лошадь лягается, то, по мнѣнію Eisele, эти животныя не дѣйствуютъ contra naturam „sui generis"; послѣднее имѣло бы мѣсто, напр., въ томъ случаѣ, если бы быкъ кусался или лошадь бодала. Впрочемъ, собственныя воззрѣнія Eisele, по нашему мнѣнію, не выдерживаютъ критики. Ср. удачное рѣшеніе по этому вопросу у Seuffert'a: Archiv, т. 48, казусъ 33 (O. L. G. Braunschweig); ср. также R. G. E., т. 48, стр. 259.

[8]) l. 2, pr. D. h. t. 9. 1: „non solum domino, sed etiam ei cujus interest competit". R. G. E., т. 20, стр. 199.

www.naukaprava.ru

Отвѣтчикомъ—тотъ, кто въ моментъ предъявленія иска состоитъ собственникомъ животнаго, причинившаго вредъ [9]).

Притязаніе и отвѣтственность по этому иску переходятъ по наслѣдству [10]).

На подобіе actio de pauperie существуетъ также ноксальный искъ—actio de pastu—на случай потравы животными чужихъ угодій, когда не окажется виновнаго въ этомъ человѣка [11]) [12]).

§ 134. **Actio de dejectis et effusis** [1]).

Жилецъ помѣщенія, изъ котораго что-либо выброшено или вылито на мѣсто, по которому ходитъ публика, отвѣчаетъ за причиненный при этомъ вредъ. Такое правило установлено преторскимъ эдиктомъ въ интересахъ общества — для обезпеченія безопасности прохода и проѣзда по улицамъ. Хотя вытекающій отсюда искъ не считается деликтнымъ, такъ какъ не основывается на винѣ, но все же онъ очень близокъ къ деликтнымъ искамъ [2]) [3]).

Въ Римѣ посредствомъ этого иска взыскивалась двойная сумма причиненнаго ущерба; по обще-германскому праву онъ направленъ просто на возмѣщеніе убытковъ.

Доказательство отсутствія собственной вины не избавляетъ жильца отъ отвѣтственности [4]); но vis major, напр., нападеніе повстанцевъ или непріятеля, безъ сомнѣнія, освобождаетъ его [5]).

Безразлично, занимаетъ ли отвѣтчикъ помѣщеніе въ качествѣ собственника или квартиранта, или, наконецъ, пользуется имъ безплатно; но лица, временно въ немъ находящіяся, не несутъ отвѣтственности [6]). Нѣсколько жильцовъ отвѣчаютъ солидарно [7]).

---

[9]) l. 1, § 12. D. h. t. 9. 1: „et in quadrupedibus noxa caput sequitur". Сособственники несутъ солидарную отвѣтственность. По вопросу о томъ, можно ли привлечь къ отвѣтственности, какъ „dolo desinens possidere", собственника, который отчуждаетъ свое животное, ср. R. G. E., т. 20, стр. 205.

[10]) l. 1, § 17. D. h. t. 9. 1.

[11]) l. 14, § 3. D. de praescriptis verbis. 19. 5; Pauli sent., I, 15, § 1. Eisele, loc. cit., стр. 495.

[12]) Хотя actio de pauperie всегда считалась рецепированной въ Германіи, однако, въ большинствѣ отдѣльныхъ германскихъ областей она была устранена или же видоизмѣнена; въ частности, noxae datio практикуется лишь въ немногихъ мѣстностяхъ; Stobbe-Lehmann: Privatrecht, т. 3, § 263, стр. 543. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 833, постановляетъ: Если животное лишитъ жизни человѣка, или причинитъ ему тѣлесное поврежденіе либо разстройство здоровья, или повредитъ какую-либо вещь, то лицо, которое держитъ животное, обязано возмѣстить потерпѣвшему причиненный этимъ ущербъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 396. О возмѣщеніи вреда, причиненнаго дичью, ср. § 835; Einführungsgesetz, Art. 69—72.

[1]) Tit. Dig. de his qui effuderint. 9. 3. Glück, т. 10, стр. 392; Weiss: Haftung für fremde culpa, стр. 66; Unger въ Jherings Jahrb., т. 30, статья 4.

[2]) § 1. I. de obl. quae quasi ex delicto. 4. 5; l. 5, § 5. D. de obl. et act. 44. 7.

[3]) Не рецепированы штрафы, установленные эдиктомъ за лишеніе жизни свободнаго человѣка, а также за „positum habere", угрожающее уличному движенію.

[4]) l. 1, § 4. D. h. t. 9. 3. Но ср. также Seuffert: Archiv, т. 40, казусъ 288.

[5]) Впрочемъ, источники не упоминаютъ объ этомъ исключеніи. Ср. Unger, loc. cit., и въ Jherings Jahrb., т. 30, стр. 416, прим. 17.

[6]) l. 1, § 9. D. h. t. 9. 3.

[7]) l. 1. § 10, l. 2—4. D. h. t.

Безразлично, откуда и куда было выброшено или вылито что-либо, изъ дома или изъ лавки, изъ повозки или съ корабля [8]), на общественное или иное мѣсто, лишь бы только дѣйствіе послѣдовало въ такомъ мѣстѣ, гдѣ въ данное время обыкновенно ходила публика [9]).

Лицо, привлеченное къ отвѣтственности, имѣетъ право регресса къ дѣйствительному виновнику [10]) [11]).

D. Отвѣтственность за причиненіе вреда помимо поврежденія тѣлесныхъ вещей.

§ 135. Вознагражденіе за виновныя дѣйствія вообще.

Actio legis Aquiliae, даже при примѣненіи ея по аналогіи, ограничивалась въ Римѣ исключительно случаями разрушенія и обезцѣненія тѣлесныхъ вещей [1]). Поэтому, за имущественныя поврежденія другого рода виновный отвѣчалъ, помимо договора, лишь при наличности злого умысла.

Иначе рѣшала этотъ вопросъ старая обще-германская теорія и практика. Согласно выработаннымъ ею правиламъ, можно было искать возмѣщенія убытковъ, при помощи actio legis Aquiliae utilis, за *всякое виновное* причиненіе вреда [2]). Однако, теорія послѣдняго столѣтія отбросила это положеніе, отчасти потому, что она стала исключительно на почву римскихъ источниковъ, отчасти потому, что считала столь общій внѣдоговорный искъ объ убыткахъ слишкомъ неопредѣленнымъ и опаснымъ для гражданскаго оборота. Ей послѣдовала новѣйшая практика [3]).

Тѣмъ не менѣе, при наличности извѣстныхъ фактическихъ условій, обще-германское право продолжало признавать внѣдоговорный искъ объ убыткахъ за *всякую* вину:

а) При причиненіи убытковъ посредствомъ *неправильнаго наложенія ареста* [4]).

---

[8]) l. 6, § 3. D. h. t. 9. 3.

[9]) l. 1. § 2, l. 6. pr., § 1. D. h. t. 9. 3.

[10]) l. 5, § 4. D. h. t. 9. 3. Это основано на авторитетѣ Лабеона.

[11]) Гражд. улож. для герман. имперіи упразднило actio de dejectis et effusis. Аналогичныхъ случаевъ касаются §§ 836—838. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 398.

[1]) Pernice: Sachbeschädigung, стр. 157.

[2]) Ср. авторитетныхъ писателей, приведенныхъ у Landsberg'a: Injuria, стр. 107, прим. 3; къ ихъ числу легко можно прибавить много другихъ.

[3]) Windscheid, т. 2, § 451, прим. 1, и приведенные тамъ авторы; ср. въ особенности R. O. H. G. E., т. 10, стр. 404, и R. G. E., т. 9, стр. 163.

[4]) Постановленіе имперскаго сейма отъ 1594 года, § 87. Очень спорнымъ былъ вопросъ, отвѣчаетъ ли лицо, наложившее арестъ безъ достаточнаго основанія, за интересъ потерпѣвшаго *безусловно*—мнѣніе, которое особенно отстаивалъ Henrici въ Gruchots Beiträge, т. 32, стр. 161—или же только въ томъ случаѣ, если при наложеніи ареста была допущена *вина*. Нынѣ C. P. O., § 945, постановляетъ слѣдующее: Если окажется, что наложеніе ареста или временнаго запрещенія съ самаго начала было неосновательно, или если эти мѣры будутъ отмѣнены на основаніи § 926, п. 2, или § 942, п. 3, то та сторона, которая добилась наложенія ареста или временнаго запрещенія, обязана возмѣстить противной сторонѣ убытки, которые послѣдняя потерпѣла вслѣдствіе осуществленія указанныхъ распоряженій либо вслѣдствіе того, что представила обезпеченіе съ цѣлью отвратить эти мѣры или добиться ихъ отмѣны. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 399.

www.naukaprava.ru

b) *Должностное лицо,* какъ судебнаго, такъ и другихъ вѣдомствъ, по господствующему среди практиковъ взгляду, отвѣчаетъ передъ потерпѣвшими за всякую вину, допущенную *при исполненіи служебныхъ обязанностей.* Но оно отвѣчаетъ лишь субсидіарно, т.-е. только въ томъ случаѣ, если потерпѣвшій не можетъ получить возмѣщенія изъ другого источника [5]) [6]).

c) Вина, допущенная при *веденіи переговоровъ о заключеніи договора,* — culpa in contrahendo — вызываетъ отвѣтственность, хотя бы переговоры не привели къ заключенію договора; такимъ образомъ, отвѣтственность въ этомъ случаѣ является внѣдоговорной [7]).

§ 136. **Actio doli** [1]).

Всякое противозаконное умышленное причиненіе имущественнаго вреда является основаніемъ для actio doli [2]), *если его*

---

[5]) Въ Римѣ, въ силу сенатскаго постановленія, изданнаго по иниціативѣ Траяна, magistratus municipales отвѣчали передъ малолѣтними субсидіарно, если они обнаруживали какой-либо недосмотръ при назначеніи опекуновъ, l. 5. C. de magistratibus conveniendis. 5. 75; при этомъ они отвѣчали за culpa, l. 7. D. de mag. conv. 27. 8. Со временъ Гая и judex отвѣчалъ за imprudentia, которая также сводится къ culpa levis; ср. Usteri: Die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters, Zürich, 1877; Pernice: Labeo, т. 2, разд. II, 1, стр. 168; Lenel: Edictum, стр. 135; l. 5. § 4. D. de obl. et act. 44. 7. Общe-германское право, опираясь на отвѣтственность муниципальныхъ магистратовъ, создало безспорно отвѣтственность и высшихъ опекунскихъ установленій. Но оно пошло еще дальше и признало вообще должностныхъ лицъ отвѣтственными, по крайней мѣрѣ субсидіарно, передъ частными лицами за вредъ, нанесенный ими при исполненіи служебныхъ обязанностей. Ср. Seuffert: Pandekten, § 425, и приведенныхъ имъ авторовъ. См. также Völderndorff въ Archiv für praktische Rechtswissenschaft, n. F., т. 12; Pfizer въ Archiv für civ. Praxis, т. 72, стр. 66; Klewitz: Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen, 1891; Seuffert: Archiv, т. 46, казусъ 165, т. 50, казусъ 18. По вопросу о томъ, принадлежитъ ли actio ex syndicatu только лицамъ, непосредственно участвовавшимъ въ судебномъ производствѣ, или также всѣмъ потерпѣвшимъ третьимъ лицамъ, ср. R. G. E., т. 46, стр. 213. Гражд. улож. для германской имперіи, § 839, п. 1, гласитъ: Если должностное лицо, умышленно или неосторожно, нарушитъ свои служебныя обязанности по отношенію къ третьему лицу, то оно обязано возмѣстить послѣднему причиненный ему вредъ. Если должностное лицо виновно только въ неосторожномъ причиненіи вреда, то оно можетъ быть привлечено къ уплатѣ вознагражденія въ тѣхъ лишь случаяхъ, когда потерпѣвшій лишенъ возможности получить его изъ другого источника. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 392.

[6]) *Судья, постановляющій приговоръ,* долженъ, прежде всего, *установить фактическія обстоятельства дѣла.* Въ этомъ отношеніи онъ отвѣчаетъ за всякую, даже незначительную вину. Далѣе, судья обязанъ *оцѣнить* эти обстоятельства, при чемъ ему должна быть предоставлена полная свобода. Съ этой точки зрѣнія, проигравшая дѣло сторона не можетъ заявлять никакихъ претензій по поводу легкой вины, допущенной судьей въ послѣднемъ направленіи; она можетъ ссылаться лишь на dolus или culpa lata. Ср. Haffner: Civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter, 1885; R. G. E., т. 40, стр. 202. Другого мнѣнія держится Klewitz, loc. cit., стр. 33. Имперскій судъ—R. G. E., т. 41, стр. 251— приравниваетъ къ коронному судьѣ также третейскаго судью. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 839, п. 2 и 3: Если должностное лицо нарушитъ свои служебныя обязанности при постановленіи рѣшенія по судебному дѣлу, то оно отвѣчаетъ за причиненный имъ вредъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда за допущенное имъ нарушеніе оно подлежитъ наказанію, налагаемому въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства. Это правило не распространяется на отказъ отъ исполненія служебныхъ обязанностей или промедленіе при ихъ исполненіи вопреки долгу службы. Должностное лицо не обязано возмѣщать вреда, если потерпѣвшій, умышленно или по небрежности, не обжаловалъ рѣшенія и не отвратилъ такимъ образомъ вреда.

[7]) Выше, § 10, прим. 10.

[1]) Tit. D. de dolo malo. 4. 3; Cod., 2. 20; Pernice: Labeo, т. 2, стр. 97, изд. 2, стр. 200; Parerga VII, Savigny-Zeitschr., т. 17, стр. 205; Mommsen: Röm. Strafr., стр. 678.

[2]) О введеніи этого иска Аквиліемъ Галломъ ср. выше, вып. I, § 104, прим. 4.

нельзя возмѣстить съ одинаковымъ успѣхомъ какимъ-либо инымъ способомъ.

Actio doli, слѣдовательно, является общимъ, но субсидіарнымъ искомъ, вытекающимъ изъ dolus.

а) Первоначально искъ этотъ былъ введенъ для случаевъ *обмана*, т.-е. умышленнаго *введенія въ заблужденіе*[3]); впослѣдствіи имъ стали пользоваться и при другихъ *мошенническихъ продѣлкахъ*[4]). Но развитіе иска не остановилось и на этомъ. Въ концѣ концовъ онъ долженъ былъ служить средствомъ для возмѣщенія всякаго умышленнаго имущественнаго вреда, въ какой бы *формѣ* онъ ни выразился, какими бы *средствами* онъ ни былъ причиненъ[5]).

b) Притязаніе имѣетъ восполняющій и субсидіарный характеръ. Однако, actio doli допускается и въ томъ случаѣ, если другія средства не обезпечиваютъ столь же вѣрнаго результата[6]) [7]).

Если между сторонами былъ заключенъ договоръ, то примѣняется контрактный искъ, а не actio doli.

Это обстоятельство имѣетъ особенное значеніе въ виду краткаго срока давности для внѣконтрактной actio doli. Послѣдняя погашается

---

[3]) Аквилій, спрошенный лицомъ, которому новое средство защиты казалось, очевидно, слишкомъ „неопредѣленнымъ“: „quid esset dolus malus“?—отвѣчалъ: „quum esset aliud simulatum, aliud actum“. Того же опредѣленія держался Сервій Сульпицій. См. перепечатанную выше—вып. I, § 86, прим. 4—l. 1, § 2. D. h. t. 4. 3.

[4]) Такого мнѣнія держался Лабеонъ—l. 1, § 2. D. h. t. 4. 3.

[5]) Pernice, loc. cit., стр. 107, во 2 изд. стр. 220, опираясь на опредѣленіе Лабеона, старается ограничить сферу примѣненія actio doli коварными, хитростными продѣлками. Съ нимъ соглашается Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. 2, § 116, стр. 1072. Но это едва ли правильно. Между прочимъ, actio doli допускается въ томъ случаѣ, если кто-либо добросовѣстно даетъ обѣщаніе, не вызывающее обязательственнаго отношенія, и впослѣдствіи отказывается отъ него, послѣ того какъ другая сторона, въ надеждѣ на обѣщанное, произвела напрасные расходы, l. 34. D. h. t. 4. 3; l. 16. § 1. D. de praescriptis verbis. 19. 5; R. G. E., т. 8, стр. 176. Спрашивается, въ чемъ заключается здѣсь коварная „продѣлка“? Дѣло въ томъ, что юриспруденція лишь постепенно отважилась установить полный составъ этого деликта и при этомъ пошла далеко за предѣлы болѣе древнихъ опредѣленій. Ср. R. G. E., т. 21, стр. 236.

[6]) l. 7, pr. D. h. t. 4. 3. Actio doli примѣняется, въ частности, и въ томъ случаѣ, если сомнителенъ вопросъ, можно ли воспользоваться другимъ искомъ, l. 7, § 3. D. h. t. 4. 3; или если искъ, который обоснованъ противъ третьяго лица, грозитъ остаться безъ результата вслѣдствіе несостоятельности послѣдняго, l. 6. D. h. t. 4. 3, ср. также l. 18, § 5. D. eod.; наконецъ, если третье лицо, къ которому можно было бы предъявить искъ, вытекающій изъ договора, имѣетъ свою подсудность заграницей; R. G. E., т. 34, стр. 151.— Нѣкоторые писатели, напр., Windscheid, т. 2, § 451, прим. 10, утверждаютъ, что субсидіарный характеръ actio doli является слѣдствіемъ infamia, которою сопровождался этотъ искъ въ римскомъ правѣ, и что онъ, какъ и весь институтъ infamia, не подвергся рецепціи въ обще-германскомъ правѣ. Но этотъ выводъ лишенъ основанія, съ чѣмъ соглашается и имперскій судъ—R. G. E., т. 23, стр. 143. Правда, въ l. 1. § 4. D. h. t. 4. 3, Ульпіанъ признаетъ субсидіарный характеръ actio doli именно въ виду того, что этотъ искъ сопряженъ съ infamia. Но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы и преторъ руководствовался тѣми же соображеніями. Мотивы претора, вѣрнѣе, коренились въ чрезвычайной природѣ этого иска, который долженъ былъ имѣть только вспомогательную функцію. Въ настоящее время субсидіарность имѣетъ, конечно, практическое значеніе преимущественно въ тѣхъ случаяхъ, когда потерпѣвшему принадлежитъ искъ не противъ того лица, которое умышленно причинило убытки; и въ этихъ случаяхъ она, дѣйствительно, вполнѣ цѣлесообразна. Ср. Karlowa, loc. cit., стр. 1070.

[7]) Особенности римской actio doli выражались еще въ томъ, что преторъ давалъ ее лишь послѣ предварительнаго разсмотрѣнія фактической стороны спора, а также, обыкновенно, лишь въ случаѣ болѣе значительныхъ убытковъ, l. 9. § 5. D. h. t. 4. 3. Подобная практика находилась въ связи съ государственно-правовымъ положеніемъ римскихъ магистратовъ и поэтому не была рецепирована.

www.naukaprava.ru

въ 2 года, считая съ момента совершенія dolus; впрочемъ, и по истеченіи этого срока искъ сохраняетъ силу въ размѣрѣ обогащенія отвѣтчика [8]).

Если dolus принесъ пользу третьему лицу, которое не принимало въ немъ участія, то оно отвѣчаетъ въ размѣрѣ своего обогащенія [9]) [10]).

E. Actio injuriarum.

§ 137. Понятіе и основныя положенія [1]) [2]).

Похищеніе и поврежденіе чужихъ вещей, а также dolus, являются деликтами, направленными противъ имущества; въ противоположность этому, injuria составляетъ деликтъ противъ личности.

Римское понятіе injuria имѣетъ также широкую область примѣненія. При этомъ деликтѣ дѣло идетъ не только о тѣлесныхъ поврежденіяхъ и обидахъ, т.-е. объ открытомъ оскорбленіи чувства чести. *Injuria называется вообще всякое умышленное противозаконное выраженіе пренебреженія къ чужой личности* [3]).

a) Animus injuriandi, лежащій въ основѣ injuria [4]), есть сознательное пренебрежительное отношеніе къ другому лицу. Нѣтъ необходимости, чтобы данное дѣйствіе было совершено именно съ цѣлью нанесенія обиды. Достаточно, если кто-нибудь, ради достиженія другихъ цѣлей, не остановился передъ обидой.

---

[8]) l. 8. C. h. t. 2. 20; l. 28. D. h. t. 4. 3. Въ классическій періодъ римскаго права срокъ давности былъ annus utilis. За примѣненіе краткой давности высказывается и имперскій судъ—R. G. E., т. 23, стр. 178.

[9]) l. 15. pr., §§ 1 и 2. D. h. t. 4. 3.

[10]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 826, постановляетъ: „Кто умышленно причинитъ вредъ другому лицу способомъ, противнымъ добрымъ нравамъ, тотъ обязанъ возмѣстить ему этотъ вредъ". Эта actio doli имѣетъ особое значеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда причиняющій вредъ имѣлъ право на данныя дѣйствія, но воспользовался своимъ правомъ лишь для того, чтобы умышленно причинить вредъ, въ нарушеніе добрыхъ нравовъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 393.

[1]) Tit. Inst. de injuriis. 4. 4. Dig. 47. 10. Cod. 9. 35.

[2]) Weber: Ueber Injurien und Schmähschriften, 1793 и слѣд., 4 изд. 1820; Walter въ Neues Archiv des Kriminalrechtes, т. 4, стр. 108 и слѣд., стр. 241 и слѣд.; Jhering: Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, въ его Jahrb., т. 23, статья 6; Landsberg: Injuria und Beleidigung, 1886. Тамъ указана дальнѣйшая литература. Ср. еще Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 19 и слѣд.; Mommsen: Römisches Strafrecht, стр. 784; Hitzig: Injuria, 1899.

[3]) Какъ извѣстно, уже въ законѣ XII таблицъ встрѣчается упоминаніе объ injuria, за которую полагался штрафъ въ 25 ассовъ. Но древне-римская юриспруденція, повидимому, понимала подъ injuria только *тѣлесныя поврежденія*, ср. Landsberg, loc. cit., стр. 32, и приведенныхъ тамъ авторовъ. Этимъ объясняется то, что преторъ издалъ особые эдикты, направленные противъ другихъ видовъ посягательствъ на чужую личность, въ частности по поводу „convicium", оскорбленія чувства стыдливости и „ne quid infamandi causa fiat"; ср. Lenel: Edictum, стр. 320. Впрочемъ, уже Лабеонъ усматриваетъ сущность injuria въ „contumelia", l. 13. § 4. D. h. t. 47. 10. Классическое опредѣленіе институцій, pr. I. h. t. 4. 4, заимствованное изъ сочиненія Павла—collatio II, 5, § 1—и l. 1, pr. D. h. t. 47. 10, принадлежащая Ульпіану, прямо характеризуютъ injuria какъ contumelia. Фрагментъ изъ сочиненія Павла старается пояснить понятіе contumelia, называя ее „*ὕβρις*". Въ болѣе широкомъ смыслѣ, injuria, на основаніи приведенныхъ мѣстъ источниковъ, есть „omne, quod non jure fit", *ἀδίκημα*. Но ср. также Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 27.

[4]) l. 3, § 1. D. h. t. 47. 10. Ulpianus libro 56 ad edictum: „injuria ex affectu facientis consistit".

b) Injuria можетъ быть направлена *непосредственно* противъ чужой личности, выражаясь въ оскорбленіи дѣйствіемъ, въ лишеніи свободы [5]), въ умаленіи чести или въ злоупотребленіи чужимъ именемъ [6]).

Но, кромѣ того, существуютъ *косвенныя обиды*, понятіе и объемъ которыхъ вызываютъ, правда, много сомнѣній. Онѣ состоятъ въ злостномъ преднамѣренномъ посягательствѣ на чужія *права*, касающіяся *внѣшняго міра* [7]).

Косвенную обиду можно усмотрѣть во всякой кражѣ, въ умышленномъ поврежденіи вещей и вообще въ любомъ преднамѣренномъ причиненіи имущественнаго вреда: лицо, не уважающее чужого владѣнія, не уважаетъ и самого владѣльца. Тѣмъ не менѣе, въ этихъ случаяхъ злонамѣреннаго посягательства на чужія права предъявленіе actio injuriarum вообще не допускается, и за ней признается лишь *субсидіарное* значеніе, т.-е. она исключается тамъ, гдѣ существуютъ самостоятельные штрафные иски по поводу причиненія имущественнаго ущерба [8]).

Главными случаями косвенной injuria, порождающими actio injuriarum, считаются: нарушеніе общественнаго пользованія [9]), препятствованіе собственнику пользоваться своею вещью [10]), вторженіе въ чужое владѣніе противъ воли собственника [11]).

Предметомъ actio injuriarum является присужденіе штрафа, размѣръ котораго опредѣляется по усмотрѣнію суда [12]); при этомъ долженъ

---

[5]) Различіе между оскорбленіемъ дѣйствіемъ и словесными обидами проводится въ l. 1, § 1. D. h. t. 47. 10.

[6]) Случай изъ современной жизни составляетъ помѣщеніе нашего имени подъ воззваніемъ или петиціей безъ нашего разрѣшенія.

[7]) На этомъ основаніи Jhering, loc. cit., различаетъ посягательство на личность въ отношеніи того, „*что она изъ себя представляетъ*“, и въ отношеніи того, „*что она имѣетъ*“, и называетъ actio injuriarum въ первомъ случаѣ „абстрактной“, во второмъ—„конкретной“.

[8]) Посягательство на личность, которое содержится въ кражѣ, поврежденіи вещей и dolus'ѣ, получало въ Римѣ уже достаточное возмездіе вслѣдствіе штрафного характера actio furti и legis Aquiliae и сопровождавшаго actio doli безчестія—infamia. Вотъ почему было запрещено предъявлять, сверхъ того, еще actio injuriarum. Въ тѣхъ, однако, случаяхъ, когда деликтъ не былъ еще оконченъ, напр., если воръ, съ намѣреніемъ украсть, проникъ въ помѣщеніе, но не успѣлъ совершить кражи, въ виду невозможности получить удовлетвореніе при помощи actio furti, давалась actio injuriarum, l. 21, § 7. D. de furtis. 47. 2. Jhering и Landsberg, loc. cit., пытаются установить границы actio injuriarum на основаніи самаго понятія injuria. Но это имъ едва ли удалось.

[9]) l. 2, § 9. D. ne quid in loco publico. 43. 8. Ulpianus libro 68 ad edictum: Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus injuriarum actione utendum est; l. 13, § 7. D. h. t. 47. 10. О соотвѣтствующемъ примѣненіи того же иска въ современной жизни ср. Jhering, loc. cit., стр. 270.

[10]) l. 24. D. h. t. 47. 10; l. 25. D. de a. e. v. 19. 1; l. 44. D. h. t. 47. 10. О послѣднемъ мѣстѣ см. Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 36. Случаи примѣненія къ сосѣдскимъ отношеніямъ и, въ частности, къ столкновеніямъ между нанимателями приводятся Jhering'омъ, loc. cit., стр. 280. Но онъ идетъ, кажется, слишкомъ далеко, разсматривая устройство танцовальныхъ вечеровъ въ верхнемъ этажѣ прямо какъ косвенную injuria, причиняемую жильцу нижняго этажа.

[11]) l. 5. pr., §§ 2, 5. D. h. t. 47. 10.

[12]) Actio injuriarum XII таблицъ, налагавшая на виновнаго штрафъ въ 25 ассовъ, была замѣнена преторомъ посредствомъ другого иска—actio injuriarum aestimatoria, въ которомъ судья опредѣлялъ размѣръ штрафа по своему усмотрѣнію. l. 17, § 5. D. h. t.

www.naukaprava.ru

быть принятъ во вниманіе и имущественный ущербъ истца [13]). Ни права, ни отвѣтственность по этому иску не переходятъ по наслѣдству [14]); онъ погашается по давности въ одинъ годъ, исчисляемый utiliter [15]). Частная actio injuriarum была рецепирована въ Германіи [16]). Многіе авторы полагаютъ, однако, что она была упразднена имперскимъ уставомъ уголовнаго судопроизводства [17]). Съ этимъ можно согласиться, поскольку дѣло идетъ объ оскорбленіяхъ и тѣлесныхъ поврежденіяхъ [18]); но это невѣрно относительно другихъ случаевъ, въ частности—косвенныхъ обидъ. Для этихъ случаевъ actio injuriarum сохранила силу и въ обще-германскомъ правѣ, въ качествѣ иска о возмѣщеніи убытковъ [19]) [20]).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Кондикціи.

§ 138. А. Общія понятія [1]).

Пріобрѣтеніе изъ чужого имущества безъ справедливаго основанія порождаетъ личный искъ, направленный на возвращеніе, — кондикцію [2]).

---

[13]) l. 8. C. h. t. 9. 35. Landsberg, loc. cit., стр. 90.

[14]) l. 13, pr. D. h. t. 47. 10.

[15]) l. 5. C. h. t. 9. 35.

[16]) Рецепція римской actio injuriarum aestimatoria въ Германіи не подлежитъ сомнѣнію. При этомъ искъ былъ рецепированъ въ томъ же объемѣ, въ какомъ онъ примѣнялся въ Римѣ; поэтому, въ частности, онъ допускался и въ случаяхъ, когда дѣло шло не о прямомъ оскорбленіи чести. Ср. объ этомъ Landsberg, loc. cit., стр. 66.

[17]) Новѣйшіе учебники пандектнаго права признаютъ безъ исключенія, что actio injuriarum упразднена. См. цитаты у Jhering'a, loc. cit., стр. 267, прим. 1.

[18]) Такъ, § 11, п. 1, закона о введеніи въ дѣйствіе германскаго устава уголовнаго судопроизводства постановляетъ: Уголовное преслѣдованіе за *нанесеніе обиды* и *причиненіе тѣлеснаго поврежденія* возбуждается только согласно правиламъ устава уголовнаго судопроизводства. Этимъ, очевидно, упразднялась actio injuriarum aestimatoria, но, конечно, лишь постольку, поскольку дѣло касалось оскорбленій и тѣлесныхъ поврежденій.

[19]) Таковъ, въ общемъ, взглядъ Jhering'a, loc. cit., стр. 268, а также Hölder'a: Pandekten, § 59, который признаетъ actio injuriarum, направленную на возмѣщеніе ущерба. Ср., кромѣ того, Seuffert: Archiv, т. 51, казусъ 179 (O. L. G. Hamburg). Мы считаемъ неудавшеюся попытку Ландсберга, loc. cit., примѣнить къ римской actio injuriarum aestimatoria, поскольку она еще сохранилась, принципы уголовнаго процесса и передать ее въ вѣдѣніе суда шеффеновъ.

[20]) Гражд. улож. для герман. имперіи, § 824, постановляетъ: Кто, вопреки истинѣ, утверждаетъ или разглашаетъ обстоятельство, способное подорвать кредитъ другого лица или повлечь за собой какія-либо иныя невыгодныя послѣдствія для его имущественнаго положенія или заработка, тотъ обязанъ возмѣстить причиненный этимъ вредъ, если онъ, хотя и не зналъ, но долженъ былъ знать, что разглашаемое имъ обстоятельство ложно. По поводу сообщенія извѣстія, о ложности котораго сообщившій его не зналъ, на послѣдняго не возлагается обязанность возмѣстить вредъ, если онъ самъ или тотъ, кому онъ сдѣлалъ ложное сообщеніе, были правомѣрно заинтересованы въ такого рода извѣщеніи. Ср. далѣе § 825. На основаніи § 847, при наличности обстоятельствъ, указанныхъ въ § 825, а также въ томъ случаѣ, если по отношенію къ женщинѣ совершены преступленіе или проступокъ противъ нравственности, наконецъ, въ случаѣ лишенія свободы, потерпѣвшій можетъ потребовать справедливаго вознагражденія въ деньгахъ и за тотъ вредъ, который не имѣетъ имущественнаго характера. Это притязаніе не подлежитъ передачѣ и не переходитъ по наслѣдству, развѣ только оно признано по договору или было уже предъявлено ко взысканію. Посягательства противъ чести могутъ, далѣе, быть подведены подъ § 823, п. 2. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 390.

Кондикціи были judicia stricti juris. Происхожденіе и названіе ихъ относятся ко времени legis actiones. Къ числу ихъ принадлежали: actio certae pecuniae creditae—искъ, направленный на возвращеніе данныхъ въ кредитъ денежныхъ суммъ, condictio triticaria, направленная на возвращеніе всякихъ опредѣленныхъ объектовъ, и, наконецъ, condictio incerti, имѣвшая цѣлью возвращеніе иного рода цѣнностей [3]). Первоначально кондикціи были предназначены лишь для востребованія цѣнностей, данныхъ въ кредитъ на основаніи контракта. Но юриспруденція, начиная приблизительно съ послѣднихъ вѣковъ республики [4]), пользовалась ими и для востребованія того, что безъ правомѣрнаго основанія было пріобрѣтено изъ чужого имущества помимо контракта. Такимъ образомъ она подчинила эти строгіе иски высшимъ цѣлямъ справедливости.

Необходимыми условіями внѣконтрактныхъ кондикцій являются:

1. *Пріобрѣтеніе кондикціоннаго должника изъ имущества кондикціоннаго вѣрителя.*

Слѣдовательно, кондикціи имѣютъ *реальное* основаніе. Вотъ почему римскіе юристы приравнивали по крайней мѣрѣ condictio indebiti къ иску, вытекающему изъ займа [5]).

Самый простой и первоначальный случай — это пріобрѣтеніе права собственности на тѣлесныя вещи. Но, согласно развитому праву, достаточно всякаго увеличенія имущества одного лица на счетъ другого, напр., посредствомъ пріобрѣтенія вещныхъ правъ на чужую вещь [6]), пріобрѣтенія требованій [7]), прощенія долговыхъ обязательствъ [8]), иного рода сбереженій [9]). Не требуется также, чтобы цѣнности непосредственно перешли изъ имущества одного лица къ другому [10]).

---

[1]) Savigny: System, т. 5, стр. 503: „Die Kondiktionen“; Windscheid: Die Lehre des römischen Rechtes von der Voraussetzung, 1850; Erxleben: Die condictiones sine causa, отд. I, 1850, отд. II, 1852; Witte: Die Bereicherungsklagen, 1859; Jacobi: Rechtsbegriff der Bereicherung въ Jherings Jahrb., т. 4, стр. 296; Voigt: Die condictiones ob causam, 1862; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 202 и слѣд.; Bolze: Zur Lehre von den Kondiktionen, insonderheit von den condictiones sine causa, въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, статья 14; Bolze: Einige Quellenstellen zur Lehre von den Kondiktionen, въ томъ же журналѣ, т. 79, статья 5; R. v. Mayr: Die condictio des römischen Privatrechtes, 1900. Ср. также Lenel въ Archiv für civ. Praxis, т. 74, статья 6, и Windscheid, тамъ же, т. 78, стр. 161 и слѣд. Въ русской литературѣ см. Гриммъ: Очерки по ученію объ обогащеніи, вып. 1 и 2, 1891, вып. 3, 1893; Петражицкій: Иски о незаконномъ обогащеніи, въ „Вѣстникѣ Права“, 1900 г., кн. 1, 2, 3, 4 и 5.

[2]) l. 66. D. de condictione indebiti. 12. 6. Papinianus libro 8 quaestionum: Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 812, п. 1: Кто безъ правомѣрнаго основанія, вслѣдствіе совершенія другимъ лицомъ извѣстнаго дѣйствія въ его пользу или инымъ путемъ, получилъ что-либо на счетъ этого другого, тотъ обязанъ возвратить ему полученное.

[3]) Выше, вып. I, § 131.

[4]) Ср. Voigt, loc. cit., стр. 226. Иначе Мауг, loc. cit.

[5]) Gajus, Inst., III, § 91.

[6]) l. 12. D. de condictione indebiti. 12. 6.

[7]) l. 1, pr. D. de condictione sine causa. 12. 7.

[8]) l. 4, l. 10. D. de cond. causa d. c. n. s. 12. 4.

[9]) См. Windscheid, т. 2, § 421, прим. 10 и слѣд. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 812, п. 2, особенно выдѣляетъ положеніе: Дѣйствіемъ въ пользу другого считается также признаніе по договору существованія или несуществованія извѣстнаго обязательства.

www.naukaprava.ru

Лицо, которое получило *владѣніе* чужой вещью, но не получило *права собственности* на нее, тѣмъ самымъ не пріобрѣло еще вещи. Собственникъ можетъ еще виндицировать ее, а поэтому, на основаніи древне-римскаго правила, здѣсь не допускается кондикція. Только воръ не могъ на это ссылаться. Слѣдовательно, если потерпѣвшій кондицировалъ у вора похищенную вещь, несмотря на то, что онъ остался ея собственникомъ, то искъ этотъ все же былъ дѣйствителенъ,—такъ сказать, „odio furum“ [11]).

Указанное правило, впрочемъ, вообще утратило свое значеніе съ тѣхъ поръ, какъ противъ лица, завладѣвшаго чужой вещью безъ правомѣрнаго основанія, стали давать condictio *possessionis*, которою могъ воспользоваться и *собственникъ*, потерявшій владѣніе [12]).

2. Переходъ имущества, хотя и законченный съ формальной стороны, *долженъ быть неправомѣрнымъ по существу*. При этомъ въ основаніи неправомѣрности можетъ лежать:

а) *Недобросовѣстность кондикціоннаго должника*, въ силу которой пріобрѣтеніе является *неправомѣрнымъ и съ субъективной стороны*.

Для случаевъ недобросовѣстнаго пріобрѣтенія существуетъ три рода кондикцій, а именно: *condictio furtiva, ob turpem causam* и *ob injustam causam*.

b) Но и наличность *одной объективной неправомѣрности*, безъ субъективной вины кондикціоннаго должника, считается достаточнымъ основаніемъ для допущенія кондикціи.

Въ подобныхъ случаяхъ цѣль ея состоитъ въ оспариваніи формальнаго права, которое лишено болѣе глубокаго, матеріальнаго основанія.

Такого рода кондикцій существуетъ также три: *condictio indebiti, ob causam* и *sine causa*.

Новѣйшіе писатели, въ большинствѣ случаевъ, называютъ кондикціи *исками изъ обогащенія*, причемъ цѣль ихъ усматриваютъ въ выдачѣ неосновательнаго обогащенія [13]). Но это отнюдь не во всѣхъ случаяхъ соотвѣтствуетъ дѣйствительному положенію вещей. Правда, кондикціи имѣютъ реальную основу и направлены на возвращеніе имущества; но онѣ далеко не всегда ограничиваются размѣрами обогащенія отвѣтчика. Въ частности, кондикціи, основанныя

---

[10]) Ср. въ особенности случай, разсмотрѣнный выше, вып. II, § 225, прим. 25.

[11]) Gajus, Inst., IV, § 4; § 14. I. de actionibus. 4. 6.

[12]) l. 15. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6, l. 2. D. de cond. trit. 13. 3. О condictio possessionis ср. Bruns: Besitzklagen, стр. 185; Pflüger: Besitzklagen, стр. 120; Bolze въ Archiv für civ. Praxis, т. 79, стр. 206 и слѣд.

[13]) Такого мнѣнія держится въ особенности Savigny, loc. cit., стр. 564. Къ нему присоединяются позднѣйшіе писатели. На этомъ основаніи, между прочимъ, Windscheid даетъ ученію о кондикціяхъ заглавіе „неосновательное обогащеніе“. Онъ сознаетъ, что это названіе не подходитъ къ condictio furtiva, и старается исключить ее изъ общаго круга кондикцій. Противъ него Bolze въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, стр. 422 и слѣд.— Противъ выраженія „иски изъ обогащенія“ высказывается также Jacobi, loc. cit., стр. 160, 182. Однако, и въ гражд. улож. для герман. имперіи соотвѣтствующій отдѣлъ озаглавленъ: неосновательное обогащеніе.

на субъективной недобросовѣстности кондикціоннаго должника, направлены на возмѣщеніе всего интереса [14]).

B. Кондикція при недобросовѣстномъ пріобрѣтеніи.

§ 139. Condictio furtiva [1]).

Condictio furtiva обязываетъ къ возврату похищеннаго имущества.

Вопросъ о томъ, является ли condictio furtiva деликтнымъ искомъ, давно считается спорнымъ. Само собою разумѣется, что она предполагаетъ деликтъ — furtum. Но ея основаніе все-таки реальное, а именно—*полученіе похищеннаго* изъ имущества потерпѣвшаго; точно такъ же и цѣль ея реальная — возвращеніе. Поэтому она является настоящей кондикціей [2]). Это видно изъ слѣдующихъ отдѣльныхъ положеній:

а) *Истцомъ* является только потерпѣвшій *собственникъ* или лицо, обладающее другимъ вещнымъ правомъ на похищенный предметъ [3]). Право на искъ прекращается, если собственникъ самъ откажется отъ своей собственности на похищенную вещь [4]), ибо condictio furtiva замѣняетъ собою виндикацію [5]).

---

[14]) Обогащеніе одного лица и соотвѣтствующій ущербъ другого, сами по себѣ, не создаютъ еще обязательства. На такихъ явленіяхъ основывается весь строй человѣческаго общества, его стремленія и борьба. Этому нисколько не противорѣчатъ слова Помпонія, libro 9 ex variis lectionibus, l. 206. D. de R. J. 50. 17: Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. Слѣдуетъ здѣсь только обратить должное вниманіе на слово „injuria“. Въ l. 14. D. de condictione indebiti. 12. 6 сокращенная редакція объясняется ея особымъ отношеніемъ къ случаю, разсмотрѣнному въ l. 13. § 1. D. eod. Другіе взгляды высказывалъ Sell: Versuche, 1833.

[1]) Tit. Dig. de condictione furtiva. 13. 1, Cod. 4. 8. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 848 и слѣд.

[2]) Изъ новѣйшихъ писателей, главнымъ образомъ, Francke: Beiträge, стр. 29, считаетъ condictio furtiva деликтнымъ искомъ. По мнѣнію Windscheid'a, т. 2, § 453, condictio furtiva представляетъ изъ себя „деликтное притязаніе, облеченное въ форму притязанія, вытекающаго изъ неосновательнаго обогащенія“. Противъ этого высказываются Savigny, т. 5, стр. 551, и Vangerow, т. 3, § 679, прим. 2. Что римляне отнюдь не считали condictio furtiva деликтнымъ искомъ, видно, между прочимъ, изъ примѣненія этого иска въ тѣхъ случаяхъ, когда виновникомъ кражи являлся рабъ. Если бы она была деликтнымъ искомъ, то ее можно было бы предъявить, въ качествѣ ноксальнаго иска, ко всякому, кто въ данный моментъ оказался бы собственникомъ совершившаго кражу раба, а также и къ самому вору послѣ отпущенія его на волю. Въ дѣйствительности же она давалась противъ домовладыки лишь въ качествѣ actio de peculio; condictio furtiva noxalis не существовало, и ея существованія нельзя также доказать положеніемъ, высказаннымъ въ l. 4. D. h. t. 13. 1; ср. Savigny, loc. cit., стр. 562. Согласно съ этимъ, можно было, правда, предъявить actio furti и къ самому рабу послѣ его освобожденія, но не condictio furtiva, за исключеніемъ того случая, когда совершеніе кражи хотя бы отчасти относилось ко времени послѣ освобожденія раба, l. 15. D. h. t. 13. 1.

[3]) l. 1, l. 12. § 2. D. eod. 13. 1. Если бы condictio была деликтнымъ искомъ, то ее слѣдовало бы предоставлять каждому заинтересованному лицу. Но ея основаніе — пріобрѣтеніе изъ чужого имущества. Поэтому, ею можетъ воспользоваться лишь собственникъ и лицо, имѣющее вещное право.

[4]) l. 10. § 2, l. 12. pr. D. h. t. 13. 1.

[5]) Этому не противорѣчитъ то обстоятельство, что condictio furtiva можетъ быть предъявлена, въ зависимости отъ выбора потерпѣвшаго, взамѣнъ rei vindicatio (элективная конкуренція); ср. выше, § 138, прим. 11.

www.naukaprava.ru

b) Въ качествѣ *отвѣтчика* по этому иску можетъ быть привлеченъ только тотъ, кто *непосредственно* совершилъ похищеніе, а не зачинщикъ и пособникъ [6]). Если похищеніе совершено нѣсколькими лицами, то они отвѣчаютъ солидарно [7]).

Искъ допускается противъ наслѣдниковъ похитителя безъ ограниченій, какъ всякій искъ чисто имущественнаго характера, а не съ тѣми ограниченіями, которыя свойственны деликтнымъ искамъ [8]).

c) Предметомъ иска является возвращеніе похищеннаго. При этомъ похититель всегда считается находящимся in mora. Поэтому, онъ отвѣчаетъ за случайную гибель вещи; онъ долженъ уплатить высшую стоимость, въ которую похищенная вещь цѣнилась въ промежутокъ времени между совершеніемъ проступка и присужденіемъ; наконецъ, онъ обязанъ возвратить не только плоды, дѣйствительно имъ полученные, и тѣ, которыхъ онъ не получилъ по своей винѣ, но и всѣ тѣ, которые могъ бы получить самъ потерпѣвшій [9]).

§ 140. Condictio ob turpem vel injustam causam [1]).

По общему правилу, посредствомъ кондикціи можно вытребовать обратно все то, что было добыто путемъ преступленія или инымъ явно безнравственнымъ способомъ.

1. Особыми свойствами отличается *condictio ob turpem causam* [2]); она направлена на истребованіе того, что *кондикціонный должникъ безнравственнымъ образомъ получилъ отъ кондикціоннаго вѣрителя съ тѣмъ, чтобы въ будущемъ совершить извѣстныя дѣйствія или воздержаться отъ нихъ*. Предполагается при этомъ, что сдѣлка была позорна *только* для *получившаго выгоду*, а не для того, кто ее предоставилъ. Сюда относятся, главнымъ образомъ, случаи вымогательства, напр., уплата денегъ за отказъ отъ распро-

---

[6]) См. фрагментъ, принадлежащій Ульпіану, l. 6. D. h. t. 13, 1. Правда, Павелъ въ l. 53, § 2. D. de V. S. 50. 16 допускаетъ condictio furtiva противъ *пособника*, но не противъ *зачинщика* furtum. Lenel: Edictum, стр. 262. Это противорѣчіе не объясняется, какъ полагаетъ Windscheid, т. 2, § 453, двойственной природой condictio и тѣмъ, что Ульпіанъ будто бы обратилъ вниманіе на внѣшнюю сторону — кондикціонную природу иска, Павелъ же на внутреннюю—его деликтный характеръ. Въ такомъ случаѣ Павелъ долженъ былъ бы допустить condictio furtiva также противъ *зачинщика*. Юристъ, напротивъ, полагалъ, что пособникъ, принимая активное участіе въ похищеніи, фактически пріобрѣталъ хоть что-нибудь изъ чужого имущества; въ его глазахъ, odio furum, этого было достаточно для допущенія condictio. Иного мнѣнія Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, т. 2, стр. 786. Ср. также Pernice: Labeo, изд. 2, т. 2, стр. 107 и слѣд.

[7]) l. 1. C. h. t. 4. 8.

[8]) l. 9. D. h. t. 13. 1.

[9]) l. 8, l. 20. D. h. t. 13. 1. По обще-германскому праву, безъ сомнѣнія, должны быть уплачены также проценты.

[1]) Tit. Dig. de condictione ob turpem vel injustam causam. 12. 5, Cod. de condictione ob turpem causam. 4. 7, также Tit. Cod. de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa. 4. 9.

[2]) Раньше спорили о томъ, обозначаютъ ли названія condictio ob turpem vel injustam causam различныя понятія или одни и тѣ же; Glück, т. 13, стр. 50. Въ настоящее время всѣ согласны въ томъ, что рѣчь идетъ о различныхъ искахъ. Иного взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи, § 817: Если цѣль предоставленія была такова, что, принимая послѣднее, получатель нарушилъ установленный закономъ запретъ или добрые нравы, то онъ обязанъ возвратить полученное.

страненія пасквиля или съ цѣлью получить обратно поклажу, которую депозитарій, вопреки своей обязанности, *отказывается* возвратить безъ вознагражденія [3]).

Если сдѣлка была безнравственна *и для дающаго*, напр., въ случаѣ найма убійцы, то право обратнаго требованія отпадаетъ [4]); но, съ другой стороны, нельзя и предъявить иска о полученіи обѣщаннаго вознагражденія [5]).

2. Всякое *иное безнравственное пріобрѣтеніе* обосновываетъ *condictio ob injustam causam* [6]), напр., взиманіе ростовщическихъ процентовъ [7]).

Содержаніе этихъ притязаній опредѣляется согласно общимъ началамъ condictio furtiva [8]).

С. Кондикціи, вытекающія изъ объективно необоснованнаго пріобрѣтенія.

§ 141. Condictio indebiti [1]).

Платежъ мнимаго, въ дѣйствительности не существующаго долга обосновываетъ condictio indebiti.

Платежъ и при такихъ условіяхъ переноситъ *право собственности*, такъ какъ воля дающаго и получателя при передачѣ [2]) были направлены на перенесеніе этого права. Но цѣль сдѣлки — *погашеніе долга*—не можетъ быть достигнута, такъ какъ не существуетъ самаго долга; вслѣдствіе этого, переходъ права собственности лишенъ основанія. Вотъ почему уплатившій по ошибкѣ можетъ

---

[3]) l. 1, § 2. D. h. t. 12. 5. Paulus libro 10 ad Sabinum: Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest; l. 2. D. eod. Ulpianus libro 26 ad edictum: ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas... Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te vel ut instrumentum mihi redderes. R. G. E., т. 36, стр. 203.

[4]) l. 3. D. h. t. 12. 5. Paulus libro 10 ad Sabinum: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male judicetur. Ср. далѣе l. 4, § 3. D. eod. Ulpianus libro 26 ad edictum: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix. Ср. Seuffert: Archiv, т. 51, каз. 183, т. 54, каз. 213. Съ этимъ согласно и гражд. улож. для герман. имперіи, § 817.

[5]) l. 1, l. 5. C. h. t. 4. 7. Того же взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи, § 117.

[6]) l. 6. D. h. t. 12. 5.

[7]) l. 3. C. h. t. 4. 9. Интересна фактическая обстановка случая, разрѣшеннаго имперскимъ судомъ—R. G. E., т. 45, стр. 170.

[8]) l. 7. C. h. t. 4. 7. На основаніи l. 4. C. eod., нельзя было требовать процентовъ. Это было слѣдствіемъ строгаго характера actio certae pecuniae creditae, которою пользовались въ Римѣ въ подобныхъ случаяхъ; по обще-германскому праву указанное положеніе не примѣнимо болѣе къ кондикціи при недобросовѣстномъ пріобрѣтеніи. На основаніи гражд. улож. для герман. имперіи, § 819, п. 2, получатель обязанъ къ возврату съ момента полученія; онъ отвѣчаетъ такъ, какъ будто притязаніе, направленное на возвращеніе, уже съ момента полученія вещи сдѣлалось предметомъ судебнаго спора; другими словами, онъ отвѣчаетъ, какъ управляющій чужимъ имуществомъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 379 въ концѣ.

[1]) Tit. Dig. de condictione indebiti. 12. 6. Cod. 4, 5; Erxleben: Die condictiones sine causa, отд. I, 1850; Voigt, loc. cit., §§ 74 и 75; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 238; Maurice Desribes: De la condictio indebiti, thèse, Paris, 1892.

[2]) Выше, вып. II, § 213.

www.naukaprava.ru

предъявить condictio indebiti для истребованія своего платежа. Условія этого иска слѣдующія:

1. *Платежъ съ цѣлью погашенія долга* [3]). Это условіе слѣдуетъ понимать въ самомъ широкомъ смыслѣ. Сюда относятся: передача въ собственность денегъ, другихъ замѣнимыхъ вещей и предметовъ индивидуально-опредѣленныхъ — species, оказаніе услугъ [4]), принятіе на себя обязательствъ [5]), даже отреченіе отъ извѣстныхъ правъ [6]).

Платежа въ собственномъ смыслѣ можетъ и не быть; замѣна исполненія по мнимому долгу предоставленіемъ иной цѣнности — *datio in solutum*—также обосновываетъ кондикцію [7]).

2. *Несуществованіе предполагаемаго долга.* При этомъ безразлично, не возникалъ ли онъ вообще никогда, или же онъ прекратился вслѣдствіе исполненія. Считается несуществующимъ и такой долгъ, который можетъ быть обезсиленъ посредствомъ разрушающей—перемпторной—эксцепціи, если только онъ, несмотря на подобную эксцепцію, не сохраняетъ силы натуральнаго обязательства [8]).

Платежъ по натуральному обязательству, хотя бы онъ былъ произведенъ по ошибкѣ, въ видѣ общаго правила, не подлежитъ возврату [9]) [10]).

Если по ошибкѣ произведенъ преждевременно платежъ по долгу, хотя и *существующему,* но *срокъ платежа* котораго еще *не наступилъ*, то кондикція не возникаетъ [11]); нельзя даже воспользоваться ею съ цѣлью вернуть въ подобныхъ случаяхъ interusurium [12]): признается, что даннымъ платежомъ все-же погашенъ дѣйствительный долгъ. Но если, вслѣдствіе заблужденія, произведенъ платежъ по условному долгу [13]) или вообще по долгу, еще *не опре-*

---

[3]) Необходимо, чтобы *платящій* имѣлъ намѣреніе погасить долгъ. Зналъ ли вѣритель объ этомъ, принимая уплату, или случайно не зналъ — безразлично. Lenel, loc. cit, стр. 224.

[4]) l. 26. § 12, l. 40. § 2. D. h. t. 12. 6.

[5]) l. 31. D. h. t. 12. 6.

[6]) l. 39. D. h. t. 12. 6.

[7]) l. 26, §§ 4—6. D. h. t. 12. 6. Römer: Leistung an Erfüllungs Statt, стр. 132.

[8]) l. 26. §§ 3 и 7, l. 30, l. 32. § 1, l. 43. D. h. t. 12. 6. Того же взгляда держится гражд. улож. для герман. имперіи, § 813, п. 1.

[9]) Ср. выше, § 4, прим. 9, § 5, прим. 17.

[10]) Можно ли требовать обратно уплаченные проценты, *которые должникъ не обязанъ былъ платить*, между тѣмъ какъ главный долгъ дѣйствительно существовалъ? Повидимому, отрицательный отвѣтъ даетъ l. 26. pr. D. h. t. 12. 6. Ulpianus libro 26 ad edictum: Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit. Этотъ выводъ Ульпіана многіе авторы объясняютъ тѣмъ, что уплата процентовъ составляетъ „моральную обязанность“ должника передъ вѣрителемъ; Vangerow, т. 1, § 76. Но это едва ли правильно. Римляне часто понимаютъ подъ usurae indebitae такіе проценты, которые были обѣщаны „ex pacto“, безъ стипуляціи, ср. l. 5. § 2. D. de solutionibus. 46. 3. Въ этомъ смыслѣ приходится толковать и приведенное мѣсто.

[11]) l. 10. D. h. t. 12. 6. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 813, п. 2. Это примѣняется и къ тому случаю, когда установленъ такъ наз. dies incertus quando, certus an, напр., „cum moriar dare promisero“, l. 17. D. h. t. 12. 6; ср. также l. 56. D. eod.

[12]) Иного мнѣнія Windscheid, loc. cit., т. 2, § 426, прим. 8. Съ высказаннымъ въ текстѣ взглядомъ согласно гражд. улож. для герман. имперіи, § 813, п. 2.

[13]) l. 16. D. h. t. 12. 6. Конечно, это не примѣняется при условіяхъ, которыя

дѣлившемуся въ своемъ существованіи, то, пока длится это неопредѣленное положеніе, платежъ можетъ быть вытребованъ обратно посредствомъ кондикціи: долга пока еще не существуетъ.

Кто уплатилъ *чужой* долгъ въ ошибочномъ предположеніи, что онъ самъ *состоитъ должникомъ*, тотъ имѣетъ право потребовать обратно уплаченное, такъ какъ онъ погасилъ не дѣйствительно существующій, а иной — лишь мнимый долгъ. Если же кто-либо уплатилъ долгъ третьяго лица *отъ имени послѣдняго*, ошибочно полагая, что онъ этимъ самымъ *исполняетъ свою обязанность передъ третьимъ лицомъ*, то онъ не имѣетъ права обратнаго требованія; ибо въ этомъ случаѣ вѣритель получилъ то, что онъ въ правѣ былъ требовать. Поэтому, уплатившій имѣетъ только право регресса къ должнику, который вслѣдствіе даннаго платежа освободился отъ обязательства [14]).

Платежъ, сдѣланный лицу, которое должникъ ошибочно считалъ своимъ кредиторомъ, не освобождаетъ должника, но даетъ ему право предъявить кондикцію къ получившему платежъ; исключеніе составляютъ лишь тѣ случаи, когда дѣйствительный кредиторъ одобритъ произведенный платежъ, или уплаченное будетъ передано ему впослѣдствіи [15]).

3. Платежъ долженъ быть совершенъ *по извинительному заблужденію* [16]). Поэтому, въ видѣ общаго привила, error juris не принимается въ соображеніе [17]) [18]).

необходимо должны наступить, l. 18. D. h. t. 12. 6. Они не считаются настоящими условіями. Ср., кромѣ того, l. 56. D. eod.

[14]) Въ этомъ смыслѣ должны быть согласованы два изреченія Павла. Въ l. 65, § 9. D. h. t. 12. 6, libro 17 ad Plautium, онъ говоритъ: Indebitum est... si id quod alius debebat alius quasi ipse debeat solvat; ср. l. 19. § 1, l. 31. D. h. t. 12. 6. А въ l. 44. D. h. t. 12. 6, libro 14 ad Plautium, Павелъ утверждаетъ: Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est. Это очевидно должно относиться къ случаямъ, въ которыхъ платежъ былъ произведенъ не „quasi ipse debeat". Ср. Oertmann въ Archiv für civ. Praxis, т. 82, стр. 457; Herrmann въ Grünhuts Zeitschr., т. 27, стр. 1.

[15]) l. 65, § 9. D. h. t. 12. 6; l. 8. C. h. t. 4. 5.

[16]) Заблужденіе можетъ касаться *содержанія* долга, и притомъ различнымъ образомъ. a) Плативній полагалъ, что обязательство касается *иного* объекта, чѣмъ то было въ дѣйствительности, и согласно этому предположенію уплатилъ свой долгъ. Конечно, онъ можетъ предъявить кондикцію. b) Долгъ его имѣлъ характеръ *альтернативнаго обязательства*, а онъ предоставилъ *оба* предмета, ошибочно полагая, что въ этомъ состоитъ его обязанность. Одинъ изъ предметовъ, безъ сомнѣнія, долженъ быть ему возвращенъ. Но римскіе юристы спорили о томъ, кому принадлежитъ право выбора. Цельзъ, Марцеллъ и Ульпіанъ предоставляютъ это право получателю, который становится отнынѣ какъ бы альтернативнымъ должникомъ; Юліанъ же, Папиніанъ и, наконецъ, Юстиніанъ въ l. 10. C. h. t. 4. 5 даютъ право выбора уплатившему. Послѣднее мнѣніе правильно и цѣлесообразно: платежъ, основанный на заблужденіи, не признается настоящимъ платежомъ; поэтому должникъ попрежнему имѣетъ право выбора объекта. c) Кто является должникомъ по обязательству, направленному на *genus*, и предоставляетъ species, полагая, что онъ долженъ *именно эту species*, тотъ можетъ ее кондицировать и освободиться отъ долга предоставленіемъ другой вещи опредѣленнаго въ обязательствѣ рода. d) Кто является *альтернативнымъ* должникомъ и предоставляетъ одинъ изъ предметовъ альтернативнаго обязательства, полагая, что онъ долженъ именно *только этотъ предметъ*, тотъ можетъ потребовать его обратно и взамѣнъ предоставить другой объектъ, l. 32. § 3. D. h. t. 12. 6; ср., впрочемъ, l. 19. D. de leg. II. Во всѣхъ разсмотрѣнныхъ случаяхъ вѣритель въ правѣ удержать уплаченное по ошибкѣ, пока ему не будетъ произведенъ надлежащій платежъ, arg. l. 26. § 4 in fine. D. h. t. 12. 6.

www.naukaprava.ru

Получатель, знающій о заблужденіи платящаго, совершаетъ furtum, и если это обстоятельство будетъ доказано, то онъ несетъ отвѣтственность согласно болѣе строгимъ принципамъ condictio furtiva [19]).

Для права обратнаго требованія достаточно даже простого сомнѣнія платящаго въ существованіи долга [20]).

Кромѣ того, право обратнаго требованія можетъ быть обезпечено соотвѣтствующей оговоркой при платежѣ [21]).

Кто уплатилъ для того, чтобы избѣжать принудительнаго исполненія въ судебномъ или административномъ порядкѣ, тотъ можетъ потребовать свой платежъ обратно, хотя бы онъ зналъ о несуществованіи спорнаго притязанія.

4. Въ Римѣ лицо, уплатившее на основаніи мнимаго *судебнаго рѣшенія* [22]) или равносильнаго ему *обязательства*, содержавшаго

---

[17]) Многіе писатели утверждаютъ, что достаточно и неизвинительнаго заблужденія. Но источники настойчиво требуютъ извинительности ошибки, ср. l. 25. pr. D. de probationibus. 22. 3; l. 10. C. de juris et facti ignorantia. 1. 18; l. 9, § 5. D. de juris et facti ignorantia. 22. 6; l. 6 и l. 7. C. h. t. 4. 5; l. 9. C. ad legem Falcidiam. 6. 50; ср. выш. I, § 87. Различныя мнѣнія см. у Vangerow'a, т. 3, § 625, стр. 396. Взглядъ, защищаемый нами, раздѣляетъ Brinz, т. 2, стр. 550, прим. 39; ср. R. G. E., т. 44, стр. 141. Въ противоположномъ смыслѣ высказываются Wächter: Pandekten, т. 2, стр. 502, и Adler въ Jherings Jahrb., т. 33, стр. 197. Извинительное ошибочное предположеніе должника, что онъ не въ состояніи доказать свое возраженіе, можетъ также служить основаніемъ для condictio indebiti. R. G. E., т. 21, стр. 198. По гражд. улож. для герман. имперіи, § 814, право обратнаго требованія устраняется лишь въ томъ случаѣ, если плативший *зналъ*, что онъ не былъ обязанъ платить.

[18]) l. 1, § 1. D. h. t. 12. 6. Изреченіе Павла, l. 53. D. de R. J. 50. 17, libro 42 ad edictum: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, вѣрно лишь отчасти. Не всегда имѣется въ виду дареніе, если кто-либо сознательно платитъ по несуществующему долгу. Можно, напр., уплатить по слабости, т.-е. съ цѣлью освободиться отъ нежелательнаго процесса, которымъ угрожаетъ противная сторона, или чтобы не разстраивать выгодныхъ дѣловыхъ сношеній изъ за спора о незначительной суммѣ.

[19]) Ср. выше, § 130, прим. 11; гражд. улож. для герман. имперіи, § 819, п. 1.

[20]) Въ этомъ смыслѣ Юстиніанъ разрѣшилъ споръ римскихъ юристовъ въ l. 11. C. h. t. 4. 5.

[21]) l. 2, pr. D. h. t. 12. 6. Подобная оговорка можетъ имѣть или общее, или спеціальное содержаніе; въ первомъ случаѣ она является достаточнымъ основаніемъ для любого возраженія, во второмъ она не распространяется на тѣ другія обстоятельства, которыхъ она не коснулась. Впрочемъ, нельзя принудить вѣрителя принять платежъ, предложенный съ оговоркою, лишенною основанія. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 1, § 213, прим. 10, и приведенныхъ тамъ авторовъ. E. Behrens: Die Erfüllung unter Vorbehalt, Göttinger Diss., 1900.

[22]) Древне-римская правовая аксіома гласила: „qui ex causa judicati solvit, repetere non potest", l. 74. § 2. D. de judiciis. 5, 1; l. 36. D. familiae erciscundae. 10. 2; l. 29, § 5. D. mandati. 17. 1; l. 1. C. h. t. 4. 5; l. 2. C. de compensationibus. 4. 31. Право обратнаго требованія исключалось не только въ томъ случаѣ, если было постановлено рѣшеніе, оказавшееся впослѣдствіи недѣйствительнымъ, но даже и тогда, когда платежъ былъ произведенъ на основаніи мнимаго, вовсе не существующаго судебнаго рѣшенія. l. 36. D. familiae erciscundae. 10. 2. Paulus libro 2 quaestionum... quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Это изреченіе, вопреки мнѣнію Brinz'a, т. 2, стр. 546, слѣдуетъ понимать буквально. Вѣдь достаточно одного предположенія о существованіи обязательства, содержащаго въ себѣ формулу „damnas esto" и не основаннаго на судебномъ рѣшеніи, для того, чтобы была исключена возможность обратнаго требованія суммы, уплаченной въ погашеніе такого обязательства—ниже, прим. 23. Почему же при судебномъ рѣшеніи дѣло должно обстоять иначе? Правда, если рѣшеніе низшей судебной инстанціи подлежало принудительному исполненію и въ виду этого было исполнено добровольно, то, конечно, уплаченное можно было потребовать обратно послѣ того, какъ рѣшеніе было отмѣнено

формулу *damnas esto* [23]), не имѣло права обратнаго требованія. Общегерманское право не усвоило этого правила [24]) [25]).

Предъявленіе кондикціи характеризуется слѣдующими моментами:

a) *Право предъявленія иска* принадлежитъ тому, отъ чьего имени произведенъ платежъ [26]).

b) *Отвѣтчикомъ* признается тотъ, кто получилъ платежъ. Если кто-либо получилъ платежъ по несуществующему долгу въ качествѣ представителя, то кондикція обоснована противъ представляемаго; при этомъ, однако, предполагается, что послѣдній поручилъ принятіе платежа представителю или одобрилъ это принятіе впослѣдствіи; въ противномъ случаѣ, кондикція должна быть предъявлена противъ лица, получившаго платежъ [27]).

c) Относительно *предмета* возвращенія слѣдуетъ различать денежные платежи и другія предоставленія.

Деньги должны быть возвращены въ томъ количествѣ, въ которомъ онѣ были получены; здѣсь предметомъ долга является genus, и поэтому отвѣтчикъ, по общему правилу, отвѣчаетъ и за случайную ихъ утрату.

Другіе предметы—въ томъ числѣ всѣ замѣнимыя вещи, кромѣ денегъ, напр., хлѣбъ — должны быть возвращены in specie [28]). Поэтому, получившій обязанъ возвратить все, что еще осталось у него

апелляціонной инстанціей. Но это являлось необходимымъ слѣдствіемъ института апелляціи.

[23]) § 7. I. de obl. quasi ex contr. 3. 27... ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato; l. 4. C. h. t. 4. 5. Rudorff въ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, т. 14, стр. 95.

[24]) Ср. Glück, т. 13, стр. 94.

[25]) Неясенъ смыслъ l. 42. D. h. t. 12. 6. Ulpianus libro 68 ad edictum: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. Ср. l. 46. D. de R. J. 50. 17. Надо полагать, что здѣсь имѣются въ виду штрафы, которыми законъ угрожалъ, прибѣгая къ формулѣ „dare damnas esto"; слѣдовательно, и тутъ шла рѣчь о мнимомъ долгѣ, подлежащемъ принудительному исполненію; ср. Karlowa: Der Römische Civilprozess, стр. 200. Такимъ образомъ, въ настоящее время это положеніе не имѣетъ практическаго примѣненія.

[26]) l. 6. pr., l. 57. pr. D. h. t. 12. 6; l. 18. D. de condictione furtiva. 13. 1; l. 6. C. h. t. 4. 5. Объ уплатѣ мнимыхъ долговъ поручителемъ ср. l. 47. D. h. t. 12. 6. Вообще см. Schlossmann: Die condictio indebiti bei Zahlungen für einen Dritten, въ Grünhuts Zeitschrift, т. 9, стр. 553; кромѣ того, Oertmann, loc. cit., стр. 445.

[27]) l. 6. § 2, l. 57. § 1. D. h. t. 12. 6.

[28]) Относительно того, что именно составляетъ предметъ condictio indebiti, мнѣнія сильно расходятся; см., главнымъ образомъ, Mandry въ Archiv für civ. Praxis, т. 48, статья 9, и Vangerow, т. 3, § 625, прим. 3. стр. 404. При денежныхъ платежахъ отвѣтчикъ обязанъ былъ возвратить „столько же"; это слѣдуетъ уже изъ того, что деньги взыскивались посредствомъ actio certae pecuniae—Gajus, Inst., III, § 91, т. е. иска, который былъ направленъ на возвращеніе „денежныхъ суммъ", а не „монетъ". Этому вполнѣ соотвѣтствуютъ l. 19, § 2. D. h. t. и l. 1. C. h. t. 4. 5. Напротивъ, изъ l. 65, § 6. D. h. t. 12. 6 слѣдуетъ, что при передачѣ хлѣба, котораго передающій не былъ обязанъ поставить, долженъ быть возвращенъ тотъ же хлѣбъ или его цѣна. Ср., кромѣ того, l. 26. § 12, l. 65. §§ 7 и 8. D. h. t. 12. 6. Этимъ объясняются l. 7. D. h. t. 12. 6 и l. 25. D. de praescriptis verbis. 19. 5, на основаніи которыхъ должно быть возвращено „aut ipsum aut tantumdem". Послѣднее относится къ денежнымъ платежамъ, а первое къ предоставленіямъ иного рода. Тѣмъ не менѣе, надо полагать, что лицо, получившее недолжную сумму денегъ, можетъ зачесть при обратномъ требованіи эквивалентъ такихъ расходовъ, которые оно произвело въ ложномъ предположеніи объ увеличеніи своего состоянія. Ср. теперь гражд. улож. для герм. имперіи, § 818, п. 3; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 381.

www.naukaprava.ru

изъ полученнаго, а въ случаѣ произведеннаго имъ отчужденія — вырученную цѣну. Если же полученное имъ потреблено, то онъ обязанъ возвратить стоимость, которую оно имѣло въ моментъ потребленія. Но рискъ случайной гибели или порчи лежитъ на плательщикѣ.

Кондикціонный должникъ обязанъ вернуть полученные имъ плоды и приращенія [29]) [30]). Съ момента просрочки, его отвѣтственность увеличивается согласно общимъ положеніямъ о тога [31]).

d) Истецъ долженъ *доказать, что платежъ состоялся* [32]). Но онъ обязанъ также установить *несуществованіе предполагаемаго долга*, такъ какъ своимъ платежомъ онъ prima facie призналъ его. Римское право признаетъ, однако, странную привилегію за пупиллами, неполнолѣтними, солдатами, крестьянами и людьми слабоумными. Если эти лица потребуютъ обратно то, что ими было уплачено по несуществующему долгу, то *получатель* обязанъ доказать существованіе послѣдняго [33]). Практика обще-германскаго права, вполнѣ основательно, игнорируетъ это правило.

Впрочемъ, и по обще-германскому праву обязанность доказыванія переходитъ на получателя въ томъ случаѣ, если онъ отрицалъ полученіе платежа, а послѣднее было затѣмъ доказано истцомъ. Тогда уже дѣло отвѣтчика доказать, что долгъ существовалъ [34]).

Истецъ долженъ также удостовѣрить свое *заблужденіе при платежѣ*, такъ какъ оно служитъ главнымъ основаніемъ для его притязанія [35]). Впрочемъ, наличность заблужденія часто выясняется

---

[29]) l. 15. pr., l. 65. § 5. D. h. t. 12. 6.

[30]) По римскому праву нельзя было требовать уплаты процентовъ, l. 1. C. h. t. 4. 5. Это являлось слѣдствіемъ строгаго характера кондикціи; по обще-германскому праву проценты должны быть уплачиваемы согласно тѣмъ же правиламъ, которые соблюдались при римскихъ bonae fidei judicia,—слѣдовательно, главнымъ образомъ, съ момента просрочки. Petrazycki: Einkommen, т. 2, стр. 256. Ср. также Seuffert: Archiv, т. 47, казусъ 111.

[31]) Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 818, п. 4.

[32]) О доказываніи при condictio indebiti трактуетъ извѣстная l. 25. pr., §§ 1 и 2. D. de probationibus. 22. 3; хотя она носитъ имя Павла — libro 3 quaestionum, однако бо́льшая часть ея, безъ сомнѣнія, составляетъ дѣло рукъ компиляторовъ. Ср. Römer: Die Beweislast hinsichtlich des Irrthums, стр. 55; Bähr: Die Anerkennung, въ особенности §§ 21 и слѣд.; Zimmermann въ Archiv für civ. Praxis, т. 48, статья 4; Hofmann въ Archiv für praktische Rechtswissenschaft, n. F., т. 8, статья 10; Wächter: Pandekten, т. 2, стр. 501. Дальнѣйшую литературу см. у Vangerow'a, т. 3, § 625, прим. 2, стр. 402. Гражд. улож. для герман. имперіи не рѣшаетъ этого вопроса. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 375, п. II, 2.

[33]) Brinz, т. 2, стр. 549, прим. 37. Вѣритель, которому уплаченъ долгъ, обязанъ возвратить должнику долговой документъ; въ виду этого, необходимость доказывать впослѣдствіи (по истеченіи, быть можетъ, многихъ лѣтъ), что уплаченный долгъ дѣйствительно существовалъ, могла бы поставить вѣрителя въ весьма затруднительное положеніе. Исключенія изъ этого принципа, отчасти совершенно произвольныя, указаны, впрочемъ, въ самой l. 25, § 2. D. de probationibus. 22. 3.

[34]) О примѣненіи указаннаго правила въ обще-германскомъ правѣ см. L. Seuffert въ Archiv für civ. Praxis, т. 67, стр. 351. Гражданскому уложенію для герман. имперіи оно неизвѣстно.

[35]) Таково господствующее мнѣніе; тѣмъ не менѣе, вопросъ считается спорнымъ. Wächter: Pandekten, loc. cit., высказался противъ того, чтобы на истца возлагалась обязанность доказать наличность заблужденія. Гражданскому уложенію для герман. имперіи такое требованіе во всякомъ случаѣ чуждо.

сама собою изъ доказательствъ несуществованія долга и факта платежа.

§ 142. **Condictio ob causam** [1] [2].

Condictio ob causam возникаетъ изъ сдѣлокъ, при которыхъ одно лицо предоставило что-либо другому, имѣя въ виду будущую цѣль, которая, однако, не осуществилась [3].

a) Требуется *предоставленіе имущественной выгоды* кондикціоннымъ вѣрителемъ кондикціонному должнику, посредствомъ передачи права собственности на вещь [4] — datio, или посредствомъ абстрактнаго обѣщанія [5], напр., путемъ выдачи векселя—promissio— или инымъ способомъ.

b) Но это предоставленіе должно быть лишь *первымъ звеномъ сдѣлки* съ тѣмъ, чтобы ея завершеніе зависѣло отъ будущихъ событій.

Возможно, что эти событія лежатъ внѣ вліянія заинтересованныхъ сторонъ; это имѣетъ мѣсто, напр., при дареніи на случай смерти, когда предполагается, что даритель умретъ раньше одареннаго [6]. Но допускается также, чтобы эти будущія событія зависѣли отчасти отъ содѣйствія лица, получающаго имущественную выгоду; напр., передача жениху приданаго совершается въ предположеніи заключенія брака [7] [8]. Наконецъ, событія могутъ сводиться исключительно къ дѣйствіямъ лица, получающаго выгоду [9].

Будущія событія могутъ, далѣе, являться или главнымъ, или же только второстепеннымъ моментомъ сдѣлки—modus'омъ [10].

---

[1]) Tit. Dig. de condictione causa data causa non secuta. 12. 4. Это названіе означаетъ: condictio „изъ-за того, что не воспослѣдовало основаніе предоставленія, сдѣланнаго въ виду этого основанія"; causa non secuta—это ablativus absolutus, data—винительный падежъ въ зависимости отъ secuta, causa—ablativus causalis къ data; ср. Voigt: Condictiones, стр. 490. Tit. Cod. de condictione ob causam datorum. 4. 6.

[2]) Литература: Wächter: Doctrina de condictione causa data, 1822; Erxleben: Die condictiones sine causa, отд. 2, 1853; Wendt: Reurecht und Gebundenheit, книжка 1, 1878; Brinz, т. 2, стр. 533; Windscheid въ Archiv für civ. Praxis, т. 78, стр. 181 и слѣд.; Pernice: Labeo, т. 3, стр. 259.

[3]) Когда именно condictio ob causam пріобрѣла въ Римѣ права гражданства, — объ этомъ можно высказывать только догадки. Сервій Сульпицій трактуетъ о ней, l. 8. D. h. t. 12. 4.

[4]) Конечно, главнымъ случаемъ была передача денегъ. l. 1. pr., § 1, l. 3. pr. D. h. t. 12. 4.

[5]) l. 1, § 2. D. de condictione sine causa. 12. 7; l. 24. D. de mortis causa donationibus. 39. 6.

[6]) l. 12. D. h. t. 12. 4. Ср. выше, вып. I, § 112, прим. 8.

[7]) l. 6 и l. 10. D. h. t. 12. 4.

[8]) Сюда же относится случай платежа должникомъ negotiorum gestor'у вѣрителя, въ ожиданіи будущаго одобренія со стороны послѣдняго, которое, однако, не послѣдовало, l. 14. D. h. t. 12. 4.

[9]) l. 5. pr., §§ 1 и 2. D. h. t. 12. 4. Condictio ob causam не обоснована, если платежъ произведенъ съ цѣлью исполненія двусторонняго обязательства, даже въ томъ случаѣ, если съ другой стороны не послѣдовало исполненія; платежъ произведенъ здѣсь не ob causam futuram. Иного взгляда держались римскіе юристы относительно безымянныхъ договоровъ—contractus innominati, ср. выше, § 7.

[10]) Выше, вып. I, § 115, прим. 9.

www.naukaprava.ru

Но необходимо, чтобы ихъ осуществленіе было *составною частью* самой сдѣлки.

Это должно вытекать изъ *общаго характера сдѣлки*, какъ при дареніи на случай смерти и предоставленіи приданаго, или же можетъ основываться на *особомъ соглашеніи сторонъ*.

Наоборотъ, было бы ошибочно думать, что надежды и предположенія, которыя имѣлись въ виду контрагентами при заключеніи сдѣлки или даже были ими при этомъ высказаны, должны всегда приниматься во вниманіе. Напр., при заключеніи купли-продажи земельнаго участка между знакомыми контрагенты обоюдно высказываютъ надежду, что имъ удастся сохранить добрыя сосѣдскія отношенія. Конечно, не можетъ быть рѣчи объ оспариваніи купли-продажи путемъ кондикціи, если бы между сосѣдями впослѣдствіи произошла ссора [11]). Оно было бы возможно лишь въ томъ случаѣ, если бы указанное предположеніе вошло, какъ условіе или modus, въ составъ самой сдѣлки.

Многіе видятъ основаніе настоящей кондикціи въ томъ, что *не осуществилось извѣстное предположеніе*. Такой взглядъ нельзя назвать безусловно неправильнымъ; но, согласно изложенному, онъ неточенъ: лишь тѣ предположенія принимаются въ соображеніе, которыя являются составными частями сдѣлки [12]).

c) Condictio ob causam возникаетъ, если *цѣль предоставленія не была достигнута*, т. е. если предполагаемая сдѣлка не осуществилась. Обыкновенно безразлично, почему сдѣлка не могла состояться; кондикція допускается, хотя бы это произошло случайно [13]) или по собственной волѣ лица, сдѣлавшаго предоставленіе въ виду извѣстной цѣли [14]).

Впрочемъ, намѣреніе контрагентовъ при передачѣ цѣнности могло быть и таково, чтобы получающій оставилъ ее за собой во всякомъ случаѣ, если только не онъ самъ окажется виновникомъ недостиженія цѣли сдѣлки [15]).

---

[11]) l. 3, § 7. D. h. t. 12. 4. Ulpianus libro 26 ad edictum... ut et ipse — Celsus — ait, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

[12]) Главнымъ образомъ Windscheid, т. 2, § 427, находитъ основаніе condictio ob causam въ томъ, что относившееся къ будущему „предположеніе“ не осуществилось. Ср. объ этомъ выше, вып. I, § 115, п. II. Гражд. улож. для герман. имперіи, § 812, требуетъ, чтобы не наступило событіе, которое, судя по содержанію сдѣлки, имѣлось въ виду вызвать даннымъ предоставленіемъ. Ср. Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 377.

[13]) l. 16. D. h. t. 12. 4. Celsus libro 3 digestorum... et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Впрочемъ, примѣръ, приведенный Цельзомъ, не подходитъ болѣе къ современному праву, такъ какъ въ наше время въ подобномъ случаѣ предполагалась бы купля-продажа. Ср. выше, § 94, прим. 5.

[14]) l. 1, § 1. D. h. t. 12. 4. Ulpianus libro 26 ad edictum: Si parendi condicioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere. A. назначенъ наслѣдникомъ подъ условіемъ выдать B. 10000; онъ выплачиваетъ ихъ и затѣмъ отказывается отъ наслѣдства, находя его по зрѣломъ размышленіи для себя невыгоднымъ. Онъ имѣетъ право потребовать эти 10000 обратно.

[15]) Это предполагается, главнымъ образомъ, въ случаѣ невозможности исполнить modus, l. 8. C. h. t. 4. 6. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 815: Не допускается требованіе о возвратѣ по поводу неосуществленія результата, ради достиженія котораго

Пока еще не наступили всѣ условія для предъявленія condictio ob causam и пока кондикціонный должникъ, по извиняющимъ его обстоятельствамъ, не зналъ о возникновеніи обязанности вернуть полученное, содержаніе и размѣръ его отвѣтственности опредѣляются по аналогіи съ condictio indebiti. За дальнѣйшее время должникъ обязанъ вернуть не только полученные имъ доходы, но и тѣ, которые онъ могъ бы получить [16]).

Истецъ, для обоснованія своего иска, долженъ лишь доказать, что онъ предоставилъ что-либо отвѣтчику ради намѣченной цѣли; дѣло отвѣтчика установить, что цѣль сдѣлки достигнута, или что ея судьба еще не рѣшилась [17]).

§ 143. **Condictiones sine causa** [1]).

Въ болѣе широкомъ смыслѣ всѣ разсмотрѣнные иски подходятъ подъ общую категорію condictiones sine causa, такъ какъ всѣ они вытекаютъ изъ пріобрѣтенія безъ достаточнаго основанія [2]).

Но, въ болѣе тѣсномъ смыслѣ, о condictiones *sine causa* говорятъ при тѣхъ *лишенныхъ надлежащаго основанія пріобрѣтеніяхъ*, которыя *не отвѣчаютъ составу разсмотрѣнныхъ выше кондикцій*. Онѣ служатъ, такимъ образомъ, для восполненія неделиктныхъ кондикцій. Сфера ихъ примѣненія обширна [3]).

Онѣ не ограничиваются случаями *передачи* чего-либо кондикціоннымъ вѣрителемъ безъ достаточнаго основанія. Напротивъ, онѣ

было сдѣлано предоставленіе, если предположенное событіе съ самаго начала было невозможно, и лицо, сдѣлавшее предоставленіе, знало объ этомъ, или если оно недобросовѣстно воспрепятствовало наступленію событія.

[16]) Ср. l. 38, § 1. D. de usuris. 22. 1; l. 42, § 1. D. sol. matr. 24. 3; Petrażycki: Einkommen, т. 2, стр. 33. Ср. гражд. улож. для герман. имперіи, § 820; Dernb., Bürg. R., т. II, 2, § 381, п. V, 4.

[17]) Вопросъ о распредѣленіи обязанности доказыванія весьма споренъ. Ср. Windscheid, т. 2, § 429, прим. 1, также R. G. E., т. 14, стр. 325. Слѣдуетъ исходить изъ того положенія, что передача имущества достаточно обоснована лишь въ томъ случаѣ, если осуществилась цѣль, ради которой она состоялась. Что такого рода достаточное основаніе существуетъ, должно доказать лицо, удерживающее что-либо изъ чужого имущества. Таково мнѣніе Windscheid'a, loc. cit., ср. R. G. E., loc. cit. Иначе Brinz, т. 2, стр. 540. Спорнымъ является также вопросъ о распредѣленіи обязанности доказыванія, если отвѣтчикъ ссылается на то, что неопредѣленность положенія еще продолжается, тогда какъ истецъ утверждаетъ, что цѣль, о которой идетъ рѣчь, болѣе уже недостижима. Въ этомъ случаѣ Windscheid склоненъ возложить обязанность доказыванія на истца. Но такой взглядъ едва ли правиленъ. И здѣсь дѣло отвѣтчика обосновать удержаніе того, что̀ ему было предоставлено ради осуществленія будущей цѣли; это можетъ быть достигнуто только доказательствомъ того, что достиженія указанной цѣли, судя по содержанію сдѣлки, можно еще ожидать.

[1]) Tit. Dig. de condictione sine causa. 12. 7, Cod. 4. 9. Reinhard: Zur Lehre von der condictio sine causa, въ Archiv für civ. Praxis, т. 29, статья 7; Kiesselbach въ Jherings Jarb., т. 5, статья 1.

[2]) Болѣе древніе писатели говорили, поэтому, о condictio sine causa „generalis", которая конкурировала съ остальными кондикціями. Таково было уже мнѣніе глоссы къ l. 1, pr. D. h. t. 12. 7. Но о подобной конкуренціи исковъ здѣсь не можетъ быть и рѣчи; дѣло идетъ лишь объ одной общей точкѣ зрѣнія, подъ которую могутъ быть научно подведены различныя кондикціи. Ср. Mitteis въ Jherings Jahrb., т. 39, III; Mayr, loc. cit., стр. 276.

[3]) Ср. Vangerow, т. 3, § 628, стр. 409.

www.naukaprava.ru

имѣютъ мѣсто и тогда, когда вообще что-либо пріобрѣтено изъ чужого имущества безъ основанія, напр., вслѣдствіе спецификаціи [4]) или посредствомъ продажи чужой вещи, въ результатѣ которой добросовѣстный владѣлецъ вещи обогатился за счетъ ея собственника [5]).

Condictiones sine causa примѣняются не только, если пріобрѣтеніе было лишено основанія съ самаго начала, но и въ тѣхъ случаяхъ, когда оно лишилось своего основанія впослѣдствіи.

a) Къ случаямъ перваго рода относится, между прочимъ, пріобрѣтеніе, которое не имѣетъ даже субъективнаго основанія и представляется простой игрою случая и недоразумѣніемъ, напр., къ суммѣ векселя, вслѣдствіе описки, прибавленъ лишній нуль [6]); сюда же относится передача по мнимому лишь основанію, напр., предоставленіе вещи въ собственность съ цѣлью заключить сдѣлку, о которой обѣ стороны имѣютъ различныя представленія [7]); наконецъ, подъ ту же категорію подходитъ передача вещи съ цѣлью заключить сдѣлку, запрещенную закономъ, напр., дареніе между супругами.

b) Случаи, въ которыхъ основаніе для пріобрѣтенія было сначала налицо, но впослѣдствіи отпало (такъ наз. causa finita), между прочимъ, слѣдующіе: задатокъ — arra — остался у противной стороны послѣ полнаго исполненія обязательства [8]), или долговая росписка осталась у вѣрителя послѣ уплаты долга [9]). Другими примѣрами являются случаи полученія отъ контрагента возмѣщенія убытковъ за утрату имъ по своей винѣ ввѣренной ему вещи, которая отыскана впослѣдствіи [10]), а также отмѣна дара по неблагодарности [11]).

Размѣръ притязанія въ отдѣльныхъ случаяхъ condictio sine causa различенъ. Обыкновенно здѣсь примѣняются принципы, выработанные для condictio indebiti. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ кондикціонный должникъ несетъ отвѣтственность лишь въ размѣрѣ своего *обогащенія* въ моментъ предъявленія иска. Поэтому, онъ освобождается отъ всякой отвѣтственности, если полученное потреблено имъ еще до начала процесса. Это правило примѣняется, въ частности, въ отношеніи ничтожнаго даренія между супругами [12]).

---

[4]) Выше, вып. II, § 204. Ср. l. 4, § 2. D. de rebus creditis. 12. 1. Ulpianus libro 34 ad Sabinum: Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt.
[5]) Выше, вып. II, § 225, прим. 26; гражд. улож. для герман. имперіи, § 816.
[6]) Ср. R. G. E., т. 10, стр. 111; l. un. C. de calculi errore. 2. 5.
[7]) Ср. мѣста, приведенныя выше, вып. II, § 213, прим. 9.
[8]) l. 11, § 6. D. de a. e. v. 19. 1.
[9]) l. 2. C. h. t. 4. 9.
[10]) l. 2. D. h. t. 12. 7.
[11]) Выше, § 108, п. 3a.
[12]) l. 5. § 18, l. 6. D. de donationibus inter virum et uxorem. 24. 1.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Оспариваніе дѣйствій, совершенныхъ во вредъ кредиторамъ.

А. Римское право.

§ 144. Историческое развитіе actio Pauliana [1]).

Должники, переобремененные долгами, часто отчуждаютъ свое имущество передъ открытіемъ конкурса [2]), съ цѣлью сокрыть его отъ своихъ вѣрителей. Такого рода дѣйствія представляются нарушеніемъ довѣрія и серьезно подрываютъ кредитъ.

Пока существовала строгая личная отвѣтственность, правда, можно было не особенно опасаться такихъ продѣлокъ, такъ какъ послѣднія, вызывая негодованіе кредиторовъ, тяжело отозвались бы на самихъ должникахъ. Но со времени ограниченія личной отвѣтственности должника, для защиты кредиторовъ стали необходимы особыя мѣры, которыя были впослѣдствіи установлены преторскою властью.

Для правильной оцѣнки этихъ мѣръ необходимо имѣть въ виду, что въ Римѣ существовало два вида конкурса: нормальный конкурсъ посредствомъ emptio bonorum и позднѣйшая форма — ликвидація при посредствѣ *конкурсныхъ попечителей*. Для обоихъ видовъ преторъ создалъ особые иски, въ цѣляхъ борьбы со сдѣлками во вредъ кредиторамъ [3]).

1. Въ отношеніи нормальнаго конкурснаго производства посредствомъ emptio bonorum дѣло обстояло слѣдующимъ образомъ:

а) Раньше всего стали приходить на помощь въ тѣхъ случаяхъ, когда должникъ, съ цѣлью сокрыть имущество отъ своихъ вѣри-

[1]) Tit. Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur. 42. 8; Cod. de revocandis his, quae per fraudem alienata sunt. 7. 75.

[2]) По современному праву, сдѣлки, заключенныя несостоятельнымъ должникомъ *послѣ* открытія конкурса, признаются относительно-ничтожными по отношенію къ его кредиторамъ. Германскій конкурсный уставъ 17 мая 1898 г. называетъ ихъ „недѣйствительными“ по отношенію къ конкурснымъ вѣрителямъ. По римскому праву кредиторы, добившіеся missio in bona, были обезпечены отъ подобныхъ дѣйствій должника своимъ закладнымъ правомъ, установленнымъ преторской властью. Ср. также l. 6, § 7. D. h. t. 42. 8.

[3]) См. выше, § 56. Это необходимо имѣть въ виду, иначе нельзя составить себѣ вѣрнаго представленія объ историческомъ развитіи нашего вопроса. Вотъ почему не могли прійти къ правильнымъ выводамъ остроумныя и ученыя работы Huschke въ Lindes Zeitschrift, n. F., т. 14, статья 1, и Schey въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, т. 13, стр. 120. Тѣмъ не менѣе, и по сіе время Ubbelohde у Glück'a къ кн. 43, ч. 1, стр. 167, и ч. 2, стр. 364, придерживается того мнѣнія, что преторъ установилъ для *одного и того же случая* сначала „actio“, а затѣмъ „interdictum“; цѣль интердикта, по его мнѣнію, заключалась въ томъ, чтобы при его помощи можно было и внѣ обычнаго судебнаго времени — actus — предъявить искъ объ оспариваніи сдѣлки, совершенной во вредъ кредиторамъ. Но преторъ могъ достигнуть той же цѣли гораздо проще! Впрочемъ, и Enrico Serafini въ Archivio giuridico, т. 38, стр. 119, по примѣру Schneider'a въ Kritische Vierteljahrsschrift, т. 32, стр. 251, высказался противъ нашего взгляда. — Съ нашимъ разграниченіемъ между двумя конкурсными производствами согласны Gradenwitz въ Zeitschrift der Savignystift., т. 8, стр. 255, и Lenel въ Palingenesia. Ср. еще Brezzo: La revoca degli atti fraudolenti compiuti a danno dei creditori, 1892. P. I. c. 1. Karlowa: Röm. Rechtsgesch., т. II, 1, § 177, стр. 1400.

www.naukaprava.ru

телей, продавалъ *принадлежащія ему тѣлесныя вещи* третьимъ лицамъ—завѣдомымъ участникамъ его недобросовѣстнаго поступка. Это понынѣ, какъ и раньше, является главнымъ способомъ обманнаго нарушенія правъ вѣрителей. Преторъ предоставлялъ введеннымъ во владѣніе имуществомъ должника конкурснымъ вѣрителямъ, убытки которыхъ обнаружились въ результатѣ производства emptio bonorum, право предъявлять, вмѣсто должника, *vindicatio utilis* относительно отчужденныхъ объектовъ, при чемъ допускалась фикція, что отчужденія не произошло [4]).

b) Этотъ древнѣйшій искъ для оспариванія сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ давался въ предположеніи, что несостоятельный должникъ до отчужденія былъ *собственникомъ* отыскиваемыхъ объектовъ, и что вѣрители могли доказать это обстоятельство. Только подъ такимъ условіемъ допускалась отмѣна отчужденія и основанная на ней виндикація. Однако, доказать это не всегда было возможно; во всякомъ случаѣ, это было неудобно и затруднительно для кредиторовъ. Поэтому преторъ далъ имъ, сверхъ того, еще *interdictum fraudatorium* [5]). Послѣдній принадлежалъ къ категоріи interdicta adipiscendae possessionis и требовалъ лишь, чтобы соотвѣтствующіе объекты *фактически* находились раньше въ имуществѣ должника, и чтобы они, съ вѣдома отвѣтчика, были отчуждены должникомъ изъ своего имущества *во вредъ кредиторамъ*.

c) Къ этому преторъ присоединилъ для защиты обманутыхъ вѣрителей, какъ общее средство, actio in factum, которая, при извѣстныхъ условіяхъ, допускалась даже противъ такихъ контрагентовъ должника, которые при пріобрѣтеніи вещи не имѣли свѣдѣній о его намѣреніи обойти вѣрителей [6]).

d) Равнымъ образомъ, преторъ обѣщалъ отказывать въ искѣ, который могло бы предъявить къ bonorum emptor'у третье лицо, пріобрѣтшее на основаніи сдѣлки во вредъ кредиторамъ какія-нибудь требованія противъ несостоятельнаго должника. Предполагалось, конечно, что это лицо знало о злостномъ намѣреніи должника [7]).

2. На тѣ случаи, когда назначались *конкурсные попечители* для ликвидаціи массы, преторъ установилъ, наконецъ, *одинъ* общій

---

[4]) § 6. I. de actionibus. 4. 6. Это тотъ самый искъ, о которомъ упоминаетъ Цицеронъ въ своемъ письмѣ ad Atticum 1, 1 § 3. Очевидно, этотъ узкій и ограниченный искъ, который, впрочемъ, и Цицерономъ, loc. cit., ставится въ связь съ bonorum venditio, не могъ быть тождественъ съ тѣмъ широкимъ и отвлеченнымъ искомъ, который обѣщаетъ l. 1, pr. D. h. t. 42. 8 на случай конкурса при посредствѣ попечителей.

[5]) Согласно l. 10. pr. D. h. t. 42 8, interdictum fraudatorium гласило: Ulpianus libro 73 ad edictum. Ait praetor: „Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas".

[6]) Этотъ искъ связывался съ interdictum fraudatorium словами—l. 10, pr. D. h. t. 42. 8: „Interdum causa cognita—et si scientia non sit—in factum actionem permittam". Отношеніе къ emptio bonorum ясно видно изъ l. 10, § 18. D. h. t. 42. 8.

[7]) l. 25. D. de rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis. 42. 5. Ulpianus libro 61 ad edictum: Ait praetor: „Quod postea contractum erit, quam is, cujus bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur".

искъ, направленный противъ сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ, въ столь общей формѣ, что онъ поражалъ всѣ злостныя продѣлки недобросовѣстнаго должника [8]).

Одинъ изъ приведенныхъ нами исковъ назывался actio Pauliana, но какой именно,—подлежитъ сомнѣнію [9]).

Въ компиляціи Юстиніана всѣ иски древняго права для оспариванія сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ слиты воедино, причемъ, однако, не были устранены отдѣльныя противорѣчія. Сложившійся въ Юстиніановомъ правѣ искъ, направленный противъ сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ, принято называть actio Pauliana.

§ 145. **Основныя положенія actio Pauliana** [1]).

1. Actio Pauliana коренится исключительно въ *недобросовѣстности должника*; слѣдовательно, она имѣетъ субъективное основаніе.

Условія этого иска слѣдующія:

a) *Отчужденіе* имущества должникомъ. Его надо понимать въ самомъ широкомъ смыслѣ. Сюда относятся: отчужденіе тѣлесныхъ предметовъ и правъ, принятіе на себя обремененій и обязательствъ, отказъ отъ правъ и притязаній [2]).

Безразлично, произведено ли отчужденіе посредствомъ недобросовѣстныхъ дѣйствій или недобросовѣстнаго упущенія [3]).

Но сюда не относится отказъ должника отъ предстоявшаго ему пріобрѣтенія [4]).

b) *Намѣреніе должника причинить ущербъ своимъ вѣрителямъ*—consilium fraudandi [5]).

---

[8]) l. 1. pr. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 66 ad edictum: Ait praetor: „Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo". Сопоставленіе этого текста съ эдиктомъ, приведеннымъ въ прим. 5, устраняетъ всякое сомнѣніе въ томъ, что преторъ установилъ особые эдикты для bonorum emptio и для конкурса при посредствѣ попечителей. Что въ l. 1. pr. D. h. t. „curatori bonorum" не является интерполяціей, видно изъ самаго порядка коментарія Ульпіана къ эдикту, который въ 66 книгѣ трактовалъ о конкурсныхъ попечителяхъ, а въ 64 книгѣ—объ emptio bonorum. Ср., главнымъ образомъ, Lenel: Edictum, стр. 351. Правда, Ubbelohde, loc. cit., стр. 168, ссылаясь—на первый взглядъ не безъ основанія — на l. 6, § 12. D. h. t., утверждаетъ, что и упомянутый въ l. 1, pr. D. 42. 8 искъ стоялъ въ связи съ bonorum emptio. Противъ этого, однако, Lenel: Palingenesia, vol. II, pag. 799, n. 1.

[9]) Въ l. 38, § 4. D. de usuris. 22. 1 Павелъ называетъ личный искъ для оспариванія сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ actio Pauliana; Ѳеофилъ—къ § 6. I. de actionibus. 4. 6.—употребляетъ то же названіе для обозначенія actio rescissoria in rem, также направленной на уничтоженіе сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ.

[1]) Otto: Die Anfechtung nach gemeinem, sächsischem und Reichsrecht, 1881. Тамъ можно найти указанія на важнѣйшую прежнюю литературу.

[2]) l. 1. § 2, l. 2, l. 3. pr. D. h. t. 42. 8.

[3]) l. 3. § 1, l. 4. D. h. t. 42. 8.

[4]) l. 6. pr., § 5. D. h. t. 42. 8. Древнѣйшій изъ этихъ исковъ исходилъ изъ случая отчужденія — выше, § 144, прим. 4; и хотя позднѣйшіе эдикты были формулированы шире, l. 1. pr. D. h. t., однако, они все же держались этой основной мысли.

[5]) l. 1. pr., § 1, l. 17. § 1. D. h. t. 42. 8; l. 10. D. qui et a quibus. 40. 9. Достаточно одного сознанія хотя бы лишь возможности нанесенія ущерба кредиторамъ. Не требуется, чтобы причиненіе имъ вреда было главною цѣлью дѣйствія. Поступаетъ недобросовѣстно по отношенію къ кредиторамъ и тотъ, кто наноситъ имъ вредъ по-

www.naukaprava.ru

c) *Результатъ подобнаго намѣренія*, т. е. чтобы вѣрители, которымъ должникъ намѣревался причинить ущербъ, или ихъ преемники, дѣйствительно, не могли получить изъ его имущества полнаго удовлетворенія [6]).

d) *Участникъ сдѣлки* отвѣчаетъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ зналъ о недобросовѣстномъ намѣреніи должника или, въ результатѣ сдѣлки, заключенной во вредъ кредиторамъ, сдѣлалъ пріобрѣтеніе безвозмездно [7]).

2. Можно ли оспаривать *законность платежей*, которыми должникъ, чрезмѣрно обремененный долгами, удовлетворилъ нѣкоторыхъ изъ своихъ вѣрителей, оказавъ имъ, такимъ образомъ, предпочтеніе предъ остальными?

Римляне отвѣчали на этотъ вопросъ отрицательно, такъ какъ ни должникъ, уплачивая долгъ, ни тѣмъ болѣе вѣритель, принимая платежъ, ему причитающійся, не совершаютъ недобросовѣстнаго поступка [8]). Это правило примѣнялось даже къ платежамъ, срокъ которымъ еще не наступилъ. Лишь выгода отъ interusurium'а вслѣдствіе платежа, полученнаго до наступленія срока обязательства, подлежала выдачѣ остальнымъ вѣрителямъ [9]).

Однако, возможность подобнаго предпочтенія должникомъ отдѣльныхъ, близкихъ ему вѣрителей не отвѣчаетъ требованіямъ справедливости, а также не согласуется съ интересами кредита. Поэтому, долгое время въ обще-германскомъ правѣ господствовала теорія, которая не допускала подобнаго преимущественнаго удовлетворенія и предоставляла конкурснымъ вѣрителямъ право оспариванія въ томъ случаѣ, если кому-либо изъ нихъ посредствомъ платежа оказано было предпочтеніе [10]). Но въ новѣйшее время эта теорія не могла устоять противъ того сильнаго вліянія, которое оказали на науку и практику ученія римскихъ источниковъ.

средствомъ дѣйствія, вызваннаго благодарностью или благочестивыми намѣреніями; ср. R. G. E., т. 9, стр. 73. Culpa lata должна быть приравнена къ dolus.

[6]) l. 10, § 1. D. h. t. 42. 8.

[7]) Предполагается пріобрѣтеніе, не сопряженное ни съ какими издержками. Но не требуется непремѣнно дареніе. Можно предъявить искъ и къ легатаріямъ, хотя бы они не были причастны къ обману, l. 6, § 13. D. h. t. 42. 8, а также къ лицамъ, получившимъ выгоду благодаря отказу отъ залогового права, l. 2 и l. 18. D. h. t. 42. 8, хотя они не получили дара въ собственномъ смыслѣ.

[8]) Это утверждаетъ извѣстная l. 6, § 7. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 66 ad edictum: Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Исполненіе натуральныхъ обязательствъ также не считалось недобросовѣстнымъ дѣйствіемъ и не подлежало оспариванію, l. 19 и l. 20. D. h. t. 42. 8.

[9]) l. 10, § 12. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 73 ad edictum: Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in reprae-sentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri; ср. l. 17, § 2. D. h. t. 42. 8. Вопросъ этотъ, впрочемъ, считается спорнымъ.

[10]) Эту теорію—такъ наз. Gratificationstheorie—оспаривалъ, главнымъ образомъ, Francke въ Archiv für civ. Praxis, т. 16, статья 5; въ пользу нея высказался Laspeyres въ томъ же журналѣ, т. 21, статья 2; противъ него Vangerow, т. 3, § 697, стр. 621, и Brezzo, loc. cit., стр. 344.

Можно, однако, оспаривать установленіе залогового права въ пользу одного изъ конкурсныхъ вѣрителей въ ущербъ другимъ [11]), а также предоставленіе кредитору, вмѣсто платежа, какихъ-либо другихъ выгодъ [12]): подобныя распоряженія разсматриваются уже какъ новыя сдѣлки.

3. Искъ, направленный противъ сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ, признается *личнымъ*, а не вещнымъ [13]).

a) Право вчинить этотъ искъ имѣетъ конкурсный попечитель, а въ случаѣ необходимости и самъ потерпѣвшій вѣритель [14]).

b) Отвѣтчикомъ является контрагентъ должника, поскольку онъ зналъ объ обманѣ или безвозмездно извлекъ изъ него выгоду [15]). Искъ можетъ быть предъявленъ также къ самому должнику, виновному въ сокрытіи имущества [16]).

c) Соучастникъ обмана обязанъ поставить пострадавшаго вѣрителя въ такое положеніе, какъ если бы отчужденія не было произведено [17]). Находится ли вещь у него или нѣтъ—безразлично, такъ какъ онъ несетъ рискъ [18]). Онъ обязанъ также возвратить плоды, приращенія и проценты, не только имъ дѣйствительно полученные, но и всѣ тѣ, которые самъ недобросовѣстный должникъ могъ бы получить при нормальныхъ условіяхъ [19]).

---

11) l. 10, § 13. D. h. t. 42. 8.

12) Этотъ вопросъ споренъ; ср. Vangerow, т. 3, § 698, стр. 628; Hennig: Die Anfechtbarkeit der datio in solutum, Bresl. Diss., 1897.

13) Споренъ также вопросъ, является ли искъ, направленный на оспариваніе сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ, личнымъ — „in personam“, или вещнымъ—„in rem“. Ср. писателей, указанныхъ у Schey, loc. cit., стр. 125, прим. 11. Въ l. 38. pr., § 4. D. de usuris. 22. 1 actio Pauliana прямо называется личнымъ искомъ. Да и не можетъ подлежать сомнѣнію, что всѣ объединенные въ соотвѣтствующемъ титулѣ Дигестъ иски носятъ характеръ личныхъ исковъ. Правда, упомянутый въ § 6. I. de actionibus. 4. 6 искъ—выше, § 144, прим. 4 — былъ вещнымъ,—по крайней мѣрѣ, по своей формѣ. Но онъ не удержался въ Юстиніановомъ правѣ, какъ это видно изъ Дигестъ, и уже раньше былъ вытѣсненъ болѣе новыми исками,—главнымъ образомъ, искомъ, упомянутымъ въ l. 1. pr. D. h. t. 42. 8; этотъ послѣдній долженъ собственно считаться основнымъ средствомъ защиты противъ сдѣлокъ во вредъ кредиторамъ по Юстиніанову праву. Иного мнѣнія Brézzo, loc. cit., стр. 85.

14) l. 1, pr. D. h. t. 42. 8. Otto, loc. cit., стр. 127 и 213.

15) Искъ допускается и противъ третьихъ лицъ, если въ моментъ пріобрѣтенія они имѣли свѣдѣнія о томъ, что ихъ контрагентъ зналъ объ обманѣ, arg. l. 9. D. h. t. 42. 8. Правда, и это положеніе спорно, см. Otto, loc. cit., стр. 113, и приведенныхъ тамъ авторовъ.

16) Это было прямо постановлено эдиктомъ относительно конкурса при посредствѣ попечителей, l. 1. pr. D. h. t. 42. 8; юристы распространили данное положеніе и на обычное конкурсное производство, l. 10. § 24, l. 25. § 7. D. h. t. 42. 8. Кредитору было выгодно предъявить къ своему должнику actio Pauliana, такъ какъ, въ сравненіи съ обыкновенными долговыми исками, она пользовалась бо́льшими привилегіями относительно порядка исполненія.

17) l. 38, § 4. D. de usuris. 22. 1. Paulus libro 6 ad Plautium... praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.

18) Лицо, участвовавшее со злымъ умысломъ въ сдѣлкѣ, заключенной недобросовѣстнымъ должникомъ, освобождается отъ риска лишь въ томъ случаѣ, если оно докажетъ, что вещь погибла бы и у лица, ее отчудившаго. Вопросъ о рискѣ, впрочемъ, споренъ.

19) l. 10, § 20. D. h. t. 42. 8. Ulpianus libro 73 ad edictum: Et fructus, non tantum qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt, sed cum aliquo modo, scilicet ut sumptus facti deducantur. Отвѣтственность по interdictum fraudatorium не простиралась такъ далеко, какъ еще видно изъ l. 25, § 4. D. h. t.; ср. Schey, loc. cit., стр. 164; отсюда возникло противорѣчіе, которое вызвало много недоумѣній.

www.naukaprava.ru

Добросовѣстные пріобрѣтатели, если они и отвѣчаютъ по actio Pauliana, то отвѣчаютъ лишь въ размѣрѣ своего обогащенія въ моментъ предъявленія иска [20]).

d) Отвѣтчикъ можетъ зачесть все предоставленное имъ въ качествѣ эквивалента за отчужденные ему предметы, поскольку это предоставленіе обратилось въ пользу истца [21]).

e) Давность иска—годичная, считая время utiliter съ момента возникновенія для истца права на предъявленіе иска [22]). По истеченіи этого срока искъ ограничивается размѣромъ дѣйствительнаго обогащенія отвѣтчика [23]).

f) Наслѣдники отвѣчаютъ по правиламъ, установленнымъ для деликтныхъ обязательствъ [24]).

B. Право оспариванія по германскимъ имперскимъ законамъ [1]).

§ 146. Общія начала.

Право кредиторовъ оспаривать сдѣлки, заключенныя должникомъ, въ современномъ правѣ было значительно расширено.

Это новое право появляется уже въ средніе вѣка, въ статутахъ итальянскихъ городовъ; впослѣдствіи оно окрѣпло и получило распространеніе подъ вліяніемъ французскаго законодательства, а затѣмъ сдѣлалось въ своихъ основныхъ положеніяхъ общимъ достояніемъ большинства европейскихъ культурныхъ странъ, такъ что нынѣ оно составляетъ почти что обще-европейскій институтъ, преслѣдующій цѣли упорядоченія кредита [2]).

Его началъ придерживается также законодательство германской имперіи. Послѣднее урегулировало на основаніи однообразныхъ принциповъ: съ одной стороны—по конкурсному уставу — право вѣрителей, *участвующихъ въ конкурсѣ*, оспаривать дѣйствія несостоятельнаго должника, а съ другой стороны — по закону 21 Іюля 1879 г.—право вѣрителей оспаривать дѣйствія должника *независимо отъ конкурса*. Оспариваніе при конкурсѣ мы называемъ *конкурснымъ*, а оспариваніе внѣ конкурса—*индивидуальнымъ*.

Особенность современнаго права состоитъ въ томъ, что оно основываетъ право оспариванія не исключительно на *недобросовѣстности* должника, какъ это дѣлаютъ римскіе источники; нынѣ допу-

---

[20]) l. 6. §§ 11 и 12. l. 10. § 5. D. h. t. 42. 8.

[21]) l. 7 и l. 8. D. h. t. 42. 8.

[22]) l. 1. pr. D. h. t. 42. 8; ср. l. 10, § 18. D. h. t. 42. 8; l. 6, § 14. D. eod; объясненіе этихъ фрагментовъ здѣсь завело бы насъ слишкомъ далеко.

[23]) l. 10, § 24. D. h. t. 42. 8.

[24]) Ср. l. 11. D. h. t. 42. 8—выше, § 129, прим. 14 и слѣд.

[1]) К. О., §§ 29—42, и имперскій законъ отъ 21 Іюля 1879 г., въ новой редакціи отъ 17 Мая 1898 г. Послѣдній цитируется ниже какъ „имперскій законъ". Ср. мотивы къ проектамъ этихъ законовъ, въ особенности къ конкурсному уставу; затѣмъ Cosack: Anfechtungsrecht der Gläubiger, 1884 (относящаяся сюда прежняя литература приведена въ помѣщенномъ тамъ же указателѣ, стр. 393); далѣе, Lippmann въ Jherings Jahrb., т. 36, статья 3. Въ новѣйшее время Jaeger: Konkursordnung къ §§ 29 и слѣд.

[2]) Ср. Cosack, loc. cit., стр. 5 и 386; L. Seuffert: Konkursprozessrecht, § 34.

скается оспариваніе и такихъ юридическихъ дѣйствій, которыя представляются *неправомѣрными* по отношенію къ вѣрителямъ, хотя бы совершившаго ихъ должника нельзя было упрекнуть въ недобросовѣстности или безнравственности [3]).

Такимъ образомъ, наряду съ оспариваніемъ, вытекающимъ изъ субъективнаго основанія, появляется оспариваніе на объективныхъ началахъ, наряду съ правомъ оспариванія *посредствомъ actio Pauliana*—еще право оспариванія, *подобное кондикціямъ*.

I. Первый видъ оспариванія, въ общемъ, соотвѣтствуетъ принципамъ римской actio Pauliana. Подлежатъ оспариванію въ конкурсѣ и внѣ его такія *юридическія дѣйствія, которыя были предприняты должникомъ съ извѣстнымъ другой сторонѣ намѣреніемъ дѣйствовать во вредъ своимъ вѣрителямъ* [4]) [5]).

Принимаются въ соображеніе также *упущенія* [6]). Равнымъ образомъ, можетъ быть оспоренъ отказъ должника отъ предстоявшаго ему пріобрѣтенія [7]).

Въ помощь вѣрителю устанавливается широкая презумція злого умысла *со стороны близкихъ родственниковъ должника* [8]). Таковыми съ точки зрѣнія закона считаются: супругъ должника—даже если бракъ заключенъ послѣ совершенія должникомъ соотвѣтствующаго дѣйствія, а равно нисходящіе и восходящіе родственники, какъ самого должника, такъ и его супруга, затѣмъ братья и сестры того и другого съ ихъ супругами [9]).

Договоры съ такими родственниками, наносящіе ущербъ кредиторамъ, *признаются* обманными, если они были заключены: при конкурсномъ оспариваніи—въ теченіе года до открытія конкурса, при индивидуальномъ оспариваніи—въ теченіе года до предъявленія иска

---

[3]) Правда, мотивы къ К. О. пытаются обосновать оспариваніе по имперскому законодательству—за исключеніемъ случаевъ даренія—съ точки зрѣнія одного лишь правонарушенія отвѣтчика, т. е. дѣйствительнаго или *предполагаемаго злого умысла* съ его стороны. Противъ такого взгляда впервые высказался Dernburg въ своемъ Preuss. Privatrecht, т. 2, § 128; затѣмъ тѣ же мотивы были основательно опровергнуты Cosack'омъ, loc. cit., стр. 15, и съ этимъ, наконецъ, согласился высшій имперскій судъ въ постановленіи общаго собранія отъ 28 Іюня 1888 г., разрѣшая вопросъ о подсудности дѣлъ, возникшихъ по поводу оспариванія дѣйствій должника, предусмотрѣнныхъ въ К. О., § 30, lit. 2, и о ея отличіи отъ подсудности деликтовъ. R. G. E., т. 21, стр. 420, а также т. 48, стр. 402. Своеобразенъ взглядъ Lippmann'a, loc. cit. По его мнѣнію, право оспариванія есть не что иное, какъ искъ о допущеніи принудительнаго исполненія противъ третьяго владѣльца вещи или цѣнности, которыя раньше входили въ составъ имущества должника и, вслѣдствіе юридическаго дѣйствія послѣдняго, перешли въ имущество перваго; оно представляетъ собой не отдѣльно пріобрѣтенное гражданско-правовое притязаніе, которое основывалось бы на опредѣленномъ юридическомъ фактѣ, а есть само обязательство въ особой фазѣ своего осуществленія, извѣстная функція этого обязательства.

[4]) К. О., § 31, lit. 1; имперскій законъ, § 3, lit. 1.

[5]) Ср. выше, § 145, прим. 5, и Cosack, loc. cit., стр. 77.

[6]) Мотивы къ К. О. признаютъ *упущенія* должника не подлежащими оспариванію, но безъ достаточнаго основанія. Если, напр., должникъ умышленно не протестуетъ своихъ векселей, то оспариваніе должно быть допущено,—ср. Cosack, loc. cit., стр. 48.

[7]) Ср. Cosack, loc. cit., стр. 66. Иначе римское право, см. выше, § 145, прим. 4.

[8]) К. О., § 31, lit. 2; имперскій законъ, § 3, lit. 2.

[9]) Примѣненіе по аналогіи не допускается. Племянникъ должника, женихъ его дочери или невѣста сына не несутъ отвѣтственности, между тѣмъ какъ зять жены должника не освобождается отъ нея; Cosack, loc. cit., стр. 119.

www.naukaprava.ru

или до соотвѣтствующаго заявленія о намѣреніи предъявить споръ. Эта презумція можетъ быть опровергнута родственниками лишь путемъ доказательства, что, въ моментъ заключенія договора, имъ не было извѣстно намѣреніе должника дѣйствовать во вредъ кредиторамъ [10]).

II. Ко второй категоріи основаній для оспариванія относятся юридическія дѣйствія, которыя *съ объективной точки зрѣнія* являются *неправомѣрными* въ отношеніи вѣрителей. Этотъ видъ оспариванія имѣетъ нѣчто общее съ condictio sine causa; вотъ почему мы называемъ его *кондикціоннымъ*. Здѣсь различаются двѣ главныя группы:

1. Одна имѣетъ въ виду только *случай конкурса*. Она опирается на то соображеніе, что конкурсные вѣрители имѣютъ уже прочное право на соразмѣрное удовлетвореніе изъ имущества должника съ того момента, какъ стали обнаруживаться первые признаки надвигающейся несостоятельности. Поэтому подлежатъ оспариванію:

a) *Сдѣлки несостоятельнаго должника*, въ результатѣ которыхъ конкурсные вѣрители потерпѣли убытки, если заключенію сдѣлки предшествовала *пріостановка платежей со стороны должника* или *заявленіе объ открытіи конкурса*, и контрагентъ должника зналъ объ этомъ [11]).

b) *Обезпеченіе или удовлетвореніе отдѣльныхъ вѣрителей* послѣ того, какъ послѣдовала пріостановка платежей или заявленіе объ открытіи конкурса; при этомъ требуется, чтобы положеніе должника было извѣстно вѣрителю. Отсюда не исключаются даже такіе платежи, которымъ уже наступилъ срокъ [12]).

c) Наконецъ, сюда относится предоставленіе отдѣльнымъ вѣрителямъ какихъ-либо *преимуществъ*. Подъ этимъ разумѣются юридическія дѣйствія, совершенныя послѣ пріостановки платежей или послѣ ходатайства объ открытіи конкурса или въ теченіе послѣднихъ 10 дней до этого, если притомъ конкурсный вѣритель, благодаря имъ, получилъ такое обезпеченіе или удовлетвореніе, котораго онъ *не* могъ требовать *вообще* или *не* могъ потребовать *въ данный моментъ* или *въ такомъ именно видѣ*. Лицу, получившему предпочтеніе передъ остальными, предоставляется право доказывать, что оно не было освѣдомлено ни о пріостановкѣ платежей, ни о зая-

---

[10]) Что здѣсь имѣется въ виду постановленіе о распредѣленіи доказательствъ, въ законѣ прямо не сказано; но едва ли можно иначе объяснить это положеніе. Такимъ образомъ, со стороны родственника должника предполагается злой умыселъ, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ соотвѣтствуетъ дѣйствительности. Сообразно съ этимъ долженъ опредѣляться размѣръ отвѣтственности родственника. R. G. E., т. 48, стр. 403.

[11]) К. О., § 30, lit. 1; ср. Cosack, въ особенности стр. 176.—Относительно понятія пріостановки платежей ср. выше, § 56.

[12]) К. О., § 30, lit. 1. Говорить здѣсь о зломъ умыслѣ вѣрителя, какъ это дѣлаютъ мотивы къ К. О., совершенно невозможно. Отказъ кредиторовъ въ это промежуточное время отъ принятія платежа или пріостановка исполненія судебнаго рѣшенія были бы величайшей нелѣпостью, ибо неизвѣстно, кто воспользуется отвергнутыми цѣнностями, а въ особенности—не промотаетъ ли ихъ должникъ.

вленіи объ открытіи конкурса, ни о намѣреніи должника предоставить ему извѣстное преимущество передъ другими вѣрителями [13]).

Юридическія дѣйствія, совершенныя болѣе чѣмъ за 6 мѣсяцевъ до открытія конкурса, не могутъ быть оспорены на томъ основаніи, что совершившій ихъ зналъ о пріостановкѣ платежей [14]).

2. *Безвозмездныя распоряженія* должника подлежатъ конкурсному оспариванію, если они совершены въ теченіе послѣдняго года передъ открытіемъ конкурса, и индивидуальному оспариванію, если они совершены въ теченіе послѣдняго года до предъявленія иска или до соотвѣтствующаго заявленія о намѣреніи предъявить споръ. При распоряженіяхъ въ пользу *супруга* срокъ увеличивается до *двухъ лѣтъ* [15]).

Эти правила не распространяются на обычные подарки по общепринятымъ поводамъ (именины, день рожденія и т. п.).

Не принимается въ соображеніе, соотвѣтствовало ли дареніе имущественному положенію дарителя въ моментъ совершенія и представлялось ли оно актомъ добросовѣстнымъ. Законъ, не обращая на это вниманія, вообще даетъ вѣрителямъ право удовлетворить свои претензіи изъ дареній, сдѣланныхъ должникомъ. Достаточно того, что въ этомъ случаѣ одно лицо желаетъ избѣжать ущерба, а другое— получить выгоду.

Оспариваніе юридическаго дѣйствія не исключается тѣмъ, что оно уже подлежало принудительному исполненію противъ самого должника или основывалось на исполненіи судебнаго рѣшенія или было послѣдствіемъ ареста. Это относится ко всѣмъ случаямъ оспариванія вообще [16]).

§ 147. **Отдѣльныя положенія относительно права оспариванія.**

1. Къ оспариванію при конкурсѣ управомоченъ одинъ лишь попечитель конкурсной массы [1]).

Оспаривать дѣйствія должника внѣ конкурса можетъ всякій кредиторъ по обязательству, срокъ котораго наступилъ и которое подлежитъ принудительному исполненію, въ томъ случаѣ, если взысканіе, обращенное на имущество должника, не привело къ полному удовлетворенію, или если можно предвидѣть, что оно не увѣнчается успѣхомъ [2]).

---

[13]) К. О., § 30, lit. 2. Доказательство этого возраженія едва ли имѣетъ особое значеніе, какъ съ практической, такъ и съ законодательной точки зрѣнія, такъ какъ оно можетъ удаться лишь при самыхъ исключительныхъ условіяхъ.

[14]) К. О., § 33. Такимъ образомъ, когда и сколько времени тому назадъ произошла *пріостановка платежей* — безразлично; требуется только, чтобы *сдѣлка*, которая оспаривается, была заключена въ теченіе послѣднихъ передъ открытіемъ конкурса 6 мѣсяцевъ. Cosack, loc. cit., стр. 180. Но это слѣдуетъ понимать лишь cum grano salis. Пріостановка платежей, которая не находится ни въ какой внутренней связи съ открывшимся теперь конкурсомъ, не можетъ быть принята во вниманіе. — О весьма сомнительномъ отношеніи § 33 К. О. къ случаямъ, упомянутымъ въ § 30, lit. 2, ср. Cosack, loc. cit., стр. 205.

[15]) К. О., § 32; имперскій законъ, § 3, lit. 3 и 4; ср. Cosack, loc. cit., стр. 133.

[16]) К. О., § 35; имперскій законъ, § 6.

[1]) К. О., § 36.

[2]) Имперскій законъ, § 2.

www.naukaprava.ru

2. Отвѣтчикомъ является лицо, которое пріобрѣло что-либо у должника, а также наслѣдникъ пріобрѣтателя.

Другіе правопреемники этого пріобрѣтателя являются отвѣтчиками лишь въ томъ случаѣ, если въ моментъ пріобрѣтенія имъ были извѣстны обстоятельства, въ силу которыхъ пріобрѣтеніе ихъ правопредшественника подлежало оспариванію [3]), или если противъ нихъ, какъ его близкихъ родственниковъ, допускается предположеніе злого умысла, которое они не могутъ опровергнуть доказательствомъ того, что они не знали о намѣреніяхъ должника.

3. Попечитель конкурсной массы имѣетъ право требовать возвращенія всего, что́ было отчуждено дѣйствіемъ, подлежащимъ оспариванію; отдѣльные же кредиторы, которые потерпѣли убытки, могутъ воспользоваться этимъ правомъ лишь постольку, поскольку это необходимо для ихъ полнаго удовлетворенія. Далѣе, согласно правильному взгляду, нужно различать слѣдующіе случаи [4]):

a) Отвѣтчикъ дѣйствовалъ *недобросовѣстно* или, по крайней мѣрѣ, предполагается, что онъ, въ качествѣ близкаго родственника, поступалъ недобросовѣстно. Въ такомъ случаѣ къ нему должны быть примѣнены принципы римской actio Pauliana. На него падаетъ, поэтому, вся отвѣтственность, независимо отъ того, владѣетъ ли онъ вещью или нѣтъ; на немъ лежитъ рискъ, и онъ обязанъ возвратить плоды и проценты, не только тѣ, которые получены имъ въ дѣйствительности, но и тѣ, которые могли быть получены.

b) Къ нему можетъ быть предъявленъ искъ объ оспариваніи кондикціоннаго характера, по поводу сдѣлокъ и платежей, *на томъ основаніи, что они относятся къ тому времени, когда предстоялъ конкурсъ*. Здѣсь должны быть примѣнены принципы condictio sine causa. Поэтому, деньги должны быть возвращены въ томъ количествѣ, въ какомъ онѣ были получены. Что касается другихъ объектовъ, то получившій ихъ не несетъ риска; онъ обязанъ лишь возвратить самую вещь въ томъ видѣ, въ какомъ она находится въ данный моментъ помимо его вины, или же стоимость этой вещи, если онъ добросовѣстно потребилъ ее либо продалъ. Проценты онъ долженъ возмѣстить, если самъ получилъ ихъ, а также въ случаѣ промедленія (mora).

c) Лица, которымъ извѣстное имущество было *предоставлено безвозмездно*, отвѣчаютъ, въ случаѣ добросовѣстности, лишь въ размѣрѣ своего *обогащенія*.

---

[3]) К. О., § 40, и имперскій законъ, § 11.

[4]) К. О., § 37, постановляетъ: „Все, что отчуждено, должно быть *возвращено* въ конкурсную массу. Добросовѣстный пріобрѣтатель, воспользовавшійся выгодой безвозмездно, обязанъ возвратить ее лишь постольку, поскольку онъ благодаря ей *обогатился*“. Въ какомъ объемѣ происходитъ возвратъ въ остальныхъ случаяхъ, — объ этомъ конкурсный уставъ не высказывается. Ср. Jaeger: К. О., § 37, прим. 8 и слѣд. Искъ объ оспариваніи—личный, а не вещный. Оспариваніе сдѣлокъ по гражд. улож. для герм. имперіи, § 119, по поводу ошибки, обмана или угрозъ, носитъ совершенно иной характеръ. Созвучіе терминовъ не должно вводить въ заблужденіе въ этомъ отношеніи. См., далѣе, выше, § 141, прим. 28. О случаяхъ, когда при наличности сдѣлки, заключенной относительно нѣсколькихъ предметовъ, возможно оспариваніе въ отношеніи только одного изъ нихъ, ср. R. G. E., т. 21, стр. 95.

4. Эквивалентъ, уплаченный по сдѣлкѣ, можетъ быть зачтенъ при конкурсномъ оспариваніи постольку, поскольку онъ поступилъ въ конкурсную массу [5]) [6]).

5. Срокъ давности для конкурснаго оспариванія истекаетъ въ одинъ годъ, считая со дня открытія конкурса [7]), а для индивидуальнаго оспариванія недобросовѣстныхъ дѣйствій—въ 10 лѣтъ съ момента возникновенія права на искъ [8]) [9]).

---

[5]) К. О., § 38.

[6]) Имперскій законъ, § 8, опредѣляетъ относительно индивидуальнаго оспариванія: „Лицо, пріобрѣтеніе котораго оспорено, можетъ требовать возвращенія предоставленнаго имъ эквивалента *только отъ должника*“. Но какъ быть, если вѣритель уже получилъ частичное удовлетвореніе, воспользовавшись объектомъ, переданнымъ должнику его контрагентомъ въ качествѣ эквивалента? Должникъ, напр., промѣнялъ домъ на участокъ земли, причемъ эта сдѣлка подлежитъ оспариванію; затѣмъ вѣритель продалъ *участокъ* въ порядкѣ принудительнаго исполненія и получилъ удовлетвореніе въ бо́льшей части своего требованія; можетъ ли онъ теперь, въ результатѣ оспариванія, потребовать удовлетворенія и *изъ цѣны дома* для окончательнаго погашенія своего притязанія? Конечно, это возможно лишь въ размѣрѣ разницы между стоимостью дома и участка. Рѣшить иначе значило бы снять двѣ шкуры съ отвѣтчика. Ср. Cosack, loc. cit., стр. 272, а также R. G. E., т. 20, стр. 157.

[7]) К. О., § 41. Вторая часть статьи вноситъ ограниченіе: Если вслѣдствіе дѣйствія, подлежащаго оспариванію, на несостоятельнаго должника легла обязанность сдѣлать другой сторонѣ извѣстное предоставленіе, то конкурсный попечитель можетъ отказать въ удовлетвореніи соотвѣтствующаго притязанія, хотя бы право оспариванія было погашено согласно первой части этой статьи.

[8]) Имперскій законъ, § 12, содержитъ детали.

[9]) При изложеніи права оспариванія по имперскимъ законамъ здѣсь намѣренно были указаны наиболѣе значительные его пробѣлы и несовершенства. Эти законы составлены опытными спеціалистами и дѣльными юристами послѣ самой тщательной предварительной работы, и, несмотря на это,—какъ много вопросовъ остается открытыми, какъ много изъ нихъ разрѣшено неудовлетворительно! Пусть этотъ примѣръ докажетъ неосновательность наивнаго мнѣнія, будто достаточно одного изданія новыхъ законовъ для того, чтобы овладѣть всѣми проблемами въ области гражданскаго права, и будто для правовой жизни достаточно одного знанія параграфовъ этихъ законовъ. Чтобы творить судъ и развивать право, необходимо еще умѣть юридически мыслить. А этому искусству лучше всего обучаютъ насъ великіе творцы римскаго права.

www.naukaprava.ru

РУССКІЙ ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

Цифры въ скобкахъ обозначаютъ параграфы; цифры, напечатанныя жирнымъ шрифтомъ, указываютъ sedes materiae.

А.

Абстрактныя обязательства 6 прим. 4 (3), 59 и сл. (**22**).
Аварія 303 (114).
Адресатъ посылокъ 51 (18).
Азартныя игры 273 и сл. (104).
Активныя корреальныя обязательства 195 и сл. (**74**).
Акты щедрости 276 (106).
Алеаторныя сдѣлки 275 (104).
Алименты 88 и сл. (**31**), 348 (132).
Альтернативныя обязательства 76 и сл. (**27**), 363 прим. 16 (141).
Антреприза 301 (113).
Арбитраторы 40 и сл. (15).
Аренда 291 (111).
— изъ доли 291 (111).
Арендная плата 256 прим. 5 (98), 291 прим. 4 (111), 293 (111).
Арестъ, неправильное наложеніе а. 351 (135).
Ассигнантъ, ассигнатарій, ассигнатъ 313 и сл. (119).

Б.

Безвозмездныя распоряженія, оспариваніе 379 (146).
Безнравственныя обѣщанія 41 (**16**).
— сдѣлки 44 (16).
Безымянные договоры 18 (7), 19 (8).
Бодмерея 231 (89).
Большинство кредиторовъ при принудительномъ прощеніи долга 174 (66), принудительной мировой сдѣлкѣ 174 (66), принудительной отсрочкѣ долга 174 прим. 2 (66).
Бумаги на предъявителя 23 (9), 241 прим. 4 (93).
— „по приказу“ 23 (9).

В.

Валюта при займѣ 222 (85), 223 и сл. (**86**).
Вдовья пенсія 123 прим. 13 (45), 134 прим. 4 (50); см. также право на пенсію.
Веденіе чужихъ дѣлъ безъ порученія 317 и сл. (**121** и сл.), за свой счетъ 324 и сл. (**123**).
Вербальные контракты 17 (7).
Вещныя притязанія 4 прим. 12 (1).
Видоизмѣненіе обязательствъ 157 и сл. (59 и сл.).
Вина 96 и сл. (**36** и сл.), при исполненіи служебныхъ обязанностей 352 (135).
Виновныя дѣйствія 351 и сл. (**135**).
Виндиканты при конкурсѣ 151 (56).
Внѣдоговорныя обязательства 336 и сл. (129 и сл.).
Возложеніе обязанности см. modus.
Возмѣщеніе ущерба 117 и сл. (**44** и сл.).
Вознагражденіе при наймѣ услугъ 298 (112), при порученіи 306 (115).
Возраженіе см. exceptio.
Время исполненія 93 и сл. (**34**).
Встрѣчное требованіе 164 и сл. (62 и сл.).

Второе поручительство 208 (79).
Выборъ въ альтернативныхъ и родовыхъ обязательствахъ 76 и сл. (27), 70 (25).
Вѣритель см. кредиторъ.

Г.

Гарантія, договоры о г. 311 и сл. (**118**).
Главный должникъ см. поручительство.
Гонораръ 306 (115).
Гуртомъ, продажа 253 (96).

Д.

Дареніе 276 и сл. (**106** и сл.); дареніе несостоятельнаго должника 152 (56).
Двойное порученіе 312 (119).
Двусторонніе обязательства 52 (**19**).
Деликтные обязательства 336 и сл. (**129** и сл.).
Деликтъ, понятіе 14 (6).
Денежное вознагражденіе за причиненныя страданія 347 (132), при имущественномъ наймѣ 290 и сл. (111), при наймѣ услугъ 298 (112).
Деньги, внесенныя въ счетъ платы 250 (95).
Деньги, денежныя обязательства 72 и сл. (**26**), 246 (94).
Дивидендъ 81 (28).
Дисконтъ 95 (35).
Диспаша 304 (114).
„Дисъюнктивныя" обязательства 76 прим. 2 (27).
Добавочная стипуляція 180 (69).
Добавочный интересъ 118 (44).
Добавочныя соглашенія при куплѣ-продажѣ 247 и сл. (**95**).
Довѣренность 305 (115).
Договоры объ отчужденіи имѣнія 51 (18).
— о гарантіи 311 и сл. (**118**).
Договоръ 19 и сл. (8 и сл.).
— абстрактный (формальный) и каузальный (матеріальный) 59 и сл. (**22**).
— въ пользу третьяго лица 49 и сл. (**18**).
— какъ основаніе возникновенія обязательствъ 19 и сл. (8 и сл.).
Договоръ между отсутствующими 26 и сл. (**11**).
— односторонній, двусторонній, взаимно обязывающій 52 и сл. (**19** и сл.).
— о прощеніи долга 178 и сл. (**65** и сл.).
— о рѣшеніи спора посредствомъ внѣсудебной присяги 288 прим. 14 (109).
— товарищества 326 и сл. (**124** и сл.), 17 (7).
Документы, обладающіе исполнительной силой 6 прим. 4 (3).
Долговая росписка, возвращеніе должнику 144 прим. 16 (54).
Долгъ, понятіе 3 (1).
Должникъ, понятіе 3 (1).
Должностное лицо 352 (135).
Доли участія товарищей въ прибыляхъ и убыткахъ 329 и сл. (**126**).
Домовладыка, иски къ нему изъ сдѣлокъ подвластныхъ лицъ 35 и сл. (**14**), изъ ихъ деликтовъ 102 (38).
Допустимость цессіи 134 и сл. (50).
Дѣлимость обязательствъ 66 и сл. (**24**).

Ж.

Желѣзныя дороги, отвѣтственность предпринимателей 104 и сл. (39).
Женщина, обезображеніе ея 347 (132).
Животныя: поврежденія, причиненныя ж. 348 и сл. (**133**).

З.

Завѣщаніе, мировая сдѣлка по поводу з. 287 прим. 8 (109).
Задатокъ 30 (**12**), при куплѣ-продажѣ 250 (95).
Заемъ 221 и сл. (**85** и сл.), 17 (7).
Закладной договоръ 17 (7), 221 (85).
Заключеніе договора между отсутствующими 26 и сл. (**11**).
— договора купли-продажи 242 и сл. (**94**).
— обязательственныхъ сдѣлокъ 20 и сл. (**9** и сл.).
Законная цессія 133 (49).
Законные проценты 82 и сл. (**29**).
Залоговое право кредиторовъ въ конкурсѣ 151 (56), наймодавца 294 прим. 29 (111).

www.naukaprava.ru

Замѣна исполненія 155 и сл. (**58**).
Запрещеніе конкуренціи 44 прим. 17 (16).
— цессіи 135 (50).
Засвидѣтельствованіе на судѣ даренія 281 (108).
Затраты см. издержки.
Зачетъ 164 и сл. (**62** и сл.).
Злой умыселъ см. dolus.

И.

Игра 273 и сл. (**104**).
Издержки на проданную вещь 254 (97).
— при actio redhibitoria 266 (101), при commodatum 233 (90), при depositum 239 (92), при mandatum 309 (116), при negotiorum gestio 323 (122), при societas 331 (126).
Измѣненіе обязательствъ 127 и сл. (**47** и сл.), 157 и сл. (59 и сл.).
Имущественная цѣнность дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства 47 и сл. (**17**), 2 (1).
Имущественный наемъ 290 и сл. (**111**).
Инвентарь при арендѣ 294 прим. 28 (111).
Индивидуально-опредѣленныя вещи см. species.
Интересъ 47 и сл. (**17**), 119 (44), размѣръ возмѣщенія 125 (**45**).
— личнаго расположенія (Affectionsinteresse) 119 (44).
Интерцессія 216 и сл. (**83** и сл.).
Иски изъ необоснованнаго пріобрѣтенія 356 и сл. (**138** и сл.).
Искъ и обязательство 5 и сл. (**3**).
Исполненіе обязательства 144 и сл. (**55**).
Исполненіе (уплата) по частямъ 145 (55).

К.

Казна: привилегіи, касающіяся компенсаціи 169 (63) и процентовъ 84 (29).
Каузальныя или матеріальныя сдѣлки 59 и сл. (22).
Квитанція (платежная росписка) 144 (54), 147 прим. 17 (55), 227 прим. 10 (87).
Квитанція, право должника на полученіе при платежѣ к. 150 прим. 34 (55).
Компенсація 164 и сл. (**62** и сл.), 239 (92).
— въ конкурсѣ 170 (63).
Кондикціи 356 и сл. (**138** и сл.).
Конкурсъ 150 и сл. (**56**), надъ имуществомъ нанимателя 296 (111) и хозяина при личномъ наймѣ 298 (112), надъ однимъ изъ товарищей 335 (128); оспариваніе дѣйствій должника при конкурсѣ 376 и сл. (146 и сл.).
Конкурсный попечитель 150 и сл. (56), 296 (111), 371 и сл. (144 и сл.).
Консенсуальные договоры 17 (7), 20 (8), 242 и сл. (**94** и сл.), 270 прим. 1 (102).
Конституть см. constitutum.
Контрактная система, римская 15 и сл. (**7**).
Контрактныя и деликтныя обязательства 14 и сл. (6).
Контрактъ, понятіе 14 (6).
Корабельщикъ см. судохозяинъ.
Корреальныя обязательства 182 и сл. (**71** и сл.), 5 (2), 206 (79).
Косвенный ущербъ 121 (45).
Крайняя необходимость, состояніе к. н. 344 и прим. 9 (131).
Кредитное порученіе 201 и сл. (**77**), 210 прим. 7 (80).
Кредитныя сдѣлки 3 (1).
Кредитовать 3 (1).
Кредиторъ, понятіе 3 (1), опредѣленный и неопредѣленный 21 (9).
Кредиторы конкурсной массы 152 (56).
— сепаратисты 151 (56).
Купля-продажа 242 и сл. (**94** и сл.), 17 (7).
— будущей вещи 244 и прим. 12, 13 (94).
— въ кредитъ 247 (95).
— въ разсрочку 247 (95), 250 прим. 22 (95).
— гуртомъ 253 (96).
— для пробы 249 (95).
— надежды (emptio spei) 244 и прим. 14 (94).
— на наличныя 247 (95).
— на пробу 248 (95).
— на разстояніе или съ доставкою 248 (95), 253 (96), 255 (97).

Купля-продажа наслѣдства 131 (48).
— недвижимостей 256 прим. 3 (98).
— отказъ отъ к.-п. 250 (95).
— по образцамъ 249 (95).
— расторженіе 270 и сл. (**102**).
— родовыхъ вещей 245 и прим. 18 (94), 253 (96), 269 прим. 24 (101).
— съ платежемъ впередъ 247 (95).
— срочная и несрочная 247 (95).
— съ цѣлью спекуляціи 271 (102).
Курсовая цѣна 74 (26).

Л.

Ликвидація 336 прим. 15 (128), 371 (144).
Литтеральные контракты 17 (7).
Лишеніе жизни 347 и сл. (132).
Львиное товарищество 331 прим. 8 (126).

М.

Мировая сдѣлка 285 и сл. (**109**).
— принудительная 174 (**66**).
Морской заемъ 229 (**89**).
Мѣна 272 (**103**), 242 (94).
Мѣсто доставки вещи 91 (32), при куплѣ-продажѣ 248 (95).
— исполненія 89 и сл. (**32**), при куплѣ-продажѣ 248 (95).
— предъявленія иска 91 и сл. (**33**).

Н.

Наемная плата 256 прим. 5 (98).
Наемъ 237 (92), 288 и сл. (**110** и сл.), 17 (7).
— услугъ 297 и сл. (**112**).
Накладная 51 (18).
Напоминаніе должнику объ исполненіи 106 и сл. (40).
Наступленіе срока требованія 93 (34), 106 (**40**).
Натуральныя обязательства см. obligationes naturales.
Неблагодарность, возвратъ дара вслѣдствіе н. 283 и сл. (108).
Невозможность исполненія обязательства 176 и сл. (**68**).
Невозможныя обѣщанія 41 и сл. (**16**).
Недвижимости, продажа 256 прим. 3 (98).
Недостатки вещи при куплѣ-продажѣ 257 (98), 263 и сл. (**100**), 265 (101).
— нанятой вещи 292 (111).
— подаренной вещи 280 (107).
Недѣлимость обязательствъ 66 и сл. (**24**).
Недѣйствительныя обѣщанія 44 прим. 17 (16).
Необоснованное пріобрѣтеніе 356 и сл. (**138** и сл.).
Необходимая цессія 133 (49).
Необходимые наслѣдники 284 (108).
Неопредѣленный вѣритель 21 и сл. (9).
Неопредѣленныя обязательства 39 (15).
Неосновательное обогащеніе 358 и прим. 13 (138).
Неосновательное отрицаніе обязательства, невыгодныя процессуальныя послѣдствія 7 прим. 6 (3).
Непреодолимая сила (vis major) 104 и сл. (**39**), вліяніе на неустойку 125 прим. 6 (46).
Несовершеннолѣтніе, привилегія при начисленіи процентовъ 84 (29), 112 (41).
Несостоятельный должникъ см. конкурсъ.
Неспособность къ платежу 151 (56).
Несрочная продажа 247 (95).
Несуществующій долгъ 361 и сл. (141).
„Несчастіе“ 177 прим. 6 (68).
Неустойка 124 и сл. (**46**).
Неформальность обязательственныхъ договоровъ 19 (**8**).
Новація 157 и сл. (**59** и сл.), посредствомъ litis contestatio 128 (47), при корреальныхъ обязательствахъ 192 (73).
Ноксальные иски 348 (133), 102 и прим. 3 (38).
Нѣсколько вѣрителей, должниковъ 181 и сл. (**70** и сл.).

О.

Обезображеніе женщины 347 (132).
Обманъ 270 (102), 276 прим. 5 (105).
— какъ основаніе обязательства 352 и сл. (136).
Обогащеніе, иски изъ о. 358 (138).

www.naukaprava.ru

Образецъ, продажа по образцамъ, см. купля-продажа.
Обратное поручительство 209 (80).
— требованіе см. регрессъ.
Общее владѣніе сонаслѣдниковъ въ германскомъ правѣ (Ganerbschaft) 328 (125).
Общій должникъ см. конкурсъ.
Обѣщаніе дарственное 279 (107).
— кредита 222 прим. 5 (85).
Обѣщанія безнравственныя, невозможныя 41 и сл. (**16**), недѣйствительныя 44 прим. 17 (16), односторонніе 20 и сл. (**9**).
Обѣщанныя качества вещи 263 и сл. (**100**).
Обязанность исполненія должника 4 (**2**).
— содержанія (alimenta) 88 и сл. (**31**).
Обязательства, направленныя на genus 69 и сл. (**25** и сл.).
Обязательственная сдѣлка 15 и сл. (**7** и сл.).
Обязательственный договоръ 20 (**9**).
Односторонніе обѣщанія 20 и сл. (**9**).
— обязательства 52 (19).
Одобреніе (ratihabitio) 322 и сл. (122).
Опредѣленный срокъ уплаты 108 (40).
Опредѣлимость дѣйствія 39 и сл. (**15**).
Освобожденіе должника отъ обязательства 142 прим. 1 (54).
Основанія возникновенія обязательствъ 14 и сл. (**6** и сл.).
Оспариваніе дѣйствій, совершенныхъ во вредъ кредиторамъ 371 и сл. (**144** и сл.).
Отвѣтственность за чужую вину 101 и сл. (**38**).
— продавца за эвикцію 257 и сл. (**99**), за недостатки вещи и отсутствіе въ ней обѣщанныхъ качествъ 263 и сл. (**100**).
— простирающаяся до предѣловъ vis major 104 и сл. (**39**).
Отказъ отъ купли-продажи 250 (95).
— отъ товарищества 335 (128).
— офферента отъ своего предложенія 28 (11).
Отмѣна даренія 283 и сл. (108).
— порученія 310 (117).
Отпаденіе субъекта обязательства 175 (**67**).
Отрицательныя обязательства 63 (23).
Отрицательный договорный интересъ 26 (10).
Отсрочка 173 (65), 174 прим. 2 (66).
Отступное 31 (12).
Отсутствующіе, договоръ между о. 26 и сл. (**11**).
Отчетъ при mandatum 308 (116).
— при negotiorum gestio 322 (122).
Оферта 22 прим. 11 (9), 23 (9), 26 и сл. (11).
Охрана вещи см. custodia.
Оцѣночный договоръ 315 и сл. (**120**), 18 (7).

П.

Пари 275 и сл. (**105**).
Пассивныя корреальныя обязательства 190 и сл. (**73**).
Переводъ 312 и сл. (**119**).
Переговоры о заключеніи договора 23 (**10**).
Передача предмета обязательства на храненіе въ присутственное мѣсто въ цѣляхъ исполненія см. depositio.
— проданной вещи 243 (94), 255 (98), 258 (99).
Переносъ обязательствъ 127 и сл. (**47** и сл.).
Переходъ деликтныхъ обязательствъ по наслѣдству 339 (129).
Пираты 303 (114).
Платежная росписка см. квитанція.
Платежъ 144 и сл. (**55**).
— впередъ, продажа съ п. в. 247 (95).
— наличными 169 прим. 11 (63).
Поврежденіе вещей 342 и сл. (**131**), 336 (129).
Погашеніе обязательства 175 и сл. (**67** и сл.), 173 (65).
Подвластныя лица, значеніе ихъ сдѣлокъ для домовладыки 35 и сл. (**14**), отвѣтственность домовладыки за ихъ деликты 101 и сл. (38); денежный заемъ подвластныхъ 227 и сл. (**88**).
Поднаемъ 293 (111).
Подрядъ 299 и сл. (**113**).
Подтоварищество 332 (126).
Поклажа (depositum) 236 и сл. (**92** и сл.), 17 (7).
Покупная цѣна 243 (94).

Полномочіе см. довѣренность.
Положительныя обязательства 63 (23).
Попечитель конкурсной массы см. конкурсный попечитель.
„По приказу", бумаги 23 (9).
Порученіе 304 и сл. (**115** и сл.), 17 (7).
Поручительство 197 и сл. (**76** и сл.), 202 и сл. (**78** и сл.).
Порядокъ удовлетворенія вѣрителей въ конкурсѣ 151 и сл. (56).
Посылка проданнаго товара въ опредѣленное мѣсто 248 (95), 253 (96).
Почтовая посылка, адресатъ ея 51 (18).
Похищеніе 339 и сл. (**130**).
Право выкупа 250 прим. 15 (95).
— къ вещи (jus ad rem) 7 (3).
— на alimenta, какъ предметъ цессіи 134 (50) и компенсаціи 169 и прим. 14 (63).
— на пенсію 169 прим. 14 (63); см. также вдовья пенсія.
— обратной покупки 249 (95).
— отказаться отъ имущественнаго найма 292 (111), отъ купли-продажи 250 и сл. (95), отъ порученія 310 (117), отъ товарищества 335 (128).
— отступиться отъ двусторонняго договора 113 (41).
Право преимущественной покупки 249 и 251 (95).
Правонарушеніе см. деликтъ.
Предварительное исполненіе судебныхъ рѣшеній 6 прим. 4 (3).
— производство по взысканію долга съ главнаго должника при поручительствѣ 207 (79).
Предварительныя соглашенія 23 и сл. (**10**).
Предложеніе исполненія 115 (43).
Предметъ обязательства 63 и сл. (**23**).
Преимущественное удовлетвореніе въ конкурсѣ 152 (56).
Прекращеніе обязательствъ 142 и сл. (**54** и сл.).
Прибыль и убытки товарищества 329 и сл. (126).
Привилегіи женщинъ 217 и сл. (**84**).
Привилегія см. beneficium.
Привлеченіе продавца къ участію въ процессѣ при эвикціи 258 и сл. (99).
Признаніе долга 62 (22).
— должникомъ цедированнаго требованія 138 прим. 7 (51).
Приказчикъ, наемъ услугъ 297 (112).
Принадлежности проданной вещи 255 (98).
Принимать уплаты 148 (55).
Принудительная мировая сдѣлка 174 (**66**), 152 (56).
Принудительное прощеніе долга 174 (**66**).
Принятіе вѣрителемъ обѣщанія должника 20 и сл. (9).
— на себя чужого долга 140 (**53**).
Присвоеніе 340 и 341 прим. 14 (130).
— находки 340 (130).
Присяга 124 (45).
Причинная связь при возмѣщеніи интереса 121, 123 (45).
Пріобрѣтеніе законной силы даренія между супругами 283 (108).
Пріостановка платежей 151 (56), 378 и сл. (146).
Проба, продажа для пробы, на пробу см. купля-продажа.
Продажа см. купля-продажа.
— съ цѣлью самозащиты 117 (43).
Проданная вещь, ея передача 255 (98).
Промиттентъ 20 (8).
Просрочка (промедленіе) должника 106 и сл. (**40** и сл.), 83 и прим. 11, 13 (29), 271 (102).
— кредитора 114 и сл. (**43**).
Проценты 80 и сл. (**28** и сл.), 149 (55).
— договорные и законные 82 и сл. (**29**), 86 и сл. (30).
— на проценты 87 (30), 96 прим. 5 (35).
— ограниченіе ихъ размѣра 86 и сл. (**30**), 45 (16a).
— при даренін 280 (107).
— при depositum irregulare 240 (93).
— при займѣ 226 (87), при морскомъ займѣ 230 (89).
— при компенсаціи 172 (64).
— при просрочкѣ 83 (29), 111 (41), 280 (107).
— прощеніе ихъ 278 прим. 11 (106).
— съ покупной цѣны 254 (97).

www.naukaprava.ru

Процессуальные проценты 84 (29), 280 прим. 2 (107).
— штрафы 6 (3).
Прочеркиваніе документа 144 прим. 16 (54).
Публичный вызовъ 22 (9).
Публичный торгъ 30 прим. 18 (11).
Пунктація 24 (10).
Путешественникъ 104 прим. 3 (39).

Р.

Распредѣленіе вѣрителей въ конкурсѣ 151 и сл. (56).
— прибыли и убытковъ между товарищами 330 (**126**).
Расторженіе купли-продажи 266 (101), 270 (**102**).
Растрата 340 и 341 прим. 14 (130).
Расхваливаніе товара при куплѣ-продажѣ 264 (100).
Расходы на погребеніе 348 (132).
Расчетъ 62 (22).
Реальное предложеніе исполненія 115 (43).
Реальные договоры 17 (7), 20 (8), 221 и сл. (**85** и сл.).
Регрессъ корреальнаго должника, уплатившаго болѣе своей части 194 (73).
— поручителя 208 и сл. (80).
— солидарнаго должника 197 (75).
Ремонтъ при наймѣ 296 (111).
Рента 81 (28); предоставленіе ренты 282 (108).
Реплика компенсаціи 171 (64).
Рискъ, сдѣлки на р. 275 (104).
Рискъ см. periculum.
Родовые признаки предмета обязательства см. genus.
Росписка см. квитанція.
Ростовщическія сдѣлки 45 и сл. (**16**а), 87 (30).
Ростовщичество посредствомъ сдѣлокъ относительно движимыхъ вещей (Sachwucher) 46 (16а).
Ручная продажа 242 (94).
Рѣшеніе суда; основанное на немъ натуральное обязательство 12 (5).
— при корреальныхъ обязательствахъ 193 (73), 196 (74).

С.

Сбавка арендной платы 293 (111).
Сдѣлки безнравственныя 44 (16).
— налагающія обязанности на одну и на обѣ стороны 52 (**19**).
— на разницу 275 прим. 9 (104).
— на рискъ 275 (104).
Секвестрація 237 (92), 241 (93).
Сепаратистъ 151 (56).
Сила, непреодолимая (vis major) 104 и сл. (**39**), 125 прим. 6 (46).
Синаллагматическія сдѣлки 53 и сл. (**20**).
Словесное предложеніе исполненія 115 (43).
Служебныя обязанности, вина при исполненіи с. о. 352 (135).
Случай см. casus.
Смерть, какъ основаніе прекращенія нѣкоторыхъ обязательствъ 175 (67), порученія 311 (117), товарищества 334 (128).
Смѣшанные штрафные иски 338 (129).
Совершеніе купли-продажи 251 и сл. (**96**).
Совѣтъ 305 (115).
Содержаніе, обязанность давать с. 88 и сл. (**31**).
— обязательства 63 (**23**).
Содержатель гостиницы 102 (38), 104 (39).
Солидарныя обязательства 181 и сл. (**70** и сл.), с. о. въ тѣсномъ смыслѣ 196 и сл. (**75**), 346 (131).
Сопоручитель 211 и сл. (**81**).
Составленіе бумагъ на предъявителя и по приказу 23 прим. 13 (9).
Спасеніе жизни 285 (108).
Спекуляція, купля-продажа съ цѣлью с. 271 (102).
Способность подвластныхъ лицъ принимать на себя обязательства 227 и сл. (**88**).
Срочная продажа 247 (95).
— сдѣлка 95 (35).
Ссуда 231 и сл. (**90**), 17 (7).
Стипуляція см. stipulatio.
Страхованіе жизни въ пользу третьяго лица 51 (18).
Субаренда 293 (111).
Субъектъ обязательства, отпаденіе с. о. 175 (**67**).
Судебное рѣшеніе см. рѣшеніе суда.
Судебныя издержки 7 (3).
Судохозяинъ 33 (13), 102 (38), 104 (39), 303 (114).
Супруги, даренія между с. 283 (108).

Суррогаты исполненія 155 и сл. (**58** и сл.).

Т.

Теорія воспріятія 28 (11).
— выдѣленія при куплѣ-продажѣ 253 прим. 10 (96).
— доставленія при куплѣ-продажѣ 253 прим. 10 (96).
— изъявленія 28 (11).
— исполненія при куплѣ-продажѣ 253 прим. 10 (96).
— полученія 29 прим. 10 (11).
Товарищество, договоръ т. 326 и сл. (**124** и сл.), 17 (7).
— прекращеніе 334 и сл. (**128**).
— преслѣдующее единичныя и общія промышленныя цѣли 327 (124).
— съ внутренними и съ внѣшними отношеніями 333 (127).
Товаръ 242 и сл. (94).
Торговое дѣло, пріобрѣтеніе 141 прим. 3 (53).
Торговыя товарищества 327 (124), 330 прим. 4 (126).
Тотализаторъ 274 прим. 8 (104).
Традиція см. передача.
Требованіе возврата дара 283 и сл. (108).
— вознагражденія за работу, преимущественное удовлетвореніе въ конкурсѣ 152 (56).
— право требованія см. obligatio.
Третье лицо, договоръ въ пользу т. л. 49 и сл. (**18**).
Тѣлесное поврежденіе, причиненіе т. п. 347 (**132**).

У.

Увѣдомленіе (Kündigung) 93 (34).
— о прекращеніи найма 295 (111), порученія 310 (117), товарищества 335 (128).
— о цессіи 130 (48).
Удержаніе вещи 239 (92), 250 (95).
Уменьшеніе покупной цѣны 268 (101).
Умноженіе числа исковъ объ убыткахъ 187 (72).
Умыселъ см. dolus.
Уполномоченный въ чужомъ промышленномъ предпріятіи 33 и сл. (13).
Условіе, суспенсивное при куплѣ-продажѣ 252 (96).
Условія о срокѣ 94 и сл. (**35**).
Условная купля-продажа между книготорговцами 317 прим. 10 (120).
Уступка требованія см. цессія.
Участіе товарищей въ прибыляхъ и убыткахъ 329 и сл. (**126**).

Ф.

Фиктивная цессія 133 (49).
Фиктивный доходъ 121 (45).
Фискъ см. казна.
Форма обязательственныхъ сдѣлокъ 15 и сл. (**7** и сл.), 13 (5).
Фрахтовая сдѣлка 299 прим. 5 (113).

Х.

Хозяинъ корабля см. судохозяинъ.
— предпріятія (предприниматель) 101 и сл. (38), 104 (39).
Храненіе 236 и сл. (92).
Хромающіе договоры см. negotia claudicantia.

Ц.

Цессія 129 и сл. (**48** и сл.).
Цѣна, единство ц. при продажѣ нѣсколькихъ предметовъ 268 (101).
— при куплѣ-продажѣ 243 (94).

Ч.

Частичное исполненіе (частичная уплата) 145 (55).
Чекъ 146 прим. 11 (55).

Ш.

Шкиперъ 33 (13).
Штрафная функція задатка 30 (12).
Штрафные иски 336 и сл. (**129** и сл.).

Э.

Эвикція 257 и сл. (**99**), 156 и прим. 7 (58).
— при дареніи 280 (107).
— при куплѣ-продажѣ 255 (97), 257 (99).

www.naukaprava.ru

Эвикція при мировой сдѣлкѣ 286 (109).
— при наймѣ 292 (111).
Эдильскіе иски 263 и сл. (100 и сл.).

Ю.

Юридическая сила неформальныхъ обязательственныхъ договоровъ 19 (8).

ЛАТИНСКІЙ ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

Цифры въ скобкахъ обозначаютъ параграфы; цифры, напечатанныя жирнымъ шрифтомъ, указываютъ sedes materiae.

A.

Acceptilatio 142 и сл. (54), 192 (73).
Actio aestimatoria 18 (7), 315 (120).
— aestimatoria injuriarum 355 прим. 12, 356 прим. 16 (137).
— certae pecuniae 226 прим. 1 (87), 357 (138), 361 прим. 8 (140), 365 прим. 28 (141).
— civilis 5 (3).
— commodati 232 (90).
— communi dividundo 63 прим. 2 (23), 320 прим. 8 (122).
— conducti 290 (110).
— constitutoria 180 (69).
— contraria 52 (19).
— de aestimato 315 прим. 3 (120).
— de bene depensis 224 прим. 4 (86).
— de calumnia 337 (129).
— de dejectis et effusis 350 (**134**).
— de dolo 337 (129).
— de eo quod certo loco 92 (33).
— de in rem verso 35 (**14**), 33 (13), 37 прим. 12 и 13, 38 прим. 17 (14).
— de in rem verso utilis 37 и прим. 16, 38 прим. 17 (14), 333 (127).
— de pastu 350 (133).
— de pauperie 345 прим. 15 (131), 348 и сл. (**133**), 350 прим. 12 (133).
— de peculio 35 (**14**), 33 (13).
— de pecunia constituta 180 (69), 200 (77).
— depensi 208 (80).
— depositi 237 (92).
Actio de positis et suspensis 350 прим. 3 (134).
— de recepto 104 (39).
— de servo corrupto 337 (129).
— directa, contraria 52 (19).
— doli 352 и сл. (**136**), 337 (129).
— empti (ex empto) 255 (**98**), 257 (99).
— exercitoria 33 (**13**), 334 прим. 6 (127).
— ex syndicatu 352 прим. 5 (135).
— funeraria 321 (122).
— furti 341 (**130**), 338 (129).
— injuriarum 354 и сл. (**137**), 338 (129).
— institoria 33 (**13**), 102 (38), 334 прим. 6 (127), quasi institoria 34 (13).
— institutoria 219 (84).
— legis Aquiliae 342 и сл. (**131** и сл.), 7 прим. 6 (3), 338 (129), 351 (135).
— locati 290 (110).
— mandati 308 (**116**), 37 (14), contraria при mandatum qualificatum 202 (77), поручительствѣ 209 (80) и интерцессіи 217 (83).
— mutui 226 прим. 1 (87).
— negotiorum gestorum 37 (14), 38 прим. 17 (14), 278 (106), 317 (**121**), 320 (122); предоставляемая поручителю 209 (80), 210 прим. 8 (80) и интерцеденту 217 (83).
— noxalis 102 (38), 348 и сл. (133).
— Pauliana 371 и сл. (**144** и сл.).
— pro socio 328 (125), 332 (**126**).

www.naukaprava.ru

Actio quanti minoris 268 и сл. (**101**).
— quasi institoria 34 (13).
— quod jussu 35 (**14**), 32 (13).
— quod metus causa 7 прим. 6 (3).
— redhibitoria 266 и сл. (**101**).
— restitutoria 219 (84).
— servi corrupti 337 (129).
— tributoria 36 прим. 6 (14).
— utilis при договорахъ въ пользу третьихъ лицъ 50 (18), при цессіи 129 (47).
— venditi 176 прим. 6 (67), 254 (**97**).
— vi bonorum raptorum 336 (129).
Actiones adjecticiae qualitatis 32 и сл. (**13** и сл.).
— aediliciae 265 (**101**).
— poenales 336 и сл. (129 и сл.).
— stricti juris 357 (138).
— utiles 129 (47).
— vindictam spirantes 134 прим. 4 (50).
Addictio in diem 251 (95).
Adjectus solutionis causa 148 и прим. 18 (55), 162 прим. 9 (60).
Aestimatio 119 (44).
Aestimatoria praescriptis verbis 18 (7).
Aestimatorius contractus 315 и сл. (**120**).
Alea 244 (94).
Alimenta см. алименты.
Alterum tantum при процентахъ 87 прим. 9 (30).
Anatocismus 87 (30).
Animus contrahendae societatis 326 (124).
— donandi 174 (65), 217 (83), 218 (84), 278 (106).
— injuriandi 354 (137).
— lucri faciendi при furtum 341 (130).
— novandi 161 (60).
Apocha 144 прим. 14 (54).
Argentarius 54 (20), 164 (62).
Arra 30 и сл. (**12**).
— poenalis 30 (12).
— poenitentialis 31 (12).
Arrha см. arra.
Authentica „si qua mulier“ 219 (84).

B.

Beneficium cedendarum actionum 204 (78), 210 (80), 213 (81).
— competentiae 153 и сл. (**57**), 280 (107), 328 (125).
Beneficium dationis in solutum 157 прим. 10 (58).
— divisionis 190 (73), 204 (78), 211 (81).
— excussionis 203 и сл. (78), 206 (79).
Bonae fidei judicia 47 (17), 165 (62).
— negotia 6 (3).
Boni mores 44 (16).
Bonitas nominis (nomen bonum esse) 139 (52).
Bonorum emptio 150 (56), 371 и сл. (144).
— emptor 150 (56), 165 (62), 372 (144).

C.

Calumnia см. actio de c.
Capitis deminutio 193 прим. 14 (73), 329 прим. 7 (125).
Casus 118 (44), 177 прим. 6 (68), 238 (92).
— certi 124 прим. 20 (45).
Caupo 102 прим. 5 (38), 104 (39).
Causa finita 370 (143).
— при обязательственныхъ договорахъ 59 и сл. (**22**).
Cautio damni infecti 120 прим. 2 (45).
— discreta, indiscreta 61 (22).
Certum, incertum 39 (15).
Cessio см. цессія.
— bonorum 150 (56).
— necessaria 133 (49).
„Civilis“ obligatio 5 и сл. (3), 8 и сл. (4).
Claudicantia negotia 56 (20).
Clausula doli 43 прим. 13 (16).
Codex accepti et expensi 17 (7).
Colonia partiaria 291 прим. 4 (111).
Colonus 291 прим. 2 (111).
Commodatum см. ссуда.
Commodum 65 (23).
Compensatio см. компенсація.
— culpae 122 прим. 11 (45).
— lucri cum damno 122 (45).
Competentia см. beneficium.
Concursus duarum causarum lucrativarum 178 (68).
Condemnatio „in quantum facere potest debitor“ 153 (57).
Condictio 356 и сл. (**138** и сл.).
— causa data causa non secuta 367 и сл. (**142**).
— causa finita 284 прим. 15 (108).

Condictio certi, incerti 357 (138).
— de bene depensis 224 прим. 4 (86).
— ex l. 35. C. de donat. 279 (107).
— ex mutuo 226 (87).
— ex poenitentia 18 прим. 16 (7).
— furtiva 359 и сл. (**139**), 338 (129), 342 (130), 358 (138), 364 (141).
— indebiti 361 и сл. (**141**), 58 (21), 155 прим. 4 (58), 173 (64), 358 (138).
— ob causam 367 и сл. (**142**), 358 (138).
— ob injustam causam 358 (138).
— ob turpem causam 358 (138).
— ob turpem vel injustam causam 360 и сл. (**140**).
— possessionis 358 (138).
— sine causa 369 и сл. (**143**), 18 (7), 223 (85 и 86), 279 (106), 282 прим. 8 (108), 358 (138), 378 (146), 380 (147).
— triticaria 226 прим. 1 (87), 357 (138).
Conductio см. locatio.
Conductor 290 (110).
Confusio 175 (67).
Consensus contrarius 270 прим. 1 (102).
Consilium см. совѣтъ.
— fraudandi 373 (145).
Constitutum 179 и сл. (**69**), 17 прим. 12 (7).
— debiti alieni 200 (77), 202 прим. 1 (78).
— possessorium 327 прим. 8 (124).
Contractus, понятіе 14 прим. 2 (6).
— aestimatorius 315 и сл. (**120**), 18 (7).
— consensuales 17 (7), 20 (8), 242 и сл. (**94** и сл.), 270 прим. 1 (102).
— innominati 18 (7), 19 (8).
— litterales 17 (7).
— mohatrae 225 прим. 7 (86).
— reales 17 (7), 221 и сл. (**85** и сл.).
— socidae 291 прим. 4 (111).
— verbales 17 (7).
Contrectatio 340 (130).
Correi stipulandi, promittendi 183 (71).
Creditor см. кредиторъ.
Culpa 96 и сл. (**36** и сл.).
— in concreto 99 прим. 4 (37), 100 (37), 331 (126).
— in contrahendo 23 и сл. (**10**), 22 прим. 11 (9), 26 прим. 10 (10), 245 прим. 16 (94), 352 (135).
Culpa in custodiendo 102 (38).
— in eligendo 102 (38).
— in exigendo 133 прим. 5 (49).
— lata 97 прим. 5 (36), 100 (37), 116 (43), 235 (91), 238 (92), 281 прим. 6 (107).
Cumulativa intercessio 216 (83).
Custodia 99 (37).
— при depositum 237 и прим. 3 (92).
— при куплѣ-продажѣ 251 прим. 2 (96).

D.

Damnas esto 365 (141).
Damnum 117 (44).
— corpori corpore datum 343 и сл. (131).
— emergens 120 (45).
— injuria datum 343 (131).
Dare, какъ предметъ обязательства 63 (23), 66 (24).
Datio in solutum 155 и сл. (**58**), 157 прим. 3 (59).
Debitor см. должникъ.
Deductio 165 (62).
Degustatio 248 прим. 7 (95).
Delegatio 157 и сл. (**59**), 312 прим. 1 (119).
Denuntiatio при цессіи 129 и сл. (**48**).
Depositio 162 и сл. (**61**), 117 (43).
Depositum 236 и сл. (**92** и сл.).
— irregulare 239 (**93**), 163 прим. 7 (61), 169 (63), 223 (85), 240 прим. 5 (93).
— miserabile 7 прим. 6 (3).
Dicta promissa 264 (100).
Diligentia 98 и сл. (37).
Dolus 43 (16), 97 (36), 116 (43), 235 (91), 238 (92), 260 и прим. 21 (99), 275 прим. 5 (105), 280 прим. 6 (107), 283 прим. 14 (108).
Dominium litis 128 (47).
Donatio 276 и сл. (**106** и сл.).
— remuneratoria 279 (106), 284 (108).
— sub modo 279 прим. 16 (106).
Duplicatio actionis 7 прим. 6 (3).

E.

Emptio 242 и сл. (**94** и сл.).
— ad gustum 248 (95).
— ad mensuram 253 (96).

www.naukaprava.ru

Emptio bonorum 150 (56), 371 и сл. (144).
— per aversionem 253 (96).
— rei speratae 244 и прим. 12, 13 (94).
— spei 244 и прим. 14 (94).
— venditio 242 (94).
Emptor bonorum 150 (56), 165 (62), 372 (144).
Evictio см. эвикція.
Exceptio de jure tertii 133 прим. 4 (49).
— divisionis см. beneficium.
— doli 137 прим. 6 (51), 141 прим. 7 (53), 147 прим. 15 (55), 155 прим. 3 (58), 165 (62).
— evictionis imminentis 255 (97).
— excussionis 203 (78).
— mercis non traditae 54 (20).
— non adimpleti contractus 57 и сл. (21), 134 прим. 3 (50), 141 прим. 7 (53), 169 прим. 10 (63), 272 (103).
— non numeratae pecuniae 227 прим. 10 (87).
— plurium litisconsortium 190 (73).
— S. C. Macedoniani 205 (79), 229 (88).
— S. C. Vellejani 205 прим. 5 (79), 219 (84).
Ex contractu, ex delicto 14 и прим. 2 (6).
Exercitor navis 33 (13).
Expromissio 159 (59).

F.

Facere, non facere, какъ предметъ обязательства 66 (24).
Facultas alternativa 80 (27), 349 (133).
Fidejussio 198 (76), 202 (78).
— indemnitatis 206 (79).
Fidepromissio 198 (76).
Fides 16 (7).
Foenus nauticum 229 (89).
Fraudationis causa latitatio 150 (56).
Furtum 339 и сл. (130), 238 (92).
— possessionis 341 (130).
— usus 232 (90), 238 (92), 341 (130).

G.

Genus, какъ предметъ обязательства 69 и сл. (25), 145 прим. 5 (55).
Genus, какъ предметъ продажи 245 (94), 253 (96), 269 прим. 24 (101).

I.

Impensae см. издержки.
Imprudentia 352 прим. 5 (135).
Incassomandatum 147 (55), 312 (119).
Indebitum 361 (141).
In diem addictio 251 (95).
Injuria 354 и сл. (137).
Inquilinus 291 прим. 2 (111).
In rem versio 35 (14).
In solutum datio 155 и сл. (58), 157 прим. 3 (59).
Institor 33 (13), 334 прим. 6 (127).
Intercessio см. интерцессія.
Interdictum de precario 235 (91).
— de vi 102 прим. 4 (38).
— fraudatorium 372 (144).
— quod vi aut clam 187 прим. 6 (72).
Interpellatio 106 (40).
Interusurium 95 (35).
Ipso jure compensari 165 и сл. (62).

J.

Judex qui litem suam fecit 352 (135).
Judicatum 364 (141).
Judicia stricti juris 357 (138).
Juramentum in litem 124 (45).
Jus ad rem 7 (3).
— poenitendi 18 прим. 16 (7).
— protimiseos 249 (95).
— retentionis см. удержаніе вещи.
— variandi 79 прим. 17 (27).

L.

Lata culpa 97 прим. 5 и сл. (36); см. culpa.
Laesio enormis 270 и сл. (102).
Legitimae usurae см. проценты законные.
Legitima pacta 17 (7).
Leonina societas 331 прим. 8 (126).
Lex Anastasiana 45 (16a), 136 (51).
— Aquilia 342 и сл. (131 и сл.).
— Cincia 281 прим. 2 (108), 285 прим. 19 (108).
— commissoria 31 прим. 5 (12), 124 (46), 250 (95).
— Furia de sponsu 198 (76).

Lex Rhodia de jactu 302 и сл. (**114**).
Litis contestatio, ея вліяніе при кореальныхъ обязательствахъ 185 (72), при поручительствѣ 199 (76), 206 (79).
— denuntiatio 258 прим. 8 и 259 прим. 14 (99).
Locatio conductio 288 и сл. (**110** и сл.), irregularis 299 прим. 8 (113), operarum 297 и сл. (**112**), operis 299 и сл. (**113**), 103 (38).
Locator 290 (110), 301 (113).
Lucrum cessans 120 (45).

M.

Magister navis 33 (13), 334 прим. 6 (127).
Mancipatio 281 прим. 2 (108).
Mandatum 304 и сл. (**115** и сл.), 17 (7).
— accipiendi 312 (119).
— aliena gratia 47 прим. 2 (17), 305 (115).
— qualificatum 201 (77), 312 (118).
— solvendi 313 и сл. (119).
Mensor 100 прим. 11 (37), 297 прим. 4 (112).
Miserabile depositum 7 прим. 6 (3).
Missio in bona 150 (56).
Modus при дареніи 279 прим. 16 (106), 283 прим. 14 (108).
Mohatrae, contractus 225 прим. 7 (86).
Mora 106 и сл. (**40** и сл.), 4 прим. 12 (1), 84 прим. 13 (29).
— creditoris 114 и сл. (**43**).
Moratorium 174 прим. 2 (66).
Mores, contra bonos mores 44 (16).
Mortis causa donatio 279 (106).
Mutuum 221 и сл. (**85** и сл.).
Mutuus dissensus см. consensus contrarius.

N.

Naturales obligationes 8 и сл. (**4** и сл.), 229 (88).
Naturalia negotii 24 (10).
Nauta 102 прим. 5 (38), 104 (39).
Nauticum foenus 229 (**89**).
Negotia claudicantia 56 (20).
Negotiorum gestio 317 и сл. (**121** и сл.).
Negotium utiliter coeptum 320 (122).
Nomen verum, bonum 139 (52).
Novatio см. новація.
Noxa 102 (38), 350 прим. 9 (133).
Noxae datio 349 (133).
Nudum pactum 19 (8).

O.

Obligatio, понятіе 1 и сл. (1).
— alternativa 76 и сл. (**27**).
— civilis 5 (3), 8 и сл. (4).
— dividua, individua см. дѣлимость обязательствъ.
— generis 69 и сл. (25 и сл.).
— in solidum см. солидарныя обязательства.
— naturalis 8 и сл. (**4** и сл.), 229 (88).
Obligationes ex contractu и ex delicto 14 (6).
— quasi ex contractu и quasi ex delicto 14 (6).
Operae illiberales 297 (112).
— liberales 307 (115).

P.

Pactum adjectum 127 (47).
— de contrahendo 25 (10), 134 прим. 4 (50).
— de mutuo accipiendo 222 (85).
— de mutuo dando 221 (85).
— de non cedendo 134 (50).
— de non petendo 143 прим. 10 (54), 160 прим. 2 (60), 173 (65), 192 (73).
— displicentiae 248 (95).
— legitimum 17 (7).
— nudum 19 (8).
— praetorium 17 (7).
Pauliana actio 371 и сл. (**144** и сл.)
Pauperies 345 прим. 15 (131), 348 (133).
Peculium 33 (13), 35 (14), 228 (88).
Pecunia trajecticia 229 (89).
Periculum emptoris 55 (20), 251 (96).
— et commodum 65 (23).
— locatoris 290 (110).
— при альтернативномъ обязательствѣ 78 (27).
— при mora 110 (41), 116 (43).
— при species и genus 70 прим. 2 (25).
Perpetuatio обязательства 110 (41), 128 (47).
Pertinentia см. принадлежности.
Poenae temere litigantium 6 прим. 5 (3), 7 прим. 6 (3).
Pollicitatio 21 (9).

www.naukaprava.ru

Potentiores, цессія potentioribus 135 (50).
Praetoria pacta 17 (7).
Precarium 234 и сл. (**91**).
Pretium certum, justum 246 (94).
Privativa intercessio 216 (83).
Privilegia causae, personae 136 прим. 4 (51).
Privilegium exigendi 152 (56).
Procurator in rem suam 128 (47).
Provocatio ex lege „si contendat“ 213 прим. 10 (81).
Purgatio morae 113 (42).

Q.

Quanti ea res est 119 прим. 7 (44).
Quarta Falcidia 12 (5).
Quasi ex contractu, quasi ex delicto см. obligationes.
Querella inofficiosi testamenti 176 прим. 6 (67).
— non numeratae pecuniae 144 прим. 14 (54), 227 прим. 10 (87).
Quod interest 119 прим. 7 (44).

R.

Rapina 336 (129).
Receptum (поручительство) 200 (77).
— nautarum, cauponum 104 (39).
Relocatio tacita 296 (111).
Remissio см. договоръ о прощеніи долга.
— mercedis 293 (111).
Renuntiatio см. увѣдомленіе.
— mandati 310 (117).
— societatis 335 (128).
Res extra commercium 42 (16).
Rustici при condictio indebiti 366 (141).

S.

„Salvum fore recipio“ 104 прим. 3 (39).
„Securitas“ 144 прим. 14 (54).
Senatusconsultum Macedonianum 227 и сл. (**88**), 11 (5).
— Vellejanum 217 и сл. (**84**).
Simplaria venditio 268 прим. 17 (101).
Societas 326 и сл. (**124** и сл.), прекращеніе 334 и сл. (**128**).
Solidus, его стоимость 281 (108).
Solutio 142 прим. 1 (54).
Solutionis causa adjectus 148 и прим. 18 (55), 162 прим. 9 (160).
Species, какъ предметъ обязательства 69 и сл. (**25**); продажа индивидуальныхъ вещей 245 прим. 18 (94).
Sponsio dimidiae partis 180 (69).
— (пари) 275 (105).
— (поручительство) 198 (76).
Stabularius 104 прим. 2 (39).
Stipulatio 16 и сл. (7), 20 (8), debiti 60 (22), ob causam 60 (22), въ цѣляхъ новаціи 160 (60).
Stricti juris judicia 6 (3), 357 (138).
Sublocatio 293 (111).
Summissio 294 прим. 25 (111).

T.

Transactio 285 и сл. (**109**).

U.

Usurae см. проценты.
— indebitae 362 прим. 10 (141).

V.

Venditio см. emptio.
„Vera rei aestimatio“ 119 (44).
Veritas nominis 139 (52).
Versio in rem 36 (14).
„Verum rei pretium“ 119 прим. 7 (44).
Vires hereditariae 339 прим. 16 (129).
Vis major 104 и сл. (**39**), вліяніе на неустойку 125 прим. 6 (46).
Votum 22 (9).

www.naukaprava.ru

avtonauka.ru

ДЕРНБУРГ

—

ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

ПРАВО

www.naukaprava.ru